

Michał Kania

Der Vertrag über die öffentlich-private Partnerschaft in Polen

I. Einführung

Gegenstand der in der vorliegenden Bearbeitung enthaltenen Ausführungen ist die Problematik des Vertrags über die öffentlich-private Partnerschaft. Dieser Problematik kommt bei der Bewertung der Rolle neuer normativer Methoden der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben in der polnischen Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zu. Hierzu gehören die im Gesetz vom 19. Dezember 2008 über die öffentlich-private Partnerschaft enthaltene rechtliche Regelung sowie die im Gesetz vom 9. Januar 2009 über Bau- und Dienstleistungskonzessionen enthaltene Regelung. Die beiden oben genannten Gesetze eröffnen den polnischen Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung die Möglichkeit, die in zahlreichen *soft law*-Rechtsakten¹ der Europäischen Union empfohlenen Mechanismen anzuwenden, die in ein breiteres Modell des sog. neuen öffentlichen Managements (*New Public Management*) einfließen. Auf die Mechanismen der Einrichtungen der öffentlich-privaten Partnerschaft werden Hoffnungen gesetzt, insbesondere was die Entwicklung der öffentlichen Infrastruktur in Polen anbetrifft. In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass in der polnischen Rechts- und Wirtschaftslehre, ähnlich wie in *sui generis*-Akten der Europäischen Union, darauf hingewiesen wird, dass einer der wichtigsten Vorteile der öffentlich-privaten Partnerschaft in der Möglichkeit liegt, innovative Lösungen im Sektor der öffentlichen Dienstleistungen einzuführen, wobei sich die öffentliche Verwaltung nur beschränkt verschulden muss. Gleichzeitig wird es notwendig, die Erfüllung von bestimmten öffentlichen Aufgaben im öffentlichen Interesse zu garantieren.² Dabei ist unter dem öffentlichen Interesse das Interesse der Empfänger von konkreten Dienstleistungen zu verstehen, deren Erbringung im Sinne der verfassungsrechtlichen Regelungen immer der Staat verantwortet.

In der vorliegenden Bearbeitung wird zunächst auf die Charakteristik der öffentlich-privaten Partnerschaft eingegangen. In Anschluss daran werden die Entstehungsgeschichte und der rechtliche Charakter des Vertrags über die öffentlich-rechtliche Partnerschaft angeschnitten. Später werden die in der polnischen Rechtsordnung *lege iuris* geltenden rechtlichen Lösungen für Verträge über die öffentlich-rechtliche Partnerschaft behandelt. Abschließend folgt ein Resümee der vorstehenden Ausführungen.

¹ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäische Kommission, 12.12.2003, Green Paper on Public-private Partnership and community law on Public contracts and concessions (30.4.2004), Entschließung des Europäischen Parlaments von 2006 über öffentlich-private Partnerschaften und die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen.

² Siehe *M. Kania*, Kilka uwag na temat ochrony interesu publicznego na gruncie ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym, w: *Konstytucyjna zasada wolności gospodarce* (Einige Bemerkungen zum Schutz des öffentlichen Interesses gemäß dem Gesetz vom 19.12.2008 über öffentlich-private Partnerschaft), in: *Verfassungsmäßiger Grundsatz der Gewerbefreiheit*, Hrsg. W. Szwajdler, H. Nowicki, Toruń 2009; *R. Blicharz, M. Kania*, Klauzula interesu publicznego w publicznym prawie gospodarczym (Klausel des öffentlichen Interesses im öffentlichen Wirtschaftsrecht), PUG, Nr. 5 von 2010.

II. Charakteristik der öffentlich-privaten Partnerschaft

Das Institut der öffentlich-privaten Partnerschaft ist eine relativ neue Lösung in der polnischen Rechtsordnung.³ Das erste Gesetz, das die Anwendung dieses Instituts ermöglichte, war das Gesetz vom 28. Juli 2005 über die öffentlich-private Partnerschaft. Das Gesetz fand jedoch letztlich keine Anwendung in der Praxis, was sowohl auf fehlende Durchführungsvorschriften zum Gesetz als auch auf unzureichendes Wissen der Beamten über konkrete rechtliche Lösungen zurückzuführen war. Ein weiteres Gesetz, das die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Einrichtungen und dem Privatsektor regelte, war das Gesetz vom 19. Dezember 2008 über die öffentlich-private Partnerschaft, bei dem es sich um die derzeit geltende gesetzliche Regelung handelt. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass am 9. Januar 2009 das Gesetz über Bau- und Dienstleistungskonzessionen verabschiedet wurde. Das Gesetz stellt eine Ergänzung der normativen Regelungen dar, die der Umsetzung der öffentlich-privaten Partnerschaft in Polen zugrunde liegen.

Auf der Grundlage der beiden oben genannten Gesetze wurde innerhalb von zwei Jahren ab deren Inkrafttreten eine Reihe von Maßnahmen umgesetzt, u.a. im Sektor der Tourismus- und Freizeitdienstleistungen sowie der Verkehrs- und sanitären Infrastruktur. Es wird auch von der Weiterentwicklung der öffentlich-privaten Partnerschaft ausgegangen, und zwar sowohl in anderen Bereichen der Gemeinnützigkeit als auch aufgrund einer höheren Anzahl der öffentlichen Einrichtungen, darunter hauptsächlich der Einrichtungen der örtlichen Selbstverwaltung.

De lege lata fehlt in der polnischen Rechtsordnung eine normative Definition der öffentlich-privaten Partnerschaft. Somit erfolgt eine inhaltliche Abgrenzung des Begriffs anhand der Rechtslehre sowie unter Zugrundelegung der im Gemeinschaftsrecht entwickelten Lösungen. Aus den oben genannten Quellen lassen sich folgende Merkmale der öffentlich-privaten Partnerschaft zusammenfassen: (i) langfristige Zusammenarbeit zwischen den Partnern, (ii) prinzipielle Belastung der privaten Partner mit dem finanziellen Risiko der umgesetzten Maßnahmen, (iii) öffentlich-rechtliche Haftung der öffentlichen Einrichtung, (iv) besondere Rolle der öffentlichen Einrichtung, die in der Durchführung von Koordinierungs- und Überwachungstätigkeiten während der gesamten Dauer der Zusammenarbeit besteht.⁴

Im Übrigen ist festzustellen, dass bei Auslegungsschwierigkeiten der beiden mit der öffentlich-privaten Partnerschaft verbundenen Gesetze derzeit vor allem die Notwendigkeit besteht, die Auslegung der in- und ausländischen Lehre einer Analyse zu unterziehen.⁵ Darüber hinaus scheint es angebracht zu sein, unter Einhaltung von allen Grundsät-

³ Siehe *M. Kania*, Beschreibung der im polnischen Gesetz vom 9.1.2009 über Bau- und Dienstleistungskonzessionen enthaltenen rechtlichen Lösungen *WiRO* 2011, Nr. 2, S. 33 – 36; *M. Kania*, Öffentlich-private Partnerschaft in Polen: die normative Regelung und die Praxis *WiRO* 2010, Nr. 10, S. 296-300.

⁴ Vgl. z.B. *M. Kania, P. Marquardt*, Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku (Öffentlich-private Partnerschaft. Kommentar zum Gesetz vom 19.12.2008), Toruń 2010; *J. Jacyszyn, T. Kalinowski*, Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (Kommentar zum Gesetz über öffentlich-private Partnerschaft), Warschau 2006; *M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska*, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz (Gesetz über öffentlich-private Partnerschaft. Kommentar), Warschau 2006; *A. Panasiuk*, Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz (Bau- und Dienstleistungskonzessionen. Die öffentlich-private Partnerschaft. Kommentar), Warschau 2009.

⁵ Z.B. Veröffentlichungen über das Institut der öffentlich-privaten Partnerschaft im französischen Recht: *J.-P. Pastorel*, *Droit administratif*, Paris 1999; *G. Peiser*, *Droit administratif général*, Dalloz 2004; *J. Morand-Deviller*, *Cours de droit administratif*, Paris 2003; im deutschen Recht: *E. Schmidt-Assmann*,

zen einer ordnungsgemäßen rechtsvergleichenden Analyse, auf die legale Auslegung zurückzugreifen, die in analogen Situationen durch Gerichte der Länder vorgenommen wird, in denen das Institut der öffentlich-privaten Partnerschaft eine viel längere Geschichte als in Polen hat.

III. Der Vertrag über die öffentlich-private Partnerschaft

1. Genese und rechtliche Einordnung des Vertrags

Die Gestaltung des Vertrags über die öffentlich-private Partnerschaft gehört zu den strittigsten und kompliziertesten Fragen, die das Institut der öffentlich-privaten Partnerschaft betreffen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es nach der polnischen Rechtslehre keine übereinstimmende Auffassung gibt, was die rechtliche Einordnung des behandelten Vertrags angeht. Manche Autoren behaupten, dass der Vertrag ein typisches Beispiel eines Zivilkontrakts verkörpert, dessen Gestaltung sich nach dem in Art. 3531 des polnischen Zivilgesetzbuchs vorgesehenen Grundsatz der Vertragsfreiheit orientieren sollte. Der Artikel besagt folgendes:

Die Vertragsparteien können ihr Rechtsverhältnis nach freiem Willen gestalten, soweit dessen Inhalt und Ziel der Besonderheit (der Natur) des Rechtsverhältnisses, dem Gesetz und den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens nicht widerspricht.⁶

Andere Autoren verweisen darauf, dass es sich beim Vertrag über die öffentlich-private Partnerschaft um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag handelt, der insbesondere darauf ausgerichtet ist, dass der Schutz des öffentlichen Interesses sichergestellt wird.⁷ Nach dem Ursprung der Auffassung, wonach der Vertrag über die öffentlich-private Partnerschaft als ein verwaltungsrechtlicher Vertrag einzustufen ist, ist vor allem in der Analyse der französischen Lösungen zu suchen.⁸ Die verwaltungsrechtlichen Verträge sind dadurch gekennzeichnet, dass semimperative Bestimmungen – die Möglichkeit der öffentlichen Einrichtungen, die Prärogativen ihrer Gewalt anzuwenden – in ihren Inhalt verpflichtend aufzunehmen sind. Zu diesen Prärogativen zählt u.a. das Recht, Leitung und Kontrolle zu übernehmen, Sanktionen aufzuerlegen, Änderungen an Kontrakten einseitig vorzunehmen, Verträge einseitig zu kündigen.

Noch andere Autoren behaupten, der öffentlich-private Vertrag sei ein Mischvertrag (Hybridvertrag), dessen Inhalt sowohl unter Einbeziehung der Normen des Verwaltungsrechtes, als auch der Normen des Zivilrechtes zu gestalten sei.

Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Warschau 2011, S. 434; *B. Meyer-Hofmann, F. Riemenschneider, O. Weihrauch*, Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, 2007.

⁶ Vgl. *J. Jacyszyn, T. Kalinowski*, Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (Kommentar zum Gesetz über öffentlich-private Partnerschaft), Warschau 2006, S. 118-119; vgl. *M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska*, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz (Gesetz über die öffentlich-private Partnerschaft. Kommentar) Warschau 2006, S. 151-152, vgl. *A. Miruć*, Partnerstwo publiczno-prywatne jako sposób realizacji zadań publicznych (Die öffentlich-private Partnerschaft als eine Form der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben), in: *J. Zimmermann*, Koncepcja systemu prawa administracyjnego (Das Konzept des Verwaltungsrechtssystems), S. 482.

⁷ Vgl. *A. Panasiuk*, Umowa publicznoprawna (próba definicji) [Der öffentlich-rechtliche Vertrag. Ein Definitionsversuch.], PiP 2008, Nr. 2 S. 18.

⁸ *P. Pequignot*, Theorie generale du contact administratif, Pedone 1945; vgl. *A. de Laubadere*, Traite des contrats administratifs L.G.D.J., 1983.

Sollte die Genese der normativen Regelung des Vertrags über die öffentlich-private Partnerschaft einer Analyse unterzogen werden, ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmungen über den Vertrag im ersten Gesetz über die öffentlich-private Partnerschaft vom Jahr 2005 in Art. 18 des Gesetzes enthalten waren. Der Artikel beinhaltete die *essentialia negotii* des Vertrags, die gleichzeitig als *ius cogens*-Normen anzusehen waren, und regelte im Einzelnen erstens: die Frage des Gegenstands der Maßnahme. In diesem Zusammenhang mussten die Vertragspartner, die eine Zusammenarbeit auf der Grundlage der Vorschriften des Gesetzes über die öffentlich-private Partnerschaft aufnehmen wollten, ausführliche Vereinbarungen über den Vertragsgegenstand treffen, wobei der Zweck und Gegenstand der Maßnahme, sowie – was besonders hervorzuheben ist – ein detaillierter Zeitplan der Umsetzung genannt werden mussten. Ferner sollten die Parteien Angaben zu wesentlichen Merkmalen der umzusetzenden Maßnahme, wie z.B. zu den bei der Durchführung der Maßnahme anzuwendenden Qualitätsnormen, Anforderungen und Standards machen.

Zweitens wurden die Grundsätze für die Abwicklung von Abrechnungen zwischen den Parteien geregelt. In diesem Zusammenhang musste der Gesamtwert der für eine vollumfängliche Umsetzung der vertragsgegenständlichen Maßnahme vorgesehenen Mittel angegeben werden, und zwar unabhängig von der Finanzierungsquelle. Des Weiteren musste der private Partner verpflichtet werden, die gesamten Aufwendungen für die Umsetzung der Maßnahme oder einen Teil davon zu tätigen bzw. die Bereitstellung der Mittel durch Dritte sicherzustellen.

Drittens wurde die Frage einer direkten Kontrolle über die Durchführung der Maßnahmen geregelt. Der Vertrag sollte Bestimmungen über die Befugnisse der öffentlichen Einrichtung im Bereich einer laufenden Kontrolle der Durchführung der Maßnahme durch den privaten Partner oder die in Art. 19 Abs. 1 genannte Gesellschaft sowie die Grundsätze für eine periodisch vorzunehmende, gemeinsame Bewertung der Durchführung, einschließlich diesbezüglicher Vereinbarungen, beinhalten.

Viertens wurden die mit der Vornahme von etwaigen Vertragsänderungen bzw. mit der Vertragsauflösung verbundenen Fragen geregelt. In diesem Zusammenhang sah das Gesetz vor, dass im Vertrag die Bedingungen und Verfahren festgelegt werden, nach denen der Vertrag und der Umfang der Maßnahme geändert werden können, soweit eine solche Möglichkeit in der Spezifikation der Anforderungen an die Wahl des privaten Partners vorgesehen war. Außerdem sollten im Vertrag Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten, die aus der Durchführung des Vertrags entstehen, bestimmt werden.

Wie bereits erwähnt, fand das Gesetz vom Jahr 2005 über die öffentlich-private Partnerschaft keine Anwendung in der Praxis. Einer der Gründe hierfür waren nach der in der Lehre vertretenen Auffassung allzu restriktive Bestimmungen, was den Inhalt des Vertrags über die öffentlich-private Partnerschaft anbetrifft. Es wurde verlangt, dass der Inhalt in einem größeren Maße von den Partnern, den Vertragsparteien selbst, gestaltet werden kann. Somit wurde eine weitergehende Verwirklichung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit angestrebt. Das Gesetzgebungsverfahren endete mit der Verabschiedung eines neuen Gesetzes vom 19. Dezember 2008 über die öffentlich-private Partnerschaft. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes wurde das Verfahren zum Abschluss von Verträgen über die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben weitgehend vereinfacht, wobei der Einfluss der öffentlichen Partner auf die im Rahmen der Zusammenarbeit umgesetzten Maßnahmen gleichzeitig stark beschränkt wurde. Insbesondere muss betont werden, dass im neuen Gesetz die Lösung, die darin bestehen könnte, dass *essentialia negotii* des Ver-

trags über öffentlich-private Partnerschaft in einem Artikel enthalten sind, nicht zu finden ist.

Eine fragmentarische Regelung ist in Art. 7 des Gesetzes über die öffentlich-private Partnerschaft enthalten, wonach sich der private Partner durch Abschluss des Vertrags über die öffentlich-private Partnerschaft verpflichtet, eine Maßnahme gegen Entgelt umzusetzen und die gesamten Aufwendungen für die Umsetzung der Maßnahme oder einen Teil davon zu tätigen bzw. die Bereitstellung der Mittel durch einen Dritten sicherzustellen. Die öffentliche Einrichtung verpflichtet sich dagegen, an der Verwirklichung des Ziels der Maßnahme, insbesondere durch Leistung eines Eigenbeitrags, mitzuwirken. Ferner wurde in Art. 8 des Gesetzes über die öffentlich-private Partnerschaft festgeschrieben, dass die öffentliche Einrichtung berechtigt ist, die Umsetzung der Maßnahme durch den privaten Partner laufend zu überwachen. Die Regeln und das Verfahren zur Ausübung der Kontrolle sind im Vertrag über die öffentlich-private Partnerschaft festzulegen.

Die vom Gesetzgeber gewählten Lösungen unterschieden sich deutlich nicht nur von den im aufgehobenen Gesetz von 2005 über die öffentlich-private Partnerschaft enthaltenen Lösungen, sondern auch von den Lösungen, die das zweite Gesetz betreffend die öffentlich-private Partnerschaft, d.h. das Gesetz vom 9. Januar 2009 über Bau- und Dienstleistungskonzessionen vorsah. In Art. 22 des oben genannten Gesetzes wurden nämlich die Bestimmungen eines Konzessionsvertrags sehr ähnlich geregelt, wie dies im Gesetz von 2005 über die öffentlich-private Partnerschaft der Fall war.⁹

Die Vorgehensweise des Gesetzgebers musste also weitgehende Zweifel sowohl an der Ordnungsmäßigkeit des Gesetzgebungsverfahrens als auch an der Systemkohärenz der im Verwaltungsrecht geltenden rechtlichen Lösungen wecken. In den beiden Gesetzen, die das Institut der öffentlich-privaten Partnerschaft normierten, wurde nämlich ein anderes Modell der Regelung der zentralen Rechtsfigur, nämlich des Vertrags, angesetzt. Hierauf wurde u.a. in der Lehre des öffentlichen Wirtschaftsrechts verwiesen.¹⁰ Als Haupt-

⁹ In Art. 22 hat der Gesetzgeber die *essentialia negotii* des Vertrags genannt. Gemäß dieser Vorschrift soll ein Konzessionsvertrag folgende Angaben enthalten: 1) Bezeichnung des Gegenstands der Konzession; 2) Frist für die Ausführung des Gegenstands der Konzession; 3) Laufzeit des Konzessionsvertrags; 4) Art und Weise der Vergütung des Konzessionärs; 5) Festsetzung der Zahlung des Konzessionsgebers an den Konzessionär; 6) Angabe und Aufteilung des mit der Ausführung des Gegenstands der Konzession verbundenen Risikos auf den Konzessionsgeber und den Konzessionär; 7) Qualitätsnormen, bei der Ausführung des Gegenstands der Konzession zu erfüllende Anforderungen und Standards; 8) Befugnisse des Konzessionsgebers im Bereich der Überwachung der Konzessionsausübung durch den Konzessionär; 9) Bedingungen für eine Verlängerung bzw. Verkürzung der Vertragslaufzeit; 10) Bedingungen und Verfahren der Auflösung des Konzessionsvertrags; 11) Bedingungen und Umfang der Haftung der Parteien bei Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung des Konzessionsvertrags; 12) Bedingungen und Umfang der Versicherungen, mit denen die Ausführung des Gegenstands der Konzession abgesichert wird; 13) Auflistung der Unterlagen, die die Parteien des Konzessionsvertrags zur Vertragsdurchführung zu erlangen und vorzulegen haben, sowie Angabe der Fristen, innerhalb deren dies erfolgen soll; 14) Bedingungen und Verfahren der Beilegung von Streitigkeiten, die aus der Durchführung des Konzessionsvertrags entstehen.

Des Weiteren kann ein Konzessionsvertrag, soweit dies aus dem Gegenstand der Konzession resultiert, insbesondere folgende Bestimmungen enthalten: 1) Bedingungen sowie die Art und Weise der Bereitstellung von Vermögensgegenständen, die zur Ausführung des Gegenstands der Konzession erforderlich sind, an den Konzessionär; 2) Gebühren bzw. das Verfahren zur Festsetzung der Höhe der Gebühren, die durch den Konzessionär von Dritten für die Nutzung des Gegenstandes der Konzession erhoben werden; 3) Bedingungen für den Einsatz von Subunternehmen.

¹⁰ M. Kania, in: M. Kania, P. Marquardt, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz (Gesetz über die öffentlich-private Partnerschaft. Kommentar), Toruń 2010, S. 84.

einwand wurde vorgebracht, dass jegliche Grundlagen für eine weitergehende Unterscheidung der gesetzlichen Regelungen über Verträge identischer rechtlicher Natur fehlen.¹¹ Damit das Verfahren zum Abschluss von Verträgen über die öffentlich-private Partnerschaft und deren Grundinhalt vereinheitlicht werden, hat der Gesetzgeber am 17. Juli 2010 das Gesetz über die öffentlich-private Partnerschaft novelliert.¹² Bei den in der Gesetzesnovelle enthaltenen Lösungen handelt es sich um den derzeit geltenden Rechtsstand.

2. Der Vertrag über die öffentlich-private Partnerschaft nach geltendem Recht

Die Regelungen zum Vertrag über die öffentlich-private Partnerschaft sind *de lege lata* in Art. 4 des Gesetzes über die öffentlich-private Partnerschaft enthalten. Hiernach sind auf die Wahl des privaten Partners und des Vertrags über die öffentlich-private Partnerschaft, in dem durch das Gesetz nicht geregelten Umfang die Bestimmungen des Gesetzes vom 9. Januar 2009 über Bau- und Dienstleistungskonzessionen anzuwenden, soweit die Vergütung des privaten Partners das Recht auf Fruchtziehung aus dem Gegenstand der öffentlich-privaten Partnerschaft oder vorrangig dieses Recht einschließlich der Zahlung einer Geldsumme ist. Gemäß Art. 4 Abs. 2 sind dagegen in anderen als in Abs. 1 vorgesehenen Fällen, in dem durch das Gesetz nicht geregelten Umfang die Bestimmungen des Vergabegesetzes vom 29. Januar 2004 auf die Wahl des privaten Partners und des Vertrags über die öffentlich-private Partnerschaft anzuwenden.

Bei der angeführten Vorschrift handelt es sich also um eine verweisende Norm. Verwiesen wird auf zwei Gesetze, d.h. zum einen auf das Gesetz vom 9. Januar 2009 über Bau- und Dienstleistungskonzessionen und zum anderen auf das Vergabegesetz vom 29. Januar 2004.

Das Kriterium, wonach die Wahl zwischen den beiden genannten Gesetzen zu treffen ist, ist die Form der Vergütung des privaten Partners. Handelt es sich bei der Vergütung des privaten Partners um das Recht auf Fruchtziehung aus dem Gegenstand der öffentlich-privaten Partnerschaft, oder vorrangig um dieses Recht einschließlich der Zahlung einer Geldsumme, sind die Bestimmungen des Gesetzes vom 9. Januar 2009 über Bau- und Dienstleistungskonzessionen auf die öffentlich-private Partnerschaft anzuwenden. In den übrigen Fällen finden die Bestimmungen des Vergabegesetzes vom 29. Januar 2004 auf die Wahl des privaten Partners und des Vertrags über die öffentlich-private Partnerschaft Anwendung. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass die beiden oben genannten Gesetze auf die durch das Gesetz über die öffentlich-private Partnerschaft nicht geregelten Sachverhalte anzuwenden sind.

Im Rahmen einer Analyse der im Gesetz über Bau- und Dienstleistungskonzessionen sowie im Vergabegesetz vorgesehenen vertraglichen Regelungen muss darauf hingewiesen werden, dass in beiden Fällen zwingende Normen vorgesehen sind, mit denen Ausnahmen von der Gleichbehandlung der Parteien in einem typischen Schuldverhältnis eingeführt werden. Dieser Sachverhalt begründet die Feststellung eines mindestens gemischten Charakters der Verträge über die öffentlich-private Partnerschaft. Deren Inhalt orientiert sich zum Teil an zivilrechtlichen, und zum Teil an öffentlich-rechtlichen Normen. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber diese Normen in den Inhalt der oben genannten Gesetze einbezogen hat, resultiert daraus, dass die Verträge im öffentlichen Interesse

¹¹ Ebenda.

¹² Dz.U. 2010, 106.675.

durchgeführt werden müssen. Zu diesen Normen gehört z.B. die in Art. 145 des Vergabegesetzes enthaltene Norm, nach der der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten kann, wenn die Ausführung des Leistungsvertrags infolge einer wesentlichen, im Zeitpunkt des Abschlusses des Leistungsvertrags nicht vorhersehbaren Änderung von Umständen nicht mehr im öffentlichen Interesse liegt, wobei der Rücktritt vom Vertrag innerhalb von 30 Tagen ab Kenntnis dieser Umstände erfolgen muss. Gemäß Abs. 2 kann der Auftragnehmer in dem in Abs. 1 genannten Fall ausschließlich die ihm für die Ausführung eines Teils des Leistungsvertrags zustehende Vergütung verlangen. Es ist auch auf andere obligatorische Vertragsbestimmungen hinzuweisen. Diese betreffen z.B. die Pflicht zur Stellung einer Erfüllungssicherheit (Art. 147 des Vergabegesetzes), die gesamtschuldnerische Haftung der Auftragnehmer, die das Vorhaben umsetzen (Art. 141 des Vergabegesetzes) oder die beschränkte Möglichkeit, Änderungen am Vertrag vorzunehmen (Art. 144 des Vergabegesetzes).

Was das zweite Gesetz angeht, dessen Bestimmungen für die Gestaltung des Vertrags über öffentlich-private Partnerschaft ausschlaggebend sein können, ist darauf hinzuweisen, dass ein Konzessionsvertrag gemäß Art. 22 des Gesetzes über Bau- und Dienstleistungskonzessionen u.a. folgende Angaben enthalten soll: Bezeichnung des Gegenstandes der Konzession, Frist für die Ausführung des Gegenstandes der Konzession, Laufzeit des Konzessionsvertrags, Art und Weise der Vergütung des Konzessionärs, Festsetzung der Zahlung des Konzessionsgebers an den Konzessionär, Angabe und Aufteilung des mit der Ausführung des Gegenstandes der Konzession verbundenen Risikos auf den Konzessionsgeber und den Konzessionär, Qualitätsnormen, bei der Ausführung des Gegenstandes der Konzession zu erfüllende Anforderungen und Standards, Befugnisse des Konzessionsgebers im Bereich der Überwachung der Konzessionsausübung durch den Konzessionär, Bedingungen und Umfang der Versicherungen, mit denen die Ausführung des Gegenstandes der Konzession abgesichert wird, Bedingungen und Verfahren der Beilegung von Streitigkeiten, die aus der Durchführung des Konzessionsvertrags entstehen.

IV. Abschließende Bemerkungen

Das Institut der öffentlich-privaten Partnerschaft als eine Handlungsform der öffentlichen Verwaltung zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben findet in Polen immer häufiger Anwendung. Den Kern des Instituts bildet der Vertrag über öffentlich-private Partnerschaft. *De lege lata* wurde dieser Vertrag in Art. 4 des Gesetzes vom 19. Dezember 2008 über öffentlich-private Partnerschaft geregelt. Bei der in dieser Vorschrift enthaltenen Norm handelt es sich um eine verweisende Norm, wobei auf zwei Gesetze verwiesen wird, d.h. das Gesetz über Bau- und Dienstleistungskonzessionen und das Vergabegesetz. Die beiden Gesetze enthalten ausführliche Regelungen zum Inhalt des Vertrags über öffentlich-private Partnerschaft, wobei auf einen besonderen rechtlichen Charakter des Vertrags hingewiesen wird. Die geltenden rechtlichen Lösungen rechtfertigen die These über den gemischten (hybriden) rechtlichen Charakter des behandelten Vertrags. Eine derartige Gestaltung des Vertrags dient zum einen einer möglichst weitgehenden Verwirklichung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit, und zum anderen dem Schutz des öffentlichen Interesses bei der Umsetzung von Maßnahmen im Rahmen der öffentlich-privaten Partnerschaft.