

**LESSIAK & PARTNER**

rechtsanwälte

Börseplatz-Börsegasse 10  
A-1010 Wien  
+43(1)533 23 00-30  
lawyers@lessiak.at  
www.lessiak.at

Kooperation von:  
Lessiak Rechtsanwalts KG  
Dr. Philipp Pelz  
Rechtsanwalts GmbH  
Dr. Philipp Springer  
Rechtsanwalt

Partner:  
Prof. Dr. Rudolf Lessiak  
Dr. Philipp Pelz  
Dr. Philipp Springer

## **Betreibermodelle in der Bauwirtschaft**

von

**Hon.-Prof. Dr. Rudolf Lessiak**

Rechtsanwalt in Wien

Skriptum zur Lehrveranstaltung  
Nr KU 030144-1  
im Wahlfachkorb (Kernbereich)  
Liegenschafts- und Baurecht  
an der Universität Wien

## I. Wozu PPP?

PPP-Modelle sind wesentlicher Teil der Bauwirtschaft und werden seit Jahrzehnten mit unterschiedlicher Intensität diskutiert.

Die Intensität dieser Diskussion hängt davon ab, welche konkreten Anforderungen des Marktes unter Einsatz von PPP-Modellen besser bewältigt werden können als mit klassischen Bauaufträgen.

In ihrem äußeren Gewand unterscheiden sich diese Anforderungen im Rückblick der Jahrzehnte so stark, dass Gemeinsamkeiten auf den ersten Blick kaum erkennbar sind.

Der Kern dieser Anforderungen war und ist jedoch stets gleich:

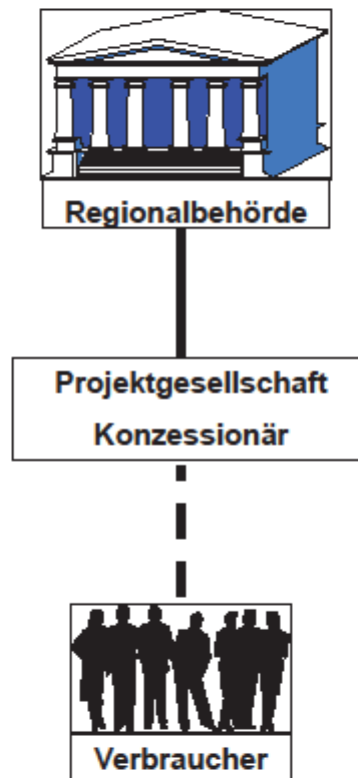
Es geht um die Finanzierbarkeit von Projekten (genauer: Infrastrukturprojekten der öffentlichen Hand), die mit den klassischen Methoden der Vergabe eines Bauauftrags, der aus einem oder mehreren Budgets der öffentlichen Hand bezahlt wird, nicht hergestellt werden kann.

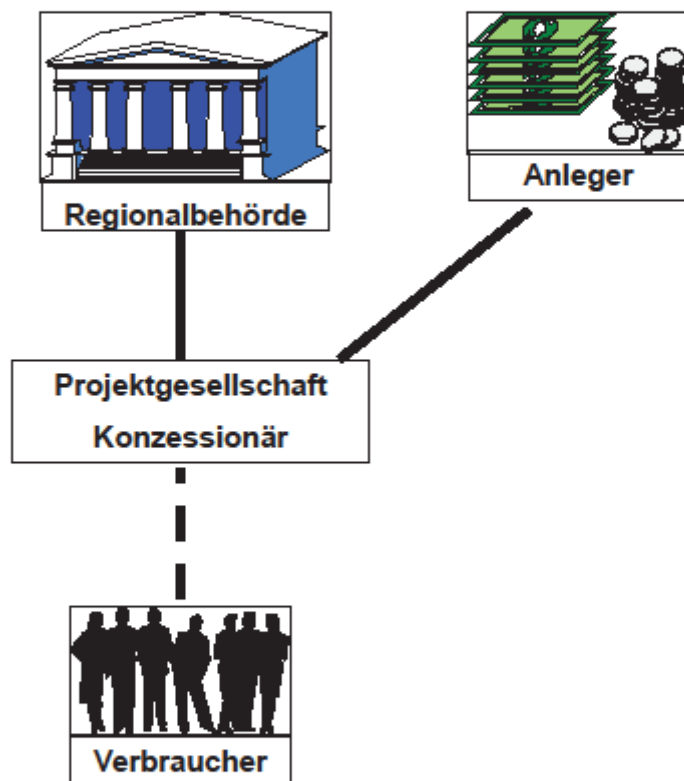
Dennoch lassen sich PPP-Modelle nicht auf die Kurzformel vom „Diktat der knappen Kassen“ oder „Hauptsache, das Projekt rechnet sich“ reduzieren.

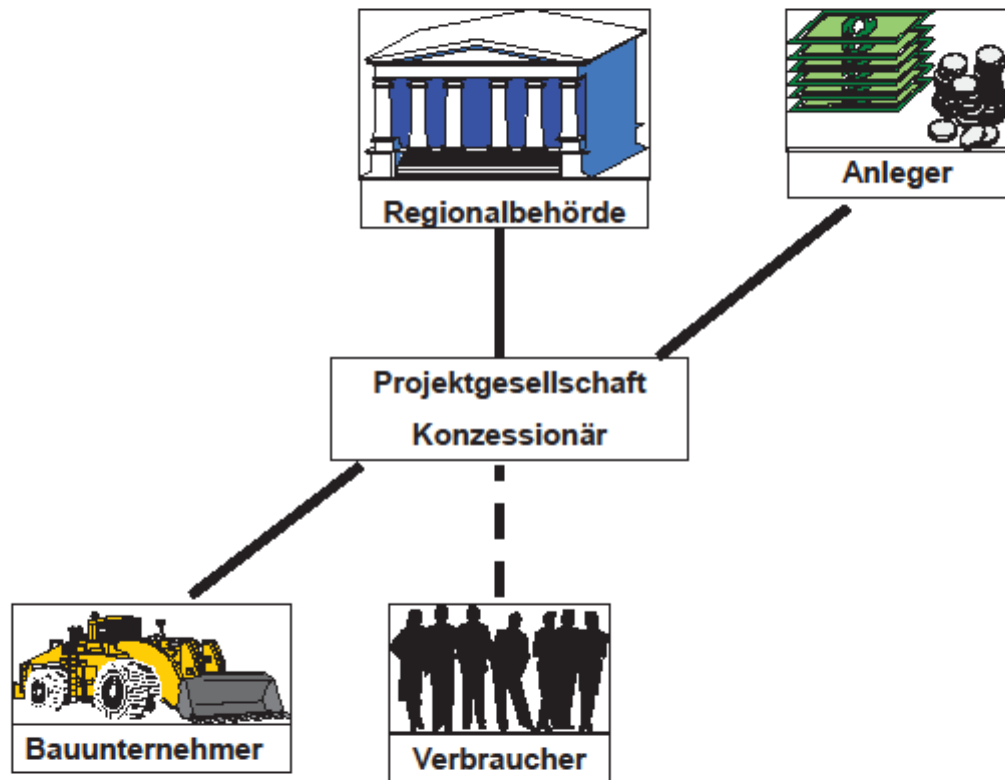
Das Wechselspiel unterschiedlicher Interessen des öffentlichen Sektors einerseits und des privaten Sektors andererseits und die Zugänge zum effizienten Ausgleich dieser Interessen, sodass im Idealfall ein PPP-Projekt beiden Seiten Vorteile bringt und sich nicht in einem „Nullsummenspiel“ erschöpft (oder schlimmer noch mit einem Verlust auf beiden Seiten endet), ist zentrales Thema dieser Lehrveranstaltung.

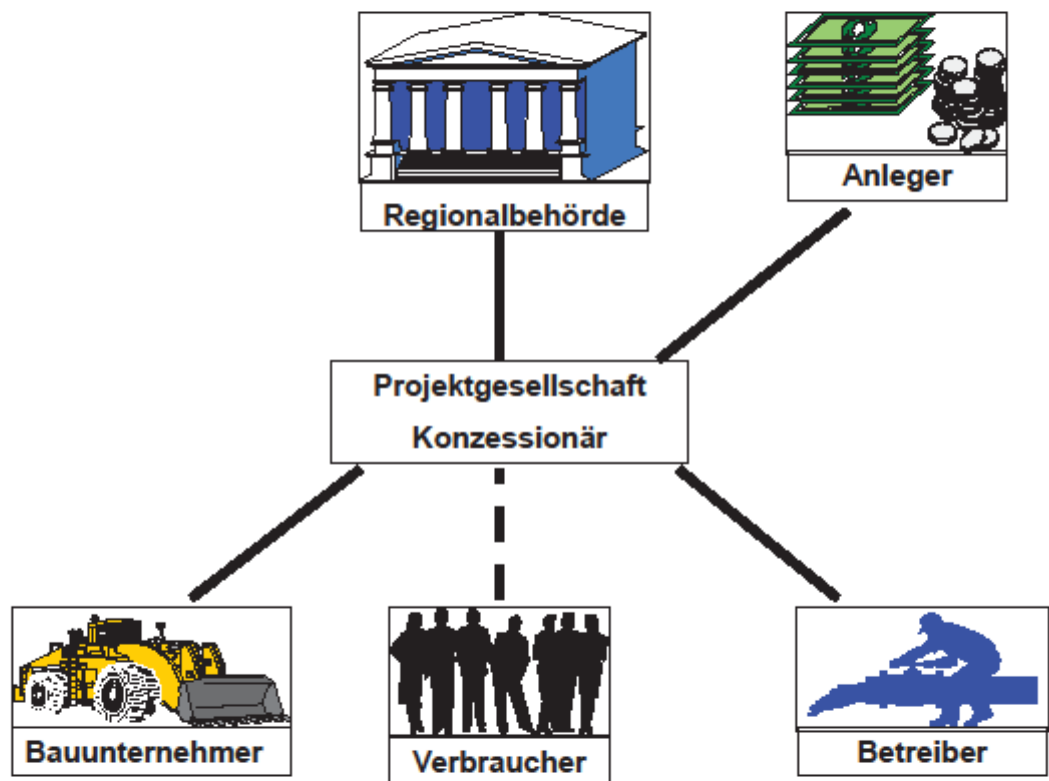
Dies wird anhand folgender Folien, die in der Vorlesung näher besprochen werden, erläutert.

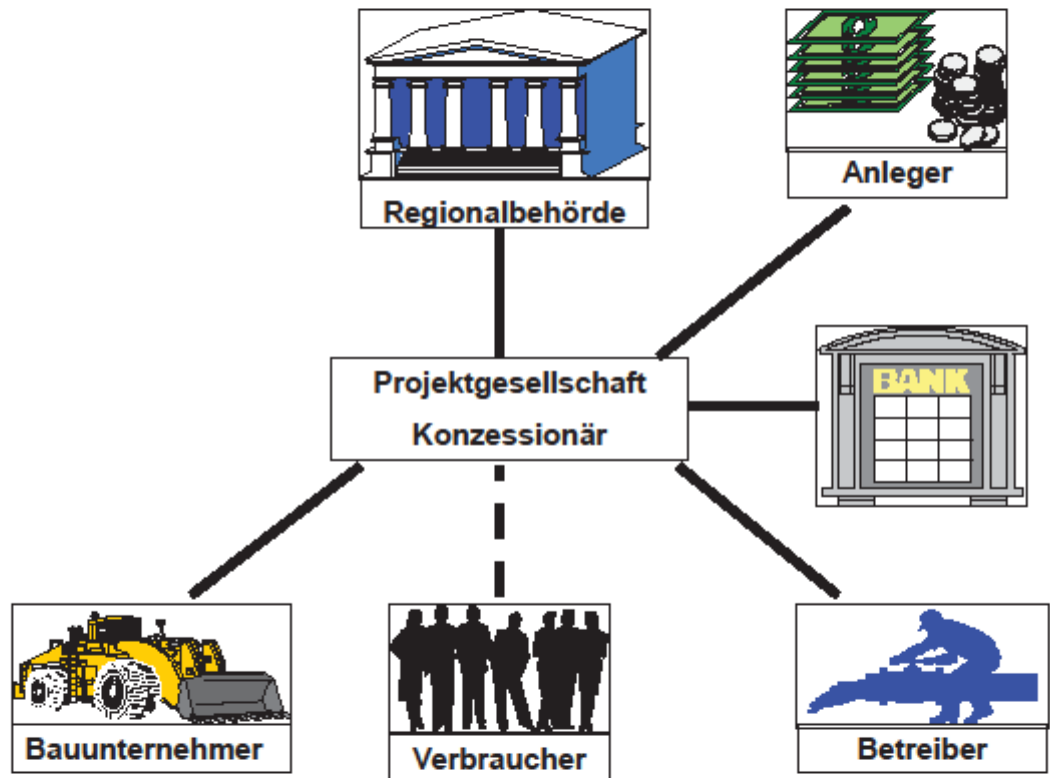


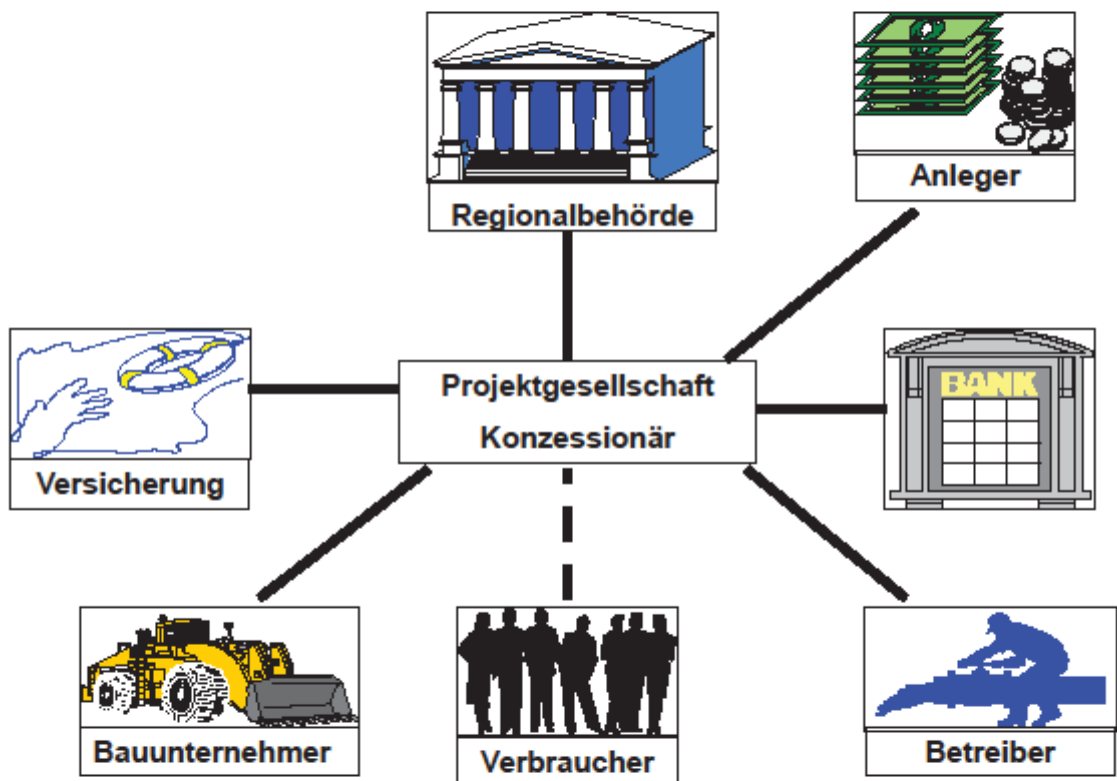


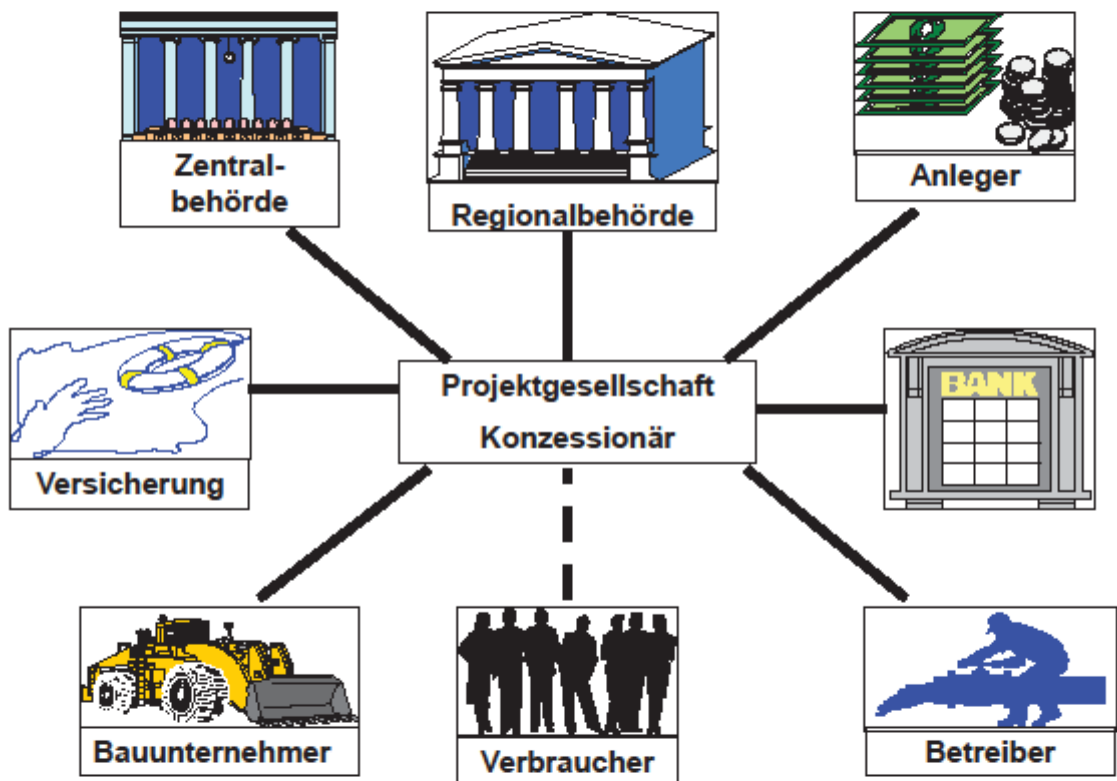












Diese klassische Ausgangssituation von PPP-Projekten, dass die Endnutzer der benötigten Infrastruktur den Bedarf und damit den Kern der Anforderungen an das Projekt vorgeben, wird in jüngerer Zeit ergänzt durch eine weitere Ausgangssituation.

Das ist die Anforderung, Investitionen verstärkt an den Geboten des Klimaschutzes und der Nachhaltigkeit auszurichten. Der „Europäische Grüne Deal (Green Deal)“, der mit der Mitteilung der Kommission vom 11.12.2019 auf europäischer Ebene verankert wurde und seit damals kontinuierlich weiterentwickelt wird, spielt dabei eine zentrale Rolle.

Auch hier reichen die Anforderungen von der Finanzierung des geschätzten Investitionsbedarfs in Billionenhöhe, ohne dass die Budgetdisziplin der Mitgliedstaaten (Stichwort: ESG) endgültig zu Grabe getragen wird bis zur (auch von der Kommission betonten) Notwendigkeit der Einbindung des privaten Sektors in Errichtung und Betrieb jener Infrastruktur, die zur Umsetzung des Green Deal erforderlich ist.

Die Gründe, dass ein solches Projekt nicht als „normaler Bauauftrag“, verbunden mit einem „normalen Dienstleistungsauftrag“ realisiert wird, sind – jedenfalls in der Theorie – vielfältig. Die in ihrer praktischen Bedeutung dominante Begründung, dass ein PPP-Modell zum Einsatz gelangt, ist es, dass dieses Projekt nicht aus dem Staatshaushalt, genauer gesagt: nicht so, dass die Kosten (Vermögensgüter) dieses Projektes in der Bilanz des Staates verbucht werden müssen, finanziert werden soll.

Das mag einerseits daran liegen, dass staatliche Mittel zur (vollständigen) Finanzierung dieses Projektes nicht vorhanden sind, andererseits aber auch (und dies ist in der europäischen Praxis der zentrale Grund), dass das Projekt zwar letztlich mit öffentlichen Geldern finanziert wird, die damit verbundenen Belastungen jedoch nicht in der Bilanz des Staates aufscheinen sollen. Also nicht in jener Bilanz, die relevant ist für die Beurteilung, ob der Staatshaushalt den Maastricht-Kriterien genügt oder nicht.

Neben dieser Gruppe von Argumenten aus der finanziellen Gebarung des Staatshaushalts gibt es auch noch eine Reihe anderer Argumente für die Wahl von PPP-Modellen.

In der öffentlichen Diskussion werden fachliche Argumente, sohin die These, dass Private bestimmte Tätigkeiten angeblich „besser können“ als die öffentliche Hand, regelmäßig gegenüber den erstgenannten Argumenten aus dem Staatshaushalt in den Vordergrund gerückt.

Diese fachlichen Argumente mögen in Teilbereichen durchaus ihre Berechtigung haben. So ist es etwa gut nachvollziehbar, dass es sich für eine kleine bis mittelgroße Kommune schlicht nicht rechnet, das fachliche Know-how für Errichtung und Betrieb einer Abwasserentsorgungsanlage aufzubauen und dieses Know-how deutlich besser (effizienter) verfügbar ist, wenn es im Verbund zahlreicher derartiger Anlagen gebündelt ist. Solche Ansätze, die es etwa im „Niedersächsischen Betreibermodell“ seit den 1980er Jahren in Deutschland gab, haben sich allerdings nur sehr beschränkt in der Praxis durchgesetzt.

Gleiches gilt für das jetzt, vor allem im Busverkehr der öffentlichen Hand, benötigte Netz an Wasserstofftankstellen, da der batteriebetriebene Bus den Anforderungen des Busverkehrs der öffentlichen Hand (insbesondere hinsichtlich Streckenlänge und Befüllungsdauer) höchstens für einzelne Linien, jedoch kaum für ein ganzes Verkehrsnetz gerecht werden kann. Auch hier sind die praktischen Anwendungen derzeit noch auf die Kooperation von Privaten mit der öffentlichen Hand im Rahmen öffentlicher Förderprogramme beschränkt.

Aktuelle Beispiele in Österreich sind Projekte der Stadt Wien im Bildungsbereich. Dort ist die Beschaffung solcher Bildungseinrichtungen (Schulen, Kindergärten) primär von der Motivation getrieben, dass diese Investitionen der öffentlichen Hand (und die damit verbundenen Schulden) nach dem ESVG nicht im „Staatshaushalt“, sondern „Off-Balance“ verbucht werden können.

Auch das pauschale Vorurteil, dass Infrastrukturprojekte von der „privaten Hand“ stets „besser geführt“ werden als von der „öffentlichen Hand“, ist in dieser Allgemeinheit mit Sicherheit nicht haltbar. Das lehren zahlreiche Beispiele aus dem europäischen „Mutterland“ solcher privatwirtschaftlich betriebener Projekte, nämlich die zunächst massiv betriebene Privatisierung öffentlicher Einrichtungen in Großbritannien, die inzwischen seit Jahren deutlich erkennbar rückläufig ist, ja über weite Strecken zu einer „Re-Verstaatlichung“ geführt hat.

Verständlich ist vor diesem Hintergrund, dass PPP-Modelle daher auch entsprechend der jeweiligen politischen Großwetterlage Hochkonjunktur haben – typisch dann, wenn Hayek & Co als Verkünder der letzten volkswirtschaftlichen Wahrheiten angesehen werden – und wieder aus der öffentlichen Diskussion verschwinden, wenn eine Verstärkung staatlicher Regulierung gerade populär ist – also dann, wenn Keynes & Co als die wahren Propheten gelten.

Wie im Zuge der Lehrveranstaltung noch mehrfach betont wird, ist zentrales Element der Entscheidung, ein PPP-Modell einzusetzen, die Anforderung der Finanzierbarkeit eines benötigten Infrastrukturprojekts, das ohne Einbindung des privaten Sektors nicht finanzierbar wäre.

Aus dieser Anforderung erklärt sich die steigende Relevanz von PPP durch den

Green Deal und seine Folge- und Begleitmaßnahmen, auf die gleich im folgenden Punkt II näher eingegangen wird.

Trotz dieser praktisch so relevanten europäischen Dimension von PPP-Modellen unter dem Aspekt ihrer Finanzierung wird sich diese Lehrveranstaltung im Kernbereich auch mit jenen Charakteristika von PPP-Modellen befassen, die für die Vertragsgestaltung und das Verständnis ihrer Vertragsstruktur wesentlich sind.

Denn obwohl sich PPP-Projekte konsequent jeder durchgängigen Systematisierung entziehen, bauen sie weitestgehend auf den selben vertraglichen Grundstrukturen auf – auch wenn dies durch die höchst unterschiedlichen Erscheinungsformen dieser Projekte nicht leicht erkennbar ist – weshalb sie in dieser Lehrveranstaltung ausführlich behandelt werden (siehe Punkt VI).

## **II. Klimaschutz und PPP**

Auf europäischer Ebene kommen die stärksten Impulse für den Einsatz von PPP-Modellen aus dem Klimaschutz und den damit verbundenen Anforderungen der Nachhaltigkeit.

Dies vor allem in Umsetzung des „Green Deals“. Dieser am 11.12.2019 beschlossene Green Deal (Mitteilung der Kommission „Der europäische Grüne Deal“ CNO (2019) 640 Final) enthält umfassende, praktisch den gesamten Bereich der Wirtschaft betreffende Anforderungen um – mit Schwerpunkt auf die Wirtschaftstätigkeiten der öffentlichen Hand – den Klimaschutz und die Nachhaltigkeit wirtschaftlicher Tätigkeiten durchzusetzen.

Für die Bauwirtschaft ist die zentrale Anforderung, „nachhaltig“ zu bauen.

Das reicht von der Verwendung von Baustoffen, die unter geringer CO<sub>2</sub> – Belastung hergestellt und verarbeitet werden können über die Anforderung, in der Errichtung des Gebäudes die CO<sub>2</sub> – Emission zu senken bis zu Vorgaben zur Reduktion des CO<sub>2</sub> – Footprints während des gesamten Lebenszyklus des Gebäudes.

In der Bauwirtschaft sind öffentliche Auftraggeber, die dem BVergG 2018 unterliegen, gemessen am Umsatz der ausgeschriebenen und beauftragten Projekte die wirtschaftlich bedeutendste Gruppe. Bei Infrastrukturprojekten, und um die geht es stets bei PPP-Modellen – ist stets die öffentliche Hand (ein der öffentlichen Hand zugeordneter Rechtsträger) in der Rolle des Auftraggebers.

Für diese Auftraggeber gilt der Vergabegrundsatz des § 20 Abs 5 BVergG 2018. Danach ist im Vergabeverfahren auf die Umweltgerechtigkeit der (ausgeschriebenen) Leistung Bedacht zu nehmen.

Das ist zugleich ein Motor für den Einsatz von PPP-Modellen. Denn PPP-Modelle finden typisch bei Infrastrukturprojekten Verwendung. Sohin bei Projekten, in denen die öffentliche Hand den Auftrag erteilt, ein im öffentlichen Interesse liegendes Projekt – ein Bauprojekt im Rahmen der Daseinsvorsorge – zu errichten und zu betreiben. Da bietet es sich geradezu an, den Betriebserfolg und damit Zahlungen an den Betreiber des Infrastrukturprojektes (auch) daran zu knüpfen, dass das Projekt so unter Bedachtnahme auf seine Umweltgerechtigkeit errichtet wurde, dass es auch umweltgerecht (nachhaltig) betrieben werden kann und so betrieben wird.

Zwar werden Infrastrukturprojekte unter Einsatz von PPP-Modellen typisch nicht als Bauauftrag nach dem BVergG 2018, sondern als Baukonzessionen nach dem BVergKonz 2018 vergeben. Doch auch das BVergKonz 2018 regelt in seinen Grundsätzen des Konzessionsvergabeverfahrens (§ 14) in dessen Abs 5, dass im Konzessionsvergabeverfahren auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht genommen werden kann. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte (wie etwa Energieeffizienz, Materialeffizienz, Abfall- und Emissionsvermeidung, Bodenschutz) bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.

Im Ergebnis wird daher ein öffentlicher Auftraggeber bei Vergabe einer Baukonzession (im Zusammenhalt mit einer Reihe anderer, der Umsetzung des Green Deal dienenden Normen) verhalten sein, auf die Umweltgerechtigkeit der ausgeschriebenen Leistungen Bedacht zu nehmen und – wenn er Betriebsleistungen ausschreibt – die Umweltgerechtigkeit des Betriebes als Betriebserfolg zu definieren – was dann (typisch für ein PPP-Modell) Zahlungen des Auftraggebers auslöst.

Zu dem mit dem Green Deal verfolgten Ziel, dass in Zukunft (das Jahr 2055 steht wieder einmal in Diskussion) keine Netto-Treibhausgasemissionen mehr freigesetzt werden, hält die Kommission jährlich zusätzliche Investitionen in dreistelliger Milliardenhöhe für erforderlich.

Die für die Umsetzung des erforderlichen Geldmittel werden nicht ohne Einsatz von PPP-Modellen finanzierbar sein.

Da – wie dies die genannte Mitteilung der Kommission durchgängig betont – die

Finanzierungen für den Green Deal nur durch massive Mobilisierung des „privaten Sektors“ erfolgen können und die Europäische Investitionsbank (EIB), die schon derzeit europaweit mehr als 50 % der PPP-Projekte finanziert, hinsichtlich ihrer Finanzierungen dem privaten Sektor zugerechnet wird, in eine „Klimaschutzbank“ umgewandelt und zentral für diese Finanzierungen des Green Deal herangezogen werden soll, liegt es nahe, dass auch zur Umsetzung des Green Deal verstärkt PPP-Modelle eingesetzt werden. Auch diese Thematik wird daher bei Erörterung des ESG 2010 kurz angesprochen.

Wesentlich für die Baubranche ist weiters die Taxonomie-VO (Verordnung (EU) 2020/852 des europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088).

Sie bildet ein Klassifizierungssystem für ökologisch nachhaltige Wirtschaftsaktivitäten. Verkürzt gesagt, geht es um die Schaffung einheitlicher Standards für die Beantwortung der Fragen:

- Welche Investitionen und welche wirtschaftlichen Tätigkeiten sind grün und ökologisch nachhaltig?
- Welche Investitionen leisten tatsächlich einen Beitrag zur Erreichung der Klimaziele?

Wirtschaftliche Tätigkeiten, die in den Delegierten Verordnungen zur TaxonomieVO genannt sind, können einen Beitrag zum Klimaschutz leisten. Sie gelten als taxonomiefähig. Werden diese Tätigkeiten so erbracht, wie dies in den Delegiertenverordnungen vorgegeben ist, dann gelten sie als taxonomiekonform – und damit (verkürzt gesagt) als umweltgerecht.

Prominente Beispiele sind (wegen des typisch hohen Anteils dieser Produkte in jedem Bauprojekt) die Produktion von Stahl sowie die Produktion von Zement. Schreibt sohin ein Auftraggeber diese Leistungen so aus, dass sie taxonomiekonform erbracht werden, dann hat er im Regelfall – im Sinne der vorstehenden Vergabegrundsätze – auf die Umweltgerechtigkeit der Leistungen Bedacht genommen.

Erfolgen solche Vorgaben in der Ausschreibung nicht (bloß) als Mindestanforderungen, sondern im Rahmen der Qualitätskriterien, wird ein hoher Anreiz für die Bieter geschaffen, diese Leistungen taxonomiekonform anzubieten. Denn was der Bieter an Qualitätspunkten gewinnt, kann er (verkürzt gesagt) auf den Preis aufschlagen und wahrt dennoch seine Chance (trotz höheren Preises als der Billigstbieter, der diese Möglichkeit, durch umweltgerechte Leistungen Bewertungspunkte zu erlangen, nicht nützt)

Bestbieter zu werden.

Über diese vergaberechtliche Aspekte hinaus, hat die Frage, ob ein Bauprojekt einen wesentlichen Beitrag zur Erreichung der Umweltziele leistet, auch andere, hat ebenso weitreichende wie vielfältige Folgen. Das reicht von der Relevanz solcher Standards für Finanzierungen, und zwar sowohl durch Anleger als auch durch Förderungen der öffentlichen Hand, über die Einarbeitung solcher Standards in die Bauvorschriften bis hin zu Verbesserungen (oder Erschwerungen) der Verwertung des Projektes sowohl an Investoren als auch an „bloße“ Nutzer.

Außerhalb des privaten Sektors und damit wiederum mit besonderer Relevanz für unser Thema der PPP sind diese Standards selbstverständlich auch auf Neubau- und Renovierungsprojekte der öffentlichen Hand anzuwenden. Regelmäßig mit der Verschärfung gegenüber dem privaten Sektor, dass der Anteil der jedenfalls einzuhaltenden Standards höher und gewichtiger ist, insbesondere bei Bauprojekten zur Versorgung der Öffentlichkeit mit benötigter Infrastruktur – womit wir im Kernbereich von PPP sind.

Auch die CVD (Clean Vehicles Directive – Richtlinie (EU) 2019/1161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge) ist bestens geeignet, die Verbreitung von PPP-Modellen voranzutreiben. Denn die Anforderungen der CVD verpflichten die öffentliche Hand, sowohl bei der Beschaffung von Fahrzeugen als auch bei der Beschaffung von Verkehrsdienstleistungen bestimmte Mindestquoten von „sauberen / 0-Emissions-Fahrzeugen“ einzuhalten.

Für die Schaffung jener Infrastruktur, die erforderlich ist, damit jene „sauberen / 0-Emissions-Fahrzeuge“, welche nach den Anforderungen der CVD einzusetzen sind, auch „betankt“ oder „aufgeladen“ werden können, bietet sich die partnerschaftliche Kooperation der öffentlichen Hand mit Trägern der Privatwirtschaft geradezu an.

Zentrale Voraussetzung für die Umsetzung der CVD ist die Schaffung der Lade- und/oder Tankinfrastruktur – womit wir wieder beim Kernbereich des Themas PPP sind.

Die spannende Frage ist, wie diese Infrastruktur entsteht, wenn man – genau so wie beim Angebot der Fahrzeuge – davon ausgeht, dass der privatwirtschaftliche Markt nicht einfach von selbst anspringt, wenn nur die öffentliche Hand genügend alternative Treibstoffe nachfragt.

Dieser Markt springt gerade deshalb nicht an, weil es ganz zentrale Hürden gibt,

die sowohl bei der Fahrzeugbeschaffung als auch bei der dadurch ausgelösten Nachfrage nach emissionsfreien Treibstoffen erst bewältigt werden müssen. Dass diese Hürden gemeistert werden, ist aber Voraussetzung für die Investitionsentscheidung zu Errichtung und Betrieb einer Wasserstofftankstelle. Ist diese Investitionsentscheidung von der massiven Unsicherheit geprägt, ob die zum wirtschaftlichen Betrieb erforderliche Auslastung auch tatsächlich erreicht werden kann, wird sie aus rein privatwirtschaftlichen Motiven nicht positiv sein.

Diese Ausgangslage, dass die Herstellung einer bestimmten Infrastruktur zwar aus rein privatwirtschaftlicher Sicht sinnvoll sein kann, sich aber für den privatwirtschaftlichen Errichter und Betreiber wiederum nur dann rechnet, wenn die öffentliche Hand eben dafür, dass diese Infrastruktur zur Verfügung steht, etwas bezahlt, ist die klassische Ausgangslage für PPP-Modelle.

Wesentlicher „Betriebserfolg“ der PPP-Modelle ist ja nicht die Erzielung von Einnahmen aus dem „Verkauf“ der zur Verfügung gestellten Leistungen. Vielmehr sind es die Zahlungen der öffentlichen Hand, die dafür erfolgen, dass eine bestimmte Infrastruktur errichtet und dem öffentlichen Interesse entsprechend zur Verfügung gestellt wird. Die bedarfsgerechte Zurverfügungstellung von Infrastruktur ist jener Betriebserfolg, der die Finanzierbarkeit des Projekts sicherstellt. Diese bedarfsgerechte Zurverfügungstellung von Infrastruktur ist der wesentliche Teil der Leistungen des Konzessionärs, für den er im Gegenzug den wesentlichen Teil der Zahlungen der öffentlichen Hand erhält.

### **III. Maastricht-Kriterien und PPP**

Der Schwerpunkt des Einsatzes von PPP-Modellen liegt unverändert in der Bereitstellung von Finanzierungen, die aus den Staatshaushalten nicht geleistet werden können.

Auf europarechtlicher Ebene ist relevant, dass diese privatwirtschaftlich organisierten, aber letztlich aus Mitteln der öffentlichen Hand gespeisten Finanzierungen aus öffentlichen Geldern auch tatsächlich gespeist werden können, ohne dass damit die Budgetdisziplin nach den Maastricht-Kriterien über Bord geworfen wird.

Dem entsprechend verfolgte und verfolgt die Kommission den Ansatz, die Verbreitung von PPP-Modellen zur Erschließung dringend benötigter, aber in den Staatshaushalten nicht verfügbarer Finanzierungen dadurch zu verbessern, dass Instrumente zur Steuerung der Zuordnung von mit einem PPP-Projekt verbundenen Vermögenswerten geschaffen wurden, nach denen klar

entschieden werden kann, ob ein Vermögenswert innerhalb oder außerhalb der Bilanz des Staates („on balance“ oder „off balance“) verbucht werden muss.

Das begann mit einer Entscheidung der Eurostat aus dem Jahr 2004, setzte sich fort in die Aufnahme eines eigenen (wenngleich sehr kurzen) Kapitels über PPP in das ESGV 2010 und hält derzeit beim EPEC-Guide (aktuell aus 2021), der umfangreich und detailliert darlegt, unter welchen Gesichtspunkten Eurostat beurteilt, ob der Vermögenswert eines PPP-Projektes „on balance“, sohin der Bilanz des Staates zugeordnet werden muss, oder „off balance“, sohin außerhalb der für die Maastricht-Kriterien relevanten Bilanz des Staates verbucht werden kann.

Da inzwischen diese Frage, ob ein konkretes Projekt „on balance“ verbucht werden muss oder „off balance“ verbucht werden kann, zentrale Bedeutung für die Entscheidung bekommen hat, ob ein konkretes PPP-Projekt weiterverfolgt werden kann oder aufgegeben werden muss, wird auf diese Thematik im Rahmen der Lehrveranstaltung näher eingegangen – siehe unten IV.

#### **IV. ESGV 2010 – EPEC-Guide und PPP-Modelle**

Art 126 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) verpflichtet die Mitgliedstaaten der EU, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden. Die Kommission prüft, ob das geplante oder tatsächliche öffentliche Defizit bzw der öffentliche Schuldenstand die Referenzwerte übersteigt.

In diesem Zusammenhang ist stets von den sogenannten „Maastricht-Kriterien“ die Rede. Dabei interessieren im Zusammenhang mit PPP-Projekten nicht die monetären Maastricht-Kriterien (nationale Inflationsrate und langfristiger Zinssatz), sondern die fiskalischen Maastricht-Kriterien.

Danach darf das öffentliche Defizit 3% des Brutto-Inlandsproduktes (BIP) nicht übersteigen. Weiters darf der öffentliche Schuldenstand maximal 60% des BIP erreichen.

Entscheidend ist daher, ob ein PPP-Projekt im staatlichen Budget („on balance“) zu verbuchen ist, weil es dann das Defizit und den öffentlichen Schuldenstand erhöht. Das wird vermieden, wenn das PPP-Projekt außerhalb des staatlichen Budgets („off balance“) verbucht werden kann.

Eurostat wacht als Statistisches Amt der Europäischen Union über die Einhaltung der „Excessive Deficit Procedure“, wie diese seit 1994 im Vertrag von Maastricht festgelegt ist.

Dass sich gerade Eurostat, die „Hüterin des ESG“, um Regeln bemüht, nach denen Infrastrukturprojekte so finanziert werden können, dass die dafür erforderlichen Mittel zwar (im Wesentlichen) aus dem Staatshaushalt fließen und dennoch die staatliche Bilanz nach diesen Regeln zur Kontrolle von „Schulden und Defizit“ nicht belastet wird, hat handfeste volkswirtschaftliche Gründe.

Bereits 2004, bei der ersten großen Erweiterung der EU, wurde der Investitionsbedarf, damit die Beitrittsländer im Bereich der Infrastruktur das Durchschnittsniveau der EU-Staaten erreichen, mit 515 Mrd Euro eingeschätzt. Zeitgleich veröffentlichte Eurostat seine Entscheidung mit Grundsätzen, wie PPP-Modelle gestaltet sein müssen, damit sie das staatliche Budget nicht belasten.

Denn schon damals war klar: Jene enormen Summen, die für die Finanzierung der benötigten Infrastruktur bereitgestellt werden müssen, können nur durch massive Einbindung des „privaten Sektors“ aufgebracht werden. Dass es dabei nie um Infrastrukturprojekte geht, die sich ohnehin „wirtschaftlich rechnen“, weil die Benutzer dieser Einrichtung ein Entgelt leisten, welches die Finanzierung deckt, war stets klar. Vielmehr wurden (und werden) Infrastrukturprojekte benötigt, die zwar zur Aufrechterhaltung der Daseinsvorsorge, des Wirtschaftswachstums und der Beibehaltung des Wettbewerbsniveaus Europas gegenüber den USA und China erforderlich sind, die jedoch letztlich aus Steuergeldern finanziert werden müssen.

In der Erkenntnis, dass diese Finanzierung der Infrastruktur über PPP-Modelle nicht nur weiter erforderlich ist, sondern dieser Bedarf sogar steigt, haben schließlich 2010 die Europäische Investment Bank (EIB – dies im Wege des European PPP Expertise Centre (EPEC)) sowie Eurostat den EPEC-Guide mit Stand 2021 veröffentlicht (2015: „PPP A Guide to the Statistical Treatment of PPPs“, jetzt, 2021 kurz: EPEC Guide to Public-Private Partnerships).

Im Vorwort zum EPEC-Guide wird nachdrücklich darauf hingewiesen, dass nach der Finanzkrise ab 2008 massiver Nachholbedarf bei Infrastrukturprojekten besteht, der über PPP-Projekte bedient werden muss.

Mit dem EPEC-Guide ist daher aus der kombinierten Erfahrung von Eurostat und EIB ein umfassender, thematisch geordneter und strukturierter Leitfaden zur Beurteilung von PPP-Modellen unter dem Blickwinkel des ESG entstanden.

Ganz bewusst gibt der EPEC-Guide keine Hinweise oder gar Empfehlungen für die Formulierung von Vertragsklauseln ab. Sein Schwerpunkt liegt in der Beurteilung der wirtschaftlichen Auswirkungen bestimmter vertraglicher Regelungen.

Die Frage, ob ein PPP-Modell vorliegt oder nicht, ist auch unter dem Aspekt des Zeitpunkts der Wirksamkeit der damit verbundenen Investitionen in der Bilanz des Staates relevant. Bei einem „normalen Bauprojekt“ sind sämtliche Errichtungskosten dann, wenn sie anfallen – also typisch während der Errichtung des Projektes – in der Bilanz zu berücksichtigen, belasten sohin Defizit und Schulden konzentriert auf einen kurzen Zeitraum von idR einem oder wenigen Jahr(en). Die Verteilung dieser Kosten auf viele Jahre, bei der typischen Laufzeit von PPP-Projekten sogar auf Jahrzehnte, ist dann nicht möglich.

Nach dem ESVG 2010 ist für die Zuordnung eines Projekts in die Bilanz des Staates („on balance“) oder zum privaten Sektor („off balance“) entscheidend, wer „wirtschaftlicher Eigentümer“ der Vermögensgüter in einer Öffentlich Privaten Partnerschaft (ÖPP) ist.

Dies wird danach beurteilt, wer „die Mehrzahl der Risiken trägt und wem vermutlich die meisten Vorteile aus den Vermögensgütern zufließen. Das Vermögensgut wird dieser Einheit zugeordnet“.

An Risiken (und Vorteilen), welche für diese Zuordnung entscheidend sind, nennt das ESVG 2010:

- a) das Baurisiko einschließlich Kostenüberschreitungen etc;
- b) das Verfügbarkeitsrisiko, inklusive Zusatzkosten und Vertragsstrafen;
- c) das Nachfragerisiko;
- d) das Restwertrisiko und das Risiko der wirtschaftlichen Überalterung;
- e) das Vorliegen von Finanzierungen oder Gewährung von Bürgschaften.

Zwar führt das ESVG 2010 weiter aus, dass die Risiken und Chancen dann beim (privaten) Partner liegen, wenn das Baurisiko und entweder das Verfügbarkeits- oder das Nachfragerisiko effektiv übertragen wurden. Die danach zunächst gebildete Faustregel, dass es für die Zuordnung des Projektes „off balance“ genügt, wenn der (private) Partner das Baurisiko sowie entweder das Verfügbarkeitsrisiko oder das Nachfragerisiko übernimmt, kann im Lichte der neueren Positionen zur Auslegung dieser Bestimmungen nicht aufrechterhalten werden. Vielmehr ist stets eine „Gesamtbetrachtung“ vorzunehmen.

Dabei liegt nach dem EPEC-Guide der Schwerpunkt im „Verfügbarkeitsrisiko“, in das der EPEC-Guide im Ergebnis das Baurisiko einbezieht. Sobald vertragliche Regelungen erfolgen, welche die „availability“ des Projektes nicht mehr durchgängig in den Risikobereich des (privaten) Partners transferieren, sohin das Risiko, dass das Gebäude (Asset) während der Laufzeit des Vertrages für den Kernbereich der vereinbarten Nutzung tauglich ist, zumindest in Teilen beim Staat belassen, wird das Projekt als „on balance“ beurteilt.

Wer aber jetzt glaubt, dass mit Übernahme des Verfügbarkeitsrisikos (neben dem Baurisiko) wenigstens das „Nachfragerisiko“ zur Gänze beim öffentlichen Auftraggeber verbleiben kann, irrt.

Auch dazu hält der EPEC-Guide fest: Ist nach den vertraglichen Regelungen klar, dass auch eine „Null-Nachfrage“, also der Entfall des Bedarfs an der Nutzung dieses Projekts, den öffentlichen Auftraggeber trifft, dann wird das Projekt wiederum der Bilanz des Staates zugeordnet.

Bei dieser Konzentration auf die Frage, welche Risiken auf den privaten Sektor übertragen werden müssen, darf nicht übersehen werden, dass der EPEC-Guide eine dieser Risikoübertragung entsprechende, ausgewogene Zuordnung der „rewards“ an den (privaten) Partner vorsieht. Dazu wird im EPEC-Guide klargestellt, dass nach dem Konzept dieses Leitfadens die „rewards“ ebenso (grundsätzlich) dem (privaten) Partner zustehen, wie er die mit der „availability“ verbundenen Risiken zu tragen hat. Verstößt der öffentliche Auftraggeber gegen diesen Grundsatz, insbesondere indem er in den vertraglichen Regelungen erhebliche Teile dieser „rewards“, die Chancen auf „rewards“, wiederum in das Staatsbudget zurückfließen lässt, dann hat das die Wirkung, dass das Projekt in der Bilanz des Staates, sohin „on balance“ zu verbuchen ist.

Nicht nur zu geringe Risikoübertragung an den privaten Partner, sondern auch zu geringe Kompensation des privaten Partners für die übernommenen Risiken, sohin insbesondere erhebliche Teilhabe des öffentlichen Auftraggebers an den Erträgen (oder den erhofften Erträgen) des Projektes sind sohin der Zuordnung des Projektes in den privaten Sektor schädlich.

Unter welcher Rechtskonstruktion das Gebäude zur Verfügung gestellt wird, ist grundsätzlich gleichgültig.

Daher haben sich im Bereich öffentlicher Einrichtungen wie Schulen oder Krankenhäuser zunehmend Modelle etabliert, in denen Liegenschaft und Gebäude im Eigentum des (privaten) Partners stehen, jedoch nach den Vorgaben der öffentlichen Hand errichtet und für eine lange Laufzeit (20 Jahre oder mehr) an die öffentliche Hand „vermietet“ werden.

Hier ist die Abgrenzung zu treffen zwischen bloßem „Finanzierungsleasing“, das stets „on balance“ zu beurteilen ist und dem „Operating-Leasing“, das „off balance“ beurteilt wird.

Beim Leasing erwirbt der Leasingnehmer gegen Bezahlung eines Entgelts („Miete“) für einen vertraglich vereinbarten Zeitraum das Nutzungsrecht an vom Leasinggeber angekauften oder hergestellten Leasingobjekten, wobei das

Eigentumsrecht an diesen Objekten beim Leasinggeber verbleibt.

Bei einem Operating Leasing übernimmt der Leasinggeber das Verfügbarkeitsrisiko und alle wesentlichen Baurisiken. Dies beinhaltet auch das Risiko der rechtzeitigen Fertigstellung und der Nutzbarkeit, aber auch die Instandhaltung und Instandsetzung der Immobilie.

Im Rahmen eines Operating-Leasing bleibt das betreffende Vermögensgut in der Bilanz des Leasinggebers, sohin „off balance“.

Bei einem Finanzierungsleasing übernimmt der Leasinggeber (nur) alle wesentlichen Baurisiken. Dies schließt auch die Bezahlung anfallender Reparaturen und das Abschließen von Versicherungen ein. Die Werterhaltungsmaßnahmen sind vom Leasingnehmer zu tragen, da dieser in der Regel die Anschaffung bzw Herstellung des Leasinggegenstandes veranlasst hat.

Im Rahmen eines Finanzierungsleasing bleibt das betreffende Vermögensgut in der Bilanz des Leasingnehmers, sohin „on balance“.

Der Beitrag, den Green Deal zur Verbreitung von PPP-Modellen leisten kann, wird daher auch davon abhängen, ob PPP-Modelle für Projekte unter dem Green Deal so eingesetzt werden können, dass ihre Finanzierung nach den Grundsätzen des EPEC-Guide zwar aus staatlichen Geldern erfolgen, aber dennoch „off balance“ verbucht werden kann.

Grundsätzlich erscheint dies möglich, doch wird es für die praktische Umsetzbarkeit einer Reihe von Klarstellungen im EPEC-Guide, bis hin zu einzelnen Anpassungen an die Finanzierungsanforderungen des Green Deal bedürfen.

Ansatzpunkte für den Einsatz von PPP-Modellen gäbe es hinreichend. So ist es ein wesentlicher Teil des Green Deals, dass Gebäude renoviert werden (Refurbishment and Renovation), um so den Ressourcenverbrauch im Neubau zu senken. Dazu sieht die Mitteilung der Kommission zum Green Deal vor, dass der „Renovierungsanteil“ an Gebäuden europaweit gegenüber dem Ist-Stand mehr als verdoppelt werden muss.

Auch sieht der EPEC-Guide die Anwendung von PPP-Modellen auf Refurbishment and Renovation ausdrücklich vor.

Doch einzelne der Vorgaben des EPEC-Guide, wie etwa die Anforderung, dass der Renovierungsaufwand (die zur Renovierung eingesetzte Finanzierung) zumindest 50 % des Gebäudewerts nach Abschluss der Renovierung

ausmachen muss, dürften eine (nicht sachgerechte) negative Projektauslese bewirken.

Ebenso sind die Vorgaben des EPEC-Guide zur Laufzeit von PPP-Modellen ihrem Einsatz für Projekte im Green Deal (noch) hinderlich. Während der Green Deal gerade darauf abstellt, die Investitionen auch an kurzfristige, sich laufend erneuernde Technologien zur Schonung von Umweltressourcen anzupassen und über kürzere Leistungsspannen wie etwa nur über zwei oder drei Jahre laufende Projekte, einzubeziehen, hat der EPEC-Guide ein ausgeprägt statisches Verständnis der Projektbedingungen. Hinsichtlich der Laufzeit gibt der EPEC-Guide zwar keine Mindestlaufzeit vor, betont jedoch mehrfach, dass Projekte mit einer Laufzeit von weniger als zehn Jahren im Regelfall nicht als PPP-Projekte zu qualifizieren sein werden.

Zusammenfassend kann man zu diesem Wechselspiel zwischen dem Einsatz von PPP-Modellen und ihrer Beurteilung nach dem ESG 2010 festhalten, dass hier noch Vieles in Bewegung kommen (verändert werden) muss, um einen optimalen Einsatz von PPP-Modellen in zentralen Bereichen der Umsetzung des Green Deals (Stichwort: Schwerpunkt Renovierung statt Neubau) zu ermöglichen.

Die Ausgangslage, dass unter Einsatz von PPP-Modellen Infrastrukturprojekte realisiert werden, die bei klassischer Finanzierung aus dem Budget nicht finanzierbar wären, bleibt wohl langfristig bestehen. Es wird Sache der Praxis sein, Modelle zu entwickeln, die einerseits den Anforderungen des EPEC-Guide, an eine „off balance“ Finanzierung, genügen (bzw diese Anforderungen anzupassen), und andererseits den Risikotransfer auf den privaten Sektor so zu gestalten, dass die transferierten Risiken durch die zugesagten „rewards“ kompensiert werden.

## **V. Vertragsgestaltung nach der Interessenlage**

Ausgehend von der Frage, welche Interessen in einem PPP-Modell typisch verfolgt werden, erarbeiten wir in dieser Lehrveranstaltung eine Definition dieser Modelle unter dem Gesichtspunkt, was bei der Strukturierung der Verträge zu beachten ist, um den für PPP-Modelle typischen Anforderungen gerecht zu werden. Dies mit Schwerpunkt auf PPP-Modelle der Bauwirtschaft, sohin unter weitgehender Vernachlässigung bloßer Dienstleistungsmodelle.

Den Einstieg in die konkrete Auseinandersetzung mit den Anforderungen an die Vertragsgestaltung liefert die Befassung mit den Interessen und Anforderungen, die an PPP-Modelle gestellt werden, sowie den Rahmenbedingungen, denen sie typisch unterliegen.

Partnerschaften zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen zum Zweck der Verwirklichung von Infrastrukturprojekten sind modern unter dem Schlagwort „PPP-Modell“, haben jedoch eine lange Tradition in der wirtschaftlichen Realität.

Sowohl private als auch öffentliche Bauherrn haben stets dazu tendiert, bei der Errichtung komplexer Bauwerke das Risiko des „wirtschaftlichen Erfolgs“ des Bauwerks, der „Erreichung des angestrebten Ziels“, nicht allein zu tragen, sondern sonstige Projektbeteiligte, allen voran den Bauunternehmer, in diese Risikogemeinschaft einzubeziehen.

Reiches Anschauungsmaterial für diese Tendenz der Verlagerung des Risikos vom Bauherrn auf den Bauunternehmer liefert der Industriebau. Dies mit seiner Entwicklung von schlüsselfertig zu liefernden Projekten über Projekte, die „betriebsbereit“ oder „in Betrieb“ übergeben werden müssen, weiter zu „product in hand-Verträgen“ bis hin zu Verträgen mit Vermarktungsverpflichtung der hergestellten Produkte, bis schließlich die Finanzierung der Bauleistungen aus den Erträgen des Projektes ausdrücklich festgeschrieben wird.

Solche Modelle sind besonders dann gefragt, wenn zur Finanzierung von Infrastrukturprojekten knapper werdende Budgetmittel einhergehen mit wachsenden Anforderungen der Öffentlichkeit an Infrastrukturleistungen. Dies wird gefördert durch eine stärker werdende Grundhaltung, dass derjenige, welcher öffentliche Leistungen in Anspruch nimmt, diese Leistungen auch finanzieren oder zumindest wesentlich mitfinanzieren soll. Die damit eingeführte Kontrolle der Beschaffung von Infrastrukturleistungen durch die Nachfrage am Markt soll gewährleisten, dass Infrastrukturleistungen nicht nur marktkonform nachgefragt, sondern auch marktkonform angeboten werden.

Die Finanzierbarkeit ist daher die zentrale Anforderung an PPP-Modelle. Sie prägt auch die gesamte Vertragsgestaltung. Ist ein Projekt nicht finanzierbar – auf Neudeutsch „nicht bankable“ – dann wird das Projekt entweder gar nicht erst geboren oder überlebt nur kurz.

Die Anforderung, die „Bankability“ möglichst zu verbessern, sie aber keinesfalls zu gefährden, bestimmt daher jeden Bereich der Vertragsgestaltung.

Die starke Unterschiedlichkeit der einzelnen Erscheinungsformen von PPP-Projekten hat eben diesen Grund der „Bankability“: Die in jedem Projekt unterschiedlichen Anforderungen, um der allen Projekten gemeinsamen,

zentralen Anforderung ihrer Finanzierbarkeit gerecht zu werden.

Auch wenn die grundlegenden vertraglichen Gestaltungen vom Vertragserrichter selbst kommen müssen und die vorhandenen Standards – was vor allem für die britischen Standards gilt – auf Projekte, die österreichischem Recht unterliegen, nur sehr beschränkt übertragbar sind, sind grundlegenden Vorgaben für diese Gestaltungen vorhanden.

So unterschiedlich verschiedene PPP-Modelle in ihren konkreten Ausgestaltungen sein mögen, gibt es doch einheitliche Grundstrukturen, die – je nach Projekt – teils deutlich sichtbar, teils verdeckt, aber immer vorhanden sind und deren Nichtbeachtung sich in jedem Fall bitter rächt.

Auf solche typisch in PPP-Modellen vorhandene, vertragsrelevante Charakteristika, wird im Folgenden eingegangen.

## **VI. Vertragsrelevante Charakteristika von PPP-Modellen**

Dass die Verpflichtung zur Herbeiführung eines Erfolges das Charakteristikum eines Werkvertrages ist, während beim Dienstvertrag bloß Arbeitskraft zur Verfügung gestellt wird und beim Kaufvertrag eine vorab beschriebene Sache gegen Geld ausgetauscht wird, sind Grundprinzipien, welche der Vertragsverfasser stets vor Augen haben wird, wenn er einen derartigen Vertrag errichtet. Dies gerade dann, wenn er solche Vertragstypen in einem einheitlichen Vertragspaket kombinieren muss.

Bei Betreibermodellen scheidet dieser Ansatz schon daran, dass oft unklar bleibt, was das konkrete Betreibermodell eigentlich leisten soll. Aus der Konkretisierung, welche typischen Projektzwecke mit Betreibermodellen verfolgt werden, lässt sich mE ableiten, was die Wesenselemente des Vertragspaketes für die Abwicklung von Betreibermodellen sind. Daraus lässt sich dann wiederum eine Definition von Betreibermodellen ableiten, deren Zweck – ausschließlich – darin liegt, jene Elemente zu erfassen, welche die Arbeit des Vertragsjuristen durchgängig als Leitbilder – wie im genannten Beispiel der Erfolgsverknüpfung des Werkvertrages – zu bestimmen haben.

Es ist daher vorweg im konkreten Projekt festzustellen, wo der Schwerpunkt des Projektzweckes liegt.

Will man daher jene spezifischen Anforderungen an die Vertragsgestaltung bei Betreibermodellen erfassen, welche diesen Projekten gemeinsam sind und derer sich der Vertragserrichter stets bewusst sein muss, wenn er (in seinem Teilbereich des Projektes) eine funktionstüchtige Vertragslösung

schaffen will, so führt dies zu folgender Definition der hier interessierenden Betreiberprojekte:

PPP-Projekte (Betreiberprojekte) sind **Infrastrukturprojekte**, in denen ein Träger von **Hoheitsrechten** der **öffentlichen Hand** **privaten** Unternehmen die **Errichtung** und den **Betrieb** des Projektes **überträgt**, dennoch eine unterschiedlich stark ausgeprägte **Kooperation** zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen erfolgt, wobei die **Finanzierung** von marktwirtschaftlich messbaren **Erfolgen** abhängt, die während des Betriebes von den privaten Unternehmen **sicherzustellen** sind, sodass die **Erträge** stets an den **erzielten Betriebserfolgen** anknüpfen.

Zu den einzelnen Elementen dieser Definition:

### Infrastrukturprojekte

Danach ist zu unterscheiden, ob die öffentliche Hand mit diesem Projekt zentrale Ziele der Daseinsvorsorge verfolgt, sohin Infrastrukturmaßnahmen schaffen will, die zum Kernbereich der Daseinsvorsorge gehören, oder ob es sich um Projekte handelt, die primär einen wirtschaftlichen Erfolg versprechen und – unter anderem auch – den Interessen der öffentlichen Hand nicht ungelegen kommen.

So ist es für die Vertragsgestaltung nicht gleichgültig, ob die Errichtung einer Tiefgarage zur Abwendung des Verkehrsinfarkts in diesem Gebiet notwendig ist, oder ob sich das öffentliche Interesse darauf beschränkt, dass – vereinfacht gesagt – im Stadtgebiet weiterer Parkraum unter der Erde grundsätzlich positiv ist, solange er die öffentlichen Kassen nicht belastet.

Ob die das bisherige System ersetzende Abwasseranlage nur einfach ein gutes Geschäft zu werden verspricht und insoweit die öffentliche Kasse entlastet oder ob die grundlegende Modernisierung und Kapazitätserweiterung des bestehenden Wasserver- und -entsorgungssystems in einer Kommune notwendig wird, wenn es nicht zusammenbrechen soll, beeinflusst massiv die im Vertrag umzusetzende Interessenlage.

Die falsche Ansicht, der ich hier entgegentrete, ist der Standpunkt, dass solche Überlegungen über die Gewichtung der verfolgten Interessen

unbedeutend seien, solange sich das Projekt „rechnet“ und man – zumindest in der Konzeptionsphase – die Illusion aufrecht erhalten kann, dass dieses Projekt bei der öffentlichen Hand keine Kosten auslöst und die öffentliche Hand auch sonst damit nichts mehr zu tun hat, insbesondere keine Risiken trägt.

Denn wenn die Rolle der öffentlichen Hand im konkreten Projekt und die damit verbundene Verteilung der Einflussmöglichkeiten, der Risiken und letztlich Kostentragungspflichten im Vertragswerk unzureichend geregelt wurde, wird die Zeche für diesen undifferenzierten Umgang mit grundsätzlich verschiedenen Ausgangslagen – meist schon in Form massiver „Projektkrisen“ während der Errichtung – bezahlt.

Zentrales Charakteristikum der Betreibermodelle ist es mE, dass das wesentliche Projektziel die Erfüllung öffentlicher Aufgaben aus dem Bereich der Daseinsvorsorge ist. Das Projekt soll etwas „leisten“, das die öffentliche Hand zum Zweck der Daseinsvorsorge grundsätzlich selbst, sohin im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung mit Steuermitteln, leisten sollte, dies aber aus bestimmten Gründen, meist wegen Knappheit des für solche Projekte verfügbaren (den Maastricht Kriterien unterliegenden) Budgets, aber auch in Ermangelung von spezifischem Know-How, nicht leisten kann.

Dazu ist klarzustellen, dass es aus vertragsrechtlicher Sicht keine Notwendigkeit gibt zu definieren, was zur Daseinsvorsorge gehört und was nicht. Dies ist aus der Sicht des Vertragsserrichters eine auf politischer, allenfalls der Ebene des öffentlichen Rechts zu lösende Aufgabe. Für die Anforderungen an die Vertragsgestaltung genügt die Feststellung, dass eine bestimmte Aufgabe von der öffentlichen Hand als Teil der Daseinsvorsorge definiert wird – wie immer sie zu diesem Ergebnis gelangt.

Prägend für die Vertragsgestaltung ist vielmehr, dass die öffentliche Hand ein vom „privatwirtschaftlichen Erfolg“ des Projektes unabhängiges, zentrales Interesse daran hat, dass es dieses Projekt gibt und dass es so funktioniert, dass das öffentliche Interesse befriedigt wird. Das in der Darstellung von PPP meist in den Vordergrund gerückte Ziel, dass das Projekt Einnahmen aus dem Markt erwirtschaftet – also weitestgehend von den Endnutzern des Projekts – tritt in Wahrheit im typischen PPP-Projekt (weit) in den Hintergrund. Denn so lässt sich idR kaum ein PPP-Projekt finanzieren.

Finanziert wird das PPP-Projekt – und dieses Interesse steht regelmäßig im Vordergrund – indem es durch seinen Betrieb jene öffentlichen Interessen befriedigt, deretwegen es entstanden ist.

Daher wird es notwendig, klar zu definieren, welchen öffentlichen Interessen

dieses Projekt dienen soll – und welche anderen (durchaus gerechtfertigten) öffentlichen Interessen für dieses Projekt nicht relevant sind. Damit jene öffentlichen Interessen, die mit dem Projekt verfolgt werden sollen, auch tatsächlich bedient werden, wird es konkrete inhaltliche Vorgaben der öffentlichen Hand geben müssen, wie dieses Projekt „betrieben“ werden soll.

Derartige Projekte bezeichne ich hier als Infrastrukturprojekte im engeren Sinn, um sie abzugrenzen von sonstigen Projekten, an denen die öffentliche Hand kein wesentlich größeres Interesse hat als an jedem privatwirtschaftlich funktionierenden Investitionsprojekt.

## Träger von Hoheitsrechten

Dieses Charakteristikum, dass ein Vertragspartner Gestaltungsmöglichkeiten hat, die mit (bloß) zivilrechtlichen Mitteln nicht bestehen, prägt wiederum entscheidend die Vertragsgestaltung. Denn dass die öffentliche Hand im Rahmen der Daseinsvorsorge auch über Möglichkeiten verfügt, durch Hoheitsakt diese Ziele zu befördern, ist sowohl unter dem Aspekt der damit verbundenen Chancen als auch der damit verbundenen Risiken eine Besonderheit, die auf andere Großprojekte, mögen sie auch noch so komplex sein, nicht zutrifft.

Daher wird auf diese Thematik des Einsatzes von Hoheitsrechten im Projekt unter dem Aspekt funktionsnotwendiger vertraglicher Differenzierung je nach Art des Einsatzes im folgenden Kapitel gesondert eingegangen.

## Privaten Unternehmen

Dieses Definitionselement stellt klar, dass die Spezifika von PPP-Modellen nur in Projekten auftreten, welche eben dieses Zusammentreffen von Vertragspartnern aus zwei unterschiedlichen Sektoren – dem staatlichen und dem privaten Sektor – vertraglich regeln. Entsprechend stellt auch der EPEC-Guide klar, dass weder Kooperationen zwischen (nur) dem staatlichen Sektor zuordenbaren Rechtsträgern noch Kooperationen zwischen Rechtsträgern, auf die das nicht zutrifft, als PPP-Projekte qualifiziert werden können.

## Errichtung und Betrieb

Das Tatbestandselement der „Errichtung“ bewirkt, dass das durch den Betrieb zu refinanzierende Projektvolumen eine Größenordnung erreicht, die eine

entsprechende Langfristigkeit des Projektes erfordert. Das wäre bei Projekten mit geringem Investitionsbedarf – etwa Dienstleistungen bei einer bestehenden Anlage – nicht der Fall. Auch dieses Spezifikum der Langfristigkeit mit seinen daraus abgeleiteten Konsequenzen (Rahmencharakter und Kooperationscharakter) wird daher im Folgenden noch näher besprochen.

Entscheidend ist, dass Recht und Pflicht zum Betrieb des Projektes dem privaten Partner übertragen werden. Denn diese Hauptpflicht des Betriebes ist zugleich Anknüpfungspunkt für die notwendige Finanzierung. Typisch hängen die ins Projekt einfließenden Zahlungen (im Wesentlichen sind das Zahlungen der öffentlichen Hand, nicht am freien Markt erwirtschaftete Erträge) von der Erreichung vorgegebener Betriebserfolge ab.

Werden die Betriebserfolge nicht oder nicht hinreichend erreicht, stirbt das Projekt an fehlendem Zufluss von Finanzmitteln – oder die (privaten) Gesellschafter der Projektgesellschaft schießen zu.

Verkürzt gesagt, ist der vom privaten Partner herbeizuführende Betriebserfolg zugleich der Projekterfolg.

## Ausgeprägte Kooperation

Nimmt man zur Kenntnis, dass das Projekt im Rahmen der Daseinsvorsorge etwas „leisten“ soll, dann wird verständlich, dass sich die öffentliche Hand nicht aus dem Projekt zurückziehen kann. Vielmehr hat die Vertragsgestaltung dafür zu sorgen, dass die öffentliche Hand auch während der Laufzeit des Projektes jenen Einfluss auf das Projekt nehmen kann, der erforderlich ist, damit die von der öffentlichen Hand verfolgten Ziele der Daseinsvorsorge auch erreicht werden.

Dies erfolgt typisch durch Definition von „Betriebserfolgen“, welche dieser Zielerreichung dienen.

Im Regelfall wird daher die öffentliche Hand auch während des Betriebs in das Projekt eingebunden sein (müssen). Denn nur so kann sichergestellt werden, dass das Projekt die Anforderungen der Daseinsvorsorge in diesem Bereich erfüllt. Denn gerade diese Anforderungen werden nicht dadurch bedient, dass das Projekt möglichst hohe Einnahmen am Markt erzielt, sie stehen dem letztgenannten Ziel sogar häufig entgegen.

Damit hoffe ich, die falsche Propaganda, dass PPP-Modelle der Weg in den Nachwächterstaat oder ein Ausdruck von „möglichst wenig Staat“ seien, widerlegt zu haben.

## Finanzierung hängt an marktwirtschaftlich messbaren Erfolgen

Die Herausforderung für den Vertragsrichter ist es hier, jene „Betriebserfolge“, an denen die einzelnen Zahlungen anknüpfen, objektiv messbar festzulegen. „Wunschvorstellungen“, die sich nicht mit „Maß und Gewicht“ (oder welcher Maßeinheit auch immer) messen lassen, haben hier keinen Raum.

Solange allerdings das, was der Vertrag als „Erfolg“ definiert, tatsächlich messbar ist, ist der Gestaltungsfreiheit keine Grenze gesetzt. Daher werden etwa bei Straßenprojekten nicht nur die Nutzungsfrequenz, sondern auch andere Betriebserfolge vorgesehen oder – genauer gesagt – durch entsprechende Konkretisierung der Messbarkeit zugeführt.

So liegt es nahe, die angestrebte Reduktion des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes durch Messung der unmittelbaren Ursachen des erhöhten CO<sub>2</sub>-Ausstoßes (Stau, Verkehrsstockungen etc.) messbar zu machen. Soweit unmittelbare Messungen möglich sind (Lärmreduktion), steht ihrer Übernahme in die „messbaren Erfolge“ nichts im Wege.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass gerade diese Anknüpfung des „Betriebserfolgs“ an Ergebnisse, die nicht unmittelbar monetären Charakter haben, die Konsequenz hat, dass PPP-Projekte in der Mehrzahl der Fälle keine „neuen“ Einnahmen schaffen.

Vielmehr werden primär die aus der Infrastruktur folgenden Ausgabenlasten umverteilt. Allerdings kann mit dieser Umverteilung ein wesentlicher marktwirtschaftlicher Effekt verbunden sein. Dies im Sinne einer „bewussten Auswahlentscheidung“ für die Inanspruchnahme oder auch die Zurverfügungstellung bestimmter Infrastrukturmaßnahmen.

Ist die Inanspruchnahme einer Infrastrukturleistung eine privatautonome Kaufentscheidung, dann muss die angebotene Leistung ihrem Käufer – dem Endkunden – den geforderten Preis wert sein. Infrastrukturprojekte, die im Wege von Betreibermodellen finanziert werden, hängen daher entscheidend von realistischen Ertragsprognosen ab.

Führt die Ertragsprognose zum Ergebnis, dass die gebotene Infrastrukturleistung nicht ausreicht, um von den Endnutzern einen entsprechend hohen Kaufpreis für die abgerufene Infrastrukturleistung zu erhalten, dann liegt es an der öffentlichen Hand zu entscheiden, ob und unter welchen Bedingungen dieses Defizit durch Zuzahlungen für Betriebserfolge, die nicht in Zahlungen der unmittelbaren Nutzer liegen, ausgeglichen werden.

So wird es auch praktisch gehandhabt, ohne dass Betreibermodelle damit ihren Sinn verlieren. Ist doch die Schattenmaut bei diversen Autobahnmodellen nichts anderes, als genau der Versuch, das Delta zwischen den von den konkreten Nutzern der Autobahn erzielbaren Erträgen und den zur Finanzierung erforderlichen Erträgen auszugleichen und dennoch eine stark erhöhte privatwirtschaftliche Komponente einzubringen, da selbst im reinen Modell der Schattenmaut das Frequenzrisiko immer noch beim Betreiber liegt.

## Erträge abhängig von erzielten Betriebserfolgen

Konsequenz der oben geschilderten Abhängigkeit der Finanzierung von marktwirtschaftlich messbaren Erfolgen ist es daher, dass eben diese erzielten Betriebserfolge die Erträge – die nach den Ausführungen des EPEC-Guide dem (privaten) Partner zufließen müssen – zentral bestimmen.

Damit wird nachvollziehbar, dass die Erträge des Projektes keineswegs aus dem „Markt“ kommen müssen. Auch ein vollständig aus staatlichen Geldern finanziertes Projekt, das sohin keinen Ertrag von „privaten Nutzern“ hat, erfüllt diese Anforderung der Abhängigkeit der Erträge vom Betriebserfolg.

## VII. Netzwerk komplexer Vertragspakete

Die Vertragsgestaltung bei Betreiberprojekten ist geprägt vom Zusammenspiel mehrerer Vertragstypen, die voneinander abhängen und einander im Wechselspiel beeinflussen.

Kernstück ist der Konzessionsvertrag. Er wird umgesetzt und ergänzt durch eine Reihe von Vertragspaketen, von denen wesentlich sind:

- das Paket der Bauverträge
- das Paket der Betriebsverträge
- das Paket der Finanzierungsvereinbarungen

Bildlich gesprochen sind die drei vorgenannten Vertragspakete die Säulen, auf denen der Konzessionsvertrag ruht.

So unterschiedlich die Inhalte dieser Vertragspakete auch sein mögen. Folgende drei Charakteristika sind ihnen stets gemeinsam:

- Langzeitcharakter
- Rahmencharakter
- Kooperationscharakter

Auf den inneren Zusammenhang dieser drei Charakteristika und ihre Konsequenzen für die Vertragsgestaltung wird in der Lehrveranstaltung anhand von Beispielen näher eingegangen.

Der Abschluss der Leitverträge aus den vorgenannten Vertragspaketen ist im Regelfall (vereinbarte) Bedingung für die Wirksamkeit des Konzessionsvertrages. Zur Bedingtheit des Konzessionsvertrages empfiehlt es sich, die Wirksamkeit des Konzessionsvertrages nicht erst mit Eintritt dieser Bedingungen beginnen zu lassen, sondern den Nichtabschluss dieser Vereinbarungen bis zu einem festgelegten Zeitpunkt als auflösende Bedingung des Konzessionsvertrages vorzusehen.

Jedes der drei zentralen Vertragspakete wird ergänzt durch die jeweiligen internen Kooperationsvereinbarungen dieser Projektbeteiligten. Hier ist es bei der Vertragsgestaltung wesentlich zu beachten, dass die zentralen Projektbeteiligten in ihren unterschiedlichen Rollen als Errichter, Betreiber und Finanzierer des Projektes unterschiedliche, einander in einzelnen Projektphasen sogar widersprechende Interessen verfolgen (müssen), sodass Regelungen für einen Ausgleich dieser unvermeidbaren Interessenskonflikte nicht nur im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern auch während der Projektabwicklung unverzichtbar sind.

Eine weitere Gruppe von Verträgen enthält Nebenvereinbarungen, die oft nur für einzelne Projektphasen Bedeutung haben. Hierzu gehören Beratungsverträge des Auftraggebers mit finanziellen, technischen und juristischen Beratern bis zur Projektvergabe; Vorvertrag der künftigen Konsortialmitglieder des Konzessionärs, in der Folge Konsortialvertrag des Konzessionärs und schließlich Gesellschaftsvertrag der Konzessionsgesellschaft; Verträge mit Consulting Engineers und sonstigen neutralen Projektbegleitern; Wartungsverträge für die Laufzeit des Projektes; Abnahmeverträge für die vom Projekt produzierten Leistungen; Kooperationsverträge mit den Betreibern gleichartiger oder komplementärer Infrastrukturprojekte; Versicherungsverträge etc.

## **VIII. Einsatz kooperativer Vertragsmodelle**

Allgemein verwendbare Vertragsmuster für PPP-Projekte haben sich weder in Deutschland noch in Österreich durchgesetzt. Allerdings zeigt sich eine steigende

Tendenz in komplexen Infrastrukturprojekten – also in jenem Bereich, in dem PPP-Projekte typisch angesiedelt sind – für die „Bauverträge“, also jene Verträge, in denen die Erbringung von Planungsleistungen und von Bauleistungen geregelt werden, kooperative Vertragsmodelle einzusetzen.

Der gerade in solchen Projekten besonders ausgeprägte Anteil des „Unplanbaren“ hat folgende Konsequenz für die Vertragsgestaltung:

Die Anforderung an die Projektbeteiligten, auf einen gemeinsamen Projekterfolg hinzuarbeiten statt primär die Maximierung des „eigenen Erfolgs“ (Maximierung des Entgelts einerseits gegenüber Minimierung der Zahlungsansprüche andererseits) zu betreiben, lässt sich in solchen kooperativen Vertragsmodellen deutlich besser umsetzen als im klassischen Werkvertrag.

Damit sind durchgängig kooperativ strukturierte Vertragsmodelle für die Bewältigung der typisch langfristigen und hochkomplexen PPP-Projekte deutlich besser geeignet als bisherige Bauvertragsmodelle – selbst wenn sie sich am grundsätzlich „kooperativen“ Muster der ÖNORM B 2118:2023 orientieren.

Als Einstieg in diese Thematik verweise ich auf zwei in Österreich von der Österreichische Bautechnik Vereinigung publizierte Merkblätter (Alternative Vertragsmodelle – Empfehlungen für die Auswahl und Umsetzung - Merkblatt Mai 2021 sowie Kooperative Projektabwicklung – Merkblatt März 2023). Vertiefend auf zwei in Deutschland ausgearbeitete Forschungsberichte (Boldt - Redde - Luft - Kersten - Ashcraft, Mustervertragsbedingungen für Mehrparteienverträge im öffentlichen Bauwesen bei Integrierter Projektabwicklung 2022 sowie Breyer - Boldt - Hagsheno, Alternative Vertragsmodelle zum Einheitspreisvertrag für die Vergabe von Bauleistungen durch die öffentliche Hand 2020) und beschränke mich im Folgenden auf eine Kurzdarstellung.

Die Grundsätze dieser kooperativen Vertragsmodelle sind:

- Zusammenarbeit (Kooperation) und gemeinsame Entscheidung in mehrstufigen (meist dreistufigen) Kooperationsgremien mit Verpflichtung zu und Unterstützung von Kooperation (Alliance Coaches etc), typisch in einem Mehrparteienvertrag oder in durch einen Rahmenvertrag mit Kooperationsregeln verbundenen, bilateralen Verträgen;
- Dreiteiliges Vergütungsmodell, und zwar auf Kostenbasis, weiters mit einer Art von Gesamtschlag iSd ÖNORM B 2061 (Gemeinkosten, Finanzierungskosten, reduziertes Wagnis, Gewinn etc) und schließlich Anreizmechanismen (Boni und Mali), die am gemeinsamen Projekterfolg anknüpfen;
- Gemeinsames Risikomanagement mit geringem Anteil an Risikoverteilung gegenüber hohem Anteil gemeinsam getragener Risiken;

- Haftungsbeschränkungen bis zur Grenze des Haftungsausschlusses und
- Streitbeilegung, die mangels Einigung stets außerhalb der Allianz erfolgt.

Da auch die kooperativen Vertragsmodelle kein Gesellschaftsvertrag sind, bleibt es auch bei ihrer Anwendung beim Spannungsfeld zwischen den kooperativen, inhaltlich an gesellschaftsrechtliche Modelle angelehnten und den am synallagmatischen Leistungsaustausch orientierten Vertragsregelungen. Das prägt zugleich die Anpassung des Vertrages an geänderte, bei Vertragsabschluss nicht bedachte Umstände.

Beispiele solcher kooperativen Vertragsmodelle im praktischen Einsatz sind derzeit noch auf große Infrastrukturprojekte beschränkt. Etwa die Verträge mit „integrierter Projektabwicklung (IPA)“ der deutschen Bahn (Beispiel: Ausbau der Bahnstrecke 4860 Stuttgart – Horb mit Anschluss an den Stuttgarter Flughafen Fernbahnhof) oder der Allianzvertrag über die Errichtung der S 31 Burgenland Schnellstraße. Auch wenn noch abzuwarten bleibt, ob und in welchem Umfang sich solche kooperativen Vertragsmodelle in der Praxis bewähren – steht dennoch fest:

Der in diesen Vertragsmodellen sehr detailliert umgesetzte kooperative Ansatz eignet sich auch in PPP-Projekten zur Erreichung des zentralen Projektziels der Refinanzierung sämtlicher Kosten aus dem Betrieb des Projekts wesentlich besser, als primär werkvertraglich orientierte Einzelverträge, insbesondere unter dem Aspekt der Vermeidung von Streitigkeiten im Projekt – die in der Praxis das PPP-Projekt massiv beeinträchtigen, wenn nicht sogar zum Projektabbruch führen.

Auch, genauer: gerade, in solchen komplexen Projekten, wie es PPP-Modelle stets sind, sollte projektbegleitendes Lösungsmanagement (PLM) zum Einsatz gelangen. PLM ist ein kooperatives Werkzeug für alle Projektbeteiligten. Es ersetzt nicht die in Bauverträgen bereits vorhandenen Kooperationsmechanismen, sondern ergänzt sie.

Dies durch projektbegleitende Lösung jener Punkte, in denen die Projektparteien (zunächst) keinen Konsens über die bauwirtschaftliche und vertragsrechtliche Umsetzung der für die Lösung des konkreten Falls aus technischer und baubetrieblicher Sicht optimalen Lösung finden.

Die technische und baubetriebliche Lösung bleibt bei Einsatz von PLM stets bei den Projektpartnern. Sie werden durch ein strikt neutrales PLM-Team unterstützt. Dieses PLM-Team besteht aus BaubetriebswirtsIn und JuristIn. Es sorgt dafür, dass auch die bauwirtschaftlichen und die vertragsrechtlichen Fragen im Einklang mit der technischen und baubetrieblichen Lösung vollständig geklärt und in den bestehenden Verträgen berücksichtigt werden. Damit werden die nachträgliche

Entstehung bzw. das Fortschleppen von Konflikten bestmöglich verhindert.

Ziel von PLM ist es, dass die durch Abweichung der Planung von der Realität erforderliche Leistungsanpassung so geschieht, dass das Projektziel optimal erreicht wird. Entscheidend dafür ist die für den Projekterfolg optimale Lösung der durch die Abweichung der Wirklichkeit von der Planung entstandenen, technischen und baubetrieblichen Fragen. Dazu werden jene Personen, die schon bisher für Technik und Baubetrieb im Projekt verantwortlich waren, in PLM unmittelbar eingesetzt. Ihre Lösungskompetenz wird daher nicht an Dritte delegiert.

Die bauwirtschaftlichen und vertragsrechtlichen Fragen der friktionsfreien Einarbeitung der vorgenannten Lösung in die von ihr betroffenen Verträge durch das PLM-Team erfolgt begleitend zur vorrangigen, technischen und baubetrieblichen Lösung. Diese Lösung wird durch das PLM-Team (dem bisherigen Konsens der Parteien entsprechend) in die vorhandenen Vergütungsregelungen (Kalkulationen), Verantwortlichkeiten etc., also in den Vertrag, eingearbeitet.

## **IX. Gestaltungsmethoden**

Ein österr. Beispiel für ein erfolgreiches PPP-Modell ist das „Projekt Y“ – also die Verlängerung der Außenringautobahn um Wien. Dies mit dem Teilstück S1 über Süßenbrunn und Deutsch Wagram zu den Knoten Eibesbrunn und Korneuburg – mit dem weiteren Anschluss an die Westautobahn. Weiters mit dem Teilstück S2 von Süßenbrunn bis zur bereits bestehenden Außenringautobahn und damit letztlich zur Südautobahn.

Das Herzstück dieses Straßennetzes, das mit dem Verbindungsstück ab Süßenbrunn mit der Lobauquerung den Verkehr Richtung Süden an Wien vorbeiführen und damit die Wiener Außenringautobahn entlasten sollte, wurde nach gut zwei Jahrzehnten der Planung zunächst abgesagt, dann „auf Eis“ gelegt und soll jetzt doch wieder aufgenommen und ausgeführt werden. Der aktuelle Zeithorizont für die Inbetriebnahme liegt irgendwo jenseits von 2030.

Konzessionsträger ist die Bonaventura. Ende 2006 wurde der Konzessionsvertrag unterfertigt. Am 30. November 2009 wurde das erste Teilstück, die S1 Ost und S2, eröffnet, am 29. Jänner 2010 das gesamte Streckennetz. Somit wurde in nicht einmal drei Jahren das gesamte 51 Kilometer lange Straßennetz fertig gestellt. Konzessionsende ist 2039.

Damit die Finanzierbarkeit erhalten bleibt, schafft die Realität unzählige Varianten des Grundmodells der Finanzierung aus den Erträgen, die sich danach richten, wie im konkreten Fall die Finanzierung möglich ist.

Typisch treten neben die Finanzierung aus den Erträgen weitere Zuschüsse der öffentlichen Hand, die sich beliebig als Fixzuschüsse zu den privatwirtschaftlich erzielten Erträgen und/oder als Anschubfinanzierung und/oder als Zuschüsse bis zur Erreichung von Mindesterträgen und/oder als Zuschüsse bei Eintritt bestimmter, vordefinierter Situationen oder in welcher Form immer gestalten lassen.

Deutlich weiter entfernt sich die Finanzierung von den privatwirtschaftlich erzielten Erträgen, wenn etwa die Benutzer der Autobahn keine (oder nur eine geringe, nicht kostendeckende) Maut zahlen, die öffentliche Hand jedoch eine benutzungsabhängige „Schattenmaut“ bezahlt, sodass der Betreiber immer noch das Frequenzrisiko trägt.

Noch stärker verlagert sich die Finanzierung zur öffentlichen Hand, wenn sich ihre Leistungen nicht mehr an der Frequenz der Nutzung, sondern an der zur Verfügung gestellten Kapazität orientieren. Letzteres erscheint selbstverständlich für den privatwirtschaftlichen Betrieb von Krankenhäusern oder Gefängnissen, lässt sich aber ebenso auf andere Infrastrukturprojekte – etwa im Straßenbau – übertragen. Hier spielen Qualitätszusagen in unterschiedlichsten Ausprägungen (Verfügbarkeit, Baustellenmanagement, Staumanagement etc) eine steigende Rolle.

Auch die vorgenannten Modelle kommen selten „rein“ in der Praxis vor, sondern in nahezu beliebiger Kombination und Variation.

So liegt es bei Kraftwerken nahe, den Ertrag aus dem konkreten Verkauf der Energie zu kombinieren mit einer Stützung der öffentlichen Hand, die einerseits anknüpft an der zur Verfügung gestellten Kapazität andererseits aber auch den konkreten Energiebezug stützt, wenn die aus (marktwirtschaftlichen oder politischen Gründen) erzielbaren Preise die Finanzierung nicht sicherstellen können. Dies ergänzt durch ein „Take or Pay“-Modell, welches Zahlungen des (zwischen geschalteten) Energieversorgungsunternehmens vorsieht, wenn bestimmte Mindestmengen nicht abgenommen werden.

Von solchen Überlegungen ausgehend, liegt die Konsequenz nahe, dass sich die öffentliche Hand am Projekt selbst beteiligt – womit wir bei der „public-private-partnership“ sind.

## **X. Kooperation mit Hoheitsträgern in PPP-Modellen**

Besonders deutlich zeigt sich der intensive Bezug der Betreibermodelle zum öffentlichen Interesse daran, dass ein Träger von Hoheitsgewalt nicht nur Projektbeteiligter ist, sondern diese Hoheitsgewalt im Rahmen des Projektes (im Regelfall) auch ausgeübt werden muss, damit der Projekterfolg sichergestellt ist.

Abzugrenzen ist diese Konstellation wiederum von den ganz selbstverständlichen Genehmigungserfordernissen jedes mit Baumaßnahmen verbundenen Projekts. Dass Baubewilligungen zu erteilen sind, Bewilligungen im Rahmen der Gewerbeordnung, Bewilligungen im Rahmen einer Vielzahl von sondergesetzlichen Vorschriften bis hin zu den vielfältigen Bewilligungsschritten im Straßenbau oder der immer wieder zitierten „Konzession“ nach dem Eisenbahngesetz erforderlich sind, ist gerade kein Spezifikum der hier erörterten Betreibermodelle.

In der vertraglichen Gestaltung zu berücksichtigen sind daher jene Hoheitsakte, die gerade nicht „typisch“ mit einem derartigen Projekt verbunden sind wie eben die genannten öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, sondern die spezifischen, gerade für den Betriebserfolg dieses Projekts notwendigen Hoheitsakte.

Das ist wiederum nicht zu verwechseln mit jenen Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber neben der Möglichkeit des Einsatzes privatrechtlicher Gestaltungsmethoden auch auf hoheitliche Maßnahmen zurückgreifen kann, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Werden Liegenschaften für das Projekt benötigt, welche der Auftraggeber zur Verfügung stellen muss, dann spielt es für die Beurteilung dieser Verpflichtung (bzw ihrer Verletzung) keine Rolle, dass der Auftraggeber neben der Möglichkeit der Beschaffung dieser Liegenschaften durch Kauf auch auf den Hoheitsakt der Enteignung zurückgreifen kann – mit dem Risiko, dass der VfGH diesen Hoheitsakt wegen Verfassungswidrigkeit aufhebt.

Die hier interessierenden Einsatzmöglichkeiten von Hoheitsakten, die gesonderter vertraglicher Regelung bedürfen, sind jene Fälle, in denen bestimmte Hoheitsakte (bestimmte Inhalte von Hoheitsakten) in diesem Projekt benötigt werden, die im von den Anforderungen der Daseinsvorsorge losgelösten Bereich privatwirtschaftlich organisierter Projekte nicht erforderlich wären, damit das Projekt „lebensfähig“ wird.

Beispiele sind etwa begleitende Verkehrsbeschränkungen, die sicherstellen, dass der Schwerverkehr auf den neuen Verkehrsweg umgeleitet wird. Hier trifft sich das öffentliche Interesse, das nachgeordnete Straßennetz von diesem Schwerverkehr zu entlasten, mit dem privatwirtschaftlichen Interesse der Einnahmenssteigerung durch Frequenzsteigerung.

Weiters ist das Erfordernis von Baubewilligungen, die wiederum ihrerseits im Rahmen des Flächenwidmungsplanes erlassen werden, auch bei einem ganz normalen Bauprojekt selbstverständlich.

Besteht jedoch ein ganz konkretes öffentliches Interesse daran, dass ein Bauprojekt an einer bestimmten Stelle realisiert wird, weil zentrale städteplanerische Vorgaben nur durch die Verwirklichung des Projektes an dieser Stelle erreicht werden können, dann müssen jene Gründe, welche der Verwirklichung eines derartigen Projektes an diesem Ort bisher entgegenstanden – wie etwa eine den künftigen Bauplatz querende Autobahn, Bebauungsbestimmungen, welche der Überplattung dieser Autobahn und der Errichtung von Hochhäusern dort entgegenstehen – beseitigt werden durch einen Sonderflächenwidmungsplan, der den inhaltlichen Vorgaben des Bauprojektes entspricht.

Ist das zentrale öffentliche Anliegen die Verkehrsberuhigung auf einem konkreten Platz verbunden mit einer massiven Reduktion der geparkten Fahrzeuge auf den oberirdischen Verkehrsflächen, dann entsteht die Diskussion der Einführung von Parkraumbewirtschaftungsmaßnahmen, die einerseits die dem öffentlichen Interesse entgegenstehende bisherige Nutzung dieser Parkflächen reduzieren und andererseits den entsprechenden Anreiz schaffen, die (unterirdische) Parkgarage zu frequentieren.

Diese Beispiele zeigen zugleich die Problematik solcher Anforderungen. Liegt es doch im Regelfall gerade nicht im (wenngleich gesetzeskonformen) Ermessen der dieses Projekt betreibenden Stellen der öffentlichen Hand, ob solche Maßnahmen gesetzt werden (können). Typisch bedürfen solche Maßnahmen – wie etwa der vorzitierte Flächenwidmungsplan – der Beschlussfassung durch weisungsfreie Gremialorgane, die überdies einer stark politisch geprägten Entscheidungsmotivation unterliegen, sodass nicht einmal prognostiziert werden kann, ob sie eine offensichtlich vernünftig und wirtschaftlich zweckmäßige Entscheidung fällen werden.

Hier aus vertragsrechtlicher Sicht bereits aufzugeben und diesen Problemkreis für nicht regelbar zu erklären, greift zu kurz. Ist man sich des konkreten Problems bewusst und hat man die konkreten Anforderungen an den zu erlassenden Hoheitsakt auf das tatsächlich erforderliche Ausmaß reduziert, dann lassen sich vertragliche Auffangmechanismen bilden, die vorweg festlegen, welche Ausweichlösungen erforderlich sind, wenn der für das Projektgelingen notwendige Hoheitsakt nicht oder nicht in der für das Projekt notwendigen Form gesetzt wird.

Selbst wenn es bei Scheitern des geplanten Hoheitsaktes nur zum

Projektabbruch kommen kann, so ist es im Sinne einer geordneten Projektliquidation wiederum wesentlich empfehlenswerter, diesen Fall vorweg zu regeln und insbesondere die Konsequenzen der Kostentragung für die bis dahin aufgelaufenen Kosten, die einzelnen Schritte der Rückabwicklung etc. zu regeln, als dies von vornherein offenzulassen.

Die praktische Erfahrung zeigt, dass die konstruktive Befassung mit solchen Katastrophensituationen dann, wenn sie vorab in der Vertragserrichtungsphase erfolgt, entgegen dem ersten Anschein gangbare Alternativlösungen aufzeigt, die zwar nicht das sind, was von Anfang an gewollt war, aber immer noch dem Scherbenhaufen bei nicht geregelten Projektabbrüchen vorzuziehen sind.

Für den Vertragserrichter ist es daher von eminenter Bedeutung, dass die letztgenannten Fälle von Hoheitsakten, die nicht „im Normalfall“, sondern gerade zur Verwirklichung der mit diesem Projekt spezifisch verfolgten Interessen notwendig sind oder hierfür bestimmte Inhalte aufweisen müssen, vorab klar identifiziert sind.

Schließlich die Befassung mit der rechtlichen Machbarkeit der Zusage, dass solche Hoheitsakte gesetzt werden bzw welchen Inhalt sie haben werden, wodurch die vertragliche Regelung der Folgen notwendig wird, wenn diese Hoheitsakte nicht oder nicht so wie vorgesehen, erlassen werden können.

Dieses Charakteristikum der Kooperation zwischen Hoheitsträgern und Privaten prägt daher die Vertragsgestaltung. Denn es verlangt nach unterschiedlichen vertraglichen Lösungen für (bloß) scheinbar gleiche Problemstellungen. Auf diese vertragsrechtliche Differenzierung von Vertragspflichten, deren scheinbare Gemeinsamkeit es ist, dass sie alle unter Einsatz von Hoheitsgewalt erfüllt werden können, aber dennoch im Vertrag nicht undifferenziert (gleich) behandelt werden dürfen, ist näher einzugehen.

Für die praktischen Anforderungen an die Vertragsgestaltung hat sich eine Unterteilung in drei Gruppen von hoheitlicher Tätigkeit bewährt. Diese drei Gruppen werden deshalb unterschieden, weil die Konsequenzen, wenn der durch die hoheitliche Tätigkeit angestrebte Erfolg nicht erreicht wird, vertraglich unterschiedlich geregelt werden müssen.

Dies je nach Zuordnung der hoheitlichen Tätigkeit in eine der drei folgenden Gruppen:

- Hoheitsakte, durch welche der am Projekt beteiligte Hoheitsträger Leistungen erbringt, die ebenso mit privatwirtschaftlichen Mitteln erbracht werden könnten.

Beispiele sind die Verpflichtung des Hoheitsträgers zur Beistellung von Liegenschaften, bei der es nicht darauf ankommt, ob der Hoheitsträger diese Liegenschaften kauft oder hofft, sie mit Enteignungsbescheid für das Projekt zur Verfügung stellen zu können. Ebenso die Verpflichtung zur Beistellung von Wasser oder Energie, welche der Hoheitsträger nicht durch Abschluss jedem Privaten offen stehender Bezugsverträge, sondern durch mit Bescheid festgelegte Belieferungsverpflichtungen erfüllen will.

In keinem dieser Beispielsfälle wirkt es für den Hoheitsträger haftungsmindernd, wenn sein Hoheitsakt letztlich durch ein Höchstgericht aufgehoben wird, obwohl der haftende Hoheitsträger naturgemäß auf die Entscheidung der Höchstgerichte keinen Einfluss hat.

- Hoheitsakte, welche der am Projekt beteiligte Hoheitsträger losgelöst von seiner Projektbeteiligung gerade in seiner hoheitlichen Funktion gegenüber „jedermann“ zu erbringen hat.

Ist die am Projekt beteiligte Behörde zugleich Genehmigungsbehörde für (im Regelfall nur) einzelne Teile des Projekts, so kann selbst eine im Vertrag vereinbarte Verpflichtung des Hoheitsträgers, das Projekt umfassend zu unterstützen und projektschädigende Eingriffe zu unterlassen, keine Auswirkung haben, wenn dieser Hoheitsträger im Rahmen eben dieser Tätigkeit als Genehmigungsbehörde gesetzeskonform einen Antrag der Projektgesellschaft abweist, das Projekt erschwerende Auflagen erteilt oder auch sonst so agiert, wie jede Behörde in Erfüllung ihrer hoheitlichen Verpflichtungen zu agieren hat.

- Die dritte Gruppe von Hoheitsakten bilden jene „Leistungen“, die typisch nur durch Hoheitsakt erbracht werden können, für das Projekt, genauer gesagt für die Erreichung der Projektziele notwendig oder zumindest unter Finanzierungsgesichtspunkten dringend erforderlich sind und die vom Hoheitsträger gerade für dieses Projekt und zur Förderung der Erreichung der Projektziele „zugesagt“ werden.

Sie sind der „Kernbereich“ der projektspezifischen Kooperation zwischen Hoheitsträgern und Privaten in Betreiberprojekten.

Gemeinsam ist allen vorgenannten Beispielen (Parkraumbeschränkungen, Verkehrsbeschränkungen, Sonderflächenwidmungsplan) dieser dritten Gruppe, dass die Entscheidung über diesen Hoheitsakt entweder nicht bei der konkret am Projekt beteiligten Behörde, insbesondere bei einem weisungsunabhängigen Gremialorgan, liegt oder zumindest als besonders anfechtungsgefährdet vor den Höchstgerichten erscheint.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen kann es bei dieser dritten Gruppe von

Hoheitsakten weder bei der zivilrechtlichen Konsequenz der Haftung für die Unterlassung von Mitwirkungsleistungen noch bei dem für die zweite Gruppe geltenden Grundsatz bleiben, dass die ordnungsgemäße Erfüllung behördlicher Aufgaben auch dann nicht haftpflichtig machen kann, wenn die projektbeteiligte Behörde durch diese Aufgabenerfüllung das Projekt schädigt oder gar zerstört.

Vertraglich erforderlich sind daher Regelungen für Auffangmechanismen, die in der „Haftungsfrage“ stets nur bloßen Aufwändersatz vorsehen können.

Weiters vertragliche Regelungen der projektbegleitenden Streitschlichtung, um zu klären, wie es weitergeht – oder einen geordneten Projektabbruch festzulegen.

Auch hinsichtlich der von der privaten Hand einzuhaltenden Qualitätsstandards ist zu berücksichtigen, dass für die öffentliche Hand zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrages auch die Möglichkeit vorzusehen ist, Qualitätsstandards des Infrastrukturprojektes zu kontrollieren und Verbesserungen zu fordern – häufig sogar das Projekt an geändertes Nachfrageverhalten anzupassen, was wiederum mit Finanzierungslasten verbunden sein wird.

Auch in den Fällen der Beeinträchtigung des Projektes durch Hoheitsakte ist nach Art und Ursache des hoheitlichen Eingriffes zu differenzieren. Beispiele, die unterschiedliche Regelungen erfordern, sind etwa rechtswidriges Verhalten des Konzessionärs, der behördliche Auflagen (Bescheide) nicht einhält, einerseits, oder projektschädigende Eingriffe durch Organe der öffentlichen Hand, die weisungsfrei handeln, andererseits.

Hier wird die Differenzierung primär über die unterschiedliche Lösung des Bestandes und des Umfangs der Ersatzpflicht zu treffen sein.

## **XI. Der vergaberechtliche Rahmen**

Aus vergaberechtlicher Sicht lassen sich PPP-Modelle, deren wesentlicher Inhalt (auch) in der Erbringung von Bauleistungen liegt, weitestgehend als Vergabe einer Baukonzession einordnen.

Vorauszuschicken ist jedoch, dass sich die vergaberechtliche Einordnung eines PPP-Modells als Baukonzession zwar ganz wesentlich überschneidet, jedoch nicht deckt mit der Frage, ob ein bestimmtes Projekt unter dem Gesichtspunkt des ESVG 2010 als PPP-Modell zu beurteilen ist oder nicht.

Der Unterschied folgt aus der Zielsetzung des ESVG 2010, zu beurteilen, ob ein bestimmtes Projekt „on balance“ oder „off balance“ verbucht wird. Für diese Frage

der Zuordnung eines Vermögenswertes unterscheidet der EPEC-Guide zwischen PPP-Modellen einerseits und Konzessionen andererseits. Kern dieser Unterscheidung ist, ob der durch den Betrieb des Projekts zu erwirtschaftende Ertrag im Wesentlichen „von der öffentlichen Hand“ finanziert wird (dann PPP-Modell) oder „aus dem Markt“ kommt (dann Konzession). Diese Differenzierung spielt im Folgenden keine Rolle.

In § 5 (1) BVergGKonz 2018 wird der Baukonzessionsvertrag – entsprechend den Vorgaben der Richtlinie - wie folgt definiert:

*„Baukonzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“*

Zentrales Merkmal der Baukonzession ist sohin das Nutzungsrecht während eines bestimmten Zeitraumes.

Da dieses Nutzungsrecht (im Wesentlichen) die Finanzierung des Baupreises leisten muss, gehört das Risiko, dass die vorgesehene Nutzung den Baupreis nicht bzw nicht vollständig finanziert, zum Wesen der Konzession. Die Übertragung des „Betriebsrisikos“, sohin des Risikos, dass die Nutzung nicht die geforderte Finanzierung erbringt, erfolgt daher typisch auf den Konzessionär.

Den Baukonzessionsvertrag charakterisiert sohin die Übernahme eines umfassenderen Risikos als bei einem gewöhnlichen Bauauftrag. Im Bauauftrag übernimmt der Unternehmer im Wesentlichen das Errichtungsrisiko. Das bei Übernahme einer Konzession zentrale „Nutzungsrisiko“, sohin das Risiko, dass die Nutzung des Bauwerks nicht jenen wirtschaftlichen Erfolg bringt, der – verkürzt gesagt – zur Finanzierung des gesamten Projektes (Planung, Errichtung und Betrieb) erforderlich ist, geht weit über das Errichtungsrisiko des Bauwerkes hinaus.

Die Zuzahlung einer Vergütung der öffentlichen Hand ist einer Beurteilung der Vereinbarung als Baukonzession nicht abträglich – es sei denn, dass die Zuzahlung so ausgestaltet ist, dass sie den Bauunternehmer vom Nutzungsrisiko im Ergebnis weitgehend entlastet. Dann liegt ein schlichter Bauauftrag vor.

Entscheidend für die Beurteilung als Baukonzession ist sohin nicht, ob die für die Finanzierung des Projektes erforderlichen Zahlungen durch die öffentliche Hand erfolgen oder aus dem Markt – durch Zahlungen der Benutzer der Anlage – lukriert werden. Entscheidend ist vielmehr, ob diese Zahlungen der

öffentlichen Hand von der Erzielung bestimmter – vertraglich definierter – Betriebserfolge abhängen, deren Erreichung ein reales wirtschaftliches Risiko ist, das der Private trägt. Nicht die Zuzahlungen durch die öffentliche Hand, sondern die Entkoppelung dieser Zahlungen vom geforderten Betriebserfolg vereiteln die Beurteilung als Baukonzession, sodass ein (schlichter) Bauauftrag vorliegt.

Auch die Konzessionsrichtlinie stellt in ihrer Definition einer Konzession zentral darauf ab, ob dem Auftragnehmer das wesentliche Betriebsrisiko des Projektes übertragen wird.

Die Vergabe von Baukonzessionsverträgen ist gemäß § 9 Abs 2 Z 2 BVergG 2018 vom Geltungsbereich des BVergG 2018 ausgenommen und nun im Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018) geregelt.

Diese Bestimmungen sind *leges speciales* zum allgemeinen Vergaberecht und bewirken eine – gemessen am Verfahren für Bauaufträge – weniger formalisierte Gestaltung des Verfahrens.

In § 14 BVergGKonz 2018 ist festgelegt, dass das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen zwar:

*„...unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen“*

ist. Weiters hält § 14 Abs 1 fest, dass die

*„...Vergabe .. an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen.“*

hat. Solange diese (und weitere im Gesetz festgelegte) Grundsätze eingehalten werden, kann der Auftraggeber jedoch gemäß § 22:

*„...das Verfahren zur Wahl des Konzessionärs unter Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes frei gestalten.“*

Hinsichtlich der einzelnen „Verfahrensarten“ trifft daher das BVergGKonz 2018 keine Festlegung. Für den Fall, dass Verhandlungen geführt werden (was bei Konzessionsvergaben der Normalfall ist) regelt § 23 die Grundsätze dieser Verhandlungsführung.

Bei dieser freien Gestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens wird der Rechtsschutz dadurch gewährleistet, dass der Auftraggeber den Ablauf des Verfahrens in der Ausschreibung festzulegen hat. Aus dieser Beschreibung hat hervorzugehen, welche gesondert anfechtbaren Entscheidungen es im Verfahren geben wird. Gegenstand der Überprüfung im Rechtsschutzverfahren ist es daher primär, ob sich der Auftraggeber an diese von ihm selbst getroffenen Festlegungen in der Ausschreibung gehalten hat und – wenn dies bejaht wird – ob diese Festlegungen den in § 14 vorgegebenen Grundsätzen entsprechen.

Diese ausgeprägte Freiheit des Auftraggebers zur Festlegung des Verfahrens ist jedoch nicht nur Chance, sondern auch Risiko. Denn welcher Verfahrensschritt im Nachhinein als Verletzung des Gebots der Gleichbehandlung oder der Nichtdiskriminierung oder der Verhältnismäßigkeit oder der Transparenz oder überhaupt des freien und lautereren Wettbewerbs beurteilt (werden) wird, lässt sich ex ante nur schwer prognostizieren, wenn man vor der Aufgabe steht, das komplette Regelwerk für ein Vergabeverfahren „neu zu schreiben“.

Es liegt daher nahe, dass sich der Auftraggeber auch bei Vergabe einer Konzession jener Verfahren bedient, die das BVergG 2018 vorsieht. Denn dass diese Verfahren so, wie sie im BVergG 2018 geregelt sind, den stets einzuhaltenden Grundsätzen des § 14 entsprechen, ist unstreitig.

Da der Auftrag zur Errichtung und Betrieb eines Bauwerks als Konzession in der Praxis wohl nie so detailliert vorab beschrieben werden kann, dass ohne weitere Verhandlungen über den Leistungsgegenstand ein Zuschlag erfolgen kann, scheiden das offene Verfahren und das nicht-offene Verfahren regelmäßig aus.

Es bleibt sohin die Wahl des Verhandlungsverfahrens oder des wettbewerblichen Dialogs oder das Verfahren zur Vergabe einer Innovationspartnerschaft.

Zentrale Begründung für die Einführung des wettbewerblichen Dialogs in das Vergaberegime war es, dass die (vorhandenen) Regelungen über das Verhandlungsverfahren nicht ausreichen, um der Komplexität der Vergabe von PPP-Modellen gerecht zu werden. Auf dieses Verfahren wird daher hier näher eingegangen.

Die Vergabeabsicht ist auch nach dem BVergG 2018 europaweit bekanntzumachen.

Erste Stufe ist die Auswahl der Bewerber, die für das weitere Verfahren zugelassen werden. In diesem „Qualifikationswettbewerb“ sind sohin jene Unternehmen auszuwählen, die sich nach den (in der Ausschreibung

festzulegenden) Auswahlkriterien besser für den in Aussicht genommenen Auftrag eignen als andere Unternehmen.

Dieser „Wettbewerb der Unternehmen“ läuft sohin im wettbewerblichen Dialog ebenso ab, wie im Verhandlungsverfahren.

Nach Auswahl jener Bewerber, die sich für das weitere Verfahren qualifiziert haben, folgt im Verhandlungsverfahren die Aussendung jenes Teils der Ausschreibungsunterlagen, in dem der Leistungsgegenstand so detailliert beschrieben ist, dass von den Bewerbern konkrete, vergleichbare Angebote gelegt werden können.

Diese Anforderung konkreter Beschreibung hat sich in der Praxis bei Vergabe von PPP-Projekten als schwierig bis nicht leistbar erwiesen. Denn bei solchen Projekten betritt der Auftraggeber typisch Neuland. Er hat zwar relativ konkrete Vorstellungen darüber, welches Ergebnis er benötigt. Er hat jedoch (noch) keine oder nur sehr vage Vorstellungen darüber, wie er dieses Ziel unter möglichst geringer Belastung des Staatshaushaltes bei gleichzeitig möglichst hoher Effizienz für die Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorgabe erreichen kann. Daher folgt auf die Einladung der Bewerber (Ergebnis der ersten Phase) im wettbewerblichen Dialog eine (gegenüber dem Verhandlungsverfahren) „eingeschobene“ Phase. Das ist ein Verfahrensabschnitt, in dem der Auftraggeber gemeinsam mit den Bewerbern jene Lösung ausarbeitet, die dann angeboten werden soll.

Damit besteht eine wesentlich größere Freiheit in der Gestaltung der angestrebten Lösung als im Verhandlungsverfahren. Denn während im Verhandlungsverfahren der Auftraggeber ohne Konsultation mit den Bewerbern die Leistung so präzise beschreiben muss, dass er kalkulierbare und vergleichbare Angebote erhalten kann, erfolgen diese Präzisierungen (Ausarbeitungen) jetzt im Dialog mit den Bewerbern.

Sobald schließlich ein Lösungsvorschlag erarbeitet wurde, der aus der Sicht der am Dialog beteiligten Bewerber realisierbar (kalkulierbar) ist und aus der Sicht des Auftraggebers geeignet ist, die Projektziele zu erreichen, geht es weiter wie im Verhandlungsverfahren. Dann wird dieses Ergebnis in eine Leistungsbeschreibung gegossen. Jene Bewerber, die sich an der Ausarbeitung der letztlich gefundenen Lösung beteiligt haben, werden zur Angebotslegung eingeladen.

Auch der weitere Ablauf entspricht dem des Verhandlungsverfahrens. Daher können nach Legung der Angebote wiederum Verhandlungen mit den Bietern geführt werden. Auch in diesem Verfahren ist den Bietern mitzuteilen, wann „Verhandlungsschluss“ ist, sodass das „Last and Final Offer“ gelegt werden

muss.

Danach erfolgt die Auswahl des Bestbieters mit Zuschlagsentscheidung, Zuschlagserteilung und dem auch sonst im Verhandlungsverfahren vorgesehen Ablauf.

Zum Abschluss dieses vergaberechtlichen Blocks befasse ich mich noch kurz mit der Darlegung, dass das Gesellschaftsrecht keinen „Fluchtweg“ aus dem Vergaberecht bietet. Denn trotz diesbezüglich eindeutiger Judikatur und klarer Position der Lehre taucht in der Praxis immer wieder die Idee auf, dass man im Wege des Gesellschaftsrechts die Anwendung des Vergaberegimes vermeiden könnte.

Das soll dann so funktionieren, dass eine vom öffentlichen Auftraggeber gegründete Gesellschaft im Wege der (vergaberechtsfreien) in-house-Vergabe den Auftrag erhält und dann die Anteile an dieser Gesellschaft an jene (privaten) Unternehmen verkauft werden, die in Wahrheit, mit der soeben erworbenen Gesellschaft als Werkzeug, diesen Auftrag erfüllen sollen.

Eine Variante dieses Umgehungsversuchs ist die Gründung einer aus einem öffentlichen Auftraggeber und einem privaten Unternehmer bestehenden, gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft. Dieser Gesellschaft wird mit der Gründung – in Form eines eingestifteten Gesellschaftszwecks – der Auftrag erteilt.

Zwar ist die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft durch einen öffentlichen Auftraggeber kein vergaberechtsrelevanter Vorgang. Eine andere Beurteilung ist freilich geboten, wenn bereits die Gesellschaftsgründung oder aber die Anteilsveräußerung einen Bezug zu einem Beschaffungsverhältnis aufweisen. Der – von seiner jeweiligen rechtlichen Ausgestaltung unabhängige – funktionale Leistungsbegriff des Vergaberechts und das vergaberechtliche Umgehungsverbot verlangen bei einer Gesellschaftsgründung mit Bezug zu einem Beschaffungsverhältnis, dass bereits die „Suche“ nach einem Gründungsmitgesellschafter, der die projektnotwendigen Leistungen erbringen soll, vergaberechtspflichtig ist.

Gleiches gilt für die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an der bereits im Wege der in-house-Vergabe beauftragten Gesellschaft. Veräußert der öffentliche Auftraggeber Gesellschaftsanteile an einer im Wege der in-house-Vergabe bereits beauftragten Eigengesellschaft in weiterer Folge an einen privaten Unternehmer, ist auch dieser Vorgang nach zutreffender Ansicht Aichers vergaberechtspflichtig.

All diesen Varianten ist eines gemeinsam: Dem Vergaberegime entkommen sie

nicht. Dies ist die gefestigte Judikatur des EuGH nach seiner Leitentscheidung in der Rs C-29/04, Kommission/Republik Österreich.

Die Stadtgemeinde Mödling erteilte der von ihr – im Zeitpunkt der in-house-Vergabe zu 100% – kontrollierten Abfall GmbH ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens den Auftrag, die Abfallentsorgung (zunächst nur) für das Gemeindegebiet zu besorgen und übertrug kurz darauf 49% der Gesellschaftsanteile an die private Saubermacher AG. Der EuGH würdigte dieses Vorgehen als einheitlichen Vorgang und stellte fest, dass der für die Beurteilung der Zulässigkeitskriterien einer in-house-Vergabe maßgebliche Zeitpunkt jedenfalls nicht mit der Erteilung des öffentlichen Auftrags gleichzusetzen sei.

Vielmehr wurde den (unmittelbar) nachfolgenden Handlungen, wie etwa der exklusiven und unbefristeten Beauftragung mit der Abfallwirtschaft kurz vor bzw. die Aufnahme der operativen Tätigkeit kurz nach der Anteilsübergabe, erhebliche Bedeutung beigemessen und festgestellt, dass diese Abfolge einzelner Rechtshandlungen eine künstliche Konstruktion sei.

Eine Aufspaltung der einzelnen Vorgänge in selbständige, scheinbar nicht zusammenhängende Abläufe in einem derart engen zeitlichen Kontext ist ein Umgehungsgeschäft, das vergaberechtlich nach seinem „wahren“ wirtschaftlichen Gehalt – hier: der Übertragung der Entsorgungsleistungen an ein privates Unternehmen – zu beurteilen war.

ICH DANKE FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT !