

Staatsferne versus Staatsnähe

Müssen Kirchen ausschreiben?

(BS/Martin Schellenberg) Kirchen und Rundfunkanstalten sind bekanntermaßen staatsferne Institutionen, dessen ungeachtet jedoch als Körperschaften öffentlichen Rechts konstituiert. Deshalb ist immer wieder die Frage gestellt worden, ob sie öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB sind. Während dies im Falle der öffentlichen Rundfunkanstalten nach wie vor streitig ist, hat sich in Bezug auf die Kirchen mittlerweile eine konsistente, wenn auch nur unzureichend begründete, einheitliche Linie herausgebildet.

Über die Frage, ob eine Religionsgemeinschaft öffentlicher Auftraggeber ist, hatte zuletzt die Vergabekammer Hessen zu entscheiden (vgl. Beschluss vom 26.04.2006, 69D VK-15/2006). Ein evangelischer Staatskirchenkreis hatte in diesem Fall Friedhofsgärtnerarbeiten regelmäßig an seine eigene Gärtnergesellschaft vergeben. Dagegen wandten sich Friedhofsgärtner mit der Begründung, die kirchenkreiseigene GmbH hätte den Auftrag nur im Wege der Ausschreibung erhalten dürfen, denn der Kirchenkreis sei öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB. Überdies sei die kirchenkreiseigene GmbH Beliehene und deshalb dem Vergaberecht ebenfalls unterworfen.

Wird Aufsicht ausgeübt?

Die Vergabekammer Hessen sah das anders: Religionsgemeinschaften seien nicht im Allgemeininteresse, sondern "aufgrund ihres eigenen religiösen Glaubenskanons bzw. Wertverständnisses" tätig. Außerdem fehle es an der besonderen "Staatsgebundenheit". Bereits verfassungsrechtlich (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 BAV) begründet sei die staatsferne Stellung der Kirchen. Die Vergabekammer Hessen befindet sich damit im Einklang mit der, soweit ersichtlich, bisher einzigen in dieser Frage ergangenen Entscheidung (VK Nordbayern, Beschluss vom 29.10.2001, 320.VK-3194-35/01).

In der Literatur besteht dagegen nach wie vor Streit über dieses The-

ma (vgl. für eine Vergaberechtsbindung jeweils für Teilbereiche Bechtold, GWB, § 98 Rn. 18; dagegen: Werner in Byok/Jaeger, § 98, Rn. 422 f.).

Allgemein oder innerkirchlich?

Daher wäre es wünschenswert gewesen, wenn sich die Kammer etwas genauer mit den Tatbestandsmerkmalen des § 98 Nr. 2 GWB auseinandergesetzt hätte. Es ist weit verbreitet, hier die Frage einer "besonderen Staatsverbundenheit" zu prüfen. Ein derartiges Tatbestandsmerkmal findet sich allerdings nicht in § 98 Nr. 2 GWB. Die Kammer hätte prüfen müssen, ob eine Gebietskörperschaft die Aufsicht über die Leitung des Kirchenkreises ausübt. Stattdessen wird auf die verfassungsrechtliche Stellung der Kirchen verwiesen.

Dies führt zwar zu dem gleichen Ergebnis, lässt jedoch handwerkliche Präzision vermissen. Richtigerweise verneint die Kammer, dass der Kirchenkreis im Allgemeininteresse tätig wird. Auch hier hätte man sich jedoch eine ausführlichere Auseinandersetzung mit den in der Literatur vertretenen Meinungen gewünscht. Dort wird differenziert zwischen solchen Aufgaben, die die Kirchen tatsächlich im Allgemeininteresse wahrnehmen wie beispielsweise den Betrieb von öffentlichen Kindergärten und Altenheimen und den originär innerkirchlichen Zwecken dienenden Tätigkeiten (vgl. Bechtold, GWB, § 98 Rn. 18).

Die Idee der VOP

Was kann der Gesetzgeber für PPP tun?

(BS/Franz Drey) Brauchen wir ein eigenes PPP-Gesetz? Oder gar zwei, eines auf europäischer Ebene und eines in Deutschland? Die bisherige Erfahrung mit öffentlich-privaten Partnerschaften spricht dagegen. Das heißt nicht, dass es nicht noch etliches zu regeln gäbe, um es öffentlichen Auftraggebern und privaten Investoren leichter zu machen, mit Effizienz und Routine neue Projekte anzugehen. Doch ein ganzes Gesetz? Wohl kaum. Deshalb wird in den einzelnen Kompetenzgruppen der Projektarbeitsgruppe Öffentlich-private Partnerschaften der Regierungsfractionen auch gründlich überlegt, was nun wirklich auf gesetzlicher Ebene neu zu regeln wäre und was nicht. Da gibt es einiges. Doch das ist besser auf bereits vorhandene Vorschriften zu verteilen. Wichtig ist da vor allem der steuerliche Bereich.

Ansonsten konzentrieren sich die politisch Verantwortlichen und die übrige PPP-Expertenszene auf die untergesetzlichen Handlungsfelder, um die Rahmenbedingungen für künftige Vorhaben zu verbessern.

Da gibt es seit längerem die Idee der VOP, d. h. der Verdingungs- und Vertragsordnung für Public Private Partnerships zumindest im Hochbaubereich. Bei einer Verdingungsordnung handelt es sich ja nicht um ein Gesetz, sondern um ein Regelwerk besonderen Typs der vergaberechtlichen "Selbstverwaltung", d. h. der Verdingungsausschüsse.

Schwachstellen und Modellverträge

Dort sind nach Art des Ständestaats alle beteiligten Interessengruppen vertreten, die sich untereinander einig werden, was gelten soll. Diese Aufgabe weist ihnen per Delegation der Gesetzgeber zu.

Eine VOP könnte wie die anderen Verdingungsordnungen in einen Teil A und in einen Teil B aufgeteilt sein. Das hätte den Vorteil, dass wichtige bisherige Schwachstellen bei Zustandekommen und Durchführung von PPP reduziert und beseitigt werden könnten. Der A-Teil würde bei den verschiedenen Verfahrensphasen eines PPP-Projektes sinnvolle – und natürlich nur notwendige – Pflöcke oder Wegmarken setzen. Der Teil B gäbe Hilfestellung bei der Vertragsformulierung.

"Das Rad muss nicht jedes Mal neu erfunden werden", vermerkt der Hamburger Rechtsanwalt *Martin Schellenberg*. "International gibt es seit Jahrzehnten für alle

PPP-Bereiche vom Anlagen- bis zum Tunnelbau Modellverträge, die nicht mehr zur Disposition stehen, sondern als Muster gelten." Das bedeutet natürlich, dass nicht bei jeder PPP jede Anwaltskanzlei neu ins Geschäft kommt.

Eine VOP mit einem A- und B-Teil sei juristisch sinnvoller als die VOL (Verdingungsordnung für Leistungen), weil es bei PPP um eine Mischung der Elemente Bau und Betrieb gehe und in Teil B das langfristige Betreiberelement berücksichtigt werden könnte. *Schellenberg* zählt auch zu denen, die es als hilfreich erachten, den öffentlichen Vergabestellen bei dem für PPP typischen Verhandlungsverfahren aufzugeben, den Verfahrensgang, so wie sie ihn für sinnvoll halten, vorab festzulegen.

Es solle allerdings nur festgelegt werden, dass sie dies tun sollten, nicht aber wie. "Die Behörde sollte vorgeben, wie es laufen soll. Zum Beispiel ob neue Angebote möglich sind oder nicht." Das könne nicht noch während des Verfahrens Gegenstand von Verhandlungen sein.

Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog

Eine solche von öffentlicher Seite vorgegebene Struktur mache das Vorgehen übersichtlicher und stärke das Verhandlungsverfahren gegenüber dem neuen Verfahren "Wettbewerblicher Dialog". Dieser sei ungünstiger als das Verhandlungsverfahren, da er keine Verhandlungsmöglichkeiten nach der Abgabe der Angebote zulasse.

Bei all diesen Fragen schwingt die

Frage der Standardisierung mit. "Sie ist wichtiger als die Gesetzgebung", meint *Stephan Rechten*, Referent beim Bundesverband der Deutschen Industrie BDI. Die Frage ist nur, wo der Mittelweg zwischen den beiden Extremen weitgehende Festschreibung schon auf Bundesebene oder einem in der Praxis sich selber einpendeln lassen.

Bernd Düsterdiek vom Deutschen Städte- und Gemeindebund DSStGB sieht Standardisierungen skeptisch: "PPP sind zu vielschichtig und es gibt zu viele denkbare Varianten. Standards können hilfreich sein, aber man muss genau überlegen, wie man sie runterbricht."

Faktische Mittelstandshilfe

Eine weitere Frage ist, was sich gesetzgeberisch für den Mittelstand tun lässt. "Auf dieser Ebene kann man nicht mehr viel fördern", ist die Auffassung von *Stephan Rechten*. Er verfasste den Ergebnisbericht der Kompetenzgruppe Vergaberecht in der PPP-Projektarbeitsgruppe von SPD und CDU/CSU. Beim Vergaberecht insgesamt habe sich nichts Dringliches ergeben, das nicht auch im Zuge der noch ausstehenden Vergaberechtsreform umgesetzt werden könnte. Doch auch da sei kein grundlegender Durchbruch für die Mittelstandsförderung mehr möglich.

Anders sehe es mit der faktischen Ebene aus: "Wenn man zehn Schulen per PPP errichtet statt 50, dann entfallen zwar bestimmte Skaleneffekte. Aber für mittelständische Unternehmen sind Effizienzgewinne bei kleinen Projekten möglich."

Artikel aus dem Behörden Spiegel November 2006

Innovationspreis PPP 2007

BPPP und Behörden Spiegel loben aus

(BS) Im Jahr 2007 wird erneut der Innovationspreis PPP verliehen. Ein weiteres Mal werden PPP-Vorhaben ausgezeichnet, bei denen es öffentlichen und privaten Partnern in besonders überzeugenden Maße gelungen ist, zum beiderseitigen Nutzen gemeinsame Projekte zu realisieren. Die Preisverleihung soll dazu beitragen, das Thema PPP in Deutschland attraktiver und transparenter zu machen, die Qualität und Vielfalt der Projekte zu erhöhen und neue Lösungsmöglichkeiten für typische Problemlagen zu finden.

Ziel ist, der Diskussion über PPP neue Anstöße zu geben, zu helfen, neue Wege zu finden, neue Aspekte in den Vordergrund zu stellen und der Entwicklung des PPP-Gedankens neue Dynamik zu verleihen. Seit der Ausschreibung zur Preisverleihung 2006 hat die praktische Erfahrung mit PPP eine rapide Entwicklung: neue Anwendungsfelder, neue Lösungsvarianten und neue Geschäftsmodelle werden entwickelt, stehen zur Diskussion. Die Rahmenbedingungen haben sich durch das Gesetz zur Förderung von öffentlich-privaten Partnerschaften, zahlreiche Task For-

ces auf Bundes- und Länderebene sowie ähnliche Initiativen deutlich verbessert. An einem zweiten "PPP-Gesetz" wird gearbeitet. Prämiert werden konkrete Vorhaben. Sie müssen zumindest das Stadium der Vertragsunterzeichnung erreicht haben.

Als PPP gelten Vorhaben im Bereich der Infrastruktur, im Hoch- und Tiefbau, in Bildung, Wissenschaft, Gesundheit, IT oder anderen Bereichen öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, bei denen ein privater und öffentlicher Partner in wirtschaftlicher, effizienter und innovativer Form bei der Aufgabenwahrnehmung zusam-

mengewirkt haben. Ausgangspunkt ist die Frage: "Wie gut ist ein Projekt auf neue Weise zum Nutzen beider Seiten gelungen?"

Die Preisverleihung findet am 22. Mai im Rahmen des Kongresses "Effizienter Staat" in Berlin statt.

Bewerbungen sind bis zum 28. Februar einzureichen. Die Bewerbungsunterlagen werden in Kürze zur Verfügung stehen. Unterlagen anfordern bei: Rechtsanwalt Dr. Martin Schellenberg, Tel.: 040-35528065, m.schellenberg@heuking.de, Franz Drey, Tel.: 030-557412-23, franz.drey@behoerderspiegel.de.