



Wenguang Yu

Praktische Erfahrungen
und rechtliche Probleme
mit Public Private Partnership
in der Verkehrsinfrastruktur
in Deutschland und China

Am Beispiel des privatfinanzierten
Straßenbaus



Einleitung

§ 1 Problemstellung

I. Gegenstand der Untersuchung

Die moderne Staatlichkeit befindet sich seit Jahren weltweit im Wandel: Das Verhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Bürgern ist im Wandel, das Funktions- und Rollenverständnis vom Staat ist im Wandel, die Staatsaufgaben sind im Wandel, und die Organisationen und Instrumente zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben sind ebenfalls im Wandel.¹ Diese Veränderungen stellen den Staat vor große Herausforderungen: Wie kann sich der Staat dem gewandelten Staatsverständnis und den sich verändernden Staatsaufgaben anpassen? Wie kann der unter Finanznot leidende und an seine Leistungsfähigkeitsgrenze stoßende „überforderte“ Staat² die an Umfang und Komplexität ständig zunehmenden öffentlichen Aufgaben noch bewältigen? Wie kann der Staat den Anforderungen an die öffentliche Aufgabenerfüllung seitens zunehmend anspruchsvoller werdender Bürger gerecht werden?³

Die Suche nach den Lösungsmöglichkeiten führt zu Reformen und Modernisierungen des Staats und der Verwaltung, und zwar nach außen durch Aufgabenverlagerung auf private Sektoren mittels Privatisierung, Regulierung und Deregulierung, und nach innen durch Rationalisierung der Binnenstrukturen mittels Verwaltungsreformen.⁴ Am Ende dieser Suche steht immer häufiger das Modephänomen „Public Private Partnership“ (abgekürzt: PPP), das in jüngerer Zeit weltweit in Theorie und Praxis immer mehr an Bedeutung gewonnen hat.⁵ Die-

¹ Einschlägige Literatur zum Thema „Staat im Wandel“ siehe: Schuppert, Geändertes Staatsverständnis als Grundlage des Organisationswandels öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, in: Budäus (Hrsg.), Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, S. 19 ff; Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 291 ff; Budäus/Eichhorn (Hrsg.), Public Private Partnership – Neue Form öffentlicher Aufgabenerfüllung, S.11f.; Voßkuhle, VerwArch 92 (2001), S. 187 ff.; Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat, S. 91 f.

² Bauer, VVDStRL 54, 245; Zum Thema der Überforderung des Staats siehe Ellwein/Hesse, Der überforderte Staat; Hoffmann-Riem, in: FS Vogel, S. 49 ff.; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 339 f.; Roche-Thomé, in: Pitschas/Koch (Hrsg.), Staatsmodernisierung und Verwaltungsrecht, S. 39; Lackner, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 18 ff.

³ Vgl. Tettinger, NWVBl. 2005, S. 1.

⁴ König, DÖV 1995, S. 350; Pitschas, in: Pitschas/Koch (Hrsg.), Staatsmodernisierung und Verwaltungsrecht, S. 16; Roche-Thomé, in: Pitschas/Koch (Hrsg.), Staatsmodernisierung und Verwaltungsrecht, S. 29.

⁵ Tettinger, NWVBl. 2005, S. 1.

ser Lösungsansatz stellt eine grundsätzlich neue Organisations- und Handlungsform der öffentlichen Aufgabenerfüllung dar, nämlich eine Zusammenarbeit mit Privaten, und ist in vielfältigen Erscheinungsformen in unterschiedlichsten Bereichen angewandt worden, namentlich z. B. in der Verkehrsinfrastruktur, der kommunalen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, dem Städtebau und der Stadtentwicklung. Ein hochaktuelles Anwendungsgebiet von PPP ist das im März 2009 von der US-Regierung zur Bekämpfung der gegenwärtigen schwerwiegenden Finanzkrise beschlossene „Public-Private Investment Program“ zum Erwerb „toxischer Assets“. Im Rahmen dieses Programms werden das US-Finanzministerium und die US-Notenbank Fed mit Privatinvestoren zusammenarbeiten, um die Konzernbilanzen von Kreditinstituten und Finanzkonzernen durch den Kauf fauler Wertpapiere zu entlasten.⁶

Die zunehmende Bedeutung und umfangreiche Anwendung von PPP stellen an das Recht folgende anspruchsvolle Fragen: Soll PPP rechtlich geregelt werden? Wie kann bzw. soll das Recht PPP regeln? Die Fragestellungen, die den „roten Faden“ der vorliegenden Arbeit bilden, waren auch der Untersuchungsgegenstand der Gutachten von Schuppert und Ziekow,⁷ die vom Bundesministerium des Innern in Auftrag gegeben und im Jahr 2001 veröffentlicht wurden, sowie Inhalt der Diskussionen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts auf dem 67. Deutschen Juristentag (DJT) im September 2008.⁸

Bei der ersten Frage geht es um Überlegungen dahingehend, ob Rechtsregeln und Handlungsformen bereitgestellt werden sollten, die PPP ermöglichen, strukturieren und begrenzen, oder ob die PPP-Entwicklung „ungeregelt“ weiterlaufen und nur bei Fehlentwicklungen punktuell eingegriffen werden soll, wobei die sich abspielenden Prozesse als Entdeckungsverfahren der besten Lösung verstanden werden können.⁹ Bezüglich der zweiten Frage ist die Art und Weise der

⁶ Die US-Regierung hat am 23. März das „Public-Private-Investment-Program“ beschlossen. Die Zusammenarbeit mit Privatinvestoren im Rahmen des Programms soll eine Win-Win-Situation bei der Finanzierung des Erwerbs riskanter und fauler Wertpapiere schaffen. D. h. einerseits soll durch die Einbeziehung der Privatinvestoren das Risiko für den Steuerzahler minimiert werden. Andererseits soll der Staat auch an möglichen Erträgen aus den erworbenen faulen Assets beteiligt werden. Siehe: White Paper: Public-Private Investment Program, in: http://www.ustreas.gov/press/releases/reports/ppip_whitepaper_032309.pdf, abgerufen am 24. März 2009; Fact Sheet: Public-Private Investment Program, in: http://www.us-treas.gov/press/releases/reports/ppip_fact_sheet.pdf, abgerufen am 24. März 2009; http://www.finanzen.net/nachricht/US_Finanzministerium_gibt_Einzelheiten_ueber_geplantes_Public_Private_Investment_Program_bekannt_861702, abgerufen am 24. März 2009.

⁷ Schuppert, PPP-Gutachten; Ziekow, PPP-Gutachten.

⁸ Burgi, Gutachten für den 67. DJT; Zu diesem Thema siehe auch: NVwZ 2002, S. 834; Häfner, LKV 2005, S. 340 ff. und Reicherzer, DÖV 2005, S. 603 ff.

⁹ Schuppert, PPP-Gutachten, S. 2.

rechtlichen Regelung zu diskutieren, nämlich wie die rechtlichen Rahmenbedingungen für PPP ausgestaltet werden sollen. Soll PPP bspw. in bestehenden Gesetzen (wie etwa im Verwaltungsverfahrensgesetz oder Konzessionsgesetz) verankert oder durch ein eigenständiges, allgemeines PPP- Gesetz geregelt werden?

II. Methode der Untersuchung

Um die o. g. Fragen zu beantworten, werden in der vorliegenden vergleichenden Arbeit zwei Untersuchungsmethoden angewandt: Empirische Untersuchung (Rechtstatsachenforschung) und Rechtsvergleichung.

In neuerer Zeit besitzt die Rechtstatsachenforschung, die auf eine Erfassung der vor- und nachgelagerten Rechtswirklichkeit abzielt,¹⁰ in der Verwaltungsrechtswissenschaft einen besonderen Stellenwert und die Forderung nach einer verstärkten tatsächlichen Aufarbeitung des Verwaltungshandelns wird immer stärker.¹¹ Verwaltungsrechtswissenschaftler sind sich mittlerweile darüber einig, dass Verwaltungsrechtswissenschaft ohne stetige Rückkoppelung mit der Verwaltungspraxis kaum sinnvoll betrieben werden kann und die verwaltungsrechtliche Dogmatik ohne Kenntnisnahme der Verwaltungswirklichkeit kaum fruchtbar sein kann,¹² weil die Verwaltungspraxis einerseits zwar dem Verwaltungsrecht unterworfen ist, andererseits aber auch seine Ausbildung mitprägt.¹³ Ohne genaue Analyse des Realbereichs können weder Regelungsdefizite im geltenden Recht offen gelegt noch angemessene rechtliche Lösungsansätze für neue Sachprobleme gefunden werden.¹⁴ Daher ist es die Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft, generelle Phänomene der Verwaltungswirklichkeit, wie z. B. das Phänomen PPP, zunächst in ihrer tatsächlichen Vielgestaltigkeit zu erfassen und rechtstatsächliche Befunde zu erheben, um sodann die Phänomene angemessen theoretisch verarbeiten und konkrete rechtliche Lösungen entwickeln zu können.¹⁵ Orientiert an dem methodischen Kompass der Rechtstatsachenforschung

¹⁰ So beschreibt Voßkuhle die Funktion der Rechtstatsachenforschung, siehe Voßkuhle, *VerwArch* 85 (1994), S. 568; Nußbaum, der Namensgeber und Mitbegründer der Rechtstatsachenforschung, hat diese wie folgt definiert: Bei der Rechtstatsachenforschung geht es um „die systematische Untersuchung der sozialen, politischen und anderen tatsächlichen Bedingungen, aufgrund derer einzelne rechtliche Regeln entstehen und um die Prüfung der sozialen, politischen und sonstigen Wirkungen jener Normen.“ Siehe Nußbaum, *Die Rechtstatsachenforschung*, 1968, S. 67.

¹¹ Grundlagen des Verwaltungsrechts, §1 Rn. 29; Bauer, *DÖV* 1998, S. 92.

¹² Voßkuhle, *VerwArch* 85 (1994), S. 568; Schuppert, in: Budäus/Eichhorn (Hrsg.), *Public Private Partnership – Neue Form öffentlicher Aufgabenerfüllung*, S. 94.

¹³ Schmidt-Aßmann, *Die Verwaltung* 27 (1994), S. 149.

¹⁴ Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, §1 Rn. 29.

¹⁵ Voßkuhle, *VerwArch* 85 (1994), S. 577; Schuppert, in: Budäus/Eichhorn (Hrsg.), *Public Private Partnership – Neue Form öffentlicher Aufgabenerfüllung*, S. 94.

wird sich den Fragestellungen der vorliegenden Arbeit folgendermaßen ange-
näht: Zunächst wird ein Rechtspraxisbefund anhand von praktischen Erfahrun-
gen mit PPP erstellt. Sodann werden rechtliche Probleme mit PPP erörtert und
dabei die Regelungsdefizite in den PPP-bezogenen Rechtsvorschriften festge-
stellt. Danach folgen die verschiedenen Möglichkeiten rechtlicher Strukturie-
rung von PPP als Antwort auf die Ausgangsfragen, ob und wie das Recht PPP
regeln sollte. Somit bilden die praktischen Erfahrungen und rechtlichen Proble-
me mit PPP zwei Hauptteile dieser Arbeit, wonach diese Untersuchung betitelt
wurde.

Da PPP umfangreiche Anwendungsbereiche und vielseitige Erscheinungsformen
hat, ist es unmöglich, eine pauschale Gesamtbewertung zu erstellen. PPP kann
nur mit Hilfe einer Analyse konkreter Kooperationsprojekte bewertet werden.¹⁶
Deshalb beschränkt sich die Untersuchung der vorliegenden Arbeit auf den Be-
reich der Verkehrsinfrastruktur am Beispiel des privatfinanzierten Straßenbaus.

Für die vergleichende juristische Forschung ist selbstverständlich die Rechtsver-
gleichungsmethode anzuwenden. Durch Rechtsvergleichung wird „der Blick für
die Mängel und Schwächen nationaler Rechtsinstitute geschärft“¹⁷ und der „Vor-
rat an Lösungen“ für Sachprobleme erweitert und bereichert.¹⁸ Außerdem kann
Rechtsvergleichung dem Gesetzgeber als Hilfsmitteln dienen, weil sowohl die
erprobte als auch die erfolglose Gesetzgebung des Auslands der eigenen legisla-
tiven Arbeit wesentliche Anstöße geben kann.¹⁹

Die Rechtsvergleichung zwischen Deutschland und China zum Thema PPP ist
für beide Länder von großer Bedeutung. Zum einen sind sie bedeutende Wirt-
schaftspartner: China ist der wichtigste Handelspartner Deutschlands in Asien,
Deutschland ist Chinas wichtigster Handelspartner in Europa.²⁰ Zum anderen
sind beide Länder „Latecomer“ bei der Anwendung von PPP. Sie sind konfron-
tiert mit vielen ähnlichen Problemen bei der schnellen Entwicklung von PPP in
den letzten Jahren. Daher ist es für beide Länder nützlich zu wissen, wie das je-

¹⁶ Bauer, DÖV, S. 90; Vgl. auch Schoch, DVBl 1994, S.966 ff.; Schuppert, in: Ipsen
(Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, S.17 ff.

¹⁷ Constandinesco, Rechtsvergleichung, Bd. 2, Die rechtsvergleichende Methode, Köln,
1972, S. 333 zit. von Grossfeld, Bernhard: Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung,
1984, S. 31.

¹⁸ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 14.

¹⁹ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 14 f.; Rheinstein, Einführung in
die Rechtsvergleichung, S. 13.

²⁰ Siehe: <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Laenderinformationen/China/Bilateral.html>,
abgerufen am 20. März 2009; vgl. auch, Deutschland und China wollen Kooperati-
on ausbauen, in: Spiegel Online vom 29. Januar 2009, in: [http://www.spiegel.de/wirt-
schaft/o,1518,604352,00.html](http://www.spiegel.de/wirtschaft/o,1518,604352,00.html), abgerufen am 29. Januar 2009. Dem Bericht zufolge sei
das Handelsvolumen zwischen China und Deutschland im Jahr 2008 mit rund 115 Mrd.
Dollar mehr als ein Viertel des chinesisch-europäischen Handelsvolumens.

weils andere Land die Probleme mit PPP gelöst hat, welche gesetzlichen Regelungen sich bewährt haben und welche davon wirkungslos geblieben sind.²¹ Allerdings ist eine Gegenüberstellung der Normen in beiden Ländern keine Rechtsvergleichung, sie erfordert Herausarbeitung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten der rechtlichen Lösung für PPP-Probleme sowie kritische Wertung der durch die Vergleichung gewonnenen Ergebnisse.²² Dazu bedarf es einer funktionellen Rechtsvergleichung, „einer auf die Erkenntnis der sozialen Funktion der Rechtsnormen zielenden, Problemlösungen vergleichenden Betrachtungsweise“²³. Diese nicht norm- sondern problemorientierte Methode zielt darauf ab, die am besten geeignete Lösung für ein konkretes Problem unter den gegenwärtigen sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen zu entwickeln.²⁴ Dabei ist die empirische Beobachtung und Analyse der sozio-kulturellen Gegebenheiten für die Sachprobleme heranzuziehen. Deshalb werden in der vorliegenden Arbeit der Hintergrund und die Entwicklungsgeschichte von PPP sowie unterschiedliche Vorgehens- und Denkweisen im Zusammenhang mit der rechtlichen Lösung für PPP-Probleme im Vergleich zwischen Deutschland und China beschrieben. Zum konkreten Vergleichsobjekt, das den Angelpunkt der Rechtsvergleichung darstellt,²⁵ wird hier der privatfinanzierte Straßenbau in der Verkehrsinfrastruktur ausgewählt. Die Gründe hierfür liegen darin, dass einerseits die Verkehrsinfrastruktur eine äußerst wichtige Rolle in der Volkswirtschaft spielt und dass PPP weltweit am häufigsten in Straßenbauprojekten angewandt wird, sodass ein Vergleich im Straßenbaubereich, in dem Deutschland und China bereits Erfahrungen gesammelt haben, zu gut verallgemeinerbaren bzw. transferierbaren Erkenntnissen für andere Anwendungsgebiete von PPP führen kann. Andererseits gibt es sowohl in Deutschland als auch in China spezifische gesetzliche Regelungen für den privatfinanzierten Straßenbau, wie z. B. das FStrPrivFinG in Deutschland und das Straßengesetz in China. Diese stellen eine gute Basis für einen Vergleich dar.

III. Gang der Untersuchung

Mit Hilfe der o. g. Methode wird die Untersuchung im Rahmen dieser Arbeit durchgeführt. Die Arbeit besteht aus vier Teilen. Der erste Teil befasst sich mit dem Konzept und Hintergrund von PPP in der Verkehrsinfrastruktur. In diesem

²¹ Vgl. Rheinsteins, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 13.

²² Vgl. Zweiger/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 42 ff.

²³ Rheinsteins, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 27; Rabel, Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts (1937), GA III, S. 187.

²⁴ Vgl. Zweiger/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 12; Rheinsteins, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 5.

²⁵ Zweiger/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

Teil wird zunächst die Terminologie von PPP und Verkehrsinfrastruktur im Allgemeinen erläutert (§ 2). Hierbei wird kein Vergleich zwischen den beiden Ländern durchgeführt, weil sich die Forschung über die PPP-Theorie in China im Anfangstadium befindet und sich bisher lediglich darauf beschränkt, bereits in anderen Ländern entwickelte Erkenntnisse und Theorien zu übernehmen. Anschließend werden die Hintergründe von PPP in Deutschland (§ 3) und China (§ 4) beschrieben. Mit den Zwischenergebnissen des Vergleichs der Hintergründe von PPP in beiden Ländern (§ 5) wird der erste Teil abgeschlossen. Im zweiten Teil geht es um praktische Erfahrungen mit PPP in der Straßenverkehrsinfrastruktur in Deutschland (§ 6) und in China (§ 7). Hierbei werden anhand von konkreten Beispielen aus der PPP-Praxis in beiden Ländern die allgemeinen Probleme mit PPP-Modellen im Straßenbau, wie z. B. Risikoverteilung, Aufsichts- und Kontrollprobleme und rechtliche Hindernisse bei der Realisierung von PPP-Projekten, herausgestellt und untersucht. Daraus ergeben sich dann vergleichenden Zwischenergebnisse (§ 8), in denen Gemeinsamkeiten und Unterschiede der PPP-Problematik in beiden Ländern dargestellt werden. Die rechtlichen Probleme mit PPP bilden den Untersuchungsgegenstand des dritten Teils dieser Arbeit. Dort werden zunächst die verfassungsrechtlichen (§ 9, § 10) und haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen (§ 11) für PPP-Modelle sowie die vergaberechtlichen Probleme mit PPP (§ 12, § 13) in beiden Ländern ausführlich thematisiert. Da neben den gesetzlichen Vorgaben die Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und den Privaten bei PPP-Projekten grundsätzlich vertraglich geregelt ist, wird anschließend die vertragliche Ausgestaltung von PPP am Beispiel der Musterkonzessionsverträge aus Sicht der staatlichen Gewährleistungsverantwortung und der Aufsicht und Kontrolle sowie des Interessenausgleichs behandelt (§ 14). Im Anschluss folgen vergleichende Zwischenergebnisse für diesen Teil (§ 15). Das Thema des vierten Teils ist die rechtliche Strukturierung von PPP. In diesem Teil wird die Frage, wie das Recht PPP regeln kann bzw. soll, mit der Darstellung und Bewertung der verschiedenen Möglichkeiten rechtlicher Regelung von PPP in Deutschland und China sowie auf EU- und internationaler Ebene beantwortet (§ 16). Auf Basis aller vergleichenden Zwischenergebnisse werden abschließend Schlussfolgerungen gezogen (§ 17).