



Wenguang Yu

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

Am Beispiel des privatfinanzierten
Straßenbaus



Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	23
§ 1 Problemstellung	23
I. Gegenstand der Untersuchung	23
II. Methode der Untersuchung	25
III. Gang der Untersuchung	27
Erster Teil: Konzept und Hintergrund von PPP in der Verkehrsinfrastruktur	29
§ 2 Terminologie im Allgemeinen	29
I. Public Private Partnership	29
1. Herkunft	29
2. Definition	30
3. Merkmale	32
4. Abgrenzung	32
a) PPP und herkömmliche Beschaffung	32
b) PPP und Privatisierung	33
aa) Begriff und Typen der Privatisierung	33
bb) Beziehung zwischen PPP und Privatisierung	34
c) Zwischenergebnis: PPP als dritter Weg	35
d) PPP und andere Finanzierungsinstrumente zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben	35
aa) PPP und das Vorfinanzierungsmodell	36
bb) PPP und Leasing	36
cc) PPP und Projektfinanzierung	37
dd) PPP und PFI	38
5. Arbeitsbegriff	39
6. Modelltypen	39
a) Vertrags-PPP	39
aa) Betriebsführungsmodell	40
bb) Betreibermodell	40
cc) Konzessionsmodell	40
dd) BOT- und TOT-Modell	40
b) Institutionalisierte PPP	41
aa) Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft	41
bb) Kapitalübertragung auf die Privaten	42
7. Chancen und Risiken von PPP	42
a) Chancen für die öffentliche Hand und die Privaten	42

b) Risiken für die öffentliche Hand und die Privaten.....	43
8. Anwendungsbereich.....	45
II. Verkehrsinfrastruktur.....	46
1. Definition.....	46
2. Wirtschaftliche Bedeutung der Verkehrsinfrastruktur.....	48
§ 3 Hintergrund von PPP in Deutschland.....	49
I. Rechtstatsächliche Befunde.....	49
1. Der „überforderte“ Staat.....	49
2. Das Verhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Bürger im Wandel..	50
3. Staatsaufgaben im Wandel.....	51
II. Lösungsansätze für die Herausforderungen im modernen Staat.....	51
1. Das Konzept der Privatisierung, Regulierung und Deregulierung.....	52
a) Privatisierung und Regulierung – Zwei Seiten einer Medaille.....	52
b) Deregulierung.....	53
2. Das Konzept der Staats- und Verwaltungsmodernisierung.....	53
a) Interne Verwaltungsmodernisierung.....	53
aa) New Public Management.....	54
bb) Das Neue Steuerungsmodell.....	54
b) Staatsmodernisierung.....	55
aa) Schlanker Staat.....	55
bb) Aktivierender Staat.....	55
3. Das Konzept der Verantwortungsteilung und ihr	
Verwirklichungsmodus PPP.....	56
a) Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff des modernen Staats...	56
b) PPP als Verwirklichungsmodus der Verantwortungsteilung im	
Gewährleistungsstaat.....	58
c) PPP in der Verkehrsinfrastruktur als Beispiel der geänderten	
Staatsverantwortung.....	59
III. PPP und kooperatives Recht.....	61
§ 4 Hintergrund von PPP in China.....	64
I. Herausforderungen an China.....	64
II. Modernisierung von Staat und Verwaltung.....	65
1. Neubestimmung des Verhältnisses zwischen Staat und Wirtschaft	
im Rahmen der Wirtschaftsreform.....	66
a) Entflechtung von Staatsverwaltung und Unternehmen,	
Reformen der Staatsunternehmen.....	66
aa) Erste Phase: Mehr Unternehmensautonomie.....	67
bb) Zweite Phase: Aufbau des modernen Unternehmenssystems.....	67
cc) Dritte Phase: Umstrukturierung und Sanierung.....	68

dd) Vierte Phase: Vertiefte und weitreichende Eigentumsreform in Staatsunternehmen	69
ee) Zusammenfassung: de-facto-Privatisierung	72
b) Marktöffnung und Deregulierung	74
2. Verwaltungsreformen	76
a) Verschlinkung der Verwaltungsapparatur	76
b) Veränderung der Funktionen der Regierung	77
c) Reform des Genehmigungssystems	78
d) Reform des öffentlichen Investitions- und Finanzierungssystems	78
e) Zusammenfassung zu chinesischen Verwaltungsreformen	79
III. PPP als eine Möglichkeit zur Bewältigung der Herausforderungen	80
Chinas	80
1. Die Entwicklung und Bedeutung der nichtstaatlichen Wirtschaft in China	80
2. Die Entwicklungsgeschichte von PPP in China	81
§ 5 Vergleichende Zwischenergebnisse	85
Zweiter Teil: Praktische Erfahrungen mit PPP in der Straßenverkehrsinfrastruktur in Deutschland und China	
§ 6 Praktische Erfahrungen mit PPP in der Straßenverkehrsinfrastruktur in Deutschland	88
I. Aktuelle Bestandsaufnahme von PPP in Deutschland im Überblick	88
II. PPP-Praxis in der Straßenverkehrsinfrastruktur	89
1. Gründe für PPP in der Straßenverkehrsinfrastruktur	89
2. Entwicklungsgeschichte von PPP im Straßenbau	90
a) Vorgeschichte – Vorfinanzierungsmodell	90
b) PPP-bezogene Gesetzgebungen und Vorschläge der Pällmann- Kommission	91
c) Durchbruch und Aufschwung von PPP	93
3. F-Modell	94
a) Rahmenbedingungen	94
b) Zwei realisierte Projekte und die daraus resultierenden Erfahrungen	95
aa) Warnowquerung in Rostock	95
(1) Ablauf	95
(2) Konzessionsstruktur und Finanzierungsform	96
(3) Probleme	96
bb) Travequerung in Lübeck	97
c) Ein gescheitertes Projekt und seine Gründe	98
d) Stärken und Schwächen des F-Modells	99

4. A-Modell.....	101
a) Rahmenbedingungen.....	101
b) gestartete Projekte.....	102
c) Stärken und Schwächen des A-Modells.....	103
d) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen dem F-Modell und dem A-Modell.....	103
5. Die Einführung der Lkw-Maut.....	104
a) Die Einführungsgeschichte.....	104
b) Rechtsstruktur des Mautprojekts.....	106
c) Probleme.....	106
6. Die Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft (VIFG).....	108
a) Aufgaben der VIFG.....	108
b) Rechtsstruktur der VIFG.....	109
c) Stärken und Schwächen der VIFG.....	109
III. Allgemeine Probleme mit PPP-Modellen im Straßenbau.....	110
1. Risikoverteilung.....	110
2. Aufsichts- und Kontrollprobleme.....	112
a) Notwendigkeit der Aufsicht und Kontrolle.....	112
b) Intensität der Aufsicht und Kontrolle.....	112
c) Art und Weise der Aufsicht und Kontrolle.....	113
aa) Aufsichts- und Kontrollinstrumentarien im Betreiber- und Konzessionsmodell.....	113
bb) Aufsichts- und Kontrollinstrumentarien im institutionalisierten PPP-Modell.....	115
(1) Das gesellschaftsrechtliche Einfluss- und Kontrollinstrumentarium.....	115
(2) Public Corporate Governance.....	116
(3) Controlling.....	118
3. Rechtliche Hindernisse.....	119
a) Zugangshindernisse.....	119
b) Diskriminierende steuerrechtliche Ungleichbehandlungen von PPP-Projekten.....	122
c) Umsetzungsrechtsprobleme.....	122
d) Kameralistische Erschwernisse.....	124
§ 7 Praktische Erfahrungen mit PPP in der Straßenverkehrsinfrastruktur in China.....	126
I. Die mautfinanzierte Straßenverkehrsinfrastruktur in China.....	127
1. Die Entwicklung der Politik und Gesetzgebungen zur mautfinanzierten Straßenverkehrsinfrastruktur.....	127
2. Bemerkungen zur chinesischen Mautpolitik.....	132

II. PPP-Praxis in der Straßenverkehrsinfrastruktur in China	134
1. BOT-Modell	134
2. TOT-Modell	135
3. Institutionalisierte PPP	136
4. Bemerkungen zu den in China praktizierten PPP-Modellen.....	138
III. Typische Probleme mit PPP-Modellen im Straßenbau in China	141
1. Risikoverteilung	141
a) Fest garantierte Rendite.....	141
b) Politisches Risiko	144
c) Verkehrsmengenrisiko.....	145
2. Kontroll- und Regulierungsprobleme	147
a) Umfang der Kontrolle und Regulierung.....	147
aa) Regulierung beim Zugang von Marktakteuren	148
bb) Kontrolle bei der Preisbildung bzw. Mautfestsetzung	150
b) Kontroll- und Regulierungsinstrumentarien	153
c) Aufsichtsbehörden.....	155
d) PPP-Kompetenzzentren.....	158
3. Rechtliche Hindernisse.....	159
§ 8 Vergleichende Zwischenergebnisse.....	162
Dritter Teil: Rechtliche Probleme mit PPP in der Verkehrsinfrastruktur in Deutschland und China	168
§ 9 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Modelle im Straßenbau in Deutschland	168
I. Verfassungsmäßigkeit des F-Modells.....	169
1. Verfassungsmäßigkeit der Übertragung der Ausführungsaufgaben auf Private gemäß § 1 Abs. 2 FStrPrivFinG.....	169
a) Vereinbarkeit mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG.....	169
b) Vereinbarkeit mit Art. 90 GG	169
c) Vereinbarkeit mit dem Funktionsvorbehalt gemäß Art. 33 Abs. 4 GG.....	171
d) Vereinbarkeit mit dem Sozialstaatsprinzip und dem Demokratieprinzip	172
2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Übertragung des Gebührenerhebungsrechts auf Private gemäß § 2 FStrPrivFinG.....	174
a) Vereinbarkeit mit Art. 90 Abs. 2 GG	174
b) Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 4 GG.....	175
c) Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip	176
3. Rechtliche Zulässigkeit der Umstellung des FStrPrivFinG von „Gebühr“ auf „Entgelt“	176

II. Verfassungsmäßigkeit des A-Modells.....	179
1. Verfassungsmäßigkeit der Aufgabenübertragung auf Private nach dem A-Modell und nach dem ABMG.....	180
2. Verfassungsmäßigkeit der Ungleichbehandlung der verschiedenen Autobahnnutzer bei der Gebührenbelastung.....	181
III. Haushaltsverfassungsmäßigkeit der PPP-Modelle im Straßenbau	182
IV. Ergebnis.....	184
§ 10 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Modelle im Straßenbau in China.....	185
I. Überblick über die chinesische Verfassung.....	185
II. Verfassungsmäßigkeit der Politnormen und Rechtsnormen bzgl. der mautfinanzierten Straßenverkehrsinfrastruktur.....	189
1. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Mauterhebung aufgrund der Politnormen und Rechtsnormen.....	189
2. Haushaltsverfassungsrechtliche Bedenken gegen darlehensfinanzierte Straßen.....	192
III. Verfassungsmäßigkeit der PPP-Modelle im Straßenbau	194
IV. Verfassungsrechtliche Grenze der PPP-Praxis in China: keine vollständige Privatisierung	195
V. Ergebnis	196
§ 11 Haushaltsrechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Modelle in Deutschland und China	197
I. Haushaltsrechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Modelle in Deutschland unter besondere Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.....	197
1. Gesetzliche Grundlagen	197
2. Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als Instrument zur Umsetzung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	198
3. Vorschläge zur Verbesserung der haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen	200
II. Haushaltsrechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Modelle in China..	202
§ 12 Vergaberechtliche Probleme mit PPP in Deutschland	204
I. Überblick über das deutsche Vergaberecht.....	204
II. Anwendbarkeit des Vergaberechts auf PPP-Modellen	206
1. Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Vertrags-PPP.....	206
a) Öffentliche Auftraggeber	206
b) Öffentliche Aufträge	207
aa) Abgrenzung zwischen öffentlichen Bauaufträgen und Baukonzessionen.....	208
(1) Abgrenzungskriterien.....	208

(2) Zuordnung des A-Modells und des F-Modells	208
bb) Abgrenzung zwischen Bauleistungsauftrag bzw. -konzession und Dienstleistungsauftrag bzw. -konzession.....	209
(1) Abgrenzungstheorien	209
(2) Zuordnung des A-Modells und des F-Modells.....	211
cc) Folge der Zuordnung.....	211
3. Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die institutionalisierte PPP ...	212
a) Die Problematik von In-house-Geschäften	212
b) Anwendbarkeit des Vergaberechts auf institutionalisierte PPP.....	214
III. Auswahl der anwendbaren Vergabeverfahrensarten.....	217
1. Die vier Vergabeverfahrensarten und ihre Anwendbarkeit bei PPP-Modellen.....	217
a) das Offene Verfahren	218
b) das Nichtoffene Verfahren	218
c) Verhandlungsverfahren	220
d) der Wettbewerbliche Dialog	222
2. Das Stufenverhältnis zwischen den Vergabeverfahren	225
IV. Vergaberechtlicher Rechtsschutz.....	225
1. Rechtsschutz bei der Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte	226
2. Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte und Dienstleistungskonzessionen.....	229
a) Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung des Primärrechtsschutzes auf Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte.....	229
b) Sachliche Notwendigkeit von effektivem Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	232
c) Rechtsweg für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte und Dienstleistungskonzessionen	233
aa) Anwendbarkeit der Zwei-Stufen-Theorie im Vergaberecht	234
bb) Die rechtliche Qualifikation der Vergabe von öffentlichen Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte und Dienstleistungskonzessionen	236
IV. Ergebnis.....	238
§ 13 Vergaberechtliche Probleme mit PPP in China.....	240
I. Überblick über die vergaberechtsrelevante Rechtsnormen und ihre Anwendbarkeit auf PPP-Modelle.....	240
1. Das Vergabegesetz.....	240
2. Das Gesetz für das öffentliche Beschaffungswesen.....	241
3. Das Verwaltungsgenehmigungsgesetz	245

4. Konzessionsregelungen im Bereich der städtischen Infrastruktur und Versorgungsdienstleistungen.....	247
5. Vergaberechtsrelevante Regelungen im Bereich der Verkehrsinfrastruktur.....	249
II. Auswahl der anwendbaren Vergabeverfahrensarten.....	251
1. Das Offene Verfahren.....	251
2. Das Nichtoffene Verfahren.....	253
3. Verhandlungsverfahren nach der parallelen Strategie (competitive negotiation).....	254
4. Verhandlungsverfahren nach der linearen Strategie (Anwerbung).....	255
5. Versteigerung.....	255
III. Vergaberechtlicher Rechtsschutz.....	256
1. Mangelhaftes Rechtsschutzsystem im Vergaberecht.....	256
2. Rechtsweg für die Vergabe von PPP-Projekten.....	258
a) Fraglichkeit des Verwaltungsrechtswegs.....	258
b) Die Rechtsnatur der Vergabe von Konzessionen.....	259
c) Vergabekammer und Vergabesenat als alternative Lösungsansätze für das verbesserungsbedürftige Rechtsschutzsystem.....	262
3. Rechtsweg für Streitigkeiten über Konzessionsverträge.....	262
IV. Ergebnis.....	266
§ 14 Vertragsgestaltung bei PPP-Projekten in Deutschland und China.....	268
I. Vertragsgestaltung bei PPP-Projekten aus Sicht der staatlichen Gewährleistungsverantwortung in Deutschland.....	268
1. Die typische vertragliche Struktur von PPP-Projekten im Straßenbau.....	268
2. Bedeutung der Vertragsgestaltung bei PPP-Projekten.....	269
3. Musterkonzessionsverträge im Straßenbau.....	270
4. Gestaltung von PPP-Verträgen aus Sicht der staatlichen Gewährleistungsverantwortung.....	271
a) Risikoverteilung.....	271
aa) Das Prinzip der Risikoverteilung.....	271
bb) Risikomatrix.....	272
cc) Anmerkungen zu den vom Konzessionsnehmer übernommenen Risiken.....	273
dd) Wettbewerbsrisiko.....	274
ee) Politische Risiken.....	274
ff) Risiken durch Gesetzesänderungen.....	274
gg) Höhere Gewalt.....	275

b) Informations-, Prüfungs-, Kontroll- und Überwachungsrecht der öffentlichen Hand	275
c) Weisungs- und Ersatzvornahmerecht der öffentlichen Hand	276
d) Kündigungsrechte der öffentlichen Hand	277
e) Rückgabepflicht des Konzessionsnehmers nach Beendigung des Konzessionsvertrags	279
f) Pönalisierungs- /Bonifikationssystem	279
g) Vertragscontrolling und Vertragsmanagement	280
h) Zusammenfassung	280
II. Vertragsgestaltung bei PPP-Projekten in China	281
1. Überblick	281
2. Vertragsgestaltung bei PPP-Straßenprojekten aus Sicht der Aufsicht und Kontrolle und des Interessenausgleichs in China	283
a) Risikoverteilung	283
b) Vertragserfüllungssicherheit	284
c) Erklärungen und Zusicherungen	285
d) Kündigung des Konzessionsvertrags	285
e) Laufzeit und Verlängerung des Konzessionsvertrags	286
f) Rückgabepflicht des Konzessionsnehmers nach Beendigung des Konzessionsvertrags	287
g) Streitbeilegung	287
h) Zusammenfassung	288
§ 15 Vergleichende Zwischenergebnisse	289
Vierter Teil: Rechtliche Strukturierung von PPP	296
§ 16 Rechtliche Strukturierung von PPP	296
I. Notwendigkeit der rechtlichen Strukturierung von PPP	296
II. Möglichkeiten der rechtlichen Strukturierung von PPP	297
1. Normierungsoptionen von PPP in Deutschland	297
2. Rechtliche Strukturierung von PPP in anderen europäischen Ländern, auf EU-Ebene sowie auf internationaler Ebene	300
3. Möglichkeiten der rechtlichen Strukturierung von PPP in China	305
III. Zusammenfassung	306
Schlussfolgerungen	307
§ 17 Vergleichende Ergebnisse und Ausblick	307
Literaturverzeichnis	313
Anhang 1 Verzeichnis der PPP-bezogenen Gesetze und Vorschriften der VR China	365