



Karolin Hiller

Öffentlich Private Partnerschaften zur Finanzierung traditioneller Kultureinrichtungen in Deutschland

Möglichkeiten einer umfassenden
Kooperation zwischen öffentlicher Hand
und Wirtschaftsunternehmen

Lernen vom italienischen *Project Financing*?

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literatur- und Quellenverzeichnis	XXI
Einleitung	1
Arbeitsthema	5
1. Teil: Aktivierende Kulturpolitik	7
1. Kapitel: Begriff der „kommunalen traditionellen Kultureinrichtung“	7
2. Kapitel: Das aktivierende Kulturstaatsmodell	9
A. Das Politikmodell des „aktivierenden Staates“	9
B. Das aktivierende Kulturstaatsmodell auf Kommunalebene	11
I. Kulturakteur „Gemeinde“	13
1. Rechtliche Rahmenbedingungen	13
a. Kulturstaat Deutschland	13
b. Kulturelle Daseinsvorsorge – kulturelle Infrastruktur	15
c. Wirtschaftlichkeitsgrundsatz	21
d. Zwischenergebnis	22
2. Gesellschaftliche Wirkungen	22
II. Kulturakteur „Wirtschaftsunternehmen“	24
C. Ergebnis des 1. Teils	27
2. Teil: Organisationsform und Verfahren zur Umsetzung einer aktivierenden Kulturpolitik auf Kommunalebene	29
1. Kapitel: Öffentlich Private Partnerschaften – Public Private Partnerships	29
A. Formen der Verantwortungsteilung	29
I. Organisationsprivatisierung	30
II. Materielle Privatisierung	30
III. Funktionale Privatisierung	31
B. Definition von „Öffentlich Privaten Partnerschaften“	34
I. Strukturmerkmale von Öffentlich Privaten Partnerschaften	34
II. Ergebnis	39

C. Die Strukturmerkmale von Öffentlich Privaten Partnerschaften im Einzelnen	39
I. Ganzheitlicher Projektansatz	40
II. Projektgesellschaft	42
1. Vertragliche Öffentlich Private Partnerschaften	44
a. Betreiber- und Konzessionsmodelle	44
b. Vorteile und Nachteile von vertraglichen Öffentlich Privaten Partnerschaften	46
2. Institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften	47
a. Vertragskonstruktionen	47
b. Vorteile und Nachteile von institutionalisierten Öffentlich Privaten Partnerschaften	49
III. Individuelle Risikoverteilung	50
IV. Die Verfolgung eines komplementären Ziels und weitere Erfolgskriterien für Öffentlich Private Partnerschaften	56
1. Nicht projektbezogene Eignungskriterien	56
2. Projektbezogene Eignungskriterien	56
D. Eignung von Öffentlich Privaten Partnerschaften für den Betrieb traditioneller Kultureinrichtungen gemäß dem Politikmodell des aktivierenden Kulturstaates	59
I. Aktivierende Kulturpolitik:	
echte Verantwortungspartnerschaft	59
1. Zusammenarbeit in allen Planungsphasen	59
2. Institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften mit konzessions-rechtlichen Vertragselementen	61
a. Gesellschaftsform und Mitgesellschafter	62
b. Ressourcenallokation und Synergieeffekte	64
c. Zeitlicher Aspekt der partnerschaftlichen Verantwortungsübernahme	65
d. Gemeinsames Erfolgsinteresse	66
3. Zwischenergebnis	66
II. Projektbezogene und nicht projektbezogene Eignungskriterien	66
1. Tatsächliche Rahmenbedingungen	66
a. Ausreichendes Projektvolumen	67
b. Fördergelder	67
c. Kultur und Wirtschaft	69
d. Verfahrensrechtliche Anreizmechanismen	70
e. Zwischenergebnis	70

2. Kulturelle, nicht projektbezogene Eignungskriterien	70
a. Eigengesetzlichkeit der Kultur	71
b. Kulturelle Infrastruktur	72
E. Ergebnis des 1. Kapitels	73
2. Kapitel: Verfahren zur Aktivierung der Wirtschaftsunternehmen als Partner für kulturelle Öffentlich Private Partnerschaften	73
A. Verfahrensrechtliche Vorgaben und Rahmenbedingungen	74
I. Ausgangsüberlegungen: Wettbewerb um den Markt	74
II. Recht der öffentlichen Ausschreibung	78
1. Systematik des Rechts der öffentlichen Ausschreibungen	78
2. Rechtliche Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung	82
a. Ziele des Vergaberechts	82
b. Öffentlicher Auftrag i.w.S.	84
aa. Entgeltlicher Vertrag	85
(1) Allgemeines	85
(2) Beschaffungsbezug bei institutionalisierten Öffentlich Privaten Partnerschaften	87
(3) Zwischenergebnis	88
bb. Auftragsgegenstand	89
(1) Abgrenzung von öffentlichen Aufträgen i.e.S. und Konzessionen	89
(2) Typengemischte Konzession	89
(3) Anwendbares Vergaberechtsregime und Abgrenzungskriterien	91
(4) Bau- oder Dienstleistungskonzessionen	93
(5) Zwischenergebnis	96
c. Binnenmarktrelevanz	97
3. Ergebnis	98
III. Beihilfenrechtliche Konsequenz	98
B. Primärrechtliches Vergaberecht – die sog. allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze	102
I. Einführung	102
1. Die allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze	103
2. Verfahrensmaßstab	105
II. „Vergaberecht light“ – verfahrensrechtliche Mindeststandards ..	108
1. Gleichbehandlungsgrundsatz	108
a. Materiellrechtliche Gleichbehandlung	109
b. Verfahrensrechtliche Gleichbehandlung	111
c. Das Gleichbehandlungsprinzip bei der Suche nach einem privaten Kulturpartner	113

2. Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung	115
3. Transparenzgrundsatz	115
a. Allgemein	115
b. Der Transparenzgrundsatz bei der Suche nach einem privaten Kulturpartner	119
4. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	120
5. Wettbewerbsprinzip	121
a. Zielvorgabe des primären Vergaberechts nach dem EG -Vertrag a.F.	122
aa. Hintergrund des vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzips	122
bb. Einzelne Aspekte des Wettbewerbsprinzips	123
(1) Zuschlagskriterium	123
(2) Echter Bieterwettbewerb	128
(3) Vertragslaufzeit	134
(4) Zwischenergebnis	135
cc. Das Wettbewerbsprinzip bei der Suche nach einem privaten Kulturpartner	135
b. Zielvorgaben des primären Vergaberechts nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon	140
aa. Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Verträge n.F.	141
bb. Das Prinzip der ordnungsgemäßen öffentlichen Aufgabenerfüllung	146
(1) Abweichende Vertragskonstruktion	147
(2) Besonderer Auftragsgegenstand: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	148
(a) Stellenwert der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in den Europäischen Verträgen n.F.	151
(b) Neuqualifizierung des Vergaberechts	153
(3) Zwischenergebnis	156
cc. Konsequenzen für die Vergabe einer privaten Kulturpartnerschaft in einer traditionellen Kultureinrichtung nach dem Modell des aktivierenden Kulturstaates	159
(1) Traditionelle Kultur: Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	159
(2) Vergaberechtlicher Konflikt	161

3. Teil: Optimale verfahrensrechtliche Umsetzung der aktivierenden Kulturpolitik durch die Gemeinden	167
1. Kapitel: Mustervergabeverfahren nach dem Modell des aktivierenden Kulturstaates – Offene Verfahrensfragen	167
A. Kulturpolitische Ausgangsüberlegungen (verfahrensrechtliche Dimension)	167
B. Das private Initiativrecht	168
I. Die deutsche Vergaberechtspraxis	169
II. Verfahrensrechtliche Anforderungen und Konsequenzen	169
III. Vergaberechtliche Wirkungen	173
IV. Zwischenergebnis	177
C. Kooperation von Gemeinden und Unternehmen in der Phase der Projektplanung	177
I. Vorteile der gemeinsamen Planung	179
II. Vergaberechtliche Wirkungen	180
III. Zwischenergebnis	181
D. Ergebnis des 1. Kapitels	181
2. Kapitel: Lösung mit Mitteln des geltenden deutschen Vergaberechts	183
A. Gesamtlösung – die Projektantenproblematik i.S.d. deutschen Vergaberechts	183
I. Sachlich-gegenständliche Komponente des Tatbestandes	185
II. Zeitliche Komponente des Tatbestandes	186
1. Beginn des Vergabeverfahrens	188
2. Zusätzliche Abgrenzungskriterien	189
3. Zwischenergebnis	194
III. Rechtsfolgen	195
1. Individuell zugeschnittene Ausschreibungsunterlagen	196
2. Informationsvorsprung	196
3. Zeitlicher Wettbewerbsvorteil	197
4. Entschädigungsleistungen	197
IV. Ergebnis	199
B. Einzellösungen	200
I. Privates Projektvorschlagsrecht	201
1. Markterkundungs- und Interessenbekundungsverfahren	201
2. Zwischenergebnis	203
II. Partnerschaftliche Kooperation bei der gesamten Projektplanung	204
1. Verhandlungsverfahren	204
a. Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen	204
aa. Inputspezifizierte Leistungsbeschreibung	204

bb. Outputspezifizierte Leistungsbeschreibung	205
cc. Zwischenergebnis	208
b. Gemeinsame Planungsleistungen im Verhandlungsverfahren	208
aa. Verfahrensablauf	209
(1) Aufforderungsphase	210
(2) Verhandlungsphase	211
(a) Parallelverhandlung mit mehreren Bietern	212
(b) Schrittweise Reduzierung der Verhandlungsteilnehmer	213
(c) Kombination der ersten beiden Ausgestaltungsvarianten	215
bb. Eignung des Aufbaus des Verhandlungsverfahrens für die Vergabe kultureller Public Private Partnerships	216
c. Zwischenergebnis	218
2. Wettbewerbe	218
a. Wettbewerbe nach §§ 15 ff. VOF	219
b. Eignung des Verfahrensaufbaus von Wettbewerben für die Vergabe kultureller Public Private Partnerships	223
c. Zwischenergebnis	226
3. Wettbewerblicher Dialog	226
a. Verfahrensablauf	227
aa. Aufforderungsphase	227
bb. Dialogphase	228
cc. Angebotsphase	234
b. Eignung des Verfahrensaufbaus des Wettbewerblichen Dialogs für die Vergabe kultureller Public Private Partnerships	234
C. Ergebnis des 2. Kapitels	237
3. Kapitel: Lösung der Projektantenproblematik mit Hilfe des italienischen Rechtsinstituts des <i>Project financing</i>	238
A. Vorstellung und Entwicklung des italienischen <i>Project financing</i> -Verfahrens	240
I. Art. 37-bis ff Legge n. 109/1994 in der Fassung vom 14.12.1998 (sog. <i>Merloni-ter</i>)	240
1. Vorverfahren	241
2. Hauptvergabeverfahren	242
II. Art. 37-bis legge n. 109/1994 in der Fassung vom 01.08.2002 (sog. <i>Merloni-quarter</i>)	246

1. Privates Projektvorschlagsrecht	247
2. Vorverfahren	248
3. Hauptvergabeverfahren	249
a. <i>Appalto-concorso</i> -Verfahren	249
b. <i>Diritto di prelazione</i>	251
aa. Wettbewerbsprinzip und Prinzip der ordnungsgemäßen öffentlichen Aufgabenerfüllung	251
bb. Gleichbehandlungsgrundsatz	254
III. Art. 37-bis legge n. 109/1994 in der Fassung vom 18.04.2005 (<i>sog. Legge Comunitaria 2004</i>)	255
1. Pflicht zur Bekanntmachung der Bewertungskriterien für die Vorverfahrensentscheidung	257
2. Pflicht zur Bekanntmachung des <i>Diritto di prelazione</i>	263
IV. Art. 153 ff. des italienischen Vergaberechtsgesetzbuches in der Fassung vom 12.04.2006 (<i>sog. Codice dei Contratti</i>)	264
V. Art. 153 ff. des italienischen Vergaberechtsgesetzbuches in der Fassung vom 31.07.2007 (<i>sog. Secondo Decreto Correttivo</i>)	265
1. Zweites Korrekturdekret Nr. 113 vom 31.07.2007	266
2. Die Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Italien	267
a. Vorwurf mangelnder Publizität	267
b. Automatisches Teilnahmerecht des <i>Promotore</i>	268
c. <i>Diritto di prelazione</i> und Gleichbehandlungsgrundsatz	272
VI. Art. 153 ff. des italienischen Vergaberechtsgesetzbuches in der Fassung vom 11.09.2008 (<i>sog. Terzo Decreto Correttivo</i>)	275
1. Allgemeines	275
2. Allgemeine, für alle Verfahrensvarianten geltende Verfahrensregeln	277
a. Machbarkeitsstudie	277
b. Privates Projektvorschlagsrecht	278
3. Einphasige, öffentlich initiierte Verfahrensvariante	279
a. Verfahrensablauf	280
aa. Öffentliche Vergabebekanntmachung und private Angebote	280
bb. Abänderungsverlangen der Vergabestelle	281
b. Zusammenfassung und Bewertung	283
4. Zweiphasige, öffentlich initiierte Verfahrensvariante	288
a. Verfahrensablauf	289

aa. Erste Verfahrensphase	289
bb. Zweite Verfahrensphase	292
b. Zusammenfassung und Bewertung	301
5. Privat initiierte Verfahrensvariante 2008	303
a. Verfahrensablauf	304
aa. Vorverfahren	304
(1) Verfahrenseinleitung und Markterkundung	305
(2) Hinweisende Bekanntmachung und Feststellung des öffentlichen Interesses	308
(3) Überleitung ins Hauptvergabeverfahren	313
bb. Hauptvergabeverfahren	313
(1) Art. 153, XVI lett. a des Codice 2008	314
(2) Ungeregelte Sachverhaltskonstellation	314
(3) Art. 153, XVI lett. b und c des Codice 2008	316
b. Zusammenfassung und Bewertung	319
aa. Mitwirkung durch die Privaten	319
bb. Vereinbarkeit mit den allgemeinen Vergaberechtsgrundsätzen	320
cc. Funktion der privat initiierten Verfahrensvariante 2008	321
dd. Bewertung des Hauptvergabeverfahrens	323
VII. Art. 153 ff. des italienischen Vergaberechtsbuches in der Fassung vom 12.07.2011	324
1. Privat initiierte Verfahrensvariante 2011	325
a. Vorverfahren	325
b. Hauptvergabeverfahren	326
2. Zusammenfassung und Bewertung	327
B. Eignung der italienischen Verfahrensregeln für die Vergabe von Projects financing zur Realisierung von kulturellen Öffentlich Privaten Partnerschaften nach dem Politikmodell des aktivierenden Kulturstaates	330
I. Möglichkeiten einer privaten Eigeninitiative	333
1. Das private Projektvorschlagsrecht nach Art. 153, XIX des Codice 2011	333
a. Inhalt des privaten Projektvorschlages	333
b. Anreiz- und Kompensationsinstrumente	336
c. Feststellung des öffentlichen Interesses	340
d. Generell-abstraktes Verfahrensregime	346
e. Ergebnis	347

2. Das private Verfahrenseinleitungsrecht nach Art. 153, XVI des Codice 2011	348
a. Verfahren zur Markterkundung	349
b. Ergebnis	353
II. Kooperation von Gemeinden und Unternehmen während der gesamten Projektplanung	353
1. Verfahrenseffizienz und Verfahrenseffektivität	355
2. Konkreter Verfahrensaufbau: Wettbewerblicher Dialog i.V.m. Art. 153 des Codice 2011	360
3. Ergebnis	366
4. Teil: Fazit – Vorschlag für das Vergabeverfahren zur Gründung kultureller Öffentlich Privater Partnerschaften nach dem Politikmodell des aktivierenden Kulturstaates	367
A. Projektvorschlagsphase	367
I. Privates Projektvorschlagsrecht	368
II. Markterkundungsphase	369
B. Aufforderungsphase	371
C. Dialogphase	372
D. Angebotsphase	373
5. Teil: Thesen	375
A. Politikmodell des aktivierenden Kulturstaates	375
B. Öffentlich Private Partnerschaften mit konzessionsrechtlichen Elementen	375
C. Geltendes Vergaberechtsregime	376
D. Verfahrensrechtliche Dimension des Politikmodells des aktivierenden Kulturstaates	377