

Levent Bilgi

**Öffentlich-Private
Partnerschaften
(Public Private
Partnerships)**

Ein Entwicklungs- und
Institutionenvergleich nach
deutschem und türkischem Recht



Nomos

Nomos Universitätsschriften

Recht

Band 937

Levent Bilgi

Öffentlich-Private Partnerschaften (Public Private Partnerships)

Ein Entwicklungs- und Institutionenvergleich
nach deutschem und türkischem Recht



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bochum, Ruhr-Universität, Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4998-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-9102-4 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Zum Geleit

Die deutsche und die türkische Rechtswissenschaft und ihre Akteure befinden sich in einem besonderen Näheverhältnis. Ursächlich dafür waren neben anderem das seit langem ausgeprägte Interesse türkischer Entscheidungsträger an deutschen Rechtslagen (und Traditionen) und deren wissenschaftlicher Begleitung. Die Lebensleistungen deutscher Repräsentanten der Rechtswissenschaft, denen in der Türkei in der Zeit des Nationalsozialismus Heimstatt gewährt wurde, wie neben vielen anderen Ernst Hirsch, sowie im Anschluss daran ihrer zahlreichen türkischen Schüler, sind in diesem Zusammenhang besonders zu betonen. Die Migrationen der 60er und 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts haben dann Ursachen gesetzt für Nähe in hoher Quantität, welche ein Interesse an den Rechtslagen im jeweils anderen Land nahelegt, aber auch Bedingungen geschaffen hat für deutsch-türkische Biographien in unterschiedlichen Prägungen, mit Konsequenzen für Wirtschaft und Verwaltung, für Kultur und Wissenschaft - und für das Recht, das die Rahmenbedingungen für deutsch-türkische Sachverhalte und die Instrumente zu ihrer Gestaltung bietet und bieten muss.

Was die Entwicklungen im deutschen und im türkischen Recht der letzten 50 Jahre anlangt, so hat sich manches genähert, anderes entfernt. Jedenfalls besteht längst nicht mehr die Lage, in welcher ein System vorrangig auf Vorbilder anderswo schaut, um sie nachzumodellieren (wie aber zu Zeiten Hirschs und seiner Zeitgenossen). Demgemäß geht es bei "Rechtsvergleichung" bzw. dialogischem Bemühen heute auch im deutsch-türkischen Verhältnis um eine sinnvolle Bewältigung offener oder als unbefriedigend empfundener Rechtslagen, nicht um Nachfrage mit dem Ziel des Imports. Sondern eher um die durch die Beschäftigung mit dem Anderen bereicherte und inspirierte Erkenntnis und kritische Hinterfragung des Eigenen. Die je unterschiedlichen historischen und kulturellen Bedingungen beider Rechtsordnungen, manchmal identitätsstiftend, gelegentlich auch bloße Gewohnheiten, oft rechtspolitisch unterschiedlich bewertet, erleichtern solche Arbeit nicht, erhöhen aber ihren wissenschaftlichen Reiz.

Solche Schwierigkeiten gelten augenfällig in besonderem Maße für eine Thematik, wie diejenige, die Levent Bilgi zum Gegenstand seiner Buchu-

mer Dissertation gemacht hat. Das gilt schon für Begriffe und Sachverhalt: Öffentlich-Private Partnerschaft ist ein US-amerikanisch geprägter Begriff ohne gänzlich klare Kontur, nur in Ansätzen spezifisch geregelt, ungeachtet des Diffusen den einen suspekt, den anderen attraktiv erscheinend, letzteres vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht. Die damit bezeichneten Phänomene institutioneller Gestaltung und Aufgabenbewältigung in verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen begegnen uns in Deutschland und der Türkei gleichermaßen zunehmend, aber auch vielgestaltig. Die in der Dissertation behandelten rechtssystematischen und rechtsdogmatischen, namentlich auch verfassungsrechtlichen Fragestellungen in Vorbereitung rechtspolitischer Bewertungen und Anregungen werden daher ihrerseits vorbereitet durch eingehende Ausführungen in empirischer Absicht. Diese bieten ein anschauliches Bild von der Vielfältigkeit der unter den Begriff Öffentlich-privater Partnerschaft zu bringenden Phänomene und paralleler Erscheinungen in der heutigen Türkei – dankenswerterweise ergänzt durch historische Schilderungen zum osmanischen Staat, die wiederum Bedeutung für das Verständnis aktuellen Rechts haben, weil sie auf weiterhin folgenreiche Verwurzelungen verweisen.

Es war eingangs dieser Bemerkungen von der Nähe in türkisch-deutschen Rechtsbeziehungen die Rede. Diese drückt sich auch in einem gewissen Reichtum an gemeinsamen Forschungsbemühungen aus, seit längerem schon in der Dissertationsliteratur, hier allerdings vornehmlich bezogen auf das Zivilrecht und das Strafrecht, auch zugehöriges Prozessrecht. Im Öffentlichen Recht nahmen oder nehmen die verfassungsrechtlichen Themen eher zu, wobei die Interessen sich in jüngerer Zeit teils ins Unionsrecht und Völkerrecht verlagern. Verwaltungsrecht, Verwaltungsprozess standen traditionell ganz zurück, geschuldet den handgreiflichen Unterschieden im geltenden Recht - etwa: bei den Handlungsformen, im Verfahrensrecht, vor allem prozessrechtlich, betreffend Verständnis und Rolle subjektiver Rechte, oft zeugend von unterschiedlichem Umgang der Türkei und Deutschlands mit Fundamenten des Verwaltungsrechts in Frankreich.

Die Arbeit von Levent Bilgi ist verwaltungsrechtlicher und verfassungsrechtlicher Natur zugleich, was nach dem zuvor Gesagten besonders begrüßenswert ist. Das Gewicht, das sie dem Verfassungsrecht für den Umgang mit dem Verwaltungsrecht beimisst, reflektiert deutsche Erfahrungen und Entwicklungen. Dass künftig auch in der Türkei das Phänomen der "Konstitutionalisierung" (auch) des (Verwaltungs-)Rechts sich bemerkbarer machen könnte, ist eine Perspektive, der der Autor umsichtig

nachgeht. Er macht es insbesondere fest an der seit 2012 praktizierten Möglichkeit der Individualverfassungsbeschwerde im türkischen Gerichtssystem (mit Unterschieden und Parallelen zur Rechtslage in Deutschland). In der Tat sind Zulässigkeit und Grenzen öffentlich-privater Partnerschaften aufs Engste verbunden mit Grundrechtsfragen, denkt man an die Reichweite der Grundrechtsbindung juristischer Personen des Privatrechts in öffentlichen Händen. Bilgi stellt bisherige türkische Sichtweisen auf den Prüfstand von Grundrechten zum Schutz wirtschaftlicher Betätigung. Auch das Konzept grundrechtlich fundierter Schutzpflichten zugunsten von Privatisierungsvorgängen mittelbar betroffener Dritter ist zu erwähnen: Es vermag die staatliche Schutzverantwortung als verfassungsrechtliche Grenze der Aufgabenübertragung zu aktivieren. Nur der Staat kann damit verbunden Risiken einer Dominanz der Gesetze des Marktes wirksam entgegenreten.

Die Dissertation von Levent Bilgi bringt die Rechtswissenschaft beider Länder voran. Sie informiert auch unabhängig von ihrem vergleichenden Zuschnitt eingehend und informativ in ihren deskriptiven Gehalten, bereichert also die Diskussion über die in Rede stehenden sog. Partnerschaften, deren Vielfalt und die so ausgelösten verfassungsrechtlichen Fragen. Und sie zeigt erneut die dogmatische wie rechtspolitische Fruchtbarkeit der Rechtsvergleichung, gerade auch im deutsch-türkischen Verhältnis.

Prof. Dr. Dres. h.c. Philip Kunig
Türkisch-Deutsche Universität
Istanbul

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur konnten bis Anfang März 2018 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. *Joachim Wolf*, meinem verehrten Doktorvater, für seinen Zuspruch und seine stetige Unterstützung durch mannigfache Ideengebung, die mir einen kritischen Zugang zu dieser Thematik eröffneten. Die zahlreichen Gespräche auf intellektueller und familiärer Ebene werden mir immer als bereichernder und konstruktiver Austausch in Erinnerung bleiben. Herrn Prof. Dr. *Jörg Ennuschat* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitvotums sowie ebenfalls für seine Unterstützung.

Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. *Philip Kunig* gilt mein herzlicher Dank für die Erstellung des Geleitwortes für diese Arbeit. Unsere vielfältigen Dialoge zu den deutsch-türkischen Belangen habe ich stets als Ermutigung und Motivation für die Zukunft empfunden. Herzlich bedanken möchte ich mich zudem bei Herrn Prof. Dr. *Thomas Kadner Graziano*, der während meines Studienaufenthalts in Genf mein Interesse an einer vertieften wissenschaftlichen Auseinandersetzung in Form einer Promotion im Bereich der Rechtsvergleichung früh geprägt hat. Herrn Dr. *İsmail G. Esin* danke ich für die besondere Unterstützung und die Erkenntnis des außerordentlichen Nutzens der Rechtsvergleichung gerade auch für die anwaltliche Praxis.

Ganz besonders danken möchte ich schließlich meinen Eltern Herrn *Kazim Bilgi* und Frau *Zekiye Bilgi* sowie meinen Geschwistern, die mich während der Promotionszeit in jeder Lebenslage unterstützt und mir Rückhalt gegeben haben. Ein ganz besonderer Dank gilt meiner geschätzten Kollegin und lieben Ehefrau *Özlem*, ohne sie wäre nicht nur diese Arbeit, sondern sehr viel mehr unvollständig geblieben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Istanbul / Bottrop, im März 2018

Av. RA *Levent Bilgi*

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	17
Einführung	25
Erster Teil: Über die Ansätze und Weichenstellungen in der Gesetzgebung, Verwaltungs- und Kooperationspraxis für ein Grundkonzept von PPP	34
Zweiter Teil: Über das Grundverständnis und die konstitutiven Wesensmerkmale von PPP	207
Dritter Teil: Gesamtergebnis und Thesen	368
Literaturverzeichnis	379

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einführung	25
A. Untersuchungsgegenstand	25
B. Problemstellung	27
C. Vorgehensweise	32
Erster Teil: Über die Ansätze und Weichenstellungen in der Gesetzgebung, Verwaltungs- und Kooperationspraxis für ein Grundkonzept von PPP	34
A. Von der Entstehung und Entwicklung von PPP	34
I. Angloamerikanische Impulse	35
1. Von den Kooperationen in der Stadtentwicklung zur Schöpfung des PPP-Ansatzes	35
2. Private Finance Initiative (PFI) für die öffentliche Infrastruktur	38
3. PPP als Regierungspolitik unter New Labour	40
4. Private Finance 2 (PF 2) als neuer Ansatz für PPP	43
5. Zusammenfassung	46
II. Deutschland	48
1. PPP in der Stadtentwicklung und im Städtebaurecht	48
2. Privatfinanzierung der Verkehrsinfrastruktur	61
3. PPP im öffentlichen Hochbau und in anderen Bereichen	79
4. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen im Ver- und Entsorgungswesen	94
5. Zusammenfassung	96
III. Türkei	103
1. Traditionelle Konzessionsvereinbarungen und PPP	104
2. PPP im Bereich der Energie- und Verkehrsinfrastruktur	117
3. Spezielle Ausgestaltungen von PPP	129
4. PPP im Gesundheitswesen und in anderen Bereichen	136
5. Zusammenfassung	146

B. Modelle von PPP und ihre Anwendungsfelder	150
I. Deutschland	153
1. Erwerbermodell	153
2. Inhabermodell	154
3. Leasingmodell	155
4. Vermietungsmodell	156
5. Contractingmodell	158
6. Konzessionsmodell	159
7. F-Modell	162
8. A-Modell	164
9. V-Modell	166
10. Gesellschaftsmodell	167
11. Sonstige Modelle	169
12. Rechtliche Einordnung der PPP-Modelle	170
II. Türkei	179
1. Konzessionsmodell	179
2. Bau-Betrieb-Transfer-Modell	182
3. Bau-Betrieb-Modell	183
4. Bau-Miet-Transfer-Modell	184
5. Organisationsmodell	185
6. Sonstige Modelle	189
7. Rechtliche Einordnung der PPP-Modelle	192
C. Zwischenergebnis	199
Zweiter Teil: Über das Grundverständnis und die konstitutiven Wesensmerkmale von PPP	207
D. Ambivalenz des Begriffs PPP	207
I. Verständnis von PPP in Deutschland	209
1. Versuche einer Definition von PPP	209
2. Erkenntnis der undefinierbarkeit von PPP	212
II. Verständnis von PPP in der Türkei	214
1. Ansätze zur Definition von PPP	214
2. Kritik	219
III. Alternativer Ansatz zur Begriffsbestimmung von PPP	222
E. Öffentliche und private Partner als Akteure von PPP	225
I. Dualismus von Staat und Gesellschaft	226

II. Formeller Ansatz für die Abgrenzung der Akteure von PPP	227
1. Bestimmung des öffentlichen Partners	227
2. Bestimmung des privaten Partners	230
III. Materieller Ansatz für die Abgrenzung der Akteure von PPP	232
1. Grundrechtsbindung des öffentlichen Partners	236
2. Grundrechtsträgerschaft des privaten Partners	238
IV. Zusammenfassung	244
F. Öffentliche Aufgabenerfüllung als Gegenstand von PPP	246
I. Öffentliche Aufgaben in Deutschland	247
1. Staats- und Verwaltungsaufgaben	249
2. Formaler Staatsaufgabenbegriff	249
II. Kamu Hizmeti in der Türkei	251
1. Exkurs: Rezeption des französischen service public	252
2. Begriff und Arten von Kamu Hizmeti	260
III. Zusammenfassung	268
G. Einbeziehung Privater in die öffentliche Aufgabenerfüllung	271
I. Klassische Formen der Einbeziehung Privater	271
1. Türkei	272
2. Deutschland	284
II. Schranken der Einbeziehung Privater	290
1. Deutschland	291
2. Türkei	297
III. Zusammenfassung	316
H. Kooperation als Verwirklichungsmodus von PPP	323
I. Dauerhaftigkeit und Lebenszyklusorientierung	324
II. Zielgemeinschaft	325
III. Risikoverteilung	327
IV. Verantwortungsteilung	329
V. Gleichordnung statt Subordination	333
VI. Kooperationsrecht	335
VII. Zusammenfassung	361
Dritter Teil: Gesamtergebnis und Thesen	368
Literaturverzeichnis	379

Abkürzungsverzeichnis

A-B-C

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
ABBG	Autobahnbenutzungsgebührengesetz für schwere Nutzfahrzeuge
ABMG	Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge
Abs.	Absatz
ACCD	Allegheny Conference on Community Development
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
A-Modell	Ausbaumodell
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi [Sammlung der Entscheidungen des TVerfG]
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Avrupa Topluluğu [Europäische Gemeinschaft]
ASKİ	Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi [Anstalt für Wasser- und Kanalisationswesen Ankara]
AB	Avrupa Birliği [Europäische Union]
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Universität Ankara]
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi [Zeitschrift der Politikwissenschaftlichen Fakultät der Universität Ankara]
BauGB	Baugesetzbuch
BBauGB	Bundesbaugesetzbuch
BFStrMG	Bundesfernstraßenmautgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung

Abkürzungsverzeichnis

BID	Business Improvement Districts
BİT	Belediye İktisadi Teşebbüsleri [Kommunale Wirtschaftsunternehmen]
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMI	Bundesministerium des Innern
BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
BMVBW	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Wohnungswesen
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
BOT	Built – Operate – Transfer
BT-Drucks.	Drucksache des deutschen Bundestages
BTG	ÖPP Deutschland Beteiligungsgesellschaft mbH
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzw.	beziehungsweise
C. / c.	Cilt [Band]
CDU	Christlich-Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern

D-E-F

D.	Daire [Senat]
DD	Danıştay Dergisi [Zeitschrift des Staatsrates]
DEGES	Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe/-n
DIFU	Deutsches Institut für Urbanistik
DSGV	Deutscher Sparkassen- und Giroverband
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı [Staatliche Planungsanstalt]
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E.	Esas [Rechtssache]
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGO	Ankara Elektrik, Havağazı ve Otobüs İşletmesi Müessesesi [Städtischer Betrieb für Elektrizität, Erdgas und Busverkehr Ankara]

EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
endg.	endgültig
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EÜAŞ	Elektrik Üretim Anonim Şirketi [Aktiengesellschaft für Strom-Erzeugung]
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FDP	Freie Demokratische Partei
f./ff.	folgende/fortfolgende Seite(n)
F-Modell	Fernstraßenbauprivatfinanzierungsmodell
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
FStrPrivFinG	Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz

G-H-I

G.	Gesetz
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GNRT	Große Nationalversammlung der Republik Türkei
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Gazi Universität]
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdbStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätze-gesetz)
HM	Her Majesty's
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
İETT	İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İşletmeleri [Städtischer Betrieb für Elektrizität, Straßenbahn und Tunnel Istanbul]
InfrAG	Infrastrukturabgabengesetz
IGBAU	Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt

Abkürzungsverzeichnis

insb.	insbesondere
İnÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [Zeitschrift der Juristischen Fakultät der İnönü Universität]
İSKİ	İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi [Anstalt für Wasser- und Kanalisationswesen Istanbul]
IÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası [Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Istanbul Universität]
IUK i.w.S.	Infrastructure United Kingdom im weiten Sinne

J-K-L

K.	Karar [Entscheidung]
KG	Kommanditgesellschaft
KHK	Kanun Hükmünde Kararname [Dekret mit Gesetzeskraft]
KİT	Kamu İktisadi Teşebbüsleri [Öffentliche Wirtschaftsunternehmen]
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
KÖİ	Kamu Özel İşbirlikleri [Öffentlich-Private Kooperationen]
KÖSİ	Kamu Özel Sektör İşbirlikleri [siehe KÖİ]
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
LHO NRW	Landeshaushaltsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
lit.	litera = Buchstabe
Lkw	Lastkraftwagen

M-N-O

MPA	Major Projects Authority
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.W.	mit Wirkung
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	numara [Nummer]
NRW	Nordrhein-Westfalen
NWVBİ	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

OGC	Office of Government Commerce
OLG	Oberlandesgericht
ÖPP	Öffentlich-Private Partnerschaft(en)
Öffa	Deutsche Gesellschaft für öffentliche Arbeiten AG

P-Q-R

p.	page
Par.	Paragraph
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz)
PD	Partnerschaften Deutschland AG
PFI	Private Finance Initiative
PPP	Public Private Partnership(s)
PF 2	Private Finance 2
PUK	Partnership United Kingdom
RG	Resmi Gazete [türkisches Amtsblatt]
RIDC	Regional Industrial Development Corporation
RiLi/RL	Richtlinie
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rsp.	Rechtsprechung
RWE	Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk AG

S-T-U

S.	Seite / Sayfa
s.	Sayı [Zahl, Serie]
SERC	Sheffield Economic Regeneration Committee
tSchKG	türkisches Schuldbeitreibungs- und Konkursgesetz (İcra İflas Kanunu)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
sOR	Schweizerisches Obligationenrecht
StBauFG	Städtebauförderungsgesetz
sog.	sogenannt
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
t.	tarih [Datum]
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi [Große Nationalversammlung der Republik Türkei]
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti [Republik Türkei]
TEDAŞ	Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi [Aktiengesellschaft für Strom-Verteilung Türkei]

Abkürzungsverzeichnis

TEİAŞ	Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi [Aktiengesellschaft für Strom-Transmission Türkei]
TETAŞ	Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi [Aktiengesellschaft für Strom-Handel Türkei]
tVerf	türkische Verfassung von 1982
tHGB	türkisches Handelsgesetzbuch
TTK	Türk Ticaret Kanunu [Türkisches Handelsgesetzbuch]
tOR	türkisches Obligationenrecht
TBK	Türk Borçlar Kanunu [Türkisches Obligationengesetzbuch]
TL	Türk Lirası [Türkische Lira]
TMK	Türk Medeni Kanunu [Türkisches Zivilgesetzbuch]
TVerfG	Türkisches Verfassungsgericht
u. a.	und andere/unter anderem
UDAG	Urban Development Action Grant

V-W

VBINW	Nordrheinwestfälische Verwaltungsblätter
VDE	Verkehrsprojekte Deutsche Einheit
VG	Verwaltungsgericht
VIFG	Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft
Vor.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WU	Wirtschaftlichkeitsuntersuchung/-en

X-Y-Z

YD	Yargıtay Dergisi [Zeitschrift des Kassationshofs]
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi [Entscheidungssammlung des Kassationshofs]
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau-recht
Ziff.	Ziffer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

ZuInvG

Gesetz zur Umsetzung von Zukunftsinvestitionen
der Kommunen und Länder (Zukunftsinvestitions-
gesetz)

Einführung

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit Öffentlich-Privaten Partnerschaften (*Public Private Partnerships, PPP*) im deutschen und türkischen Recht.¹ Untersuchungsleitend für die Arbeit ist die Frage, welches Grundkonzept von PPP für eine Institutionenentwicklung in Deutschland und der Türkei maßgeblich war. Im Mittelpunkt des hier vorgenommenen Vergleichs der PPP-Institutionenentwicklung in beiden Ländern steht die Problemstellung, ob und, wenn ja, inwieweit die Entwicklung von PPP zu einer rechtswissenschaftlichen Durchdringung oder sogar zu einer gesetzlichen Kodifizierung von PPP in Deutschland und der Türkei geführt hat.

A. Untersuchungsgegenstand

PPP steht für eine Vielzahl von Kooperationsformen zwischen staatlichen bzw. öffentlichen Stellen einerseits und Akteuren aus der Privatwirtschaft bzw. dem zivilgesellschaftlichen Non-Profit-Sektor andererseits. Derartige Kooperationsformen zeichnen sich dadurch aus, dass die beteiligten Partner im Wege einer arbeitsteiligen Interaktion gemeinsam auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben hinwirken.²

1 Dem Begriff *Public Private Partnerships (PPP)* unterfallen vielfältige Formen einer Partnerschaft zwischen der öffentlichen Hand und Privaten. Im deutschen Sprachgebrauch hat sich für diese Formen der Partnerschaft die Bezeichnung *Öffentlich-Private Partnerschaften (ÖPP)* durchgesetzt. In der Türkei werden für gleichgelagerte Formen der Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und Privaten unterschiedliche Bezeichnungen verwendet: Manche sprechen insoweit von *Kamu Özel Sektör İşbirliği (KÖSİ)*, andere von *Kamu Özel Ortaklığı (KÖÖ)* oder *Kamu Özel İşbirliği (KÖİ)*. Im Folgenden soll das englische Akronym „PPP“ einheitlich und zusammenfassend für die verschiedenen Bezeichnungen von Partnerschaften zwischen der öffentlichen Hand und Privaten in Deutschland und der Türkei verwendet werden, wobei PPP sowohl für den Singular als auch für den Plural stehen soll. Vertiefend zum Begriffsverständnis von PPP im deutschen und türkischen Sprachgebrauch nachstehend unter D.I–II.

2 Ziekow/Windoffer, *Public Private Partnership*, S. 17; dies., NZBau 2005, 665 (667); Alfen/Fischer, in: Weber/Schäfer/Hausmann, *Praxishandbuch PPP*, S. 6 f.; Sarisu,

Auch wenn die öffentliche Aufgabenerfüllung ein wesentliches Merkmal von PPP darstellt, sollte nicht verschwiegen werden, dass für die Beteiligten solcher Partnerschaften unterschiedliche Interessen und Motive ausschlaggebend sein können. Auf öffentlicher Seite wird man sich die Entlastung öffentlicher Haushalte durch Erschließung privater Finanzmittel sowie den Zugang zum Sachverstand der Privatwirtschaft und sicherlich Zeit- und Kosteneffizienz bei komplexen Großprojekten erhoffen. Auf privater Seite wiederum verheißen PPP zusätzliche Gewinnmöglichkeiten, die Erschließung neuer Geschäftsfelder sowie Partizipation an öffentlichen Kapazitäten und Ressourcen. Es verwundert daher nicht, dass in der gegenwärtigen globalen Finanz- und Wirtschaftskrise PPP als eine verheißungsvolle Alternative zur hergebrachten öffentlichen Aufgabenerfüllung von beiden Seiten ins Feld geführt wird.³

Marode Infrastruktur, Investitionsstau und knappe Haushaltskassen sind die Schlagwörter, die das Bild der öffentlichen Diskussion aktuell prägen. Auf der Suche nach neuen Wegen und Lösungen rückte in den letzten Jahren häufiger PPP in den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses. Befürwortende Stimmen preisen PPP als einen Silberstreif am Horizont, gar als den Königsweg aus der Finanzkrise der öffentlichen Hand.⁴ Für manche suggeriert PPP Fortschrittlichkeit, signalisiert Kooperationsbereitschaft und versprüht gleichzeitig den Charme des rechtlich Unverbindlichen.⁵ Kritische Stimmen hingegen werfen PPP mangelnde Transparenz, Verdunkelung von Staatsschulden durch Schattenhaushalte sowie verdeckte Mehrkosten und höheren Zeitaufwand vor.⁶ Andere degradieren PPP zu einem bloßen Modewort, das keine scharfen begrifflichen Konturen habe und für

Kamu Özel İşbirlikleri, S. 140; *Keşli*, PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, S. 46; *Gürkan*, Kamu Özel Ortaklığı, S. 5 ff.

3 *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, S. 49 ff.; *Sack*, Governance und Politics, S. 13 f.; *Sarısu*, Kamu Özel İşbirlikleri, S. 25 ff.; *Emek*, Altyapıda Kamu Özel İşbirliği, S. 15 ff.

4 Vgl. *Nickel/Kopf*, Public Private Partnerships, ZfBR 2004, 9 (9).

5 Vgl. *Tettinger*, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVBl 2005, 1 (1).

6 Vgl. *Bundesrechnungshof*, Gutachten zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP im Bundesfernstraßenbau, S. 7 ff.; weniger kritisch *BMVI*, Bericht zu den ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau, S. 6 ff.

eine juristische Problembewältigung untauglich sei⁷ – zwei gegensätzliche Positionen zu PPP, die unterschiedlicher nicht sein können.

Was steckt wirklich hinter dem Phänomen PPP, Fluch oder Segen? Auf diese Frage kann und soll die vorliegende Arbeit keine Antwort geben. Wie schon eingangs ausgeführt, bezieht sich diese Untersuchung zuvörderst auf die Frage nach dem Grundkonzept von PPP, das für eine PPP-Institutionenentwicklung in Deutschland und der Türkei aus rechtlicher Sicht maßgeblich war: eine schlichte Vertragslösung für die Kooperation, eine vom Gesetzgeber entwickelte Organisationsstruktur, eine reine Finanzstruktur oder vielfältige Mischkonzepte? Es liegt nahe, dass die Entwicklung solcher idealtypischen Grundmodelle abhängig ist von richtungsweisenden Entscheidungen in der Gesetzgebung sowie Verwaltungs- und Kooperationspraxis der öffentlichen und privaten Akteure. Diese Entscheidungen bilden das Fundament für das Verständnis und die konstitutiven Wesensmerkmale von PPP, die es ermöglichen, PPP rechtlich zu erfassen und von sonstigen Formen des Zusammenwirkens zwischen der öffentlichen Hand und Privaten abzugrenzen.

B. Problemstellung

Im Mittelpunkt des Vergleichs der Institutionenentwicklung von PPP in Deutschland und der Türkei steht die Problemstellung, ob und, wenn ja, inwieweit die Entwicklung von PPP zu einer rechtswissenschaftlichen Durchdringung oder sogar zu einer gesetzlichen Kodifizierung von PPP in Deutschland und der Türkei geführt hat.

Aus dem Begriff lässt sich zunächst ableiten, dass es sich bei PPP um eine Partnerschaft handelt, die ein öffentliches und ein privates Element in sich vereint.⁸ Für eine juristische Deutung von PPP lässt sich aus dieser Aussage im Grunde wenig entnehmen. Denn der Begriff „Partnerschaft“ ist in der deutschen Rechtsordnung reserviert für eine gesellschaftsrechtliche Organisationsform, in der sich Angehörige Freier Berufe zur Aus-

7 *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 96 f.; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 58; *Kestermann*, Public-Private-Partnership in den USA und der Bundesrepublik Deutschland, in: Deutscher Verband für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung, Symposium PPP 1992, S. 7 f.; *Schoch*, Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben, Jura 2008, 672 (677).

8 Zum Begriff PPP nachstehend unter D.I–III.

übung ihrer Berufe zusammenschließen.⁹ Auch für das türkische Recht gilt, dass der Wertgehalt des Begriffs „Partnerschaft“ (*ortaklık*) aus juristischer Sicht wenig erkenntnisbringend ist, zumal das türkische Wort *ortaklık* gleichbedeutend ist für alle Gesellschaftsformen des türkischen Obligationen- und Handelsrechts und somit als Rechtsbegriff anderweitig schon belegt ist.¹⁰

Dass diese Partnerschaft ferner ein öffentliches und ein privates Element in sich vereint, wirft aus rechtlicher Sicht zusätzliche Fragen auf. Auf den ersten Blick wird man annehmen, dass hiermit die Akteure der Partnerschaft gemeint sind, nämlich die öffentliche Hand und privatrechtliche Personen. Derartige Rechtsbeziehungen zwischen der öffentlichen Hand und Privaten werden in erster Linie vom Verwaltungsrecht umfasst.¹¹ Doch das Wesen von PPP scheint die Grenzen des hergebrachten Verwaltungsrechts zu sprengen: PPP zeichnen sich durch eine arbeitsteilige Kooperation von öffentlicher Hand und Privaten im Kontext der öffentlichen Aufgabenerfüllung aus. Demzufolge begegnen sich bei einer PPP die öffentliche Hand und Private im Wege eines kooperativen Zusammenwirkens als gleichberechtigte Partner auf derselben Stufe.¹² Das Verwaltungsrecht ist demgegenüber bis heute geprägt von einem Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen öffentlicher Hand und Privaten.¹³ Schon begrifflich scheint somit das von Subordination geprägte Verwaltungsrecht

9 Legaldefinition des Begriffs „Partnerschaft“ in § 1 Abs. 1 S. 1 PartGG vom 25.07.1994, BGBl. I, S. 1744, zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 22.12.2015, BGBl. I, S. 2565; zum Begriffsverständnis von PPP in Deutschland ausführlich unten D.I.

10 Vgl. Art. 620 Abs. 1 TBK, Art. 1531 Abs. 1, 124 ff. TTK; zum Begriffsverständnis von PPP in der Türkei ausführlich unten D.II.

11 Das Verwaltungsrecht ist der Inbegriff der Rechtsätze, die nicht nur für die Verwaltungsorgane und ihre Tätigkeit maßgeblich sind, sondern die auch und gerade die Beziehung zwischen der Verwaltung (öffentliche Hand) und den Bürgern (Privaten) regeln. Dies trifft auf das deutsche und auf das türkische Verwaltungsrecht gleichermaßen zu. Für das deutsche Verwaltungsrecht vgl. statt vieler *Ehlers*; in: Erichsen/ders., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 3, Rn. 3; *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 3, Rn. 1; für das türkische Verwaltungsrecht statt vieler *Gözübüyük/Tan*, *İdare Hukuku. Cilt I*, S. 15 ff.; *Gözler*, *İdare Hukuku. Cilt I*, S. 49 ff.

12 Zur Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und Privaten als Verwirklichungsmodus von PPP ausführlich unten G.I–V; ähnlich *Ziekow/Windoffer*, *Public Private Partnership*, S. 39 f.; *Sarısü*, *Kamu Özel İşbirlikleri*, S. 141 f.

13 Zur Subordination im Verwaltungsrecht vgl. *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 1, Rn. 271 ff.; *Günday*, *İdare Hukuku*, S. 16 f.

einer Kooperation im Sinne von PPP kaum zugänglich zu sein. Dieser vorläufige Befund verwundert nicht, wenn man der Annahme folgt, dass PPP, der englischsprachigen Wortschöpfung entsprechend, seine Wurzeln wohl im angloamerikanischen Rechtsraum hat.¹⁴ Folglich wären inhaltliche und strukturelle Eigenarten von PPP unvermeidbar, die im kontinentaleuropäischen Rechtsraum (einschließlich Deutschland und die Türkei) wenig geläufig oder teilweise unbekannt sind.

In Deutschland und in der Türkei existiert eine allgemeine Gesetzesregelung zu PPP bislang nicht. Der deutsche Bundesgesetzgeber reagierte auf das immer aktueller werdende Thema bisher mit dem sog. ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 01.09.2005.¹⁵ Die besagte Regelung ist ein Artikelgesetz, das durch Änderungen in verschiedenen anderen Gesetzen die Umsetzung von PPP-Projekten beschleunigen soll. Von manchen wird das Gesetz jedoch als unzureichend kritisiert. So habe der Gesetzgeber es beispielsweise versäumt, PPP begrifflich zu klären und in den Strukturen des Verwaltungsrechts zu erfassen und einzuordnen.¹⁶ Unter Berücksichtigung der vorgebrachten Kritik wird derzeit in Deutschland an einer weiteren gesetzlichen Regelung zu PPP gearbeitet, nämlich am sog. ÖPP-Vereinfachungsgesetz. Mit dieser Novellierung des vorausgegangenen ÖPP-Beschleunigungsgesetzes sollen die gesetzlichen Rahmenbedingungen von PPP weiter verbessert und noch vorhandene Diskriminierungen von PPP identifiziert und beseitigt werden.¹⁷ Doch auch der zweite Vorstoß des Gesetzgebers wird in der einschlägigen PPP-Literatur kritisiert und weitgehend als unzureichend empfunden. Diesbezüglich wird als neuer Ansatz

14 Dieser Annahme folgend *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 54, Rn. 43; *ders.*, DVBl 2004, 141 (143); *Nickel/Kopf*, Public Private Partnerships, ZfBR 2004, 9 (10). Ob die Herkunft von PPP tatsächlich im angloamerikanischen Rechtsraum anzusiedeln ist oder nicht, stellt einen wesentlichen Untersuchungspunkt der vorliegenden Arbeit dar, siehe unten A.I–III.

15 Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP-Beschleunigungsgesetz) vom 01.09.2005 (BGBl. Nr. 56 vom 07.09.2005 I, S. 2676).

16 Vgl. *Bausback*, PPP im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht, DÖV 2006, 901 (902 f.); *Tettinger*, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVBl 2005, 1 (10).

17 Hierzu die Formulierungshilfe des Bundeskabinetts vom 17.06.2006 für das Gesetz zur Vereinfachung der Umsetzung der Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP-Vereinfachungsgesetz), online unter: http://www.bppp.de/media/file/148.OEPP_Vereinfachungsgesetz.pdf, abgerufen am: 25.03.2016.

nunmehr vorgeschlagen, in einem eigenständigen Gesetz die mittlerweile hinreichend anerkannten Regelungsbestände zu PPP auf Bundes- und Landesebene umfassend und einheitlich zu kodifizieren.¹⁸

In der Türkei zeigt sich ein ähnliches Bild. Zwar existieren in der Türkei zahlreiche Gesetze mit Bezug zu PPP, doch ist deren Regelungs- und Anwendungsbereich sektorenspezifisch ausgestaltet und speziell auf bestimmte Modelle von PPP zugeschnitten.¹⁹ Eine allgemeine Gesetzesregelung zu PPP existiert auch in der Türkei bislang nicht. Allerdings gibt es konkrete Bestrebungen für eine umfassende und einheitliche Kodifizierung von PPP. So wurde im Regierungsprogramm für das Jahr 2016 festgeschrieben, bis zum Ende des Jahres dem türkischen Parlament den Entwurf eines PPP-Rahmengesetzes vorzulegen, der eine umfassende und abschließende Implementierung aller PPP-Modelle in das türkische Recht vorsehen soll.²⁰

Diese Entwicklungen zur Kodifizierung von PPP in Deutschland und der Türkei machen deutlich, dass das Phänomen PPP in der deutschen und türkischen Rechtswissenschaft angekommen ist. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass PPP wegen des angloamerikanischen Ursprungs inhaltliche und strukturelle Eigenarten aufweist, die kontinentaleuropäische Juristen vor zahlreiche Fragen stellen, wie etwa: Was ist unter PPP rechtlich zu verstehen und kann der Begriff überhaupt einer subsumtionsfähigen Definition zugeführt werden? Wo lässt sich PPP in den Kategorien von Staat (öffentliches Recht) und Gesellschaft (Privatrecht) verorten? Welche verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Rahmenbedingungen müssen für PPP berücksichtigt oder gegebenenfalls angepasst werden? Es ist daher wohl zutreffender, zu attestieren, dass PPP in der Rechtswissenschaft zwar angekommen ist, seinen Platz in der jeweiligen kontinentaleuropäischen Rechtsordnung aber noch finden muss.²¹

18 Vgl. *Burgi*, Gutachten D 2008, S. 93 ff.

19 Vertiefend zu den sektorenspezifisch ausgestalteten PPP-Modellen in der Türkei unten B.II.

20 *2016 Yılı Hükümet Programı* [Regierungsprogramm für das Jahr 2016] veröffentlicht im RG (Mükerer) vom 23.01.2016/29602; die Notwendigkeit eines allgemeinen PPP-Gesetzes in der Türkei seit Langem propagierend *Sarısu*, *KÖİ Kanun Taslağı Tasarısının Değerlendirilmesi, Yaklaşım Dergisi* 2008, S. 214 ff.; ebenso *Uz*, *PPP Kavram ve Hukuksal Çerçeve*, *GÜHFD* 2007, 1165 (1179 ff.); *Tekin*, *PPP, İdarecinin Sesi Dergisi*, 2007, 1 (5); vgl. D.II.1.

21 Für die deutsche Rechtsordnung vgl. *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 54, Rn. 43a ff.; *Gersdorf*, *Privatisierung öffentli-*