

Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland zu dem Grünbuch der EU-Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen

I. Vorbemerkung:

Die Bundesregierung begrüßt die Initiative der Kommission, den Begriff „öffentlich-private Partnerschaft (ÖPP)“ zu klären und eine Kategorisierung der verschiedenen Kooperationsformen vorzunehmen, die unter den Begriff „ÖPP“ zu fassen sind. Denn die „öffentlich-private Partnerschaft (ÖPP)“, mehr noch die Abkürzung des englischsprachigen „public-private partnership (PPP)“, ist ein schillernder Begriff, der in den unterschiedlichsten Zusammenhängen verwendet wird und unterschiedlichste Inhalte transportiert.

Die Bundesregierung hofft, dass die Kommission in der Frage, ob und wie „ÖPP“ in Zukunft auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene unter dem Blickwinkel des Vergaberechts behandelt werden, tatsächlich – wie mehrfach betont – ergebnisoffen ist. Das Grünbuch erweckt allerdings an vielen Stellen nicht diesen Anschein; vielfach entsteht der Eindruck, dass ein gemeinschaftliches Regelungsbedürfnis für Dienstleistungskonzessionen und „ÖPP“ begründet werden soll. Außerdem enthält das Grünbuch viele Aussagen, die sich in den Fragen nicht widerspiegeln. Die Bundesregierung wird daher im Folgenden nicht nur die Fragen der Kommission beantworten, sondern auch zu diesen Aussagen Stellung nehmen.

Um sich ein möglichst breites Bild zu machen, hat die Bundesregierung im Vorfeld dieser Stellungnahme Länder, kommunale Spitzenverbände, Wirtschaftsverbände und sonstige interessierte Kreise konsultiert. Sie hat schriftliche Stellungnahmen eingeholt und die Länder und Verbände zu Anhörungen eingeladen. Die vorliegende Stellungnahme stellt die Ansicht der Bundesregierung dar, berücksichtigt aber auch viele Punkte, die im Rahmen der Konsultationen vorgetragen wurden.

Die besondere Form der Zusammenarbeit zwischen Staat und Bürgern wurde in Deutschland erst in den letzten Jahren verstärkt Gegenstand der politischen Diskussion. Dem Thema „ÖPP“ kommt in der Bundesrepublik Deutschland ein hoher politischer Stellenwert zu. Das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen hat im Jahr 2002 einen Lenkungsausschuss gebildet, dem Vertreter der öffentlichen Auftraggeber (Bund, Länder und Kommunen) und der Bau- und Finanzwirtschaft angehören, um Impulse zur Verbesserung der ÖPP-Rahmenbedingungen zu geben und das Entstehen eines ÖPP-Kompetenznetzwerks in Deutschland zu fördern. Der Lenkungsausschuss hat im Jahr 2003 ein Gutachten zu „PPP im öffentlichen Hochbau“ beauftragt. Gegenstand dieses Gutachtens ist ein Leitfaden zum ÖPP-Verfahren, eine Untersuchung der rechtlichen Rahmenbedingungen im Vergaberecht, Haushaltsrecht, Steuerrecht, Kommunalrecht und Zuwendungsrecht, ein Standard für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, eine empirische Untersuchung von internationalen und 46 deutschen Projekten mit ÖPP-Elementen sowie ein Konzept für ein föderales Kompetenzzentrum. Das Gutachten ist auf der Homepage des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (www.bmvbw.de) im Internet abrufbar.

Zurzeit wird – als Vorstufe eines föderalen Kompetenznetzwerks – in Kooperation mit dem Lenkungsausschuss beim Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen eine Task Force eingerichtet, die Pilotprojekte betreuen, Grundsatz- und Koordinierungsarbeiten sowie Öffentlichkeitsarbeit und Wissenstransfer übernehmen soll.

II. Anmerkungen zu den einzelnen Themenbereichen des Grünbuchs sowie den Fragen der Kommission

1. Definition des Begriffs „öffentlich – private Partnerschaft“

Die Kommission definiert den Begriff der öffentlich-privaten Partnerschaft als eine langfristig angelegte Form der Zusammenarbeit zwischen einer öffentlichen Stelle und einem Privatunternehmen (vgl. Rz. 1 ff. des Grünbuchs). An anderer Stelle betont sie jedoch, dass die Geltung des Gemeinschaftsrechts über öffentliche Aufträge und Konzessionen nicht davon abhängt, ob der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers öffentlichen oder privaten

Status hat (vgl. Rz. 63 des Grünbuchs). Für die Bundesregierung stellt sich daher die Frage, ob die Kommission ihre Äußerungen auch auf öffentlich-öffentliche Partnerschaften und damit z.B. Formen der interkommunalen Zusammenarbeit bezogen wissen will.

Eine Ausdehnung des Vergaberechts auf solche Kooperationen lehnt die Bundesregierung strikt ab. Hierbei handelt es sich nicht um öffentliche Aufträge im Sinne des Vergaberechts, sondern um Formen staatlicher Aufgabenorganisation.

Dies folgt auch aus der kommunalverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie. Diese ist in Artikel 28 der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland verankert und integraler Bestandteil der deutschen Staatsorganisation. Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung ermöglicht es Kommunen und anderen Gebietskörperschaften, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Entsprechende Gewährleistungen enthalten auch die Verfassungen der einzelnen Bundesländer. Sie vermitteln nicht nur eine institutionelle Garantie der Gemeinden im staatlichen Verwaltungsaufbau, sondern beinhalten auch ein subjektives und damit einklagbares Recht der Gemeinden auf eigenverantwortliche Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten.

Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung wird auch auf europäischer Ebene garantiert. Bereits die auf Initiative des Europarates zurückgehende Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung von 1988 trug ihm Rechnung. Auch in der gerade beschlossenen europäischen Verfassung erfolgt eine ausdrückliche Anerkennung der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung sowie der Unantastbarkeit der staatsorganisationsrechtlichen Strukturen. In Artikel 5 Absatz 1 heißt es:

„Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.“

Die Erwähnung in der europäischen Verfassung dokumentiert den hohen Stellenwert der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie auch auf europäischer Ebene.

Aufgrund der kommunalen Selbstverwaltungsrechtsgarantie haben Kommunen das Recht zu entscheiden, wie sie ihre Aufgaben wahrnehmen, ob sie diese selbst oder durch private Dritte oder in Zusammenarbeit mit anderen Kommunen z.B. durch die Gründung oder den Beitritt zu einem sog. Zweckverband erledigen möchte.

Eine solche öffentlich-öffentliche Partnerschaft unterliegt dem Vergaberecht nicht. Denn hierbei handelt es sich nicht um den Einkauf einer Leistung am Markt. Der Markt ist erst dann betroffen, wenn die öffentliche Hand die Entscheidung getroffen hat, dass die Leistung von einem Dritten erbracht werden soll. Ein Dritter ist im Fall der Aufgabenwahrnehmung durch Zweckverbände aber nicht beteiligt. Es wird lediglich eine Aufgabe innerhalb des Staatsaufbaus verlagert. Gleiches gilt für die Aufgabenorganisation auf anderen Ebenen des Staates, d.h. auf der Ebene des Bundes oder Länder, wenn die Aufgabe weiterhin vom Staat wahrgenommen wird, sei es auch durch eine formal andere juristische Person.

Die Betrachtungsweise der Kommission, dass Dritter auch eine andere Gebietskörperschaft ist und – sobald die Aufgabe auf eine von dem eigentlichen Auftraggeber verschiedene juristische Person übertragen wird – der Markt berührt ist und damit der Wettbewerb eröffnet werden muss, greift zu kurz und ist aus der Sicht der Bundesregierung zu formalistisch. Denn dies führt zu einer unterschiedlichen Behandlung von zentralistisch organisierten Staaten, bei denen Aufgaben von unterschiedlichen Dienststellen, aber innerhalb einer juristischen Person wahrgenommen werden, und Staaten mit einer kleinteiligeren und verzweigteren staatsorganisationsrechtlichen Struktur. Es kann aber nicht von der verfassungsrechtlichen Organisation eines Staates abhängen, ob auf bestimmte Vorgänge Vergaberecht Anwendung findet oder nicht. Insofern greift die formale Betrachtungsweise der Kommission auf unzulässige Weise in das nun auch ausdrücklich verfassungsrechtlich garantierte Staatsorganisationsrecht der Mitgliedstaaten ein.

Würde den deutschen Städten, Gemeinden und Landkreisen durch das Vergaberecht die Möglichkeit genommen, Aufgaben in Kooperation mit anderen Gebietskörperschaften

durchzuführen, wären sie in ihrer Aufgabenwahrnehmung beschnitten und letztlich auf eine reine Gewährleistungsrolle zurückgedrängt. Es ist eine Frage der politischen Entscheidung eines jeden Mitgliedstaates, ob und inwieweit er sich in bestimmten Aufgabenfeldern auf die Gewährleistungsrolle zurückzieht. Eine vergaberechtliche Frage ist dies jedenfalls nicht.

Frage 1a: Welche Formen von ÖPP auf Vertragsbasis sind Ihnen bekannt?

1. Die verschiedenen Modelle von ÖPP auf Vertragsbasis können grob in Betreiber-, Konzessions- und Betriebsführungsmodelle (vgl. unten unter a) bis c)) unterteilt werden, wobei diese Begriffszuordnung sehr pauschal ist und den komplexen Vertragsmodellen häufig nicht gerecht wird. Innerhalb dieser ÖPP-Formen haben sich insbesondere in den Bereichen Fernstraßenbau und öffentlicher Hochbau, in denen in Deutschland bislang die meisten Erfahrungen mit ÖPP gemacht wurden, zahlreiche Vertragstypen herausgebildet.

Neben den ÖPP-Modellen auf Vertragsbasis gibt es sog. Gesellschafts- bzw. Kooperationsmodelle, bei denen es sich in der Terminologie des Grünbuchs um institutionalisierte ÖPP (vgl. unten unter 8.) handelt. Hierbei werden öffentliche Aufgaben (z.B. Finanzierung und Durchführung eines Infrastrukturprojekts) auf eine Objektgesellschaft übertragen, an der die öffentliche Hand (zumeist mehrheitlich) neben einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist. Organisatorisch erfolgt bei den Kooperationsmodellen, die sich insbesondere im Bereich der Wasserversorgung bzw. der Abwasserentsorgung Anwendung finden, zumeist eine Aufspaltung in die "Besitzgesellschaft", die das Eigentum an den Anlagen hält und mehrheitlich der öffentlichen Hand gehört, und eine "Betriebsgesellschaft", welche die Anlagen von der Besitzgesellschaft mietet oder pachtet und eigenverantwortlich führt.

a) Betreibermodell allgemein:

Bei Betreibermodellen verpflichtet sich ein privater Investor gegen Entgelt gegenüber der öffentlichen Hand, eine Infrastrukturanlage zu planen, zu bauen, zu finanzieren und zu betreiben. Nach außen tritt der Betreiber regelmäßig nicht als

selbständiger Rechtsträger in Erscheinung. Die öffentliche Hand bleibt gegenüber der Öffentlichkeit verpflichtet, die in Frage stehende Versorgungsleistung zu erbringen. Hierfür erhebt sie Gebühren. Die Betreibermodelle unterscheiden sich daher von der Konzession dadurch, dass die öffentliche Hand und nicht der Nutzer den Betreiber vergütet.

b) Konzessionsmodell:

Beim Konzessionsmodell verpflichtet sich der Auftragnehmer, eine bestimmte Leistung auf eigenes wirtschaftliches Risiko unmittelbar an den Bürger zu erbringen. Im Gegenzug erhält er das Recht, seine Kosten über Entgelte oder Gebühren von Nutzern zu finanzieren. Er steht in unmittelbarer vertraglicher Beziehung zu den Nutzern. Die Berechtigung zur Entgelt- oder Gebührenerhebung wird durch Verleihung der Berechtigung zur Erhebung einer Gebühr oder durch eine Tarifgenehmigung zur Erhebung eines privatrechtlichen Entgelts übertragen. Gegenstand einer Konzession kann sowohl eine Bau- wie auch eine Lieferleistung sein.

c) Betriebsführungsmodell:

Anders als bei den Betreiber- und Konzessionsmodellen überträgt die öffentliche Verwaltung beim Betriebsführungsmodell lediglich die Betriebsführung einem privaten Unternehmen, das hierfür ein Entgelt erhält.

2. Zu den vertraglichen Modellen in den unterschiedlichen Anwendungsbereichen von ÖPP:

a) **Bereich Bundesfernstraßenbau**

Im Bereich des Bundesfernstraßenbaus werden überwiegend zwei Formen von sog. Betreibermodellen angewendet:

aa) Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau (**A-Modell**)

bb) Betreibermodell gemäß Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (**F-Modell**)

Obwohl diese Modelle als Betreibermodelle bezeichnet werden, haben sie auch Konzessionselemente. Die Modelle haben folgende Gemeinsamkeiten:

- Die Infrastrukturverantwortung des Bundes und der Länder bleibt durch die Betreibermodelle unberührt. Dies wird auch dadurch deutlich, dass Voraussetzung für den Bau einer Bundesfernstraße (weiterhin) deren Berücksichtigung im Bedarfsplan Straße des Bundes ist.
- Die Betreibermodell-Projekte kann der Bund nur im Einvernehmen mit den Ländern durchführen. Darüber hinaus umfassen sie nur einen begrenzten Anteil des Gesamtnetzes der Bundesfernstraßen. Der Fortbestand der Auftragsverwaltung nach Art. 90 Abs. 2 Grundgesetz ist somit gewährleistet.
- Die Verträge sind zeitlich befristet.

aa) Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau (**A-Modell**)

Die Einführung der streckenbezogenen Gebühr für schwere Lkw (≥ 12 t zulässiges Gesamtgewicht) auf Autobahnen ermöglicht ein Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau (A-Modell) mit folgenden Merkmalen:

- Der Anbau zusätzlicher Fahrstreifen, die Erhaltung und der Betrieb aller Fahrstreifen sowie die Finanzierung werden an einen privaten Betreiber übertragen.
- Das Gebührenaufkommen der schweren Lkw im auszubauenden Streckenabschnitt während des Betreiberzeitraumes wird für die Refinanzierung des privaten Betreibers vorgesehen.

- Die durch die Nutzung der Pkw/leichte Lkw entstehenden Infrastrukturkosten werden in Form einer Anschubfinanzierung (ca. 50 % der sonst üblichen Baukosten) aus dem Straßenbauhaushalt aufgebracht.

Bei diesem Modell handelt es sich um eine Aufgabenprivatisierung, bei der jedoch nur der Vollzug von Aufgaben auf einen Privaten übertragen wird. Für die vertragliche Umsetzung sind besondere gesetzliche Regelungen nicht erforderlich.

Das Modell ist unabhängig von den Betreibermodellen nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) (F-Modell, vgl. unten unter bb)) und nur von der Einführung der streckenbezogenen Lkw-Gebühr auf Autobahnen abhängig. Voraussetzung ist die Zustimmung der jeweiligen Landesregierung sowie die Abstimmung mit dem Bundesministerium der Finanzen.

bb) **Betreibermodell im Rahmen des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes (F-Modell)**

Seit September 1994 sind mit dem FStrPrivFinG die rechtlichen Voraussetzungen zur Anwendung des Betreibermodells im Bundesfernstraßenbau gegeben. Danach können der Bau, die Erhaltung, der Betrieb und die Finanzierung von Bundesfernstraßen Privaten zur Ausführung übertragen werden. Zur Refinanzierung erhalten diese das Recht zur Erhebung von Mautgebühren.

Dieses Betreibermodell ist derzeit gesetzlich beschränkt auf

- Brücken, Tunnel und Gebirgspässe im Zuge von Bundesautobahnen und Bundesstraßen,
- mehrstreifige Bundesstraßen mit getrennten Fahrbahnen für den Richtungsverkehr mit Kraftfahrzeugen.

Die Zahl der nach dem Gesetz realisierbaren Maßnahmen (insbesondere Brücken- und Tunnelbauten) ist begrenzt, da sich nur bestimmte Vorhaben für eine Privatfinanzierung mit Refinanzierung durch Mautgebühren eignen. Ursächlich hierfür ist insbesondere die Lage der Projekte im Netz (z.B. innerorts oder Ortsumgebung mit guten Umfahrungsmöglichkeiten) sowie spezifische Projektsituationen, wie z.B. hohe Baukosten bei gleichzeitig relativ geringem Verkehrsaufkommen. Aus diesem Grunde kann zur Herstellung der erforderlichen privatwirtschaftlichen Rentabilität eine staatliche Anschubfinanzierung zu den Baukosten berücksichtigt werden, sofern das Projekt zum Zeitpunkt der Realisierung in den „Vordringlichen Bedarf“ des Bedarfplanes eingestuft ist.

- cc) Neben den Betreibermodellen gibt es im Bereich des Fernstraßenbaus sog. „**Funktionsbauverträge**“. Hier handelt es sich um Bauverträge, bei denen die Anforderungen an den Straßenoberbau funktional beschrieben werden, Neben der eigentlichen Bauleistung übernimmt das private Unternehmen über einen vorgegebenen Zeitraum von 20 - 30 Jahren die bauliche Erhaltung, wobei die qualitativen Anforderungen anhand funktionaler Kriterien überprüft werden. Die Vergütung erfolgt aus dem Bundeshaushalt.

b) Öffentlicher Hochbau

Bund, Länder und Kommunen verfügen im Hochbau über mehrjährige Erfahrungen mit alternativen Realisierungsformen, bei denen Elemente von ÖPP genutzt werden. In den letzten 5 Jahren wurden Hochbaumaßnahmen mit ÖPP-Elementen im Wert von ca. 3 - 4,5 Mrd. € realisiert. 100 Ausschreibungen sind statistisch erfasst. Das sind etwa 3% bis 5% aller jährlichen Beschaffungsvorgänge im Hochbau. Je nach Interessenlage der öffentlichen Hand kamen verschiedene Modelle zur Anwendung, zum überwiegenden Teil handelt es sich hierbei jedoch nicht um Konzessionsmodelle. Der so genannte Lebenszyklus-Ansatz, d.h. eine umfassende Aufgabenübertragung von Planung, Bau, Finanzierung, Betrieb und

Verwertung von der öffentlichen Hand auf einen privaten Anbieter wurde in Deutschland aber bisher nicht umgesetzt.

Im Bereich des öffentlichen Hochbaus hat das in der Vorbemerkung erwähnte Gutachten folgende mögliche Modelle für ÖPP auf Vertragsbasis klassifiziert:

- Erwerbmodell

Der private Auftragnehmer übernimmt bei diesem Modell Planung, Bau, Finanzierung und den Betrieb einer Immobilie, die von der öffentlichen Hand genutzt wird; die Laufzeit beträgt i.d.R. 20 – 30 Jahre. Zum Vertragsende geht das Eigentum an Grundstück und Gebäude auf den öffentlichen Auftraggeber über. Das Entgelt besteht in einer regelmäßigen Zahlung an den Auftragnehmer; es wird bei Vertragsschluss festgesetzt und besteht aus den Komponenten für Planung, Bau, Betrieb (Facility Management), Finanzierung und Erwerb der Immobilie incl. Grundstück.

- Inhabermodell

Das Inhabermodell ähnelt dem Erwerbmodell. Im Gegensatz zu diesem betrifft das Projekt aber ein Grundstück des Auftraggebers. Auf diesem wird ein Gebäude neu errichtet oder saniert. Der öffentliche Auftraggeber wird bzw. bleibt daher bereits mit der Errichtung bzw. Sanierung Eigentümer des Gebäudes.

- Facility-Management-Leasingmodell

Der private Auftragnehmer übernimmt hier Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb einer Immobilie. Anders als beim Erwerbmodell besteht jedoch keine Verpflichtung zur Übertragung des Gebäudeeigentums am Ende der Vertragslaufzeit. Der Auftraggeber hat vielmehr ein Optionsrecht, die Immobilie entweder zurückzugeben oder zu einem vorab fest kalkulierten Restwert zu erwerben. Neben der Kaufoption möglich sind auch Mietverlängerungsoptionen oder Verwertungsabreden. Als Nutzungsentgelt zahlt der Auftraggeber regelmäßige Raten („Leasingraten“) an den

Auftragnehmer in bei Vertragsschluss feststehender Höhe; Bestandteile dieser Raten ist das Entgelt für die (Teil-)Amortisation der Planungs-, Bau- und Finanzierungskosten einerseits und den Betrieb (Facility Management) andererseits. Der Preis, zu dem der öffentliche Auftraggeber das Eigentum am Ende der Vertragslaufzeit erwerben kann, ist ebenfalls bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgelegt.

- Vermietungsmodell

Das Vermietungsmodell entspricht weitgehend dem Leasingmodell, jedoch ohne Kaufoption mit zuvor festgelegtem Kaufpreis. Allenfalls kann das Gebäude zum im Zeitpunkt des Vertragsablaufs zu ermittelnden Verkehrswert erworben werden. Der Auftraggeber zahlt regelmäßige Raten an den Auftragnehmer in bei Vertragsschluss feststehender Höhe; Bestandteile dieser Raten sind das Entgelt für Gebrauchsüberlassung („Miete“) und den Betrieb (Facility Management).

- Contractingmodell

Das Vertragsmodell erfasst (Ein-)Bauarbeiten und betriebswirtschaftliche Optimierungsmaßnahmen von bestimmten technischen Anlagen oder Anlagenteilen durch den Auftragnehmer in einem Gebäude des öffentlichen Auftraggebers. Die Laufzeit beträgt ca. 5 – 15 Jahre, das Entgelt besteht in regelmäßigen, bei Vertragsschluss festgesetzten Zahlungen zur Abdeckung von Planungs-, Durchführungs-, Betriebs- und Finanzierungskosten des Auftragnehmers.

- Konzessionsmodelle

Bei den Konzessionsmodellen übernimmt der Auftragnehmer Planung, Bau-, Finanzierung, Betrieb und u.U. auch den Eigentumsübergang einer Immobilie. Im Unterschied zu anderen Modellen erhält der Auftragnehmer kein festes Entgelt, sondern das Recht, seine Kosten durch Erhebung von Nutzungsentgelten (Entgelte oder Gebühren) zu decken, die Dritte für die Benutzung der Gebäude bzw. Anlagen zu entrichten haben (sog.

Drittnutzerfinanzierung). Hinsichtlich des Eigentumsübergangs zum Vertragsablauf sind unterschiedliche Regelungen möglich (z.B. automatischer Eigentumsübergang auf den Auftraggeber ohne Schlusszahlung, Entschädigung zu einem fest vereinbarten Preis oder zum Verkehrswert, Verlängerungsoptionen). Der Auftraggeber kann sich gegebenenfalls im Rahmen einer Anschubfinanzierung auch an den Kosten des Auftragnehmers beteiligen oder Zuschüsse zum laufenden Betrieb zusichern. Liegt der ganz überwiegende Schwerpunkt auf der Erbringung von Dienstleistungen des Facility Managements, Betriebs oder der Finanzierung, so liegt eine Dienstleistungskonzession vor. Enthält die Vertragsleistung jedoch einen nicht nur unerheblichen Anteil an Bauleistungen (Errichtung/Sanierung eines Bauwerks), so ist die Konzession nach der deutschen Rechtsprechung als Baukonzession zu qualifizieren.

Frage 1 b): Gibt es in Ihrem Land spezifische (gesetzliche oder andere) Rahmenbedingungen für derartige Konstruktionen?

In Deutschland gibt es kein besonderes ÖPP-Gesetz. Zu einzelnen Fragestellungen finden sich spezielle Regeln in Gesetzen oder Verwaltungsvorschriften. So ist z.B. die Möglichkeit der Aufgabenerbringung durch Private in einigen Gesetzen ausdrücklich geregelt (vgl. z.B. § 1 FStrPrivFinG, § 16 Krw-/AbfG, § 18 a WHG). Die bisherigen Erfahrungen in Deutschland haben gezeigt, dass ÖPP-Projekte mit den geltenden vergaberechtlichen Vorschriften gut verwirklicht werden können.

2. Wahl des Vergabeverfahrens

Frage 2: Nach Auffassung der Kommission wird die Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in einzelstaatliche Rechtsvorschriften den betroffenen Parteien ein Verfahren an die Hand geben, das sich ganz besonders für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Zusammenhang mit der Einrichtung einer ÖPP

auf Vertragsbasis eignet und gleichzeitig die Grundrechte der Wirtschaftsteilnehmer wahrt. Stimmen Sie dem zu? Falls nein, warum nicht?

Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren, das die neuen europäischen Vergaberechtsrichtlinien neu eingeführt haben. Das Verfahren wurde auf der Grundlage theoretischer Überlegungen entwickelt; praktische Erfahrungen mit diesem Instrument gibt es bislang noch nicht. Der wettbewerbliche Dialog ist außerdem ein Verfahren, dessen Einführung den Mitgliedsstaaten freisteht.

Die Bundesregierung hält es keineswegs für ausgeschlossen, dass das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs für die Durchführung bestimmter ÖPP ein mögliches geeignetes Verfahren darstellt. Die Frage nach seiner besonderen Eignung für ÖPP ist jedoch verfrüht. Aus deutscher Sicht müssen zunächst die Umsetzung dieses neuen Instruments durch die Mitgliedsstaaten sowie erste praktische Erfahrungen abgewartet werden, bevor eine genauere Bewertung des wettbewerblichen Dialogs möglich ist.

Wenn der wettbewerbliche Dialog das einzige geeignete Verfahren für ÖPP wäre, hieße dies zudem, dass ÖPP-Projekte bislang nicht zufriedenstellend hätten realisiert werden können. In Deutschland wie in anderen Ländern wurden jedoch auch unter dem bislang geltenden Vergaberecht ÖPP ohne Probleme durchgeführt. Insbesondere stellt das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem EU-weitem Teilnahmewettbewerb aus deutscher Sicht ein Verfahren dar, das bei vielen ÖPP in Betracht kommt und mit dem gute Erfahrungen gemacht worden sind. Das Verhandlungsverfahren unterliegt bestimmten Voraussetzungen, die in der Richtlinie 2004/18/EG niedergelegt sind. Unter den genannten Voraussetzungen dürfen öffentliche Auftraggeber auf das Verhandlungsverfahren jedoch ohne weiteres zurückgreifen. Die Richtlinien gehen davon aus, dass in diesen Fällen die anderen Verfahren ungeeignet sind oder sich als ungeeignet erwiesen haben (vgl. Art. 30 Abs. 1 a) der RL 2004/18/EG) und es daher die Flexibilität des Verhandlungsverfahrens erfordert.

Die Bundesregierung geht hier nicht von so strengen Voraussetzungen aus wie dies die Kommission tut. Das Verhandlungsverfahren ist nicht auf solche wenigen Sonderfälle

beschränkt, in denen Art oder Umfang der Arbeiten schlechthin unwägbar sind (z.B. Bauen auf archäologischem Grund). Vielmehr kommt es auch bei öffentlichen Aufträgen in Betracht, bei denen die rechtliche oder finanztechnische Konstruktion sehr vielschichtig ist und zudem Teil des Angebots sein soll, wie dies bei umfangreicheren ÖPP häufig der Fall ist. In diesen Fällen ist die Leistung nicht hinreichend eindeutig und erschöpfend beschreibbar, um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen. Der Auftraggeber kann also die vertraglichen Spezifikationen im Vorfeld noch nicht genau festlegen.

Außerdem ist der wettbewerbliche Dialog an strenge Voraussetzungen geknüpft. Er ist nur bei „besonders komplexen“ Leistungen zulässig, wie es in Deutschland z.B. der Neubau des Flughafens Berlin – Schönefeld wäre. Es muss für den öffentlichen Auftraggeber objektiv unmöglich sein, die Mittel zu bestimmen, die seinen Bedürfnissen gerecht werden, oder zu beurteilen, was der Markt bieten kann (vgl. Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2004/18/EG). Es ist zumindest fraglich, ob diese Voraussetzungen bei ÖPP-Projekten wie z.B. dem Ausbau eines Autobahnabschnitts oder dem Betrieb einer Schule erfüllt sind. Zudem wirft der urheberrechtliche Schutz der vorgeschlagenen innovativen Lösungen Probleme auf. Der Gewinn an Flexibilität gegenüber dem Verhandlungsverfahren ist fraglich.

Frage 3: Sehen Sie in Bezug auf diese Aufträge neben der Wahl des Vergabeverfahrens andere Punkte, die mit dem Gemeinschaftsrecht über öffentliche Aufträge in Konflikt stehen könnten? Wenn ja, nennen Sie diese und begründen Sie!

Es gibt in Deutschland im Bereich von ÖPP keine Regelungen oder Praktiken, die gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen.

3. Anforderungen des Primärrechts an Dienstleistungskonzessionen, Aufträge unterhalb der Schwellenwerte und nicht prioritäre Dienstleistungen (Rz. 29 ff.)

In den Rz. 28 ff., insbesondere 30 ff. legt die Kommission dar, welche Anforderungen das Primärrecht ihrer Ansicht nach an die Ausschreibung von Dienstleistungskonzessionen stellt. Die Kommission leitet insbesondere aus den primärrechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz sehr detaillierte Anforderungen ab.

Die Bundesregierung hält dies nicht für zwingend und hat starke Zweifel, dass aus dem Primärrecht so detaillierte Anforderungen hergeleitet werden können. Das Primärrecht kann nach Ansicht der Bundesregierung nicht dergestalt ausgelegt werden, dass bei Dienstleistungskonzessionen, die von den vergaberechtlichen Richtlinien nicht erfasst sind, letztlich die gleichen Anforderungen gelten wie bei öffentlichen Aufträgen. So detaillierte Anforderungen werden auch durch die bisherige Rechtsprechung des EuGH nicht getragen. In der Rechtssache *Telaustria* (C-324/98) hat der Gerichtshof festgestellt, dass bei Dienstleistungskonzessionen die primärrechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz gelten und der Auftraggeber kraft der Verpflichtung zur Transparenz zugunsten potenzieller Bieter einen **angemessenen Grad von Öffentlichkeit** sicherstellen muss, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Es wurde vom EuGH jedoch nicht festgestellt, welche konkreten vom Auftraggeber zur Herstellung der Transparenz zu treffen sind (wie z.B. vorherige Bekanntmachung der Absicht der Konzessionserteilung und der Regeln für die Auswahl). In der Rechtssache *Deutsche Bibliothek* hat der EuGH schließlich lediglich festgestellt, dass Konzessionsverträge über von der Richtlinie 92/50/EWG grundsätzlich erfasste Dienstleistungen von dieser Richtlinie ausgeschlossen sind.

Zudem nimmt die Kommission in der Fußnote 34 an, dass dieselben Grundsätze auch für sogenannte nicht prioritäre Dienstleistungen (vgl. Anhang IIB der RL 2004/18/EG bzw. Anhang XVIIB der RL 2004/17/EG) und Aufträge unterhalb der Schwellenwerte gelten. Auch dem kann die Bundesregierung nicht beipflichten. Dienstleistungskonzessionen, nicht prioritäre Dienstleistungen und Aufträge unterhalb der Schwellenwerte können nicht pauschal über einen Kamm geschert werden. Insbesondere nicht prioritäre Dienstleistungen sind schon

deswegen anders zu behandeln, als sie - anders als z.B. Dienstleistungskonzessionen - in den Vergaberichtlinien geregelt sind. Auf das Primärrecht kann daher bei diesen Dienstleistungen nicht uneingeschränkt zurückgegriffen werden. Die Vergaberichtlinien sehen in den Artikeln 35 Abs. 4 iVm. 21 RL 2004/18/EG und 43 iVm. 32 RL 2004/17/EG für nicht prioritäre Dienstleistungen ausdrücklich nur eine Verpflichtung zur Ex-post-Transparenz vor.¹ Angesichts dieser expliziten und differenzierten Entscheidung im Sekundärrecht ist es daher sinnwidrig, aus dem Primärrecht eine Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung zu folgern, wie dies die Kommission in Rz. 30 tut. Die differenzierte Behandlung der verschiedenen Dienstleistungen in den Anhängen II A und B bzw. XVII A und B wäre damit hinfällig.

Aufträge unterhalb der Schwellenwerte unterfallen den Vergaberichtlinien zwar nicht. Es darf aber auch hier die Wertung, die der europäische Gesetzgeber mit der Festlegung eines Schwellenwertes getroffen hat, nicht unterlaufen werden. Die Auslegung des Primärrechts darf nicht dazu führen, dass für unterschwellige Aufträge letztlich die gleichen Regeln gelten und die Schwellenwerte damit sinnlos werden. Das Urteil des EuGH in der Sache *Vestergaard* stützt die Ansicht der Kommission hier nicht. Dieses Urteil begründet jedenfalls keine Bekanntmachungspflicht bzw. die Erforderlichkeit förmlicher Regeln. Denn in dem dem Urteil zugrundeliegenden Fall ging es um die europarechtliche Zulässigkeit einer Leistungsbeschreibung, die eine bestimmte nationale Marke forderte, also um einen klaren Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und das Diskriminierungsverbot (EuGH, Rechtssache C-59/00 – *Vestergaard*, Rz. 24, 26). Der Gerichtshof hat in der Entscheidung aber auch klargestellt, dass die strengen besonderen Verfahrensvorschriften, die in den Richtlinien niedergelegt sind, im Fall öffentlicher Aufträge von geringem Wert nicht angemessen sind (vgl. EuGH, *Vestergaard*, Rz. 19).

Frage 4: Haben Sie bereits einmal ein Verfahren zur Vergabe einer Konzession in der Europäischen Union organisiert, daran teilgenommen bzw. ein solches organisieren oder daran teilnehmen wollen? Welche Erfahrungen haben Sie gemacht?

¹ Vgl. Art. 21 der RL 2004/18/EG: Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B unterliegen nur Artikel

Von Seiten der befragten Wirtschaftsverbände wurden im Zusammenhang mit der Vergabe und Abwicklung von Konzessionsverträgen positive Erfahrungen geschildert.

Frage 5: Halten Sie das derzeitige Gemeinschaftsrecht für präzise genug, um die konkrete und effektive Teilnahme von Gesellschaften oder Gruppierungen aus anderen Staaten an den Konzessionsvergabeverfahren sicherzustellen? Sind Sie der Ansicht, dass in dieser Hinsicht normalerweise ein tatsächlicher Wettbewerb herrscht?

Das derzeitige Gemeinschaftsrecht gewährleistet aus Sicht der Bundesregierung die diskriminierungsfreie Beteiligung ausländischer Bieter an Konzessionsverfahren. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass in diesem Bereich kein Wettbewerb herrscht. In diesem Sinne äußerten sich auch die befragten Wirtschaftsteilnehmer.

Im übrigen weist die Bundesregierung darauf hin, dass die Tatsache, wie hoch der Anteil der ausländischen Unternehmen im Bereich von Dienstleistungskonzessionen ist, nicht als Gradmesser für das Bestehen von Wettbewerb bzw. als Rechtfertigung für zusätzliche gemeinschaftsrechtliche Regelungen herangezogen werden kann. Auch in den von den EG-Vergaberichtlinien erfassten Bereichen ist der Anteil grenzüberschreitender Bieter gering. Es gibt verschiedenste (tatsächliche) Gründe, wieso sich Unternehmen um öffentliche Aufträge oder Konzessionsverträge in anderen Mitgliedstaaten nur in beschränktem Maße bewerben (mangelndes Interesse, höhere Kosten aufgrund von Übersetzungen etc.). Dies gilt in gleichem Maße sowohl für durch Vergaberichtlinien geregelte öffentliche Aufträge als auch für diesen Richtlinien nicht unterliegende Dienstleistungskonzessionen.

4. Notwendigkeit zusätzlicher Regelungen für Dienstleistungskonzessionen und ÖPP allgemein

Frage 6: Halten Sie einen Vorschlag für einen gemeinschaftlichen Rechtsakt zur Festlegung eines Verfahrensrahmens für die Konzessionsvergabe für wünschenswert?

Die Bundesregierung hält zusätzliche Regelungen für nicht erforderlich. Dies gilt sowohl für den Bereich der Dienstleistungskonzessionen als auch für ÖPP auf vertraglicher Basis allgemein. In diesem Zusammenhang möchte die Bundesregierung daran erinnern, dass die Frage der normativen Regelung von Dienstleistungskonzessionen im Rahmen der Verhandlungen zum Legislativpaket diskutiert wurde, eine Einbeziehung von Dienstleistungskonzessionen in das Vergaberecht aber letztlich abgelehnt wurde. Die Bundesregierung ist daher erstaunt, dass nur wenige Tage nach dem Inkrafttreten der neuen Richtlinien erneut der Vorschlag gemacht wird, Dienstleistungskonzessionen besonderen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zu unterziehen.

Angesichts des in Artikel 5 Abs. 2 EGV und Art. 9 der europäischen Verfassung verankerten Subsidiaritätsprinzips besteht eine Kompetenz der Gemeinschaft nur insoweit, als die mit den verfolgten Maßnahmen angestrebten Ziele auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können. Vor diesem Hintergrund besteht eine Notwendigkeit gemeinschaftsrechtlicher Regelungen der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht. Ein Regelungsbedürfnis auf gemeinschaftlicher Ebene hat die Kommission in dem Grünbuch auch nicht dargelegt. Auch die der Bundesregierung übersandten Stellungnahmen sowohl von Seiten öffentlicher Auftraggeber als auch von Seiten der Wirtschaft haben nicht gezeigt, dass ein solches Bedürfnis besteht.

Eine Kompetenz zum Tätigwerden der Gemeinschaft besteht nur, wenn dies für die Realisierung der Grundfreiheiten und des Binnenmarktes notwendig ist. Dass sich größere Freiheiten für Unternehmen ergeben würden, im Binnenmarkt tätig zu sein, wenn zusätzliche Regeln geschaffen würden, leuchtet jedoch nicht ein. Es ist eher davon

auszugehen, dass die bestehenden Freiräume durch gemeinschaftsrechtliche Regelungen beschränkt, die Bildung von ÖPP verkompliziert und behindert und die Grundfreiheiten dadurch letztlich sogar eingeengt würden.

Eine klare, einheitliche Definition des Konzessionsbegriffs, der eine Abgrenzung der verschiedenen Konzessionsarten in den einzelnen Mitgliedsstaaten ermöglichen würde, besteht nicht. Es gibt Konzessionen unterschiedlichster Art, bei denen nicht klar ist, ob sie unter den Dienstleistungskonzessionsbegriff der neuen Richtlinien fallen und bei denen sich eine einheitliche Behandlung verbietet (vgl. z.B. Wegekonzessionen im Energiebereich, Schankkonzessionen für Gaststätten, Taxikonzessionen). Auch durch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht wurden diese Fragen nicht geklärt. Zudem reicht der Begriff der Konzession – je nach Auslegung – weit in den Bereich des öffentlichrechtlichen Zulassungsrechts hinein. Auch im Grünbuch wird nicht deutlich, welche Konzessionen von den Aussagen der Kommission erfasst sind: Teilweise ist von Dienstleistungskonzessionen die Rede, teilweise aber auch von Konzessionen allgemein.

Die Bundesregierung ist zudem nicht überzeugt, dass eine zusätzliche Regulierung, deren Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit bislang nicht dargelegt wurde, das erwünschte Ziel der Kommission (stärkere Beteiligung ausländischer Unternehmen an Dienstleistungskonzessionen und damit stärkere Realisierung des Binnenmarktes) erreichen würde. Eine etwaige Zurückhaltung ausländischer Marktteilnehmer hat andere Ursachen als fehlende Regelungen (s.o.) Auch die Vergaberichtlinien haben bislang nicht zu einer stärkeren grenzüberschreitenden Vergabe von Aufträgen geführt. Die Bundesregierung befürchtet, dass weitere gemeinschaftsrechtliche Regeln im Gegenteil eher zu einer Überregulierung und regulatorischen Last führen. Dies würde die Initiative und das Engagement im Hinblick auf neue innovative Kooperationen zwischen öffentlicher Hand und privatem Sektor eher lähmen und die Bildung von ÖPP letztlich behindern.

Unzulänglichkeiten bei der Anwendung des geltenden Rechts dürfen nicht als Rechtfertigung für zusätzliche Regelungen genommen werden. Sofern in Einzelfällen

aufgrund einer Nichtbeachtung vergaberechtlicher Regelungen kein ausreichender Wettbewerb stattgefunden hat, liegt dies nicht an unzureichenden Regeln, sondern an deren mangelhafter praktischer Umsetzung und Befolgung. Dem kann jedoch durch konsequente Anwendung des Vergaberechts beigegeben werden.

Frage 7: Allgemeiner gefragt: Wenn Sie ein neues Gesetzgebungsvorhaben der Kommission für erforderlich halten, gibt es dann objektive Gründe dafür, in diesem Rechtsakt sämtliche ÖPP auf Vertragsbasis zu behandeln und sie ein und demselben Regelwerk für die Vergabe zu unterwerfen, ganz gleich ob die Vorhaben als öffentliche Aufträge oder als Konzessionen einzustufen sind?

Nein. Dies ergibt sich bereits aus der negativen Beantwortung der **Frage 6**. Ein eigenes gemeinschaftsrechtliches Regelwerk für ÖPP stünde zudem großen Schwierigkeiten gegenüber, da es keine feste Definition für ÖPP gibt und diese in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen auftreten. Angesichts der auch erwünschten schnellen Entwicklung und kreativen Möglichkeiten im Bereich von Kooperationen zwischen öffentlicher Hand und privatem Sektor würden gesetzliche Regelungen schnell veralten und sich als normativer Hemmschuh erweisen. Die Bundesregierung hält es daher für schädlich, die Entwicklung von ÖPP durch zusätzliche gesetzliche Regelungen zu beschränken. Die geltenden Regeln sind ausreichend, um die vergaberechtlichen Fragen im Zusammenhang mit ÖPP zu lösen.

Als hilfreich würde es die Bundesregierung dagegen ansehen, wenn die Kommission eine Art Handreichung oder Handbuch erarbeiten (lassen) würde, in dem - aufbauend auf den Antworten der Mitgliedstaaten und sonstigen interessierten Kreisen - verschiedene Formen von ÖPP und die vergaberechtlichen Konsequenzen dargestellt werden. Darin könnte z.B. die Abgrenzung zwischen Baukonzession und Bauauftrag präzisiert werden.

5. Behandlung Privat initiiertes ÖPP

Aus den Ausführungen der Kommission in den Rz. 37 ff. wird nicht ganz deutlich, was genau mit privat initiierten ÖPP gemeint ist. Privat initiierte ÖPP mit eigenen gesetzlich niedergelegten Verfahren wie offenbar in Italien und Spanien (vgl. Fn. 37 des Grünbuchs) gibt es in Deutschland nicht. Natürlich gibt es Fälle, in denen der Anstoß für ein Projekt vom privaten Sektor kommt. Sofern es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt, der unter das Vergaberecht fällt, muss der öffentliche Auftraggeber auch in diesen Fällen ein normales Vergabeverfahren durchführen. Die Bundesregierung sieht allerdings wie die Kommission das Problem, dass die grundsätzlich wünschenswerte Initiative privater Unternehmen, Vorschläge für ÖPP-Projekte zu machen, möglicherweise dadurch gehemmt wird, dass im Rahmen einer Ausschreibung ein anderes Unternehmen den Zuschlag erhält und die investierte Zeit und Mühe umsonst war. Die Bundesregierung wäre daher an Vorschlägen der Kommission interessiert, wie öffentliche Auftraggeber unter dem geltenden europäischen Vergaberecht die Initiative Privater in diesen Fällen honorieren können. Dies gilt ebenso für Vorschläge der KOM, wie das Know-how potentieller späterer Verfahrensteilnehmer bereits in der Vorbereitungsphase von ÖPP (nicht nur privat initiiertes) unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes nutzbar gemacht werden kann.

Frage 8: Ist Ihrer Erfahrung nach der Zugang der ausländischen Akteure zu privat initiierten ÖPP gewährleistet? Für den Fall, dass die Vergabestellen zur Initiative aufrufen, wird dieser Aufruf dann angemessen bekannt gemacht, so dass alle interessierten Akteure Kenntnis davon haben können? Wird für die Ausführung des ausgewählten Projekts ein Auswahlverfahren auf Basis eines effektiven Wettbewerbs organisiert?

Ja, für privat initiierte ÖPP gelten in Deutschland keine Sonderregeln (s. Vorbemerkung). Sie werden wie andere Aufträge, die unter das Vergaberecht fallen, ausgeschrieben.

Frage 9: Wie könnte Ihrer Auffassung nach die Entwicklung privat initiiertes ÖPP in der Europäischen Union unter Wahrung der Grundsätze der Transparenz

und der Gleichbehandlung und ohne Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gewährleistet werden?

Da privat initiierte ÖPP wie sonstige ÖPP behandelt werden, werden bei Einhaltung der bestehenden Regeln auch bei privat initiierten ÖPP die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung gewahrt.

6. Vertragliche Rahmenbedingungen von ÖPP

In den Rz. 44 ff. macht die Kommission Ausführungen zu den vertraglichen Rahmenbedingungen von ÖPP. Bei diesbezüglichen Vergaben ist aus Sicht der Bundesregierung darauf zu achten, dass keine Anforderungen gestellt werden, die ÖPP in der Praxis unausführbar machen und sie von vornherein zum Scheitern verurteilen. Die Ausführungen der Kommission erscheinen hier zum Teil realitätsfern. Zwar ist aus vergaberechtlicher Sicht wünschenswert, wenn die vertraglichen Rahmenbedingungen eines Projekts im Voraus so detailliert wie möglich feststehen – in der Praxis wird dies in vielen Fällen aber kaum machbar sein. Bei so komplexen Projekten, wie es ÖPP häufig sind, ist es in der Praxis kaum möglich, Vertragsbedingungen zu entwickeln, die alle nur irgendwie denkbaren Gegebenheiten zu jedem möglichen Zeitpunkt erfasst. Häufig wird im Zeitpunkt des Aufrufs zum Wettbewerb noch nicht in allen Einzelheiten abschließend feststehen, wie das Projekt verlaufen wird. Dies wird gerade in Fällen so sein, in denen das Verhandlungsverfahren in Betracht kommt und genau aus diesem Grund ein geeignetes Verfahren ist. Die Einzelheiten der Vertragsdurchführung, insbesondere auch der Risikoaufteilung und der Finanzierungsmodalitäten, sind dann Gegenstand der Verhandlungen und stehen erst nach deren Abschluss fest.

Bei ÖPP handelt es sich in der Regel um langfristige Projekte, bei denen eine gewisse Flexibilität bestehen muss, um zu verhindern, dass sie wirtschaftlich sinnlos werden. Die ÖPP-Beziehungen müssen sich weiterentwickeln – wie die Kommission in Rz. 47 richtig bemerkt –, um sich an Veränderungen des makroökonomischen oder technischen Umfelds anzupassen. Nicht alle Änderungen können nach Ansicht der Bundesregierung aber durch

Preisanpassungs- oder Revisionsklauseln vorhergesehen werden. Auch darüber hinaus sind nachträgliche einvernehmliche Änderungen der vertraglichen Beziehungen der Partner nach unserer Ansicht möglich, sofern sie im Zeitpunkt der Vergabe nicht vorhersehbar waren und die Änderungen nicht dazu dienen, die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung zu umgehen. Denn diese Änderungen beurteilen sich grundsätzlich nach Vertragsrecht, unter gleichzeitiger Beachtung des nationalen Haushaltsrechts. Dass solche Änderungen nur möglich sein sollen, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erforderlich ist – wie die Kommission in Rz. 49 behauptet, stellt aus unserer Sicht zu hohe Anforderungen, die durch das Gemeinschaftsrecht nicht gerechtfertigt sind. Art. 46 EGV, den die Kommission zur Begründung ihrer Auffassung in Fn. 43 zitiert, gibt hier nach unserer Ansicht nach nicht den Maßstab vor, da es nicht um den Zugang zu einem öffentlichen Auftrag geht, sondern um Modifikationen einer bereits bestehenden vertraglichen, privatrechtlichen Beziehung.

Die Bundesregierung hält es insgesamt für wichtig, bei der Beurteilung von Vergabeverfahren im Zusammenhang mit ÖPP nicht zu formalistisch vorzugehen, sondern neben den Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz, die natürlich nicht missachtet werden dürfen, auch die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit von ÖPP im Auge zu behalten. Dies gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Auch die Kommission betont in Rz. 46 die Notwendigkeit, das wirtschaftliche und finanzielle Gleichgewicht des Projekts zu gewährleisten. Würde jede denkbare Vertragsänderung oder –weiterentwicklung aber mit einer erneuten Ausschreibungspflicht verbunden, wäre die für das Gelingen von ÖPP-Projekten auch erforderliche Kontinuität in Gefahr. Ob eine Ausschreibungspflicht besteht, ist eine Einzelfallentscheidung (vgl. auch Antwort zu Frage 10).

Frage 10: Welche Erfahrungen haben sie in der Phase im Anschluss an die Auswahl des privaten Partners im Rahmen von ÖPP auf Vertragsbasis gemacht?

Nach dem Zuschlag gilt nach unserer Ansicht grundsätzlich kein Vergaberecht mehr, sondern Zivilrecht. Zwar gibt es Fälle, wo eine Änderung der Vertragsbedingungen dem Abschluss eines neuen Vertrages gleichkommt und daher neu auszuschreiben ist. Die Aussage, dass jede inhaltliche Änderung in Bezug auf den Vertragsgegenstand dem

Abschluss eines neuen Vertrages gleichzusetzen ist, ist aus unserer Sicht aber zu weitgehend und zu pauschal. Es muss vielmehr in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die Änderung dergestalt ist, dass sie wie ein neuer Vertrag zu behandeln sind.

Sofern sich die Kommission zur Bekräftigung ihrer Ansicht, welche Anforderungen sich aus dem Gemeinschaftsrecht an die Phase nach Auswahl des privaten Partners ergeben, auf Rechtsprechung des EuGH stützt, sind diese Verweise häufig ungenau. So folgt aus Rz. 54 der Rechtssache C-87/94 (Kommission gegen Belgien – Bus Wallons) kein Verbot jeglicher Intervention nach Auswahl des privaten Partners (vgl. Rz. 42 und Fn. 38 des Grünbuchs). Dort heisst es: „Das **Verfahren zum Vergleich der Angebote** musste somit in jedem Abschnitt sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren, damit alle Bieter **bei der Aufstellung ihrer Angebote** über die gleichen Chancen verfügen.“ Diese Aussage bezieht sich auf die Phase des eigentlichen Vergabeverfahrens, **vor** der Auswahl des privaten Partners. Auch in der zitierten Rechtssache C-243/89 (Kommission gegen Dänemark – Storebaelt-Brücke) ging es nicht um Änderungen nach dem Zuschlag. Der EuGH hat in der Rechtssache C-337/98 (Kommission gegen Frankreich, Rz. 44 ff.) weder festgestellt, dass im Verlauf einer ÖPP vorgenommene Änderungen generell den Grundsatz der Gleichbehandlung in Frage stellen würde, noch dass **jede inhaltliche Änderung** in Bezug auf den Vertragsgegenstand dem Abschluss eines neuen Vertrages gleichzusetzen sei (so Grünbuch, Rz.49, Fn. 42, 44). Der EuGH betont in der Entscheidung „Kommission gegen Frankreich“ (Rz. 44) vielmehr, dass es darauf ankommt, ob die nach dem dem Abschluss der ersten Verhandlungen eingeleiteten Verhandlungen **wesentlich andere Merkmale** aufwiesen als die zuvor geführten und damit den Willen der Parteien zur **Neuverhandlung wesentlicher Vertragsbestimmungen** erkennen ließen. In dem zitierten Verfahren C337/98 konnte die Kommission dies nicht darlegen. Der EuGH wies die Vertragsverletzungsklage der Kommission gegen Frankreich ab.

Frage 11: Sind Ihnen Fälle bekannt, in denen die Ausführungsbedingungen, einschließlich der Klauseln zur Anpassung im Zeitverlauf, eine diskriminierende Wirkung entfalten konnten oder eine ungerechtfertigte Behinderung der

Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit darstellten? Falls ja, bitte beschreiben Sie die Art der aufgetretenen Probleme!

Grundsätzlich nein. Die Ergebnisse der von der Task-Force begleiteten Pilotprojekte (s. Vorbemerkung) bleiben abzuwarten. Ein befragter Wirtschaftsverband nannte in diesem Zusammenhang sog. „Evergreen“-Klauseln (womit anscheinend Klauseln gemeint sind, die vom Auftragnehmer den jeweils neusten technischen Stand einfordern) und automatische Vertragsverlängerungsklauseln.

Frage 12: Sind Ihnen Praktiken oder Mechanismen zur Bewertung von Angeboten bekannt, die eine diskriminierende Wirkung haben?

Nein.

Frage 13: Sind Sie wie die Kommission der Auffassung, dass bestimmte Interventionsklauseln in Bezug auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung problematisch sein können? Sind Ihnen andere Typen von Klauseln bekannt, deren Anwendung zu ähnlichen Problemen führen kann?

Nein. Interventionsklauseln, wonach Fremdkapitalgeber sich für bestimmte Situationen das Recht vorbehalten, einen neuen Projektmanager zu ernennen oder selbst das Projektmanagement zu übernehmen (sog. step-in-rights), sind in der Praxis üblich und unverzichtbar. Anderenfalls wäre die Fremdfinanzierung von ÖPP-Projekten nicht möglich und viele dieser Projekte würden von vornherein scheitern. Finanzinstitute stellen regelmäßig den größten Teil der Finanzierungsmittel einer ÖPP und sind damit am Risiko der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung in hohem Maße beteiligt. Ihr Interesse, an der ÖPP beteiligte Partner, die ihre Verpflichtungen nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen können, innerhalb einer angemessenen Frist austauschen zu können, ist legitim.

Aus deutscher Sicht führen diese Klauseln in der Praxis nicht zu Problemen. Sie kommen nur in Fällen unvorhergesehener, negativer Verläufe von ÖPP zum Tragen. In

der Praxis kommt es nur sehr selten zur Ausübung der Interventionsrechte, da der Austausch „ultima ratio“ ist und zunächst angemessene Nachbesserungsfristen bestehen.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob auch Interventionsklauseln, die Teil eines von einem Bieter angebotenen Lösungsvorschlags im Rahmen des wettbewerblichen Dialogs sind, dem Grundsatz der Vertraulichkeit gemäß Art. 29 Abs. 3, 3. Unterabsatz i.V.m. Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG unterliegen. Hierzu wäre eine klarstellende Auslegung im Kontext einer oben (vgl. Antwort zu Frage 7) angesprochenen Handreichung sinnvoll.

Frage 14: Halten Sie es für erforderlich, dass bestimmte Aspekte der vertraglichen Rahmenbedingungen für ÖPP auf Gemeinschaftsebene geklärt werden? Falls ja, was sollte geklärt werden?

Nein. Das Vertragsrecht fällt, wie die Kommission richtig bemerkt, in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Eine Einmischung der Gemeinschaft in diesen Bereich hätte unübersehbare Probleme für das Verhältnis zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht zur Folge. Ein weiterer Grund gegen eine gemeinschaftsrechtliche Klärung vertraglicher Rahmenbedingungen ist die Vielfalt und Verschiedenartigkeit der möglichen vertraglichen Regelungen. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für vertragliche Rahmenbedingungen würden die Möglichkeiten von ÖPP einengen und unflexibel machen. Zudem ist auch bei diesem Punkt zu beachten, dass die praktischen Erfahrungen mit ÖPP in vielen Mitgliedstaaten noch gering sind.

7. Unteraufträge

Die Rechtslage hinsichtlich der Vergabe von Unteraufträgen ist aus Sicht der Bundesregierung nicht problematisch. Die Kommission hat in dem Grünbuch leider auch nicht deutlich gemacht, wieso aus ihrer Sicht Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen notwendig sind, welche rechtlichen Fragen die Vergabe von Unteraufträgen aufwirft (vgl. Rz. 51) und warum diese Fragen auf Gemeinschaftsebene geklärt werden müssen.

Grundsätzlich kann eine Projektgesellschaft im Rahmen einer ÖPP Unteraufträge frei vergeben (wobei bestimmte Sonderregeln bei Baukonzessionen gelten). Wenn sie selbst öffentlicher Auftraggeber ist und es sich bei dem Unterauftrag um einen öffentlichen Auftrag handelt, müssen diese Unteraufträge ausgeschrieben werden.

Aus Sicht der Bundesregierung ist eine Ausschreibung dann nicht erforderlich, wenn der Hauptauftrag ausgeschrieben wurde und der Unterauftrag bereits Teil des Angebots war: Ein öffentlicher Auftraggeber bewirbt sich in einem Ausschreibungsverfahren um einen Auftrag und nimmt in seinem Angebot bereits darauf Bezug, dass er den Auftrag mit einem bestimmten Unterauftragnehmer ausführen wird. In diesem Fall wäre eine isolierte Ausschreibung des Unterauftrags zum einen nicht möglich, weil dies das ursprüngliche Angebot des Hauptauftragnehmers hinfällig machen würde, zum anderen auch überflüssig, weil der Unterauftrag bereits im Rahmen des Hauptangebots bewertet worden ist. Auch eine vorherige „bedingte“ Ausschreibung durch den öffentlichen Auftraggeber als potentiellen Auftragnehmer kommt nicht in Betracht, da eine Ausschreibung einen unbedingten Willen zum Vertragsschluss voraussetzt.

Maßgeblich für die Anwendung des Vergaberechts ist, ob im konkreten Fall ein öffentlicher Auftrag vorliegt. Dies setzt voraus, dass der (Unter-) Auftrag des als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizierenden Beschaffenden auf Deckung eines in seinem eigenen Verantwortungsbereich aufgetretenen Beschaffungsbedarfs abzielt. Eine andere Situation liegt daher z.B. vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages von einem Privaten beauftragt wird und dann seinerseits einen Unterauftrag vergibt. Denn in diesem Fall erwächst die Notwendigkeit des öffentlichen Auftraggebers, Leistungen im Wege des Nachunternehmereinsatzes an Dritte zu vergeben, nicht dem eigenen Beschaffungsbedarf, sondern aus einer privatrechtlichen vertraglichen Verpflichtung

Hierfür bedarf es jedoch keiner zusätzlichen, differenzierenden Regelungen. Dieses Ergebnis ergibt sich vielmehr bereits aus der Definition des öffentlichen Auftrags. Ohnehin stellt sich die Frage bei der Vergabe von Unteraufträgen durch die als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizierende ÖPP-Gesellschaft nicht, weil es hier immer um einen Beschaffungsbedarf der öffentlichen Hand geht.

Frage 15: Sind Ihnen bei ÖPP-Konstruktionen besondere Probleme mit der Vergabe von Unteraufträgen bekannt? Welche?

Nein, s. Vorbemerkung.

Frage 16: Rechtfertigt die Existenz von ÖPP auf Vertragsbasis, die die Übertragung eines Aufgabenpakets an einen einzigen privaten Partner impliziert, Ihrer Auffassung nach, dass ausführlichere Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen eingeführt werden und/oder dass der Anwendungsbereich erweitert wird?

Diese Frage ist unklar formuliert. Von welchem Anwendungsbereich gesprochen, dem der Vergaberichtlinien? Die Bundesregierung sieht weder für neue gemeinschaftsrechtliche Regeln noch für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien Bedarf.

Frage 17: Halten Sie, allgemeiner gesprochen, eine ergänzende Initiative auf Gemeinschaftsebene zur Klärung oder Umgestaltung der Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen für erforderlich?

Die Bundesregierung hält eine gemeinschaftliche Initiative zur Klärung oder Umgestaltung der Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen – aus den oben genannten Gründen – nicht für erforderlich.

8. Institutionalisierte ÖPP

In den Ziffern 53 ff. des Grünbuchs beschäftigt sich die Kommission mit der Gründung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, an denen sowohl die öffentliche Hand als auch Private beteiligt sind (sog. institutionalisierte ÖPP). Vergaberechtliche Fragen stellen sich bei solchen Konstellationen unter folgenden Gesichtspunkten: Ist bei der Wahl des privaten Partners eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmen Vergaberecht anzuwenden (**dazu unter**

a))? Wann ist ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen öffentlicher Auftraggeber (**unter b**)? Findet auf die Erteilung eines Auftrags an ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen Vergaberecht Anwendung (Inhouse-Problematik) (**unter c**)? Wie sind Privatisierungen zu beurteilen (**unter d**)?

a) Die Kommission stellt in Rz. 57 richtig dar, dass der Vorgang der Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens als solcher nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt. Vergaberecht findet dann Anwendung, wenn gleichzeitig Aufgaben auf den Privaten übertragen werden, nicht dagegen, wenn der Private eine rein finanzielle Beteiligung an dem Unternehmen hält.

In diesem Zusammenhang bemängelt die Kommission, dass es Fälle gibt, in denen sich gemischtwirtschaftliche Unternehmen an Ausschreibungen beteiligen, bevor ihre Gründung abgeschlossen ist. Dies hält die Kommission für nicht zufriedenstellend. Aus Sicht der Bundesregierung vertritt die Kommission hier eine etwas lebensfremde Sichtweise. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen werden in vielen Fällen eigens zu dem Zweck gegründet, eine bestimmte durch einen Auftrag vergebene Aufgabe zu erfüllen. Ihre Gründung würde ins Leere laufen, wenn sie den Auftrag letztlich nicht bekäme. In solchen Fällen, aus rein formalistischen Gründen zu verlangen, dass der Gründungsprozess der Gesellschaft zunächst durchgeführt wird, damit sie sich dann um den Auftrag bewerben kann, und sie ggf. danach wieder aufzulösen, ist wenig praktikabel und widerspricht dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Solche Anforderungen bergen viel eher die von der Kommission in Rz. 63 angesprochene Gefahr, dass dann der bereits gegründeten Gesellschaft in Umgehung des Vergaberechts Aufträge zugeschoben werden, um ihrer Gründung überhaupt einen Sinn zu geben. Wichtiger als die Frage, in welchem Gründungsstadium sich das gemischtwirtschaftliche Unternehmen befindet, ist aus Sicht der Bundesregierung, dass vor der Vergabe eines Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen überhaupt eine Ausschreibung stattfindet.

b) Ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen unterliegt dem Vergaberecht, wenn es öffentlicher Auftraggeber gemäß der Definition in Art. 1 Abs. 9 der RL 2004/18/EG ist, d.h. wenn es zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht

gewerblicher Art zu erfüllen und staatlich beherrscht ist. Hier kann fraglich sein, wann ein gemischt-wirtschaftliches Gebilde staatlich beherrscht ist, insbesondere wenn die öffentliche Hand nur Minderheitsgesellschafter ist. Die Bundesregierung würde es daher begrüßen, wenn die Kommission auch zu diesem Punkt in der unter Frage 7 erwähnten Handreichung Stellung nehmen würde.

- c) Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen die Erteilung eines Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen dem Vergaberecht unterfällt. Der EuGH hat hierzu in der Rechtssache Teckal (C-107/98) festgestellt, dass dann kein öffentlicher Auftrag vorliegt, wenn eine Gebietskörperschaft über den fraglichen Auftragnehmer eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn der Auftragnehmer seine Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die seine Anteile innehaben. Solche Aufträge unterfallen von vornherein nicht dem Vergaberecht. Die Reichweite dieser Rechtsprechung ist in den Einzelheiten noch nicht geklärt. Die Bundesregierung ist aber der Ansicht, dass die Kommission hier von zu engen Voraussetzungen ausgeht, wenn sie meint, dass die Beauftragung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens unter keinen Voraussetzungen ein „Inhouse“-Geschäft darstellen kann. Eine so enge Interpretation würde letztlich auch dazu führen, dass institutionalisierte ÖPP gar nicht erst gegründet würden.

Die Beteiligung eines Privaten an einer privatrechtlichen Gesellschaft schließt ein Inhousegeschäft nicht von vornherein aus. Es muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die vom EuGH in der Rechtssache Teckal aufgestellten Kriterien einschlägig sind. „Kontrolle wie über eine Dienststelle“ kann jedenfalls nicht heißen, dass der öffentliche Teil genau die identischen Aufsichtsbefugnisse wie über eine Dienststelle haben muss. Hier kommt es z.B. auf die Stimmverhältnisse innerhalb der Gesellschaft und die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos an, aber auch auf die vertraglichen Weisungs- und Einflussmöglichkeiten des konkreten Auftrags. Anhaltspunkte hierfür können z.B. die in Art. 1 Abs. 9 der RL 2004/18/EG niedergelegten Kriterien geben.

- d) Verkäufe von Anteilen an Gesellschaften im Eigentum der öffentlichen Hand fallen per se nicht unter das Vergaberecht. Denn hierbei handelt es sich um einen Verkauf, nicht um einen

Einkauf. Anderes gilt wiederum nur dann, wenn mit der Anteilsübertragung eine Aufgabenübertragung verbunden ist und Leistungen eingekauft werden. Die Bundesregierung hält es für unzulässig, hier von einem „Deckmantel der Kapitalübertragung“ zu sprechen und Anteilsverkäufen damit von vornherein einen anrühigen Anstrich zu geben. Es bleibt dabei, dass Kapitalübertragungen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterliegen und in jedem Einzelfall geprüft werden muss, ob mit der Kapitalübertragung ein öffentlicher Auftrag verbunden ist.

Frage 18: Welche Erfahrungen haben Sie mit der Einrichtung institutionalisierter ÖPP gemacht? Lassen Ihre Erfahrungen Sie zu der Schlussfolgerung gelangen, dass die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen bei institutionalisierten ÖPP-Konstruktionen eingehalten werden? Falls nein, warum nicht?

Bei ordnungsgemäßer Anwendung des Vergaberechts lassen sich auch vergaberechtliche Probleme im Zusammenhang mit institutionalisierten ÖPP zufriedenstellend lösen.

Frage 19: Halten Sie eine Initiative auf Gemeinschaftsebene für erforderlich, um die Verpflichtungen zu klären oder zu vertiefen, die die öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf den Wettbewerb zwischen potenziell an einem institutionalisierten ÖPP-Projekt interessierten Wirtschaftsteilnehmern haben? Falls ja, welche Aspekte halten Sie für besonders wichtig und welche Form sollte eine solche Initiative haben? Falls nein, warum nicht?

Die Bundesregierung hält zusätzliche gemeinschaftsrechtliche Regelungen in diesem Bereich für nicht erforderlich. Eine Handreichung, in der die verschiedenen Situationen im Hinblick auf die Beteiligung von Privaten an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und die vergaberechtlichen Konsequenzen dargestellt werden, könnte hilfreich sein. Eine solche Handreichung sollte jedoch nicht aus rein rechtlicher theoretischer Sicht verfasst werden, sondern praktische Beispiele und Belange berücksichtigen.

Allgemein und unabhängig von den in diesem Grünbuch aufgeworfenen Fragen:

Frage 20: Welche Maßnahmen oder Verfahren behindern in der Europäischen Union die Einrichtung von ÖPP?

Dies ist eine sehr komplexe Frage, deren Beantwortung in Deutschland noch weiterer praktischer Erfahrungen bedarf. Die Bundesregierung möchte sich in Ihrer Stellungnahme gerne auf die vergaberechtlichen Aspekte von ÖPP beschränken. Was das Vergaberecht angeht, ist die Bundesregierung der Ansicht, dass angesichts der ohnehin schon sehr komplizierten Regeln weitere rechtliche Vorschriften die Einrichtung von ÖPP behindern würde. Die vergaberechtlichen Fragestellungen von ÖPP lassen sich mit dem geltenden rechtlichen Instrumentarium zufriedenstellend lösen. Maßgeblich ist, dass diese Regeln eingehalten werden.

Frage 21: Kennen Sie andere ÖPP-Formen aus Drittländern? Kennen Sie aus Ihren Erfahrungen in solchen Ländern bewährte Verfahrensweisen, die auch für die EU beispielgebend sein könnten? Falls ja, welche?

ÖPP-Formen oder bewährte Verfahrensweisen aus Drittländern sind nicht bekannt.

Frage 22: Denken Sie dass es nützlich wäre, im Hinblick auf den großen Investitionsbedarf einzelner Mitgliedstaaten zum Erreichen einer sozialen und dauerhaften Entwicklung gemeinsam und in regelmäßigen Abständen über diese Fragen unter den betroffenen Akteuren nachzudenken und bewährte Verfahrensweisen auszutauschen? Sollte die Kommission nach Ihrer Auffassung ein derartiges Netzwerk aufbauen?

Einen Informations- und Erfahrungsaustausch bewertet die Bundesregierung grundsätzlich positiv. Dies gilt insbesondere, als manche Mitgliedstaaten wie z.B. Großbritannien im Bereich ÖPP bereits intensive und langjährige Erfahrungen haben, während das Phänomen ÖPP in anderen Mitgliedstaaten erst am Anfang seiner Entwicklung steht. Es ist jedoch wichtig, dass ein solches Netzwerk keinen

umfangreichen und bürokratischen Apparat schafft. Die (freiwillige) Verlinkung von nationalen Netzwerken oder Kompetenzzentren bietet sich an. Das Netzwerk sollte sich nicht auf rein theoretische Fragen beschränken, sondern in der Praxis mit ÖPP Beteiligten die Möglichkeit zum Austausch bieten. Die Bundesregierung würde weitere Vorschläge der Kommission zu einem solchen Netzwerk begrüßen.