



**Städte- und Gemeindebund  
Nordrhein-Westfalen**

■ Städte- und Gemeindebund NRW • Postfach 10 39 52 • 40030 Düsseldorf

Postfach 10 39 52 • 40030 Düsseldorf  
Kaiserswerther Straße 199-201  
40474 Düsseldorf  
Telefon 0211 • 4587-1  
Telefax 0211 • 4587-211  
e-mail: info@nwstgb.de  
Internet: www.nwstgb.de

Vorbericht  
125. Sitzung des Ausschusses  
für Finanzen und Kommunalwirtschaft  
am 15.07.2004 in Kerpen

Aktenzeichen: IV/3 xxx we/be  
Ansprechpartner:  
Hauptreferentin Wellmann  
Durchwahl 0211 • 4587-232

### **Punkt 8 der TO:**

#### **ÖPP-Grünbuch der EU-Kommission**

#### **8.1 Beschlussvorschlag:**

8.1.1 Der Ausschuss für Finanzen und Kommunalwirtschaft betont, dass das Bild der Städte und Gemeinden als „Gewährleistungskommune“, welches dem Grünbuch zugrunde liegt, abgelehnt wird. Gerade in den Bereichen der Daseinsvorsorge darf die Kommune nicht in die Rolle des „Ausfallbürgen“ gedrängt werden, bei dem die Letztverantwortung für die Erbringung bestimmter notwendiger kommunaler Leistungen verbleibt.

8.1.2 Die Flexibilität, mit der die Kommunen das Instrument der ÖPP nutzen können, muss erhalten bleiben. Aus diesem Grundsatz ergeben sich folgende Forderungen im Einzelnen:

- Der Ausschuss für Finanzen und Kommunalwirtschaft lehnt einen gemeinschaftlichen Rechtsakt zur Festlegung eines Verfahrensrahmens für die Konzessionsvergabe ab.
- Sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene muss sichergestellt werden, dass die Regelungen des Vergaberechts und zu Dienstleistungskonzessionen die kommunale Zusammenarbeit nicht beeinträchtigen.
- Für die Beauftragung kommunaler Unternehmen und Einrichtungen der kommunalen Zusammenarbeit mit lokalen Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, durch die der Binnenmarkt nur unwesentlich beeinträchtigt wird, sollte eine Freistellungsregelung von den Vorschriften für die Vergabe von Leistungsaufträgen und -konzessionen geschaffen werden.

#### **8.2 Begründung:**

##### **8.2.1 Inhalte des Grünbuchs**

Am 30. April 2004 hat die Europäische Kommission ein Grünbuch mit dem Titel „Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen“ veröffentlicht. Sie verwendet statt des bei uns gängigen Kürzels PPP die Abkürzung ÖPP. Für den Begriff der öffentlich-privaten Partnerschaft gibt es keine gemeinschaftsweit geltende

Definition. Der Terminus bezieht sich im Allgemeinen auf Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zwecks Finanzierung, Bau, Renovierung, Betrieb oder Unterhalt einer Infrastruktur oder die Bereitstellung einer Dienstleistung. Unter dem Begriff Konzession versteht die Kommission einen Vertrag, der von einem öffentlichen Auftrag nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Arbeiten oder die Dienstleistungen entweder nur in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes bzw. der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Im Gemeinschaftsrecht gibt es kein besonderes System für öffentlich-private Partnerschaften. Jede vertragliche oder unilaterale Maßnahme, mit der eine öffentliche Stelle die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit einem Dritten überträgt, muss vor dem Hintergrund der Regelung und Grundsätze betrachtet werden, die sich aus dem EG-Vertrag ergeben, insbesondere in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit.

Mit dem nun vorliegenden Grünbuch soll eine Diskussion über die Anwendung des Gemeinschaftsrechts für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf ÖPP angestoßen werden. Bei den ÖPP unterscheidet die Kommission zwei Grundvarianten: zum einen die ÖPP auf Vertragsbasis, auf denen die Partnerschaft zwischen öffentlichem und privatem Sektor nur auf vertraglichen Beziehungen basiert, und zum anderen die institutionalisierten ÖPP, bei denen die Zusammenarbeit zwischen öffentlichem und privatem Sektor innerhalb eines eigenständigen Rechtssubjekts erfolgt. Dabei soll es im Wesentlichen um die Regeln gehen, die nach der Entscheidung gelten, eine Aufgabe an einen Dritten zu übertragen. Es geht hier also um die Phase nach der wirtschaftlichen und organisatorischen Entscheidung einer lokalen oder nationalen Stelle und nicht um eine allgemeine Bewertung der Frage, ob die Bereitstellung von Dienstleistungen der öffentlichen Hand ausgelagert werden soll oder nicht; diese Entscheidung liegt im Ermessen der betreffenden staatlichen Stellen. Die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen sollen keinen Einfluss auf die Entscheidungen der Mitgliedsstaaten nehmen, eine öffentliche Dienstleistung selbst zu erbringen oder sie Dritten zu übertragen.

Das Grünbuch formuliert 22 Fragen, zu denen „interessierte Kreise“ bis zum 30.07.2004 Stellung nehmen können. Die Geschäftsstelle hat das Grünbuch einigen Mitgliedskommunen mit der Bitte um Bewertung zugesandt, um evtl. Anregungen für eine Stellungnahme bis Mitte Juli dem DStGB zur Verfügung zu stellen.

## 8.2.2 **Bewertung aus kommunaler Sicht**

- 8.2.2.1 Die Städte und Gemeinden in Deutschland praktizieren öffentlich-private Partnerschaften in vielfältiger Weise und Ausgestaltung. Dies bezieht sich sowohl auf die im Grünbuch angesprochenen vertraglichen ÖPP (z. B. Finanzierung von Hochbauten) als auch auf die institutionellen ÖPP (z. B. gemischt wirtschaftliche Versorgungsunternehmen). ÖPP sind eine der denkbaren Möglichkeiten zur Organisation der Aufgabenerfüllung der Kommunen.
- 8.2.2.2 Die Einschätzung der Europäischen Kommission wird geteilt, dass dabei jedoch stets für jedes einzelne Projekt bewertet werden muss, ob diese Art der Partnerschaft mit Privaten einen tatsächlichen Zusatznutzen gegenüber anderen Möglichkeiten bringt. Allerdings ist die Alternative zu diesen Partnerschaften nicht, wie die Kommission weiter ausführt, ausschließlich die Vergabe der Durchführung der kommunalen Aufgaben an private Dritte. Denn ganz überwiegend erfüllen die Städte und Gemeinden in Deutschland ihre Aufgaben selbst oder durch eigene Einrichtungen und Unternehmen. Der Darstellung in Rd-Nr. 3 des Grünbuchs muss

daher für die Kommunen in Deutschland ausdrücklich widersprochen werden. Sie nehmen nicht Abstand von ihrer Funktion als direkter Akteur und gehen nicht lediglich zur Organisation, Regulierung und Controlling der Erfüllung ihrer Aufgaben über. Die Kommunen erklären nicht die Gewährleistungskommune zu ihrem neuen Leitbild.

- 8.2.2.3 Auf Grund der von der Einschätzung der Kommission stark abweichenden tatsächlichen Organisation der kommunalen Aufgabenerfüllung in Deutschland haben die in dem Grünbuch getroffenen Aussagen und Fragestellungen für die Kommunen eine über den Bereich der ÖPP hinausgehende Bedeutung. Dies betrifft insbesondere die Erteilung von Dienstleistungskonzessionen. Soweit hier eine stärkere, an das bestehende Vergaberecht angelehnte, europäische Regelung vorgeschlagen wird, hätte dies sowohl Auswirkungen auf die Beauftragung eigener Einrichtungen und Unternehmen durch die Kommunen als auch auf die kommunale Zusammenarbeit. Schon die zurzeit durch die Kommission angewandte Auslegung des europäischen Primärrechts in Bezug auf Dienstleistungskonzessionen führt für die Kommunen zu erheblichen Problemen. Dies ist in letzter Zeit an zwei Beispielen besonders deutlich worden. In ihrer Stellungnahme vom 30. März 2004 (2000/4433 C (2004) 1202) hat die Europäische Kommission die Übertragung der Abwasserentsorgungspflicht einer Gemeinde auf einen Wasserverband, dem sie als Mitglied angehört, als Dienstleistungskonzession eingestuft, für deren Erteilung zuvor ein transparentes Vergabeverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Und auch das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in seinem Beschluss vom 5. Mai 2004 (VII VerG 78/03) das Vergaberecht auf Kooperationen zwischen Kommunen angewandt. Aussagen, die die Kommission mit Bezug auf ÖPP trifft, können aufgrund der vielfach betonten Neutralität des europäischen Rechts hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse an Unternehmen unschwer auch auf Öffentlich-Öffentliche-Partnerschaften Anwendung finden.

Vor diesem Hintergrund sind für den gesamten Regelungsbereich, der durch das Grünbuch angesprochen wird, folgende kommunale Positionen zu formulieren:

- Die Flexibilität, mit der die Kommunen das Instrument der ÖPP nutzen können, muss erhalten bleiben. Eine Überregulierung insbesondere mit Vorschriften des Vergaberechts würde die Attraktivität dieser Organisationsform für die Erfüllung kommunaler Aufgaben stark vermindern. Die Folge wäre, dass sich Kommunen entweder für eine reine Eigenerbringung oder für eine völlige Privatisierung entscheiden müssten. Ihre bisher bestehende Gestaltungsfreiheit würde eingeschränkt.
- Die Kommunen lehnen einen gemeinschaftlichen Rechtsakt zur Festlegung eines Verfahrensrahmens für die Konzessionsvergabe ab. Ein solcher Rechtsakt würde auch nach Angaben der Kommission (Rd-Nr. 36) weitestgehend der bestehenden Vergaberichtlinie für Dienstleistungsaufträge entsprechen. Dadurch entstünde aber die Gefahr, dass die Erteilung von Dienstleistungskonzessionen der Kommunen an ihre eigenen Unternehmen über Gebühr formalisiert und erschwert würde.
- Sowohl auf europäischer, als auch auf nationaler Ebene muss sichergestellt werden, dass die Regelungen des Vergaberechts und zu Dienstleistungskonzessionen die kommunale Zusammenarbeit nicht beeinträchtigen. Bei den in den Gesetzen der Länder geregelten Instrumenten dieser Zusammenarbeit handelt es sich lediglich um kommunale Organisationsfragen und nicht um die Erteilung einer Dienstleistungskonzession oder einen vergaberelevanten Dienstleistungsauftrag. Soweit dies schon jetzt durch nationale Gerichte anders bewertet wird, sind gesetzgeberische Klarstellungen erforderlich.

- Für die Beauftragung kommunaler Unternehmen und Einrichtungen der kommunalen Zusammenarbeit mit lokalen Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, durch die der Binnenmarkt nur unwesentlich beeinträchtigt wird, sollte eine Freistellungsregelung von den Vorschriften für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen und -konzessionen geschaffen werden. Dies entspräche der Lösung, die zurzeit durch den Vorschlag der Kommission für eine Freistellungsentscheidung im Bereich des europäischen Beihilferechts angestrebt wird. Mögliche Kriterien für die Vermutung einer nur unwesentlichen Beeinträchtigung des Binnenmarktes wären Schwellenwerte, die öffentliche Rechtsform des beauftragten Unternehmens oder der lediglich örtliche Bezug der Dienstleistung.