

Stellungnahme des BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V.

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Stand 30. April 2015) – AZ.270108/1

I. Einleitung:

Der BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. begrüßt den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (GWB-E) des BMWi grundsätzlich. Wir unterstützen das Vorhaben, die Struktur des deutschen Vergaberechts im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte einfacher und anwenderfreundlicher zu gestalten und den bürokratischen Aufwand zu verringern.

Mit großer Besorgnis sehen wir jedoch das Vorhaben des BMWi, die Umsetzung der Vergaberichtlinie (Richtlinie 2014/24/EU) dazu zu nutzen, kommunale Handlungsspielräume auszubauen. Insbesondere die konkrete Ausgestaltung der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts für öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors auf vertikaler Ebene (In-house-Vergabe) und horizontaler Ebene (öffentlich-öffentliche Kooperationen, sogenannte interkommunale Zusammenarbeit - IKZ) in § 108 GWB-E eröffnet die Möglichkeit des Missbrauchs und der Umgehung des Vergaberechts.

Sollte § 108 GWB-E im weiteren Gesetzgebungsverfahren unverändert bleiben, drohen weitere Beschränkungen des Wettbewerbs durch eine ausufernde kommunale Wirtschaftstätigkeit. Dies steht dem wesentlichen Ziel und Zweck der Vergaberichtlinie, das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb zu öffnen, entgegen.

Der BDE spricht sich daher ausdrücklich für eine einschränkende Konkretisierung der Ausnahmen in § 108 GWB-E aus. Diese ergibt sich auch aus der zwischenzeitlich bereits im Lichte der neuen europäischen Regelungen ergangenen obergerichtlichen Rechtsprechung.

26. Mai 2015

Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V.
Wirtschafts- und Arbeitgeberverband

BDE Berlin

Behrenstraße 29
10117 Berlin

Tel.: +49 30 590 03 35-0
Fax: +49 30 590 03 35-99

BDE Brüssel

Rue du Commerce 31
1000 Brüssel, Belgien

Tel.: +32 2 548 38-90
Fax: +32 2 548 38-99

www.bde.de
info@bde.de

Commerzbank
IBAN DE47 1208 0000 4051 0269 00
BIC DRESDEFF120
Konto 405 102 69 00
BLZ 120 800 00

USt-IdNr. DE 121 965 027
St.-Nr. 27 620 56593

Vereinsregister Nr. VR 22240 B

II. Im Einzelnen

1. Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit - § 108 GWB-E

Der BDE hat seine Besorgnis über die aktuellen Entwicklungen in Deutschland im Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit (IKZ) bereits im Vorfeld der Vorstellung des ersten Referentenentwurfs für ein Vergaberechtsmodernisierungsgesetz zum Ausdruck gebracht.

Wir möchten auch an dieser Stelle noch einmal betonen, dass die Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts für Inhouse-Vergaben und IKZ als Ausnahmen von der Regel eng auszugestalten sind. Die Bundesregierung hat im Bereich der nunmehr in § 108 GWB-E vorgesehenen Ausnahmen die Möglichkeit, die Ausnahmen im Sinne einer „*überschießenden Umsetzung*“ enger als in der Vergaberichtlinie auszugestalten.

Die sogenannte „*überschießende Umsetzung*“ der Vergaberichtlinie wäre im Bereich der Ausnahmen vom Anwendungsbereich für Inhouse-Vergaben und IKZ rechtlich zulässig, weil sie sowohl mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und der den AEUV konkretisierenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) als auch mit dem einschlägigen Sekundärrecht im Einklang stehen würde. Insbesondere würde eine verschärfte Umsetzung der Vergaberichtlinie im Bereich der Ausnahmen für Inhouse-Vergaben und IKZ dem in der Ermächtigungsgrundlage der Richtlinien verankerten Ziel, den Binnenmarkt zu verwirklichen, sowie dem in den Erwägungsgründen der Richtlinie festgehaltenen Ziel und Zweck der Richtlinie dienen, das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb zu öffnen.

Der BDE erinnert an dieser Stelle zudem daran, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge nach den Grundsätzen des AEUV zu erfolgen hat und der EuGH ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die von ihm entwickelten Kriterien, anhand deren geprüft wird, ob eine Ausschreibung zwingend ist oder nicht, auch für die Auslegung der betreffenden Grundregeln und allgemeinen Grundsätze des AEU-Vertrags gelten (EuGH, Urteil vom 09.12.2012 in der Rechtssache C-159/11 „Lecce“, Randnummer 24). Hierzu zählen insbesondere die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung von Wettbewerbern, wie auch die Transparenz der Tätigkeit der öffentlichen Hand. Zusätzlich müssen die im deutschen Haushaltsrecht fest verankerten Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Hand berücksichtigt werden. Gemeinsam sichern diese Eckpfeiler den fairen Leistungswettbewerb im deutschen Vergaberecht.

a) § 108 Abs. 6 GWB-E – Ausnahme für IKZ

Die eins-zu-eins Umsetzung der Ausnahme für öffentlich-öffentliche Kooperationen auf horizontaler Ebene mit einer Vielzahl an unbestimmten – und dehnbaren – Rechtsbegriffen wird der insbesondere im Entsorgungsbereich aber auch in vielen anderen Bereichen wie der IT, dem Bauwesen und Reinigungsdiensten bereits stark ausgeprägten Tendenz zur Re-

kommunalisierung weiter erheblichen Vorschub leisten, da rekommunalisierungs-willige Gebietskörperschaften die weiten und dehnbaren Ausnahmen für eine Umgehung des Vergaberechts und damit der Ausschreibungspflicht nutzen Auf der Basis des vorliegenden Entwurfs ist nach Einschätzung des BDE davon auszugehen, dass sich der ohnehin stark erkennbare Trend zur Rekommunalisierung weiter verstärken wird.

i. § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB-E

Die im Referentenentwurf gewählte Formulierung bringt noch nicht zum Ausdruck, dass es sich um eine „echte“ Zusammenarbeit mit gegenseitigen Rechten und Pflichten handelt. Es sollte klargestellt werden, dass dies, wie auch vom OLG Koblenz in seinem Beschluss vom 3. Dezember 2014 (Verg 8/14) erkannt, „mehr als bloße Leistungserbringung gegen Bezahlung“ sein muss.

Um einem Missbrauch in Form von „Schein-Zusammenarbeiten“ vorzubeugen, plädiert der BDE dafür, gleichwertige Leistungsbeiträge aller an der Kooperation beteiligten öffentlichen Auftraggeber im Sinne des vorstehenden Beschlusses zu fordern. Klargestellt werden sollte überdies, dass die betreffende Aufgabe den öffentlichen Auftraggebern gesetzlich zugewiesen sein muss (so z.B. von der Vergabekammer Baden-Württemberg entschieden, Beschluss vom 31. Januar 2012 – 1 VK 66/11). Andernfalls handelt es sich um einen klassischen Beschaffungsvorgang, der auszuschreiben ist.

Der BDE schlägt daher die folgende alternative Formulierung vor (Änderungen in rot):

„(6) Dieser Teil kommt ferner nicht zur Anwendung bei Verträgen, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 geschlossen werden, wenn

*1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, **die über die bloße Leistung gegen Bezahlung hinausgeht, indem gleichwertige Leistungsbeiträge im Rahmen der Übernahme wechselseitiger Rechte und Pflichten vereinbart werden,** um sicherzustellen, dass die ~~von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen~~ **den öffentlichen Auftraggebern von Gesetzes wegen zugewiesenen Aufgaben** im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,“*

ii. § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB-E

Im Gesetz sollte klargestellt werden, dass die IKZ ausschließlich von Überlegungen des öffentlichen Interesses bestimmt sein darf. Der BDE hat daher bereits in seinem Eckpunktepapier vom 18. Dezember 2014 die Übernahme der im Erwägungsgrund 33 der Vergabe-

richtlinie verwendeten Formulierung gefordert (d. h. Streichung der Wendung „im Zusammenhang“ in § 108 Abs. 6 Nr. 2).

Über den Richtlinien text hinaus sollten die vom EuGH in seiner Rechtsprechung (Urteile vom 09.06.2009 in der Rechtssache C-480/06 „Stadtreinigung Hamburg“, vom 09.12.2012 in der Rechtssache C-159/11 „Lecce“ und vom 13.06.2013 in der Rechtssache C-386/11 „Piepenbrock“) herausgearbeiteten Aspekte des „öffentlichen Interesses“ aufgegriffen werden, die die Zusammenarbeit im Rahmen einer öffentlich-öffentlichen Kooperation näher erläutern.

Der BDE schlägt daher folgende alternative Formulierung für § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB-E vor (Änderungen in rot):

„2. die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen ~~im Zusammenhang mit dem~~ des öffentlichen Interesses bestimmt wird. Das beinhaltet, dass kein privates Unternehmen durch die Zusammenarbeit besser gestellt wird, die Zusammenarbeit nicht von kommerziellen Erwägungen bestimmt ist, keine über die reine Kostenerstattung für die jeweiligen Leistungsbeiträge hinausgehenden Finanztransfers erfolgen und mit der Zusammenarbeit die Übernahme von gegenseitigen Rechten und Pflichten verbunden ist.“

In der Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB-E (S. 98) sollte zudem der Begriff „Finanztransfers“ ersetzt werden durch den Begriff „Kostenerstattungen“.

„[...] Dies gilt insbesondere auch für etwaige Finanztransfers Kostenerstattungen zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern.“

iii. § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB-E

§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB-E spricht von Tätigkeiten, die im offenen Markt erbracht werden. Dieser Begriff ist nicht näher definiert und erscheint systemfremd. Er ist darüber hinaus irreführend, da er suggeriert, dass es auch einen geschlossenen Markt gibt. Im GWB wird an anderer Stelle nur vom Markt gesprochen. Dies sollte auch hier der Fall sein.

Im Hinblick auf den in § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB-E enthaltenen Schwellenwert (weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten) fordert der BDE die Klarstellung, dass davon auch Drittbeteiligungen umfasst sein müssen. Analog zu § 138 Abs. 2 GWB sollten daher auch Umsätze der Tochter- und Beteiligungsgesellschaften berücksichtigt werden. Andernfalls droht die 80-Prozent-Klausel durch zielgerichtete Auslagerungen von Umsätzen in rechtlich eigenständige Tochtergesellschaften ins Leere zu laufen.

Der BDE schlägt daher die folgende alternative Formulierung für § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB-E vor (Änderungen in rot):

*„ 3. die öffentlichen Auftraggeber, **einschließlich ihrer Tochter- und Beteiligungsgesellschaften**, auf dem ~~offenen~~ Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten **gegenüber Dritten** erbringen, ~~die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind.~~“*

b) § 108 Abs. 1 GWB-E – Ausnahme für Inhouse-Vergabe

Wie bei der Ausnahme für IKZ in § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB besteht auch im Rahmen von § 108 Abs. 1 GWB-E die Notwendigkeit der Einbeziehung der Drittumsätze von Tochterunternehmen.

Entsprechend der Bemessung der Prozentwerte in § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB-E sollte hier eine Verbundklausel gewählt werden, da sonst Drittumsätze auf Tochter- und Beteiligungsgesellschaften ausgelagert werden könnten.

Der BDE schlägt daher folgende alternative Formulierung für § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E vor (Änderungen in rot):

*„2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person, **einschließlich ihrer Tochter- und Beteiligungsgesellschaften**, der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und“*

c) Einführung einer Allgemeinklausel, § 108 Abs. 1 Nr. 4 und § 108 Abs. 6 Nr. 4 GWB-E

Der BDE kritisiert, dass im GWB-E keine ausdrücklichen Regelungen enthalten sind, wonach die Nichtbeachtung kommunalrechtlicher Vorgaben bei der vergaberechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit von Kooperationen zu berücksichtigen wäre. Viele im Kommunalrecht allgemein gültige Regeln (wie beispielsweise das Subsidiaritätsprinzip) werden daher in der Praxis bei der Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nach § 108 GWB-E nicht berücksichtigt.

Tatsächlich dürften jedoch die kommunalrechtlichen Grundsätze der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit häufig entgegenstehen. Der BDE beobachtet aber immer wieder, dass Rekommunalisierungen auch in Kenntnis einer daraus folgenden Kostensteigerung durchgesetzt werden.

Wir fordern daher, diesen offensichtlichen Mangel durch die Einfügung einer ergänzenden klarstellenden Klausel in § 108 Abs. 1 und § 108 Abs. 6 GWB-E zu beheben und schlagen folgende Formulierung für § 108 Abs. 1 Nr. 4 und § 108 Abs. 6 Nr. 4 GWB-E vor:

„4. der Zusammenarbeit keine sonstigen gesetzlichen Vorgaben entgegenstehen, insbesondere keine Vorschriften der einschlägigen Gemeindeordnungen und Kommunalabgabengesetze.“

2. Begriff des Öffentlichen Auftrags

Vor dem Hintergrund der aktuellen vergaberechtlichen Rechtsprechung des OLG Celle (Beschluss vom 17. Dezember 2014, 13 Verg 3/13) sollte in § 103 GWB-E klargestellt werden, dass Zweckvereinbarungen ebenfalls öffentliche Aufträge sein können. Anderenfalls droht eine Ausweitung der Umgehung des Vergaberechts mittels Zweckvereinbarung.

§ 103 Abs.1 GWB-E sollte daher wie folgt ergänzt werden (Änderungen in rot):

*„(1) Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge **und Zweckvereinbarungen** zwischen öffentlichen Auftraggebern oder [...]“.*

3. § 121 Abs. 1 GWB-E – Unzulässigkeit von unzumutbaren Bedingungen für Bieter

Der BDE regt an, in § 121 Abs. 1 GWB-E eine Vorschrift aufzunehmen, wonach für den Bieter unzumutbare Bedingungen unzulässig sind. Unzumutbare Bedingungen sind in der Praxis ein häufig auftretendes Problem. Der Bedarf für die Einführung einer Regelung zur Beendigung der in den vergangenen Jahren immer häufiger vorgekommenen Praxis besteht schon unabhängig von der Umsetzung der Vergaberichtlinie.

Es wird vorgeschlagen, folgende Formulierung als Satz 3 in § 121 Abs. 1 GWB-E einzufügen:

*„**Dem Bieter dürfen keine unzumutbaren Bedingungen aufgebürdet werden.**“*

4. § 132 Abs. 6 GWB-E

Der BDE fordert weiterhin, dass eine klarstellende Vorschrift neu in den Referentenentwurf aufgenommen werden sollte, wonach der Wegfall der Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts, also der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nach § 108 Absätze 1-8 GWB-E, zwingend zur Ausschreibungspflicht führt. Dies spiegelt die geltende Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Inhouse-Vergabe wider und sollte im Prozess einer Kodifizierung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts für Inhouse-Vergaben und interkommunale Zusammenarbeit nicht fehlen.

Eine entsprechende Klarstellung sollte als § 132 Abs. 6 GWB-E in den Referentenentwurf aufgenommen werden.

5. Ergänzung eines § 108 Abs. 9 GWB-E

Der BDE plädiert für die Einführung einer ex-post-Transparenz für Inhouse-Vergaben und interkommunale Zusammenarbeit. Öffentliche Aufträge, die im Wege der Inhousevergabe und der interkommunalen Zusammenarbeit vergeben werden, müssen in der Praxis tatsächlich nachprüfbar sein. Hierfür sind Transparenz und die sinnvolle Gestaltung von Fristen zur Nachprüfung unverzichtbar. An anderer Stelle sieht der Gesetzesentwurf eine Veröffentlichungspflicht für den Fall der ausschreibungsfreien Leistungsbeauftragung vor. So müssen Änderungen des Vertrages gem. § 132 Abs. 5 GWB-E bekannt gemacht werden.

Wettbewerber müssen die Möglichkeit zur Überprüfung bekommen, ob die Voraussetzungen für eine ausschreibungsfreie Auftragsvergabe tatsächlich vorgelegen haben. Die Grundsätze der Transparenz und Fairness gebieten es deshalb, dass potenzielle Wettbewerber über entsprechende Vertragsschlüsse in Kenntnis gesetzt werden. Sie sollten im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht werden.

„öffentliche Auftraggeber, die aufgrund einer Ausnahme von der Pflicht zur Ausschreibung gem. § 108 Abs. 1 oder 6 Gebrauch gemacht haben, sind verpflichtet dies binnen 30 Tagen nach Vertragsschluss im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

6. § 124 GWB-E

Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass die in § 124 aufgeführten Regelbeispiele nur zu einem Ausschluss berechtigen, wenn im Rahmen einer Prognoseentscheidung festgestellt wird, dass aufgrund der Verstöße die Zuverlässigkeit auch in der Zukunft nicht gegeben ist. Dies sollte zwingend auch im Gesetzestext festgelegt werden. Andernfalls kann ein Ausschluss auch allein mit dem Sanktionsgedanken (rückwärtsgerichtete Betrachtung) begründet werden.

Am Ende des § 124 sollte daher folgende Klarstellung aufgenommen werden:

„und sich daher das Unternehmen auch zukünftig für die Auftrags Erfüllung als ungeeignet erweist.“

§ 124 Nr. 4 GWB-E

Mit seinem jetzigen Wortlaut gestattet der § 124 Nr. 4 den Ausschluss, ohne dass ein „Nachweis“ hinsichtlich des Verstoßes geführt werden muss. In den übrigen Fällen (Nr. 1 und 2) wird hingegen ein Nachweis verlangt. Für die Ungleichbehandlung besteht kein Grund. Auch in § 124 Nr. 4 sollte daher von „nachweislich“ gesprochen werden und nicht von „hinreichenden Anhaltspunkten“. Zumindest sollte die Formulierung aus der Richtlinie „hinreichend

plausible Anhaltspunkte“ verwendet werden. Eine Begründung, warum vom Wortlaut der Richtlinie abgewichen wird, ist dem Referentenentwurf nicht zu entnehmen.

7. §133 GWB-E

Der BDE plädiert dafür, bei der Umsetzung des Kündigungsrechtes zu Gunsten des öffentlichen Auftraggebers auch die Rechtsfolgen einer solchen Kündigung zu normieren. In den Fällen des § 133 Abs. 1 und 3 muss dem gutgläubigen Auftragnehmer ein Anspruch auf Kompensation zugestanden werden. Der Kompensationsanspruch sollte die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen umfassen.

Diese Forderung begründet sich darin, dass der unmittelbare Adressat des Vergaberechts der Auftraggeber ist. Dieser muss prüfen und entscheiden, ob eine Vertragsänderung neu auszuschreiben ist. Diese Aufgabe und Entscheidung darf er nicht auf den Auftragnehmer abwälzen. Wenn also der öffentliche Auftraggeber eine Änderung beabsichtigt, dürfen dem Auftragnehmer, der auf die Wirksamkeit der Vertragsverlängerung vertrauen darf und muss, auch keine Nachteile erwachsen, wenn der Auftraggeber aufgrund einer falschen rechtlichen Bewertung im Nachhinein gezwungen ist, den Vertrag vorzeitig zu kündigen. Dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ würde durch Gewährung eines Kompensationsanspruchs soweit wie möglich Geltung verschafft.

§ 133 Nr. 1 GWB-E

Im Falle des § 133 Nr. 1 sollte präzisiert werden, dass sich das Kündigungsrecht nur auf die Vertragsänderung bezieht. Es wäre nach Auffassung des BDE unbillig und stünde ebenfalls im Widerspruch zu verfassungsmäßigen Grundrechten, wenn ein Vergabefehler des öffentlichen Auftraggebers zu einem Kündigungsrecht des Ausgangsvertrages führt. Zumindest bedarf es eines Kompensationsanspruches (nachfolgend in § 133 GWB-E).

III. Problem der Rekommunalisierung

Die oben unter II. 1 geforderte einengende Konkretisierung der Ausnahmen vom Anwendungsbereich für Inhouse-Vergaben und IKZ durch eine „überschießende Umsetzung“ der Vergaberichtlinie in einem deutschen Vergaberechtsmodernisierungsgesetz ist aus handfesten praktischen, wirtschaftspolitischen und marktbezogenen Gründen notwendig.

Gerade im deutschen Entsorgungssektor, aber nicht nur dort, finden seit geraumer Zeit gravierende, von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern unter Berufung auf die Daseinsvorsorge verursachte Beschränkungen des Wettbewerbs statt, indem vermehrt Dienstleistungsmärkte rekommunalisiert und damit monopolisiert werden. Insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen, das Rückgrat der europäischen Wirtschaft, wer-

den vermehrt durch öffentlich-rechtliche Einrichtungen, wie kommunale Eigenbetriebe und Zweckverbände, von den Märkten für die Entsorgung von Haushaltsabfällen verdrängt.

Ein sehr prägnantes, aktuelles Beispiel liegt der bereits erwähnten Entscheidung des OLG Koblenz vom 3. Dezember 2014 (Verg 8/14) zugrunde.

Das OLG Koblenz hatte mit seinem Beschluss über eine sofortige Beschwerde eines privaten Entsorgungsunternehmens gegen eine Zweckvereinbarung zweier Landkreise zu entscheiden, gemäß der ein Landkreis die Behandlung und Verwertung der Bioabfälle auf einen anderen Landkreis delegierte. Die Zweckvereinbarung sah eine Laufzeit von zwölf Jahren vor und sollte am 1. Januar 2016 in Kraft treten. Der die Behandlung und Verwertung der Bioabfälle übernehmende Landkreis sollte für den Eintritt in die Pflichten und Zuständigkeiten des Vertragspartners einen Jahresdeckungsbeitrag erhalten.

Bislang hatte das private Entsorgungsunternehmen in dem betreffenden Landkreis im Auftrag dieses Landkreises, der öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger ist, die Bioabfälle entsorgt. Das private Entsorgungsunternehmen hatte seinerzeit eine unionsweite Ausschreibung gewonnen und entsorgte die Bioabfälle seither in einem ihm gehörenden Kompostwerk. Der zugrunde liegende Dienstleistungsauftrag sah eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2015 vor. Von einer im Auftrag enthaltenen Verlängerungsoption wollte der Landkreis als Auftraggeber jedoch keinen Gebrauch machen, sondern schloss stattdessen die in Rede stehende Zweckvereinbarung mit dem anderen Landkreis ab.

Das private Entsorgungsunternehmen war der Ansicht, der Inhalt der Zweckvereinbarung sei ein unionsweit auszuschreibender „normaler“ Dienstleistungsauftrag, während sich die beiden Landkreise darauf beriefen, es handle sich um eine vergaberechtsfreie horizontale Zusammenarbeit zweier kommunaler Gebietskörperschaften. Die sofortige Beschwerde hatte Erfolg. Das OLG Koblenz untersagte dem Landkreis, die Behandlung und Verwertung der Bioabfälle ohne förmliche Ausschreibung an einen anderen Landkreis zu vergeben. Das OLG Koblenz führte aus, dass die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger die ihnen zufallende Aufgabe der Abfallentsorgung nicht „eigenhändig“ erfüllen müssen, sondern die Dienste von auf dem Markt tätigen und untereinander im Wettbewerb stehenden Wirtschaftsteilnehmern in Anspruch nehmen können. Das Gericht betonte, dass die Durchführung der Abfallentsorgung eine marktfähige Leistung ist, die grundsätzlich im Wettbewerb nach den Regeln des Vergaberechts zu vergeben ist.

Zudem zeigen zahlreiche im Jahr 2014 veröffentlichte Expertengutachten, dass die Umgehung des fairen Leistungswettbewerbs durch Ausnahmen für Kommunen ein zunehmendes Problem darstellt. So hat beispielsweise die Monopolkommission in ihrem 20. Hauptgutachten deutlich Stellung zur ausufernden wirtschaftlichen Betätigung der kommunalen Hand bezogen und mehr Wettbewerb angemahnt. Mit der Kritik an der Rekommunalisierung steht die Monopolkommission nicht alleine. Auch das Deutsche Steuerzahlerinstitut hat im April

2014 eine Studie unter dem Titel: „Staat vor Privat? Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit“ veröffentlicht, in der es die ausufernde wirtschaftliche Betätigung des Staates kritisiert und auf damit einhergehende wirtschaftliche Risiken aufmerksam macht. Ebenso argumentiert auch das Bundeskartellamt (Hintergrundpapier: „Der Staat als Unternehmer – (Re-)Kommunalisierung im wettbewerbsrechtlichen Kontext“, Oktober 2014).

Schließlich hat auch die Bundesregierung selbst in ihrer kürzlich veröffentlichten Stellungnahme zum 20. Hauptgutachten der Monopolkommission (Drs. 18/4721) das Problem erkannt und festgestellt, dass im Bereich der Entsorgung von Siedlungsabfällen und insbesondere Hausmüll seit einigen Jahren ein deutlicher Anstieg der Betätigung kommunaler Unternehmen zu verzeichnen ist, wobei sich kommunale Unternehmen auf die gewinnträglicheren dicht besiedelten Gebiete konzentrieren (siehe Rdnr. 1288). So empfiehlt die Bundesregierung, Wettbewerb zwischen kommunalen Entsorgern und privaten Entsorgern von Hausmüll zu schaffen (siehe Rdnr. 1301-1305) und für den Bereich der gewerblichen Sammlungen keine Priorisierung kommunaler Sammlungen vorzunehmen (Rdnr. 1324-1327).

Diesen Feststellungen der Bundesregierung läuft die weite Ausgestaltung der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts für Inhouse-Vergaben und IKZ in § 108 GWB-E zuwider.

IV. Vergleich zum Steuerrecht

Der BDE weist darauf hin, dass die vorgesehene vergaberechtliche Privilegierung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit im Widerspruch zu ihrer steuerrechtlichen Bewertung steht. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat die wettbewerbsverzerrende Wirkung öffentlich-öffentlicher Kooperationen erkannt und steuerrechtlich entsprechend gewürdigt.

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat in seinem Urteil vom 10. November 2011 (V R 41/10) entschieden, dass nachhaltig und gegen Entgelt erbrachte Leistungen der öffentlichen Hand nicht nur dann der Umsatzsteuer unterliegen, wenn diese Tätigkeiten auf zivilrechtlicher Grundlage ausgeführt werden, sondern auch dann, wenn sie auf öffentlich-rechtlicher Grundlage, jedoch im Wettbewerb zu Privaten, ausgeführt werden. Im Hinblick auf den Begriff des Wettbewerbs hat der BFH unmissverständlich klargestellt, dass für die Wettbewerbsbeurteilung nicht nur der gegenwärtige, sondern auch der potentielle Wettbewerb zu berücksichtigen ist.

Weiterhin ist im Zusammenhang mit der Privilegierung von öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit die Klarstellung des Bundesfinanzhofs von besonderem Interesse, dass auch sogenannte Beistandsleistungen, die zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts erbracht werden, steuerpflichtig sind, sofern es sich um Leistungen handelt, die auch von Privatanbietern erbracht werden können.



BDE

Kreislauf. Wirtschaft. Zukunft.

Die den Aspekt des freien und fairen Wettbewerbs in gebotenem Maße berücksichtigenden steuerrechtlichen Wertungen des BFH bieten ein weiteres Argument für eine engere Konkretisierung der in § 108 GWB-E vorgesehenen Ausnahmen vom Anwendungsbereich für Inhouse-Vergaben und insbesondere die interkommunale Zusammenarbeit.

Ihre Ansprechpartner:

Hans-Martin Helbig
helbig@bde.de

Matthias Pflüger
pflueger@bde.de