

Entscheidungsbesprechung:

Oberlandesgericht Düsseldorf kippt Dienstleistungskonzession in die Abfalltonne

Von Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper und Rechtsanwalt Dr. Tobias Czepull, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

Fein ausgedacht! Um sich den strengen Vorgaben des Vergaberechts entziehen zu können, schloss eine nordrhein-westfälische Stadt mit einer eigens von ihr gegründeten Gesellschaft einen „Konzessionsvertrag“. Bei der Vergabe sogenannter „Dienstleistungskonzessionen“ müssen nämlich nur minimale vergaberechtliche Vorgaben beachtet werden, um nicht erfolgreich vor der Vergabekammer oder vor Gericht beanstandet werden zu können. „So nicht“, entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Beschluss vom 19.10.2011 (Az.: VII-Verg 51/11). Das Gericht führte aus, dass gesetzliche Vorgaben einer Auftragsvergabe als Dienstleistungskonzession entgegenstehen können.

Immer häufiger lassen Städte und Gemeinden ihre Aufgaben von privaten Unternehmen erfüllen. Sie erhoffen sich davon, den gemeindlichen Haushalt zu entlasten. Oftmals gründen die Kommunen diese Unternehmen auch selbst und einzig mit dem Zweck, ihre Obliegenheiten von diesen Gesellschaften erfüllen zu lassen. Auch in einem Rechtsstreit, den das Oberlandesgericht Düsseldorf kürzlich zu entscheiden hatte, war dies so: Die nordrhein-westfälische Stadt V. gründete eine Gesellschaft und schloss mit ihr einen „Konzessionsvertrag“. Der Vertrag sah vor, dass die Gesellschaft Abfälle einsammelt und anschließend dem Landkreis überlässt. Das Abfallunternehmen sollte für seine Dienstleistungen direkt von den Bürgern bezahlt werden. Nach dem Vertrag beauftragte die Stadt V. die Abfallgesellschaft zwar mit der Erfüllung dieser Aufgaben. Gegenüber den Bürgern sollte sie jedoch für die Aufgabenerledigung in der Verantwortung bleiben. Die gegründete Gesellschaft sollte die Abfallentsorgung also nicht verantwortlich übernehmen, sondern der Stadt V. lediglich bei der Erfüllung ihrer Pflichten behilflich sein. „Unzulässig!“, befand der Antragsteller des gerichtlichen Verfahrens. Das Oberlandesgericht Düsseldorf schloss sich dessen Auffassung an und stellte fest, dass die Stadt V. die Aufgabe der Abfallbeseitigung nicht als Dienstleistungskonzession vergeben durfte.

Die Stadt V. und die Abfallgesellschaft schlossen bewusst einen Konzessionsvertrag. Ausweislich städtischer Beratungsunterlagen wollten sie dadurch die strengen Vorgaben des Vergaberechts umgehen. Anders als bei einem „Dienstleistungsauftrag“ muss die auftraggebende Stadt bei der Vergabe einer „Dienstleistungskonzession“ nämlich nicht die strengen Vorschriften des Vergaberechts beachten. Doch worin unterscheiden sich eigentlich Dienstleistungsaufträge von Dienstleistungskonzessionen?

Des Pudels Kern steckt in der Frage: „Von wem bekommt der Abfallunternehmer sein Geld?“. Von einer Dienstleistungskonzession spricht man, wenn die Gegenleistung für die Erbringung einer Dienstleistung in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht und der Konzessionär das wesentliche Betriebsrisiko übernimmt. Konkret bedeutet dies, dass das Abfallunternehmen nicht von der Stadt als Auftraggeberin für die Erfüllung seiner Dienste bezahlt wird, sondern dass er von ihr das Recht bekommt, von den Bürgern Entgelte für die Müllbeseitigung erheben zu dürfen. So lag der Fall hier. Die Abfallgesellschaft sollte nicht von der Stadt V. bezahlt werden, sondern das Recht bekommen, Entgelte von

den Nutzern zu erheben. Hätten die Stadt V. und die Gesellschaft stattdessen einen Dienstleistungsauftrag geschlossen, so müssten die Bürger ihre Gebühren weiterhin an die Stadt zahlen. Diese wiederum hätte ein Entgelt an die Abfallgesellschaft zu entrichten.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf entschied nun, dass es den Städten und Gemeinden nicht immer frei steht, ob sie einen Auftrag als Dienstleistungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession vergeben dürfen. Deshalb können sich die Kommunen auch nicht eigenmächtig den strengen vergaberechtlichen Vorschriften entziehen, indem sie ihre Aufträge als Dienstleistungskonzessionen vergeben. Vielmehr könne sich aus den jeweils geltenden Fachgesetzen – hier aus dem Abfallrecht – ergeben, wie der Auftrag zu vergeben sei. Vielen Kommunen dürfte diese Entscheidung missfallen, machen sie doch nur zu gern von der Möglichkeit Gebrauch, Aufträge als Dienstleistungskonzessionen zu vergeben. Hintergrund dafür ist, dass das Vergaberecht an die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen und Dienstleistungsaufträgen unterschiedlich Voraussetzungen stellt. Zwar rüttelt die Europäische Kommission deutlich vernehmbar an den vergaberechtlichen Vorzügen der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen und möchte die strengen Vorgaben des Verga-

berechts auch auf diese erstrecken. Erst kürzlich stellte sie ihren Entwurf einer Konzessionsrichtlinie vor, wonach auch Dienstleistungskonzessionen den strengen vergaberechtlichen Bestimmungen unterliegen können. Noch ist es aber so, dass bei deren Vergabe nur allgemeine Prinzipien des Vergaberechts, wie die Transparenz der Vergabe, die Gleichbehandlung der Bieter und die Eröffnung von Wettbewerb zu beachten sind. Deshalb erscheint diese Form der Auftragsvergabe vielen Städten und Gemeinden attraktiv.

In dem vom Oberlandesgericht entschiedenen Fall musste die Stadt V. die Abfallbeseitigung als Dienstleistungsauftrag vergeben. Die Vergabe als Dienstleistungskonzession war verboten. Doch warum? Entscheidend war, dass die Verantwortung für die Abfallbeseitigung bei der Stadt V. verbleiben sollte. Dies schließt die Vergabe eines Auftrags in Form einer Dienstleistungskonzession aus. Denn wenn das Abfallunternehmen nur als Gehilfe der Stadt tätig wird, dann entstehen zwischen ihm und dem Bürger keine Rechtsbeziehungen. Nicht jedes Mal, wenn ein Unternehmen dem Bürger gegenüber als Dienstleister auftritt, besteht eine rechtliche Beziehung zwischen dem Bürger und der Abfallgesellschaft. So war es auch hier nicht. Deshalb hatte auch allein die Stadt V. als entsorgungspflichtige Stelle das Recht, von den Nutzern ein Entgelt zu verlangen. Bloßen Gehilfen steht diese Befugnis nicht zu, wenn das nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist. Wie dargelegt, ist es aber gerade das Wesen einer Dienstleistungskonzession, dass das beauftragte Unternehmen das Recht zur Verwertung seiner Dienstleistung erlangt, er also

insbesondere Entgelte erheben darf. Fehlt dem Abfallunternehmen also die rechtliche Befugnis Entgelte zu erheben, ist die Auftragsvergabe in Form einer Dienstleistungskonzession ausgeschlossen. Dass von der Stadt beauftragte Abfallunternehmen keine Entgelte erheben dürfen, belegt auch das nordrhein-westfälische Landesabfallrecht. Denn nach dem Landesabfallgesetz hat die entsorgungspflichtige Stelle, im vorliegenden Fall also die Stadt V., eine Gebührensatzung zu erlassen. Dies ist typisch für eine hoheitliche Erhebung von Müllgebühren und spricht gegen die Annahme, dass ein Abfallunternehmen privatrechtliche Entgelte verlangen darf. Privatrechtliche Abfallunternehmer dürfen nur dann Gebühren erheben, wenn sie von den Städten oder Gemeinden die Aufgabe der Abfallbeseitigung komplett übertragen bekommen und sie daher gegenüber den Bürgern verantwortlich für die Erfüllung dieser Aufgabe sind. Das von der Stadt und dem Abfallunternehmen gewählte Konstrukt eines Konzessionsvertrages erwies sich demnach als unzulässig. Nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf müssen sich die Städte und Kommunen also entscheiden: Wenn sie ein Abfallunternehmen nur als Gehilfen bei der Abfallbeseitigung einsetzen wollen, dann dürfen sie den Auftrag nicht als Dienstleistungskonzession vergeben. Diese Möglichkeit besteht nur noch dann, wenn sie den Bereich der Abfallentsorgung einem Unternehmen übertragen, das auch gegenüber den Bürgern als Aufgabenträger verantwortlich ist. Für die Zukunft bleibt abzuwarten, auf welche Weise sich die Kommunen privater Dritter bedienen werden, wenn sie diese im Rahmen der Abfallbeseitigung einschalten.