

Dienstleistungsauftrag oder -konzession Betreibermodell auf dem Prüfstand

RA Janko GEBNER

EuGH-Urteil: Betreibermodelle oder andere Konzessionsarten müssen weiterhin nicht im förmlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben werden.



Der Europäische Gerichtshof traf eine wichtige Entscheidung für Wasser- und Abwasserwirtschaft.

Foto: Andritschke

Mit Spannung, teilweise auch mit Besorgnis, wurde das jüngst ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zur Dienstleistungskonzession im Bereich der Wasser- und Abwasserwirtschaft erwartet /1/. Die Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession scheint auf den ersten Blick vor allem rechtstheoretisch von Bedeutung zu sein, gewinnt aber bei näherer Betrachtung gehörig an Gewicht. Wer die vergaberrechtliche Rechtsprechung verfolgt, weiß, dass schon des Öfteren eine Jahrzehnte lang geübte Praxis „quasi über Nacht“ als vergaberechtswidrig angesehen wurde. Auch die Wasser- und Abwasserwirtschaft sah sich nach der negativen Entscheidung einer Vorinstanz einem solchen Risiko ausgesetzt. Worum ging es?

Auf dem Prüfstand beim EuGH stand das so genannte Betreibermodell in der Wasser- bzw. Abwasserwirtschaft. Bei

diesem Modell übernimmt ein privater Partner auf Basis eines Betreibervertrags die operative Betriebsführung und die Investitionsverantwortung für die Anlagen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung (Neu- und Ersatzinvestitionen). Einzig das Anlagevermögen verbleibt im Eigentum des Aufgabenträgers. Der private Partner als Betreiber erbringt seine Leistungen gegenüber den jeweiligen Wasser- und Abwasserkunden als Nutzer im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Er trägt die wirtschaftliche Verantwortung. Allerdings unterliegen die Nutzer regelmäßig einem Anschluss- und Benutzungszwang und der Betreiber hat seine Entgeltkalkulation an den öffentlich-rechtlichen Vorgaben auszurichten.

Vergabe ohne förmliches Verfahren

Im zu entscheidenden Fall suchte der Aufgabenträger –

ein Wasser- und Abwasserzweckverband in Thüringen – im Rahmen eines solchen Modells nach einem privaten Betreiber. Die Auswahl des zu beauftragenden Betreibers geschah allerdings nicht in einem Vergabeverfahren auf der Grundlage des geltenden Vergaberechts nach § 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), sondern in einem „nicht förmlichen“ Auswahlverfahren. Ein Unternehmen rügte den Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren. Es trug vor, dass es sich bei dem in Rede stehenden Betreibermodell um einen Dienstleistungsauftrag handle, der den Regelungen des Vergaberechts unterworfen sei. Der Aufgabenträger wandte ein, dass es sich um eine – nicht vergaberrechtspflichtige – Dienstleistungskonzession handle. Die Vergabekammer Thüringen gab dem Antrag des Unternehmens zunächst statt und verpflichtete den Aufgabenträger ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchzuführen. Das Oberlandesgericht Thüringen als angerufener Beschwerdesenat wiederum hielt dies nicht für zutreffend und legte die Sache dem EuGH vor /2/. Er sollte klären, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession handelt.

Nun mag diese Entscheidung zunächst nur für den Vergaberechter interessant klingen; tatsächlich hat sie jedoch erhebliche praktische Auswirkungen. Dienstleistungsaufträge werden in einem formalisierten Vergabeverfahren vergeben. Überschreitet der Auftragswert den europarechtlichen Schwellenwert von 206.000,00 €, hat ein europaweites Vergabeverfahren stattzufinden. Auch können gegen die Entscheidungen des Auftraggebers die Vergabekammer bzw. der Vergabesenat beim Oberlandesgericht angerufen werden. Diese können Rechtsschutz vermitteln, wenn der Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilt werden soll. Dienstleistungskonzessionen werden dagegen in einem nicht förmlichen Verfahren beauftragt; für sie gilt das Vergaberecht nicht. Dienstleistungskonzessionen sind von der Geltung der §§ 97 ff. GWB, der Vergabeverordnung und der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) von vornherein vollständig ausgenommen. Auch eine Anrufung der Vergabekammer und des Vergabesenats ist unzulässig. Zwar unterliegt die Vergabe einer Dienstleistungskonzession den Grundregeln des EG-Vertrages, insbesondere dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen

träger ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchzuführen. Das Oberlandesgericht Thüringen als angerufener Beschwerdesenat wiederum hielt dies nicht für zutreffend und legte die Sache dem EuGH vor /2/. Er sollte klären, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession handelt. Nun mag diese Entscheidung zunächst nur für den Vergaberechter interessant klingen; tatsächlich hat sie jedoch erhebliche praktische Auswirkungen. Dienstleistungsaufträge werden in einem formalisierten Vergabeverfahren vergeben. Überschreitet der Auftragswert den europarechtlichen Schwellenwert von 206.000,00 €, hat ein europaweites Vergabeverfahren stattzufinden. Auch können gegen die Entscheidungen des Auftraggebers die Vergabekammer bzw. der Vergabesenat beim Oberlandesgericht angerufen werden. Diese können Rechtsschutz vermitteln, wenn der Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilt werden soll. Dienstleistungskonzessionen werden dagegen in einem nicht förmlichen Verfahren beauftragt; für sie gilt das Vergaberecht nicht. Dienstleistungskonzessionen sind von der Geltung der §§ 97 ff. GWB, der Vergabeverordnung und der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) von vornherein vollständig ausgenommen. Auch eine Anrufung der Vergabekammer und des Vergabesenats ist unzulässig. Zwar unterliegt die Vergabe einer Dienstleistungskonzession den Grundregeln des EG-Vertrages, insbesondere dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen

der Staatsangehörigkeit und der daraus folgenden Transparenzpflicht im Besonderen /3/. Damit ist der Auftraggeber jedoch weit weniger strengen Bindungen unterworfen als in einem förmlichen Vergabeverfahren. Wird allerdings ein Auswahlverfahren durchgeführt, bei dem vermeintlich eine Dienstleistungskonzession vergeben werden soll, und stellt sich jedoch später etwa auf Antrag eines konkurrierenden Unternehmens heraus, dass es sich tatsächlich um einen Dienstleistungsauftrag handelt, erweist sich ein solcher Vertrag nach § 101 b Abs. 1 GWB als unwirksam! /4/. Darin liegt das Risiko einer Fehleinschätzung des Auftraggebers.

Unterschied zwischen Dienstleistungskonzession und -auftrag

Wie unterscheidet sich die Dienstleistungskonzession vom Dienstleistungsauftrag? Maßgeblich hierfür ist allein das Gemeinschaftsrecht der EU /5/. Nach Art. 1 Abs. 3 Ziffer b) der so genannten Sektorrichtlinie für Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste vom 31.03.2004 (Richtlinie 2004/17/EG) ist die Dienstleistungskonzession ein Vertrag, der von einem Dienstleistungsauftrag nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Auftrag und

Konzession unterscheiden sich also in der Gegenleistung des Auftraggebers. Beim Dienstleistungsauftrag wird die Gegenleistung – Vergütung – unmittelbar vom öffentlichen Auftraggeber an den Dienstleistungserbringer gezahlt. Im Falle einer Dienstleistungskonzession besteht die Gegenleistung in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung, das dem Auftragnehmer (Konzessionär) eingeräumt wird. Für den Bereich der Wasserver- und Abwasserentsorgung lässt sich dies anhand eines Vergleichs zwischen Betreiber- und Betriebsführungsmodell verdeutlichen. Beim Betreibermodell wird der Betreiber nicht durch den Aufgabenträger, sondern durch die Nutzer bezahlt. Mit ihnen schließt er entsprechende Verträge, von ihnen erhält er sein Entgelt für die Wasserver- und Abwasserentsorgung. Er trägt die wirtschaftliche Verantwortung und das wirtschaftliche Risiko. Im Gegensatz dazu erhält im Betriebsführungsmodell der private Partner seine Vergütung vom Aufgabenträger und nicht vom Nutzer. Zwischen Aufgabenträger und Nutzer besteht das (öffentlich-rechtliche) Benutzungsverhältnis, auf dessen Grundlage der Aufgabenträger Entgelte bzw. Gebühren von den Nutzern erhebt. Dies gilt auch dann, wenn der Betriebsführer mit dem Entgelt- bzw. Gebühreneinzug beauftragt wird. Regelmäßig erhält er sein Betriebsführungsentgelt nämlich unabhängig von der Höhe der eingezogenen Entgelte bzw. Gebühren und möglicher Ausfälle.

Eine Frage des Betriebsrisikos

Nach der Rechtsprechung des EuGH – und dies wurde in der Entscheidung vom 10. 09. 2009 noch einmal bekräftigt – reicht aber allein die Einräumung des Nutzungsrechts an der Dienstleistung noch nicht aus, um eine Dienstleistungskonzession anzunehmen. Erforderlich ist vielmehr, dass der Dienstleistungserbringer zudem das Betriebsrisiko für die fraglichen Dienstleistungen übernimmt. Dieses Betriebsrisiko ist – so der EuGH – untrennbar mit der wirtschaftlichen Nutzung der Dienstleistung verbunden. Trägt der Auftraggeber weiterhin das volle Risiko (wie im Betriebsführungsmodell), setzt er den Dienstleistungserbringer damit nicht den Risiken des Marktes aus, handelt es sich nicht um eine Konzession, sondern um einen Dienstleistungsauftrag.

Der vorliegende Streit zwischen den Beteiligten entzündete sich vor allem daran, wie viel Risiko der Betreiber tragen muss, um von einer Dienstleistungskonzession ausgehen zu können. Es wurde eingewandt, dass aufgrund der Monopolstellung des Betreibers als Wasserversorger und Abwasserentsorger und aufgrund des Anschluss- und Benutzungszwanges von der Übernahme eines Betriebsrisikos keine Rede sein könne, da tatsächlich ja kein Absatzrisiko für seine Dienstleistungen bestünde. Zudem würden mit den Preisregelungen im Betreibervertrag, wonach die Entgelte nach den jeweils einschlägigen rechtlichen Grund-

lagen, insbesondere des entsprechenden Kommunalabgabengesetzes zu kalkulieren sind, sichergestellt, dass etwaige Kostenunterdeckungen im nachfolgenden Entgeltzeitraum wieder ausgeglichen werden können. Damit bestünde faktisch jedoch gar kein Betriebsrisiko.

Dem widersprach nun der EuGH; und darin liegt die Bedeutung dieser Entscheidung für die Wasser- und Abwasserwirtschaft und vergleichbare Bereiche wie die Abfallwirtschaft:

Nach Auffassung des EuGH gibt es für bestimmte Tätigkeitsbereiche, insbesondere Bereiche, die die öffentliche Daseinsvorsorge betreffen (zum Beispiel die Wasserversorgung und die Abwasserentsorgung) üblicherweise Regelungen, die von vornherein eine Begrenzung der wirtschaftlichen Risiken bewirken. Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung wie dem Anschluss- und Benutzungszwang, die für die Nutzung der Dienstleistungen in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht gelten, ist das mit der Nutzung verbundene Risiko bereits erheblich eingeschränkt. Der Aufgabenträger hat darauf jedoch keinen Einfluss, da die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung bzw. die ihm obliegende Pflichtenstellung sich bereits aus dem Gesetz ergibt. Damit werde zugleich eine ausreichende Kontrolle des Wettbewerbs gewährleistet. Der Auftraggeber kann keine Risikofaktoren neu einführen, die den öffentlich-rechtlichen Vorgaben widersprechen und solche daher

auch nicht übertragen. Auch wenn das Risiko des öffentlichen Aufgabenträgers bereits erheblich eingeschränkt ist, so muss allerdings für die Annahme einer Dienstleistungskonzession das beschränkt bestehende Betriebsrisiko vollständig oder zumindest ein wesentlicher Teil davon auf den Betreiber übertragen werden. Eine Freistellung des Betreibers von den verbleibenden Risiken darf nicht erfolgen, ist beim Betreibermodell in der Praxis aber auch nicht üblich.

Fazit

Der EuGH hat mit wünschenswerter Klarheit festgestellt, dass Umstände, die das Betriebsrisiko von vornherein beschränken, allerdings Folger (öffentlich-rechtlichen)

Ausgestaltung der Dienstleistung sind, die Annahme einer vergabefreien Konzession nicht ausschließen. Trotz Anschluss- und Benutzungszwangs bzw. Vorgaben zur Entgeltkalkulation müssen Betreibermodelle oder andere Konzessionsarten weiterhin nicht im förmlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben werden. Allerdings bahnen sich nächste Streitpunkte schon an. Wann von der geforderten überwiegenden Übertragung des Betriebsrisikos auszugehen ist, wird in jedem Einzelfall zu prüfen sein. Zudem muss der Aufgabenträger für diesen Fall eine sichere Prognose treffen (können), welche Risiken bei ihm verbleiben und ob diese nur einen geringen Anteil ausmachen /6/.

LITERATUR

- /1/ EuGH, Urteil vom 10. 9. 2009, C-206/08, juris
- /2/ OLG Thüringen, Beschluss vom 8. 5. 2008 – 9 Verg 2/08
- /3/ so u. a. EuGH, Urteil vom 7. 12. 2000, Telaustria und Telefonadress, C-324/98, Slg. 2000, I-10745 und vom 18. 5. 2007, Kommission/ Italien, C-382/05, Slg. 2007, I-6657
- /4/ Nach § 101 b Abs. 2 GWB muss die Unwirksamkeit in einem solchen Fall innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis vom Verstoß und spätestens innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss geltend gemacht werden. Wird die Vergabe

- der Dienstleistungskonzession im Amtsblatt der EU bekannt gemacht, gilt eine Frist von 30 Tagen ab Bekanntmachung.
- /5/ vgl. EuGH, Urteile vom 18.07.2007, a. a. O., Rn. 30f.
- /6/ Lässt sich eine sichere Aussage zur Risikoverteilung nicht treffen und besteht das Risiko, dass nennenswerte Risiken beim Auftraggeber verbleiben, schließt dies nach Auffassung des OLG München eine Dienstleistungskonzession aus – Beschluss vom 21. 5. 08 – Verg 5/08 –, VergabeR 2008, 845

Die nähere Zukunft wird zeigen, ob dies in der Praxis handhabbar ist bzw. welche vertraglichen Absprachen hierfür zu treffen sind.

KONTAKT

Rechtsanwalt Janko GEBNER
Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
Dombert Rechtsanwälte, Potsdam