

Haben wir jetzt Rechtssicherheit bei „Ausschreibungen“ in der Tierkörperbeseitigung?

Hans-Peter Lange, Hermann Spils ad Wilken

In der Ausgabe 1/2009 hatten wir die Frage nach dem „Wettbewerb in der Tierkörperbeseitigung“ gestellt und „Chancen und Risiken“ von „Ausschreibungen“ untersucht. Wir haben die derzeitige Praxis bei der Übertragung der Beseitigungspflicht auf Verarbeitungsbetriebe für tierische Nebenprodukte dargestellt; in einigen Fällen wird und wurde nach den Regeln des Vergaberechts bzw. des GWB europaweit ausgeschrieben, in anderen Fällen trifft die Beleihungsbehörde die Auswahlentscheidung in einem Verfahren nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen. Nach unserer Auffassung sind Vergabeverfahren nach dem GWB bei Übertragung der Beseitigungspflicht nicht erforderlich, vielleicht sogar rechtswidrig.

Inzwischen gibt es die erste Entscheidung eines Vergabesenats zu dieser Problematik. Das Brandenburgische Oberlandesgericht hat mit Beschluss vom 12.1.2010 (Az. Verg W 7/09) der Beschwerde der Beleihungsbehörde in einem Vergabenaachprüfungsverfahren stattgegeben und den Nachprüfungsantrag eines Tierkörperbeseitigungsunternehmers zu einem verwaltungsrechtlichen Auswahlverfahren zurückgewiesen. Ist damit Rechtssicherheit erreicht?

Für die rechtliche Beurteilung sind 2 Fragen maßgeblich: Liegt ein öffentlicher Auftrag im Sinne des GWB vor? Wenn ja, handelt es sich dann um eine sog. Dienstleistungskonzession?

Das OLG hat die erste Frage offen gelassen. Im Verfahren war diese Problematik stark umstritten, die Vergabekammer hatte einen öffentlichen Auftrag angenommen, in der mündlichen Verhandlung vor dem OLG wurde deutlich, dass auch im Senat unterschiedliche Auffassungen dazu bestanden. Das ist auch nachvollziehbar, weil das Vergaberecht einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgt und von der überwiegenden Rechtsprechung eine extensive Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftrags praktiziert wird.

In den Fällen, in denen beseitigungspflichtige Kommunen den Inhaber eines Verarbeitungsbetriebes mit der Durchführung der Tierkörperbeseitigung beauftragen, aber selbst beseitigungspflichtig bleiben, liegt auch zweifelsfrei ein öffentlicher Auftrag vor. Es lässt sich darüber streiten, ob das grundsätzlich anders ist, wenn zusätzlich die Beseitigungspflicht übertragen wird. Allerdings stellt die Übertragung der

Beseitigungspflicht keinen bloß formalen Akt dar. Sie führt zur vollständigen Entpflichtung der originär beseitigungspflichtigen Kommunen (unbeschadet einer verbleibenden Finanzierungsverantwortung).

Der beseitigungspflichtige Verarbeitungsbetrieb tritt an die Stelle der Kommunen. Wird ihm die Beseitigungspflicht, wie das in den meisten Ländern geregelt ist, nicht von beseitigungspflichtigen Kommunen, sondern von dem zuständigen Ministerium oder einer Mittelbehörde durch Verwaltungsakt übertragen, fehlt es an dem, was den öffentlichen Auftrag ausmacht: Es gibt keinen Vertrag, dessen Bedingungen auszuhandeln wären, die Beleihungsbehörde ist auch nicht diejenige Körperschaft, die ohne Übertragung der Beseitigungspflicht für die Durchführung der Aufgabe verantwortlich wäre. Sie führt vielmehr im Rahmen ihrer Organisationshoheit eine Maßnahme durch, die ihr auf der Grundlage des bundesrechtlichen TierNebG ermöglicht worden ist und muss dabei die Entscheidungskriterien zugrunde legen, die sich aus Bundesrecht ergeben.

Deshalb scheint auch nach wie vor fraglich, ob landesrechtliche Regelungen, auf deren Grundlage Ausschreibungen nach GWB durchgeführt werden, überhaupt wirksam sein können; sie könnten nämlich gegen das höherrangige TierNebG verstoßen, das eine Ermessensentscheidung der Beleihungsbehörde voraussetzt, die es nach den Kriterien des Vergaberechts so nicht geben kann.

Weil das OLG diese Problematik eingeklammert hat (was möglich war, weil es für das Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens keinen Unterschied macht, ob ein öffentlicher Auftrag verneint oder eine Dienstleistungskonzession angenommen wird), besteht nach wie vor Rechtsunsicherheit in dieser Frage. Es kann deshalb auch nicht ausgeschlossen werden, dass Tierkörperbeseitigungsunternehmer nach dem GWB durchgeführte Ausschreibungen zur Übertragung der Beseitigungspflicht mit der Begründung angreifen, dass die Durchführung eines solchen Verfahrens unzulässig gewesen sei.

Instruktiv und wegweisend sind die Ausführungen des OLG zur Dienstleistungskonzession. Hilfreich war dabei allerdings auch eine Entscheidung des EuGH vom 10.9.2009 (Az. C-206/08 „Eurawasser“).

Das OLG hat den „charakteristischen Unterschied“ zwischen der nichtvergäbe-

pflichtigen Dienstleistungskonzession und dem vergabepflichtigen Dienstleistungsauftrag darin gesehen, „was der Unternehmer vom Auftraggeber für die Erbringung der Dienstleistungen als ‚Gegenleistung‘ erlangt. Während beim Dienstleistungsauftrag der öffentliche Auftraggeber den beauftragten Unternehmen aus seinem Vermögen eine ausgehandelte und damit dem kommerziellen Wert der Dienstleistung entsprechende Vergütung zukommen lässt, gewährt er bei der Dienstleistungskonzession dem Auftragnehmer – eventuell neben einer sonstigen, den kommerziellen Wert der Dienstleistung aber nicht abdeckenden finanziellen Vergütung – das Recht, die von ihm zu erbringende Dienstleistung zu nutzen und sich aus dieser Nutzung zumindest teilweise bezahlt zu machen“.

Auftrag unterstellt, trifft diese Definition auf die Beseitigung tierischer Nebenprodukte zu. Der Verarbeitungsbetrieb bekommt zwar im Regelfall und nach landesrechtlich unterschiedlichen Regelungen eine teilweise Kostenerstattung, die auch Gewinnbestandteile erhält und von öffentlich-rechtlichen Kostenträgern (Kommunen, Land, Tierseuchenkassen) geschuldet wird, muss sich aber bei der Beseitigung der Tierkörper von Vieh teilweise und bei der Beseitigung von Schlachtabfällen vollständig über die Besitzer der tierischen Nebenprodukte finanzieren.

Dann kommt es nur noch darauf an, ob der Verarbeitungsbetrieb ein Betriebsrisiko aus der Durchführung der Aufgabe übernimmt.

Dazu hat das OLG zutreffend festgestellt, dass der Verarbeitungsbetrieb „das mit der Entgelterhebung von Dritten verbundenen Betriebsrisiko ... in eben dem Umfang“ übernimmt, wie es „die gesetzlich beseitigungspflichtigen Kommunen nach den öffentlich-rechtlichen Regelungen tragen würden.“ Er erwirbt „die aus der öffentlich-rechtlichen Andienungspflicht der Besitzer von Tierkörpern und Tierkörperteilen resultierende Monopolstellung des Beseitigungspflichtigen, was sein Betriebsrisiko zwar mindert, aber nicht völlig ausschließt. Zum anderen gelten für ihn die öffentlich-rechtlichen Grundsätze der Finanzierung. Denn der künftige Beseitigungspflichtige und Dienstleistungserbringer hat das Entgelt gem. § 5 Abs. 3 AGTierNebG nach den gleichen Grundsätzen zu ermitteln, wie dies bei den Gebühren und Auslagen der gesetzlich bestimmten beseitigungspflichtigen Kommunen der Fall ist.“

Folgerichtig hat das OLG dann auch erkannt, dass dem Verarbeitungsbetrieb aus der Übertragung der Beseitigungspflicht „im Vergleich zu den beseitigungspflichtigen Kommunen auch kein zusätzlicher wirtschaftlicher Vorteil“ erwachse (worauf es aber nicht ankommen dürfte). Der privatrechtliche Verarbeitungsbetrieb hat bei einer Entgeltkalkulation, die sich an den gesetzlichen Rahmenbedingungen orientiert (was vielleicht nicht immer der Fall ist), keine grundsätzlich andere Stellung als etwa ein öffentlich-rechtlicher Zweckverband mit eigenem Verarbeitungsbetrieb.

Im Verfahren war geltend gemacht worden, dass bei einer Kalkulation des Verarbeitungsbetriebes nach Grundsätzen eines Selbstkostenerstattungspreises kein reales Betriebsrisiko bestünde, weil Unterdeckungen einer Periode in der Kalkulation einer Folgeperiode berücksichtigt werden könnten. Das OLG hat das nicht gelten lassen, weil der Verarbeitungsbetrieb auch in diesem Falle „eine Unterdeckung ... zeitweise vorfinanzieren“ müsse, außerdem trage er das Insolvenzrisiko, dem er „auch nicht dadurch entgehen“ könne, dass er „für seine Dienstleistung Vorauszahlung verlangt, weil er als Konzessionär öffentlich-rechtlich beseitigungspflichtig wird und seine Leistung deshalb nicht zurückhalten kann.“ Dass das Insolvenzrisiko existiert, ist auch evident. Wird der einzige Großschlachter des Einzugsbereichs insolvent, kann dieser Verlust auch nicht in folgenden Perioden ausgeglichen werden.

Ist mit dieser OLG-Entscheidung definitiv geklärt, dass eine Beleihungsbehörde nicht nach GWB ausschreiben muss?

Das OLG hat die beantragte Vorlage an den EuGH (Art. 234 EGV) abgelehnt, weil das nationale Gericht nach der Rechtspre-

chung des EuGH zu beurteilen hat, ob ein Betriebsrisiko übernommen wurde. Das ist bei Annahme einer Dienstleistungskonzession auch folgerichtig. Allerdings lässt sich nicht ausschließen, dass ein anderes OLG in einem vergleichbaren Verfahren den öffentlichen Auftrag bejahen und die Dienstleistungskonzession verneinen würde, so dass der BGH entscheiden könnte. Diese Möglichkeit erscheint aber eher fernliegend; Beleihungsbehörden sollten davon ausgehen, dass das verwaltungsrechtliche Auswahlverfahren den richtigen Weg aufzeigt.

Mit der Begründung der OLG-Entscheidung verbindet sich allerdings auch noch die Frage, ob beseitigungspflichtige Kommunen oder Zweckverbände, die sich eines privatrechtlichen Verarbeitungsbetriebes nur zur Erfüllung ihrer eigenen Aufgabe bedienen wollen, einen dafür erforderlichen Vertrag ohne vorherige Ausschreibung nach GWB abschließen können. Da in diesem Falle die Merkmale eines öffentlichen Auftrags vorliegen, ginge das nur bei einer Gestaltung, die zur Dienstleistungskonzession führen würde. Bei den typischen Unternehmensverträgen, die dem privatrechtlichen Verarbeitungsbetrieb einen vollständigen Vergütungsanspruch gegen den Vertragspartner öffentliche Hand einräumen, gibt es keine Dienstleistungskonzession. Denkbar erscheint allerdings auch eine Gestaltung bei der sich der privatrechtliche Verarbeitungsbetrieb in dem Umfang, in dem das bei Übertragung der Beseitigungspflicht gelten würde, über Entgelte der Besitzer der tierischen Nebenprodukte finanzieren müsste. Dann dürfte auch in diesen Fällen eine Dienstleistungskonzession vorliegen. Ob eine

solche Gestaltung tatsächlich möglich und praktikabel wäre, müsste aber im Einzelfall überprüft werden.

Fazit:

Das Brandenburgische Oberlandesgericht hat in der für künftige Entscheidungen zur Übertragung der Beseitigungspflicht wesentlichen Frage, ob eine Verpflichtung zur Ausschreibung nach GWB besteht, in ausreichendem Maße Rechtssicherheit geschaffen. Allerdings sind nicht alle für eine solche Entscheidung relevanten Fragen beantwortet, außerdem darf nicht vergessen werden, dass auch ein verwaltungsrechtliches Auswahlverfahren Anforderungen an die Beleihungsbehörde stellt, die wettbewerbliche Elemente berücksichtigen.

Anschrift der Verfasser:

*Dr. Hans-Peter Lange
Rechtsanwalt, Steuerberater,
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Fachanwalt für Agrarrecht,
vereidigter Buchprüfer
Hannoversche Straße 43
29221 Celle
Telefon: 0 51 41 / 8 88 16 - 80
Telefax: 0 51 41 / 8 88 16 - 81
E-Mail: info.celle@societates.de*

*Dr. Hermann Spils ad Wilken
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater
Hauenriede 19
29525 Uelzen
Telefon: 05 81 / 90 33 - 0*