

Kommunale Daseinsvorsorge und europäisches Wettbewerbsrecht

Gerald G. Sander

Die Kommunen in Baden-Württemberg erbringen in großem Umfang Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Die sogenannte Daseinsvorsorge umfasst die Bereitstellung von Leistungen und Gütern, die für ein sinnvolles menschliches Dasein notwendig sind, wie etwa Strom- und Gasversorgung, Müllbeseitigung, öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV), Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung sowie Bildungs- und Kultureinrichtungen. Grundsätzlich besteht für die Kommunen Wahlfreiheit, in welcher Form sie diese öffentlichen Aufgaben erfüllen wollen. Mehr als 1 100 Gemeinden erbringen in Baden-Württemberg diese Leistungen entweder als Regie- oder Eigenbetrieb, in einer Privatrechtsform als GmbH oder AG, eventuell unter Einbeziehung von privaten Dritten.

Im Grünbuch über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus dem Jahr 2003 betont die Europäische Kommission, dass die Grundfreiheiten des Binnenmarktes, das Wettbewerbsrecht sowie das Beihilferegime grundsätzlich auch für öffentliche Unternehmen gelten. Bereiche wie die Müllentsorgung, die Wasserversorgung oder der ÖPNV werden von der Kommission als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft, weil für sie eine wirtschaftliche Gegenleistung etwa in Form von Gebühren erbracht wird. Die Kommunen besitzen zwar die Kompetenz zu entscheiden, in welcher Form sie die Daseinsvorsorge erbringen wollen. Wenn sie dabei jedoch Private einbeziehen, findet das europäische Wettbewerbsrecht, vor allem in der Form des EG-Vergaberegimes, Anwendung. Nach dem Weißbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus dem Jahr 2004 verzichtet die Kommission zwar zunächst auf eine Rahmenrichtlinie für diese Dienstleistungen, verfolgt allerdings ihre sektorale Politik weiter.

Liberalisierung und Privatisierung

Bei einer Liberalisierung handelt es sich um die Einführung von Marktmechanismen in Märkte, die bislang durch den Staat monopolisiert waren. Dabei kann grundsätzlich zwischen dem Wettbewerb im Markt und dem Wettbewerb um den Markt unterschieden werden.

Von einem Wettbewerb im Markt wird gesprochen, wenn die Marktöffnung darauf abzielt, dass der Wettbewerb um den Endverbraucher gestärkt wird, indem das Gebietsmonopol aufgehoben wird und die Anbieter dieselben Leitungsnetze benutzen können, wie zum Beispiel in der Strom- und Gaswirtschaft.

Ein Wettbewerb um den Markt findet statt, wenn die Anbieter nur im Wettbewerb um das zeitlich befristete Recht stehen, zum Beispiel zur Trinkwasserversorgung in einem Versorgungsgebiet. Das einschlägige Wettbewerbsinstrument ist in diesem Zusammenhang die Ausschreibung mit der Vergabe einer langfristigen Konzession an den obsiegenden Bieter. Die Gebietsmonopole bleiben in diesem Fall bestehen, weil die Schaffung paralleler Versorgungsnetze zu hohe Kosten verursacht und damit wirtschaftlich uninteressant ist.

Die Marktöffnung im Zuge einer Liberalisierung führt regelmäßig aufgrund des Markteintritts privater Anbieter zu einer Privatisierung. Von Interesse sollen im Folgenden jene Formen der Leistungserbringung sein, bei denen die Kommune die Privatrechtsform wählt oder einen Privaten einbezieht. In diesen Fällen kommt in unterschiedlichem Ausmaße das europäische Primär- und Sekundärrecht zum Tragen.

Formale Privatisierung

Bei einer formalen Privatisierung wird nur die Rechtsform des Versorgers geändert. Die Kommune erbringt die öffentliche Dienstleistung künftig in Privatrechtsform durch eine Eigengesellschaft (GmbH oder AG). Das Kapital (Gesellschaftskapital oder Aktien) bleibt, wie beispielsweise bei der Stadtwerke Tübingen GmbH, vollständig in kommunaler Hand.

Bei einer Organisationsprivatisierung, wenn das Unternehmen also zu 100 Prozent in Besitz der Kommune ist, von ihr beherrscht wird und nur in ihrem Gebiet tätig ist, finden die EG-Vergaberegeln wegen Vorliegens eines sogenannten In-House-Geschäfts, das heißt Personengleichheit von Auftraggeber und Auftragnehmer, keine Anwendung.

Im Urteil „Parking Brixen“¹ lehnte der Europäische Gerichtshof (EuGH) allerdings im Falle der Konzessionserteilung zum Betrieb von Parkplätzen an die zu 100 Prozent im Eigentum der Stadt stehende Stadtwerke Brixen AG das Vorliegen eines In-House-Geschäfts ab. Es sei ein wettbewerbliches Verfahren notwendig, das sich nach den Grundsätzen des EG-Primärrechts wie der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz richte. Das Unternehmen unterliege nämlich nicht dem in der Teckal-Entscheidung² aufgestellten Kriterium der für ein In-House-Geschäft erforderlichen Weisungsgebundenheit, weil es der Stadt nicht möglich sei, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Bei einer AG kann dies wegen der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand nur dann der Fall sein, wenn Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge zwischen dem Unternehmen und der öffentlichen Stelle bestehen. Die Satzung der AG sah aber unter anderem vor, dass der Verwaltungsrat der Gesellschaft bis zu einem Volumen von fünf Mill. Euro weisungsfrei handeln konnte. Zudem berücksichtigte der EuGH die vorgeschriebene baldige Öffnung der AG für Fremdkapital sowie die Ausweitung des geographischen Tätigkeitsbereichs der Gesellschaft über die Gemeindegrenzen hinaus. Es kommt also für die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts nicht nur auf die Frage der Eigentumsverhältnisse, sondern insbesondere auf die Weisungsgebundenheit und weitere einschlägige Kriterien an.

1 EuGHE 2005, S. I-8585 ff. – Rs. C-458/03.

2 EuGHE 1999, S. I-8121 ff. – Rs. C-107/98.

Funktionale Privatisierung

Bei der funktionalen Privatisierung werden Private durch den Staat in die Aufgabenerfüllung einbezogen, ohne dass jedoch ein Transfer der Aufgabenverantwortung stattfindet. Eine Auswahl des geeigneten privaten Partners findet auf dem Wege der Ausschreibung statt. Insbesondere drei Modelle sind in der Praxis hervorzuheben.

Das Betriebsführungsmodell

Beim Betriebsführungsmodell führt ein Privater als Verwaltungshelfer im Namen der Gemeinde für mehrere Jahre im Rahmen eines Dienstleistungs- oder Managementvertrages die öffentliche Einrichtung. Die Verantwortung für die Aufgabenerfüllung verbleibt vollständig bei der Kommune. Der Betriebsführer erhält für die technische und wirtschaftliche Steuerung des Anlagenbetriebs ein Betriebsführerentgelt. Die Kommune bleibt Eigentümer der Versorgungsanlagen, baut und finanziert sie auf eigene Rechnung. Sie begründet auch unmittelbar die Benutzungsverhältnisse. Es entstehen somit keine Rechtsbeziehungen zwischen dem Betriebsführer und den Nutzern. Da hier ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vorliegt, findet beim Überschreiten von bestimmten Schwellenwerten das EG-Vergaberecht in Form der Richtlinie (RL) 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge und der RL 2004/17/EG für die Bereiche Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste Anwendung.

Seit dem 1. Januar 2008 gelten neue Schwellenwerte für die europaweite Ausschreibung. Sie betragen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundeseinrichtungen 133 000 Euro, für alle sonstigen öffentlichen Auftraggeber 206 000 Euro. Bauaufträge sind künftig ab 5 150 000 Euro europaweit auszuschreiben. Die Schwellenwerte für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich werden auf 412 000 Euro, für Bauaufträge im Sektorenbereich auf 5 150 000 Euro festgesetzt. Bei Verträgen, die nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen, sind bei der Vergabe jedenfalls die Binnenmarktregeln des EG-Vertrages zu beachten.³

3 EuGHE 2001, S. I-9505 ff. – Rs. C-59/00.

Das Betreibermodell

Beim Betreibermodell wird nicht nur die Führung, sondern der Betrieb der Einrichtung für einen längeren Zeitraum einem Privaten überlassen. Es findet dabei eine komplette Delegation der Leistungserbringung auf den Betreiber statt. Ihm wird auch die Planung, der Bau, die Ausrüstung und Finanzierung der Anlagen übertragen. Ferner trägt er das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebs. Der Betreibervertrag enthält regelmäßig Bestimmungen über ein Betreiberentgelt sowie Vereinbarungen über Errichtungs-, Instandhaltungs- und Investitionsmaßnahmen. Teilweise findet auch eine Eigentumsübertragung an den Anlagen statt, die aber weiterhin im Namen der Gemeinde betrieben werden. Entsprechend dem Schwergewicht des Vertrages liegt regelmäßig ein öffentlicher Bauauftrag vor, der einer europaweiten Ausschreibung bedarf, wenn der einschlägige Schwellenwert überschritten wird.

Das Kooperationsmodell

Das Kooperationsmodell ist mit dem Betreibermodell vergleichbar, allerdings handelt es sich hier beim Betreiber um ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen. So hält beispielsweise die EnBW über vierzig Beteiligungen an Stadtwerken in Baden-Württemberg. Die Beziehungen der beiden Partner sind sehr eng und deswegen nur sehr schwer wieder zu entflechten. Häufig wird der Private im Kooperationsmodell zusätzlich noch als Betriebsführer für das gemischtwirtschaftliche Unternehmen eingesetzt. Die Rechtsbeziehung zu den Nutzern kann vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Unternehmen ausgehen.

Die Veräußerung von Unternehmensanteilen durch die öffentliche Hand bei der Unternehmensgründung stellt allein noch keinen Beschaffungsvorgang dar und fällt deshalb ebenso aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts heraus wie die Aufnahme eines privaten Investors als Mitgesellschafter. Regelmäßig wird die Auswahl des privaten Partners jedoch mit der Übertragung eines öffentlichen Auftrages an das gemischtwirtschaftliche Unternehmen in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang stehen, so dass deswegen eine Ausschreibung notwendig ist.

In der Teckal-Entscheidung führte der EuGH aus, dass eine Vergabepflicht nach den EG-Vergaberichtlinien nicht bestehe, wenn sich die Beauftragung der Institutionalisierten Öffentlich-Privaten Partnerschaft (IÖPP) durch den

Hoheitsträger wie eine organisationsinterne Maßnahme darstelle. Dies sei der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber eine andere juristische Person beauftrage, über die er eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübe und diese im Wesentlichen nur für ihn tätig sei. Hintergrund der Entscheidung war eine Vergabe in Italien an ein Unternehmen mit einer per Gesetz nur Gebietskörperschaften eröffneten Rechtsform mit eigener Rechtspersönlichkeit unter zwingender gesetzlicher kommunaler Kontrolle. Die hieraus abgeleitete Praxis, dass bei einer bloßen Minderheitsbeteiligung eines Privaten an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ein Vergabeverfahren nicht erforderlich sei, ließ sich deshalb mit dem Urteil nicht begründen.

Im Urteil „Stadt Halle“⁴ präzisierte der EuGH, dass jede private Beteiligung an dem beauftragten Unternehmen wegen der Gesellschafterrechte eine Kontrolle ähnlich wie über eine eigene Dienststelle grundsätzlich ausschliesse, da es an einer Weisungsgebundenheit fehle. Deshalb sei bei einer Beauftragung, bei der ein privater Minderheitsgesellschafter beteiligt sei, stets eine Ausschreibung durchzuführen.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission bedarf es im Fall der Gründung einer Institutionalisierten Öffentlich-Privaten Partnerschaft (IÖPP) und ihrer anschließenden Beauftragung jedoch keiner doppelten Ausschreibung. Die Auswahl eines privaten Partners kann mit der Gründung der IÖPP und der gleichzeitigen Übertragung der Aufgabe auf das gemischtwirtschaftliche Unternehmen einhergehen. Diese einheitliche Vorgehensweise ist sinnvoll, denn der Zweck der Gesellschaftsgründung oder des Beitritts des Privaten würde bei einer Vergabefreiheit verfehlt, wenn bei einer anschließenden Ausschreibung des Auftrags dieser an einen Dritten vergeben werden müsste. Die IÖPP darf dann aber nur innerhalb der Grenzen des ursprünglichen Unternehmensgegenstandes tätig werden. Ohne ein erneutes Vergabeverfahren dürfen keine weiteren Aufträge erteilt werden. Eine Ausschreibungspflicht liegt auch für den Fall vor, dass der Auftrag zwar ursprünglich der Eigengesellschaft erteilt wurde, die Anteilsveräußerung an den Privaten aber hierzu in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang steht.

4 EuGHE 2005, S. I-1 ff. – Rs. C-26/03.

Das Konzessionsmodell

Beim Konzessionsmodell wird die Aufgabenverantwortung von der Kommune – jedenfalls teilweise – an einen Privaten übergeben.⁵ So erfolgt zum Beispiel die Wasserversorgung durch einen Privaten im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und eigenes Risiko. In einem privatrechtlichen Konzessionsvertrag überträgt die Kommune dem Konzessionsnehmer das Recht und die Pflicht zur Wasserversorgung in ihrem Gebiet. Der Konzessionär zahlt hierfür eine Konzessionsabgabe. Die Refinanzierung findet über Entgelte der Nutzer statt, wobei der Konzessionsnehmer unmittelbar mit den Kunden Versorgungsverhältnisse begründet. Damit liegt bei dieser Konstellation kein öffentlicher Auftrag vor.

In Art. 1 IV der RL 2004/18/EG und Art. 1 III b der RL 2004/17/EG wird die Dienstleistungskonzession als Vertrag definiert, der von einem öffentlichen 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. Die Erteilung einer Dienstleistungskonzession fällt sowohl nach Art. 17 der RL 2004/18/EG als auch nach Art. 18 der RL 2004/17/EG ausdrücklich nicht unter die Ausschreibungspflicht.

Der EuGH bestätigte zwar, dass bei der Konzessionsvergabe keine Ausschreibung nach dem europäischen Vergaberecht erforderlich sei. Allerdings verlange der Grundsatz der Transparenz, dass zugunsten potenzieller Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen sei, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffne und die Nachprüfung ermöglichen, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.⁶ Das Transparenzgebot verlangt also keine förmliche Ausschreibung, aber eine geeignete Bekanntgabe der Vergabeabsicht, die potenzielle Bieter zur Kenntnis nehmen können, mit Informationen über den Gegenstand der Konzession, Art und Umfang der erwarteten Leistung sowie der Eignungs- und Zuschlagskriterien.

5 Die Konzessionserteilung soll nach neuerer Ansicht keine materielle Privatisierung sein, wenn sich die Kommune im Konzessionsvertrag ausreichenden Einfluss sichert. Eine solche funktionale Privatisierung ist dann auch in jenen Bundesländern zulässig, in denen die Versorgung eine Pflichtaufgabe ist.

6 EuGHE 2000, S. I-10745 ff. – Rs. C-324/98.

Auch im Urteil „Parking Brixen“ betonte der EuGH, nachdem er auch im Bereich der Dienstleistungskonzessionen die Regeln des In-House-Geschäfts für anwendbar erklärte, dass bei einer Konzessionserteilung ein wettbewerbliches Verfahren durchzuführen sei. Nach seiner Auffassung entspricht das „völlige Fehlen einer Ausschreibung“ bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession weder der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit noch den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz. Ob die bloße Bekanntmachung dem Erfordernis einer „Ausschreibung“ genügt oder der EuGH die Verpflichtung zur Durchführung eines zumindest strukturell förmlichen, dem Vergabeverfahren ähnlichen wettbewerblichen Verfahrens verlangt, ist durch das Urteil nicht abschließend geklärt worden. Hierbei ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass der Wert der Konzession den Schwellenwert für die Anwendung der Vergaberichtlinien erheblich überschreiten muss, damit eine europaweite Bekanntmachung erforderlich ist.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass die „Spielregeln“ allen potenziellen Bewerbern bekannt sein müssen und auf alle in gleicher Art und Weise angewandt werden müssen. Nach dem Transparenzprinzip muss die Veröffentlichung grundsätzlich die notwendigen Informationen enthalten, damit potenzielle Wettbewerber entscheiden können, ob sie sich am Verfahren beteiligen wollen. Hierzu zählen etwa der Gegenstand der Konzession, die Art und der Umfang der vom Konzessionär erwarteten Leistungen sowie die Auswahl- und Zuschlagskriterien. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fordert unter anderem, die Laufzeit der Konzession so festzulegen, dass der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt wird, wie es erforderlich ist, um die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen. Bei der Ausschreibung müssen angemessene Fristen festgelegt sowie Diplome, Zeugnisse und sonstige Nachweise gegenseitig anerkannt werden. Außerdem muss die Möglichkeit bestehen, nachzuprüfen, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurde.

Zwischen der Stadt Stuttgart und der EnBW besteht beispielsweise ein Konzessionsvertrag bis 31. Dezember 2013 zur Versorgung mit Elektrizität, Wasser, Gas und Fernwärme im Stadtgebiet, nachdem die Stadt im Jahr 2002 ihre Aktien an der Neckarwerke Stuttgart AG an die EnBW verkauft hatte. Aufgrund dieser Veräußerung gehören heute die Wasser-, Strom- und Gas-

versorgungsnetze der EnBW. Sollte ab 2014 erneut eine Konzession erteilt werden, müsste eine Ausschreibung erfolgen, welche diese europarechtlichen Grundsätze beachtet.

Für die Gründung einer IÖPP und die Verleihung einer Dienstleistungskonzession an dieses Unternehmen gelten gleichfalls die bei der Beauftragung erwähnten Grundsätze aus der Mitteilung der Kommission zu IÖPP, wobei hier allerdings statt der EG-Vergaberichtlinien die allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrages Anwendung finden.

Die Kommission plant überdies nach den Europawahlen 2009 den Vorschlag für eine Richtlinie zu Konzessionen vorzulegen, um die derzeitigen Rechtsunsicherheiten bei der Erteilung von Konzessionen zu beseitigen. Neben der Frage der Notwendigkeit einer Gesamtsregelung einschließlich der Baukonzessionen geht es darum, ob gesonderte Vergabeverfahren für die Konzessionserteilung erforderlich sind. Zumindest sollen die Bereiche, die nicht unter die RL 2004/18/EG fallen, geregelt werden. Dabei ist der Begriff der Konzession von dem des öffentlichen Auftrages abzugrenzen. Durch solch eine Regelung ist vor allem eine Begrenzung der Laufzeiten zu erwarten, damit Wettbewerber nicht unnötig lange vom Wettbewerb ausgeschlossen werden. Hier ist zu entscheiden, ob ausdrückliche Laufzeiten geregelt oder nur Kriterien zur Festlegung der Dauer aufgestellt werden sollen. Ferner ist zu erwarten, dass eine Regelung zur Berechnung der Schwellenwerte, ab denen eine europaweite Ausschreibung der Konzessionen notwendig ist, die deutsche Praxis beeinträchtigt.

Materielle Privatisierung

Bei einer materiellen Privatisierung wird die Versorgungsaufgabe vollständig auf einen Privaten übertragen, wobei eine Veräußerung oder Verpachtung der Anlagen stattfindet. Die Kommune wird während der Zeit der Übertragung von der Versorgungsaufgabe befreit und die Versorgungspflicht des privaten Dritten begründet. Dabei muss aber die ordnungsgemäße Leistungserbringung durch den Privaten sichergestellt sein. Der Unternehmensverkauf beziehungsweise die Unternehmensverpachtung unterliegt nicht dem Vergaberecht, da sie keinen Beschaffungsvorgang darstellen. Wenn die

Übertragung der Versorgungsanlagen allerdings einen Beschaffungsbezug aufweist, zum Beispiel beim Eintritt des Erwerbers durch Gesamtrechtsnachfolge in bestehende Dienstleistungsverträge, welche die Kommune noch als Auftraggeber abgeschlossen hatte, oder bei der Übernahme nicht marktüblicher Verpflichtungen durch den privaten Erwerber, ist das Vergaberecht dennoch anwendbar.

Ausschreibungspflichten in Bezug auf Zweckverbände

Nach dem Urteil des EuGH in Sachen „Kommission/Spanien“⁷ von 2005 ist es nicht zulässig, Kooperationsvereinbarungen zwischen verschiedenen Einrichtungen des öffentlichen Rechts pauschal und generell vom Vergaberecht auszunehmen. Ein öffentlicher Auftrag liegt vor, wenn eine Gebietskörperschaft einen Vertrag mit einer rechtlich von ihr verschiedenen Person schließt. Eine interkommunale Zusammenarbeit fällt nur dann nicht unter das Vergaberecht, wenn die beauftragende Körperschaft eine Kontrolle über die beauftragte Körperschaft ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn die beauftragte Körperschaft im Wesentlichen für die Gebietskörperschaften tätig ist, die ihre Anteile innehaben.

Die Beauftragung einer Nachbarkommune wäre nach dieser Entscheidung wegen der Selbstständigkeit der beauftragten Körperschaft nach verbreiteter Ansicht ausschreibungspflichtig. Im Gegensatz zu zentralistisch organisierten Einheiten, in denen dieselbe Rechtspersönlichkeit alle Aufgaben wahrnimmt, kommen dann aber kleinteilige Strukturen mit Selbstverwaltung in Konflikt mit dem europäischen Vergaberecht. Dieses unterschiedliche Ergebnis vermag nicht zu überzeugen.

Problematisch sind bei einem solchen engen Verständnis des Urteils dann auch die Gründung und Beauftragung von Zweckverbänden. In diesen Fällen wäre ebenfalls eine Ausschreibung notwendig, da jedes einzelne Verbandsmitglied in einem aus mehreren Gebietskörperschaften gegründeten Zweckverband nicht die vollständige Kontrolle über die neue Einrichtung – wie über ihre eigene Dienststelle – ausüben kann. So vertritt die Kommis-

7 EuGHE 2005, S. I-139 ff. – Rs. C-84/03.

sion in der anhängigen Rechtssache „Coditel“ die Ansicht, dass im Zusammenhang mit einem Beitritt zu einer Genossenschaft das erste Teckal-Kriterium der Kontrolle nicht erfüllt sei, weil ein in jeder Hinsicht nur geteilter Einfluss der Partner auf die Genossenschaft vorliege.⁸ Mit dieser Auffassung würde jedoch eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit künftig unmöglich werden, weil es gerade ein zentrales Merkmal dieser Kooperationsform ist, dass Beschlüsse gleichberechtigt zustande kommen und es keine Vorherrschaft eines Partners gibt. Im Urteil vom 13. November 2008 (C-324/07) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) nunmehr klargestellt, dass die Kontrolle zwar im Einzelfall wirksam sein, aber nicht zwingend individuell ausgeübt werden muss.

Im April 2008 gab die Kommission die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen interkommunale Zusammenarbeit in Baden-Württemberg bekannt. Hierbei geht es um Verträge zur Abfallbeseitigung, welche die Städte Heidelberg, Mannheim und der Rhein-Neckar-Kreis im Jahr 1986 ohne Ausschreibung geschlossen hatten, wobei jeder Partner für eine bestimmte Abfallart zuständig ist. Die beteiligten kommunalen Unternehmen erbringen nach Auffassung der Kommission einen erheblichen Teil ihrer Leistungen für Behörden, die nicht ihre Aktionäre sind, weshalb kein In-House-Geschäft vorliegen soll. Die öffentlichen Aufträge hätten ausgeschrieben werden müssen.⁹

In der „Carbotermo-Entscheidung“¹⁰ von 2006 judizierte der EuGH, dass der Umstand, dass ein öffentlicher Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital der aufzunehmenden Gesellschaft hält, grundsätzlich darauf hindeutet, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigene Dienststelle ausübt. Umstände, die eine solche Kontrolle schwächen, wie etwa die Kontrollausübung durch eine Holdinggesellschaft oder einen Verwaltungsrat als Mittler, können der Annahme des ausschlaggebenden Einflusses auf wichtige Entscheidungen der Gesellschaft entgegenstehen. Die Beurteilung ist deshalb stets im Einzelfall vorzunehmen.

8 Schlussanträge der GA *Trstenjak* v. 4.6.2008 in der Rs. C-324/07.

9 IP/08/502.

10 EuGHE 2006, S. I-4137 ff. – Rs. C-340/04.

Zu einer Erleichterung für die Kooperation öffentlicher Auftraggeber kam es im „ASEMFO-Urteil“¹¹ von 2007. Danach akzeptiert der EuGH die vergabe-rechtsfreie Zusammenarbeit öffentlicher Stellen, soweit bei der auftragnehmenden Gesellschaft während der gesamten Vertragslaufzeit nicht die Gefahr der Hereinnahme eines privaten Partners droht und diese Gesellschaft in einem ausschließlichen Verhältnis zu ihren auftraggebenden Gesellschaftern steht. Bei der Voraussetzung für die Annahme eines In-House-Geschäfts, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber beziehungsweise die Auftraggeber verrichtet, die ihre Anteile innehaben, ließ der EuGH einen Anteil von 55 Prozent der Tätigkeit ausreichen.

Staatliche Gewährleistungsverantwortung

Bei jeder Form des staatlichen Rückzuges aus der Aufgabenerledigung entsteht gleichzeitig eine staatliche Gewährleistungsverantwortung. Diese steht für das Recht, aber auch die Pflicht des Staates, im Rahmen gesetzlicher Vorgaben darauf hinzuwirken, dass öffentliche Aufgaben von Privaten gemeinwohlorientiert ausgeübt werden. Der Staat bleibt in der Pflicht, weil er für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung durch den einbezogenen Privaten Sorge zu tragen hat. Im Falle der Schlechterfüllung oder Nichterfüllung der Aufgabe durch private Dritte kommt stets eine administrative Reservefunktion des Staates zum Tragen.

Die Herleitung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung ergibt sich für die Flugsicherung, die Post und Bahn ausdrücklich aus Art. 87d, 87e und 87f Grundgesetz (GG). Außerhalb dieser genannten Sektoren kommt eine Herleitung unter anderem aus den grundrechtlichen Schutzpflichten wie etwa aus Art. 2 Abs. 1 GG für das Leben und die körperliche Unversehrtheit in Betracht. Sie verpflichtet den Staat im Grundsatz, die Verursachung von Gefahren für Leib und Leben zu verbieten und ausreichende Vorkehrungen zu treffen, damit das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Sicherheit effektiv erreicht wird. Ferner verlangt das Sozialstaatsgebot in Art. 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürde in Art. 1

11 EuGHE 2007, S. I-2999 ff. – Rs. C-295/05.

Abs. 1 GG eine sichere, qualitativ angemessene und flächendeckende Versorgung mit Leistungen der Daseinsvorsorge zu erschwinglichen Preisen als Teil des Existenzminimums. Auch die Staatszielbestimmung des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG legt dem Staat eine Gewährleistungsverantwortung für die Umweltmedien auf. Neben der Vermeidung von Schäden gehört hierzu auch die nachhaltige Bewirtschaftung der Ressourcen wie des Wassers.

Bei der Einschaltung von Privaten in die Wasserversorgung sind wegen der staatlichen Gewährleistungsverantwortung sorgfältige vertragliche Regelungen notwendig, um den kommunalen Einfluss bei der Versorgung der Bürger zu sichern.

Im Falle von Betriebsführern sind etwa vertragliche Regelungen notwendig, die bestimmen, dass über alle Angelegenheiten des Wasserversorgungsbetriebs, die nicht durch Gesetz oder administrative Vorschriften zwingend festgelegt sind, allein die Kommune als Betriebsinhaber entscheidet.

In Verträgen mit Betreibern müssen Weisungsrechte der Gemeinde und eine wirksame Überwachung durch die Kommune gewährleistet sein. Im Einzelnen sind in den Verträgen Befristungsklauseln, Kündigungsklauseln, Anpassungsklauseln bei Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Privaten und der Vorbehalt der Aufgabenrückführung zu regeln. Erforderlich sind auch Bestimmungen über die Folgen bei Vertragsbeendigung wie Rückübertragungspflichten bei den Versorgungsanlagen, Vorgaben für die Berechnung des Rückkaufspreises und Modalitäten der Rückübertragung wie Personalübernahmevereinbarungen und Einweisungspflichten des Privaten.

Der Konzessionsvertrag hat zum Beispiel ein Verbot der Unterwertveräußerung der Anlagen oder einen Zustimmungsvorbehalt der Kommune für die Weiterveräußerung, ein Kündigungsrecht bei Nicht- oder Schlechterfüllung, Regeln zur Rückübertragung zu angemessenen Preisen, Mitbestimmungsrechte der Kommune für Ausbau-, Sanierungs- und Erhaltungsmaßnahmen, Regeln zur Erhaltung des Widmungszwecks sowie Kontrollrechten zu enthalten. Außerdem muss die Fortführung der Versorgung nach Ablauf durch die Kommune oder Dritte im Vertrag sichergestellt werden.

Im Rahmen einer materiellen Privatisierung muss die Übertragung befristet und widerruflich sein. Es dürfen zudem keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Der Private hat seine Sachkunde und Zuverlässigkeit nachzuweisen und die dauerhafte Aufgabenerfüllung muss

gewährleistet sein. Ein Rückübertragungsrecht auf den öffentlichen Träger ist zu vereinbaren, falls die Sicherstellung der Versorgung durch den Dritten nicht mehr gewährleistet ist, er eine Pflichtenverletzung begeht oder Gründe des Gemeinwohls dies verlangen.

Resümee

Wenn die Kommunen in Baden-Württemberg die Entscheidung treffen, Private bei der Erbringung der Daseinsvorsorge einzubeziehen, findet im Falle öffentlicher Aufträge oberhalb der Schwellenwerte das EG-Vergaberegime Anwendung. Soweit die Verträge nicht unter die beiden Vergaberichtlinien fallen, sind jedenfalls die Binnenmarktregeln zu berücksichtigen. Auch die interkommunale Zusammenarbeit in Baden-Württemberg muss sich an den Teckal-Kriterien messen. Bei einer privaten Beteiligung sind hier gleichfalls Ausschreibungspflichten zu beachten.