

Anschlusszwang und Risiko

Das Wagnis Dienstleistungskonzession

(BS/Ulf-Dieter Pape/Henning Holz*) Erstmals musste sich eine Nachprüfungsinstanz mit der Frage auseinandersetzen, ob Konzessionsmodelle im Bereich der Wasserver- und Abwasserentsorgung dem Vergaberecht unterliegen. Die Vergabekammer Weimar ist mit Beschluss vom 24. Januar 2008 zu dem Ergebnis gelangt, dass eine ausgeschriebene "Dienstleistungskonzession für die Wasserver- und Abwasserentsorgung" aufgrund des bestehenden Anschluss- und Benutzungszwangs dem Vergaberecht unterliege, weil es an der für eine Dienstleistungskonzession typischen Übernahme des mit der Erbringung der fraglichen Leistungen verbundenen Betriebsrisikos fehle.

Der "Konzessionär" sollte die Aufgabe der Wasserver- und Abwasserentsorgung unter Anpachtung der Verbandsanlagen wahrnehmen und berechtigt sein, von den Kunden das Entgelt im eigenen Namen und auf eigene Rechnung unter Beachtung des Kostendeckungsprinzips zu erheben. Die Vergabestelle verpflichtete sich, den Anschluss- und Benutzungszwang an die öffentliche Einrichtung anzuordnen. Die Investitionen in die Anlagen sollte weiterhin der Verband, die notwendigen Instandhaltungskosten der "Konzessionär" tragen.

Verlagerung des Risikos

Das Thüringer Oberlandesgericht hat auf die sofortige Beschwerde des Verbands mit Beschluss vom 8. Mai 2008 (9 Verg 2/08) dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es der Vergabe einer Dienstleistungskonzession entgegensteht, wenn das mit der Dienstleistung verbundene Nutzungs- und Verwertungsrisiko – aufgrund des bestehenden Anschluss- und Benut-

zungszwangs und der Kalkulation der Entgelte nach dem Kostendeckungsprinzip – von Anfang an erheblich eingeschränkt ist, der Auftragnehmer es aber – soweit es besteht – weit überwiegend übernimmt.

Dienstleistungskonzessionen sind in Abgrenzung zu öffentlichen Dienstleistungsaufträgen dadurch gekennzeichnet, dass die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen nicht in einem vorher festgelegten Preis, sondern in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung besteht. Das impliziert eine Verlagerung der mit der Leistung verbundenen wirtschaftlichen Risiken auf den Konzessionär, der seine Vergütung über den Benutzer der Leistung erzielt. Welche Gestalt allerdings die wirtschaftlichen Risiken annehmen müssen, denen der Konzessionär ausgesetzt wird, ist bislang höchstrichterlich nicht beantwortet. Der EuGH erhält mit der Vorlage durch das OLG die Gelegenheit, diese wesentliche Voraussetzung der Dienstleistungskonzession zu konkretisieren und zugleich Rechtssicherheit

für abwasserbeseitigungspflichtige Körperschaften zu schaffen.

Konzession und geldwerter Vorteil

Das OLG neigt zu der Rechtsauffassung, dass die Übertragung des Nutzungs- und Verwertungsrisikos auf den Privaten nur bedeutsam sei, wenn ein solches von vornherein besteht. Falls aber – wie in der Wasser- und Abwasserwirtschaft bei angeordnetem Anschluss- und Benutzungszwang – selbst der öffentliche Auftraggeber kein nennenswertes Nutzungs- und Verwertungsrisiko tragen müsse, reiche es aus, wenn dieses Restrisiko übertragen werde.

Allerdings lässt sich mit der durch den Anschluss- und Benutzungszwang verbundenen Absatzgarantie und den zur Verfügung stehenden Daten zum Vertragsgebiet der Ertrag der zu erbringenden Dienstleistungen relativ sicher festlegen. Der Vertrag räumt damit die sichere Möglichkeit eines geldwerten Vorteils ein. Dies genügt nach der hier vertretenen Auffassung zur Annahme eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags. Die Übertragung des wirtschaftlichen Risikos dient keinem Selbstzweck dergestalt, dass auf sie verzichtet werden könnte, wenn das Betriebsrisiko von vornherein fehlt oder nur gering ist, maßgeblich ist, ob der Private mit derartigen Risiken konfrontiert wird. Deswegen ist nicht entscheidend, ob ein wie auch immer geartetes betriebswirtschaftliches Risiko übertragen wird, sondern dass sich aus der Einräumung eines Nutzungs- und Verwertungsrechts ein solches betriebswirtschaftliches Risiko ergibt.

Umgehung des Vergaberechts

Käme man in Fällen wie dem vorliegenden zur Annahme einer Dienstleistungskonzession, wäre dies mit den Zielsetzungen der EG-Vergaberichtlinien und der Durchsetzung ihrer praktischen Wirksamkeit nicht zu vereinbaren. Denn dann hätte es der öffentliche Auftraggeber durch den Verzicht auf die Vereinbarung einer Vergütung und der Erteilung eines – die fehlende Vergütung kompensierenden – Ausschließlichkeitsrechts an den Auftragnehmer in der Hand, das Vergaberecht zu umgehen. Bis zu einer Entscheidung des EuGH stellt die Vergabe einer Dienstleistungskonzession in der Wasser- und Abwasserwirtschaft somit ein Wagnis dar.

*Dipl.-Verw. Ulf-Dieter Pape und Dr. Henning Holz, LL.M., beide Rechtsanwälte bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hannover.

Behörden Spiegel
Juli 2008, S. 22