

# Beauftragung Dritter im Abfallrecht

*Um die Finanzhaushalte der öffentlichen Hand zu entlasten und die Gebühren für die Abfallentsorgung in zumutbarem Maße zu halten, wird es für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger immer interessanter, private Unternehmen in ihre Pflichtaufgaben mit einzubeziehen.*

### **Drittbeauftragung nach § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG**

Bei einer Beteiligung privater Unternehmen an der Abfallentsorgung mittels Drittbeauftragung gemäß § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG wird das Vergaberecht zumeist Anwendung finden. In der Rechtsprechung sind bisher zwar nur Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Ausschreibungspflicht nicht schon bei einer 51-%igen Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers entfällt; jedoch ist es in der gegenwärtigen Literatur mittlerweile fast einhellige Meinung, dass die Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers 80 bis 90 % betragen muss, um den Wegfall der Ausschreibungspflicht anzunehmen.

Auch kann die Anwendbarkeit des Vergaberechts bei der Drittbeauftragung regelmäßig nicht anhand von spezifischen Leistungsbeschreibungen z.B. nach §§ 3 Nr. 4h, 3a Nr. 2c VOL/A eingeschränkt werden. Es läge sonst in der Willkür des Auftraggebers, vergabefremde Ziele mit einer Beauftragung zu koppeln und diese dadurch als nicht ausschreibungsfähig zu bezeichnen.

Ebenso kann in der Drittbeauftragung kein öffentlich-rechtlicher Vertrag nach §§ 54 ff. VwVfG gesehen werden, auf den zumindest nach der Rechtsprechung die vergaberechtlichen Regelungen nicht anwendbar sind. Denn es handelt sich bei der Drittbeauftragung um einen zivilrechtlichen Vertrag, zumal die Wahrnehmung der hoheitlichen Kompetenzen bei dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger verbleibt.

### **Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG**

In Betracht kommt jedoch nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG die Möglichkeit der Übertragung von Pflichten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger auf Dritte. Bei einer Pflichtenübertragung handelt es sich aus nationaler Sichtweise um eine Beileihung. Bei einem Beileihungsvorgang wird kein entgeltlicher Vertrag nach § 99 Abs. 1 GWB geschlossen, so dass der Anwendungsbereich des in den §§ 97 ff. GWB geregelten Vergaberechts grundsätzlich keine Anwendung findet.

Die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG stellt jedoch auch eine sogenannte Dienstleistungskonzession dar. Bei Dienstleistungskonzessionen handelt es sich um vertragliche Gestaltungen, bei denen der Konzessionär Aufgaben übernimmt, deren Erbringung an sich einer staatlichen Stelle bzw. einem Sektorenauftraggeber obliegt, und der

auf eigenes Risiko wirtschaftlichen Nutzen daraus ziehen darf, wobei er regelmäßig eine Konzessionsabgabe an die Gegenseite zu leisten hat. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 07.12.2000 in der Rechtsache „Telaustria“ (Rs. 324/98, NZBau 2001, 148 ff.) sind auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Grundregeln des europäischen Gemeinschaftsvertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten. Das Diskriminierungsverbot schließt insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist. Demzufolge muss die Absicht, eine Dienstleistungskonzession zu vergeben, gemeinschaftsweit publik gemacht werden, wenn deren wirtschaftlicher Wert einem den Schwellenwert erreichenden Auftrag entspricht. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb geöffnet wird und die Nachprüfung ermöglicht wird. Ausländische potenzielle Bieter dürfen nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden und die Konzession muss unparteiisch vergeben werden.

Die Verpflichtung zur Transparenz geht jedoch nicht soweit wie bei § 97 Abs. 1 GWB. Denn eine gerichtliche Nachprüfung, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurde, ist nur nachträglich möglich. Eine Vorabinformation wie nach § 13 VgV

wurde vom Europäischen Gerichtshof gerade nicht gefordert. Allenfalls kommt ein Anspruch auf Auskunft über das Zustandekommen der Vergabeentscheidung in entsprechender Anwendung von § 32a Nr. 1 VOB/A in Betracht. Nach Zuschlagserteilung kann jedoch der übergangene Bieter nach dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ nur noch Sekundäransprüche und somit Schadensersatzansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. Ob hierbei auf die erleichterten Voraussetzungen der §§ 125 f. GWB zurückgegriffen werden kann, wurde vom Europäischen Gerichtshof nicht entschieden. Es spricht jedoch einiges dafür, es bei den allgemeinen Grundsätzen zu belassen. Einschlägig sind demzufolge insbesondere Ansprüche aus culpa in contrahendo.

Zusammenfassend gilt, dass das Vergaberecht auf Dienstleistungskonzessionen weder direkt noch entsprechend anzuwenden ist. Aus der Beachtung des Diskriminierungsgebotes und des darin enthaltenen Transparenzgebotes sind die Vergaberegeln jedoch zumindest in einem eingeschränkten Maßstab zu beachten. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie die nationalen Gerichte den von dem Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil gelassenen Spielraum ausgestalten werden.