

Viel Lärm um Müll

Rekommunalisierung in der Abfallwirtschaft wirft rechtliche Fragen auf

Nach Auslaufen der Konzessionsverträge entscheiden sich immer mehr Kommunen dafür, die bislang privatisierte Abfallwirtschaft in Eigenregie zu betreiben. Handelt es sich dabei um ein vergabefreies Inhouse-Geschäft, oder erfordert die Rekommunalisierung ein Ausschreibungsverfahren? Inwiefern sind die kommunalen Unternehmen an das Örtlichkeitsprinzip gebunden?

**Von Elisabeth Lepique und
Ulf-Dieter Pape**

In der Abfallwirtschaft ist derzeit ein Trend zur Rekommunalisierung zu beobachten. Nach Ablauf eines Entsorgungsvertrages mit einem Privaten entscheiden sich immer mehr Kommunen dafür, die Entsorgung besser selbst oder im Verbund mit anderen Kommunen zu übernehmen. Nach Angaben der Mannheimer Beratungsgesellschaft TIM Consult haben sich mittlerweile z.B. die Stadt Böblingen, der Kreis Aachen, der Rhein-Sieg-Kreis und die Landkreise Lüneburg und Uckermark entschieden, ihre Müllabfuhr wieder ganz oder teilweise in eigener Regie durchzuführen. Für diese Rückverlagerung gibt es vielschichtige Motive. Ein Hauptmotiv dürfte sein, dass ein Wettbewerb unter den Privaten bei einer Auftragsvergabe in vielen Regionen wegen der dort vorherrschenden Marktstrukturen tatsächlich nicht stattfindet. Somit führt eine Ausschreibung nicht unbedingt zu einem wirtschaftlichen Ergebnis. Die Kommunen hoffen zudem, durch eine Rekommunalisierung den politischen Einfluss auf

eine qualitativ und ökologisch hochwertige Leistungserbringung zu wahren bzw. wiederherzustellen sowie den lokalen Arbeitsmarkt zu unterstützen. Schließlich können sie durch eine Rekommunalisierung künftig den Aufwand eines mit rechtlichen Risiken verbundenen Ausschreibungsverfahrens vermeiden. Eine Beauftragung eigener kommunaler Gesellschaften oder Betriebe setzt jedoch vergaberechtlich voraus, dass die Voraussetzungen eines Inhouse-Geschäfts vorliegen. Dazu muss sich die Beauftragung des kommunalen Unternehmens funktionell als organisationsinterne Maßnahme darstellen.

Vergabefrei oder -pflichtig?

Der EuGH und die nationalen Gerichte legen die Voraussetzungen eines vergabefreien Inhouse-Geschäfts äußerst restriktiv aus. So kommt das Vergaberecht bereits bei einer – auch noch so geringen – Beteiligung eines Privaten an dem kommunalen Unternehmen zur Anwendung. Die Kommune muss ferner eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen über das zu beauftragende Unternehmen ausüben können, so dass eine weitgehende Autonomie der Geschäftsführung einer solchen Kontrollmöglichkeit entgegensteht. Daher könnte eine Aktiengesellschaft von vornherein nicht in Betracht kommen. Zudem muss der Auftragnehmer im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig sein. Bereits ein Fremdleistungsanteil von weniger als 10 Prozent des Gesamtumsatzes kann die Anwendung des Vergaberechts begründen. Weiter scheidet eine vergaberechtsfreie Rekommunalisierung aus, wenn die Auf-

gabenerledigung zwar in den kommunalen Raum zurückverlagert wird, aber nicht auf den Eigenbetrieb oder die Tochtergesellschaft einer Kommune, sondern auf eine andere Gebietskörperschaft.

Äußerst umstritten ist die Anwendung des Vergaberechts bei interkommunaler Zusammenarbeit. Dabei scheint sich jedoch nunmehr die Auffassung durchzusetzen, dass die freihändige Vergabe von Abfallentsorgungsaufträgen durch Kommunen auf einen von ihnen geschaffenen Zweckverband nicht gegen Vergaberecht verstößt. So hat die EU-Kommission mittlerweile ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet mit der Begründung, dass es sich bei der vollständigen Übertragung einer öffentlichen Aufgabe von einer öffentlichen Einrichtung auf eine andere nicht um einen vergaberechtlichen Vorgang, sondern vielmehr um eine Maßnahme zur internen Verwaltungsorganisation handele. Die kommunalen Spitzenverbände sind aber darüber hinaus bestrebt, im EU-Vergaberecht den Grundsatz zu verankern, dass allgemein Vergaberecht erst dann anzuwenden sein soll, wenn ein öffentlicher Auftraggeber zur Erfüllung einer Aufgabe an den Markt geht. Der Gesetzgeber soll klarstellen, dass staatliche Organisationsentscheidungen – wie z.B. die Bildung von Zweckverbänden zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe – nicht dem Vergaberecht unterliegen. Allerdings

lassen die insoweit ergangenen Entscheidungen vermuten, dass jede Form der Beauftragung – also auch nach den Gesetzen über die kommunale Zusammenarbeit – einer anderen Kommune auch künftig dem Vergaberecht unterliegen wird.

Örtlichkeitsprinzip umstritten

Weiterhin sehr umstritten sind derzeit die Fragen, in welchem Umfang kommunale Unternehmen an das in den Gemeindeordnungen verankerte Örtlichkeitsprinzip gebunden sind und inwieweit eine Tätigkeitsaufnahme außerhalb des jeweiligen Gebiets erlaubt ist. Während die Obergerichtspräsidenten der Länder Rheinland-Pfalz und NRW eine kommunenfreundliche Auffassung vertreten haben, gibt es in Nordrhein-Westfalen nunmehr von Protesten kommunaler Betriebsangehöriger begleitete politische Bestrebungen, durch eine Änderung der Gemeindeordnung der Tätigkeit von kommunalen Unternehmen außerhalb der Gemeindegrenzen Einhalt zu gebieten. Durch entsprechende Gesetzesänderungen könnte die Möglichkeit eines kommunalen Betriebs, sich außerhalb der Gemeindegrenzen zu betätigen, erheblich eingeschränkt werden, so dass sich hieraus Auswirkungen auf die Auslastung des Betriebes ergeben können. Vor der Entscheidung für eine Rekommunalisierung muss eine Kommune daher die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Vorteilhaftigkeit sorgfältig

prüfen. In jedem Einzelfall sollten auf Basis einer Marktanalyse und eines Wirtschaftlichkeitsvergleichs die Vorteile einer Rekommunalisierung gegenüber den nach wie vor bestehenden Vorteilen einer Vergabe der Leistungen im Wettbewerb abgewogen werden. In diese Betrachtung kann auch die Gründung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften einbezogen werden. Zu den Erfolgsfaktoren einer Rekommunalisierung gehören u.a. die präzise Definition des Aufgabenumfanges sowie eines klaren Auftraggeber-Auftragnehmer-Verhältnisses zwischen hoheitlichem und operativem Betrieb, die Ausrichtung von kostenbeeinflussenden Standards (insbesondere Löhne und Gehälter) an den Marktverhältnissen, die Gewährleistung eines regelmäßigen Know-how-Transfers und ein kontinuierliches Monitoring von Leistung und Kosten des operativen Betriebs. Weiter kann es auch künftig sinnvoll sein, Einzelleistungen an Private zu vergeben. Insgesamt zeigen die Erfahrungen aus der Beratungspraxis, dass die Rekommunalisierung von Entsorgungsaufgaben eine Alternative zur Privatisierung sein kann und bei aktiver Gestaltung und effektiver Organisation kommunale Unternehmen auch künftig gute Chancen haben, sich am Markt zu behaupten.

Elisabeth Lepique ist Rechtsanwältin und Steuerberaterin, Ulf-Dieter Pape ist Rechtsanwalt und Dipl.-Verwaltungswirt bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Köln bzw. Hannover.
elisabeth.lepique@luther-lawfirm.com,
ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com