rungen interkommunaler Vereinbarungen sollten jedenfalls i. S. d. EuGH-Urteils angepasst werden.

4. Gesamtfazit

Mit seinen beiden Urteilen vom 28. Mai sowie vom 04. Juni 2020 hat der EuGH in nur einer Woche zu wichtigen Fragen der Möglichkeiten, aber auch der Grenzen von vergaberechtsfreien interkommunalen Kooperationen, Stellung bezogen:
Das erste Urteil vom 28. Mai 2020 ist aus kommunaler Sicht grundsätzlich zu begrüßen. Es erweitert den Anwendungsbereich einer vergaberechtsfreien interkommunalhorizontalen Kooperation. Der EuGH stellt fest, dass Kommunen ohne ausschreiben zu müssen auch beim Austausch von Hilfstätigkeiten (Software-Entwicklung) zusammenarbeiten dürfen, sofern diese Tätigkeiten zur wirksamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben beitragen. Voraussetzung ist aber, dass durch die Kooperation kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.
Mit seinem Urteil vom 04. Juni 2020 legt der EuGH die Grenzen für eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit von Kommunen fest. Eine Zusammenarbeit muss danach das *„Ergebnis einer Initiative der Vertragspartner zur Zusammenarbeit"* sein und auf einem *„kooperativen Konzept"* beruhen. Die reine Erbringung von *„Leistungen gegen Entgelt"* ohne dass ein *„kooperatives Konzept"* vorliegt, reichen nicht. Letztlich ist nach dem EuGH, auch wenn der Begriff im Rechtstext gestrichen wurde, eine auf *„echte"* Zusammenarbeit basierende öffentlich-öffentliche Kooperation der Parteien erforderlich. Diese ist dann nicht gegeben, wenn rein *„Leistungen gegen Entgelt"* ausgetauscht werden und sich daher eine Partei der anderen „nur" als „Erfüllungsgehilfe" für die Durchführung ihrer Aufgaben bedient.

Vergaberelevanz des interkommunalen Betriebsführungsvertrages am Beispiel der Abwasserentsorgung

Dr. Tobias Krohn, EHLER ERMER & PARTNER,
Dr. Jan Frederik Reese, EHLER ERMER & PARTNER

Der Betriebsführungsvertrag hat es zum kommunalwirtschaftlichen Erfolgsmodell geschafft. In der Abwasserentsorgung dürfte er in Schleswig-Holstein sogar die Mehrzahl der Kooperationsformen stellen (oft auch in Verbindung mit einem Zweckverband). Häufig wird die Vergaberelevanz eines Betriebsführungsvertrages allerdings unterschätzt. Im Nachhinein kann das zu misslichen Konsequenzen führen, die sich nicht selten vermeiden lassen. Denn jedenfalls für Betriebsführungsverträge zwischen Kommunen kann das sog. „Instate-Privileg" aus § 108 Abs. 6 GWB einen schlanken Ausweg aufzeigen. Gleichwohl ist hier juristisches Augenmaß bei der Vertragsgestaltung und unter Umständen Flexibilität bei den ursprünglich gewünschten Vertragsinhalten gefordert.

I. Praktische Relevanz

Betriebsführungsverträge sind beliebt. Das liegt nicht zuletzt daran, dass sie vermeintlich unkompliziert umzusetzen sind. In der Tat hält sich der Gestaltungsaufwand im Vergleich zu den alternativen Kooperationsformen, wie etwa Zweckverbänden, regelmäßig in Grenzen. Und auch an dem grundsätzlich erforderlichen Beschluss der Kommunalvertretung wird es selten scheitern. Schließlich lassen sich mit einer ausgelagerten bzw. übernommenen Betriebsführung Verwaltungsaufwände reduzieren bzw. Größenvorteile ausspielen.
Ein schleichender Umbruch könnte sich nun mit Einführung des § 2b Umsatzsteuergesetzes (UStG) abzeichnen. Dieser entkoppelt die Umsatzsteuerbarkeit öffentlicher Tätigkeiten vom Vorliegen eines Betriebs gewerblicher Art (BgA) und legt den Fokus auf die Unternehmenseigenschaft. Fortan wird sich die umsatzsteuerrechtliche Bewertung öffentlicher Leistungen um die Frage ranken, ob die konkrete Leistung auf Grundlage einer spezifischen öffentlichen Sonderregelung erbracht wird oder ob ein Privater sie ebenso erbringen kann.[1] Bei der Übernahme von Betriebsführungsleistungen wird man Letzteres in der Regel wohl bejahen.
Im Zuge der nun notwendigen Prüfung kommunaler Leistungsbeziehungen nehmen Kommunen und deren Berater zunehmend auch vergaberechtliche Risiken in den Blick. Inmitten interdisziplinärer Implikationen auf das Kommunalrecht, das Steuerrecht, das Wasserrecht, das Abgabenrecht und das Vergaberecht scheinen Abwasserkooperationen hier größere Probleme zu bereiten (**dazu II.**). Was bisweilen übersehen wird: Sie sind grundsätzlich vergaberelevant (**dazu III.**). Jedenfalls in Konstellationen, in denen die Vergabestelle eine andere Kommune zum Betriebsführer auserkoren hat, liegen (teils berechtigte) Hoffnungen im Privileg interkommunaler Zusammenarbeit aus § 108 Abs. 6 GWB. Allerdings genügt es nicht, wenn auf beiden Seiten des Vertrages kommunale Einheiten stehen. § 108 Abs. 6 GWB stellt an den Inhalt der Zusammenarbeit spezifische Anforderungen, die es bei der Gestaltung des Kooperationskonzepts zu berücksichtigen gilt (**dazu IV.**).

II. Der Betriebsführungsvertrag als Abwasserkooperation

Besondere Wertschätzung und daher auch praktische Relevanz genießen Betriebsführungsverträge in der Abwasserentsorgung. Hier scheinen die Entlastung von Verwaltungsaufwand sowie die Generierung von qualitativen und kostenmäßigen Größenvorteilen besonders attraktiv – insbesondere in kommunaler Kooperation. Das findet seine Ursache darin, dass die Abwasserentsorgung seit jeher die Domäne der Kommunen ist und komplexe Netzinfrastrukturen und Klärwerke sich – aufgrund hoher Investitions- und Fixkosten – bei einer größeren Einwohnerzahl besonders rentieren.
Die Abwasserentsorgung selbst ist eine Pflichtaufgabe, die § 44 Abs. 1 S. 1 Landeswassergesetz SH (LWG) den Kommunen in Schleswig-Holstein auferlegt. Funktional umfasst diese Aufgabe die komplette „Wertschöpfungskette" der Abwasserwirtschaft. Das beginnt mit dem Sammeln von Niederschlags- und Schmutzwasser (Grau- und Schwarzwasser), geht über dessen Fortleitung und Behandlung und endet mit der endgültigen Rückführung in den Wasserkreislauf (§ 54 Abs. 2 Wasserhaushaltsgesetz, WHG).
Verantwortlich, verpflichtet und allein berechtigt für den gesamten Vorgang ist stets der sog. Aufgabenträger. Das ist grundsätzlich die jeweilige Kommune in den Grenzen ihres eigenen Kommunalgebiets. Der Aufgabenträger ist jedoch nicht zwingend identisch mit demjenigen, der die Abwasserentsorgung wirtschaftlich durchführt. § 44 Abs. 1 LWG erlaubt es dem Aufgabenträger nämlich ausdrücklich, sich zur Erfüllung der Abwasserentsorgung Dritter zu bedienen (sog. Manda-

[1] BMF-Schreiben v. 16.12.2016, Rn. 6; *Korn*, in: Bunjes/Korn, 2020, UStG, § 2b Rn. 4.

tierung). Eine Übertragung der Aufgabe ist damit nicht verbunden.[2]
Grundlage der Mandatierung ist in der Regel ein schlichter Vertrag, worunter auch der hier interessierende Betriebsführungsvertrag fällt. Gemeint ist jeder Vertrag, der den schuldrechtlichen Betrieb der Entsorgungseinrichtungen insgesamt meint – zunächst unabhängig von seiner Rechtsform und konkreten Ausgestaltung. Im Leistungsumfang ist er im Wesentlichen dadurch gekennzeichnet, dass die operativen technischen und / oder kaufmännischen Aufgaben einer Einrichtung von einer in der Regel größeren Einheit wahrgenommen werden (z.B. über die Entsorgungsinfrastruktur). Im Übrigen herrscht im Wesentlichen Vertragsfreiheit, auch hinsichtlich betriebswirtschaftlicher Risiken und Eigentumsverhältnisse. Es ist jedoch stets weiterhin der Aufgabenträger (der Auftraggeber), der die Pflichtaufgabe der Abwasserentsorgung gegenüber seiner Kommunalbevölkerung erfüllt. Die für den Betriebsführungsvertrag maßgebende Leistungsbeziehung ist zwischen dem Betriebsführer und dem Aufgabenträger gespannt. Der Betriebsführer entsorgt also kein Abwasser, sondern „führt einen Betrieb".

III. Vergaberelevanz von Betriebsführungsverträgen

Betriebsführungsverträge sind – von den verschiedenen Ausnahmetatbeständen einmal abgesehen – grundsätzlich vergaberelevant, und zwar im unter- wie im überschwelligen Bereich.

1. Der Auftraggeber als Adressat des Vergaberechts: Der Auftraggeber in der Abwasserentsorgung ist in der Regel der jeweilige Aufgabenträger. Bei ihm handelt es sich oft um den Eigenbetrieb einer Gebietskörperschaft und damit um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB. In den Sparten Wasser, Energie, Gas, Wärme und Verkehrsinfrastrukturen – nicht aber im reinen Abwasserbereich – findet Sektorenvergaberecht Anwendung (§§ 100, 102 GWB). Je nach Ausgestaltung des Betriebsführungsvertrages mit Blick auf das verteilte Betriebsrisiko, könnte der Auftraggeber auch Konzessionsgeber nach § 101 GWB sein.[3] Die Eigenschaft als Sektorenauftrag- bzw. Konzessionsgeber berührt die grundsätzliche Vergaberelevanz der Beschaffungsmaßnahme jedoch nicht. Sie schafft lediglich Flexibilität für das durchzuführende Verfahren.
2. Betriebsführungsvertrag als öffentlicher Auftrag: Die Vergabe erfolgt in der Regel durch einen öffentlichen Auftrag, also durch entgeltlichen Vertrag nach § 103 GWB. Betriebsführungsverträge fallen in die Kategorie der Dienstleistungsaufträge (§ 103 Abs. 4 GWB). Der Betriebsführer verpflichtet sich etwa zur Wartung bestimmter Anlagen, zur Einrichtung eines Notdienstes, zur Durchführung bestimmter Kontrollen und zu weiteren mit dem Betrieb der Entsorgungseinrichtung verbundenen Tätigkeiten. Im Gegenzug erhält er Ausgleichszahlungen. Dass diese Zahlungen bei kommunalen Betriebsführern nicht selten kostendeckend berechnet sind, steht der „Entgeltlichkeit" des Vertrages und somit dem Vorliegen eines öffentlichen Auftrages nicht entgegen.[4]
Häufig ermächtigen Betriebsführungsverträge den Betriebsführer auch dazu, Unteraufträge zu vergeben bzw. Dritte einzuschalten (insb. für Wartungsleistungen). Ist der Betriebsführer selbst öffentlicher Auftraggeber, so ist Vergaberecht im Grundsatz auch auf dieser zweiten Stufe anzuwenden.[5]

3. Schätzung des Auftragswertes: Von außerordentlicher praktischer Relevanz ist der geschätzte Auftragswert des Betriebsführungsvertrages. Nach ihm bestimmt sich, ob er nach Bundes- oder Landesvergaberecht zu vergeben ist.
Liegt der Auftragswert oberhalb der jeweils aktuellen Schwellenwerte, so gilt Bundesvergaberecht (GWB).[6] Die Folgen sind mitunter ein engerer Gestaltungsspielraum bei der Verfahrensausgestaltung, eine europaweite Bekanntmachung (§§ 37-40 VgV) und wirksamere Rechtsschutzmöglichkeiten von Bewerbern und Bietern.
Bei Auftragswerten unterhalb der Schwelle finden in Schleswig-Holstein seit dem 1. April 2020 das Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH) sowie die Landesverordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (SHVgVO) Anwendung. Vor allem für Sektorenauftraggeber enthält das Gesetz erhebliche Erleichterungen, da bis zur Schwelle lediglich noch ein (nach allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen) frei gestaltetes Verfahren einzuhalten ist.[7] Allerdings sind auch die Anforderungen an den „normalen" öffentlichen Auftraggeber im Unterschwellenbereich erleichtert. Beispielsweise gelten höhere Wertgrenzen (z.B. für die Verhandlungsvergabe, § 3 Abs. 3 Nr. 1 SHVgVO) und bestimmte Verfahrensbestimmungen sind lediglich fakultativ (z.B. die e-Vergabe, § 3 Abs. 2 SHVgVO).
Zu schätzen ist der voraussichtliche Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer (§ 3 Abs. 1 VgV, § 2 SHVgVO). In der Abwasserentsorgung wird der Aufgabenträger diese Schätzung in aller Regel den Eigenaufwänden vergangener Kalenderjahre entnehmen und diese mit Blick auf die erwartete Kostenentwicklung anpassen können. Da Betriebsführungsverträge in der Praxis regelmäßig für eine längere Laufzeit als 4 Jahre geschlossen werden, ist nach § 3 Abs. 11 Nr. 2 VgV (§ 2 SHVgVO) der 48-fache Monatswert maßgebend. Nur in seltenen Fällen dürfte ein Betriebsführungsvertrag über Abwassereinrichtungen im Unterschwellenbereich landen – zu groß ist der technische Aufwand auch bei kleineren Kommunen. Größere Chancen haben da noch Sektorenauftraggeber.

IV. Vergabeprivileg als interkommunale Kooperation nach § 108 Abs. 6 GWB?[8]

Die grundsätzliche Vergaberelevanz von Betriebsführungsverträgen spielt häufig nicht mit dem Wunsch des Auftraggebers zusammen, die Betriebsführung über seine Einrichtungen von einer (benachbarten) kommunalen Einheit durchführen zu lassen. Neben kommunalpolitischen Gründen dürfte das häufig damit zusammenhängen, dass gerade im Bereich der Abwasserentsorgung das Vertrauen der Bevölkerung in kommunale Entsorger größer zu scheint als in Privatunternehmen. Privatunternehmen sind außerdem in aller Regel stärker an der Gewinnerzielung interessiert. Infolge des Kostendeckungsprinzips wirkt sich das auf die Höhe der Abwassergebühren und -beiträge aus, die im Ergebnis von der Kommunalbevölkerung zu entrichten sind (§ 6 Abs. 2, § 8 Abs. 3 Kommunalabgabengesetz SH, KAG).[9]

---

2 So jedoch bei der sog. Delegation. Innerhalb des § 46 LWG sowie des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit (GkZ) kann die Kommune die Aufgabe der Abwasserentsorgung auf einen Dritten, etwa einen Zweckverband (§§ 2 ff. GkZ) oder eine andere Kommune (§§ 18 f. GkZ) übertragen.

3 Im Bereich der Abwasserentsorgung stoßen Konzessionen teilweise auf rechtliche Bedenken. Diese fußen in dem Umstand, dass allein der Aufgabenträger zur Abwasserbeseitigung berechtigt ist und allein dieser Abwasserentsorgungsleistungen gegenüber der Kommunalbevölkerung wahrnehmen darf. Bevor im Abwasserbereich zu einer Konzessionierung gegriffen wird, ist anzuraten, eine Prüfung im Einzelfall vorzunehmen. Denn die rechtswidrige Vergabe einer Abwasserkonzession anstelle eines allein zulässigen öffentlichen (Dienstleistungs-)Auftrages kann im Einzelfall als rügefähige Umgehung des Vergaberechts gedeutet werden.

4 *Wegener/Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2019, § 103 GWB, Rn. 43 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 11.12.2014 – C-113/13 – Spezzino.

5 *Hüttinger*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2017, § 103, Rn. 80.

6 Vgl. zu den aktuellen Schwellenwerten: § 106 Abs. 2 Nr. 1 bzw. 2 GWB i.V.m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 15 der Richtlinie 2014/25/EU in der jeweils geltenden Fassung.

7 Sehr instruktiv: *Raabe*, Die Gemeinde 2019, S. 140-146.

8 In Betracht kommen auch noch alle weiteren (reverse) Inhouse-, Joint-Venture- und sonstigen Konzernprivilegien (vgl. § 108 Abs. 1-5 GWB; §§ 138, 139 GWB). Bei entsprechender Gesellschaftsstruktur kann sich auch ein Blick auf diese Ausnahmevorschriften rentieren.

9 Das dürfte im Übrigen auch dann gelten, wenn die Entsorgungseinrichtung gemäß § 6 Abs. 1 KAG SH privatrechtliche Entgelte fordert. Auch in diesem Fall sollten die Grundsätze des Kostendeckungsprinzips zumindest entsprechend anzuwenden sein. Das ist freilich umstritten, wird jedoch nach aktuellem Stand von zumindest einigen Kommunalaufsichtsbehörden in Schleswig-Holstein so vertreten.

Entsprechend nachvollziehbar ist die Hoffnung, die in das „Instate-Privileg“ aus § 108 Abs. 6 GWB gelegt wird. Anwendung findet es auch im unterschwelligen Bereich (§ 1 Abs. 2 VGSH) und auch Sektorenauftraggeber können sich im Einzelfall darauf berufen (§§ 108 Abs. 8, 99 Nr. 1-3 GWB). Letzteres wird vor allem für solche Kommunen relevant, die ihre Sektorentätigkeiten nicht auf einen Rechtsträger ausgegliedert haben (Eigenbetriebe).

1. Ziel und Entstehungsgeschichte: Die Vergaberechtsfreiheit öffentlicher Kooperationen wurde erstmals in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“[10] als ungeschriebene Ausnahme anerkannt. In den beiden Urteilen „Lecce“ und „Piepenbrock“ bestätigte der EuGH diese nationale Rechtsprechung.[11] Mit Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/24/EU (Vergaberichtlinie, VRL) erhielt das nationale Vergaberecht 2016 endlich eine ausdrückliche Regelung. Nach dem auf diese Weise neu geschaffenen § 108 Abs. 6 GWB sollen Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern vergabefrei sein, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Nr. 1: der Vertrag dient der **Zusammenarbeit** zwischen ihnen, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die **Erreichung gemeinsamer Ziele** ausgeführt werden (2.);
- Nr. 2: die Durchführung der **Zusammenarbeit** wird **ausschließlich** durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem **öffentlichen Interesse** bestimmt (3.);
- Nr. 3: die öffentlichen Auftraggeber erbringen von den Tätigkeiten, die durch die konkrete Zusammenarbeit erfasst sind, weniger als 20 Prozent auf dem Markt (4.).

Diese Voraussetzungen sind nicht leicht zu lesen. Dass sie die europäische Rechtsprechung umsetzen wollen, teilweise aber auch über sie hinausgehen bzw. sie nicht 1:1 übernehmen, erschwert ihre praktische Anwendung nochmals. Sinn und Zweck dieser Privilegierung war es jedenfalls, den Staat bei der Eigenerledigung von Aufgaben nicht zu zwingen, eine besondere Konzernstruktur zu errichten (Inhouse-Privileg) oder Leistungen auf dem freien Markt nachzufragen. Das leuchtet ein, denn nicht sämtliche Mitgliedstaaten in der EU verfügen über eine kommunale Ebene. Eine Bevorteilung zentralistisch aufgebauter Mitgliedstaaten verbietet das EU-Primärrecht. Man könnte also sagen, § 108 Abs. 6 GWB beantwortet die politische Dauerfrage nach einem „Mehr oder Weniger Staat“ zugunsten eines Mehrs.

2. Zusammenarbeit zur Erreichung gemeinsamer Ziele: Der Hauptanwendungsfall des Betriebsführungsvertrages dürfte in der Daseinsvorsorge liegen. Allerdings beschränkt er sich nicht auf diesen Bereich, sondern erfasst eine Vielzahl von Konstellationen, freilich mit gewissen inhaltlichen Vorgaben:

a) Die Beteiligten: Sämtliche Kooperationspartner müssen öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB sein (z.B. Eigenbetriebe von Kommunen oder Zweckverbänden). Private dürfen sich nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar,[12] beteiligen.

b) Die Form der Vereinbarung: Gleichgültig ist, ob sich die Zusammenarbeit in einem gemeinsamen Rechtsträger institutionalisiert (z.B. einem Zweckverband) oder ob ein schuldrechtlicher Vertrag geschlossen wird.[13] In Ermangelung eines Beschaffungscharakters, der für das Vorliegen eines vergabepflichtigen öffentlichen Auftrages jedoch konstitutiv ist, dürften institutionalisierte Kooperationen und Aufgabendelegationen zumindest in der Abwasserentsorgung ohnehin als rein interne Organisationsmaßnahmen vergabefrei sein. Davon zu unterscheiden sind freilich Verträge zwischen den Kommunen und der jeweiligen Institution. Darunter kann auch der Betriebsführungsvertrag fallen, z.B. wenn das Mitglied eines Zweckverbandes wieder mit Teilen der Betriebsführung betraut werden soll. Auf dieser Stufe wird das Privileg dann wieder relevant.[14]

c) Der Inhalt der Leistungspflichten: Sehr umstritten, aber auch praxisrelevant sind die inhaltlichen Anforderungen an die primären Leistungspflichten. Im Fokus steht die Frage, ob es ausreicht, wenn ein Kooperationspartner lediglich ein Entgelt entrichtet.[15] Gerade um diese Anforderungen wird sich die Gestaltung von Betriebsführungsverträgen häufig ranken. Die ökonomische Motivation der Kooperationspartner liegt in vielen Fällen ja gerade darin, dass kleinere Kommunen jenseits rein finanzieller Beteiligung an der Kooperation schlichtweg keinen eigenen „tatkräftigen“ Beitrag stemmen können.

Vortragsveranstaltung

Thema: Rattenbekämpfung im urbanen Bereich **Ort:** in Ihrer Gemeinde

Kosten: € 10.—pro Teilnehmer Mindestens 20 Teilnehmer

Dauer: ca. 90 Minuten

Zielgruppe: Privatpersonen sowie Interessierte die selbst in ihrem Haushalt Ratten abwehren bzw. bekämpfen möchten und dafür etwas vom Rattenfänger lernen wollen.

Dozent: Hark Herrfurth Sachverständiger für Schädlingsbekämpfung, Parasitologe

Unternehmen: HARTMANN! Kompetenz- und Ausbildungszentrum für Schädlingsbekämpfung, Parasitologie und angewandtes Hygienemanagement

Treenestraße 77 – 24896 Treia
Anfragen bitte per E-Mail: hartmann-eu@t-online.de

Anzeige

[10] OLG Hamburg, NZBau 2009, 527 – „Stadtreinigung Hamburg“.
[11] EuGH, NZBau 2013, 114 – „Lecce“.
[12] Erwägungsgrund 32 der VRL; in diesem Fall können jedoch die weiteren Voraussetzungen Probleme bereiten, insbesondere jene, dass die Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird. Hier kann es zu wettbewerbsverzerrenden Vorteilen kommen, wenn das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen die wesentliche Auftragsleistung erbringt, ggf. sogar gegen einen Gewinnzuschlag (dazu unten).
[13] *Burgi*, Vergaberecht, S. 138; *König*, in: Gabriel/Krohn/Neun, HdB VergabeR, § 6, Rn. 55; *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, 2019, § 108, Rn. 63.
[14] In dieser Konstellationen kommen häufig Inhouse-Privilegien in Betracht (§ 108 Abs. 1-5 GWB sowie für Sektorenauftraggeber §§ 137-139 GWB). Ein Instate-Geschäft kann indessen gegeben sein, wenn die für Inhouse-Geschäfte formulierten Anforderungen an ein Inhouse-Geschäft nicht erfüllt sind.
[15] Dies verneinend etwa: OLG Koblenz, VergabeR 2015, 180; in die Richtung wohl auch: OLG Naumburg, VergabeR 2017, 627, 640; *v. Engelhardt/Kaelble*, in Malte Müller-Wrede: GWB-Kommentar, 1. Auflage; befürwortend allerdings je m.w.N.: *Burgi*, Vergaberecht, S. 139; *Pünder/Klaffki*, in: Pünder/Schellenberg, § 108, Rn. 66; *Gurlit*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2007, § 108, Rn. 39; *Köncke*, NVwz 2016, 568, 573; *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 263.

Nun ist zuzugeben, dass die alleinige finanzielle Kompensation durch einen Vertragspartner die Vereinbarungen schwerlich zur „Zusammenarbeit“ macht. Dementsprechend spricht die Vergaberichtlinie auch von einem „kooperativen Konzept“.[16] Andererseits verzichtet sie ausdrücklich darauf, dass beidseitig wesentliche Pflichten übernommen werden.[17] Die Partner sollen sich bloß dazu verpflichtet haben, überhaupt einen „Beitrag“ – und nicht nur eine Gegenleistung – zu erbringen.[18] Die praktische Hemmschwelle ist jedoch häufig: Umso sächlicher (nichtpekuniärer Art) dieser Beitrag ist, desto uninteressanter wird diese Kooperationsform für kleinere Kommunen. Gerade für diese ist die interkommunale Kooperation aber oft essentiell.

Solange die Rechtspraxis zu dieser Frage keine Klarheit gebracht hat, sollte der kooperative Charakter der Vereinbarung in der Praxis wohl – wenngleich mit Augenmaß – akzentuiert werden. So dürften selbst erhebliche Finanztransfers nicht per se schaden. Ein vertretbar rechtssicherer Vertrag wird aber zumindest ein Minimum zusätzlicher, über rein finanzielle Leistungen hinausgehender Beiträge enthalten.

Kooperative Vertragselemente könnten im Falle von Betriebsführungsverträgen zum Beispiel sein:

- der Vertrag wird auf lange Dauer geschlossen (z.B. 5 Jahre in Anlehnung an § 2b Abs. 3 Nr. 2 lit. a) UStG);[19]
- bestimmte Leistungen werden jedenfalls vorgehalten (z.B. „Back Office“, Notfalldienst);[20]
- langfristig wird eine institutionalisierte Kooperation angestrebt und der Betriebsführungsvertrag stellt nur einen Schritt dar;
- personelle oder sächliche Betriebsmittel werden übertragen und für die gesamte Abwassereinrichtung eingesetzt.

d) Das Ziel der Vereinbarung: An die Ziele der Vereinbarung stellt das Gesetz keine großartigen Anforderungen.

aa) Öffentliche Dienstleistung: Sie muss eine *öffentliche* Dienstleistung bezwecken. Für das Öffentliche genügt es, wenn die Dienstleistung mittelbar den Bürgern zugutekommt und so mittelbar auch aus dem Gemeinwohl legitimiert ist.[21] Das bedeutet zweierlei: Einerseits kommt es nicht darauf an, ob es sich bei dem verfolgten Ziel um eine freiwillige oder um eine pflichtige Hoheitsaufgabe handelt.[22] Andererseits ist auch unbeachtlich, ob die Zusammenarbeit eine direkte Tätigkeit im Verhältnis zum Bürger oder nur einzelne damit verbundene Hilfsgeschäfte bezweckt.[23]

Für den Betriebsführungsvertrag in der Abwasserentsorgung ist dieses weite Verständnis essentiell. Schon aus rechtlichen Gründen hat er stets nur eine Hilfstätigkeit und nie die Abwasserentsorgung selbst zum Gegenstand.[24] In tatsächlicher Hinsicht kommt hinzu, dass die Entsorgung über ein zentrales Kanalisationsnetz schon ihrem Erscheinungsbild nach eine passive Aufgabe ist (anders im Rahmen der dezentralen Entsorgung). Die aktiven Tätigkeiten in der Wertschöpfungskette enden hier bereits bei den Arbeiten am Netz und an den Anlagen (anders z.B. bei der Abfallentsorgung).

bb) Gemeinsamkeit der Ziele: Die von den Kooperationspartnern zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen müssen einen *gemeinsamen Nenner* haben. Diese Klippe ist in der Abwasserentsorgung nicht leicht zu umfahren, denn die Wertschöpfungskette der Abwasserentsorgung obliegt allein dem jeweiligen Aufgabenträger, und zwar für ein abgegrenztes Kommunalgebiet: das eigene. Eine Zielidentität im strengen Sinne ließe sich in der Abwasserentsorgung also schon von Vornherein gar nicht herstellen. Ob man das Erfordernis jedoch so streng verstehen muss oder ob es nicht bereits genügen wird, wenn die gemeinsamen Ziele erst in der Vereinbarung festgelegt werden, ist umstritten.[25]

Streit reduziert Rechtssicherheit. In der Praxis sollten beide Kooperationspartner zumindest einen inhaltlich identischen Erfüllungsauftrag verfolgen. Beispielsweise sollten sämtliche Kooperationspartner eines Abwasser-Betriebsführungsvertrages auch noch einen entsprechenden Entsorgungsauftrag innehaben. Das ist dort nicht der Fall, wo die Entsorgungsaufgabe bereits auf einen Dritten wegdelegiert wurde (z.B. auf einen Zweckverband).[26] In der Folge kann eine Kommune, der die Abwasserentsorgung aufgrund einer Aufgabendelegation an einen Zweckverband schon gar nicht mehr obliegt, vom Zweckverband auch nicht als privilegierter Betriebsführer eingesetzt werden.

Eine territoriale (strenge) Zielidentität wird man wohl nicht fordern dürfen. Es ist schon zweifelhaft, ob dann überhaupt noch geeignete Aufgaben existieren, da der kommunalen Aufgabenstruktur eine strenge Aufgabenidentität fremd ist.[27] „Allzuständig“ ist eine Kommune nur für das eigene Kommunalgebiet. Gemeindeübergreifende Aufgaben werden den Kreisen zugeteilt.

3. Zusammenarbeit ausschließlich im öffentlichen Interesse: Als zweite Voraussetzung verlangt § 108 Abs. 6 GWB, dass die interkommunale Kooperation ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird. Es soll verhindert werden, dass die Kooperation den Wettbewerb beeinträchtigt. Hat die Kooperation ein Ziel zum Gegenstand, das auch zum Portfolio privater Unternehmen gehört, so ist eine vergaberechtliche Privilegierung nicht gerechtfertigt.[28] Dabei gilt im Grunde ein gleitender Maßstab: Je eher das Kooperationsziel einer Gemeinwohlverpflichtung dient, desto eher ist ihre Vergabefreiheit gerechtfertigt.[29] Zu weitgehend wäre das aber zum Beispiel bei der Beauftragung einer anderen Kommune mit Reinigungsarbeiten im eigenen Verwaltungsgebäude.[30]

a) Kein Gewinnaufschlag: Hinter der Kooperation dürfen keine primär kommerziellen Interessen stehen.[31] Etwaige Ausgleichszahlungen dürfen nicht über eine reine Kostenerstattung hinausgehen.[32] In der Praxis ist eine 100 % verursachungsgerechte Zuordnung von Kostenpositionen allerdings oft gar nicht möglich, zum Beispiel weil das Personal des Betriebsführers auch für andere Aufgaben eingeteilt ist. Hier muss häufig mit plausiblen Pauschalen gearbeitet werden, was zumindest für das steuerrechtliche Pendant in § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG für ausreichend befunden wird.[33] Den Vertragsparteien wird man also einen gewissen Spielraum zubilligen müssen. Eine plausibel-kostendeckende Kalkulation dürfte kaum auf vergaberechtliche Bedenken stoßen.

---

[16] Erwägungsgrund 33 VRL.
[17] Erwägungsgrund 33 VRL.
[18] Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 82.
[19] So auch: *Pünder/Klafki,* in: Pünder/Schellenberg, 2019, § 108, Rn. 66.
[20] So: *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, § 108, Rn. 230; *Pünder/Klafki,* in: Pünder/Schellenberg, § 108, 2019,Rn. 66
[21] *Burgi*, Vergaberecht, S. 138.
[22] *Burgi*, Vergaberecht, S. 138; vgl. auch Erwägungsgrund 33 VRL.
[23] Erwägungsgrund 33 VRL.
[24] Zu diesen abwasserrechtlichen Besonderheiten bereits oben unter II.
[25] Dafür etwa: *Burgi*, Vergaberecht, S. 138 f.; *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 263; i.E. wohl auch: OLG Koblenz, v. 14.3.2018 – Verg 4/17, Rn. 27.
[26] Eine wegdelegierte Aufgabe der Abwasserentsorgung kann eine Kommune auch nicht mehr als freiwillige aufgreifen, da ausschließlich der Aufgabenträger zur Abwasserentsorgung berechtigt und verpflichtet ist. Diese Eigenschaft verliert die delegierende Kommune jedoch im Umfang der Delegation.
[27] Selbst wenn nur eine Teilaufgabe übertragen wird, besteht keine Zielidentität im strengen Sinne, da die eine Kommune ihre Kompetenz für die delegierte Teilaufgabe verloren hat.
[28] *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 263; EuGH, NZBau 2013, 114, Rn. 37 - Lecce.
[29] *Pünder/Klafki,* in: Pünder/Schellenberg, GWB, 2019, § 108, Rn. 67.
[30] So auch *Ziekow* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2020, § 108, Rn 79.
[31] *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, 2019, § 108, Rn. 67.
[32] *V. Engelhardt/Kaelble*, in Malte Müller-Wrede: GWB-Kommentar, 1. Auflage; vgl. OLG München, Beschl. v. 21.3.2013 – Verg 21/12, Rn. 44; *Krönke* NVwZ 2016, 568, 573; vgl. BT-Drucks. 6281,S. 82.
[33] BMF-Schreiben v. 16.12.2016, Rn. 51.

b) Keine Einbeziehung privater Nachunternehmer: Private Dienstleistungserbringer dürfen durch die Kooperation nicht besser gestellt werden. Dementsprechend wird es für unzulässig befunden, wenn der Betriebsführer bei der Durchführung der Leistungen auf private Unternehmen als Unterauftragnehmer zurückgreifen darf.[34]

Diese Einschränkung ist jedenfalls dann nachvollziehbar, wenn der Betriebsführer bei der Einschaltung von Nachunternehmern nicht mehr an das Vergaberecht gebunden wäre. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn er kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB ist. Agiert der Betriebsführer hingegen – wie in der Abwasserentsorgung häufig – als Eigenbetrieb, so wäre er bei der Auswahl von Nachunternehmen ohnehin an das Vergaberecht gebunden. Es besteht dann überhaupt kein rechtliches Bedürfnis, ihm eine Einschaltung zu untersagen. Dafür ist das praktische Bedürfnis in der Abwasserentsorgung enorm. Vielerorts fehlt dem Betriebsführer nämlich das „Know-How" für bestimmte Spezialtätigkeiten (insb. Tief- und sonstige Bauleistungen, Abwasseruntersuchungen). Vorsicht ist jedoch dann geboten, wenn die Einschaltung einer Eigengesellschaft (insb. Stadt- oder Gemeindewerk) angedacht ist und im Verhältnis zwischen ihr und dem Betriebsführer das Inhouse-Privileg zur Anwendung kommen könnte. Dann dürfte eine Umgehung des Vergaberechts vorliegen.

Der sicherste Weg wäre aktuell sicherlich, auf die vertragliche Möglichkeit zur Einschaltung von Nachunternehmern zu verzichten. Plausibler dürfte jedoch sein, das Verbot nur auf vergabefreie Einschaltungen zu beziehen. Ist die Einschaltung von Nachunternehmern im Einzelfall vergabefrei und droht aus diesem Grund eine Bevorteilung von Nachunternehmern (zum Beispiel wegen eines Inhouse-Privilegs), so könnte unter Umständen eine vertragliche Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Vergabegrundsätze Abhilfe verschaffen.

4. Markttätigkeiten von weniger als 20 %: Als letzte Voraussetzung sieht § 108 Abs. 6 GWB vor, dass die Kooperationspartner ihre im Rahmen des kooperativen Konzepts geschuldeten Tätigkeiten nur beschränkt auch auf dem Markt anbieten. Dabei sind wohl auch Nachunternehmer miteinzubeziehen, an die der Auftrag vergaberechtsfrei untervergeben werden kann.[35] Das Gesetz nennt hier eine Schwelle von 20 %. Zur Berechnung ist ein geeigneter tätigkeitsgestützter Wert heranzuziehen (z.B. der Umsatz oder die Kosten, § 108 Abs. 7 GWB). Mit „Tätigkeiten am Markt" dürften – wie beim Inhouse-Privileg auch – im Ansatz sämtliche Tätigkeit auf einem *liberalisierten* wettbewerblichen Markt gemeint sein.[36]

Für den Abwasser-Betriebsführungsvertrag dürfte diese Einschränkung nur selten relevant werden. Dass ein kommunaler Kooperationspartner Betriebsführungsleistungen nicht nur für einzelne benachbarte Kommunen, sondern auf dem Markt anbietet, wird schon aus kommunalrechtlichen Gründen allenfalls ausnahmsweise der Fall sein. Bietet er Betriebsführungsleistungen hingegen noch für andere kommunale Partner an, so wird er jede dieser Vertragsbeziehungen auf das „Instate-Privileg" hin untersuchen müssen. Nur wenn jenes auch in diesem Verhältnis erfüllt ist, besteht die Chance, dass der jeweils privilegierte Betriebsführungsvertrag nicht mit einzurechnen ist. Das ist zwar im Einzelnen noch ungeklärt, es dürfte dann aber keine Benachteiligung Privater drohen.

V. Fazit und Praxisempfehlung

Betriebsführungsverträge sind grundsätzlich vergaberechtsrelevant. Gerade der Bereich der Abwasserentsorgung ist jedoch prädestiniert für eine Zusammenarbeit auf kommunaler Ebene. Es können Größenvorteile generiert werden und Kommunen haben auf diesem Bereich bereits seit Jahrzehnten Erfahrungen gesammelt. Ein öffentlicher Betriebsführer wird somit häufig bereits aus Effizienzgründen die beste Wahl sein.

Das vergaberechtliche Instate-Privileg aus § 108 Abs. 6 GWB dürfte nicht selten zu der erhofften Vergabefreiheit führen können. Allerdings sind die Voraussetzungen detailreich und umstritten. Trotz der noch an vielen Stellen unklaren Voraussetzungen dürften sich Restrisiken bei entsprechender Vertragsgestaltung oftmals in vertretbare Bereiche reduzieren lassen.

Ein weiterer Aspekt, den es bei dem Abschluss von Betriebsführungsverträgen zu bedenken gilt, ist die Umsatzsteuerbarkeit. Mit Inkrafttreten des § 2b UStG ab dem 01.01.2023 werden hier Risiken lauern. Zukünftig können daher institutionalisierte Formen der Abwasserkooperation praxisrelevant werden, insbesondere in Verbindung mit delegierenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen (§§ 18, 19 GkZ). Vergabe- und Umsatzsteuerrisiken dürften hier am geringsten sein, sodass es sich durchaus lohnen kann, die Möglichkeiten und Bereitschaften hierfür auszuloten.[37]

---

[34] So wohl: EuGH, C-159/11, NZBau 2013, 114, Rn. 38; *von Engelhardt/Kaelble*, in Malte Müller-Wrede: GWB-Kommentar, 1. Auflage.

[35] Pünder/Klafki, in: Pünder/Schwellenberg, GWB, 2019, § 108, Rn. 69.

[36] Vgl. Olg München, Beschl. v. 21.2.2013 – Verg 21/12; *Krönke*, NVwZ 2016, 568, 572; *Burgi*, Vergaberecht, § 11, Rn. 19.

[37] Sehen Sie zur Frage der Umsatzsteuerbarkeit der diversen Abwasserkooperationen die Ausgabe Die Gemeinde, Oktober 2020.

Digital unterstütztes Home Office in der Kommunalverwaltung

Vom Ausnahmezustand zum Baustein einer Modernisierung der Verwaltungsarbeit

Thomas Höhn, HÖHN CONSULTING GmbH

Die CORONA-bedingten Auflagen haben vielfach von heute auf morgen Präsenzarbeit in den Verwaltungen unterbunden. Als Alternative ist digital unterstütztes Arbeiten im Home Office in einem zuvor nie gekannten Umfang ermöglicht worden. Entstanden sind dabei gute provisorische Lösungen, die aber aufgrund des bestehenden Zeitdrucks über viele offene Fragen hinweggehen mussten. In hoher zeitlicher Verdichtung sind dabei die Vorzüge, aber auch die Hemmnisse von Verwaltungsarbeit im Home Office deutlich geworden. Diese praktischen Erfahrungen bilden einen idealen Ausgangspunkt, um digital unterstützte Heimarbeit dauerhaft als Baustein einer modernen Verwaltungsarbeit zu etablieren.

Die Voraussetzungen des digital unterstützten Home Office der Zukunft erschöpfen sich nicht in der technischen Ausstattung und der Internet-Anbindung der Heimarbeitsplätze, denn die Arbeitsbedingungen im Home Office unterscheiden sich von denen in den Dienststellen in nahezu jeder Hinsicht. Viele Faktoren sind daher zu berücksichtigen, um diese Arbeitsbedingungen rechtskonform, effizient und nicht zuletzt motivierend zu