Heinrich Nagel GmbH & Co. KG
Produktion der Nagel Unternehmensgruppe

Großharrier Weg ¥ 24536 Neumünster ¥ Tel.: 0 43 21/955-0 ¥ Fax: /52 89 22 ¥ E-Mail: produktion@nagel-unternehmensgruppe.de

Heinrich Nagel ¥ Postfach 21 65 ¥ D-24511 Neumünster

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Sozialausschuss
Ausschussgeschäftsführerin Petra Tschanter
Postfach 7121

24171 Kiel

Eingang
17. NOV. 2003
Schl.-Holst. Landtag
- Landtagsverwaltung -

Bankkonto:
Bordesholmer Sparkasse
Kto.-Nr. 30 001 400
BLZ 210 512 75

USt-IdNr.: DE 135199280

L 212
11.11.11.

Ihre Nachricht vom:	Ihr Zeichen:	Unser Zeichen:	Datum:
			14.11.2003

Betr: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ausführungsgesetzes zum Tierkörperbeseitigungsgesetz / Ihr Schreiben vom 04.11.2003

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 15/3966

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns zunächst für die Möglichkeit, zu dem übersandten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ausführungsgesetzes Stellung zu nehmen.

Durch den Wegfall der Ausnahmeregelung des bisherigen § 5 Abs. 3 des AGTierKBG kann auch für die Beseitigung von Vieh im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 TierSG ein Entgelt erhoben werden. Die Entgelterhebung richtet sich dann unmittelbar nach § 5 Abs. 1 des AGTierKBG.

Der Defizitausgleich durch die Tierseuchenkasse gestaltete sich in der Vergangenheit als sehr schwierig. Teilweise mussten die Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden. Die Tierkörperbeseitigungsanstalten haben ein berechtigtes Interesse an der zeitnahen Erstattung der Kosten der Entsorgung von Falltieren, insbesondere auch vor dem Hintergrund der hohen Zwischenfinanzierungskosten.

Handelsregister Neumünster HRA 1052. Erfüllungsort und Gerichtsstand Neumünster

Die sog. "Einzeltierabrechnung" halten wir grundsätzlich für praktizierbar und eine Möglichkeit, den europarechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen. Verbunden mit der Einzeltierabrechnung ist allerdings ein erhöhter Verwaltungsaufwand.

Wir möchten an dieser Stelle aber ausdrücklich darauf hinweisen, dass in der Gesetzesbegründung die Einzeltierabrechnung unzulässigerweise mit der Frage der Ausschreibung der Tierkörperbeseitigung verknüpft wird. Das EU-Recht fordert keine europaweite Ausschreibung, soweit nicht eine Neuvergabe der Dienstleistung "Tierkörperbeseitigung" i. S. d. Vergaberechts erfolgt. Dies ist z. B. bei einer Beleihung (Pflichtenübertragung) nicht der Fall. Die Frage der Ausschreibungspflicht wurde insoweit durch ein Gutachten der WIBERA Wirtschaftsberatung AG, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, untersucht, welches auch dem Ministerium für Soziales, Gesundheit und Verbraucherschutz vorliegt. Dieses Gutachten haben wir zu Ihrer Information unserer Stellungnahme beigelegt.

Soweit durch die Begründung der Eindruck erweckt wird, die Entgeltkalkulation sei nicht transparent, muss dem widersprochen werden. Die Berechnung der Entgelte erfolgt bereits jetzt in transparenter Weise. Die Kalkulation entspricht den Vorgaben des öffentlichen Preisrechts. Die Entgelte müssen behördlich genehmigt werden. Sie werden zuvor von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sowie den Landkreisen geprüft.

Wir bitten Sie, unsere Stellungnahme zu dem vorliegenden Gesetzesentwurf im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

Heinrich Nagel GmbH & Co KG

WIBERA
WIRTSCHAFTSBERATUNG AG
WIRTSCHAFTSPRÜFUNGSGESELLSCHAFT

Stellungnahme

zu vergaberechtlichen Fragen bei der Übertragung der Beseitigungspflicht gem. § 4 Abs. 2 TierKBG

Rechtsanwalt Dr. jur. Hans-Martin Dittmann
Rechtsanwalt Philipp Hermisson

Berlin, 20.08.2003

Diese Arbeit ist urheberrechtlich geschützt und darf nur im Rahmen des erteilten Auftrags verwendet werden. Jegliche Vervielfältigung (auch von Auszügen) sowie die Weitergabe an Dritte – mit Ausnahme von Genehmigungsbehörden – ist nur gestattet, wenn wir uns v o r h e r einverstanden erklärt haben.

1 Einführung

Die Heinrich Nagel GmbH & Co KG, Neumünster (im folgenden Fa. Nagel genannt), erfüllt seit mehreren Jahrzehnten für insgesamt 11 Landkreise und kreisfreie Städte die Aufgabe der Einsammlung und Verarbeitung von Tieren, Tierkörperteilen und Schachtabfällen im Sinne des Tierkörperbeseitigungsgesetzes. Mit den Landkreisen und kreisfreien Städten wurden dazu Unternehmerverträge mit unterschiedlichen Inhalten und Laufzeiten abgeschlossen.

Derzeit werden Überlegungen getroffen, die Durchführung der Tierkörperbeseitigung zukünftig neu zu strukturieren. Bei der Einschaltung Dritter in die Tierkörperbeseitigung kommt neben der Beauftragung als Erfüllungsgehilfe auch eine Beleihung des Inhabers einer Tierkörperbeseitigungsanstalt in Betracht.

Nachfolgend nehmen wir zu vergaberechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Übertragung der Beseitigungspflicht gem. § 4 Abs. 2 TierKBG Stellung.

Bei unserer rechtlichen Prüfung sind wir zu folgenden Ergebnissen gekommen:

- Bei einer Beleihung handelt es sich um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession.
- Im Fall der Beleihung finden die Vergaberechtsregeln der §§ 97 ff. GWB keine Anwendung. Es handelt sich nicht um eine entgeltliche Dienstleistung i. S. d. § 99 Abs.1 GWB.
- Der Aufgabenträger muss eine "Entsorgungssituation" berücksichtigen, bei der eine Kündigung bestehender Entsorgungsverträge u. U. zu Schadensersatz- oder Ausgleichsleistungen führen kann.
- Die Übertragung der Beseitigungspflicht auf die Fa. Nagel gem. § 4 Abs. 2 TierKBG ohne öffentliche Ausschreibung im Wege einer freihändigen Vergabe ist u. E. aus vergaberechtlichen Gründen nicht zu beanstanden.
- Wir gehen nicht davon aus, dass die EU-Kommission die beantragte Beleihung der Fa. Nagel im Rahmen eines ggf. erforderlichen Notifizierungsverfahrens beanstanden wird.

2 Stellungnahme

Wird eine kommunale Aufgabe nicht nur zur Durchführung, sondern als solche auf einen Privaten übertragen, findet eine Aufgabenprivatisierung statt. Nachfolgend nehmen wir zu vergaberechtlichen Aspekten bei einer Beleihung Stellung und befassen uns insbesondere mit der Frage der Ausschreibungspflicht.

Nach § 97 Abs. 1 GWB beschaffen öffentliche Auftraggeber u. a. Dienstleistungen nach Maßgabe der § 98 ff. GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren. Gem. § 99 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Fraglich ist, ob es sich im vorliegenden Fall um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages i. S. d. § 99 GWB handelt. Grundsätzlich werden vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nur solche Aufträge erfasst, die auf vertraglicher Grundlage erbracht werden (Boesen, Vergaberecht, § 99, Rn. 13). Entsprechend den zu Grunde liegenden EG-Richtlinien, handelt es sich um privatrechtliche Verträge. Öffentlich-rechtliche Verträge oder Verwaltungsakte fallen nicht darunter (so ausdrücklich z. B. OLG Celle, Beschluss vom 24.11.1999, Az.: 13 Verg 7/99, m. w. N.).

Nach diesen Grundsätzen ist die Beleihung gem. § 4 Abs. 2 TierKBG kein öffentlicher Auftrag i. S. d. §§ 97 ff. GWB. Denn die Beleihung erfolgt durch einen Verwaltungsakt, möglicherweise auch durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder Rechtsverordnung, jedenfalls nicht durch einen privatrechtlichen Vertrag.

Im vorliegenden Fall der Beleihung gem. § 4 Abs. 2 TierKBG handelt es sich um eine Konstellation, in der die Gegenleistung nicht in einem vorher festgelegten Entgelt besteht, sondern in dem Recht, die Leistung zu nutzen oder entgeltlich zu verwerten. Dabei trägt grundsätzlich der beliehene Unternehmer ganz oder zum überwiegenden Teil das wirtschaftliche Risiko. Die Beleihung erfolgt regelmäßig durch einen Verwaltungsakt.

Damit liegen die wesentlichen Merkmale einer Dienstleistungskonzession vor (Boesen, Vergaberecht; § 99, Rn. 32). Bei einer Beleihung handelt es sich daher nicht um einen Dienstleistungsauftrag i. S. d §§ 97 ff. GWB, sondern um eine sog. Dienstleistungskonzession (vgl. z. B. VK Magdeburg, Beschluss vom 06.06.2002, Az.:33-32571/07 VK 05/02 MD; Boesen, Vergaberecht, § 99, Rn. 32, m. w. N.).

In der Baukoordinierungsrichtlinie (77/62/EWG, Abl. L 13 vom 15.01.1977, S. 1) ist eine Regelung über sog. Baukonzessionen enthalten, die im deutschen Recht in § 98 Nr. 6 GWB umgesetzt worden ist..

Eine vergleichbare Regelung fehlt aber für die übrigen Auftragsarten. Die EU-Kommission hatte sich mit Vorschlag vom 13.12.1990 zunächst dafür ausgesprochen, in den Anwendungsbereich der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie auch die öffentlichen Dienstleistungskonzessionen einzubeziehen. Hintergrund war die Überlegung, Dienstleistungskonzessionen mit den öffentlichen Baukonzessionen, für die ein Vergabeverfahren vorgesehen ist, rechtlich gleichzustellen. Letztlich wurde dieser Vorschlag aufgrund der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten fallengelassen. Ausdrücklich untersteht damit nur die Baukonzession dem Vergaberecht. Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen sind dagegen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG aufgenommen worden.

Nach einhelliger Meinung in Literatur und Rechtsprechung sind die Dienstleistungsrichtlinie und die darauf basierenden Vergaberegeln des GWB auf Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar. Es handelt sich nämlich nicht um eine entgeltliche Dienstleistung i. S. d. § 97 ff. GWB (Boesen, Vergaberecht, § 99, Rn. 32 ff.; EuGH, Urteil vom 07.12.2000, Rs. C-324/98 - Telaustria, NZBau 2001, S. 148; Gröning, Public Private Partnerships bei Dienstleistungskonzessionen, NZBau 2001, S. 123 f.; Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99, Rn. 33; Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 99, Rn. 16 ff.; vgl. Müller-Wrede, Malte, Hsrg., VOF, 1999, § 2, Rn. 55; Daub/Eberstein, VOL/A, § 1 a, Rn. 39, 66; Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, S. 80).

Einer öffentlichen Ausschreibungspflicht könnte bereits entgegenstehen, dass diese Form der Aufgabenübertragung als verwaltungsrechtliches Antragsverfahren ausgestaltet ist. Die Rechtsfolgen einer Pflichtenübertragung gehen weit über die einer reinen Beauftragung hinaus. Der bisherige Aufgabenträger scheidet aus der Verpflichtung vollständig aus. Die weitere Tätigkeit führt die nun beliehene Gesellschaft nicht für den kommunalen Auftraggeber durch, sondern aus eigenem Recht in unmittelbarer Rechtsbeziehung zu den Nutzern. Die Tierkörperbeseitigung ist zudem dem Bereich der Gefahrenabwehr zuzuordnen.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung "Tel-austria" (Urteil vom 07.12.2000, NZBau 2001, S. 148) ausdrücklich bestätigt, dass öffentliche Dienstleistungskonzessionen nicht unter die Vergaberegeln fallen. Eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke liege - da die Regelung ausdrücklich unterlassen worden sei - nicht vor. Nach dem Gerichthof führen auch die Erfordernisse der Transparenz, des Diskriminierungsverbotes und der Nachprüfungsmöglichkeit nicht zu einer entsprechenden Anwendung der Vergaberichtlinien. Allerdings weist der EuGH darauf hin, dass die Grundregeln des EG-Vertrages, zu denen auch das Transparenzgebot zählt, insoweit beachtet werden müssen, damit nachgeprüft werden kann, ob niemand diskriminiert worden ist. Daraus leitet der Gerichtshof die Verpflichtung der Auftraggeber her, zu Gunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen. Einzelheiten zu diesen Fragen lässt der EuGH aber offen.

Auch nach der Rechtsprechung des BGH finden im Fall der Beleihung die Vergaberechtsregeln der §§ 97 ff. GWB keine Anwendung (Beschluss vom 12.06.2001, Az.: X ZB 10/01, DVBl. 2001, S. 1607; ebenso OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.07.2001, Az: Verg. 3/01, NZBau 2001, S. 645, 650).

Eine Pflichtenübertragung an private Unternehmen unterliegt - wie Dienstleistungskonzessionen auch - somit nicht dem Vergaberecht, da sie vom sachlichen Anwendungsbereich der Vergaberechtsrichtlinien nicht erfasst wird. Aus den Äußerungen des EuGH kann nur abgeleitet werden, dass die Beleihung grundsätzlich in einem transparenten Verfahren stattfinden soll.

Zu prüfen ist aber, ob aufgrund der besonderen Situation des vorliegenden Falls, auf ein solches Verfahren möglicherweise verzichtet werden kann. Ein transparentes - an den Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen angelehntes - Verfahren ist dann entbehrlich, wenn die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine freihändige Vergabe rechtfertigen.

Für eine sog. freihändige Vergabe spricht u. E. zunächst die Landesverordnung über Einzugsbereiche und Sammelstellen nach dem Tierkörperbeseitigungsgesetz vom 15.12.1981 (GVOBl. S. 347), nach der der Tierkörperbeseitigungsanstalt der Fa. Nagel durch den Verordnungsgeber ein Einzugsbereich zugeordnet wurde. Insoweit könnte ein sog. Ausschließlichkeitsrechts zugunsten der Fa. Nagel vorliegen (vgl. § 3 a Nr. 2 c) VOL/A).

Mit dem Begriff. des Ausschließlichkeitsrechts werden Fälle erfasst, in denen aus rechtlichen Gründen nur ein Unternehmen für die Durchführung des Vertrages in Betracht kommt. Gemeint sind insbesondere eingetragene Warenzeichen, Vertriebslizenzen, Patente etc. In Anlehnung an die genannten Rechte sind aber auch weitere Rechte, die monopolisierende Wirkung entfalten, unter den Begriff. des Ausschließlichkeitsrechts zu fassen (vgl. Boesen, Vergaberecht, 1. Auflage 2000, § 101, Rn. 98). Die Festsetzung des Einzugsbereichs einer Tierkörperbeseitigungsanstalt enthält neben der reinen Zuständigkeitsregelung gleichzeitig die Manifestierung eines Beseitigungsmonopols (vgl. Grünewald, Handbuch des Tierkörperbeseitigungsrechts, S. 164). Die Auftragsdurchführung kann - ähnlich wie bei einem Ausschließlichkeitsrecht - nach der derzeitigen Rechtslage daher nur von der Fa. Nagel durchgeführt werden, so dass ein Wettbewerb um den Auftrag von vornherein ausscheidet.

Nach der Rechtsprechung kann bzw. muss der Aufgabenträger außerdem eine "Entsorgungssituation" berücksichtigen, bei der eine Kündigung bestehender Entsorgungsverträge u. U. zu Schadensersatz- oder Ausgleichsleistungen zu Lasten des Entsorgungsträgers geführt hätte (VGH Mannheim, Beschluss vom 27.02.1996, Az. 2 S 1407/94, NVwZ-RR 1996, S. 593).

Die derzeitigen Unternehmerverträge haben teilweise Laufzeiten bis zum Jahr 2015 und können nicht ohne weiteres gekündigt werden. Eine einseitige, unberechtigte Lossagung vom Vertrag durch die bisherigen Aufgabenträger ist nicht möglich und könnte Schadensersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung auslösen. Die Fa. Nagel könnte zudem auch auf Vertragserfüllung bis zum Ende der Vertragslaufzeit bestehen. Schon dieser Grund rechtfertigt u. E. eine freihändige Vergabe.

Eine Ausschreibungspflicht ergibt sich u. E. auch nicht aus dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen im Rahmen von TSE-Tests, Falltieren und Schlachtabfällen (nachfolgend Gemeinschaftsrahmen genannt), in dem die Europäische Kommission ihre künftige Vorgehensweise in Bezug auf staatliche Beihilfen zu den Kosten für TSE-Tests, Falltiere und Schlachtabfälle festgelegt hat (ABl. C 324 vom 24.12.2002, S. 2 ff.). Nach Ziffer 28 darf durch die Mitgliedstaaten eine Beihilfe zu den Kosten von vom Landwirt bezahlten Prämien für Versicherungen zur Deckung der Kosten der Entfernung und Beseitigung von Falltieren gewährt werden, wenn die Grundsätze u. a. der Ziffer 34 eingehalten werden. Ziffer 34 stellt fest, dass der Erbringer der Dienstleistungen nach den Grundsätzen des Marktes in nicht diskriminierender Weise ausgewählt und entlohnt werden, sofern nicht nachgewiesen wird, dass wegen der Art der Dienstleistungen oder der betreffenden Rechtsgrundlage für eine bestimmte Dienstleistungen nur ein Erbringer in Frage kommt.

Ziffer 34 fordert nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht die Durchführung eines formellen Vergabeverfahrens. Die Beleihung der Fa. Nagel erfolgt zudem - schon im Hinblick auf die langfristigen betstehenden Unternehmerverträge - in nicht diskriminierender Weise. Im Hinblick auf die Entsorgungssituation in Schleswig-Holstein stellt eine Beleihung u. E. daher keine Diskriminierung von potentiellen Mitbewerbern dar.

Fraglich ist auch, ob vorliegend wegen der Art der Dienstleistungen oder der betreffenden Rechtsgrundlage für eine bestimmte Dienstleistung nur ein Erbringer in Frage kommt. Dafür spricht u. E., dass es sich nach der geltenden nationalen Rechtslage der Transport und die Beseitigung von Falltieren keine von der Pflicht-

aufgabe der Tierkörperbeseitigung trennbare Aufgabe handelt. D. h. der Aufgabenträger erfüllt zwingend auch die Aufgabe des Transports und der Beseitigung von Falltieren. Ein anderer Erbringer dieser Dienstleistung kommt insoweit wohl nicht in Betracht.

Die Transparenz der Entlohung kann auch durch Nebenbestimmungen zum Beleihungsbescheid sichergestellt werden, indem z. B. die Anwendbarkeit des öffentlichen Preisrechts für die Kalkulation der Entgelte angeordnet wird. Das öffentliche Preisrecht dient gerade dazu, die angemessenen Kosten des Unternehmers festzustellen (vgl. § 5 der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21.11.1953, zuletzt geändert durch die VO PR Nr. 1/89 vom 13.06.1989).

Im Rahmen eines ggf. erforderlichen Notinfizierungsverfahrens wäre die Situation der Tierkörperbeseitigung in Schleswig-Holstein näher zu erläutern. Wir gehen nicht davon aus, dass die EU-Kommission eine Beleihung der Fa. Nagel vor diesem Hintergrund beanstanden wird.

Die Übertragung der Beseitigungspflicht auf die Fa. Nagel gem. § 4 Abs. 2 TierKBG ohne öffentliche Ausschreibung im Wege einer freihändigen Vergabe wird u. E. daher aus vergaberechtlichen Gründen nicht zu beanstanden sein.

Abschließend möchten wir darauf hinweisen, dass u. W. bisher keine Ausschreibungen im Bereich der Tierkörperbeseitigung - insbesondere anlässlich einer Beleihung - erfolgt sind.

Berlin, den 20.08.2003

WIBERA Wirtschaftsberatung Aktiengesellschaft
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Dr. Hans-Martin Dittmann

i. V. Hermisson

Philipp Hermisson