

Fairer Wettbewerb zwischen Kommunen und Privatwirtschaft

Ein ordnungspolitisches Strategiepapier

Zusammenfassung

BDI und BDE setzen sich für faire Wettbewerbsbedingungen zwischen kommunalen und privaten Unternehmen ein. Diese schließen eine vergabe- und steuerrechtliche Privilegierung interkommunaler Zusammenarbeit aus. Bestehende Marktmechanismen dienen einer effizienten Leistungserbringung und damit dem Wohl der Allgemeinheit; sie dürfen nicht weiter geschwächt und gefährdet werden.

Die wirtschaftliche Betätigung gehört nicht zu den originären Aufgaben der öffentlichen Hand. Sie muss daher unabhängig davon, ob sie traditionell unter dem Begriff der Daseinsvorsorge subsumiert wird oder nicht, auf Fälle beschränkt werden, in denen gewichtige Belange des Gemeinwohls dies zwingend erfordern und von einem Marktversagen ausgegangen werden muss. Dort, wo für eine Leistung ein funktionierender Markt vorhanden ist und kein zwingendes Erfordernis für eine Verstaatlichung besteht, muss sich der Staat zurückziehen.

Zwar steht es den Kommunen grundsätzlich frei, miteinander zu kooperieren und Leistungen zu erbringen. Geht es jedoch um marktgängige Leistungen, ist ein Ausschreibungswettbewerb unerlässlich. Wenn interkommunale Kooperationen vergabefrei erfolgen, würde dies den Wettbewerb empfindlich beeinträchtigen und den betreffenden Markt verengen oder sogar ganz verschließen. Konkurrierende Angebote privater Unternehmen blieben ohne Berücksichtigung, Anreize für eine kosteneffiziente Aufgabenwahrnehmung bestünden nicht.

Speziell bei der Ausdehnung von Zweckverbänden müssen die vorgenannten Wettbewerbsverzerrungen zwischen kommunalen und privaten Anbietern verhindert werden. Die traditionelle Rolle von Zweckverbänden wird zunehmend entfremdet und zur privilegierten Sicherung von Marktanteilen eingesetzt. Zweckverbände müssen den gleichen wettbewerbsrechtlichen Bedingungen unterworfen sein wie private Anbieter.

Die umsatzsteuerliche Ungleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen führt zu weiteren Wettbewerbsverwerfungen und widerspricht daher europarechtlichen Vorgaben. Insbesondere in der Entsorgungsbranche wird hierdurch für private Marktteilnehmer eine nicht zu rechtfertigende Markteintrittshürde geschaffen. In der Praxis hat sich dies bereits bestätigt. Eine steuerliche Gleichstellung ist daher unumgänglich.

I. Einleitung

Im Bereich der Leistungserbringung des Staates für seine Bürger hat seit längerem ein spürbarer Wandel eingesetzt. Die unter dem konturlosen Sammelbegriff der „Daseinsvorsorge“ angesiedelten Dienste, die früher von Bund, Ländern und Kommunen hoheitlich wahrgenommen wurden, werden heute in immer größerer Bandbreite und Umfang auch von Privaten angeboten. Insbesondere dort, wo solche neuen Märkte entstehen, lässt sich häufig ein Rückzug der öffentlichen Hand zugunsten des privaten Wettbewerbs feststellen. Die Leistungsverwaltung wandelt sich hier zur Gewährleistungsverwaltung.

Ein wesentlicher Grund ist gerade im kommunalen Bereich der oftmals fehlende finanzielle Spielraum, der die Verwaltung dazu zwingt, sich auf die Ausübung der Kernaufgaben zu konzentrieren. In vielen Fällen ist diese Entwicklung aber auch Ergebnis eines gewandelten Verständnisses der Funktionsfelder von öffentlicher Hand und Wirtschaft. Geprägt von den europäischen Nachbarstaaten beginnt sich auch bei deutschen Behörden eine Tendenz dahin abzuzeichnen, öffentliche Aufgaben außerhalb des Kernbereichs (innere Sicherheit, Landesverteidigung, Justiz) nur noch dann selbst zu erbringen, wenn eine private oder teilprivate Alternative unwirtschaftlich oder nicht durchführbar ist.

Die Privatwirtschaft hat bereits in vielen Bereichen eindrucksvoll gezeigt, dass sie die Leistungen wesentlich effizienter erbringen kann als die öffentliche Hand. Ihr Vorsprung – hochwertige Leistungen zu attraktiven Marktpreisen – ist dabei systemimmanent, da die Unternehmen anders als die öffentliche Hand unter einem permanenten Wettbewerbsdruck stehen, der sie ständig zur Verbesserung und Optimierung ihres Leistungsangebots zwingt, um sich gegenüber der Konkurrenz durchsetzen zu können. Dies gilt auch für die Bereiche der Daseinsvorsorge. Wettbewerb und Daseinsvorsorge sind keine Gegensätze.

Als Erfolgsmodell lässt sich die Liberalisierung des Telekommunikationssektors anführen, wo durch den existierenden Wettbewerb ein Markt entstanden ist, in dem der Verbraucher von einer rasanten technischen Fortentwicklung und gleichzeitig von stets günstigeren Preisen doppelt profitiert.

Am Beispiel der Telekommunikation lässt sich *pars pro toto* zudem belegen, dass die Grenzziehung zwischen dem hoheitlichen Kernbereich und den privatisierungsfähigen Sektoren fließend ist. Gehörte dieser Bereich bis vor wenigen Jahren wie selbstverständlich zum Portfolio des Bundes, so geht in diesem Bereich heute niemand mehr davon aus, dass Telekommunikationsleistungen noch hoheitlich erbracht werden müssen. Gleiches gilt – in unterschiedlicher Ausprägung – etwa für Post- oder Entsorgungsdienste und sogar für einen klassisch-hoheitlichen Bereich wie die Bundeswehr.

Obwohl diese verstärkte Einbindung privater Unternehmen auch von der Politik unterstützt und unter dem Stichwort „Öffentlich-Private Partnerschaften“ gefordert und gefördert wird, gibt es insbesondere in der kommunalen Praxis auch gegenläufige Entwicklungen. So sind unter dem „Deckmantel“ der Daseinsvorsorge vielerorts städtische Eigengesellschaften in Bereichen wirtschaftlich tätig, die mit dem tradierten Aufgabenspektrum der öffentlichen Hand nichts mehr zu tun haben, und treten damit in Konkurrenz zu den anbietenden Firmen. Beispiele sind Gartenpflegearbeiten von Grünflächenämtern oder Busausflugsreisen von öffentlichen Nahverkehrsbetrieben. Auf die wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen dieser Vorgehensweise hat der BDI wiederholt hingewiesen und dabei eine massive Eindämmung dieser Praxis gefordert.¹⁾

Wettbewerbsbeeinträchtigende Entwicklungen ergeben sich darüber hinaus aber auch im Bereich der interkommunalen Kooperation und bei der umsatzsteuerlichen Privilegierung von öffentlichen Unternehmen. Die Politik ist gefordert, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um Nachteile für die anbietende Wirtschaft zu beseitigen und für fairen und transparenten Wettbewerb zu sorgen, der letztendlich allen zugute kommt.

1 „Konkurrent Staat – Privatwirtschaft in Bedrängnis“ (1999) und „Deckmantel Daseinsvorsorge – Vorfahrt für die Privatwirtschaft, Vorteil für die Verbraucher“ (2. Auflage 2001).

II. Wettbewerbsverzerrungen durch interkommunale Zusammenarbeit

Die öffentliche Hand ist zwar grundsätzlich nicht verpflichtet, die Wahrnehmung von Aufgaben, für die es einen Markt gibt, auf Private zu übertragen. Entscheidet sie sich allerdings dafür, Dritte mit der Erbringung einer Leistung zu beauftragen, ist die Durchführung eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens obligatorisch. Bei Aufträgen, die die europäischen Schwellenwerte erreichen oder übersteigen, ergibt sich dies aus den Vorschriften, die das einschlägige Gemeinschaftsrecht (Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG) umsetzen. Bei Aufträgen, die diese Schwellenwerte nicht erreichen, sind die nationalen Vergabevorschriften einzuhalten und zugleich zu gewährleisten, dass die Grundprinzipien des EG-Vertrags – Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz – beachtet werden²⁾. Dies ist kein Selbstzweck. Vielmehr sichert die Anwendung des Vergaberechts den sparsamen und wirtschaftlichen Einsatz von Steuermitteln und leistet bei europaweiten Ausschreibungen einen aktiven Beitrag zur Binnenmarktvollendung.

Anlass zur Sorge bieten vor diesem Hintergrund die in letzter Zeit verstärkt in die Aufmerksamkeit gerückten Formen der interkommunalen Zusammenarbeit. Hierbei lassen Gemeinden eigene Aufgaben durch andere Kommunen ausführen oder gründen gemeinsam mit anderen Kommunen Zweckverbände, die dann mit der Aufgabenwahrnehmung beauftragt werden. Dabei wird, und zwar in allen Fällen, von der Zulässigkeit einer Direktübertragung der Aufgaben ohne vorherige Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens ausgegangen. Denn, so heißt es z.B. in den „Nördlinger Thesen“ der kommunalen Spitzenverbände: *„Zu der im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland verbrieften gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie gehört auch die kommunale Kooperationshoheit als Ausdruck der kommunalen Organisationshoheit. Die Entscheidung einer deutschen Gemeinde für die Zusammenarbeit mit einer oder mehreren anderen Gemeinden hat keine Marktrelevanz, also auch keine Binnenmarktrelevanz. Infolgedessen unterfällt die interkommunale Zusammenarbeit nicht dem Vergaberecht.“*³⁾

1. Unzulässigkeit interkommunaler Direktvergaben

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Leitentscheidung vom 13. Januar 2005⁴⁾ eine Regelung des spanischen Vergaberechts als unvereinbar mit den europarechtlichen Vorgaben erklärt, die die Vergabe öffentlicher Aufträgen im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit grundsätzlich ohne vorherige Ausschreibung erlaubte. Das Gericht geht in dem Urteil davon aus, dass auch eine Aufgabenübertragung von der einen auf eine andere Gebietskörperschaft nur dann vergaberechtsfrei erfolgen kann, wenn die strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein In-House-Geschäft vorliegen.

Deutsche Gerichte haben sowohl vor⁵⁾ als auch nach⁶⁾ dieser EuGH-Entscheidung Direktvergaben von Leistungsaufträgen zwischen Gemeinden als vergaberechtswidrig eingestuft.

Dies ist eine konsequente Entscheidungspraxis, die im Ergebnis zu begrüßen ist. Denn die Kommunen treten bei marktgängigen Leistungen wie z.B. bei der Entsorgung in Konkurrenz zur Privatwirtschaft und verzerren durch interkommunale Direktvergaben ohne Ausschreibung den Wettbewerb eklatant zu deren Lasten. Zudem findet die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ihre Grenzen im Örtlichkeitsprinzip. Danach dürfen Gemeinden grundsätzlich nur innerhalb ihres Hoheitsbereichs autonom handeln. Bei der Übertragung der Wahrnehmung von Aufgaben an eine andere Gemeinde bewegt sich die ausführende Gemeinde bei der Leistungserbringung aber außerhalb ihres Hoheitsgebiets.

2 Die Einhaltung der Grundprinzipien gilt auch für Aufträge, die vom Anwendungsbereich der Vergabevorschriften ausgenommen sind (beispielsweise Dienstleistungskonzessionen).

3 Siehe Nr. 6 der Nördlinger Thesen des Kommunalkongresses vom 9. März 2006.

4 Rechtssache C-84/03 (Kommission ./I. Spanien).

5 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5.5.2004; OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 7.9.2004.

6 OLG Naumburg, Beschlüsse v. 3.11.2005 und v. 2.3.2006.

Die Forderung der Kommunen, bei jedweder Form interkommunaler Kooperationen eine Wettbewerbs- und Vergaberechtsfreiheit anzunehmen, wenn die handelnden Kommunen nicht ihrerseits in wesentlichem Umfang auf dem Markt tätig werden⁷⁾, läuft der vorgenannten Spruchpraxis diametral zuwider und ist daher abzulehnen. So wäre es z. B. möglich, dass eine Kommune eine Aufgabe an eine andere Kommune überträgt, die sie ihrerseits inhouse an ein zu ihr gehörendes kommunales Unternehmen weitergeben könnte. Mit diesen und anderen Gestaltungsformen ließen sich private Unternehmen, obgleich ihr originärer Markt betroffen ist, von kommunalwirtschaftlichen Aktivitäten von vornherein ausschließen. Die Forderung der Kommunen nach Wettbewerbs- und Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Zusammenarbeit zielt insofern nicht – wie behauptet – auf eine rechtliche Klarstellung, sondern auf eine grundlegende Änderung des bestehenden Vergaberechts.

2. Regelung *de lege ferenda* für Zweckverbände⁸⁾

Zweckverbänden kam ursprünglich die Rolle zu, kommunale Pflichtaufgaben neu zu organisieren und im Verbund mit anderen Gemeinden effizienter zu gestalten. Das war solange sinnvoll, wie es in den betreffenden Sektoren keine marktgängigen Leistungen gab und deswegen die Gründung und Beauftragung eines Zweckverbands die einzige Möglichkeit einer Optimierung der Aufgabenwahrnehmung bot. Wegen des fehlenden Angebots Dritter war es zudem plausibel, die Aufgabenübertragung an den Zweckverband nicht der Ausschreibungspflicht zu unterstellen sowie seine Existenz durch einschlägige Landesregelungen legislativ abzusichern.

Heute hat sich dieses Bild vollkommen gewandelt. In nahezu allen Bereichen der Daseinsvorsorge gibt es mittlerweile private Unternehmen, die die betreffende Leistung ebenfalls anbieten, vielfach sogar in direktem Kontakt zum Endverbraucher (z.B. als Konzessionsnehmer). Durch die fortschreitende Liberalisierung der einzelnen Sektoren sind – in unterschiedlichem Grad und Umfang – entsprechende Märkte entstanden. Damit besteht kein Grund mehr, am *status quo* einer Freistellung der Kommunen von der wettbewerblichen Vergabe wirtschaftlicher Tätigkeiten durch Direktvergabe an einen Zweckverband festzuhalten. Im Gegenteil: Richtig und im Sinne einer optimalen Leistungserbringung für die Bürger als Endverbraucher wäre es vielmehr, *de lege ferenda* die Durchführung eines Ausschreibungswettbewerbs auch hier zu fordern.

Bleibt es bei der jetzigen Rechtssituation der vergaberechtsfreien Gründung und Beauftragung von Zweckverbänden, ist zu befürchten, dass viele Gemeinden eine Flucht in den Zweckverband antreten. Dem Ziel einer weiteren Liberalisierung bisher in öffentlich-rechtlicher Form vorgenommener Wirtschaftstätigkeit, wie es dem modernen Verständnis der Aufgabenverteilung zwischen öffentlicher Hand und Wirtschaft entspricht, würde dies zuwiderlaufen. Es besteht sogar Anlass zu der Annahme, dass es zu einer Trendwende hin zur Rekommunalisierung kommt, indem Zweckverbände bereits privatwirtschaftlich wahrgenommene Aufgaben (z. B. im Rahmen von PPP, Konzessionen oder Drittbeauftragung) wieder an sich ziehen. Dies hätte negative Effekte für die regionale Wirtschaftsstruktur. Beispiele hierfür gibt es bereits:

- So wurde Ende 2005 der Zweckverband „RegioEntsorgung“ im Raum Aachen zur Wahrnehmung eines Großteils der Entsorgungsaufgaben der Gemeinden Inden, Langerwehe, Linnich und Würselen unter Ausschaltung des Entsorgungsunternehmens gegründet, das bisher in drei der vier Mitgliedsgemeinden mit der Abfallbeseitigung beauftragt war.
- Besonders negativ ist es, wenn Zweckverbände verstärkt dazu genutzt werden, um signifikante Marktanteile kommunal zu sichern. Dies zeigt sich exemplarisch am „Oldenburgisch-Ostfriesischen Wasserverband“ (OOWV): Nachdem dieser 50 Jahre die Frischwasserversorgung im Verbandsge-

⁷ Siehe z. B. Schreiben der kommunalen Spitzenverbände an das Europäische Parlament vom 5. Juli 2006.

⁸ *De lege lata* siehe die jüngsten Entscheidungen deutscher Nachprüfungsinstanzen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.6.2006; VK Köln, Beschluss v. 9.3.2006 als Vorinstanz) sowie einschränkend die Auffassung der Kommission im Fall „Hinte“.

biet vorgenommen hatte, wurde 1999 das neue Geschäftsfeld Abwasserentsorgung entdeckt und binnen kürzester Zeit 34 Städte und Gemeinden sowie ein Zweckverband in die Abwasserentsorgung durch den OOWV einbezogen. Raum für einen funktionierenden Entsorgungsmarkt besteht dort seitdem nicht mehr.

Zweckverbände werden also längst nicht mehr im traditionellen Sinne als Mittel zur Schaffung von Synergien und zur Effizienzsteigerung genutzt, sondern als Instrument gegen privates Engagement eingesetzt.

Die Forderung der kommunalen Spitzenverbände, „im Sinne der Rechtssicherheit“ eine Freistellung jeder Form von interkommunaler Zusammenarbeit vom Anwendungsbereich des europäischen Vergaberichts vorzunehmen, weisen BDI und BDE auch deswegen entschieden zurück, weil einer vermeintlichen Rechtsunsicherheit ohne Änderung des Rechtsrahmens jederzeit dadurch wirksam begegnet werden kann, dass jede Aufgabenwahrnehmung durch eine andere als die zur Leistungserbringung verpflichtete Gemeinde selbst einem obligatorischen Ausschreibungsverfahren unterstellt wird. Damit würde zugleich sichergestellt, dass im Markt das bestmögliche Preis-Leistungsverhältnis ermittelt wird – eine entscheidende Voraussetzung für die Erfüllung des Interesses der Bürger nach hochwertigen Leistungen zu attraktiven Preisen.

BDI und BDE sind daher der Auffassung, dass es einer gesetzlichen Regelung bedarf, die klarstellt, dass für eine Aufgabenübertragung auf bestehende oder für die Aufgabe gegründete Zweckverbände das Vergaberecht grundsätzlich anzuwenden ist und das Subsidiaritätsprinzip gilt. Werden auf dem Markt Leistungen zur Erfüllung einer Aufgabe angeboten, die eine Kommune nicht mehr selbst wahrnehmen will, hat stets eine wettbewerbliche Vergabe zu erfolgen.

3. Kein Korrektiv durch das Gebührenrecht

Werden interkommunale Zusammenschlüsse nicht einem obligatorischen Ausschreibungsverfahren unterstellt, entstehen ökonomisch betrachtet monopolistische Strukturen, die einer Preiskontrolle zu unterwerfen sind. Eine Marktregulierung findet nicht statt. Faktische Monopole müssen deshalb in einigen Sektoren – wie beispielsweise die Netzbetreiber in der Energiebranche – umfangreiche Kontrollmechanismen einhalten (z.B. Netzzugangs- und Netzentgeltverordnung, Überwachung durch die Bundesnetzagentur). Im Gegensatz hierzu verschafft das Gebührenrecht gerade kein entsprechendes Korrektiv, um die in die Gebührenrechnung einstellbaren Kosten der Leistungserbringung entsprechend zu begrenzen. Solange die ansatzfähigen Kosten nur nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen festgelegt werden, deren Auslegung im Ermessen des jeweiligen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers liegt, gelingt der Markttest nicht. Das Gebührenniveau ist nicht im ausreichenden Maße kontrollierbar.

Werden Kosten in die Gebührenrechnung aufgenommen, die nicht zwingend für die Durchführung von Entsorgungsaufgaben notwendig sind (z.B. Personalüberhang), trägt der Gebührenzahler die Lasten. Für die Kommunen ist ein Spielraum zur Haushaltskonsolidierung eröffnet. Hierin dürfte ein wesentlicher Anreiz für die fortwährende Ausdehnung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen zu sehen sein. Untermauert wird dieser Eindruck durch einen europäischen Gebührenvergleich auf dem Markt der Wasserversorgung und der Abwasserentsorgung. Auffällig ist dabei, dass sich die Gebühren für die Frischwasserversorgung europaweit kaum unterscheiden. Dieser Markt steht für privates Engagement offen und unterliegt weitestgehend einheitlich dem ermäßigten Umsatzsteuersatz von 7%. Demgegenüber sind im Abwasserbereich größere Gebührenunterschiede festzustellen. Die Abwassergebühren in Deutschland sind in Europa auf höchstem Stand, obwohl keine Umsatzsteuer für öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen erhoben wird. Dies spricht für die Richtigkeit der eingangs getroffenen Feststellung, dass das deutsche Gebührenrecht zu große Spielräume für das Verstecken nicht notwendiger kommunaler Kosten bietet.

BDI und BDE fordern, dass eine solche Konsolidierung der kommunalen Haushalte mit Hilfe des intransparenten Gebührenrechts auch deswegen ausgeschlossen werden muss, um die Anreize für eine interkommunale Zusammenarbeit zu Lasten privater Anbieter nicht noch zu verstärken.

IV. Wettbewerbsverzerrungen durch steuerliche Privilegierung

Jeder Verzicht auf Steuereinnahmen muss vor dem Hintergrund der Finanzierung des Staatshaushaltes und dem möglichen Eingriff in den Wettbewerb besonders gerechtfertigt werden. Dem kann sich auch das deutsche Umsatzsteuerrecht nicht entziehen.

Die unterschiedliche umsatzsteuerliche Behandlung von Entsorgungsleistungen benachteiligt private Entsorgungsunternehmen und schafft für diese eine Markteintrittshürde. Kommunale Unternehmen sind grundsätzlich nicht Unternehmer im Sinne des deutschen Umsatzsteuergesetzes, so dass ihre Leistungen nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Leistungen von privatrechtlich organisierten Unternehmen sind demgegenüber umsatzsteuerpflichtig; wollen sich Private im Wettbewerb durchsetzen, müssen sie ein um den Regelsteuersatz (derzeit 16 %, zukünftig 19 %) niedrigeres Angebot unterbreiten. Gelingt dies nicht, kommen sie allein aufgrund der unterschiedlichen umsatzsteuerlichen Behandlung nicht zum Zuge. Die Versagung des Vorsteuerabzugs auf Investitionsgüter für die Kommunen wirkt sich dagegen nur gering aus. Im Übrigen trägt letztlich nicht die Kommune die Lasten des nicht gewährten Vorsteuerabzuges, sondern der Gebührenzahler. Bemerkenswert ist auch, dass kommunale Unternehmen durch die Wahl einer privaten Rechtsform die umsatzsteuerlichen Vorteile bewusst nutzen und in investitionsintensiven Zeiten den Vorsteuerüberhang geltend machen können. Soweit dieser Vorteil nicht mehr gegeben ist, bleibt der Rückweg zur umsatzsteuerfreien wirtschaftlichen Betätigung weiterhin offen. In Leipzig wird die Abwasserentsorgung beispielsweise durch eine kommunale GmbH wahrgenommen.

Die steuerliche Privilegierung kann nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, bestimmte Aufgaben seien *per se* hoheitlich. Im Abwasserbereich etwa wird im erheblichen Umfang auch Privaten die Abwasserbeseitigungspflicht auferlegt. Dies trifft insbesondere für Direkteinleiter von industriellen Abwässern, dezentrale Kleinkläranlagen und die Beseitigung von Niederschlagswasser durch Grundstücksbesitzer zu. Die BASF AG in Ludwigshafen hält beispielsweise eine Anlage vor, die für die Abwasserentsorgung von insgesamt 6 bis 7 Mio. Einwohnern ausreicht. Ähnliche Anlagen befinden sich auch in anderen Industriestandorten. Ferner sind bei der Entsorgung von Abfällen private Unternehmen nicht nur in die Durchführung der Entsorgungsaufgaben einbezogen. Vielmehr kann ihnen von Gesetzes wegen die gesamte Pflicht zur Entsorgung übertragen werden. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, das operative Geschäft insgesamt auf Dritte auszulagern. Bei den jeweiligen entsorgungspflichtigen Kommunen verbleibt dann lediglich eine „Pflichtenhülle“.

Die steuerliche Ungleichbehandlung führt zu größeren Wettbewerbsverzerrungen. Die öffentliche Hand nutzt ihre Privilegierung auch im Rahmen von interkommunalen Kooperationen und verdrängt dabei Private aus dem Markt. Insbesondere ist auf einen Fall in Norddeutschland hinzuweisen, bei dem eine Anstalt öffentlichen Rechts (Hamburger Stadtentwässerung) einen Zweckverband unter Ausnutzung des umsatzsteuerlichen Privilegs mit der Stadt Preetz gegründet hat. Die Stadt Preetz hat keinerlei territoriale Anbindung an die Stadt Hamburg, die ca. 60 km von dieser entfernt und zudem in einem anderen Bundesland (Schleswig-Holstein) liegt. Ebenso wäre ein Zweckverband zwischen Hamburg und Düsseldorf oder Stuttgart oder einer sonst wie entfernt gelegenen Stadt oder Gemeinde denkbar. Es liegt nahe, dass die Entscheidung, den erwähnten Zweckverband für die Abwasserentsorgung zu gründen, auf die steuerliche Privilegierung zurückzuführen war. Denn die Hamburger Stadtentwässerung hatte der Stadt Preetz im Rahmen der Markterkundung sowohl eine öffentlich-rechtliche als auch eine privatrechtliche Lösung vorgeschlagen. Daneben hatten viele private Entsorgungsunternehmen ebenfalls Angebote abgegeben. Da die privatrechtlichen Angebote aber zusätzlich mit Umsatzsteuer belastet waren, wurde schließlich mit der Gründung des Zweckverbands die umsatzsteuerfreie Variante gewählt. Preissenkungspotentiale infolge

eines funktionierenden Wettbewerbs wurden von vornherein nicht genutzt. Privaten Entsorgern war der Marktzutritt faktisch verwehrt. Dies verdeutlicht, dass interkommunale Zusammenarbeit längst nicht mehr im traditionellen Sinne zu verstehen ist, sondern auch deshalb gewählt wird, um unter Nutzung des Steuerprivilegs die private Konkurrenz aktiv zu verdrängen.

BDI und BDE treten daher gegen die Nichtbesteuerung von öffentlich-rechtlichen Unternehmen ein, da der freie Leistungsaustausch in hohem Maße behindert wird. Diese Forderung entspricht auch dem europäischen Recht, das eine Freistellung von der Umsatzsteuer untersagt, wenn größere Wettbewerbsverzerrungen zu erwarten sind. Wird an der Realität vorbei von Gesetzes wegen ein Wettbewerb verneint, führt dies zur Verstärkung der steuerlichen Ungleichbehandlung privater und kommunaler Unternehmen.

Berlin, September 2006