



## Rundschreiben 038/2006

- Mitglieder des **Verfassungs- und Europaausschusses**
- **Landesverbände**

des Deutschen Landkreistages

Ulrich-von-Hassell-Haus  
Lennéstraße 11  
10785 Berlin

Tel.: 0 30 / 59 00 97 – 3 00  
Fax: 0 30 / 59 00 97 – 4 00

E-Mail: Kay.Ruge@  
Landkreistag.de

AZ: II

Datum: 17.01.2006

Sekretariat: Doreen Schmidt

### **Interkommunale Zusammenarbeit**

#### **hier: Gemeinsame Stellungnahme von Deutschem Landkreistag und Deutschem Städtetag**

Bezugsrundschreiben Nr. 486/2005 vom 19.09.2005

#### **Zusammenfassung**

**Vor dem Hintergrund der derzeit festzustellenden Einschränkungen der interkommunalen Zusammenarbeit wie der Aufgabenwahrnehmung durch eigene oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen durch das Vergaberecht haben der Deutsche Landkreistag und der Deutsche Städtetag eine gemeinsame Positionierung vorgenommen. Neben einer Darstellung der konkreten Auswirkungen dieser einseitigen vergaberechtlichen Betrachtung auf die einzelnen Formeln der interkommunalen Zusammenarbeit sind in dem Papier auch konkrete Änderungsvorschläge für die europäischen Vergaberichtlinien enthalten, um auf diese Weise die Vergaberechtsfreiheit kommunaler Organisationsentscheidungen sicherzustellen. Das Europäische Parlament wird nunmehr zu dieser Fragestellung der interkommunalen Zusammenarbeit im Verhältnis zum Vergaberecht am 20. April 2006 eine Expertenbefragung durchführen.**

Nachdem die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände im September 2005 auf Initiative des Deutschen Landkreistages über den damaligen deutschen Europaabgeordneten Dr. Joachim Wuermeling eine Befassung des Europäischen Parlaments erreichen konnten, hat dieses nunmehr für den 20. April 2006 eine öffentliche Anhörung im zuständigen Binnenmarktausschuss beschlossen. Ziel ist es, auf europäischer Ebene darauf hinzuweisen, dass die interkommunale Zusammenarbeit innerstaatliche Organisationsentscheidungen zum Gegenstand hat. Betroffen sind Zuständigkeiten für den Verwaltungsaufbau und die Zuordnung von Kompetenzen innerhalb der Mitgliedstaaten, nicht dagegen eine rechtliche Ordnung zwischen Staat und Privaten, die dem Vergaberecht unterfällt. Es handelt sich bei Aufgabenübertragungen zwischen Kommunen nicht um Beschaffungsvorgänge bei Dritten, sondern um Organisationsmaßnahmen. In diesem Bereich besitzt die Europäische Union nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung keine Kompetenz.

Die Anhörung im Europäischen Parlament bietet deshalb die Möglichkeit, diese Position öffentlich aus kommunaler Sicht klarzustellen und durch Änderungen der europäischen Vergaberichtlinien auch eine Vergaberechtsfreiheit dieser Organisationsentscheidungen herbeizuführen. Erste Signale seitens verschiedener europäischer Abgeordneter verdeutlichen, dass

jedenfalls im europäischen Parlament ein entsprechendes Problembewusstsein mittlerweile vorhanden ist.

Vor diesem Hintergrund haben der Deutsche Landkreistag und der Deutsche Städtetag eine gemeinsame Positionierung zu diesen Fragestellungen erarbeitet (**Anlage**). Darin enthalten sind auch konkrete Änderungsvorschläge für die europäischen Vergaberichtlinien. In einem Anhang werden zur Verdeutlichung die konkreten Auswirkungen der derzeitigen vergaberrechtlichen Einwirkungen auf die einzelnen Formen der interkommunalen Zusammenarbeit umfassender dargestellt. Mit Blick auf die interkommunale Zusammenarbeit streben die beiden Verbände an, dass die Übertragung von Aufgaben zwischen kommunalen Einrichtungen auf der Grundlage von Gesetzen, Verordnungen, öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen oder durch die Bildung von Zweckverbänden als eine dem Organisationsrecht der Mitgliedstaaten unterfallende Materie angesehen wird, die keinen den europäischen Vergaberichtlinien unterfallenden Beschaffungsvorgang beinhaltet. Auf die Vollständigkeit oder Unwiderruflichkeit der Aufgabenübertragung kann es dabei nicht ankommen.

Über diese Frage der interkommunalen Zusammenarbeit hinaus greift das Papier auch Fragen der kommunalen Aufgabenwahrnehmung durch eigene bzw. gemischtwirtschaftliche Unternehmen auf. Unter der Geltung des europäischen Vergaberechts stellt sich die Frage, ob Auftragsvergaben der Kommunen an privatrechtlich organisierte Eigengesellschaften oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen ausschreibungspflichtig sind oder ein vergabefreies Eigengeschäft (In-house-Geschäft) darstellen. Der EuGH hatte dazu in der so genannten Teckal-Entscheidung ausgeführt, dass ein solches In-house-Geschäft dann vorliegt, wenn der Auftrag an eine Gesellschaft vergeben wird,

- über die die öffentliche Körperschaft eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle,
- die zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaft verrichtet, die ihre Anteile inne haben.

Zu beiden letztgenannten Kriterien stellen sich verschiedene Fragestellungen, die mit den in dem Positionspapier darstellten Änderungsvorschlägen für die europäischen Vergaberichtlinien im kommunalen Sinne entschieden werden sollen.

In Vertretung

Dr. Ruge

Anlage (nur in elektronischer Form)



Ernst-Reuter-Haus  
Straße des 17. Juni 112  
10623 Berlin



Ulrich-von-Hassell-Haus  
Lennéstraße 11  
10785 Berlin

## **Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht**

### **Beschreibung der Problemlage**

Städte, Kreise und Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland können nach den Regelungen in den jeweiligen Landesgesetzen zur kommunalen Zusammenarbeit zur gemeinsamen Wahrnehmung von Aufgaben Arbeits- bzw. Verwaltungsgemeinschaften gründen, öffentlich-rechtliche Vereinbarungen schließen sowie Zweckverbände bilden. Nach einer europaweiten Umfrage ist diese Form der Aufgabenerledigung nicht nur in Deutschland, sondern in Europa generell weit verbreitet, so z.B. in Frankreich, Großbritannien, Spanien, Ungarn und Finnland.

Diese gemeinsame Erledigung von öffentlichen Aufgaben im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit ist vor dem Hintergrund eines effizienten kommunalen Dienstleistungsangebots für die Bürger unverzichtbar und Ausfluss der kommunalen Organisationshoheit. Teil des diesen zustehenden Rechts der eigenverantwortlichen Ausgestaltung der Aufgabenerfüllung ist die Entscheidung darüber, ob Kommunen ihre Aufgaben selbst erledigen oder ob sie diese gemeinsam mit anderen Kommunen im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit erfüllen.

Derzeit bedrohen verschiedene europarechtliche Entwicklungen diese effiziente Art der Aufgabenerledigung und damit auch die kommunale Organisationshoheit im Bereich der gemeinsamen Aufgabenerledigung.

Der EuGH hat in einem Urteil vom 13. Januar 2005 entschieden, dass nationale Regelungen, die Aufträge zwischen der öffentlichen Verwaltung und den übrigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts generell von dem Zwang zur öffentlichen Ausschreibung ausnehmen, gegen europäisches Vergaberecht verstoßen. Der Trend zur Überlagerung des Rechts der kommunalen Zusammenarbeit durch das Vergaberecht wird auch durch Entscheidungen verschiedener deutscher Gerichte unterstützt, die den Abschluss öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen ebenfalls als Erteilung einer Dienstleistungskonzession bzw. die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ansehen, die dem Vergaberecht unterliegen.

Verschärft wird diese Einschränkung eigengestalterischer kommunaler Organisationsmöglichkeiten durch ein Grundsatzurteil des EuGH vom 11. Januar 2005, das die Anforderungen an eine Aufgabenerledigung durch kommunale Unternehmen im Bereich der so genannten In-House-Geschäfte stark einschränkt.

In diesen Gesamtkomplex ist auch das Grünbuch der Kommission zu ÖPP einzubeziehen. Die Kommission definiert darin den Begriff der ÖPP zwar als eine langfristig angelegte Form der Zusammenarbeit zwischen einer öffentlichen Stelle und einem Privatunternehmen. An anderer Stelle des Grünbuchs weist sie jedoch darauf hin, dass die Geltung des Gemeinschaftsrechts über öffentliche Aufträge und Konzessionen nicht davon abhängt, ob der

Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers öffentlichen oder privaten Status hat. Aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände stellt sich daher die Frage, ob die Kommission ihre Äußerungen auch auf öffentlich-öffentliche Partnerschaften und damit auch auf Formen der interkommunalen Zusammenarbeit bezieht.

Ansatzpunkt für die Einschränkung der interkommunalen Zusammenarbeit wie der kommunalen Aufgabenwahrnehmung durch eigene oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen die Einführung möglicher Ausschreibungspflichten. Diese wiederum wird angenommen, wenn die Übertragung von Aufgaben oder zumindest die Ausgliederung der Aufgabenerledigung auf andere Rechtsträger als Erteilung eines öffentlichen Auftrags im Sinne der europäischen Vergaberichtlinien oder als Dienstleistungskonzession bewertet wird. Ein „öffentlicher Auftrag“ liegt nach dem (europäischen) Vergaberecht dann vor, wenn zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem öffentlichen Auftraggeber entgeltliche Verträge geschlossen werden. „Unternehmen“ könnten nach der Rechtsprechung des EuGH auch „öffentlich-rechtliche Dritte“ sein.

Diese grundsätzliche Betrachtungsweise, dass Dritter auch eine andere Kommune sein kann und der Wettbewerb berührt ist, sobald eine Aufgabe auf eine andere Kommune übertragen wird, schränkt aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände den Gestaltungsspielraum der Kommunen bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen unzulässig ein. Bei der interkommunalen Zusammenarbeit handelt es sich nämlich nicht um den Einkauf einer Leistung am Markt, es liegt kein vergaberechtpflichtiger Beschaffungsvorgang vor, sondern es findet eine (staats)interne Neuordnung öffentlicher Zuständigkeiten und Befugnisse statt. Für die Anwendung des Vergaberechts besteht in diesem Zusammenhang kein Raum, weil die Kommune bei einer Kooperation mit einer anderen Kommune gerade keine Privatisierung bezweckt, keine Dritten einschaltet, sondern nur die ihr eröffneten und national wie europäisch gesicherten Möglichkeiten der Aufgabenerledigung nach ihren Organisationsvorstellungen wahrnimmt.

Die konkreten Auswirkungen auf die einzelnen Formen der interkommunalen Zusammenarbeit sind in der **Anlage** umfassender dargestellt.

Die Einschränkungen der interkommunalen Zusammenarbeit sind aus mehreren Gründen problematisch:

- Das Verhältnis der mitgliedstaatlichen Kompetenz für die Bestimmung über die Verwaltungsorganisation und die europäische Zuständigkeit für das Vergaberecht werden verkehrt.
- Die kommunale Organisationshoheit, die europarechtlichen wie national verfassungsrechtlichen Schutz genießt, wird ausgehöhlt.
- Die Wertungen der Gesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit der Bundesländer werden überspielt.
- Bei fehlender Möglichkeit, mit anderen Kommunen Aufgaben gemeinsam zu erfüllen bzw. einer solchen Aufgabenerfüllung lediglich unter dem Vergaberegime entsteht de facto ein Zwang zur Privatisierung.
- Im Bereich der öffentlich-privaten Partnerschaften führt eine vergaberechtliche Dominanz zu bereits in der Praxis beobachtbaren Rekommunalisierungen und verhindert damit die Nutzung möglicher Effizienzgewinne durch Einbeziehung Privater.

Angesichts dessen ist die Vergaberechtsfreiheit der Organisationsentscheidungen klarzustellen. Dies sollte durch Änderungen der europäischen Vergaberichtlinien erfolgen.

## **Änderungsvorschläge zu den EU-Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG**

### **1. Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht**

*„Die Übertragung von Aufgaben zwischen kommunalen Einrichtungen auf der Grundlage von Gesetzen, Verordnungen, öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen oder durch die Bildung von Zweckverbänden stellt eine dem Organisationsrecht der Mitgliedstaaten unterfallende Materie dar und beinhaltet keinen den europäischen Vergaberichtlinien unterfallenden Beschaffungsvorgang. Auf die Vollständigkeit oder Unwiderruflichkeit der Aufgabenübertragung kann es dabei nicht ankommen.“*

Begründung:

Die europäische Gemeinschaft dehnt den Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge zunehmend aus und stellt dadurch die kommunale Organisationshoheit vor allem im Bereich der interkommunalen Kooperation in Frage. Maßgeblich für die Anwendung des Vergaberechts ist das Vorliegen eines Beschaffungsvorganges, d.h., dass eine Leistung im Markt von einem Dritten beschafft wird. Diese Konstellation liegt bei einer Aufgabenübertragung nicht vor, sondern es findet eine (mitgliedstaats)interne Neuordnung öffentlicher Zuständigkeiten und Befugnisse statt. Es wird eine Aufgabe innerhalb des Mitgliedstaates einer anderen Stelle zugeordnet. Dieses Recht der kommunalen Organisationshoheit ist in zahlreichen Mitgliedstaaten auf Verfassungsebene geschützt. Es ist auch auf europäischer Ebene als allgemeiner Rechtsgrundsatz durch die von allen EU-Mitgliedstaaten ratifizierte Charta der kommunalen Selbstverwaltung sowie im Vertrag über eine europäische Verfassung im Art. I-5 gewährleistet.

### **2. In-house-Vergabe**

Unter der Geltung des europäischen Vergaberechts stellt sich die Frage, ob Auftragsvergaben der Kommunen an privatrechtlich organisierte Eigengesellschaften ausschreibungspflichtig oder ein vergabefreies Eigengeschäft (In-house-Geschäft) sind. Der EuGH hatte in der so genannten Teckal-Entscheidung ausgeführt, dass ein solches vergaberechtsfreies In-house-Geschäft vorliegt, wenn der Auftrag an eine Gesellschaft vergeben wird,

- über die die öffentliche Körperschaft eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle,
- die zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.

Zu beiden Kriterien stellten sich verschiedene Fragen:

- a) Kontrolle, wie über eine eigene Dienststelle bei Beteiligung mehrerer Kommunen

Der EuGH geht in seiner grundlegenden Entscheidung vom 18.11.1999 - Teckal - ausdrücklich von der Beteiligung mehrerer Gebietskörperschaften aus. Eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ist auch bei einem nur aus Kommunen bestehenden Zweckverband/interkommunalem Verband durch eine „gemeinsame Beherrschung“ aller in diesem Verband zusammengeschlossenen Kommunen gegeben. Eine alleinige Steuerung durch ein einzelnes Mitglied kann in derartigen Fällen naturgemäß nicht vorliegen.

## b) Kriterium der Beteiligung privater Dritter

Hinsichtlich der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle stellte sich zudem die Frage, ob eine Fremdbeteiligung privater Gesellschafter an privatrechtlichen Gesellschaften der öffentlichen Hand die „In-house-Eigenschaft“ aufhebt. Der EuGH hat dazu nun mit Urteil vom 11.01.2005 entschieden, dass ein ausschreibungsfreies In-house-Geschäft nur dann vorliegt, wenn deren Anteile zu 100 % durch die öffentliche Hand gehalten werden. Durch diese Entscheidung sind zunächst jene öffentlich-privaten Partnerschaften betroffen, deren privater Partner bereits durch ein wettbewerbliches Vergabeverfahren ausgewählt worden ist. Der Zweck der Gesellschaft läuft in diesem Falle leer, wenn ein Anschlussauftrag nicht mehr an eine solche Gesellschaft übertragen werden kann, sondern ausgeschrieben werden muss. Zum anderen umfasst das Urteil viele Fälle, in denen der private Teilhaber an der Erledigung der durch das Unternehmen wahrgenommenen Aufgabe nicht beteiligt ist, sondern bei denen eine bloße Kapitalbeteiligung vorliegt. Derartige Fragen finanzieller Beteiligungen unterfallen aber nicht den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge.

Um die Bildung öffentlich-privater Partnerschaften zu fördern, die im Ergebnis regelmäßig zu einer schrittweisen Privatisierung führen, sind vergaberechtliche Hürden zu vermeiden. Anzustreben ist deshalb eine ausdrückliche sekundärrechtliche Regelung, die eine Beauftragung von gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen unter bestimmten Bedingungen im vernünftigen Rahmen zulässt. Als Ansatzpunkt kann auf die vom europäischen Parlament im Rahmen der Verhandlungen zum Legislativpaket des Vergaberechts vorgeschlagene In-house-Definition zurück gegriffen werden (Vorschlag des EP für Art. 18a der „klassischen“ Richtlinie - 2004/18/EG). Diese sieht vor, dass eine Kontrolle auch für den Fall vorliegen kann, dass die Einrichtung überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von mehreren Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind. Entscheidend ist dabei die Ausgestaltung im Gesellschafts(Beherrschungs)vertrag.

Daraus ergibt sich folgender Änderungsvorschlag:

*„Diese Richtlinie gilt nicht für Aufträge, die von einem öffentlichen Auftraggeber an eine von diesem rechtlich getrennte Einrichtung vergeben werden, wenn dieser über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen [mindestens 80 %] für den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, der seine Anteile innehat. Eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ist gegeben, wenn die Einrichtung von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern entsprechend Art. 1 Abs. 9 Satz 2 lit. c) beherrscht wird. Eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle besteht bei Zusammenschlüssen mehrerer Kommunen unabhängig davon, wie groß der Einfluss der einzelnen Kommune ist. Insoweit genügt eine kommunale Beherrschung insgesamt.“*

## Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht

### 1. Interkommunale Zusammenarbeit als Organisationsrecht

Vor allen anderen Aspekten ist klarzustellen, dass es sich bei den beschriebenen Fällen interkommunaler Zusammenarbeit grundsätzlich um Vereinbarungen über die Zuständigkeit innerhalb der Verwaltungsorganisation eines Mitgliedstaates handelt. Es finden, um es mit den Worten der EU-Kommission auszudrücken, „interne Neuordnungen öffentlicher Befugnisse“ statt. In den Blick zu nehmen ist deshalb die Staatsorganisation, die Zuständigkeit für den Verwaltungsaufbau und die Zuordnung von Kompetenzen innerhalb der Mitgliedstaaten, nicht dagegen eine rechtliche Ordnung zwischen Staat und Privaten in Form der Wirtschaft. Es handelt sich bei Aufgabenübertragungen zwischen Kommunen nicht um Beschaffungsvorgänge bei Dritten, sondern um innerstaatliche Organisationsmaßnahmen. Es wird eine Aufgabe innerhalb des Staates einer anderen Stelle zugeordnet. In diesem Bereich besitzt die EU nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung keine Kompetenz. Die nationale Verwaltungsorganisation ist vielmehr nach dem Grundsatz der verfahrensmäßigen und organisatorischen Autonomie der EU - auch nach Auffassung des EuGH - entzogen. Ob ein Mitgliedstaat zentralistisch organisiert ist oder föderal mit entsprechenden Regeln über die Zusammenarbeit dieser einzelnen Hoheitsträger untereinander, ist grundsätzlich eine souveräne nationale Entscheidung, die das Europarecht zu respektieren hat. Insofern ist der Bewertung von Prof. Burgi, eines namhaften Verwaltungs- und Vergaberechtlers, zuzustimmen:

„Ein Mitgliedstaat, der zentralistisch organisiert ist, besäße beispielsweise keine staatlichen Untergliederungen mit eigener Rechtspersönlichkeit nach Art der Länder und Kommunen. Würde in einem solchen Mitgliedstaat eine staatliche Behörde X mit einer staatlichen Behörde Y eine Kooperationsvereinbarung treffen (oder würde ihre Kooperation von höherer Stelle angeordnet), käme wohl niemand auf die Idee, hierin einen vergaberechtpflichtigen Beschaffungsvorgang zu sehen; mangels Rechtspersönlichkeit der beteiligten Behörden würde es schon an einer notwendigen Personenverschiedenheit von Auftraggeber und Auftragnehmer fehlen. Warum sollte für die Anwendung des Vergaberechts etwas anderes gelten, wenn in einem föderal untergliederten Staat wie der Bundesrepublik eine inhaltsgleiche Kooperationsvereinbarung zwischen zwei Kommunen oder zwischen einer Kommune und einem Land getroffen wird?“

Dieses Recht der kommunalen Organisationshoheit ist als maßgeblicher Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich geschützt. Danach haben die Kreise, Städte und Gemeinden das Recht, sämtliche Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.

Das Recht der kommunalen Selbstverwaltung ist auch auf europäischer Ebene gewährleistet. Dies ergibt sich zum einen durch Art. 2 und 4 der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, die auf eine Initiative des Europarates zurückgeht und die durch entsprechende Ratifikation in allen Mitgliedstaaten der EU als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt. Auch der Vertrag über eine Europäische Verfassung erkennt nunmehr ausdrücklich die regionale und kommunale Selbstverwaltung sowie die damit verbundenen staatsorganisationsrechtlichen Strukturen in Art. I-5 ausdrücklich an, wenn es dort heißt, dass die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achtet, die in deren grundlegender poli-

tischer und *verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung* zum Ausdruck kommt.

## 2. Auswirkungen auf einzelne Formen interkommunaler Zusammenarbeit

### 2.1. Zweckverband

Der Zweckverband ist die in der kommunalen Praxis gängigste Form der interkommunalen Zusammenarbeit im öffentlichen Recht. Zweckverbände nehmen in klassischen kommunalen Aufgabengebieten, wie dem ÖPNV, der Abfallbeseitigung sowie der Wasserver- und -entsorgung, im Schulbereich sowie dem Rettungsdienst Aufgaben wahr. Sie sind organisatorisch und rechtlich selbstständige Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Mittlerweile scheint die Europäische Kommission die Bildung und Aufgabenübertragung auf einen Zweckverband als unproblematisch anzusehen. .

Mit Blick auf die **Bildung eines Zweckverbandes** besteht Einigkeit, dass keine Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen am Markt zugrunde liegt. Vielmehr zielt diese darauf ab, gemeinsam mit anderen kommunalen Aufgabenträgern Aufgaben wirtschaftlich zu erledigen; die dem Zweckverband übertragenen Aufgaben gehen kraft Gesetzes über. Es erfolgt mithin keine Beauftragung durch Abschluss eines entgeltlichen Vertrags, was die Voraussetzung für einen öffentlichen Auftrag ist.

Als problematisch angesehen wurde von der Kommission in der Vergangenheit die **Aufgabenübertragung** einer bisher allein wahrgenommenen Aufgabe auf einen **bestehenden Zweckverband**. So lag dem mittlerweile eingestellten Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland die Übertragung von Teilen der Abwasserentsorgung der niedersächsischen **Gemeinde Hinte** auf einen als Zweckverband organisierten Wasserverband zugrunde. In ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme hat die Kommission dabei ausgeführt, dass es zwar Fälle geben könne, „in denen ein interkommunaler Zusammenschluss eine rein administrative Maßnahme darstellen kann, die nicht den Gemeinschaftsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr unterliegt“. Im konkreten Fall ging die Kommission aber zunächst von einem dem Vergaberecht unterfallenden öffentlichen Auftrag aus, weil dem Zweckverband nicht das Recht zur entgeltlichen Verwertung übertragen wurde. Jedenfalls sollte eine Dienstleistungskonzession vorliegen, für die zwar nicht das Vergabe-Sekundärrecht, aber die aus dem EG-Vertrag abgeleiteten Grundsätze der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit gelten. In diesem Fall war die Kommission irrtümlicherweise davon ausgegangen, dass die Aufgabenübertragung **nicht direkt** mit dem Beitritt erfolgte, sondern zusätzliche vertragliche Absprachen getroffen wurden, was aber nicht der Fall war.

Die kommunalen Spitzenverbände teilen diese Auffassung. Bei einem Zweckverband handelt es sich um eine rechtsfähige Verbandskörperschaft, deren Mitglieder die beteiligten Kommunen sind. Der organisatorisch und rechtlich selbstständige Zweckverband dient der gemeinsamen Erfüllung einzelner, den zusammenwirkenden Kommunen zugewiesener Aufgaben. Es erfolgt eine vollständige Kompetenzverlagerung (Delegation) der beteiligten Kommunen auf den Zweckverband, mithin ein entsprechender Verlust der Kompetenz bei den jeweiligen Mitgliedern. Dabei geht die kommunale Aufgabe selbst, nicht lediglich die Aufgabenerfüllung auf den Verband über. Die abgebende Kommune wird insoweit vollständig von ihrer Verpflichtung befreit. Im Falle einer solchen Aufgabenwahrnehmung durch einen

Zweckverband wird keine Leistung am Markt beschafft, sondern es wird eine Aufgabe innerhalb des Staatsaufbaus verlagert. Es obliegt dem jeweiligen Staat bzw. der jeweiligen Kommune, seine Aufgaben mit eigenen Ressourcen zu erfüllen oder ggfs. Private zu beauftragen. Das Vergaberecht normiert keine Verpflichtung zum Einkauf einer Leistung am Markt.

Dabei darf es auch keine Rolle spielen, wie groß der Einfluss der einzelnen Kommunen auf den Zweckverband ist, soweit insgesamt eine kommunale Beherrschung gesichert ist. Im Hinblick auf die von der Kommission angenommene Geltung des Vergaberechts bei interkommunalen Zusammenschlüssen wird regelmäßig Bezug auf die Kriterien des In-House-Geschäfts nach dem sog. Teckal-Urteil des EuGH Bezug genommen. In dieser Entscheidung wird eine Ausschreibungspflicht bei der Übertragung einer kommunalen Aufgabe auf mehrere andere Kommunen nur dann nicht angenommen, „wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen“. Dies ist bei einem nur aus Kommunen bestehenden Zweckverband in jedem Fall gewährleistet durch eine „gemeinsame Beherrschung“ aller in diesem Verband zusammengeschlossenen Kommunen. Eine alleinige Steuerung durch ein einzelnes Mitglied kann naturgemäß nicht vorliegen.

## **2.2. Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen**

Nicht identisch mit der Situation beim Zweckverband, aber hinsichtlich der vergaberechtlichen Probleme vergleichbar, stellt sich die interkommunale Zusammenarbeit im Wege der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung dar. Bei dieser zweiten wesentlichen Form der Zusammenarbeit von Kommunen wird durch einen koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen zwei Verwaltungsträgern eine Übereinkunft zur Aufgabenerledigung getroffen, ohne eine neue juristische Person zu errichten. Nach den Bestimmungen der Gesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit können Kommunen dabei vereinbaren, dass einer der Beteiligten einzelne Aufgaben der übrigen Beteiligten in seine Zuständigkeit übernimmt - Aufgabenübertragung bzw. Delegation - oder er sich verpflichtet, solche Aufgaben für die übrigen Beteiligten durchzuführen - Aufgabendurchführung bzw. Mandatierung.

### **a) Delegation**

Sofern eine Kommune eine bestimmte Aufgabe der übrigen beteiligten Kommunen in seine Zuständigkeit übernimmt, findet ein Übergang der Rechte und Pflichten zur Erfüllung der Aufgaben auf diese statt. Ähnlich wie zuvor beim Zweckverband wird der übernehmende Beteiligte Aufgabenträger mit allen Rechten und Pflichten. Spiegelbildlich wird die übertragende Kommune von ihrer Verpflichtung zur Erfüllung der Aufgabe frei, sie besitzt dann keine Zuständigkeit für die Erfüllung der Aufgabe mehr. Soweit eine solche Konstruktion gewählt wird, nimmt auch die Europäische Kommission keine Geltung des Vergaberechts mangels eines fehlenden öffentlichen Auftrags an. Sobald allerdings einzelne Kontroll- oder Aufsichtsrechte sowie bereits Kündigungsrechte bestehen bleiben, ist der Stellungnahme im Fall der Gemeinde Hinte zu entnehmen, dass Vergaberecht anzuwenden ist. Nunmehr ist in Deutschland in einem konkreten Fall in Sachsen-Anhalt eine entsprechende delegierende öffentlich-rechtliche Vereinbarung, bei der die übernehmende Kommune statt der abgebenden zum öffentlich-rechtlichen Aufgabenträger wurde, als vergaberechtspflichtig beurteilt worden. Dieser Auffassung ist aus kommunaler Sicht mit den unter b) nachfolgend aufgeführten Argumenten insgesamt zu widersprechen.

## **b) Mandatierung**

Soweit sich eine beteiligte Kommune verpflichtet, eine Aufgabe für die übrigen (nur) durchzuführen, wird diese Erfüllungsgehilfe der Beteiligten, die die entsprechende Aufgabe auf ihn übertragen. Der Übertragende bedient sich des übernehmenden Beteiligten zwar zur Erfüllung der Aufgabe, seine Zuständigkeit zur Aufgabenerfüllung als solche bleibt aber unberührt. Die Mandatierung ist deshalb die weniger einschneidende Kooperationsform, bei der auch im Interesse der größeren Steuerbarkeit der Aufgabe durch die demokratisch unmittelbar legitimierten Kommunalorgane größere Einflussmöglichkeiten bei den Abgebenden verbleiben. Die Mandatierung bildet deshalb in der kommunalen Praxis die überwiegend gewählte Form der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung.

Vor diesem Hintergrund wurde die Übertragung der Aufgabe „Sammlung und Beförderung von Altpapier“ im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung auf eine Nachbarkommune von Vergabesenaten zweier deutscher Oberlandesgerichte als entgeltlicher öffentlicher Auftrag angesehen, für den ein Vergabeverfahren durchzuführen gewesen wäre. Diese Rechtsauffassung deckt sich mit der der Europäischen Kommission, wie sie in der begründeten Stellungnahme zum Fall Hinte zum Ausdruck kommt.

Dieser Auffassung ist aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände zu widersprechen. Die Gesetze über kommunale Zusammenarbeit sehen vor, dass Kommunen „Aufgaben, zu deren Erfüllung sie berechtigt oder verpflichtet sind, nach den Vorschriften dieses Gesetzes gemeinsam wahrnehmen“ können. Ziel ist also gerade eine Verlagerung und Umorganisation der Aufgabenwahrnehmung und -verteilung innerhalb der kommunalen Ebene als Teil der öffentlichen Hand. In Rede steht das der innerstaatlichen Kompetenz unterfallende Organisationsrecht und der mehrstufigen Staatsstruktur, nicht eine Beschaffung zwischen Dritten. Es handelt sich mithin bei der Auftragsvergabe einer Kommune an eine andere nicht um eine Vergabe an Dritte im Sinne des europäischen Vergaberechts. Die einzelne Kommune fragt keine Leistung am Markt nach, sondern wählt einen Weg der effizienteren Wahrnehmung durch gemeinsame Durchführung innerhalb der kommunalen Ebene. Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen über die kommunale Zusammenarbeit sind deshalb von vornherein - genauso wie In-House-Geschäfte - vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht erfasst.

### **2.3. Kommunale Verwaltungs- bzw. Arbeitsgemeinschaften**

Kommunen können sich zudem zu kommunalen Arbeits- oder Verwaltungsgemeinschaften zusammenschließen. Sie ist die lockerste öffentlich-rechtliche Form der kommunalen Gemeinschaftsarbeit und dient vor allem der Koordinierung und gemeinsamen Planung kommunaler Aufgaben. Sie gewinnt vor allem im Bereich von Ballungsräumen Bedeutung. Mit der Bildung einer kommunalen Arbeitsgemeinschaft werden dieser keine originären Aufgaben ihrer Mitglieder übertragen, sondern verbleiben bei den einzelnen Beteiligten. Da dieser Zusammenschluss keine eigene Rechtspersönlichkeit bewirkt, tritt sie nicht selbst rechtswirksam auf und ihr Handeln unterfällt damit nicht dem Vergaberecht.

### **2.4. Kommunalunternehmen**

Kreise, Städte und Gemeinden können ferner selbstständige Unternehmen in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts als sog. Kommunalunternehmen errichten oder bestehende Regie- und Eigenbetriebe in solche Unternehmen umwandeln. Dabei ist es zulässig, wenn die Kommune bestehende Versorgungsbetriebe, Verkehrsbetriebe oder sonstige Unter-

nehmen zu einem einheitlichen oder verbundenen Kommunalunternehmen zusammenfasst. Diesbezüglich führt die Kommission hinsichtlich eines „selbstständigen Kommunalunternehmens“ nach belgischem Kommunalwirtschaftsrecht, das rechtlich im Wesentlichen identisch mit den in verschiedenen deutschen Bundesländern eingeführten Kommunalunternehmen in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts ausgestaltet ist, aus:

„die Gründung eines selbstständigen Kommunalunternehmens beinhaltet folglich die durch eine Gemeinde erfolgende Vergabe einer als Auftrag oder Konzession einzuordnenden Leistung an eine Körperschaft mit anderer Rechtspersönlichkeit, und zwar ohne vorherigen Wettbewerb“.

Auch diesbezüglich sind die kommunalen Spitzenverbände, vergleichbar den Ausführungen zum Zweckverband, der Auffassung, dass eine Aufgabenübertragung durch Unternehmensgründung oder –erweiterung nicht dem Vergaberecht unterfällt, sondern Ausfluss ihrer aus dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht folgenden Organisationshoheit ist.

## **2.5. Öffentlich-private Partnerschaften in Form gemischtwirtschaftlicher Unternehmen**

Auch im Bereich der öffentlich-privaten Partnerschaften, die sowohl in Form gemeinsamer Unternehmen institutionalisiert bestehen, wie auch durch vertragliche Vereinbarungen hinsichtlich einzelner Projekte zustande kommen, bestehen Abgrenzungsfragen. Der EuGH hat am 11.01.2005 über eine Kooperation der Stadt Halle im Bereich der Abfallwirtschaft entschieden. Dem Urteil lag die Zusammenarbeit der Stadt Halle mit der mehrheitlich von ihr und minderheitlich von einer privaten Gesellschaft getragenen RPL GmbH zugrunde. Die Stadt Halle hatte die Aufgabe der Entsorgung der städtischen Restabfälle ohne Vergabeverfahren durch Vertrag auf die RPL GmbH übertragen. Nach dem aufgrund eines Vorlageersuchens des OLG Naumburg ergangenen Urteil müssen nunmehr alle öffentlichen Auftraggeber Aufträge dem Vergaberecht gemäß vergeben, auch wenn sie an eine von ihnen beherrschte gemischt-wirtschaftliche Beteiligungsgesellschaft erteilt werden, an der ein Privater nur irgendeinen Anteil hat. Der EuGH stellt damit das im Teckal-Urteil definierte Kriterium der Beherrschung wie über eine eigene Dienststelle klar, welches ein Kriterium für eine Inhouse-Vergabe ist. Während es bis dahin unklar war, wann der öffentliche Auftraggeber über seinen Vertragspartner, d.h. die Beteiligungsgesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, stellt das Gericht nunmehr fest, dass „die - auch nur minderheitliche - Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall ausschließt, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen“.

Damit wird in vielen Fällen eine private Beteiligung an kommunalen Unternehmen und Projekten in der Praxis ausgeschlossen und die Kommunen zu einer vollständigen Eigenerfüllung ihrer Aufgaben „gezwungen“.