

9. Interkommunale Kooperation und Vergaberecht

Die kommunale Zusammenarbeit ist in jüngster Zeit immer stärker ins Visier vergaberechtlicher Entscheidungen geraten. Dadurch wird die verfassungsrechtlich garantierte Organisationshoheit der Kommunen bei der Umsetzung der Zusammenarbeit mit anderen Kommunen berührt.

Die Landesregierung ist aufgerufen, gegenüber der Bundesregierung für zweifelsfreie Regelungen im Europa- und Bundesrecht einzutreten, um die zur Optimierung der Wirtschaftlichkeit sinnvolle und notwendige interkommunale Zusammenarbeit nicht von vornherein durch vergaberechtliche Regelungen zu verhindern.

9.1 Ausgangslage

Die Querschnittsprüfung „Verwaltungsstrukturen und Zusammenarbeit im kreisangehörigen Bereich“ im Jahr 2003 hat gezeigt, dass einerseits die teilweise vorhandene Kleinteiligkeit und unzureichende Wirtschaftlichkeit der Verwaltungsstrukturen, andererseits die finanzwirtschaftlichen Probleme der Kommunen Anlass sein sollten, über neue Verwaltungsstrukturen und **Kooperationen im hauptamtlichen Verwaltungsbereich** nachzudenken. Zugleich wurden vielfältige Möglichkeiten aufgezeigt, auch im Rahmen einer intensiven Kooperation zu deutlich effektiveren und effizienteren kommunalen Verwaltungsstrukturen zu gelangen. Auch in einer Reihe anderer Prüfungen hat der LRH Vorschläge zur interkommunalen Kooperation unterbreitet (vgl. Nr. 12 und Nr. 17).

Durch eine Stellungnahme der EU-Kommission sowie Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und deutscher Oberlandesgerichte ist in jüngster Zeit die Frage aufgeworfen worden, inwieweit interkommunale Kooperationen auf der Basis der kommunalrechtlichen Vorschriften über kommunale Zusammenarbeit den vergaberechtlichen Bestimmungen unterliegen.

9.2 Formen der Kooperation

Der gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen neben den kommunalverfassungsrechtlich und spezialgesetzlich geordneten Formen der Zusammenarbeit insbesondere

- Zweckverbände,
- öffentlich-rechtliche Vereinbarungen sowie
- Verwaltungsgemeinschaften.

Darüber hinaus können die kommunalen Körperschaften Aufgaben gemeinschaftlich auch in der Rechtsform des Privatrechts erfüllen.

Die weitestgehende Form der Zusammenarbeit stellt der **Zweckverband** nach § 2 Abs. 1 GkZ¹ dar. Danach können sich Gemeinden, Ämter und Kreise zu Zweckverbänden zusammenschließen und ihnen einzelne oder mehrere zusammenhängende Aufgaben der öffentlichen Verwaltung übertragen. In diesem Fall geht die rechtliche Verantwortung für die Aufgabe einschließlich des Satzungs- und Ordnungsrechts auf den Zweckverband als neuen Aufgabenträger über.

Im Wege einer **öffentlich-rechtlichen Vereinbarung** nach § 18 Abs. 1 GkZ können Gemeinden, Ämter, Zweckverbände und Kreise vereinbaren, dass eine der beteiligten Körperschaften einzelne oder mehrere zusammenhängende Aufgaben der übrigen Beteiligten übernimmt oder diesen die Mitbenutzung einer von ihr betriebenen Einrichtung gestattet. Während bei der Errichtung eines Zweckverbandes ein neuer Aufgabenträger entsteht, führt die öffentlich-rechtliche Vereinbarung lediglich zu einer Kompetenzverschiebung zwischen vorhandenen kommunalen Aufgabenträgern. Dabei wird nicht nur die Durchführung, sondern auch die rechtliche Verantwortung für die gesamte Aufgabenwahrnehmung übertragen.

Bei der **Verwaltungsgemeinschaft** nach § 19 a GkZ kann durch öffentlich-rechtlichen Vertrag festgelegt werden, dass ein Beteiligter zur Erfüllung seiner Aufgaben die Verwaltung eines anderen Beteiligten in Anspruch nimmt. Im Rahmen dieser sog. „mandatierenden Vereinbarung“ wird lediglich die Aufgabendurchführung einer anderen Verwaltung übertragen. Anders als bei der Gründung eines Zweckverbandes oder der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung bleibt der Beteiligte, der die Verwaltung eines anderen Beteiligten in Anspruch nimmt, in diesem Fall Träger der Aufgaben mit allen Rechten und Pflichten; er hat deshalb auch ein umfassendes Weisungsrecht.

Nach dem gegenwärtigen Stand ergeben sich **keine vergaberechtlichen Probleme** im Rahmen einer Zusammenarbeit bei rein hoheitlichen Aufgaben, wie beispielsweise bei standesamtlichen Aufgaben oder der Gewährung von Sozialhilfe. Dies gilt sowohl für öffentlich-rechtliche Vereinbarungen nach § 18 GkZ als auch für Verwaltungsgemeinschaften nach § 19 a GkZ. Auch die Rekommunalisierung - also die Rückholung von Aufgaben/Tätigkeiten in den Bereich der Kommune einschließlich Regiebetrieb, Eigenbetrieb, Eigengesellschaft - ist vergaberechtsfrei zulässig.

¹ Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (GkZ) i. d. F. d. Bekanntmachung vom 28.02.2003, GVOBl. Schl.-H. S. 222, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 01.02.2005, GVOBl. Schl.-H. S. 66.

Vergaberechtlich problematisch hingegen wird die Zusammenarbeit auf kommunaler Ebene bei allen marktgängigen Leistungen. Dabei ist es ohne Belang, ob die interkommunale Kooperation öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich vereinbart wird.

9.3 Entscheidungen zum Vergaberecht

Vorangestellt ist darauf hinzuweisen, dass sich die jüngsten Entscheidungen nur auf Aufträge oberhalb der **Schwellenwerte** von 200 T€ für europäisches Vergaberecht beziehen. **Unterhalb** der Schwellenwerte gilt das schleswig-holsteinische Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz. Öffentliche Aufträge i. S. dieses Gesetzes sind nur Verträge über Lieferungen und Leistungen, die von öffentlichen Auftraggebern mit Auftragnehmern des privaten Rechts geschlossen werden. Danach handelt es sich bei der kooperativen Aufgabenerledigung unter den Kommunen nicht um öffentliche Aufträge. Dies hat zur Folge, dass Verträge über die interkommunale Zusammenarbeit bei Vergabewerten unterhalb der EU-Schwellenwerte ohne vorherige Ausschreibung geschlossen werden können. Selbstverständlich sind hierbei auch die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§§ 8 und 75 GO) einzuhalten.

Von Bedeutung für Verträge **oberhalb** der Schwellenwerte ist ein gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtetes **Vertragsverletzungsverfahren**, in dem die EU-Kommission¹ die Zusammenarbeit mehrerer Kommunen und den Beitritt einer Kommune zu einem Zweckverband aufgegriffen hat. Dabei geht es um die Übertragung der Abwasserentsorgungspflicht der niedersächsischen Gemeinde Hinte auf einen Wasserverband, dem sie als Mitglied angehört. Die EU-Kommission stuft dieses als Dienstleistungskonzession ein, für deren Erteilung zuvor ein transparentes Vergabeverfahren hätte durchgeführt werden müssen.

In dieselbe Richtung weisen auch ein **Urteil des EuGH** sowie 2 **Entscheidungen deutscher Gerichte**. So hat der EuGH mit Urteil vom 13.01.2005 entschieden, dass das Königreich Spanien gegen seine Verpflichtungen aus der Liefer- und der Baukoordinierungsrichtlinie verstoßen hat, indem es Kooperationsvereinbarungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und den übrigen öffentlichen Einrichtungen und damit auch solche Vereinbarungen, die öffentliche Aufträge i. S. der genannten Richtlinien sind, vom Anwendungsbereich des Gesetzes vollkommen ausgeschlossen hat. Mit Beschluss vom 07.09.2004 hat das Oberlandesgericht Frankfurt² entschieden, dass sich aus den Bestimmungen des Hessischen Gesetzes

¹ Stellungnahme vom 30.03.2004 - 2000/4433 C(2004) 1202.

² Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt, Beschluss vom 07.09.2004 - 11 Verg 11 und 12/04, NZBau 2004, S. 692 ff.

über die kommunale Zusammenarbeit kein Ausschluss des Vergaberechts ergibt. Mit dieser Entscheidung hat das OLG Frankfurt an einen gleich lautenden Beschluss des OLG Düsseldorf¹ vom 05.05.2004 zum Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen angeknüpft. Beiden Entscheidungen lagen Sachverhalte aus dem Bereich der Abfallentsorgung zugrunde, bei denen eine Kommune einer anderen Kommune das Einsammeln von bestimmten Abfällen durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung übertragen hatte. Nach Auffassung der Gerichte sei bei den in Rede stehenden Aufträgen grundsätzlich das Vergaberecht anzuwenden, da ein „öffentlicher Auftraggeber“ auch „Unternehmer“ i. S. des Vergaberechts sein könne. Auch das Handeln eines Hoheitsträgers sei - soweit er den ihm durch das öffentliche Recht zugewiesenen Aufgabenbereich verlasse - dasjenige eines Unternehmens i. S. des Vergaberechts und damit an den Vergaberechtsvorschriften zu messen. Es habe sich um eine Betätigung auf einem sonst auch privaten Unternehmen zugänglichen Markt gehandelt.

In einem weiteren „sibyllinischen“ Satz hat das OLG Frankfurt dann offen gelassen, ob eine echte Zuständigkeitsübertragung, wie z. B. bei der Gründung eines Zweckverbandes, ohne Ausschreibung zulässig wäre.

9.4 **Stand der Diskussion**

Die EU-Kommission sowie der EuGH und die beiden OLG vertreten die Auffassung, dass zumindest eine „mandatierende Vereinbarung“ - also die Übertragung der reinen Durchführung von Aufgaben - bei Erreichen der EU-Schwellenwerte ohne ein **europaweites Ausschreibungsverfahren** nicht mehr möglich ist.

Die EU-Kommission sieht es offensichtlich als maßgeblich an, ob eine umfassende und vollständige „administrative Neugliederung“ stattgefunden hat, die vergaberechtsfrei wäre. Anders beurteilt sie eine bloße Übertragung von Funktionen oder Aufgaben wirtschaftlicher Art, die gemeinsam von Gemeinden wahrgenommen werden; in diesem Fall wird eine Ausschreibungspflicht gesehen. Nach der Rechtsprechung ist dabei insbesondere die Übertragung der Durchführung von Aufgaben problematisch, soweit die konkrete Umsetzung Tätigkeiten erfordert, die als „marktgängige“ Leistungen qualifiziert werden können, z. B. das Einsammeln und der Transport von Abfall, Bauhofsleistungen oder die Beratung zur Ausgestaltung der IT-Infrastruktur.

Damit rückt nunmehr auch die interkommunale Zusammenarbeit in den Blickpunkt des europäischen Vergaberechts, womit sich zusehends ein **grundsätzliches Spannungsverhältnis** zwischen kommunaler Organisationshoheit und EU-weitem Wettbewerb entwickelt. Durch die vorliegenden

¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.05.2004 - VII Verg 78/03, NZBau 2004 S. 398 ff.

Entscheidungen wird die grundgesetzlich garantierte Organisationshoheit der Kommunen bei der Umsetzung interkommunaler Kooperationen erheblich eingeschränkt, wenn der Abschluss einer Vereinbarung, mit der eine Kommune sich verpflichtet, einzelne Aufgaben einer anderen Kommune für diese durchzuführen, ausschreibungspflichtig wird. Diese Entwicklung kann und wird dazu führen, dass Kommunen von Umstrukturierungsmaßnahmen zur Optimierung der Wirtschaftlichkeit absehen, um zu verhindern, dass sie gegen ihren Willen privatisieren müssen.

Die **Innenministerkonferenz der Länder** (IMK) und insbesondere die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vertreten hierzu zusammenfassend die Auffassung, dass aus der auch gemeinschaftsrechtlich anzuerkennenden Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG das Recht und die Entscheidungsfreiheit der Kommunen darüber folgt, in welcher Art und Weise - also in welcher Organisationsform - sie ihre Aufgaben wahrnehmen wollen. Dies gelte insbesondere auch für die gesetzlich geregelten öffentlich-rechtlichen Formen interkommunaler Zusammenarbeit. Diese beruhen im Grunde auf rein organisationsrechtlichen Überlegungen und Entscheidungen der Kommunen, die nicht ausschließlich mit Mitteln des Wettbewerbs- und Vergaberechts beurteilt werden dürften. Das Vergaberecht könne erst dann Anwendung finden, wenn sich die öffentliche Verwaltung auf den privat organisierten Markt gebe und eine Leistung durch Private erbringen lassen wolle.

Die IMK sieht in den Bestrebungen der EU-Kommission einen Eingriff in das Staatsorganisationsrecht der Mitgliedsstaaten. Sie unterstützt daher die Bemühungen der Bundesregierung, die Belange der kommunalen Selbstverwaltung im Zusammenhang mit der Organisation der kommunalen Aufgabenerfüllung gegenüber der EU-Kommission deutlich zu machen.

Die Auffassung der IMK wird gestützt durch einen jüngst veröffentlichten, die bisherige Argumentation vertiefenden Beitrag von Prof. Dr. Burgi, Ruhr-Universität Bochum.¹ Ausgehend von der Besonderheit der föderal organisierten Bundesrepublik Deutschland besäßen deren staatliche Untergliederungen, wie Länder und Kommunen, eine eigene Rechtspersönlichkeit, die sich von der eines Gesamtstaates unterscheidet. Angesichts dessen bestehe daher in einem föderalen Staat ein zusätzlicher Bedarf an Regeln über die Zusammenarbeit dieser einzelnen Hoheitsträger untereinander als Bestandteil des **nationalen Verwaltungsorganisationsrechts**. Sonderregelungen dieser Art könnten u. a. durch koordinationsrechtliche Verträge zwischen Hoheitsträgern getroffen werden; sie seien strikt von den sog. subordinationsrechtlichen Verträgen zwischen Verwaltung und

¹ Prof. Dr. Martin Burgi, Bochum: „Warum die kommunale Zusammenarbeit kein vergabepflichtiger Beschaffungsvorgang ist“, NZBau 2005, Heft 4, S. 208 ff.

Bürger zu unterscheiden, die durchaus im Mittelpunkt des Vergaberechts stünden. Bei den Sonderregelungen hingegen gehe es um Verwaltungsorganisation, nicht um Beschaffung. Für die Kommunen sei diese Möglichkeit überdies verfassungsrechtlich als sog. Kooperationshoheit in Art. 28 Abs. 2 GG verankert, der den Gemeinden eine eigenverantwortliche Aufgabenerledigung verbürge und ihnen insoweit auch eine Mitverantwortung für die organisatorische Bewältigung ihrer Aufgaben einräume. Kooperationsvereinbarungen zwischen Kommunen, also Vereinbarungen, die innerhalb eines gesetzlich vorgezeichneten verwaltungsorganisatorischen Rahmens verblieben, stellten keine Beschaffung bei der Wirtschaft dar. Es handele sich also nicht um einen „Vertrag mit einem Unternehmen“, wenn lediglich verwaltungsorganisatorische Verschiebungen innerhalb der staatlichen Gesamtorganisation vorgenommen würden. Im Mittelpunkt stehe eben nicht eine das Marktverhalten bzw. den Wettbewerb beeinflussende Drittbeschaffung, sondern eine spezifische Form der Eigenleistung; die kommunale Zusammenarbeit mit der Nachbarkommune habe insofern den Charakter eines „In-house-Geschäfts“. Weiter sei in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass nach allgemeiner Auffassung und nach eigener Einschätzung des EuGH die EU keine Kompetenz für grundlegende, allgemeine Bestimmungen über die nationale Verwaltungsorganisation besitze. Vielmehr seien die europäischen Organe einschließlich des EuGH verpflichtet, im Umgang mit den EG-Vergaberichtlinien die staatsorganisatorischen Gegebenheiten der einzelnen Mitgliedsstaaten zu beachten.

9.5 Fazit

Der **LRH** betrachtet die skizzierte Entwicklung mit großer Sorge. Die Maßnahmen der EU-Kommission und die daraus resultierende Rechtsprechung deutscher Gerichte werfen erhebliche Probleme für die derzeit praktizierte und von den Landesgesetzen über die kommunale Zusammenarbeit vorgegebenen Formen von Kooperation und gegenseitige Aufgabewahrnehmung im kommunalen Bereich auf. Es wird darauf ankommen, auf Bundes- aber insbesondere auf EU-Ebene - auch angesichts unterschiedlicher Auslegungen der europarechtlichen Vorschriften und der dazu ergangenen Rechtsprechung - Rechtssicherheit zu schaffen. Es muss zweifelsfrei sein, inwieweit das verfassungsrechtlich geregelte Selbstverwaltungsrecht der Kommunen und die auf Gesetz beruhende kommunale Zusammenarbeit bestehen bleibt bzw. in einem zentralen Bereich nicht mehr aufrechterhalten werden kann.

Die Landesregierung ist daher aufgerufen, gegenüber der Bundesregierung für zweifelsfreie Regelungen im Europa- und Bundesrecht einzutreten, um die zur Optimierung der Wirtschaftlichkeit sinnvolle und notwendige interkommunale Kooperation nicht durch vergaberechtliche Hindernisse von vornherein zu verhindern. Darüber hinaus sollte die Landesregierung

die Kommunen unterstützen, die bestehenden Spielräume des Vergaberechts auszunutzen.

In seiner Stellungnahme weist auch das **Innenministerium** darauf hin, dass es die Entwicklung der vergaberechtlichen Vorgaben und deren Auswirkung auf die interkommunale Zusammenarbeit mit großer Sorge beobachte. Es unterstütze das in dieser Angelegenheit federführende Wirtschaftsministerium bei der Neuordnung des Vergaberechts und begleite das entsprechende Gesetzgebungsvorhaben des Bundes. Dabei gelte es kurzfristig im Bundesrat Einfluss dahingehend auszuüben, dass der effektive Einsatz des Instruments der interkommunalen Kooperation gewährleistet werde. Langfristig bleibe die Entwicklung auf europäischer Ebene, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH in Einzelfragen abzuwarten.

Das **Wirtschaftsministerium** hat gegen die Darstellungen keine Einwendungen erhoben.

Der **Schleswig-Holsteinische Gemeindetag** ist für die Aufarbeitung dieses wichtigen Themas außerordentlich dankbar. Gerade im Hinblick auf die in Schleswig-Holstein stark verbreitete Zweckverband-Kultur hält er die aufgezeigte Entwicklung für beunruhigend.