

11. Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht

Die interkommunale Zusammenarbeit ist ein sinnvolles, bewährtes und notwendiges Modell zur Optimierung der Wirtschaftlichkeit der Kommunen.

Sie ist immer mehr in den Blickpunkt des europäischen Vergaberechts gerückt, sodass sich zusehends ein Spannungsfeld zwischen kommunaler Organisationshoheit und EU-Wettbewerbsrecht entwickelt.

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der interkommunalen Zusammenarbeit ist die Landesregierung weiterhin aufgerufen, die Bundesregierung in ihrem Bemühen um zweifelsfreie Regelungen im Europa- und Bundesrecht zu unterstützen, um die interkommunale Zusammenarbeit nicht durch vergaberechtliche Regelungen zu erschweren.

11.1 Ausgangslage

Interkommunale Zusammenarbeit ist ein Modell, das bereits heute von vielen Kommunen im gesamten Bundesgebiet praktiziert wird und dessen Bedeutung vor dem Hintergrund der Finanznot der öffentlichen Haushalte noch zunehmen wird. Durch die Nutzung von Synergien kann man im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit zu deutlich effektiveren und effizienteren kommunalen Verwaltungsstrukturen gelangen. Im Spannungsfeld zwischen Eigenerledigung und Fusion wird sie als milderer, gleichwohl wirksames Mittel zur Zielerreichung betrachtet.

Die Kommunen stehen dabei vor einem schwierigen Balanceakt. Einerseits ist es für die Erzielung von Synergieeffekten notwendig, mit anderen Verwaltungen zu kooperieren. Andererseits sind sie europarechtlich gezwungen, die Vergaberichtlinien anzuwenden. Durch Urteile des Europäischen Gerichtshofs sowie der nationalen Vergabesenate, aber insbesondere durch die Auffassung der EU-Kommission und der von ihr durchgeführten Beanstandungsverfahren, wird das vergaberechtliche Netzwerk immer enger gezogen.

11.2 Rechtslage

Vorangestellt ist darauf hinzuweisen, dass sich die einschlägigen Entscheidungen der Gerichte nur auf Aufträge oberhalb der **Schwellenwerte**¹ beziehen. Unterhalb der Schwellenwerte gilt das schleswig-holsteinische Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz. Öffentliche Aufträge im Sinne 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 im Sinne dieses Gesetzes. Dies hat zur Folge, dass Verträge über die interkommunale Zusammenarbeit bei Vergabewerten unterhalb der EU-Schwellenwerte ohne vorherige Ausschreibung geschlossen werden können. Selbstverständlich sind auch hierbei die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§§ 8 und 75 GO) einzuhalten.

Des Weiteren ergeben sich nach dem gegenwärtigen Stand keine vergaberechtlichen Probleme bei **ausschließlich der öffentlichen Hand vorbehaltenen Aufgaben**, die nicht am Markt erbracht werden können. In all diesen Fällen tritt die kooperierende Körperschaft nicht wie ein Privater am Markt als Unternehmer auf und erbringt keine Leistungen in Konkurrenz zu privaten Mitbewerbern. Auch die **Rekommunalisierung** - also die Rückholung von Aufgaben/Tätigkeiten in den Bereich der Kommune einschl. Regiebetrieb, Eigenbetrieb, Eigengesellschaft - ist vergaberechtsfrei zulässig.

Vergaberechtlich problematisch hingegen wird die Zusammenarbeit auf kommunaler Ebene bei allen „**marktgängigen Leistungen**“, wie z. B. im Bereich der Bauhofleistungen und der Informationstechnik und sogar im Bereich Abfall und Abwasser. Dabei ist es ohne Belang, ob die interkommunale Zusammenarbeit öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich vereinbart wird.

11.2.1 Vergaberecht bei institutionellen Kooperationen

Hinsichtlich der institutionellen Kooperationsformen des Zweckverbands, des gemeinsamen Kommunalunternehmens und der privatrechtlichen Gesellschaften kristallisiert sich inzwischen eine herrschende Meinung² heraus, die diese Zusammenarbeitsformen als **vergaberechtsfrei** einstuft.

¹ Die EU hat Schwellenwerte definiert, die bestimmen, wann europäisches Vergaberecht zur Anwendung kommt. Die Schwellenwerte sind je nach Auftragsart oder Typ des Auftraggebers unterschiedlich. Zz. liegt der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungen bei 206.000 €.

² Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf, Beschluss vom 21.06.2006, VergabeR 2006, S. 777; EuGH NZBau 2000, S. 90 f.; EuGH, VergabeR 2006, S. 478 ff.; EuGH, Az.: C-295/05; Portz, Die Gemeinde SH 4/2007, S. 93 ff.; Potthast/Klöß, NZBau 2007, S. 496 ff.

Bezüglich des Zweckverbands und des gemeinsamen Kommunalunternehmens beruht die Begründung darauf, dass die Gründung dieser Institutionen als verwaltungsinterner Organisationsakt sowie als kommunale Eigenleistung angesehen wird. Diese interne Verwaltungsorganisation sei dem EU-Vergaberecht entzogen. Zudem würden die Kommunen nur untereinander einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen, um die jeweilige Institution zu errichten. Mit der Institution selber würde demgegenüber kein Vertrag mehr abgeschlossen. Das Vergaberecht setze aber voraus, dass der Vertrag „mit“ dem (beauftragten) Unternehmen geschlossen werde.

Z. T. werden von den Vertretern dieser Ansicht zusätzlich die für die privatrechtliche Gesellschaft vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Sachen „Teckal“ entwickelten Kriterien des vergaberechtsfreien Eigengeschäfts (In-House-Geschäft) angewandt und gefordert, dass folgende Voraussetzungen erfüllt sein müssen:

- Die den Zweckverband, das gemeinsame Kommunalunternehmen, die privatrechtliche Gesellschaft bildenden Kommunen üben gemeinsam über diese Institution eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen aus.
- Der Zweckverband, das gemeinsame Kommunalunternehmen, die privatrechtliche Gesellschaft ist zugleich im Wesentlichen für die sie kontrollierenden Kommunen (Mehrheit) tätig.

I. d. R. dürften der Zweckverband und das gemeinsame Kommunalunternehmen diese Bedingungen erfüllen, sodass dahinstehen kann, ob die Einhaltung der zusätzlichen Voraussetzungen rechtlich erforderlich ist.

11.2.2 Vergaberecht bei delegierenden Vereinbarungen

Bei einer **delegierenden Vereinbarung** zwischen den Kommunen überträgt die „abgebende“ Kommune ihre Rechte und Pflichten im Sinne einer kompletten Verantwortungs- und Aufgabenübertragung auf die „übernehmende“ Kommune. Die „abgebende“ Kommune wird in einem derartigen Fall von ihrer Pflicht zur Aufgabenwahrnehmung befreit.

Auch bei den delegierenden Vereinbarungen wird überwiegend¹ die Ansicht vertreten, dass dieser Vorgang **vergaberechtsfrei** ist. Indem bei der delegierenden Vereinbarung ebenso wie beim Zweckverband eine nahezu vollständige Kompetenzübertragung stattfindet, liegt auch in diesem Fall

¹ Müller, VergabeR 2005, S. 436 ff.; Stemmer/Aschl, VergabeR 2005, S. 287 ff.

ein vergabefreier rein administrativer Akt vor. Die entsprechende Kommune hat sich **vollständig** von einer eigenen Beschaffung von Leistungen zurückgezogen. Allerdings ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob sich die auftraggebende Körperschaft nicht doch in der Vereinbarung so viele Kompetenzen vorbehalten hat, dass von einer echten delegierenden Vereinbarung nicht mehr gesprochen werden kann. Unschädlich sind bloße Informationsrechte.

Lediglich das OLG Naumburg unterstellte in 2 Beschlüssen¹ eine delegierende öffentlich-rechtliche Vereinbarung dem Vergaberecht. Diese Beschlüsse weichen jedoch durch ihre ausgeprägt wettbewerbsrechtliche Positionierung von der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ab und werden aufgrund dessen als singuläre Entscheidungen bezeichnet.

11.2.3 Vergaberecht bei mandatierenden Vereinbarungen

Bei einer **mandatierenden Vereinbarung** zwischen Kommunen nimmt die „übernehmende“ Kommune eine Aufgabe in fremden Namen, also in der Form der Beauftragung wahr. Die Rechte und Pflichten der „abgebenden“ Kommune bleiben unberührt, es wird lediglich die **Durchführung** einer Aufgabe von einer Kommune auf die andere übertragen.

Die mandatierende Vereinbarung stellt nach überwiegender Meinung² einen **vergabepflichtigen** Vorgang dar. Begründet wird dies damit, dass es bei der mandatierenden Vereinbarung an einer Übertragung der wesentlichen Kompetenzen auf die leistungserbringende Kommune fehle, daher überwiege der mit der Auftragsdurchführung verbundene Beschaffungscharakter. Unter den Begriff der mandatierenden Vereinbarungen fallen auch die nach § 19 a GkZ³ gebildeten Verwaltungsgemeinschaften.

11.2.4 Organisationsrechtlicher Ansatz

Nach allgemeiner Auffassung und nach eigener Einschätzung des EuGH besitzt die EU keine Kompetenz für grundlegende, allgemeine Bestimmungen über die nationale Verwaltungsorganisation. Aus diesem Grund

¹ OLG Naumburg, Beschluss vom 03.11.2005, VergabeR 2006, S. 88; OLG Naumburg, Beschluss vom 02.03.2006, VergabeR 2006, S. 406 ff.

² OLG Düsseldorf, NVwZ 2004, S. 1022; OLG Frankfurt, NZBau 2004, S. 692; EuGH Urteil vom 26.04.1994 - Rs. C-272/91; EuGH v. 20.10.2005 - Rs. C-264/03.

³ 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 14.12.2006, GVOBl. Schl.-H. S. 285.

wird im Schrifttum¹ und von den kommunalen Spitzenverbänden² ein organisationsrechtlicher Ansatz zur Beurteilung der Frage der Vergabepflichtigkeit der interkommunalen Zusammenarbeit gewählt. Nach dem „Grundsatz der verfahrensmäßigen und organisatorischen Autonomie der Mitgliedstaaten“ könne die Anwendbarkeit des europäisierten Vergaberechts nicht davon abhängen, ob sich der jeweilige Mitgliedstaat für eine zentralistische oder für eine föderale Organisationsform mit kommunaler Selbstverwaltung entschieden hat. In einem föderalen Staat bestehe zwangsläufig neben dem üblichen Bedarf an Zuständigkeitsregeln ein zusätzlicher Bedarf an Regeln über die Zusammenarbeit dieser einzelnen Hoheitsträger untereinander als Bestandteil des nationalen Verwaltungsorganisationsrechts. Dieser Bedarf könne neben dem Staatsvertrag und der Satzung auch durch **koordinationsrechtliche Verträge** getroffen werden.

Solche Vereinbarungen, die in einem gesetzlich vorgezeichneten verwaltungsorganisatorischen Rahmen lediglich Zuständigkeitsverschiebungen innerhalb der staatlichen Gesamtorganisation vornehmen, seien keine Beschaffung, sondern eine Ausgestaltung der kommunalen Organisationshoheit, die den Kommunen durch Art. 28 Abs. 2 GG zugesichert ist. Im Mittelpunkt stehe hier nicht eine das Marktverhalten bzw. den Wettbewerb beeinflussende Drittbeschaffung, sondern eine spezifische Form der kommunalen Eigenleistung und -produktion. Ausgehend von dieser funktionalen Betrachtungsweise sei es unerheblich, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung in Form der Delegation oder der Mandatierung handele oder ob es um eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Betätigung im Sinne des jeweiligen Landes-Kommunalrechts gehe.

11.2.5 **Ansatz der Bundes- und der Landesregierung**

Die Bundesregierung setzt sich für eine Vergaberechtsfreiheit der interkommunalen Zusammenarbeit als innerstaatliche Organisationsentscheidung ein.³ Daher hat sie die Europäische Kommission aufgefordert, in den europäischen Vergaberichtlinien klarzustellen, dass interkommunale Kooperationen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterliegen.

Im Rahmen der anstehenden Reform des Vergaberechts durch die Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁴ gibt es

¹ Burgi, Der Landkreis 7/2005, S. 468 ff.; NZBau 2005, S. 208 ff.

² Deutscher Städte- und Gemeindebund, Dokumentation Nr. 51 - Interkommunale Zusammenarbeit, S. 16.

³ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion zum Thema „Kommunale Selbstverwaltung und europäisches Vergaberecht“, Bundestag-Drucksache 16/6112.

⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27.07.1957, BGBl. I S. 1081, i. d. F. der Bekanntmachung vom 26.08.1998, BGBl. I S. 2546, BGBl. III 703-5, zuletzt

einen Arbeitsentwurf zum Gesetzentwurf. In der Begründung wurde die Klarstellung der Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts auf die unterschiedlichen Organisationsformen der kommunalen Zusammenarbeit aufgenommen. In dem Entwurf ist auf eine Ausnahmeregelung verzichtet worden, da eine Ausnahmeregelung die Anwendbarkeit des Vergaberechts erst einmal grundsätzlich bejahen würde. Denn nur unter dieser Voraussetzung würde eine Ausnahmeregelung überhaupt einen Sinn haben.

Auch die Innenministerkonferenz und die schleswig-holsteinische Landesregierung unterstützen diese Neuordnung des Vergaberechts. Die Landesregierung beabsichtigt, im Bundesrat den Einfluss dahingehend auszuüben, dass der effektive Einsatz des Instruments der interkommunalen Kooperation gewährleistet wird. Die Innenministerkonferenz hat den Bundesinnenminister gebeten, sich innerhalb der Bundesregierung dafür einzusetzen, dass in der Novellierung des Vierten Teils des GWB eine Freistellung der interkommunalen Zusammenarbeit vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts aufgenommen wird.

11.3 **Fazit**

Der LRH betrachtet die skizzierte Entwicklung mit großer Sorge. Die Maßnahmen der EU-Kommission und die daraus resultierende Rechtsprechung des EuGH und deutscher Gerichte werfen erhebliche Probleme für die derzeit praktizierten und vom GkZ vorgegebenen Formen der interkommunalen Zusammenarbeit auf.

Die im Schrifttum, von den kommunalen Spitzenverbänden und der Bundesregierung vertretene Ansicht der Vergaberechtsfreiheit für innerstaatliche Organisationsentscheidungen überzeugt. Nach übereinstimmender Meinung sowohl der Gremien der EU, des EuGH, der entsprechenden Vergabesenate und des Schrifttums sind rein interne Organisationsentscheidungen als solche vergaberechtsfrei, da die EU nach dem „Grundsatz der verfahrensmäßigen und organisatorischen Autonomie der Mitgliedstaaten“ keine Kompetenz für grundlegende, allgemeine Bestimmungen über die nationale Verwaltungsorganisation besitzt. Die reine Organisationsentscheidung über die interkommunale Zusammenarbeit unterliegt somit nach übereinstimmender Auffassung aller nicht dem Vergaberecht. Gleichwohl soll die Umsetzung dieser vorgeschalteten Organisationsentscheidung mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags mindestens in dem Fall der mandatierenden Vereinbarung dem Vergaberecht unterfallen. Ausgehend von der in Deutschland bestehenden föderalen Organisationsform

geändert durch Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 20.05.2003, BGBl. I S. 686, 689.

hat diese Umsetzung im kommunalen Bereich in den meisten Fällen nicht durch Gesetz oder Satzung zu erfolgen, sondern in der durch GkZ vorgegebenen Form des koordinationsrechtlichen Vertrags. Soweit sich die Kommunen dabei nicht für eine Delegation, sondern eine Mandatierung entscheiden, ist dies eine Ausgestaltung der kommunalen Organisationshoheit. Die Unterscheidung zwischen der reinen Organisationsentscheidung und deren Umsetzung erscheint als zu formale Betrachtung eines einheitlichen Organisationsaktes, der zwingend neben der Entscheidung über das Ob auch das Wie, also deren Umsetzung, mit umfasst. Die Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit bezwecken zudem geradezu diese Reorganisation der Aufgabenwahrnehmung und -verteilung innerhalb der öffentlichen Hand. Die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften primär zugewiesenen Zuständigkeitsbereiche sollen mittels entsprechender Vereinbarungen über die kommunale Zusammenarbeit modifiziert werden können.

Basierend auf diesen inneren Organisationsstrukturen des Mitgliedstaates Deutschland sollte für die Vergaberechtsfreiheit bzw. -pflichtigkeit allein entscheidend sein, ob es sich um eine rein verwaltungsorganisatorische Maßnahme handelt, die die Neuordnung der Verwaltungszuständigkeiten betrifft, oder schlicht um eine Beschaffung von Waren und Dienstleistungen. Erstere - auch wenn es zu deren Umsetzung einer Vereinbarung bedarf - sollte vergaberechtsfrei sein, letztere, um dem wettbewerbsrechtlichen Anspruch zu genügen, dem Vergaberecht unterfallen.

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 Zusammenarbeit nicht durch vergaberechtliche Hindernisse zu erschweren.

Das **Innenministerium** teilt die Meinung des LRH. Der Landesregierung ist an zweifelsfreien Regelungen im Europa- und Bundesrecht gelegen. Sie wird sich gegenüber der Bundesregierung entsprechend dafür einsetzen.

Auch der **Städteverband Schleswig-Holstein** teilt die Auffassung des LRH, dass die Landesregierung weiterhin aufgerufen ist, die Bundesregierung in ihrem Bemühen um zweifelsfreie Regelungen im Europa- und Bundesrecht zu unterstützen. Interkommunale Aufgaben- und Zuständigkeitsverlagerungen, etwa im Abfallbereich, aber auch im Bereich der Informationstechnologie, bei denen keine externen privaten Dritten beteiligt würden, seien keine Beschaffungsvorgänge auf dem Markt, sondern Ausfluss der kommunalen Organisationshoheit und daher als vergaberechts-

freie Inhouse-Geschäfte zu behandeln. In diesem Zusammenhang unterstützen die kommunalen Landesverbände die entsprechende Klarstellung in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts.

Auch das **Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr** hält es für ordnungspolitisch wünschenswert, dass sinnvolle interkommunale Kooperationen nicht durch das Vergaberecht vereitelt werden. Die Bundesregierung sei sich dieser Problemstellung hinreichend bewusst. Dies zeige sich bereits daran, dass die Freistellung interkommunaler Kooperationen vom Vergaberecht Einzug in den von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts gefunden habe. Möglicherweise sei die europarechtliche Konformität des § 99 Abs. 1 im GWB-Entwurf zweifelhaft, da die Vergaberechtsfreiheit recht weit gefasst werde. Eine Anwendungsverpflichtung des Vergaberechts solle bereits dann entfallen, wenn der öffentliche Auftraggeber Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen (bloß) durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber erbringen ließe, ohne dabei genauer nach dem Wesen des „Erbringenlassens“ zu unterscheiden (etwa vollständige Verantwortungs- und Aufgabenübertragung im Sinne einer delegierenden Vereinbarung oder reine Übertragung der Aufgaben im Sinne einer mandatierenden Vereinbarung). Die weitere Entwicklung bleibe abzuwarten. Da das Land Schleswig-Holstein über den Bundesrat am Gesetzgebungsverfahren beteiligt sei, bedürfe es einer darüber hinausgehenden Initiative nicht.