

***DOKTORSCHULE ANDRÁSSY GYULA DEUTSCHSPRACHIGE
UNIVERSITÄT***
Prof. Ellen Bos

Miklós Szirbik

Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht

- Wettbewerb für oder gegen staatliche Daseinsvorsorge? -

***Kommunale Organisationshoheit im Spannungsverhältnis zum Vergaberecht der Europäischen
Union am Beispiel Ungarns und Deutschlands***

Erstellt unter Betreuung von Prof. Ulrich Hufeld
Fertig erstellt in Budapest am 03.03.2011

Angaben zum Verwaltungsverfahren

Zeitpunkt Rigorosum:	Zeitpunkt Disputation:
----------------------	------------------------

Disputationsausschuss

Vorsitz	
1. Referent	
2. Referent	
Externer	
Protokoll	

Sonstiges	
-----------	--

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 Nationales Verwaltungsorganisationsrecht gegen europäisches Wettbewerbsrecht?	7
A. Einleitung	7
I. Problemaufriss – der funktionale, staatsorganisationsneutrale Auslegungsmaßstab des Vergaberechts	9
1. Mögliche Lösungsansätze	11
a) Der kommunalrechtliche Ansatz	11
b) Der wettbewerbsorientierte Ansatz	12
c) Der rechtsformenabhängige Ansatz	13
2. Bewertung der Ansätze für die hiesige Untersuchung	13
II. Erfordernis zusätzlicher Auslegungskordinaten für das Vergaberecht	15
1. Beschaffungsimmanentes Gegenüber von Staat und Markt	15
2. Transnationale Überlagerung vergaberechtlicher Konfliktlagen	16
3. Der Zwecktrias des Vergaberechts – eine multipolare Konfliktalge	17
a) Multipolare Konfliktlage bei staatlichen Einkäufen	17
aa) Bezugsrahmen des nationalen Verfassungsrechts	17
bb) Bezugsrahmen des Unionsrechts	20
b) Zwecktrias des Beschaffungswesens als tragender Bezugspunkt für Verwaltungskooperationen	21
III. Relevanz der Fragestellung	23
IV. Erkenntnisgewinn der vergleichenden Untersuchung Deutschlands und Ungarns	24
B. Gang der Untersuchung	25
Kapitel 2 Kommunale Kooperationspraxis in der Union, Ungarn und Deutschland	27
A. Begriffsdefinition - Interkommunale Zusammenarbeit in Europa	28
B. Praxisüberblick	29
I. Kooperationsziele und Häufigkeit	31
1. Klassischer Hoheitsbereich und Leistungsverwaltung	32
2. Sonstige Zwecke	32
3. Feststellbare Tendenzen in den Mitgliedstaaten und Bewertung	33
II. Rechtsformen der Zusammenarbeit	34
1. Formlose Kooperationen	34
2. Vertikale Zusammenarbeitsformen	35
a) Öffentlich-rechtliche Formen	35
b) Privatrechtliche Formen: Gemeinsame Kommunalunternehmen	36
3. Horizontale Kooperationen: öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Verträge	37
C. Zusammenfassende Bewertung der Tendenzen in den Mitgliedstaaten	38
I. Die Grundtypen der Kooperationen	38
II. Keine Relevanz der Pflichtverbände oder sonstiger Zwangskooperationen	39
III. Zusammenfassung der hier zu untersuchenden Kooperationsformen	40
IV. Übertragbarkeit des entwickelten Modells auf sämtliche Mitgliedstaaten	40
D. Kooperationsformen in Ungarn und Deutschland	41
I. Kommunale Kooperationspraxis in Ungarn	42
1. Stand der ungarischen Kommunen im Staatsaufbau und bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben	42
2. Der Stellenwert interkommunaler Zusammenarbeit in Ungarn	45
3. Verhältnis interkommunaler Kooperationen zu anderen Formen kommunaler Aufgabenerfüllung	47
4. Das System der gesetzlichen Regelungen zur kommunalen Zusammenarbeit	48
5. Die einzelnen Kooperationsformen in den Gesetzen 1990/LXV und 1997/CXXXV	50
a) Horizontale Kooperation: Der Auftrag gemäß § 7 KommZusG	51

b) Vertikale Formen: Unterhaltung einer gemeinsamen Einrichtung mittels alleiniger oder geteilter Aufsicht gemäß §§ 8 f. und § 16 KommZusG.....	52
c) Praxisbeispiele	53
II. Interkommunale Kooperationen in Deutschland	54
1. Aufgabenlast und faktischer Kooperationszwang deutscher Gemeinden.....	55
2. Zusammenarbeitsformen der Landesgesetze.....	57
a) Horizontale Form: Die Zweckvereinbarung	57
b) Vertikale Kooperationsform des öffentlichen Rechts: Der Zweckverband.....	58
c) Privatrechtliche Zusammenarbeitsformen mittels gemeinsamer AG oder GmbH.....	60
Kapitel 3 Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf interkommunale Zusammenarbeitsformen	62
A. Die allgemeinen Funktionen der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht.....	63
B. Sachlicher und Persönlicher Geltungsbereich des europäischen Vergaberechts	64
I. Der Wandel vom institutionellen zum funktionalen Auftrags- und Auftraggeberbegriff	64
II. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des öffentlichen Auftrages	67
1. Vertrag	69
a) Vorgaben des Sekundärrechts	69
b) Umsetzung in Ungarn und Deutschland.....	70
c) Schlussfolgerungen für die einzelnen Kooperationstypen.....	71
(aa) Die horizontalen Kooperationsformen	72
(bb) Vertikale Kooperationsformen.....	72
2. Entgeltlichkeit des Vertrages.....	75
a) Horizontale Kooperationen	76
b) Vertikale Kooperationen.....	77
3. Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und einem Wirtschaftsteilnehmer.....	78
a) Öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 GWB und § 22 des ungarischen Vergabegesetzes.....	78
b) Wirtschaftsteilnehmer.....	80
aa) Unternehmensbegriff der Vergaberichtlinien: „Wirtschaftsteilnehmer“.....	80
bb) Unternehmensbegriff des Primärrechts	82
cc) Unternehmenseigenschaft der vertikalen Kooperationsformen in Ungarn und Deutschland.....	82
dd) Gebietskörperschaften als Unternehmen im Rahmen horizontaler Kooperationsformen?	84
4. Zusammenfassung und Fazit: Beschaffungsvorgang als maßgeblicher Bezugsrahmen ..	85
III. Geschriebene Ausnahmetatbestände	86
1. Freistellungstatbestände der Vergaberichtlinien:	
§ 100 Abs. 2 GWB; § 29 Abs. 2 Vergabegesetz.....	86
2. Primärrechtliche Bereichsausnahme der Art. 62 i.V.m 51 Abs. 1 AEUV.....	89
3. Art. 106 Abs. 2 AEUV.....	91
a) Interkommunale Kooperationsformen als betraute Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 2?.....	92
aa) Die vertikalen Zusammenarbeitsformen in Ungarn und Deutschland	93
bb) Horizontale Kooperationen in Ungarn und Deutschland.....	94
b) Verhinderung der Durchführung einer gemeinwohlorientierten Aufgabe gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV?.....	95
Kapitel 4 Ungeschriebene Ausnahmetatbestände aus Rechtssprechung und Kommissionspraxis ..	98
A. Das Inhousegeschäft	98
I. Einleitung	98
1. Rechtsgedanke der ausschreibungsfreien Inhousegeschäfte	98
2. Die Teckalkriterien des Quasi-Inhousegeschäfts als Maßstab kommunaler Zusammenarbeitsformen.....	100

a) Sinn und Zweck der Teckalkriterien „Kontrolle und Wesentlichkeit“	100
b) Rechtsnatur des Quasi-Inhousegeschäfts und Verhältnis zu vergleichbaren Regelungen.....	101
3. Kontrollkriterium	104
a) Konsequenz für die hier untersuchten Kooperationsformen.....	106
aa) Vertikale Zusammenarbeitsformen des öffentlichen Rechts in Deutschland und Ungarn.....	106
bb) Vertikale Zusammenarbeitsformen des Privatrechts: Kapitalgesellschaften nach deutschem und ungarischem Gesellschaftsrecht.....	108
cc) Horizontale Kooperationen als Inhousegeschäft?.....	110
b) Systematische Widersprüche im Verhältnis der vertikalen und horizontalen Kooperationen.....	111
4. Wesentlichkeitskriterium	112
a) Voraussetzungen	112
b) Sinn und Zweck	113
c) Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Teckalkriterien.....	114
d) Konsequenz für die hiesigen Kooperationsformen.....	115
II. Spezialgesetzliche Kodifikation des Inhousegeschäfts: Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.....	116
1. Indizwirkung der PVVO für die allgemeine Inhouse-Dogmatik.....	117
2. Erfasste Dienstleistungskonzessionen im Personennahverkehr.....	118
3. Kontrollkriterium und Wesentlichkeitskriterium der PVVO	118
4. Befreiung von der Ausschreibungspflicht auch für horizontale Kooperationen	120
III. Gesetzliche Regelung der Inhouse-Ausnahme in Ungarn - § 2/A Vergabegesetz.....	121
1. Kontrollkriterium	122
2. Wesentlichkeitskriterium	123
3. Inhousegeschäfte nur bei vertikalen Kooperationen zulässig.....	123
IV. Rechtsprechung in Deutschland zur Inhouse-Befreiung.	124
1. Horizontale Zusammenarbeitsformen	124
a) Mandatierende Zweckvereinbarungen – OLG Düsseldorf und OLG Frankfurt	124
b) Delegierende Zweckvereinbarung - Beschlüsse OLG Naumburg.....	125
c) Horizontale Kooperationen außerhalb der Rechtsfigur der Zweckvereinbarung - OLG Koblenz.....	125
2. Vertikale Kooperationen.....	127
a) Zweckverbände – OLG Düsseldorf	127
b) Gemeinsame Kommunalunternehmen privatrechtlicher Organisationsform – Jüngere Rechtssprechung BGHZ und OLG Celle 13 Verg 8/09	128
3. Zusammenfassung zur Rechtslage in Deutschland	129
V. EuGH „Stadtreinigung Hamburg“ - Neuformulierung des Inhousegeschäfts für horizontale Kooperationen?.....	130
1. Aussagekraft des Sachverhalts für horizontale Kooperationen.....	130
2. Urteilsgründe	132
3. Konsequenzen	133
4. Zwischenergebnis.....	134
5. Rezeption durch nationale Rechtsprechung – OLG Celle 13 Verg 8/09.....	136
VI. Zusammenfassung zum Inhousegeschäft.....	138
B. Die Delegation als eigenständige Ausnahme?.....	139
I. Kontroverse im Schrifttum	140
II. Bewertung.....	142
III. EuGH C-264/03 – delegierende Aufgabenübertragung und Ausschreibungspflicht.....	144
IV. Kommissionspraxis: „Gemeinde Hinte“, „Zweckverband Regio-Entsorgung“, „Dataport“	

und „Zweckvereinbarung Bochum-Dortmund“	145
C. Zusammenfassung und Bewertung für die hier behandelten Zusammenarbeitsformen.....	146
Kapitel 5 Das Kommunale Selbstverwaltungsrecht im Vertragswerk von Lissabon.....	148
A. Das Kommunale Selbstverwaltungsrecht im Spannungsverhältnis zur Ausschreibungspflicht?	148
I. Art. 4 Abs. 2 EUV	150
II. Art. 6 Abs. 1 EUV und Präambel der Europäischen Charta der Grundrechte.....	153
III. Konkretisierung des Art. 4 Abs. 2 EUV durch Art. 10 der Charta der Kommunalen Selbstverwaltung i.S. einer Kooperationshoheit der europäischen Gemeinden?.....	154
IV. Art. 5 EUV.....	157
1. Anwendbarkeit des Art. 5 Absätze (3) und (4) EUV auf die Vergaberichtlinien?.....	157
a) Keine Rückwirkung des geänderten Art. 5 EUV.....	159
b) Die materiellen Vorgaben des geänderten Art. 5 EUV.....	160
2. Maßgaben des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Ausschreibungspflicht interkommunaler Kooperationen.....	161
a) Subsidiarität.....	161
b) Verhältnismäßigkeit	163
V. Daseinsvorsorge und Binnenmarkt - Art. 14 AEUV und Art. 3 Abs. 3 EUV.....	165
1. Sinn und Zweck des Art. 14 AEUV.....	165
2. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.....	166
B. Zwischenergebnis und Fazit.....	168
C. Kooperationshoheit der Gebietskörperschaften in Deutschland und Ungarn	169
I. Kooperationshoheit der Kommunen in Deutschland.....	170
1. Schutz der Organisationshoheit	170
2. Verhältnis der Organisationshoheit zu den Rechtspositionen der privaten Bieter.....	172
II. Kooperationshoheit der ungarischen Gemeinden.....	174
1. Vorbemerkung zur Verfassungsreform in Ungarn.....	174
2. Organisationshoheit der Kommunen und ihre Wechselwirkung mit dem Wettbewerb..	175
D. Schlussfolgerungen	177
Kapitel 6 Beschaffungscharakter integrierter Leistungsbeziehungen von Verwaltungsträgern	178
A. Das systematische Verhältnis interkommunaler Leistungsbeziehungen zu den Wettbewerbszielen der Verträge	178
I. Aktuelle Ansätze der Unionsorgane, der nationalen Rechtsprechung und der Literatur....	179
II. Bewertung.....	180
III. Eigener Lösungsvorschlag – Modifizierung und Kodifikation der Inhousefigur.....	181
1. Primärrechtliche Rahmenbedingungen freihändiger Auftragsvergaben.....	181
2. Grundfreiheiten und das Inhousegeschäft.....	183
a) Verwaltungskooperationen als Beschränkung der Grundfreiheiten?	183
b) Inhousegeschäfte außerhalb des Anwendungsbereichs der Art. 49 und 56 AEUV...185	
3. Konsequenz: Bewertung der Rechtsprechung im Kontext der Grundfreiheiten.....	186
a) Die Zurechnungsfunktion des Kontrollkriteriums bei vertikalen Kooperationen – (Teckal, Stadt Halle, Stadt Mödling, ANAV, SEA).....	186
b) Marktabschirmungsfunktion des Kontrollkriteriums bei vertikalen Kooperationen – (Coditel, Carbotermo, Parking Brixen).....	188
c) Horizontale Kooperationen: Marktabschirmung durch integrierte Leistungserbringung und partielle Substitution der Zurechnungsfunktion (Stadtreinigung Hamburg, SEA).....	189
aa) Integrierte Leistungsbeziehungen	189
bb) Deutung der Urteile „Stadtreinigung Hamburg“ und „SEA“	190
d) Kohärenz mit der Maßgabe des Art. 5 der Verordnung 1370/2007.....	191
e) Beschränkung horizontaler Kooperationen auf einen geografisch festgelegten Gebiet	

.....	192
f) Zwischenergebnis – Eigenleistung durch Zusammenarbeit in drei unterschiedlichen Sachverhaltsgruppen.....	193
g) Die Grenzziehungsfunktion des Wesentlichkeitskriteriums: Leistungsbeziehungen ausschließlich in den Zuständigkeitsgebieten der horizontal kooperierenden Gemeinden.....	194
h) Folgen für die einzelnen Kooperationsformen.....	197
B. Vorschlag für eine Kodifikation	198
I. Regelungsbedarf.....	198
II. Regelungsvorschlag – Art. 18 a Richtlinie 2004/18/EG.....	200
III. Bewertung und Ausblick auf Folgefragen.....	200
1. Rechtssicherheit und systematische Konsequenz	200
2. Folgefragen der flexiblen Abgrenzung zwischen Staat und Markt.....	201
a) Keine Bindung an Erfüllung öffentlicher Aufgaben und Ausschluss einer Gewinnerzielung.....	201
b) Ausschluss von Ausschreibungen anderer Auftraggeber	202
C. Gesamtergebnis: Zusammenfassung und Übersicht zu den einzelnen Kapiteln.....	203
I. Nationales Staatsorganisationsrecht gegen europäisches Vergaberecht?.....	203
II. Anwendbarkeit des Vergaberechts auf kommunale Gemeinschaftsarbeit.....	204
III. Beschaffungscharakter kommunaler Leistungsbeziehungen.....	206
Anhang	208
Literaturverzeichnis	210

Kapitel 1 Nationales Verwaltungsorganisationsrecht gegen europäisches Wettbewerbsrecht?

A. Einleitung

Die Städte und Gemeinden in der Europäischen Union organisieren zunehmend in grenzüberschreitender Form Widerstand gegen die Überregulierung kommunaler Daseinsvorsorge durch das europäische Wettbewerbsrecht.¹ Für sämtliche gängigen Formen der Verwaltungskooperation von Kommunen in Deutschland sind die Vorgaben des europäischen Vergaberechts zu beachten.² Jede vierte Gebietskörperschaft in Ungarn muss im Sinne dieser Vorgaben ihre Zusammenarbeit mit anderen Städten in einem Vergabeverfahren ausschreiben.³ Galt die interkommunale Zusammenarbeit lange Zeit als vergaberechtsimmun⁴, so erfolgte im Zuge der Europäisierung des Beschaffungswesens sukzessive eine Umkehr dieser Rechtslage. Angesichts eines Marktvolumens sämtlicher staatlicher Beschaffungen von 1.500 Milliarden Euro in der Europäischen Union (etwa 16 % des EU-Bruttoin-

1 Siehe die gemeinsame Resolution von Bürgermeistern aus Österreich, Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Frankreich, Italien, Griechenland, die Niederlande, Luxemburg, Bulgarien, Slowakei und Spanien aus dem Jahr 2004, in welcher die gegenwärtig umfassende Ausschreibungspflicht bei der Organisation lokaler Daseinsvorsorge als unzweckmäßig kritisiert wird. Abrufbar unter [www.wien.gv.at; http://www.wien.gv.at/wirtschaft/eu-strategie/daseinsvorsorge/pdf/bgm-resolution.pdf](http://www.wien.gv.at/wirtschaft/eu-strategie/daseinsvorsorge/pdf/bgm-resolution.pdf) (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

2 HANS-JÖRG FRICK/MICHAEL HOKKELER, Interkommunale Zusammenarbeit – Handreichung für die Kommunalpolitik, Texte der Kommunalakademie, Band 4. 2008, S. 80.

3 So eine Studie im Auftrag des Innenministeriums des Republik Ungarn: Belügyminisztérium; Önkormányzati Kapcsolatok Főosztálya, Az in-house beszerzés és a helyi közszolgáltatások ellátása témekörében végzett kérdőíves felmérés megállapításai, Dokument Nr. 308-155/2005, S. 6; Siehe unter www.bm.hu. (zuletzt gesehen am 20.12.2010).

4 JAN ZIEKOW / THORSTEN SIEGEL, VerwArch 2005, S. 119, S. 121 (m.w.N.).

landprodukts) verwundert es nicht, dass die Kommission der Europäischen Union streng über die Einhaltung des europäischen Vergaberechts in den Mitgliedstaaten wacht⁵ und auch in ihrem aktuellen Grünbuch zur Modernisierung des Auftragswesens vom Januar 2011 ihren bisherigen Standpunkt bekräftigt, kommunale Zusammenarbeitsformen der Ausschreibungspflicht zu unterstellen.⁶ Aus der naturgemäß staatsorganisationsneutralen Perspektive des Unionsrechts ist es dabei unerheblich, ob eine entgeltliche Leistungsbeziehung zwischen zwei Gebietskörperschaften gegebenenfalls das Ergebnis einer verwaltungsrechtlichen Reorganisation öffentlicher Aufgaben im Sinne des jeweiligen nationalen Rechts darstellt.⁷ Solange eine Gebietskörperschaft in ihrer Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber mit einer von ihr unterscheidbaren juristischen Person – im Falle einer interkommunalen Zusammenarbeit mit einer anderen Gebietskörperschaft – einen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren oder Leistungen abschließt, ist unter strenger Anwendung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffs zwingend ein Vergabeverfahren durchzuführen.⁸ Diese Perspektive des Unionsrechts stellt den Ausgangspunkt eines folgenreichen Konflikts mit dem Staatsorganisationsrecht zahlreicher Mitgliedstaaten dar. Während Unternehmensverbände auf die strikte Durchsetzung der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht drängen und auf drohende Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche wirtschaftliche Betätigung hinweisen⁹, sehen nationale und europäische Kommunalverbände die Gestaltungshoheit der Gebietskörperschaften bei der Organisation der öffentlichen Daseinsvorsorge bedroht und betonen die Garantenstellung der Gemeinden für die funktionierende Grundversorgung der Bevölkerung.¹⁰ Prägend für die Auseinandersetzung ist die oft zitierte Janusköpfigkeit kommunaler Zusammenarbeitsformen¹¹ an der Schnittstelle zwischen Staat und Markt im Bereich der Daseinsvorsorge. Führt eine Kommune für eine Nachbargemeinde Aufgaben der Grundversorgung – etwa die Trinkwasserversorgung – durch, so erbringt sie dabei eine Leistung, die auch

5 Siehe Pressemitteilung der Kommission IP/04/149 vom 03.02.2004.

6 Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge, KOM(2011) 15 endgültig (Deutsche Fassung), S. 24 ff. mit dem Hinweis der Kommission, im Wesentlichen nur die in der Rechtsprechung des EuGH herausgebildeten engen Ausnahmen für kommunale Zusammenarbeitsformen in das geschriebene Vergaberecht der Union zu übernehmen.

7 Diese Gleichbehandlung privater und kommunaler Akteure führt nach Ansicht HERBERT SCHMALSTIEGS zu unsachgemäßen Benachteiligungen kommunaler Unternehmen, die sich außerhalb des jeweiligen Gemeindegebiets wirtschaftlich nicht betätigen dürfen und im Gegensatz zu Privatunternehmen daher auf den Nischenmarkt der eigenen Trägerkommune angewiesen sind; Die Öffentliche Daseinsvorsorge als kommunale Aufgabe, Schader-Stiftung/Daseinsvorsorge 2003, S. 16, S. 21 f.

8 Siehe dazu nachfolgend in diesem Kapitel und ausführlich in Kapitel 3.

9 Vgl. die Publikation des Bundesverbandes Deutscher Industrie „Daseinsvorsorge: Nutznießer Staat?“, S. 17 f. BDI-Drucksache Nr. 403, 2007, abrufbar unter http://www.bdi.eu/download_content/Publikation_Daseinsvorsorge_Nutzniesser_Staat.pdf (zuletzt gesehen am 26.12.2010).

10 Vgl. die gemeinsame Erklärung deutscher und französischer Kommunalverbände, „Mehr Rechtssicherheit für Gebietskörperschaften und lokale öffentliche Unternehmen im europäischen Binnenmarkt“, Paris 2008, abrufbar unter http://www.ssg-sachsen.de/rub5_pre/bv/PM34.pdf (zuletzt gesehen am 20.12.2010).

11 Dazu CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 152.

Privatunternehmen auf dem Markt anbieten und befindet sich insoweit in einer Wettbewerbssituation mit dem Privatsektor. Dass die Kommune hierbei den Preiswettbewerb mit einer aus öffentlichen Geldern finanzierten Dienstleistung betritt, ist nur eine Seite der Medaille. Als Garanten der lokalen Daseinsvorsorge haben Gemeinden ein verständliches und legitimes Interesse daran, ihre Kapazitäten durch Zusammenarbeit effektiv zu nutzen und Steuergelder zu sparen.

Die so skizzierte grundlegende Frage der Funktion und Legitimität staatlicher wirtschaftlicher Betätigung durch öffentlich finanzierte Staatsbetriebe prägt die vergaberechtliche Diskussion¹² und die dargelegten Positionen spiegeln sich auf europäischer Ebene in den unterschiedlichen Ordnungskonzepten der Kommission¹³ und des Europäischen Parlaments.¹⁴

I. Problemaufriss – der funktionale, staatsorganisationsneutrale Auslegungsmaßstab des Vergaberechts

Galt das Vergaberecht noch in den 1970er Jahren als staatsinternes Haushaltsrecht,¹⁵ so erfuhr dieses Rechtsgebiet anlässlich der Öffnung der Beschaffungsmärkte eine umfangreiche gemeinschaftsrechtliche Neustrukturierung mit der Folge, dass es heute als künstlich geschaffener Wettbewerb bezeichnet werden kann und eine folgenreiche Außenwirkung im Hinblick auf die Rechtspositionen der Bieter entfaltet.¹⁶ Öffentliche Auftraggeber müssen ihre Beschaffungsvorhaben ausschreiben und unter den eingereichten Angeboten der verschiedenen Bieter das verhältnismäßig wirtschaftlichste nach vorher festgelegten Kriterien in einem transparenten Vergabeverfahren auswählen.¹⁷ Wird ein Bieter in seinem Recht auf Teilnahme am Wettbewerb verletzt oder im Wettbewerb diskriminiert, steht ihm der Rechtsweg offen.¹⁸ Kann der Bieter eine Rechtsverletzung nachweisen, muss das Vergabeverfahren wiederholt oder Schadensersatz gezahlt werden. Das natürliche Konkurrenzverhältnis der Bieter um die attraktiven Staatsaufträge soll auf diese Weise instrumentalisiert werden und die öffentliche Hand selbst disziplinieren helfen.¹⁹ Die Verknüpfung des natürlichen Bieterwettbewerbs mit einem weitreichendem Rechtsschutzsystem der Bieter gegen unstatthafte Vergabe-

12 Siehe statt vieler JÜRGEN SCHWARZE, EuZW 2001, S. 334 ff.

13 Für eine weitgehende Ausschreibungspflicht kommunaler Zusammenarbeitsformen siehe nur die Pressemitteilungen der Kommission in anhängigen Verfahren vom 28.10.2010 gegen Schweden (IP/10/1442), vom 03.04.2008 gegen Deutschland, (IP/09/1465) und gegen das Vereinigte Königreich (IP/09/1458) vom 08.10.2009.

14 Für weitgehend ausschreibungsfreie Zusammenarbeitsformen im Hinblick auf das zu beachtende kommunale Selbstverwaltungsrecht siehe das Europäische Parlament, Entschließung vom 18.05.2010 zu neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175(INI)) – im Amtsblatt noch nicht veröffentlicht (Stand: 07.12.2010), Punkte 9.-12. (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit).

15 ARNOLD BOESEN, Vergaberecht - Kommentar zum 4. Teil des GWB, 2000, Einleitung Rn. 2.

16 JOST PIETZCKER, NVwZ 2007, S. 1226 ff.

17 Vgl. Art. 2, 44 und 53 der VKR 2004/18/EG. In Deutschland § 97 GWB.

18 §§ 101 ff. GWB.

19 Vgl. dazu MEINRAD DREHER in IMMENGA/MESTMÄCKER, Kommentar zum GWB, 3. Aufl. 2001, § 97, Rn. 8 ff.

entscheidungen²⁰ setzt Anreize gegen Korruption und schafft eine Art „automatisches Kontroll- und Warnsystem“, welches dafür sorgt, dass Beschaffungsverfahren der öffentlichen Hand stets auf die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots der konkurrierenden Bieter hinauslaufen.²¹

Was aber passiert, wenn eine Kommune als öffentliche Auftraggeberin eine andere Kommune mit der Durchführung einer Aufgabe betrauen will? Man stelle sich den Fall vor, dass für die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe (etwa Abwasseraufbereitung) die Kommune A noch über freie Kapazitäten verfügt, wohingegen ihre Nachbarkommune B erhebliche Investitionen tätigen müsste, um ihre bestehende Infrastruktur zu erweitern. Nicht nur angesichts knapper öffentlicher Kassen wäre es für beide Gemeinden von Vorteil, wenn sie sich zusammenschließen könnten. Die Gemeinde A erledigt die Aufgabe der Nachbargemeinde B einfach mit und erhält hierfür eine kostendeckende Vergütung von ihrem hilfsbedürftigen Kooperationspartner. B muss keinen kostspieligen Ausbau ihrer Abwasseraufbereitungsanlage vornehmen, A kann die Kapazitäten ihrer eigenen Anlage voll ausschöpfen und bezieht hierfür auch zusätzliche Einkünfte. Überschreitet aber der Marktwert dieser Aufgabenerledigung die Schwellenwerte der Richtlinien²², so ist von einem grenzüberschreitendem Interesse ausländischer Bieter aus anderen Mitgliedstaaten an einem solchen lukrativen Auftrag auszugehen.²³ Aus vergaberechtlicher Sicht wäre vor der Durchführung einer solchen Leistungsbeziehung daher zwingend ein Vergabeverfahren durchzuführen, in welchem die aufgabendurchführende Kommune ihr Angebot mit jenen der interessierten Privatunternehmen zu messen hat, sich mithin dem Wettbewerb stellen muss.

Dies kann mit dem funktionalen Auftragsbegriff des Unionsrechts²⁴ erklärt werden, wonach es entscheidend darauf ankommt, ob ein Beschaffungsvorgang nach Sinn und Zweck des Vergaberechts vorliegt. Art. 1 Abs. 2a der Richtlinie 2004/18/EG²⁵ stellt wesentlich darauf ab, dass ein öffentlicher Auftraggeber mit einem anderen Wirtschaftsteilnehmer entgeltlich Leistungen oder die Lieferung

20 Siehe zur Darstellung der einzelnen Rechtsschutzsysteme in ausgewählten Mitgliedstaaten und deren tragende Bedeutung für die Durchsetzung eines effektiven Wettbewerbs HANS-JOACHIM PRIESS, Handbuch des Europäischen Vergaberechts, 3. Auf. 2005, 425 ff.

21 Zu diesen Zwecken des europäischen wie nationalen Vergaberechts vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum Vergaberechtsänderungsgesetz BT-Drucksache 13/9340, S. 14 ff.

22 Gemäß Art. 7 der Richtlinie 2004/18/EG ab 162.000 Euro im Falle von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

23 Erwägungsgrund Nr. (2) der Richtlinie 2004/18/EG belegt, dass im Falle eines hinreichend großen Marktwerts öffentlicher Aufträge ein faktischer Binnenmarkt existiert, auf welchem sich die grenzüberschreitende Betätigung für Unternehmen rechnet.

24 EuGH C-399/98 (Teatro alla Biccoca), Urteil vom 12.07.2001, Rn. 76 ff. = EuZW 2001, 532 [Im Folgenden werden nach dem 17. 06. 1997 verkündete Urteile des Europäischen Gerichtshofs mit Aktenzeichen, Verkündungsdatum und – soweit möglich – mit einer Fundstelle in einer Fachzeitschrift zitiert. Nach dem genannten Datum verkündete Urteile sind auch auf der Seite des Gerichtshofs einsehbar; www.curia.europa.eu. Urteile vor diesem Verkündungsdatum werden nach der Fundstelle in der Entscheidungssammlung und – nach Möglichkeit – unter der Angabe alternativer Fundstellen in Fachzeitschriften zitiert].

25 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. vom 30.04.2004, L134, S. 114 [Im Folgenden: VKR].

von Waren vereinbart. Demgemäß ist die Rechtsform des Auftragnehmers, seine etwaige Stellung als öffentlicher Auftraggeber und das Rechtsverhältnis zu der den Auftrag erteilenden Kommune unerheblich.²⁶ Es kommt lediglich darauf an, ob ein öffentlicher Auftraggeber seinen Bedarf nicht mit Eigenleistungen deckt, sondern sich entgeltlich von einer von ihr rechtlich unterscheidbaren Person beschafft. Insoweit wäre die entgeltliche Leistungsbeziehung zwischen A und B grundsätzlich ein Beschaffungsvertrag. Erbringt eine Kommune entgeltlich eine Leistung dieser Art, muss sie sich dem Wettbewerb mit privaten Anbietern der nämlichen Leistung stellen. Andererseits liegt es auf der Hand, dass Verwaltungskooperationen, ausgehend vom Rechtsgedanken der Amtshilfe, nicht uneingeschränkt an wettbewerbsrechtlichen Maßstäben gemessen werden können.²⁷ Dieser Grundsatz ist nicht nur in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bekannt sondern auch im Recht der Europäischen Union.²⁸

1. Mögliche Lösungsansätze

Vor dem Hintergrund der noch nicht abgeschlossenen Judikatur des EuGH²⁹ entstanden im Schrifttum und der Rechtssprechung in Deutschland verschiedene Ansätze zur Lösung der interkommunalen Zusammenarbeit. Sie alle nähern sich der Problematik mit verschiedenen Prämissen, die jeweils eine griffige und zuverlässige Abgrenzung zwischen den Fällen einer zulässigen, „vergaberechtsimmunen“ wirtschaftlichen Betätigung von Hoheitsbetrieben einerseits und unstatthafter Wettbewerbsverzerrungen andererseits abzielen. Im Wesentlichen können drei Strömungen festgestellt werden, namentlich die kommunalrechtliche Lösung, die wettbewerbsorientierte Lösung und der rechtsformabhängige Ansatz.

a) Der kommunalrechtliche Ansatz

Die kommunalrechtliche Lösung³⁰ fordert die grundsätzliche Vergaberechtsfreiheit derjenigen Verwaltungskooperationen, die in den speziellen Verwaltungskooperationsgesetzen des jeweiligen Mitgliedstaates geregelt³¹ sind. In solchen Fällen liege in Ansehung der von einer Kommune auf eine andere übertragenen Aufgabe eine Zuständigkeitsverlagerung auf Grundlage eines Gesetzes vor und damit gerade kein Beschaffungsvorgang, da Privatunternehmen nicht mit öffentlich-rechtlichen Zu-

26 EuGH C-107/98 (Teckal), Urteil vom 18.11.1999, Rn. 42-50 = EuZW 2000, 246.

27 So JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, S. 59, S. 63.

28 EuGH C-324/07 (Coditel), Urteil vom 13.11.2008, Rn. 49 = NZBau 2009, 54.

29 Siehe dazu ausführlich in Kapitel 4; A; V; und B. Vgl. auch JULIAN POLSTER, NZBau 2010, S 486. CHRISTOPH JUST, EuZW 2009, S. 879 ff.

30 Siehe dazu MARTIN BURGI, NZBau 2005, S. 208 ff. Insgesamt auf dieser Linie auch KERSTIN STUBER, Sachsenkurier 2006, S. 381 ff. – die eine klare Regelung zu Gunsten der Kommunen und deren Kooperationsautonomie auf Unionsrechtsebene fordert, um die auch für Privatunternehmen bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen.

31 Gemeint sind die Landesgesetze über die Gemeinschaftsarbeit von Kommunen. Näher dazu in Kapitel 2; D.

ständigkeiten betraut werden könnten. Für solche Bereiche der verwaltungsorganisatorischen Maßnahmen fehle der Union im Sinne des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 2 EU a.F.³² eine ausreichende Kompetenz, so dass das europäische Vergaberecht hier keine Wirkung entfalten könne. Ohnehin werde die Grenze zwischen Staat und Wirtschaft bei zwischengemeindlichen Leistungsbeziehungen nicht überschritten und eine Privatisierungspflicht für interkommunale Kooperationen sei insofern nach dem Sinn und Zweck des Vergaberechts nicht zulässig. Schließlich würde eine derart erhebliche Einengung der kommunalen Organisationshoheit das kommunale Selbstverwaltungsrecht verletzen.

b) Der wettbewerbsorientierte Ansatz

Der wettbewerbsorientierte Ansatz³³ geht grundsätzlich von einer Ausschreibungspflicht interkommunaler Kooperationen aus. Dies sei gerade die logische Konsequenz des funktionalen Auftragsbegriffs.³⁴ Wenn und soweit die übertragene Aufgabe auch von Privatanbietern rechtlich und tatsächlich erbracht werden kann, müssen interessierte Bieter vor der Beauftragung im Rahmen einer Kooperation berücksichtigt werden. Denn in solchen Fällen stelle die interkommunale Aufgabenübertragung einen entgeltlichen Beschaffungsvertrag, also einen Beschaffungsvorgang am Markt dar und zwar für Leistungen, die Private auch zu erbringen im Stande sind. Nur bei klassischen Verwaltungsmonopolen³⁵, wie etwa dem Polizeidienst oder dem öffentlichen Sicherheits- und Ordnungsrecht, seien damit interkommunale Kooperationen kein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang. Dies stelle auch keine zu starke Beschränkung der Organisationshoheit der Kommunen dar, denn die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht verbiete die Zusammenarbeit zwischen Gemeinden nicht und verlange die Durchführung eines Vergabeverfahrens nur in jenen Fällen, in denen die Kommune eine Leistung nicht selbst erbringt, sondern von einem Externen einkauft. Sobald die Kommune eine öffentliche Aufgabe nicht mehr mit ihren eigenen Verwaltungsstellen erfülle, sondern die Aufgabenerledigung bei einer anderen Kommune gegen Entgelt einkaufe, liege ein Beschaffungsvorgang vor.³⁶

32 Seit Inkrafttreten der Reformverträge von Lissabon; Art. 5 Abs. 1 und 2 des Vertrages über die Europäische Union (EUV).

33 JAN ZIEKOW / THORSTEN SIEGEL, Verwaltungsarchiv 2005, S. 119 ff. JAKOB STEIFF, NZBau 2005, S. 205 ff. Für die Praxis in Österreich dieser Linie den Vorzug gebend STEFAN STORR, wbl 2005 (wirtschaftsrechtliche Blätter Österreich), S. 555 ff.

34 Ausführlich zum Auftragsbegriff vgl. Kapitel 3; B.

35 Vgl. Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge vom 19.01.2001 (ABl. C 17 S. 4 ff.), Punkt 28. Als wettbewerbsrechtlich nicht relevante Tätigkeit benennt die Kommission „exklusiv hoheitliche Tätigkeiten“ wie die Wahrung der äußeren und inneren Sicherheit, die Justizverwaltung und vergleichbare Gewaltmonopole des Staates. Erfasst sind jene Aufgabenbereiche, die nach nationalem Recht dem Staat vorbehalten sind.

36 Zu den obigen Argumenten insbesondere OLG Naumburg, Beschlüsse vom 3.11.2005, 1 Verg 9/05 = NZBau 2006, S. 58. und vom 02.03.2006, 1 Verg 1/06.

c) Der rechtsformenabhängige Ansatz

Eine differenziertere Lösung versucht der rechtsformabhängige Ansatz zu erzielen und scheint mittlerweile die überwiegende Auffassung.³⁷ Er stellt entscheidend auf die rechtliche Ausgestaltung der einzelnen in der Praxis bestehenden Kooperationstypen³⁸ ab und versucht diese nach dem Grad ihrer wettbewerbsrelevanten faktischen Auswirkung einzuordnen. Wenn zwischen den kooperierenden Gemeinden eine Übertragung von öffentlichen Zuständigkeiten stattgefunden hat³⁹, so sei kein Beschaffungsvorgang gegeben, da eine gleichartige Vereinbarung mit Privatunternehmen rechtlich nicht vorgenommen werden könne. Ein Vorgang, bei dem eine Kommune sich einer Aufgabe dadurch vollständig entledge, dass sie diese samt der dazugehörigen Kompetenz einer anderen Gemeinde übertrage, sei mit einer vollständigen Privatisierung vergleichbar und unterfalle, wie letztere auch, nicht den Vorschriften der Auftragsvergabe. Werde hingegen lediglich die Aufgabendurchführung, nicht aber die öffentlich-rechtliche Zuständigkeit übertragen, so werde die Schwelle zum Markt übertreten und auch ein verwaltungsorganisatorischer Akt könne dann nicht mehr als „vergaberechtsimmun“ betrachtet werden. Vielmehr greife in solchen Fällen der funktionale Auftragsbegriff des Vergaberechts⁴⁰ und es sei ein entsprechender ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang gegeben.

2. Bewertung der Ansätze für die hiesige Untersuchung

Anhand der oben dargelegten drei grundlegenden Strömungen lässt sich die enge Verzahnung rechtsdogmatischer Fragen mit eher ordnungspolitischen Präferenzen für die hier interessierende Fragestellung veranschaulichen. Kern der diskutierten Frage ist, wie sich die Gestaltungsfreiheit der Gebietskörperschaften bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zum Grundsatz des ungehinderten Wettbewerbs verhält.⁴¹ Sieht man einmal vom Bereich der Verwaltungsmonopole⁴² ab, steht jede staatliche und auch kommunale Betätigung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit der Privatwirtschaft in einem Konkurrenzverhältnis.⁴³ Das Funktionieren des öffentlichen Nahverkehrs oder der Abfallverwertung sind beispielsweise gewichtige öffentliche Interessen, die ein Tätigwerden der

37 TINA BERGMANN / RAINER VETTER, NVwZ 2006, S. 497 ff.; Wolfram Krohn, NZBau 2006, S. 610 ff.; MARKUS KRAJEWSKI / MARIA WETHKAMP, DVBl 2008, S. 355 ff.; Ralf Gruneberg/Katrin Jänicke/Jens Kröcher, ZfBR, 2009, S. 754 ff.; Christoph Just, EuZW 2009, S. 879 ff.

38 Zu den in der Gemeinschaft anzutreffenden Formen interkommunaler Kooperationen siehe ausführlich in Kapitel 2.

39 Etwa sog. delegierende Zweckvereinbarungen in Deutschland oder die Gründung von Zweckverbänden und vergleichbaren Zusammenarbeitsformen in Ungarn, vgl. dazu ausführlich Kapitel 2; D. I; 5. und II; 2; a) so wie Kapitel 4; B.

40 Vgl. bereits oben in diesem Abschnitt unter I und ausführlich in Kapitel 3; B.

41 Dazu JÜRGEN KÜHLING, JZ, 2008, S. 1117, S. 1122 ff.; JÜRGEN SCHWARZE, EuZW 2001, S. 334 ff. ANGELA KOLB, LKV, 2006, S. 97 ff. Aus österreichischer Sicht vgl. MARTIN POSPISCHILL in AK-Wien/Daseinsvorsorge 2005, S. 54, S. 57 ff.

42 Etwa das Polizeiwesen.

43 Ein entwickelter Wettbewerb in diesem Sinne sei typisch; OLG Naumburg; Beschlüsse vom 3.11.2005, 1 Verg 9/05 = NZBau 2006, S. 58 ff. und vom 02.03.2006, 1 Verg 1/06 = VergabeR 2006, S. 406.

öffentlichen Hand grundsätzlich legitimieren.⁴⁴ Ebenso legitim ist es, solche Aufgaben von Privatunternehmen auf dem freien Markt erbringen zu lassen und die Rolle des Staates auf eine überwachende Tätigkeit für die Gewährleistung eines funktionierenden Marktes zu beschränken.⁴⁵ Wie viel freier Wettbewerb sein darf und in welchem Maße die Erbringung aus Steuergeldern finanzierter staatlicher oder kommunaler Leistungen stattfinden soll, ist seit jeher ein Belang, dessen Beurteilung von ordnungspolitischen Präferenzen abhängt⁴⁶ und kann rechtlich daher auch nicht verbindlich beantwortet werden.⁴⁷ Da das europäische Vergaberecht bislang nicht abschließend geklärt hat, wann Kommunen durch Kooperationen solche Leistungen ohne vorherige öffentliche Ausschreibung erbringen dürfen, verwundert es nicht, dass die Lösungsansätze derart abweichende Schwerpunkte setzen und entweder den Wettbewerb oder die Gestaltungsfreiheit der Gemeinden im Rahmen der Daseinsvorsorge in den Vordergrund stellen. Ein genauerer Blick zeigt jedoch, dass ein rein wettbewerbsorientierter Ansatz in den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ebenso wenig angelegt ist⁴⁸, wie ein Primat der kommunalen Organisationshoheit im Sinne des kommunalrechtlichen Lösungsansatzes.⁴⁹ Ein Resultat des europäischen Einigungsprozesses ist, dass mit eigenen Befugnissen ausgestattete Unionsorgane über den ungehinderten Binnenmarktwettbewerb wachen, während die Gestaltung der Daseinsvorsorge und der Umfang staatlicher Leistungen in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verbleibt. Für diesen Bereich muss eine Ausgewogenheit und möglichst umfangreiche Rechtssicherheit geschaffen werden. Diesen

44 Zur grundsätzlichen Zugriffsbefugnis des Staates auf öffentliche Aufgaben, die er entweder auf Grund entsprechender Schutzaufträge der Verfassung betreiben muss oder zumindest als öffentlichen Zwecken dienende Betätigung legitimieren kann; vgl. JOSEF ISENSEE, in ISENSEE/KIRCHHOF, Handbuch des Staatsrechts IV, 3. Aufl. (2006), § 73, Rn. 12 ff.

45 Im deutschen Kommunalrecht dürfen sich Gemeinden wirtschaftlich nur betätigen, wenn dies der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und die jeweilige Leistung nicht ebenso gut von privaten Unternehmen erbracht werden kann, vgl. § 121 Abs. 1 Gemeindeordnung Hessen.

46 Zu den Extrempositionen vgl. statt Vieler einerseits SIEGFRIED BROSS, der die Integrationsgrenze Deutschlands in der Union als bereits überschritten ansieht, da das europäische Vergaberecht entgegen Art. 20 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG eine derartige Privatisierungspflicht für die Daseinsvorsorge bewirke, dass den Verwaltungsträgern die Kontrollmöglichkeiten entgegen ihrer sozialstaatlichen Pflichten verloren gingen; NZBau 2004, S. 465, S. 466. Mit vergleichendem Ausblick auf Skandinavien, Großbritannien und Frankreich konstatiert hingegen MEINHARD MIEGEL, dass die „offenkundigen Auswüchse“ staatlicher Daseinsvorsorge in Deutschland die historische Besonderheit aufwiesen, der Legitimation und schlichten Akzeptanz staatlicher Gewalt (bismarcksche Sozialstaatlichkeit) zu dienen und auch heute mit gesellschaftspolitischen Zwecken sowie erheblichen staatlichen Finanzeinnahmen verknüpft seien, so dass die hitzige Debatte um Umfang und verfassungsrechtliche Verbindlichkeit staatlicher Daseinsvorsorge mit „akademischer Gelassenheit“ verfolgt werden könne; Die Zukunft der öffentlichen Daseinsvorsorge, Schader-Stiftung/Daseinsvorsorge, 2003, S. 28, S. 31 ff.

47 Jürgen Schwarze, EuZW, 2001, S. 334, S. 339.

48 Art. 14 VAEU (Art. 16 EGV a.F.) belegt, dass staatlich erbrachte Leistungen der Daseinsvorsorge zwar wirtschaftliche Relevanz besitzen, aber nach dem Willen der Vertragsparteien eben nicht alleine danach beurteilt werden soll, ob ein Wettbewerb mit mit Privatunternehmen besteht.

49 Siehe Protokoll Nr. 26 zum Lissabonvertrag über „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ im Sinne des Art. 14 AEUV. Absatz 1 des Protokolls weist auf die Gestaltungsfreiheit der lokalen Behörden für den Bereich der örtlichen Daseinsvorsorge hin. Gleichzeitig wird in Absatz 2 betont, dass eine ausschließliche Kompetenz der Kommunen nur gegeben ist, wenn eine Leistung keine wirtschaftsrelevanten Bezüge aufweist. Vgl. auch UWE ZIMMERMANN, KommJur 2008, S. 241, S. 245.

Versuch unternimmt der oben dargelegte rechtsformenabhängige Ansatz, der – vergleichbar der Figur der praktischen Konkordanz – einen Ausgleich zwischen kommunaler Gestaltungsfreiheit und effektiver Anwendung des Vergaberechts anstrebt.⁵⁰ Indes übersieht diese Auffassung, dass mit der Unterscheidung lediglich danach, ob im Zuge der Aufgabenübertragung von einer Kommune auf eine andere auch alle Aufgabenzuständigkeiten gänzlich übertragen worden sind, bei weitem nicht alle Kooperationspraktiken in den Mitgliedstaaten erfasst werden können. So hat der EuGH gerade in den von Vertretern dieses Ansatzes zitierten Urteilen eine vergaberechtsfreie Möglichkeit interkommunaler Kooperationen anerkannt, die auf Verträgen basierten und keine Kompetenzenübertragung zum Gegenstand hatten.⁵¹

II. Erfordernis zusätzlicher Auslegungskordinaten für das Vergaberecht

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, beschränkt sich das Vergaberecht der Union nicht mehr alleine auf eine marktöffnende Funktion über die Durchsetzung des Diskriminierungsverbots der Grundfreiheiten auf den Beschaffungsmärkten,⁵² sondern dient zunehmend auch dem Schutz des unverfälschten Wettbewerbs und rückt damit in die Nähe des Beihilfen- und Kartellrechts der Union.⁵³ Auf Grund dieses Wandels sind entsprechende systematische Vorüberlegungen unentbehrlich, um aus der Interpretation der vergaberechtlichen Richtlinien tragfähige Aussagen über die Ausschreibungspflicht interkommunaler Kooperationen ableiten zu können.⁵⁴ Dieser noch in Entwicklung befindliche Wandel des Beschaffungswesens ist prägend für die Frage der Ausschreibungspflicht interkommunaler Zusammenarbeitsformen.⁵⁵

1. Beschaffungsimmanentes Gegenüber von Staat und Markt

Spätestens seit der Privatisierungswelle in der öffentlichen Daseinsvorsorge in den Mitgliedstaaten

50 So unter expliziter Anlehnung an die Praktische Konkordanz; TINA BERGMANN / RAINER VETTER, NVwZ 2006, S. 497.

51 Vgl. dazu auch Kapitel 4; B. TINA BERGMANN / RAINER VETTER, NVwZ 2006, S. 497, S. stützen ihre Argumentation auf die Urteile C-107/98 (Teckal), Urteil vom 18.11.1999 = EuZW 2000, 246. und insbesondere C-84/03 (Kommission gegen Spanien), Urteil vom 13.01.2005 = NVwZ 2005, 431. In diesen Urteilen beschäftigt sich der Gerichtshof jedoch nicht mit der Übertragung von Kompetenzen, sondern entwickelt im Rahmen seiner In-House Rechtsprechung einen eigenständigen Ansatz. Siehe dazu ausführlich Kapitel 4; A.

52 Zurecht weist H.-J. PRIESS in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das mittlerweile einhellig anerkannte allgemeine Beschränkungsverbot der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit im Beschaffungswesen erhebliche Neujustierungen in der Auslegung des Vergaberechts bewirken kann, MOTZKE/PIETZCKER/PRIESS, VOB (Teil A) Kommentar, 1. Aufl. 2001, Systematische Darstellung I, Europäisches und Internationales Vergaberecht, 4. (Freier Personen- und Dienstleistungsverkehr), Rn. 25.

53 Erwägungsgrund Nr. 2 der Richtlinie stellt zwar die Grundfreiheiten und die Binnenmarktsöffnung in den Vordergrund, während Erwägungsgrund Nr. 4 den Bereich staatlicher Leistungen am Maßstab der Wettbewerbsverzerrungen misst.

54 So auch JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, S. 53, S. 55.

55 CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 152.

der Union seit Mitte der siebziger beziehungsweise der neunziger Jahre⁵⁶ rückte die staatliche Betätigung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in den Fokus des Wettbewerbsrechts.⁵⁷ In all jenen Sektoren, in denen der Staat seine Monopolstellung als Anbieter von Leistungen aufgab und Privatunternehmen als Dienstleister zuließ, steht eine Betätigung der öffentlichen Hand zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in einem Konflikt mit der Privatwirtschaft und sieht sich mit dem Vorwurf des unstatthaften (Preis)-Wettbewerbs mittels öffentlich finanzierter Unternehmungen konfrontiert.⁵⁸ Die Frage der Ausschreibungspflicht kommunaler Zusammenarbeitsformen berührt damit allgemein die ordnungspolitische Trennlinie zwischen Staat und Wirtschaft, namentlich, wo genau die hoheitliche Erfüllung öffentlicher Aufgaben aufhört und wann die wirtschaftliche Betätigung des Staates in Wettbewerb zu privaten Marktteilnehmern beginnt. Es gilt, die aus öffentlichem Interesse legitime Zugriffsbefugnis des Staates auf einzelne Betätigungsfelder mit den wirtschaftlichen Betätigungsrechten privater Marktteilnehmer auszubalancieren.⁵⁹

2. Transnationale Überlagerung vergaberechtlicher Konfliktlagen

Die vorangegangene Überlegung führt unweigerlich zu einem weiteren Wesensmerkmal des europäischen Vergaberechts. Während in den einzelnen Mitgliedstaaten die Grenze zwischen Staat und Wirtschaft im einheitlichen Bezugsrahmen der jeweiligen Rechtsordnung ermittelt werden kann, kommt im europäischen Vergaberecht die für das integrierte Unionsrecht bezeichnende Mehrebenenstruktur unterschiedlicher Rechtspositionen zum tragen. Weist ein Sachverhalt einen grenzüberschreitenden Bezug auf, so verlagert sich der Bezugsrahmen privater wirtschaftlicher Betätigungsrechte in Gestalt der Grundfreiheiten auf die europäische Ebene. Für letztere ist jedoch eine Neutralität in Bezug auf das Organisationsrecht der Mitgliedstaaten wesensbestimmend. Diese Neutralität ist kein Selbstzweck der Union und entspricht eher dem Willen der Mitgliedstaaten, ihre jeweilige Souveränität unberührt zu lassen. Dem Unionsrecht steht für die Beurteilung wirtschaftlich relevanter staatlicher Betätigungen primär jene Perspektive zur Verfügung, die ihm auf Grund seiner Zwecksetzung zugeordnet ist, namentlich die Durchsetzung eines Binnenmarktes möglichst ohne Wettbewerbsverzerrungen. Die Mitgliedstaaten selbst haben in den Unionsverträgen verankert, dass staatliche Wirtschaftslenkung aus öffentlichem Interesse nicht dem freien Binnenmarkt entgegenstehen darf⁶⁰ und tragen die sekundärrechtliche Konkretisierung dieses Grundsatzes in Bezug auf die

56 Dieser Vorgang fand in den neuen Mitgliedstaaten der Erweiterungsrunden 2004 und 2007 erst mit Einsetzen des Transformationsprozesses Anfang der 1990er Jahre statt.

57 Vgl. ANGELA KOLB, LKV 2006, S. 97 ff.

58 Auf einen entwickelten Wettbewerb in diesem Sinne weist das OLG Naumburg hin, Beschlüsse vom 3.11.2005, 1 Verg 9/05 = NZBau 2006, S. 58 ff. und vom 02.03.2006, 1 Verg 1/06 = VergabeR 2006, S. 406 ff.

59 Eine Balance nach dem Muster der Praktischen Konkordanz schlagen vor; TINA BERGMANN/RAINER VETTER, NVwZ 2006, S. 497.

60 Art. 106 Abs. 1 AEUV.

Teilnahme staatlich gelenkter Unternehmungen als Bieter in den Beschaffungsmärkten mit.⁶¹ Die nunmehr beklagte Organisations- respektive Kommunalblindheit⁶² der Union im Bereich des Vergaberechts greift – gemessen an der originären Zuständigkeit der Union für die Durchsetzung des Binnenmarktes – insoweit an der Sache vorbei. Dennoch bleibt die dargelegte Mehrebenenstruktur des europäischen Wettbewerbsrechts nicht ohne tiefgreifende Folgen. Das Unionsrecht muss eine effektive Durchsetzung des Binnenmarktes bei gleichzeitiger Einhaltung seiner Organisationsneutralität und der Wahrung mitgliedstaatlicher Souveränität erreichen. Dieser Konflikt darf jedoch nicht die oben unter Punkt 1 umrissene eigentliche Fragestellung überlagern, also die sachgerechte Trennlinie zwischen Staat und Wirtschaft, welche für das Wettbewerbsrecht sowohl in rein nationalen als auch grenzüberschreitenden europäischen Fällen wesensbestimmend ist.⁶³

3. Der Zwecktrias des Vergaberechts – eine multipolare Konfliktlage

Doch welcher Art sind die Konflikte, die für das Gegenüber von Staat und Markt im Beschaffungswesen kennzeichnend sind? Um die Situation einer Gemeinde als Erbringerin von Leistungen auf dem Markt skizzieren zu können, muss in einem ersten Schritt der grundsätzliche Charakter des Beschaffungswesens als multipolare Konfliktlage erörtert werden. Namentlich betreten der Staat oder die Gebietskörperschaften den Markt als Einkäufer und geraten in dieser Eigenschaft in das Ordnungskonzept des Vergabewesens. Die so entstehenden Rechtsbeziehungen einer klassischen Vergabekonstellation zwischen Staat und privatwirtschaftlichen Akteuren kann nach einer entsprechenden Analyse auch im Hinblick auf interkommunale Kooperationen beleuchtet werden, wo der Staat auf dem Markt nicht nur einkauft, sondern auch als Erbringer von Leistungen agiert.

a) Multipolare Konfliktlage bei staatlichen Einkäufen

Sowohl im nationalen als auch im europäischen Beschaffungswesen ist die marktlenkende Funktion staatlicher Einkäufe wesensbestimmend für das Ordnungsprinzip des Vergaberechts. Ob die öffentliche Hand will oder nicht: Ihr strukturelles Nachfragemonopol für bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge und die schieren Ausmaße ihres Nachfragevolumens mit 16 % des BIP verleihen ihrem Einkaufsverhalten ein bestimmendes Gewicht auf dem Markt.⁶⁴

aa) Bezugsrahmen des nationalen Verfassungsrechts

Die Entscheidung des Staates, ob er einen lukrativen Auftrag zur Errichtung einer öffentlichen In-

61 Erwägungsgrund Nr. 4 der VKR 2004/18/EG.

62 Vgl. statt vieler GERD LANDSBERG, Partnerschaft mit Problemen – Die Europäische Union und die Kommunen, Stadt und Gemeinde 2005, S. 311 ff.

63 So auch CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 152.

64 Siehe Pressemitteilung der Kommission IP/04/149 vom 03.02.2004.

frastruktur an das Unternehmen A oder dessen Mitbewerber B vergibt, weist die Struktur mehrpoliger Rechtsverhältnisse auf.⁶⁵ Bei einem zweipoligen Grundrechtsverhältnis geht es ausschließlich um die Freiheit eines Bürgers, deren Beschränkung der Staat mit einem legitimen Zweck und einer Verhältnismäßigkeit der Einschränkung zu rechtfertigen hat.⁶⁶ In mehrpoligen Rechtsverhältnissen hingegen kann der Staat einem Bürger keine Freiheit gewähren, ohne im selben Akt⁶⁷ einem anderen Bürger Freiheitseinschränkungen aufzuerlegen.⁶⁸ Auch die Vergabe eines wirtschaftlich attraktiven öffentlichen Auftrags begünstigt ein Unternehmen gegenüber dessen Konkurrenten. Im Unterschied zu mehrpoligen Rechtsverhältnissen berührt die Vergebeentscheidung des Staates für einen Unternehmer und damit zugleich gegen dessen Konkurrenten allerdings nicht unmittelbar ein Rechtsverhältnis zwischen den beiden Unternehmen.⁶⁹ Zudem agiert der Staat nicht unmittelbar hoheitlich-regulierend in einem Subordinationsverhältnis, sondern als Nachfrager ohne wesentlichen Unterschied zu anderen Marktteilnehmern. Damit berührt die nachfragende staatliche Vergabestelle den Wettbewerb nicht von außen, sondern als Marktteilnehmer.⁷⁰ Der Umstand, dass die staatliche Einkaufsstelle gemäß Art. 1 Abs. 3 GG auch bei bloßen Einkäufen an den Grundrechten gebunden ist, bewirkt mithin nicht automatisch die Aktivierung der Berufsfreiheit eines im Vergabewettbewerb unterlegenen Bieters. Art. 12 GG gewährt ein Teilnahmerecht am Marktgeschehen, allerdings nur nach den Grundsätzen eines funktionierenden Wettbewerbs und enthält somit insbesondere keinen Schutz vor Konkurrenz und keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder die Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten.⁷¹ Selbst die Stellung des Staates als faktisch einziger Nachfrager bestimmter Leistungen begründet nicht die Annahme einer Beeinträchtigung der Berufsfreiheit mit dem Argument, die getroffene Vergabeentscheidung entfalte eine Wirkung, die einer hoheitlichen Maßnahme gleichkommt.⁷² Gleichwohl existiert eine Grundrechtsbindung des Staates als Einkäufer und Marktteilnehmer, nicht zuletzt deshalb, weil sein Verhalten – im Unterschied zu Bürgern als Grundrechtsträger – stets am Gemeinwohl zu messen ist.⁷³ Seine Vergabeentscheidung darf daher

65 So bereits PETER FRIEDRICH BULTMANN, der die Frage aufwirft, ob die nachfolgend darzulegende Multipolarität mit Art. 3 GG alleine bewältigt werden kann oder zusätzlich Art. 12 und 14 GG für die jeweils benachteiligten Bieter streiten sollen; Vergaberecht und Beihilfenrecht, 2004, S 229 ff., S. 237.

66 Zur grundsätzlichen Konzeption der Grundrechte im zweipoligen Grundrechtsverhältnis zwischen Bürger und Staat, GÜNTER KRINGS, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, S. 150 ff. (m.w.N.).

67 Die Gewährung von Kündigungsrechten des Arbeitgebers in Zivilrechtsverhältnissen etwa berührt zugleich die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, weshalb die Legitimation der staatlichen Maßnahme im Rahmen der Verhältnismäßigkeit beide berührten Rechtspositionen sachgerecht gewichten und zu einem angemessenen Ausgleich bringen muss.

68 REINHARD GAIER, NZBau 2008, S. 289.

69 Zu den nachfolgenden Gesichtspunkten vgl. PETER FRIEDRICH BULTMANN, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004, S. 229 ff.

70 Zu den Folgenden Zusammenhängen siehe die Entscheidung des BVerfG zum Primärrechtsschutz im Vergabeverfahren, BVerfGE 116, 135, (Rn. 59 ff.) = NZBau 2006, S 791.

71 BVerfGE 105, 252 (265) = EuGRZ 2006, S 159, S. 165.

72 BVerfGE 116, 135, (Rn. 63 ff.) = NZBau 2006, S 791.

73 JOSEF ISENSEE, in ISENSEE/KIRCHHOF, Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, 3 Aufl. 2006, § 73, Rn. 12 ff.

nicht Willkürlich sein und unterliegt somit dem allgemeinen Gleichheitssatz.⁷⁴ Aus diesen Erwägungen qualifiziert das Bundesverfassungsgericht staatliche Beschaffungsentscheidungen nicht explizit als mehrpoliges Rechtsverhältnis, legt aber ausdrücklich einen gleichlaufenden Abwägungsmaßstab an.⁷⁵ Bei der Festlegung von Zuschlagskriterien in einem Vergabeverfahren und der anschließenden Vergabeentscheidung ist die Vergabestelle verpflichtet, einen chancengleichen Zugang aller Bieter zum Vergabewettbewerb zu gewährleisten. Die oben beschriebene wirtschaftslenkende Wirkung staatlicher Einkäufe darf sich die öffentliche Hand dabei grundsätzlich zu Nutze machen, um auf öffentliche Zwecke wie dem Arbeitnehmerschutz, dem Umweltschutz oder die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Arbeitswelt hinzuwirken.⁷⁶ Dabei unterliegt jenes Unternehmen im Wettbewerb um staatliche Aufträge, welches nicht den Präferenzen der staatlichen Einkaufsstelle entspricht. Hier wird die strukturelle Ähnlichkeit von Vergabeentscheidungen zu mehrpoligen Rechtsverhältnissen deutlich.⁷⁷ Unterlegene Bieter können sich gegen Vergabeentscheidungen grundsätzlich gerichtlich wehren. In solchen Konfliktlagen sind jedoch neben dem konkret verfolgten öffentlichem Interesse (Bsp. Erledigung einer Verwaltungsaufgabe und Einsatz umweltfreundlicher Mittel) und den widerstreitenden Positionen der im Wettbewerb stehenden Bieter zusätzliche Gesichtspunkte in die Abwägung aufzunehmen. Der Anspruch des unterlegenen Bieters auf chancengleichen Zugang zum Wettbewerb dient zugleich der Durchsetzung des Allgemeininteresses an kostengünstigen Beschaffungsgeschäften der Verwaltung durch Wettbewerb. Gleichzeitig darf die Durchsetzung des Anspruchs auf Berücksichtigung im Wettbewerb nicht zu einer unangemessenen Verzögerung der mit der jeweiligen Auftragsvergabe zu erfüllenden öffentlichen Aufgabe führen. Eben diesem Allgemeininteresse an der zügigen und kosteneffizienten Durchführung eines öffentlichen Auftrages dient wiederum das Privatinteresse eines erfolgreichen Bieters, den erhaltenen Zuschlag möglichst bald auszuführen. Das Bundesverfassungsgericht bringt diese Grundkonstellation einer Vergabeentscheidung mit folgender Formulierung auf den Punkt: „Den kollidierenden Privatinteressen sowohl des erfolgreichen Bieters als auch der erfolglosen Wettbewerber entspricht jeweils ein öffentliches Interesse.“⁷⁸ Hieraus wird deutlich, dass der Vergabewettbewerb nicht alleine dem chancengleichen Marktzugang der Bieter dient, sondern auch der kostengünstigen und effektiven Erfüllung öffentlicher Aufgaben mittels konkurrierender Angebote der Privatwirtschaft. Diese aus dem deutschen Verfassungsrecht hergeleitete Grundkonstellation von Beschaffungsvorgängen kann als Beispiel für die strukturelle Multipolarität des Vergaberechts allgemein dienen und ist in vergleichbarer Form

74 BVerfGE 116, 1 (15 f.) = NJW 2006, S. 2613; bereits beim chancengleichen Zugang der Bewerber zur Amtsstellung des Insolvenzverwalters, also in einer dem Beschaffungswesen ähnelnden Vergabesituation.

75 BVerfGE 116, 135, (Rn. 64 ff.) = NZBau 2006, S. 791.

76 Vgl. zur Anwendung besonderer Arbeitnehmerschutzregeln als Zuschlagsvoraussetzung, BVerfGE 116, 202 (222) = NZBau 2007, S. 53.

77 Dazu auch REINHARD GAIER, NZBau 2008, S. 289. 290 f.

78 BVerfGE 116, 135, (Rn. 77 ff.) = NZBau 2006, S. 791.

auch in anderen Mitgliedstaaten feststellbar.⁷⁹

bb) Bezugsrahmen des Unionsrechts

Für die hiesigen Untersuchungen ist jedoch insbesondere die Konstellation des europäischen Vergaberechts bestimmend. Bei Beschaffungsvorgängen mit grenzüberschreitendem Bezug ist die Wechselwirkung des Gleichheitssatzes mit der Verfolgung öffentlicher Interessen im Hinblick auf die Bieter noch eindeutiger, sind doch die Grundfreiheiten konzeptionell als Diskriminierungsverbot angelegt.⁸⁰ Die Verfolgung öffentlicher Interessen bei Vergabeentscheidungen und die entsprechende Festlegung von Zuschlagskriterien sind dementsprechend am Diskriminierungsverbot zu messen.⁸¹ Dies kann am folgenden Beispiel verdeutlicht werden. Öffentliche Ausschreibungen von Dienstleistungen der Krankenversorgung – beispielsweise die Lieferung von klinischen Geräten – dienen evident dem Schutz der Gesundheit und des Lebens. Lässt die staatliche Vergabestelle jedoch nur solche Bieter im Wettbewerb zu, die im geografischen Zuständigkeitsgebiet der Vergabestelle über dauerhaft betriebene und jeden Werktag geöffnete Wartungsanlagen für die zu liefernden Geräte verfügen, so kann dies eine unzulässige Benachteiligung solcher ausländischer Bieter darstellen, deren Anlagen weiter entfernt liegen. Öffentlichen Interessen dienende und an sich einleuchtende Zuschlagskriterien, wie die ortsnahe Wartungsmöglichkeit von Krankenhausgeräten, dürfen nicht so angewendet werden, dass der Kreis der möglichen Bieter ohne triftigen Grund zu stark eingeeengt wird.⁸² Wie im nationalen Recht ist jedoch auch hier der Bieterwettbewerb nicht Selbstzweck. Über die schlichte Öffnung des Binnenmarktes hinaus ermöglicht er kostengünstige Beschaffungen, liefert die Grundlage für die Auswahl des technisch anspruchsvollsten Angebots aus einer möglichst weiten Auswahl potentieller Bieter und ist somit untrennbar mit der effizienten Durchführung des jeweiligen Beschaffungszwecks – etwa die Krankenpflege – verbunden.⁸³ Diese Verknüpfung steht einer Deutung der Grundfreiheiten entgegen, die lediglich auf den ungehinderten Zugang zu den Beschaffungsmärkten abzielt.⁸⁴ Unternehmen, die sich als Dienstleister auf Beschaf-

79 Siehe Anhand des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren den Überblick zu einzelnen Mitgliedstaaten bei HANS-JOACHIM PRIESS, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 422 ff.

80 Während die Konzeptionen der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen die wirtschaftlichen Betätigungsrechte des Einzelnen vorrangig zumeist als Freiheitsrecht entwerfen, ist der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit von vornherein ein Gleichbehandlungsgebot immanent.

81 vgl. EuGH C-234/03 (Contse SA u.A./Insalud), Urteil vom 27.10.2005, Rn. 26 ff. = EuZW 2006, 153. Vgl. zur Verfolgung sogenannter Sekundärzwecke (etwa der die Bevorzugung umweltfreundlicher Produkte bei staatlichen Einkäufen) am Maßstab des Diskriminierungsverbots und Beschränkungsverbots der Grundfreiheiten, BENEDICT CHRISTOPH, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 212 ff.

82 Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung solcher Maßnahmen kann sich ergeben, dass eine ortsnahe Wartungsanlage von Subunternehmen des ausländischen Bieters einen ebenso sicheren Betrieb der Geräte ermöglicht.

83 EuGH C-234/03 (Contse SA u.A./Insalud), Urteil vom 27.10.2005, Rn. 61 ff. = EuZW 2006, 153 ff. Ebenso EuGH Slg. 1995, I-563, Rn. 44 = RIW 1995, S. 427.

84 Vgl. dazu BENEDICT CHRISTOPH, der die Verfolgung öffentlicher Interessen mit dem wirtschaftlichen Betätigungsrecht der privaten Bieter im Rahmen des Beschränkungsverbots der Grundfreiheiten in ein systematisches Verhältnis stellt, aber zugleich darauf hinweist, dass ein Urteil des EuGH in diese Richtung bis zum Jahr 2000 nicht er-

fungsmärkte begeben, müssen daher in besonderem Maße damit rechnen, dass ihr wirtschaftliches Betätigungsrecht nur in einer Wechselwirkung mit der Durchsetzung von Allgemeininteressen verwirklicht werden kann.⁸⁵

b) Zwecktrias des Beschaffungswesens als tragender Bezugspunkt für Verwaltungskooperationen

Diese untrennbare Verknüpfung der Grundfreiheiten mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Beschaffungswesen muss dementsprechend auch im Falle von Verwaltungskooperationen berücksichtigt werden.⁸⁶ Ein bedeutender Unterschied kommunaler Kooperationen zu klassischen Beschaffungsvorgängen liegt darin, dass der Staat nicht nur als Einkäufer den Markt betritt, sondern eine andere staatliche Stelle mit der Erbringung einer Leistung beauftragt. Die Qualifikation solcher Leistungsbeziehungen als ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang kann noch mit dem Wortlaut und der Systematik der Legaldefinition des öffentlichen Auftrags im Sinne der Vergaberichtlinien begründet werden.⁸⁷ So differenziert dieser Auftragsbegriff zwar nicht danach, ob auf der Bieterseite eine staatliche Stelle steht, ordnet jedoch zugleich – jedenfalls dem Wortlaut nach – nicht zwingend an, dass die entgeltliche Beauftragung einer Gemeinde als Teil des Staates stets ausschreibungspflichtig ist. Lediglich der enge Ausnahmetatbestand des Art. 18 der Richtlinie 2004/18/EG⁸⁸ spricht dafür, dass grundsätzlich auch entgeltliche Leistungsbeziehungen zwischen Verwaltungsträgern ausschreibungspflichtig sind.⁸⁹ Skizziert man somit im Lichte des Tatbestandes des öffentlichen Auftrages die ausschreibungsfreie Beauftragung einer Gebietskörperschaft durch eine andere Stadt als eine Privilegierung im Wettbewerb gegenüber Privatunternehmen⁹⁰, müssen konsequent die oben dargelegten Funktionen des Beschaffungswesens im Rahmen einer multipolaren Konfliktlage und die untrennbare Verknüpfung der Positionen potentieller Bieter mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ebenfalls berücksichtigt werden. So wie die ausnahmsweise zulässige freihändige Vergabe von Aufträgen an ein Privatunternehmen⁹¹ oder die Anwendung von mittelbar diskriminierend wirkenden Zuschlagskriterien mit öffentlichen Zwecken gerechtfertigt werden kann⁹², muss dieser Gedanke auch bei der Privilegierung einer Gebietskörperschaft durch freihändi-

gangen ist; Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 264 f.

85 EuGH C-305/08 (Co.NIS.Ma), Urteil vom 23.12.2009, Rn. 28 ff. = NZBau 2010, 188.

86 Auf dieser Linie EuGH C-305/08 (Co.NIS.Ma), Urteil vom 23.12.2009, Rn. 28 ff. = NZBau 2010, 188.

87 Dazu und zu etwaigen entgegenstehenden Argumenten Kapitel. 3; B.

88 Siehe dazu ausführlich Kapitel 3; B; III; 1.

89 Insbesondere der Umkehrschluss aus Art. 18. Eine ausnahmsweise Befreiung von der Ausschreibungspflicht wäre nicht notwendig, wenn Leistungsbeziehungen zwischen Kommunen als öffentliche Auftraggeber an sich schon nicht ausschreibungspflichtig wären.

90 Vgl. zu einem solchen Ansatz des EuGH ausführlich in Kapitel 6 A; III; 2.

91 Siehe nur Art. 18 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG. Dazu Kapitel. 3 B; 3.

92 Zu den Zuschlagskriterien vgl. EuGH C-234/03 (Contse SA/Insalud), Urteil vom 27.10.2005, Rn. 26 ff. = EuZW 2006, 153.

ge Beauftragung zum tragen kommen. Allerdings geraten in diesem Fall nicht die Privatinteressen von erfolgreichen und erfolglosen Unternehmen mit der Verfolgung öffentlicher Zwecke in Konflikt. Es ist die grundsätzliche Befugnis einer Gebietskörperschaft, Leistungen auf dem Markt zu erbringen, die mit den Interessen der Privatunternehmen in ein Spannungsverhältnis gerät. Diese Befugnis der Kommunen ist zwingende Konsequenz der Zwecksetzung des Vergaberechts, kostengünstige Beschaffungen durch Wettbewerb – gegebenenfalls zwischen staatlichen und privaten Akteuren – zu ermöglichen.⁹³ Dies muss dogmatisch jedoch nicht zwingend zur Konsequenz haben, dass interkommunale Kooperationen zu einer unmittelbaren Kollision zwischen den Grundfreiheiten der Bieter einerseits und der Kooperationshoheit von Gebietskörperschaften andererseits führen.⁹⁴ Der dargelegte Charakter des Beschaffungswesens als multipolare Konfliktlage ist ein struktureller Zustand und entsteht nicht erst im Moment einer konkreten Beschaffungsentscheidung gegen einen Bieter und für einen anderen (kommunalen) Dienstleister. Die Wechselwirkung öffentlicher und privater Interessen muss bereits bei der Auslegung des Begriffes des öffentlichen Auftrages berücksichtigt werden und damit im Vorfeld konkreter Vergabeentscheidungen.

Zur Bewältigung der Konfliktlage einer interkommunalen Kooperation können somit die im Spannungsverhältnis stehenden verschiedenen Zwecke des Vergaberechts selbst herangezogen und für eine Konkretisierung des Begriffes des öffentlichen Auftrages fruchtbar gemacht werden. Hierfür können im Wesentlichen drei Zwecke des Vergaberechts identifiziert werden, die in ihrer Wechselbeziehung zueinander auch als Zwecktrias bezeichnet werden.⁹⁵ Der erste und zugleich älteste Zweck ist die Schonung des öffentlichen Haushalts.⁹⁶ Der zweite Zweck besteht in der Ermöglichung der effektiven Durchführung öffentlicher Aufgaben, indem die Teilnahme des Staates als Einkäufer auf dem Markt geregelt wird.⁹⁷ Mit dem Markt ist schließlich der dritte Zweck angesprochen, namentlich die Ordnung des Wettbewerbs zwischen den Bietern und zugleich die Öffnung der Beschaffungsmärkte für einen funktionierenden Wettbewerb.⁹⁸ Dieser Wettbewerb dient evident auch der Erfüllung der beiden ersten Zwecke. Auch wenn eine entgeltliche Leistungsbeziehung zwischen zwei Kommunen grundsätzlich Leistungen beinhaltet, die einen potentiellen Markt für Privatunter-

93 EuGH C-305/08 (CoNISMa), Urteil vom 23.12.2009, Rn. 26 ff. = NZBau 2010, 188.

94 Dazu Kapitel 6;A.

95 MARTIN BURGI, NZBau 2009, S. 609, S. 612.

96 Vgl. zu den erheblichen Einsparungen (Mitteilung der Kommission vom 11.04.2002 [KOM 2002], 171 endg., 12.). Freilich bestand dieser Zweck schon vor der Vergemeinschaftung der Beschaffungsmärkte, vgl. FRIDHELM MARX in MOTZKE/PIETZCKER/PRIESS, VOB-Kommentar, Vorbemerkung zum 4. Teil des GWB, Rn. 3-5.

97 FRIDHELM MARX in MOTZKE/PIETZCKER/PRIESS, VOB-Kommentar, Abschnitt: 4. Teil des GWB, § 97 GWB Rn. 1., weist darauf hin, dass die Erfüllung öffentlicher Aufgaben der eigentliche Ausgangspunkt ist für jedwede Regelung im Vergaberecht. Beschaffungen können nur für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben vorgenommen werden.

98 Dieser Zweck wird an exponierter Stelle in Erwägungsgrund Nr. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.04.2004 verankert. (ABl. L 134 vom 30.04.2004, S. 134 ff. – deutsche Fassung).

nehmen darstellen, muss deshalb noch nicht zwingend ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang angenommen werden, wenn die Leistungsbeziehung der Gebietskörperschaften über die verwaltungsinterne Beschaffung von Waren oder Leistungen hinausweist und darauf abzielt, öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Die so umrissene Multipolarität des Beschaffungswesens rückt zunehmend in den Mittelpunkt der vergaberechtlichen Diskussion und wird vereinzelt auch für Fälle der Verwaltungszusammenarbeit herangezogen.⁹⁹

III. Relevanz der Fragestellung

Die Aktualität der immerhin eine Dekade andauernden Diskussion um die wettbewerbsrechtliche Beurteilung kommunaler Kooperationsformen lässt sich nicht nur an der bloßen Anzahl jüngerer Urteile des Europäischen Gerichtshofes¹⁰⁰ und der bei der Europäischen Kommission anhängigen Verfahren¹⁰¹ gegen mehrere Mitgliedstaaten ablesen. Hinzu kommen Neuerungen im Recht der Union mit dem Vertrag von Lissabon auf dem Gebiet der kommunalen Selbstverwaltung und der Daseinsvorsorge¹⁰², welche der Auseinandersetzung um kommunale Zusammenarbeitsformen neuen Auftrieb verleihen.¹⁰³ Der noch näher darzulegende Mangel an Rechtssicherheit in dieser legislativ bislang unangesprochenen Sachfrage wird in jüngerer Zeit von Generalanwälten ebenso kritisiert¹⁰⁴ wie vom Europäischen Parlament¹⁰⁵. Daher widmet sich auch die Kommission diesem Problem in ihrem aktuellen Grünbuch über die Modernisierung des Vergaberechts vom Januar 2011 und wirft die Frage auf, ob eine abschließende gesetzliche Regelung kommunaler Gemeinschaftsarbeit in den einschlägigen Richtlinien der Union mehr Rechtssicherheit schaffen kann.¹⁰⁶ Sieht man einmal von den gegensätzlichen Positionen der kommunalen und wirtschaftlichen Interessenverbände ab, gibt es auch in rechtspolitischer Hinsicht – wie bereits gesehen – unterschiedliche Ansätze. Für die letztere Diskussion will die vorliegende Untersuchung

99 Vgl. dazu VERICA TRSTENJAK, Schlussanträge zu EuGH C-324/07 (Coditel) vom 04.06.2008, Rn. 63 ff. und 80 ff.

100 Siehe dazu ausführlich Kapitel 4 A; V.

101 Vgl. nur die Pressemitteilungen der Kommission zu angestrebten Verfahren gegen Schweden (IP/10/1442) vom 28.10.2010, gegen Deutschland (IP/09/1465) und (IP/09/1462) vom 08.12.2009 und gegen das Vereinigte Königreich Großbritannien (IP/09/1458) vom 08.10.2009.

102 Dazu Kapitel 5.

103 Siehe nur das vom Europäischen Parlament in Auftrag gegebene Rechtsgutachten zu möglichen Wirkungen des Lissabonvertrags auf das Vergaberecht: ANNETTE ROSENKÖTTER/THORSTEN WUERSIG, *The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement*, (Veröffentlicht vom Europäischen Parlament), Januar 2010, PE 429.988 (IP/AIMCO/NT/2009-12) S. 9 f.

104 Etwa Schlussanträge der Generalanwältin CHRISTINE STIX-HACKL vom 12.01.2006 zu EuGH C-340/04 (Carbothermo), Rn. 17 f.

105 Europäisches Parlament, Entschließung vom 18.05.2010 zu neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175(INI)) – im Amtsblatt noch nicht veröffentlicht (Stand: 07.12.2010), Punkte 9.-12. (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit).

106 Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge, KOM(2011) 15 endgültig (Deutsche Fassung), S. 24 ff.

einen Beitrag leisten. Das seit Ende des Jahres 2009 vom Europäischen Gerichtshof explizit als „interkommunale Zusammenarbeit“ bezeichnete Thema¹⁰⁷ rückt als eigenständiges Rechtsproblem erneut in den Fokus des Beschaffungswesens und kann als eine der „großen Baustellen“ des europäischen Vergaberechts bezeichnet werden.¹⁰⁸ Schließlich ist eine Lösung der umschriebenen Rechtsfragen nicht bloß ein akademischer Anlass. Nach Angaben der Europäischen Kommission konnten mit der Öffnung der Beschaffungsmärkte die von der öffentlichen Hand gezahlten Preise für Waren und Dienstleistungen um 30 % gesenkt werden.¹⁰⁹ Mit zusätzlichen Erweiterungen des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts könnte – so die Prognose der Kommission – bei einer entsprechenden Einsparung der einzelnen Länder um weitere 10 % das Haushaltsdefizit sämtlicher Mitgliedstaaten unter 3 % bleiben.¹¹⁰ Angesichts der chronischen Verschuldung der Städte und Gemeinden als Träger der lokalen Daseinsvorsorge¹¹¹ ist daher die Frage der Ausschreibungspflicht, mithin die Frage nach einer Öffnung für den (Preis-)wettbewerb, von weitreichender Bedeutung.¹¹²

IV. Erkenntnisgewinn der vergleichenden Untersuchung Deutschlands und Ungarns

Seit Ende 2009 teilt die Europäische Kommission in Anlehnung an die Debatte in den Mitgliedstaaten die vergaberechtlich relevanten Sachverhalte kommunaler Zusammenarbeitsformen in die beiden Gruppen der sogenannten vertikalen und der horizontalen Zusammenarbeit ein.¹¹³ Wie noch näher dazulegen sein wird, existieren in Ungarn und Deutschland sämtliche Organisationsformen, die im Sinne dieser Einteilung in Betracht kommen und werden von den Gebietskörperschaften aktiv genutzt.¹¹⁴ Damit spiegeln beide Länder die gesamte Spannweite der aus unionsrechtlicher Sicht klärungsbedürftigen Sachverhaltsgruppen wieder und ermöglichen daher eine für sämtliche Mitgliedstaaten aussagefähige Momentaufnahme der rechtlichen Rahmenbedingungen interkommunaler Zusammenarbeitsformen. Zwar zielen die hiesigen Untersuchungen auf eine Lösung der skizzierten Sachfrage im Rahmen des Unionsrechts ab, doch ist eine Überprüfung der Umsetzbarkeit und Wirkung in den nationalen Rechtsordnungen unentbehrlich. Daneben sprechen weitere strukturelle Unterschiede und Gemeinsamkeiten Deutschlands und Ungarns für einen Erkenntnisgewinn einer vergleichenden Untersuchung. Ungarn ist trotz einiger Dezentralisierungsmaßnahmen ein

107 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 38 = NZBau 2009, S. 527.

108 So JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, S. 53.

109 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 03.02.2004, IP/04/149.

110 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 03.02.2004, IP/04/149.

111 Zu dieser Lage der Städte und Gemeinden in Ungarn und Deutschland siehe die aktuellen Daten des Jahres 2010 in Kapitel D; I; 1-2 und II; 1.

112 Kommission im Hinblick auf eine interkommunale Kooperation in Schweden, Pressemitteilung IP/10/1442 vom 28.10.2010.

113 Pressemitteilungen der Kommission (IP/09/1465) und (IP/09/1462) vom 08.12.2009.

114 Ausführlich dazu in Kapitel 2; D.

klassisch zentralistischer Staat, wohingegen Deutschland als Musterbeispiel einer föderalen Struktur gilt. Die in der vergaberechtlichen Diskussion häufig geäußerte Kritik, wonach die Ausschreibungspflicht kommunaler Kooperationen die föderalen Staaten benachteilige¹¹⁵, kann mit dem hier vorgenommenen Vergleich dementsprechend neu bewertet werden. Ein weiterer interessanter Unterschied zwischen den beiden Ländern besteht darin, dass die Ausschreibungspflicht interkommunaler Kooperationen in Deutschland ausschließlich als richterrechtliche Rechtsfigur existiert, wohingegen der Gesetzgeber in Ungarn eine detaillierte Regelung zur Umsetzung der Inhousefigur¹¹⁶ des Europäischen Gerichtshofes in das nationale Vergaberecht implementiert hat.¹¹⁷ Schließlich garantieren in beiden Staaten die jeweiligen Verfassungen eine Kooperationshoheit der Städte und Gemeinden als Ausprägung ihres Selbstverwaltungsrechts und ermöglichen eine Beleuchtung des Extremfalles einer potentiellen Konfrontation unionsrechtlicher Vorgaben mit der nationalen Staatsorganisation.¹¹⁸

B. Gang der Untersuchung

Zur Bewältigung der in Abschnitt A. umrissenen Konfliktlage steht in Ermangelung einer ausdifferenzierten sekundärrechtlichen Kodifikation zu Verwaltungskooperationen lediglich der bereits angesprochene auslegungsbedürftige, funktionale Auftragsbegriff zur Verfügung.¹¹⁹ Trotz bedeutender, den Kommunen entgegenkommender Urteile der Gerichtshofs in den vergangenen fünf Jahren¹²⁰, herrscht in der Praxis erhebliche Unsicherheit darüber, wann interkommunale Zusammenarbeitsformen vergaberechtsfrei sind und welche rechtlichen Erwägungen dabei zum tragen kommen.¹²¹ Generalanwältin Christine Stix-Hackl führt dies zutreffend darauf zurück, dass der Gerichtshof seine Rechtsprechung zu Verwaltungskooperationen lediglich an Einzelfällen verfeinert, ohne seine zu Grunde gelegten dogmatischen Erwägungen hinreichend offen zu legen und zu präzisieren.¹²² Soweit das Gericht diesen Schritt nicht gehe, sei Rechtssicherheit nur noch durch eine Totalrevision der bisherigen Rechtsprechung und der Ausschreibungspflicht kommunaler Zusammenarbeitsformen zu erzielen. Es verwundert daher nicht, dass die gegenwärtig lebhafteste Diskussion im deut-

115 Dazu MARTIN BURGI, NZBau 2005, S. 208 ff. Insgesamt auch auf dieser Linie KERSTIN STUBER, Sachsenkuri-er 2006, S. 381 ff.

116 Dazu ausführlich in Kapitel 4; A.

117§ 2/A des ungarischen Vergabegesetzes. Das Gesetz ist in englischer Sprache abrufbar auf der Seite der zentralen Vergabekoordinierungsstelle (Közbeszerzési Tanács); .<http://www.kozbeszerzes.hu>. Siehe auch Kapitel 4; A; III.

118 Dazu Kapitel 5; B.

119 Zum funktionalen Auftragsbegriff siehe ausführlich Kapitel 3; B.

120 Vgl. statt vieler den Überblick zur Rechtsprechung und anschließende Folgefragen JULIAN POLSTER, NZBau, 2010, S. 486 ff.

121 Siehe statt vieler JOHANNES SCHMID zur fehlenden dogmatischen Begründung der einzelnen Urteile und deren konsistente Verknüpfung, Österreichische Gemeindezeitung, Nr.7-8/2009, S. 35, S. 37.

122 Siehe dazu und den nachfolgenden Argumenten; Schlussanträge der Generalanwältin CHRISTINE STIX-HACKL vom 12.01.2006 zu EuGH C-340/04 (Carbotermo), Rn. 17 f.

schen¹²³ und internationalen Schrifttum¹²⁴ die erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich jener unklaren dogmatischen Erwägungen des Gerichtshofes bemängelt. Bisweilen wird offen gefragt, weshalb der Gerichtshof in seiner Judikatur zu Verwaltungskooperationen „das Kind nicht beim Namen nennt“.¹²⁵ Für die Erarbeitung einer belastbaren rechtlichen Lösung des einleitend skizzierten Problems wird daher eine genaue Untersuchung des sekundärrechtlichen Begriffs des öffentlichen Auftrages und seiner einzelnen Definitionsmerkmale erforderlich sein, um durch eine strikte Subsumtion der hier interessierenden interkommunalen Kooperationsformen die aktuelle Rechtslage zu identifizieren (Kapitel 3). Weitere in Betracht kommende sekundärrechtliche und primärrechtliche Vorschriften, die für das Ergebnis dieser Subsumtion von Relevanz sein könnten, sind ebenfalls in diesem Kapitel zu untersuchen. In einem ersten Schritt (Kapitel 2) müssen jedoch zunächst die Zusammenarbeitsformen der Gebietskörperschaften in den Mitgliedstaaten der Union – namentlich der genaue Untersuchungsgegenstand – dargestellt und von hier nicht interessierenden Sachverhalten abgegrenzt werden. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die Rechtsordnungen der beiden Mitgliedstaaten Ungarn und Deutschland zu richten sein. Anschließend kann die Rechtsprechung des Gerichtshofes und insbesondere die von ihm entwickelte, bislang ungeschriebene Rechtsfigur des Inhousegeschäfts als Befreiungstatbestand interkommunaler Kooperationen von der Ausschreibungspflicht dargelegt und an den gefundenen Ergebnissen zum Begriff des öffentlichen Auftrages gemessen werden (Kapitel 4). Daran anknüpfend kann in Kapitel 4 die Wechselwirkung zwischen der Rechtsfigur des Inhousegeschäfts und diesbezüglichen vergaberechtlichen Sekundärrechtsakten der Union am Beispiel einer nationalen Kodifikation in Ungarn sowie der nationalen Rechtsprechung in Deutschland dargelegt werden. Nach einer solchen Erarbeitung der aktuellen Rechtslage im Unionsrecht und der vergleichenden Darlegung der Umsetzungskonzepte in Deutschland und Ungarn kann geprüft werden, wie die Neuerungen des Unionsrechts im Vertragswerk von Lissabon mit besonderem Augenmerk auf das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen in der vergaberechtlichen Diskussion fruchtbar gemacht werden können (Kapitel 5). In diesem Kontext ist ebenfalls in Kapitel 5 die für Verwaltungskooperationen bezeichnende staatliche Daseinsvorsorge in den Mitgliedstaaten aus Sicht des Unionsrechts zu beleuchten. Sodann können die gefundenen Ergebnisse darauf hin

123 Vgl. zu den Schwierigkeiten, die jüngere Rechtsprechung dogmatisch einzuordnen; CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 152 ff.; STEPHAN TOMERIUS, LKV 2009, S. 395, S. 398 ff.;

124 Aus Sicht des österreichischen Kommunalwirtschaftsrechts bemängelt beispielsweise JOHANNES SCHMID die fehlende dogmatische Begründung der Urteile und deren konsistente Verknüpfung; Österreichische Gemeindezeitung, Nr.7-8/2009, S. 35, S. 37. Zur selben Problematik aus ungarischer Sicht siehe JUHÁSZ ÁGNES, Miskolci Jogi Szemle 4. évfolyam 2009 (Jahrgang), 1. szám (Nr.), S. 84, S. 89 ff. Aus primärrechtlicher Perspektive daher ebenfalls kritisch ANNETTE ROSENKÖTTER/THORSTEN WUERSIG, The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement, (Gutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments, Januar 2010, PE 429.988 (IP/AIMCO/NT/2009-12, S. 9 f.

125 So JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, Urteilsanmerkung zu EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), EuZW 2009, S. 531, S. 532.

überprüft werden, inwieweit eine stimmige Systematisierung der gegenwärtig unklaren Rechtslage möglich ist (Kapitel 6). Die so gewonnenen Erkenntnisse sollen schließlich in einen sekundärrechtlichen Regelungsvorschlag münden und so einen Diskussionsbeitrag zur aktuellen Auseinandersetzung zwischen dem Europäischen Parlament, dem vergaberechtlichen Schrifttum¹²⁶ sowie der Kommission¹²⁷ in Bezug auf eine gesetzliche Regelung der hier untersuchten Sachfrage leisten.

Kapitel 2 Kommunale Kooperationspraxis in der Union, Ungarn und Deutschland

Im Folgenden wird die Praxis der interkommunalen Kooperationen in den Mitgliedstaaten dargelegt und systematisiert. Auf diese Weise sollen genaue Erkenntnisse darüber gewonnen werden, wie die Gestaltungsspielräume der Kommunen in den einzelnen Mitgliedstaaten beschaffen sind. Daneben soll auch ein Überblick darüber gegeben werden, wie im Einzelnen die Zusammenarbeitsformen konstruiert sind und welchen Zwecken sie in der Regel dienen. Nach Möglichkeit werden die unionsweit feststellbaren Kooperationen in einzelne Erscheinungsformen eingeteilt und in einem übergreifenden Modell erfasst. Mit dieser Systematisierung der Zusammenarbeitsformen soll einer einheitlichen und konsequenten rechtlichen Beurteilung sämtlicher Kooperationen der Weg geebnet werden.

Interkommunale Kooperationspraktiken haben sowohl hinsichtlich ihrer inhaltlichen Zwecksetzung als auch in Ansehung ihrer rechtlichen Konstruktionen mannigfache Erscheinungsformen und bleiben nicht nur auf Deutschland beschränkt. Einer europaweiten Umfrage des Verbandes kommunaler Unternehmen aus dem Jahr 2005¹²⁸ zur Folge lassen sich Kooperationsformen in mindestens zwölf Mitgliedstaaten beobachten. Wie Abbildung 1. zu entnehmen ist, variiert dabei die Anzahl der verschiedenen Kooperationsformen von eins bis sieben in den betreffenden Mitgliedstaaten, wobei die Rechtsform öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sein kann. Hinsichtlich des jeweils ins Auge gefassten Kooperationszweckes sind alle Bereiche denkbar, von der gemeinsamen Wahrnehmung rein hoheitlicher Aufgaben der Verwaltungsvollstreckung¹²⁹, über Zusammenarbeitsformen in der Tou-

126 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 18.05.2010 zu neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175(INI)) – im Amtsblatt noch nicht veröffentlicht (Stand: 07.12.2010), Punkte 9.-12. (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit). Die Überlegung klarstellender Regelungen im Hinblick auf die neu eingeführte Rechtssetzungskompetenz der Union im Rahmen des Art. 14 Satz 2 AEUV aufwerfend ANNETTE ROSENKÖTTER/THORSTEN WUERSIG, The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement, (Gutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments, Januar 2010, PE 429.988 (IP/AIMCO/NT/2009-12, S. 9 f. Einen konkreten Regelungsvorschlag im Hinblick auf das deutsche Vergaberecht liefert CHRISTINE HAHN, Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2007, S. 182.

127 Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge, KOM(2011) 15 endgültig (Deutsche Fassung), S. 24 ff.

128 Vgl. die Angaben im Anhang zu Abbildung 1.

129 Beispielhaft sei Finnland benannt, wo die Gemeinden häufig gemeinsame Behörden (joint municipal authorities) unterhalten: PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpa-

rismusentwicklung oder der Kultur und Bildung, bis hin zu rein gewerblichen Gemeinschaftsprojekten mehrerer kommunaler Träger.¹³⁰ Ein Schwerpunkt ist ganz allgemein gesprochen die Zusammenlegung von Kapazitäten, um öffentliche Aufgaben gemeinsam zu erbringen oder strategische Projekte – etwa die Tourismusentwicklung einer Region – gemeinsam anzugehen. Daneben gibt es aber auch Beschaffungsk Kooperationen, bei denen die Gemeinden die für ihre Verwaltungsarbeit notwendigen Mittel gemeinsam einkaufen. Eine vom Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments am 20.04.2006 durchgeführte Anhörung ergab, dass Gemeinden in der gesamten Union die von ihnen betriebenen Kooperationsformen durch das europäische Vergaberecht bedroht sehen.¹³¹

A. Begriffsdefinition - Interkommunale Zusammenarbeit in Europa

Der Terminus „interkommunale Kooperation“ fand im Verlauf der vergaberechtlichen Diskussionen Einzug in den Sprachgebrauch der Unionsorgane¹³² und es kann von einem zunehmend ausgeprägtem Problembewusstsein gesprochen werden.¹³³ Der „Wert interkommunaler Kooperationen“ – namentlich die gemeinsame Aufgabenerledigung durch Verwaltungszusammenarbeit auf der lokalen Ebene – wird als eigenständige Rechtsfigur anerkannt und mit den Wettbewerbszielen des europäischen Vergaberechts in Abwägung gestellt.¹³⁴ Daher ist eine möglichst genaue Eingrenzung des Begriffes der interkommunalen Zusammenarbeit und der damit in Zusammenhang stehenden Sachverhaltskonstellationen notwendig. Bereits die Übersicht in Abbildung 1.¹³⁵ zur Verbreitung und den Erscheinungsformen interkommunaler Kooperationen in Europa legt den Befund nahe, dass eine starre Begriffsbildung nicht möglich ist. Gemein ist allen interkommunalen Zusammenarbeitsformen in sämtlichen Mitgliedstaaten lediglich, dass es sich um die gemeinschaftliche Verwirklichung von Aufgaben oder Projekten durch mindestens zwei Gebietskörperschaften handelt.¹³⁶ Über die genaue Aufgabenverteilung und die Qualität der jeweiligen Aufgabe im Sinne einer öffentlichen Pflichtaufgabe oder einer rein freiwilligen Servicebetätigung¹³⁷ so wie die rechtliche Ausgestaltung

pier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, 41.

130 Siehe dazu umfangreiche Praxisberichte aus Deutschland : Kienbaum Studie/DStGB, S. 15ff.

131 Vgl. den Bericht von der Anhörung, KERSTIN STUBER, Sachsenkurier 2006, S. 384.

132 Die Kommission spricht seit Jüngstem von „öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit“, Pressemitteilungen zur Ausschreibungsfreiheit interkommunaler Kooperationsformen; IP/09/1758 vom 20.11.2010 und IP/09/1462 vom 08.10.2009. Von „interkommunalen Kooperationen“ spricht explizit Generalanwältin VERICA TRSTENJAK, Schlussanträge zu EuGH C-324/07 (Coditel) vom 04.06.2008, Rn. 63 ff. und 80 ff.

133 Generalanwältin STIX-HACKL, Schlussanträge zu EuGH C-340/04 (Carbotermo) vom 12.01.2006 würdigt ausführlich die sog. Public-Public-Partnerships, die auf die Initiative von Gemeinden beruhen und fordert klare vergaberechtliche Beurteilungskriterien für die möglichen Sachverhaltskonstellationen, Rn. 32 ff.

134 Generalanwältin VERICA TRSTENJAK, Schlussanträge zu EuGH C-324/07 (Coditel) vom 04-06.2008, Rn. 63 ff. und 80 ff.

135 Siehe die Abbildungen im Anhang.

136 So auch PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 13.

137 Verfassungsrechtlich dürfen Kommunen als Hoheitsträger öffentliche Aufgaben nur wahrnehmen und Leistungen

der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung ist damit noch nichts Genaues gesagt.

Allgemein können zunächst alle Kooperationsformen als interkommunal bezeichnet werden, deren Teilnehmer ausschließlich Kommunen, Kommunalverbände oder sonstige kommunale Zweckvereinigungen sind, wie etwa kommunale Genossenschaften,¹³⁸ oder einem dieser kommunalen Träger rechtlich oder wirtschaftlich unterstehende Wirtschaftsbetriebe. Die jeweilige Zusammenarbeit kann im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung errichtet oder durch zivilrechtlichen Vertrag begründet werden. Die Zusammenarbeit kann rein gewerblichen Zielen dienen oder die gemeinsame Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Gegenstand haben. Sie erfolgt zumeist freiwillig, kann aber auch von der Aufsichtsbehörde zwingend angeordnet werden.¹³⁹ So gesehen reicht das Spektrum interkommunaler Kooperationen von der rein gewerblichen Zusammenarbeit zweier juristischer Personen des Privatrechts¹⁴⁰, die im Eigentum der beteiligten kommunalen Träger stehen, bis hin zu einer unmittelbaren Kooperation zweier oder mehrerer Gemeinden im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, deren Mitglieder sie sind. Letztere kann sogar in Gestalt einer gesetzlich vorgeschriebenen „Pflichtkooperation“ erfolgen.¹⁴¹ Für eine genaue Eingrenzung der für diese Arbeit relevanten Zusammenarbeitsformen bietet sich eine Systematisierung nach den jeweiligen Zielen der Kooperationen¹⁴² einerseits und ihrer rechtlichen Konstruktion andererseits an.¹⁴³

B. Praxisüberblick

Im Folgenden soll anhand von vier Untersuchungen zu der Verbreitung interkommunaler Kooperationen und deren verschiedenen Erscheinungsformen sowie der einzelnen Kooperationsziele ein Überblick zu der Praxis in Europa gegeben werden. Soweit auf Grundlage der nachfolgend dargestellten Kooperationstypen eine Typisierung der in der Europäischen Union anzutreffenden Kooperationen vorgenommen werden kann, wird eine daraus entwickelte einheitliche rechtliche Beurtei-

an die Bevölkerung erbringen, wenn sie die jeweilige Aufgabe entweder als Pflichtaufgabe erfüllen müssen oder – falls eine solche Betätigungspflicht nicht besteht – Gründe des Allgemeinwohls das Tätigwerden der Kommune im Sinne eines legitimen Zwecks rechtfertigen können. Hierzu allgemein; JOSEF ISENSEE, in ISENSEE/KIRCHHOF, Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, 3 Aufl. 2006, § 73, Rn. 12 ff. Dementsprechend schreiben die Landesgesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit vor, dass Gemeinden nur diejenigen Aufgaben (gemeinsam) wahrnehmen können, zu deren Erfüllung sie berechtigt oder verpflichtet sind; vgl. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit – Hessen.

138 Zu den kommunalen Genossenschaften in Belgien vgl. EuGH C-324/07 (Coditel), Urteil vom 13.11.2008, = NZBau 2009, 54.

139 So lassen sich etwa in Österreich und Finnland solche Pflichtverbände beobachten, die durch Gesetz errichtet werden PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 18. (Österreich), S. 40 (Finnland). Veröffentlicht vom Zentrums für Verwaltungsforschung (KDZ) vom 19.05.2004. vgl. www.kdz.eu.

140 Etwa eine GmbH oder eine Aktiengesellschaft.

141 Vgl. die sogenannten Pflichtverbände in Hessen, vgl. § 13 des hessischen Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit.

142 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 37 ff. = NZBau 2009, 527.

143 Pressemitteilung der Kommission vom 08.10.2009 (IP/09/1465).

lung dieser Zusammenarbeitsformen möglich sein.¹⁴⁴ Der so gewonnene Befund soll die Frage beantworten, ob die bislang beobachtbaren Kooperationspraktiken in den einzelnen Mitgliedstaaten nach einem einheitlichen Muster erfasst werden können. Nur dann kann anhand eines solchen Musters eine einheitliche rechtliche Beurteilungsgrundlage für alle Zusammenarbeitsformen in der Gesamtheit der Mitgliedstaaten entwickelt werden. Eine anschließende Bewertung soll dabei helfen, die für das Forschungsvorhaben dieser Arbeit relevanten Zusammenarbeitsformen von den übrigen abzugrenzen.

Die erste Untersuchung basiert auf einer unionsweiten Umfrage unter den Gemeinden aus dem Jahr 2005, welcher auch die Übersicht in Abbildung 1 zur Grunde liegt.¹⁴⁵ Die zweite – auf die Praxis in Deutschland bezogene – Studie wurde vom Deutschen Städte- und Gemeindebund in Auftrag gegeben und 2004 veröffentlicht.¹⁴⁶ Sie basiert auf einer schriftlichen Befragung aller deutschen Städte und Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern¹⁴⁷ bezogen auf die Kooperationsbereiche, die Kooperationsintensität¹⁴⁸, die Organisations- und Rechtsformen so wie die inhaltliche Zwecksetzung der Kooperationen.¹⁴⁹ Die dritte, ebenfalls im Jahr 2004 vom Österreichischem Städtetag in Auftrag gegebene Studie¹⁵⁰ beinhaltet eine ländervergleichende schriftliche Interviewreihe mit Experten aus Deutschland, Finnland, Schweden und Österreich und eine schriftliche Befragung unter den Mitgliedern des Österreichischen Städtebundes.¹⁵¹ Die vierte Untersuchung schließlich wurde vom ungarischen Innenministerium im Jahr 2005 mittels einer Befragung sämtlicher Gebietskörperschaften in Ungarn durchgeführt und zielte auf eine detaillierte Erfassung jener Sachverhaltskonstellationen der kommunalen Kooperationspraxis in Ungarn ab, die im Sinne der unionsrechtlichen Vorgaben vergaberechtlich relevant sind.¹⁵²

Die Fragen sämtlicher Untersuchungen entsprachen im Wesentlichen denen der in Deutschland

144 Vgl. die Pressemitteilung der Kommission IP/09/1462 vom 08.10.2009, die unter Bezugnahme auf die jüngere Rechtsprechung des EuGH ebenfalls eine systematische Einteilung der unterschiedlichen Kooperationsformen in die Sachverhaltskonstellationen „horizontale Zusammenarbeitsformen“ und „vertikale Zusammenarbeitsformen“ den Vorzug gibt.

145 Umfrage des Verbandes Kommunalen Unternehmen vom 06.09.2005, siehe unter www.vku.de. Siehe die genaue Quellenangabe im Anhang zu Abbildung 1.

146 Die von Kienbaum Management durchgeführte Studie und ihre Auswertung ist abgedruckt in: Kienbaum DStGB – Verlagsbeilage „Stadt und Gemeinde INTERAKTIV – Interkommunale Zusammenarbeit“, Ausgabe 7-8/2004.

147 Ausgenommen waren lediglich die Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg.

148 Gemeint ist die Häufigkeit von Kooperationen, also die Rate der betriebenen Zusammenarbeitsprojekte in einem jeweiligen Betätigungsfeld. Wie viel Prozent der befragten Kommunen geben an, in einem bestimmten Bereich (etwa Abfallwirtschaft) mit anderen Gemeinden zu kooperieren?

149 Die Rücklaufquote der befragten 1293 Kommunen betrug 27,1 %.

150 Veröffentlicht vom Zentrum für Verwaltungsforschung (KDZ) vom 19.05.2004. vgl. www.kdz.eu. Siehe die genaue Quellenangabe im Anhang zu Abbildung 2.

151 Diese Umfrage erfasste die österreichischen Gemeinden nach Einwohnerzahl und Verteilung auf die Bundesländer und erzielte eine Rücklaufquote von 25 %.

152 Belügyminisztérium – Önkormányzati Kapcsolatok Főosztálya, Az in house beszerzés és a helyi közszolgáltatások ellátása témekörében végzett kérdőíves felmérés megállapításai, Dokument Nr. 308-155/2005. Siehe unter www.bm.hu. [Im Folgendem Zitiert als: Innenministerium Ungarn/Dok.-Nr. 308-155/2005].

durchgeführten Studie. Diese Untersuchungen erfassen zwar nur 13 Mitgliedstaaten und sind daher nicht abschließend zu verstehen. Ziel der folgenden Systematisierung ist es, ein möglichst weites Spektrum der in der Union anzutreffenden Kooperationsformen zu erstellen und für deren Ausschreibungspflicht eine konsequente und einheitliche Beurteilungsgrundlage aus dem Unionsrecht zu entwickeln. Wie aus Berichten und Untersuchungen sowohl des Europäischen Parlaments als auch der Kommission hervorgeht, lässt sich europaweit beobachten, dass die kommunale Selbstverwaltung mit dem Wettbewerbsrecht der Union in Konflikt steht.¹⁵³ Die Kommission signalisiert in ihrer Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa hinsichtlich der lokalen Daseinsvorsorge eine Bereitschaft, den kommunalen Interessen entgegen zu kommen.¹⁵⁴ Angesichts dieser unstrittig gesamteuropäischen Dimension der Sachfrage, mögen daher die hier zusammengeführten Untersuchungsergebnisse aus den genannten 13 Mitgliedstaaten¹⁵⁵ und deren Ergänzung durch zusätzliche Ländernachweise¹⁵⁶ an gebotener Stelle exemplarisch für die gesamteuropäischen Tendenzen stehen. Wenn es gelingt, ein möglichst weites Modell für die bisher in Europa feststellbaren Kooperationstypen zu erstellen, ist es wahrscheinlich, dass dieses Modell auch auf die Zusammenarbeitsformen in den bislang nicht abschließend untersuchten Mitgliedstaaten¹⁵⁷ angewendet werden kann.¹⁵⁸

I. Kooperationsziele und Häufigkeit

In allen untersuchten Ländern lässt sich bereits gegenwärtig ein weites Betätigungsfeld für Kooperationen feststellen, welches sich von der gemeinschaftlich organisierten Daseinsvorsorge über verwaltungsinterne Datenverarbeitung und Personalwesen bis hin zu gemeinsamen Strukturförderungen einer Region erstrecken.¹⁵⁹ Zunächst sollen die einzelnen Kooperationsziele dargestellt und drauf hin untersucht werden, ob sie die taugliche Grundlage einer Modellbildung im hier verfolgten Sinne sein können.

153 Etwa European Parliament -Draft Report on Services of general interest, PR/612110 XM vom 16.05.2001, S.11.

154 Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 19.01.2001, Amtsblatt EU 2001/C17/04, S. 17/10, Rn.32.

155 Siehe dazu Abb. 1 im Anhang mit insgesamt 13 Mitgliedstaaten. Die Studie des Österreichischen Städtebundes untersucht 4 Staaten vergleichend.

156 Einzelne offizielle Dokumente der Organe der Europäischen Union, insbesondere einschlägige Urteile der EuGH so wie die Anhänge zu der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, ABl. EU, L 134, S. 114 ff. enthalten Nachweise zu den Kooperationspraktiken einiger Mitgliedstaaten, die an erforderlicher Stelle ausgewertet werden.

157 Gemäß Art. 11 der Europäischen Charta der Kommunalen Selbstverwaltung, der sämtliche Mitgliedstaaten der EU angehören, ist die Kooperationshoheit der Kommunen in allen Mitgliedstaaten Bestandteil der jeweiligen Rechtsordnungen.

158 So auch CARSTEN JENNERT, der eine nach funktionalen Kriterien ausgerichtete Systematisierung der in den 27 Mitgliedstaaten beobachtbaren Kooperationen vorschlägt, um aus dem Unionsrecht einheitliche rechtliche Kriterien für deren Beurteilung ableiten zu können; NZBau, 2010, S. 150, S. 152.

159 Vgl. die Untersuchungsergebnisse aus Österreich in Abbildung 2. Zu den ähnlichen Ergebnissen aus anderen Staaten vgl. (Deutschland); Kienbaum Studie/DStGB, S. 11; (Ungarn): Innenministerium Dok.-Nr. 308-155/2005, S. 3 [genauer Fundstellennachweis im Anhang zu Abb. 3].

1. Klassischer Hoheitsbereich und Leistungsverwaltung

Die beiden großen Felder, in welche die Zusammenarbeit von Kommunen eingeteilt werden kann, sind erstens die klassischen hoheitlichen Aufgaben und zweitens die Leistungsverwaltung. Bei Ersterem handelt es sich um Aufgaben, die nach dem Recht des betroffenen Staates nur von Hoheitsträgern wahrgenommen werden können. Im hier relevanten Sinne handelt es sich um Aufgaben, die den Kommunen in ihrer Eigenschaft als Hoheitsträger zugewiesen sind. Beispiele wären etwa die kommunalen Formen der Eingriffsverwaltung, öffentliche Sicherheit und Ordnung, Bauaufsicht, Bauplanung, das Standesamtwesen, Einwohnermeldewesen und ähnliches. Die Leistungsverwaltung hingegen umfasst alle wichtigen Dienstleistungen der Grundversorgung, welche wegen ihrer zentralen Bedeutung von der Verwaltung bereitgestellt werden oder von Privatanbietern unter staatlicher Aufsicht angeboten werden.¹⁶⁰ Hierzu zählen etwa die Bereitstellung und Instandhaltung von Straßen, die medizinische Versorgung, Abfall- und Abwasserentsorgung, Wasser- und Energieversorgung, Bildungswesen und ähnliches. Freilich variieren die einzelnen Dienstleistungen hinsichtlich ihres hoheitlichen Charakters und ihrer Nähe zur Grundversorgung und es hängt stets vom jeweiligen Mitgliedstaat ab, inwieweit für einen Aufgabenbereich ein Vorbehalt staatlicher Verantwortung gesetzlich angeordnet wird.¹⁶¹

2. Sonstige Zwecke

Neben den beiden großen Gruppen der Leistungsverwaltung und der klassisch hoheitlichen Aufgabenwahrnehmung in Form von Verwaltungskooperationen kann noch zusammenfassend ein drittes Betätigungsfeld eingeführt werden. Dieses beinhaltet all jene Kooperationsbereiche, die sich nicht im unmittelbaren Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung verwirklichen, weil keine Leistung der Verwaltung in Richtung der Bevölkerung erfolgt. In Österreich ist hier besonders die Zusammenarbeit zur Bewältigung verwaltungsinterner Logistik zu benennen (etwa elektronische Datenverarbeitung, Buchhaltung, Rechnungswesen). In Deutschland kann etwa die Tourismusentwicklung im Sinne einer regionalen Strukturförderung hierher gezählt werden mit einer immerhin 48,3 %-en Kooperationsrate.¹⁶² In Ungarn wiederum steht es Kommunen frei, sich gewerbetreibend auf dem Markt zu betätigen, ohne dass sie hierbei an die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gebunden sind.¹⁶³ Auf Gewinnerzielung gerichtete kommunale Gemeinschaftsunternehmen, die nicht der Er-

¹⁶⁰ Vgl. Kienbaum Studie/DStGB, S. 11;

¹⁶¹ Dies wird in Art 14. des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union bekräftigt und im Protokoll Nr. 26 dahingehend konkretisiert, dass den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen eingeräumt wird hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung der Rahmenbedingungen und der rechtlichen Konstruktion auch lokal betriebener, also kommunaler Daseinsvorsorge; Protokoll Nr. 26 zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon, ABl. Nr. C 306/1 vom 17.12.2007.

¹⁶² Kienbaum Studie/DStGB, S.11.

¹⁶³ Dazu näher in Abschnitt D; I. dieses Kapitels.

füllung öffentlicher Aufgaben dienen¹⁶⁴, können auch in die Gruppe der sonstigen Zwecke eingereiht werden. Da sie nicht der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, berühren sie nicht die beschriebene Kernfrage der hiesigen Untersuchungen und bleiben nachfolgend außer Betracht.

3. Feststellbare Tendenzen in den Mitgliedstaaten und Bewertung

Eindeutige Tendenzen bezüglich des Aufkommens von Kooperationen in den genannten drei Bereichen lassen sich in keinem der untersuchten Länder feststellen. So gibt es in Deutschland¹⁶⁵ im Bereich der klassisch hoheitlichen Aufgaben Betätigungsfelder mit nur knapp 5 %-igen Kooperationsraten (Bauaufsicht) bis hin zu 26-27 % (Brandschutz oder Raumplanung). Ähnlich uneinheitlich ist das Bild in Österreich¹⁶⁶ und Finnland, lediglich in Schweden scheint der rein hoheitliche Bereich eine untergeordnete Rolle zu spielen.¹⁶⁷ Im Bereich der Leistungsverwaltung lässt sich in Österreich und Deutschland eine starke Ausprägung der Abfallwirtschaft, der Abwasserentsorgung und der Wasserversorgung mit einer über 30 %-igen Kooperationsrate feststellen. Auch in Finnland spielt die Leistungsverwaltung eine wichtige Rolle.¹⁶⁸ In Ungarn erfüllen 55 % der Kommunen ihre Aufgaben der örtlichen Daseinsvorsorge in Kooperationsformen mit anderen Kommunen.¹⁶⁹ Die betroffenen Bereiche gehören zur Kategorie der Leistungsverwaltung, beispielsweise die Abfallwirtschaft, die Trinkwasser- und Abwasserwirtschaft oder der öffentliche Personennahverkehr.¹⁷⁰ Auch in Ungarn ist die Kooperationsdichte der einzelnen Bereiche uneinheitlich und variiert zwischen 0,4-2,6 % (Straßenbau und Öffentlicher Nahverkehr) bis knapp 37 % (Abfallwirtschaft). Zunehmend lassen sich privatrechtlich organisierte Kooperationen feststellen, bei denen eine Gebietskörperschaft ein im Eigentum einer Nachbarkommune stehendes Unternehmen¹⁷¹ mit der Durchführung öffentlicher Aufgaben betraut.¹⁷² Es lassen sich in der ungarischen Praxis auch koor-

164 Laut der zitierten Umfrage des ungarischen Innenministeriums unter 1161 Gebietskörperschaften in Ungarn aus dem Jahre 2005 existieren solche Gemeinschaftsunternehmungen neben den klassischen Kooperationen zum Zwecke der gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben; Innenministerium Ungarn/Dok.-Nr. 308-155/2005, S. 7.

165 Zum „sehr weit gefächertem Bild“ kommunaler Kooperationshäufigkeit in einzelnen Sachgebieten in Deutschland vgl. auch HANS-JÖRG FRICK/MICHAEL HOKKELER, Interkommunale Zusammenarbeit – Handreichung für die Kommunalpolitik, Texte der Kommunalakademie, Band 4. 2008, S. 27 f.

166 Siehe Abbildung 2 im Anhang.

167 Beispielfhaft sei Finnland benannt, wo die Gemeinden häufig gemeinsame Behörden (joint municipal authorities) unterhalten: PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 40 f. (Finnland), S. 41 f. (Schweden).

168 Etwa öffentlicher Verkehr, Infrastrukturleistungen, Sozialwesen; PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 40.

169 Siehe Abbildung 3 im Anhang. Innenministerium Ungarn/Dok.-Nr. 308-155/2005 S. 2 ff.

170 Innenministerium Ungarn/Dok.-Nr. 308-155/2005 S. 3.

171 Etwa eine Zrt. Also eine Aktiengesellschaft nach ungarischem Recht.

172 So etwa die Beauftragung des als Aktiengesellschaft organisierten öffentlichen Straßenbauunternehmens der Stadt Budapest mit der Durchführung von Straßeninstandhaltungsarbeiten durch den Gemeinderat der Nachbargemeinde Budakeszi. Siehe dazu den Pressebericht von SÁNDOR SZILÁGYI in *Magyar Nemzet* vom 03.04.2010 (LXXIII. Jahrgang, Ausgabe Nr. 91) S. 3.

dinierende Zusammenarbeitsformen im Bereich der Leistungsverwaltung etwa auf dem Gebiet des Gesundheitswesens beobachten, die über Möglichkeiten künftiger Zusammenarbeit beraten.¹⁷³ Unter Berücksichtigung der Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof lässt sich feststellen, dass zumindest im Bereich der Leistungsverwaltung interkommunale Kooperationen in Italien¹⁷⁴, Spanien¹⁷⁵, Frankreich¹⁷⁶ und Belgien¹⁷⁷ anzutreffen sind.

Angesichts der dargelegten uneinheitlichen Verteilung der Kooperationsdichte der einzelnen Aufgabenbereiche in den verschiedenen Staaten, lässt sich eine klare Einteilung in verschiedene Sachverhaltsgruppen nicht anhand der Kooperationszwecke erzielen. Fest steht lediglich, dass in der Tendenz die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und insbesondere der Daseinsvorsorge im Vordergrund steht, weshalb diesen Zusammenarbeitsform besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist.

II. Rechtsformen der Zusammenarbeit

Insgesamt können drei Bereiche der Zusammenarbeitsformen festgestellt werden. Diese sind die formlosen, vertikalen und horizontalen Kooperationen, wobei die letzten beiden Gruppen den Gegenstand der vergaberechtlichen Diskussion bilden.¹⁷⁸

1. Formlose Kooperationen

Die formlosen Zusammenarbeitsformen sind nicht auf die Erzielung eines Rechtserfolges nach außen gerichtet und spielen lediglich im Sinne einer informellen Zusammenarbeit eine Rolle. Eine häufig in Deutschland anzutreffende Form stellen die kommunalen Arbeitsgemeinschaften dar. Sie werden durch den Abschluss eines koordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages im Sinne des

173 Siehe den Bericht eines kommunalen Zusammenschlusses, der über mögliche kommunale Gemeinschaftsprojekte zur Entwicklung der Gesundheitsversorgung berät unter: http://hahc.hu/hireink_2007_10_04_xix_szimpozum.php. (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

174 Versorgung mit Heizgas: EuGH C-231/03 (Coname), Urteil vom 21.07.2005 = EuZW 2005, 529; Bereitstellung und Betrieb eines öffentlichen gebührenpflichtigen Parkplatzes: EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005, Rn. = EuZW 2005, 727; Lieferung von Brennstoffen an eine Kommune durch eine Aktiengesellschaft, im Gesamteigentum mehrerer Gemeinden; EuGH C-340/04 (Carbotermo), Urteil vom 11.05.2006 = EuZW 2006, 375.

175 Ein sehr weites Betätigungsfeld beabsichtigte beispielsweise das spanische Recht für einen Gemeinschaftsbetrieb im Eigentum mehrerer autonomer Regionen und des Zentralstaates auf den Gebieten der Infrastrukturförderung in der Landwirtschaft bis hin zu Aufgaben der technische Unterstützung in der Forstwirtschaft: EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007 = NZBau 2007, 381; vgl. den Hinweis der spanischen Regierung, wonach Formen der Verwaltungskooperation stark ausgeprägt sind in der allgemeinen Leistungsverwaltung; EuGH C-84/03 (Kommission gegen Spanien), Urteil vom 13.01.2005, Rn. 36 = NVwZ 2005, 431.

176 Errichtung von Gebäuden der öffentlichen Infrastruktureinrichtungen (Straßen, Telekommunikation, Kanalisation u.Ä.) können in Verwaltungskooperationen auch zwischen kommunalen Trägern erfolgen, vgl. EuGH C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005, Rn. 11 ff. = VergabeR 2006, 54.

177 Bereitstellung und Verwaltung des kommunalen Kabelfernsehnetzwerks durch eine interkommunale Genossenschaft für eine neu beigetretene Gemeinde; EuGH C-324/07 (Coditel), Urteil vom 13.11.2008 = NZBau 2009, 54.

178 Vgl. die Pressemitteilungen der Kommission IP/09/1462 vom 08.10.2009. Siehe dazu ausführlich in diesem Kapitel unter D so wie in Kapitel 3; B; II.

§ 54 Abs. 1 S. 1 VwVfG¹⁷⁹ gegründet und dienen der unverbindlichen Erörterung und Planung gemeinsamer Belange.¹⁸⁰ Ihre Beschlüsse haben den Charakter einer unverbindlichen Empfehlung und bedürfen einer rechtswirksamen Umsetzung durch die teilnehmenden Kommunen. Vergleichbare Zusammenarbeitsformen ohne unmittelbare Rechtswirkung nach Außen gibt es beispielsweise auch in Ungarn.¹⁸¹ Zumeist sind solche und ähnliche Zusammenarbeitsformen die Vorstufe einer „echten“ Kooperation.¹⁸² In Ermangelung eines rechtsverbindlichen Charakters sind sie vergaberechtlich nicht relevant und werden im Folgenden nicht näher untersucht.

2. Vertikale Zusammenarbeitsformen

Wesensmerkmal dieser auch als institutionalisierte Zusammenarbeit bezeichneten Form ist die dauerhafte Kooperation einer größeren Anzahl von Kommunen durch die Errichtung einer gemeinsam betriebenen juristischen Person. Die gemeinsame juristische Person wird von den einzelnen Kommunen mit der Durchführung einzelner Aufgaben betraut. Die Bezeichnung „vertikal“ signalisiert dabei die Subordination der kontrollierten juristischen Person gegenüber den Betreiberkommunen, also ihre partielle Unselbstständigkeit.¹⁸³

a) Öffentlich-rechtliche Formen

Kennzeichnend bei dieser Form ist die Entstehung einer neuen juristischen Person des öffentlichen Rechts in Gestalt einer Körperschaft,¹⁸⁴ einer Genossenschaft¹⁸⁵ oder etwa einer Anstalt. Sie werden durch eine Satzung oder durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet. Typisch für diese Zusammenarbeitsformen ist, dass es sich um größere Aufgaben handelt, die die Kapazitäten der einzelnen Kommunen überfordern. Dabei wird den neuen juristischen Personen häufig die Zuständigkeit für die zu erledigenden Aufgaben übertragen.¹⁸⁶ Folgerichtig finanzieren sie sich über Umlagen der teilnehmenden Gemeinden und Gebühren oder Entgelte, welche sie eigenständig gegenüber den Endverbrauchern der jeweiligen Leistung erheben. Ähnlich dem Befund in Deutschland, lassen sich

179 Einschlägig sind insoweit die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder, etwa §§ 54 ff. des VwVfG des Landes Hessen.

180 Zu den kommunalen Arbeitsgemeinschaften siehe CHRISTINE HAHN, Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2007, S. 24.

181 Siehe den Bericht eines kommunalen Zusammenschlusses, der über mögliche zukünftige kommunale Gemeinschaftsprojekte zur Entwicklung der Gesundheitsversorgung berät unter: http://hahc.hu/hireink_2007_10_04_xix_szimposium.php. (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

182 Kienbaum Studie/DStGB, S.5.

183 Siehe Pressemitteilung der Kommission vom 08.10.2009 (IP/09/1465).

184 Siehe für Zweckverbände in Deutschland, § 6 des hessischen Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit.

185 In Belgien als eine Form der sogenannten „Interkommunalen“ nach Art. 3ff des Gesetzes vom 22. Dezember 1986 über die Interkommunalen (Moniteur Belge vom 26. Juni 1987, S. 9909.); vgl. EuGH C-324/07 (Coditel), Urteil vom 13.11.2008, Rn. = NZBau 2009, 54.

186 So etwa bei den sog. Gemeindeverbänden in Österreich; PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S.

im Bereich der Leistungsverwaltung in Österreich die kommunalen Verbände mit einer 45 %-igen Quote feststellen.¹⁸⁷ Vergleichbare Organisationsformen sind ferner in Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich¹⁸⁸, Großbritannien, Italien, Luxemburg, Schweden, Spanien und Ungarn zu beobachten.¹⁸⁹

b) Privatrechtliche Formen: Gemeinsame Kommunalunternehmen

Privatrechtliche institutionalisierte Kooperationen erfolgen im Wege der Gründung eines gemeinsamen Kommunalunternehmens durch mehrere Gemeinden.¹⁹⁰ Eine solche Gründung setzt in Deutschland nach den landesrechtlichen Bestimmungen¹⁹¹ entsprechende Ratsbeschlüsse der beteiligten Kommunen voraus, die mit Bezugnahme auf die jeweiligen Beschlüsse der Partnerkommunen gefasst werden. Die Tätigkeit der Gesellschaft wird vom Gemeindevorstand überwacht, die in die Gesellschaft entsandten Vertreter sind an die Weisungen des Gemeindevorstandes gebunden.¹⁹² Kooperationen mittels gemeinsamer Gesellschaften des Privatrechts sind überwiegend in der Leistungsverwaltung anzutreffen, etwa in der Abfallwirtschaft und der Stadtreinigung mit 16 %-iger Häufigkeit.¹⁹³ Auch in Österreich ist eine vergleichbare privatrechtliche Organisationsform vorhanden. Nach Art. 116 Abs. 2 der Bundesverfassung Österreichs sind Kommunen privatrechtsfähig. Dies berechtigt sie dazu, ohne gesetzliche Ermächtigung Verwaltungsgemeinschaften durch privatrechtliche Verträge zu errichten.¹⁹⁴ Diese Kooperationsformen spielen auch in Österreich eher in der Leistungsverwaltung (etwa Wasserversorgung mit 33 %) eine erhebliche Rolle. Auch in Finnland werden einige kommunale Aufgabenbereiche mittels gemeinschaftlicher GmbH durchgeführt.¹⁹⁵ In Ungarn können sich die Kommunen den Handlungsformen des Zivilrechts bedienen und ihre privatrechtlich verfassten Kooperationsformen damit frei wählen.¹⁹⁶ Daher ist die Gründung einer

187 PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 22.

188 Siehe Anhang III zu Art. 1 Abs. 9 Unterabsatz 2 der VKR 2004/18EG vom 31.03.2004, Abl. L 134 S. 114, Punkt VI. (Frankreich), wo die so genannten *établissements publics de coopération intercommunale*, besonders als öffentliche Einrichtung im Sinne des Art. 9 der Richtlinie angeführt werden.

189 Siehe zu diesen Ländern auch Abbildung 1 im Anhang.

190 Ein Beispiel aus Italien ist etwa Art. 22 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 142 über die kommunale Selbstverwaltung (GURI, supplemento ordinario Nr. 135 vom 12.06.1990), wonach öffentliche Aufgaben der Kommunen von einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH ausgeführt werden können, wenn die Anteile der Gesellschaft von den auftragserteilenden Kommunen gehalten werden. Das Gesetz ist auszugsweise abgedruckt in EuGH C-231/03 (Coname), Urteil vom 21.07.2005, Rn. 3 = EuZW 2005, 529.

191 § 50 Abs. 1 S. 1 i.V.m § 122 Hessische Gemeindeordnung.

192 § 125 Hessische Gemeindeordnung.

193 Zu den gemeinschaftlichen Kommunalunternehmen HANS-JÖRG FRICK/MICHAEL HOKKELER, Interkommunale Zusammenarbeit – Handreichung für die Kommunalpolitik, Texte der Kommunalakademie, Band 4. 2008, S. 55 ff.

194 PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 19.

195 PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 41.

196 HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat, S. 266.

GmbH durch mehrere Kommunen ohne Weiteres möglich und gehört zu den häufigsten Zusammenarbeitsformen.¹⁹⁷ Auch in Schweden sind zahlreiche Kooperationen des Privatrechts zulässig¹⁹⁸, wobei der Schwerpunkt der Zusammenarbeitsformen insgesamt bei den Verbänden, also öffentlich-rechtlichen Zusammenschlüssen liegt.¹⁹⁹ Die institutionalisierte Zusammenarbeit von Kommunen im Rahmen privatrechtlicher Gesellschaften ist ferner in Italien²⁰⁰ und Spanien²⁰¹ anzutreffen.

3. Horizontale Kooperationen: öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Verträge

Bei horizontalen Kooperationen schließen die Kommunen unmittelbar untereinander Verträge über die gegenseitige Erbringung von Leistungen. Die Leistungsbeziehung besteht somit unmittelbar zwischen den Kommunen, die sich als gleichrangige Partner gegenüber stehen, was die Bezeichnung „horizontal“ bereits erkennen lässt. Eine vertikal kontrollierte juristische Person kann auch bei diesen horizontalen Zusammenarbeitsformen eingeschaltet werden. Allerdings gehört die juristische Person dann nicht allen Kommunen sondern alleine der „beauftragten“ Kommune, die die jeweilige Leistung von ihrem Kommunalunternehmen erbringen lässt.

Als öffentlich-rechtliche Kooperationsverträge sind die sogenannten Zweckvereinbarungen in Deutschland als stärkste Ausprägung im europäischen Vergleich zu benennen und werden in diesem Kapitel noch ausführlich behandelt. Ein weiteres Beispiel für öffentlich-rechtliche Kooperationsvereinbarungen sind die in Finnland relativ neu geschaffenen Bezirkskontrakte.²⁰² Sie werden in 25 Regionen des Landes genutzt und spielen vor allem in der Leistungsverwaltung eine Rolle. In Frankreich sind derartige Einzelverträge zwischen Kommunen im Bereich der Bauausführung zu benennen, bei denen eine Gemeinde eine andere mit der Bauleitung in Ansehung eines Gebäudes betraut und diesbezügliche Zuständigkeiten überträgt.²⁰³ Auch die spanische Rechtsordnung kennt solche Verträge zwischen Gemeinden.²⁰⁴ In Österreich ist mit der Möglichkeit der Kommunen, gemäß § 116 der Bundesverfassung privatrechtliche Verträge mit einander abzuschließen²⁰⁵, der Bedarf an

197 Siehe § 2/A Abs. 2 des ungarischen Vergabegesetzes 2003 CXXIX in der Fassung vom 01.04.2010. Diese Vorschrift begründet eine Ausschreibungsfreiheit für Gesellschaften des Privatrechts, die im Gemeinschaftseigentum mehrerer öffentlicher Auftraggeber (unter anderem die Gebietskörperschaften gemäß § 22 Abs. 1 des selben Gesetzes) stehen, so lange die Gesellschaft den öffentlichen Auftrag von einem der Eigentümerkommunen erhält.

198 Siehe dazu Abbildung. 1 im Anhang.

199 PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 41

200 EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005, Rn. = EuZW 2005, 727.

201 In Form einer Aktiengesellschaft EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. = NZBau 2007, 381.

202 PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 41.

203 Vgl. EuGH C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005, Rn. 11 = VergabeR 2006, 54.

204 Vgl. dazu EuGH C-84/03 (Kommission gegen Spanien), Urteil vom 13.01.2005, Rn. 1 f. und 33 ff. = NVwZ 2005, 431.

205 STEFAN STORR, wbl (Österreich) 2005, S. 555. S. 557.

vertraglichen Zusammenarbeitsformen gedeckt.²⁰⁶ Das ungarische Recht kennt keinen eigenen öffentlich-rechtlichen Vertrag für Individualvereinbarungen zwischen Hoheitsträgern.²⁰⁷ Solche Einzelverträge werden daher im Rahmen zivilrechtlicher Verträge abgewickelt²⁰⁸, wenn auch spezielle Gesetze des öffentlichen Rechts bei dem Abschluss dieser Verträge heranzuziehen sind.²⁰⁹

Schließlich ist noch das Feld der schlichten zivilrechtlichen Verträge im Sinne von klassischen Dienstleistungsverträgen zwischen Kommunen zu benennen. In Deutschland dominieren diese Formen im verwaltungsinternen Servicebereich, etwa Gebäudewirtschaft (30,8 %), Personaldienstleistungen (21,3 Prozent) oder dem Betrieb kultureller Einrichtungen (15,6 %).²¹⁰ In Österreich stehen sie an zweiter Stelle hinter der institutionalisierten Kooperationsform der Gemeindeverbände.²¹¹ Kooperationsverträge sind auch in Finnland möglich, spielen aber wohl eine untergeordnete Rolle.²¹² Interkommunale Auftragsverhältnisse sind in der ungarischen Kommunalpraxis²¹³ die am häufigsten gewählte Form. Die beauftragte Gemeinde erbringt die Leistung entweder mit eigenen Verwaltungsdienststellen oder durch ein eigenes Kommunalunternehmen.²¹⁴

C. Zusammenfassende Bewertung der Tendenzen in den Mitgliedstaaten

I. Die Grundtypen der Kooperationen

Die Differenzierung nach den Organisationsformen ermöglicht eine griffige Systematisierung der anzutreffenden Zusammenarbeitsformen. Die Zusammenarbeitsformen können zunächst in öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche eingeteilt werden. Bei den privatrechtlichen wie auch den öf-

206 So ist die Kooperation auf Grund privatrechtlicher Verträge in Österreich in allen üblichen Betätigungsfeldern interkommunaler Kooperationen zu beobachten. Dazu PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 15.

207 Das ungarische Verwaltungsverfahrensgesetz (2004/CXL) sieht in § 76 lediglich einen Verwaltungsvertrag zwischen Behörde und einem Bürger vor, der – vergleichbar mit den subordinationsrechtlichen Verträgen in Deutschland – anstelle von Verwaltungsakten geschlossen werden kann.

208 Dazu allgemein HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat, S. 266. Dementsprechend sind in Ungarn seit bereits Mitte der 1990er Jahre Kooperationsformen zu beobachten, bei denen eine Gemeinde ihre Nachbargemeinde oder ein in deren Eigentum stehendes öffentliches Unternehmen mit der Durchführung öffentlicher Aufgaben – wie etwa dem Straßenbau – beauftragt; siehe dazu den Pressebericht von SÁNDOR SZILÁGYI in *Magyar Nemzet* vom 03.04.2010 (LXXIII. Jahrgang, Ausgabe Nr. 91) S. 3.

209 Siehe dazu detailliert die Darstellungen zu Ungarn in Kapitel. 2; D.

210 Kienbaum Studie/DStGB, S.12.

211 PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 22.

212 PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004, S. 41.

213 So etwa die Beauftragung eines als Aktiengesellschaft im Alleineigentum der Stadt Budapest betriebenen Kommunalunternehmens mit der Durchführung von Straßenbauarbeiten auf dem Gemeindegebiet der Nachbarkommune Budakeszi. Dabei erfolgte die Auftragserteilung durch den Gemeinderat der Stadt Budakeszi. Siehe dazu den Pressebericht von SÁNDOR SZILÁGYI in *Magyar Nemzet* vom 03.04.2010 (LXXIII. Jahrgang, Ausgabe Nr. 91) S. 3.

214 § 7 des Gesetzes 1997/CXXXV über die Verbandsbildung und Zusammenarbeit der örtlichen Gebietskörperschaften (törvény a helyi önkormányzatok társulásairól és együttműködéséről).

fentlich-rechtlichen Gruppen lassen sich jeweils Einzelfallvereinbarungen (horizontale Kooperation) oder institutionalisierte (vertikale) Kooperationen beobachten. Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass eine neue juristische Person errichtet wird, die mit der Durchführung von Aufgaben betraut wird. Zusätzlich kann noch danach differenziert werden, ob im Rahmen der Kooperationsvereinbarung öffentlich-rechtliche Zuständigkeiten übertragen werden. Diese Erscheinungsformen lassen sich in unterschiedlich starker Ausprägung in allen untersuchten Mitgliedstaaten feststellen. So sind in Deutschland die beiden Grundtypen privatrechtlich und öffentlich-rechtlich so wie deren Unterteilung in vertikale oder horizontale Organisationsformen allesamt vorhanden. In Österreich und Ungarn sind vertikale Formen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts möglich, Einzelfallvereinbarungen sind jedoch nur in privatrechtlicher Organisationsform vorhanden. Institutionalisierte Formen des Privatrechts sind ferner in Italien und Spanien ausgeprägt, spielen aber auch im Vereinigten Königreich die wohl gewichtigere Rolle. Öffentlich-rechtliche Formen institutionalisierter Zusammenarbeit sind in zwölf Mitgliedstaaten zu beobachten, für deren Betrieb die nationalen Vorschriften in der Regel auch keine vergaberechtliche Ausschreibungspflicht vorsehen.²¹⁵ Schweden und Finnland kennen sowohl privatrechtliche wie auch öffentlich-rechtliche Formen.

II. Keine Relevanz der Pflichtverbände oder sonstiger Zwangskooperationen

Wie einleitend erörtert²¹⁶, ist für die Fragestellung der vergaberechtlichen Beurteilung interkommunaler Kooperationen der Konflikt zwischen kommunaler Organisationshoheit und den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben wesensbestimmend. Daher werden diejenigen kommunalen Pflichtverbände, deren Errichtung vom Gesetzgeber im jeweiligen Mitgliedstaat verbindlich angeordnet wird,²¹⁷ nicht in die Untersuchungen aufgenommen. In diesen Fällen besteht kein eigenes Ermessen oder eigenständige Gestaltungsfreiheit der Gemeinden bezüglich der vorzunehmenden Zusammenarbeit.²¹⁸ Der hier interessierende Konflikt zwischen vergaberechtlicher Ausschreibungspflicht und kommunaler Organisationshoheit besteht bei verbindlich angeordneten Kooperationen daher gerade nicht. Im Folgenden sind somit nur noch jene Kooperationen angesprochen, die die Gemeinden eigenständig im Rahmen ihrer Organisationsgewalt errichten. Es gilt, einen sinnvollen Ausgleich zwischen kommunaler Gestaltungsfreiheit einerseits und den Wettbewerbszielen des Beschaffungswesens andererseits zu finden.

²¹⁵ Siehe dazu im Anhang Abbildung 1.

²¹⁶ Siehe Kapitel 1; A, I.

²¹⁷ Kienbaum Studie/DStGB S.9.

²¹⁸ Bei der zwangsweise erfolgenden Bildung sog. kommunaler Verwaltungsgemeinschaften in Österreich müssen die betroffenen Kommunen vorher gehört werden, ihre Stellungnahmen sind aber nicht bindend; BIWALD/SZCZEPANSKA/HOCHHOLDINGER, Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit, S. 18 f.

III. Zusammenfassung der hier zu untersuchenden Kooperationsformen

Kooperationen im hier interessierenden Sinne stellen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierte Zusammenarbeitsformen unmittelbar zwischen Kommunen oder diesen unterstehenden juristischen Personen dar, welche auf Grund der eigenständigen EntschlieÙung der teilnehmenden Gemeinden errichtet worden sind. Sie erfolgen entweder auf der Grundlage eines unmittelbar zwischen den Kommunen geschlossenen Vertrags oder in vertikaler Form. Bei letzterer wird die Durchführung einer Aufgabe einer juristischen Person übertragen, welche von den Kommunen zuvor gemeinsam errichtet wurde. Der Rechtsträger solcher institutionalisierter Kooperationen kann sowohl eine juristische Person des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts sein. Auch die horizontalen Kooperationen können je nach nationaler Rechtsordnung auf privatrechtlichen Vereinbarungen oder öffentlich-rechtlichen Verträgen basieren. Die verfolgten Zwecke der Kooperationen bewirken ein Wettbewerbsverhältnis mit privaten Anbietern der durch die Kooperation erzielten Leistung. Diese sind Fälle der Leistungsverwaltung, wo also die beauftragte Kommune gegenüber den Einwohnern der Auftraggeberkommune Versorgungsleistungen ausführt, welche auch von Privaten rechtlich wie tatsächlich erbracht werden können. Auch außerhalb dieser Leistungsverwaltung stehende Kooperationszwecke können aber erfasst sein, soweit ein Konkurrenzverhältnis mit Privaten entsteht. Beispiele sind etwa das verwaltungsinterne Rechnungswesen, welches auch von Privatunternehmen erbracht werden kann, ebenso wie die Entwicklung der lokalen Tourismusbranche, weil diese auch an ein Marktteilnehmer der Privatwirtschaft in Auftrag gegeben werden kann.

IV. Übertragbarkeit des entwickelten Modells auf sämtliche Mitgliedstaaten

Die dargelegte Typisierung der Zusammenarbeitsformen beschränkt sich nicht nur auf die hier dargestellten Mitgliedstaaten. Vielmehr sprechen zahlreiche öffentliche Dokumente und Resolutionen dafür, dass in allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen interkommunale Kooperationen zulässig sind und in den beiden großen Gruppen öffentlich-rechtlich und privatrechtlich organisierter Formen eingeteilt werden können.²¹⁹ Auffällig ist, dass selbst in traditionell zentralistischen Staaten wie Frankreich, sieben verschiedene Kooperationstypen zulässig sind.²²⁰ Dies erklärt die nachdrückliche Forderung sämtlicher französischer Kommunalverbände und Bürgermeisterräte nach mehr Gestaltungsmöglichkeiten der Kommunen für interkommunale Kooperationen und zwar für öffentlich-rechtlich wie privatrechtlich organisierte Formen.²²¹ Auf dieser Linie steht auch die EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 14.01.2004 zum Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen

219 Neben den nachfolgenden Angaben vgl. insbesondere die Untersuchung des Art. 10 der Charta der kommunalen Selbstverwaltung des Europarates in Kapitel 5; A; III.

220 Vgl. im Anhang Abbildung 1.

221 Siehe die Gemeinsame Erklärung deutscher und französischer Kommunalverbände vom Mai 2006, Seite 3 Punkt 1, abrufbar unter: www.rgre.de/pdf/erkl_daseinsvorsorge_de.pdf. (zuletzt gesehen am 28.12.2010)

von allgemeinem Interesse²²², in der ausdrücklich die Gestaltungsfreiheit der Kommunen bei der Erbringung ihrer örtlichen Aufgaben gefordert wird. Dieser Entschließung schlossen sich in einer Resolution vom Februar 2004 zahlreiche Bürgermeister aus den Mitgliedstaaten Belgien, Bulgarien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, die Niederlande, Italien, Spanien, Luxemburg, der Slowakei, Österreich und dem Vereinten Königreich Großbritannien an.²²³ Auch sie forderten einvernehmlich eine flexiblere Handhabung interkommunaler Kooperationen und betonten die Gestaltungsfreiheit der Kommunen hinsichtlich der zu wählenden Rechtsformen. Angesichts der in diesem Abschnitt dargelegten Daten zu den Kooperationspraktiken in unterschiedlichen Mitgliedstaaten und der Fülle von öffentlichen Erklärungen und Dokumenten, welche die hier gefundenen Ergebnisse bestätigen, kann somit davon ausgegangen werden, dass die hiesige Typisierung der Kooperationspraktiken in der zusammengefassten Grundaufstellung gemeinschaftsweit in ähnlicher Form vorzufinden ist²²⁴, wenn auch nicht jede einzelne der dargestellten Kooperationstypen in allen Mitgliedstaaten gleich stark ausgeprägt ist. Soweit aber Zusammenarbeitsformen betrieben werden, erfolgen sie stets in einer Ausgestaltung nach einem der hier dargestellten Grundtypen. Daher wird diese Typisierung im Folgenden den Untersuchungen dieser Arbeit zu Grunde gelegt.²²⁵ Ein Lösungsvorschlag für das Verhältnis kommunaler Gestaltungsfreiheit in der Daseinsvorsorge zum Wettbewerb in diesem Sektor, welche alle dargelegten Grundtypen der interkommunalen Zusammenarbeit erfasst, kann somit ein gesamteuropäisches Konzept darstellen.

D. Kooperationsformen in Ungarn und Deutschland

Nach dem bisher ermittelten Überblick zu den Organisationsformen und Zwecksetzungen interkommunaler Zusammenarbeitsformen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union werden im Folgenden die Kooperationen in Ungarn und Deutschland näher untersucht. Vorrangiges Ziel dieser Arbeit ist es zwar, ein für alle Mitgliedstaaten brauchbares System für die vergaberechtliche Beurteilung interkommunaler Zusammenarbeitsformen zu entwickeln. Ein besonderer Fokus wird daher auf die vergaberechtlichen Vorschriften des europäischen Primär²²⁶- und Sekundärrechts gerichtet

222 (KOM [2003] S. 270) Erklärung Abrufbar unter

www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2003-0484+0+DOC+PDF+V0//DE (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

223 Die Resolution ist abrufbar unter <http://www.wien.gv.at/wirtschaft/eu-strategie/daseinsvorsorge/pdf/bgm-resolution.pdf> (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

224 Vgl. dazu auch Art. 10 der Charta der kommunalen Selbstverwaltung des Europarates in Kapitel 5;A;III.

225 Jedenfalls stellt die jüngere Kommissionspraxis auch auf eine Einteilung nach vertikalen und horizontalen Kooperationsformen ab; Pressemitteilungen der Kommission in anhängigen Verfahren gegen Schweden vom 28.10.2010 (IP/10/1442), gegen Deutschland (IP/09/1465) und (IP/09/1462) vom 08.12.2009 und das Vereinigte Königreich Großbritannien (IP/09/1458) vom 08.10.2009.

226 Neben den spezifisch vergaberechtlichen Regelungen der Vergaberechtsrichtlinien 2004/18/RG und 2004/17/EG enthält auch das Primärrecht insbesondere in den Grundfreiheiten und im allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV detaillierte Vorgaben für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die gleichermaßen im Anwendungsbereich der genannten Richtlinien und auch bei sekundärrechtlich nicht erfassten Beschaffungsvorgängen Geltung be-

werden, um zu prüfen, ob aus ihnen belastbare Aussagen für die in diesem Abschnitt typisierten Grundformen horizontaler und vertikaler Kooperationen hergeleitet werden können. Die aus den unionsrechtlichen Vorschriften herleitbaren Wertungen sollen jedoch auch anhand konkreter Kooperationsformen in ausgewählten Mitgliedstaaten überprüft werden. Hierzu eignet sich die vergleichende Betrachtung Ungarns und Deutschlands aus den einleitend dargelegten²²⁷ Gründen.

I. Kommunale Kooperationspraxis in Ungarn

1. Stand der ungarischen Kommunen im Staatsaufbau und bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

Als bewusste Reaktion auf die Überzentralisierung des ungarischen Staatswesens im sozialistischen Einparteiensystem²²⁸ kam es in der Wendezeit der Jahre 1989/90 zur Wiedereinführung der lokalen Selbstverwaltung.²²⁹ Die Unterminierung des in den vorangegangenen vier Jahrzehnten etablierten zentralistisch-hierarchischen Einparteiensystems sollte unter anderem durch diese Neubelebung und Förderung eines zivilgesellschaftlichen, lokalen „Graswurzelpluralismus“ erreicht werden.²³⁰ Dementsprechend weisen in Kapitel IX der im Jahre 1990 totalrevidierten Verfassung²³¹ Ungarns²³² die §§ 41 ff. den örtlichen Gebietskörperschaften als „Gemeinschaft der Wahlbürger“ der jeweiligen Gebietskörperschaft²³³ ein umfassendes Selbstverwaltungsrecht zu. Diese wird definiert als die „(...) selbstständige demokratische Erledigung der die Gemeinschaft der Wahlbürger berührenden örtlichen öffentlichen Angelegenheiten, die Ausübung der öffentlichen Gewalt im Interesse der Einwohnerschaft“.²³⁴ Die Selbstverwaltungskörperschaften sind damit Teil der gesamtstaatlichen öffentli-

anspruchen. EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn 35 ff. = NZBau 2009, 797.

227 Siehe Kapitel 1; A; IV.

228 In der sozialistischen Volksrepublik fungierten Gemeinden lediglich als parteigesteuerte Verwaltungseinheiten, während Staat und Partei zu einer Einheit verschmolzen wurden. Siehe dazu: JÜRGEN DIERINGER/ GÁBOR SCHNEIDER, Lokale Selbstverwaltung im demokratischen Ungarn: Zwischen Subsidiarität und Überlastung in: GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1 Aufl. 2010, S. 83 ff.

229 Ausführlich zur Entstehung der örtlichen Selbstverwaltung im Transformationsprozess Ungarns; HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn, 2002, S.146 ff.

230 So JÜRGEN DIERINGER/GÁBOR SCHNEIDER, die auf die Ironie der Geschichte hinweisen, dass dieser auf Pluralismus gerichtete Reformprozess im Machtvakuum der vollständig abgeschafften Einheitspartei vollzogen wurde mit der Folge, dass ein politisch pluralistischer aber dennoch verhältnismäßig starker Staat mit oben angesiedelten Entscheidungsebenen entstand, wenn auch diesem eine auffällig starke lokale Ebene gegenübersteht. Lokale Selbstverwaltung im demokratischen Ungarn: Zwischen Subsidiarität und Überlastung in: GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1 Aufl. 2010, S. 86 ff.

231 Zu möglichen Auswirkungen der seit April 2010 laufenden umfassenden Verfassungsreform in Ungarn, siehe Kapitel 5;B;II.

232 Gesetz LXIII/1990 über die Änderung der Verfassung der Republik Ungarn.

233 Gemäß §§ 41 Abs. 1 und 42 sind dies die Gemeinden, die Städte, die Hauptstadt und ihre Bezirke sowie die Komitate. Die Wendung „Gemeinschaft der Wahlbürger einer Gemeinde, einer Stadt, der Hauptstadt und ihrer Bezirke so wie eines Komitats verwendet die zentrale Vorschrift § 42 Abs. 1 der Verfassung.

234 § 42 Satz 2. Siehe zur deutschsprachigen Übersetzung der Verfassung Ungarns (Gesetz XX/1949, vom 20.08.1949 in der Fassung der Neubekanntmachung vom 22.12.2000) in ULRICH HUFELD/ASTRID EPINEY, Europäisches Verfassungsrecht, 1. Aufl. 2009, Ordnungsziffer 15 (S. 550 ff.).

chen Gewalt und zugleich eine Vertiefung der demokratischen Partizipation der Bürger, da sie die Ausübung öffentlicher Gewalt auf lokaler Ebene in örtlichen Wahlen demokratisch legitimieren und eine Kontrolle ermöglichen. Diese Herauslösung der Selbstverwaltungskörperschaften aus dem allgemeinen Verwaltungsaufbau verwirklicht im ungarischen Staatswesen auch eine Art vertikaler Gewaltenteilung innerhalb der Exekutive dadurch, dass die selbstverwaltete Gemeinde eben nicht unmittelbar der Regierung oder den Ministerien unterworfen ist, sondern stattdessen einer lokalen demokratischen Kontrolle und einem Legitimationsvorbehalt unterliegt.²³⁵ Die Bezugnahme der Legaldefinition des örtlichen Selbstverwaltungsrechts in § 42 der Verfassung auf die „öffentlichen“ Angelegenheiten und ihre Verknüpfung mit den die Gemeinschaft der Wahlbürger betreffenden „örtlichen“ Angelegenheiten begründet – vergleichbar mit der Formulierung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG²³⁶ – eine vermutete Allzuständigkeit der örtlichen Selbstverwaltungen für alle öffentlichen Angelegenheiten von örtlichem Belang. Eine genaue Abgrenzung zu den gesamtstaatlichen, also nationalen öffentlichen Angelegenheiten enthält die Verfassung nicht und überantwortet damit die Kompetenzverteilung dem Zentralstaat²³⁷ unter Zuerkennung eines auch politischen Entscheidungsspielraumes.²³⁸ Relevanz besitzt diese Abgrenzung zwischen örtlichen und überörtlichen öffentlichen Angelegenheiten deshalb, weil im Gegensatz zum deutschen Kommunalrecht die ungarische Rechtsordnung die Kommunen bewusst nicht zu den Trägern auch gesamtstaatlicher Verwaltungsangelegenheiten auf ihrem jeweiligen Gemeindegebiet macht.²³⁹ Prinzipiell sind in Ungarn für gesamtstaatliche Aufgaben zentralstaatliche Behörden (auch auf lokaler Ebene) zuständig und für örtliche Aufgaben ausschließlich die Verwaltung der Kommunen. Als zu beachtende Minimalanforderung bei dieser Abgrenzung legt die Verfassung fest, dass öffentliche Angelegenheiten mit ausschließlich örtlichen Bezügen nicht auf gesamtstaatliche Ebenen übertragen werden können.²⁴⁰ Ferner darf die Verteilung von Kompetenzen oder die gesetzliche Zuweisung von Pflichtaufgaben durch den Zentralstaat, namentlich also dem Parlament, nicht dazu führen, dass das örtliche Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt wird.²⁴¹ Damit ist der – auch politische – Beurteilungsspielraum des

235 Beschluss des Verfassungsgerichts der Republik Ungarn. 55/1994 (XI. 10.), ABH 1994, 296, 302.

236 Vergleichend zu dem Begriff der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ i.S.d. Art. 28 Abs. 2 GG und der Legaldefinition des § 42 S. 2 der ungarischen Verfassung; HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn, 2002, S.166 ff.

237 Dass die Kompetenz zur Verteilung der Kompetenzen beim Zentralstaat liegt, lässt sich unter anderem aus § 44/A Abs. 2 der ungarischen Verfassung ableiten, der die in § 44/A Abs. 1 garantierte Rechtssetzungsbefugnis der örtlichen Selbstverwaltungskörperschaften in die Grenzen der „höherrangigen“ Rechtsvorschriften des Zentralstaates verweist.

238 Beschluss des Verfassungsgerichts der Republik Ungarn 1094/H/1996, ABH 1997 851, 854 f.

239 Im deutschen Kommunalrecht ist der Grundsatz vorherrschend, dass die örtlichen Selbstverwaltungen für sämtliche Verwaltungsaufgaben auf ihrem Gemeindegebiet zuständig sind, vgl. nur Art. 71 Abs. 2 S. 1 Verf. Ba-Wü. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes gestattet die Verfassung des Landes Hessen gemäß Art. 137 Abs. 1 S. 2 lediglich in dringendem öffentlichen Interesse.

240 Zum Folgenden HERBERT KÜPPER in Az Alkotmány Kommentárja, 2. Aufl. 2009, § 44/A, Rn. 25.

241 Dazu näher in Kapitel 5; B; II.

Zentralstaates bei der Zuweisung kommunaler Aufgabenwahrnehmung recht weit gefasst und seine verfassungsrechtliche Kontrolle wohl nur auf Extremfälle beschränkt. Zu diesem weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers tritt der Umstand hinzu, dass die in der Verfassung gewählte Abgrenzung zwischen örtlichen und nicht örtlichen öffentlichen Belangen ihrer Natur nach fließend ist und ständiger Aktualisierung im Lichte der jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnisse bedarf.²⁴² So kann bei einem Krankenhaus öffentlicher Trägerschaft und einem überregionalem Einzugsgebiet ein örtlicher Bezug hergestellt werden, da das Krankenhaus auf dem Gebiet einer Selbstverwaltungskörperschaft errichtet und betrieben wird. Da die Krankenpflege im genannten Beispiel jedoch überregionale Relevanz besitzt, steht gleichzeitig auch der gesamtstaatliche Bezugspunkt im Raum und entfaltet neben der lokalen und regionalen Selbstverwaltung eine eigenständige Wirkung. Diese fließende Abgrenzung und der weite Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers²⁴³ führt jedoch keineswegs zu einer Übermacht des Zentralstaates gegenüber den Kommunen. Es ist zu bedenken, dass im Parlament selbst seit 1994 eine starke Vertretung der kommunalen Ebene durch die Direktmandate von Bürgermeistern besteht, so dass bisweilen von einem „Parlament der Bürgermeister“ gesprochen wird.²⁴⁴ Diese versteckte „Bürgermeisterkammer“ des eigentlichen Einkammerparlaments drängt auf die Durchsetzung und Wahrung lokaler Interessen.²⁴⁵ Dem erwähnten politischen Gestaltungsspielraum des Parlaments steht somit nicht nur eine verfassungsgerichtliche Kontrolle gegenüber, sondern auch eine interne Ausrichtung der politischen Entscheidungen auf Belange mit örtlichem Bezug. In der Praxis führten diese Rahmenbedingungen zu einer effektiven Umsetzung der verfassungsrechtlich vermuteten kommunalen Allzuständigkeit für die Regelung und Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben mit örtlichem Bezug, was eine erhebliche Überbelastung kommunaler Kapazitäten zur Folge hatte.²⁴⁶ Im Jahre 2007 betrugen die Ausgaben der lokalen Selbstverwaltungen über 12 % des ungarischen BIP im Vergleich beispielsweise zu den 7-8% in Deutschland.²⁴⁷

242 Daher drängen die Kommunen auf eine eindeutige Abgrenzung staatlicher und örtlicher Aufgaben in der geplanten Verfassungsreform Ungarns, Vgl. den Entwurf der Arbeitsgruppe V. („Arbeitsgruppe Örtliche Selbstverwaltung“), V. számú, Helyi Önkormányzatok Munkacsoportja, Dokument AEB 221/2010 vom 21.10.2010. Einsehbar auf der Seite des Parlaments <http://www.parlament.hu/> (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

243 Siehe dazu auch JÜRGEN DIERINGER/ GÁBOR SCHNEIDER, Lokale Selbstverwaltung im demokratischen Ungarn: Zwischen Subsidiarität und Überlastung in: GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1 Aufl. 2010, S. 89.

244 Seit 1994 ist es in Ungarn zulässig, dass Abgeordnete einer Gebietskörperschaft zugleich auch ein Mandat als Abgeordnete des Parlaments inne haben. Seit dem steigt die Anzahl dieser Abgeordneten stetig von etwa 25 % im Jahre 2000 auf Gegenwärtig etwa 30 % nach den Parlaments- und Kommunalwahlen 2010. Siehe dazu BERNADIK IMRE, Polgármesterek parlamentje, Népszabadság 05.10.2010, évfolyam (Jahrgang) LXVIII, szám (Nr.) 232/2, S. 5.

245 JÜRGEN DIERINGER/ GÁBOR SCHNEIDER, Lokale Selbstverwaltung im demokratischen Ungarn: Zwischen Subsidiarität und Überlastung, GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1 Aufl. 2010, S. 89.

246 GURNIK ÁGNES/SZALAI ÁKOS/SZÉPE EDIT, Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól, 1998, S. 34 ff.

247 Damit ist Ungarn Spitzenreiter, nur in Skandinavien haben die lokalen Selbstverwaltungen mehr Spielraum. JÜR-

2. Der Stellenwert interkommunaler Zusammenarbeit in Ungarn

Die verfassungsrechtlich verbürgte grundsätzliche Allzuständigkeit der Kommunen für die Organisation, Regelung und Durchführung örtlicher öffentlicher Aufgaben konkretisiert in Ungarn als zentrale Vorschrift das Gesetz LXV²⁴⁸ (Selbstverwaltungsgesetz)²⁴⁹ aus dem Jahre 1990. § 1 Abs. 2 Selbstverwaltungsgesetz differenziert zwischen Aufgaben der Daseinsvorsorge einerseits so wie den Aufgaben der Eingriffsverwaltung auf der örtlichen Ebene andererseits. Der hier relevante Bereich der örtlichen Leistungsverwaltung wird in § 8 Selbstverwaltungsgesetz geregelt, der den Gemeinden und Städten einschließlich der Hauptstadt und ihrer Bezirke („települési önkormányzat“)²⁵⁰ in einer nicht abschließenden Auflistung²⁵¹ einen bereits sehr weiten Aufgabenkatalog zuweist. Dazu gehören u.a. örtliche Raumplanung- und Entwicklung, Denkmalpflege, Wohnungswirtschaft, Wasser- und Abwasserwirtschaft, Friedhofswesen, Straßenbau und Instandhaltung, Abfallwirtschaft, öffentlicher Nahverkehr, Brandschutz, örtliche Aufgaben der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Betrieb örtlicher Bildungseinrichtungen und Kinderstätten, soziale Versorgung oder Energieversorgung. Die Kommunen entscheiden zwar grundsätzlich frei darüber, in welchem Umfang sie diese Aufgaben wahrnehmen, der Gesetzgeber kann jedoch Aufgaben als Pflichtaufgaben ausweisen, soweit dies zur Versorgungssicherheit erforderlich ist.²⁵² Manche Aufgaben weist bereits das Selbstverwaltungsgesetz selbst als Pflichtaufgabe aus.²⁵³ Im Übrigen lässt sich wegen der zumeist örtlichen und gleichzeitig überörtlichen Bezüge öffentlicher Aufgaben²⁵⁴ keine klare dogmatische Grenzziehung zwischen gesamtstaatlichen und rein örtlichen Aufgaben erzielen, weshalb auch die jeweils einschlägigen Fachgesetze heranzuziehen sind.²⁵⁵ Gegenwärtig lässt sich die Anzahl der durch Fachgesetze zugewiesenen kommunalen Aufgaben auf etwa 3700 beziffern, wobei der Anteil

GEN DIERINGER/GÁBOR SCHNEIDER, Lokale Selbstverwaltung im demokratischen Ungarn: Zwischen Subsidiarität und Überlastung, GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1 Aufl. 2010, S. 91.

248 Gesetz LXV/1990, in deutscher Übersetzung von GEORG BRUNNER abgedruckt in G. Brunner (Hrsg.), Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Staaten Osteuropas (VSO), 1995, Länderteil Ungarn, Dokument 2.1.6.

249 Die amtliche Nennung des Gesetzes lautet übersetzt: Gesetz LXV/1990 über die örtlichen Selbstverwaltungen. Da es sich um die zentrale und umfassende Regelung dieser Materie handelt, ist die von JÜRGEN DIERINGER und GÁBOR SCHNEIDER verwendete deutsche Kurzbezeichnung „Selbstverwaltungsgesetz“ sehr treffend und wird im Folgenden hier übernommen; vgl. DIERINGER/SCHNEIDER in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1 Aufl. 2010, S. 89.

250 § 6 Abs. 1 Selbstverwaltungsgesetz fasst die kleineren Gemeinden, über größere Einwohnerzahlen verfügende Städte sowie die Hauptstadt und ihre Bezirke unter dem Begriff „települési önkormányzat“ zusammen, was sinngemäß als lokale Gebietskörperschaft übersetzt werden kann.

251 § 8 Abs. 1 Selbstverwaltungsgesetz zählt eine Reihe von Aufgaben auf und zählt diese „insbesondere“ zu den kommunalen Aufgaben und macht damit den nicht abschließenden Charakter der Aufzählung deutlich.

252 § 8 Abs. 3 Selbstverwaltungsgesetz.

253 Etwa Straßenbau und Instandhaltung. Öffentliche Beleuchtung, Trinkwasserversorgung, Betrieb von Schulen und Kinderstätten, vgl. § 8 Abs. 4 Selbstverwaltungsgesetz.

254 Siehe dazu HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn, 2002, S. 302 ff.

255 HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn, 2002, S. 213.

der Pflichtaufgaben eine wachsende Tendenz aufweist.²⁵⁶ Diese Entwicklung stellt die Kommunen vor zwei Herausforderungen. Zum Einen können sie trotz eigener Steuereinnahmen und gesetzlich garantierter staatlicher Transferleistungen die Vielzahl ihrer Aufgaben nicht finanzieren, was zu einer dramatischen Verschuldung der lokalen Selbstverwaltungen führte.²⁵⁷ In Folge der globalen Finanzkrise besteht seit 2008 zusätzlich das Problem, dass die Kommunen Kredite auf dem Markt nur noch unter erschwerten Bedingungen erhalten. Hinzu kommt, dass den Gemeinden die technischen und personellen Kapazitäten für eine ausreichende Erfüllung ihrer Aufgaben häufig fehlen. Dies liegt nicht zuletzt an den bislang ausgebliebenen Gebietsreformen. Für ein Land mit 10 Millionen Einwohnern wird die Anzahl von 3200 Gemeinden als deutlich zu viel kritisiert, zumal etwa die Hälfte dieser Kommunen unter 1000 Einwohner aufweist und etwas weniger als ein Drittel unter 500 Einwohner zählen.²⁵⁸ Im Vergleich hierzu reduzierte Belgien (ebenfalls 10 Millionen Einwohner) in den Jahrzehnten der Nachkriegszeit die Anzahl der Gemeinden um 78 % auf gegenwärtig knapp 600.²⁵⁹ Auf Grund der finanziellen und strukturellen Überlastung der ungarischen Kommunen entstand früh ein enormer Bedarf nach praktikablen Lösungen, die analog zu den Reformen in Westeuropa in den 1950er bis 1980er Jahren zwei wesentliche Richtungen aufweisen. Diese sind zum Einen umfassende Gebietsreformen, die vor allem die Zusammenlegung von Gemeinden bezwecken und zum Anderen die verfassungsrechtlich milderen Mittel gesetzlicher Pflichtkooperationen zwischen Kommunen oder – als mildestes Mittel – die Förderung der hier relevanten freiwilligen Kooperationsformen. Bislang scheiterten Reformansätze, die auf die Fusionen von Gemeinden abzielten. Grund ist die grundsätzlich ablehnende Haltung der Kommunen, welche die Bürgermeister über die oben erwähnte versteckte „Bürgermeisterkammer“ im Parlament einbringen. Auf Grund der dauerhaft unrealisierbaren Gebietsreformen und der chronischen Überlastung und Verschuldung der Gemeinden, besteht daher seit Beginn des Transformationsprozesses in Ungarn ein „faktischer Kooperationszwang“ der Kommunen zur Erfüllung ihrer Aufgaben, insbesondere auf dem Gebiet der hier relevanten örtlichen Leistungsverwaltung.²⁶⁰ Ihren öffentlichen Aufgaben können die Ge-

256 BERTALAN LAURA, Közzolgáltatások, kistérségek, helyi önkormányzatok, Nyugat-Magyarországi Egyetem, 2005, S. 1 f; Aufsatz Abrufbar unter: <http://rs1.szif.hu/~pmark/publikacio/Netware/bertalan.doc>. (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

257 Im Jahr 2009 betrug der Schuldenstand größerer Städte wie Debrecen, Pécs und Szeged (jeweils um die 200.000 Einwohner) zwischen 17 bis 37 Milliarden Forint. Siehe die Übersicht in Népszabadság vom 11.08.2010, Jahrgang LXVIII, Nr. 186/2, S. 2.

258 JÜRGEN DIERINGER/ GÁBOR SCHNEIDER, Lokale Selbstverwaltung im demokratischen Ungarn: Zwischen Subsidiarität und Überlastung in: GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1 Aufl. 2010, S. 90.

259 Solche Gebietsreformen wurden in Westeuropa zwischen 1950 und 1980 in zahlreichen Ländern durchgeführt, um die Leistungsfähigkeit der Gemeinden zu steigern; vgl. Council of Europe 1995: The size of municipalities, efficiency and citizen participation. Local and regional authorities in Europe, No. 56, Strassbourg Cedex: Council of Europe Press; die Zahlen zu diesen Gebietsreformen im Einzelnen vgl. S. 16.

260 GÁBOR SCHULTZ, Közzolgáltatások kialakítása és szervezése a kistérségek szintjén, Századvég műhelytanulmányok 12., S. 4. Studie der Stiftung Századvég, Abrufbar unter www.szazadvég.hu (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

meinden häufig nur durch Zusammenlegung ihrer Kapazitäten nachkommen, weshalb die kommunalen Kooperationen sich zunehmender Beliebtheit erfreuen und die vergaberechtlichen Vorgaben auf diesem Gebiet von den Städten und Gemeinden als zusätzliche Belastung empfunden werden.²⁶¹

3. Verhältnis interkommunaler Kooperationen zu anderen Formen kommunaler Aufgabenerfüllung

Diesen Befund bestätigt die oben dargelegte Datenerhebung des ungarischen Innenministeriums unter 1161 örtlichen Gebietskörperschaften bezüglich der von ihnen favorisierten Organisationsformen bei der Erbringung öffentlicher Leistungen.²⁶² Im Mittelpunkt der Untersuchungen stand auch die Frage, ob die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht die Wahlfreiheit der Kommunen hinsichtlich der Organisationsformen beeinträchtigt.

Wie Abbildung 3²⁶³ entnommen werden kann, lässt sich die Erbringung öffentlicher Leistungen durch Gebietskörperschaften in Ungarn zunächst in die beiden Grundformen der Eigenerbringung einerseits und der Zusammenarbeit mit Privatunternehmen andererseits einteilen. Die Hälfte der befragten Gebietskörperschaften geben an, Verträge mit Unternehmen der Privatwirtschaft abzuschließen.²⁶⁴ Knapp 40 % errichten und betreiben eigene Gesellschaften des Privatrechts²⁶⁵, welche sie mit der Durchführung von Aufgaben betrauen. Der Anteil an Zusammenarbeitsformen zwischen Gebietskörperschaften, die als so genannte „társulás“ im Gesetz 1997/CXXXV über kommunale Zusammenarbeit (KommZusG)²⁶⁶ geregelt sind, beträgt 55,6 % und ist damit die am weitesten verbreitete Organisationsform. „Sonstige“ Organisationsformen machen 26,6 % aus und umfassen insbesondere die Leistungserbringung durch eigene Verwaltungsstellen. Eine bedeutsame Ergänzung dieser Angaben lässt sich der näheren Untersuchung der von den Gebietskörperschaften betriebenen Gesellschaften privatrechtlicher Organisationsform entnehmen. Die von diesen Kommunalunternehmen durchgeführten Leistungen decken das oben dargestellte weite Aufgabenspektrum der lokalen Gebietskörperschaften ab.²⁶⁷ Etwa die Hälfte aller Kommunalunternehmen erbringen ihre Leistungen ausschließlich gegenüber der Gebietskörperschaft, die sie betreibt. Die übrigen Kommunalun-

261 Innenministerium Ungarn, Dokument-Nr. 308-155/2005, S.6: siehe die Quellenangaben zu Abbildung 3 im Anhang.

262 Innenministerium Ungarn Dokument-Nr. 308-155/2005, siehe die Angaben zu Abbildung 3 im Anhang.

263 Abb. 3 im Anhang.

264 Solche Verträge können eine schlichte Auftragsvergabe oder Beauftragung darstellen oder auf die Errichtung eines Public-Private Partnerships gerichtet sein.

265 Dabei handelt es sich um Kapitalgesellschaften des ungarischen Rechts, insbesondere die Kft (GmbH) und die Rt. (AG), da § 80 Abs. 3 des Selbstverwaltungsgesetzes 1990/LXV den Gebietskörperschaften lediglich die Gründung oder die Beteiligung an solchen Gesellschaften gestattet, bei denen die Haftung der Kommune auf den in die Gesellschaft eingebrachten Anteile Beschränkt bleibt.

266 Gesetz CXXXV/1997 über die Verbandsbildung und Zusammenarbeit der örtlichen Selbstverwaltungen; 1997 évi CXXXV törvény a helyi önkormányzatok társulásáról és együttműködéséről; im Folgenden KommZusG.

267 Zu den folgenden Angaben vgl. Innenministerium Ungarn Dokument-Nr. 308-155/2005, vgl. die näheren Angaben im Anhang zu Abbildung 3.

ternehmen erbringen ihre Leistungen auch gegenüber anderen Marktteilnehmern. Daraus lässt sich schließen, dass die in Abbildung 3 dargestellten Zusammenarbeitsformen (társulás) in Ansehung der kommunalen Unternehmen sich nicht nur auf die Fälle beschränken, in denen mehrere Kommunen ein gemeinsames Unternehmen – beispielsweise eine GmbH – betreiben. Denkbar ist auch, dass eine im Alleineigentum einer Kommune stehende GmbH Leistungen gegenüber einer anderen Kommune erbringt.²⁶⁸ Ein Praxisbeispiel stellt hierzu das als Kft. (GmbH) organisierte Kommunalunternehmen der Stadt Kecskemét dar, welches im vollständigen Eigentum der Gemeinde steht. Seine Dienstleistungen der Abfallwirtschaft und Stadtreinigung erbrachte das Unternehmen in den Jahren 2009 und 2010 auch für die Nachbargemeinden Nyárlőrinc und Helvécia.²⁶⁹

4. Das System der gesetzlichen Regelungen zur kommunalen Zusammenarbeit

Bereits die zu Beginn der Wendezeit grundlegend überarbeitete Verfassung Ungarns gewährt den örtlichen Selbstverwaltungen in § 44/A Abs. 1 lit. h) eine umfassende Kooperationsfreiheit, die sogar Zusammenarbeitsformen mit ausländischen örtlichen Selbstverwaltungen gestattet. Auf Grund der oben geschilderten hohen Arbeitslast und der daraus resultierenden faktischen Kooperationszwänge der Gebietskörperschaften entstand früh ein Bedarf nach geregelten Formen der interkommunalen Zusammenarbeit. Die durch das einfache Gesetz zur Verfügung gestellten Handlungsformen müssen aus den folgenden zwei Gesichtspunkten systematisiert werden. In Konkretisierung der verfassungsrechtlich gewährten Kooperationsfreiheit enthalten zunächst das bereits erwähnte Selbstverwaltungsgesetz²⁷⁰ und das Gesetz über die Vereinigungen und Zusammenarbeit örtlicher Selbstverwaltungen (KommZusG) eine Reihe vertikaler Kooperationsformen, die in späteren Fachgesetzen weiter ausgebaut wurden. Die Zusammenarbeit durch eigens hierfür vom Gesetz zur Verfügung gestellten juristischen Personen des öffentlichen Rechts²⁷¹, die den deutschen Zweckverbänden ähneln, ist damit abschließend geregelt. Der zweite – verfassungsrechtlich ebenfalls verbürgte – Gesichtspunkt ergibt sich aus § 44/A Abs. 1 lit. b) der Verfassung. Danach können örtliche Selbstverwaltungen mit ihrem Vermögen selbstständig wirtschaften und in eigener Verantwortung unternehmerisch tätig sein. Die in § 9 der ungarischen Verfassung als Staatsziel verankerten Prinzipien der freien Marktwirtschaft und des wirtschaftlichen Wettbewerbs erstreckt § 44/A Abs. 1 lit. b) der

268 In solchen Fällen kann gemäß § 7 KommZusG eine Gemeinde eine andere mit der Durchführung einer Aufgabe in der Weise betrauen, dass die beauftragte Kommune den Auftrag mit einer in ihrem Eigentum stehenden GmbH oder einer Aktiengesellschaft erfüllt. Auch diese Vorgehensweise erfasst § 7 KommZusG als eine klassische Form der „társulás“.

269 Siehe dazu die Seite des Kommunalunternehmens „Kecskeméti Városgazdasági Kft.“ unter www.vg-kft.hu (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

270 1990. évi LXV tv. A helyi önkormányzatokról; Gesetz über die örtlichen Selbstverwaltungen.

271 Siehe § 16 KommZusG.

Verfassung auf die Kommunen als unternehmerisch tätige Marktteilnehmer. Sie dürfen sich unternehmerisch nicht nur betätigen, um öffentliche Zwecke zu verfolgen, sondern auch zur schlichten Mehrung des kommunalen Vermögens.²⁷² Daher ist es zulässig, dass mehrere Kommunen eine gemeinsame Kft. errichten und mittels dieser Gesellschaft Leistungen auf dem Markt anbieten. Ebenso denkbar ist der Fall, dass eine Gemeinde eine eigene Kft. betreibt, die wiederum Leistungen für eine andere Gemeinde erbringt. Die potentiell wettbewerbsverzerrende Wirkung solcher aus Steuergeldern finanzierter Kommunalunternehmungen im Verhältnis zu ihren privaten Konkurrenten²⁷³ nimmt die ungarische Rechtsordnung im Interesse der effektiven Gewährleistung kommunaler Autonomie in Kauf und bildet damit einen Gegensatz zum deutschen Kommunalrecht.²⁷⁴ Bei solchen unternehmerischen Betätigungen gelten die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts, Handelsrechts und Gesellschaftsrechts auch in Ansehung der Selbstverwaltungskörperschaften. Daher werden die von den Gemeinden errichteten Zusammenarbeitsformen grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften des Zivil- und Handelsrechts beurteilt, soweit die speziellen Vorschriften des KommZusG oder des Selbstverwaltungsgesetzes keine Regelungen enthalten.²⁷⁵ Die örtlichen Selbstverwaltungen in Ungarn bevorzugen für die gemeinsame Erbringung gemeinwohlorientierter Leistungen häufig die flexibleren zivilrechtlichen Zusammenarbeitsformen durch Vertrag oder die gemeinsame Gründung von Kapitalgesellschaften. In der Praxis kommt diesen Organisationsformen eine erhebliche Bedeutung zu, so dass sie im Rang durchaus neben den gesetzlich geregelten speziellen Zusammenarbeitsformen stehen.²⁷⁶ Entsprechend dieser weiten unternehmerischen Betätigungsfreiheit der Gemeinden in Ungarn einerseits und dem Bedarf nach spezialgesetzlich geregelten Kooperationsformen andererseits haben die durch das einfache Gesetz zugelassenen Leistungsbeziehungen zwischen Gemeinden zahlreiche Erscheinungsformen. Im folgenden wird ein Überblick zu den möglichen Gestaltungsmöglichkeiten gegeben.

272 § 80 Abs. 3 des Selbstverwaltungsgesetzes schreibt als Grenze lediglich fest, dass die Haftung der Gebietskörperschaft nicht über den in die Unternehmung eingebrachten Betrag hinausgehen darf, so dass Beteiligungen an einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft zulässig ist, nicht jedoch die Betätigung als Gesellschafter einer OHG.

273 HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn, 2002, S. 279 ff.

274 In Deutschland dürfen Kommunen unternehmerisch ausschließlich zur Verfolgung öffentlicher Zwecke tätig werden und innerhalb dieser Grenzen auch nur, soweit der verfolgte öffentliche Zweck nicht ebenso gut durch die Leistungen der Privatwirtschaft, also privater Dritter verwirklicht werden kann. Siehe § 121 Abs. 1 Hessische Gemeindeordnung.

275 Entscheidung des obersten Gerichtshofs 1997/446, abgedruckt in GURNIK/SZALAI/SZÉPE, Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól, 1998, S. 158 ff.

276 Dies gilt insbesondere auf dem Gebiet der kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge; GÁBOR SCHULTZ, Közzolgaltatások kialakítása és szervezése a kistérségek szintjén, Századvég műhelytanulmányok 12., S. 20 – Studie der Stiftung Századvég, Abrufbar unter www.szazadveg.hu (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

5. Die einzelnen Kooperationsformen in den Gesetzen 1990/LXV und 1997/CXXXV

Die Zusammenarbeitsformen der §§ 42²⁷⁷ und 44²⁷⁸ Selbstverwaltungsgesetz ermöglichen die gemeinsame Wahrnehmung klassisch hoheitlicher Aufgaben²⁷⁹, welche Privaten nicht übertragen werden können und haben in Ermangelung eines Dienstleistungscharakters daher keine vergaberechtliche Relevanz.²⁸⁰ Lediglich der Betrieb gemeinsamer Einrichtungen gemäß § 43 Selbstverwaltungsgesetz ist auf die Erbringung von Aufgaben der Leistungsverwaltung gerichtet. Diese Kooperationsform dient der Versorgung der Einwohner mehrerer Kommunen mit öffentlichen Leistungen und wird von den teilnehmenden Gemeinden gemeinsam finanziert. Im Gesetz 1997/CXXXV über die Zusammenarbeit der örtlichen Selbstverwaltungen (KommZusG) wurde diese letztere Zusammenarbeitsform weiter konkretisiert und ausgebaut. Neben dem Betrieb gemeinsamer Einrichtungen in öffentlich-rechtlicher Form ist auch eine Zusammenarbeit über gemeinsam geleitete Unternehmen des Privatrechts möglich. Zusätzlich sind auch horizontale Kooperationen, namentlich die Durchführung bestimmter Aufgaben einer Gebietskörperschaft durch eine andere Gebietskörperschaft auf Grundlage eines Auftragsverhältnisses zwischen den Kommunen vorgesehen.²⁸¹ Im Folgenden werden nur noch diese Zusammenarbeitsformen des KommZusG dargestellt. Die übrigen Kooperationsformen des Selbstverwaltungsgesetzes, die der Durchführung klassisch hoheitlicher Aufgaben dienen, bleiben angesichts der fehlenden vergaberechtlichen Relevanz außer Betracht.

Das KommZusG enthält in seinen §§ 7 ff. drei Zusammenarbeitsformen. Sie alle können sowohl der gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Bereich der Leistungsverwaltung dienen als auch der gemeinsamen Ausübung schlicht hoheitlicher Befugnisse im Bereich der Ordnungs- und Eingriffsverwaltung.²⁸² Alle drei Grundformen bezeichnet das KommZusG sinngemäß als Vereinigung („társulás“), was jedoch nicht eine Zusammenlegung der Selbstverwaltungen bedeutet sondern vertragsbasierte Übereinkünfte über den Unterhalt gemeinsamer Organe, Dienststellen oder Unternehmen beziehungsweise die Beauftragung einer Kommune durch eine andere mit der Durchführung einer Aufgabe.²⁸³ Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass es neben den Koope-

277 Errichtung gemeinsamer Verwaltungsbehörden.

278 Zusammenlegung der Abgeordnetenkörperschaften zu einer gemeinsamen, dazu: HERBERT KÜPPER, *Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn*, 2002, S.265.

279 Dazu GURNIK ÁGNES/SZALAI ÁKOS/SZÉPE EDIT, *Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól*, 1998, S. 11 f.

280 Vgl. nur Art. 1 Absätze (2) in Verbindung mit (8) der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (ABl. vom 30.04.2004 L134, S. 112). Ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag zwischen Kommunen liegt nur vor, wenn die mit Aufgaben betraute Kommune für die andere Kommune marktfähige Dienstleistungen erbringt.

281 Einen knappen Überblick in deutscher Sprache zu den im KommZusG enthaltenen Kooperationstypen liefert HERBERT KÜPPER, *Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn*, 2002, S. 378 f.

282 § 3 Abs. 1 KommZusG.

283 Dies ergibt sich auch aus der nicht ganz übersichtlichen Formulierung des § 3 Abs. 1 KommZusG, der die Verein-

rationsformen des KommZusG weitere spezialgesetzliche Regelungen gibt, die den deutschen Pflichtzweckverbänden²⁸⁴ ähnliche Pflichtkooperationen für bestimmte Gebiete anordnen.²⁸⁵ Da die Kommunen bei diesen Pflichtkooperationen nicht auf Grund ihrer Organisationshoheit zusammenarbeiten, werden sie nachfolgend nicht näher behandelt. Hinzu kommt, dass diese Pflichtkooperationen vorwiegend für Aufgaben der nicht privatisierbaren Eingriffsverwaltung eingerichtet werden, während die hier relevanten Fälle der Leistungsverwaltung (Daseinsvorsorge) von den Kommunen überwiegend durch freiwillige Zusammenarbeit wahrgenommen werden.²⁸⁶

a) Horizontale Kooperation: Der Auftrag gemäß § 7 KommZusG

Die Vertretungskörperschaften²⁸⁷ zweier örtlicher Selbstverwaltungen können gemäß § 7 Abs. 1 KommZusG vereinbaren, dass ein Organ („szerv“), eine Institution („intézmény“) oder eine andere Einrichtung („más szervezet“) der beauftragten Kommune bestimmte öffentliche Aufgaben oder Befugnisse der beauftragenden Kommune ausübt oder Dienstleistungen für diese ausführt. Die beauftragte Kommune erhält eine Vergütung.²⁸⁸ Was unter den Begriffen „Organ“, „Institution“ oder „andere Einrichtung“ zu verstehen ist, muss je nach Einzelfall ermittelt werden, ist jedoch in den Grundzügen in § 9 Selbstverwaltungsgesetz geregelt. Als Organe der Kommune gelten danach der Bürgermeister so wie alle Fachausschüsse der Vertretungskörperschaft und deren Behörden. Für die Erbringung von gemeinwohlorientierten Dienstleistungen können die Kommunen gemäß § 9 Abs. 4 Selbstverwaltungsgesetz „(...) kommunale Institutionen, Unternehmen oder andere Einrichtungen“ errichten. Das Selbstverwaltungsgesetz differenziert somit zwischen den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen (etwa Anstalten) einerseits und den privatrechtlichen Organisationsformen (Gesellschaften des Privatrechts) andererseits. Letztere bleiben auf Kapitalgesellschaften beschränkt, da diese im Gegensatz zu Handelsgesellschaften, wie etwa der „közkereseti társaság“²⁸⁹, keine uneingeschränkte Haftung der Kommune in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin begründen.²⁹⁰ Dieser

barungen der Kommunen im Sinne des KommZusG auf gemeinsame Aufgabenwahrnehmung beschränkt. GURNIK ÁGNES/SZALAI ÁKOS/SZÉPE EDIT, Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól, 1998, S. 21. Zur deutschen Übersetzung des Begriffes „társulás“ mit der Bezeichnung „Vereinigung“ und die Einschränkung dieser Begriffsbildung auf die oben dargestellten Zusammenarbeitsformen vgl. HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn, 2002, S. 379.

284 Kienbaum Studie/DStGB S. 6 f.

285 Siehe dazu das Gesetz über Regionale Mehrzweckvereinigungen; 2004. évi CVII. törvény a többcélú kistérségi társulásokról.

286 GÁBOR SCHULTZ, Közzolgáltatások kialakítása és szervezése a kistérségek szintjén, Századvég műhelytanulmányok 12., S. 14. Studie der Stiftung Századvég, Abrufbar unter www.szazadveg.hu (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

287 Die Vertretungskörperschaft der Kommunen ist die vom Wahlvolk unmittelbar gewählte Körperschaft der Kommune, die sämtliche Kernaufgaben der Selbstverwaltung wahrnimmt. Sie kann die originär ihr zustehenden Entscheidungsbefugnisse den Verwaltungsorganen der Kommune übertragen und diese Anweisen, vgl. § 2 Abs. 2 Selbstverwaltungsgesetz.

288 § 7 Abs. 2 lit. d) KommZusG.

289 Offene Handelsgesellschaft nach ungarischem Recht.

290 Diesen Grundsatz stellt § 80 Abs. 3 des Selbstverwaltungsgesetzes auf.

Einteilung folgend differenziert auch die Aufzählung des § 7 KommZusG zwischen Organen so wie öffentlich-rechtlichen Organisationsformen einerseits und Gesellschaften des Privatrechts andererseits.²⁹¹ Der spezifische Auftragsstyp des § 7 umfasst sowohl die „Beauftragung“ mit der Durchführung hoheitlicher Aufgaben, als auch mit der Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen. Der Auftrag stellt die am häufigsten gewählte Art der Zusammenarbeit dar.²⁹² Diese Zusammenarbeitsform ist die flexibelste und zugleich die einzige, die nicht auf die gemeinsame Unterhaltung einer juristischen Person abstellt. Vielmehr erbringt die beauftragte Kommune die jeweilige Leistung selbst mit ihren eigenen Organen, öffentlich-rechtlichen Einrichtungen oder privatrechtlich organisierten Gesellschaften. Eine klassische Aufgabe der Leistungsverwaltung, wie etwa die Instandhaltung von Straßen oder öffentlicher Plätze, wird also im Rahmen des § 7 KommZusG als ein unmittelbares Auftragsverhältnis zwischen zwei Kommunen ausgestaltet. Eine weitere juristische Person ist nicht als Vertragspartei zwischengeschaltet. Vielmehr fungiert die jeweils zur Aufgabendurchführung eingesetzte Einheit als „Erfüllungsgehilfe“ der beauftragten Kommune.²⁹³

b) Vertikale Formen: Unterhaltung einer gemeinsamen Einrichtung mittels alleiniger oder geteilter Aufsicht gemäß §§ 8 f. und § 16 KommZusG

Die Zusammenarbeitsform gemäß § 8 KommZusG kann von zwei oder mehreren Kommunen vereinbart werden. Die jeweilige Versorgungsleistung wird durch eine gemeinsame Einrichtung erbracht.²⁹⁴ Die Partnerkommunen errichten, finanzieren und betreiben hier eine eigene neue Einrichtung, beispielsweise eine Anstalt oder eine Kft. Die Weisungsrechte in Ansehung dieser gemeinsamen Organisationseinheit übt allerdings alleine die in der Vereinbarung hierzu ermächtigte Kommune aus. Die Befugnisse eines Gesellschafters einer Kft. würde beispielsweise die ermächtigte Kommune im eigenen Namen für sich und stellvertretend für alle übrigen Partnerkommunen wahrnehmen. Allerdings ist die Zustimmung sämtlicher Kommunen erforderlich, soweit eine Entscheidung den Haushalt der gemeinsam finanzierten Einrichtung betrifft.²⁹⁵ Vor der Berufung des Geschäfts-

291 § 7 KommZusG verwendet nicht den Begriff „(öffentliches) Unternehmen“ sondern den Sammelbegriff „szervezet“ (Organisation), der als Gegenbegriff zu den Organen und öffentlich-rechtlichen Einrichtungen der beauftragten Kommune steht. Aus § 17 Abs. 4 KommZusG ergibt sich, dass das KommZusG mit dem Begriff „szervezet“ auch „gazdálkodó szervezet“ (wirtschaftliche Organisation) meint, was wiederum auch Handels- und Kapitalgesellschaften umfasst sowie alle öffentlichen Unternehmen. Legaldefiniert ist der Begriff „gazdálkodó szervezet“ in § 685 Abs. 1 lit. c) des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches. Dazu gehören auch die hier relevanten Kapital- und Handelsgesellschaften (also GmbH und AG sowie OHG und KG).

292 GURNIK ÁGNES/SZALAI ÁKOS/SZÉPE EDIT, Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól, 1998, S. 24.

293 Dies jedoch nur, soweit es sich um eine selbstständige Organisationsform mit eigenständiger, wenn auch weisungsgebundener Leitung handelt, etwa um eine ausgelagerte GmbH. Wird die beauftragte Kommune mit einer ihrer eigenen Dienststellen tätig, braucht ihr das Verhalten dieser Dienststelle nicht zugerechnet werden, da die Kommune in diesem Fall selbst tätig wird.

294 Die zu erbringende gemeinwohlorientierte Leistung muss bei der Gründung der gemeinsamen Versorgungseinheit genau bestimmt werden, vgl. § 8 Abs. 4 KommZusG.

295 Bei allen übrigen Entscheidungen sind gemäß § 8 Abs. 2 KommZusG die übrigen Kommunen vorher zu informieren, so dass insgesamt eine hinreichende Rücksprache zwischen den kooperierenden Gemeinden gewährleistet ist.

führers der jeweiligen juristischen Person muss die mit der Leitung betraute Kommune die Zustimmung der übrigen Kooperationspartner einholen.²⁹⁶ Die auf diese Art gemeinsam betriebene Einheit erbringt ihre Leistungen für die zusammenarbeitenden Kommunen auf deren jeweilige Bestellung.

Die Zusammenarbeitsform im Sinne des § 9 KommZusG ermöglicht hingegen den Betrieb einer gemeinsamen Einrichtung, die sich von der Betriebsform des § 8 KommZusG dadurch unterscheidet, dass hier die Weisungsrechte und der gemeinsame Unterhalt durch ein eigens hierfür zu errichtendes kollektives Beschlussorgan der teilnehmenden Gebietskörperschaften ausgeübt werden. Funktionsweise, Zusammensetzung und Befugnisse dieses Beschlussorgans regeln die §§ 10 ff. KommZusG. Das als Vereinigungsrat („társulási tanács“) bezeichnete Beschlussorgan besteht aus entsandten Abgeordneten der Vertretungskörperschaften oder den Bürgermeistern. Die Stimmrechte im Vereinigungsrat können sich nach dem verhältnismäßigen Anteil der finanziellen Beteiligung der entsendenden Kommune an der betriebenen Einrichtung richten. Kein Mitglied des Vereinigungsrates darf jedoch auf diese Weise mehr als die Hälfte der Stimmanteile innehaben.

Gemäß § 16 KommZusG können sowohl in den Fällen des § 8 als auch des § 9 KommZusG die Kommunen vereinbaren, dass der von ihnen gebildete Zusammenschluss als eigenständige juristische Person betrieben wird, soweit der Betrieb der gemeinsam errichteten Einheit (etwa eine Kft. oder eine Anstalt) und die Besorgung der öffentlichen Aufgaben es erforderlich machen, dass der kommunale Zusammenschluss eigene Verbindlichkeiten eingehen kann oder Vermögensverfügungen vornehmen kann. § 16 ermöglicht insoweit eine den deutschen Zweckverbänden ähnliche Organisationsform, die sich dadurch auszeichnet, dass eine neue juristische Person des öffentlichen Rechts errichtet wird, die als „Betreibergesellschaft“ der Kooperation fungiert. Diese Möglichkeit erlaubt eine höhere Praktikabilität des Zusammenschlusses, da bei häufig bis zu 30 teilnehmenden Kommunen ansonsten für jedes vorzunehmende Rechtsgeschäft die Kommunen einzeln die notwendigen Willenserklärungen abgeben müssten. Wird der Zusammenschluss als eigene juristische Person gemäß § 16 KommZusG betrieben, sind bezüglich ihrer inneren Organisation die Vorschriften über den Vereinigungsrat im Sinne des § 10 entsprechend anzuwenden. Als eigener Rechtsträger kann der Zusammenschluss im eigenen Namen Kapitalgesellschaften errichten und Betreiben oder eine Aufgabe selbst durchführen.

c) Praxisbeispiele

Nach den §§ 8 und 9 KommZusG sind folgende Konstellationen üblich, die am Beispiel der Parkplatzwirtschaft in Zusammenarbeit der Bezirke der Stadt Budapest²⁹⁷ dargelegt werden. Ein Zusam-

296 GURNIK ÁGNES/SZALAI ÁKOS/SZÉPE EDIT, Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól, 1998, S. 26.

297 Die einzelnen Bezirke der Stadt Budapest sind eigenständige Gebietskörperschaften mit eigenen gewählten Be-

menschluss mehrerer Selbstverwaltungskörperschaften kann als eigenständige juristische Person des öffentlichen Rechts betrieben werden, die mit eigenen Sachmitteln und Personal ausgestattet ist und die Instandhaltung so wie den Betrieb der öffentlichen Parkplätze auf dem Gebiet der kooperierenden Selbstverwaltungen übernimmt.²⁹⁸ Die Gebühren für die Parkplatznutzung erhebt in diesen Fällen der Zusammenschluss gegenüber den Fahrzeughaltern.

Zum Teil entscheiden sich die Kommunen für eine Organisationsform, in welcher der Zusammenschluss der Selbstverwaltungen die Aufgabe nicht mit eigenen Sachmitteln und Personal durchführt, sondern unmittelbar eine Gesellschaft damit beauftragt, die im Eigentum des kommunalen Zusammenschlusses steht.²⁹⁹ Hier stellt sich die vergaberechtliche Frage, ob und nach welchen Maßstäben ein so betriebenes Unternehmen anderen Marktteilnehmern gegenüber dadurch privilegiert werden kann, dass es wirtschaftlich attraktive Aufträge³⁰⁰ ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erhält. Eine ähnliche Frage stellt sich in der Praxis in Ungarn auch in Ansehung des horizontal organisierten Auftragsverhältnisses im Sinne des § 7 KommZusG. Hier erbringt eine Kommune mit ihren eigenen Dienststellen oder von ihr betriebenen Kapitalgesellschaften entgeltliche Leistungen für eine andere Kommune. Aus den Vorschriften des ungarischen Vergabegesetzbuches, welche die europäischen Vergaberechtsrichtlinien umsetzen, ist nicht ersichtlich und daher umstritten, ob solche unmittelbaren Aufträge zwischen Gemeinden ausschreibungsfrei vergeben werden können.³⁰¹

II. Interkommunale Kooperationen in Deutschland

Im Gegensatz zu Ungarn sind Kooperationen in Deutschland keine neuere Erscheinung, sondern eine traditionelle Form kommunaler Aufgabenorganisation, deren Ursprünge bereits seit dem Ende des 19. Jahrhunderts entwickelt wurden.³⁰² Dennoch kann seit Ende der 1990er Jahre in der kommunalen Praxis in Deutschland von einer „Renaissance“³⁰³ kommunaler Zusammenarbeit gesprochen

zirkusstadträten.

298 In dieser Form betreiben die Selbstverwaltungen der Hauptstadt Budapest und des V. Bezirks (Lipótváros) den Zusammenschluss „Fővárosi Közterületi Parkolási Társulás“. Ihre Gründungssatzung ist abrufbar unter www.fkpt.hu (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

299 Die Hauptstadt, der IX. und der XIII. Bezirk betreiben in dieser Form die Kft. (GmbH) „Budapesti Önkormányzati Parkolási Kft“. Siehe zur Dokumentation die Seite dieser Gesellschaft unter www.bop.hu zuletzt gesehen am 28.12.2010.

300 Der Gewinn nach Abzug aller Betriebskosten eines von der Hauptstadt und dem V. Bezirk betriebenen kleineren Zusammenschlusses der Parkplatzwirtschaft betrug in den Jahren 1996 bis 2009 7,5 Milliarden Ungarische Forint, was jährlich durchschnittlich 2,3 Millionen Euro beträgt. Siehe dazu die Angaben des Zusammenschlusses auf www.fkpt.hu. (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

301 Zu dieser Frage mit der Dokumentation eines konkreten Falles aus der Praxis siehe NÉMETH ANITA, Közbeszerzés – kérdések és válaszok, I. Jahrgang, Nr. 1. 2006/Oktober, S. 6.

302 Siehe zur Entstehungsgeschichte kommunaler Zusammenarbeitsformen vgl. PÜTTNER GÜNTER, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band II, 2. Aufl. 1982, S. 388 ff.

303 HATTIG OLIVER/RUHLAND BETTINA, Kooperationen der Kommunen mit öffentlichen und privaten Partnern und ihr Verhältnis zum Vergaberecht, VergabeR, 2005, S. 425 ff.

werden, deren Ursache – vergleichbar der Situation in Ungarn – in einem wachsenden, „faktischen Kooperationszwang“³⁰⁴ der Gemeinden begründet liegt.

1. Aufgabenlast und faktischer Kooperationszwang deutscher Gemeinden

Auch in Deutschland sehen sich die Kommunen mit dem Problem einer wachsenden Aufgabenfülle bei gleichzeitig sinkender finanzieller Ausstattung konfrontiert.³⁰⁵ Aus dem Gemeindefinanzbericht des Deutschen Städtetages für das Jahr 2010 geht hervor, dass das stetig steigende Defizit deutscher Gemeinden bereits im Jahr 2010 im Durchschnitt rund 200 Euro pro Gemeindegewohner betrug und damit das vorläufig höchste in der Nachkriegsgeschichte darstellt.³⁰⁶ Das Defizit zwischen Einnahmen und Ausgaben im kommunalen Finanzierungssaldo verdoppelte sich im Verhältnis zum Vergleichsjahr 2009 von 7,2 auf 15 Milliarden Euro im Jahr 2010. Lediglich die Hälfte dieses Negativsaldos ist auf Steuermindereinnahmen in Folge der Finanz- und Wirtschaftskrise zurückzuführen. Als wesentlich wichtigere Ursache dieser Entwicklung benennt der Gemeindefinanzbericht die stetig wachsenden Ausgaben der Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge und der Leistungsverwaltung, welche in den Jahren 2008 bis 2010 um 3,7 Milliarden Euro auf 42 Milliarden Euro im Jahr 2010 anwuchsen. Diese Ausgaben entwickeln sich weitgehend unabhängig von den wirtschaftlichen Wachstumsraten, so dass das gegenwärtige kommunale Rekorddefizit seiner Natur nach kein konjunkturelles, sondern ein strukturelles Defizit darstellt.³⁰⁷ Im Bereich der hier relevanten Leistungsverwaltung ist die Finanzierung enorm kostenintensiver Sektoren wie etwa der Wasser- und Abfallwirtschaft oder des Straßenbaus eine besondere Herausforderung für die Kommunen, welche sich zunehmend zu riskanten Finanzierungsmodellen in Gestalt sogenannter Zinswetten oder Zinsderivate³⁰⁸ veranlasst sehen.³⁰⁹ Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung tragen die Kommunen oder ihre Tochterunternehmen im vollen Umfang die finanziellen Risiken dieser schwer durchsichtigen Zinswetten³¹⁰, was zu einer zusätzlichen Erhöhung ihres Schuldenstandes gegenüber den Ban-

304 KOHOUT SONJA bezeichnet das Phänomen als „Kooperationsdruck“: Kartellvergaberecht und interkommunale Kooperation, 2008, S. 156.

305 Siehe dazu bereits: Gemeindefinanzbericht 2005, Der Städtetag 2005, S. 5 ff.

306 Zu dieser und den nachfolgenden Angaben; Gemeindefinanzbericht 2010, Der Städtetag, Heft 5/2010.

307 Selbst wenn mit dem im Jahr 2010 ansetzenden Wirtschaftswachstum die Gewerbesteuererinnahmen der Kommunen wachsen sollten, rechnet daher der Gemeindefinanzbericht 2010 mit einer weiteren Vertiefung des strukturellen Gemeindefinanzdefizits; vgl. Gemeindefinanzbericht 2010, Der Städtetag, Heft 5/2010.

308 Siehe dazu VENBERT MICHAEL/STEFFEN SCHOLZ, Derivate – Fluch oder Segen?, Der Gemeinderat 7-8/2006, S. 44 ff. Bei Zinswetten (auch Zinsderivate genannt) vereinbaren Kommune und Bank bei einem Kreditgeschäft nicht den üblichen Zinssatz für einen längeren Zeitraum sondern einen variablen Zinssatz für einen vorübergehenden, kürzeren Zeitraum, der sich nach Ablauf des vorübergehenden Zeitraumes wieder am marktüblichen, festen Zinssatz orientiert. Es wird die Differenz zwischen variablem und festem Zinssatz ermittelt. Die Kommune gewinnt bei dieser Zinswette, wenn die Differenz zwischen variablem und festem Zinssatz im vereinbarten Zeitraum größer wurde. Verkleinerte sich die Differenz, so hat die Kommune verloren.

309 Erste Umfragen unter 200 Kommunen ergaben, dass etwa 10 % der Gemeinden oder ihrer Tochterunternehmen solche Zinsderivate vereinbaren. Siehe dazu den Bericht in Der Spiegel Nr. 36 vom 06.09.2010, S. 46 ff., Kommunen – „Regelrecht angefixt“.

310 Siehe OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 04.08.2010 Az: 23 U 230/08.

ken führt. Um finanzielle Spielräume zu erhalten oder wiederherzustellen und Aufgaben effizienter durchzuführen, begeben sich Kommunen auf Grund dieser strukturellen Finanzlage mit steigender Tendenz in Kooperationsverhältnisse mit anderen Gemeinden und betonen die bis zu fünfzehn Prozent reichenden Einsparungen, die bei gleich bleibender oder verbesserter Qualität der Aufgabendurchführung erzielt werden können.³¹¹ Besonders im Bereich der Leistungsverwaltung – wie etwa Wasser- und Abwasserwirtschaft, Abfallwirtschaft, Straßenverkehr, öffentliche Plätze/Grünanlagen – sind kommunale Kooperationen in Deutschland stark ausgeprägt.³¹² Interkommunale Zusammenarbeit ermöglicht es den Gemeinden, durch Zusammenlegung ihrer Kapazitäten die Aufgabenerfüllung auf der kommunalen Ebene zu behalten, gemeindliche Gestaltungsspielräume zu wahren und eine Hochkonzentration auf die Kreisebene zu vermeiden. Insoweit ist die Zusammenarbeit der Kommunen gerade auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge ein Instrument zur Umsetzung des verfassungsrechtlich garantierten Vorranges kommunaler Aufgabenwahrnehmung³¹³ innerhalb der Reichweite gemeindlicher Allzuständigkeit gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.³¹⁴ Auch gegenüber der Einbeziehung privater Unternehmen in die Aufgabenwahrnehmung im Rahmen öffentlich-privater Partnerschaften ist die kommunale Zusammenarbeit funktional eine grundlegende Alternative. Entscheidet eine Kommune, die Erledigung einer Aufgabe nicht unter Einbeziehung privaten Know-hows und – vor allem – privaten Kapitals zu organisieren, sondern stattdessen durch Gemeinschaftsarbeit mit einer anderen Kommune, so verbleiben Aufgabenfinanzierung und Gestaltung gänzlich in der hoheitlichen, kommunalen Sphäre.³¹⁵ Im Lichte dieser Erwägungen stellen die Landesgesetze in Deutschland den Kommunen eine Reihe von Zusammenarbeitsformen zur Verfügung, die eine gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung ermöglichen. Diese zumeist als Gesetz über kommunale Zusammenarbeit oder kommunale Gemeinschaftsarbeit bezeichneten Landesgesetze halten – von punktuellen Unterschieden abgesehen³¹⁶ – einen einheitlichen Katalog von Zusammenarbeitsformen³¹⁷ bereit, die im folgenden Dargelegt werden sollen.

311 Kienbaum Studie/DStGB S. 2 f, 14 f.

312 Knapp 50 % der kommunalen Wasserwirtschaft erfolgt beispielsweise in Kooperation. Siehe den Überblick zu allen Aufgabenbereichen; Kienbaum Studie/DStGB S. 11.

313 JOST PIETZCKER bezeichnet daher die kommunalen Zusammenarbeitsformen, wie sie in den Landesgesetzen geregelt sind, als Stärkung der gemeindlichen Selbstverwaltung; Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Auf. 2010, S. 53.

314 Vgl. BVerfGE 79, 127, 149 ff.

315 KOHOUT SONJA bezeichnet das Phänomen als „Kooperationsdruck“; Kartellvergaberecht und interkommunale Kooperation, 2008, S. 157 f.

316 Vgl. dazu JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Auf. 2010, S. 53.

317 Zu den im Wesentlichen vergleichbaren Regelungen in den Landesgesetzen siehe den Überblick etwa bei RALF GRUNEBERG/KATRIN JÄNICKE/JENS KRÖCHER, ZfBR, 2009, S. 754.

2. Zusammenarbeitsformen der Landesgesetze

Die Gemeindeordnungen der Länder sowie die jeweiligen Landesgesetze über kommunale Gemeinschaftsarbeit ermächtigen die Kommunen zu der Begründung vertikaler und horizontaler Zusammenarbeitsformen, die nachfolgend näher dargelegt werden. Daneben existieren noch in Sondergesetzen geregelte Zusammenarbeitsformen, wie etwa der Planungsverband gemäß § 205 BauGB oder der Wasser- und Bodenverband im Sinne des Wasserverbandsgesetzes.³¹⁸ Die hier relevanten Kooperationen auf dem Gebiet der mit privaten Unternehmen konkurrierenden Leistungsverwaltung werden jedoch zumeist nach Maßgabe der Landesgesetze über kommunale Gemeinschaftsarbeit³¹⁹ betrieben oder durch die Errichtung gemeinsamer kommunaler Unternehmen in Form von Kapitalgesellschaften, so dass im Folgenden insbesondere diese Kooperationstypen untersucht werden.

a) Horizontale Form: Die Zweckvereinbarung

Individuelle öffentlich-rechtliche Vereinbarungen³²⁰, in manchen Landesgesetzen teils auch Zweckvereinbarung³²¹ genannt, werden durch öffentlich-rechtlichen Vertrag³²² begründet, für welchen die allgemeinen Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes im jeweiligen Bundesland ergänzend zum speziellen Tatbestand der Zweckvereinbarung heranzuziehen sind.³²³ Ein wichtiges Anwendungsfeld ist der gemeinsame Betrieb öffentlicher Einrichtungen.³²⁴ Wird die Aufgabe mandatierend übertragen, verbleibt die originäre Zuständigkeit bei der übertragenden Gemeinde und die beauftragte Gemeinde verpflichtet sich lediglich zur Aufgabendurchführung.³²⁵ Bei der Delegation hingegen erfolgt eine Übertragung von Kompetenzen für die jeweilige Aufgabe kraft Gesetzes mit Abschluss der Zweckvereinbarung.³²⁶ Ausgenommen von diesem Übergang ist das Satzungsrecht in Ansehung der jeweiligen Aufgabe, dessen Übertragung gesondert von den Kommunen vereinbart werden muss. In den Fällen delegierender Vereinbarungen nimmt also die übernehmende Kommune eine Aufgabe samt der zugehörigen Hoheitsakte auf dem Gemeindegebiet der anderen Kommune so

318 Siehe die Wasser- und Bodenverbandsformen gemäß §§ 2, 7 des Gesetzes über Wasser- und Bodenverbände (WVG) vom 12.02.1991 (BGBl. I S. 405).

319 Vgl. beispielhaft das Thüringer Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit (Thür-KGG); GVBl. 2001 vom 04.05.2010 S. 113.

320 Vgl. etwa §§ 24 ff. des hessischen GKG (GKG-Hessen) vom 16.12.1969, Hess. GVBl. I. S. 307.

321 Etwa Art. 7 KommZG-Bay.

322 Das Kommunale Gemeinschaftsarbeitsgesetz des Landes Hessen bezeichnet in den §§ 24 ff. diese Form der Zusammenarbeit als öffentlich-rechtliche Vereinbarung. Siehe auch, Art 7 Abs. 1 KommZG-Bay; §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 GKG-NRW.

323 So etwa in Bayern die Art. 54 ff. des BayVwVfG in Verbindung mit dem spezialgesetzlich geregelten öffentlich-rechtlichen Vertrag (Zweckvereinbarung) gemäß Art. 7 KommZG-Bayern. Siehe dazu Kienbaum Studie/ DStGB S. 21.

324 Kienbaum Studie/DStGB, S.6.

325 § 8 Abs. 1 Thür-KGG Zu diesen Arten der Zweckvereinbarungen allgemein (delegierend/mandatierend) siehe TINA BERGMANN/RAINER VETTER, , NVwZ 2006, S. 497 ff.

326 Die Delegation ist in den Landesgesetzen als Grundform der Zweckvereinbarung vorgesehen, allerdings steht es den Kommunen frei, ihre Zweckvereinbarung lediglich mandatierend zu gestalten; § 8 Thür-KGG; § 25 f GKG-Hessen.

wahr wie auf ihrem eigenen Gemeindegebiet. Im Außenverhältnis ist dann die übernehmende Kommune alleine für die Aufgabe zuständig und verantwortlich.³²⁷ Letztlich enthalten somit die Landesgesetze über kommunale Gemeinschaftsarbeit eine Ermächtigungsgrundlage für die Kommunen, ausnahmsweise ihre Zuständigkeit zu modifizieren und somit an der staatlichen Organisationsgewalt des jeweiligen Landes teilzunehmen.³²⁸ Die Einzelheiten der Aufgabendurchführung, der Übertragung von Kompetenzen, der Kontrollmöglichkeiten und der Kostenverteilung werden in der Zweckvereinbarung festgelegt.³²⁹ In Deutschland betreiben knapp 28 % der Kommunen solche Kooperationsformen, überwiegend im Bereich des allgemeinen Ordnungswesens. Beispiele wären die Lebensmittel- und Bedarfsgegenständeüberwachung oder das Veterinärwesen. Ebenfalls praxisrelevant sind die Wasserversorgung oder andere Fälle der Leistungsverwaltung. So kann etwa eine Gemeinde auf dem Gemeindegebiet einer anderen Kommune die Straßenreinigung oder die Beförderung von Abfall übernehmen. Reichen die aus der Aufgabendurchführung entstandenen Einnahmen der Kommune in Form von Gebühren nicht aus, erhält sie im Rahmen der Zweckvereinbarung eine Vergütung von der übertragenden Gemeinde. Vertragspartner können neben anderen Kommunen auch Landkreise oder Zweckverbände sein, die Beteiligung von Privatpersonen hingegen ist ausgeschlossen. Bei der Zweckvereinbarung können die Kooperationspartner das „ob“ und „wie“ von Mitwirkungs- und Gestaltungsrechten vereinbaren, etwa Informations- und Anhörungsrechte für die aufgabenübertragende Gemeinde oder die Einsetzung gemeinsamer Bürgermeisterausschüsse.³³⁰ Da die Mandatierung in Ermangelung der Zuständigkeitsübertragung mehr gegenseitige Kontrolle auf gleicher Augenhöhe ermöglicht, ist sie die weitaus beliebtere Form.³³¹

b) Vertikale Kooperationsform des öffentlichen Rechts: Der Zweckverband

Die gebräuchlichste Form vertikaler Kooperationen in Deutschland ist der Zweckverband mit Kooperationsraten um die 50 % zumeist in den Bereichen Wasser/Abwasser, Informationstechnologie, Schule, Abfallwirtschaft und Fremdenverkehrseinrichtungen.³³² Er bildet das Gegenstück zur losen und auf kleinere Gemeinschaftsprojekte bezogenen Zweckvereinbarung. Der Zweckverband ist eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts.³³³ Die ihm übertragenen Aufgaben verwaltet und regelt der Zweckverband eigenständig anstelle der beteiligten Kommunen, weshalb das Recht und die Pflicht zur Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe kraft Gesetzes auf den Zweckverband bei

327 Vgl. §§ 8 Abs. 2, 10 Thür-KGG.

328 Siehe auch, HANS-JÖRG/FRICK MICHAEL HOKKELER, Interkommunale Zusammenarbeit – Handreichung für die Kommunen, 2008, S. 53 f.

329 Vgl. §§ 24 ff. des Hessischen Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit.

330 Kienbaum Studie DStGB S. 6 ff.

331 HANS-JÖRG/FRICK MICHAEL HOKKELER, Interkommunale Zusammenarbeit – Handreichung für die Kommunen, 2008, S. 53 f.; Kienbaum Studie DStGB S. 6 ff.

332 Kienbaum Studie/DStGB, S.6 und 12.

333 Vgl. §§ 6 f. KGG-Hessen; Art. 26 Abs. 1 KommZG-Bay; § 5 Abs. 1 GKG-NRW.

dessen Gründung übergeht.³³⁴ Da die Verwaltung auch im verwaltungsorganisatorischen Bereich für ihr Tätigwerden einer gesetzlichen Grundlage bedarf³³⁵, unterliegt auch die Gründung des Zweckverbandes in Deutschland dem Vorbehalt des Gesetzes auf Landes- oder Bundesebene. Seine Errichtung ist in den Landesgesetzen über kommunale Gemeinschaftsarbeit³³⁶ oder in Spezialgesetzen wie dem Wasserverbandsgesetz³³⁷ geregelt. Die Bildung des Zweckverbandes erfolgt durch die Vereinbarung einer Verbandssatzung der Beteiligten im Rahmen eines koordinationsrechtlichen Vertrages gemäß §§ 54 ff. VwVfG.³³⁸ Diese Satzung bedarf der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde und muss anschließend veröffentlicht werden.³³⁹ Die Organe des Zweckverbandes sind erstens die Verbandsversammlung, die als Haupt- und Beschlussorgan für alle wichtigen Aufgaben zuständig ist und zweitens der Verbandsvorsteher, der die laufenden Geschäfte leitet und den Zweckverband nach außen vertritt.³⁴⁰ In die Verbandsversammlung entsenden die Kommunen als Verbandsmitglieder einen oder mehrere Vertreter, die bei den Abstimmungen weisungsgebunden sind, da das Stimmrecht den Kommunen als Verbandsmitgliedern zusteht.³⁴¹ Der Verbandsvorstand wird hingegen von der Verbandsversammlung aus dessen Mitte gewählt. Auf die Wirtschafts- und Haushaltsführung des Zweckverbandes sind die Vorschriften der Gemeindeordnungen entsprechend anzuwenden. Der Zweckverband kann seine Aufgaben mit eigenen Sachmitteln und Personal ausüben oder zwecks Aufgabendurchführung ein wirtschaftliches Unternehmen betreiben. In diesem Fall ist die entsprechende Anwendung der Vorschriften über kommunale Eigenbetriebe auf die Wirtschafts- und Haushaltsprüfung des Zweckverbandes zulässig.³⁴² Die Finanzierung erfolgt über Gebühren und Beiträge, die der Zweckverband nach den für die jeweilige Aufgabe geltenden abgabenrechtlichen Vorschriften gegenüber den Nutzern der Zweckverbandsleistungen erheben kann. Soweit diese Einnahmen des Zweckverbandes nicht ausreichen, kann er eine Umlage von seinen Mitgliedern erheben, deren Höhe sich nach dem Verhältnis des Nutzens zu richten hat, den die einzelnen Kommunen von den Leistungen des Verbandes haben. Insgesamt ähnelt diese innere Struktur und die Art der Aufgabenerledigung und Finanzierung der Zusammenarbeitsform der §§ 9 und 16 ff. des ungarischen KommZusG. In beiden Fällen entsteht eine neue juristische Person,

334 § 8 Abs. 1 GKK-Hessen; Art. 22 KommZG-Bay; § 6 Abs. 1 GKG-NRW.

335 FRITZ OSSENBÜHL in ERICHSEN (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage 1998 S. 194.

336 Vgl. etwa §§ 5 ff. des Hessischen GKG vom 16.12.1969, Hess. GVBl. I. S. 307.

337 Wasserverbandsgesetz vom 12. Februar 1991 (BGBl. I S. 405), geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15. Mai 2002 (BGBl. I S. 1578).

338 Vgl. § 9 Abs. 1 KommZG-Niedersachsen. Zur Natur der Zweckverbandssatzung als öffentlich-rechtlicher Vertrag, THOMAS DAHMEN in FRICKE/OTT, Verwaltungsrecht in der anwaltlichen Praxis, 1999, § 33 (Kommunalrecht), Rn. 56 f.

339 §§ 10 f. KGG-Hessen.

340 Zur inneren Organisation des Zweckverbandes HANS-JÖRG/FRIK MICHAEL HOKKELER, Interkommunale Zusammenarbeit – Handreichung für die Kommunen, 2008, S. 52 f.

341 Vgl. hierzu und den nachfolgenden Angaben §§ 14 ff. KGG-Hessen.

342 § 18 KGG-Hessen.

deren innere Willensbildung in einem kollektiven Beschlussorgan erfolgt, welches mit entsandten Vertretern der Kommunen besetzt ist. Ähnlich der Situation in Ungarn wird diese öffentlich-rechtliche und institutionalisierte Form der Zusammenarbeit von den Kommunen als zu starr empfunden, weshalb sie im Vergleich zu den flexibleren Zweckvereinbarungen seltener gewählt wird.³⁴³

c) Privatrechtliche Zusammenarbeitsformen mittels gemeinsamer AG oder GmbH

Neben den oben dargestellten öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeitsformen steht es Kommunen grundsätzlich frei, ihre öffentlichen Aufgaben mittels privatrechtlicher Kooperationsformen auszuüben.³⁴⁴ Hierzu gehört neben der gemeinsamen Errichtung privater Gesellschaften auch der Abschluss zivilrechtlicher Verträge, wobei von letzterer Möglichkeit angesichts der gemeinhin als praktikabel empfundenen und daher bevorzugten öffentlich-rechtlichen Zweckvereinbarung in der kommunalen Praxis kaum Gebrauch gemacht wird.³⁴⁵ Die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften stellen für den Betrieb von Unternehmensformen des Gesellschaftsrechts zahlreiche Hürden auf, die wesentlich weiter reichen als die in Ungarn primär maßgebliche Schranke der Haftungsbeschränkung. Neben der Beschränkung auf den Betrieb lediglich solcher Gesellschaften, die die Haftung der Kommunen nach außen limitieren³⁴⁶, stellen die deutschen Landesvorschriften einen Schrankentrias³⁴⁷ auf, wonach Kommunen sich wirtschaftlich nur dann betätigen dürfen, wenn eine hinreichende Zweckbindung vorliegt, ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum absehbaren Bedarf der Kommune besteht und der jeweilige öffentliche Zweck der wirtschaftlichen Betätigung (Aufgabenerfüllung) nicht ebenso wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt werden kann (Subsidiaritätsprinzip).³⁴⁸ Für den Betrieb privatrechtlicher Gesellschaften ist zusätzlich hierzu ein angemessener Einfluss der Gemeinde auf die Gesellschaft obligatorisch.³⁴⁹ Bereits das Prinzip der Haftungsbeschränkung schließt den Betrieb einer OHG aus und be-

343 Etwa 30 % der Kommunen in Deutschland greifen auf öffentlich-rechtliche Vereinbarungen (Zweckvereinbarungen) zurück, wohingegen Zweckverbände lediglich von etwa 20 % der Kommunen genutzt werden. Siehe dazu Kienbaum Studie/DStGB S. 12. Zur bevorzugten Stellung des flexibleren Auftrags in Ungarn gemäß § 7 KommZusG im Vergleich zu den starren institutionalisierten Zusammenarbeitsformen nach §§ 8, 9 und 16 ff. KommZusG siehe GURNIK ÁGNES/SZALAI ÁKOS/SZÉPE EDIT, *Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól*, 1998, S. 24.

344 So ordnet § 2 Abs. 2 des KGG-Hessen als allgemeinen Grundsatz an; „Die Befugnis, sich bei der gemeinsamen Wahrnehmung von Aufgaben den Rechtsformen des Privatrechts zu bedienen, bleibt unberührt.“ Inhaltsgleiche Grundsätze finden sich beispielsweise in Art. 1 Abs. 3 KommZG-Bay; § 1 Abs. 3 GKG-NRW.

345 Kienbaum Studie/DStGB S. 11.

346 Siehe dazu § 122 Abs. 1 Nr. 2. Gemeindeordnung Hessen.

347 Siehe zur Schrankentrias in der Gemeindeordnung Niedersachsens, ULF-DIETER PAPE/HENNING HOLZ, NVwZ 2007, S. 636 ff. Zu den unterschiedlichen Ausprägungen dieser Trias in den Landesgesetzen vgl. CHRISTOPHER ZEISS, NZBau, 2003, S. 475 ff.

348 Zu diesem Schrankentrias § 121 Abs. 1 Gemeindeordnung Hessen.

349 § 122 Abs. 1 Nr. 3 Gemeindeordnung Hessen.

schränkt die Errichtung einer Kommanditgesellschaft auf die Sonderform einer GmbH & Co. KG.³⁵⁰ Somit verbleiben im Wesentlichen die Unternehmensformen der GmbH und der Aktiengesellschaft (AG).³⁵¹ In der AG als körperschaftlich organisierter Kapitalgesellschaft bleibt die Haftung der Kommunen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 AktG beschränkt. Die innere Organisation der AG und ihrer Gesellschaftsorgane nach Maßgabe der auch für Kommunen zwingenden Vorschriften des Aktiengesetzes³⁵² erschwert jedoch eine ausreichende Kontrolle der Gemeinden über die Aktiengesellschaft im Sinne des Kommunalwirtschaftsrechts.³⁵³ So leitet der Vorstand der AG die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung“ gemäß § 76 Abs. 1 AktG. Dabei unterliegt der Vorstand zwar der Kontrolle des Aufsichtsrates gemäß § 111 Abs. 1 AktG, allerdings ist dieser wiederum im Sinne des § 111 Abs. 3 AktG nur dem Wohl der Gesellschaft verpflichtet und kann nicht den Weisungen Dritter – namentlich der Kommunen – unterworfen werden.³⁵⁴ Zwar kann die Kommune gegenüber ihren Vertretern in der Hauptversammlung ein Weisungsrecht geltend machen³⁵⁵, jedoch ist die Hauptversammlung nicht unmittelbar an der Geschäftsführung beteiligt. Daher kann eine AG für ein Kooperationsprojekt mehrerer Kommunen nur in Betracht kommen, wenn nach geltendem Gesellschaftsrecht zulässige Maßnahmen zur Erlangung einer Kontrolle über die Gesellschaft erzielt werden können. Möglich ist, bei Errichtung der AG den öffentlichen Zweck in die Unternehmenssatzung aufzunehmen und dadurch als leitendes Interesse für die Organe festzusetzen. Wesentlich effektiver und die wohl einzig rechtssichere Lösung ist jedoch die Vereinbarung eines Beherrschungsvertrages³⁵⁶ gemäß §§ 291 Abs. 1 AktG³⁵⁷ und so die Erlangung eines Weisungsrechts der die AG beherrschenden Kommunen im Sinne der §§ 17 Abs. 2, 308 Abs. 1 AktG.³⁵⁸

350 Lediglich Kommanditisten einer KG haften Beschränkt in der Höhe ihrer eingebrachten Einlagen gemäß § 171 HGB. Der – auch im Falle einer interkommunalen KG erforderliche – Komplementär könnte von einer Kommune nur gestellt werden, wenn eine GmbH dazwischen geschaltet wird.

351 Der Aktiengesellschaft begegnet der Landesgesetzgeber bisweilen mit Skepsis und ordnet in Sollvorschriften an, dass die Gemeinde nach Möglichkeit lediglich dann auf eine AG zurückgreifen soll, wenn der jeweils verfolgte öffentliche Zweck nicht ebenso gut in anderen Gesellschaftsformen erreicht werden kann, vgl. § 122 Abs. 3 Gemeindeordnung Hessen.

352 Vgl. dazu BGHZ 69, 334, 340 f., wonach die zwingenden Vorschriften des Gesellschaftsrechts des Bundes in Ansehung der Kommunen als Hoheitsträger nicht durchbrochen werden können und sie daher erforderlichenfalls auf die Organisationsformen des öffentlichen Rechts zurückgreifen müssen, wenn eine Gesellschaft des Privatrechts mit den allgemein zulässigen Mitteln des Zivilrechts nicht in einer Weise von der Gebietskörperschaft kontrolliert werden kann, wie es das Kommunalwirtschaftsrecht anordnet.

353 HERMANN PÜNDER, NJW 2010, S. 263, S. 264 f.

354 Dies ergibt sich aus § 111 Abs. 5 AktG. Siehe dazu auch BGHZ 36, 296, 306.

355 Beispielsweise § 125 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 S. 1 Gemeindeordnung Hessen.

356 Zum konzernrechtlichen Beherrschungsvertrag als geeignete Alternative vgl. HERMANN PÜNDER, NJW 2010, S. 263, S. 264 f.

357 Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit der ursprünglich an Privatunternehmen gerichteten konzernrechtlichen Maßgaben der §§ 291 ff. AktG siehe HOLGER ALTMEPPEN in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 2000, § 291, Rn. 22.

358 Vgl. zu der öffentlichen Hand als „herrschendes Unternehmen“ über eine AG; BGHZ 135, 107, 113 f. Als rechtlich grundsätzlich selbstständiges Unternehmen gilt die AG als beherrscht, wenn ein anderes Unternehmen die Mehrheit ihrer Anteile hält. Hält die öffentliche Hand die Mehrheit der Anteile, besteht ein vergleichbarer Interessenkonflikt

Nicht zuletzt wegen der dargelegten Schwierigkeiten bei der Errichtung einer AG ist die GmbH die weitaus beliebteste privatrechtliche Organisationsform in der kommunalen Praxis.³⁵⁹ Wie bei der AG handelt es sich bei der GmbH ebenfalls um eine körperschaftlich verfasste Kapitalgesellschaft, deren Haftung im Außenverhältnis gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt bleibt. Gemäß § 45 Abs. 1 GmbHG stehen Gemeinden als Gesellschafter einer GmbH weitreichende Kontroll- und Weisungsbefugnisse in Ansehung der Geschäftsführung der Gesellschaft zu, soweit sie diese im Gesellschaftsvertrag festlegen. Auf Grund dieser Gestaltungsfreiheit besteht die zusätzliche Möglichkeit, die Organe der GmbH an die öffentliche Zwecksetzung der Gesellschaft zu binden, indem diese als Gesellschaftszweck im Sinne der §§ 1, 3 Abs. 1 GmbHG festgesetzt werden. Dementsprechend lässt sich auch die Einflussnahme der Kommunen auf die Gesellschaft über deren Organe erzielen. Dem Geschäftsführer obliegt zwar die Führung der Geschäfte der Gesellschaft, allerdings handelt er nicht in eigener Verantwortung sondern unterliegt dem Einfluss der Gesellschafterversammlung.³⁶⁰ Insbesondere § 37 Abs. 1 GmbHG räumt umfangreiche Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung ein. Den Kommunen steht in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber ihren in die Gesellschafterversammlung entsandten Vertretern zu³⁶¹, so dass sie die GmbH einer ausreichenden Kontrolle im Sinne des Kommunalwirtschaftsrechts unterwerfen können. Da die Rechtsordnung im Falle der GmbH das Wohl der Gesellschaft gegenüber den Interessen der Gesellschafter in weitaus geringfügigerem Umfang schützt als im Falle der AG³⁶², eignet sich die GmbH für die strikte Verfolgung öffentlicher Interessen – erforderlichenfalls zum finanziellen Nachteil der Gesellschaft. Demzufolge ist die GmbH die geeignetste privatrechtliche Gesellschaftsform für die kommunale Aufgabenerledigung.

Kapitel 3 Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf interkommunale Zusammenarbeitsformen

Nach der Untersuchung der in den Mitgliedstaaten und insbesondere in Deutschland und Ungarn anzutreffenden Kooperationsformen wird im Folgenden die Anwendbarkeit des Vergaberechts nach Maßgabe des Sekundärrechts und der nationalen Umsetzungsvorschriften in den beiden Ländern auf die kommunalen Zusammenarbeitsformen dargelegt. Da für die Auslegung und Anwendung der

zwischen der Leitung der AG und der öffentlichen Hand, wie im Falle eines über die AG herrschenden anderen Unternehmens, da die öffentliche Hand sich nicht nur von typischen Aktionärsinteressen leiten lässt, sondern auch von solchen Zielsetzungen, die sich aus ihrer Stellung als Trägerin öffentlich-rechtlicher Aufgaben ergeben.

359 ALFRED KATZ, Kommunale Wirtschaft – Öffentliche Unternehmen zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb, 2004, Teil I, Rn. 100 f.

360 Siehe insbesondere § 46 Nr. 6 GmbHG.

361 Dies ergibt sich aus § 48 Abs. 1 GmbHG, wonach das Interesse der Gesellschafter – und nicht etwa der Gesellschaft – in der Gesellschafterversammlung maßgeblich sind.

362 Siehe BGHZ 31, S. 258, S. 278; BGHZ 89, S. 48, S. 57.

nationalen Umsetzungsvorschriften die Wertungen des Sekundärrechts leitend sind, werden in einem ersten Schritt die Funktionen des vergaberechtlichen Auftragsbegriffes allgemein dargelegt, wie sie im europäischen Sekundärrecht angelegt sind. Wie im Folgenden noch aufzuzeigen ist, gilt dieser auslegungsbedürftige Tatbestand häufig als Ausgangspunkt rechtsdogmatischer Konflikte im europäischen Vergaberecht, erweist sich aber zugleich als systematischer Bezugsrahmen für die Entwicklung kohärenter Lösungen und damit der systemstimmigen Bewältigung einzelner Konflikte. Danach werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale des öffentlichen Auftrages dargelegt sowie die geschriebenen und ungeschriebenen Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht, welche das Unionsrecht für interkommunale Kooperationsformen kennt. Im Rahmen dieser Untersuchungen können die Umsetzungsvorschriften in Deutschland und Ungarn im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben dargelegt und die Ausschreibungspflicht der im zweiten Kapitel dargestellten Kooperationsformen untersucht werden. Dabei soll der aktuelle Stand der sich stetig wandelnden Auslegungspraxis in Ansehung des zentralen Tatbestandes des öffentlichen Auftrages ermittelt werden. Die leitende Fragestellung dieser Prüfung wird sein, ob sich aus dem Umstand, dass bei interkommunalen Kooperationen auf beiden Seiten eines vergaberechtlichen Vertrags der Staat steht, Besonderheiten für die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht ergeben können.

A. Die allgemeinen Funktionen der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht

Wie alle Wettbewerbsvorschriften des Unionsrechts lassen sich auch die Maßgaben des europäischen Vergaberechts zwei grundlegenden Funktionen zuweisen. Namentlich verfolgen die Wettbewerbsvorschriften des Primärrechts einerseits das Ziel der Binnenmarktsöffnung und andererseits die Vermeidung von Wettbewerbsverfälschung auf dem stufenweise errichteten Binnenmarkt.³⁶³ Die transnationale Marktöffnung erfolgt über das allgemeine Diskriminierungsverbot und insbesondere über die Grundfreiheiten, während einer Verhinderung eines echten Wettbewerbs durch wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen privater oder staatlicher Akteure auf dem Markt die Maßgaben der Art. 101 ff. und 107 ff. AEUV entgegen wirken.³⁶⁴ Die sekundärrechtlichen Vorschriften des Vergaberechts wurden auf Grundlage der Art. 47 Abs. 2 und Art. 55 EGV a.F. erlassen und verfolgen unter Anderem Ziel der grenzüberschreitenden Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte.³⁶⁵ Diese marktöffnende Funktion geht untrennbar einher mit der Zwecksetzung des Vergabewesens, den staatlichen Stellen die für ihr Funktionieren notwendigen Beschaffungen in einem geregelten

363 Zur Einbettung des Vergaberechts in dieser zweifachen Funktion siehe statt vieler KOENIG/KÜHLING in STREINZ EUV-EGV Kommentar, 2003, Art. 86 EGV, Rn. 64.

364 Zu dieser Zweiteilung der Funktionen wettbewerbsrechtlicher Vorgaben des Primär- und Sekundärrechts siehe PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, Lokale Tätigkeit in der Daseinsvorsorge und deren Binnenmarktrelevanz – Das System des unionsrechtlichen Fragenrasters – in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE (Hrsg.) Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 2010, S. 27, S. 30 ff.

365 Vgl. Präambel der Richtlinie 2004/18/EG.

Verfahren zu ermöglichen. Gleichzeitig ordnen die Vergaberichtlinien an: „Die Mitgliedstaaten sollten dafür Sorge tragen, dass die Teilnahme einer Einrichtung des öffentlichen Rechts als Bieter in einem Vergabeverfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge keine Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privatrechtlichen Bietern verursacht“.³⁶⁶ Die Pflicht eines öffentlichen Auftraggebers zur Durchführung eines Vergabeverfahrens bei seinen Beschaffungsvorhaben dient somit der Marktöffnung und zugleich der effektiven Durchsetzung von Wettbewerb auf dem Beschaffungsmarkt.³⁶⁷ Da der Vergabewettbewerb neben der Marktöffnung auch der Kosteneffizienz und Qualitätssicherung dient, ist es nach neuerer Rechtsprechung des EuGH im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien zwingend zuzulassen, dass öffentliche Stellen ihre Leistungen auf dem Markt anderen öffentlichen Stellen in einem Vergabeverfahren anbieten.³⁶⁸ Dabei ist unerheblich, dass ein öffentlicher Auftraggeber seine Leistungen gegebenenfalls ohne Gewinnerzielungsabsicht anbietet und privaten Konkurrenten gegenüber somit einen erheblichen Vorteil inne hat.³⁶⁹

B. Sachlicher und Persönlicher Geltungsbereich des europäischen Vergaberechts

Der sachliche und persönliche Anwendungsbereich der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG ergibt sich jeweils aus dem zentralen Begriff des „öffentlichen Auftrages“. Dieser bestimmt den Kreis der potentiellen Vertragsparteien eines öffentlichen Auftrages, namentlich die Gruppe der öffentlichen Auftraggeber und der Bieter und definiert zugleich den Gegenstand derjenigen Leistungsbeziehungen zwischen diesen Gruppen, die als öffentlicher Auftrag im Sinne des europäischen Vergaberechts gelten. Bevor diese Definitionsmerkmale des öffentlichen Auftrages dargestellt werden, muss zunächst die Entwicklung des funktionalen Auftraggeber- und Auftragsbegriffs im europäischen Vergaberecht dargelegt werden. Wie noch zu zeigen sein wird, resultieren sowohl die allgemeine Ausschreibungspflicht interkommunaler Kooperationen als auch ein Teil der für sie geltenden Befreiungstatbestände aus dieser funktionalen Sichtweise des Gerichtshofs.

I. Der Wandel vom institutionellen zum funktionalen Auftrags- und Auftraggeberbegriff

Wie ursprünglich die haushaltsrechtlichen Vergabevorschriften der Mitgliedstaaten³⁷⁰, sahen auch

366 Erwägungsgrund Nr. 4 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG und Erwägungsgrund Nr. 11 der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG.

367 Siehe dazu bereits Kapitel 1; A; II; 3.

368 EuGH C-305/08 (Co.NIS.Ma), Urteil vom 23.12.2009, Rn. 28 ff. Eventuell unzulässige Wettbewerbsvorteile der aus Steuergeldern finanzierten öffentlichen Hand können nach Auffassung des Gerichtshofes dadurch vermieden werden, dass ungewöhnlich niedrige Angebote aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Siehe dazu auch Art. 55 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG.

369 Denn die Teilnahme einer solchen öffentlichen Stelle als Bieter in einem Vergabeverfahren begünstigt den Preis- und Qualitätswettbewerb und ist daher aus Sicht der privatrechtlichen Konkurrenten hinzunehmen; EuGH C-305/08 (Co.NIS.Ma), Urteil vom 23.12.2009 Rn. 28 ff.

370 Vgl. zur Entwicklung des Beschaffungswesens vom schlichten Haushaltsrecht zu einem Teilgebiet des Wettbewerbsrechts in Deutschland von den Anfängen des 19. Jahrhunderts bis in die Gegenwart, MEINRAD DREHER in

die anfänglichen Vergaberechtsrichtlinien der EWG in den 1970er Jahren³⁷¹ einen institutionellen Auftraggeberbegriff vor, welcher die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf den Staat, seine Gebietskörperschaften und eine abschließend erfasste Gruppe juristischer Personen des öffentlichen Rechts (etwa Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts) begrenzt.³⁷² Nur diese explizit benannten Stellen mussten bei ihren Beschaffungsvorhaben das europäische Vergaberecht zwingend anwenden. Der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts war mit diesem formalen, lediglich auf die öffentlich-rechtliche Organisationsform abstellenden Ansatz³⁷³ präzise umrissen.³⁷⁴ Insbesondere waren privatrechtlich organisierte Unternehmen nicht dem Vergaberecht unterworfen, auch wenn sie im Eigentum eines öffentlichen Auftraggebers standen.³⁷⁵ Ausgehend von einer Ende der 1980er Jahre ansetzenden Rechtsprechung des EuGH wurde dieser institutionelle Auftraggeberbegriff des Art. 1 lit. b) der damaligen Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG in späteren Richtlinien um funktionale Merkmale erweitert. Im Jahre 1988 entschied der EuGH im Fall Beentjes, dass Einrichtungen, die zwar formell nicht zum Staat gehören, dennoch diesem zuzurechnen sind, soweit sie finanziell oder in Ansehung der für sie geltenden nationalen Rechtsvorschriften von diesem abhängen und dessen Weisungen unterliegen.³⁷⁶ Auf die Rechtsform solcher Einrichtungen kommt es nach diesem Ansatz nicht mehr an, sondern darauf, dass sie von einer staatlichen Stelle zu Erfüllung ihrer Aufgaben herangezogen werden und daher nach Sinn und Zweck der europäischen Vergaberechtsvorschriften dem Staat zuzurechnen sind.³⁷⁷ Damit galten solche Einrichtungen fortan als öffentliche Auftraggeber im Sinne eines von einer formalen Betrachtungsweise losgelösten Auftraggeberbegriffes der Richtlinie 71/305/EWG. Der Grund für diesen Wandel war eine Privatisierungswelle, die in den Mitgliedstaaten einsetzte und zur Schaffung privatrechtlich organisierter Einrichtungen führte, die der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dienten und den staatlichen Stellen,

IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar* 3. Aufl. 2001, vor §§ 97 ff. Rn. 33 ff.

371 Siehe den Überblick zur geschichtlichen Entwicklung der europäischen Vergaberechtsrichtlinien, ALEXANDER EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, 1. Aufl. 2008, S. 33 ff.

372 Als erster europäischer Rechtsakt zur umfassenden Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Beschaffungswesen erfasste die Baukoordinierungsrichtlinie von 1970 (Richtlinie 71/305/EWG, ABl. 1971 Nr. L 185/5) den Staat und seine Gebietskörperschaften (für Deutschland die Bundesländer und die Kommunen) und eine für jedes Mitgliedsland abschließend aufgeführte Gruppe juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Diese waren in Deutschland die bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

373 Siehe zur historischen Entwicklung und der Abwendung vom institutionellen hin zum funktionalen Ansatz mit der Folge, dass gegenwärtig sogar privatrechtliche Sektorenunternehmen (etwa Energie oder Telekommunikation) als „öffentliche Auftraggeber“ erfasst sind, weil die Mitgliedstaaten die Schlüsselsektoren traditionell stark reglementieren und erheblichen Einfluss auf die Tätigkeit der Sektorenunternehmen haben; DREHER, IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, 3. Aufl. 2001, vor §§ 97 ff. Rn. 50.

374 Siehe dazu HANS-JOACHIM PRIESS, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, 3. Aufl. 2005, S. 84.

375 Siehe dazu MÜLLER-WREDE in: INGENSTAU/KORBION, *Verdingungsordnungen für Bauleistungen (VOB)* – Kommentar 15. Aufl. 2004, § 98 GWB Rn. 2.

376 EuGH Rs. 31/87 (Gebroeders Benntjes gegen die Niederlande), Urteil vom 20.09.1988, Slg. 1988, S. 4635, Rn. 12 f.

377 Den funktionalen Ansatz bestätigend; EuGH C-323/96 (Kommission/Belgien), Slg. 1998, I-5063, S. 5083, Rn 28; EuGH C-306/97 (Connemara Machine Turf) Slg. 1998 S. 8761, S. 8783, Rn. 31;

die sie finanziell und administrativ lenkten, vergaberechtlich zuzurechnen waren.³⁷⁸ Um eine Flucht des Staates in das Privatrecht zu verhindern, erweiterten die späteren Richtlinien 93/36/EWG und 93/37/EWG den Auftraggeberbegriff um die Gruppe der „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ in welche auch privatrechtlich organisierte Gesellschaften der öffentlichen Hand eingeordnet werden konnten.³⁷⁹ Dieses Nebeneinander des alten institutionellen und eines neuen funktionalen Auftraggeberbegriffes wurde in den gegenwärtigen Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG übernommen.³⁸⁰ Ziel des funktionalen Ansatzes ist es allgemein, all jene Einrichtungen unabhängig von ihrer öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Organisationsform zu erfassen, deren Handeln funktional mit staatlichem Handeln gleichzusetzen sind, weil sie der Erfüllung staatlicher Aufgaben dienen und von der öffentlichen Hand hierzu eingesetzt und kontrolliert werden.³⁸¹ Die in den Mitgliedstaaten recht unterschiedlichen Organisationsformen, derer sich die öffentliche Hand zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben bedienen kann, können so unter Ausklammerung einer auf die Rechtsform abstellenden Betrachtungsweise einheitlich erfasst werden, was die praktische Wirksamkeit des europäischen Vergaberechts durchzusetzen hilft. All diesen Organisationsformen ist die für die öffentliche Hand kennzeichnende Monopolstellung als Einkäufer bestimmter Leistungen gemein. Flankierend zum funktionalen Auftraggeberbegriff stellte der EuGH klar, dass auch der vergaberechtliche Auftragsbegriff allein nach Sinn und Zweck der Vergaberechtsrichtlinien zu bestimmen sei, also nach dem Ziel der Verwirklichung der Grundfreiheiten in den nationalen Beschaffungsmärkten und der Schaffung eines funktionierenden Wettbewerbs. Ob eine Leistungsbeziehung zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer anderen juristischen Person als Beschaffungsvorgang zu werten ist, kann sich daher nicht nach dem Rechtsgrund der Leistungsbeziehung oder der jeweils gewählten Rechtsform im Sinne des nationalen Rechts richten. Insoweit wertet der Gerichtshof den Auftrag einer Gebietskörperschaft auch dann als ausschreibungspflichtige Beschaffung, wenn die Gebietskörperschaft den Auftrag gar nicht erteilt hat, um eine ihr gesetzlich zustehende öffentliche Aufgabe zu erfüllen sondern um einer vertraglichen Verpflichtung einem Dritten gegenüber nachzukommen.³⁸²

378 So bereits der Generalanwalt MARCO DAMON in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Benntjes vom 04.05.1988, 31/87 (Gebroeders Benntjes gegen die Niederlande), Urteil vom 20.09.1988, Slg. 1988, S. 4635, S. S. 4645, Rn. 11 ff.

379 Als erste Richtlinie enthielt die Baukoordinierungsrichtlinie 98/37/EWG den Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ für welchen im Anhang I der Richtlinie für jeden Mitgliedstaat die Organisationsformen aufgezählt wurden, die auf Grund ihrer Nähe zur öffentlichen Hand als öffentliche Auftraggeber zu behandeln waren.

380 Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 2004/17/EG und Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG zählen zunächst den Staat und seine Gebietskörperschaft als öffentliche Auftraggeber (institutioneller Ansatz) sowie die Einrichtungen des öffentlichen Rechts (funktionaler Ansatz), zu der „jede Einrichtung“ zählt, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im allgemeinen Interesse liegende Aufgaben wahrzunehmen und überwiegend vom Staat oder seinen Gebietskörperschaften finanziert wird und einer entsprechenden Leitung und Aufsicht unterliegt.

381 HANS-JOACHIM PRIESS, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 148 f.

382 EuGH C-126/03 (Kommission gegen Deutschland), Urteil vom 18.11.2004, Rn.16 ff. = NZBau 2005, 49. Es ging um die Frage, ob die Stadt München für die Erfüllung eines öffentlichen Auftrages, welches sie durch ihre eigene Teilnahme an einem Vergabeverfahren zuvor erhalten hat, ausschreibungsfrei an ein Subunternehmen übertragen kann. Der Umstand, dass die Stadt nicht ihren eigenen Beschaffungsbedarf decken wollte, sondern einen Auftrag er-

Maßgeblich ist alleine, ob eine staatliche Stelle etwas einkauft, also ob ein Beschaffungsvorgang vorliegt. Neben dem Rechtsgrund für das Einkaufsverhalten der öffentlichen Hand in jedem Einzelfall ist auch die Rechtsform einer Leistungsbeziehung unerheblich, damit unterschiedliche Ausgestaltungen in den Mitgliedstaaten nicht die einheitliche Anwendbarkeit des Vergaberechts gefährden.³⁸³ Diese für das deutsche Vergaberecht vom BGH im Jahre 2001 anerkannte³⁸⁴ rechtsformunabhängige, funktionale Betrachtungsweise ermöglicht zwar eine einheitliche Anwendbarkeit des Vergaberechts in allen Mitgliedstaaten, birgt jedoch auch die Gefahr einer uferlosen Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien – etwa im hier interessierendem Bereich von Verwaltungskooperationen. Die gegenwärtige zentrale Aufgabenstellung im europäischen Vergaberecht ist somit die sinnvolle Konkretisierung des funktionalen Auftragsbegriffes dahingehend, dass einerseits sämtliche Einkaufsverhalten der öffentlichen Hand auf dem Markt vergaberechtlich erfasst werden, andererseits aber nicht jene Vorgänge, die ihrer Funktion nach gerade keine Einkäufe am Markt darstellen.³⁸⁵

II. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des öffentlichen Auftrages

Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des öffentlichen Auftrages sind (1) das Vorliegen eines Vertrages, (2) die Entgeltlichkeit dieses Vertrages, (3) die Qualifikation der Vertragsparteien als öffentlicher Auftraggeber einerseits und Unternehmer andererseits sowie schließlich (4) die Beschaffung von Waren und Leistungen als Vertragsgegenstand.³⁸⁶ Da die interkommunale Zusammenarbeit im europäischen Vergaberecht nicht geregelt ist, hängt ihre Beurteilung maßgeblich von der Auslegung des Begriffes des öffentlichen Auftrages ab. Eine Ausnahme zu diesem grundsätzlich ungeregelten Zustand kommunaler Kooperationen im europäischen Vergaberecht bildet die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007³⁸⁷ über öffentliche Personenverkehrsdienste (PVVO), die eine Reihe von Verwaltungskooperationen als eine Form der staatlichen Eigenerbringung öffentlicher Leistungen be-

füllen wollte, den sie als Unternehmerin erhalten hat, betrachtete der Gerichtshof als unerheblich und verpflichtete die Stadt zur Durchführung eines Vergabeverfahrens.

383 Dass eine Leistungsbeziehung auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zu Stande gekommen ist und die Ausübung hoheitlicher Gewalt mit einschließt, steht der Annahme eines öffentlichen Auftrages nicht entgegen, sondern spricht sogar dafür, wenn man berücksichtigt, dass in vielen Mitgliedstaaten öffentliche Aufträge auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nach nationalem Recht abgeschlossen werden. C-399/98 (Teatro alla Bicocca), Urteil vom 12.07.2001, Rn. 73. = EuZW 2001, 532.

384 BGHZ 148, S. 55, S. 63.

385 So Generalanwältin VERICA TRSTENJAK in ihren Schlussanträgen vom 04.06.2008 im Verfahren C-324/07 (Cotitel), Rn. 82 ff. im Hinblick auf interkommunale Kooperationen und die notwendige Eingrenzung der Ausschreibungspflicht im Sinne der Vergaberichtlinien, die lediglich Einkäufe der öffentlichen Hand erfassen wollen und nicht jede entgeltliche Leistungsbeziehung zwischen öffentlichen Auftraggebern. Siehe auch CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 154 f.; ähnlich JOST PIETZCKER, NVwZ 2007, S. 1225, S. 1230.

386 Art. 1 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG.

387 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates (EG) Nr. 1370/2007 vom 23.10.2007 (ABl. L 315 vom 03.12.2007 S. 1) über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates; im folgenden PVVO.

trachtet³⁸⁸ und diese durch eine kodifizierte Inhouse-Ausnahme³⁸⁹ aus dem Begriff des vergaberechtlichen Vertrages herauslöst.³⁹⁰ Da in Deutschland ein Versuch zur detaillierten Regelung der kommunalen Zusammenarbeit im GWB im Jahr 2008 an den Bedenken des Bundesrates gescheitert ist³⁹¹, hängt die vergaberechtliche Beurteilung auch hier von der Auslegung des Tatbestandes des öffentlichen Auftrages ab.³⁹² In Ungarn existiert im nationalen Vergabegesetz 2003/CXXIX eine detaillierte Regelung über die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf kommunale Kooperationen.³⁹³ Allerdings erfasst auch diese Kodifikation im ungarischen Vergabegesetz nicht alle oben dargelegten Kooperationsformen, die nach ungarischem Kommunalrecht zulässig sind³⁹⁴ und trifft insbesondere keine Anordnungen für die in der Praxis sehr gebräuchliche Form des interkommunalen Auftrages gemäß § 7 KommZusG³⁹⁵. Mit einer solchen Sachverhaltskonstellation, bei der eine Gemeinde interkommunal mit der Durchführung von Aufgaben betraut wird³⁹⁶, hat sich der EuGH zwischenzeitlich bereits befasst und erste, wenn auch nicht abgeschlossene Neujustierungen vorgenommen.³⁹⁷ Sowohl in Ungarn als auch in Deutschland ist also die vergaberechtliche Regelung interkommunaler Kooperationen lückenhaft, so dass die maßgebliche Beurteilung nach wie vor vom Begriff des öffentlichen Auftrages abhängt.³⁹⁸ Im Folgenden sollen daher die Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien dargestellt und anschließend mit den Regelungen in Deutschland und Ungarn verglichen werden. Sodann ist zu prüfen, ob und inwieweit die oben dargestellten Kooperationstypen unter den Begriff des öffentlichen Auftrages subsumiert werden können.

388 Siehe Erwägungsgrund Nr. 18 der PVVO.

389 Zur Inhouse-Ausnahme siehe ausführlich in Kapitel 4; A.

390 Siehe zum Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 PVVO ausführlich in Kapitel 4; A; 2.

391 Der Bundesrat befürchtete, dass die Ausnahmetatbestände für Kooperationen im deutschen Vergaberecht einer Überprüfung durch den EuGH nicht Stand halten würden und forderte daher anstelle der Änderungen im deutschen Recht ein Hinwirken der Bundesregierung zur Regelung der interkommunalen Kooperationen im Rahmen der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Siehe Deutscher Bundestag 16 Wahlperiode 2008, Drucksache 16/10117 vom 13.08.2008, S. 28.

392 Zum Scheitern des Regelungsversuchs und dessen Konsequenzen in diesem Sinne vgl. auch HANS-JOACHIM PRIESS/JOSEF HÖLZL, NZBau, 2009, S. 159, S. 162.

393 Siehe § 2/A des Gesetzes: 2003 évi. CXXIX tv. a közbizterzéséről (Gesetz über das öffentliche Vergabewesen, im Folgenden: Vergabegesetz).

394 vgl. NÉMETH ANITA, Közbizterzés – kérdések és válaszok, I-2006/1, S. 6.

395 Eine Umfrage des Ungarischen Innenministeriums aus dem Jahr 2005 ergab, dass der in § 2/A des ungarischen Vergabegesetzes normierte In-House Ausnahmetatbestand insbesondere die häufige Kooperationsform des interkommunalen Auftrages gemäß § 7 KommZusG nicht regelt und die Frage der Ausschreibungspflicht insoweit nicht klärt. Innenministerium Ungarn Dokument-Nr. 308-1055/2005, S. 6.

396 Siehe dazu die Kooperationsformen in Kapitel 2; D.

397 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009 = NZBau 2009, S. 527 ff. Siehe dazu ausführlich in Kapitel 4; A; V.

398 Für Deutschland siehe statt vieler WALTER FRENZ, NVwZ 2010, S. 609; für Ungarn vgl. NÉMETH ANITA, Közbizterzés – kérdések és válaszok, I-2006/1, S. 6.

1. Vertrag

a) Vorgaben des Sekundärrechts

In Art. 1 Abs. 1 normiert die Richtlinie 2004/18/EG als zentrale Voraussetzung das Vorliegen eines Vertrages zwischen öffentlichem Auftraggeber und einem Wirtschaftsteilnehmer. Als einzige Formerfordernis verlangt die Richtlinie die Schriftform. Leistungsbeziehungen, die auf Grundlage eines Rechtssetzungsaktes, namentlich Gesetz, Verordnung oder Satzung vollzogen werden, fallen somit aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts heraus.³⁹⁹ Weitere Konkretisierungen enthalten die Vorgaben des Sekundärrechts zum Vertragsbegriff nicht. Im Lichte des funktionalen Auftragsbegriffes ist es unerheblich, ob es sich nach mitgliedstaatlichem Recht um einen öffentlich-rechtlichen oder um einen zivilrechtlichen Vertrag handelt, wie der EuGH in der Rechtssache „Teatro alla Bicocca“ klargestellt hat.⁴⁰⁰ Diese Feststellung war notwendig, weil in manchen Mitgliedstaaten – wie beispielsweise Frankreich – die öffentlichen Aufträge als öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Verwaltung und einem Unternehmer kodifiziert sind⁴⁰¹, während andere Rechtsordnungen (etwa Deutschland oder Ungarn) zivilrechtliche Rechtsbeziehungen vorsehen. Letztlich bezweckt der Vertragsbegriff der Richtlinien die Erfassung sämtlicher zweiseitig verpflichtender Rechtsgeschäfte.⁴⁰² Dies setzt voraus, dass auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts eine ausreichende Rechtsfähigkeit der Parteien feststellbar ist und dass das Rechtsgeschäft auf dem freien Entschluss beider Vertragsparteien basiert. Ist also eine Vertragspartei zur Eingehung des Rechtsgeschäfts durch Gesetz oder sonstigen Rechtsakt zwingend angehalten oder fehlt ihr die Befugnis, den Gegenstand der Leistungsbeziehung oder die Höhe des Entgelts mit der Verwaltung zu verhandeln, so liegt kein Vertrag im Sinne der Richtlinien vor.⁴⁰³ Unerheblich ist jedoch, wenn der Kreis der möglichen Vertragsparteien durch Gesetz zwingend festgelegt ist.⁴⁰⁴

399 Siehe statt vieler HANS JOACHIM PRIESS, der aus diesem Grunde zutreffend darauf hinweist, dass einseitige hoheitliche Rechtsakte auch ausnahmsweise nicht als öffentlicher, vertraglicher Auftrag gewertet werden können; Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 107 f.

400 EuGH C-399/98 (Teatro alla Bicocca), Urteil vom 12.07.2001, Rn. 73. = EuZW 2001, 532.

401 Ist der Auftraggeber unmittelbar ein Hoheitsträger, sieht das französische Recht einen öffentlich-rechtlichen Vertrag vor, während das Zivilrecht anzuwenden ist, wenn der öffentliche Auftraggeber als juristische Person des Privatrechts organisiert ist, wie etwa Unternehmen in Staatseigentum. Siehe dazu THIERRY LALOUM/JULIETTE DESLANDRES in HANS-JOACHIM PRIESS (Hrsg.), Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 434 ff.

402 ALEXANDER EGGER, Europäisches Vergaberecht, 1. Aufl. 2008, Rn. 574 f.

403 EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn 58-54. = NZBau 2007, 381.

404 EuGH C-399/98 (Teatro alla Bicocca), Urteil vom 12.07.2001, Rn. 74. = EuZW 2001, 532.

b) Umsetzung in Ungarn und Deutschland

Das ungarische Vergabegesetz 2003/CXXIX⁴⁰⁵ in seiner Fassung vom 29.10.2010⁴⁰⁶ definiert in § 2 Abs. 1 nicht lediglich den öffentlichen Auftrag als Bestandteil des sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts. Vielmehr umschreibt § 2 Abs. 1 das gesamte Vergabeverfahren („a közbizterzés“) als ein Verfahren, welches ein öffentlicher Auftraggeber⁴⁰⁷ im Sinne des Vergabegesetzes für den Abschluss entgeltlicher Verträge abzuwickeln verpflichtet ist, um eine Beschaffung von bestimmtem Inhalt und einen bestimmtem Wert realisieren zu können. Zwar spricht diese Legaldefinition in Abweichung zum Vertragsbegriff der Richtlinien nicht explizit aus, dass der Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Bieter zu Stande kommen muss, doch ergibt sich diese Notwendigkeit aus § 4 des Vergabegesetzes. Diese Vorschrift enthält sämtliche allgemeinen Auslegungsbestimmungen („Értelmező Rendelkezések“) für das Vergabegesetz und definiert in Nr. 1 all jene natürlichen und juristischen Personen als Bieter („ajánlattevő“), die ein Angebot einreichen. Mit dieser Konkretisierung enthält die Legaldefinition des § 2 Abs. 1 jene vier Elemente des öffentlichen Auftrages, welche die Vergaberichtlinien voraussetzen (Vertrag; zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieter; entgeltlich; auf Beschaffung gerichtet). Das ungarische Vergaberecht ordnet als Rechtsbeziehung einen zivilrechtlichen Vertrag zwischen Beschaffungsstelle und Unternehmen an.⁴⁰⁸ Im Gegensatz zum europäischen Auftragsbegriff enthält der ungarische jedoch kein Schriftformanfordernis und ist insoweit strenger, als die europäische Vorgabe da nicht in Schriftform fixierte Beschaffungsvorgänge ebenfalls der Ausschreibungspflicht unterliegen. Dieser Unterschied dürfte jedoch nicht erheblich sein, weil das Schriftformanfordernis der Richtlinien überwiegend den Zweck verfolgt, die Überwachungstätigkeit der Kommission durch eine ausreichende Dokumentation der öffentlichen Aufträge zu gewährleisten⁴⁰⁹, weshalb als Schriftform auch elektronisch übermittelte und gespeicherte Daten gelten, soweit sie reproduziert werden können.⁴¹⁰

Im deutschen Vergaberecht folgt § 99 Abs. 1 GWB im Wesentlichen den europäischen Vorgaben und definiert den öffentlichen Auftrag als einen entgeltlichen Vertrag zwischen einem öffentlichen

405 Einen Überblick zum ungarischen Vergaberecht in deutscher Sprache mit einem Schwerpunkt auf dem Sekundärrechtsschutz gibt GERGELY LÉGRÁDI in HANS-JOACHIM PRIESS, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 479 ff.

406 Das Gesetz in seiner gegenwärtig gültigen Form ist in englischer Sprache abrufbar auf der Seite der zentralen Vergabekoordinierungsstelle (Közbizterzési Tanács); <http://www.kozbeszerzes.hu> (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

407 Die öffentlichen Auftraggeber werden im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien in § 22 des Vergabegesetzes aufgezählt.

408 Dazu allgemein und bei der Beauftragung von Privatunternehmen mit der Durchführung öffentlicher Aufgaben durch Kommunen, HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat, Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn, 2002, S. 232 f.

409 ALEXANDER EGGER, Europäisches Vergaberecht, 1. Aufl. 2008, Rn. 578.

410 Art. 1 Abs. 12 der Richtlinie 2004/18/EG. Angesichts des organisatorischen und finanziellen Volumens öffentlicher Aufträge oberhalb der Schwellenwerte sind rein mündlich abgeschlossene Verträge ohne jegliche Dokumentation ohnehin kaum vorstellbar.

Auftraggeber und einem Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen. Damit sind auch die bereits angeführten vier Definitionsmerkmale des europäischen Auftragsbegriffes in Bezug genommen. Da das öffentliche Beschaffungswesen in Deutschland traditionell dem Zivilrecht zugeordnet wird⁴¹¹, war längere Zeit umstritten, ob öffentlich-rechtliche Verträge als ein Vertrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB verstanden werden können. Die für die Verwaltung erforderlichen Sachgüter werden durch zivilrechtliche Kauf-, Werk- oder Dienstverträge eingekauft, die auch als Hilfgeschäfte der Verwaltung bezeichnet werden, da sie das Funktionieren der Verwaltung ermöglichen.⁴¹² Für diese Verträge ist der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Die öffentliche Hand begibt sich mit ihren Vertragspartnern auf die Ebene der Gleichordnung und nimmt wie ein Privatrechtssubjekt am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teil. Da öffentlich-rechtliche Verträge zwar einer solchen zivilrechtlichen Gleichordnung ähneln, letztlich aber öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse mit entsprechenden Rechten und Pflichten der Vertragsparteien begründen⁴¹³, wurde die Anwendbarkeit des § 99 Abs. 1 GWB auf sie abgelehnt.⁴¹⁴ Speziell im Hinblick auf die hier relevanten mandatierenden und delegierenden Zweckvereinbarungen zwischen Gebietskörperschaften könnte insoweit erst recht an deren Zuordnung zum zivilrechtlichen Auftragsverhältnis gezweifelt werden. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Vergaberecht auf Grund seiner Regelungszwecke trotz der zivilrechtlichen Beschaffungsverträge öffentlich-rechtlich überlagert ist.⁴¹⁵ Leistungsbeziehungen, die nicht durch zivilrechtliche, sondern durch öffentlich-rechtliche Verträge begründet werden, können daher nicht von vornherein aus dem Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB herausgenommen werden. Der funktionale Auftragsbegriff der Vergaberichtlinien nimmt Vertragsbeziehungen unabhängig von ihrer Rechtsform in den Anwendungsbereich des Vergaberechts, soweit der jeweilige Vertrag auf die Beschaffung von Leistungen gerichtet ist. Nur wenn der Vertrag anderen Zwecken – etwa der Übertragung von Hoheitsrechten – dient, kann eine Herausnahme aus dem Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB in Betracht kommen.⁴¹⁶

c) Schlussfolgerungen für die einzelnen Kooperationstypen

Der Auftragsbegriff im hier relevanten Anwendungsbereich der Vergaberechtsrichtlinien verlangt einen Vertrag über die Beschaffung von Waren und Leistungen. Es handelt sich um ein auf übereinstimmenden und weisungsfrei abgegeben Willenserklärungen basierendes mehrseitiges Rechtsgeschäft.

411 BVerwGE 5, S. 325, S. 328; BVerwGE 35, S. 103, S. 104 f.

412 HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 3 Rn. 7 ff.

413 Siehe dazu JÖRN IPSEN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, S. 229 ff.

414 OLG Celle, Beschluss vom 24.11.1999 – 13 VerG 7/99 = NZBau 2000, S. 299 ff.; OLG Naumburg Beschluss vom 19.10.2000 – Verg 9/00 = VergabeR 2001, S. 134 ff.

415 HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 3 Rn. 7a.

416 So ALEXANDER EGGER, Europäisches Vergaberecht, 1. Aufl. 2008, Rn. 573. Ausführlich dazu in Kapitel 4; B.

(aa) Die horizontalen Kooperationsformen

Das in § 7 des ungarischen KommZusG geregelte interkommunale Auftragsverhältnis erfüllt die oben dargelegten Voraussetzungen eines vergaberechtlichen Vertrages. Es basiert bereits nach dem Wortlaut des § 7 KommZusG auf einer „Vereinbarung“ der Kommunen, für welche die Vorschriften des ungarischen Zivilgesetzbuches unmittelbar anzuwenden sind. Gleiches gilt für die in Deutschland in den Landesgesetzen geregelten öffentlich-rechtlichen Verträge der mandatierenden oder delegierenden Zweckvereinbarungen. Als koordinationsrechtliche Verträge beruhen auch diese auf gegenseitigen und mit Bezugnahme aufeinander abgegebenen Willenserklärungen und haben damit Vertragscharakter.⁴¹⁷ Im Lichte des oben dargelegten funktionalen Auftragsbegriffs kann es keine Rolle spielen, ob der Vertrag mittelbar zu einer Übertragung von Kompetenzen einer Kommune an ihren Kooperationspartner führt (Delegation). Denn diese Kompetenzenübertragungen werden durch Gesetz an vertragsbasierte Zweckvereinbarungen der Kommunen geknüpft und stehen damit zur Disposition der Vertragsparteien⁴¹⁸ einer Zweckvereinbarung. Hauptziel der Zweckvereinbarungen als solche ist demgemäß die Betrauung mit der Ausführung einer Aufgabe durch Vertrag.⁴¹⁹ Der Umstand, dass die delegierenden Zweckvereinbarungen zusätzlich eine Übertragung von Kompetenzen enthalten können, berührt somit nicht die Vertragsqualität des durch Vereinbarung begründeten Rechtsverhältnisses als solche,⁴²⁰ sondern lediglich die Frage, ob der Vertrag auf eine Beschaffung oder eher auf die Neuordnung öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten gerichtet ist.⁴²¹

(bb) Vertikale Kooperationsformen

Die in den §§ 8 ff. KommZusG geregelten Zusammenarbeitsformen sind auf den Betrieb einer gemeinsamen juristischen Person der kooperierenden Kommunen gerichtet. In sämtlichen Fällen sehen die §§ 8 ff. KommZusG eine diesbezügliche Einigung der Gebietskörperschaften vor. Auf Grund der oben beschriebenen Befugnis der Kommunen, sich wirtschaftlich zu betätigen und der unmittelbar auf sie anzuwendenden Vorschriften des Zivilrechts, kann der Vertragscharakter der

417 Wesensmerkmal des koordinationsrechtlichen Verträge ist gerade eine einvernehmliche Regelung durch Vereinbarung zwischen Verwaltungsträgern, was insbesondere auch für Kooperationsverträge zwischen Gemeinden kennzeichnend ist; vgl. dazu HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 14, Rn. 12 ff.

418 Vgl. § 25 KGG-Hessen, wonach der Umfang der Kompetenzenübertragung maßgeblich vom jeweiligen Vertragswillen der Parteien abhängt.

419 Dass einzelne Fachgesetze die Gebietskörperschaften zur Übertragung von Hoheitsrechten und zur Zusammenarbeit ermächtigen, mindert nicht die Vertragsqualität der getroffenen Vereinbarung und stellt die Ausschreibung solcher Leistungsbeziehungen nicht zur Disposition der Kommunen, OLG Düsseldorf, Beschl. vom 05.05.2004, VII Verg. 78-03 = NZBau 2004, 398, 400.

420 Anderer Auffassung etwa WALTER FRENZ, der zumindest im Falle einer vollständigen Kompetenzenübertragung (Übergang des Satzungsrechts) die Vertragsqualität ablehnt, VergabeR 2006, S. 831, S. 835.

421 vgl. Pressemitteilung der Kommission der Europäischen Union IP/05/949 vom 15.06.2005. Zu der Frage, ob ein solcher delegierender Vertrag mangels Beschaffungscharakter von der Ausschreibungspflicht frei zu stellen ist, siehe ausführlich Kapitel 4; B.

„Vereinbarung“ im Sinne der §§ 8 ff. KommZusG grundsätzlich angenommen werden, soweit eine Gesellschaft des Privatrechts (zumeist eine GmbH) gegründet wird. Wie dargelegt, können die Kommunen gemäß §§ 8 ff. und 16 KommZusG eine eigene juristische Person des öffentlichen Rechts („társulás“) errichten, die mit eigenen Sachmitteln und Personal ausgestattet ist und die vereinbarten Aufgaben für die Kommunen wahrnimmt. Da im diesem Falle ebenfalls die Maßgaben des allgemeinen Zivilrechts ergänzend zu den Vorschriften des KommZusG anzuwenden sind⁴²², kann auch hier grundsätzlich ein vertraglicher Charakter der Vereinbarung im Sinne der §§ 8 ff. i.V.m § 16 KommZusG angenommen werden. Die §§ 8 ff. KommZusG ordnen an, dass für die zu errichtende juristische Person der spätere Aufgabenkreis abstrakt im Gründungsvertrag zu regeln ist, nicht jedoch die Durchführung konkreter Aufgaben. Da also weder die Errichtung einer kommunalen Vereinigung („társulás“) gemäß §§ 16 i.V.m 8 KommZusG, noch die Gründung einer gemeinsamen GmbH nach §§ 8 oder 9 KommZusG unmittelbar auf die Erbringung einer Leistung oder die Durchführung öffentlicher Aufgaben gerichtet sind, werden diese Gründungs- und Errichtungsakte jedoch regelmäßig keinen Beschaffungscharakter haben.⁴²³ Ist eine Einrichtung („társulás“) gemäß § 16 KommZusG als juristische Person des öffentliche-rechts ausgestaltet, entscheidet sie jedoch gemäß §§ 17 i.V.m 11 selbstständig hinsichtlich der Durchführung der ihr von den Kommunen übertragenen Aufgaben. Führt eine solche „társulás“ somit für eine einzelne Kommune eine Aufgabe durch, so ist hierfür zunächst eine eigenständige Willenserklärung der „társulás“ erforderlich, namentlich also eine entsprechende vertragliche Vereinbarung mit der jeweiligen Kommune. Mithin entstehen die Leistungsbeziehungen zwischen „társulás“ und der Kommune durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft und nicht etwa durch Verwaltungsakt der Kommune. Ein Vertrag im Sinne des § 2 Abs. 1 des ungarischen Vergabegesetzes kann also in diesen Fällen angenommen werden.⁴²⁴ Errichten die Kommunen eine gemeinsame Kft. (GmbH), so ist auch diese gegenüber den Kommunen selbstständig und es bedarf eines Vertragsabschlusses mit den einzelnen Kommunen für die Durchführung einer öffentlichen Aufgabe. Der Praxisüberblick zu Kooperationen in Ungarn zeigt, dass solche Einrichtungen – unabhängig davon, ob sie als juristische Personen des öffentlichen Rechts oder als Kapitalgesellschaft ausgestaltet sind – stets gegründet werden, damit sie später mit der Durchführung von Aufgaben betraut werden können und

422 Urteil des Höchsten Gerichts (Legfelső Bíróság), BH 1997, S. 446; abgedruckt in GURNIK/SZALAI/SZÉPE, Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól, 1998, S. 158 ff.

423 Siehe zu dieser Einordnung für die Gründung kommunaler Zweckverbände beziehungsweise für gemeinsame kommunale Gesellschaften des Privatrechts in der deutschen Praxis: HAHN CHRISTIANE, Vergaberecht als Störfaktor der interkommunalen Zusammenarbeit, 2007, S. 110.

424 Vergleiche dazu auch die Wertung des § 18 Abs. 2 KommZusG, wonach eine társulás im eigenen Namen Geldforderungen gegenüber einzelne Mitgliederkommunen gerichtlich geltend machen kann. Diese Regelung setzt als selbstverständlich Voraus, dass der Verband zuvor eigenständig Auftragsverträge mit den Kommunen über die Aufgabendurchführung abschließt.

diesbezüglich eigene Rechtsverbindlichkeiten eingehen können.⁴²⁵ Dementsprechend erfolgen Aufgabenübertragungen auf Grund der juristischen Eigenständigkeit der kommunalen Vereinigung („társulás“) oder der GmbH durch einen Vertrag. Damit ist das Erfordernis des § 2 Abs. 1 Vergabegesetz, namentlich der Abschluss eines mehrseitigen Rechtsgeschäftes in diesen Fällen gegeben.⁴²⁶

Eine den Kooperationsformen nach §§ 8 ff. i.V.m 16 KommZusG ähnliche Zusammenarbeitsform ist im deutschen Recht der Zweckverband, der ebenfalls als Körperschaft des öffentlichen Rechts eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Obgleich die Landesgesetze für die Binnenorganisation des Zweckverbandes eine Satzung vorsehen, erfolgt seine Gründung selbst durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinne der landesrechtlichen Bestimmungen. Ob der vertragliche Charakter dieser Gründungsvereinbarung durch die Gesetzesqualität der zugleich erlassenen Verbandssatzung in Frage gestellt werden muss⁴²⁷, ist vergaberechtlich nicht weiter relevant, da die Zweckverbandsgründung an sich – vergleichbar der Situation in Ungarn – keinen Beschaffungscharakter hat.⁴²⁸ Erst die spätere Beauftragung des Zweckverbandes durch einen der Mitgliedkommunen kann als Vertrag im Sinne des europäischen Auftragsbegriffes gewertet werden. Dies ergibt sich bereits aus den landesrechtlichen Bestimmungen, die es den Kommunen überlassen, ob sie den Zweckverband wie einen faktisch unselbständigen kommunalen Eigenbetrieb⁴²⁹ organisieren oder alternativ mit einer eigenen Entscheidungsbefugnis ausstatten.⁴³⁰ Diese mögliche eigenständige Handlungsfähigkeit der Zweckverbände ist gerade notwendige und von den Kommunen regelmäßig gewollte Voraussetzung für eine technisch anspruchsvolle und wirtschaftliche Bewältigung komplexer Aufgaben wie der Trinkwasserversorgung oder der Abfallwirtschaft.⁴³¹ Beauftragt daher eine Mitgliedkommune einen Zweckverband mit der Durchführung einer öffentlichen Aufgabe, so ist diese Vereinbarung als Ver-

425 Zwar können die Kommunen auf Grundlage der §§ 8 ff. KommZusG auch Kooperationsverbände gründen, die den Mitgliederkommunen gegenüber keine Eigenständigkeit besitzen, doch bevorzugen die Kommunen aus Gründen der Praktikabilität die partiell eigenständigen Kooperationsverbände. Dazu GURNIK/SZALAI/SZÉPE, *Kéziköny a helyi önkormányzatok társulásairól*, 1998, S. 29.

426 Die enge Ausnahme, welche der erwähnte § 2/A des Vergabegesetzes von diesem Grundsatz anordnet, wird in Kapitel 4; A; III erörtert.

427 Lediglich das niedersächsische Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit macht deutlich, dass die Zweckverbandsgründung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgt (§ 9 Abs. 1 KomZG-Nds.), während andere Landesgesetze lediglich von einer „Vereinbarung“ der Kommunen sprechen; vgl. § 9 Abs. 1 KGG-Hessen. Allgemein zu dieser Frage siehe GERN ALFONS, *Deutsches Kommunalrecht*, 3. Aufl. 2003, Rn. 937.

428 OLG Düsseldorf Beschluss vom 21.06.2006, Verg. 17/06; dabei hebt das Gericht hervor dass zumindest der Gründungsakt und die Übertragung von Aufgabenzuständigkeiten auf Grundlage der landesrechtlichen Bestimmungen an sich keinen Beschaffungscharakter haben, betont aber zugleich, dass andere Verwaltungsvereinbarungen, die auf eine konkrete Beauftragung gerichtet sind, ohne Weiteres Beschaffungscharakter haben.

429 Vgl. das Hessische Eigenbetriebsgesetz, nach dessen § 5 die Gemeindevertretung zwar über Belange der laufenden Geschäftsführung des Eigenbetriebes entscheidet, jedoch bezüglich der allgemeinen Grundsätze der Geschäftsführung alle maßgeblichen Vorgaben festsetzt, wie etwa die Übernahme von neuen Aufgaben des Eigenbetriebs (§ 5 S. 1 Nr. 9.) oder die allgemeinen Lieferbedingungen und Tarife des Eigenbetriebes (§ 5 S. 1 Nr. 5.).

430 Siehe § 18 Abs. 2 KGG-Hessen.

431 Kienbaum Studie/DStGB. 6.

trag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zu qualifizieren. Einer solchen Beurteilung wird vereinzelt entgegengehalten, dass die Aufgabendurchführung durch einen Zweckverband für eine Kommune sich aus der Verbandssatzung ergebe, welche den Aufgabenkreis des Verbandes bereits detailliert zu regeln habe.⁴³² Bestätigt werde diese Vorrangigkeit der Satzung dadurch, dass mit der Errichtung des Zweckverbandes die Zuständigkeit für die Verbandsaufgabe kraft Gesetz automatisch⁴³³ von den Kommunen auf den Verband übergehe und die Aufgabenwahrnehmung somit bei einer Gesamtbeurteilung durch hoheitliche Rechtsakte übertragen und nicht durch Vertrag begründet werde.

Diese Auffassung übersieht jedoch, dass die eigentliche vertragliche Beschaffungsvereinbarung nicht bei Errichtung des Zweckverbandes erfolgt sondern erst nach seiner Gründung durch einzelne Aufträge der Mitgliederkommunen an den Verband.⁴³⁴ Zudem ist für die Entstehung der Satzung eines Zweckverbandes – wie dargelegt – zunächst ein öffentlich-rechtlicher Vertrag der Kommunen erforderlich, so dass der Übertragung einer Aufgabe auf einen Zweckverband stets ein Vertrag voran gehen muss. Schließlich können die Kommunen vereinbaren, dass jede spätere Änderung der Verbandssatzung der Zustimmung sämtlicher Verbandsmitglieder bedarf⁴³⁵, was den vertraglichen Charakter der Binnenorganisation des Zweckverbandes bestätigt und dem vereinzelt behaupteten Vorrang der Aufgabenübertragung durch Hoheitsakt entgegensteht.

2. Entgeltlichkeit des Vertrages

Im Gegensatz zum Schriftformerfordernis für öffentliche Aufträge enthalten die Vergaberichtlinien keinen Hinweis darauf, was unter einem „entgeltlichen“ Vertrag zu verstehen ist.⁴³⁶ Auch die nationalen vergaberechtlichen Bestimmungen in Ungarn und Deutschland enthalten keine Begriffserklärung und setzen den Rechtsbegriff „entgeltlich“ jeweils in der Legaldefinition des öffentlichen Auftrages voraus.⁴³⁷ Da nach der Konzeption sowohl des ungarischen als auch des deutschen Vergaberechts die am Ende eines erfolgreichen Vergabeverfahrens durch Zuschlag zu Stande gekommenen Verträge als zivilrechtliche Rechtsverhältnisse gelten⁴³⁸, bietet sich zwar grundsätzlich ein Rückgriff

432 Siehe nachfolgend zu diesen Argumenten HOLGER SCHRÖDER, NVwZ 2005, S. 25, S. 27 f.

433 Vgl. § 8 Abs. 1 KGG-Hessen; Art. 22 Abs. 1 BayKommZG; § 8 Abs. 2 KomZG-Nds, § 20 Abs. 1 KGG-Thür.

434 Siehe nur § 8 Abs. 2 KGG-Hess der die Gestaltungsbefugnis bezüglich einer vom Zweckverband durchzuführenden Aufgabe bei den Kommunen belässt und den Kommunen die einseitige Entscheidungsgewalt über den Kompetenzübergang an den Verband belässt. Insgesamt erscheint die Kommune gegenüber dem Verband insoweit als Besteller einer Leistung (öffentliche Aufgabe), für welche nach wie vor die Kommune die Verantwortung trägt.

435 § 21 Abs. 1 S. 2 KGG-Hessen.

436 Die Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG enthalten jeweils in ihrem Titel I (Art. 1 ff.) zahlreiche grundsätzliche Legaldefinitionen. Auch der Begriff „schriftlich“ wird definiert als jede Darstellung aus Wörtern oder Ziffern, die gelesen oder reproduziert oder elektronisch übermittelt und gespeichert werden kann. Der Begriff „entgeltlich“ wird in diesen ausführlichen Definitionskatalogen nicht konkretisiert.

437 § 99 Abs. 1 GWB (Deutschland) und § 2 Abs. 1 Vergabegesetz (Ungarn).

438 Siehe für Ungarn: § 306/A Vergabegesetzbuch. Zum Vertragsschluss durch Zuschlag in Deutschland vgl. MEINRAD DREHER in IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB-Kommentar, 3. Aufl. 2001, Rn. 3 f.

auf die Begriffsbestimmungen zur „Entgeltlichkeit“ nach den jeweiligen nationalen Vorschriften des bürgerlichen Rechts an. Doch lassen sich auch den regelmäßig bereichsspezifischen Legaldefinitionen der Entgeltlichkeit – etwa im Rahmen des Schenkungsvertrages⁴³⁹ – keine verallgemeinerungsfähigen Wertungen ableiten. Zudem spricht der Grundsatz des „effet utile“ gegen die Heranziehung nationaler Legaldefinitionen zur Auslegung europäischen Richtlinienrechts. Somit verbleiben die Konkretisierungen, die der EuGH für den Begriff der Entgeltlichkeit im Sinne der Vergaberichtlinien vorgenommen hat.⁴⁴⁰ Im Interesse einer unionsweit einheitlichen Anwendbarkeit der Vergaberegeln hat dieser auch den Entgeltbegriff funktional bestimmt und klargestellt, dass nicht nur Zahlungen, sondern jede Zuwendung darunter fällt, die Geldwert haben kann, wie beispielsweise der Verzicht des öffentlichen Auftraggebers auf gesetzlich vorgeschriebene Abgaben.⁴⁴¹ Unerheblich ist auch, ob eine einmalige und konkret bezifferte Leistung erfolgt oder eine jährlich zu entrichtende, noch nicht näher feststellbare Vergütung vereinbart wird, da es ausreicht, dass bei Vertragsschluss abstrakt eine Vergütung vereinbart wurde.⁴⁴²

a) Horizontale Kooperationen

Mit diesen Maßgaben lässt sich die Entgeltlichkeit im Bereich der horizontalen Kooperationen grundsätzlich bejahen. Das ungarische Kooperationsgesetz räumt im Rahmen des interkommunalen Auftrags gemäß § 7 Abs. 2 KommZusG den Kommunen weitreichende Gestaltungsrechte bei dem Vertragsschluss ein, ordnet aber zwingend die vorherige Vereinbarung einer Vergütung an. Solche zwingenden Vorgaben enthalten häufig auch die landesrechtlichen Vorschriften in Deutschland zu den Zweckvereinbarungen, die zumindest die Vereinbarung einer Kostenerstattung vorsehen.⁴⁴³ Ordnet ein Landesgesetz die Vereinbarung einer solchen Kostenerstattung nicht an⁴⁴⁴, so können die Kommunen eine Zweckvereinbarung auch so gestalten, dass die Kosten der ausführenden Kommune nicht durch die Auftraggeberkommune, sondern durch die Heranziehung der Nutzer der jeweiligen Leistungen (Endverbraucher) vergütet werden.⁴⁴⁵ Da in diesen Fällen nicht die Auftraggeberkommune die erbrachte Leistung zahlt, sondern die Nutzer der Leistung und der aufgabendurchführenden Kommune diesbezüglich das Recht zur Gebührenerhebung eingeräumt wird, rücken solche

439 Vgl. etwa das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, das nur vereinzelte und bereichsspezifische Anordnungen trifft, wie etwa die „unentgeltliche Zuwendung“ im Tatbestand der Schenkung gemäß § 516 Abs. 1 BGB.

440 Siehe dazu und zur Annahme der „Entgeltlichkeit“ in Ansehung der in Deutschland betriebenen Zweckverbände; HOLGER SCHRÖDER, NVwZ 2005, S. 25, S. 27 ff.

441 EuGH C-399/98 (Teatro alla Bicocca), Urteil vom 12.07.2001, Rn. 76. = EuZW 2001, 532.

442 EuGH C-272/91 (Lottomatica), Urteil vom 26.04.1994, Slg. 1994, I-1409 Rn. 25.

443 Art. 10 Abs. 3 BayKommZG; § 9 Abs. 3 KGG-Thür.; § 5 Abs. 5 KommZG-Nds.

444 Das KGG Hessen etwa trifft in Ansehung der Zweckvereinbarung keine solchen Regelungen.

445 Vgl. § 25 Abs. 1 S. 3 KGG-Hessen, wonach die ausführende Gebietskörperschaft alle zur Aufgabendurchführung erforderlichen Maßnahmen wie im eigenen Gemeindegebiet treffen kann, was auch Gebühren und Nutzungsentgelte gegenüber den Endverbrauchern umfasst.

Zweckvereinbarungen in die Nähe von Dienstleistungskonzessionen⁴⁴⁶, die der europäische Gesetzgeber mit den Richtlinien nicht erfassen wollte.⁴⁴⁷ Die Ausdehnung des Begriffes der Entgeltlichkeit auf solche Fälle stünde im Widerspruch zu dieser Wertung der Richtlinien.⁴⁴⁸ In diesen wohl eher seltenen Ausnahmefällen wird eine Annahme der Entgeltlichkeit verneint werden können. Zu bedenken ist jedoch, dass der EuGH im Hinblick auf Konzessionsvergaben unter unmittelbarer Heranziehung der Grundfreiheiten die Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens verlangt und diese Verpflichtung auch für Fälle der interkommunalen Kooperation bestätigt.⁴⁴⁹ Die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht für solche Kooperationsformen besteht damit fort, so dass sie nachfolgenden Untersuchungen auch für diese Fälle praktische Bedeutung haben.⁴⁵⁰

b) Vertikale Kooperationen

Hinsichtlich der vertikalen Kooperationen müssen die Gebietskörperschaften in Ungarn gemäß § 8 Abs. 4 lit. e) KommZusG im Falle einer gemeinsam betriebenen GmbH die auf die Kommunen anteilig zu verteilenden Kosten für den Betrieb der Gesellschaft und der von ihr erbrachten Leistungen vereinbaren, wobei die „Relationen“ zu beachten sind, also die jeweiligen Nutzen, die die Kommunen aus den Leistungen der Gesellschaft haben.⁴⁵¹ Errichten die Gemeinden eine juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß §§ 16 ff. so sind die Maßgaben des § 8 Abs. 4 entsprechend auf diese juristischen Person anzuwenden.⁴⁵² Diese abstrakte Festlegung der Vergütung späterer Leistungen⁴⁵³ genügt nach den oben dargelegten Grundsätzen den Anforderungen der Entgeltlichkeit.

Im Gegensatz zu den ungarischen Regelungen ist in den deutschen Landesvorschriften für Zweckverbände der Grundsatz verankert, dass sich der Verband nur subsidiär über die Beiträge der Mitgliederkommunen finanzieren soll. Eine diesem Zweck dienende sogenannte Verbandsumlage soll der Zweckverband gegenüber den Mitgliederkommunen nur erheben, wenn die übrigen Einnahmen (Entgelte gegenüber Verbraucher nach jeweiligem Kommunalabgabenrecht des Landes, Kredite oder Zuschüsse)⁴⁵⁴ nicht ausreichen.⁴⁵⁵ Ähnlich den Fällen jener oben dargelegten Zweckvereinba-

446 Siehe die Legaldefinition der Konzessionen in Art. 1 Abs. 4. der Richtlinie 2004/18/EG.

447 Lediglich Baukonzessionen sind mit den Art. 56 ff. in einem eigenen Abschnitt der Richtlinie 2004/18/EG erfasst. Die Entgeltlichkeit solcher Fälle dennoch bejahend; OLG Naumburg, Beschl. vom. 3.11.2005 – 1 Verg 9/05 = NZBau 2006, S. 58, S. 62 f. Im Bereich der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG siehe Art. 18.

448 Daher zurecht gegen die Qualifizierung von Konzessionsvorgängen als entgeltliche Verträge im Sinne der Vergaberichtlinien, ALEXANDER EGGER, Europäisches Vergaberecht, 1. Aufl. 2008, Rn. 789 f.

449 EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005, Rn. 48. = EuZW 2005, 727.

450 Dies auch deshalb, weil der Gerichtshof sowohl für interkommunale Konzessionsvergaben als auch für interkommunale Auftragsvergaben im Rahmen der Vergaberichtlinien explizit identische Maßstäbe bezüglich der Ausschreibungspflicht ansetzt; zuletzt in C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 35 ff. = NZBau 2009, 797.

451 Vgl. dazu GURNIK/SZALAI/SZÉPE, Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól, 1998, S. 25.

452 §§ 18 Abs. 1 lit. a) i.V.m. 15 lit. e) unter entsprechendem Rückverweis auf § 8 Abs. 4 KommZusG.

453 Vgl. dazu EuGH C-272/91, Urt. vom 26.04.1994 (Lottomatica), Slg. 1994, I-1409 Rn. 25.

454 Siehe dazu HOLGER SCHRÖDER, NVwZ 2005, S. 25, S. 27 f.

455 § 19 Abs. 1 KGG-Hessen; Art. 42 Abs. 1 BayKommZG; § 37 Abs. 1 S. 1 KGG-Thür.

rungen, bei denen sich die Kommune über die Nutzer der erbrachten Leistung finanziert, stellt sich auch hier die Frage, ob der Konzessionscharakter solcher Finanzierungsmodelle nicht gegen die Annahme der Entgeltlichkeit spricht. Auf Grund der hohen Kostenintensität öffentlicher Aufgaben kann jedoch diese Subsidiarität direkter Ausgleichszahlungen der Bestellergemeinden in der Praxis nicht eingehalten werden und die Verbandsumlagen sind die bedeutendste Finanzierungsquelle der Zweckverbände.⁴⁵⁶ Für die meisten in der Praxis anzutreffenden Fälle kann somit eine Entgeltlichkeit der Verbandsleistungen für die Kommunen bejaht werden.

3. Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und einem Wirtschaftsteilnehmer

a) Öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 GWB und § 22 des ungarischen Vergabegesetzes

Eine strukturelle Besonderheit interkommunaler Zusammenarbeitsformen besteht darin, dass auf beiden Seiten des vergaberechtlichen Vertrags der Staat steht, weil die jeweilige Leistungsbeziehung zwischen zwei kommunalen Trägern, also öffentlichen Auftraggebern, zu Stande kommt. Unter anderem wird auf Grund dieser Besonderheit diskutiert, ob die kommunale Gemeinschaftsarbeit als eine Form der verwaltungsinternen Leistungsbeziehung überhaupt als ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang gewertet werden kann.⁴⁵⁷ Die Beurteilung dieser Frage hängt nicht zu letzt davon ab, ob die „beauftragte“ Kommune als „Unternehmer“ im Sinne der Definition des vergaberechtlichen Vertrags gewertet werden kann. Bevor dieser Frage nachgegangen wird, soll an dieser Stelle geprüft werden, ob die hier relevanten Kooperationsformen grundsätzlich als „öffentliche Auftraggeber“ erfasst sind.

Gemäß Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG sind Gebietskörperschaften unstreitig öffentliche Auftraggeber, so dass die beauftragte Kommune einer horizontalen Kooperation eindeutig die Besonderheit eines verwaltungsinternen Auftragsverhältnisses aufweist.

Für die Beurteilung der im Rahmen von vertikalen Kooperationen eingesetzten juristischen Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts ist der Begriff der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne des Art. 1 Abs. 9 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG maßgeblich. Danach gilt als öffentlicher Auftraggeber jede Einrichtung, die (1) Rechtspersönlichkeit besitzt, (2) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, (3) überwiegend vom Staat oder einer Gebietskörperschaft finanziert wird und deren Aufsicht unterliegt oder über ihre Verwaltungs- Leitungs- oder Aufsichtsorgane von diesen kontrolliert wird.⁴⁵⁸ Schwierigkeiten bereitet das Tatbestandsmerkmal der „im Allgemeininteresse lie-

456 Kienbaum Studie/DStGB S. 6.

457 Dazu JAN ZIEKOW/ THORSTEN SIEGEL, VerwArch 2005, S. 119 ff.

458 Es reicht, wenn die entsprechenden Organe mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die vom Staat oder einer Ge-

genden Aufgabe nicht gewerblicher“ Art, weshalb der Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts Gegenstand lebhafter Diskussionen ist.⁴⁵⁹ Immerhin liefert Anhang III. der Richtlinie 2004/18/EG eine – wenn auch nicht abschließende – Auslegungshilfe des Begriffes der Einrichtung des öffentlichen Rechts, die als Ergebnis einer in regelmäßigen Abständen vorzunehmenden Konsultation zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission erstellt wird.⁴⁶⁰ Hinzu kommt die Rechtsprechung des EuGH zu diesem Begriff. Bereits früh stellte der Gerichtshof klar, dass die Merkmale „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ und die „Nichtgewerblichkeit“ keineswegs nur auf klassisch hoheitliche Aufgaben wie etwa dem Strafvollzug abzielen⁴⁶¹. Vielmehr soll jede Tätigkeit erfasst werden, die nach den Wertungen des mitgliedstaatlichen Rechts dem Gemeinwohl zu dienen bestimmt ist und die der Staat daher selbst erfüllen oder zumindest einen entscheidenden Einfluss darauf behalten möchte.⁴⁶² In diesem Sinne hat der Gerichtshof das Vorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblicher Art bejaht für den Abtransport und die Behandlung von Haushaltsabfällen und deren thermische Verwertung⁴⁶³, für den betrieb einer Universität⁴⁶⁴, das Bestattungswesen⁴⁶⁵ oder etwa den Betrieb einer Kläranlage⁴⁶⁶. Diese Einstufung entspricht auch dem im Vertragswerk von Lissabon (Art. 14 AEUV) verankerten Grundsatz, wonach die Mitgliedstaaten selbst bestimmen, welche Aufgaben sie dem öffentlichen Interesse zuordnen, die Unionsorgane jedoch die Durchführung dieser Aufgaben nach den Wettbewerbsvorschriften der Union überwachen, soweit eine wirtschaftliche Auswirkung besteht.⁴⁶⁷ Ist somit eine Aufgabe nach nationalem Recht von öffentlichem Interesse, wie es bei der Daseinsvorsorge der Fall ist, kann insgesamt vom Vorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblicher Art ausgegangen werden.

Diesen Grundsatz bestätigt auch der bereits erwähnte Anhang III. der Richtlinie 2004/18/EG. Erfasst sind danach im Hinblick auf die deutsche Rechtsordnung⁴⁶⁸ sämtliche Bundes-, Landes- und Gemeindeunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen öffentlichen Rechts so wie juristische Personen des Privatrechts einschließlich kommunaler Versorgungsunternehmen u.a. für das

bietskörperschaft ernannt worden sind, vgl. Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG.

459 Dazu STEFAN HERTWIG, NZBau 2008, S. 355, S. 356 f.

460 Siehe dazu Art. 1 Abs. 9 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2004/18/EG.

461 Zur Errichtung und den Betrieb von Strafvollzugsanstalten als im Allgemeininteresse liegende Aufgabe, EuGH C-82/00 (Königreich Spanien), Slg. 2003, I-11697, Rn. 84 ff.

462 So im Hinblick auf den Transport und die Behandlung von Abfällen EuGH C-360/96 (BFI Holding), Slg. 1998, I-6821, Rn. 52.

463 C-360/96 (BFI Holding), Slg. 1998, I-6821, Rn. 52.; speziell im Hinblick auf die thermische Verwertung; EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 47 ff. = NZBau 2009, 527.

464 EuGH C-380/98 (University of Cambridge), Slg. 2000 I-8035, Rn. 18 f.

465 EuGH C-373/00 (Adolf Turley) Slg. 2003, I-11697, Rn. 84 f.

466 EuGH C-470/99 (Universale Bau AG) Slg. 2002, I-11617, Rn. 46.

467 Siehe nur Art. 2 des Protokolls Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse.

468 Protokoll Nr. III zur Richtlinie 2004/18/EG, ABl. vom 30.04.2004, L 134/ S. 165 ff., (Deutschland: Abschnitt III.).

Gesundheitswesen (Krankenhäuser und Forschungseinrichtungen), Kultur (Museen, Theater, zoologische und botanische Gärten, Bibliotheken und Archive), Rettungsdienste, Bildung und Entsorgung (Straßenreinigung, Abfall- Abwasserwirtschaft). Auch der für Ungarn erst nach dem EU-Beitritt des Landes nachträglich erweiterte Anhang Nr. III.⁴⁶⁹ beinhaltet sämtliche Haushaltsorgane („kölségvetési szervek“) und öffentliche Stiftungen („közalapítványok“) so wie sämtliche „Organisationen, die für die Zwecke der Erfüllung der Bedürfnisse des Allgemeininteresses gegründet wurden.“ Der ungarische Abschnitt von Anhang III. differenziert nicht zwischen zentralstaatlichen und kommunalen Einrichtungen, sondern setzt für jede Organisationshoheit, die vom Staat oder seinen Untergliederungen finanziert und gelenkt wird, das Vorliegen einer Einrichtung im Sinne des Art 1 Abs. 9 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG voraus. Beide Protokollanhänge machen damit deutlich, dass kommunale Aufgaben der Daseinsvorsorge grundsätzlich als Allgemeininteressen dienende Aufgaben erfasst sind.

Nach diesen Vorgaben sind auch die Begriffe der öffentlichen Auftraggeber in § 98 GWB und § 22 Abs. 1 des ungarischen Vergabegesetzes auszulegen.⁴⁷⁰ Beide Vorschriften übernehmen den oben dargelegten Wortlaut des Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG. Als gemeindeunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts ist der Zweckverband im Sinne der landesrechtlichen Regelungen ohne weiteres als öffentlicher Auftraggeber erfasst. Auch die ungarische „társulás“, soweit sie als eigenständige juristische Person des öffentlichen Rechts betrieben wird (§§ 8 f i.V.m 16 ff. KommZusG), fällt nach den dargelegten Vorgaben unter den Begriff der „Organisation“ im Sinne des dargelegten Anhang Nr. III. Gleiches gilt für privatrechtlich organisierte juristische Personen, wie etwa eine GmbH in beiden Rechtsordnungen. Auch hier handelt es sich um eigenständige Rechtsträger, die für die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge erreichtet worden sind und diesbezüglich von den Kommunen finanziert werden.

b) Wirtschaftsteilnehmer

aa) Unternehmensbegriff der Vergaberichtlinien: „Wirtschaftsteilnehmer“

Schließlich liegt ein öffentlicher Auftrag im Sinne der Vergaberichtlinien nur vor, wenn der öffentliche Auftraggeber den Vertrag mit einem zugelassenem Bieter oder Bewerber⁴⁷¹ im Sinne der Verga-

469 Protokoll Nr. III. zur Richtlinie 2004/18/EG in ihrer konsolidierten Fassung vom 01.01.2010 (Ungarn: Abschnitt XVI.), abrufbar unter www.eur-lex.europa.eu (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

470 Allgemein zu dieser starken Indizwirkung der nicht abschließenden Aufzählungen der Richtlinienprotokolle zum Begriff der Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Hinblick auf die nationale Rechtsordnung, MEINRAD DREHER in IMMENGA/MESTMÄCKER, Kommentar GWB, 3. Aufl. 2001, § 98 GWB, Rn. 17 ff.

471 Siehe Art. 1 Abs. 8 Unterabsatz 3 zu den Begriffen Bieter und Bewerber. Es ist danach zu differenzieren, ob das jeweilige Unternehmen sein Angebot im Rahmen eines offenen Verfahren vorgelegt hat (Bieter) oder sich um eine Aufforderung zur Teilnahme an einem nichtoffenen Verfahren, einem Verhandlungsverfahren oder einem wettbewerblichen Dialog beworben hat (Bewerber).

berichtlinien abgeschlossen hat. In einem klassischen Beschaffungsvorgang steht auf der Auftraggeberseite der Staat und die von ihm geleiteten Einrichtungen, wohingegen auf der Bieterseite miteinander konkurrierende Unternehmen der Privatwirtschaft stehen. In Ansehung der interkommunalen Kooperationen besteht der fundamentale Unterschied darin, dass auf beiden Seiten des Beschaffungsvorganges der Staat steht, namentlich Kommunen oder von diesen geleitete „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ im Sinne des oben dargelegten Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG. Dieser grundlegende Unterschied gab Anlass zu erheblichen Zweifeln über die Annahme eines öffentlichen Auftrages, wenn das beauftragte „Unternehmen“ eine Gebietskörperschaft oder eine von dieser kontrollierte Einrichtung war. Aus dem Richtlinienrecht der 1990er Jahre konnte noch die Wertung entnommen werden, dass die Bieterseite zumindest im Grundsatz von klassischen Unternehmen der privaten Marktwirtschaft gestellt wurden. So definierte die Richtlinie 93/36/EWG⁴⁷² den öffentlichen Auftrag als einen Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem „Lieferanten“ wobei als Lieferant eine natürliche oder juristische Person galt, die in einem Vergabeverfahren ein Angebot eingereicht hat.⁴⁷³ Diese Formulierung stellte sprachlich auf das Einreichen von Angeboten als Bieter ab und implizierte dadurch eine Verknüpfung mit der klassischen Vorstellung eines Unternehmens der Privatwirtschaft. Die gegenwärtige Fassung der Richtlinien löste sich von dieser Formulierung und stellt nicht mehr das Einreichen von Angeboten in den Vordergrund. Maßgeblich ist stattdessen, dass Leistungen im Sinne der Richtlinien auf dem Markt angeboten werden.⁴⁷⁴ Dementsprechend können gemäß Art. 1 Abs. 8 der Richtlinie 2004/18/EG nicht nur natürliche oder juristische Personen, sondern zusätzlich „öffentliche Einrichtungen“ als Bieter gelten, soweit sie Leistungen auf dem Markt anbieten. Der Begriff „öffentliche Einrichtung“ ist sprachlich zwar nicht deckungsgleich mit dem oben erörterten Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ gemäß Art. 1 Abs. 9 der genannten Richtlinie, macht aber deutlich, dass auch aus der staatlichen Sphäre stammende Einrichtungen in den Unternehmensbegriff einrücken, soweit sie Leistungen auf dem Markt anbieten. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus Erwägungsgrund Nr. (4) der Richtlinie, in welcher explizit die Teilnahme von „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ als Bieter in einem Vergabeverfahren als ein möglicher Beschaffungsvorgang benannt wird. Daher führt die Richtlinie 2004/18/EG zur Klarstellung der Unternehmereigenschaft den Begriff des Wirtschaftsteilnehmers ein, der sowohl öffentliche Einrichtungen, als auch Privatunternehmen gleichermaßen erfasst, soweit das Anbieten von Leistungen auf dem Markt vorliegt.⁴⁷⁵

472 Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14.06.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. vom 09.08.1993 L 199, S. 53.

473 Art. 1 Abs. 1 lit. a) und c).

474 So explizit Art. 1 Abs. 8 der Richtlinie 2004/18/EG.

475 Art. 1 Abs. 8 Unterabsatz 2 Richtlinie 2004/18/EG.

bb) Unternehmensbegriff des Primärrechts

Diese Maßgaben der Richtlinien decken sich mit den primärrechtlichen Merkmalen des Unternehmensbegriffes, der entgegen der ursprünglichen Konzeption der Verträge⁴⁷⁶ auch den Staat als Unternehmen erfasst, sobald er sich wirtschaftlich betätigt. Im Anwendungsbereich der Art. 101 ff. AEUV gilt jede Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform, der Art ihrer Finanzierung und dem Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht⁴⁷⁷ als Unternehmen, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt⁴⁷⁸, welche nach der Rechtsprechung des EuGH darin besteht, Güter oder Leistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.⁴⁷⁹ Lediglich schlicht hoheitliches Handeln der öffentlichen Hand ist hiervon ausgenommen, wobei eine Tätigkeit bereits dann als wirtschaftlich gilt, wenn sie nicht nur alleine vom Staat sondern prinzipiell auch von einem Privatunternehmen erbracht werden kann und darf.⁴⁸⁰ Ausschlaggebend ist somit nicht, „wer“ handelt, sondern die Art und Weise der Betätigung.⁴⁸¹ Dies dient der Gewährleistung des unverfälschten Wettbewerbs und entspricht der Zwecksetzung des Art. 101 Abs. 1 AEUV, wonach sich öffentliche Unternehmen und solche, auf die der Staat maßgeblichen Einfluss hat, marktkonform zu verhalten haben und privaten Unternehmen gegenüber nicht besser gestellt werden dürfen. Speziell im Hinblick auf interkommunale Kooperationen stellte der Gerichtshof daher bereits in seiner ersten Entscheidung in der Rechtssache „Teckal“⁴⁸² fest, dass es für eine Ausschreibungspflicht ausreicht, wenn eine Gebietskörperschaft eine von ihr rechtlich verschiedene Person mit der Aufgabendurchführung betraut, unabhängig von deren Rechtsform und von der Frage, ob die beauftragte Stelle ihrerseits öffentlicher Auftraggeber ist.

cc) Unternehmenseigenschaft der vertikalen Kooperationsformen in Ungarn und Deutschland

Nach diesen Vorgaben müssen die Unternehmensbegriffe des § 99 GWB bzw. die §§ 2 i.V.m. 4 Nr. 1 des ungarischen Vergabegesetzbuches ausgelegt werden.

Das ungarische Vergabegesetz verzichtet auf die Verwendung des Begriffes „Unternehmen“ oder

476 Vgl. den Überblick zu diesem Wandel des primärrechtlichen Unternehmensbegriffs, JÜRGEN SCHWARZE, EuZW 2000, S. 613 ff.

477 EuGH C-244/94 (Fédération française des sociétés d'assurance), Urte. vom 16.11.1995, Slg. 1995, I-4013, Rn. 21; ebenso verbundene Rechtssachen C-180/98 – C-184/98 (Pavlov u.a.), Urte. 12.09.1999, Slg. 2000, I-6451, Rn. 117.

478 Ständige Rechtsprechung des EuGH seit „Höfner und Elser“ Urte. vom 24.04.1991 C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21; bestätigt in C-55/96 (Job Centre II), Urte. vom 11.12.1997, Slg. 1997, I-7119, Rn. 21; C-35/96 (Kommission/Italien), Urte. vom 18.06.1998, Slg. 1998, I-3851, Rn. 36; C-205/03 (FENIN), Urte. vom 11.07.2006, Slg. 2006, I-6295, Rn. 25.

479 EuGH C-35/96 (Kommission gegen Italien), Urteil vom 18.06.1998, Slg. 1998, I-3851, Rn. 36; C-309/99 (Wouters), Urteil vom 19.02.2002, Slg. 2002, I-1577, Rn. 47; C-205/03 (FENIN), Urteil vom 11.07.2006, Slg. 2006, I-6295, Rn. 25.

480 Als Maßstab für staatliches, nicht wirtschaftliches Verhalten insoweit auf Verwaltungsmonopole abstellend: Kommission – Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge vom 19.01.2001, ABl. 2001, C 17, S. 4, Rn. 28.

481 Originär hoheitliche Tätigkeiten, die untrennbar mit der Ausübung staatlichen Zwanges verbunden sind, vgl. EuGH C-343/95 (Diego Cali Figli), Urte. vom 18.03.1997, Rn. 22 ff. = BeckRS 2004, 76588.

482 C-107/98 (Teckal), Urteil vom 18.11.1999, Rn. 42 ff. = EuZW 2000, 246.

„Bieter“ im Rahmen der Legaldefinition des öffentlichen Auftrages, konkretisiert jedoch den Begriff des Bieters in § 4 als jede natürliche oder juristische Person, Unternehmen oder sonstige rechtsfähige Organisation, die in einem Vergabeverfahren ein Angebot einreicht. Der Wortlaut des § 4 des ungarischen Vergabegesetzes kann richtlinienkonform dahingehend ausgelegt werden, dass „das Einreichen eines Angebots in einem Vergabeverfahren“ allgemein bereits das Anbieten von Leistungen auf dem Beschaffungsmarkt voraussetzt, so dass nicht erst die förmliche Eröffnung eines Vergabeverfahrens durch eine Gebietskörperschaft darüber entscheidet, ob das Vergaberecht anzuwenden ist. Die obigen Vorgaben des Unionsrechts zum Unternehmensbegriff können somit über den Wortlaut des ungarischen Vergabegesetzes in die ungarische Rechtsordnung Einfluss finden.

§ 99 GWB verwendet bei der Definition des öffentlichen Auftrages den Begriff „Unternehmen“ ohne Bezugnahme auf den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ im Sinne der Richtlinien. Allerdings stellt § 130 Abs. 1 GWB fest, dass die kartellvergaberechtlichen Vorschriften auf Unternehmen Anwendung finden, die der öffentlichen Hand gehören. Unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben zum Unternehmensbegriff und insbesondere der klarstellenden Funktion des Begriffes Wirtschaftsteilnehmer der Richtlinie 2004/18/EG kann auch die deutsche Regelung in § 130 Abs. 1 GWB so ausgelegt werden, dass nicht nur klassische, privatrechtlich organisierte Unternehmen der öffentlichen Hand erfasst sind sondern auch öffentlich-rechtlich organisierte Einheiten, wie etwa der Zweckverband.

Damit können die oben dargestellten institutionellen (vertikalen) Kooperationsformen beider Rechtsordnungen als Unternehmen im Sinne des Vergaberechts gewertet werden. Sofern eine von mehreren Kommunen betriebene Gesellschaft (etwa GmbH oder Kft.) diesen Kommunen gegenüber Leistungen erbringt, kann mit den Vorgaben des Unionsrechts die Unternehmereigenschaft der Gesellschaft bejaht werden. Da es für den unionsrechtlichen Unternehmensbegriff – wie dargelegt – nicht auf die Rechtsform einer Einheit ankommt, können auch die als juristische Person des öffentlichen Rechts organisierten Zweckverbände und die „társulás“ im Sinne des ungarischen Rechts in den Unternehmensbegriff einrücken, wenn sie den Gemeinden gegenüber eine marktfähige Leistung erbringen. Da die in beiden Ländern mittels der jeweiligen Kooperationsformen ausgetauschten Leistungen der Daseinsvorsorge auch von Privatunternehmen erbracht werden können und dürfen, liegt eine Unternehmereigenschaft der zu Kooperationszwecken betriebenen juristischen Personen (GmbH/AG, Zweckverband, társulás gemäß §§ 8 ff. i.V.m 16 ff. KommZusG) unproblematisch vor.

dd) Gebietskörperschaften als Unternehmen im Rahmen horizontaler Kooperationsformen?

Fraglich erscheint jedoch, ob eine Kommune auch als „Unternehmen“ zu werten ist, wenn sie unmittelbar eine Leistung erbringt, wie es bei den deutschen Zweckvereinbarungen der Fall ist und in Ungarn im Rahmen des interkommunalen Auftrages gemäß § 7 KommZusG. Dies ist die grundlegende Situation der horizontalen Kooperationen, bei denen unmittelbar zwei Kommunen die Vertragspartner sind und die jeweilige Leistung gerade nicht von einem gemeinsamen Kommunalunternehmen erbracht wird. Gegen die Unternehmereigenschaft einer Kommune könnte die grundsätzliche Konzeption des primärrechtlichen Unternehmensbegriffes sprechen, da zumindest der Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV nur im Eigentum oder unter maßgeblichem Einfluss der öffentlichen Hand stehende Organisationen als Unternehmen erfasst, nicht hingegen den Staat selbst.⁴⁸³ Einer solchen Einstufung steht jedoch der oben dargelegte Grundsatz entgegen, dass für den Unternehmensbegriff weniger die Organisationsform als das Anbieten von Leistungen auf dem Markt maßgeblich ist.⁴⁸⁴ Zudem erbringen Kommunen im Rahmen horizontaler Kooperationen die jeweilige Leistung zumeist nicht unmittelbar mit ihren Verwaltungs- und Exekutivorganen, sondern mit ausgegliederten Einrichtungen, die sie in privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Form betreiben (etwa eine GmbH oder eine rechtsfähige Anstalt). Würde ein Vertrag über die Beschaffung von Leistungen mit einer solchen Einrichtung abgeschlossen, wie es bei vertikalen (institutionalisierten) Kooperationen der Fall ist, bestünde kein Zweifel hinsichtlich der Unternehmereigenschaft dieser Einrichtung. Der Umstand alleine, dass bei horizontalen Kooperationen die Kommune als Vertragspartei agiert und ihre Einrichtung lediglich als Erfüllungsgehilfen einsetzt, vermag die Verneinung einer Unternehmenseigenschaft nicht begründen. Im Hinblick auf horizontale Kooperationen wird eine Unternehmereigenschaft von Gebietskörperschaften trotz der insoweit ausgetauschten Leistungen zwischen Kommunen mit dem Argument bezweifelt, dass zumindest im Falle delegierender Kooperationsverträge keine marktgängige Erbringung von Leistungen vorliegen könne, weil die beauftragte Kommune mit der delegierenden Zweckvereinbarung eine jeweilige Aufgabe in ihre Zuständigkeit übernommen habe.⁴⁸⁵ Bei der Erbringung der jeweiligen Leistung verlasse sie insoweit nicht ihren gesetzlichen Zuständigkeitsbereich und nehme daher auch nicht am Marktgeschehen teil.⁴⁸⁶ Hiergegen spricht jedoch eine vergleichende Wertung der zu solchen interkommunalen Delegationsakten analog gestalteten Beleihungsakte, also die

483 CHRISTIAN JUNG in Ansehung von Art. 86 EGV a.F. in CALLIESS/RUFFERT, EUV-EGV-Kommentar, 2. Aufl. 2002, Art 86 EGV, Rn. 11.

484 Daher zurecht ablehnend gegenüber dem Versuch, horizontale Kooperationen über den unionsrechtlichen Unternehmensbegriff aus dem Tatbestand des Wirtschaftsteilnehmers im Sinne der Richtlinien herauszunehmen, CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 153.

485 Zumindest bei vollständiger Übertragung sämtlicher aufgabenzugehöriger Zuständigkeiten; WOLFRAM KROHN, NZBau 2006, S. 610, 616.

486 So explizit MICHELS NATALIE, Müll und Abfall, 2004, S. 503, S. 504.

Übertragung von Hoheitsrechten auf private Unternehmen.⁴⁸⁷ Bei einer funktionalen Gesamtbetrachtung unterfallen auch solche Beleihungen der Ausschreibungspflicht, wenn die Befugnisübertragung mit der Vergabe eines Auftrages verbunden ist und daher lediglich einen untergeordneten Teil der Leistungsbeziehung zwischen öffentlichem Auftraggeber und dem Auftragnehmer darstellt.⁴⁸⁸ Eben aus diesem Grund lässt der dargelegte funktionale Maßstab des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffes im Interesse der praktischen Wirksamkeit der Wettbewerbsvorschriften das Erbringen von Leistungen für eine Unternehmenseigenschaft ausreichen, sofern die jeweilige Leistung auch von Privatpersonen erbracht werden kann. Eine weitere Differenzierung nach dem formalen Kriterium etwaiger Kompetenzenübertragungen wäre im Hinblick auf den funktionalen Maßstab des Vergaberechts nicht systemstimmig.

4. Zusammenfassung und Fazit: Beschaffungsvorgang als maßgeblicher Bezugsrahmen

Die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des öffentlichen Auftrages ergab, dass Leistungsbeziehungen zwischen Kommunen und kommunalen Einrichtungen im Rahmen der hier interessierenden horizontalen und vertikalen Zusammenarbeitsformen nicht anhand der einzelnen Definitionsmerkmale des öffentlichen Auftrages von der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht freigestellt werden können.

Der Umstand, dass im Falle zusammenarbeitender Gemeinden auf beiden Seiten der Leistungsbeziehung der Staat steht, führt im Rahmen des funktionalen Vertragsbegriffs ebenso wenig zu Wertungswidersprüchen, wie hinsichtlich der Unternehmenseigenschaft einer Kommune, sofern diese solche Leistungen für eine andere Erbringt, die auch Privatunternehmen durchzuführen berechtigt sind. Die Eigenheit von entgeltlichen Leistungsbeziehungen zwischen Verwaltungsträgern kann insoweit am ehesten über das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des „Beschaffungsvorgangs“ Berücksichtigung finden. Vergaberechtlich erfasst sind nur solche Verträge der oben beschriebenen Art, durch die sich der öffentliche Auftraggeber Waren oder Leistungen beschafft. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG, doch lässt sich dieses Anfordernis aus der Zwecksetzung der Vergaberechtsrichtlinien ableiten, lediglich Bedarfsdeckungen der öffentlichen Hand zu regeln.⁴⁸⁹ Über die Frage des Vorliegens eines solchen Beschaffungscharakters lassen sich teleologische Erweiterungen oder Einschränkungen des oben beschriebenen vergaberechtlichen Vertrages erzielen, was in der Praxis zu bedeutsamen Konkreti-

⁴⁸⁷ Vgl. BHGZ 148, 55, 61.

⁴⁸⁸ MEINRAD DREHER, NZBau 2002, S. 245, S. 256.

⁴⁸⁹ Aus diesem ungeschriebenen Grundsatz ist die Konkretisierung abzuleiten, dass das Vergaberecht keine Anwendung findet, wenn der Staat veräußert, vermietet oder verpachtet, namentlich als Anbieter von Leistungen auf dem Markt steht, solange nicht mit einem besonders preisgünstigen Veräußerungsgeschäft eine andere Gegenleistung beschafft werden, vgl. BayOBL, Beschl. vom 04.02.2002 – Verg 1/02 = BayVBl 2002, S. 26 ff.

sierungen des Beschaffungsbegriffes in einzelnen Sachfragen geführt hat.⁴⁹⁰ Dementsprechend ist hinsichtlich der interkommunalen Kooperationen gegenwärtig in der Praxis umstritten, wann ein Beschaffungscharakter und damit eine Ausschreibungspflicht anzunehmen ist. Auch im Rahmen dieser Diskussion wird der Gedanke aufgegriffen, dass staatsinterne Leistungen zwischen Hoheitsträgern mit der staatlichen Beauftragung eines Privatunternehmens nicht ohne Weiteres vergleichbar sind. Die Tendenz dieser Auseinandersetzung zeigt auch in Richtung einer grundsätzlichen Bejahung von Bedarfsdeckungsvorgängen im Falle kooperierender Gemeinden. Ob diese grundsätzliche Einordnung zutrifft⁴⁹¹, wird noch zu erörtern sein.⁴⁹² Zuvor ist im Interesse einer systematischen Vorbereitung dieser Bewertung die Maßgabe der unionsrechtlichen Vorschriften außerhalb des vergaberechtlichen Vertrages zu Leistungsbeziehungen zwischen Verwaltungsträgern zu ermitteln.⁴⁹³

III. Geschriebene Ausnahmetatbestände

1. Freistellungstatbestände der Vergaberichtlinien: § 100 Abs. 2 GWB; § 29 Abs. 2 Vergabegesetz
Art. 18 der Richtlinie 2004/18/EG (VKR) und Art. 25 der Richtlinie 2004/17/EG (SKR) befreien in überwiegend wortlautgleicher Formulierung solche Dienstleistungsaufträge von der Ausschreibungspflicht, „(...), die von einem öffentlichen Auftraggeber an einen anderen öffentlichen Auftraggeber oder an einen Verband von öffentlichen Auftraggebern aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben wurden, das dieser aufgrund veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- und Verwaltungsvorschriften innehat.“ Umgesetzt ist dieser Befreiungstatbestand in Deutschland in § 100 Abs. 2 lit. g) GWB.⁴⁹⁴ Der ungarische Gesetzgeber implementierte diese Ausnahme in § 29 Abs. 2 lit. h) Vergabegesetz.

Sinn und Zweck dieses Ausnahmetatbestandes ist die Vermeidung überflüssiger Ausschreibungen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine Aufgabe aufgrund eines ausschließlichen Rechts wahrnimmt, da in diesen Fällen ein Bieterwettbewerb von vornherein faktisch ausgeschlossen ist. Insbesondere die Schaffung großer, zentraler Serviceeinheiten mehrerer öffentlicher Auftraggeber sollen hierdurch erleichtert werden⁴⁹⁵, wohingegen schlichte Leistungsbeziehungen zwischen öffentlichen

490 Beispielhaft für eine erweiternde Auslegung des öffentlichen Auftrages im Rahmen von Erschließungsgeschäften EuGH C-399/98 (Teatro alla Biccoca), Urteil vom 12.07.2001 = EuZW 2001, 532.

491 Vgl. zum aktuellen Stand dieser Streitfrage JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S.53 ff. S. 55 f.

492 Siehe dazu Kapitel 6.

493 Insbesondere Kapiteln 5 und 6.

494 Wortlaut des § 100 Abs. 2 lit. h) GWB: [Dieser Teil gilt nicht für Arbeitsverträge oder Aufträge], „die an eine Person vergeben werden, die ihrerseits Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 ist und ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung hat“.

495 DREHER MEINRAD in IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB Kommentar, 3. Aufl. 2001, § 100 GWB, Rn. 21.

Auftraggebern weiterhin der Ausschreibungspflicht unterliegen.⁴⁹⁶ Als Ausnahmetatbestände sind diese Vorschriften abschließend und eng auszulegen, so dass weitergehende nationale Vorschriften unzulässig sind.⁴⁹⁷ Die Maßgabe des § 100 Abs. 2 lit. g) GWB, welche die Ausnahme entgegen den eindeutigen Richtlinienvorgaben auf sämtliche Auftragsarten erstreckt, ist daher richtlinienkonform so auszulegen, dass nur Dienstleistungsaufträge, nicht hingegen Bauleistungen oder die Lieferung von Waren erfasst sind.⁴⁹⁸ Strengere Maßgaben des nationalen Gesetzgebers als jene der Richtlinien sind hingegen zulässig. Die Beschränkung in § 100 Abs. 2 lit. g) GWB auf „Gesetz oder Verordnung“ anstelle von „Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ ist insoweit mit den Richtlinien konform. In dieser Hinsicht ist der ungarische Gesetzgeber gegenüber den Gebietskörperschaften großzügiger gewesen und lässt unter voller Ausschöpfung der zulässigen Gestaltungsspielräume in § 29 Abs. 2 lit. h) VergabeG jede Rechtsvorschrift einschließlich kommunaler Satzungen und auch Verwaltungsakte ausreichen.⁴⁹⁹ Im Sinne der Richtlinien muss die Zuerkennung eines ausschließlichen Rechts jedoch zeitlich vor der Auftragsvergabe durch einen davon getrennten Rechtsakt erfolgen.⁵⁰⁰ Nach diesen Maßgaben lässt sich aus den Ausnahmetatbeständen der Richtlinien und der nationalen Umsetzungsvorschriften keine Befreiung für die hier behandelten Kooperationsformen ableiten. Zwar handelt es sich bei einer beauftragten Kommune, einem Zweckverband, einer ungarischen „társulás“ oder einer von mehreren Kommunen betriebenen GmbH jeweils um einen öffentlichen Auftraggeber.⁵⁰¹ Allerdings werden diese Auftraggeber im Rahmen der Kooperationsgesetze nicht aufgrund einer ausschließlichen, unmittelbar auf einen Rechtsakt basierenden Befugnis tätig. Für die Kooperationen nach deutschem Recht gilt dies schon deshalb, weil öffentlich-rechtliche Verträge – Zweckvereinbarungen oder die Gründungsvereinbarung eines Zweckverbandes – nicht als Gesetz oder Verordnung im Sinne des § 100 Abs. 2 lit. g) GWB gewertet werden können.⁵⁰² Selbst, wenn die Kommunen einem Zweckverband durch Satzung besondere Rechte zusichern wollten, hätte diese nicht Gesetzes- oder Verordnungsrang. In Ungarn können die hier interessierenden ausschließlichen Rechte zwar auch durch Satzung oder Verwaltungsakt zugestanden werden. Allerdings gilt auch hier die Einschränkung, dass die Verleihung ausschließlicher Rechte bereits vor der

496 Siehe nur Erwägungsgrund Nr. 4 der Richtlinie 2004/18/EG, die auch im Hinblick auf Art. 18 der selben Richtlinie den Grundsatz aufstellt, dass öffentliche Auftraggeber an einem Vergabeverfahren teilzunehmen haben, soweit sie den Auftrag eines anderen öffentlichen Auftraggebers erhalten wollen.

497 Zur engen Auslegung sekundärrechtlicher Ausnahmetatbestände vgl. EuGH C-340/04 (Carbotermo), Urteil vom 11.05.2006, Rn. 44 ff. = EuZW 2006, 375.

498 DREHER MEINRAD in IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB Kommentar, 3. Aufl. 2001, § 100 GWB, Rn. 21.

499 Siehe dazu die Legaldefinition zu „ausschließlichen, aufgrund von Rechtsvorschriften zustehender Rechte“ gemäß § 4 Vergabegesetz.

500 DREHER MEINRAD in IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB Kommentar, 3. Aufl. 2001, § 100 GWB, Rn. 21.

501 Vgl. dazu in diesem Kapitel; B; II; 3.

502 Siehe dazu oben in diesem Kapitel die Qualifikation dieser Zusammenarbeitsformen als vertragliche Vereinbarung.

Kooperationsvereinbarung und durch einen hiervon getrennten Rechtsakt erfolgen muss. Dieser Rechtsakt darf den unionsrechtlichen Vorgaben nicht entgegenstehen⁵⁰³ und kann daher nur dann als zulässig erachtet werden, wenn er nicht eine ausschreibungsfreie Auftragsvergabe im Einzelfall ermöglichen soll, sondern unabhängig von späteren Aufträgen aus ersichtlich anderen Gründen ein ausschließliches Recht verleiht. Ansonsten wäre es den Kommunen in Ungarn möglich, mit einer einfachen Satzung nach Belieben die grundsätzliche vergaberechtliche Ausschreibungspflicht von Verwaltungskooperationen zu umgehen, welche zudem im ungarischen Vergabegesetz in § 2/A durch einen speziellen Tatbestand außerhalb des § 29 Abs. 2 lit. h) geregelt sind.⁵⁰⁴ Einzige Möglichkeit für eine Anwendbarkeit der hier behandelten Ausnahmegesetzgebung wäre eine Einstufung der deutschen landesrechtlichen Kooperationsgesetze oder des ungarischen KommZusG als „ausschließliche Rechte verleihende Gesetze“. Dagegen spricht jedoch, dass den Kommunen in Deutschland und Ungarn die Befugnis zur Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge nicht aufgrund der Kooperationsgesetze, sondern aufgrund von speziellen verwaltungsrechtlichen Kompetenzvorschriften zusteht. Übernimmt eine Kommune hingegen öffentliche Aufgaben außerhalb ihres Gemeindegebietes, so ist sie hierzu auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung mit einer anderen Kommune im Rahmen des jeweiligen Kooperationsgesetzes befugt und nicht unmittelbar aus dem Kooperationsgesetz selbst. Gleiches gilt für Zweckverbände und einer „társulás“ nach ungarischem Recht, die durch einen Vertrag der kooperierenden Kommunen entstehen und durch spätere Verträge beauftragt werden. Dieselbe Überlegung gilt für ein von mehreren Kommunen betriebenes, privatrechtlich organisiertes Unternehmen. Ihr kann nach den dargelegten eng auszulegenden Maßstäben nicht durch kommunale Satzung beliebig ein ausschließliches Recht mit einer von der Ausschreibungspflicht befreienden Wirkung zuerkannt werden. Insbesondere dürfte dieser Beleihungsakt funktional nicht als Umgehung der grundsätzlich bestehenden Ausschreibungspflicht ergehen, was nur denkbar wäre, wenn der Beleihungsakt offensichtlich ohne Zusammenhang zu einer späteren Beschaffung ergeht.⁵⁰⁵ Zu bedenken ist schließlich, dass im Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit die Ausübung der in Auftrag gegebenen Leistungen der Daseinsvorsorge in aller Regel kein „ausschließliches Recht“ des beauftragten kommunalen Partners darstellt. Prägend im Bereich der Daseinsvorsorge ist gerade der Umstand, dass die Mehrheit der Aufgaben ohne Weiteres von Privaten durchgeführt werden darf

503 Dies betont Art. 18 der Richtlinie 2004/18/EG explizit im Hinblick auf den Beleihungsrechtsakt.

504 Es würde der spezialgesetzlichen Regelung des § 2/A Vergabegesetz für interkommunale Kooperationen zuwiderlaufen, wenn die Kommunen die Restriktionen des § 2/A durch eine Satzung im Rahmen des § 29 Abs. 2 Vergabegesetz umgehen könnten. Allgemein zum Verhältnis von § 29 Abs. (2) lit. h) zu § 2/A des ungarischen Vergabegesetzes im Hinblick auf Verwaltungskooperationen in Ungarn, NÉMETH ANITA, Közbiztosítás – kérdések és válaszok, I. évfolyam (Jhrg.), 2006, 1. szám (Nr.1), S. 6.

505 Für dieses Kriterium würde die Beweislast bei den Kommunen liegen, soweit sie das Eingreifen des Ausnahmetatbestandes für sich beanspruchen; vgl. dazu allgemein; C-26/03 (Stadt Halle), Urteil vom 11.01.2005, Rn. 46 = NVwZ 2005, 187.

und gerade deswegen ein entwickelter Wettbewerb⁵⁰⁶ zwischen kommunalen und privaten Dienstleistern besteht. Eine Freistellung interkommunaler Zusammenarbeitsformen im Anwendungsbereich dieses speziellen Ausnahmetatbestandes ist daher nicht möglich.

2. Primärrechtliche Bereichsausnahme der Art. 62 i.V.m 51 Abs. 1 AEUV

Als möglicher Ausnahmetatbestand des Primärrechts werden die Art. 62 i.V.m 51 Abs. 1 AEUV in Ansehung interkommunaler Kooperationen angeführt, die eine Bereichsausnahme von der Anwendbarkeit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit anordnen, soweit eine Tätigkeit in einem bestimmten Mitgliedstaat dauerhaft oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Die unter Anderem der Verwirklichung dieser Grundfreiheiten dienenden Vergaberichtlinien⁵⁰⁷ können folgerichtig nicht weiter reichen, als die Grundfreiheiten⁵⁰⁸ selbst.⁵⁰⁹ Zweck dieser Befreiung ist es, den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu geben, die Ausübung öffentlicher Gewalt eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten, um drohende Konflikte zu vermeiden, die sich ergeben könnten, wenn ein ausländischer Unionsbürger gegenüber Inländern Hoheitsbefugnisse ausübt.⁵¹⁰ Vor diesem Hintergrund ist diese Ausnahmegesetzgebung eng auszulegen und findet nur insoweit Anwendung, als es zur Wahrnehmung der Interessen, die diese Bereichsausnahme den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist.⁵¹¹ Mithin sind nach Sinn und Zweck dieser Bereichsausnahme nur Tätigkeiten erfasst, die wegen ihres hoheitlichen Charakters dem Prozess der Binnenmarktöffnung ausnahmsweise entzogen werden können.⁵¹² Zwar hat der EuGH den Begriff der hoheitlichen Gewalt nicht abschließend geklärt, doch wird seine Rechtsprechung im Lichte der oben dargelegten Grundsätze allgemein so gewertet, dass allenfalls die Ausübung von Eingriffs- und Kontrollbefugnissen erfasst ist, etwa der Erlass einseitig bindender Rechtsakte gegen den Willen des Adressaten oder das Recht, von staatlichen Zwangsmitteln Gebrauch zu machen.⁵¹³ Der Umstand alleine, dass eine Tätigkeit der Daseinsvorsorge auch öffentlichen Interessen dient und schlicht-hoheitliches

506 So explizit das OLG Naumburg im Hinblick auf die Situation in Deutschland; Beschlüsse vom 3.11.2005, 1 Verg 9/05 = NZBau 2006, S. 58 ff. und vom 02.03.2006, 1 Verg 1/06 = VergabeR 2006, S. 406.

507 Siehe Präambel der Richtlinie 2004/18/EG, die unter den Vorschriften des EG-Vertrages „insbesondere“ die Art. 47 Abs. 2 und 55 EGV a.F. als Ermächtigungsgrundlage des Europäischen Parlaments und des Rates der Europäischen Union zum Erlass der Richtlinie benennt.

508 Im Erwägungsgrund Nr. 15. hat die Dienstleistungskoordinierrichtlinie 92/50/EWG diesen Grundsatz noch explizit im Hinblick auf die damaligen Art. 45, 55 EGV a.F. klargestellt.

509 Unter dieser Prämisse geht CHRISTINE HAHN der Frage nach, ob nach Maßgabe der Art 45, 55 EGV a.F. die in Deutschland anzutreffenden interkommunalen Zusammenarbeitsformen bereits vom Unternehmensbegriff im Sinne des Gemeinschaftsrechts allgemein und der Vergaberichtlinien im Speziellen mit der Folge einer Befreiung von der Ausschreibungspflicht herausgenommen werden können, verneint diesen Ansatz jedoch überzeugend; Vergaberecht als Störfaktor der interkommunalen Zusammenarbeit?, 2007, S. 100 ff.

510 PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, STREINZ EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 45 EGV, Rn. 3.

511 So bereits EuGH Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, S. 631, Rn. 42 ff.; EuGH C-114/97 (Kommission/Spanien), Slg. 1998, I-6717, Rn. 34.

512 PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, in STREINZ EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 45 EGV, Rn. 4.

513 EuGH C-42/92 (Thijssen), Urt. vom 13.07.1993, Slg. 1993, I-4047, Rn. 10 ff.; C-114/97 (Kommission/Spanien), Urt. vom 29.10.1998, Slg. 1998, I-6717, Rn. 37.

Handeln umfasst, reicht hingegen nicht aus.⁵¹⁴ Handelt es sich bei einer Tätigkeit um die Ausübung hoheitlicher Gewalt, umfasst die Bereichsausnahme nur die spezifische Tätigkeit selbst und gilt nicht für die Berufstätigkeit, in welche die Ausübung von hoheitlicher Gewalt eingebettet ist.⁵¹⁵ Dies ergibt sich aus dem dargelegten Zweck dieser Bereichsausnahme, der Zugangsbeschränkungen von Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten nur gerechtfertigt, soweit die jeweilige Tätigkeit für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Gewalt darstellt.⁵¹⁶ Sind für einen bestimmten Beruf – etwa Notar – Tätigkeitsinhalte von der Ausübung hoheitlicher Gewalt abtrennbar, so gilt für diese die Bereichsausnahme insoweit nicht.⁵¹⁷ Bezüglich Art. 45 EGV a.F. im Hinblick auf Aufträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und der Ausschreibungspflicht stellte der EuGH dementsprechend fest⁵¹⁸, dass bei Verwaltungskooperationen zwar die Übertragung hoheitlicher Gewalt denkbar ist.⁵¹⁹ Da aber mit der Vergabe öffentlicher Aufträge stets die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einhergehe und die Auftragsvergabe nicht selten die teilweise Übertragung von Kompetenzen beinhalte, sei im Einzelfall sorgfältig die Trennbarkeit der Ausübung solcher Hoheitsbefugnisse von den übrigen Tätigkeiten zu prüfen. Indiz für die Trennbarkeit ist, ob der Auftraggeber nach den nationalen Vorschriften zu entscheiden befugt ist, in welchem Umfang Kompetenzen übertragen werden und die nationalen Rechtsvorschriften unterschiedliche Rechtsfolgen an die Entscheidung knüpfen.⁵²⁰ Für die hier interessierenden – regelmäßig der Daseinsvorsorge dienenden – Kooperationen bedeuten diese Vorgaben, dass allenfalls solche von der Ausschreibungspflicht befreit werden können, bei denen eine Partnerkommune oder ein kommunaler Verband mit der Übernahme einer öffentlichen Aufgabe auch hoheitliche Befugnisse übernimmt, die den strengen Anforderungen der Art. 62, 51 AEUV genügen. Eine Übertragung von Hoheitsrechten erfolgt sowohl in Ungarn als auch in Deutschland lediglich bei den öffentlich-rechtlichen Kooperationen. Im Rahmen der in Deutschland geregelten delegierenden Zweckvereinbarungen geht das Recht und die Pflicht zur Wahrnehmung einer Aufgabe auf die ausführende Kommune über.⁵²¹ Die Gemeinden können vereinbaren, dass die ausführende Kommune die erforderlichen Satzungen anstelle der den Auftrag erteilenden Gemeinde(n) für deren Gemeindegebiet erlässt und

514 PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, STREINZ EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 45 EGV, Rn. 4 f.

515 JÜRGEN BRÖHMER in CALLIESS/RUFFERT, EUV-EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 45 EGV, Rn. 2 ff.; PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, STREINZ EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 45 EGV, Rn. 6.

516 EuGH C-42/92 (Thijssen), Urt. vom 13.07.1993, Slg. 1993, I-4047, Rn. 22.

517 MARTIN SCHLAG in SCHWARZE EU-Kommentar, 1. Aufl. 2000, Art. 45 EGV, Rn. 7; JÜRGEN BRÖHMER in CALLIESS/RUFFERT EUV/EGV-Kommentar, 1. Aufl. 2002, Art. 45 EGV, Rn. 3.

518 Soweit ersichtlich, wurde im Bereich des Vergaberechts in spezifischer Hinsicht auf Verwaltungskooperationen die Frage der Anwendbarkeit des Art. 45 EGV a.F. lediglich im hier benannten Verfahren thematisiert; C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005 = VergabeR 2006, 54.

519 EuGH C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005, Rn. 49 ff. = VergabeR 2006, 54; unter explizitem Hinweis auf Urteile mit Sachverhaltskonstellationen, die unter die In-House Rechtsprechung des Gerichtshofes fallen (Teckal, Coname, Stadt Halle).

520 C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005, Rn. 47 f. = VergabeR 2006, 54.

521 Siehe dazu Kapitel 2; D; II; 2.

insbesondere die zur Aufgabenfinanzierung erforderliche öffentlich-rechtliche Gebührenerhebung samt einseitig verbindlicher Durchsetzung im Wege des Verwaltungszwanges gegenüber den Einwohnern der Auftrag erteilenden Kommune(n) wahrnimmt.⁵²² Auch der interkommunale Auftrag in Ungarn kann gemäß § 7 Abs. 2 lit. f) KommZusG die Wahrnehmung solcher übertragener Befugnisse beinhalten. Wird eine Aufgabe der Daseinsvorsorge einem Zweckverband nach deutschem Recht oder einer „társulás“ im Sinne der §§ 8 ff. KommZusG übertragen, so kann der jeweilige Verband ebenfalls Satzungen für den übertragenen Aufgabenbereich erlassen und öffentlich-rechtliche Gebühren erheben.⁵²³ Zu bedenken ist jedoch, dass die Erhebung einseitiger öffentlich-rechtlicher Gebühren im Zusammenhang mit Leistungen der Daseinsvorsorge nicht die jeweilige Dienstleistung an sich berührt, sondern lediglich eine für die Kommune einfachere Entgelterhebung darstellt, weil sie sich mittels Verwaltungsakte einseitig einen Titel verschaffen kann. Lediglich das Satzungsrecht eines Zweckverbandes oder einer einzelnen ausführenden Kommune kann daher als Ausübung hoheitlicher Gewalt gewertet werden, weil sie einseitig den Kreis der Nutzungsberechtigten einer Leistung festlegt. Jedoch wird auch ein solches Satzungsrecht regelmäßig nicht untrennbar mit der ausgeführten Leistung der Daseinsvorsorge verbunden sein. Überträgt nämlich eine Gemeinde eine Aufgabe nicht einer anderen Gemeinde, sondern einem Privatunternehmen, verbleibt das Satzungsrecht für die Rahmenregelung der Leistung bei der Kommune. Allein dieser Umstand belegt die grundsätzliche funktionale Trennbarkeit in diesem Bereich. Zudem haben Kommunen nach den Landeskooperationsgesetzen ein Wahlrecht, ob sie das Satzungsrecht einem Zweckverband oder einer anderen Gemeinde übertragen, was nach den obigen Grundsätzen als Indiz für eine „abtrennbare Tätigkeit“⁵²⁴ der Satzungsbefugnis von der übrigen Vereinbarung (die Durchführung einer Leistung der Daseinsvorsorge) zu werten ist.

3. Art. 106 Abs. 2 AEUV

Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, gelten gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV „insbesondere“ die Wettbewerbsvorschriften der Verträge nur insoweit, als deren Anwendung nicht die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die hier interessierenden Zusammenarbeitsformen verfolgen den Zweck, gemeinwohlorientierte Leistungen der Kommunen zu ermöglichen und können daher grundsätzlich als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des

522 Lediglich für den engen Bereich der übertragenen Satzungsbefugnis hält SONJA JOHANNA KOHOUT die Annahme der Bereichsausnahme für öffentliche Gewalt für möglich, betont aber zurecht, dass die Satzungsbefugnis regelmäßig nicht „untrennbar“ mit der übertragenen Aufgabe verbunden ist und verneint insgesamt eine Anwendbarkeit der Art. 45, 55 EGV a.F.; Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 290.

523 Deutschland: §§ 9 und 20 KGG-Hessen; Ungarn: §§ 18 Abs. 1 lit. a), 15 lit. e) i.V.m § 8 Abs. 4 i KommZusG.

524 Vgl. EuGH C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005, Rn. 47 f = VergabeR 2006, 54. Ebenso SONJA JOHANNA KOHOUT, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 290.

Art. 106 Abs. 2 AEUV⁵²⁵ behandelt werden.⁵²⁶ Vereinzelt wird daher angenommen, dass eine Ausschreibungspflicht für Kooperationen die Erfüllung einer solchen übertragenen besonderen Aufgabe im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV gefährdet oder ihre Durchführung zu wirtschaftlich noch annehmbaren Bedingungen vereitelt.⁵²⁷ Da die sekundärrechtliche Ausschreibungspflicht für kommunale Leistungsbeziehungen darauf basiert, dass die beauftragte Kommune oder eine von ihr beherrschte juristische Person eine Leistung auf dem Markt anbietet und somit vergaberechtlich als Wirtschaftsteilnehmerin gilt, könnte so aus dem Unternehmensbegriff des Primärrechts und der Befreiungsmöglichkeit, die Art. 106 AEUV für Unternehmen von den Vorgaben des Wettbewerbsrechts bereit hält, eine allgemeingültige Regel dafür abgeleitet werden, wann die Leistung der Kommune nicht mehr ausschreibungspflichtig ist, weil ansonsten die gemeinwohlorientierte Leistung von den kooperierenden Partnern nicht mehr im Rahmen einer Zusammenarbeit erbracht werden kann.⁵²⁸

a) Interkommunale Kooperationsformen als betraute Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 2?

Rechtsprechung⁵²⁹ und Literatur⁵³⁰ gehen von einem einheitlichen Unternehmensbegriff im EU-Wettbewerbsrecht aus und stellen entsprechend dessen funktionaler Ausrichtung darauf ab, ob eine Tätigkeit ausgeübt wird, die in einer Teilnahme am Markt besteht,⁵³¹ was insbesondere auch das Erbringen von Leistungen auf dem Markt umfasst.⁵³² Eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht ist unerheblich.⁵³³ Ebenso wenig kommt es auf die Rechtsform der handelnden Einheit und die Art ihrer Finanzierung an.⁵³⁴ Lediglich die unmittelbare Ausübung hoheitlicher Gewalt fällt nicht unter den Un-

525 Art. 106 Abs. 2 Wirtschaftstätigkeiten zur Sicherung von öffentlicher Infrastruktur und Daseinsvorsorge. Siehe dazu CHRISTIAN JUNG in Calliess/RUFFERT, EUV EGV Kommentar, 2. Aufl., Art. 86 Abs. 2 EGV a.F., Rn. 36.

526 Vgl. auch Kapitel 5; A; V. Siehe ANNETTE ROSENKÖTTER/THORSTEN WUERSIG, The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement, Rechtsgutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments vom Januar 2010, PE 429.988, (IP/A/IMCO/NT/2009-12), S. 6 f.

527 So etwa JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, der die Befreiungen interkommunaler Kooperationen von der Ausschreibungspflicht in der Rechtsprechung des EuGH mit Art. 86 Abs. 2 EGV a.F. erklärt, Urteilsanmerkung zu EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), EuZW 2009, S. 531 f.

528 JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, Urteilsanmerkung zu EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), EuZW 2009, S. 531 f. CHRISTIANE HAHN hält eine solche Anwendung des Art 86 EGV a.F. für denkbar, gibt aber zu bedenken, dass insbesondere Art. 86 Abs. 2 „mehr Schwierigkeiten als Antworten birgt“ und kommt zu dem Ergebnis, dass für interkommunale Kooperationen ein Ausgleich zwischen Staatsorganisation und Wettbewerbsrecht zielführender sei, als der von Art. 86 EGV angestrebte Ausgleich zwischen staatlicher Daseinsvorsorge und Wettbewerbsrecht; Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, 2005, S. 87 ff.

529 EuGH C-364/92, Slg. 1994, I-43, Rn. 18; EuGH, C-55/96, Slg. 1997, I-7119, Rn. 21.

530 Zum Unternehmensbegriff der Art 81 EGV a.F. ff. und einer Übersicht im Schrifttum siehe KOENIG/KÜHLING, STREINZ, EUV-EGV Kommentar, 2003, Art. 86 EGV, Rn. 6 ff.

531 EuGH C-159 und 160/91, Slg. 1993, I-637, Rn. 17; EuGH C-364/92, Slg. 1994, I-43, Rn. 18; EuGH, C-55/96, Slg. 1997, I-7119, Rn. 21.

532 EuGH C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rn. 46 f.

533 EuGH, C-244/94, Slg. 1995, I-4013, Rn. 21.

534 EuGH C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21; EuGH C-55/96, Slg. 1997, I-7119, Rn. 21; speziell zu interkommunalen Kooperationen: EuGH C-107/98 (Teckal), Urteil vom 18.11.1999, Rn. 41 f. = EuZW 2000, 246. Die Unerheblichkeit der Rechtsform des beauftragten kommunalen Partners sowohl im Sinne der Vergaberechtsrichtlinien als auch nach Maßgabe des Primärrechts jüngst bestätigt in C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 36f. = NZBau

ternehmensbegriff, weil hierin keine marktwirtschaftliche Tätigkeit gesehen werden kann. Betätigt sich der Staat selbst unmittelbar wirtschaftlich, namentlich ohne die Einschaltung verselbstständigter Organisationseinheiten, findet Art. 106 AEUV nicht ohne Weiteres Anwendung.⁵³⁵

aa) Die vertikalen Zusammenarbeitsformen in Ungarn und Deutschland

Zweckverbände oder eine „társulás“ nach §§ 9, 16 ff. KommZusG können damit als Unternehmen im Sinne der Art. 101 ff. und insbesondere des Art. 106 Abs. 2 AEUV eingestuft werden⁵³⁶, da sie verselbstständigte Organisationseinheiten darstellen. Allerdings erfasst Art. 106 Abs. 2 AEUV nur Unternehmen, die der Staat durch Hoheitsakt mit ausschließlichen Rechten für die Erbringung gemeinwohlorientierter Leistungen ausgestattet hat, wodurch eine Sonderbeziehung zwischen Unternehmen und Staat begründet wurde⁵³⁷ und insoweit eine Einflussnahme des Staates auf das Unternehmen besteht.⁵³⁸ Für die Betrauung eines Unternehmens durch einen Mitgliedstaat mit gemeinwohlorientierten Aufgaben ist daher auch ein Hoheitsakt, also ein Gesetz oder ein Verwaltungsakt, erforderlich.⁵³⁹ Dieses Erfordernis kann bei vertikalen (institutionalisierten) Kooperationen grundsätzlich angenommen werden. Der gemeinsame Zweckverband oder die GmbH mehrerer Kommunen kann in diesem Sinne ein durch die Kommunen mittels eines Hoheitsaktes betrautes Unternehmen sein. Jedoch erfasst Art. 106 Abs. 2 AEUV typischer Weise landesweit oder zumindest überregional Tätige Unternehmen, wie etwa staatliche Arbeitsvermittlungsbehörden⁵⁴⁰, Wasserversorgungsbetriebe, soweit sie überregional zu einer flächendeckenden Versorgung verpflichtet sind⁵⁴¹, Post- und Fernmeldebetriebe⁵⁴² oder öffentlich-rechtliche Kreditinstitute.⁵⁴³ Dieser Adressatenkreis umfasst die räumlich auf die Gemeindegebiete mehrerer Kommunen beschränkten Kooperationen daher kaum.⁵⁴⁴

2009, 797.

535 CHRISTIAN JUNG in CALLIESS/RUFFERT, EUV-EGV Kommentar, 2. Aufl. 2002, Art. 86 EGV, Rn. 11.

536 Siehe bereits in diesem Kapitel unter B; II; 3.

537 EuGH Rs. C-202/88, Slg. 1991, I-1223, Rn. 24.

538 CHRISTIAN JUNG in CALLIESS/RUFFERT, EUV/EGV Kommentar 2 Aufl., Art. 86 EGV, Rn. 39 f.

539 EuGH C-159/94, Slg. 1997, I-5815, Rn. 65 f. So auch RUDOLF GEIGER, EUV/EGV Kommentar, Art. 86 EGV Rn. 10; CHRISTIAN JUNG in CALLIESS/RUFFERT, EUV/EGV Kommentar 2. Aufl., Art. 86 EGV, Rn. 39

540 EuGH C-55/96 (Job Centre), Slg. 1997 I-7119, Rn. 26.

541 Entscheidung Europäische Kommission vom 17.12.1981 (ABl. L. 167/39) Rn. 65 f.

542 Post; EuGH C-340/99 (TNT-Traco), Slg. 2001, I-4109, Rn. 53 f; Fernmeldebetrieb: vgl. die Erwägungsgründe 4-9 der Richtlinie zur Eröffnung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (ABl. 1996 Nr. L 74/13).

543 Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, 20.09.2000, KOM (2000), S. 580 endg.; Rn. 35.

544 EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. 39-43 = NZBau 2007, 381. Selbst bei einer vertikalen Kooperation in Form einer landesweit tätigen Aktiengesellschaft im Eigentum des spanischen Staates und mehrerer autonomer Regionen lehnt der EuGH in diesem Verfahren eine Anwendung des Art. 86 EGV ab. Aus Art. 86 Abs. 1 EGV ergibt sich, dass diese Vorschrift stets im Zusammenhang mit den Art. 12 sowie 81 bis 89 EGV zu lesen ist. Ob die Kooperation an sich ein ausschreibungspflichtiger Vorgang ist, stuft der Gerichtshof hingegen als eine von Art. 86 getrennt zu prüfende Fragestellung ein, für die vor allem die einschlägigen Vergaberechtsrichtlinien maßgeblich sind und die ungeschriebene In-House-Ausnahme, die der Gerichtshof für kooperierende Hoheitsträger entwickelt hat.

bb) Horizontale Kooperationen in Ungarn und Deutschland

Zweckvereinbarungen nach deutschem Recht oder interkommunale Aufträge gemäß § 7 Komm-ZusG in Ungarn zeichnen sich dadurch aus, dass eine Kommune unmittelbar mit der Durchführung einer Aufgabe betraut wird und sich somit selbst unternehmerisch betätigt. Fraglich ist, ob die beauftragte Kommune als „betrastes Unternehmen“ im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV gewertet werden kann. Zwar gelten der Staat und seine Untergliederungen als Unternehmen im Sinne der Art. 101 ff. AEUV, soweit sich der jeweilige Hoheitsträger wirtschaftlich betätigt.⁵⁴⁵ Die durch den Spezialtatbestand des Art. 106 Abs. 2 AEUV für bestimmte Unternehmen geschaffene Reduzierung der wettbewerbsrechtlichen Vorgaben kann jedoch auf den unmittelbar wirtschaftlich tätig werdenden Staat nicht mit dem Argument übertragen werden, in solchen Fällen handele der Staat ohnehin als Unternehmen.⁵⁴⁶ Gerade Art. 106 Abs. 1 AEUV belegt mit seiner unmittelbaren Bezugnahme auf die Mitgliedstaaten, dass der Staat in seiner Eigenschaft als solcher grundsätzlich nicht von seiner Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Verträge entlassen werden kann, so dass die Privilegierung des unmittelbar unternehmerisch tätigen Staates über Art. 106 Abs. 2 AEUV dieser Wertung entgegen stünde. Unmittelbare vertragliche Kooperationsvereinbarungen zwischen Gemeinden stellen zudem auf Grund des vertraglichen Auftragsverhältnisses an sich auch kein „durch Hoheitsakt eingeräumtes Recht“ im Sinne des Art. 106 Abs. 2 dar.⁵⁴⁷ Damit fehlt diesen Kooperationstypen auch der Betrauungsakt im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Schließlich kontrolliert und überwacht eine Kommune die von ihr beauftragte Nachbarkommune nicht in der Weise, wie der Staat ein öffentliches Unternehmen beaufsichtigt⁵⁴⁸, welchem er zuvor die Erbringung von gemeinwohlorientierten Dienstleistungen übertragen hat.⁵⁴⁹ Die ratio legis des Art. 106 AEUV setzt Unternehmen voraus, deren Marktverhalten ein Mitgliedstaat oder eine staatliche Stelle maßgeblich beeinflussen kann.⁵⁵⁰ Beauftragt eine Kommune eine andere Kommune

545 Diese Wertung des Primärrechts schlägt auf Grund des dargelegten einheitlichen unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs auch im sekundärrechtlichen Vergaberecht durch, siehe statt vieler STEFAN HERTWIG, NZBau 2008, S. 355, S. 366 f.

546 JÜRGEN SCHWARZE, EuZW 2000, S. 613, S. 627.

547 Durch Vertrag erteilte Konzessionen und allgemein die vertragliche Verleihung von Aufgaben gelten nach der Rechtsprechung und der Kommissionspraxis ausnahmsweise nur dann als Betrauung im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV, wenn der Vertrag diejenigen Pflichten eines Unternehmens konkretisiert, die ihm zuvor durch Gesetz oder Hoheitsakt auferlegt worden sind. EuGH C-159/94, Slg. 1997, I-5819, Rn. 65-67. So auch die Kommission, Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge vom 19.01.2001, ABl. 2001, C 17, S. 4, Rn. 22.

548 Sinn und Zweck des Art. 86 Abs. 2 besteht darin, den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu geben, ihre wirtschaftspolitischen Ziele im öffentlichen Sektor durch ausgewählte Unternehmen zu verfolgen. CHRISTIAN JUNG in CALLISS/RUFFERT, EUV/EGV Kommentar 2. Aufl., Art. 86 EGV, Rn. 34. Eine Kommune kann insoweit nicht als ein solchen Zielen dienendes Unternehmen angesehen werden, wenn es von einer anderen Kommune mit der Durchführung einer Versorgungsaufgabe beauftragt wird.

549 Siehe bereits EuGH C-159/94, Slg. 1997, I-5819, Rn. 46 f. Die für die Auslegung maßgebliche ratio legis des Art. 106 Abs. 2 AEUV (Art. 90 Abs. 2 der damaligen Fassung des EGV) setzt Unternehmen voraus, deren Verhalten ein Mitgliedstaat maßgeblich beeinflusst. Jedoch kann eine Kommune, die Entscheidungen und das Verhalten einer anderen Kommune auf dem Markt nicht maßgeblich beeinflussen.

550 EuGH C-159/94, Slg. 1997, I-5819, Rn. 46 f.

unmittelbar mit der Durchführung einer öffentlichen Aufgabe, so hat sie keinen Einfluss auf das marktrelevante Verhalten der beauftragten Kommune gegenüber Dritten. Hiernach gelten Kommunen oder ihnen zurechenbare juristische Personen zwar als Wirtschaftsteilnehmer im Sinne der Vergaberichtlinien, soweit sie Leistungen auf dem Markt für andere durchführen. Als im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV „betrantes“ und privilegiertes Unternehmen kann eine Gebietskörperschaft im Verhältnis zu einer anderen Gebietskörperschaft hingegen nicht erfasst werden.⁵⁵¹ Somit kann die Tatbestandsvoraussetzung eines betrauten Unternehmens allenfalls in Ansehung einer institutionalisierten Kooperation angenommen werden. Eine einheitliche Erfassung sowohl der (vertikalen) institutionalisierten als auch der unmittelbar vertraglichen (horizontalen) Kooperationen über Art. 106 Abs. 2 AEUV ist damit jedoch nicht möglich. Wohl auch aus diesem Grund stützt der EuGH seine Urteile, in denen er interkommunale Kooperationen beider Grundformen von den Vorgaben des Vergaberechts freistellt, in ständiger Rechtsprechung explizit nicht auf den Ausnahmetatbestand des Art. 106 Abs. 2 AEUV.⁵⁵²

b) Verhinderung der Durchführung einer gemeinwohlorientierten Aufgabe gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV?

Neben der Schwierigkeit, eine durch eine Partnerkommune unmittelbar vertraglich beauftragte Gemeinde als betrautes Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV zu erfassen, spricht auch das Tatbestandsmerkmal der Verhinderung der Erfüllung einer übertragenen Aufgabe im Sinne dieser Ausnahmegvorschrift gegen eine Befreiung interkommunaler Kooperationen von der Ausschreibungspflicht. Kooperationen können zwar so eingestuft werden, dass sie der gemeinsamen Erbringung verschiedener Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV dienen, indem sie die Zusammenlegung von Kapazitäten in gemeinsamen juristischen Personen des öffentlich Rechts oder privatrechtlichen Gesellschaften bezwecken oder unmittelbare vertragliche Leistungsbeziehungen zwischen Kommunen zu diesem Zweck ermöglichen.⁵⁵³ Solche Leistungsbeziehungen können sogar die wirtschaftliche Grundlage für die Errichtung einer neuen gemeinwohlorientierten Einrichtung, etwa einer Anlage zur thermischen Abfall-

⁵⁵¹ Bei einer unmittelbaren wirtschaftlichen Betätigung des Staates oder eines seiner staatlichen Untergliederungen, wenn also der Hoheitsträger keine selbstständigen Verwaltungseinheiten einschaltet, wird daher die Anwendbarkeit des Art. 106 VAEU abgelehnt; CHRISTIAN JUNG in CALLIESS/RUFFERT, EUV-EGV Kommentar, 2. Aufl. 2002, Art. 86 EGV, Rn. 11.

⁵⁵² EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. 39 f. = NZBau 2007, 381. für vertikale Kooperationen in Gestalt von gemeinsamen Aktiengesellschaften. So auch im jüngeren Urteil C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg) in Ansehung einer horizontalen Kooperation; Urteil vom 09.06.2009, = NZBau 2009, 527. Entgegen der expliziten Berufung der Bundesrepublik Deutschland auf Art. 86 Abs. 2 EGV, prüft der Gerichtshof diese Vorschrift nicht. Ebenso auch im Urteil vom 10.11.2009 in der Rechtssache SEA, EuGH C-573/07 = NZBau 2009, S. 797 ff. Auch hier wird entgegen entsprechender Vorbringen der italienischen Regierung Art. 86 Abs. 2 nicht angesprochen und die Kooperation nach anderen Maßstäben bewertet; Siehe dazu ausführlich Kapitel 4; A.

⁵⁵³ Zu den nachfolgenden Ausführungen vgl. J-C PIELOW, Urteilsanmerkung zu EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), EuZW 2009, S. 531 f.

verwertung bilden.⁵⁵⁴ Die Schlussfolgerung, dass eine Ausschreibungspflicht die Umsetzung solcher Vorhaben zu wirtschaftlich noch annehmbaren Bedingungen verhindert und damit die Erfüllung einer Aufgabe im Sinne des Art 106 Abs. 2 AEUV vereitelt⁵⁵⁵, greift jedoch an Sinn und Zweck dieses Befreiungstatbestandes vorbei. Die Erfüllung der jeweiligen öffentlichen Aufgabe gerät nämlich typischer Weise auch dann nicht in Gefahr, wenn konkurrierende Unternehmen die selben Leistungen wirtschaftlicher anbieten als ein kommunaler Kooperationspartner und in diesem Fall den Zuschlag erhalten.⁵⁵⁶ Der Sinn und Zweck der Ausschreibungspflicht besteht in der Feststellung des wirtschaftlichsten unter mehreren Angeboten für ein Beschaffungsvorhaben der öffentlichen Hand. Bietet ein privater Wirtschaftsteilnehmer zu besseren Bedingungen als eine Kommune, so führt die Ausschreibungspflicht allenfalls dazu, dass die auftragserteilende Kommune ihre jeweilige öffentliche Aufgabe in Zusammenarbeit mit einem Privatunternehmen und nicht mit einer anderen Kommune erbringt. Auch das Argument, dass Kommunen hierdurch gezwungen wären, stets mit Privatunternehmen zusammenzuarbeiten, anstatt die von ihnen bevorzugte gemeinsame Aufgabenerledigung mittels einer gemeinsamen kommunalen Einrichtung wählen zu können, kann nicht auf Art. 106 Abs. 2 AEUV gestützt werden.⁵⁵⁷ Zum einen ist zu beachten, dass ein kommunaler Kooperationspartner seine Kapazitäten für eine Aufgabenerfüllung aus öffentlichen Geldern finanziert und auf Grund dieser Ausstattung seinen privaten Konkurrenten gegenüber keineswegs unterlegen ist.⁵⁵⁸ Die Wahl des öffentlichen Auftraggebers, die Aufgabe entweder mit einer anderen Kommune gemeinsam zu erfüllen oder alternativ mit einem Privatunternehmen, ist zudem nicht kausal für die durch Art. 106 Abs. 2 AEUV alleine geschützte erfolgreiche Erfüllung einer Aufgabe der Daseinsvorsorge.⁵⁵⁹ Der Prüfungsmaßstab des Tatbestandsmerkmals der Verhinderung einer Aufgabenerledigung ist primär auf die Fragestellung zugeschnitten, ob ein Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV auch ohne Abreden im Sinne des Art. 101 AEUV oder staatliche Beihilfen

554 So auch die Argumentation der Bundesrepublik Deutschland im Verfahren EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg) = NZBau 2009, S. 527 Rn. 28 ff.

555 J-C PIELOW, Urteilsanmerkung zu EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), EuZW 2009, S. 531 f.

556 So allgemein zu der Frage gemeinwohlorientierter Leistungen im Sinne der Art. 16 und 86 Abs. 2 EGV a.F. (Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV) hinsichtlich der vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten, da diese eine zumutbare wettbewerbskonforme Ausgestaltung der Erbringung gemeinwohlorientierter Leistungen darstellen; KOENIG/KÜHLING in STREINZ EUV/EGV Kommentar, 2003, Art. 86 EGV, Rn. 62-64.

557 Eine solche Auslegung des Art. 106 Abs. 2 AEUV – noch in Gestalt der im Normtext identischen Formulierung des Art. 86 Abs. 2 EGV – schlägt die Bundesrepublik im Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“ vor; EuGH C-480/06 = NZBau 2009, 527, Rn. 28 ff.

558 Da Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand keinem Insolvenzrisiko unterliegen, droht eine Wettbewerbsverzerrung, wenn sie an ausgeschriebenen Vergabeverfahren als Bieter in Konkurrenz zu Privatunternehmen auftreten, weshalb § 6 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (in der Fassung vom 11.06.2010) die Teilnahme solcher Einrichtungen als Bieter in einem Vergabeverfahren ausschließt. STEFAN HERTWIG fordert aus der selben Erwägung einen zwingenden Ausschluss von Gebietskörperschaften an einem Vergabeverfahren, soweit sie unmittelbar als Bieter teilnehmen wollen, weil ihre Möglichkeit, sich über Kommunalsteuern und günstige Kredite zu finanzieren, erhebliche Wettbewerbsvorteile generiert und mit dem Subventionsverbot des Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar ist, NZBau 2008, S. 355, S. 358.

559 vgl. hierzu auch Schlussanträge von Generalanwalt JÁN MAZÁK vom 19.02.2009 zu EuGH C-480/06, Rn. 57 ff.

im Sinne des Art. 107 AEUV die ihm übertragene Aufgabe wirksam erfüllen kann.⁵⁶⁰ Entsprechend dieser Zwecksetzung des Art. 106 Abs. 2 AEUV verlangen Kommission und EuGH einen Konflikt zwischen der Erfüllung gemeinwohlorientierter Aufgaben einerseits und der Einhaltung des Subventionsverbotes und anderer Maßgaben der Art. 101 ff. AEUV andererseits. Danach ist für eine Befreiung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV das Vorliegen eines Konfliktes eine Grundvoraussetzung, der nur besteht, wenn es keinen anderen technisch möglichen und rechtlich wie wirtschaftlich zumutbaren Weg gibt, um die jeweilige Aufgabe ohne Vertragsverletzung durchzuführen.⁵⁶¹ Bezogen auf eine von einer Kommune betrauten GmbH kann es dabei relevant sein, ob die GmbH eine Leistung von öffentlichem Interesse noch ausreichend erfüllen kann, wenn sie Beihilfen der Kommune aus wettbewerbsrechtlichen Gründen nicht erhalten darf.⁵⁶² Im Gegensatz zu der Gewährung oder Nichtgewährung staatlicher Subventionen kann die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht als solche auf Grund ihrer Zwecksetzung grundsätzlich nicht zu Konflikten im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV führen.⁵⁶³ Der Gerichtshof weist dementsprechend und im Einklang mit dem oben beschriebenen Unternehmensbegriff des Unionsrechts Art. 106 AEUV lediglich die Maßgabe zu, dass die Gebietskörperschaften in Ansehung der von ihnen betriebenen Zusammenarbeitsformen keine Maßnahmen treffen dürfen, die den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zuwiderlaufen und daher zur Vermeidung von Diskriminierungen ihre Auftragsvergaben an andere öffentliche Auftraggeber grundsätzlich öffentlich ausschreiben müssen.⁵⁶⁴ Dabei ist es nach Einschätzung des Gerichtshofs denkbar, dass in einem Einzelfall die Stellung eines von mehreren Kommunen gemeinsam betriebenen Unternehmens (GmbH oder Zweckverband) mit Art. 101 bis 109 AEUV unvereinbar ist.⁵⁶⁵ Die Frage der Ausschreibungspflicht bei Auftragsvergaben an eine solche juristische Person richte sich hingegen alleine danach, ob im Einzelfall ein vergaberechtlicher Vertrag vorliege und nicht nach dem Vorliegen etwaiger unstatthafter Maßnahmen im Sinne der Art. 106 i.V.m. Art. 101 bis 109 AEUV.⁵⁶⁶ Zusammengefasst lässt sich die Ausschreibungspflicht interkommunaler Kooperationen damit nicht am

⁵⁶⁰ EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. 39 ff. = NZBau 2007, 381. KOENIG/KÜHLING in STREINZ EUV-EGV Kommentar, 2003, Art. 68 EGV, Rn. 39 ff. CHRISTIAN JUNG in CALLIESS/RUFFERT, EUV-EGV Kommentar, 3. Aufl., Art. 86 EGV, Rn. 44 f.

⁵⁶¹ EuGH C-158/94, Slg 1997, I-5789, Rn. 53 f. Für diesen Maßstab am Beispiel der Postdienste als Dienstleistung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV; Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge vom 19.01.2001 (ABl. 2001(C 17/04), S. 17.

⁵⁶² Dazu STEFAN HERTWIG, NZBau 2008, S. 355, S. 358.

⁵⁶³ Auf Grund dieses Charakters der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht halten KOENIG/KÜHLING einen Konflikt im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV zwischen Gemeinwohlzwecken und Wettbewerbszielen und damit die Erfüllung des Verhinderungsmaßstabs bei Einhaltung der Ausschreibungspflicht für unwahrscheinlich; STREINZ, EUV-EGV Kommentar, 2003, Art. 86 EGV, Rn. 64.

⁵⁶⁴ EuGH C-410/04 (ANAV), Urteil vom 06.04.2006, Rn. 23 = NVwZ 2006, 555.

⁵⁶⁵ C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. 41 ff. = NZBau 2007, 381.

⁵⁶⁶ C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. 39 ff. = NZBau 2007, 381.

Verhinderungsmaßstab des Art. 106 Abs. 2 AEUV messen.⁵⁶⁷ Eine Anwendung auf interkommunale Kooperationen über den Adressatenkreis dieser Norm hinaus⁵⁶⁸ würde ihrem Charakter als eng auszulegende Ausnahmegesetz⁵⁶⁹ nicht gerecht.

Kapitel 4 Ungeschriebene Ausnahmetatbestände aus Rechtsprechung und Kommissionspraxis

A. Das Inhousegeschäft

I. Einleitung

Von zentraler Bedeutung für die vergaberechtliche Beurteilung interkommunaler Kooperationsformen ist die richterrechtliche Rechtsfigur des Inhousegeschäfts. Kaum einer vergaberechtlichen Fragestellung wird in der jüngeren Rechtsprechung⁵⁷⁰ und Literatur so viel Aufmerksamkeit geschenkt, wie dem Inhousegeschäft⁵⁷¹, dessen rechtspolitische Zwecksetzung und dogmatische Einordnung für die Beurteilung interkommunaler Kooperationen tragend ist. Daher soll das Inhousegeschäft im Folgenden dargelegt werden.

1. Rechtsgedanke der ausschreibungsfreien Inhousegeschäfte

Die Deckung des wirtschaftlichen Eigenbedarfs der öffentlichen Hand geschieht entweder durch den Einkauf einer Marktleistung (Beschaffung) oder durch Selbstvornahme. Ist der Leistungserbringer Bestandteil der selben Rechtsperson wie der Auftraggeber, kommt es bei einer Beauftragung zu keiner Außenwirkung.⁵⁷² Lässt die zuständige Behörde beispielsweise eine Straßenbauarbeit von einer ihrer Behördenabteilungen vornehmen, handelt die Behörde selbst.⁵⁷³ Bei fehlender Personenverschiedenheit zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite befindet sich auf beiden Seiten des „Auftrages“ die selbe Rechtsperson und das Vergaberecht findet mangels Beschaffungsvorgang mit

567 Die mögliche Wirkung eines interkommunal ausschreibungsfrei vergebenen Auftrags an einen Zweckverband als „mittelbare Subvention“ und damit als gegebenenfalls relevanter Vorgang im Sinne des Art 106 Abs. 2 AEUV bewertet daher JOST PIETZCKER zurecht als an sich irrelevant im Hinblick auf die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht solcher Kooperationen; Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 61.

568 Für eine solche analoge Anwendung auf interkommunale Kooperationen spricht sich JOHANN-CHRISTIAN PIELOW aus, räumt aber ein, dass auch in der Rechtsprechung des EuGH allenfalls Tendenzen zu erkennen sind, Art. 86 EGV ff. eher „behutsam“ einer erweiternden Auslegung zu unterwerfen. J-C PIELOW, Urteilsanmerkung zu EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), EuZW 2009, S. 531, S. 532.

569 EuGH C-242/95, Urteil vom 17.07.1997 (GT-Link), Slg. 1997, I-4449, Rn. 50 f.; C-340/99, Urteil vom 17.05.2001 (TNT Traco), Slg. 2001, I-4109, Rn. 56.

570 OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009, 13 – Verg/8/09 = NZBau 2010 194, 198 f. Jüngere Urteile des EuGH; C-305/08 (Co.NIS.Ma), Urteil vom 23.12.2009 = NZBau 2010, 188; C-196/08 (Acoset), Urteil vom 15.10.2009 = NZBau 2009, 804.

571 Für das Schrifttum vergleiche statt Vieler, JULIAN POLSTER, NZBau, 2010, S. 486 ff. JUHÁSZ ÁGNES, Miskolci Jogi Szemle, 4. évfolyam (Jahrgang) 2009, 1 szám (Nr.), S. 84 ff.

572 EGGER ALEXANDER, Europäisches Vergaberecht, 1. Aufl. 2008, Rn. 584 f.

573 Nur soweit im obigen Beispiel die Bauleistung an ein eigenständiges Unternehmen vergeben werden soll, liegt eine Beschaffung vor.

Außenwirkung keine Anwendung. Prominentes Beispiel im Schrifttum sind kommunale Regiebetriebe⁵⁷⁴, die gegenüber der Kommune zwar eine gewisse organisatorische Selbstständigkeit besitzen, jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit haben und eine organisatorische Untereinheit der Gebietskörperschaft darstellen.⁵⁷⁵ Bei solchen Fällen der Personenidentität fehlt es bereits am Vorliegen eines Vertrages⁵⁷⁶, da der Vertragsbegriff eine Einigung mindestens zweier eigenständiger Personen und insoweit auch einen eigenständigen Geschäftswillen⁵⁷⁷ jeweils beider Vertragsparteien voraussetzt.⁵⁷⁸ Derartige Konstellationen werden als Inhousegeschäft, In-sich-Geschäft, In-House-Vergabe, In-House-Geschäft⁵⁷⁹ oder „inhäusige“ Vergabe⁵⁸⁰ bezeichnet und betreffen Vorgänge innerhalb ein und desselben Rechtsträgers und damit eine Bedarfsdeckung durch Selbstvornahme. Obgleich eine detaillierte Kodifizierung der In-House-Geschäfte in den Vergaberechtsrichtlinien fehlt, war bereits dem früheren Richtlinienrecht der Grundsatz zu entnehmen, dass staatliche Eigenleistungen keine ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvorgänge darstellen. Dies ergab sich aus Erwägungsgrund Nr. 27 der Richtlinie 92/50/EWG⁵⁸¹, wonach Eigenleistungen der öffentlichen Hand nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterlagen und sich die Richtlinien „nicht in die Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber einmischen, ob ihr Bedarf durch Auftragsvergabe nach außen oder mit eigenen Mitteln gedeckt wird.“⁵⁸² Die gegenwärtige Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie) spricht diese Frage zwar nicht mehr an, setzt jedoch in ihrem vergaberechtlichen Auftragsbegriff als selbstverständlich voraus, dass der beauftragte Wirtschaftsteilnehmer eine Leistung eigenständig „anbietet“, also mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet

574 Der städtische Bauhof oder die Stadtwerke der Gemeinde als Regiebetriebe arbeiten mit eigenem Personal und Sachmitteln der Gemeinde, ihre Aufgabenerledigung ist unstreitig eine Eigenleistung der jeweiligen Stadt. Vgl. dazu JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGER, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 59.

575 Dazu etwa Sonja JOHANNA KOHOUT, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 125.

576 JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGER, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 59.

577 Zu den allgemeinen zivilrechtlichen Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit als Grundlage eines (mehrseitigen) Rechtsgeschäfts siehe, HELMUT HEINRICH in PALANDT, BGB Kommentar, 67. Aufl. 2008, Einf. v. § 104 BGB, Rn. 2 ff. Einer an sich unselbstständigen Organisationseinheit mit nur partieller organisatorischer Eigenständigkeit kann freilich bereits die Handlungsfähigkeit oder die Rechtsfähigkeit im zivilrechtlichen Sinne fehlen, vgl. dazu §§ 1 und 21 BGB. Siehe für das öffentliche Recht die Handlungsfähigkeit im Sinne des § 12 VwVfG, welche sich an den zivilrechtlichen Grundsätzen orientiert. Dazu HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 19, Rn. 14.

578 EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. 54. = NZBau 2007, 381.

579 MEINRAD DREHER in IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 99 Rn. 51.

580 PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, Lokale Tätigkeit in der Daseinsvorsorge und deren Binnenmarktrelevanz – Das System des unionsrechtlichen Fragenrasters in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF, Kommunale Aufgaben im europäischen Binnenmarkt, 1-Aufl. 2010, S. 27, S. 41.

581 Erwägungsgründe Nr. 27 und 76 ff. sowie auch Art. 46 Satz der Richtlinie 92/50/EWG, der staatliche Eigenleistungen explizit aus dem Begriff der Beschaffungsvorgänge herauslöste: Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.06.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209 vom 24.07.1992, S.1.

582 Eine Unterscheidung zwischen staatlicher Eigenleistung und Auftragsvergabe im gegenwärtigen Unionsrecht ergibt sich nunmehr aus Art. 11. Spiegelstrich des Protokolls Nr. 26 zu Art. 14 AEUV im Bereich der Daseinsvorsorge, wo die diesbezügliche Wahlfreiheit der Gebietskörperschaften zu den gemeinsamen Werten der Union gezählt wird.

und im Stande sein muss, eine eigene Willenserklärung abzugeben.⁵⁸³

2. Die Teckalkriterien des Quasi-Inhousegeschäfts als Maßstab kommunaler Zusammenarbeitsformen

Von den Fällen der durch die Vergaberichtlinien explizit nicht erfassten Inhouse-Geschäfte (auch Inhousegeschäfte im engen Sinn) sind die sogenannten Quasi-Inhouse-Geschäfte zu unterscheiden.⁵⁸⁴ Dabei handelt es sich um Sachverhalte, bei denen zwar unproblematisch ein Vertragsverhältnis zweier eigenständiger Rechtsträger vorliegt, die Beziehung zwischen diesen beiden Rechtspersonen aber so ausgestaltet ist, dass die „vertragliche“ Leistung den Charakter einer Eigenleistung hat. Auch in diesen Fällen findet kein Einkauf am Markt sondern eine Selbstvornahme statt, da der Auftraggeber die Leistung zwar formell nicht in „eigener Person“ erbringt, jedoch durch eine Rechtsperson vornehmen lässt, die sich im Verhältnis zum Auftraggeber rechtlich und tatsächlich wie eines seiner eigenen Abteilungen darstellt.⁵⁸⁵ Dies kann etwa gegeben sein bei Privatunternehmen, die im Eigentum des öffentlichen Auftraggebers stehen. Da formal also zwei Rechtsträger handeln, ist ein Vertrag zwischen ihnen grundsätzlich gegeben, jedoch ist dieser Vertrag funktional nicht auf eine Beschaffung gerichtet.⁵⁸⁶ Aus diesem Grunde befreite der Gerichtshof erstmalig in der Rechtssache Teckal⁵⁸⁷ von der Ausschreibungspflicht, wenn der öffentliche Auftraggeber (eine Gebietskörperschaft im Verfahren Teckal) „über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt, wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile inne haben.“⁵⁸⁸

a) Sinn und Zweck der Teckalkriterien „Kontrolle und Wesentlichkeit“

Im Sinne dieser beiden Teckalkriterien der „Kontrolle“ und der „Wesentlichkeit“⁵⁸⁹ steht nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes⁵⁹⁰ die kontrollierte und im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätige Stelle organisatorisch auf der Seite des öffentlichen Auftragge-

583 MEINRAD DREHER in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, 4. Aufl. 2007, § 99 Rn. 51.

584 Dazu allgemein ALEXANDER EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, 1. Aufl. 2008, Rn. 589.

585 CARSTEN JENNERT, *NZBau* 2010, S. 150, S. 154.

586 HANS JOACHIM PRIESS, *Handbuch der europäischen Vergaberechts*, 3. Aufl. 2005, S. 192 f.

587 EuGH C-107/98 (Teckal), Urteil vom 18.11.1999 = *EuZW* 2000, 246.

588 EuGH C-107/98 (Teckal), Urteil vom 18.11.1999, Rn. 50 = *EuZW* 2000, 246.

589 Ausführlich zu diesen beiden Kriterien siehe nachfolgend in diesem Abschnitt.

590 EuGH C-84/03 (Kommission gegen Spanien), Urteil vom 13.01.2005 = *NVwZ* 2005, 431; EuGH C-231/03 (Coname), Urteil vom 21.07.2005 = *EuZW* 2005, 529; EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005 = *EuZW* 2005, 727; EuGH C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005 = *VergabeR* 2006, 54; EuGH C-340/04 (Carbotermo), Urteil vom 11.05.2006 = *EuZW* 2006, 375; EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007 = *NZBau* 2007, 381; EuGH C-324/07 (Coditel), Urteil vom 13.11.2008 = *NZBau* 2009, 54; EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. = *NZBau* 2009, 527; EuGH C-305/08 (Co.NIS.Ma), Urteil vom 23.12.2009, Rn. 26 ff. = *NZBau* 2010, 188; EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009 = *NZBau* 2009, 797.

bers und tritt funktional als dessen eigener Bestandteil in Erscheinung. Im Gegensatz zu den echten Inhousegeschäften ergibt sich die Vergaberechtsfreiheit der Quasi-Inhouse-Vorgänge nicht unmittelbar formal aus dem Vertragsbegriff (keine rechtliche Eigenständigkeit des „Auftragnehmers“), sondern aus einer funktionalen Auslegung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffs durch den EuGH.⁵⁹¹ Die Grundüberlegung ist dabei, dass das unmittelbar aus den Grundfreiheiten ableitbare Transparenzgebot und Diskriminierungsverbot bei staatlichen Einkäufen dort nicht gelten kann, wo der Staat eben nicht einkauft, sondern die Leistung durch ihm zurechenbare Stellen vornimmt. Notwendig geworden ist dieses vergaberechtliche „Entgegenkommen“ auf Grund zahlreicher staatlicher Eigenbetriebe, die in privatrechtliche Gesellschaftsformen umgewandelt wurden und bei gleich gebliebenem Aufgabenbestand Leistungen für die Trägereinrichtung erbrachten. Der Umstand alleine, dass durch die Umwandlung nun eine eigene Rechtspersönlichkeit gegeben war, vermochte die Ausschreibungspflicht nicht begründen, auch wenn nach streng formalen Gesichtspunkten ein entgeltlicher Vertrag über Leistungen zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Dritten vorlag. Denn die für staatliches Einkaufsverhalten maßgeblichen Grundfreiheiten sowie die Wettbewerbsvorschriften der Verträge und die Vergaberechtsrichtlinien begründen die Ausschreibungspflicht, um einen diskriminierungsfreien Zugang sämtlicher interessierter Bieter zu einem tatsächlich geöffneten Beschaffungsmarkt zu gewährleisten, wenn und soweit der öffentliche Auftraggeber eine Leistung an einen Dritten vergeben will.⁵⁹² Allerdings greift diese Ausschreibungspflicht nach Auffassung des EuGH gerade dann nicht, „wenn eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllt, ohne sich an externe Einrichtungen zu wenden.“⁵⁹³

b) Rechtsnatur des Quasi-Inhousegeschäfts und Verhältnis zu vergleichbaren Regelungen

Diese teleologische Reduktion⁵⁹⁴ des Begriffes des Beschaffungsvertrages ist eine ungeschriebene Ausnahme, für die trotz einer entsprechenden Initiative der Kommission⁵⁹⁵ nach wie vor keine Ko-

⁵⁹¹ Zu dieser Differenzierung zwischen echtem und unechtem In-House-Geschäft; EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. 54-65 = NZBau 2007, 381.

⁵⁹² EuGH C-26/03 (Stadt Halle), Urteil vom 11.01.2005, Rn. 47 = NVwZ 2005, 187.

⁵⁹³ So explizit der EuGH für die Inhouse-Ausnahme sowohl im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien als auch im ausschließlichen Anwendungsbereich des Primärrechts bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen; EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005, Rn. 61f. = EuZW 2005, 727. Jüngst bestätigt in EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 37 = NZBau 2009, 797.

⁵⁹⁴ MEINRAD DREHER in IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB Kommentar 4. Aufl. 2007, § 99 GWB, Rn. 60; ALEXANDER EGGER, Europäisches Vergaberecht, 1. Aufl. 1008, Rn. 597; SONJA JOHANNA KOHOUT greift den Streit auf, ob es sich nicht eher um eine einschränkende Auslegung des Auftragsbegriffs handelt, lässt die Frage jedoch zu Recht offen da es im Hinblick auf das praktische Ergebnis nicht ankommt; Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 128.

⁵⁹⁵ Dies geschah im Rahmen des Legislativpakets zur Erneuerung des Vergaberechts, welcher in die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG mündete, jedoch letzten Endes keine allgemeine Regelung der Quasi-Inhouse-Beschaffung enthielt. Siehe geänderter Vorschlag der Kommission vom 06.05.2002, KOM (2002), 236 (endg.).

difizierung in den Vergaberichtlinien besteht. Die einzige punktuelle Regelung enthält Art. 23 der Richtlinie 2004/17/EG, die Inhousegeschäfte innerhalb verbundener Unternehmen von der Ausschreibungspflicht befreit. Sogenannte Sektorenunternehmen in den Bereichen Verkehrsversorgung, Wasser, Energie und Telekommunikation⁵⁹⁶ sind grundsätzlich als öffentliche Auftraggeber erfasst, da sie als Nachfrager auf dem Markt in vielerlei Hinsicht die selben Eigenschaften besitzen wie der Staat.⁵⁹⁷ Beide entfalten ein faktisches Nachfragemonopol⁵⁹⁸, haben eine privilegierte Stellung auf dem Markt⁵⁹⁹ und verfolgen öffentliche Interessen, wodurch ihr Nachfrageverhalten beeinflusst wird.⁶⁰⁰ Für die aus diesen Gründen bestehende Ausschreibungspflicht für Einkäufe von Sektorenunternehmen⁶⁰¹ kodifiziert Art. 23 der Richtlinie 2004/17/EG eine Ausnahme, wenn der Auftrag an ein Unternehmen vergeben wird, welches vom Auftraggeber auf Grund von Rechtsvorschriften oder finanzieller Beteiligung maßgeblich beeinflusst wird (verbundenes Unternehmen)⁶⁰² und 80 % der Umsätze des beauftragten Unternehmens aus Leistungsbeziehungen mit dem öffentlichen Auftraggeber (Sektorunternehmen) stammen. Die Wertung dieser kodifizierten Freistellung von Vergaben innerhalb verbundener Unternehmen hat der EuGH im Blick gehabt, als er die ungeschriebene Quasi-Inhouse-Ausnahme für kommunale Tochterunternehmen und interkommunale Kooperationen entwickelt hat.⁶⁰³ Methodisch handelt es sich jedoch nicht um eine Analogie, die hier nicht nur am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke in den Richtlinien scheitert.⁶⁰⁴ Zu beachten ist, dass der EuGH die Quasi-Inhouse-Vergabe unmittelbar aus den Grundfreiheiten selbst herleitet, da diese dann keine Marköffnung durch die Richtlinien gebieten,

596 Die beiden maßgeblichen Rechtssetzungsschritte vor der jetzt geltenden Sektorenrichtlinie 2004/17/EG vom 31.03.2004 waren die Sektorenrichtlinien 90/351/EWG (ABl. 1990 L 297 S. 1) und 93/38/EWG (Abl. 1993, L 199 S. 84.).

597 Siehe hierzu HANS JOACHIM PRIESS, Handbuch der europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 86 f; und S. 160 f.

598 Beispielsweise besitzt die Polizei als ein spezieller Teil der Exekutive ein Nachfragemonopol für zahlreiche Produkte, die für ihre Ausstattung erforderlich sind und für die – in Ermangelung konkurrierender Nachfrager – nur diese Ordnungsbehörden alleine den Markt bestimmen, wie etwa speziell ausgestattete Einsatzfahrzeuge. Vergleichbar hierzu besitzt auch ein Telekommunikationskonzern für zahlreiche sektorspezifische Technologien, die für ihre Tätigkeit erforderlich sind, ein Nachfragemonopol.

599 Siehe Erwägungsgrund Nr. 3 der Richtlinie 2004/17/EG wo die Marktabschottung in den Schlüsselsektoren hervor gehoben wird und darauf zurückgeführt wird, „...dass die Mitgliedstaaten für die Versorgung, die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen, mit denen die betreffenden Dienstleistungen erbracht werden, besondere oder ausschließ liche Rechte gewähren“.

600 ALEXANDER EGGER, Europäisches Vergaberecht, S. 26 f.

601 Erwägungsgrund Nr. 2 der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG hebt zusätzlich als Grund der Ausschreibungspflicht her vor, dass sich die Mitgliedstaaten häufig einen lenkenden Einfluss auf die Sektorenunternehmen sichern um die Ge staltung der wichtigen Sektoren zu kontrollieren.

602 Art. 23 Abs. 1 i.V.m Art. 2 Abs. 1 lit. b) Richtlinie 2004/17/EG.

603 So auch HANS-JOACHIM PRIESS, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3 Aufl. 2005, S. 191.

604 Generalanwältin CHRISTINE STIX-HACKL, betont in ihren Schlussanträgen vom 12.01.2006 in der Rechtssache C-340/04 in den Rn. 88 ff., dass der Regelungsgedanke der In-House Ausnahme der Sektorenrichtlinie in Ansehung der Kooperationen zwischen Kommunen „praktisch anwendbar“ ist und eine Auslegungshilfe für die In-House Rechtsprechung darstellen kann. Zu Recht lehnt sie jedoch eine unmittelbare Anwendung einer in der Sektorrichtlinie normierten Ausnahme für verbundene Unternehmen auf kommunale Zusammenarbeitsformen zwischen Ho heitsträgern ab.

wenn kein Einkaufsverhalten des Staates sondern eine Aufgabenerfüllung mit eigenen Mitteln vorliegt.⁶⁰⁵ Auch sind die tatbestandlichen Voraussetzungen der Quasi-Inhouse-Vergabe strenger, als jene des Art. 23 der Richtlinie 2004/18/EG. So besteht die „gesetzliche Vermutung“⁶⁰⁶ eines beherrschenden Einflusses des Sektorenunternehmens über ein mit ihm verbundenes Unternehmen, wenn es mehrheitlich Eigentum daran hält, während der EuGH für die ungeschriebene Quasi-Inhouse-Vergabe eine echte faktische Kontrolle wie über eigene Dienststellen verlangt.⁶⁰⁷ Dementsprechend basieren die kodifizierte Quasi-Inhouse-Vergabe für verbundene Unternehmen und die unregelte, allgemeine Quasi-Inhouse-Vergabe lediglich auf dem selben Rechtsgedanken, dass eine Selbstvornahme und keine Beschaffung vorliegt, wenn der öffentliche Auftraggeber und die beauftragte Stelle eng miteinander verbunden sind.

Waren die Teckalkriterien der Kontrolle und der Wesentlichkeit im Sinne der In-House-Rechtsprechung von Beginn an grundsätzlich begrüßt worden, so bemängelten zahlreiche Stimmen im internationalen Schrifttum⁶⁰⁸ und im Kreise der Generalanwälte⁶⁰⁹ die begriffliche Unschärfe ihrer Voraussetzungen im Hinblick auf die Rechtsunsicherheit in der Praxis. In den vergangenen immerhin zehn Jahren seit der Teckal-Entscheidung nahm der Gerichtshof jedoch sowohl bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen als auch im Hinblick auf deren rechtspolitische Zwecksetzung hilfreiche Konkretisierungen vor, so dass zumindest ein Teil der offenen Fragen zur interkommunalen Zusammenarbeit mittlerweile geklärt sind. Im Folgenden werden der gegenwärtige Stand bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen und der rechtspolitischen Zwecksetzung der Teckalkriterien dargelegt und deren Auswirkung auf die hier untersuchten Kooperationsformen in Ungarn und Deutschland untersucht. Dabei wird zur besseren Übersicht der Begriff Inhousevergabe verwendet, obgleich es sich methodisch – wie dargelegt – um ein unechtes Inhousegeschäft, eine Quasi-Inhouse-Vergabe handelt beziehungsweise um ein In-State-Geschäft.⁶¹⁰

605 EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 36-40 = NZBau 2009, 797.

606 Art. 2 Abs. 1 lit. b) i.V.m Art. 23 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG.

607 So auch MEINRAD DREHER, NZBau, 2004, S. 14, S. 17.

608 Deutschland: vgl. MEINRAD DREHER, NZBau 2004, S. 14 f. Ungarn: JUHÁSZ ÁGNES, Miskolci Jogi Szemle, 4. évfolyam (Jahrgang), 1. szám (Nr.) 2009, S. 84 f. Österreich: STEFAN STORR, wbl, 2005, S. 555; Siehe auch ANNETTE ROSENKÖTTER/THORSTEN WUERSIG, The Impact of the Lisbon Treaty in the field of Public Procurement (Gutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments), IP/A/IMCO/NT 2009-12 – PE 429.988 vom Januar 2010, S. 9 f.

609 Generalanwalt LÉGER, Schlussanträge vom 15.06.2000 in der Rechtssache C-94/99 (ARGE), Slg. 2000, I-11037, Rn. 55; Noch deutlicher Generalanwältin STIX-HACKL, Schlussanträge vom 12.01.2006 im Verfahren C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Rn. 17 f, die im Interesse der Rechtssicherheit eine Totalrevision der Teckal-Ausnahme vorschlägt oder eine von den Einzelfällen losgelöste, auf Schaffung eines abstrakt-generellen Tatbestandes gerichtete Rechtsfortbildung durch künftige Urteile.

610 Kommunale Zusammenarbeitsformen im hier relevanten Sinne werden zur besseren Unterscheidung von anderen Quasi-Inhouse-Vorgängen zutreffend auch als Public Public Partnership oder als In-State-Geschäft bezeichnet, vgl. dazu JAN ZIEKOW/ THORSTEN SIEGEL, VerwArch 2005, S. 119 ff. Das In-State-Geschäft, namentlich die interkommunale Zusammenarbeit und andere Formen der Verwaltungskooperationen zwischen Hoheitsträgern ist demnach ein spezieller Anwendungsfall der Quasi-Inhouse-Vergabe. Siehe dazu MARKUS KRAJEWSKI/NADINE MARIA WETHKAMP, DVBl. 2008, S. 355, S. 360 ff.

3. Kontrollkriterium

Die Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“, ist auf die Vergabe an juristische Personen zugeschnitten. Der Auftraggeber muss im Sinne dieser Kontrolle die Möglichkeit haben, „sowohl auf die strategischen Ziele, als auch auf die wichtigsten Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.“⁶¹¹ Mithin darf der „Auftragnehmer“ keine eigene Marktausrichtung in dem Sinne besitzen, dass er wichtige Entscheidungen der Geschäftsleitung ohne Zustimmung der Gebietskörperschaften vornehmen kann.⁶¹² Das Kontrollkriterium soll im Zusammenspiel mit dem Wesentlichkeitskriterium die Anwendbarkeit des Vergaberechts sicherstellen, um drohende Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, wenn der öffentliche Auftraggeber nicht eine Einrichtung beauftragt, die ihm wie eine eigene Dienststelle zuzurechnen ist.⁶¹³

Maßgeblich für die Feststellung der Kontrolle sind die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die einschlägigen Rechtsvorschriften, die interne Satzung der beauftragten juristischen Person und gegebenenfalls die jeweiligen Beteiligungen an ihrem Kapital.⁶¹⁴ Die auch geringfügigste Beteiligung von privatem Kapital schließt dabei eine ausreichende Kontrolle aus zwei Gründen⁶¹⁵ aus: Zum einen weichen die Ziele, die ein privates Unternehmen verfolgt, wesentlich von jenen der öffentlichen Hand ab, da letztere den Gemeinwohlzielen verpflichtet ist und im Gegensatz zu privaten Kapitalanlegern keine Gewinnerzielung als Primärziel verfolgt. Zum anderen würde die ausschreibungsfreie Vergabe an ein Unternehmen mit privater Beteiligung dem jeweiligen Privaten gegenüber seinen Konkurrenten auf dem freien Markt einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Dementsprechend schaden spätere Anteilsverkäufe an Private nach Errichtung einer kommunalen Gesellschaft und erfolgter freihändiger Auftragsvergabe ebenfalls der Ausschreibungsfreiheit⁶¹⁶, weil mit der Zulassung zeitlich verzögerter privater Kapitalbeteiligung das Vergaberecht zu leicht umgangen werden könnte.⁶¹⁷

Mittlerweile entschieden ist die noch vor Kurzem diskutierte Frage, ob das Inhousegeschäft nur für Gesellschaftsformen des Privatrechts gilt oder auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts.⁶¹⁸ Zwar hatte der EuGH bislang überwiegend Fälle beurteilt, die von mehreren Gebietskör-

611 EuGH C-340/04 (Carbotermo), Urteil vom 11.05.2006, Rn. 36 = EuZW 2006, 375.

612 EuGH C-324/07 (Coditel), Urteil vom 13.11.2008, Rn. 34 = NZBau 2009, 54.

613 EuGH C-340/04 (Carbotermo), Urteil vom 11.05.2006, Rn. 59 ff. = EuZW 2006, 375.

614 EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005, Rn. 65 f. = EuZW 2005, 727.

615 Zu den nachfolgenden Erwägungen EuGH C-26/03 (Stadt Halle), Urteil vom 11.01.2005, Rn. 49 ff. = NVwZ 2005, 187.

616 EuGH C-29/04 (Stadt Mödling), Urteil vom 10.11.2005, Rn. 42 ff. = NVwZ 2006, 70.

617 Die Abstrakte Öffnung für Privatkapital muss nicht schon für sich genommen schädlich sein, ist es aber in jedem Fall, wenn später zumindest während der Laufzeit der streitigen Auftragsvergabe die Beteiligung von Privatkapital tatsächlich zugelassen wird; C-410/04 (ANAV), Urteil vom 06.04.2006, Rn. 29 f. = NVwZ 2006, 555; jüngst betätigt in EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 51 ff. = NZBau 2009, 797.

618 Diese Fragestellung noch vor Urteilsverkündung am 13.11.2008 in der Rechtssache C-324/07 (Coditel) aufgreifend, SONJA J. KOHOUT, die aber überzeugend mit dem rechtsformneutralen vergaberechtlichen Auftragsbegriff dar-

perschaften betriebene Kapitalgesellschaften betrafen, weshalb auch die Beteiligungsmöglichkeit privaten Kapitals lange Zeit im Mittelpunkt der Diskussion stand. Die Schlussfolgerung, dass eine Kontrolle nur über einen hundertprozentigen Gesamteigentum der Trägerkommunen an einer Kapitalgesellschaft, nicht aber über juristische Personen des öffentlichen Rechts erzielt werden kann, würde jedoch der rechtsformneutralen funktionalen Betrachtungsweise des Vergaberechts widersprechen und dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „Coditel“ entgegenstehen.⁶¹⁹ Danach ist eine Inhousevergabe an eine dem Zweckverband ähnliche „Interkommunale“⁶²⁰ nach belgischem Recht zulässig, wenn die Gebietskörperschaften in den Beschlussorganen einer solchen juristischen Person des öffentlichen Rechts vertreten sind, wobei es nicht darauf ankommt, ob Entscheidungen kollektiv durch Mehrheitsbeschluss entstehen (gegebenenfalls durch Überstimmung einzelner Kommunen) oder ob jede einzelne Kommune eine Sperrminorität besitzt.⁶²¹

Die Möglichkeit der kollektiven Kontrolle gilt – wie der EuGH in der Rechtssache „SEA“⁶²² ausführt – auch bei privatrechtlich verfassten Kapitalgesellschaften, bei denen die einzelnen Kommunen zusammen das Gesamteigentum halten, dabei jedoch stark voneinander abweichende Eigentumsanteile aufweisen.⁶²³ Denn das zwingende Erfordernis einer individuellen Kontrolle würde Kooperationsformen mit Beschlussorganen, die nach dem Mehrheitsprinzip strukturiert sind, unmöglich machen. Dies würde aber – so der EuGH – dem Grundsatz zuwiderlaufen, wonach eine Gebietskörperschaft ihre öffentlichen Aufgaben mit eigenen technischen Mitteln erbringen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden.⁶²⁴ Mit anderen Worten verlangt das Kontrollkriterium nicht die individuelle Kontrolle jeder einzelnen Gebietskörperschaft über die juristische Person oder Beschlussfassungen nach dem Einstimmigkeitsprinzip, sondern lediglich die Abwesenheit einer marktstrategischen Eigenständigkeit der beauftragten juristischen Person in dem Sinne, dass sie selbstständig darüber entscheiden kann, wem gegenüber sie ihre Dienstleistungen erbringt.⁶²⁵ Maßgeblich ist die Möglichkeit der Kontrolle nicht alleine im Hinblick auf den jeweiligen

legt, dass kein Unterschied zwischen einer kontrollierten GmbH und einem kontrolliertem Zweckverband feststellbar ist; Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 356 ff.

619 EuGH C-324/07 (Coditel), Urteil vom 13.11.2008, Rn. 50 = NZBau 2009, 54.

620 Zur Vergleichbarkeit der belgischen Genossenschaft mit dem Zweckverband hinsichtlich Struktur, Zwecksetzung und Organe vgl. TANJA STRUVE, EuZW 2009, S. 805, S. 807. Zurecht weisen daher GRUNEBERG/JÄNICKE/KRÖCHER darauf hin, dass mit der Entscheidung Coditel endgültig die Übertragbarkeit der In-House-Kriterien auf juristische Personen des öffentlichen Rechts bestätigt worden ist; ZfBR 2009, S. 754, S. 757.

621 EuGH C-324/07 (Coditel), Urteil vom 13.11.2008, Rn. 51 = NZBau 2009, 54.

622 EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009 = NZBau 2009, 797.

623 EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 59 f. = NZBau 2009, 797.

624 EuGH C-324/07 (Coditel), Urteil vom 13.11.2008, Rn. 47 = NZBau 2009, 54.

625 MEINRAD DREHER in IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 99 GWB, Rn. 65. Ebenso SONJA JOHANNA KOHOUT, mit dem Hinweis, dass nach Sinn und Zweck der Teckalkriterien die Stellung der beauftragten Stelle zur öffentlichen Hand allgemein maßgeblich ist und es ausreicht, wenn sie nicht als eigenständiger Marktteilnehmer, sondern als Bestandteil der Verwaltung in Erscheinung tritt. Dann kann es nicht darauf ankommen, ob eine Gebietskörperschaft alleine die lenkende Mehrheit hält oder alle Kommunen jeweils identisch große

Beschaffungsvorgang sondern allgemein bezogen auf das Unternehmen als solches.⁶²⁶ Da es auf die Abwesenheit einer marktstrategischen Eigenständigkeit der kontrollierten Stelle ankommt, ist die schlichte Möglichkeit der kommunalen Lenkung ausschlaggebend und nicht, ob diese Lenkung im Einzelfall ausgeübt wird.⁶²⁷ Dies bedeutet letztlich auch, dass die überwiegende Einflussmöglichkeit einer einzelnen Kommune mit mehr als 50 % Eigentum an einer Gesellschaft auch dann ausreicht, wenn die Einflussnahme der übrigen Gebietskörperschaften nur geringfügig ist. So hat der EuGH bereits im Verfahren Teckal eine Beteiligung von insgesamt 45 öffentlichen Auftraggebern am „Auftragnehmer“ ausreichen lassen bei lediglich 0,9 % Anteil der auftragsvergebenden Gemeinde Viano.⁶²⁸ Im Falle der Tragsa ließ das Gericht angesichts der Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Auftraggeber auf Grund der einschlägigen Rechtsvorschriften⁶²⁹ die Kontrolle an einer Aktiengesellschaft ausreichen, an der 99 % der Anteile der spanische Staat hielt und insgesamt vier Autonome Regionen mit jeweils einer Aktie zu je 0,25 % beteiligt waren. Erbringt schließlich die kommunale Einrichtung ihre Tätigkeit nach den nationalen Rechtsvorschriften oder ihrer Unternehmenssatzung ausschließlich im örtlichen Zuständigkeitsbereich der sie lenkenden Auftraggeber und wird sie in diesem geographisch abgrenzbaren Raum im Wesentlichen nur für diese tätig, kann die Abwesenheit einer eigenständigen Marktausrichtung in der Regel angenommen werden.⁶³⁰

a) Konsequenz für die hier untersuchten Kooperationsformen

aa) Vertikale Zusammenarbeitsformen des öffentlichen Rechts in Deutschland und Ungarn

Mit diesen Vorgaben kann das Vorliegen des Kontrollkriteriums bei Auftragsvergaben an juristische Personen sowohl des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts grundsätzlich angenommen wer-

Anteile halten und einstimmige oder mehrheitliche Beschlussfassung vereinbaren; Kartellvergaberecht und Interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 362 ff. Einen Schritt weiter geht CHRISTIANE HAHN, die für das Vorliegen einer Kontrolle die völlige Abwesenheit privaten Kapitals genügen lassen will, weil bei rein öffentlich-rechtlicher Finanzierung die Verfolgung allein öffentlicher Interessen ebenso gegeben sei wie eine Zurechenbarkeit der beauftragten Stelle zu den öffentlichen Auftraggebern und damit eine staatsinterne Aufgabenbewältigung funktional bereits angenommen werden könne; Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit? 2007, S. 158 ff.

626 So bereits Generalanwältin STIX-HACKL, Schlussanträge vom 12.01.2006 in der Rechtssache C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Rn. 63 und 68, die zurecht betont, dass es nicht auf das Verhalten der beauftragten Stelle in jedem konkreten Einzelfall einer Auftragsvergabe ankommen kann sondern darauf, ob allgemein das Unternehmen einer lenkenden Kontrolle durch die öffentliche Hand unterliegt. Ansonsten wäre die Anwendbarkeit des Vergaberecht nicht abstrakt-generell vom Vorliegen einer Kontrolle abhängen sondern würde in jedem Einzelfall unterschiedlich ausfallen.

627 STIX-HACKL, Schlussanträge vom 12.01.2006 in der Rechtssache C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Rn.

62. Zustimmend SONJA J. KOHOUT, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 135.

628 EuGH C-107/98 (Teckal), Urteil vom 18.11.1999, Rn. 17 ff. = EuZW 2000, 246.

629 Da die Tragsa nach den einschlägigen nationalen Vorschriften nicht die Fähigkeit besaß, gegenüber den Autonomen Regionen Preise festzulegen und nicht darüber entscheiden konnte, ob sie Leistungen gegenüber den Regionen erbringen will, bejahte der Gerichtshof eine Kontrolle durch die Autonomen Regionen; EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. 58 ff. = NZBau 2007, 381.

630 EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn 73 f = NZBau 2009, 797.

den.

Zweckverbände nach deutschem Recht werden von der Verbandsversammlung als Hauptorgan geleitet, wobei jede Gebietskörperschaft als Verbandsmitglied einen Vertreter in die Verbandsversammlung entsenden muss. Dabei steht das Stimmrecht in der Verbandsversammlung nicht den entsandten Vertretern sondern den insoweit weisungsbefugten Gebietskörperschaften zu,⁶³¹ so dass die Gemeinden die Verbandsversammlung und dessen strategische Entscheidungen maßgeblich leiten können. Da es nach den oben dargelegten Zwecken der Teckalkriterien nicht auf eine Individualkontrolle der Kommunen, sondern auf eine Kontrolle der öffentlichen Trägerschaft bei gleichzeitiger Abwesenheit einer eigenen marktstrategischen Entscheidungsgewalt des Auftragnehmers ankommt, ist es unerheblich, wie groß jeweils die Stimmenanzahl einer Gemeinde im Zweckverband ist und ob sie eine eigene Durchsetzungsfähigkeit im Verband besitzt. Die in der Gestaltungsmacht der Gebietskörperschaften liegende innere Organisation des Verbandes⁶³² darf nur nicht dazu führen, dass sich die Kommunen bei Entscheidungen gegenseitig derart zu blockieren im Stande sind, dass letzten Endes der Verbandsvorstand seine Vorstellungen von der Verbandsversammlung unabhängig durchsetzen⁶³³ kann.⁶³⁴ Solchen Gefahren sollte mit einer entsprechenden Gestaltung der Verbandsatzung, etwa durch Verankerung eines Verbandszwecks begegnet werden, wonach der Verband seine Leistungen ausschließlich gegenüber Verbandsmitgliedern erbringen darf, so dass eine Marktausrichtung des Zweckverbandes nach außen bereits mit der Verbandssatzung unvereinbar wäre.⁶³⁵

Die dem Zweckverband ähnliche ungarische társulás gemäß §§ 8 f. und 16 ff. KommZusG als juristische Personen des öffentlichen Rechts kann nach diesen Ergebnissen ebenfalls das Kontrollkriterium erfüllen. Das geschäftsführende Organ (Verbandsrat – társulási tanács) setzt sich aus entsandten Vertretern der Gebietskörperschaften zusammen, denen gegenüber die Kommunen weisungsbefugt sind⁶³⁶. Der Verbandsrat fasst Beschlüsse mit der einfachen Mehrheit der anwesenden Vertreter und

631 Siehe § 13 Abs. 5 GKZ-BaWü; Art. 33 Abs. 2 KommZusG-Bay; § 30 Abs. 2 KGG-Thür; § 15 Abs. 4 KGG-Hessen.

632 Neben Verbandsversammlung und Verbandsvorstand können die Kommunen weitere Organe vorsehen und diese mit Befugnissen ausstatten, vgl. § 14 KGG-Hessen.

633 Der Verbandsvorstand leitet die laufenden Geschäfte des Zweckverbandes und ist dabei an die Vorgaben der Verbandsversammlung gebunden, siehe etwa § 16 KGG-Hessen.

634 Auf solche Gefahren, die analog bei privatrechtlich organisierten Unternehmen im Gesamteigentum mehrerer öffentlicher Auftraggeber (etwa Kommunen) stehen, verweist THORSTEN SIEGEL, NVwZ 2008, S. 7, S. 11. Daher ist – so der Autor – vermittels der inneren Verfassung der Gesellschaft im Einklang mit den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften sicher zu stellen, dass die öffentliche Hand den ausschlaggebenden Einfluss ausübt bei jeder Auftragsvergabe an die Gesellschaft.

635 Im Falle der nach belgischem Recht den deutschen Zweckverbänden ähnlichen „Interkommunalen“ wertete der Gerichtshof eine solche spezifische Zwecksetzung in der Satzung der Interkommunalen als ausreichend (Erfüllung gemeinwohlorientierter, den Kommunen obliegender Aufgaben und keine Verfolgung anderer Interessen, als jene der öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf deren öffentlichen Aufgaben). EuGH C-324/07 (Coditel), Urt. vom 13.11.2008, Rn. 38, = NZBau 2009, 54.

636 Gemäß §§ 9 i.V.m 10 Absätze (4) und (6) KommZusG wird das Stimmrecht nicht im eigenen Namen sondern im Namen der jeweiligen Kommune ausgeübt und der Vertreter kann jederzeit abberufen werden, so dass ein umfassendes Weisungsrecht der Kommune anzunehmen ist.

ist beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Stimmberechtigten anwesend sind – soweit die Verbandsmitglieder keine strengere Hürde vereinbaren.⁶³⁷ Das Stimmgewicht der einzelnen Vertreter kann sich nach dem Anteil der finanziellen Beteiligung der jeweils entsendenden Kommune richten, wenn die Kommunen nichts anderes vereinbaren. In keinem Fall darf eine Gebietskörperschaft alleine mehr als die Hälfte der Stimmen auf sich vereinigen. Die Vertretung des Verbandes nach außen übernimmt ein Vorsitzender, den der Verbandsrat aus seiner Mitte wählen muss. Es handelt sich somit um eine Person, die dem Weisungsrecht der entsendenden Gebietskörperschaft unterliegt und ohnehin nur Maßnahmen ergreifen darf, die zuvor der Verbandsrat als Hauptorgan beschlossen hat. Die nach diesen gesetzlichen Vorgaben des KommZusG auf Mehrheitsbeschluss gerichtete Organisation des Verbandsrates ermöglicht eine kollektive Kontrolle durch seine Trägerkommunen im Sinne des oben dargelegten Urteils in der Rechtssache „Coditel.“ Die grundsätzliche Gestaltungshoheit der Kommunen darf über diese Mindestvorgaben des KommZusG hinausgehen und kann analog zum bereits dargelegten Vorschlag in Ansehung der deutschen Zweckverbände in der Satzung des Verbandes festlegen, dass der Verband unter keinen Umständen Dritten gegenüber entgeltliche Leistungen erbringen darf und keine von den Interessen der öffentlichen Auftraggeber abweichende Ziele verfolgen darf. Damit wäre eine eigenständige Marktausrichtung des Verbandes in jedem Fall ausgeschlossen.

bb) Vertikale Zusammenarbeitsformen des Privatrechts: Kapitalgesellschaften nach deutschem und ungarischem Gesellschaftsrecht

Die Zusammenarbeit durch gemeinsam betriebene Gesellschaften des Privatrechts und insbesondere der hier relevanten GmbH bzw. Kft. einerseits und der Aktiengesellschaft bzw. Rt. andererseits kann nach den obigen Maßstäben ebenfalls dem Kontrollkriterium genügen, soweit die geschäftsführenden Organe des jeweiligen gemischt-öffentlichen Unternehmens keine eigenständigen marktstrategischen Entscheidungen zu treffen befugt sind.⁶³⁸ Dabei ist die Verteilung der Eigentumsanteile nicht relevant, so dass beispielsweise 99 % Eigentum einer einzelnen Gebietskörperschaft und jeweils 0,25 % weiterer vier Kooperationspartner ausreichend ist, sofern keine auch noch so geringfügige Beteiligung von Privatkapital vorliegt.

In Ansehung der Befugnis des Vorstandes einer deutschen Aktiengesellschaft, die Gesellschaft gemäß § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung und damit weisungsfrei zu leiten, kann in der AG nur durch eine Verknüpfung des Gesellschaftszwecks mit der Verfolgung öffentlicher Interessen in der Unternehmenssatzung ein Gleichlauf zwischen den Zielen der AG und denen der Eigentü-

⁶³⁷ Zu dieser und den folgenden Angaben vgl. §§ 10 ff. KommZusG.

⁶³⁸ Eine „Schlüsselfunktion“ hinsichtlich des Kontrollkriteriums kommt somit der Frage zu, inwieweit nach den einschlägigen, für die jeweilige Gesellschaft geltenden Vorschriften die Kommunen die geschäftsleitenden Organe verbindlich anweisen können. Vgl. THORSTEN SIEGEL, NVwZ 2008, S. 7, S. 9 f.

merkommen erzielt werden. Für eine rechtssichere Kontrolle wird jedoch ein Beherrschungsvertrag gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 AktG mit der Folge eines Weisungsrecht der Kommunen gegenüber dem Vorstand gemäß § 308 Abs. 1 S. 2 AktG⁶³⁹ in aller Regel unverzichtbar sein.⁶⁴⁰ Derartige Verträge ermöglichen für das herrschende Unternehmen in der Unternehmensgruppe die Planung und Festlegung der Unternehmenspolitik der beherrschten Gesellschaft und damit korrespondierende Weisungsrechte an die geschäftsführenden Organe.⁶⁴¹

Wesentlich beliebter als die AG ist in der deutschen kommunalen Praxis die GmbH, erlaubt doch deren Organisationsform grundsätzlich eine Lenkung der Unternehmensleitung durch die Gesellschafter⁶⁴² und damit eine vollumfängliche Umsetzung der obligatorischen Kontrolle. Insbesondere gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG sind Genehmigungsvorbehalte bezüglich einzelner Geschäfte und eine umfassende Berichterstattungspflicht des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern ohne Weiteres zulässig.⁶⁴³

Die im ungarischen Aktienrecht nach § 309 Abs. 2 und 3 Gt.⁶⁴⁴ ebenfalls obligatorische Unabhängigkeit des Vorstandes⁶⁴⁵ kann gemäß § 309 Abs. 4 Gt. durch Weisungs- und Aufsichtsrechte auf Grund eines Beherrschungsvertrages beseitigt werden, soweit die Kommunen die Mehrheit der Aktien halten.⁶⁴⁶ Die vom Kontrollkriterium geforderte Abwesenheit eigener strategischer Entscheidungsbefugnisse der beherrschten Gesellschaft ist in solchen Fällen damit gewährleistet.

639 Auch die öffentliche Hand kann unstreitig ein „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 291 AktG sein mit der Folge, dass sie im Sinne des § 308 Abs. 1 AktG gegenüber dem Vorstand der beherrschten AG ein derart umfassendes Leitungs- und Weisungsrecht besitzt, dass im Ergebnis ihr Wille den Ausschlag in der Geschäftsführung der AG gibt. Siehe hierzu VOLKER EMMERICH in EMMERICH/HABERSACK, Aktien- und GmbH-Konzernrecht Kommentar, 3. Aufl. 2003, § 291 AktG, Rn. 9 ff.

640 So die überwiegende Auffassung vgl. WOLFRAM KROHN, NZBau 2009, S. 222, S. 225 f; HERMANN PÜNDER, NJW 2010, S. 263, S. 264 f. Kritisch ENDLER JAN, der auf den bei Konzernbildungen erforderlichen Nachteilsausgleich gemäß § 304 Abs. 1 AktG hinweist und die Möglichkeit entgegenstehender haushaltsrechtlicher Vorgaben betont, NZBau 2002, S. 125, S. 131.

641 Vgl. (Ungarn): § 55 Abs. 2 i.V.m. § 60 Abs. 1 Gt. und (Deutschland): § 291 Abs. 1 AktG. Zur Entscheidungsbefugnis über die Planung und Festlegung der Unternehmenspolitik siehe HOLGER ALTMEPPEN, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 2000, § 291 AktG, Rn. 76 ff.

642 Siehe die Befugnisse der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsleitung, §§ 45 Abs. 1, 46 Nr. 6 GmbHG.

643 Hierzu und zu den weiteren umfangreichen Kontrollmöglichkeiten der Gesellschafter gegenüber der Geschäftsleitung siehe, WOLFGANG ZÖLLNER in BAUMBACH/HUECK, GmbHG-Kommentar, 18. Aufl. 2006, § 46, Rn. 50 f.

644 Gesetz über die Handels- und Kapitalgesellschaften; 2006. évi IV. törvény a gazdasági társaságokról.

645 Mindestens die Mehrheit der Vorstandsmitglieder dürfen danach keine Personen sein, die mit der AG in einem sonstigen Rechtsverhältnis über ihre bloße Stellung als Vorstandsmitglied hinaus verbunden sind; Die Aufzählung des § 309 Abs. 3 Gt. untersagt jede Situation, die zu einer rechtlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit oder Beeinflussbarkeit des Vorstandsmitglieds oder eines einer ihn nahe stehenden Person gemäß § 685 des ungarischen Zivilgesetzbuches führen kann (etwa Arbeits- oder Auftragsverhältnis mit der AG oder einem ihrer leitenden Angestellten oder die unmittelbare oder mittelbare Vereinigung von wenigstens 30 % der Stimmrechte in der AG auf Grund Aktienbesitzes).

646 KISFALUDY/KOVÁCS in BÁLDY PÉTER, A gazdasági társaságok nagy kézikönyve, 2007, Rn. 8991 ff. und 9039 ff. Besitzen mehrere Kommunen oder eine von ihnen geleitete GmbH die Mehrheit der Aktien oder die Gesamtheit der Aktien einer AG, so sind sie zum Abschluss eines Beherrschungsvertrages mit der Aktiengesellschaft berechtigt, vermittels dessen sie die Gesellschaft gemäß §§ 56 ff. Gt. lenken.

Auch in der GmbH nach ungarischem Recht (Kft.) können die Kommunen gemäß § 141 Abs. 2 Gt.⁶⁴⁷ in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der Kft. mittels der Gesellschafterversammlung als oberstem Organ weitreichende Weisungs- und Kontrollrechte gegenüber der Geschäftsleitung ausüben.⁶⁴⁸

cc) Horizontale Kooperationen als Inhousegeschäft?

Schließlich stellt sich noch die Frage, ob ein unmittelbarer Leistungsaustausch zwischen Gemeinden, wie er im Rahmen einer Zweckvereinbarung typischer Weise vorliegt, nach den Teckalkriterien ausschreibungsfrei möglich ist. Zweckvereinbarungen und der interkommunale Auftrag gemäß § 7 KommZusG in Ungarn unterscheiden sich von vertikalen Kooperationen dadurch, dass die Gebietskörperschaften keine gemeinsame juristische Person errichten und kontrollieren. Vielmehr beauftragt eine Kommune unmittelbar eine Nachbarkommune mit der Erledigung einer Aufgabe. Diese Aufgabe führt die beauftragte Kommune dann mit ihren eigenen Verwaltungsdienststellen oder mittels eines von ihr alleine betriebenen Kommunalunternehmens durch. Da die Aufgabenerledigung unmittelbar zwischen den beiden Gemeinden vereinbart wird, erscheint funktional die beauftragte Kommune als Auftragnehmer, die eingesetzte GmbH hingegen als unselbstständige Erfüllungsgehilfin.

Zurecht wird allgemein eine „Inhousefähigkeit“ dieser interkommunalen Aufträge mit dem Hinweis abgelehnt, dass die den Auftrag erteilende Kommune die beauftragte Gemeinde nicht wie eine eigene Dienststelle zu kontrollieren im Stande und befugt ist.⁶⁴⁹ Grundlegende Prämisse der ausschreibungsfreien Inhousevergabe im Falle der vertikalen Kooperationsformen ist gerade, dass zwischen dem aufgabendurchführenden Unternehmen und dessen Trägerkommunen ein Subordinationsverhältnis besteht mit der Folge einer völligen Abwesenheit eigenständiger marktstrategischer Entscheidungen des „beauftragten“ Unternehmens⁶⁵⁰. Die unmittelbar zwischen Kommunen geschlossenen Vereinbarungen hingegen sind ihrer Natur nach vertragsbasierte Verhältnisse auf Gleichordnungsebene und werden gerade deshalb als „horizontale“ Zusammenarbeitsformen bezeichnet. Eine

647 Gesetz über die Handels- und Kapitalgesellschaften; 2006. évi IV. törvény a gazdasági társaságokról.

648 § 141 Abs. 2 Gt. enthält eine nicht abschließende aber dennoch umfangreiche Auflistung einzelner Befugnisse der Gesellschafterversammlung (etwa die Ernennung und Abberufung der Geschäftsleitung und des Aufsichtsrates) und verweist darüber hinaus all jene Bereiche in die ausschließliche Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, welche die Gesellschafter in der Satzung festgelegt haben. Damit können sich Gesellschafter einer ungarischen Kft. umfangreiche Weisungs- und Kontrollrechte gegenüber der Geschäftsleitung einräumen lassen. Siehe dazu GÁL/KOVÁCS/SIMON in BÁLDY PÉTER (Hrsg.), A gazdasági társaságok nagy kézikönyve, 2007, Rn. 4835 ff.

649 Ungarn: Németh Anita, Közbeszerzés – Kérdések és válaszok, I./1 (Jahrgang/Nr.) 2006, S. 6. Deutschland: WOLFRAM KROHN, NZBau 2006, S. 610, S. 614; MARKUS KRAJEWSKI/NADINE M. WETHKAMP, DVBl 2008, S. 355, S. 362; SONJA J. KOHOUT, Kartellvergaberecht und Interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 359 f.; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004, VII Verg 78-03 = NZBau 2004, S. 398 ff.; OLG Frankfurt, Beschl. vom 7.9.2004, 11 Verg 11/2004 = NZBau 2004, S. 692 ff.

650 MEINRAD DREHER in IMMENGA/MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht: GWB Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 99 GWB, Rn. 62 ff.

völlige Abwesenheit marktstrategischer Entscheidungen der beauftragten Kommune ist bereits aus diesem Grunde nicht denkbar und wäre zudem im Hinblick auf das Selbstverwaltungsrecht der Auftragnehmerkommune unzulässig.⁶⁵¹ Da das Kontrollkriterium nicht nur im Hinblick auf den jeweiligen Auftrag, sondern gerade bezogen auf das Unternehmen insgesamt vorliegen muss, kann eine „dienststellenähnliche“ Kontrolle einer Gebietskörperschaft über ihren Kooperationspartner auch nicht durch die entsprechende Gestaltung des jeweiligen Auftragsverhältnisses konstruiert werden. In seinem bislang einzigen Urteil zu horizontalen Kooperationen im Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“ ließ der EuGH dementsprechend keinen Zweifel daran, dass Landkreise als öffentliche Auftraggeber einer Leistung der Abfallentsorgung „unstreitig“ keine Kontrolle über ihren Vertragspartner – die Stadtreinigung Hamburg – haben, die ihrerseits ebenfalls ein eigenständiger Hoheitsträger des öffentlichen Rechts ist.⁶⁵²

b) Systematische Widersprüche im Verhältnis der vertikalen und horizontalen Kooperationen

Allerdings führt dieses auf dem ersten Blick konsequente Ergebnis zu erheblichen Wertungswidersprüchen im Verhältnis horizontaler und vertikaler Kooperationen. Eine wesentliche Parallelität bei der Kooperationsformen liegt namentlich darin, dass in beiden Fällen eine vom Auftraggeber rechtlich verschiedene Person mit einer Leistung betraut wird, die ihrerseits ebenfalls öffentlicher Auftraggeber ist. Zudem dienen beide Konstellationen der gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Steht eine GmbH im Eigentum mehrerer Kommunen, kann sie ausschreibungsfrei beauftragt werden, soweit die Teckalkriterien erfüllt sind. Gehört die GmbH nur einer der Kommunen, ist eine ausschreibungsfreie Beauftragung im Rahmen einer Zweckvereinbarung oder eines interkommunalen Auftrages gemäß § 7 KommZusG nicht mehr möglich.⁶⁵³ Angesichts der oben dargelegten minimalen Eigentumsanteile von 0,25 %, die der EuGH für ein vertikales Inhousegeschäft ausreichen lässt, hängt die Ausschreibungspflicht insoweit vom Zufall ab. Erwirbt eine Kommune einen „symbolischen Anteil“ an der GmbH ihrer avisierten Partnerkommune, ist eine ausschreibungsfreie Zusammenarbeit möglich. Eine solche Rechtslage würde letztlich von formalen Kriterien abhängen, was der vergaberechtliche Auftragsbegriff und die Figur des Inhousegeschäfts gerade zu vermeiden bezwecken. Dieses bislang ungeklärte Verhältnis der vertikalen und der horizontalen Kooperationsformen ist eines der aktuellsten und umstrittensten Fragestellungen im Vergaberecht⁶⁵⁴ und besitzt

651 Zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit einer dienststellenähnlichen Kontrolle einer Gemeinde über eine andere nach Maßgabe des Art. 28 Abs. 2 GG vgl. JAN ZIEKOW/THORSTEN SIEGEL, VerwArch, 2005, S. 119, S. 126. Ebenso LUDWIG HAUSMANN/ PETER F. BULTMANN, ZfBR, 2004, S. 595, S. 596. Siehe allgemein zu den verfassungsrechtlichen Grenzen kommunaler Kooperationsbefugnisse bis hin zu Kooperationsverboten in diesem Sinne HORST DREIER, Kommentar GG, 2. Aufl. 2006, Art. 28 GG, Rn. 138.

652 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn.36 = NZBau 2009, 527.

653 Zu diesem Wertungswiderspruch in Ansehung der Zweckvereinbarungen nach deutschem Recht siehe auch CHRISTIANE HAHN, Vergaberecht als Störfaktor interkommunaler Zusammenarbeit?, 2007, S. 152 f.

654 Siehe dazu; WALTER FRENZ, NVwZ 2010, S. 609. S. 611; JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, Anmerkung zu

schon alleine deshalb besondere Relevanz, weil die horizontale Zusammenarbeit in einigen Mitgliedstaaten die häufigste und populärste Organisationsform im direkten Vergleich zu vertikalen Kooperationen darstellt.⁶⁵⁵ Daher wird noch näher auf die jüngere Praxis der europäischen Kommission⁶⁵⁶ und des EuGH⁶⁵⁷ einzugehen sein, die zunehmend auch horizontale Kooperationen von der Ausschreibungspflicht befreien, jedoch die Frage des systematischen Verhältnisses des Inhousegeschäfts zu dieser Entwicklung offen lassen⁶⁵⁸ und damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit in den Mitgliedstaaten verursachen.⁶⁵⁹ Klar ist nach dem gegenwärtigen Stand nur, dass horizontale Kooperationsformen nach Auffassung des EuGH zumindest nicht im Sinne der Teckalkriterien ausschreibungsfrei gestellt werden können sondern auf Grund anderer Erwägungen.⁶⁶⁰

4. Wesentlichkeitskriterium

Im Gegensatz zum Kontrollkriterium wurde die zweite Voraussetzung der wesentlichen Tätigkeit einer beauftragten Stelle für die kontrollierenden Gebietskörperschaften in der Rechtsprechung des EuGH erst später konkretisiert.⁶⁶¹ Nachfolgend wird der gegenwärtige Stand erläutert und die Auswirkung des Wesentlichkeitskriteriums auf die ungarischen und deutschen Zusammenarbeitsformen dargelegt.

a) Voraussetzungen

Zweck des Wesentlichkeitskriteriums ist weniger die Verwirklichung des durch die Vergaberechtsrichtlinien verfolgten Ziels der Öffnung der Beschaffungsmärkte, sondern vielmehr die Vermeidung

EuGH C-480/06, EuZW 2009, S. 531 f.; STEPHAN TOMERIUS, LKV 2009, S. 395, S. 398 ff.; GRUNEBERG/JÄNICKE/KRÖCHER, ZfBR 2009, S. 754, S. 762 ff. CHRISTOPH JUST, EuZW 2009, S. 879, S. 883.

655 So etwa in Ungarn, wo die Kommunen den interkommunalen Auftrag gemäß § 7 KommZusG am häufigsten wählen, vgl. dazu GURNIK/SZALAI/SZÉPE, Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól, 1998, S. 24 f. Etwa gleich populär in der kommunalen Praxis in Deutschland sind vertikale und horizontale Kooperationen, vgl. Kienbaum Studie/DStGB, S. 12.

656 Pressemitteilung der Kommission vom 08.10.2009, IP/09/1465 zu mehreren Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland, in welchen die Kommission streng zwischen vertikalen Kooperationen (Betrieb einer juristischen Person) und horizontalen (unmittelbar vertragsbasierte Kooperationen) unterscheidet und die Inhousefigur nur auf erstere anwendet.

657 Insbesondere die bislang einzige Entscheidung zu horizontalen Kooperationen EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg) = NZBau 2009, S. 527 ff. und das kurze Zeit später erlassene Urteil zu einer vertikalen Kooperation in der Rechtssache Sea, wo der Gerichtshof in seiner Urteilsbegründung auf tragende Erwägungen seiner Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ verweist, ohne zu klären, wie der dogmatische Zusammenhang vertikaler und horizontaler Kooperationen beschaffen ist, EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 57 = NZBau 2009, 797.

658 Kritisch daher JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, Anmerkung zu EuGH C-480/06, EuZW 2009, S. 532 f.

659 CHRISTOPH JUST, EuZW 2009, S. 879, S. 883.

660 Dazu nachfolgend in diesem Kapitel unter A;5.

661 Insbesondere in den Jahren 2006 und 2007: EuGH C-340/04 (Carbotermo) Rn. 59 ff. = NZBau 2006, S. 452 und EuGH C- 295/05 (Asemfo) Rn. 62 f. = NZBau 2007, S. 381 so wie jüngst C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 73 ff. wo der Gerichtshof zwar der Frage nachgeht, ob die beauftragte Stelle eine für eine ausreichende Kontrolle zu weitreichende Marktausrichtung besitzt, hierzu jedoch Kriterien der Wesentlichkeit im Sinne des Art. 5 PVVO (Tätigkeit ausschließlich im Zuständigkeitsgebiet der Gebietskörperschaften) heranzieht und diese somit in die allgemeine In-House-Ausnahme einführt.

von Wettbewerbsverzerrungen auf dem bereits geöffneten Beschaffungsmarkt.⁶⁶² Ist ein im Sinne der Teckalkriterien kontrolliertes Unternehmen im Wesentlichen für die ihn kontrollierenden Gebietskörperschaften tätig, gibt es keinen Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern, so dass auch keine Wettbewerbsverzerrungen drohen.⁶⁶³ Jede andere Tätigkeit der kontrollierten Einrichtung darf also nur rein nebensächlich sein, wobei es für diese Feststellung auf alle quantitativen und qualitativen Umstände des Einzelfalles ankommt. Qualitativ sind dabei alle Umsätze des Unternehmens zu berücksichtigen, die es auf Grund der Gesamtheit der Vergabeentscheidungen der sie kontrollierenden Gebietskörperschaften erzielt, insbesondere auch solche Einnahmen, die es nicht von den Kommunen selbst erhält sondern von Dritten, beispielsweise den Endnutzern einer erbrachten Leistung.⁶⁶⁴

b) Sinn und Zweck

Eindeutig liegt eine Wettbewerbsverzerrung vor, wenn an der vergaberechtlich privilegierten, freihändig beauftragten Stelle auch Privatkapital beteiligt ist.⁶⁶⁵ Eine weit bedeutsamere Wettbewerbsverzerrung droht jedoch dann zu entstehen, wenn eine von öffentlichen Auftraggebern kontrollierte und ausschreibungsfrei beauftragte Einrichtung mit anderen Marktteilnehmern dadurch in Konkurrenz tritt, dass sie an der Ausschreibung anderer öffentlicher Auftraggeber als Bieter teilnimmt oder privaten Unternehmen gegenüber die selben Leistungen erbringt, die sie ausschreibungsfrei für die sie kontrollierenden Gebietskörperschaften durchführt.⁶⁶⁶ Denn in beiden Fällen bezieht eine solche Stelle Einnahmen aus einem ohne Wettbewerb vergebenen, öffentlichen Auftrag und wurde gerade für die Ausführung solcher Leistungen von den öffentlichen Auftraggebern errichtet und aus öffentlichen Geldern mit Sachmitteln ausgestattet. Das Wesentlichkeitskriterium soll daher nach den Ausführungen des Gerichtshofes sicherstellen, dass das Vergaberecht „(...) anwendbar bleibt, wenn ein von einer oder mehreren Körperschaften kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt tätig ist und daher mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann“.⁶⁶⁷ Das auf die Abwesenheit eigener strategischer Entscheidungsbefugnisse des Unternehmens abzielende Kontrollkriterium hat damit nur dann eine Funktion, wenn das betreffende Unternehmen nicht zugleich einen bedeutenden Teil seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern abwickeln kann.

Nach diesen Maßstäben sind Drittgeschäfte des Unternehmens mit anderen Marktteilnehmern zuläs-

662 So bereits MEINRAD DREHER in Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, 4. Aufl. 2007, § 99 *GWB*, Rn. 67 f.

EuGH C-340/04 (*Carbotermo*), Urteil vom 11.05.2006, Rn. 62-64 = *EuZW* 2006, 375.

663 EuGH C-340/04 (*Carbotermo*), Urteil vom 11.05.2006, Rn. 62-64 = *EuZW* 2006, 375.

664 EuGH C-340/04 (*Carbotermo*), Urteil vom 11.05.2006, Rn. 65 = *EuZW* 2006, 375.

665 Denn in diesem Fall genießt das beteiligte Privatunternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Privatunternehmen.

666 Zu diesen Gefahren vgl. EuGH C-305/08 (*Co.NIS.Ma*), Urteil vom 23.12.2009, Rn. 24 ff. = *NZBau* 2010, 188.

667 EuGH C-340/04 (*Carbotermo*), Urteil vom 11.05.2006, Rn. 60 = *EuZW* 2006, 375.

sig, so lange sie die wesentliche Tätigkeit nur ergänzen und nicht ihr Bestandteil sind. Ist etwa ein Unternehmen mit der Sammlung und der Beseitigung städtischer Abfälle beauftragt, so ist die Weiterveräußerung bestimmter Kategorien gesammelter Wertstoffe an spezialisierte Unternehmen zwecks deren Verwertung unschädlich, so lange die Abfallentsorgung als Haupttätigkeit an sich im Wesentlichen für die Gebietskörperschaften erbracht wird.⁶⁶⁸ In quantitativer Hinsicht müssen diese Umsätze des Unternehmens im Verhältnis zu Einnahmen aus anderen Tätigkeiten als hauptsächlich Umsatz in Erscheinung treten. Diesbezüglich hat es der Gerichtshof genügen lassen, wenn eine Einrichtung 90 % ihrer Leistungen für die Gesamtheit der kooperierenden Körperschaften erbringt.⁶⁶⁹ Ist ausnahmsweise nicht schon anhand der primär maßgeblichen Umsatzrelationen ein eindeutiges Ergebnis bezüglich der tatsächlichen Marktausrichtung des Unternehmens erzielbar, müssen die Umstände des Einzelfalles einer wertenden Gesamtbetrachtung unterzogen werden. Diese ist auf die Prüfung zu richten, ob sich das Unternehmen auf Grund seiner allgemeinen wirtschaftlichen Stellung auf dem Markt tatsächlich in einer Wettbewerbssituation befindet.⁶⁷⁰ Drittgeschäfte des Unternehmens dürften beispielsweise bei allgemein steigender Nachfrage und im Verhältnis dazu nicht ausreichender Anbieter geringfügigere Auswirkungen auf dem Wettbewerb haben als die umgekehrte Situation, in welcher eine hohe Angebotsdichte zahlreicher Privatunternehmen vorliegt und gleichzeitig eine nur geringfügige Nachfrage für ihre Leistungen besteht.

c) Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Teckalkriterien

Hinsichtlich der Frage, zu welchem Zeitpunkt die beiden Teckalkriterien vorliegen müssen, hat der Gerichtshof lediglich zum Kontrollkriterium deutliche Vorgaben gemacht.⁶⁷¹ Maßgeblich ist danach für das Vorliegen der Kontrolle der Zeitpunkt der Auftragsvergabe, weil es mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit unvereinbar wäre, wenn die Ausschreibungspflicht für eine unbestimmte Zeit in der Schwebe gehalten würde. Wird allerdings die Satzung eines Unternehmens nach erfolgter Auftragsvergabe so geändert, dass die Kontrolle potentiell verloren gehen könnte, so verliert das Unternehmen seine vergaberechtliche Privilegierung, wenn es während der Laufzeit des Auftrages in tatsächlicher Hinsicht eine eigenständige Marktausrichtung entwickelt.⁶⁷² Damit ist hinsichtlich der abstrakten Kontrollmöglichkeiten der Gemeinden über eine juristische Person zunächst der Zeitpunkt der Auftragsvergabe maßgeblich, während die bedeutsamere tatsächliche Marktausrichtung des Unternehmens konsequent während der gesamten Auftragslaufzeit Relevanz besitzt. Dieser

668 EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 77 f. = NZBau 2009, 797.

669 EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. 62 ff. = NZBau 2007, 381.

670 Vgl. Generalanwältin STIX-HACKL, Schlussanträge vom 12.01.2006 in der Rechtssache C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Rn. 99. So auch HOLGER SCHRÖDER, NZBau 2005, S. 127, S. 130.

671 Dazu Generalanwältin STIX-HACKL, Schlussanträge vom 12.01.2006 in der Rechtssache C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Rn. 107.

672 Siehe zu den vorgenannten Argumenten C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn 48-53 = NZBau 2009, 797.

Aspekt wurde vom Gerichtshof in solcher Deutlichkeit für das Wesentlichkeitskriterium zwar noch nicht festgestellt⁶⁷³, ergibt sich jedoch aus dem logischen Zusammenhang des Kontrollkriteriums mit dem Wesentlichkeitskriterium. Denn die Kontrolle im Sinne der Teckal-Rechtsprechung ist primär auf die abstrakte Feststellung der Abwesenheit eigener strategischer Entscheidungsbefugnisse des Unternehmens zugeschnitten, während die Maßstäbe der Wesentlichkeit auf die konkret-faktische Marktausrichtung abstellen. Wenn aber während der Auftragslaufzeit eine faktische Marktausrichtung des Unternehmens bereits das abstrakte Kontrollkriterium beeinträchtigt, muss dies für den tatsächlichen Marktzutritt im Sinne des Wesentlichkeitskriteriums als Mindestmaßstab ebenfalls gelten.⁶⁷⁴ Zumindest für die Hauptgeschäfte des Unternehmens⁶⁷⁵ ist somit die Vertragslaufzeit der Auftragsvergabe maßgeblich. Wird also eine von mehreren Gemeinden kontrollierte Kapitalgesellschaft ausschreibungsfrei mit der Durchführung einer Leistung für beispielsweise zwei Jahre beauftragt, muss die Kapitalgesellschaft während dieser zwei Jahre ihre wesentlichen Umsätze nur aus Leistungen für die sie kontrollierenden Kommunen erzielen. Erweitert sie ihre Geschäftsfelder auf Dritte, verliert sie ihre vergaberechtliche Privilegierung. Dies entspricht auch der Wertung der kodifizierten Quasi-Inhouse-Vergabe innerhalb von Unternehmenskonzernen⁶⁷⁶ im Sinne der Sektorenrichtlinie, wonach in Zweifelsfällen die wesentliche Tätigkeit für die öffentlichen Auftraggeber auch nach dem Zeitpunkt der Auftragsvergabe aufrecht erhalten werden soll.⁶⁷⁷

d) Konsequenz für die hiesigen Kooperationsformen

Die strikten Vorgaben der Wesentlichkeit und deren Grenzziehung bei 90 % der Umsätze für die Trägerkommunen bedeutet, dass die von den Gemeinden errichteten Unternehmen ihre Leistungen in nur sehr geringfügigem Umfang Dritten gegenüber anbieten dürfen, wollen sie ihre vergaberechtliche Privilegierung behalten. Erwähnenswert an dieser Stelle ist eine Tendenz, die das ungarische Innenministerium in einer Umfrage unter knapp 1200 Gebietskörperschaften in Ungarn ermittelte.⁶⁷⁸ Danach gaben mehr als die Hälfte der befragten Gebietskörperschaften an, dass die von ihnen kontrollierten Einrichtungen in einem Umfang von deutlich über 10 % für Dritte tätig sind und damit dem Wesentlichkeitskriterium des EuGH nicht genügen. Die Mehrheit der von den ungarischen

673 Vgl. SONJA JOHANNA KOHOUT, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 143.

674 Daher formuliert der EuGH konsequent die Teckalkriterien auch so, dass neben der Kontrolle „zugleich“ eine Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaften gegeben sein muss. Vgl. nur EuGH C-107/98 (Teckal), Rn. 50; Urteil = EuZW 2000, S. 246 und zuletzt EuGH C-573/07 (Sea), Rn. 40; = NZBau 2009, S. 797.

675 Zur expliziten Geltung des Wesentlichkeitskriteriums lediglich für die hauptsächlichen Tätigkeiten in diesem Sinne siehe Generalanwältin STIX-HACKL, Schlussanträge vom 12.01.2006 in der Rechtssache C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Rn. 111 ff.

676 Dazu oben in diesem Kapitel unter A; I; 2; b).

677 Art. 23 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17/EG stellt primär auf die Umsätze des beauftragten Unternehmens letzten drei Jahren ab, lässt aber auch eine Zukunftsprognose für die Zeit nach der Auftragsvergabe genügen, wenn für die letzten drei Jahre keine Zahlen vorliegen – etwa wenn das Unternehmen erst vor Kurzem gegründet wurde.

678 Innenministerium Ungarn, Dok.-Nr. 308.155/2005, vgl. die Angaben zu Abbildung 3 im Anhang.

Kommunen betriebenen juristischen Personen ist somit als Marktteilnehmer zu werten und kann nicht ausschreibungsfrei beauftragt werden.

II. Spezialgesetzliche Kodifikation des Inhousegeschäfts: Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007⁶⁷⁹

Die Teckalkkriterien leiden neben dem oben dargelegten Widerspruch zwischen vertikalen und horizontalen Zusammenarbeitsformen auch daran, dass das Inhousegeschäft als richterrechtliche Rechtsfigur keine abstrakt-generelle Regelung darstellt, sondern einen schwer auslegbaren Ausnahmetatbestand, den der EuGH anhand konkreter Einzelfälle entwickelt hat. Eine die Anwendung des Inhousegeschäfts erleichternde Kodifikation in den Vergaberichtlinien fehlt bis heute. Die am 03.12.2009 in Kraft getretene Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Rates und des Europäischen Parlaments über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (PVVO) lehnt sich hingegen an die kartellvergaberechtliche In-House-Rechtsprechung des EuGH an⁶⁸⁰ und stellt die bislang einzige geschriebene Regelung der Quasi-Inhouse-Ausnahme für interkommunale Kooperationen dar.⁶⁸¹ Dabei soll dieser geschriebene Ausnahmetatbestand nach dem übereinstimmenden Willen der europäischen Gesetzgebungsorgane sowie der beratenden Ausschüsse explizit eine Balance zwischen Wettbewerb einerseits und ausschreibungsfreier Direktvergabe zwischen Kommunen im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts andererseits erzielen.⁶⁸² Obwohl die Verordnung nur für Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße anwendbar ist und hier ein „Sondervergaberecht“ für Konzessionsverträge einführt⁶⁸³, rückt sie auf Grund ihrer sekundärrechtlichen Fortschreibung der allgemeinen In-House-Ausnahme zunehmend in den Fokus des vergaberechtlichen Schrifttums.⁶⁸⁴ So wird dieser erstmaligen Kodifizierung der Voraussetzungen ausschreibungsfreier Verwaltungskooperationen wegen ihrer offensichtlichen Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH zu Recht eine rechtspolitische Wirkung über den Bereich der Personenverkehrsdienste hin-

679 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) 1107/70 des Rates, ABl. L. 315/1 vom 3.12.2007, S. 1.

680 Siehe dazu die Dokumentation der Beratungen im Rechtssetzungsverfahren in der Begründung des Rates zur PVVO, ABl. C 70E vom 27.03.2007, S. 12, Punkt III. 1. und 2.2.

681 HOLGER SCHRÖDER, NVwZ, 2010, S. 862 f.

682 Siehe die Zusammenfassung der Stellungnahmen des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission in der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zur PVVO, ABl. C 195 vom 18.08.2006, S. 20, unter Punkt 4.2 „Möglichkeiten der Direktvergabe“.

683 Siehe Art. 5 Abs. 1 PVVO, wonach die Vergabe öffentlicher Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen nur dann im Sinn der PVVO zu vergeben sind, wenn es sich um Konzessionen im Sinne der Vergaberichtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG handelt, welche die Richtlinien nicht erfassen.

684 Siehe dazu CARSTEN JENNERT, der unter Heranziehung der PVVO die allgemeine Rechtsprechung des EuGH zur In-House-Befreiung für interkommunale Kooperationen konkretisiert; NZBau 2010, S. 150, S. 154. Vgl. auch OLIVER WITTIG/ PETER SCHIMANEK, NZBau, 2008, S. 222 ff.; HOLGER SCHRÖDER, NVwZ, 2010, S. 862 ff.

aus zugesprochen⁶⁸⁵ und allgemein auf die Absicht des europäischen Gesetzgebers hingewiesen, mit dieser Signalwirkung die In-House-Rechtsprechung des EuGH für das gesamte Vergaberecht zu prägen.⁶⁸⁶

1. Indizwirkung der PVVO für die allgemeine Inhouse-Dogmatik

Diese Indizwirkung der PVVO für das gesamte Vergaberecht wird durch die jüngere Rechtsprechung des EuGH bestätigt. Zum einen kommt es im Hinblick auf die grundsätzliche Ausschreibungspflicht für Leistungsbeziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht darauf an, ob eine Leistung im Sinne der Vergaberichtlinien erbracht wird oder ob eine Konzession vorliegt, für welche nur das Primärrecht, nicht aber die Richtlinien gelten.⁶⁸⁷ Denn die Grundfreiheiten und das Gebot der Nichtdiskriminierung sowie der Transparenz gebieten es im Anwendungsbereich des Unionsrechts grundsätzlich, dass staatliches Einkaufsverhalten im Rahmen eines transparenten Beschaffungsverfahrens erfolgt, in welchem alle Bieter die Möglichkeit haben, in Ausübung ihrer Grundfreiheiten ein Angebot einzureichen.⁶⁸⁸ Für Konzessionsverträge, die nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen, besteht daher nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbar auf Grund der Grundfreiheiten eine Ausschreibungs- und Transparenzpflicht⁶⁸⁹, welche die PVVO für den Bereich des öffentlichen Nahverkehrs sekundärrechtlich regelt. Die ungeschriebene In-House-Ausnahme wiederum wendet der EuGH einheitlich sowohl für Konzessionsvergaben im ausschließlichen Anwendungsbereich des Primärrechts als auch für Vergabeverfahren im Sinne der Vergaberichtlinien an.⁶⁹⁰ Der Gerichtshof lässt auf Grund dieser einheitlichen Geltung der Inhouse-Ausnahme sowohl im Primär- als auch im Sekundärrecht offen, ob ein bestimmter Einzelfall eine lediglich primärrechtlich erfasste Konzessionsvergabe oder eine Vergabe im Sinne der Richtlinien darstellt, weil es bezüglich der In-House-Befreiung auf diese Unterscheidung nicht ankommt.⁶⁹¹ Mit dieser einheitlichen Geltung der Inhouse-Befreiung für das Primär- und Sekundärrecht lässt sich die Integration der ebenfalls sekundärrechtlichen Regelungen der PVVO in der einheitlichen Inhouse-Dogmatik des EuGH gut begründen.⁶⁹² In der Rechtssache SEA⁶⁹³, einem seiner aktuellsten Urteile zur interkommunalen Zusammenarbeit, betont der Gerichtshof nicht nur erneut die dargelegte einheitliche Geltung der Inhouse-Ausnahme, sondern konkretisiert das Wesentlichkeitskriterium explizit sowohl für das Primärrecht als auch die Vergaberechtsrichtlinien eindeutig im Sinne der Vorga-

685 OLIVER WITTIG/ PETER SCHIMANEK, NZBau, 2008, S. 222.

686 HERMANN PÜNDER, NJW 2010, S. 263, S. 265.

687 EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 37 = NZBau 2009, 797.

688 So bereits C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005, Rn. 62 = EuZW 2005, 727.

689 So auch EuGH C-231/03 (Coname), Urteil vom 21.07.2005, Rn. 17 ff. = EuZW 2005, 529.

690 C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 37 = NZBau 2009, 797.

691 C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 35 = NZBau 2009, 797.

692 Auf dieser Linie HOLGER SCHRÖDER, NVwZ, 2010, S. 862, S. 863.

693 C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009 = NZBau 2009, 797.

ben, die Art. 5 Abs. 2 lit. b) PVVO für das Wesentlichkeitskriterium anordnet. Im Tenor des Urteils heißt es an exponierter Stelle, dass die Teckalkriterien erfüllt sind, wenn eine von einer oder mehreren Gebietskörperschaften kontrollierte Aktiengesellschaft ihre Leistungen ausschließlich auf dem Zuständigkeitsgebiet der genannten Gebietskörperschaften erbringt.⁶⁹⁴ Eben diese Voraussetzung ist jedoch auch zentrales Tatbestandsmerkmal der in Art. 5 Abs. 2 lit. b) PVVO geregelten In-House-Ausnahme für den Sonderbereich Personenverkehr, so dass von einer Indizwirkung der PVVO für die allgemeine In-House-Ausnahme ausgegangen werden kann.

2. Erfasste Dienstleistungskonzessionen im Personennahverkehr

Die PVVO ist anwendbar für Personenverkehrsdienste mit einer sogenannten allgemeinwirtschaftlichen Verpflichtung.⁶⁹⁵ Diese besteht darin, dass die nationale Rechtsordnung an den jeweiligen Verkehrsdienst spezielle gemeinwohlorientierte Anforderungen knüpft, die der Dienstleister nach unternehmerischen Gesichtspunkten nicht mehr in gleichem Umfang erfüllen könnte, wenn er diesbezüglich keinen finanziellen Ausgleich von der öffentlichen Hand für die entstandenen Mehrkosten erhielte.⁶⁹⁶ Nach den Erwägungsgründen der PVVO können solche allgemeinwirtschaftliche Verpflichtungen etwa die Gewährung von Sondertarifen für bestimmte Verbrauchergruppen wie Rentner darstellen oder die erheblichen Mehrkosten, die die Aufrechterhaltung der Schieneninfrastruktur verursachen.⁶⁹⁷ Liegt eine solche allgemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegende Personenverkehrsleistung vor, besteht für ihre Vergabe eine Ausschreibungspflicht nach den Vorgaben der PVVO, wenn die Vergabe nicht bereits eine Dienstleistung im Sinne der Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG, sondern eine Konzession ist.⁶⁹⁸ Als Konzessionen bestimmen die Vergaberichtlinien jene Vergaben, die von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die erbrachte Dienstleistung nicht ausschließlich in einer Vergütung besteht sondern in dem Recht, Entgelte gegenüber den Verbrauchern zu erheben.⁶⁹⁹ In Deutschland fallen etwa Leistungen gemäß § 13 a PBefG⁷⁰⁰ hierunter.

3. Kontrollkriterium und Wesentlichkeitskriterium der PVVO

Von der Ausschreibungspflicht solcher Konzessionen wird der öffentliche Auftraggeber gemäß

694 Siehe zur näheren Begründung: C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 91 = NZBau 2009, 797.

695 Art. 1 Abs. 1 PVVO.

696 Siehe die Legaldefinition von gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung in Art. 2 lit. e) PVVO.

697 Siehe Erwägungsgründe 4 und 25 der PVVO.

698 Art. 5 Abs. 1 PVVO

699 Art. 1 Abs. 4 Richtlinien 2004/18/EG Siehe zur näheren Begriffsbestimmung der Konzession in den Vergaberichtlinien, ALEXANDER EGGER, Europäisches Vergaberecht, 1. Aufl. 2008, Rn. 777 ff.

700 § 13a Personenbeförderungsgesetz stellt eine gemeinwirtschaftliche Linienkonzession dar, da für ihre gemeinwohlorientierten Mehrkosten eine Ausgleichszahlung vom öffentlichen Auftraggeber ergänzend zu den Verbraucherentgelten gewährt wird. Siehe dazu OLIVER WITTIG/ PETER SCHIMANEK, NZBau, 2008, S. 222, S. 225.

Art. 5 Abs. 2 PVVO dann befreit, wenn eine zuständige örtliche Behörde oder eine Gruppe von Behörden die Dienstleistungsaufträge direkt an eine rechtlich getrennte Einheit vergeben, über welche die zuständige Behörde oder im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige Behörde eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über eigene Dienststellen entspricht. Für die Feststellung dieser Kontrolle sind nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 lit. a) PVVO „(...) Faktoren zu berücksichtigen, wie der Umfang der Vertretung in Verwaltungs- Leitungs- oder Aufsichtsgremien, diesbezügliche Bestimmungen in der Satzung, Eigentumsrechte, tatsächlicher Einfluss auf und tatsächliche Kontrolle über strategische Entscheidungen und einzelne Managemententscheidungen.“ Ein von den Gebietskörperschaften auf diese Weise kontrollierter, sogenannter interner Betreiber⁷⁰¹ darf seine Personenverkehrsdienste nur innerhalb der Zuständigkeitsgebiete der kooperierenden Kommunen erbringen und darf nicht an außerhalb dieses Gebietes organisierten Vergabeverfahren über öffentliche Personenverkehrsdienste teilnehmen.⁷⁰² Von zentraler Bedeutung für das Wesentlichkeitskriterium der PVVO ist die Identifizierung ausschreibungsfreier Leistungen zwischen Behörden in einem geographisch eingrenzbaaren Gebiet, für welchen den Behörden eine Zuständigkeit für die Verkehrsdienste zugeordnet werden kann. Abgehende Verkehrsleistungen, die in das Zuständigkeitsgebiet anderer Behörden führen, gelten folgerichtig im Grundsatz als ausschreibungspflichtig.⁷⁰³ „Ausbrechende Verkehrsdienste“ können ausschreibungsfrei nur ausnahmsweise erbracht werden, wenn sie der Anbindung des eigenen Zuständigkeitsgebietes an benachbarte Gebiete dienen.⁷⁰⁴ Damit formuliert die PVVO im Vergleich zum EuGH einerseits strengere Voraussetzungen insoweit, als dass die „beauftragte Einheit“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 i.V.m Art. 2 lit. h) und d) PVVO (beispielsweise eine GmbH, ein Zweckverband, oder eine „társulás“ nach §§ 8 ff. KommZusG)⁷⁰⁵ ausschließlich für die Trägerkommunen tätig werden darf, wohingegen der EuGH eine Tätigkeit im Wesentlichen für die Trägerkommunen, also etwa

701 Gemäß Art 2 lit. j) PVVO kann es sich dabei um jede Einrichtung im Sinne des nationalen Rechts handeln, soweit sie vom öffentlichen Auftraggeber rechtlich getrennt ist und von dieser maßgeblich kontrolliert wird. Die hier relevanten Zweckverbände nach deutschem Recht oder „társulás“ gemäß §§ 8 ff. KommZusG fallen somit ebenso unter diesen Begriff wie Kapitalgesellschaften, welche die Kommunen betreiben und ausreichend kontrollieren. Vgl. für das Kooperationsmodelle in Deutschland HOLGER SCHRÖDER, NVwZ, 2010, S. 862, S. 865.

702 So die einschränkende Voraussetzung des Art. 5 Abs. 2 lit. b) PVVO.

703 Art. 5 Abs. 1 lit. b) definiert das Wesentlichkeitskriterium „ungeachtet der abgehenden Linien oder sonstiger Teildienste, die in das Zuständigkeitsgebiet benachbarter zuständiger örtlicher Behörden führen“.

704 Das befriedigte Verkehrsinteresse muss mehrheitlich dem Innenbereich zugerechnet werden können, so dass abgehende Verkehrsleistungen insoweit nur nebensächlich sind und der qualitätssichernden Anbindung an das Umfeld dienen. Vgl. HOLGER SCHRÖDER, NVwZ, 2010, S. 862, S. 865.

705 Art. 2 lit. h) in Verbindung mit lit d) definiert als „Betreiber eines öffentlichen Dienstes“ jedes privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen oder jede öffentliche Einrichtung, die öffentliche Personenverkehrsdienste betreibt. Direktvergaben der Gebietskörperschaften gemäß Art. 5 Abs. 2 können nach Art. 2 lit. h) an die genannten Einrichtungen im Sinne des Art. 2 lit d) erfolgen. Die öffentlich-rechtlich organisierten Zweckverbände und ungarische „társulás“ sind damit ebenso erfasst, wie GmbH oder die Aktiengesellschaft nach ungarischem oder deutschem Recht. Siehe zu Letzterem HOLGER SCHRÖDER, NVwZ, 2010, S. 862 ff.

90 % der Einnahmen ausreichen lässt.⁷⁰⁶ Hingegen ist das Kontrollkriterium der PVVO großzügiger, weil es nicht verlangt, dass eine beauftragte Einrichtung von sämtlichen Kooperationspartnern gemeinsam kontrolliert werden muss, sondern ausreichen lässt, dass wenigstens eine Gebietskörperschaft alleine die fragliche Kontrolle inne hat.

4. Befreiung von der Ausschreibungspflicht auch für horizontale Kooperationen

Damit befreit die PVVO in ihrem Anwendungsbereich nicht nur vertikale Kooperationen, namentlich die Zweckverbände oder diesen ähnlich strukturierte „társulás“ gemäß §§ 9 i.V.m 16 ff. KommZusG in Ungarn sondern auch die horizontalen Kooperation von der Ausschreibungspflicht. Zweckvereinbarungen oder ein interkommunaler Auftrag (§ 7 KommZusG) unterstehen damit auch dann nicht der Ausschreibungspflicht bei Konzessionsvergaben im Personennahverkehr, wenn die beauftragte Stelle nicht von beiden Kommunen, also auch der „Auftraggeberkommune“ kontrolliert wird, sondern alleine von der „Auftragnehmerkommune“. Die mit der Aufgabendurchführung betraute juristische Person muss nur ausschließlich im Sinn des Art. 5 PVVO für die zusammenarbeitenden Kommunen tätig sein. Voraussetzung ist – neben den dargelegten Inhouse-Kriterien der PVVO – gemäß Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 m) PVVO, dass die Gebietskörperschaften die vergebene Leistung als „integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste“ organisieren, namentlich als „Behördeneinheit“ innerhalb eines festgelegten geographischen Gebiets im Verbund und innerhalb eines einzigen Informationsdienstes, eines Fahrplans und einheitlicher Fahrausweisregelung.

Eine solche integrierte Organisation können mehrere Kommunen ohne Weiteres im Rahmen einer mandatierenden oder delegierenden Zweckvereinbarung zusammenführen⁷⁰⁷, besteht doch das Hauptanwendungsfeld der Zweckvereinbarung gerade darin, öffentliche Einrichtungen gemeinsam zu betreiben.⁷⁰⁸ So können mehrere Kommunen vereinbaren, dass die Gebietskörperschaft mit dem größten öffentlichen Nahverkehrsunternehmen die Leistungen auch im Einzugsgebiet der übrigen Kommunen ausführt und hierfür die Kapazitäten der kleineren Verkehrsbetriebe der übrigen Gemeinden in ihrer eigenen zusammenführt. Werden als Konsequenz dieser Fusion die Fahrpläne und die Fahrausweisregelung einheitlich zusammengeführt, liegen die Voraussetzungen der PVVO bereits vor. Auch wenn der fusionierte Verkehrsbetrieb ausschließlich nur einer der Kommunen gehört

⁷⁰⁶ HERMANN PÜNDER, NJW 2010, S. 263, S. 265.

⁷⁰⁷ Siehe nur die Maßgaben des § 24 KGG Hessen. Vgl. auch HOLGER SCHRÖDER, der – freilich ohne direkte Bezugnahme auf die Zweckvereinbarung – als typischen Anwendungsfall des Art. 5 PVVO jene Konstellation benennt, in der eine von nur einer Behörde kontrollierte GmbH für andere Behörden im Behördenverbund tätig wird; NVwZ, 2010, S. 862. S. 865.

⁷⁰⁸ Siehe dazu die Praxisbeispiele Kienbaum Studie/DStGB, S. 5; Die Wasserversorgung mehrerer Gemeinden kann durch Zweckvereinbarung so organisiert werden, dass die technische Aufgabe der Wasserversorgung bei einer Gemeinde gebündelt und auf diese übertragen wird, während die Einwohner der übrigen Kommunen zur Mitbenutzung berechtigt sind.

und nur von dieser Kontrolliert wird, ist eine ausschreibungsfreie Kooperation einer solchen Zweckvereinbarung jedenfalls im Anwendungsbereich der PVVP möglich.

III. Gesetzliche Regelung der Inhouse-Ausnahme in Ungarn - § 2/A Vergabegesetz

Die Rechtsfigur des Inhousegeschäfts wurde in Ungarn im Jahre 2005 durch § 2/A in das Vergabegesetz eingefügt.⁷⁰⁹ § 2/A Abs. 1 erfasst die Fälle der Quasi-Inhouse-Vergabe, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber eine Aufgabe an eine ausgegliederte und in ihrem Alleineigentum stehende Gesellschaft vergibt, die sie kontrolliert und im Wesentlichen für sich tätig werden lässt. § 2/A Abs. 2 regelt unter Verweis auf die im ersten Absatz kodifizierten Bedingungen den Fall der ausschreibungsfreien vertikalen interkommunalen Kooperationen. Erfasst ist der Fall einer Kapitalgesellschaft, die im gemeinsamen Eigentum mehrerer Gebietskörperschaften steht, von diesen kontrolliert und im Wesentlichen für diese Trägerkommunen tätig wird.⁷¹⁰ Diese Inhouse-Konstellationen sind gemäß § 2/A Vergabegesetz tatbestandlich nicht als vergaberechtlicher „Vertrag“ im Sinne des Vergabegesetzes zu qualifizieren. Die Gesetzesbegründung⁷¹¹ führt diesbezüglich unter Verweis auf die Inhouse-Rechtsprechung des EuGH an, dass im Falle einer beauftragten Kapitalgesellschaft, die im Eigentum eines oder mehrerer öffentlicher Auftraggeber steht und hinsichtlich ihrer marktstrategischen Ausrichtung von diesen maßgeblich beherrscht wird, nicht von einem „Vertrag“ über einen öffentlichen Auftrag die Rede sein könne. Zwar sei die Kapitalgesellschaft formal eine eigenständige juristische Person, jedoch könne sie bei einer vollständigen Kontrolle faktisch nicht darüber befinden, ob sie mit dem öffentlichen Auftraggeber kontrahieren will. Ein echter Vertrag im Sinne eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts sei in diesen Fällen nicht gegeben.⁷¹² Rechtsmethodologisch liegt somit kein Ausnahmetatbestand vor, sondern eine klarstellende Reduktion des vergaberechtlichen Vertragsbegriffes⁷¹³ dahingehend, dass von einem Beschaffungsvertrag nur auszugehen ist, wenn sich auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes auch jeweils der eigenständig getätigte Wille der Vertragsparteien verwirklicht.⁷¹⁴

709 „Modifizierungsgesetz zum Vergabegesetz und zum Staatshaushaltsgesetz“: 2005. évi XXIX törvény a közbeszerzésről szóló 2003. évi CXXIX törvény és az államháztartásról szóló 1992. évi XXXVIII törvény módosításáról; in Kraft seit 28.05.2005.

710 Freilich erfasst diese Regelung neben den lokalen Gebietskörperschaften alle öffentlichen Auftraggeber gemäß § 22 Vergabegesetz so dass, auch eine Kooperation mehrerer rechtsfähiger Anstalten des öffentlichen Rechts oder unterschiedlicher Ministerien des Zentralstaates denkbar wäre.

711 Siehe insbesondere die detaillierte Begründung im Modifizierungsantrag vom 21.03.2005 zum jetzt gültigen § 2/A Abs. 2 des Vergabegesetzes, Országgyűlés Hivatala, irományszám T-14626/12, S. 2. Einen inhaltlichen Überblick zu den Gesetzesbegründungen des mehrfach modifizierten § 2/A Vergabegesetz gibt ferner JUHÁSZ ÁGNES, Miskolci Jogi Szemle, 4. évfolyam (Jahrgang) 2009, 1. szám (Nr.), S. 84, S. 98.

712 Begründung im Modifizierungsantrag vom 21.03.2005 zum jetzt gültigen § 2/A Abs. 2 des Vergabegesetzes, Országgyűlés Hivatala, irományszám T-14626/12, S. 2.

713 JUHÁSZ ÁGNES, Miskolci Jogi Szemle, 4. évfolyam (Jahrgang) 2009, 1. szám (Nr.), S. 84, S. 99.

714 BOZZAY ERIKA, A közbeszerzési törvény alkalmazási köre, személyi és tárgyi hatálya, a közbeszerzési értékhatárok, in FRIBITZER GABRIELLA (Hrsg.), A közbeszerzés, 2007, S. 72.

1. Kontrollkriterium

Dementsprechend sind die Kriterien der Kontrolle und der Wesentlichkeit in der ungarischen Umsetzung recht streng. § 2/A Absätze (2) i.V.m. (1) verlangen, dass die Gesellschaft zu hundert Prozent im Eigentum der Trägerkommunen steht und die Trägerkommunen im Hinblick auf ihre durch Gesetz vorgeschriebene Verantwortung bezüglich der öffentlichen Aufgabe oder der gemeinwohlorientierten Dienstleistung in vollem Umfang die strategischen und geschäftsleitenden Entscheidungen der Gesellschaft zu lenken und zu überwachen befugt sind. Die vollumfängliche Kontrolle in strategischen Entscheidungen im Sinne des § 2/A Vergabegesetz lässt sich ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 2/A VergabeG nach Maßgabe der Vorschriften des Gesetzes 2006/IV über die Handels- und Kapitalgesellschaften erreichen⁷¹⁵, wie sie bereits oben dargelegt worden sind. Das Weisungsrecht eines beherrschenden Unternehmens können die Kommunen danach gemäß §§ 119 ff. und §§ 171 ff. des Gesetzes 2006/IV auch zusammen mit einem gemeinsamen Vertreter wahrnehmen, wenn sie gemeinschaftlich das hundert prozentige Gesamteigentum an der Gesellschaft halten und diese daher beherrschen.⁷¹⁶ Aus der zitierten Gesetzesbegründung geht schließlich hervor, dass der Gesetzgeber mit § 2/A Abs. 2 vor allem die Möglichkeiten klarstellen und vergaberechtlich regulieren wollte, welche die Gebietskörperschaften in Ansehung des Gesellschaftsrechts zur gemeinsamen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben haben. Daraus lässt sich ableiten, dass § 2/A Abs. 2 Vergabegesetz trotz der ausschließlichen Bezugnahme auf Kapitalgesellschaften keineswegs die analogen Kooperationsmöglichkeiten von Kommunen im Rahmen einer selbstständigen juristischen Person des öffentlichen Rechts („társulás“) gemäß §§ 9, 16 KommZusG ausschließt. Kontrollieren die Kommunen eine solche „társulás“ vollumfänglich im Sinne des § 2/A Abs. 2 Vergabegesetz, so ist – vorbehaltlich der übrigen Voraussetzungen dieser Vorschrift – eine Ausschreibungsfreiheit auch dieser Kooperationsform anzunehmen. Dies lässt sich auch mit Sinn und Zweck des § 2/A Vergabegesetz begründen, welcher auf die Rechtsprechung des EuGH basiert und jede förmlich selbstständige juristische Person von der Ausschreibungspflicht befreit, die ein öffentlicher Auftraggeber wie eine eigene Dienststelle kontrolliert.⁷¹⁷ Gründen und betreiben somit mehrere Kommunen eine juristische Person, die sie nach den dargelegten Vorgaben im Hin-

⁷¹⁵ Siehe zu den nachfolgenden Ausführungen die Begründung zu § 2/A Abs. 2 Vergabegesetz im Modifizierungsantrag vom 21.03.2005 zum jetzt gültigen § 2/A Abs. 2 des Vergabegesetzes, Országgyűlés Hivatala, irományszám T-14626/12, S. 2. Dort wird explizit auf die Vorschriften des Gesetzes 1996/IV über Handels- und Kapitalgesellschaften zur Konkretisierung der Kontrolle im Sinne des § 2/A Vergabegesetz verwiesen.

⁷¹⁶ Kontrollieren die Kommunen eine GmbH oder Aktiengesellschaft auf diese Weise, so können sie auch mittelbar die Kontrolle über einer Tochtergesellschaft dieser GmbH oder Aktiengesellschaft im Sinne des § 23 des Gesetzes 1996/LVII gegen unlauteren Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkungen erzielen, soweit die kommunale Gesellschaft die andere Gesellschaft beherrscht im Sinne des § 23. Siehe dazu JUHÁSZ ÁGNES, Miskolci Jogi Szemle, 4. évfolyam (Jahrgang) 2009, 1. szám (Nr.), S. 84, S. 99.

⁷¹⁷ Bestätigt wird diese Einordnung auch damit, dass der Gesetzgeber die genannten társulás im Sinne des KommZusG ebenso als öffentliche Auftraggeber erfasst, wie die in § 2/A behandelten Kapitalgesellschaften, vgl. § 22 Abs. 1 lit. d) – társulás gemäß KommZusG – und lit. k) – Kapitalgesellschaften gemäß § 2/A Vergabegesetz.

blick auf strategische Entscheidungen kontrollieren, ist eine ausschreibungsfreie In-House Vergabe möglich. Es ist jedoch darauf zu achten, dass die Gebietskörperschaften bei der Errichtung der juristischen Person alle Möglichkeiten des Gesellschaftsrechts und des KommZusG nutzen, um sich eine vollständige Einflussnahme auf die insoweit nur formell eigenständige juristische Person zu sichern.⁷¹⁸

2. Wesentlichkeitskriterium

Schließlich dürfen gemäß § 2/A Absätze (2) i.V.m (1) lit. b) Vergabegesetz die Umsätze der so kontrollierten Einheit nur zu 10 % aus anderen Tätigkeiten als den Dienstleistungen für die Trägerkommunen stammen. Diese bis zu 10 % der Umsätze reichende, noch zulässige Marktausrichtung basiert auf der Rechtsprechung des EuGH, der ebenfalls diese Obergrenze anlegt.⁷¹⁹ Zu diesen Einnahmen gehören auch die gegenüber Dritten erhobenen Entgelte, soweit die Dienstleistung als solche auf Grund eines mit den Trägerkommunen geschlossenen Auftrages ausgeführt wird. Wie dargelegt, erwirtschaften knapp die Hälfte der von den ungarischen Gebietskörperschaften betriebenen Unternehmen mehr als 10 % ihrer Umsätze mit Drittgeschäften. Lediglich mit der Erweiterung des Kreises zulässiger Hilfsgeschäfte⁷²⁰ (unterstützende Tätigkeiten) und der Trennung daraus stammender Einnahmen von jenen der Haupttätigkeit, könnte bei einer Reihe dieser Unternehmen die Hürde von 10 % wieder unterschritten werden. Dies bleibt jedoch eine Frage des Einzelfalles.⁷²¹

3. Inhousegeschäfte nur bei vertikalen Kooperationen zulässig

Nach diesen Kriterien sind somit vertikale Kooperationen, die auf Zusammenarbeit mittels einer gemeinsamen juristischen Person gerichtet sind, nach dem ungarischen Recht ausschreibungsfrei möglich. Horizontale Kooperationen im Sinne des § 7 KommZusG sind hingegen nicht von der Befreiung erfasst. Wie dargelegt, handelt es sich bei dieser Zusammenarbeitsform um ein unmittelbares Auftragsverhältnis zwischen mehreren Gebietskörperschaften, wobei die beauftragte Gebietskörperschaft mit ihren eigenen Dienststellen oder mit ihrer ausgegliederten Kapitalgesellschaft die Leistungen für die andere Kommune erbringt. Der eindeutige Wortlaut des § 2/A Abs. 2 VergabG lässt jedoch nur Sachverhalte zu, bei denen die beauftragte Kapitalgesellschaft beiden Kommunen gehört und von diesen gemeinsam kontrolliert wird. In den Fällen des § 7 KommZusG wird die aufgabenausführende juristische Person jedoch nur von der beauftragten Kommune im Sinne des

718 Vgl. dazu JUHÁSZ ÁGNES, Miskolci Jogi Szemle, 4. évfolyam (Jahrgang) 2009, 1. szám (Nr.), S. 84, S. 99.

719 Bei einer Aktiengesellschaft nach spanischem Recht, die ihre Leistungen gegenüber dem Zentralstaat und einer Reihe autonomer Regionen erbringt, welche zusammen das Gesamteigentum an der Gesellschaft halten. EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn. 63 = NZBau 2007, 381.

720 Siehe dazu Kapitel 4; A; I; 4. vgl. auch EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 78 f. = NZBau 2009, 797.

721 § 2/A Abs. 1 lit. b) erfasst jedenfalls ohne diese Differenzierung alle Einnahmen aus Drittgeschäften.

§ 7 KommZusG kontrolliert. Da diese beauftragte Kommune ihrerseits nicht vollumfänglich von der „Auftraggeberkommune“ kontrolliert wird, können solche Verträge nicht unter die Ausnahme des § 2/A Vergabegesetz subsumiert werden, auch wenn funktional in diesen Fällen ebenfalls eine der Inhouse-Vergabe ähnliche verwaltungsinterne Aufgabenerledigung vorliegt.⁷²² Denn die aufgabenausführende GmbH wird von der beauftragten Gebietskörperschaft kontrolliert, was nach der ratio legis des oben dargelegten Art. 5 PVVO ausreichend sein kann.

IV. Rechtsprechung in Deutschland zur Inhouse-Befreiung.

Nachdem in Deutschland der Versuch einer gesetzlichen Regelung der In-House-Ausnahme im GWB im Rahmen der Vergaberechtsreform 2009 an den Bedenken des Bundesrates scheiterte⁷²³, verbleibt für die nationalen Rechtsanwender nach dem gegenwärtigen Stand lediglich die Rechtsprechung der deutschen Gerichte und Vergabekammern als wesentliche Erkenntnisquelle bezüglich der Ausschreibungspflicht kommunaler Kooperationen.⁷²⁴ Der gegenwärtige Stand dieser Praxis wird nachfolgend dargelegt.

1. Horizontale Zusammenarbeitsformen

a) Mandatierende Zweckvereinbarungen – OLG Düsseldorf⁷²⁵ und OLG Frankfurt⁷²⁶

In einem viel beachteten Urteil sah das OLG Düsseldorf eine mandatorische Zweckvereinbarung im Sinne des § 23 Abs. 1, 2. Alt. GKG-NRW als ausschreibungspflichtig an. Der den Auftrag vergebenden Kommune oblag als Entsorgungsträgerin die Sammlung von Papierabfällen nach dem Landesabfallgesetz NRW. Der bislang mit einem Privatunternehmen bestehende Vertrag lief aus und die Gemeinde schloss die streitgegenständliche mandatorische Vereinbarung mit einer Nachbarkommune ohne Durchführung eines vorherigen Vergabeverfahrens ab, wogegen sich ein Privatunternehmen wandte. Da die auftraggebende Kommune sich den Kapazitäten der Nachbarkommune als „außerhalb ihrer selbst stehenden Leistungserbringerin“ bediene, liege – so das Gericht – kein Inhousegeschäft vor. Soweit die beauftragte Kommune bei der Aufgabendurchführung ihren durch Gesetz zugewiesenen Aufgabenbereich verlasse, betätige sie sich wirtschaftlich und gelte nach dem funktio-

722 So auch NÉMETH ANITA, Közbeszerzés – kérdések és válaszok, I. évfolyam (Jahrgang), 1. szám (Nr.) 2006, S. 6.

723 Dem § 99 Abs. 1 GWB sollte nach den Vorschlägen folgender Satz hinzugefügt werden: „Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind.“ Vgl. Bundestag 16. Wahlperiode, Drucksache 16/10117 vom 13.08.2008, S. 5. Auf Seite 29 der selben Drucksache bemängelt der Bundesrat, dass die Anlehnung an die In-House Rechtsprechung nur freihändige Vergaben an Zweckverbände oder privatrechtliche juristische Personen ermöglichen, jedoch die Zweckvereinbarungen weiterhin ungeregt belassen.

724 Siehe dazu CARSTEN JENNERT, NZBau, 2010, S. 150, S. 151.

725 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004, VII Verg 78-03 = NZBau 2004, S. 398.

726 OLG Frankfurt, Beschl. vom 7.9.2004, 11 Verg 11/2004 = NZBau 2004, S. 692.

nalen Unternehmensbegriff des europäischen Vergaberechts als Unternehmerin im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB. Vorliegend betrete die Kommune einen Markt mit entwickeltem Wettbewerb, was schon der Umstand zeige, dass private Bieter am streitgegenständlichen Auftrag interessiert seien. Mit der in § 23 Abs. 1 GKG-NRW im Rang unterhalb des Gemeinschaftsrechts normierten Möglichkeit einer Kommune, Aufgaben verpflichtend für andere Kommunen zu übernehmen, räume die Vorschrift den Kommunen keine allgemeine Dispositionsbefugnis über die Anwendung des Vergaberechts ein. Mit den selben Argumenten lehnte auch der Frankfurter Senat in einem gleich gelagerten Sachverhalt die Vergaberechtsfreiheit mandatierender Vereinbarungen ab.⁷²⁷

b) Delegierende Zweckvereinbarung - Beschlüsse OLG Naumburg

In zwei Beschlüssen legt das OLG Naumburg dar⁷²⁸, dass auch bei Kompetenzübertragungen im Sinne einer delegierenden Zweckvereinbarung ein ausschreibungspflichtiger Vorgang vorliege. In den beiden Fällen ging es um die Aufgaben- und Zuständigkeitenübertragung für die Abfall- beziehungsweise Abwasserentsorgung zwischen zwei Landkreisen. Der beauftragte Landkreis trat als Träger der Abfallentsorgung an die Stelle des delegierenden Kooperationspartners⁷²⁹ und ließ die Aufgabe durch seinen eigenen Betrieb durchführen. Die delegierende Zweckvereinbarung gemäß § 3 Absätze 1 und 2 S. 1 GKG-Sachsen-Anhalt stellt nach Auffassung des OLG einen Dienstleistungsauftrag nach § 99 Abs. 1 GWB dar. Das Gericht legt einen funktionalen Unternehmensbegriff zu Grunde und stellt darauf ab, dass die beauftragte Kommune sich außerhalb des eigenen Wirkungskreises wirtschaftlich betätige auf einem Markt, der auch Privaten zugänglich sei. Es komme somit darauf an, ob nach den normativen Rahmenbedingungen ein Wettbewerb mit Privaten schlichtweg ausgeschlossen sei, was letztlich nur bei Verwaltungsmonopolen der Fall sei. Auch eine vollständige Übertragung der Aufgabenzuständigkeit von einem kommunalen Träger auf einen anderen begründe daher keine Befreiung von der Ausschreibungspflicht, so lange die übertragene Aufgabe an sich keinen Verwaltungsmonopol darstellt. Denn so lange kein Verwaltungsmonopol vorliege, lasse sich auch ein Privater mit der Aufgabendurchführung ohne Kompetenzenübertragung beauftragen, so dass ein entwickelter Wettbewerb gegeben sei.

c) Horizontale Kooperationen außerhalb der Rechtsfigur der Zweckvereinbarung - OLG Koblenz

Das OLG Koblenz lehnte die Ausschreibungspflicht einer horizontalen Kooperationsvereinbarung hingegen ab⁷³⁰. In diesem Fall behandelt das Gericht zwar die Kooperation zwischen der Stadt W

727 Maßgebliche Vorschrift über mandatierende Vereinbarungen nach dem hessischen Landesrecht war § 25 KGG.

728 Beschlüsse vom 3.11.2005, 1 Verg 9/05 = NZBau 2006, S. 58 ff. und vom 02.03.2006, 1 Verg 1/06 = VergabeR 2006, S. 406.

729 Siehe dazu § 3 Abfallgesetz Sachsenanhalt.

730 OLG Koblenz, Beschluss vom 20.12.2001 1 Verg 4/01 = NZBau, 2002, S. 346.

und einer aus der Deutschen Bahn hervorgegangenen Gesellschaft auf dem Gebiet des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV). Da aber die Gesellschaft der Bahn ebenfalls öffentliche Auftraggeberin ist, lassen sich auch für interkommunale Kooperationen relevante systematische Aussagen aus dem Urteil herleiten. Sowohl dem Eigenbetrieb der Stadt W wie auch der Tochtergesellschaft der Bahn oblag die Durchführung von Verkehrsleistungen gemäß § 7 Nahverkehrsgesetz Rheinland-Pfalz. Zwar handele es sich bei beiden Betrieben um voneinander unabhängige Verkehrsträger, so dass in Ermangelung einer Kontrolle der beauftragten Stelle keine Inhouse-Vergabe und auch keine innerstaatliche Aufgabenverteilung vorliege. Die Kooperation sei aber dennoch auf eine interne Aufgabenbewältigung der auftraggebenden Kommune gerichtet. Da die Stadt W bzw. der ihr zugeordnete Eigenbetrieb nicht den Markt als Einkäuferin von Leistungen betreue, liege kein Beschaffungsvorgang vor und das Vergaberecht sei nach dessen Sinn und Zweck nicht anwendbar. Dieses Ergebnis stützt das Gericht in erster Linie auf die normativen Rahmenbedingungen des ÖPNV-We-sens. Da nämlich das Nahverkehrsgesetz des Landes gemäß §§ 7 und 8 die Verkehrsträger⁷³¹ zu möglichst breiten Kooperationen anhalte und zusätzlich eine Zusammenarbeit zwischen ihnen und den Kommunen als originäre Träger des Nahverkehrs bezwecke, können die normativen Rahmenbedingungen nur so gedeutet werden, dass Kooperationen eine gesetzlich vorgesehene Form im ÖPNV seien. Dies diene der größeren Effizienz des öffentlichen Personenverkehrs. Private Bieter können sich daher nicht darauf berufen, dass sie im Hinblick auf das Vergaberecht unzulässiger Weise von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen wurden.

Die Besonderheit dieses Urteils liegt darin, dass das Gericht ein Fachgesetz des öffentlichen Rechts und den darin enthaltenen Grundsatz der geförderten Verwaltungszusammenarbeit dem Wettbewerbsgedanken des Vergaberechts entgegen hält. Soweit öffentlich-rechtliche Träger einer öffentlichen Aufgabe durch Gesetz zu Kooperationen zum Zwecke der Effizienzsteigerung angehalten werden, kann nach dieser Prämisse der Wettbewerbsgedanke des Vergaberechts nicht uneingeschränkt durchgreifen. Es drängt sich die Frage auf, ob dieser Gedanke nicht auch für die hier relevanten Landesgesetze zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit Geltung beanspruchen kann. Auch diese Spezialgesetze bezwecken mit den horizontal strukturierten Zweckvereinbarungen zwischen Gemeinden die Effizienzsteigerung der kooperierenden Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Auf diese Frage geht das OLG und – soweit ersichtlich – auch die übrige Rechtsprechung in späteren Urteilen nicht ein.

731 Kommunen und ihre Eigengesellschaften, Eigenbetrieb der Bahn und alle übrigen Träger, denen die Durchführung von Verkehrsleistungen gemäß § 7 Nahverkehrsgesetz Rheinland Pfalz zugewiesen ist.

2. Vertikale Kooperationen

a) Zweckverbände – OLG Düsseldorf

In diesem Beschluss lehnt das Gericht die Ausschreibungspflicht bei der Gründung von Zweckverbänden ab.⁷³² Es handele sich um einen Vorgang, bei dem Zuständigkeiten von kommunalen Versorgungsträgern auf Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung auf den Zweckverband übertragen werden. Hierin erkennt das Gericht eine Ausprägung der Kooperationshoheit der Kommunen im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 GG. Im Ausgangsverfahren klagte ein privater Bieter dagegen, dass vier Kommunen einen Zweckverband auf dem Gebiet der Abfallentsorgung nach Maßgabe des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit gründeten, ohne das Angebot der an der Aufgabendurchführung interessierten Klägerin in einem Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Nach der Satzung des Zweckverbandes wurden die Zuständigkeiten für die Durchführung der Aufgaben mit befreiender Wirkung von den Kommunen auf den Zweckverband übertragen.⁷³³ Die Finanzierung der Aufgabendurchführung erfolgte durch Umlagen, welche der Verband gegenüber seinen Mitgliedskommunen erhob. Nach Auffassung des Gerichts lagen zwar in Gestalt der Einigung über die Gründung des Zweckverbandes Willenserklärungen mehrerer öffentlicher Auftraggeber vor. Dennoch könne darin kein entgeltlicher Vertrag oder Auftrag im Sinne der §§ 98 ff. GWB gesehen werden. Die satzungsmäßige Verlagerung von Zuständigkeiten und die Bündelung von Verwaltungskapazitäten sei ein verwaltungsinterner Vorgang, welcher auf der staatlichen Organisationshoheit beruhe. Im Fall der durch das Landesrecht zugelassenen kommunalen Zweckverbände trete dieses Staatsorganisationsrecht in Gestalt der kommunalen Selbstverwaltungsautonomie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG in Erscheinung und begründe eine Kooperationsautonomie der Gemeinden. Mangels Kompetenz der Europäischen Union, die Staatsorganisation der Mitgliedstaaten zu regeln, können die Vergaberechtsrichtlinien hier keine Anwendung finden. Auch nach Sinn und Zweck des Vergaberechts seien staatliche oder kommunale Eigenleistungen zur Deckung des eigenen Dienstleistungsbedarfs nicht vergaberechtspflichtig. Daher ist es unerheblich, dass die streitgegenständliche Dienstleistung potenziell auch von Privaten erbracht werden kann. Dennoch können die Privatunternehmen aus dem Vergaberecht keinen Anspruch auf die Berücksichtigung als Bieter herleiten. Die Inhouse Rechtsprechung des EuGH wird insoweit nur ergänzend vom Gericht herangezogen. Lediglich als Abstützung der eigenen Urteilsbegründung weist das OLG darauf hin, dass die Teckal-Kriterien im Sinne der Rechtsprechung des EuGH bei einem Zweckverband regelmäßig erfüllt seien. Denn der Zweckverband werde von den Kommunen kontrolliert, die seine alleinigen Träger sind. Zudem werde der Verband allein für die Trägerkommunen tätig. Damit ist die delegierende Aufgabenübertragung aus

⁷³² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.06.2006 VII Verg 17/06 = NZBau 2006, S. 662.

⁷³³ § 6 Abs. 1 GKG-NRW.

Sicht des OLG bereits nach formalen Kriterien keine Beschaffung sondern eine Verlagerung von Zuständigkeiten, unterliegt aber auch nach den funktionalen Kriterien der In-House-Ausnahme nicht der Ausschreibungspflicht.

b) Gemeinsame Kommunalunternehmen privatrechtlicher Organisationsform – Jüngere Rechtsprechung BGHZ und OLG Celle 13 Verg 8/09

Die spätere Rechtsprechung setzt sich zunehmend detaillierter mit den vom EuGH ausgebauten und konkretisierten Teckalkriterien auseinander und wendet diese rechtsformenunabhängig auf privatrechtlich und öffentlich-rechtlich organisierte vertikale Kooperationen an.⁷³⁴ Explizite Bestätigung für die Auslegung der §§ 97 ff. GWB im Falle interkommunaler Kooperationen fand das Inhousegeschäft des EuGH in einem Urteil des BGH aus dem Jahre 2008.⁷³⁵ Dabei ging es um die freihändige Vergabe von Versicherungsleistungen an einen Verein auf Gegenseitigkeit, dem mehrere Gebietskörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts angehörten. Erlaubt die interne Satzung einer juristischen Person abstrakt die Beteiligung privaten Kapitals, verneint der BGH bereits eine ausreichende Kontrolle, auch wenn im konkreten Fall von der Beteiligungsmöglichkeit nicht Gebrauch gemacht wird.⁷³⁶ Das Vorliegen des Wesentlichkeitskriteriums bezweifelt der BGH explizit bei einem Drittgeschäftsanteil von unter 10 % und geht damit auch in diesem Bereich über die Vorgaben des EuGH hinaus. Mit privatrechtlich organisierten vertikalen Kooperationen in Form einer GbR⁷³⁷ und einer GmbH⁷³⁸ setzt sich das OLG Celle auseinander. Das Kontrollkriterium beurteilt das Gericht im Sinne der Vorgaben, die der EuGH entwickelt hat. Explizit wendet sich das OLG Celle jedoch im Hinblick auf das Wesentlichkeitskriterium gegen den vom EuGH als noch zulässig gewerteten Drittgeschäftsanteil von 10 % des Gesamtumsatzes⁷³⁹ und hält bereits eine Quote von 7 % für nicht mehr ausreichend. Maßgeblich ist nach Auffassung des Gerichts, dass keine – auch geringfügige – Markttätigkeit der kontrollierten Stelle zu Wettbewerbsverzerrungen führen darf. Daher werden nur gänzlich nebensächliche Drittgeschäfte als noch zulässig gewertet, für die das Gericht als Beispiel einen Anteil von 3,6 % am Gesamtumsatz als noch unwesentlich beschreibt.

734 Vgl. BGHZ 177, 150, Rn. 26., wonach es nicht auf die organisatorische Struktur der jeweiligen juristischen Person ankommt so dass grundsätzlich Vereine oder Aktiengesellschaften als deren privatrechtliches Pendant nach den In-House-Kriterien beurteilt werden können.

735 BGHZ 177, 150, Urteil vom 03.07.2008 (Kommunalversicherer) = NZBau 2008, S. 664.

736 Siehe zu den nachfolgenden Ausführungen BGHZ 177, 150, Rn. 28- 31.

737 Freihändige Vergabe von Software- und Datenverarbeitungsleistungen durch eine Kommune an eine GbR, in der sich die beklagte Kommune und mehrere andere Gebietskörperschaften zusammengetan haben; OLG Celle, Beschluss vom 14.09.2006 – 13 Verg 2/06 = NZBau 2007, S. 126 ff.

738 Ausschreibungsfreie Vergabe von Leistungen der Müll- und Wertstoffabfuhr durch einen Landkreis an eine GmbH im vollständigen Gesamteigentum dieses Landkreises und der Hansestadt L; OLG Celle Beschluss vom 29.10.2009 – 13 Verg 8/09 = NZBau 2010, S. 194 ff.

739 OLG Celle Beschluss vom 29.10.2009 – 13 Verg 8/09 = NZBau 2010, S. 194 ff., S. 198.

3. Zusammenfassung zur Rechtslage in Deutschland

Die Rechtsprechung in Deutschland zur Inhouse-Ausnahme ist recht uneinheitlich und führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit in der kommunalen Praxis.⁷⁴⁰ Einigkeit scheint noch insoweit zu bestehen, dass nach den Inhouse-Kriterien jedenfalls die horizontal gestalteten Zweckvereinbarungen zwischen Kommunen nicht von der Ausschreibungspflicht befreit werden können, da die Kommunen sich gegenseitig nicht wie eigene Dienststellen kontrollieren. Bei der Aufgabenübertragung auf eigenständige juristische Personen ist die Inhouse-Ausnahme jedoch möglich, wenn auch die Gerichte in der jüngeren Rechtsprechung die Vorgaben des EuGH übertreffen und beide Teckalkriterien strenger handhaben. Damit besteht erhebliche Rechtsunsicherheit, da die Kommunen nur schwer ermitteln können, wann im Einzelfall die Teckalkriterien in Auslegung der deutschen Gerichte gegeben sind und die Maßstäbe des EuGH insoweit nur eine unverbindliche „Minimalvorgabe“ darstellen.⁷⁴¹ Die ergänzend zur Inhouse-Ausnahme herangezogenen Maßstäbe insbesondere der Übertragung von Zuständigkeiten stellen auf formelle Kriterien ab und versuchen eine Freistellung von der Ausschreibungspflicht unter Verweis auf die Neuordnung von öffentlich-rechtlichen Aufgabenzuständigkeiten zu erzielen. In Ansehung von Zweckvereinbarungen wäre dieser Ansatz lediglich bei delegierenden Verträgen denkbar, weil es nur hier zur Übertragung von öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten kommt. Mandatierende Zweckvereinbarungen wären somit ausschreibungspflichtig. Auch beim Zweckverband ist eine Übertragung von Zuständigkeiten nicht obligatorisch⁷⁴², so dass eine einheitliche Beurteilung dieser Fälle (Zweckvereinbarungen und Zweckverbände) nach dem dargelegten formalen Ansatz der Gerichte nicht möglich ist.⁷⁴³ Zudem ist der Grad einer im Einzelfall vorgenommenen Übertragung von Zuständigkeiten nicht leicht feststellbar und weist in den einzelnen Bundesländern Abweichungen auf⁷⁴⁴, so dass dieses formale Kriterium zurecht als wenig praktikabel kritisiert wird.⁷⁴⁵ Bemerkenswert ist schließlich der Ansatz des OLG Koblenz, welches in Analogie zur Prämisse der Inhouse-Ausnahme eine ausschreibungsfreie „interne Aufgabenbewältigung“ auch dann annimmt, wenn die kooperierenden öffentlichen Auftraggeber eine ihnen obliegende, gesetzlich zugewiesene Aufgabe von öffentlichem Interesse gemeinsam bewälti-

740 CHRISTOPH VON DONAT/JULIA LIPINSKY, KommJur 2009, S. 361, S. 362 f.

741 Aus unionsrechtlicher Sicht kann nicht beanstandet werden, wenn die nationale Rechtsprechung strengere Vorgaben als der EuGH formuliert. Vgl. dazu GRUNEBERG/JÄNICKE/KRÖCHER, ZfBR 2009, S. 754, S. 760.

742 Siehe nur § 8 Abs. 2 KGG-Hessen, wonach die Kommunen den Übergang einzelner Hoheitsbefugnisse einschließlich des Satzungsrechts auf den Zweckverband durch die Verbandssatzung ausschließen können.

743 CHRISTOPH VON DONAT/JULIA LIPINSKY, KommJur 2009, S. 361, S. 362 f.

744 Zu den erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich der Beschränkbarkeit der Übertragung von Satzungsbefugnissen bei Zweckverbänden und „unechten delegierenden Zweckvereinbarungen“ sowie der häufig zulässigen Widerrufsvorbehalte und Befristungen von Hoheitsübertragungen zwischen Kommunen siehe WOLFRAM KROHN, NZBau, 2006, S. 610, S. 616 f.

745 CARSTEN JENNERT, NZBau, 2010, S. 150, S. 152 f. Für eine Abgrenzung danach, ob Zuständigkeiten übertragen wurden, WALTER FRENZ, der aber dieses Kriterium alternativ zur In-House-Ausnahme anwenden will und offen lässt, welche eigenständige Funktion der Hoheitsübertragung zukommen soll; NVwZ 2010, S. 609, S. 610 f.

gen.⁷⁴⁶ Jedoch ist dieser Ansatz des OLG Koblenz eine Ausnahme und steht in offenem Widerspruch zu den Zweckvereinbarungsbeschlüssen der anderen Oberlandesgerichte. Insgesamt lässt sich feststellen, dass eine einheitliche und rechtssichere Beurteilung interkommunaler Kooperationen in der Rechtsprechung fehlt⁷⁴⁷, was in erster Linie auf die fehlende nationale Regelung der In-House-Ausnahme zurückzuführen ist.⁷⁴⁸ Lediglich vertikale Zusammenarbeitsformen sind als „vergaberechtssimmun“ einzustufen, wenn auch die Anforderungen der nationalen Gerichte an die Teckalkriterien über jene des Unionsrechts hinaus weisen.

V. EuGH „Stadtreinigung Hamburg“ - Neuformulierung des Inhousegeschäfts für horizontale Kooperationen?

Mit der dargelegten Problematik horizontaler Kooperationsformen befasste sich der Gerichtshof explizit bislang nur im Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“⁷⁴⁹, dessen Bedeutung über das konkrete Verfahren hinaus daran abgelesen werden kann, dass der EuGH sein Urteil ausnahmsweise in der Großen Kammer gefällt hat⁷⁵⁰.

1. Aussagekraft des Sachverhalts für horizontale Kooperationen

Zu entscheiden war die Ausschreibungspflicht einer freihändigen Auftragsvergabe von Abfallentsorgungsleistungen mehrerer Landkreise an die Stadtreinigung Hamburg, einer rechtsfähigen Anstalt der Stadtverwaltung Hamburg.⁷⁵¹ Als solche ist die Stadtreinigung Hamburg (im Folgenden Stadtreinigung) ein rechtlich selbstständiger Verwaltungsträger⁷⁵², unterliegt aber der Rechtsaufsicht der Stadt als Anstaltsträgerin sowie weitreichenden Weisungs- und Fachaufsichtsbefugnissen der Stadtverwaltung.⁷⁵³ Sie ist als Trägerin der Abfallwirtschaft öffentliche Auftraggeberin. Da der Stadtreinigung durch Landesgesetz die Befugnis zugewiesen ist, Abfallentsorgungsauf-

746 Ob die Inhousefigur für vertikale Kooperationen eine auch für horizontale Zusammenarbeitsformen analogiefähige Prämisse bereit hält, wird noch zu prüfen sein. Vgl. dazu Kapitel 6. III.

747 So auch GRUNEBERG/JÄNICKE/KRÖCHER, ZfBR 2009, S. 754, S. 760.

748 Siehe dazu die einhellige Auffassung bei den Beratungen zur Aufnahme einer In-House-Regelung in § 90 GWB: Bundestag 16. Wahlperiode, Drucksache 16/10117 vom 13.08.2008, Seiten 5 und 29.

749 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. = NZBau 2009, 527.

750 Auf Antrag eines Mitgliedstaates oder eines am Verfahren beteiligten Gemeinschaftsorgans tagt der Gerichtshof in der Großen Kammer und fällt sein Urteil mit 11 anstelle der üblichen 3 oder 5 Richtern; vgl. dazu Art. 16 Abs. 2 Protokoll (Nr. 22) über die Satzung des Gerichtshofes (ABl. vom 23.09.2003, L 236/37, geändert durch Beschluss v. 3.10.2005, ABl. Nr. L 301/21) Allgemein zur Bedeutung der Urteile der Großen Kammer TANJA STRUVE, EuZW 2009, S. 805, S. 809.

751 Siehe dazu § 1 des Gesetzes zur Errichtung der Anstalt Stadtreinigung Hamburg (Stadtreinigungsgesetz – SRG) vom 9. März 1994, HmbGVBl. 1994, S. 79 in der Fassung der Änderung durch Gesetz vom 7. Januar 2007 (HmbGVBl. S. 281); Abrufbar auf den Seiten der Hansestadt Hamburg www.justiz.hamburg.de und der Stadtreinigung Hamburg www.srh.de.

752 Allgemein zur eigenständigen Stellung rechtsfähiger Anstalten außerhalb des sie errichtenden Anstaltsträgers, HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 23, Rn. 46 ff.

753 § 4 des Gesetzes zur Errichtung der Anstalt Stadtreinigung Hamburg (Stadtreinigungsgesetz – SRG) vom 9. März 1994, HmbGVBl. 1994, S. 79 in der Fassung der Änderung durch Gesetz vom 7. Januar 2007 (HmbGVBl. S. 281); Abrufbar auf den Seiten der Hansestadt Hamburg www.justiz.hamburg.de und der Stadtreinigung Hamburg www.srh.de.

träge Dritter eigenständig anzunehmen⁷⁵⁴, kann ihre Stellung mit der einer Kommune verglichen werden, die im Rahmen einer Zweckvereinbarung die Abfallentsorgung auf dem Gebiet einer anderen Gemeinde übernimmt.⁷⁵⁵ Die vorliegend erfolgte unmittelbare Beauftragung der Stadtreinigung durch die Landkreise ist mithin ein klassischer Fall einer vertragsbasierten, horizontalen interkommunalen Kooperation.⁷⁵⁶ Die thermische Entsorgung der Abfälle der vier niedersächsischen Landkreise⁷⁵⁷ sollte in einer neu zu errichtenden Müllverbrennungsanlage am Rugenberger Damm erfolgen. Der Vertrag reservierte den Landkreisen zusammen einen Anteil von 120.000 Tonnen der insgesamt 320.000 Tonnen Gesamtkapazität dieser neuen Anlage und war für eine Laufzeit von 20 Jahren vorgesehen. Durch die Beschwerde eines mit der Höhe der Abfallgebühren unzufriedenen Bürgers aufmerksam geworden, strengte die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland an. Nach Auffassung der Kommission hätte ein Vergabeverfahren durchgeführt werden müssen, da die Stadtreinigung nicht von Gesetzes wegen – etwa im Rahmen einer Amtshilfe – sondern auf Grundlage eines entgeltlichen Vertrages für die Landkreise tätig wurde. Die Ausschreibungspflicht gelte grundsätzlich für horizontale Kooperationsverträge. Da die Landkreise auf die Stadtreinigung Hamburg keinen Einfluss nehmen können, sei ein Inhousegeschäft auszuschließen. Die durch das aufwändige Vertragswerk den Landkreisen eingeräumten mittelbaren Einflussmöglichkeiten auf die Aufgabendurchführung der Stadtreinigung⁷⁵⁸ reichten nach Einschätzung des Generalanwalts Mazák jedenfalls nicht für eine Kontrolle im Sinne der Teckalkriterien aus.⁷⁵⁹ Das Vorbringen der Bundesregierung, der beanstandete Vertrag habe ausweislich seiner Zwecksetzung und seiner Präambel den Charakter eines „Entsorgungsverbundes“ und stelle daher eine verwaltungsinterne Aufgabenbewältigung dar, weisen Kommission und Generalanwalt mit dem Hinweis zurück, dass die Stadtreinigung Hamburg kein technisches, administratives oder sonstiges Mittel der Landkreise darstelle sondern gerade eine externe Einrichtung sei.⁷⁶⁰

754 § 2 Abs. 4 des Gesetz zur Errichtung der Anstalt Stadtreinigung Hamburg (Stadtreinigungsgesetz – SRG) vom 9. März 1994, HmbGVBl. 1994, S. 79 in der Fassung der Änderung durch Gesetz vom 7. Januar 2007 (HmbGVBl. S. 281); Abrufbar auf den Seiten der Hansestadt Hamburg www.justiz.hamburg.de und der Stadtreinigung Hamburg www.srhh.de.

755 Die Beauftragung der Stadtreinigung durch die Landkreise ist also vergleichbar mit dem Fall einer unmittelbaren Beauftragung der Stadt Hamburg, die ihrerseits dann die Stadtreinigung verbindlich anweist (vgl. § 2 Abs. 3 des oben zitierten Stadtreinigungsgesetzes), die Aufgabe durchzuführen und ihre diesbezüglichen Kosten erstattet.

756 Siehe dazu auch in der Pressemitteilung der Stadtreinigung Hamburg vom 09.06.2009 zum Urteil EuGH C-480/06; RÜDIGER SIECHAU (Geschäftsführer), abrufbar auf der Seite der Stadtreinigung, www.srhh.de.

757 Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. und Stade.

758 Die Bundesregierung wies darauf hin, dass der Vertrag den Landkreisen die Möglichkeit gab, vom Kooperationsprojekt zurückzutreten, wenn die Stadtreinigung nicht im ausreichenden Maße die gemeinsam verfolgten öffentlichen Zwecke umsetze; C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 22 = NZBau 2009, 527.

759 Generalanwalt JÁN MAZÁK hält die im Vertrag festgehaltene gemeinsame Verfolgung öffentlicher Interessen (Abfallentsorgung) und Rücktrittsrechte der Landkreise bei deren Nichteinhaltung für eine allenfalls mittelbare Kontrolle, die aber keiner dienststellenähnlichen Kontrolle entspreche; Schlussanträge vom 19.02.2009 zu EuGH C-480/06, Rn. 45 ff.

760 Generalanwalt JÁN MAZÁK Schlussanträge vom 19.02.2009 zu EuGH C-480/06, Rn. 34 und 39.

2. Urteilsgründe

Der Gerichtshof stellt einleitend den Hinweis voran, dass er nicht das Verhältnis zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den Betreiber der Müllverbrennungsanlage Rugenberger Damm prüft, sondern lediglich die von der Kommission beanstandeten Vertragsbeziehungen zwischen der Stadtreinigung und den Landkreisen.⁷⁶¹ Sodann bekräftigt die Große Kammer den seit der Teckalentscheidung bekannten Grundsatz, dass ein vergaberechtlicher Vertrag ohne Weiteres auch dann gegeben sein kann, wenn nicht nur der Auftraggeber, sondern auch der beauftragte Wirtschaftsteilnehmer eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist. Unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung bezüglich der zulässigen kollektiven Kontrolle mehrerer Gebietskörperschaften über ein gemeinsam betriebenes Unternehmen, verneint die Große Kammer jedoch das Kontrollkriterium im vorliegenden Fall. Danach können die Landkreise unstreitig die Stadtreinigung Hamburg nicht einmal einer dienststellenähnlichen Kontrolle unterwerfen.⁷⁶² Interessant ist, dass der Gerichtshof an dieser Stelle darauf hinweist, dass eine Kontrolle der Landkreise auch im Hinblick auf den Betreiber der Müllverbrennungsanlage fehle, wobei offen gelassen wird, ob die Stadtreinigung selbst eine solche Kontrolle über den Betreiber inne haben könnte. Explizit konnte der vorliegende Fall somit nicht nach den Inhousekriterien beurteilt werden. Dem eingangs aufgestellten Grundsatz, wonach entgeltliche Leistungsbeziehungen zwischen Verwaltungsträgern einen Beschaffungsvertrag darstellen können, stellt der Gerichtshof sodann einen weiteren Grundsatz entgegen, den er bereits im Rahmen der Inhousegeschäfte entwickelt hat. Danach muss eine öffentliche Stelle ihre im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben mit eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen können, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören.⁷⁶³ Den von der Kommission eingebrachten Einwand, dass dieser Grundsatz der Aufgabenerfüllung „mit eigenen Mitteln durch Zusammenarbeit“ nur im Rahmen vertikaler Kooperationen mittels gemeinsamer Einrichtungen möglich sei, hält der Gerichtshof entgegen, dass das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen bei der gemeinsamen Erfüllung ihrer Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibe. Mit dem Nichtvorliegen der Teckalkriterien eröffnete sich dem Gerichtshof somit die Möglichkeit darzulegen, ob eine vertragsbasierte Kooperation als „Eigenleistung durch Zusammenarbeit“ gewertet werden kann, wenn keine von den beteiligten Auftraggebern kontrollierte juristische Person dazwischen geschaltet ist.⁷⁶⁴ Zentrale Bedeutung kommt bei dieser Fragestellung dem Kooperationsvertrag zwischen den Landkreisen und der Stadtreinigung zu, welchen der EuGH explizit als „Initiative der Vertragsparteien zur interkommunalen Zu-

761 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 31 = NZBau 2009, 527.

762 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 36 = NZBau 2009, 527.

763 Unter expliziter Berufung auf das Inhouse-Urteil in der Rechtssache Coditel; EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 45 = NZBau 2009, 527.

764 So auch STEPHAN TOMERIUS, LKV 2009, S. 395, S. 398.

sammenarbeit“⁷⁶⁵ bezeichnet und als notwendige Rechtsgrundlage sowie Rechtsrahmen für die Errichtung einer Müllverbrennungsanlage einstuft, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bestimmt ist.⁷⁶⁶ Mithin differenziert die große Kammer danach, ob der zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene Vertrag einen Beschaffungsvertrag im Sinne des Art. 1 Buchst. a) der Richtlinie 92/50/EWG darstellt oder lediglich auf eine Leistungsbeziehung im Rahmen einer „Eigenerbringung durch Kooperation“ gerichtet ist. Als Voraussetzungen für eine Einstufung des Vertrages im Sinne einer Aufgabenerfüllung durch Zusammenarbeit leitet die Große Kammer folgende Indizien aus dem Sachverhalt her.⁷⁶⁷ Es handelt sich erstens um einen Vertrag ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern ohne die Beteiligung Privater.⁷⁶⁸ Zweitens enthält die vertraglich vereinbarte Leistung (Abfallentsorgung) über eine schlichte gewerbliche Leistungsbeziehung hinausweisende Elemente, die der Verfolgung öffentlicher Zwecke dienen.⁷⁶⁹ Der Gerichtshof bringt diesen Grundsatz mit folgender Aussage auf dem Punkt: Die Zusammenarbeit muss von Überlegungen und Erfordernissen bestimmt sein, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.⁷⁷⁰ Drittens darf ein solcher Vertrag unter keinen Umständen den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.⁷⁷¹

3. Konsequenzen

Das oben dargestellte Urteil der großen Kammer stieß auf breite Zustimmung und wurde nicht selten als Paradigmenwechsel⁷⁷² begrüßt, gehen doch die Befreiungsmöglichkeiten von Verwaltungskooperationen weit über das hinaus, was bislang im Rahmen des Inhousegeschäfts möglich war. Zu Recht formuliert jedoch die wohl überwiegende Auffassung im Schrifttum grundsätzliche Kritik im Hinblick auf die fehlende Klarheit der vom Gericht formulierten Kriterien. Die „apodiktische“ Aussage der Großen Kammer, dass Kooperationen nicht ausschreibungspflichtig sind, „solange“ sie der

765 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 38 = NZBau 2009, 527.

766 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 44 = NZBau 2009, 527.

767 Vgl. zu der nachfolgenden Zusammenstellung auch TANJA STRUVE, EuZW 2009, S. 805, S. 808; CHRISTOPH V. DONAT/JULIA LIPINSKY, KommJur 2009, S. 361, S. 364. STEPHAN TOMERIUS, LKV 2009, S. 395, S. 400. GRUNEBERG/JÄNICKE/KRÖCHER, ZfBR 2009, S. 754, S. 762.

768 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 45 = NZBau 2009, 527.

769 Als Beispiele führt die Große Kammer an; Der Leistungserbringer macht mit der Kostenerstattung keinen Gewinn; die Vertragsparteien haben gegenseitige Einstandspflichten, einander bei der Erfüllung ihrer jeweiligen Versorgungsaufgaben in Notfällen Beistand zu leisten), vgl. EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 37-43 = NZBau 2009, 527.

770 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 47 = NZBau 2009, 527.

771 Vgl. dazu auch STEPHAN TOMERIUS, LKV 2009, S. 395, S. 401.

772 JAN BYOK/GUIDO BORMANN sprechen von einer grundlegenden Revision des vergaberechtlichen Gestaltungsrahmens für interkommunale Kooperationen, NVwZ, 2010, S. 1262, S. 1264. Siehe in diesem Sinne auch die Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zum Diskussionspapier der Generaldirektion Binnenmarkt „Public-public relations in the light of EU public procurement law (CC/2010/02/EN), Dokument abrufbar unter www.dstgb-vis.de.

gemeinsamen Erledigung öffentlicher Aufgaben dienen, muss „befremden“⁷⁷³, wenn man sich vor Augen führt, dass staatliche Stellen nach nationalem Verfassungsrecht stets und ausschließlich tätig werden dürfen, um öffentliche Zwecke zu erfüllen.⁷⁷⁴ Gerade im Beschaffungswesen ist diese zwingende Rückkoppelung staatlicher Einkäufe an den maßgeblichen Zweck, die staatliche Erledigung von Verwaltungsaufgaben zu ermöglichen (Sachmittelbeschaffung) oder an Privatunternehmen zu übertragen (Einkauf von Leistungen), elementar.⁷⁷⁵ Insoweit ist die Erledigung öffentlicher Aufgaben für sich genommen keine tragfähige Abgrenzung zwischen Staat und Markt⁷⁷⁶, zumal eine Reihe solcher Leistungen insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge durch bewusste Liberalisierung und Privatisierung der Erledigung durch Privatunternehmen zugeführt wurden. Ein zweiter erheblicher Kritikpunkt ist der Tatsache geschuldet, dass aus dem Urteil nicht ersichtlich ist, ob die noch relativ konkrete Rechtsfigur des Inhousegeschäfts nunmehr aufgegeben wurde⁷⁷⁷, erweitert,⁷⁷⁸ oder gar mit einer völlig neuen Rechtsfigur ergänzt, die nun neben dem Inhousegeschäft steht.⁷⁷⁹ Drei Monate nach dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ beurteilte jedoch der Gerichtshof in der Rechtssache „SEA“ eine vertikale Kooperation ausschließlich nach den Teckalkriterien.⁷⁸⁰ Es zeichnet sich mithin eine – auch von der jüngeren Praxis der Kommission aufgegriffene – Tendenz ab, die auf eine Anwendung des Inhousegeschäfts auf vertikale Kooperationen einerseits und eine Beurteilung horizontaler Zusammenarbeitsformen nach den vagen Kriterien des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ andererseits abzielt.⁷⁸¹

4. Zwischenergebnis

Mit dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ wurde erstmalig eine horizontale Kooperation von der Ausschreibungspflicht befreit. Damit ist jedoch der bereits oben dargelegte Wertungswiderspruch in der vergaberechtlichen Beurteilung vertikaler und horizontaler Kooperationen nicht aufgelöst. Eine

773 So explizit mit den nachfolgenden Argumenten, JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, Urteilsbesprechung zu EuGH C-840/06 (Stadtreinigung Hamburg), EuZW 2009, S. 531 f.

774 Siehe hierzu auch Kapitel 1; A; II; 3.

775 Siehe dazu und zur Frage der Stellung von Grundrechten mittelbar betroffener Bürger bei „Einkaufsentscheidungen“ des Staates und der zentralen Bedeutung des Gleichbehandlungsgebotes gemäß Art. 3 GG in diesem Zusammenhang, PETER FRIEDRICH BULTMANN, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004, S. 193 ff., und 235 ff.

776 So explizit im Hinblick auf das Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009, 13 – Verg/8/09 = NZBau 2010, S. 194, S. 198 f.

777 Eine Lösung des Gerichtshofes von den Teckalkriterien mit den neu entwickelten Beurteilungsmaßstäben im Verfahren vermuten CHRISTOPH V. DONAT/JULIA LIPINSKY, KommJur 2009, S. 361, S. 365.

778 TANJA STRUVE nimmt eine Erweiterung dahingehend an, dass horizontale Kooperationen nunmehr über die Voraussetzungen des Inhousegeschäfts hinaus von der Ausschreibungspflicht befreit werden können, EuZW 2009, S. 805, S. 808. Eine Erweiterung ohne Differenzierung nach Art der Kooperationsform erkennt im Urteil WALTER FRENZ, NVwZ 2010, S. 609, S. 610 f.

779 So explizit mit den nachfolgenden Argumenten, JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, Urteilsbesprechung zu EuGH C-840/06 (Stadtreinigung Hamburg), EuZW 2009, S. 531 f.

780 EuGH C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 57 = NZBau 2009, 797

781 Explizit nach horizontalen und vertikalen Kooperationen differenzierend, allerdings mit vagen Verweisen auf die gemeinsame Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Rahmen horizontaler Zusammenarbeitsformen vgl. die Kommission in ihren Pressemitteilungen zu mehreren Verfahren; IP/09/1465 und IP/09/1462 jeweils vom 08.10.2009.

GmbH, die zu 99 % der Kommune A gehört und zu 1 % der Nachbarkommune B, kann von beiden vertikal betrieben und nach den Teckalkriterien beauftragt werden. Gehört die GmbH hingegen ausschließlich der A, so kann B einen Auftrag an die GmbH oder an A nur vergeben, wenn ihre Zusammenarbeit in ausreichender Form mit der Erledigung öffentlicher Aufgaben im Sinne des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ in Zusammenhang steht. Diese – in Ermangelung einer ausreichenden dogmatischen Herleitung – vagen Kriterien des EuGH für horizontale Kooperationen⁷⁸² sowie das unstimmige Verhältnis zum Inhousegeschäft hinterlassen in der Praxis „gemischte Gefühle“⁷⁸³. Angesichts der im Grundsatz weiterhin einzelfallbezogenen Judikatur des Gerichtshofes und der aufrecht erhaltenen strengen Teckalkriterien für vertikale Kooperationen, kann somit nicht angenommen werden, dass die Entscheidung im Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“ nunmehr für horizontale Kooperationen oder gar für alle Zusammenarbeitsformen generell das Ziel der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zurückführt, sobald eine Kooperation der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Dies bestätigt auch ein bislang kaum beachtetes⁷⁸⁴ Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-275/08⁷⁸⁵, welches fünf Monate nach der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ erging und einen vertragsbasierten horizontalen Leistungsaustausch zwischen zwei Anstalten für kommunale Datenverarbeitung nach deutschem Recht⁷⁸⁶ ohne Weiteres der Ausschreibungspflicht unterstellte, weil ein Beschaffungsvorgang zwischen den Anstalten zu bejahen war.⁷⁸⁷ Es ging um die Veräußerung von Software für die Datenverarbeitung der Kraftfahrzeugzulassung durch die bayerische Anstalt für kommunale Datenverarbeitung an die Datenzentrale Baden-Württemberg. Diese Beschaffung von Datenverarbeitungssoftware ist zwar im Gegensatz zur Abfallentsorgung keine unmittelbare Erledigung einer öffentlichen Aufgabe durch den Einkauf einer entsprechenden Dienstleistung. Allerdings wurde die Software unmittelbar zur Ermöglichung der Erledigung einer Verwaltungsaufgabe beschafft, so dass unter dem Gesichtspunkt der gemeinsamen Erledigung öffentlicher Aufgaben eine Vergleichbarkeit beider Fälle nicht von der Hand zu weisen ist. Die Soft-

782 Die im Urteil entwickelten Kriterien aus diesem Grunde zurecht als „merkwürdig konturlos“ bezeichnen CHRISTOPH V. DONAT/JULIA LIPINSKY, KommJur 2009, S. 361 S. 365.

783 So explizit CHRISTOPH JUST, der den entschiedenen Hamburger Entsorgungsfall mit einer gesellschaftsrechtlichen Weiterentwicklung des Inhousegeschäfts im Sinne einer ausschreibungsfreien „GbR Entsorgungsverbund“ und einer kollektiven Kontrolle der Landkreise gemeinsam mit der Stadtreinigung Hamburg über den Betreiber der Müllverbrennungsanlage für zweckmäßiger gehalten hätte; EuZW 2009, S. 879, S. 883.

784 Soweit ersichtlich, hat bislang lediglich das Europäische Parlament auf die Bedeutung dieses Urteils für das Vergaberecht und die kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsverhältnis zum Vergaberecht hinausweisen; Entschließung vom 18.05.2010 zu den neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175 (INI)).

785 EuGH C-275/08 (Datenzentrale Baden-Württemberg), Urteil vom 15.10.2009 = NZBau 2010, 63

786 Auftraggeber war die Datenzentrale Baden-Württemberg, eine Anstalt des öffentlichen Rechts (siehe die Homepage www.dzbw.de) und beauftragter Wirtschaftsteilnehmer war die Anstalt für kommunale Datenverarbeitung Bayern (siehe die Homepage www.akdb.de); vgl. auch EuGH C-275/08 (Datenzentrale Baden-Württemberg), Urteil vom 15.10.2009; Rn. 9 ff.

787 EuGH C 275/08 (Datenzentrale Baden-Württemberg), Urteil vom 15.10.2009, Rn. 52 f. = NZBau 2010, 63; der Beschaffungscharakter der Leistungsbeziehung war nach Auffassung des Gerichts unstreitig gegeben, die Grundsätze der In-House-Vergabe oder des Urteils Stadtreinigung Hamburg wurden nicht herangezogen.

ware wurde von der bayerischen kommunalen Anstalt kostspielig entwickelt und erprobt. Die entgeltliche Zurverfügungstellung dieser Software für einen anderen Verwaltungsträger verringert die Kosten beider Anstalten und steigert die Effizienz der Verwaltung. Hätten die beiden Anstalten bereits vor der Entwicklung der Software durch den bayerischen Kooperationspartner vertraglich vereinbart, dass der baden-württembergische Verwaltungsträger sich verpflichtet, die spätere Software für einen bestimmten Zeitraum und zu fixen Kosten zu nutzen, so hätte diese Vereinbarung den selben Charakter gehabt wie jene im Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“. Im letzt genannten Verfahren hat die anfangs vereinbarte gemeinsame Nutzung finanziell erst die Herstellung eines gemeinwohlorientierten Guts ermöglicht.⁷⁸⁸ Da die bayerische Anstalt die Software jedoch vollständig aus eigenen Ressourcen entwickelte und dann entgeltlich weiterveräußerte, erschien sie funktional als Wirtschaftsteilnehmerin, die Leistungen auf dem Markt erbringt. Diesen Befund bestätigt schließlich auch der Hinweis des Gerichtshofs im Verfahren C-305/08 vom 23.12.2009 wonach selbst solche Kooperationen, die nicht auf Gewinnerzielung gerichtet sind, grundsätzlich der Ausschreibungspflicht unterliegen.⁷⁸⁹ Somit steht im Lichte dieser beiden Urteile des Gerichtshofes gegenwärtig nur fest, dass künftig auch horizontale Zusammenarbeitsformen ausschreibungsfrei sein können, wobei die näheren Kriterien noch zu konkretisieren sind.

5. Rezeption durch nationale Rechtsprechung – OLG Celle 13 Verg 8/09⁷⁹⁰

Soweit ersichtlich, haben die ungarischen Gerichte noch keine Gelegenheit gehabt, die neuen Vorgaben des EuGH zu bewerten, was auch am oben dargelegten, horizontalen Kooperationen eindeutig entgegenstehenden § 2/A des ungarischen Vergabegesetzes liegen mag. In Deutschland hingegen verbleibt den Gerichten angesichts einer nicht erfolgten Kodifikation des Inhousegeschäfts ein gewisser Gestaltungsspielraum in diesem Bereich. Die bislang einzige Bewertung des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ für das deutsche Vergaberecht nahm das OLG Celle im Oktober des Jahres 2009 vor. Das Gericht entwickelte eine eigenständige dogmatische Einordnung der Freistellungskriterien horizontaler Kooperationen durch den EuGH im Verhältnis zum Inhousegeschäft und verweigerte explizit eine Vorlage gemäß Art. 234 Abs. 3 EGV a.F., da die Vorgaben des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ eindeutig seien. Zu beurteilen war eine vertikale Kooperation, im Rahmen derer ein Landkreis und die Hansestadt Lübeck gemeinsam eine GmbH betrieben, welche der Landkreis freihändig mit der Durchführung von Leistungen der Abfallentsorgung betraute. Die hiergegen betriebene Klage eines privaten Unternehmens sah das OLG als begründet an. Zunächst lehnte das

⁷⁸⁸ Namentlich die Müllverbrennungsanlage, vgl. EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009, Rn. 44 = NZBau 2009, 527.

⁷⁸⁹ C-305/08 (Co.NIS.Ma), Urteil vom 23.12.2009, Rn. 43 = NZBau 2010, 188.

⁷⁹⁰ OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009 – Verg 8/09 = NZBau 2010, S. 194.

Gericht ein Inhousegeschäft ab, da die Kooperationspartner die von ihnen unstreitig in ausreichender Form kontrollierte GmbH nicht im Wesentlichen für sich haben tätig werden lassen.⁷⁹¹ Sodann wendet sich das OLG den Kriterien des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ zu und lehnt eine Übertragbarkeit auf den streitgegenständlichen Fall ab. Ausschlaggebend war nach Auffassung des Gerichts jedoch explizit nicht der Umstand, dass es eine vertikale Kooperation zu beurteilen hatte, während der Ausgangssachverhalt des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ eine horizontale Zusammenarbeit war. Vielmehr seien die vom EuGH entwickelten Kriterien im Fall „Stadtreinigung Hamburg“ auch darauf gerichtet, ausschließlich solche Zusammenarbeitsverträge von der Ausschreibungspflicht zu befreien, die nicht auf eine Beschaffung am Markt gerichtet sind. Dies belege der Umstand, dass der EuGH den Vertrag zwischen dem Betreiber der Müllverbrennungsanlage und der Stadtreinigung Hamburg – also den eigentlichen Beschaffungsvertrag – explizit nicht in die Bewertung hinein bezog, sondern ausschließlich der Frage nachging, ob der Vertrag zwischen der Stadtreinigung und den Landkreisen Beschaffungscharakter hatte. Der Umstand, dass die gemeinsame GmbH des Landkreises und der Hansestadt Lübeck zum Zwecke der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Abfallentsorgung gegründet wurde, reiche für sich genommen insoweit auch im Lichte des Urteils Stadtreinigung Hamburg nicht für eine Befreiung von der Ausschreibungspflicht aus. Denn der EuGH wies auch darauf hin, dass ein Kooperationsvertrag durch gegenseitige Einstandspflichten bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe wesentlich über eine reine entgeltliche Leistungsbeziehung hinausweisen muss und in keinem Falle zu einer Ungleichbehandlung Dritter führen dürfe. Nach Auffassung des OLG Celle war der zu beurteilende Vertrag jedoch nach seinem Zweck und dem Willen der Parteien auf den entgeltlichen Austausch von Leistungen gerichtet und führte insbesondere wegen der dargelegten umfangreichen Drittgeschäfte der interkommunalen GmbH zu einer Benachteiligung dritter Wirtschaftsteilnehmer und wirkte somit über den innerstaatlichen Bereich hinaus. Damit beantwortet das OLG mittelbar die Frage, ob die Kriterien des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ alleine für horizontale Kooperationen gelten oder lediglich einen zum Inhousegeschäft alternativen Ansatz darstellen. Beide Befreiungsmöglichkeiten führt das OLG unter der Prämisse innerstaatlicher Leistungserbringung zusammen. Zur Feststellung, ob ein Kooperationsverhältnis zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen hinreichend vom Markt abgeschottet ist, kommt es nicht auf den wirtschaftlichen Charakter der ausgetauschten Leistungen, sondern alleine darauf an, dass Geschäftsbeziehungen zu anderen Marktteilnehmern vermieden werden. Das Wesentlichkeitskriterium des Inhousegeschäfts ist hierbei nach Einschätzung des OLG die maßgebliche

791 Eine Tätigkeit der interkommunal betriebenen GmbH zu höchstens 7,5 % für Dritte im Sinne der ständigen Rechtsprechung des OLG Celle lag nicht vor.

Beurteilungsgrundlage. Diesen Ansatz des OLG weisen Stimmen im Schrifttum als methodisch nicht überzeugend zurück, da mit der Heranziehung des Wesentlichkeitskriteriums gerade die vom EuGH explizit beiseite geschobenen Teckalkriterien in die Bewertung aufgenommen würden.⁷⁹² Diese Entscheidung des OLG Celle bestätigt vor allem das obige Fazit zur dogmatischen Unschärfe des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ und belegt den Bedarf nach einer weiteren Konkretisierung.

VI. Zusammenfassung zum Inhousegeschäft

Nach den bisherigen Ergebnissen steht fest, dass institutionalisierte (vertikale) Zusammenarbeitsformen sowohl in privatrechtlicher wie auch in öffentlich-rechtlicher Organisationsform ausschreibungsfrei möglich sind, wenn sie nach der Zwecksetzung der Figur des Quasi-Inhouse-Geschäfts vom Markt abgeschirmte staatliche Eigenleistungen darstellen. Auch horizontale (unmittelbar vertragsbasierte) Kooperationen scheinen die Unionsorgane nach einer bislang nicht hinreichend konkreten Prämisse⁷⁹³ von der Ausschreibungspflicht zu befreien, wenn sie als „Eigenleistung durch Zusammenarbeit“ im Sinne des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ gewertet werden können. Die dabei entstehenden Wertungswidersprüche, die fehlenden konkretisierenden Kriterien und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit drohen sich – angesichts der dargelegten, bislang schon uneinheitlichen Rechtsprechung in Deutschland – auszuweiten.⁷⁹⁴ In Ungarn besteht im Hinblick auf vertikale Kooperationen eine größere Rechtssicherheit, da diese in § 2/A Vergabegesetz explizit für privatrechtliche Formen geregelt sind, während Zusammenarbeitsformen mittels juristischer Personen des öffentlichen Rechts zumindest nach der *ratio legis* des § 2/A Vergabegesetz ebenfalls ausschreibungsfrei möglich sein dürften. Horizontale Kooperationen werden auch im ungarischen Recht nicht weiter angesprochen, obgleich sie – ähnlich der Situation in Deutschland – die populärere Zusammenarbeitsform darstellen. Schließlich ist auch die Rechtslage im Unionsrecht uneinheitlich, da die PVVO eine Reihe horizontaler Kooperationen von der Ausschreibungspflicht befreit, während im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien nur die jüngere, noch konturlose Rechtsprechung des EuGH erste Anhaltspunkte in diese Richtung liefert.

792 JAN BYOK/GUIDO BORMANN, NVwZ, 2010, S. 1262, S.1264.

793 Siehe nur die dürftigen Begründungsansätze der Kommission bei der Freistellung einiger horizontaler Kooperationen und der Aufrechterhaltung der Ausschreibungspflicht bei anderen. Pressemitteilungen über Verfahren gegen Deutschland, (IP/09/1465) vom 08.10.2009 und gegen das Vereinigte Königreich (IP/09/1458) vom 08.10.2009. Im letzteren Fall ging es um die freihändige Vergabe von Leistungen der Gebäudeverwaltung zwischen kommunalen Wohnbauunternehmen, unter denen einige als öffentliche Auftraggeber gelten und in kommunaler Trägerschaft betrieben werden; vgl. <http://www.insidehousing.co.uk/glasgow-stock-transfer-could-breach-eu-law/6506722.article> (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

794 Erschwerend tritt der Umstand hinzu, dass die deutschen Gerichte in der Tendenz strenger sind als der EuGH, so dass die im Unionsrecht entwickelten Grundsätze nicht zwingend in die deutsche Praxis einfließen müssen.

B. Die Delegation als eigenständige Ausnahme?

Der EuGH setzte den bisherigen Schwerpunkt seiner Rechtsprechung zu interkommunalen Kooperationen auf die Inhouse-Ausnahme, die er von seinem ersten Urteil in der Rechtssache „Teckal“ im Jahre 1999 über einen Zeitraum von zehn Jahren bis zu den Entscheidungen in den Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“ und „SEA“ im Jahr 2009 ausbaute. In den Jahren 2005 bis 2007 befassten sich jedoch sowohl die Kommission⁷⁹⁵ als auch der EuGH⁷⁹⁶ mit dem Aspekt der sogenannten Aufgabendelegation als einen weiteren denkbaren Ausnahmetatbestand von der Ausschreibungspflicht verwaltungsinterner Leistungsbeziehungen. Dabei handelt es sich um Fälle, bei denen eine Gemeinde nicht nur die Durchführung einer Aufgabe einer anderen Gemeinde überantwortet und für diese Leistung ein Entgelt entrichtet, sondern gleichzeitig auch die zu der Aufgabendurchführung gehörigen öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten überträgt. Trotz der Tatsache, dass der EuGH und die Kommission in den anschließenden Jahren 2007 bis 2010 Kooperationen nur noch im Rahmen der Inhouse-Ausnahme zu systematisieren suchten⁷⁹⁷, wird die Frage der Aufgabendelegation als eigenständiger Ausnahmetatbestand in der Literatur auch gegenwärtig lebhaft diskutiert.⁷⁹⁸ Es geht um die Frage, ob solche Aufgabendelegationen von der Ausschreibungspflicht freigestellt werden können, weil sie funktional als verwaltungsinterne Neuordnung von Aufgabenzuständigkeiten, namentlich als schlichte Kompetenzverschiebung behandelt werden können.⁷⁹⁹ Die Übertragung hoheitlicher Befugnisse von einer Kommune auf eine andere oder von mehreren Kommunen auf eine von ihnen betriebene juristische Person des öffentlichen Rechts ist im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit häufig anzutreffen. Der interkommunale Auftrag in Ungarn gemäß § 7 KommZusG gestattet es den Gebietskörperschaften, die Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf die ausführende Gemeinde zu vereinbaren, soweit die übertragene Aufgabe die Ausübung von Verwaltungsaufgaben beinhaltet.⁸⁰⁰ Der gleiche Vorgang ist zulässig, wenn mehrere Kommunen eine juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß §§ 9, 16 f. KommZusG errichten. In Ansehung deut-

795 Pressemitteilungen der Kommission zu den Verfahren „Gemeinde Hinte“ vom 21.03.2007, IP/07/357; und „Zweckverband Regio Entsorgung“ vom 15.07.2005, IP/05/949, S. 2.

796 EuGH C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005, Rn. 44 = VergabeR 2006, 54.

797 Die weiter entwickelten Kriterien des Urteils Stadtreinigung Hamburg setzen sich ebenfalls mit dem Inhousegeschäft auseinander und lassen die Möglichkeit von Kompetenzenübertragungen gänzlich außer Betracht.

798 SEIDEL/MERTENS in DAUSES (Hrsg.) EU-Wirtschaftsrecht, 27. Aufl. 2010 (25 EL), H (Wettbewerbsregeln); IV. (Öffentliches Auftragswesen), Rn. 195 ff.; WALTER FRENZ betont die „Berechtigung“ des Ansatzes der Hoheitsübertragung ergänzend oder alternativ zur In-House-Ausnahme, NVwZ 2010, S. 609, S. 610 f. Ebenso MARKUS KRAJEWSKI/NADINE M. WETHKAMP, DVBl 2008, S. 355, S. 362 f. Ablehnend unter Verweis auf die Lösungsmöglichkeit auch der Delegationsfälle im Rahmen der In-House-Ausnahme, CARSTEN JENNERT, NZBau, 2010, S. 150, S. 154. Im Ergebnis ablehnend JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 62.

799 TINA BERGMANN/RAINER VETTER, NVwZ, 2006, S. 497, S. 500. Ähnlich bereits MARTIN BURGI, der allerdings nicht bloß delegierende, sondern auch mandatierende öffentlich-rechtliche Aufgabenübertragungen zwischen Gebietskörperschaften als verwaltungsinternen Vorgang ansieht, weil die Ermächtigung zum Vertragsschluss auf Gesetz beruht und der verwaltungsinternen Erledigung öffentlicher Aufgaben dient; NZBau 2005, S. 208, S. 212.

800 Siehe § 7 Abs. 4 lit. i) KommZusG.

scher Zweckverbände geht bereits mit deren Gründung Kraft Gesetzes die Aufgabenzuständigkeit und somit das Recht und die Pflicht zur Wahrnehmung der Aufgabe samt der dazugehörigen Befugnisse von den zusammengeschlossenen Kommunen auf den Verband über, so dass sich die Gemeinden der Aufgabe konzeptionell vollständig entledigen.⁸⁰¹ Der Verband kann nach den für die übertragene Aufgabe geltenden Vorschriften anstelle der Kommunen Satzungen erlassen und Hoheitsbefugnisse ausüben. Allerdings bleibt die Zuständigkeit der Kommunen insoweit unberührt, als sie in der Verbandssatzung den Übergang einzelner Befugnisse ausschließen.⁸⁰² Auch bei delegierenden Zweckvereinbarungen übernimmt die aufgabenausführende Kommune die Aufgabe in ihre Zuständigkeit und nimmt die damit einhergehenden Kompetenzen auf dem Gemeindegebiet der übrigen Kooperationspartner wie auf ihrem eigenen Gemeindegebiet wahr. Jedoch können die Kommunen auch hier den gesetzlich als Grundfall angeordneten vollständigen Übergang der Aufgabenzuständigkeit beschränken.⁸⁰³

I. Kontroverse im Schrifttum

Unter Heranziehung des funktionalen Auftragsbegriffes wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass bei der Übertragung von Hoheitsbefugnissen kein Markt und daher auch kein Beschaffungsvorgang gegeben sei.⁸⁰⁴ Die Kommune übernehme durch die Vereinbarung einer Delegation gerade nicht in Konkurrenz zu privaten ausländischen Bietern die Durchführung einer Aufgabe sondern die gesamte Aufgabe selbst.⁸⁰⁵ Sie wird folglich zur neuen Aufgabenträgerin, was im Falle eines beauftragten Unternehmens nicht möglich sei. Als zusätzliches Argument wird die Analogie der Delegation zu Fällen der so genannten materiellen Privatisierung genannt.⁸⁰⁶ Soweit eine öffentliche Aufgabe keine kommunale Pflichtaufgabe ist, kann sie im Rahmen einer materiellen Privatisierung dergestalt auf ein Privatunternehmen übertragen werden, dass sich die Kommune der Aufgabe vollständig entledigt. Wegen dieses Entledigungscharakters ist die materielle Privatisierung unstreitig kein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang sondern ein Veräußerungsgeschäft der öffentlichen Hand.⁸⁰⁷ Auch eine delegierende Kommune beschaffe sich nicht eine Leistung auf dem Markt, son-

801 § 8 Abs. 1 KGG-Hessen bestimmt beispielsweise: Das Recht und die Pflicht der in einem Zweckverband zusammengeschlossenen Gemeinden und Landkreise, die übertragenen Aufgaben wahrzunehmen und die dazu notwendigen Befugnisse auszuüben, gehen auf den Zweckverband über. Der Zweckverband kann anstelle der Verbandsmitglieder nach den für die übertragenen Aufgaben geltenden Vorschriften Satzungen erlassen sowie den Anschluss- und Benutzungszwang vorschreiben.

802 § 8 Abs. 2 KGG-Hessen.

803 § 25 KGG-Hessen.

804 SEIDEL/MERTENS in DAUSES (Hrsg.) EU-Wirtschaftsrecht, 26. Aufl. 2010 (25 EL), H (Wettbewerbsregeln); IV. (Öffentliches Auftragswesen), Rn. 195 ff. WOLFRAM KROHN, NZBau, 2006, S. 610, S. 616.

805 KRAJEWSKI/NADINE M. WETHKAMP, DVBl 2008, S. 355, S. 362 f.; SONJA JOHANNA KOHOUT, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 310 ff.

806 Zu den nachfolgenden Argumenten TINA BERGMANN/RAINER VETTER, NVwZ 2006, S. 497, S. 500 ff.

807 Allgemein zur Ausschreibungsfreiheit materieller Privatisierungen, etwa der Veräußerung eines Unternehmens der öffentlichen Hand HANS-JOACHIM PRIESS, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 113 f.

dem entledige sich der Aufgabe und stehe daher – vergleichbar einer vollständigen Privatisierung – nicht als Nachfrager sondern als Anbieter auf dem Markt.⁸⁰⁸ Der funktionale Auftragsbegriff will jedoch nur solche Vorgänge erfassen, bei denen eine Leistung eingekauft, also etwas beschafft wird. Einschränkend zu dieser grundsätzlichen Ausschreibungsfreiheit der delegierenden Aufgabenübertragung weisen die Vertreter dieses Ansatzes darauf hin, dass stets am konkreten Einzelfall zu Prüfen sei, ob nach funktionalen Gesichtspunkten nicht doch eine Beschaffung vorliege.⁸⁰⁹ Dies sei anzunehmen, wenn zwar formal eine Hoheitsübertragung stattgefunden hat, die entledigende Kommune sich aber derart weitreichende Aufsichts- oder Zustimmungsrechte oder das Recht zur Erhebung von Gebühren vorbehalten hat, dass eine Alleinverantwortung der übernehmenden Gemeinde oder des Zweckverbandes letztlich nicht angenommen werden kann.⁸¹⁰ In diesen Fällen behalte die delegierende Kommune trotz der Übertragung von Hoheitsbefugnissen funktional betrachtet die Rolle eines Bestellers. Ferner ist nach den Vertretern des Delegationsansatzes auch darauf zu achten, ob die übernehmende Kommune im Bezug auf den übertragenen Aufgabenkreis nicht bereits eine Wettbewerbsstellung auf dem Markt inne hat, weil sie dieselbe Leistungsart schon anderen Marktteilnehmern gegenüber erbringt.⁸¹¹

Zur Veranschaulichung sei hier das Beispiel einer Kommune angeführt, die zur besseren wirtschaftlichen Auslastung einer von ihr betriebenen Abfallverwertungsanlage ihre Entsorgungstätigkeiten auch privaten Gewerbebetrieben anbietet oder im Vergabeverfahren benachbarter öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger Angebote einreicht.⁸¹² Auf Grund ihres breiten Leistungsportfolios gegenüber anderen Marktteilnehmern würde eine Direktvergabe an diese Kommune in einem solchen Fall zu Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten eines aus öffentlichen Geldern finanzierten Wirtschaftsteilnehmers führen. Soweit also eine Gebietskörperschaft faktisch derart ausgeprägt den Markt betreten hat, dass sie in Ansehung einer Leistung die Eigenschaft eines Unternehmens besitzt, lasse sich nach funktionalen Gesichtspunkten die Befreiung von der Ausschreibungspflicht nicht mehr damit begründen, dass die Leistungsbeziehung im innerstaatlichen Raum verbleibe⁸¹³, weil sie die

808 SONJA JOHANNA KOHOUT, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 310 ff.

809 WALTER FRENZ, NVwZ 2010, S. 609, S. 610 f.

810 WOLFRAM KROHN, NZBau, 2006, S. 610, S. 616.

811 Ein gefestigter Wettbewerb zwischen kommunalen Betrieben und Privatunternehmen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge ist in der Praxis mittlerweile erkannt worden. Dazu JAKOB STEIFF, NZBau 2005, S. 205, S. 207.

812 In Ungarn erbringen etwa 50 % der von den Kommunen betriebenen Einrichtungen ihre Leistungen der Daseinsvorsorge dauerhaft auch gegenüber anderen Marktteilnehmern und nicht nur für die Betreiberkommune; siehe Innenministerium Ungarn, Dok.-Nr. 308-155/2005, S. 5 (vgl. die Angaben zu Abb. 3 im Anhang). Auch in der deutschen Praxis ist ein Wettbewerbsverhältnis dieser Art zwischen kommunalen Trägern und Privatunternehmen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge die Regel. Dazu CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 154.

813 Dieses Ergebnis räumen seit jüngstem auch die kommunalen Spitzenverbände ein und verlagern die vergaberechtliche Würdigung kommunaler Kooperationen ausschließlich auf die Inhouse-Ausnahme unter der Betonung, dass einer Differenzierung zwischen delegierender und mandatierender Aufgabenübertragung keine praktische Bedeutung zukommt; Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zum Diskussionspapier der Generaldirektion Binnenmarkt vom Februar 2010 „Public-public relations in the light of EU public procurement law

II. Bewertung

Dieser Ansicht ist zwar zuzusprechen, dass sie mit dem Entledigungscharakter vollständiger Hoheitsübertragungen eine im Grundsatz tragfähige Analogie zu der ausschreibungsfreien materiellen Privatisierung identifiziert hat. Jedoch belegen bereits die dargelegten Einschränkungen die schwere Praktikabilität dieses Ausnahmetatbestandes. Bereits die nationalen Vorschriften gestatten den Kommunen, dass sie bei der Übertragung von Hoheitsbefugnissen Kontrollmöglichkeiten zurückbehalten, da die jeweilige Aufgabe zwar von einem anderen Aufgabenträger, jedoch auf dem Gemeindegebiet der delegierenden Kommune ausgeführt wird.⁸¹⁵ Eine Einzelfallprüfung nach dem Grad und dem Umfang der übertragenen Kompetenz wäre zudem eine formale Betrachtungsweise, die angesichts der unterschiedlichen Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten⁸¹⁶ gerade nicht in den funktionalen Auslegungsmaßstab des Vergaberechts einrücken sollte. Daher ist es zweckmäßiger, nicht nach der Rechtsform der Aufgabenübertragung, sondern nach dem Inhalt der übertragenen Aufgabe zu differenzieren.⁸¹⁷ Kann eine an sich öffentliche Aufgabe nach nationalem Recht auch von Privatanbietern ausgeführt werden, so besteht bereits ein Markt mit gefestigtem Wettbewerb zwischen Privaten und gegebenenfalls hoheitlichen Dienstleistern. In solchen Fällen ist eine Ausschreibungspflicht anzunehmen, so dass letztlich nur die Aufgabenübertragung zwischen Hoheitsträgern im Bereich der Verwaltungsmonopole⁸¹⁸ nicht ausschreibungspflichtig ist. Denn nur bei ausschließlich dem Staat vorbehaltenen Aufgaben kann es keinen Wettbewerb zu Privatunternehmen um die nachgefragte Leistung geben.⁸¹⁹ Mit einer solchen Differenzierung nach der Art der übertragenen Leistung lässt sich größere Rechtssicherheit erreichen. Es ist einfacher festzustellen, ob im Einzelfall ein dem Staat ausschließlich vorbehaltener Aufgabenbereich vorliegt, als danach zu diffe-

(CC/2010/02EN), S. 2, abrufbar unter www.dstgb-vis.de.

814 SONJA JOHANNA KOHOUT, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 310 ff.

815 Nach den Kooperationsgesetzen der Länder in Deutschland ist die Zurückbehaltung des Satzungsrechts bei Delegationen stets zulässig, was letztlich dazu führt, dass die delegierende Kommune die Art und Weise der Aufgabenerfüllung durch Satzung jederzeit maßgeblich gestalten und damit kontrollieren kann. Dazu WOLFRAM KROHN, NZ-Bau, 2006, S. 610, S. 616.

816 In Deutschland gibt es bei manchen Delegationen zwingend vorgeschriebene Befristungen der Übertragung oder festzusetzende Widerrufsvorbehalte, vgl. §§ 16 Abs. 4 oder § 18 a Abs. 2 lit. a) KrW-/AbfG, während Kooperationsgesetze der Länder zumeist fakultative Zurückbehaltungsrechte vorsehen. Das KommZusG in Ungarn räumt den Kommunen weitreichende eigenständige Gestaltungsrechte in Ansehung der Kompetenzenübertragungen und deren Beschränkung im Einzelfall vor.

817 Mit dieser Argumentation überzeugend die Delegationsausnahme ablehnend, CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S 150, S. 152.

818 Vgl. Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge vom 19.01.2001 (ABl. C 17 S. 4 ff.), Punkt 28. Als Beispiel benennt die Kommission „exklusiv hoheitliche Tätigkeiten“ wie die Wahrung der äußeren und inneren Sicherheit, die Justizverwaltung und vergleichbare Gewaltmonopole des Staates. Erfasst sind jene Aufgabenbereiche, die nach nationalem Recht den dem Staat vorbehalten sind.

819 Die Ausschreibungsfreiheit von Delegationen aus diesem Grund ablehnend JAN ZIEKOW/THORSTEN SIEGEL, VerwArch, 2005, S. 119, S. 134 f.

renzieren, ob und in welchem Umfang öffentlich-rechtliche Zuständigkeiten übertragen wurden. Schließlich ist noch zu beachten, dass die von den Vertretern des Delegationsansatzes geforderte Differenzierung danach, ob eine delegierend beauftragte Kommune dieselbe Leistungsart bereits anderen privaten Marktteilnehmern gegenüber erbringt, an sich keine selbstständige Bedeutung hat, da im Rahmen des funktional angelegten Inhousegeschäfts das Wesentlichkeitskriterium gerade diesen Maßstab angelegt. Wenn also einem Zweckverband eine Aufgabe delegierend übertragen wird, besteht bei einer ausreichenden Kontrolle des Zweckverbandes durch die Kommunen ohnehin nach den Teckalkriterien eine Befreiung von der Ausschreibungspflicht, soweit der Zweckverband anderen Marktteilnehmern gegenüber keine Leistungen erbringt. Auf die Übertragung von Kompetenzen kommt es dann nicht mehr an. Praktische Bedeutung hätte die Delegationsausnahme dann nur noch in den Fällen einer horizontalen Kooperation, namentlich bei delegierenden Zweckvereinbarungen zwischen Kommunen oder dem interkommunalen Auftrag gemäß § 7 KommZusG in Ungarn. Hier könnten nämlich an einer Anwendbarkeit der In-House-Ausnahme insoweit Zweifel bestehen, als dass die delegierende Kommune die andere Kommune nicht wie eine eigene Dienststelle kontrollieren kann.⁸²⁰ Jedoch ist zu beachten, dass das europäische Vergaberecht mit dem dargelegten Art. 5 Abs. 2 PVVO die Inhouse-Befreiung auch zunehmend auf solche horizontalen Kooperationen erstreckt. Danach kommt es gerade nicht auf eine dienststellenähnliche Kontrolle einer Gemeinde über die andere an. Vielmehr ist es ausreichend, wenn die jeweils beauftragte Kommune über die von ihr zur Aufgabenausführung eingesetzte Stelle (eine GmbH, eine rechtsfähige Anstalt oder sonstige selbstständige Organisationseinheit) eine Kontrolle im Sinne der Teckalkriterien ausübt. Erbringt diese kommunale Einrichtung keine Leistungen gegenüber anderen Marktteilnehmern, so kann nach den funktionalen Kriterien der Inhouse-Ausnahme auch hier eine Freistellung von der Ausschreibungspflicht bei gleichzeitiger Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen erzielt werden. Unter diesen Gesichtspunkten ist ein Abstellen auf die ohnehin formalen Kriterien der Delegationsausnahme nicht mehr notwendig⁸²¹, da sowohl vertikale als auch horizontale Kooperationen im funktionalen Bezugsrahmen der Inhouse-Ausnahme erfasst und einheitlich beurteilt werden können.⁸²²

820 Freilich gilt dies für sämtliche (auch mandatierende) horizontalen Kooperationen, da eine Gebietskörperschaft sich nicht der vollständigen Kontrolle einer anderen Gemeinde unterwerfen darf und die in den Landesgesetzen vorgesehenen Zweckvereinbarungen auf eine vertragliche Grundlage auf Ebene der Gleichordnung zwischen den Gebietskörperschaften gerichtet sind. Siehe WOLFRAM KROHN, NZBau 2006, S. 610, S. 614.

821 So auch ALEXANDER EGGER, Europäisches Vergaberecht, 1. Aufl. 2008, S. 173 f.

822 Auf gleicher Linie JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 64 f. Siehe dazu auch Kapitel 6.

III. EuGH C-264/03 – delegierende Aufgabenübertragung und Ausschreibungspflicht

Im Verfahren C-264/03 machte der EuGH grundsätzliche Aussagen zu der Delegationsausnahme im Bereich des Vergaberechts, welche auch Hinweise auf das Verhältnis der Inhouse-Ausnahme zu der Aufgabendelegation enthielten.⁸²³ Im Ausgangsstreit ging es um Vorschriften des französischen Rechts, die öffentliche Auftraggeber unter anderem dazu ermächtigten, bei der Errichtung von Gebäuden Aufgaben der Baubetreuung ohne Vergabeverfahren an andere öffentliche Auftraggeber zu übertragen. Als solche öffentliche Auftraggeber bestimmte das Gesetz Gebietskörperschaften, öffentliche Einrichtungen und Privatunternehmen, die mit besonderen öffentlichen Aufgaben nach nationalem Recht betraut waren. Das Gesetz ließ dabei auch die Übertragung der öffentlich-rechtlichen Kompetenzen zur Ausführung der Baubetreuungsaufgaben zu. Nach Einschätzung der Kommission war eine Freistellung dieser Aufgabenübertragungen von der Ausschreibungspflicht nicht zulässig, da es sich inhaltlich um Leistungen handelte, die Privatunternehmen erbringen können und für die die Richtlinie daher ein Vergabeverfahren vorsehe.⁸²⁴ Der Gerichtshof stellt klar, dass die Übertragung öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten – entgegen des Vorbringens der französischen Regierung – an sich nicht für die Vermutung ausreicht, es liege inhaltlich nicht mehr die Erbringung einer ausschreibungspflichtigen Dienstleistung vor.⁸²⁵ Insbesondere spreche eine Zuständigkeitsübertragung für sich genommen nicht für einen untrennbaren Zusammenhang mit der hoheitlichen Wahrnehmung von Aufgaben in öffentlichem Interesse. Denn im Vergabewesen sei es die Regel, dass staatliche Stellen die Durchführung von Aufgaben von öffentlichem Interesse gerade privaten Unternehmen übertragen. Erforderlich für eine zulässige freihändige Vergabe sei daher, dass die Kompetenzübertragung eine direkte Beteiligung an der Ausübung hoheitlicher Gewalt umfasst. Damit setzt das Gericht seinen allgemeinen Ansatz in Ansehung übertragener Kompetenzen fort⁸²⁶ und beurteilt diese im Rahmen der oben dargelegten Art. 62 i.V.m. 51 Abs. 1 AEUV. Schließlich geht der Gerichtshof auf die Inhouse-Kriterien ein und prüft, ob unter der Annahme einer „internen Verwaltung öffentlicher Dienstleistungen“ eine Freistellung von der Ausschreibungspflicht denkbar ist. Dies verneint der Gerichtshof nur, weil die beklagte französische Regierung keine Anhaltspunkte dafür vorgebracht hat, dass im Falle der streitgegenständlichen Aufgabenübertragung die übertragende Stelle eine ausreichende Kontrolle über die betraute Stelle inne hat. Der Gerichtshof nimmt

823 C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005, Rn. 44 ff. = VergabeR 2006, 54.

824 C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005, Rn. 22 = VergabeR 2006, 54.

825 EuGH C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005, Rn 44: „Die Rechtssubjekte, die mit der Baubetreuung beauftragt werden können, können als „Dienstleistungserbringer“ angesehen werden, soweit die ihnen mit dem Baubetreuungsauftrag gemäß Artikel 3 des Gesetzes Nr. 85-704 übertragenen Kompetenzen der Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Gemeinschaftsrechts entsprechen“.

826 Siehe dazu EuGH C-272/91, Urteil vom 26.04.1994, Slg. 1994 I S. 1409, Rn. 7 = BeckRS 2004, 75877 ff., wo der Gerichtshof bei der Ausschreibungspflicht danach differenziert, ob die übertragenen Befugnisse eine hinreichende eigene hoheitliche Entscheidungsgewalt der beauftragten Stelle begründen. Nur dann können Leistungen, die an sich auch von Privatunternehmen erbracht werden können, ausschreibungsfrei übertragen werden.

somit bei der Übertragung von Kompetenzen eine mehrstufige Prüfung vor. Handelt es sich inhaltlich um eine Aufgabe, die an sich auch ein privates Unternehmen erbringen kann und darf, so führt die Übertragung bestehender öffentlich-rechtlicher Kompetenzen zwischen Kommunen zur Freistellung vom Vergaberecht nur dann, wenn sie die Ausübung hoheitlicher Gewalt ermöglicht und begründet. Diese an die Maßstäbe der Art. 62, 51 Abs. 1 AEUV anknüpfende Abgrenzung begründet – wie dargelegt⁸²⁷ – bei Hoheitsübertragungen im Bereich der auch privaten Anbietern zugänglichen Daseinsvorsorge regelmäßig keine Befreiung von der Ausschreibungspflicht. Damit verbleibt eine Freistellung nach den Teckalkriterien. Beide Befreiungsmöglichkeiten identifiziert der Gerichtshof als unterschiedliche Ausprägungen „interner Aufgabenbewältigung“.⁸²⁸

IV. Kommissionspraxis: „Gemeinde Hinte“⁸²⁹, „Zweckverband Regio-Entsorgung“⁸³⁰, „Dataport“ und „Zweckvereinbarung Bochum-Dortmund“⁸³¹

Im Vertragsverletzungsverfahren „Hinte“ ging es um die Beauftragung des Oldenburgisch-Ostfriesischen Wasserverbands (OOWV) durch die Gemeinde Hinte mit der Durchführung der Abwasserbeseitigung im Jahre 1999. Die Gemeinde ist dem Wasserverband beigetreten und schloss zugleich mit dieser einen Vertrag über die Einzelheiten der Abwasserentsorgung ab. Es kam auch zu der Übertragung der Aufgabenträgerschaft auf den Verband mit befreiender Wirkung für die Gemeinde Hinte. Im entsprechenden Vorverfahren des Art. 226 EGV a.F. machte die Kommission deutlich, dass nach dem funktionalen Auftragsbegriff eine Auftragsvergabe anzunehmen sei. Es handele sich um einen Vertrag zweier juristischer Personen des öffentlichen Rechts über entgeltliche Leistungen. Mangels Kontrollmöglichkeiten der Gemeinde über den OOWV könne auch keine Inhouse-Vergabe angenommen werden, so dass die Vergaberechtsvorschriften hätten angewendet werden müssen⁸³². In der Folgezeit kündigte jedoch der Gemeinderat der Stadt Hinte den vorgenannten Vertrag mit dem OOWV, blieb aber zugleich Mitglied des Verbandes. Die Leistungsbeziehungen der Abwasserentsorgung wurden in der ursprünglichen Form beibehalten. Auf Grund der Auflösung des Vertrages stellte die Kommission das Verfahren um die Gemeinde Hinte vor dem EuGH ein. Zur Begründung führte sie in ihrer Pressemitteilung (IP/05/949) vom 15.07.2005 aus: „die Beendigung des Vertrages macht deutlich, dass die Zuständigkeit für die Abwasserbeseitigung eigentlich infolge des Verbandsbeitritts von der Gemeinde Hinte auf den OOWV übertragen wurde. Dies bedeutet wieder-

827 Siehe die Ausführungen zu Art. 62 und 51 VAEU in diesem Kapitel.

828 C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Urteil vom 20.10.2005, Rn. 49 ff. = VergabeR 2006, 54.

829 Pressemitteilung der Kommission vom 15.07.2005, IP/05/949, S. 2.

830 Entscheidung der Kommission im Verfahren „Zweckverband Regio-Entsorgung“, Pressemitteilung vom 21.03.2007, IP/07/357.

831 Zu den Verfahren „Dataport“ und „Zweckvereinbarung Bochum-Dortmund“ siehe Pressemitteilung der Kommission IP/09/1462 vom 08.10.2009.

832 Pressemitteilung der Kommission vom 14.01.2005 IP/05/44, S. 2.

um, dass der OOWV infolge einer internen Neuordnung öffentlicher Befugnisse und nicht etwa durch einen öffentlichen Vertrag mit der Dienstleistung betraut wurde. Da somit keine Vergabevorschriften verletzt wurden, konnte das Verfahren eingestellt werden“. Damit spricht sich die Kommission für eine Freistellung vom Vergaberecht aus, soweit die Aufgabe mit den dazugehörigen Rechten und Pflichten vollständig von einem Träger auf einen anderen übergegangen ist. Diese Rechtsauffassung bestätigt die Kommission in einer weiteren Entscheidung im Verfahren Regio-Entsorgung gegen Deutschland.⁸³³ In der neueren Praxis scheint die Kommission sich jedoch von ihrem Delegationsansatz zu distanzieren.⁸³⁴ Die Aufgabenübertragung an eine öffentlich-rechtliche Anstalt, die von mehreren deutschen Gebietskörperschaften betrieben wird, beurteilte die Kommission im Jahr 2009 im Verfahren „Dataport“ ausschließlich nach den Inhouse-Kriterien und geht der Frage übertragener Kompetenzen nicht mehr nach. Eine Zweckvereinbarung, durch welche der technische Betrieb des Einwohnermeldesystems der Stadt Bochum auf Dortmund übertragen wurde, bewertet die Kommission ebenfalls nur nach der Inhouse-Rechtsprechung des EuGH und differenziert nicht mehr nach dem Umfang übertragener öffentlich-rechtlicher Kompetenzen zwischen den Gebietskörperschaften.⁸³⁵

C. Zusammenfassung und Bewertung für die hier behandelten Zusammenarbeitsformen

Der EuGH hat mit dem Inhousegeschäft einen praktikablen und mittlerweile etablierten Ausnahmetatbestand von der Ausschreibungspflicht für vertikale Kooperationsformen entwickelt. Diese erfasst die Zusammenarbeit mehrerer Gemeinden mittels einer von ihnen gelenkten juristischen Person, die im Wesentlichen für die Betreiberkommunen tätig wird. Aufträge an eine solche Stelle können daher funktional als Eigenleistung der Kommunen im Sinne einer Aufgabenübertragung an eine eigene Dienststelle betrachtet werden. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen darf eine solche gemeinsam betriebene Dienststelle in nur sehr geringfügigem Umfang für Dritte tätig werden.

Die Delegationsausnahme erwies sich als wenig praktikabel und stellt keine Alternative zum Inhousegeschäft dar. Zwar kann die Delegation sowohl vertikale als auch horizontale Kooperationen erfassen, dies jedoch nur in den seltenen Fällen einer vollständigen Übertragung öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten auf die beauftragte Kommune oder die gemeinsam betriebene juristische Person des öffentlichen Rechts. Nur soweit eine Kommune oder ein kommunaler Verband solche Leistungen anbietet, die von Privaten nicht erbracht werden können, besteht kein Wettbewerb zu anderen Marktteilnehmern und der kommunale Leistungserbringer erscheint nur in diesen engen Fällen der

833 Entscheidung der Kommission im Verfahren gegen den Zweckverband Regio-Entsorgung, vgl. Pressemitteilung vom 21.03.2007, IP/07/357.

834 Zu den nachfolgenden Angaben siehe die Verfahren „Dataport“ und „Zweckvereinbarung Bochum-Dortmund“ Pressemitteilung der Kommission IP/09/1462 vom 08.10.2009.

835 „Zweckvereinbarung Bochum-Dortmund“ - Pressemitteilung der Kommission IP/09/1462 vom 08.10.2009.

Verwaltungsmonopole⁸³⁶ nicht als Wirtschaftsteilnehmer. Sowohl die hier interessierenden Zweckverbände und Zweckvereinbarungen nach deutschem Recht als auch die Zusammenarbeitsformen gemäß den §§ 7 ff. KommZusG in Ungarn sind auf Leistungsbeziehungen im Bereich der Daseinsvorsorge gerichtet und stellen keine ausschließlichen Verwaltungsmonopole⁸³⁷ dar. Vielmehr besteht hier in beiden Ländern ein gefestigter Wettbewerb zwischen kommunalen und privaten Dienstleistern um Aufträge.⁸³⁸ Würde die Delegation auch im Rahmen der Daseinsvorsorge gelten, wäre eine schwere Rechtsunsicherheit auf Grund des Exklusivitätsverhältnisses des Inhousegeschäfts und der Delegation zu befürchten.⁸³⁹ Denn die für eine Delegation erforderliche vollständige Zuständigkeitsübertragung – etwa auf einen Zweckverband – verhindert die ausreichende Lenkung des Verbandes durch die Kommunen im Sinne des Inhousegeschäfts. Die Gebietskörperschaften hätten erhebliche Schwierigkeiten, im Einzelfall zu beurteilen, wie die Aufgabenübertragung am zweckmäßigsten zu gestalten ist.⁸⁴⁰

Die gegenwärtig bedeutendste systematische Fragestellung im Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit ist die vergaberechtliche Einordnung horizontaler Kooperationsformen. Die jüngere Rechtsprechung des EuGH insbesondere im Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“ zielt auch hier auf Befreiungsmöglichkeiten dieser Kooperationsformen von der Ausschreibungspflicht ab. Allerdings lässt diese neue Entwicklung noch viele Fragen offen und leidet an systematischen Widersprüchen in der Behandlung vertikaler Kooperationen einerseits und horizontaler Formen andererseits. Soweit das Inhousegeschäft jedoch im Sinne des dargestellten Art. 5 Abs. 2 PVVO auch im allgemeinen Vergaberecht auf horizontale Kooperationen (Zweckvereinbarungen) erweitert werden kann, bietet sich eine einheitliche Lösung nach den insoweit modifizierten Teckalkriterien an. Ein solches Vorgehen brächte – auch nach der Einschätzung der Kommunen selbst – mehr Rechtssicherheit.⁸⁴¹ Ein Vergleich der Rechtslage in Deutschland und Ungarn ergab, dass die in der kommu-

836 Vgl. Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge vom 19.01.2001 (ABl. C 17 S. 4 ff.), Punkt 28. Als wettbewerbsrechtlich nicht relevante Tätigkeit benennt die Kommission „exklusiv hoheitliche Tätigkeiten“ wie die Wahrung der äußeren und inneren Sicherheit, die Justizverwaltung und vergleichbare Gewaltmonopole des Staates. Erfasst sind jene Aufgabenbereiche, die nach nationalem Recht den dem Staat vorbehalten sind.

837 Für Deutschland vgl. OLG Naumburg, Beschl. vom 3.11.2005, 1 Verg 9/05 (NZBau 2006, S. 58 ff.); Für Ungarn vgl. Belügyminisztérium (Innenministerium) Ungarn/Dok.-Nr. 308-155/2005, S. 2 ff.

838 In Ungarn erbringen etwa 50 % der von den Kommunen betriebenen Einrichtungen ihre Leistungen der Daseinsvorsorge dauerhaft auch gegenüber anderen Marktteilnehmern und nicht nur für die Betreiberkommune; Innenministerium Ungarn, Dok.-Nr. 308-155/2005, S. 5 (vgl. die Angaben im Anhang zu Abbildung 3). Auch in der deutschen Praxis ist ein Wettbewerbsverhältnis dieser Art zwischen kommunalen Trägern und Privatunternehmen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge die Regel. Dazu CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 154.

839 Die Delegationsausnahme grundsätzlich befürwortend, verweist WOLFRAM KROHN dennoch auf diesen Widerspruch, NZBau, 2006, S. 610, S. 617.

840 Bei horizontalen Kooperationen spricht JOST PIETZCKER zutreffend von einer „Umkehr des Kontrollkriteriums“, welches bei der Delegationsausnahme die Ausschreibungspflicht begründet und bei einer Mandatierung hingegen im Rahmen des Inhousetatbestandes von der Ausschreibungspflicht befreit; Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Auf. 2010, S. 64 f.

841 Wohl aus diesem Grund sprechen sich die kommunalen Spitzenverbände für eine einheitliche Lösung im Rahmen

nalen Praxis beider Länder populären horizontalen Zusammenarbeitsformen der Ausschreibungspflicht unterliegen. Gleichzeitig legen sowohl der ungarische Gesetzgeber als auch die deutschen Gerichte für die grundsätzlich als Inhousegeschäft erfassten vertikalen Kooperationen strengere Maßstäbe an als der EuGH.

Kapitel 5 Das Kommunale Selbstverwaltungsrecht im Vertragswerk von Lissabon

Die Möglichkeiten einer Befreiung kommunaler Zusammenarbeitsformen von der Ausschreibungspflicht hängen nach den bisherigen Ergebnissen maßgeblich von der einschränkenden Auslegung des Auftragsbegriffes nach funktionalen Gesichtspunkten ab.⁸⁴² Diese ist – wie in Kapitel 4 dargestellt – auf die Prüfung gerichtet, wann eine Zusammenarbeit als Eigenerbringung einer Leistung durch mehrere Kommunen zu werten ist und daher gerade keine marktgerichtete Beschaffung darstellt.⁸⁴³ Die Rechtsprechung des EuGH führte zu einem Regel-Ausnahme-Prinzip, wonach interkommunale Leistungsbeziehungen grundsätzlich ausschreibungspflichtig sind, sofern die richterrechtlichen Ausnahmetatbestände nicht ausnahmsweise eine Befreiung ermöglichen. Insbesondere hinsichtlich der horizontalen Kooperationsformen sind diese Befreiungsmöglichkeiten noch unausgereift. In Ermangelung anderer Vorschriften des Sekundärrechts zu dieser Fragestellung ist der durch Richterrecht geprägte vergaberechtliche Auftragsbegriff die alleinige dogmatische Grundlage in den Vergaberechtsrichtlinien für die Entwicklung einer rechtssicheren Lösung.⁸⁴⁴ Nachfolgend wird daher der Frage nachgegangen, ob und inwieweit die im Vertragswerk von Lissabon verankerte Rücksichtnahme auf die lokale Selbstverwaltung neue Auslegungsmaxime für den vergaberechtlichen Auftragsbegriff liefern kann.⁸⁴⁵

A. Das Kommunale Selbstverwaltungsrecht im Spannungsverhältnis zur Ausschreibungspflicht?

Auf Betreiben zahlreicher kommunaler Interessenverbände und Initiativen, denen sich auch das Eu-

der Inhouse-Ausnahme aus und lehnen eine Differenzierung nach Delegation oder Mandatierung bei Zweckvereinbarungen ab: Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zum Diskussionspapier der Generaldirektion Binnenmarkt vom Februar 2010 „Public-public relations in the light of EU public procurement law (CC/2010/02EN)“, S. 2, abrufbar unter www.dstgb-vis.de. Anders KERSTIN STUBER, die in der Delegationsausnahme eine eigenständige Befreiungsmöglichkeit sieht, Sachenlandkurier 9/06, S. 381, S.383.

842 Vgl. Kapitel 3 B; II; 4.

843 So der EuGH bereits in seiner ersten grundlegenden Entscheidung zu kommunalen Zusammenarbeitsformen; C-107/98, Urteil vom 18. 11. 1999, (Teckal) Rn. 49 f = EuZW 2000, 246. Bestätigt etwa in C-26/03, Urteil vom 11.01.2005 (Stadt Halle), Rn. 48 f = NVwZ 2005, S. 187 und unlängst in C-480/06, Urteil vom 09.06.2009 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 32-34 = NZBau 2009, S.527 ff.

844 Zu dieser zentralen Rolle des Auftragsbegriffes für die Behandlung interkommunaler Kooperationen sowohl im Anwendungsbereich der Vergaberechtsrichtlinien als auch im Bereich der alleine nach primärrechtlichen Vorschriften zu beurteilenden Vergaben von Dienstleistungskonzessionen vgl. Generalanwältin VERICA TRSTENJAK, Schlussanträge vom 04.06.2008 zu EuGH C-324/07 (Coditel), Rn. 49-51.

845 Dazu VERICA TRSTENJAK, Schlussanträge zu EuGH C-324/07 (Coditel) vom 04.06.2008, 80 ff., 85, die die explizit als „interkommunale Zusammenarbeit“ bezeichneten Sachverhaltskonstellationen den neuen Verbürgungen im Lissaboner Vertragswerk zuschreibt und eine Neubewertung der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht verlangt.

ropäische Parlament anschloss, rückte mit zunehmender Intensität die Frage in den Vordergrund, ob der ohnehin auslegungsfähige vergaberechtliche Auftragsbegriff nicht einschränkender ausgelegt werden sollte, um das Selbstverwaltungsrecht der kommunalen Gebietskörperschaften besser zu schützen.⁸⁴⁶ Im Rahmen dieser Auseinandersetzung wurden in der Praxis Auslegungskriterien entwickelt, die – wenn auch mit unterschiedlichen Ergebnissen – alle auf das Verhältnis der organisatorischen Gestaltungshoheit der Gebietskörperschaften zu den Wettbewerbszielen der Verträge abstellen. Stellungnahmen der Kommission⁸⁴⁷ und des Europäischen Parlaments⁸⁴⁸ zu dieser Frage, Schlussanträge von Generalanwälten in einschlägigen Verfahren⁸⁴⁹, die Urteile nationaler Gerichte und die Kontroverse im Schrifttum⁸⁵⁰ zielen auf die Herausarbeitung zuverlässiger Beurteilungskriterien in diesem Sinne ab.

Das wesentliche Problem dabei ist, dass das Unionsrecht trotz der zunehmenden Rücksichtnahme auf das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen keine Kriterien dafür entwickelt hat, in welchem Maße diese schützenswert sind.⁸⁵¹ Wie also eine erstrebenswerte „praktische Konkordanz“⁸⁵² zwischen dem Wettbewerbsrecht des Binnenmarktes einerseits und der Organisationshoheit der Kommunen andererseits erzielt werden kann, ist eine zentrale und aktuelle Fragestellung. Da das Primärrecht bislang die Frage der kommunalen Selbstverwaltung nicht ansprach, andererseits mit der Vergemeinschaftung des Kommunalwahlrechts der Unionsbürger (Art. 19 EGV a.F.) eine erhebliche Bedeutung der „demokratisch selbstverwalteten“ Gemeinde für den Integrationsprozess⁸⁵³ als Selbstverständlichkeit voraus zu setzen schien, tauchten bereits früh Versuche im Schrifttum auf, das kommunale Selbstverwaltungsrecht aus dem Gemeinschaftsrecht selbst herzuleiten. So wurde vertreten, dass die nach demokratischen Grundsätzen selbstverwaltete Gemeinde eine Ausprägung des allgemeinen Demokratiegrundsatzes⁸⁵⁴ der Gemeinschaften darstelle und daher in ungeschriebener

846 Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu Diensten von allgemeinem Interesse vom 16.05.2006, Provisional-2006/2101, (PR/612110XM), S. 10.

847 Bereits im Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.05.2003, KOM (2003) 270 endgültig, S. 9 f wo die wirtschaftspolitische Gestaltungsfreiheit der lokalen Ebene betont wird, andererseits aber deren konfliktreiche Wechselwirkung mit der Verwirklichung des Binnenmarktes als dringend klärungsbedürftig eingestuft wird.

848 Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu Diensten von allgemeinem Interesse vom 16.05.2006, Provisional-2006/2101, (PR/612110XM), S. 10.

849 Ausführlich Generalanwältin VERICA TRSTENJAK, Schlussanträge zu EuGH C-324/07 (Coditel) vom 04.06.2008, 80 ff.

850 Zum Überblick über die kontroverse Rechtsprechung in Deutschland siehe, GRUNEBERG/JÄNICKE/KRÖCHER, ZfBR 2009, S. 754, S. 758 ff. Die wesentlichen Grundströme im Schrifttum zusammenfassend; TINA BERGMANN/RAINER VETTER, NVwZ 2006, S. 497 ff.

851 Die wesentliche Ursache ist bezeichnender Weise, dass die lokale und regionale Selbstverwaltung in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedliche Ausprägungen besitzt, vgl. RUDOLF STREINZ, Europarecht, 8 Aufl., S. 67.

852 Dazu TINA BERGMANN/RAINER VETTER, NVwZ 2006, S. 497 ff.

853 Zu dieser Funktion der örtlichen Demokratie vgl. ANGELIKA VETTER, Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung (EKC) und ihre politische Bedeutung, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE (Hrsg.), Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 119, S. 136 ff.

854 Auch aus Sicht des nationalen Staatsrechts wird darauf hingewiesen, dass der nach demokratischen Grundsätzen selbstverwalteten Gemeinde im Grundgesetz mit eindeutiger Sprache eine Funktion innerhalb des Demokratieprin-

ner Form auf Gemeinschaftsebene verankert sei.⁸⁵⁵ Nach anderer Auffassung zählte die kommunale Selbstverwaltung zu den essentiellen Verfassungsgrundsätzen der Mitgliedstaaten, auf welche die Gemeinschaft entsprechend dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue im Sinne des Art. 10 EGV a.F. Rücksicht zu nehmen habe.⁸⁵⁶ Schließlich gab es den Ansatz, das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EGV a.F. auf das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen zu erweitern.⁸⁵⁷ Einige dieser Ansätze erfuhren erheblichen Aufwind durch die Neuerungen des Lissaboner Vertragswerks. So wurde das Subsidiaritätsprinzip explizit im neu geregelten Art. 5 Abs. 3 EUV auch auf die lokale Ebene der Mitgliedstaaten erweitert. Die ehemals aus der Gemeinschaftstreue im Sinne des Art. 10 EGV hergeleitete Rücksichtnahmepflicht der Gemeinschaft auf die örtliche Selbstverwaltung wurde nunmehr explizit in Art. 4 Abs. 2 EUV aufgenommen und damit zum Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen Union und Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV (ehemals Art. 10 EGV)⁸⁵⁸ in Bezug gestellt. Danach achtet die Union die lokale Selbstverwaltung. Im Folgenden sollen diese Änderungen beleuchtet und die Stellung der kommunalen Selbstverwaltung im neuen Vertragswerk der Europäischen Union insbesondere im Hinblick auf die Konfliktfelder im Bereich der wettbewerbsrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts untersucht werden.

I. Art. 4 Abs. 2 EUV

Die Kommunen aus zahlreichen Mitgliedstaaten fordern eine Vergaberechtsfreiheit der von ihnen betriebenen Kooperationsformen hauptsächlich mit dem Argument, dass mit den Zusammenarbeitsformen öffentliche Zwecke verfolgt würden und die diesbezügliche Organisationshoheit der Gemeinden Berücksichtigung finden müsse.⁸⁵⁹ Auch der EuGH operiert zunehmend mit diesem Gedanken und führt aus, dass sowohl nach Maßgabe der Grundfreiheiten als auch der Vergaberichtlinien eine öffentliche Stelle, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln erfüllen kann.⁸⁶⁰ Hierzu zähle auch die Aufgabenerfüllung in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu den Dienststellen der Kommunen gehören.⁸⁶¹ Im Rahmen der Auslegung des vergaberechtlichen

zips zugewiesen sei; G. PÜTTNER, *Kommunale Selbstverwaltung in ISENSEE/KIRCHHOF*, Handbuch des Staatsrechts Bd. IV. 2. Aufl., § 107, Rn. 14 f.

855 MANFRED ZULEEG, S. 91, S. 93 f. GÜNTER SEELE, *Der Kreis aus europäischer Sicht*, 1991, S. 57. f.

856 Dazu JENS KALTENBORN, *Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung im Recht der Europäischen Union*, 1. Aufl. 1996, S. 70 ff.

857 So etwa ANGELA STÖSS, *Europäische Union und kommunale Selbstverwaltung*, Europäische Hochschulschriften, 2000, S. 230 ff.

858 Vgl. dazu die Übereinstimmungstabellen gemäß Art. 5 des Vertrages von Lissabon, abgedruckt in SCHWARTMANN (Hrsg.) *Der Vertrag von Lissabon*, 3. Aufl. 2010 S. [231]/ 1 ff.

859 vgl. die diesbezügliche Expertenanhörung des Europäischen Parlaments vom 20.04.2006 zum Vergaberecht und dessen Auswirkung auf die Praxis der Kommunen in den einzelnen Mitgliedstaaten, zusammengefasst bei KERSTIN STUBER, *Sachsenkurier* 2006, S. 382, S. 384.

860 EuGH C-324/07 (Coditel), Rn. 49 = NZBau 2009, 54.

861 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg) Rn. 45 und 47 = NZBau 2009, 527, ebenso speziell im Hinblick auf die

Auftragsbegriffes ist für diese Frage maßgeblich, ob die Union an ein Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung gebunden ist⁸⁶² und wie sich diese Bindung zu den anderen Zielvorgaben der Verträge, insbesondere dem Wettbewerbsprinzip verhält.⁸⁶³ Für das Verhältnis des primärrechtlich verankerten Wettbewerbsgrundsatzes zu der Verfolgung öffentlicher Interessen durch wirtschaftliche Betätigungen der Mitgliedstaaten enthält das Primärrecht insbesondere in den Art. 101 ff. AEUV grundlegende Maßgaben.⁸⁶⁴ Die kommunale Gestaltungshoheit in diesem Zusammenhang ist jedoch nur mittelbar im Rahmen des Art. 106 Abs. 2 AEUV angesprochen und dort auch nur in Ansätzen.⁸⁶⁵ Eine explizite Rücksichtnahme auf das kommunale Selbstverwaltungsrecht enthält jedoch der im Vertrag von Lissabon neu aufgenommene Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV. Danach gilt nunmehr: „Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“ Aus dieser Bezugnahme des Unionsrechts auf die Institution der kommunalen Selbstverwaltung wird hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Vorgaben der Union und insbesondere im Hinblick auf die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht kommunaler Planungsbetätigungen die Konsequenz abgeleitet, dass nunmehr eine größtmögliche Zurückhaltung der Unionsorgane vor dem Selbstverwaltungsrecht erzielt wurde.⁸⁶⁶

Allerdings darf die schillernde Formulierung einer „Achtung der lokalen Selbstverwaltung“ nicht zu der Annahme verleiten, dass nunmehr ein kommunales Selbstverwaltungsrecht in den Verträgen implementiert wurde, welches den binnenmarktgerichteten Maßnahmen der Union materiellrechtliche Grenzen entgegensetzt. Denn mit der expliziten Erwähnung der kommunalen Selbstverwaltung wurde die grundlegende Problematik nicht überwunden, dass auf Grund der unterschiedlichen Staatsorganisation der Mitgliedstaaten⁸⁶⁷ die näheren Inhalte des kommunalen Selbstverwaltungsrechts und die Befugnisse der Gebietskörperschaften nicht einheitlich geregelt werden können.⁸⁶⁸

Grundfreiheiten und das allgemeine primärrechtliche Diskriminierungsverbot: EuGH C-324/07 (Coditel), Rn. 49 = NZBau 2009, 54

862 So explizit für das europäische Beihilfenrecht und Vergaberecht im Verhältnis zur kommunalen Selbstverwaltung, WOLFGANG LÖWER in SCHMIDT-BLEIBTREU, Kommentar GG, 11. Aufl., Art. 28, Rn. 95 ff.

863 Generalanwältin VERICA TRSTENJAK, Schlussanträge vom 04.06.2008 zu EuGH C-324/07 (Coditel), Rn. 81-86.

864 vgl. nur Art. 106 AEUV (Art 86 EGV a.F.) Siehe dazu ausführlich JÜRGEN SCHWARZE, EuZW 2000, S. 613 ff.

865 Art. 106 Abs. 2 AEUV befreit als ultima ratio Norm Unternehmen, die mit Leistungen der Daseinsvorsorge betraut sind, unter engen Voraussetzungen von den Vorgaben der Verträge und erfasst mit dieser Regelung insoweit auch kommunale Unternehmen. Explizit stellt Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht auf etwaige Gestaltungsspielräume der mitgliedstaatlichen Stellen ab, sondern alleine auf die Frage, ob eine zwingende Anwendung der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften die Erfüllung einer übertragenen Aufgabe erschwert oder behindert.

866 Für kommunale Grundstücksgeschäfte, interkommunale Kooperationen sowie Rekommunalisierungsprojekte betont JÜRGEN KÜHLING die Bedeutung des neuen Art. 4 Abs. 2 AEUV, um die wettbewerbseuphorische extensive Auslegung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffes einzuschränken; JZ 2008, S. 1117, S. 1124.

867 Zum Folgenden HORST DREIER, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2008, Art 23 GG, Rn. 97.

868 So im Hinblick auf Art. 4 Abs. 2 EUV RUDOLF STREINZ, Europarecht, 8. Aufl., S. 67.

Unbeantwortet bleibt insoweit auch die Frage, in welchem Verhältnis das kommunale Selbstverwaltungsrecht zu den Wettbewerbsvorschriften des Unionsrechts steht.⁸⁶⁹ Bereits bei der Ausarbeitung der Vorgängervorschrift des Art. 4 Abs. 2 EUV im Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa⁸⁷⁰ wurde dieses Problem im Konvent erkannt und eine – schließlich in Art. 4 EUV mündende – Norm geschaffen, die auf eine „Sichtbarmachung der Relevanz der kommunalen Ebene“ abzielt und ihre möglichst weitgehende Partizipation in der Union bezweckt, ohne die näheren Inhalte des Selbstverwaltungsrechts ansprechen oder gar konstituieren zu wollen.⁸⁷¹ Da Art. 4 Abs. 2 EUV ausweislich seines Wortlautes auf das Rechtsverhältnis zwischen Union und den Mitgliedstaaten abstellt und hier eine Gleichheit der Staaten vor den Verträgen garantiert, wäre eine Einebnung der unterschiedlichen Staatsorganisationen⁸⁷² durch eine transnational-einheitliche Regelung des Selbstverwaltungsrechts nicht zulässig.⁸⁷³ Lediglich, wenn anlässlich eines konkreten Konflikts zwischen Unionsrecht und kommunaler Selbstverwaltung ein Vergleich aller Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ergibt, dass im jeweiligen Fall ein einheitlicher Standard in den Mitgliedstaaten feststellbar ist⁸⁷⁴, könnte dieser Umstand materielle Wirkung im Sinne einer „Gesamtheit der jeweiligen nationalen Identitäten“ gemäß Art. 4 Abs. 2 EUV verbindlichen Charakter entwickeln. Selbst im Fall eines solchen einheitlichen gemeinsamen Nenners wäre jedoch allein mit Art. 4 Abs. 2 EUV nicht beantwortet, wie einzelne Befugnisse der Kommunen – etwa eine „europäische kommunale Kooperationshoheit“ – mit den Wettbewerbsvorschriften der Verträge in einen sachgerechten Ausgleich gebracht werden können. Bei entgeltlichen Leistungsbeziehungen zwischen Gebietskörperschaften ist das völlige Fehlen einer Ausschreibung bei gleichzeitiger freihändiger Auftragsvergabe an eine andere Kommune oder einen Verband kommunaler Träger

869 ANGELA KOLB, LKV 2006, S. 97, S. 102.

870 Art. I-5 Abs. 1 S. 1 des Verfassungsentwurfs lautete: „Die Union achtet die nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“

871 Siehe Arbeitspapier für die Plenartagung des Konvents am 06. und 07. Februar 2003, Europäischer Konvent – Sekretariat, CONV/ 518/03 vom 29.01.2003, S. 3 ff. Einsehbar auf der Seite des Europäischen Konvents: www.european-convention.eu.int.

872 Die Gefahr einer Ungleichbehandlung föderal gegliederter und Staaten einerseits und zentral organisierter andererseits streicht JOST PIETZCKER hervor: So wenig die Amtshilfe zwischen Ministerien bei der Eigenschaffung von Gütern und Leistungen das Verwaltungsinhere verlasse, so wenig könne eine Ausschreibungspflicht angenommen werden, wenn rechtlich selbstständige Untergliederungen eines Bundesstaates wie die Bundesländer, Kreise oder Gemeinden sich gegenseitig aushelfen; Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 53, S. 63.

873 SVEN HÖLSCHIEDT weist zurecht darauf hin, dass die Entscheidung eines Mitgliedstaates, die lokale Selbstverwaltung erheblich einzuschränken oder aufzuheben, ebenfalls als Ausdruck seiner nationalen Identität unter dem Schutz des Art. 4 Abs. 2 EUV steht. Daher sei die Verankerung der Selbstverwaltung in dieser Norm für das Selbstverwaltungsrecht weder nützlich noch schädlich. BECKMANN/BUNZEL/SCHMIDT-EICHSTAEDT, Cities and Towns in the European Constitutional System, 2008, S. 12.

874 Die Gefahr einer unzulässigen Ungleichbehandlung zwischen Mitgliedstaaten mit einem ausgeprägten Recht der kommunalen Selbstverwaltung und eher zentralistisch geprägten Staaten benennt beispielsweise MARTIN BURGI im Zusammenhang mit interkommunalen Kooperationen, da eine allgemeine vergaberechtliche Ausschreibungspflicht die weniger dezentral strukturierten Länder bevorzuge, NZBau 2005, S. 208, S. 210.

eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten der vom Wettbewerb ausgeschlossenen Bieter und bedarf einer Rechtfertigung.⁸⁷⁵ Das Unionsrecht kann die kommunale Selbstverwaltung als Ausdruck der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen und der nationalen Identitäten nur in einem solchem Bezugsrahmen anerkennen und muss insoweit einen Ausgleich mit den durch die Grundfreiheiten vermittelten Wettbewerbsregeln suchen.⁸⁷⁶ Insoweit ist die Achtung der lokalen Selbstverwaltung durch die Union lediglich als eine programmatische Zielvorgabe zu behandeln, die mittelbar in die Auslegung der Wettbewerbsvorschriften der Union einfließen kann, wenn Konflikte mit dem Selbstverwaltungsrecht entstehen. Die Lösung eines solchen Konflikts muss dann jedoch die jeweilige Wettbewerbsvorschrift selbst leisten und zwar ohne eine unmittelbare Abwägung kommunaler Hoheitsrechte gegen Grundfreiheiten. Zurecht verwiesen Stimmen im Schrifttum darauf, dass eine Berufung auf die kommunale Organisationshoheit nicht nach dem „Modell des gallischen Dorfes“ gelingen kann und keine „Wirkung des Zaubertranks“ besitzt.⁸⁷⁷ Vielmehr begründet der Schutz der lokalen Organisationshoheit eine organisationsneutrale Handhabung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffs und bewirkt, dass vergaberechtsimmanent zwischen kommunal selbstverwalteter Eigenleistung einerseits und Beschaffung am Markt andererseits abzugrenzen ist.⁸⁷⁸

II. Art. 6 Abs. 1 EUV und Präambel der Europäischen Charta der Grundrechte

Die zu Art. 4 Abs. 2 EUV gefundenen Ergebnisse lassen sich im Hinblick auf die Kooperationshoheit der Gebietskörperschaften in der Gesamtheit der Mitgliedstaaten auf die Gewährleistung des Art. 6 Abs. 1 EUV übertragen. Art. 6 Abs. 1 EUV verschafft der Charta der Grundrechte der Europäischen Union Rechtsverbindlichkeit und hebt damit das in der Präambel der Charta anerkannte lokale Selbstverwaltungsrecht als Ausdruck der nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten⁸⁷⁹ auf Primärrechtsebene.⁸⁸⁰ Zu bedenken ist allerdings, dass die Präambel der Charta mit der Achtung der lokalen Selbstorganisation nicht mehr enthält als die vergleichbar formulierte Gewährleistung des Art.

⁸⁷⁵ Vgl. EuGH C-231/03 (Coname), Urteil vom 21.07.2005, Rn. 17 ff. = EuZW 2005, 529; wo das Gericht durch das völlige Fehlen eines transparenten Vergabeverfahrens bei gleichzeitiger freihändiger Vergabe an ein gemeinsames kommunales Unternehmen die im Ausland ansässigen Bieter benachteiligt sieht, da diese keine Gelegenheit hatten, ein Angebot einzureichen. Auch gänzlich ohne einen solchen Auslandsbezug beeinträchtigt eine freihändige Auftragsvergabe an eine Aktiengesellschaft im Alleineigentum der vergebenden Gemeinde die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit; EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005, Rn. 58-50 = EuZW 2005, 727.

⁸⁷⁶ Insbesondere auch unter Berücksichtigung des Art. 4 Abs. 2 EUV im Lissabonvertrag Generalanwältin VERICA TRSTENJAK, Schlussanträge vom 04.06.2008 zu EuGH C-324/07 (Coditel), Rn. 81-86.

⁸⁷⁷ CHRISTINE HELLER/ ULRICH HUFELD, Der Grundsatz der nationalstaatlichen Organisations- und Finanzhoheit: Wie weit trägt er im Verhältnis zum Europarecht?, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE (Hrsg.) Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 67, S. 73.

⁸⁷⁸ Siehe dazu Kapitel 6; A; 3.

⁸⁷⁹ Vgl. Absatz 3 der Präambel, wonach die Union die nationale Identität der Mitgliedstaaten und die Organisation staatlicher Gewalt auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene achtet.

⁸⁸⁰ Dazu UWE ZIMMERMANN, KommJur 2009, S. 41, S. 46.

4 Abs. 2 EUV.⁸⁸¹ Weicht auch nur in einem Mitgliedstaat der Gewährleistungsumfang kommunaler Selbstverwaltung – als Ausdruck der jeweiligen nationalen Identität – von der Mehrheit der übrigen Mitgliedstaaten ab, schützt die Charta auch vor „Einebnung durch Gleichmacherei“.⁸⁸² Im gesamteuropäischen Vergleich überdurchschnittlich stark ausgestaltete Befugnisse der Selbstverwaltungskörperschaften in einem bestimmten Mitgliedstaat dürfen daher im Konfliktfall mit dem europäischen Wettbewerbsrecht ebenso wenig eine Sonderbehandlung des betroffenen Staates zeitigen wie im umgekehrten Fall besonders rudimentär ausfallender Selbstverwaltungsrechte.

III. Konkretisierung des Art. 4 Abs. 2 EUV durch Art. 10 der Charta der Kommunalen Selbstverwaltung i.S. einer Kooperationshoheit der europäischen Gemeinden?

Nach den bisherigen Ergebnissen begründet die dargestellte primärrechtliche Verankerung einer Rücksichtnahme der Union auf das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen eine organisationsneutrale Auslegung unionsrechtlicher Vorschriften, um bestehende Konflikte abzubauen. Je ausgeprägter dabei eine bestimmte Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts in der Gesamtheit der Mitgliedstaaten anzutreffen ist, desto geringer ist die Gefahr, dass ihre unionsweite Schonung zu Ungleichbehandlungen zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten führt. Daher soll im Folgenden geklärt werden, ob eine Befugnis der Kommunen, zur Erledigung ihrer Aufgaben untereinander die hier interessierenden vertikalen und horizontalen Zusammenarbeitsformen einzugehen, in der Gesamtheit der Mitgliedstaaten feststellbar ist. Als einzige europäische Rechtsquelle enthält lediglich die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung⁸⁸³ von 1998 klare materiellrechtliche Vorgaben für die möglichen und anzuerkennenden Inhalte des örtlichen Selbstverwaltungsrechts. Als verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag der Mitgliedstaaten der Europäischen Union⁸⁸⁴ kann sie als Auslegungshilfe⁸⁸⁵ und Erkenntnisquelle⁸⁸⁶ für allgemeine Rechtsgrundsätze der Union nach dem Vorbild

881 Die ähnlichen Formulierungen beider Normen sprechen eine Achtung der lokalen Selbstverwaltung aus, knüpfen diese aber an die Bedingung des Vorhandenseins entsprechender nationaler Traditionen und Identitäten und enthalten sich weiterer „allgemeingültiger“ Konkretisierungen des Selbstverwaltungsrechts.

882 JÜRGEN MEYER in MEYER, Charta der Grundrechte der EU, 1. Aufl. 2003, Präambel, Rn. 40. Zu den Herausforderungen der rechtsvergleichenden Auslegung der Charta allgemein und speziell bezüglich der unterschiedlichen nationalen Grundrechtsgewährleistungen als „gemeinsamer Verfassungsüberlieferung“ ALBRECHT WEBER in TETTINGER/STERN, Europäische Grundrechte-Charta-Kommentar, 2006, Abschnitt B-V. (Interpretationsmethodische Aspekte), S. 220 ff. Rn. 14 f.

883 Europäische Charta der Kommunalen Selbstverwaltung des Europarates; Gezeichnet am 15.10.1985 in Straßburg, in Kraft seit 01.09.1998. Mittlerweile ist die Charta von sämtlichen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert. Siehe dazu auf der Seite des Vertragsbüros des Europarates: www.conventions.coe.int (SEV-Nr. : 122).

884 Vertragsstaaten der Charta sind sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union und darüber hinaus sämtliche europäische Staaten des Europarates.

885 Für die Konkretisierung der durch Richterrecht entwickelten Grundrechte des Gemeinschaftsrechts zog der EuGH mehrfach internationale Verträge zum Schutze der Menschenrechte heran, denen die Mitgliedstaaten beigetreten waren; EuGH Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 ff., (Nold/Kommission), Rn. 13.

886 Vgl. HANS-WERNER RENGELING, DVBl 1990, S. 893 ff.

des Art. 6 Abs. 3 EUV herangezogen werden.⁸⁸⁷ Bemerkenswert ist der in Art. 3 und 4 der Charta festgelegte Grundsatz, wonach die Gebietskörperschaften im Rahmen des nationalen Rechts ihre Angelegenheiten selbst regeln können und diese Aufgabe durch demokratisch gewählte lokale Vertretungskörperschaften auszuüben verpflichtet sind. Als eine Ausprägung dieser kommunalen Selbstverwaltung ist in Art. 10 Abs. 1 der Charta explizit die Kooperationshoheit der Kommunen mit folgender Formulierung verbürgt: „Die kommunalen Gebietskörperschaften sind bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten berechtigt, zusammenzuarbeiten und im Rahmen der Gesetze Verbände zu bilden, um Aufgaben von gemeinsamem Interesse durchzuführen“⁸⁸⁸ Die Zusammenarbeitsformen der Charta umfassen somit vertikale Kooperationen (Verbandsbildung) und horizontale Zusammenarbeit (schlichte vertragliche Gemeinschaftsarbeit ohne Verbandserrichtung) und gewährleisten damit alle hier relevanten Grundformen kommunaler Zusammenarbeit.⁸⁸⁹ Ausweislich des Wortlautes des Art. 10 Abs. 1 kommt es auf die Rechtsform der Zusammenarbeit nicht an, so dass privatrechtliche Formen ebenso zulässig sind wie öffentlich-rechtliche nach Maßgabe des jeweiligen nationalen Rechts.⁸⁹⁰

Einheitliche Leitlinien lassen sich bezüglich der einzelnen Gewährleistungsinhalte lokaler Autonomie jedoch auch aus dieser Charta nur schwer herleiten. Gemäß ihres Art. 12 ist sie darauf angelegt, den Vertragsstaaten erhebliche Gestaltungsspielräume bei der Umsetzung der Charta zu einzuräumen, wovon diese auch Gebrauch gemacht haben.⁸⁹¹ Gemäß Art. 12 müssen aus dem Katalog der Art. 1 bis 11 der Charta lediglich 20 der insgesamt 30 Absätze als verbindlich übernommen werden,

887 ANGELIKA VETTER, Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung (EKC) und ihre politische Bedeutung, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE (Hrsg.), Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 119, S. 122 ff. Ohne expliziten Hinweis auf Art 6 Abs. 3 EUV, der explizit nur Grundrechte in Bezug nimmt und daher die kommunale Selbstverwaltung jedenfalls nicht eindeutig erfasst, hebt die Verfasserin zu recht hervor, dass die Charta der kommunalen Selbstverwaltung ein für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Maßstab darstellt und daher auch für die Rechtsanwendung in der Europäischen Union Vorteile bringen kann.

888 Siehe dazu auch den erläuternden Bericht der Vertragsstaaten zu Art. 10 Abs. 1 der Charta auf der Seite des Vertragsbüros des Europarates. Eine vergleichbare Kooperationshoheit gewährleistet etwa Art. 28 Abs. 2 GG; vgl. HORST DREIER in DREIER Kommentar GG, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 138. Auch die ungarische Verfassung gewährleistet dieses Recht in § 44/A Abs. 1 lit. h). Dazu HERBERT KÜPPER, in: Az Alkotmány Kommentárja, §. 44/A Abs. 1 lit. h), Rn. 123 ff.

889 Dies ergibt sich bereits daraus, dass mit der „Bildung von Verbänden“ nach Art. 10 Abs. 1, 2. Alternative die am stärksten integrierte, institutionalisierte Kooperationsform zulässig ist, so dass im Umkehrschluss die Gewährleistung des Art. 10 Abs. 1 1. Alternative (Zusammenarbeit) die wesentlich losere Zusammenarbeitsformen der horizontalen Kooperation umfasst. Zu dem Grundsatz des *argumentum a maiore ad minus*, wonach die explizite normative Gewährleistung institutionalisierter Kooperationsbefugnisse automatisch auch die loseren horizontalen Kooperationen umfasst, siehe HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn, 2002, S. 265 f.; Ders. in Századvég, (Hrsg.) Az Alkotmány Kommentárja, 2009, Band 1, § 44/A, Rn. 124.

890 Vgl. auch die Erläuterungen der Vertragsstaaten bezüglich Art. 10 Abs. 1 der Charta auf der Seite Vertragsbüros des Europarates www.conventions.coe.int.

891 Siehe die Übersicht zu den Abweichenden Erklärungen der Vertragsstaaten auf Grundlage des Art. 12 der Charta auf der Seite des Vertragsbüros des Europarates: www.conventions.coe.int. (Liste der Erklärungen zu Vertrag Nr. 122).

wobei die Auswahlfreiheit der Vertragsstaaten praktisch unbegrenzt ist.⁸⁹² Diese „à-la-carte“-Klausel mindert daher in erheblichem Maße die Aussagekraft der Gewährleistungsinhalte der Art. 1 bis 11 der Charta, was dadurch verstärkt wird, dass ein Kontrollsystem für ihre Einhaltung nicht vorgesehen ist.⁸⁹³ Soweit jedoch speziell im Hinblick auf die in Art. 10 Abs. 1 der Charta gewährleistete Kooperationshoheit der Kommunen feststellbar ist, dass alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union diese als für ihre Rechtsordnung verbindlich anerkennen, lässt sich eine starke Indizwirkung für das Unionsrecht und den Begriff der nationalen Identitäten gemäß Art. 4 Abs. 2 AEUV nicht leugnen.⁸⁹⁴ Tatsächlich haben von den gegenwärtig 27 EU-Mitgliedstaaten 21 erklärt, dass die Kooperationshoheit der Kommunen im Sinne des Art. 10 der Charta in ihren nationalen Rechtsordnungen verbindlich ist.⁸⁹⁵ Entsprechende Erklärungen der übrigen sechs Mitgliedstaaten sind bei dem Vertragsbüro des Europarates noch nicht eingegangen. Darunter befinden sich jedoch mit Finnland, Luxemburg und Ungarn drei Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnungen kommunale Kooperationen kennen.⁸⁹⁶ Somit verbleiben mit Litauen, Polen und Portugal lediglich drei Staaten, in denen nicht schon auf Grundlage des Art. 10 Abs. 1 Charta ein einheitlicher europäischer Standard auf dem Gebiet kommunaler Zusammenarbeit festgestellt werden kann. Jedoch ist auch in den Rechtsordnungen Polens⁸⁹⁷, Portugals⁸⁹⁸ und Litauens⁸⁹⁹ den Gebietskörperschaften die Organisation der örtlichen Daseinsvorsorge als eigene Kompetenz zugewiesen, was die Befugnis umfasst, Aufgaben der Daseinsvorsorge durch Zusammenarbeit mit anderen Gemeinden zu bewältigen.⁹⁰⁰

892 Der erläuternde Bericht der Vertragsstaaten zu Art. 12 der Charta hebt hervor, dass auf Grund der unterschiedlichen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten nur ein sehr begrenzter kleinster gemeinsamer Nenner möglich ist und daher den Staaten das Wahlrecht eingeräumt wurde vgl. Die Erläuterungen zu Vertrag Nr. 122 auf der Seite Vertragsbüros des Europarates www.conventions.coe.int.

893 Zu diesen beiden Einwänden siehe auch WOLFGANG LÖWER in SCHMIDT-BLEIBTREU, GG Kommentar, 11. Aufl. 2008, Art. 28 GG, Rn. 99.

894 Siehe dazu bereits in diesem Kapitel unter A;I.

895 Siehe die Übersicht zu den Erklärungen der Vertragsstaaten auf der Seite des Europarates unter www.coe.int (SEV-Nr.: 122).

896 Zu Ungarn, Finnland und Luxemburg siehe die Übersicht in Abbildung 1 im Anhang so wie Kapitel 2; B; II; zu Finnland und Ungarn. Vgl. auch in diesem Kapitel unter B; II.

897 Art. 166 der polnischen Verfassung verbürgt eine Allzuständigkeit der Gebietskörperschaften (Die Selbstverwaltungsgemeinschaft gemäß Art. 164) für sämtliche Bedürfnisse der örtlichen Gemeinschaft.

898 Die einfachgesetzliche Aufgabenzuweisung (vgl. Lei N.º 159/99 v. 14. September 1999, Diário da República I A, N.º 215, 14-9-1999, Seite 6301) folgt dem in Art. 235 ff. der Verfassung Portugals verankerten Prinzip der Dezentralisierung und stattet die Gebietskörperschaften mit klassischen Aufgaben der Daseinsvorsorge aus, wie etwa Abfall- und Wasserwirtschaft, öffentlicher Nahverkehr und ähnliches.

899 In Umsetzung der Art. 119 ff. der litauischen Verfassung obliegt den Kommunen die Organisation der klassischen Aufgaben örtlicher Daseinsvorsorge. Hierzu und zur Entwicklung der Kommunalverfassungen im Baltikum während und nach der sowjetischen Zeit unter besonderer Berücksichtigung Estlands, TARVO KUNGLA in DRECHSLER (Hrsg.) Die selbstverwaltete Gemeinde – Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 784, S. 111, S. 115.

900 Zu Portugal vgl. A. HENRIQUES, The Development of Local Self-Government in Portugal and its Instruments, in Council of Europe – Studies and Texts No. 27 (Conference on the European Charter of Local Self-Governance), 1992, S. 102; Zu Litauen vgl. GERDA ZIGIENÉ/JADVYGA CIBURINE/MARK CHANDLER, Local Government Finance in Lithuania in Z. SEVIC (Hrsg.), Local Public Finance in Central and Eastern Europe, 2008, S.229 ff.; Zu Polen vgl. BOGUSLAW BANASZAK, Die Verwaltungsorganisation in Polen in WIESER/STOLZ (Hrsg.), Verglei-

IV. Art. 5 EUV

Eine neue Beurteilungsgrundlage für interkommunale Zusammenarbeitsformen könnte allerdings mit der Erweiterung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips auf die lokale Ebene in Art. 5 Abs. 3 EUV erzielt werden. Die neu geregelten Kriterien der „nicht ausreichenden“ Zielverwirklichung durch die Mitgliedstaaten und der „besseren“ Zielverwirklichung durch die Union unterscheiden in Abweichung zum Wortlaut des früheren Art. 5 Abs. 2 EG a.F. zwischen zentralen, regionalen und lokalen Ebenen in den Mitgliedstaaten und verlangen als Voraussetzung für ein Tätigwerden der Union, dass der mit dem jeweiligen Rechtsakt verfolgte Zweck auch auf lokaler Ebene nicht ausreichend verwirklicht werden kann, sondern vielmehr auf Unionsebene besser zu verwirklichen ist. Stimmen im Schrifttum verweisen darauf, dass mit der expliziten Aufnahme der lokalen Ebene in den Schutzbereich der Kompetenzausübungsschranken dieser Norm in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 EUV eine Beendigung der „bisherigen Kommunalblindheit“ der Union⁹⁰¹ erzielt worden ist.⁹⁰² Im Folgenden werden die Änderungen des Subsidiaritätsprinzips durch den Reformvertrag mit besonderem Augenmerk auf die Stellung der Kommunen dargestellt und untersucht. Dabei soll geklärt werden, welche Änderungen die neue Fassung insbesondere auf die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht interkommunaler Zusammenarbeitsformen bewirken kann.⁹⁰³

1. Anwendbarkeit des Art. 5 Absätze (3) und (4) EUV auf die Vergaberichtlinien?

In Ansehung der hier untersuchten kommunalen Zusammenarbeitsformen wird argumentiert, dass die Begründung einer vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht für Akte der kommunalen Selbstorganisation in den Vergaberechtsrichtlinien nicht mehr von den Kompetenzen der Union gedeckt ist.⁹⁰⁴ Da Privatunternehmen bei einer Ausschreibung den Zuschlag erhalten müssen, wenn sie ein wirtschaftlicheres Angebot einreichen als ein kommunaler Kooperationspartner, würde durch die allgemeine Ausschreibungspflicht die vom Subsidiaritätsprinzip des Lissabonvertrags geschützte Gestaltungsbefugnis der Kommunen unterlaufen oder zumindest über das Maß der Verhältnismäßigkeit im Sinne des Art. 5 Abs. 4 EUV hinaus beeinträchtigt.⁹⁰⁵ Das Erfordernis der Verhältnismä-

chendes Verwaltungsrecht in Ostmitteleuropa, 2004, S. 25.

901 Zu der oft beklagten Kommunalblindheit der Europäischen Union vgl. GERD LANDSBERG, Partnerschaft mit Problemen – Die Europäische Union und die Kommunen, Stadt und Gemeinde 2005, S. 311 ff.

902 Dazu JÜRGEN SCHWARZE, der die künftig zu erwartende stärkere Berücksichtigung der lokalen Selbstverwaltungsrechte als explizite Anerkennung der internen Organisationsrechte der Mitgliedstaaten betont; EuR 2009, Beiheft 1, S. 9 ff., S. 16.

903 Diese Frage ist Gegenstand zunehmender Auseinandersetzungen, vgl. das im Januar 2010 vom Europäischen Parlament veröffentlichte Gutachten, The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement, Rechtsgutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments von Januar 2010, IP/AIMCONT/2009-1 (PE 429.988), S. 11.

904 So ROSENKÖTTER ANNETTE/THORSTEN WUERSIG, The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement, Rechtsgutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments von Januar 2010, IP/AIMCONT/2009-1 (PE 429.988), S. 11.

905 Für eine solche Deutung des neuen Art. 5 Abs. 3 EUV in Ansehung interkommunaler Zusammenarbeitsformen; GERD SCHMIDT-EICHSTAEDT, Kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union: Wie kann die Position

Bigkeit des Art. 5 Abs. 4 EUV ist auch in der neuen Fassung auf alle Maßnahmen der Union anwendbar⁹⁰⁶, während die Kriterien der Subsidiarität im Sinne des Art. 5 Abs. 3 EUV für Bereiche der ausschließlichen Zuständigkeit der Union nicht gelten.⁹⁰⁷ Mithin ist fraglich, ob die Grundsätze der Subsidiarität auf die Vergaberechtsrichtlinien überhaupt Anwendung finden können, da Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV der Union eine ausschließliche Zuständigkeit für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln zuweist.⁹⁰⁸ Zu bedenken ist jedoch, dass die Vergaberechtsrichtlinien neben der Ordnung des Binnenmarktwettbewerbs auch das zeitlich vorgeschaltete Ziel der Öffnung des Binnenmarktes verfolgen und darüber hinaus auch haushaltsschonende, kostengünstige Beschaffungen bezwecken und mit dem Bieterwettbewerb zusätzlich auch Qualitätssteigerung und Verbraucherschutz in Ansehung von Leistungen der Daseinsvorsorge anstreben.⁹⁰⁹ Die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG sind daher unter anderem auf die Art. 47 Abs. 2 und 95 EG a.F. (Markttöffnung) gestützt⁹¹⁰ und damit auf Ermächtigungsgrundlagen der konkurrierenden Rechtssetzung⁹¹¹, weshalb sie einer umfassenden Subsidiaritätsprüfung unterliegen.⁹¹² Der mit dem Bieterwettbewerb respektive der Ausschreibungspflicht angestrebte Verbraucherschutz ist bereits nach der allgemeinen Kompetenzordnung des AEUV eine geteilte Zuständigkeit der Union und der Mitgliedstaaten.⁹¹³ Gerade für die hier relevanten Leistungen der lokalen Daseinsvorsorge belegen Art. 14 AEUV und das dazugehörige Protokoll Nr. 26⁹¹⁴, dass für die Organisation dieser Leistungen sowie der Auftragsvergabe in diesem Bereich Gestaltungsbefugnisse der

der Kommunen gestärkt werden?, KommJur 2009, S. 249, S. 253 f. Ebenso ROSENKÖTTER ANNETTE/THORSTEN WUERSIG, The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement, Rechtsgutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments von Januar 2010, IP/AIMCONT/2009-1 (PE 429.988), S. 11.

906 Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 4 EUV erstreckt die Verhältnismäßigkeit auf alle Maßnahmen der Union, was in Art. 1 des Protokolls Nr. 2 zum Vertragswerk von Lissabon explizit bekräftigt wird. Vgl. im Hinblick auf die Rechtslage gemäß Art. 5 Abs. 3 EGV a.F. GEORG LIENBACHER in SCHWARZE EU-Kommentar, 1. Aufl. 2000, Art. 5 EGV Rn. 35.

907 Art. 5 Abs. 1 EUV erstreckt die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit auf alle Zuständigkeiten der Union, während die speziellere Regelung des Art. 5 Abs. 3 EUV explizit nur die Bereiche der ausschließlichen Zuständigkeit von den Erfordernissen der Subsidiarität freistellt.

908 So explizit ROSENKÖTTER ANNETTE/THORSTEN WUERSIG, The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement, Rechtsgutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments von Januar 2010, IP/AIMCONT/2009-1 (PE 429.988), S. 11.

909 Siehe Erwägungsgründe Nr. 2.6 der Richtlinie 2004/18/EG.

910 Siehe die Ermächtigungsgrundlagen in den Präambeln der Richtlinien 2004/17/EG (ABl. vom 30.04.2004, L/134, S.1) und 2004/18/EG (ABl. vom 20.04.2004, L 134, S. 114). Dort erfolgt ein Verweis auf die Vorschriften der Verträge und „insbesondere“ Art 95 EGV, während andere bereichsspezifische Ermächtigungsgrundlagen wegen der Vielzahl der verfolgten Zwecke nicht abschließend aufgezählt werden.

911 Insbesondere zu der Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips auf Art. 95 EGV vgl. EuGH C-377/98, Slg. 2001 I-709, Rn. 32; EuGH C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rn. 179 f.

912 Entgegen mancher Stimmen geht die herrschende Auffassung im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 95 EG a.F. von einer Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips aus; WOLFGANG KAHL, in CALLIESS/RUFFERT, EUV-EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 95 EGV Rn. 19; STEFAN LEIBLE in STREINZ, EUV-EGV Kommentar 1. Aufl. 2003, Art. 95 EGV, Rn. 12 ff.; H.-Holger Herrfeld in Schwarze, EU-Kommentar, Art 95 EG Rn. 25 f.

913 Siehe Art. 4 Abs. 2 lit. f) AEUV.

914 Vgl. näher zu Art. 14 AEUV und dem erwähnten Protokoll in diesem Kapitel unter A; V.

Mitgliedstaaten neben jenen der Union bestehen. Somit kann die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht auch an den Vorgaben der Subsidiarität gemessen werden.

a) Keine Rückwirkung des geänderten Art. 5 EUV

Zu bedenken ist zunächst, dass die in den Vergaberechtsrichtlinien erfolgte grundsätzliche Erfassung kommunaler wirtschaftlicher Betätigungen als ausschreibungspflichtige Vorgänge der Durchsetzung der Grundfreiheiten dienen.⁹¹⁵ Sollte eine Aufwertung der kommunalen Gestaltungsfreiheiten in Art. 5 Absätzen (3) und (4) EUV dazu führen, dass die Ausschreibungspflicht für interkommunale Kooperationen in den Vergaberechtsrichtlinien nicht mehr zulässig ist, wäre eine rückwirkende Freistellung kommunaler Kooperationen zu Lasten der Grundfreiheiten der Bieter aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unzulässig.⁹¹⁶ Die noch vor Inkrafttreten des geänderten Art. 5 EUV erlassenen Richtlinien müssten im Rechtsetzungsverfahren der Union entsprechend angepasst werden⁹¹⁷, wie es die Kommission mit einer entsprechenden Privilegierung interkommunaler Kooperationen bereits vergeblich vorgeschlagen hat.⁹¹⁸ Vor einer solchen Anpassung der Richtlinien durch einen Rechtssetzungsakt der Unionsorgane kann allenfalls die gegenwärtige Auslegungspraxis der Unionsorgane im Hinblick auf den auslegungsbedürftigen Begriff des vergaberechtlichen Vertrages an den Vorgaben des geänderten Art. 5 gemessen werden.⁹¹⁹ Voraussetzung hierfür wäre jedoch, dass die Neuerungen des Art. 5 EUV im Verhältnis zu Art. 5 EG a.F. im Hinblick auf interkommu-

915 Erwägungsgrund Nr. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG nimmt als einziger Erwägungsgrund explizit auf die Gebietskörperschaften Bezug und stellt klar, dass ihre Beschaffungsvorgänge maßgeblich an den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot zu messen sind. Die Maßgabe des Art. 1 Abs. 1 und Abs. 8 dieser Richtlinie, welche juristische Personen unabhängig von ihrer Rechtsform als „Wirtschaftsteilnehmer“ erfasst, soweit sie Leistungen auf dem Markt anbieten, ist daher an Erwägungsgrund Nr. 2 zu messen. Erbringt eine Kommune für eine andere Kommune Leistungen, so ist dieser Vorgang an den Grundfreiheiten zu messen und die in Art. 1 Abs. 1 und Abs. 8 angeordnete grundsätzliche Ausschreibungspflicht für solche Fälle dient der Durchsetzung der Grundfreiheiten.

916 Das EuG hat im Jahre 1995 beschlossen, dass das im Maastrichter Vertragswerk neu aufgenommene Subsidiaritätsprinzip keine Rückwirkung auf zuvor erlassene Rechtsakte entfalten kann, EuG Rs. T-29/92 (SPO/Kommission), Slg. 1995, S. 289, Rn. 330. Auch der EuGH schließt eine solche Rückwirkung aus; EuGH verb. Rs C-36/97 u. C-37/97 (Kellinghusen/Amt f. Land- und Wasserwirtschaft Kiel) Slg. 1998, I-6337 Rn. 35. Allgemein gegen eine Rückwirkung bereits des Subsidiaritätsprinzips im Sinne des Art. 5 Abs. 2 EGV; GEORG LIENBACHER in SCHWARZE EU Kommentar 1. Aufl. 2000, Art. 5 EGV Rn. 16, RUDOLF STREINZ in STREINZ EUV/EGV Kommentar 1 Aufl. 2003.

917 Gemäß Art. 17 Abs. 2 EUV kann die Kommission grundsätzlich solche Rechtssetzungsinitiativen vornehmen und wurde im Mai des Jahres 2010 hinsichtlich der gegenwärtigen Vergaberechtsrichtlinien vom Europäischen Parlament offiziell zu einer solchen Ex-post-Bewertung aufgefordert, vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 18.05.2010 zu neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175 (INI)), Punkt 8.

918 Änderungsvorschlag der Kommission zur späteren Richtlinie 2004/17/EG KOM (2002) 236 endg. - ABl. C 203 E vom 27.08.2002, S. 211, S. 227 f. Im Zuge des Rechtssetzungsverfahrens schlug die Kommission eine Kodifikation der Inhousegeschäfte im Sinne der vertikalen Kooperationen nach der Teckal-Rechtsprechung vor, allerdings explizit nur im Hinblick auf die Rechtsprechung und ohne Berufung auf etwaigen Nachbesserungsbedarf hinsichtlich des Subsidiaritätsprinzips

919 Dies freilich nur, wenn man als Maßnahmen im Sinne des Art 5 EUV nicht nur verbindliche Rechtsakte erfasst, sondern auch Tätigkeiten, die faktische Auswirkungen auf das Verhalten des Betroffenen haben, wie etwa das Vorverfahren des Vertragsverletzungsverfahrens und eine Weiterleitung einer Klage an den EuGH durch die Kommission. Zur Erfassung auch rechtlich unverbindlicher Maßnahmen durch Art. 5 EGV a.F. siehe CHRISTIAN CALLIESS in CALLIESS/RUFFERT EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV, Rn. 38.

nale Zusammenarbeitsformen solche materiellrechtlichen Änderungen beinhalten. Dieser Frage wird im Folgenden nachgegangen.

b) Die materiellen Vorgaben des geänderten Art. 5 EUV

Ein direkter Vergleich der Subsidiaritätsprotokolle des Amsterdamer Vertrages mit dem entsprechenden Protokoll des Vertragswerks von Lissabon verdeutlicht zwei grundlegende Neuerungen im Hinblick auf die materiellen Vorgaben der Subsidiaritätskriterien.⁹²⁰ Zum einen ist – zumindest dem neuen Wortlaut nach – eine Schwächung des Subsidiaritätsprinzips erfolgt, da ein Großteil der noch im Amsterdamer Protokoll verankerten Konkretisierungen des Negativ- und Positivkriteriums gestrichen wurden. So enthielt Nr. 5 des Amsterdamer Protokolls noch einen ausführlichen Leitlinienkatalog⁹²¹ mit der Anordnung, dass der betroffene Maßnahmenbereich transnationale Aspekte aufweisen muss, die auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht ausreichend geregelt werden können und fehlende Gemeinschaftsmaßnahmen gegen die Ziele des Vertrages verstoßen würden, so dass ein Tätigwerden der Gemeinschaften wegen des Umfanges der getroffenen Maßnahme oder ihrer Wirkung deutliche Vorteile gegenüber einzelstaatliche Maßnahmen bringen würden.⁹²² Dagegen beschränkt sich Art. 5 des Lissaboner Protokolls (Nr. 2) bezüglich der Subsidiaritätskriterien auf folgende abschließende Formulierung: „Die Feststellung, dass ein Ziel der Union besser auf Unionsebene erreicht werden kann, beruht auf qualitativen und, soweit möglich, quantitativen Kriterien“. Über die näheren Inhalte und Maßstäbe des Negativ- und Positivkriteriums schweigt das neue Protokoll. Insoweit bleiben die materiellen Vorgaben der gegenwärtigen Subsidiaritätskriterien hinter dem Besitzstand des Amsterdamer Vertragswerks zurück.⁹²³ Verständlich wird diese im Schrifttum kritisierte, „kaum bemerkte“ Schwächung der materiellen Vorgaben der Subsidiaritätskriterien⁹²⁴, wenn man sich die zweite wesentliche Änderung des Art. 5 EUV im Lissabonvertrag vergegenwärtigt. Diese besteht namentlich in der Stärkung der nationalen Parlamente im Frühwarnsystem des Art. 4 Abs. 3 und Art. 7 Subsidiaritätsprotokoll (Nr. 2) im neuen Rechtssetzungsverfahren der Union.⁹²⁵ Neben der Überwindung des Demokratiedefizits⁹²⁶ europäischer Rechtssetzung soll mit der

920 Der in Art. 51 EUV verankerte Primärrechtsrang der Protokolle als Bestandteil der Verträge wird im Hinblick auf die verbindliche Konkretisierung der Subsidiaritätskriterien durch Protokoll Nr. 2 in Art. 5 Abs. 3 Unterabsatz 2 EUV besonders hervorgehoben.

921 Die im Katalog enthaltenen drei Punkte greifen im Wesentlichen die Leitlinien des Europäischen Rates von Edinburgh auf, wie sie am 11./12. Dezember 1992 formuliert worden sind. Vgl. dazu RUDOLF GEIGER EUV-EGV Kommentar 4. Aufl. 2004, Art. 5 EGV, Rn. 9 f.

922 Siehe zu diesen Voraussetzungen MANFRED ZULEEG in v. DER GROEBEN/SCHWARZE, EUV/EGV-Kommentar Band 1., 6. Aufl. 2003, Art. 5 EGV, Rn. 28 ff.

923 WUERMELING, Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvetnts, EuR 2004, S. 216, S. 224 ff.

924 CHRISTIAN CALLIESS in CALLIESS/RUFFERT EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV, Rn. 84.

925 Siehe dazu JÜRGEN SCHWARZE, EuR 2009, S. 9, S. 18 f.

926 Dazu MATTHIAS RUFFERT, EuR 2004, S. 165, S. 181 f. Die Stärkung der Rolle der nationalen Parlamente liegt insbesondere darin, dass sie dort, wo der Union Kompetenzen zugeteilt sind, ihre eigenen politischen Gestaltungs-

frühzeitigen Einbeziehung der nationalen Parlamente und den verstärkten Begründungspflichten der Kommission zu den Rechtssetzungsakten insbesondere ein Kommunikationsprozess zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene implementiert werden.⁹²⁷ Erreicht die Anzahl der von den nationalen Parlamenten abgegebenen Stellungnahmen, wonach ein bestimmter Entwurf eines Gesetzgebungsaktes nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, die einfache Mehrheit der ihnen zugewiesenen Stimmen gemäß Art. 7 Abs. 3 Subsidiaritätsprotokoll, muss der Gesetzgebungsvorschlag erneut von der Kommission geprüft und begründet werden und vom Europäischen Parlament sowie vom Rat unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der nationalen Parlamente überprüft werden. Der Gesetzesentwurf kann scheitern, wenn nach seiner Überprüfung 50 % der Mitglieder des Rates oder die Mehrheit der im Europäischen Parlament abgegebenen Stimmen den nationalen Parlamenten dahingehend zustimmen, dass der Gesetzesentwurf nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht.⁹²⁸ Diese Einbeziehung der nationalen Parlamente verdeutlicht, dass das Subsidiaritätsprinzip nach dem Konzept des Lissaboner Vertrages im Kommunikationsprozess der Kommission, des Europäischen Gesetzgebers und der nationalen Parlamente konkretisiert werden soll.⁹²⁹ Die oben dargelegte, im Vergleich zum Amsterdamer Protokoll wesentlich knappere Formulierung der Subsidiaritätskriterien, muss daher im Umkehrschluss nicht zwingend bedeuten, dass der Besitzstand der alten Verträge unterschritten werden sollte, sondern viel mehr als selbstverständlich vorausgesetzt wird⁹³⁰, so lange und soweit im Rahmen des neu implementierten Rechtssetzungsverfahrens die beteiligten Akteure keine abweichenden neuen Kriterien entwickeln.⁹³¹ Dies belegt auch der Umstand, dass die Formulierung des neuen Subsidiaritätsprotokolls ein Zusammenspiel quantitativer und qualitativer Kriterien vorschreibt und damit die Differenzierung des Leitlinienkatalogs im Amsterdamer Protokoll aufgreift.⁹³²

2. Maßgaben des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Ausschreibungspflicht interkommunaler Kooperationen

a) Subsidiarität

Da die neu geregelte europäische Rechtssetzungspraxis nach den oben dargelegten Zielvorgaben

spielräume gegen subsidiaritätswidrige Maßnahmen der europäischen Ebene verteidigen können. Gleichzeitig wächst die Legitimität eines jeden Rechtsaktes der Union, der von den nationalen Parlamenten bestätigt wird.

927 Siehe zu dieser Zielsetzung im Lissabonvertrag auch allgemein Protokoll Nr. 1 über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union und insbesondere dessen Art. 9.

928 So im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren der Union, vgl. Art. 7 Abs. 3 Unterabsatz 2 lit. b).

929 Im Ergebnis auch CHRISTIAN CALLIESS in CALLIESS/RUFFERT EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV, Rn. 40.

930 CHRISTIAN CALLIESS in CALLIESS/RUFFERT EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV, Rn. 40.

931 So auch SVEN HÖLSCHIEDT in BECKMANN/BUNZEL/SCHMIDT-EICHSTAEDT, Cities and Towns in the European Constitutional System, 2008, S. 11 ff.

932 Nr. 5 des Subsidiaritätsprotokolls stellt in den ersten beiden Spiegelstrichen auf qualitative Kriterien ab und im 3. Spiegelstrich (Umfang der Gemeinschaftsmaßnahmen) hingegen auf ein quantitative.

noch keine abweichenden Maßstäbe entwickelt hat, sind die Kriterien der Subsidiarität nach dem bisherigen Besitzstand im Hinblick auf etwaige Beeinträchtigungen der kommunalen Organisationshoheit zu prüfen. Oberhalb der in den Vergaberichtlinien geltenden Schwellenwerte besitzen die Beschaffungsvorhaben der staatlichen Stellen grenzüberschreitende Relevanz im Sinne der Subsidiaritätskriterien⁹³³, da ein Interesse ausländischer Bieter an einer Teilnahme an solchen Vergabeverfahren grundsätzlich anzunehmen ist. Bei Auftragswerten ab 162.000 Euro aufwärts⁹³⁴ und langfristigen Auftragsverhältnissen mit solventen öffentlichen Auftraggebern ist für Unternehmen auch die grenzüberschreitende Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen lohnend⁹³⁵ und fördert zudem den Preiswettbewerb in diesem Bereich zu Gunsten der Verbraucher.⁹³⁶ Daher wäre die Regelung des „Ob“ der Ausschreibungspflicht für Verwaltungskooperationen wegen der drohenden unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten für einen unionsweit gleichen Zugang der Bieter zu den Beschaffungsmärkten in diesem Bereich nicht zielführend. Dies belegt bereits die abweichende Rechtslage in Ungarn und Deutschland hinsichtlich der Ausschreibungspflichten kommunaler Zusammenarbeitsformen. Eine Nichterfassung von entgeltlichen Leistungsbeziehungen zwischen Kommunen als ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang würde – soweit die beauftragte Kommune als Wirtschaftsteilnehmer im Sinne der Richtlinien Leistungen auf dem Markt anbietet – eine Wettbewerbsverzerrung durch die Privilegierung eines aus öffentlichen Geldern finanzierten Unternehmens bedeuten, die durch das Fehlen einer unionsrechtlichen Regelung vertieft würde. Mithin würden mitgliedstaatliche Maßnahmen alleine oder das Fehlen einer unionsrechtlichen Ausschreibungspflicht im Widerspruch zu den Leitlinien der Subsidiaritätskriterien stehen und die Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen und versteckter Handelsbeschränkungen nicht fördern, sondern verstärken.⁹³⁷ Regelungen der Frage der Ausschreibungspflicht durch Landesgesetze oder durch kommunale Rechtssetzung würden die drohende uneinheitliche Rechtslage eines transnationalen Sachverhaltes zusätzlich vertiefen.⁹³⁸ Damit kann von deutlichen Vorteilen einer unionsweit gültigen Ausschreibungspflicht ausgegangen werden.⁹³⁹ Das Negativ- so wie das Positivkriterium des Subsidiaritätsprinzips sind somit vorliegend erfüllt.

933 Nr. 5 des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls.

934 Siehe Art. 7 Richtlinie 2008/18/EG.

935 Dazu EuGH C-234/03 (Contse SA u.A./Insalud), Urteil vom 27.10.2005, Rn. 25 ff. = EuZW 2006, 153.

936 EuGH C-305/08 (Co.NIS.Ma), Urteil vom 23.12.2009, Rn. 37 ff. = NZBau 2010, 188.

937 Zu diesen oben aufgezählten Konkretisierungen vgl. Schlussfolgerungen des Rates von Edinburgh zum Subsidiaritätsprinzip, abgedruckt im Bericht der Kommission „Bessere Rechtssetzung 2003“ vom 12.12.2003, KOM (2003) 770 endg., S. 19.

938 Anderer Auffassung SCHMIDT-EICHSTAEDT, der eine Regelung durch die Kommunen für ausreichend hält und deutliche Vorteile der gemeinschaftsweiten Ausschreibungspflicht ablehnt, KommJur 2009, S. 249, S. 253 f.

939 Das Bestehen unterschiedlicher Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten behandelt der EuGH in seinen wenigen Urteilen zum Subsidiaritätsprinzip als ein zentrales Indiz für das Vorliegen des Negativkriteriums und des Positivkriteriums; EuGH C-491/01 (Britisch American Tobacco), Slg. 2002, I-11 606, Rn. 180 ff.

b) Verhältnismäßigkeit

Fraglich bleibt damit, ob das Regel-Ausnahme-Prinzip der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht interkommunaler Kooperation einerseits und der lediglich ausnahmsweise geltenden Befreiung im Sinne der dargelegten Inhousegeschäfte andererseits⁹⁴⁰ noch verhältnismäßig im Sinne des Art. 5 Abs. 4 EUV ist. Stimmen im jüngeren Schrifttum argumentieren, dass die kommunale Organisationshoheit gerade im Bereich der Daseinsvorsorge⁹⁴¹ durch die allgemeine Ausschreibungspflicht über das Maß des Verhältnismäßigen hinaus beeinträchtigt würde.⁹⁴² Ähnlich wie im Hinblick auf die Kriterien des Subsidiaritätsprinzips ergibt jedoch ein genauerer Vergleich der Protokolle des Amsterdamer Vertrages mit dem Lissabonvertrag, dass die neu eingefügte explizite Erwähnung der „lokalen“ Ebene in Art. 5 EUV keine derart bahnbrechende Neuerung darstellt, wie es bisweilen im Schrifttum angenommen wird. Gemäß Art. 5 des Lissaboner Protokolls zielt die Verhältnismäßigkeit darauf ab, den durch Rechtsakte der Union verursachten finanziellen und verwaltungsorganisatorischen Aufwand der lokalen Ebene so gering wie möglich zu halten und dabei ein angemessenes Verhältnis zum angestrebten Zweck der jeweiligen Maßnahme zu erzielen.⁹⁴³ Allerdings gilt dieser Schutz vor Überbeanspruchung der finanziellen und organisatorischen Kapazitäten nicht nur für die mitgliedstaatlichen Ebenen sondern explizit auch für die Union selbst sowie für betroffene Wirtschaftsteilnehmer. Die Leitlinien des früheren Amsterdamer Protokolls enthalten in den Nummern 6. bis 9. vergleichbare und sogar detailliertere Vorgaben. Explizit müssen die finanzielle Belastung und der zu erwartende Verwaltungsaufwand der örtlichen Ebene so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.⁹⁴⁴ Danach müssen Rechtsakte der Union im Hinblick auf ihre Regelungsweite und Regelungstiefe den mitgliedstaatlichen Ebenen möglichst viel eigene Gestaltungsspielräume belassen.⁹⁴⁵ Bewährte Strukturen der nationalen Rechtsordnungen müssen bei der Durchführung des mit der Maßnahme verfolgten Zweckes geschont werden.⁹⁴⁶ Mit den Vertretern des hier zitierten Ansatzes könnte argumentiert

940 Dazu Kapitel 4; A.

941 Siehe dazu Art. 14 AEUV und insbesondere Art. 1 des dazugehörigen Protokolls. Vgl. in diesem Kapitel unter A;V.

942 So ROSENKÖTTER ANNETTE/THORSTEN WUERSIG, die nur Art. 5 Abs. 4 EUV anführen, da Art. 5 Abs. 3 wegen der ausschließlichen Unionszuständigkeit für die wettbewerbsrelevanten Anordnungen der Vergaberichtlinien – Art. 3 Abs. 1 lit. b) – nicht zur Anwendung gelangen könne. The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement, Rechtsgutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments von Januar 2010, IP/AIMCONT/2009-1 (PE 429.988), S. 11. Im Ergebnis auch SCHMIDT-EICHSTAEDT, der aber wohl auch die Subsidiaritätskriterien des Art. 5 Abs. 3 EUV für einschlägig hält; KommJur 2009, S. 249, S. 253 f.

943 Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll (Nr. 2) (ABl. C 115 vom 09.05.2008, S 207.)

944 Nr. 9 dritter Spiegelstrich des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls (abgedruckt in überarbeiteter Form in ABl. C-340 vom 09.05.2008, S. 207.).

945 BLANKE HERMANN-JOSEF, Zur Verteilung der Kompetenzen in der Europäischen Union, in ELSA (Hrsg.), Die Europäische Verfassung, 2004, S. 39, S. 76 f. Siehe zum reformierten Art. 5 Abs. 4 EUV CHRISTIAN CALLIESS, der zurecht betont, dass die Beachtung auch inhaltlicher Kriterien der Gemeinschaftsrechtsakte bereits in den detaillierten Leitlinien des Amsterdamer Protokolls angelegt war CALLIESS/RUFFERT EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV, Rn. 58.

946 Nr. 7 des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls (abgedruckt in überarbeiteter Form in ABl. C-340 vom 09.05.2008, S. 207.).

werden, dass die nunmehr zweifelsfrei zu berücksichtigende kommunale Organisationshoheit und die von den Gebietskörperschaften entwickelten, bewährten Strukturen kosteneffizienter und qualitätssichernder Zusammenarbeitsformen als zweckmäßige Handlungsalternative der Kommunen nicht mehr zu Verfügung stünden, wenn jedesmal ein aufwändiges Vergabeverfahren zwingend durchzuführen wäre.⁹⁴⁷ Eine solche Argumentation geht jedoch von einer unzutreffenden Prämisse aus, wenn sie unterstellt, dass die Ausschreibungspflicht die „Handlungsalternative Kooperation“ untersagt oder über Gebühr erschwert. Der mit der Ausschreibungspflicht bezweckte Beschaffungswettbewerb dient nur der Feststellung der Wirtschaftlichkeit einer geplanten Maßnahme. Bietet eine kommunale Wirtschaftsteilnehmerin (etwa ein Zweckverband oder unmittelbar eine Gebietskörperschaft) in einem Vergabeverfahren zu günstigeren Preisen und besseren Bedingungen als ihre privaten Wettbewerber, kann die geplante Kooperation ohne Weiteres durchgeführt werden.⁹⁴⁸ Zudem stellt die Ausschreibungspflicht kein Verbot von Kooperationen dar, sondern ein an kommunale Wirtschaftsteilnehmer gerichtetes Gebot, am Ausschreibungswettbewerb teilzunehmen, wenn sie den Markt als Bieter betreten. Mithin werden Kooperationen als Handlungsalternative nicht allgemein in Frage gestellt oder praktisch unmöglich gemacht.⁹⁴⁹ Sie sollen sich lediglich dort dem Wettbewerb stellen, wo ein kommunaler Marktzutritt erfolgt.⁹⁵⁰ Dieses Ergebnis deckt sich mit dem Grundsatz, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung ausweislich der oben dargelegten Leitlinien nicht nur den Verwaltungsaufwand und die Gestaltungsspielräume der durch eine Maßnahme unmittelbar betroffenen Verwaltungsebenen zu beachten hat, sondern auch die selben Rechtspositionen der Union und der Wirtschaftsteilnehmer. Da die Ausschreibungspflicht unter anderem auch den Haushaltsinteressen der Mitgliedstaaten (wirtschaftliche Beschaffung) sowie dem Verbraucherschutz (Qualität durch Bieterwettbewerb) dient, muss die Verhältnismäßigkeitsprüfung eine komplexe Abwägung bewältigen, die sämtliche betroffene Rechtspositionen zu beachten hat.⁹⁵¹ Bei derart vielschichtigen Abwägungen geht der EuGH im Lichte der oben dargelegten Leitlinien davon aus, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur verletzt ist, wenn sich die vom Gemeinschaftsgesetzgeber getroffene Entscheidung als offensichtlich fehlerhaft erweist, oder wenn die Nachteile, die sich aus ihr für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer ergeben, zu den übrigen mit ihr verbundenen Vorteilen völlig außer Verhältnis stehen.⁹⁵² Solche offensichtlichen Fehleinschätzungen und Missverhältnisse sind nicht

947 Auf dieser Linie etwa GERD SCHMIDT-EICHSTAEDT, der eine Regelung durch die Kommunen für ausreichend hält und deutliche Vorteile der gemeinschaftsweiten Ausschreibungspflicht ablehnt, KommJur 2009, S. 249, S. 253 f.

948 Dazu Schlussanträge von Generalanwalt JÁN MAZÁK vom 19.02.2009 zu EuGH C-480/06, Rn. 59 ff.

949 Siehe dazu auch in Kapitel 3;B;III; 3.

950 So zu interkommunalen Kooperationen und der allgemeinen vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht ALEXANDER EGGER, Europäisches Vergaberecht, 1. Aufl. 2008, Rn. 620 ff.

951 Zu dieser Problematik siehe bereits Kapitel I; II;3.

952 EuGH C-84/94 (Vereintes Königreich/Rat), Slg. 1996, I-5755, Rn. 55 ff.; EuGH C-233/94 (Deutschland/EP und

ersichtlich, zumal die Kooperationen nur dann vergaberechtlich erfasst sind, wenn die interkommunale Leistungsbeziehung Bezüge zum Markt aufweist und in Wettbewerb zu privaten Marktteilnehmern tritt.⁹⁵³

V. Daseinsvorsorge und Binnenmarkt - Art. 14 AEUV und Art. 3 Abs. 3 EUV

Die Frage des Verhältnisses gemeinwohlorientierter wirtschaftlicher Betätigungen der öffentlichen Hand zu den Wettbewerbsvorschriften der Verträge behandelt neben Art. 106 Abs. 2⁹⁵⁴ die Vorschrift des Art. 14 AEUV.⁹⁵⁵ Die letztgenannte Regelung ist eine Weiterentwicklung der Kompromisslösung, die bereits mit ihrer Vorgängervorschrift Art. 16 EGV a.F. gefunden wurde. Hintergrund war der Konflikt zwischen dem in Art. 4 Abs. 1 EGV a.F. festgelegten Grundsatz der Wirtschaftsordnung der Europäischen Gemeinschaften als offene Marktwirtschaft und freiem Wettbewerb mit dem öffentlichen Wirtschaftssektor in zahlreichen Mitgliedstaaten.⁹⁵⁶ Staatliche Stellen oder Unternehmen, die von den Mitgliedstaaten mit besonderen Befugnissen für eine effektive Erfüllung gemeinwohlorientierter Leistungen ausgestattet werden, sind häufig vom Wettbewerb bewusst abgeschirmt, damit sie ihre teils verlustbringenden Geschäftsfelder ohne Wettbewerbsdruck und den Zwängen der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften effektiv betreiben können.⁹⁵⁷ Das Spannungsverhältnis des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs mit „Diensten von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ wurde in Art. 16 EGV a.F. zunächst so gelöst, dass zwar einerseits unbeschadet des Art. 86 EGV der Vorrang der freien Marktwirtschaft beibehalten wurde, andererseits jedoch die Daseinsvorsorge als davon isolierter und bedeutsamer gemeinsamer Wert der Union unterstrichen wurde.⁹⁵⁸

1. Sinn und Zweck des Art. 14 AEUV

Der im Vertragswerk von Lissabon neu geregelte Art. 14 Satz 1 AEUV ist im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 2 EUV zu lesen, der das Prinzip der freien Marktwirtschaft um das Element der sozialen

Rat), Slg. 1997, I-2405, Rn. 55-56.

953 EuGH C-340/04 (Carbotermo), Urteil vom 11.05.2006, Rn. 62-64 = EuZW 2006, 375; vgl. auch MEINRAD DREHER in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 99 GWB, Rn. 67 f.

954 Zu Art. zu den 101 ff. und insbesondere Art. 106 Abs. 2 AEUV im Hinblick auf die Frage der Verwaltungszusammenarbeit siehe Kapitel 3; B; III. 3.

955 Zu diesen beiden Vorschriften im unmittelbaren Vergleich mit den Vorgängervorschriften Art. 16 und 86 Abs. 2 EGV siehe MARTIN POSPISCHILL in AK Wien (Hrsg.), Zur Zukunft öffentlicher Dienstleistungen; Zwischen Staat und Markt – Aktuelle Herausforderungen der öffentlichen Dienstleistungserbringung, 2005, S. 55 ff.

956 Vgl. zu den nachfolgenden Erläuterungen AXEL KALLMAYER / CHRISTIAN JUNG in CALLIESS/RUFFERT EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 16 EGV, Rn. 3 ff.

957 Etwa im Hinblick auf staatliche Subventionen in diesem Bereich vgl. bereits die Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit der Beihilfevorschriften (Art. 92 und 93 EGV a.F.) vom 13.11.1993, ABl. 1993 Nr. C 307/3.

958 Zurecht weist JÜRGEN SCHWARZE darauf hin, dass diese Kompromisslösung keine materiellrechtliche Freistellung der Daseinsvorsorge durch wirtschaftliche Betätigungen der Mitgliedstaaten von den Wettbewerbsvorschriften enthält, EuZW, 2001, S. 334, S. 337.

Marktwirtschaft erweitert⁹⁵⁹ und damit einer bereits früheren Forderung des Europäischen Parlaments entgegen kommt.⁹⁶⁰ Angesichts der Organisationshoheit der Kommunen im Bereich der örtlichen Daseinsvorsorge verweist Art. 14 Satz 1 AEUV explizit nicht mehr nur auf den Wettbewerbsgrundsatz des Art. 106 AEUV sondern gerade auch auf den oben dargelegten Art. 4 Abs. 2 EUV. Die im Rahmen des Art. 14 Satz 1 AEUV anerkannte Organisationshoheit der Kommunen für die örtliche Daseinsvorsorge als gemeinsamer Wert der Union⁹⁶¹ wird jedoch von den Wettbewerbsvorschriften auch weiterhin nicht freigestellt.⁹⁶² Wie ihre Vorgängervorschrift⁹⁶³ liefert auch Art. 14 AEUV insoweit keine Grundlage für eine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips und dient vielmehr der isolierten Anerkennung gemeinwohlorientierter staatlicher Leistungen als gemeinsame europäische Wertvorstellung, ohne dass dabei der Vorrang des Wettbewerbsprinzips in Richtung einer Privilegierung staatlicher Leistungen der Daseinsvorsorge erfolgen sollte.⁹⁶⁴ Damit lässt sich aus dieser Vorschrift nicht herleiten, wann kommunale Zusammenarbeitsformen im hier interessierenden Sinne ausschreibungsfrei durchgeführt werden können.

2. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Erschwerend kommt hinzu, dass der normative Begriff „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ nur schwer umrissen werden kann. Einigkeit besteht noch insoweit, dass kein faktischer Unterschied zu „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV besteht⁹⁶⁵, andererseits aber in Abgrenzung zum engeren Dienstleistungsbe-
griff des Art. 57 AEUV jede dem Gemeinwohl dienende Wirtschaftstätigkeit erfasst werden soll.⁹⁶⁶

959 Dazu UWE ZIMMERMANN, KommJur, 2008, S. 41, S. 45. Zustimmung KARSTEN HOPPENSTEDT, in BECK-MANN u.A (Hrsg.), Cities and Towns in the European Constitutional System, 2008, S. 21.

960 Das Europäische Parlament machte sich bereits bei der Ausarbeitung des Vertragswerks von Nizza für eine Ergänzung der freien Marktwirtschaft durch die Komponente der sozialen Marktwirtschaft stark; Entschließung des Europäischen Parlaments zur Vorbereitung der Reform der Verträge und der Nächsten Regierungskonferenz (C5-0143/1999-19992135 (COS)) vom 17.11.1999, Rn. 41.

961 Protokoll (Nr. 26) benennt diese Gestaltungsfreiheit als gemeinsamen Wert der Union und stellt insoweit einen Bezug zu Art. 4 Abs. 2 EUV her.

962 Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse hebt in seinem Art. 2 hervor, dass die Bestimmungen des Primärrechts lediglich diejenigen Leistungen von allgemeinem Interesse unberührt lassen, die explizit „nichtwirtschaftlichen“ Charakter haben. Dies ist lediglich der Fall bei Leistungen von allgemeinem Interesse, die als Verwaltungsmonopole dem Staat vorbehalten sind und daher nicht von Unternehmen auf dem Markt angeboten werden; vgl. dazu Mitteilung 2001/C 17/04 der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 19.01.2001, ABl. C 17 S. 4 ff. Rn 28.

963 Zu Art. 16 EGV in diesem Sinne AXEL KALLMAYER / CHRISTIAN JUNG in CALLIESS/RUFFERT EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 16 EGV, Rn. 9-13.

964 Dazu MARTIN POSPISCHILL in AK Wien (Hrsg.), Zur Zukunft öffentlicher Dienstleistungen; Zwischen Staat und Markt – Aktuelle Herausforderungen der öffentlichen Dienstleistungserbringung, 2005, S. 56 ff. Vgl. auch Protokoll Nr. 26 zu Art. 14 VAEU, ABl. vom 09.05.2008, C 115, 308, wonach die Wettbewerbsvorschriften der Union zur Anwendung gelangen, wenn eine Leistung der Daseinsvorsorge wirtschaftliche Relevanz besitzt.

965 Dies insbesondere deshalb, weil die anderen sprachlichen Fassungen der Verträge keine Unterscheidung zwischen Dienstleistung und Leistung im Bereich der Art. 14 und 106 AEUV vornehmen.

966 Zu Art. 16 EGV in diesem Sinne AXEL KALLMAYER / CHRISTIAN JUNG in CALLIESS/RUFFERT EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 16 EGV, Rn. 8.

Maßgeblich für das „allgemeine Interesse“ ist, dass eine bestimmte Leistung auch dann erbracht werden muss, wenn der Markt hierfür keine ausreichenden wirtschaftlichen Anreize bietet.⁹⁶⁷ Die Festlegung dieser Gemeinwohlbindung einer Leistung liegt in der Kompetenz der Mitgliedstaaten, wobei den Unionsorganen zur Wahrung der Vertragsziele eine auf „offenkundige Fehler“ beschränkte Überprüfungsbefugnis zusteht.⁹⁶⁸ Wann eine Leistung als „wirtschaftlich“ oder eben „nichtwirtschaftlich“ im Sinne des Art. 14 AEUV einzustufen ist⁹⁶⁹, kann zwar aus Perspektive der Binnenmarktkompetenzen der EU auf europäischer Ebene definiert werden. Jedoch beschränkt sich die Kommission in der Praxis weiterhin auf den Grundsatz, dass die wirtschaftliche Auswirkung einer gemeinwohlorientierten Dienstleistung stets am Einzelfall zu messen sei und hält abstrakt-generelle Definitionen zu dieser Frage für unergiebig.⁹⁷⁰ Eine wirtschaftliche Relevanz eines Dienstes sieht die Kommission als gegeben an, soweit dabei eine Leistung auf dem Markt erbracht wird, also letztlich immer dann, wenn ein Markt für eine bestimmte Leistung besteht. Ausgenommen sind Verwaltungsmonopole des Staates⁹⁷¹ und gesetzliche Pflichtversicherungssysteme, weil diesen eine gewerbliche Tätigkeit fehlt und ihre Leistungen nicht auf dem Markt nachgefragt werden können.⁹⁷² Da Gemäß Art. 2 des Protokolls Nr. 26 zu Art. 14 AEUV Dienste von allgemeinem nichtwirtschaftlichem Interesse von den Wettbewerbsvorschriften der Union ausgenommen sind, wurden bereits früher geäußerte Forderungen mancher Mitgliedstaaten erneut bekräftigt, auf Unionsebene ein A-priori-Verzeichnis nichtwirtschaftlicher Dienste zu erstellen und so mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten.⁹⁷³ Die in Art. 14 S. 2 neu eingeführte Ermächtigungsgrundlage des europäischen Gesetzgebers, die Rahmen

967 Europäische Kommission, Mitteilung über die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa. ABl. 2001 C 17, S. 7. Siehe auch die Legaldefinition der „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung“ im Sinne des Art. 2 lit. e) der Verordnung EG 1370/2007 und die auf Art. 16 EGV a.F. verweisenden Erwägungsgründe (1), (4) und (25) für öffentliche Personenverkehrsdienste.

968 Europäische Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20.09.2000, KOM (2000) 580 endg., Rn. 22.

969 Vgl. insoweit die explizite Differenzierung des Art. 2 von Protokoll Nr. 26 zu Art. 14 AEUV, der die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben der Union bei nichtwirtschaftlichen Diensten explizit ausschließt.

970 Zu den folgenden Angaben siehe Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.05.2003, KOM 2003 270 endg. Rn. 44 ff. Siehe dazu auch jüngst im sogenannten Monti-Bericht vom 09.05.2009, S. 87; Mario Monti, Eine neue Strategie für den Binnenmarkt – Bericht an den Präsidenten der Europäischen Kommission.

971 Vgl. Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge vom 19.01.2001 (ABl. C 17 S. 4 ff.), Punkt 28. Als wettbewerbsrechtlich nicht relevante Tätigkeit benennt die Kommission „exklusiv hoheitliche Tätigkeiten“ wie die Wahrung der äußeren und inneren Sicherheit, die Justizverwaltung und vergleichbare Gewaltmonopole des Staates. Erfasst sind jene Aufgabenbereiche, die nach nationalem Recht den dem Staat vorbehalten sind.

972 Diese Beispiele benennt die Kommission als nicht endgültig, da es stets auf den Einzelfall und den jeweils aktuellen gesellschaftlichen Zusammenhängen zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem bestimmten Land ankomme; Zu den folgenden Angaben siehe Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.05.2003, KOM 2003 270 endg. Rn. 45f.

973 ANNETTE ROSENKÖTTER/THORSTEN WUERSIG, The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement, Rechtsgutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments vom Januar 2010, PE 429.988, (IP/A/IMCO/NT/2009-12), S. 7 f.

für die Erbringung solcher Dienste zu regeln, könnte in eine solche Richtung genutzt werden.⁹⁷⁴ Allerdings lässt sich auf Grund der abweichenden Vorstellungen der Mitgliedstaaten und der dargelegten Auffassung der Kommission schwer absehen, wie diese Regelungsbefugnis letztlich genutzt wird. Es bleibt abzuwarten, ob sich die neue Rechtssetzungskompetenz der EU gemäß Art. 14 S. 2 AEUV⁹⁷⁵ zur Grundlage einer brauchbaren Neujustierung entwickeln kann und wie sich der oben dargelegte Beteiligungsmechanismus der nationalen Parlamente im Rahmen der EU-Rechtssetzung hier auswirken kann.⁹⁷⁶ Insgesamt sind die materiellen Vorgaben, des als Kompromissnorm angelegten Art. 14 derart unklar, dass ihnen zurecht bescheinigt wird, mehr Verwirrung als Rechtssicherheit zu bringen.⁹⁷⁷ Zum gegenwärtigen Zeitpunkt können interkommunale Kooperationen, auch wenn sie der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge dienen, nicht pauschal von den Vorgaben des Wettbewerbsrechts freigestellt werden. Eine vergaberechtsimmanente Lösung dieses Konflikts muss im Interesse der Rechtssicherheit darauf abzielen, aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive möglichst eindeutige Kriterien zu entwickeln, wann eine interkommunale Kooperation mangels Beschaffungscharakters keine schädliche Auswirkung auf dem Markt entfaltet und auf Grund dieser – insoweit spezifisch wettbewerbsrechtlichen Prämisse – nicht der Ausschreibungspflicht unterliegt.⁹⁷⁸ Zumindest mittelbar können so die Zielvorgaben des Art. 14 S. 1 AEUV sowie des Art. 3 Abs. 3 EUV, namentlich eine Ausgewogenheit zwischen Marktwettbewerb und staatlicher (kommunaler) Daseinsvorsorge zu erzielen, umgesetzt werden.

B. Zwischenergebnis und Fazit

Nach den bisherigen Ergebnissen besteht für die hier untersuchten Zusammenarbeitsformen grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht im Sinne des vergaberechtlichen Auftragsbegriffs der Union und der nationalen Umsetzungsvorschriften.⁹⁷⁹ Die in diesem Kapitel untersuchten Normen des Primärrechts transportieren lediglich mittelbare Auslegungshilfen für den vergaberechtlichen Auftragsbegriff zu Gunsten einer stärkeren Rücksichtnahme auf die kommunale Gestaltungshoheit, enthal-

974 Dies vor allem auch deshalb, weil die Ermächtigungsgrundlage des Art. 14 Satz 2 für den Bereich der Daseinsvorsorge der Union eine Kompetenz außerhalb des Wettbewerbsrechts etwa Art. 106 Abs. 3 AEUV und des Binnenmarktes zur Verfügung stellt. Vgl. dazu Zu Art. 16 EGV in diesem Sinne AXEL KALLMAYER / CHRISTIAN JUNG in CALLIESS/RUFFERT EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 16 EGV, Rn. 6.

975 Einen erheblichen Widerspruch zu den im Vertragswerk von Lissabon nunmehr anerkannten Gestaltungsrechten der Kommunen sieht UWE ZIMMERMANN vor allem darin, das Art. 14 Satz 2 AEUV der Union das Rechtsinstrument der unmittelbar geltenden Verordnung (Art. 288 AEUV) in diesem Bereich zur Verfügung stellt, KommJur 2008, S. 41, S. 45.

976 Ebenso MARTIN POSPISCHILL in AK Wien (Hrsg.), Zur Zukunft öffentlicher Dienstleistungen; Zwischen Staat und Markt – Aktuelle Herausforderungen der öffentlichen Dienstleistungserbringung, 2005, S. 56.

977 Dies wird auch bemängelt im sogenannten Monti-Bericht vom 09.05.2009; MARIO MONTI, Eine neue Strategie für den Binnenmarkt – Bericht an den Präsidenten der Europäischen Kommission, S. 87.

978 Vgl. dazu Kapitel 5; A; I.

979 Siehe Kapitel 3; B; II; 4.

ten aber insbesondere keine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips. Kriterien für das Verhältnis kommunaler Organisationshoheit zum Binnenmarkt stellen auch die Neuerungen des Lissabonvertrags nicht zur Verfügung. Die schillernde Formulierung in den Normtexten zur kommunalen Selbstverwaltung kann als Zielvorgabe daher nur mittelbar in der Auslegung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften umgesetzt und mit dem Binnenmarktziel der Union in ein bereichsspezifischen, vernünftigen Ausgleich gebracht werden. Vom hier interessierenden Grundsatz der Ausschreibungspflicht kommunaler Zusammenarbeit gewährt die im europäischen Sekundärrecht ungeschriebene und keineswegs rechtssichere Inhousefigur⁹⁸⁰ eine Befreiung zumindest im Hinblick auf vertikale Zusammenarbeitsformen. Etwaige Befreiungsmöglichkeiten horizontaler Kooperationen sind jedenfalls im Hinblick auf ihre Reichweite noch unausgereift. Auf Grund dieser insoweit offenen Rechtslage auf Unionsrechtsebene und der mit der Inhousefigur eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten der nationalen Gesetzgeber wird die Diskussion um die Ausschreibungspflicht zunehmend auch auf verfassungsrechtlicher Ebene geführt.⁹⁸¹ Flankierend zu den hier gefundenen Ergebnissen in Ansehung der unionsrechtlichen Rahmenbedingungen sollen nachfolgend die verfassungsrechtlichen Kriterien in Deutschland und Ungarn für die Kooperationshoheit der Gebietskörperschaften ermittelt werden.

C. Kooperationshoheit der Gebietskörperschaften in Deutschland und Ungarn

Die Ansätze zielen teils darauf ab, die durch die Rechtsprechung des EuGH bereitgestellte „Öffnungsklausel“ für kommunale Zusammenarbeitsformen verfassungsrechtlich für einen weitreichenden Ausnahmetatbestand im nationalen Vergaberecht fruchtbar zu machen. Einige Stimmen versuchen hingegen die Kooperationshoheit der Kommunen dem bestandsfesten Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts gemäß Art. 28 Abs. 2 GG i.V.m Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG zuzuweisen⁹⁸² und so eine europarechtsfeste Sphäre kommunaler Gestaltungsfreiheit zu erzielen⁹⁸³

Sofern die künftige Entwicklung im Unionsrecht weitere Befreiungen kommunaler Zusammenarbeitsformen von der Ausschreibungspflicht begründet, stellt sich für die wiedererlangten Umsetzungsspielräume auf nationaler Ebene die Frage, inwieweit das jeweilige Verfassungsrecht die Kooperationshoheit der Kommunen schützt und in welchem systematischen Verhältnis dieser Schutz

980 Wie dargelegt, ist nur im Sondervergaberecht für Konzessionen der Personenverkehrsdienste nach Art. 5 der Verordnung (EG) 1370/2007 eine bereichsspezifische Kodifikation vorhanden. Dazu Kapitel 4; A; II.

981 Vgl. HERMANN PÜNDER, der einer uneingeschränkten Umsetzung der in der Verordnung (EG) Nr.1370/2007 als Öffnungsklausel geregelten Inhouse-Ausnahme verfassungsrechtliche Bedenken und insbesondere die Berufsfreiheit der Privaten Bieter im Sinne des Art. 12 GG entgegen hält; NJW 2010, S. 263, S. 266 f.

982 Nach der gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat, soll der Begriff der Subsidiarität i.S.d Art 23 Abs. 1 S. 1 GG auch die Bestandsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung mit einbeziehen; BT-Drs. 12/600, S 21.

983 SCHMIDT-EICHSTAEDT, KommJur, 2009, S 249, S. 253. Ähnlich ULF-DIETER PAPE/HENNING HOLZ, NVwZ 2007, S 636, S. 638 f.

zu den wirtschaftlichen Betätigungsrechten der privaten Konkurrenten auf einem unionsrechtlich geöffnetem Beschaffungsmarkt steht.⁹⁸⁴ Die Prüfung dieser Rechtslage kann schließlich auch für künftige Entwicklungen des Unionsrechts selbst Bedeutung erlangen, wenn man sich die stärkere Einbeziehung der nationalen Parlamente in Rechtssetzungsakte der Union vor Augen führt.⁹⁸⁵

I. Kooperationshoheit der Kommunen in Deutschland

1. Schutz der Organisationshoheit

Die Befugnis der Gemeinden, Aufgaben gemeinschaftlich wahrzunehmen, ist als Ausdruck der kommunalen Organisationshoheit im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 GG verankert.⁹⁸⁶ Das Recht zur Selbstverwaltung beinhaltet als ausfüllungsbedürftige institutionelle Garantie⁹⁸⁷ die Befugnis der Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze eigenverantwortlich zu regeln. Damit wird ein bestimmter Bestand an Aufgaben und gleichzeitig eine Autonomie der Aufgabenerledigung als „notwendige Wirkbedingung“⁹⁸⁸ kommunaler Selbstverwaltung gewährleistet.⁹⁸⁹ Diese Freiheit vor staatlicher Reglementierung hinsichtlich der Art und Weise der Aufgabenerledigung⁹⁹⁰ stuft das Bundesverfassungsgericht in seiner richtungsweisenden Entscheidung zur Bestellung von Gleichstellungsbeauftragten⁹⁹¹ im Hinblick auf die Organisationshoheit der Kommunen als im Grundsatz einschränkbar⁹⁹² ein und differenziert zwischen einem Kernbereichsschutz und einem Randbereichsschutz.⁹⁹³ Der Schutz des Kernbereichs geht allgemein dahin, dass die Selbstverwaltung weder rechtlich noch faktisch beseitigt oder innerlich ausgehöhlt werden kann,

984 Ausschreibungsfreie Leistungsbeziehungen zwischen Kommunen im Rahmen der in Art. 5 PVVO (vgl. dazu Kapitel 4) gewährten Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten wertet HERMANN PÜNDER an der Berufsfreiheit des Art. 12 GG und hält eine Inhousevergabe zwischen Kommunen nur dann mit der Berufsfreiheit für vereinbar, wenn gleichzeitig das kommunalwirtschaftsrechtliche Subsidiaritätsprinzip eingehalten wurde, die Aufgabe also nicht ebenso gut durch Privatunternehmen erbracht werden kann; NJW 2010, S. 263, S. 267. STEFAN HERTWIG stellt darauf ab, dass wirtschaftliche Betätigungen von Gebietskörperschaften nur bei eindeutigen gesetzlichen Ermächtigungen zu keinem Verstoß gegen Art. 12 GG führen und lässt diese Frage für die Landesgesetze zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit offen, NZBau 2008, S. 355, S. 3 361.

985 Wie dargelegt, formieren die Kommunen in den Mitgliedstaaten grenzüberschreitend organisierte Interessenverbände und bauen sukzessive ihre Einflussnahme auf Willensbildungsprozesse auf europäischer Ebene aus, siehe dazu Kapitel 1; A.

986 HORST DREIER in DREIER, Kommentar zum GG, 2. Aufl. 2006, Band II, Art. 28 GG, Rn. 138.

987 BVerfGE 1, 167 (174); 86, 90 (107).

988 BVerfGE 107, 1 (12).

989 KLAUS STERN, Staatsrecht Band I, S. 408. f unterteilt die institutionelle Garantie in die Ebenen der Rechtssubjektsgarantie (Es muss Gemeinden als Element des Verwaltungsaufbaus geben), die objektive Rechtsinstitutionsgarantie (hinreichender Aufgabenbestand und autonome Aufgabenwahrnehmung) so wie die subjektive Rechtsstellungsgarantie (gerichtlich durchsetzbares Abwehrrecht gegen Beeinträchtigungen der Rechtsinstitutionsgarantie).

990 BVerfGE 107, 1 (12).

991 BVerfGE 91, 228, (236 ff.).

992 Zentral ist dabei der Hinweis auf die Formulierung des Art. 28 Abs. 1 GG „im Rahmen der Gesetze“, vgl. BVerfGE 91, 221, (238).

993 Zur Entwicklung dieser Rechtssprechung und des nur sehr eng begrenzten Kernbereichs siehe PETER J. TETTINGER in V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG Kommentar, 4. Aufl., Band 2, Art. 28 GG, Rn. 191 ff.

ohne dass ein fester Aufgabenkatalog gewährleistet wird.⁹⁹⁴ In der Entscheidung zur Bestellung der Gleichstellungsbeauftragten konkretisiert das Gericht dies dahingehend, dass von einer faktischen Beseitigung in diesem Sinne nur bei einer derartigen Regelungsdichte auszugehen wäre, die den Kommunen die Möglichkeit nähme, Hauptsatzungen zu erlassen, oder wenn die Entscheidungen der Kommunen durch staatliche Behörden beliebig steuerbar wären. Dieser Kernbereichsschutz dürfte mithin nur in äußerst seltenen Extremfällen eingreifen⁹⁹⁵ und kommt somit selbst bei einer umfassenden vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht kommunaler Leistungsbeziehungen nicht in Betracht, da die Ausschreibung kein Verbot der Zusammenarbeit ausspricht⁹⁹⁶, sondern lediglich die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens verlangt. Somit verbleibt der Schutzgehalt des bereits angesprochenen Randbereichs, welches nach Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts schon konzeptionell von vornherein „nur relativ gewährleistet ist“.⁹⁹⁷ Anders als bei der Aufgabengarantie kann hier – weder historisch noch nach der derzeitigen Ausformung des Kommunalrechts – ein Prinzip der Allzuständigkeit festgestellt werden. Die verbürgte Organisationshoheit „im Rahmen der Gesetze“ beinhaltet gleichwohl eine Mitverantwortung der Gemeinden trotz der gesetzgeberischen Ausgestaltungsbefugnis, so dass im Ergebnis bei jedweder Regelung ausreichende und nennenswerte organisatorische Befugnisse verbleiben müssen. „Belässt der Gesetzgeber den Gemeinden bei der Ausgestaltung ihrer Organisation in dieser Weise für ihre verschiedenen Aufgabenbereiche Raum zu selbstverantwortlichen Maßnahmen, findet eine Kontrolle dahin, ob die von ihm getroffenen Organisationsentscheidungen auf hinreichend gewichtigen Zielsetzungen beruhen, nicht statt.“⁹⁹⁸ Im Gegensatz zu einer Kontrolle am Maßstab gewichtiger Ziele im Falle des Entzugs kommunaler Aufgaben, wie sie das Gericht in seiner viel beachteten Rastede-Entscheidung herausgearbeitet hat⁹⁹⁹, sind also inhaltliche Vorgaben für die Selbstorganisation örtlicher Aufgaben im Rahmen dieses Übermaßverbots auch ohne eine spezifische Rechtfertigung mit gewichtigen Zielen zulässig.¹⁰⁰⁰ Innerhalb dieser Vorgaben kann die Organisationshoheit der Kommunen mit dem Ziel der Verwaltungsvereinfachung sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung oder dem Wunsch nach Übersichtlichkeit begründet werden.¹⁰⁰¹ Angesichts dieser Stärkung des Gestaltungsspielraumes bereits des nationalen

994 Vgl. dazu bereits BVerfGE 79, 127, (155); 1, 167 (175); 26 228, (238).

995 HORST DREIER in Dreier, Kommentar zum GG, 2. Aufl. 2006, Band II, Art. 28 GG, Rn. 127.

996 So auch SONJA J. KOHOUT, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 176.

997 BVerfGE 83, 363, (382).

998 So explizit BVerfGE 91, 228 (241).

999 Der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers ist in Fällen des Aufgabenentzugs „normativ gebunden“ BVerfGE 79, 127 (154).

1000 Freilich ähnelt das Übermaßverbot insoweit der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Grundrechtsbeschränkungen, wird aber nur aktiviert, wenn in einem bestimmten Aufgabenbereich kaum noch nennenswerte kommunale Verantwortung verbleibt; vgl. dazu MICHAEL NIERHAUS in SACHS Kommentar GG, 4. Aufl., 2007, Art. 28 GG, Rn. 72 ff.

1001 So explizit BVerfGE 91, 228 (240 ff.).

Gesetzgebers im Hinblick auf die Reglementierung der kommunalen Aufgabenorganisationshoheit¹⁰⁰² ist eine Abschirmung der gemeindlichen Kooperationshoheit gegenüber unionsrechtlichen Vorgaben selbst durch eine umständliche Zuweisung zum Schutzgehalt des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, wie von vereinzelt Stimmen gefordert¹⁰⁰³, nicht zuletzt im Hinblick auf die Integrationsoffenheit des Art. 23 GG abzulehnen.¹⁰⁰⁴ Daher ist allenfalls der Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung als „europafest“ zu qualifizieren¹⁰⁰⁵, während die hier interessierende Kooperationshoheit auch ohne unionsrechtliche Determination der oben geschilderten, weiten Regelungsbefugnis des Gesetzgebers unterliegt. Selbst eine umfassende Ausschreibungspflicht – namentlich ohne die Freistellungsmöglichkeiten der Inhousefigur – belässt den Gemeinden noch genügend Mitverantwortung und eigene Gestaltungsmöglichkeiten auf dem Gebiet der Gemeinschaftsarbeit. Die Ausschreibungspflicht bewirkt lediglich die Pflicht, kommunale Kooperationsplanungen mit den Alternativangeboten privater Bieter zu vergleichen. Bedenkt man, dass aus öffentlichen Geldern finanzierte Zusammenarbeitsformen von umsatzabhängigen Privatunternehmen preislich selten unterboten werden können, hätte eine Ausschreibungspflicht auch mittelbar keine faktische Verdrängung der gemeindlichen Gemeinschaftsarbeit zur Folge. Selbst wenn statistisch gesehen dennoch jede zweite Kooperation dem konkurrierendem Angebot eines Bieters unterläge, verbliebe letztlich noch genügend Raum für Zusammenarbeitsmodelle. Im Hinblick auf die Kostensenkung bei kommunalen Verwaltungsaufgaben oder die Eröffnung eines Wettbewerbs kann der Gesetzgeber mithin die Ausschreibungspflicht anordnen, ohne dass dabei sein Einschätzungsspielraum im Sinne der dargelegten Maßstäbe des Randbereichsschutzes kommunaler Organisationshoheit ersichtlich falsch eingesetzt wurde.

2. Verhältnis der Organisationshoheit zu den Rechtspositionen der privaten Bieter

Nach den bisherigen Ergebnissen lässt sich aus den deutschen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die gemeindliche Organisationshoheit auch ohne unionsrechtliche Determination keine Einschränkung der allgemeinen vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht kommunaler Gemeinschaftsarbeit herleiten. Im Hinblick auf das Unionsrecht ist zudem zu beachten, dass vertikale Kooperationsfor-

1002 Dazu UWE BERLIT, DVBl, 1995, S. 293, S. 294.

1003 GERD SCHMIDT-EICHSTAEDT operiert mit der Normkette der Art. 23 Abs. 1 S. 2, 79 Abs. 3, 20 Abs. 2 i.V.m. 28 Abs. 2 S. 1 GG und argumentiert an sich überzeugend, dass das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in dessen Kerngehalt nicht von der EU angetastet werden kann, weil eine diesbezügliche Mitwirkung des Bundes an Art. 23 GG scheitert. Wie gesehen, gehört aber die Kooperationshoheit der Kommunen zum lediglich relativ gewährleisteten Bereich kommunaler Organisationshoheit und kann auch vom Landesgesetzgeber oder vom Bund im Rahmen des Kartellvergaberechts reglementiert werden. Vgl. SCHMIDT-EICHSTAEDT, KommJur, 2009, S. 249, S. 253.

1004 THOMAS SCHÄFER, Die deutsche kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union, 1998, S. 238 ff.

1005 Allgemein dazu WOLFGANG LÖWER in SCHMIDT-BLEIBTREU, Kommentar GG, 11. Aufl., Art. 28, Rn. 95 ff. Speziell im Hinblick auf die Kooperationshoheit vgl. SONJA J. KOHOUT, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, S. 278.

men bereits weitgehend dem ausschreibungsfreien Bereich zugewiesen sind, so dass der Schutz der Kooperationshoheit nicht betroffen ist.¹⁰⁰⁶ Zu beachten ist schließlich die in Kapitel 1 dargelegte multipolare Konfliktlage staatlicher Beschaffungsvorgänge, die das Vergaberecht zu bewältigen hat. Die untrennbare Verknüpfung öffentlicher Zwecke mit privaten Bieterinteressen bedeutet namentlich, dass die für die kommunale Aufgabenerledigung mobilisierte Organisationshoheit im vergaberechtlich erfassten Bereich nicht losgelöst von den Grundrechten privater Bieter bewertet werden kann. Im Hinblick auf ausschreibungsfrei mögliche gemeindliche Gemeinschaftsarbeit wird zunehmend unter Hinweis auf den entwickelten strukturellen Wettbewerb staatlicher und privater Erbringer von gemeinwohlorientierten Leistungen auf eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit hingewiesen.¹⁰⁰⁷ Die theoretisch unbegrenzte Finanzkraft der öffentlichen Hand und ihr nicht vorhandenes Insolvenzrisiko bewirke gleichsam als in Kauf genommene Nebenfolge zwischengemeindlicher Auftragsverhältnisse eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit privater Anbieter von Leistungen.¹⁰⁰⁸ Eine Abgrenzung im Sinne der gegenwärtigen Praxis der Rechtsprechung lediglich danach, ob eine staatliche wirtschaftliche Betätigung monopolistische Tendenzen aufweise und in unerträglicher Weise privatwirtschaftliche Betätigung einschränke¹⁰⁰⁹, sei angesichts des entwickelten Wettbewerbs im Beschaffungswesen nicht mehr zeitgemäß.¹⁰¹⁰ Diese Einschätzung übersieht jedoch die bereits dargelegte Wechselwirkung staatlicher Marktteilnahme als Einkäufer oder Anbieter von Leistungen mit privaten wirtschaftlichen Betätigungsrechten¹⁰¹¹, die im instrumentalisierten Beschaffungswettbewerb jeweils untrennbar mit öffentlichen Interessen verbunden sind.¹⁰¹² Die Berufsfreiheit der Bieter ist stets in den übergeordneten Zweck öffentlicher Aufgabenerfüllung im Beschaffungswettbewerb eingebunden und auf diesem Beschaffungsmarkt tätige Privatunternehmen müssen staatliche Teilnahme im Wettbewerb daher in stärkerem Maße hinnehmen, als in traditionell privatwirtschaftlich strukturierten Marktbranchen. Nicht zuletzt im Hinblick auf die hier bestehende ordnungspolitische Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers verneint das Bundesverfassungsgericht – wie in Kapitel 1¹⁰¹³ dargelegt – konsequent die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit bei vergaberechtlichen Entscheidungen der öffentlichen Hand und misst die Verteilungsentscheidungen des Gesetzgebers bei der Ordnung des Beschaffungswesens stattdessen am Willkürverbot

1006 Selbst bei einer aufrecht erhaltenen Ausschreibungspflicht der horizontalen Zusammenarbeitsformen verbleibt den Gemeinden nämlich eine ausreichende Alternative mit der vergaberechtlich „unbehelligten“ vertikalen Kooperation.

1007 U. JASPER/J. SEIDEL/V. TELENTA, Direktvergaben vs. Grundrechte im Schienenpersonennahverkehr, IR 2008, S. 346 ff.

1008 Zu den nachfolgenden Argumenten siehe HERMANN PÜNDER, NJW 2010, S. 263, S. 267 f. Auf gleicher Linie STEFAN HERTWIG, NZBau 2008, S. 355 ff. Siehe auch ULF-DIETER PAPE/HENNING HOLZ, NVwZ 2007, S. 636, S. 638 ff.

1009 So noch BVerfGE 39, 329 (336 f.).

1010 HERMANN PÜNDER, NJW 2010, S. 263, S. 267 f.

1011 Vgl. dazu Kapitel 1; A; II.

1012 BVerfGE 116, 135, Rn. 77 ff. = NZBau 2006, S. 791.

1013 Kapitel 1; A; II; 3; a).

des Art. 3 GG.¹⁰¹⁴ Dies entspricht der allgemeinen Dogmatik zur Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit durch Gesetz, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls die Regelung als zweckmäßig erscheinen lassen¹⁰¹⁵ und das Grundrecht nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird.¹⁰¹⁶ Selbst wenn man entgegen der dargelegten Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts die staatliche Teilnahme am Beschaffungsmarkt oder allgemeiner die vergaberechtliche Entscheidungen der öffentlichen Hand bereits grundsätzlich an der Berufsfreiheit und damit über das Willkürverbot hinaus messen will, lassen sich vernünftige Erwägungen aufführen, die für die Ausschreibungsfreiheit kommunaler Gemeinschaftsarbeit streiten. So verfolgen die Landesgesetze zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit ausweislich ihres Wortlautes den Zweck, den Kommunen ein Instrument zur effektiven Aufgabenerledigung an die Hand zu geben. Dass dabei ausschreibungsfreie Leistungsbeziehungen – etwa im Sinne des Inhousegeschäfts – die wirtschaftlichen Betätigungsrechte privater Bieter unverhältnismäßigen Einschränkungen unterwerfen, ist nicht ersichtlich. Wie dargelegt¹⁰¹⁷, dient insbesondere das strenge Kriterium der Wesentlichkeit im Sinne des Inhousegeschäfts gerade dem Schutz wirtschaftlicher Betätigungsrechte der privaten Marktteilnehmer. Vergleicht man diese Rechtslage mit dem oben dargelegten relativen Schutz der kommunalen Organisationshoheit vor regulierenden Zugriffen, wird deutlich, dass im Beschaffungswesen die Privatinteressen und die Organisationsgewalt der Gemeinden zwar nicht bezugslos nebeneinander stehen, andererseits jedoch auf Grund des Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers hinsichtlich beider Verfassungswerte keine durchgreifende Grundlage für die Zurückdrängung des jeweils anderen Prinzips darstellen. Die diesbezügliche Konfliktbewältigung des Vergaberechts zielt vielmehr darauf ab, sowohl die Betätigungsrechte der Privaten als auch jene der kommunalen Akteure zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen.

II. Kooperationshoheit der ungarischen Gemeinden

1. Vorbemerkung zur Verfassungsreform in Ungarn

Seit Dezember 2010 liegt dem Parlament der Republik Ungarn ein Arbeitsentwurf zur grundlegenden Reformierung der Verfassung Ungarns vor.¹⁰¹⁸ Die für das Jahr 2011 vorgesehene Verabschie-

1014 BVerfGE 116, 130 f = NZBau 2006, S. 791. Zustimmend REINHARD GAIER, der aber auch eine Aktivierung der Berufsfreiheit für möglich hält, allerdings keine anderen Ergebnisse daraus ableitet, als aus der „bloßen“ Heranziehung des Willkürverbots; NZBau, 2008, S. 289, S. 290 f.

1015 Vgl. statt vieler PETER J TETTINGER/THOMAS MANN in SACHS Kommentar GG, 4. Aufl. 2007, Art. 12 GG, Rn. 100 ff.

1016 BVerfGE 97, 228 (255); 7, 377 (404 ff.).

1017 Kapitel 4; A; 4.

1018 Vgl. das Dokument (H/2057) vom 20.12.2010, eingereicht vom verfassungsvorbereitendem Ausschuss (Az Országgyűlés Alkotmányelőkészítő eseti bizottsága) **im Folgenden Verf.-Entwurf (H/2057)**. Dieser Entwurf benennt allgemein die „freie Kooperationsbefugnis“, während die gegenwärtige Verfassung in § 44/A Abs. 1 lit. h) noch be-

derung der institutionell stark umstrukturierten neuen Verfassung sieht nach dem Gegenwärtigen Stand allerdings keine wesentlichen materiellrechtlichen Änderungen hinsichtlich des Selbstverwaltungsrechts der Städte und Gemeinden¹⁰¹⁹ sowie der Berufsfreiheit vor. Bezüglich des Selbstverwaltungsrechts besteht eine geplante Änderung etwa in der genaueren Abgrenzung zentralstaatlicher und kommunaler Aufgabenzuständigkeiten¹⁰²⁰, während die Organisationshoheit der Gemeinden im Rahmen der örtlichen Daseinsvorsorge im heutigen Gewährleistungsumfang des § 44/A Abs. 1 lit. h) der Verfassung fortbestehen soll. Die Formulierung der gegenwärtigen Verfassung ist im Verfassungsentwurf hinsichtlich der aktiven Kooperationsfreiheit vereinfacht worden und gewährleistet künftig jede Form der Zusammenarbeit¹⁰²¹, während die negative Kooperationsfreiheit dahingehend präzisiert werden soll, dass im Interesse der effektiven Aufgabenerledigung ausnahmsweise Zwangskooperationen durch Gesetz angeordnet werden können.¹⁰²² Trotz der lebhaften Diskussionen um andere geplante Änderungen in der neuen Verfassung¹⁰²³ kann somit hinsichtlich der hiesigen Untersuchungen auf die gegenwärtige Rechtslage abgestellt werden.

2. Organisationshoheit der Kommunen und ihre Wechselwirkung mit dem Wettbewerb

Die gegenwärtig in § 44/A der Verfassung Ungarns explizit benannten Befugnisse der örtlichen Selbstverwaltungen umfassen in § 44/A Abs. 1 lit. h) die Kooperationshoheit. Wie dargelegt, beinhaltet diese sowohl horizontale als auch vertikale Zusammenarbeitsformen zur Erledigung örtlicher Versorgungsaufgaben.¹⁰²⁴ Die gewährleisteten gemeindlichen Organisationsbefugnisse können künftig aus Gründen des Gemeinwohls in verhältnismäßiger Weise eingeschränkt werden. Solche Regelungen müssen den Kernbereich einzelner Organisationshoheiten zwingend unangetastet lassen, können aber im Übrigen aus anderen verfassungsgemäßen Zwecken heraus Einschränkungen auferlegen, soweit diese verhältnismäßig sind. Diese – bewusst an die Grundrechte anlehrende – Konzeption¹⁰²⁵ entspricht auch der gegenwärtigen Verfassung, welche die in § 44/A aufgezählten Befugnisse immanenten Schranken unterwirft und dem Gesetzgeber Ausgestaltungsbefugnisse ein-

sondere Beispiele aufzählt. Einsehbar auf der Seite des Parlaments <http://www.parlament.hu/> (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

1019 Vgl. den Entwurf der Arbeitsgruppe V. („Arbeitsgruppe Örtliche Selbstverwaltung“), V. számú, Helyi Önkormányzatok Munkacsoportja, Dokument AEB 221/2010 vom 21.10.2010. Einsehbar auf der Seite des Parlaments <http://www.parlament.hu/> (zuletzt gesehen am 28.12.2010).

1020 Zu der enormen Arbeitslast der Gebietskörperschaften wegen der gegenwärtig uferlosen Zuweisung örtlicher Pflichtaufgaben vgl. Kapitel 2; D; I; 1-3.

1021 Verf.-Entwurf (H/2057), S. 12.

1022 Im Verfassungsentwurf unterliegt die aktive Kooperationshoheit, wie die übrigen Organisationshoheiten auch, einem Einschränkungsvorbehalt durch Verfassungsgesetz (sarkalatos törvény), Verf.-Entwurf (H/2057), S. 12.

1023 Einen umfassenden Überblick zu den wesentlichen Änderungen gibt JAKAB ANDRÁS in *A Kommentár Folyóirat*, 2010/6, S. 10 ff.

1024 Dazu Kapitel 2; D; I: 1-2.

1025 Verf.-Entwurf (H/2057), S. 12 bezeichnet die Selbstorganisationsbefugnisse explizit als Selbstverwaltungsgrundrechte.

räumt.¹⁰²⁶ Zudem ordnet die Verfassung zwar nicht explizit für die Kooperationshoheit des § 44/A Abs. 1 lit. h), wohl aber allgemein für die Organisationshoheit im Sinne des § 44/A Abs. 1 lit. e) eine Ausübung des Selbstverwaltungsrechts „im Rahmen der Gesetze“ an und formuliert damit auch für die Kooperationshoheit als Unterfall der Organisationshoheit verallgemeinerungsfähige Anforderungen.¹⁰²⁷ Regelnde Zugriffe des Gesetzgebers auf die Ausübung der kommunalen Organisationshoheit können zur Durchsetzung vernünftiger Allgemeininteressen erfolgen, müssen aber gleichzeitig die Organisationshoheit so weit wie möglich unberührt lassen, wobei eine effektive verfassungsgerichtliche Kontrolle lediglich bei einer drohenden Aushöhlung des Organisationsrechts besteht.¹⁰²⁸ Im Sinne der Rechtssprechung des ungarischen Verfassungsgerichts und nach der expliziten Konzeption des Verfassungsentwurfs gibt es also einen Kernbereich kommunaler Organisationshoheit und einen äußeren Bereich, der nach dem Muster von Grundrechtseingriffen legitimen Beschränkungen unterworfen werden kann. Der Ordnung des Wettbewerbs dienende Regelungen wie das ungarische Vergabegesetz und speziell die dort angeordnete Ausschreibungspflicht kommunaler Zusammenarbeitsformen¹⁰²⁹ können nach diesen Vorgaben auch ohne unionsrechtliche Determination auf die Kooperationshoheit der Gemeinden einschränkend zugreifen und Kooperationsformen sogar einer strengeren Ausschreibungspflicht unterwerfen als das Unionsrecht selbst.¹⁰³⁰ Dies ergibt sich zusätzlich auch aus dem Verhältnis kommunaler wirtschaftlicher Betätigungen zu privatwirtschaftlichen Marktteilnehmern nach der ungarischen Verfassungsordnung. Unter Beibehaltung der gegenwärtigen Wertentscheidung des ungarischen Grundgesetzes enthält auch der Verfassungsentwurf die Befugnis der Gemeinden, sich unternehmerisch frei zu betätigen¹⁰³¹, ohne hierbei zwingend an die Verfolgung öffentlicher Zwecke gebunden zu sein. Das Grundrecht der Berufsfreiheit wird im Verfassungsentwurf unter einer partiellen Gleichstellung von privaten und öffentlichen

1026 Diese ergeben sich insbesondere aus § 42 der Verfassung können aber auch etwa in den allgemeinen Grundsätzen des § 2 begründet sein, vgl. dazu HERBERT KÜPPER in Az Alkotmány Kommentárja, 2. Aufl. 2009, § 44/A, Rn. 4.

1027 HERBERT KÜPPER in Az Alkotmány Kommentárja, 2. Aufl. 2009, § 44/A, Rn. 89.

1028 Entscheidung des ungarischen Verfassungsgerichts, 58/B1992 (ABH 1992, 575.).

1029 § 2/A Vergabegesetz, vgl. Kapitel 4; A; III.

1030 Siehe insbesondere die detaillierte Begründung im Modifizierungsantrag vom 21.03.2005 zum jetzt gültigen § 2/A Abs. 2 des Vergabegesetzes, Országgyűlés Hivatala, irományszám T-14626/12, S. 2. Einen inhaltlichen Überblick zu den Gesetzesbegründungen des mehrfach modifizierten § 2/A Vergabegesetz gibt ferner JUHÁSZ ÁGNES, Miskolci Jogi Szemle, 4. évfolyam (Jahrgang) 2009, 1. szám (Nr.), S. 84, S. 98. Zu den strengeren Maßgaben des ungarischen Vergabegesetzes vgl. Kapitel 4; A; III.

1031 Verf.-Entwurf (H/2057), S. 12. formuliert nur noch, dass die Kommunen mit ihrem Eigentum und ihren Einnahmen eigenverantwortlich wirtschaften entgegen der gegenwärtigen Fassung des § 44/A Abs. 1 lit. b), wonach die Kommunen explizit auch frei unternehmerisch tätig werden können. Allerdings regelt der Entwurf im Zusammenhang mit der allgemeinen unternehmerischen Freiheit (Berufsfreiheit Seite 5, Punkt 3 des Entwurfs) die partielle Gleichstellung von Privateigentum und öffentlichem Eigentum im Interesse einer freien Marktwirtschaft und einem ungehinderten Wettbewerb, so dass das freie wirtschaften der Kommunen mit ihrem Eigentum auch unternehmerische Betätigung erfasst. Einschränkend legt der Entwurf nur fest, dass dieses Wirtschaften im Einklang stehen muss mit gesetzlichen Pflichtaufgaben oder freiwillig wahrgenommenen Aufgaben der Gemeinden und spricht somit lediglich den Vorrang öffentlicher Zwecke bei jedweder gemeindlichen Betätigung aus. Diesen Vorrang fordert HERBERT KÜPPER bereits im Rahmen der gegenwärtigen Fassung des § 44/A Abs. 1 lit. b) der Verfassung, Az Alkotmány Kommentárja, 2. Aufl. 2009, § 44/A, Rn. 38.

Eigentumsrechten in Ansehung freier unternehmerischer Betätigungen und eines ungehinderten Wettbewerbs benannt.¹⁰³² Auch die gegenwärtige Konzeption der Verfassung „duldet“ eine wirtschaftliche Marktteilnahme von Kommunen und sieht darin ein Mittel zur Erreichung eines effektiven Wettbewerbs unter möglichst vielen Marktteilnehmern.¹⁰³³ Freilich kann diese unternehmerische Freiheit der Gemeinden eingeschränkt werden, um insbesondere das Vorhandensein ausreichender Geldmittel für eine angemessene Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu ermöglichen.¹⁰³⁴ Betätigen sich Kommunen indes wirtschaftlich gerade zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, wie es bei den hier relevanten Kooperationen der Fall ist, stellt die vergaberechtlich angeordnete Ausschreibungspflicht auch eine effektive Durchsetzung des insoweit gewollten Wettbewerbs privater und kommunaler Dienstleister dar.

D. Schlussfolgerungen

Nach den Ergebnissen dieses Kapitels kann einerseits zwar von der Existenz einer kommunalen Kooperationshoheit bei der Organisation gemeinwohlorientierter staatlicher Leistungen als „gemeinsamer Wert der Union“¹⁰³⁵ und einer gemeinsamen nationalen Identität aller Mitgliedstaaten auf diesem spezifischen Gebiet lokaler Selbstverwaltung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 EUV ausgegangen werden. Die sich unmittelbar hieraus ergebende Frage, in welchem Verhältnis diese Kooperationshoheit zum Grundsatz des ungehinderten Wettbewerbs und den wirtschaftlichen Betätigungsrechten von Privatpersonen steht, lässt sich mit einem Vergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen jedoch aus zwei Gründen nicht erschließen. Zum einen sind – im Gegensatz zur schlichten Existenz einer kommunalen Kooperationshoheit – nicht mehr die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen alleine maßgeblich, wenn es um die Beschränkung der Kooperationshoheit aus Gründen der Ordnung des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt geht.¹⁰³⁶ Das Erfordernis der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts verlangt mithin eine europaweit einheitliche Lösung des Konflikts, die das Wettbewerbsrecht der Union in sich selbst verarbeiten muss.

Zum anderen weichen die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bezüglich der Schrankenvorbehalte

1032 Verf.-Entwurf (H/2057), S. 5, Punkt: „Az Alkotmány elismeri és támogatja a vállalkozás jogát és a gazdasági verseny szabadságát, ennek érdekében a köz- és magántulajdont egyenjogú és egyenlő védelemben részesíti“.

1033 HERBERT KÜPPER in Az Alkotmány Kommentárja, 2. Aufl. 2009, § 44/A, Rn. 35 ff.

1034 So etwa die in Kapitel 2 D dargelegte Schranke, dass Kommunen nur Kapitalgesellschaften mit beschränkter Haftung nach Außen betreiben dürfen und keine Handelsgesellschaften, um sich keinen unbeschränkten Haftungsrisiken auszusetzen.

1035 Die in Art. 1 des Protokolls (Nr. 26) zu Art. 14 AEUV als „gemeinsamer Wert der Union“ deklarierte Organisationshoheit der lokalen Ebene bei der Erbringung von Leistungen von allgemeinem Interesse kann mit den Erkenntnissen aus der hier untersuchten Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung dahingehend konkretisiert werden, dass jedenfalls die Kooperationshoheit der Kommunen darunter gefasst werden kann.

1036 Die Errichtung eines Binnenmarktes mit zunehmend sozial-marktwirtschaftlicher Ausprägung ist gemäß Art. 3 Abs. 3 EUV eine der Hauptziele der EU, so dass gemäß Art. 14 EUV und Art. 1 Protokoll (Nr. 26) die kommunal organisierte Daseinsvorsorge mit den Binnenmarktzielen in Einklang zu bringen ist, soweit sie Auswirkung auf den sozial-marktwirtschaftlichen Wettbewerb besitzt.

der kommunalen Kooperationshoheit wesentlich stärker voneinander ab als in der Gewährleistung der kommunalen Befugnisse selbst.¹⁰³⁷ So ist in der ungarischen Rechtsordnung ein Wettbewerb zwischen kommunalen Wirtschaftsteilnehmern und privaten Marktteilnehmern ein gewolltes Bestandteil der freien Marktwirtschaft,¹⁰³⁸ während in Deutschland die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen an einen Subsidiaritätsvorbehalt geknüpft¹⁰³⁹ und nur zulässig ist, wenn Privatunternehmen nicht ebenso gut jene Versorgungssicherheit leisten,¹⁰⁴⁰ die das kommunale Unternehmen zu gewährleisten bezweckt.¹⁰⁴¹ Art. 4 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 AEUV legitimieren zwar eine Auslegung des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts und damit auch der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht zu Gunsten der Kooperationshoheit der europäischen Kommunen. Auf Grund der Unterschiede in der Beschränkbarkeit kommunaler Organisationshoheit in den Mitgliedstaaten lässt sich jedoch eine unmittelbare Abwägung der lokalen Organisationshoheit mit den Wettbewerbszielen und den Grundfreiheiten der konkurrierenden Unternehmen nicht aus der unionsrechtlichen Achtung lokaler Selbstverwaltung herleiten, will man die durch Art. 4 EUV ebenfalls geschützte Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen nicht gefährden. Vielmehr muss das Vergaberecht selbst organisationsneutral ausgelegt werden und auf diesem Wege mittelbar eine Achtung der Selbstverwaltung durch deren Schonung bei gleichzeitiger Wahrung der Wettbewerbsziele erreichen. Für das deutsche und das ungarische Verfassungsrecht ergeben sich aus den gegenwärtigen Vorgaben des Vergaberechts der Union keine Probleme. Nach der Verfassungsordnung beider Länder ist eine umfangreiche Ausschreibungspflicht gemeindlicher Zusammenarbeitsformen nicht zu beanstanden.

Kapitel 6 Beschaffungscharakter integrierter Leistungsbeziehungen von Verwaltungsträgern

A. Das systematische Verhältnis interkommunaler Leistungsbeziehungen zu den Wettbewerbszielen der Verträge

Die bisherigen Untersuchungen haben aufgezeigt, dass die Frage der Ausbalancierung kommunaler wirtschaftlicher Betätigungen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit den Wettbewerbsvorgaben

1037 Aus diesem Grund zutreffend gegen eine Lösung etwaiger Konflikte durch die Implementation von kommunalen Selbstverwaltungsgarantien auf Unionsebene, WOLFGANG LÖWER in SCHMIDT-BLEIBTREU, Kommentar GG, 11. Aufl., Art. 28, Rn. 97 ff.

1038 Kommunen in Ungarn dürfen auch zur schlichten Gewinnerzielung tätig werden und müssen ihre Unternehmung nicht an die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe knüpfen. Siehe zu diesem erheblichen Unterschied zwischen dem ungarischen und dem deutschen Kommunalverfassungsrecht HERBERT KÜPPER, Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn, 2002, S. 279 ff.

1039 Siehe etwa § 121 Abs. 1 Nr. 3 Gemeindeordnung Hessen.

1040 Zu diesen kommunalwirtschaftlichen Schranken unternehmerischer Betätigungen der Kommunen, vgl. ULF-DIETER PAPE/HENNING HOLZ, NVwZ 2007, S. 636 f.

1041 Heftiger Kritik sahen sich insoweit jene landesrechtlichen Regelungen ausgesetzt, die bestimmte gewinnträchtige Wirtschaftszweige, wie die Versorgungswirtschaft von diesem Subsidiaritätsvorbehalt befreiten; vgl. dazu OVG Münster, Beschluss vom 12.10.2004 – 15 B 1889/04 und 1873/04 = NZBau 2005, S. 167.

des Binnenmarktes im Hinblick auf die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht zum gegenwärtigen Zeitpunkt unausgereift ist. Die sich seit zehn Jahren entfaltende richterrechtliche Figur des Inhousegeschäfts und die interkommunale Kooperation sind unverändert eine der aktuellen „großen Baustellen“¹⁰⁴² bei der Errichtung des unionsrechtlichen Vergaberechts und die bislang entwickelten Wertungen lassen sich zum Nachteil der Rechtssicherheit nur schwer zu einem einheitlichen Bild zusammenfügen.¹⁰⁴³ Insbesondere die jüngeren Entwicklungen zu horizontalen Kooperationen und deren Einordnung in die bisherige Systematik des EuGH bereiten auf unionsrechtlicher wie mitgliedstaatlicher Ebene erhebliche Schwierigkeiten. Die fehlende dogmatische Begründung der ausschreibungsfreien horizontalen Kooperationen in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH lässt unterschiedliche Deutungsmöglichkeiten zu, welche die gegenwärtige nationale Rechtsprechung und die Literatur zum Aufgreifen der bereits dargelegten drei Meinungsströme¹⁰⁴⁴ veranlassen.

I. Aktuelle Ansätze der Unionsorgane, der nationalen Rechtsprechung und der Literatur

Den Vorrang des Wettbewerbsprinzips vertretende Ansätze¹⁰⁴⁵ argumentieren, der EuGH habe im Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“ die wettbewerbsrelevante Rechtsbeziehung der Stadtreinigung zum Betreiber der Müllverbrennungsanlage explizit ausgeblendet¹⁰⁴⁶ und somit keine allgemeingültigen Aussagen zur horizontal ausgestalteten Zusammenarbeit der Landkreise und der Stadtreinigung gemacht, so dass weiterhin jede auf dem Markt mit privaten Bietern gleichermaßen realisierbare Leistungsbeziehung zwischen Verwaltungsträgern grundsätzlich ausschreibungspflichtig sei, sofern nicht die strikten Voraussetzungen des eng auszulegenden Inhousegeschäfts für vertikale Kooperationen vorliegen. Vertreter des kommunalrechtlichen Ansatzes und das Europäische Parlament¹⁰⁴⁷ bewerten die jüngere Rechtsprechung anhand des im Vertragswerk von Lissabon anerkannten kommunalen Selbstverwaltungsrechts und leiten daraus eine Zurückdrängung der über Gebühr ausgedehnten Wettbewerbsvorgaben des Unionsrechts ab.¹⁰⁴⁸ Schließlich befürworten die Kommission¹⁰⁴⁹ und der im Schrifttum überwiegend vertretene, vermittelnde Ansatz zwar eine An-

1042 Dazu JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 53.

1043 Vgl. CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 152 ff.

1044 Vgl. die in Kapitel I dargelegten kommunalrechtlichen, wettbewerbsrechtlichen und rechtsformorientierten Lösungsansätze.

1045 Zu diesen Argumenten vgl. insbesondere OLG Celle, Beschl. vom 29.10.2009 – 13 Verg 8/09 = NZBau 2010, S. 194.

1046 Vgl. dazu EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg) Urt. vom 09.06.2009, Rn. 31 = NZBau 2009, S. 527.

1047 Vgl. zu den nachfolgenden Argumenten; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 18.05.2010 zu neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175(INI)) – im Amtsblatt noch nicht veröffentlicht (Stand: 07.12.2010), Punkte 9.-12. (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit).

1048 ANNETTE ROSENKÖTTER/THORSTEN WUERSIG, The Impact of the Lisbon Treaty in the field of Public Procurement (Rechtsgutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments, Januar 2010, IP/A/IMCONT/2009-12, PE 429.988), S. 8 f.; ebenso UWE ZIMMERMANN, KommJur 2008, S. 42. S. 45.

1049 Zu den nachfolgenden Argumenten siehe die Kommission, die jüngst von den erweiterten Möglichkeiten „öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit“ spricht und signalisiert, dass nicht nur lokale Gebietskörperschaften, sondern

erkennung der kommunalen Gestaltungshoheit, lehnen jedoch eine pauschale Berufung darauf ab und suchen nach belastbaren systematischen Kriterien, die sowohl das Wettbewerbsprinzip als auch das Selbstverwaltungsrecht zu einem Ausgleich bringen.¹⁰⁵⁰ Teils wird dabei ein Rückgriff auf Art. 106 Abs. 2 AEUV vorgeschlagen, der es ermögliche, Kooperationen vom Vergaberecht frei zu stellen, sofern die Ausschreibungspflicht die Erfüllung des mit der Kooperation verfolgten öffentlichen Zweckes erschweren oder verhindern würde.¹⁰⁵¹ Andere Stimmen drängen ebenfalls auf eine vermittelnde Lösung, die allerdings nicht auf eine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips im Anwendungsbereich des Art. 106 Abs. 2 AEUV abzielt, sondern auf eine Herauslösung von Verwaltungskooperationen aus dem Begriff des öffentlichen Auftrages, soweit die jeweilige Zusammenarbeit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient.¹⁰⁵² Danach könne die Rechtsprechung des EuGH so gedeutet werden, dass öffentliche Stellen im konstitutiven Gegenüber von Staat und Wirtschaft ihre öffentlichen Aufgaben gegebenenfalls durch Zusammenarbeit erfüllen dürfen, soweit keine gewerblichen Ziele verfolgt würden, und ausschließlich öffentliche Interessen gewahrt werden sollen.¹⁰⁵³

II. Bewertung

Führt man sich die bisher gefundenen Ergebnisse der hiesigen Untersuchungen von Augen, können jene Ansätze, die auf eine isolierte Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips einerseits oder die Achtung der lokalen Organisationshoheit andererseits abstellen, nicht überzeugen. Vielmehr müssen beide im neuen Vertragswerk von Lissabon anerkannten Grundsätze zu einem Ausgleich gebracht werden. Dabei muss es darum gehen, eine wettbewerbsrechtsimmanente Lösung zu finden, die den Konflikt dergestalt bewältigt, dass das Ziel des unverfälschten Wettbewerbs bei einer gleichzeitigen Verwirklichung der kommunalen Organisationshoheit erzielt wird. Die auf diese Zielvorgabe gerichteten, oben dargelegten vermittelnden Lösungsansätze können jedoch im Hinblick auf die vorgeschlagenen Kriterien nicht überzeugen. Eine Heranziehung des Art. 106 Abs. 2 AEUV scheitert – wie dargelegt¹⁰⁵⁴ – am ultima ratio Charakter dieser Norm als enge Ausnahmenvorschrift und an der

auch Regionen betroffen sein können. Pressemitteilungen der Kommission zur Ausschreibungsfreiheit interkommunaler Kooperationsformen; IP/09/1758 vom 20.11.2010 und IP/09/1462 vom 08.10.2009. Auf gleicher Linie bereits Generalanwältin VERICA TRSTENJAK, Schlussanträge zu EuGH C-324/07 (Coditel) vom 04-06.2008, Rn. 63 ff. und 80 ff.

1050 STEPHAN TOMERIUS, LKV 2009, S. 395, S. 400; SEIDEL/MERTENS in DAUSES EU-Wirtschaftsrecht, 26. Aufl. 2010 (EL 25), Abschnitt H; IV (Wettbewerbsregeln; öffentliches Auftragswesen), Rn. 195-199; CHRISTOPH VON DONAT/JULIA LIPINSKY, KommJur 2009, S. 361, S. 365 ff. CHRISTINE HELLER/ULRICH HUFELD, Der Grundsatz der nationalen Organisations- und Finanzhoheit: Wie weit trägt er im Verhältnis zum Europarecht? in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 67, S. 73.

1051 JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, Urteilsanmerkung zu EGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), EuZW, 2009, S. 531 f.

1052 TANJA STRUVE, EuZW 2009, S. 805, S. 808, GRUNEBERG/JÄNICKE/KRÖCHER, ZfBR 2009, S. 754, S. 762 f.

1053 CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 152 ff.

1054 Kapitel 3; B; III; 3.

Tatsache, dass sie gerade auf die gegenwärtig diskutierten horizontalen Kooperationen nicht unmittelbar angewendet werden kann.¹⁰⁵⁵ Schließlich leidet der Versuch, Kooperationen unter der Prämisse von der Ausschreibungspflicht zu befreien, dass sie der (gemeinsamen) „Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ dienen¹⁰⁵⁶, am erheblichen Folgeproblem der Unbestimmtheit des Begriffes der „Erfüllung öffentlicher Aufgaben.“¹⁰⁵⁷ Zunächst ist zu bedenken, dass es auch im Vertragswerk von Lissabon den Mitgliedstaaten obliegt, festzulegen, welche Leistungen „öffentliche Aufgaben“ darstellen, so dass auf Unionsebene eine Regelung trotz der neuen Kompetenz gemäß Art. 14 Satz 2 AEUV als nicht realisierbar gilt.¹⁰⁵⁸ Gewichtiger ist aber noch die Überlegung, dass im Beschaffungswesen die staatlichen Einkäufe stets der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen und daher eine Leistungsbeziehung zwischen Kommunen die jeweilige Aufgabenerfüllung nicht spezifisch öffentlich macht, mithin keine Grundlage einer klaren Abgrenzung sein kann.¹⁰⁵⁹

III. Eigener Lösungsvorschlag – Modifizierung und Kodifikation der Inhousefigur

Eine rechtssichere Handhabung kommunaler Zusammenarbeitsformen kann dann erzielt werden, wenn die Prämisse des Inhousegeschäfts, namentlich die ausschreibungsfreie verwaltungsinterne Leistungserbringung, auch auf die in der kommunalen Praxis bedeutsamen horizontalen Kooperationsformen ausgedehnt wird und auf die Maßgabe der Grundfreiheiten auf dem Gebiet staatlicher Einkäufe zurückgeführt wird. Hierzu wird im Folgenden dargelegt, wie sich die Grundfreiheiten, deren Umsetzung die Vergaberechtsrichtlinien dienen, zu der Ausschreibungsfreiheit interkommunaler Kooperationen verhalten und wie das Inhousegeschäft in diesem Kontext zu werten ist. Anschließend kann der Versuch einer Modifizierung des Inhousefigur unternommen werden.

1. Primärrechtliche Rahmenbedingungen freihändiger Auftragsvergaben

Die unionsrechtliche Ausschreibungspflicht staatlicher Einkäufe dient der Öffnung des Beschaffungsmarktes einerseits und der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen andererseits.¹⁰⁶⁰ Die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 56 ff. und 49 ff. AEUV wären evident be-

1055 Denn eine durch Vertrag beauftragte Gemeinde, kann nicht als Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV gelten, welches zu dem Zweck errichtet wurde, Leistungen der Daseinsvorsorge für eine andere Kommune zu erbringen; vgl. Kapitel 3; B; III; 3.

1056 CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 152 ff.; Tanja Struve, EuZW 2009, S. 805, S. 807 ff.

1057 Vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 14 AEUV in Kapitel 5; A; V.

1058 Siehe zu Art. 14 AEUV Kapitel 5; A; V.

1059 Daher zurecht gegen den Zirkelschluss einer „Hochstilisierung der (gemeinsamen) Erfüllung öffentlicher Aufgaben zum Ausnahmetatbestand“ von der Ausschreibungspflicht, JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, Urteilsanmerkung zu EGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), EuZW, 2009, S. 531 f.

1060 Siehe zur Öffnung der Beschaffungsmärkte zur Durchsetzung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit die Präambel der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG sowie Erwägungsgrund Nr. 2. Hinsichtlich der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch die wirtschaftliche Betätigung staatlicher Einrichtungen siehe Erwägungsgrund Nr. 4 der selben Richtlinie. Zur Marktöffnung und der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrung auf dem vergaberechtlichen Sondergebiet des öffentlichen Nahverkehrs; vgl. Erwägungsgrund Nr. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

einträchtigt, wenn staatliche Einkäufe oberhalb der unionsrechtlichen Schwellenwerte nicht allen ausländischen Privatunternehmen in der Union durch eine Ausschreibungspflicht zugänglich gemacht würden.¹⁰⁶¹ Im Hinblick auf die sekundärrechtlich geregelte Ausschreibungspflicht ist zu beachten, dass diese ein Diskriminierungsverbot auch für Fälle ohne grenzüberschreitenden Sachverhalt aufstellt und damit reine Inlandsfälle ebenfalls erfasst.¹⁰⁶² Die Privilegierung eines Unternehmens durch freihändige Beauftragung ist somit stets unzulässig und zwar unabhängig davon, ob unberücksichtigt gebliebene ausländische Bieter ihre Leistung im konkreten Fall grenzüberschreitend anbieten wollten. Dieser konzeptionelle Unterschied zwischen Grundfreiheiten einerseits und jenen Beschaffungssektoren andererseits, die sekundärrechtlich bislang erfasst wurden, erlangte jedoch keine sonderliche Bedeutung, da der EuGH die Grundfreiheiten im Beschaffungswesen bereits dann eingreifen lässt, wenn in einem anderem Mitgliedstaat potentiell interessierte Bieter vorhanden sind, ohne dass diese sich im konkreten Fall grenzüberschreitend betätigen müssen.¹⁰⁶³ Zudem führt der EuGH seine Rechtsprechung zu den dargelegten Inhousegeschäften und interkommunalen Kooperationen stets auf einheitliche Prämissen des Primärrechts zurück und zwar explizit unabhängig davon, ob sich der jeweilige vergaberechtliche Fall im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien befindet oder – etwa im Bereich der Konzessionsvergaben – im ausschließlichen Geltungsbereich des Primärrechts.¹⁰⁶⁴ Daher ist nachfolgend zu untersuchen, wie sich die Grundfreiheiten zu der freihändigen Auftragsvergabe allgemein und speziell im Falle interkommunaler Kooperationen verhalten.

Im ausschließlichen Anwendungsbereich des Primärrechts zieht der EuGH in ständiger Rechtsprechung die Grundfreiheiten heran und begründet die Ausschreibungspflicht für staatliche Beschaffungsvorgänge mit dem potentiellen Interesse ausländischer Bieter an lukrativen Aufträgen der öffentlichen Hand.¹⁰⁶⁵ Werden Aufträge ohne Durchführung eines transparenten Verfahrens freihändig vergeben, so führt die Nichteinhaltung der Ausschreibungspflicht zu einer Benachteiligung von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten, weil diese nicht die Möglichkeit hatten, ihr Interesse am Auftragskunde zu tun und ein Angebot einzureichen.¹⁰⁶⁶ Ob es sich hierbei um eine Einordnung der freihändigen Vergabe¹⁰⁶⁷ als eine Fallgruppe des Beschränkungsverbotes in dem Sinne handelt, dass die Er-

1061 Zu den Grundfreiheiten als Ausgangslage der gegenwärtigen zentralen Vergaberechtsrichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG in diesem Sinne vgl. THOMAS OPPERMAN, *Europarecht*, 3. Aufl. 2005, § 26, Rn. 60 f.

1062 Vgl. dazu bereits die Antwort der Kommission auf schriftliche Anfragen (Nr. 2069/84 und 2090/84), ABl. 1995 C 197/24.

1063 Freilich wir oberhalb der Schwellenwerte ein solches potentielles Interesse der ausländischen Bieter selten von der Hand zu Weisen sein, vgl. dazu auch ALEXANDER EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, 1. Aufl. 2008, Rn. 441.

1064 Vgl. Kapitel 4; A; II; 1.

1065 EuGH C- 507/03 (Kommission gegen Irland), Urt. vom 13.11.2007, Rn. 30-31 = NZBau 2008, S. 71 ff.; C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005, Rn. 49 = EuZW 2005, 727.; jüngst bestätigt in C-573/07 (SEA), Urt. vom 10.09.2009, Rn. 38 f = NZBau 2009, 797 ff.

1066 EuGH C- 507/03 (Kommission gegen Irland), Urt. vom 13.11.2007, Rn. 30-31 = NZBau 2008, S. 71 ff.; EuGH C-231/03 (Coname), Urteil vom 21.07.2005, Rn. 17 = EuZW 2005, 529.

1067 Auch so genannte de facto Vergabe.

bringung von grenzüberschreitenden Leistungen weniger Attraktiv gemacht wird oder eher ein Fall der versteckten Diskriminierung vorliegt, weil die fehlende Ausschreibung zwar unterschiedslos alle interessierten Bieter berührt aber de facto im Ausland ansässige nachteiliger trifft, lässt das Gericht offen.¹⁰⁶⁸ Da mit der herrschenden Auffassung sowohl im deutschen als auch internationalem Schrifttum¹⁰⁶⁹ die Fallgruppe des Beschränkungsverbots konzeptionell auf Fälle der grenzüberschreitenden Handelshindernisse beschränkt ist, denselben Rechtfertigungsanforderungen unterliegt, wie das Verbot versteckter Diskriminierung und eine Abgrenzung in den meisten Fällen somit schwierig und unergiebig ist, gehen die nachfolgenden Untersuchungen lediglich der Frage nach, wie die mögliche Rechtfertigung einer nachteiligen Wirkung der freihändigen Vergabe für den grenzüberschreitenden Handel begründet werden kann.¹⁰⁷⁰ Insbesondere ist zu untersuchen, wie sich das Inhousegeschäft, welches de facto eine freihändige Vergabe an eine Partnerkommune darstellt¹⁰⁷¹, zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten verhält.

2. Grundfreiheiten und das Inhousegeschäft

Vom klassischen Fall einer grundsätzlich unzulässigen freihändigen Vergabe unterscheidet sich eine ebenfalls ohne Ausschreibung erfolgende Beauftragung zwischen kooperierenden Kommunen dadurch, dass mit der Direktvergabe nicht ein Privatunternehmen gegenüber ein anderes bevorzugt wird, sondern ein staatlicher Wirtschaftsteilnehmer entsprechend privilegiert wird.¹⁰⁷²

a) Verwaltungskooperationen als Beschränkung der Grundfreiheiten?

Interkommunal freihändig vergebene Konzessionen beurteilt der Gerichtshof als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Bieter, da diese keine Gelegenheit erhalten, ihre Angebote in einem transparentem Verfahren einzureichen.¹⁰⁷³ Unterbleibt also die Ausschreibung einer geplanten Leis-

1068 Vgl. zur expliziten Identifizierung einer versteckten Diskriminierung durch eine freihändige Vergabe und anschließender Rechtfertigungsprüfung C-231/03 (Coname), Urteil vom 21.07.2005, Rn. 19 = EuZW 2005, 529. EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005, Rn. 54 = EuZW 2005, 727.

1069 Auf Grund der nachfolgenden Erwägungen zu Recht kritisch gegenüber einer starren und trennenden Fallgruppenbildung für versteckte Diskriminierung einerseits und Beschränkungsverbot andererseits im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit CHALMERS/HADJIEMMANUIL/MONTI/TOMKINS, European Union Law, 2006, S. 730 ff.; CRAIG PAUL, DE BÚRCA GRÁINNE, EU-Law, 2007, S. 801 ff.; KIS GYÖRGY, Az Európai Unió Munkajoga, Rn. 27 ff. JÜRGEN BRÖHMER/WINFRIED KLUTH, in CALLIESS/RUFFERT EUV-EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 43 EGV Rn. 32 ff.; Art. 49, 50 EGV, Rn. 55 ff.; MARTIN SCHLAG in Schwarze, EU-Kommentar, 1. Aufl. 2000, Art. 43 EGV, Rn. 49. ECKHARD PACHE, SCHULZE/ZULEEG Europarecht, 2006 § 10 (Grundfreiheiten), Rn. 145 f; STREINZ RUDOLF Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 797 ff.

1070 Siehe zu einer ausführlichen Rechtfertigungsprüfung im Hinblick auf beschränkend wirkende Zulassungsvoraussetzungen in den Verdingungsunterlagen, als deren Folge einzelne Bieter nicht zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen werden EuGH C-234/03 (Contse SA u.A./Insalud), Urt. vom 27.10.2005, Rn. 35 ff. = EuZW 2006, 153.

1071 Vgl. EuGH C-26/03 (Stadt Halle RPL Lochau), Urt. vom 11.01.2005, Rn. 33 = NVwZ 2005, S. 187.

1072 CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 152.

1073 C-231/03 (Coname), Urteil vom 21.07.2005, Rn. 19 f. = EuZW 2005, 529; EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Urteil vom 13.10.2005, Rn. 49 = EuZW 2005, 727.; jüngst bestätigt in C-573/07 (SEA), Urt. vom 10.09.2009, Rn. 38 f. = NZBau 2009, 797 ff.; siehe allgemein zu Verwaltungskooperationen EuGH C-507/03 (Kommission gegen Irland), Urt. vom 13.11.2007, Rn. 30-31.

tungsbeziehung zwischen Kommunen, so sind potentiell interessierte ausländische Bieter an der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit gehindert, da sie von der geplanten Beschaffung in Ermangelung einer Ausschreibung keine Kenntnis erlangten. Eine nicht erfolgte Ausschreibung trifft nach Einschätzung des Gerichtshofes ausländische Bieter stärker als inländische, weshalb die allein vom Primärrecht erfassten Konzessionsvergaben an der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu messen sind. Im Verfahren „Coname“ geht der Gerichtshof der Frage nach, ob eine solche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Falle einer Inhousevergabe gerechtfertigt werden kann¹⁰⁷⁴. Im Ausgangsstreit vergab eine italienische Gemeinde den Betrieb ihres Methangasnetzes an eine Kapitalgesellschaft, die im Gesamteigentum der Provinz Cremona und nahezu sämtlicher Gemeinden dieser Provinz stand. Das oben dargelegte Kontrollkriterium¹⁰⁷⁵ im Sinne des Inhousegeschäfts behandelt der Gerichtshof als eine die Beschränkung der Grundfreiheiten gegebenenfalls rechtfertigende Verfolgung eines zwingenden allgemeinen Interesses.¹⁰⁷⁶ Danach kann die mittels der nicht erfolgten Ausschreibung erschwerte Ausübung der Dienstleistungsfreiheit bei Vorliegen eines Inhousegeschäfts mit dem Wunsch der Kommune gerechtfertigt werden, eine hinreichende Kontrolle über die Einheit auszuüben, die mit der Durchführung der öffentlichen Aufgabe betraut wurde.

Diese Einordnung bestätigte der Gerichtshof später über den Bereich der Konzessionsvergabe hinaus auch im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien im Hinblick auf eine freihändige Auftragsvergabe des irischen Ministeriums für soziale Angelegenheiten an die irische Post, wonach die Empfänger von Sozialleistungen die ihnen geschuldeten Beträge bei den Poststellen abholen konnten.¹⁰⁷⁷ Auch hier entstand eine Leistungsbeziehung zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens.¹⁰⁷⁸ Dementsprechend wird vereinzelt das Urteil des EuGH im Verfahren Stadtreinigung Hamburg systematisch einer rechtfertigenden Abwägung (horizontaler) Zusammenarbeitsformen mit dem Hinweis zugeordnet, die große Kammer habe maßgeblich auf die Verfolgung öffentlicher Interessen „durch Zusammenarbeit“ abgestellt¹⁰⁷⁹ und eine entsprechende

1074 C-231/03 (Coname), Urteil vom 21.07.2005, Rn. 22 = EuZW 2005, 529.

1075 Kapitel 4; A.

1076 C-231/03 (Coname), Urteil vom 21.07.2005, Rn. 22 = EuZW 2005, 529. Eine solche Verwaltungsinterne Organisation einer öffentlichen Dienstleistung lehnt das Gericht jedoch für den konkreten Fall ab, da die Kapitalgesellschaft laut ihrer Satzung auch privatem Kapital gegenüber offen stand und somit mangels einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle auch nicht eine Verwaltungsinterne Aufgabenorganisation angenommen werden konnte.

1077 EuGH C-507/03 (Kommission gegen Irland), Urt. vom 13.11.2007, Rn. 31 = NZBau 2008, S. 71: „Eine solche Ungleichbehandlung, die durch den Ausschuss aller in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen hauptsächlich diese benachteiligt, stellt, sofern sie nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt ist, eine nach den Art. 43 EG und 49 EG verbotene mittelbare Diskriminierung dar.“

1078 Zu diesem Grundsatz, vgl. EuGH C-234/03 (Contse SA u.a./Insalud), Urt. 27.10.2005, Rn. 23 = EuZW 2006, 153 ff. Speziell im Hinblick auf Verwaltungskooperationen EuGH C-507/03 (Kommission gegen Irland), Urt. vom 13.11.2007, Rn. 29, NZBau 2008, S. 71.

1079 TANJA STRUVE leitet aus dem Urteil zwei Voraussetzungen einer ausschreibungsfreien interkommunalen Zusammenarbeit ab, die mit der nicht diskriminierenden (1) Verfolgung öffentlicher Interessen (2) der Rechtfertigungs-

Ausbalancierung zwischen Wettbewerb und verwaltungsinterner Leistungsbeziehungen vorgenommen.¹⁰⁸⁰ Gegen eine solche Einordnung sprechen jedoch gewichtige systematische Argumente, die nachfolgend dargelegt werden.

b) Inhousegeschäfte außerhalb des Anwendungsbereichs der Art. 49 und 56 AEUV

Wie ausführlich dargelegt,¹⁰⁸¹ beruht das ausschreibungsfreie Inhousegeschäft auf der Prämisse, dass die kooperierenden Gebietskörperschaften die jeweilige Leistung in der Weise selbst erbringen, dass sie ihre Sachmittel und ihr Personal in einer ihnen zurechenbaren eigenständigen juristischen Person zusammenführen. Da die juristische Person ungeachtet ihrer formell eigenständigen Rechtspersönlichkeit keine eigenen strategischen Entscheidungen zu treffen befugt und ausschließlich mit dem Kapital und den Sachmitteln der Kommunen ausgestattet ist, erscheint sie funktional als ein verlängerter Arm der Kommunen und somit als Bestandteil der Verwaltung. Liegen die Teckalkkriterien vor, handelt es sich um eine Eigenleistung der Kommunen durch Zusammenarbeit. Diese funktionale Zuweisung ist tragender Gedanke des Inhousegeschäfts (vertikale Kooperation) und gleichzeitig die dogmatische Verbindungslinie zu den Fällen der horizontalen Kooperationen. Sowohl für das Inhousegeschäft als auch für horizontale Kooperationen stellt der Gerichtshof deren funktionale Zuweisung als „Eigenleistung durch Kooperation“¹⁰⁸² in den Vordergrund und formuliert in diesbezüglichen Entscheidungen: „Von dieser Möglichkeit für die öffentlichen Stellen, zur Erfüllung ihres gemeinwirtschaftlichen Auftrags auf ihre eigenen Mittel zurückzugreifen, kann in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen Gebrauch gemacht werden“.¹⁰⁸³ Die Grundfreiheiten verlangen die Durchführung eines Vergabeverfahrens mithin nur, sofern eine Leistung an einen externen Dritten vergeben wird¹⁰⁸⁴, weshalb interkommunale Kooperationen der Ausschreibungspflicht nicht unterliegen, sofern die Gebietskörperschaften eine Leistung selber durch Zusammenarbeit erbringen, ohne auf „externe Einrichtungen zurückzugreifen“.¹⁰⁸⁵ Fasst man Kooperationsformen unter diesem funktionalen Obersatz als ausschreibungsfrei zusammen, geraten die Grundfreiheiten jedoch nicht

prüfung einer versteckten Diskriminierung gleich kommen; EuZW 2009, S.805, S.808. Im Ergebnis auch so, den Rechtfertigungsmaßstab jedoch nur für horizontale Kooperationen annehmend, GRUNEBERG/JÄNICKE/KRÖCHER, ZfBR 2009, S. 754, S.764.

1080 Vorsichtiger STEPHAN TOMERIUS, der betont, dass die „inhaltliche Aufladung“ einer Begründungspflicht kommunaler Kooperationen durch die Verfolgung öffentlicher Interessen an eine allgemeine Rechtfertigung staatlicher wirtschaftlicher Betätigungen „erinnert“; LKV 2009, S. 395, S. 400.

1081 Vgl. dazu Kapitel 4; A; I; 3.

1082 Für horizontale Kooperationen C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 45 = NZBau 2009, 727.

1083 So explizit in C-324/07 (Coditel), Urt. vom 13.11.2008, Rn. 49 = NZBau 2009, 54.; auch EuGH bereits C-26/03 (Stadt Halle RPL Lochau), Urt. vom 11.01.2005, Rn. 48-49 = NVwZ 2005, 187; C-458/03 (Parking Brixen), Urt. vom 13.10.2005, Rn. 61 = EuZW 2005, 727 wonach die Grundfreiheiten eine Ausschreibungspflicht nur verlangen, wenn ein Auftrag an einen Dritten vergeben wird, also keine Eigenerbringung vorliegt. Jüngst bestätigt in C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 45 = NZBau 2009, S. 727.

1084 EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Urt. vom 13.10.2005, Rn. 61 = EuZW 2005, 727.

1085 Für horizontale Kooperationen C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 45 = NZBau 2009, S. 727.

in Konflikt mit Verwaltungskooperationen, da eine Eigenleistung der Verwaltung kein Drittgeschäft und gerade keine externe Beschaffung darstellt. In Fällen der Eigenleistung wird kein Beschaffungsmarkt eröffnet und Kooperationen können dann auch nicht als versteckte Diskriminierung oder als Beschränkung der Grundfreiheiten behandelt werden, da in Ermangelung eines Beschaffungscharakters auch kein diskriminierungsfreier Zugang zu diesem Markt gefährdet werden kann.

3. Konsequenz: Bewertung der Rechtsprechung im Kontext der Grundfreiheiten

Neben der oben dargelegten Identifizierung von Verwaltungskooperationen als nicht marktgängige Eigenleistung außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten spricht eine weitere Überlegung gegen ihre grundsätzliche Einordnung als Beschränkung der Grundfreiheiten und die Skizzierung des Inhousegeschäfts als gerechtfertigte Einschränkung in diesem Sinne. Hält man den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten mit dem Argument für eröffnet, dass eine freihändige Vergabe im Rahmen einer Zusammenarbeit die unzulässige Privilegierung eines staatlichen Wirtschaftsteilnehmers darstellt, befindet man sich hinsichtlich der Rechtfertigung eines solchen Vorganges systematisch auch im Anwendungsbereich des Art. 106 Abs. 2 AEUV, der nur als ultima ratio zur Anwendung gelangen darf. Nichts anderes sollte für eine gleichlaufende Rechtfertigung im Rahmen einer Beschränkung der Grundfreiheiten gelten. Schließlich hätte eine Behandlung von Kooperationen als ausnahmsweise gerechtfertigte, versteckte Diskriminierung zwangsläufig zur Folge, dass das zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben aktivierte Selbstverwaltungsrecht der Kommunen mit den wirtschaftlichen Betätigungsrechten ihrer privaten Wettbewerber unmittelbar in Abwägung gestellt werden müsste. Zweckmäßiger erscheint es daher, belastbare und rechtssichere Kriterien zu entwickeln, anhand derer festgestellt werden kann, wann eine Eigenleistung der Verwaltungsstellen durch Kooperation den sachlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts gar nicht eröffnet. Nach einer solchen Voranstellung systematischer Überlegungen kann im Folgenden die Rechtsprechung des EuGH zur horizontalen und vertikalen Kooperation erneut bewertet, systematisiert und erforderlichenfalls modifiziert werden.

a) Die Zurechnungsfunktion des Kontrollkriteriums bei vertikalen Kooperationen – (Teckal, Stadt Halle, Stadt Mödling, ANAV, SEA)

Wie dargelegt, wird das Kontrollkriterium gegenwärtig lediglich auf vertikale Kooperationen bezogen und als Prüfungsmaßstab für die punktuelle Feststellung einer Abwesenheit eigener marktstrategischer Entscheidungsbefugnisse der kontrollierten juristischen Person verstanden. Insbesondere der in ständiger Rechtsprechung geforderte absolute Ausschluss von Privatkapital belegt eine Zurechnungsfunktion des Kontrollkriteriums, die darauf abzielt, eine juristische Person als lediglich öffentliche Interessen verfolgende, ausgegliederte Dienststelle zu identifizieren. Die Beziehung ei-

nes öffentlichen Auftraggebers mit seiner Dienststelle wird von Überlegungen und Erfordernissen bestimmt, die mit der Verfolgung rein öffentlicher Aufgaben in Zusammenhang stehen, während die Anlage von Privatkapital in einem Kommunalunternehmen die Einbeziehung auch privatwirtschaftlicher Interessen eines externen Privatunternehmens bewirkt und daher einer Kontrolle im Sinne der Teckalkriterien entgegensteht.¹⁰⁸⁶ Die Kontrolle gewährleistet damit eine hinreichende Zurechenbarkeit ausgegliederter juristischer Personen an ihre Trägerkommunen als Dienstherren bei vollständiger Rückkoppelung an die Verfolgung öffentlicher Ziele.

Mit dem Argument, dass eine solche Zuordnung bereits mit dem kategorischen Ausschluss von Privatunternehmen erreicht sei, halten einige Stimmen im Schrifttum das Kontrollkriterium im Übrigen für nicht mehr erforderlich.¹⁰⁸⁷ Als Konsequenz, ließen sich auch horizontale Kooperationen in die Inhousevergabe einbeziehen, obwohl Kommunen sich gegenseitig nicht kontrollieren können. Organisationsprivatisierung diene gerade der Verdünnung unmittelbarer politischer Einflussnahme und sei vergaberechtlich unerheblich, solange nur verwaltungseigene Mittel ohne Verschmelzung mit Kapazitäten aus der Privatsphäre ausgegliedert würden. Solange Private unbeteiligt bleiben, sei die Prämisse „weniger Kontrolle ist gleich weniger Staat“ ein Trugschluss.¹⁰⁸⁸ Geht man aber einen Schritt zurück und betrachtet das Kontrollkriterium als Maßstab für die Identifizierung einer Kooperation als Eigenleistung der Verwaltung, ergibt sich ein teils abweichendes Bild. Das Kontrollkriterium dient in diesem Sinne nicht alleine der Feststellung, dass eine bestimmte Leistung ausschließlich mit verwaltungseigenen Mitteln erbracht wird, indem eine ausgegliederte juristische Person funktional als verlängerter Arm der Verwaltung erscheint.¹⁰⁸⁹ Über diese Zurechnungsfunktion hinaus weist der Gerichtshof dem Kontrollkriterium nämlich auch eine Marktabschirmungsfunktion, die nachfolgend zu erörtern ist.

1086 EuGH C-26/03 (Stadt Halle RPL Lochau), Urt. vom 11.01.2005, Rn. 50 = NVwZ 2005 187. Ebenso EuGH C-29/04 (Stadt Mödling), Urt. vom 10.11.2005 Rn. 47 = NVwZ 2006, 70 Siehe auch EuGH C-410/04 (ANAV), Urteil vom 06.04.2006, Rn. 31 = NVwZ 2006, 555. Jüngst betätigt in C-573/07 (SEA), Urteil vom 10.09.2009, Rn. 51-53 = NZBau 2009 797.

1087 So jüngst JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 60 ff.

1088 Vgl. zu den vorgenannten Argumenten, CHRISTINE HAHN, Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2007, S. 158 ff.; ebenso JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 60 ff.

1089 In einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (Zweckverband, Anstalt, einer belgischen Interkommunale, einer ungarischen társulás gemäß §§ 9, 16 KommZusG u.Ä.) oder in einer Aktiengesellschaft beziehungsweise GmbH werden unter entsprechender Einhaltung der Teckalkriterien ausschließlich Geld- und Sachmittel so wie Personal der Verwaltung ohne private Beteiligung zusammengeführt.

b) Marktabschirmungsfunktion des Kontrollkriteriums bei vertikalen Kooperationen – (Coditel, Carbotermo, Parking Brixen)

Ein von mehreren Gemeinden gemeinsam betriebenes Unternehmen kann in finanzieller Hinsicht als deren verlängerter Arm betrachtet werden, steht das Unternehmen doch in ihrem Eigentum. Mit der alleinigen Eigentümerstellung der Kommunen, also mit dem Ausschluss von Privatkapital, ist jedoch die Zurechenbarkeit des Unternehmens an die Kommunen nicht vollständig gewährleistet. Kann das Unternehmen von den Kommunen unabhängige Entscheidungen treffen und anderen Marktteilnehmern gegenüber Dienstleistungen erbringen, so gilt es auf Grund dieser Eigenständigkeit nicht mehr als verlängerter Arm der Kommunen, obwohl diese das vollständige Eigentum am Unternehmen halten. Für eine vollständige Zurechenbarkeit eines Unternehmens an die Trägerkommunen als deren Dienststelle, verlangt das Kontrollkriterium die entsprechende Lenkung des Unternehmens durch die Gemeinden. Diese Abwesenheit einer eigenständigen marktstrategischen Ausrichtung eines Unternehmens gewährleistet über eine schlichte Zurechnung hinaus, dass die Organisationsprivatisierung nicht so weit getrieben wurde, dass das Unternehmen als „Dienststelle“ der Gemeinden von diesen unabhängig unternehmerisch tätig werden kann und mit Geldmitteln der Verwaltung den Preiswettbewerb mit privaten Marktteilnehmern sucht. Eine vergaberechtlich relevante Wirtschaftsteilnahme beginnt eben – wie der Gerichtshof in den Verfahren Coditel, Parking Brixen und Carbotermo ausführt – nicht erst mit der Beteiligung von Privatkapital, sondern bereits dann, wenn staatliche Unternehmen mit öffentlichen Mitteln Leistungen auf dem Markt anbieten.¹⁰⁹⁰ Mit dem Kontrollkriterium wird somit die Organisationshoheit der Kommunen so weit wie möglich zugelassen, indem gewünschte Ausgliederungen vergaberechtlich als irrelevant gelten, solange die neue Dienststelle organisatorisch unselbstständig ist und keine eigenen marktstrategischen Entscheidungsbefugnisse besitzt. Fehlt eine marktstrategische Unselbstständigkeit, ist die vergaberechtliche Grenzziehung überschritten und die Dienststelle gilt als „externe Einrichtung“, die nicht mehr freihändig beauftragt werden kann, sondern sich dem Wettbewerb mit Privatunternehmen stellen muss.¹⁰⁹¹ Das Unternehmen gilt in diesen Fällen auch dann als externe Einrichtung, wenn es im vollständigen Eigentum der Gemeinden steht. Der oben dargelegte kategorische Ausschluss von Privatkapital ist insoweit ein starkes Indiz dafür, dass das Unternehmen ausschließlich öffentliche Interessen verfolgt, weil die strategischen Interessen eines privaten Kapitalanlegers nicht zur Geltung gelangen können. Eine Einrichtung, die ausschreibungsfrei „inhouse“ beauftragt werden kann, liegt

¹⁰⁹⁰ So explizit EuGH C-458/03 (Parking Brixen), Rn. 65 f. und 67-69 = EuZW 2005, 727; C-340/04 (Carbotermo), Rn. 36 ff. = EuZW 2006, 375; C-324/07 (Coditel), Rn. 36 = NZBau 2009, 54.

¹⁰⁹¹ Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die eigentliche Wettbewerbsverzerrung nur dann eintritt, wenn das Unternehmen in tatsächlicher Weise Drittgeschäfte auf dem Markt erbringt. Diese einzelfallbezogene Sachfrage ist jedoch bereits ein Belang des Wesentlichkeitskriteriums, so dass eine Abwesenheit einer eigenen marktstrategischer Ausrichtung die abstrakte Vorstufe des Wesentlichkeitskriteriums ist.

jedoch nur vor, wenn das ausschließlich öffentlich finanzierte Unternehmen zusätzlich jeglicher Eigenständigkeit gegenüber den Trägerkommunen entbehrt. Dementsprechend ist das vollständige Eigentum mehrerer Gebietskörperschaften an einer juristischen Person nach Auffassung des EuGH zwar ein starkes Indiz für eine Kontrolle, jedoch explizit nicht alleine entscheidungserheblich.¹⁰⁹²

c) Horizontale Kooperationen: Marktabschirmung durch integrierte Leistungserbringung und partielle Substitution der Zurechnungsfunktion (Stadtreinigung Hamburg, SEA)

In der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ befasste sich der Gerichtshof erstmalig mit einer horizontalen Kooperation und bewertete diese ohne Anwendung der Inhousefigur. Wie bereits dargelegt,¹⁰⁹³ leidet die gegenwärtige Rechtslage zum Inhousegeschäft an einem inneren Widerspruch, der darin besteht, dass für eine vertikale Kooperation sogar eine minderheitliche Beteiligung von 1 % gegenüber der Mehrheit eines anderen öffentlichen Auftraggebers mit 99 % für eine gemeinsame Kontrolle ausreicht¹⁰⁹⁴, wohingegen Kooperationen nicht ausschreibungsfrei möglich sind, wenn eine der Kooperationspartner Alleineigentümerin der ausgegliederten Stelle ist.

Aus diesem Blickwinkel muss die Verdünnung der politischen Einflussnahme auf ein staatliches Unternehmen vergaberechtlich zulässig sein, solange dieses über die Erbringung von Drittgeschäften keine eigene Entscheidungsgewalt besitzt. Da es bei einer solchen Zuordnung des Kontrollkriteriums nur auf die Abwesenheit einer eigenständigen Marktausrichtung ausgegliederter Dienststellen ankommt, muss es konsequent und entgegen der bisherigen Rechtsprechung des EuGH unerheblich sein, ob das Unternehmen von allen kooperierenden Kommunen „mitkontrolliert“ wird oder lediglich von einer der Kommunen alleine. Nur unter diesem Gesichtspunkt können all jene vertragsbasierten Kooperationen in das Inhousegeschäft hinein bezogen werden, bei denen eine Kommune mit einer ausschließlich in ihrem Alleineigentum stehenden GmbH oder einer ausschließlich mit ihren Sach- und Geldmitteln ausgestatteten Anstalt Leistungen für andere Kommunen erbringt.

aa) Integrierte Leistungsbeziehungen

Es handelt sich bei diesen Fällen immer noch um Eigenleistungen der Verwaltung durch ihre eigenen Sachmittel vermittelt einer zurechenbaren, kontrollierten Dienststelle. Die Frage, ob diese Dienststelle funktional auch als Mittel beider kooperierender Kommunen zu werten ist, kann nicht deshalb verneint werden, weil die Dienststelle nur einer Gemeinde alleine gehört. Vielmehr ist ergänzend danach zu fragen, ob die Kooperationsvereinbarung der Gemeinden darauf gerichtet ist, die fragliche Dienststelle der einen Kommune gemeinsam zu finanzieren und als gemeinsame Einrich-

1092 EuGH C-573/07 (SEA), Rn. 45 = NZBau 2009, 797. So bereits auch C-324/07 (Coditel), Rn. 31, NZBau 2009, 54.

1093 Kapitel 4; A; I; 3; a); cc) und V.

1094 EuGH C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Urteil vom 19.04.2007, Rn 58 = NZBau 2007, 381.

tung zu nutzen. Dies ist in Anlehnung an den Rechtsgedanken des oben dargelegten Art. 5 PVVO¹⁰⁹⁵ immer dann gegeben, wenn Kommunen eine integrierte Gruppe in Ansehung einer bestimmten Leistung bilden. Für die Feststellbarkeit einer hinreichend integrierten und vom Markt abgeschirmten Gruppe muss eine einheitliche Organisation der jeweils erbrachten Leistung in den integrierten Zuständigkeitsgebieten der Gemeinden verlangt werden.¹⁰⁹⁶ Einheitliche Tarife für sämtliche Nutzer der Leistung in den Gemeindegebieten der beteiligten Kommunen und einheitliche Nutzungsbedingungen dürften hierfür ausreichen.¹⁰⁹⁷ Im Falle horizontaler Kooperationen, wenn also eine Dienststelle nicht gemeinsam kontrolliert wird, substituiert insoweit das Vorliegen einer hinreichend integrierten Zusammenarbeit durch einen Kooperationsvertrag die fehlende gemeinsame Kontrolle über eine Dienststelle.¹⁰⁹⁸

bb) Deutung der Urteile „Stadtreinigung Hamburg“ und „SEA“

Wertet man die Urteilsgründe im Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“ im Lichte der eben ausgeführten Systematisierung, so reihen sich die Argumente des Gerichtshofs ohne Wertungswidersprüche in die Identifizierung sowohl vertikaler als auch horizontaler Kooperationen als „Eigenerbringung durch Zusammenarbeit“ ein und bestätigen eine Substitution des Kontrollkriteriums für die horizontalen Zusammenarbeitsformen.

Zunächst stellt die große Kammer fest, dass eine Kontrolle in der Konstellation der Stadtreinigung Hamburg nicht vorlag und verweist anschließend sofort darauf, dass jedoch der streitgegenständliche Kooperationsvertrag auf die gemeinsame wirtschaftliche Nutzung einer Kapazität eines der Kooperationspartner abziele.¹⁰⁹⁹ Nach einer Würdigung des Kooperationsvertrages unter dieser Prämisse wird festgestellt, dass er die Rechtsgrundlage und den Rechtsrahmen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe unter Ausschluss privater Wirtschaftsteilnehmer darstelle. Diese Qualität des Vertrages wertet die große Kammer unter Verweis auf seine gefestigte Rechtsprechung in Bezug auf vertikale Kooperationen als einen Fall der Eigenerbringung einer Leistung durch Zusammenarbeit und weist explizit den Einwand der Kommission zurück, wonach ein solcher Vorgang nur im Rahmen

1095 Siehe zu Art. 5 der Verordnung (EG) 1370/2007 und integrierten Gruppen in diesem Sinne ausführlich in Kapitel 4; A; II.

1096 Gemäß Art. 2 lit. m) der Verordnung (EG) 1370/2007 sind integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste: „Beförderungsleistungen, die innerhalb eines festgelegten geografischen Gebiets im Verbund erbracht werden und für die ein einziger Informationsdienst, eine einzige Fahrausweisregelung und ein einziger Fahrplan besteht“

1097 Siehe dazu Art. 2 lit. m) i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PVVO).

1098 Insoweit ist die grundsätzliche Annahme überzeugend, dass das Kontrollkriterium lediglich der Zurechnung einer ausgegliederten Organisationseinheit an ihre jeweilige Trägerkommune dient. Vgl. dazu, CHRISTINE HAHN, Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, 2007, S. 158 ff.; ebenso JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGE, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 60 ff.

1099 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 36-37 = NZBau 2009, 527.

vertikaler Kooperationen denkbar sei.¹¹⁰⁰ Auf diese zentrale Aussage des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ verweist der Gerichtshof wenige Monate später im Verfahren der Rechtssache SEA, wo er eine vertikale Kooperation zu bewerten hatte und dementsprechend das Vorliegen einer Kontrolle durch alle Kommunen zwingend forderte.¹¹⁰¹ Auch dieser Verweis des Gerichtshofs bestätigt eine Zusammenführung beider Kooperationsformen unter der selben Prämisse (Eigenleistung durch Kooperation), allerdings nach jeweils anderen Gesichtspunkten. Dieser neue Gesichtspunkt besteht insbesondere in der Substitution des Kontrollkriteriums durch die Identifizierung von Kooperationsverträgen als vom Markt abgeschottete Leistungsbeziehungen. Da der EuGH nach der hier vertretenen Systematisierung lediglich das Kontrollkriterium ersetzt hat, fragt sich, wieso im Verfahren Stadtreinigung Hamburg das Wesentlichkeitskriterium nicht geprüft wurde. Ein solcher Verzicht des Gerichtshofs auf das zweite Teckalkriterium würde nämlich tatsächlich der These widersprechen, dass die Prämisse der Inhousefigur auf horizontale Kooperationen modifiziert angewendet werden kann und soll. Zu bedenken ist indes, dass der EuGH explizit nur das Fehlen des Kontrollkriteriums darlegte, nicht jedoch das Fehlen der Wesentlichkeit. Das kann an den Umständen des Einzelfalles liegen, da die wirtschaftlich relevanten Dienstleistungen der im Alleineigentum der Stadtreinigung Hamburg stehenden Müllverbrennungsanlage von der Kommission nicht gerügt und vom EuGH daher explizit nicht geprüft worden sind.¹¹⁰² Der Hinweis des Gerichtshofes, dass im konkreten Fall die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten nicht anzunehmen ist, impliziert jedoch, dass inhouse-schädliche Drittgeschäfte und damit eine Wettbewerbsverzerrung nicht vorlagen. Nicht zuletzt wegen der in Kapitel 4 dargelegten engen Verzahnung der beiden Teckalkriterien¹¹⁰³, muss schließlich eine Modifizierung der Inhousefigur insoweit beide Kriterien erfassen. Die Auswirkungen für das Wesentlichkeitskriterium ist noch gesondert darzulegen.

d) Kohärenz mit der Maßgabe des Art. 5 der Verordnung 1370/2007

Entsprechend der Wertung des oben dargelegten Art. 5 der Verordnung 1370/2007 (PVVO) verbleibt eine ausgegliederte juristische Person somit auch dann in der Verwaltungssphäre, wenn nur eine der Kooperationspartner eine dienststellenähnliche Kontrolle inne hat und kann als eine Form der Eigenleistung der Kooperationspartner durch Zusammenarbeit gewertet werden. Erforderlich ist, dass der Kooperationsvertrag (etwa eine Zweckvereinbarung)¹¹⁰⁴ darauf gerichtet ist, die Einrichtung einer Kommune mit anderen Gemeinden gemeinsam als „internen Betreiber“¹¹⁰⁵ zu nutzen.

1100 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 44 ff. = NZBau 2009, 527.

1101 EuGH C-573/07 (SEA), Rn. 57 = NZBau 2009, S 797 ff.

1102 EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 31 = NZBau 2009, 527.

1103 Kapitel 4; I; 3.-5.

1104 Dazu ausführlich in Kapitel 4; A; II; 4.

1105 Siehe dazu den Begriff des internen Betreibers i.S.d Art. 2 lit. j) i.V.m. lit. m) und Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PVVO). Ausführlich dazu im Hinblick horizontale Kooperationsvereinbarungen vgl. Kapitel 4;

Die in Kapitel 4 dargelegte Indizwirkung der PVVO für die ungeschriebene Inhousefigur¹¹⁰⁶ kann somit nach der hier vorgenommenen Systematisierung der Rechtsprechung des EuGH bestätigt werden.

Nach einer solchen Substitution des Kontrollkriteriums im Falle horizontaler Zusammenarbeit anhand des Kooperationsvertrages lassen sich auch jene Sachverhaltskonstellationen der horizontalen Kooperationen als Eigenleistung durch Zusammenarbeit erfassen, in denen gar keine kontrollierte juristische Person als ausgegliederte Verwaltungsstelle eingesetzt wird und die „beauftragte Kommune“ mit ihren eigenen Verwaltungsabteilungen Leistungen für andere Kommunen erbringt. Hier ist nicht eine ausgegliederte Stelle der potentielle Wirtschaftsteilnehmer, sondern die Kommune selbst. Für diese Kooperationsformen muss auf das Kontrollkriterium verzichtet werden, da hier mangels Ausgliederung keine Zurechnungskette erforderlich ist. Evident handelt eine Kommune, die Leistungen mit ihren Verwaltungsstellen erbringt, mit eigenen Mitteln. Ob sie hierbei ausschreibungsfrei für andere Kommunen tätig werden kann, ist dann keine Frage der Kontrolle mehr und ist nur noch danach zu beurteilen, ob sie den Markt betritt. Dies kann im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums beurteilt werden. Funktional kann jedoch auch die horizontale Zusammenarbeit als Eigenerbringung durch Zusammenarbeit gewertet werden, wenn ein Kooperationsvertrag mehrerer Kommunen über die Leistungsbeziehung hinaus gerade den Zweck verfolgt, die Kapazität einer Gemeinde gemeinsam in integrierter Organisationsform zu nutzen, ohne formell die jeweilige Dienststelle gemeinsam zu tragen.

e) Beschränkung horizontaler Kooperationen auf einen geografisch festgelegten Gebiet

Zu beachten ist indes, dass horizontale Kooperationsformen durch die Einschränkung oder die gänzliche Ersetzung des Kontrollkriteriums ein Element der organisatorischen Zuordnung verlieren, weil die Eigenerfüllung durch Zusammenarbeit gerade nicht mehr institutionalisiert durch eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung erfolgt, namentlich in einer gemeinsam betriebenen juristischen Person. Damit weiterhin eine rechtssichere Abschirmung vom Markt und eine organisatorische Zuordnung erzielt werden kann, müssen horizontale Kooperationen räumlich auf die Zuständigkeitsgebiete der vertraglich kooperierenden Gemeinden beschränkt bleiben. Während ein kontrolliertes Unternehmen im Rahmen einer vertikalen Kooperation bis zu 10 % seiner Umsätze mit Drittgeschäften erzielen kann, darf eine horizontale Kooperation streng nur im geographisch definierten

A; II; 4.

1106 Vgl. Kapitel 4; A; II; 1. Insbesondere ist der Umstand, dass die PVVO lediglich Konzessionsvergaben im Sonderbereich des Personennahverkehrs regelt, unerheblich. Sowohl die PVVO als auch die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG verfolgen die Ziele der Marktöffnung und der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen bei staatlichen Einkaufsvorgängen. Der explizite Ausschluss der Maßgaben der PVVO im Anwendungsbereich der genannten Richtlinien gemäß Art. 5 Abs. 1 PVVO dient daher wohl eher der Klarstellung, dass die Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts allgemein auf Konzessionen nicht beabsichtigt ist.

Zuständigkeitsgebiet zu Leistungsbeziehungen führen. Diese räumliche Eingrenzung ermöglicht eine organisatorische Zuweisung der horizontalen Leistungsbeziehungen als eine klar identifizierbare integrierte Einheit.¹¹⁰⁷

f) Zwischenergebnis – Eigenleistung durch Zusammenarbeit in drei unterschiedlichen Sachverhaltsgruppen

Nach den bisherigen Ergebnissen können Verwaltungskooperationen unter einer entsprechenden Modifizierung des Inhousegeschäfts nach zwei Gesichtspunkten als ausschreibungsfreie Eigenleistung durch Zusammenarbeit identifiziert werden. Sie sind in die drei Sachverhaltskonstellationen der echten vertikalen, der quasi-vertikalen und der horizontalen Kooperation einzuteilen und unterliegen teils abweichenden Anforderungen.

Eindeutig liegt eine Eigenleistung im Falle einer gemeinsam betriebenen, ausschließlich den Kommunen zurechenbaren juristischen Person vor (echte vertikale Kooperation), wie sie in Kapitel 4 ausführlich dargelegt wurde.¹¹⁰⁸

Findet die entgeltliche Leistungsbeziehung hingegen unmittelbar zwischen Kommunen statt (quasi-vertikale Kooperation), erbringt also eine Kommune Leistungen für andere Kommunen vermittelt ihrer ausgegliederten, von ihr alleine kontrollierten juristischen Person, so liegt eine Eigenerbringung durch Zusammenarbeit nach folgenden Gesichtspunkten vor. Hier muss der Kooperationsvertrag Elemente enthalten, die über einen entgeltlichen Leistungsaustausch hinausweisen und auf eine gemeinsame Nutzung der Kapazitäten einer Kommune durch mehrere Kooperationspartner abzielen.¹¹⁰⁹ Bezüglich der Kriterien einer solchen Feststellung bietet sich der Rechtsgedanke des oben erwähnten Art. 5 PVVO an. Vereinbart eine Gemeinde durch Vertrag mit einer oder mehreren Nachbarkommunen die Mitbenutzung einer ihrer Einrichtungen – etwa den öffentlichen Personennahverkehr wie in Art. 5 PVVO geregelt oder die Abfallverwertungsanlage wie im Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“ – so liegt der Hauptanwendungszweck einer Zweckvereinbarung im Sinne der Landesgesetze¹¹¹⁰ bzw. im Sinne des § 7 KommZusG¹¹¹¹ nach ungarischem Recht vor. Die gesetzlichen Regelungen zu diesen horizontalen Kooperationsformen zielen gerade darauf ab, die Mitbe-

¹¹⁰⁷ Siehe dazu die Wertung des Art. 5 der PVVO; Kapitel 4; A; II.

¹¹⁰⁸ Das klassische Inhousegeschäft mittels gemeinsam betriebener, kontrollierter Unternehmen, die im Wesentlichen für die Trägerkommunen tätig werden, vgl. Kapitel 4; A; I.

¹¹⁰⁹ Der Umstand, dass die „Auftraggeberkommune“ hierbei im Unterschied zur vertikalen Zusammenarbeit keine Sachmittel für die Ausstattung der Dienststelle der „beauftragten“ Kommune zur Verfügung stellt, ist funktional unerheblich, da die Dienststelle eindeutig wenigstens einem öffentlichen Auftraggeber zugerechnet werden kann.

¹¹¹⁰ Vgl. § 24 Abs. 1 KGG-Hessen: „Gemeinden und Landkreise können vereinbaren, daß eine der beteiligten Gebietskörperschaften einzelne Aufgaben der übrigen Beteiligten in ihre Zuständigkeit übernimmt, insbesondere den übrigen Beteiligten die Mitbenutzung einer von ihr betriebenen Einrichtung gestattet, oder sich verpflichtet, solche Aufgaben für die übrigen Beteiligten durchzuführen.“

¹¹¹¹ Zu § 7 KommZusG vgl. ausführlich in Kapitel 2; I; 5; a).

nutzung einer kommunalen Einrichtung durch die Partnerkommune zu ermöglichen.¹¹¹² Danach vereinbaren alle beteiligten Kommunen im Vorfeld die gemeinschaftliche Finanzierung und Ausstattung der jeweiligen Einrichtung oder die Befugnis der durchführenden Gemeinde, die Tarife festzulegen.¹¹¹³ Naturgemäß geschieht die bürgerfreundliche Festlegung der Tarife, etwaige Ermäßigungen für bestimmte Nutzergruppen sowie die genaue Bestimmung der Leistungsinhalte einvernehmlich und unter Rücksprache zwischen den kooperierenden Kommunen. Eine solche Zusammenlegung von Kapazitäten, namentlich die optimale gemeinschaftliche Ausschöpfung einer Einrichtung, stellt bei funktionaler Gesamtbetrachtung eine koordinierte und integrierte Nutzung dar, wie sie auch in Art. 5 PVVO ausschreibungsfrei möglich ist.¹¹¹⁴ Freilich ist auch hier eine Kontrolle zu fordern, allerdings nur im Innenverhältnis der Betreiberkommune und ihrer ausgegliederten Dienststelle.¹¹¹⁵

Als dritte Gruppe ist schließlich die echte horizontale Kooperation zu benennen, bei der gar keine ausgegliederte juristische Person eingesetzt ist. Hier erbringt die beauftragte Kommune eine Leistung mit ihren eigenen Verwaltungsstellen. Auch diese Zusammenarbeitsform ist in Deutschland auf Grundlage der Zweckvereinbarungen möglich und in Ungarn im Anwendungsbereich des § 7 KommZusG. Diese Kooperationsform ist unter der selben Prämisse von der Ausschreibungspflicht zu befreien, wie die quasi-vertikale Kooperation, weil die Gemeinden auch hier die gemeinsame und integrierte Nutzung der Kapazität einer Gemeinde vereinbaren. Allerdings besteht die Kapazität nicht in einer ausgegliederten juristischen Person, sondern in einer Verwaltungsstelle. Soweit die „integrierte Nutzung“ nach dem Muster des Art. 5 PVVO hinreichend klar definiert ist¹¹¹⁶, kann auch diese Form als Eigenleistung der Verwaltung durch Zusammenarbeit betrachtet werden.

g) Die Grenzziehungsfunktion des Wesentlichkeitskriteriums: Leistungsbeziehungen ausschließlich in den Zuständigkeitsgebieten der horizontal kooperierenden Gemeinden

Bisher konnte festgestellt werden, dass die Abgrenzung, die der EuGH für vertikale Kooperationen entwickelt hat, widerspruchsfrei auf horizontale Kooperationen dann erweitert werden kann, wenn beide Zusammenarbeitsformen als Eigenleistung durch Zusammenarbeit erfasst, jedoch nach abweichenden Kriterien als Eigenleistung identifiziert werden.

¹¹¹² Kienbaum Studie/DStGB, S.6. Siehe auch Kapitel. 2; D; II; 2.

¹¹¹³ Eben eine solche Zweckvereinbarung kann im Bereich des Personennahverkehrs ausschreibungsfrei sein, vgl. Kapitel 4; A; II.

¹¹¹⁴ Vgl. die Begriffe des „internen Beitreibers“ und der integrierten öffentlichen Personenverkehrsdienste i.S.d Art. 2 lit. j) i.V.m. lit. m) und Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PVVO).

¹¹¹⁵ Bei ausgegliederten juristischen Personen, also eigenständigen Rechtsträgern muss letztlich das Kontrollkriterium der vertikalen Zusammenarbeit stets aufrecht erhalten werden. CHRISTINE HAHN, will in diesem Sinne bereits die Eigentümerstellung ausreichen lassen; Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, 2007, S. 158 ff. Ähnlich JOST PIETZCKER, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, in GABRIEL/MÜLLER-GRAFF/STEGGER, Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010, S. 60 ff.

¹¹¹⁶ Zum Begriff der integrierten Leistung im Sinne des Art. 5 PVVO vgl. Kapitel 4, A; II.

Hält man jedoch an den bisher geltenden Grundsätzen zum Wesentlichkeitskriterium im Bereich der vertikalen Kooperationen fest¹¹¹⁷, ergibt sich das Problem, dass bei horizontalen Kooperationen die Kapazitäten zusammenarbeitender Gemeinden für andere Kommunen nicht mehr zur Verfügung stünden. Zur Veranschaulichung sei folgendes Beispiel angeführt. Betreiben die Kommunen A und B gemeinsam eine vertikal kontrollierte GmbH, kann die Gemeinde C dieser Kooperation problemlos beitreten, indem sie Anteile der GmbH kauft. Dann nämlich darf vergaberechtlich die GmbH auch für C im Wesentlichen tätig werden und gilt als auch verwaltungseigenes Mittel der C. Unter ähnlichen Gesichtspunkten ist im Falle eines Zweckverbandes der spätere Beitritt der C zum Verband möglich. Schließen hingegen die Gemeinden A und B einen horizontalen Kooperationsvertrag, dürften sie bei einer uneingeschränkten Übertragung des Wesentlichkeitskriteriums auf diese Zusammenarbeit jeweils nur für einander tätig werden, nicht aber für C. Diese Rechtslage würde zu unsachgemäßen Ergebnissen führen. Dies kann aus funktionalen Gesichtspunkten schon deshalb nicht überzeugen, weil die bei vertikalen Kooperationen bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen den Gemeinden im Falle horizontaler Kooperationen gerade nicht bestehen. Bei einer horizontalen Kooperation bedarf es keiner Kontrolle der unmittelbar aufgabendurchführenden Kommune A durch die Kommune B, da A selbst ein an öffentliche Interessen gebundener Hoheitsträger ist. Allerdings steht A weiterhin im Wettbewerb zu privaten Marktteilnehmern um Aufträge der Kommunen B und C. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen müssen daher zusätzliche Schranken der horizontalen Kooperationen entwickelt werden. Angesichts dieser Unterschiede zwischen gesellschaftsrechtlich verfassten vertikalen Kooperationen und rein vertraglichen horizontalen Kooperationen, eignet sich das Wesentlichkeitskriterium der vertikalen Zusammenarbeit nicht als Schranke der horizontalen Zusammenarbeitsformen. Für letztere muss daher das Wesentlichkeitskriterium modifiziert werden, um die für diese Zusammenarbeitsform vorgenommene Substitution des Kontrollkriteriums auszugleichen.¹¹¹⁸

Nutzen Gemeinden durch Kooperationsvertrag gemeinsam die Einrichtung einer der Kommunen, so erbringt die letztere Gemeinde funktional Leistungen in integrierter Form. Zweckvereinbarungen oder der interkommunale Auftrag gemäß § 7 KommZusG in Ungarn sind nach ihrem Sinn und Zweck genau auf eine solche gemeinsame Nutzung mit integrierter Finanzierung und Steuerung sowie einheitlicher Tarifbildung gegenüber den Nutzern gerichtet. In solchen Fällen lässt sich eine Ausschreibungsfreiheit so lange aufrecht erhalten, wie die Leistung nur innerhalb der integrierten Form erbracht wird.¹¹¹⁹ Für die Dauer der integrierten Leistungsbeziehung darf die selbe Leistung

1117 Siehe ausführlich zum Wesentlichkeitskriterium Kapitel 4; A; 4.

1118 Bei Würdigung des systematischen Verhältnisses horizontaler und vertikaler Kooperationen im Ergebnis auch so OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009 – Verg 8/09 = NZBau 2010, S. 194; siehe dazu Kapitel 4; A; V; 4.

1119 Dementsprechend liegt hingegen eine ausschreibungspflichtige Leistungsbeziehung vor, wenn ein öffentlicher

weder privaten Marktteilnehmern gegenüber erbracht werden, noch in Vergabeverfahren anderer öffentlicher Auftraggeber außerhalb der integrierten Leistungserbringung angeboten werden.¹¹²⁰ Will also ein außen stehender öffentlicher Auftraggeber die integrierten Leistungen nutzen, muss er der integrierten Kooperation beitreten. Namentlich muss er zu den bestehenden Konditionen einer laufenden Zweckvereinbarung beitreten oder mit den bisherigen Kooperationspartnern eine modifizierte Zweckvereinbarung aushandeln. Will die Drittkommune hingegen nicht an der integrierten Leistungsbeziehung teilnehmen, sondern lediglich die Leistung als solche beziehen, kann die Gemeinschaft der bereits integriert kooperierenden Kommunen nicht ausschreibungsfrei beauftragt werden, wenn sie ihre vergaberechtliche Freistellung behalten will. Denn bei der Erbringung einer Leistung an eine externe Kommune, erbringt die Gruppe der integrierten Kommunen eine Leistung an eine externe Behörde und damit in Konkurrenz zu privaten Anbietern. Für die Dauer eines horizontalen Kooperationsverhältnisses dürfen solche Drittleistungen mithin gar nicht extern, sondern ausschließlich auf den Gemeindegebieten der integrierten Gruppe erbracht werden. Erforderlich ist insoweit eine Leistungsbeziehung ausschließlich innerhalb der räumlich integrierten Leistung und nicht nur im Wesentlichen, wie es bei vertikalen Kooperationen zulässig ist.

Dieser strengere Maßstab im Vergleich zu vertikalen Kooperationen ist der Tatsache geschuldet, dass die Identifizierung eines horizontalen Kooperationsvertrages als Eigenerbringung durch Zusammenarbeit im höheren Maße das Ergebnis einer wertenden Betrachtung des Kooperationsvertrages darstellt¹¹²¹, als im Falle der eindeutigeren Marktabschirmung einer vertikal kontrollierten GmbH im Sinne der Teckalkriterien.¹¹²² Dennoch bestehen parallele Wertungen, da bei beiden Zusammenarbeitsformen eine Leistungsbeziehung ausschließlich zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern erfolgt. Die vertikale Kooperation wird auf Grund der verwaltungsintern betriebenen GmbH nicht umsonst auch als In-State-Geschäft bezeichnet.¹¹²³ Eine vergleichbare Wertung kann auch für horizontale Kooperationen vorgenommen werden. Innerhalb einer Gruppe integriert zusammenarbeitender Kommunen erscheint wegen der räumlichen Beschränkung der Leistungsbeziehung auf die Gemeindegebiete der Kommunen die Zusammenarbeit funktional als verwaltungsintern. Da nicht eine gemeinsame GmbH (oder ein Zweckverband) und deren Leistungen der Bezugs-

Auftraggeber eine Leistung oder ein sonstiges Gut an einen anderen öffentlichen Auftraggeber liefert, welches sie nicht durch Zusammenlegung ihrer Kapazitäten und Finanzmittel erstellt haben. Vgl. EuGH C 275/08 (Datenzentrale Baden-Württemberg), Urteil vom 15.10.2009, Rn. 52 = NZBau 2010, 63.

1120 Dazu sogleich in diesem Kapitel unter B; III. Siehe auch Art. 5 der PVVO (EG) 1370/2007.

1121 Vgl. die ausführliche Würdigung der explizit als Vertrag zur interkommunalen Zusammenarbeit bezeichneten Vereinbarung zwischen den einzelnen Verwaltungsträgern in EuGH C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Urteil vom 09.06.2009 = NZBau 2009, 527.

1122 Die Fälle der horizontalen Kooperation stellen insoweit kein klassisches In-Sich-Geschäft in dem Sinne dar, dass eine Kommune eine Leistung von einer alleine ihr zurechenbaren juristischen Person erbringen lässt, die im Wesentlichen für sie tätig wird.

1123 JAN ZIEKOW/ THORSTEN SIEGEL, VerwArch 2005, S. 119 ff.

punkt sind, sondern die räumliche Integration der Gemeinden, kann eine ausreichende Marktabschirmung zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen daher nur durch eine ausschließliche Tätigkeit streng innerhalb der Gemeindegebiete erzielt werden.¹¹²⁴

h) Folgen für die einzelnen Kooperationsformen

Für die in Kapitel 4 bereits ausführlich dargelegten vertikalen Zusammenarbeitsformen ergeben sich mit den hier vorgenommen Modifizierungen des Inhousegeschäfts keine Änderungen. Sie sind im Rahmen des mittlerweile etablierten Inhousegeschäfts zu beurteilen.¹¹²⁵ Die überzeugende Grenzziehung, die der EuGH mit der Inhousefigur für vertikale Zusammenarbeitsformen entwickelt hat, kann nach den hiesigen Ergebnissen unter einer entsprechenden Modifizierung auch für horizontale Verwaltungskooperationen fruchtbar gemacht werden. Um auch in diesen Fällen eine Eigenerfüllung durch Zusammenarbeit identifizieren zu können, müssen zwei Sachverhaltskonstellationen differenziert werden. Beide Konstellationen erfolgen – wie in Kapitel 2 dargelegt – auf der Grundlage von Zweckvereinbarungen in Deutschland und interkommunalen Aufträgen gemäß § 7 KommZusG in Ungarn. Ein näherer Blick auf die hier untersuchte kommunale Praxis in Ungarn und Deutschland zeigt, dass Kommunen ihre horizontalen Kooperationen regelmäßig im oben dargelegten Sinne einheitlich integrieren und daher gerade über einen schlichten Austausch von Leistungen hinaus gemeinsam organisieren.¹¹²⁶ Beliebte Anwendungsgebiete sind öffentliche Leistungen wie eine integrierte Abfall- oder Abwasserwirtschaft¹¹²⁷ und sonstige Infrastruktur, wie die in Kapitel 2 dargelegte integrierte Parkplatzwirtschaft kooperierender Stadtbezirke der Stadt Budapest.¹¹²⁸ Auf den Gemeindegebieten der Kooperationspartner wird eine bestimmte öffentliche Leistung nach einheitlichen Tarifen, einem einheitlichen Erscheinungsbild und einheitlichen Nutzungsbedingungen für alle Verbraucher erbracht.

1124 Im Einklang mit der hiesigen Systematisierung wertete der EuGH jedenfalls bislang solche horizontale Kooperationen zwischen Verwaltungsträgern als ausschreibungspflichtig, bei denen mangels integrierter Leistungserbringung im hier vertretenen Sinne eine offensichtliche Marktabstottung fehlte; C-275/08 (Datenzentrale Baden-Württemberg), Urteil vom 15.10.2009 = NZBau 2010, 63; C-507/03 (Kommission gegen Irland), Urt. vom 13.11.2007 = NZBau 2008, S. 71

1125 Dazu ausführlich Kapitel 4; A; I.

1126 Dazu Kienbaum Studie/DStGB S. 6. Die Zweckvereinbarung in Deutschland bewirkt gerade, dass eine Gemeinde eine bestimmte Aufgabe auch auf dem Gemeindegebiet anderer Kommunen durchführt und die jeweilige Leistung einheitlich in allen Gemeinden zu gleichen Tarifen und Bedingungen erbringt in einer Form, die zuvor von allen Gebietskörperschaften gemeinsam ausgehandelt wird.

1127 Siehe beispielhaft für zahlreiche, auf Zweckvereinbarungen basierende integrierte Versorgungsleistung dieser Art den Praxisbericht über die Wasserversorgung mehrerer Gemeinden in Bayern mit einer gemeinsamen technischen Rufbereitschaft: Kienbaum Studie DStGB, S. 21.

1128 Siehe Kapitel 2; D; I; 5; b)-c) und die dortigen Praxisbeispiele für Kooperationen im Sinne des § 8 KommZusG, bei denen nur eine der Kommunen eine Einrichtung im Namen der übrigen Kooperationspartner leitet. Durch die Kooperationsvereinbarungen zwischen den Kommunen liegt dennoch die gemeinsame Nutzung einer Einrichtung vor, die als Eigenerbringung durch Zusammenarbeit gewertet werden kann.

B. Vorschlag für eine Kodifikation

Die dargelegte Schwierigkeit, die einzelnen Sachverhaltskonstellationen vertikaler und horizontaler Zusammenarbeitsformen unter einer vereinheitlichten Prämisse zusammenzuführen, belegt den Bedarf nach einer gesetzgeberischen Entscheidung. Zwar können die in diesem Abschnitt gefundenen Ergebnisse auch durch eine entsprechende Auslegung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffs unter der dargelegten Modifizierung der Inhousefigur im Lichte der Rechtsprechung des EuGH erzielt werden. Insgesamt lassen sich damit horizontale und vertikale Kooperationen ohne Wertungswidersprüche unter dem Obersatz der Eigenerbringung von Leistungen durch Zusammenarbeit erfassen. Die nachfolgend noch näher darzulegenden Argumente sprechen jedoch für eine abschließende Kodifikation der hier gefundenen Auslegungsergebnisse.

I. Regelungsbedarf

Endgültige Rechtssicherheit lässt sich auf Grund der dargelegten fließenden Grenzen zwischen verwaltungsinternen Leistungsbeziehungen und marktgängigen Leistungen der Verwaltung nur mit den formalen Kriterien einer gesetzgeberischen Deklaration erzielen, in welcher die funktionale Grenzziehung der Inhousefigur für vertikale Kooperationen und ihre hier vorgenommene Modifikation für horizontale Kooperationen festgelegt werden können. Auch die Europäische Kommission scheint die Vorteile einer expliziten sekundärrechtlichen Regelung in ihrem Grünbuch zum Beschaffungswesen von Januar 2011 zu erkennen, macht aber noch keine eindeutigen Aussagen darüber, wie sie sich eine solche Regelung vorstellt.¹¹²⁹ In einigen Mitgliedstaaten sind vertikale Zusammenarbeitsformen sowie das Inhousegeschäft einzelner Kommunen nach dem Vorbild der Teckal-Rechtsprechung des EuGH bereits kodifiziert. Ausführlich wurde die diesbezügliche Regelung in Ungarn gemäß § 2/A des Vergabegesetzes dargelegt. Ähnliche Regelungen existieren beispielsweise in Italien und Spanien.¹¹³⁰ In Deutschland scheiterten diesbezügliche Initiativen aus dem Schrifttum¹¹³¹ und ein konkreter Gesetzgebungsvorschlag des Bundesregierung aus dem Jahr 2008 zur Änderung des § 99 GWB.¹¹³² Die Vergaberechtsrichtlinien enthalten eine solche Regelung für

1129 Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge, KOM(2011) 15 endgültig (Deutsche Fassung), S. 24 ff.

1130 Vgl. Art. 113 Abs. 5 lit. c) des italienischen Gesetzes Nr. 267/2000 vom 25.11.2003, auszugsweise abgedruckt in EuGH C-573/07 (SEA), Urt. vom 10.09.2009, Rn. 10 = NZBau 2009, 797. Ebenso Art. 1 Abs. 3 lit. c) des spanischen Gesetzes über öffentliche Aufträge vom 16.06.2000, auszugsweise abgedruckt in EuGH C-84/03 (Kommission gegen Spanien), Urt. vom 13.01.2005, Rn. 1 und 7 = NVwZ, 2005, 431.

1131 Zu einem detaillierten Änderungsvorschlag des § 99 Abs. 1 S. 1 GWB, allerdings beschränkt auf öffentlich-rechtliche Formen der vertikalen und der horizontalen Zusammenarbeit vgl. CHRISTIANE HAHN, Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, 2007, S. 171.

1132 Ein im August 2008 dem Bundestag vorgelegter Vorschlag zur Änderung des § 99 GWB dahingehend, dass von mehreren Kommunen gemeinsam beherrschte und ausschließlich in ihrem Eigentum stehende Gesellschaften direkt mit Aufträgen beauftragt werden können, scheiterte. Siehe dazu Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode; Drucksache 16/10117 vom 13.08.2008 „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts“, Seite 5.

interkommunale Zusammenarbeitsformen nicht. Ein Vorschlag des Europäischen Parlaments aus dem Jahre 2002, zumindest die vertikalen Kooperationen und die Inhousegeschäfte einzelner Gebietskörperschaften nach dem Vorbild der Teckalkriterien aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG herauszunehmen, vermochte sich gegenüber Vorbehalten der Kommission nicht durchzusetzen.¹¹³³ Dabei liegen die Vorteile einer Kodifikation der Rechtsfigur des Inhousegeschäfts auf der Hand. Die überzeugende abstrakte Grenzziehung, die der EuGH nach funktionalen Gesichtspunkten vorgenommen hat, leidet an der Rechtsunsicherheit, die aus dem Einzelfallcharakter seiner Urteile resultiert. Nicht zuletzt die dargelegte uneinheitliche Handhabung des Inhousegeschäfts durch die deutschen Gerichte belegt, dass für den hiesigen Themenkomplex eine richterrechtliche Figur nicht ausreichend ist. Hingegen ist in Ungarn zumindest bezüglich der vertikalen Kooperationen mehr Rechtssicherheit auf Grund der gesetzlichen Regelung feststellbar, so dass Unsicherheiten nur noch die Frage der horizontalen Kooperationsformen betreffen, welche bislang auch in der ungarischen Praxis ohne Regelung geblieben sind. Daher sollen die hier gefundenen Ergebnisse in einem Regelungsvorschlag zusammengeführt werden, welcher – entsprechend der bisherigen Ansätze¹¹³⁴ – als neuer Art. 18a der Richtlinie 2004/18/EG hinter dessen Art. 18 eingefügt werden kann. Wie eine jüngere EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 18.05.2010 anmerkt, besteht angesichts der bedeutsamen Änderungen der Rechtsprechung des EuGH zur interkommunalen Zusammenarbeit in den Jahren 2007 bis 2010 und der nach wie vor bestehenden Rechtsunsicherheit in der Praxis ein enormer Bedarf nach einer klarstellenden Regelung durch den europäischen Gesetzgeber.¹¹³⁵ Eine mit dem bereits dargelegten Art. 5 PVVO ähnliche Strukturierung des Ausnahmetatbestandes der Vergaberichtlinie 2004/18/EG würde schließlich der Kohärenz im vergaberechtlichen Sekundärrecht dienen.¹¹³⁶

1133 Der von der Kommission nur unter grundlegender Neuformulierung (Abänderung) angenommene Vorschlag des Europäischen Parlaments sollte zwar auch für vertikale Kooperationen gelten, bezog sich jedoch ausweislich des Formulierungsvorschlags der Kommission nur noch auf Inhousegeschäfte einzelner Kommunen ohne Zusammenarbeit mit anderen und gelangte letztlich gar nicht in die endgültige Fassung der Richtlinie 2004/18/EG; vgl. ABl. C 203 E vom 27.08.2002, S. 210 ff. S. 227; Geänderter Vorschlag für die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM(2002), 236 endg.

1134 ABl. C 203 E vom 27.08.2002, S. 210 ff. S. 227; Geänderter Vorschlag für die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg. Die thematische Nähe der bereits existierenden Regelung des oben dargelegten Art. 18 der Richtlinie 2004/18/EG zu den bislang nicht kodifizierten Inhousegeschäften impliziert dabei eine Einfügung der neuen Regelung an der benannten Stelle.

1135 EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 18.05.2010 zu neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175(INI)) – im Amtsblatt noch nicht veröffentlicht (Stand: 07.12.2010), Punkte 9.-12. (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit).

1136 Zu einem bereits gelungenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen in Ansehung kommunaler Zusammenarbeitsformen vgl. die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 18.05.2006, ABl. C 195 vom 18.08.2006, S. 20 ff., Punkt 4.2. hinsichtlich Art. 5 PVVO.

II. Regelungsvorschlag – Art. 18 a Richtlinie 2004/18/EG

„Art. 18 a

Eigenerbringung von Leistungen

(1) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass öffentliche Aufträge im Sinne des Art. 1 Abs. 2 nicht vorliegen, wenn öffentliche Auftraggeber insbesondere zur Erfüllung ihnen obliegender Aufgaben eine Leistung alleine oder durch Zusammenarbeit gemeinsam erbringen.

(2) Eine solche Eigenerbringung liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine Leistung von einer rechtlich getrennten Einheit erbringen lässt;

a) über die er alleine (schlichte Eigenerbringung) oder mit anderen öffentlichen Auftraggebern gemeinsam (vertikale Zusammenarbeit) eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über eigene Dienststellen entspricht;

b) über die – im Falle einer integrierten Gruppe zusammenarbeitender öffentlicher Auftraggeber – wenigstens eines dieser öffentlichen Auftraggeber eine solche Kontrolle ausübt (gemischt-vertikale Zusammenarbeit).

Eine vertikale Kontrolle liegt vor bei einem tatsächlichen Einfluss auf strategische Entscheidungen, welcher anhand von Faktoren, wie Eigentumsrechten und dem Ausschluss von privatem Kapital, dem Umfang der Vertretung in Leitungs- und Aufsichtsgremien sowie diesbezüglichen Vorschriften und der Satzung zu messen ist.

Voraussetzung für die Befreiung einer vertikalen Kooperationen nach Abs. 2 lit. a) ist, dass die rechtlich getrennte Einheit ihre Haupttätigkeit gemäß des direkt vergebenen Auftrags im Wesentlichen für den sie alleine kontrollierenden oder die sie gemeinschaftlich kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber erbringt. Maßgeblich sind hierbei sämtliche Einnahmen aus der Haupttätigkeit, unabhängig davon, ob sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von den Endnutzern der jeweiligen Leistung stammen.

Im Falle einer Leistungsbeziehung nach Abs. 2 lit. b) darf die rechtlich getrennte Einheit ihre Haupttätigkeiten ausschließlich in den Zuständigkeitsgebieten der integrierten Gruppe zusammenarbeitender öffentlicher Auftraggeber erbringen und während der Laufzeit der Zusammenarbeit nur für diese tätig werden, sofern die Laufzeit nicht wegen einer Erweiterung der Zusammenarbeit verlängert wurde.

(3) Eine Eigenerfüllung liegt auch vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber mit seinen eigenen Dienststellen Leistungen für andere öffentliche Auftraggeber erbringt, mit denen er sich zur kostendeckenden gemeinsamen Erbringung von Leistungen in einer integrierten Gruppe zusammengeschlossen hat (horizontale Zusammenarbeit). Hinsichtlich der Haupttätigkeit des öffentlichen Auftraggebers für die zusammengeschlossenen öffentlichen Auftraggeber oder deren rechtlich getrennten Einheiten gelten die Voraussetzungen des Abs. 2 lit. b) entsprechend.

(4) Eine integrierte Gruppe zusammenarbeitender öffentlicher Auftraggeber liegt regelmäßig bei Leistungen vor, die innerhalb eines festgelegten geografischen Gebiets im Verbund erbracht werden und auf Grund einheitlicher Nutzungsbedingungen, Tarife, Geschäftsbedingungen oder zusätzlicher Merkmale dieser Art eine Einheit bilden.

(5) Die Teilnahme eines öffentlichen Auftraggebers oder einer von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern kontrollierten Einheit im Sinne dieses Artikels an den Ausschreibungen anderer öffentlicher Auftraggeber als Wirtschaftsteilnehmer ist für die Laufzeit der jeweiligen Zusammenarbeit untersagt. Jedoch kann frühestens zwei Jahre vor Ablauf eines direkt vergebenen Auftrags die Teilnahme an solchen öffentlichen Ausschreibungen erfolgen, sofern beschlossen wurde, die direkt vergebenen Leistungen, die Gegenstand der Zusammenarbeit waren, künftig in einem Vergabeverfahren zu vergeben, wenn der Wirtschaftsteilnehmer nicht der Auftragnehmer anderer Direktvergaben im Sinne dieses Artikels ist.“

III. Bewertung und Ausblick auf Folgefragen

1. Rechtssicherheit und systematische Konsequenz

Verwaltungskooperationen befinden sich ihrer Natur nach stets an der Schnittstelle zwischen Staat und Markt. Insbesondere im Hinblick auf die hier untersuchten kommunalen Zusammenarbeitsformen kann insoweit eine Janusköpfigkeit der zwischen Gebietskörperschaften ausgetauschten Leistungsbeziehungen identifiziert werden, da sie einerseits der gemeinsamen Erfüllung und verwaltungsinternen Bewältigung öffentlicher Aufgaben dienen, andererseits jedoch stets ein marktrele-

vantes Element aufweisen, wenn man bedenkt, dass Aufgaben der Leistungsverwaltung respektive der Daseinsvorsorge in aller Regel auch von Privatunternehmen erbracht werden können. Ein bestmöglicher Ausgleich kommunaler Organisationshoheit und der staatlichen Garantenstellung für die funktionierende Daseinsvorsorge einerseits mit den wirtschaftlichen Betätigungsrechten von Privatunternehmen im Binnenmarkt andererseits kann im Rahmen einer funktionalen Bewertung erzielt werden. Es ist danach zu differenzieren, wann einzelne Gebietskörperschaften durch Kooperation eine Leistung selbst erbringen. Die maßgebliche Abgrenzung nach dem Kriterium der Eigenerfüllung erlaubt eine strikte Betrachtung aus rein wettbewerbsrechtlicher Perspektive ohne Differenzierung nach nationalen Gegebenheiten in den unterschiedlichen Staatsorganisationen der Mitgliedstaaten. Angesichts der unauflöslichen Janusköpfigkeit der betroffenen Kooperationsformen kann eine hinreichend rechtssichere Lösung nur mit einer positivrechtlichen Regelung erzielt werden, da eine wertende Auslegung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffes in jedem Einzelfall sowohl einem wettbewerbsrechtlichen als auch einem kommunalrechtlichen Ansatz zugänglich ist und die Ergebnisse einer Auslegung mithin willkürlich wären. Die hier vorgeschlagene legislatorische Stellungnahme stellt dem Rechtsanwender auf abstrakt-genereller Ebene klare und vorhersehbare Zielvorgaben bereit. Zugleich transportiert diese Regelung eine bestmögliche Verwirklichung sowohl der kommunalen Selbstverwaltung als auch des Wettbewerbsgrundsatzes, ohne, dass dabei eines der Grundsätze zu stark eingeschränkt wird.¹¹³⁷ Die Teckalkriterien bleiben dabei im Hinblick auf die vertikalen Kooperationen unverändert, greifen auf ein bereits bewährtes Konzept zurück und werden durch den Kodifikationsvorschlag zusätzlich konkretisiert. Die Modifikationen der Teckalkriterien für horizontale Kooperationen erlauben eine Regelung sämtlicher Fälle nach dem einheitlichen Begriff der Eigenerfüllung. Die eingefügten Legaldefinitionen (schlichte Eigenerbringung, vertikale, gemischt-vertikale und horizontale Zusammenarbeit) ermöglichen eine genaue Abgrenzung der hier identifizierten Organisationsformen und machen deutlich, dass auch das klassische Inhousegeschäft nur einer einzelnen Kommune ohne Kooperation (schlichte Eigenerbringung) zulässig ist. Der explizite Verweis auf die nicht zwingende Umsetzung des Art. 18 a dient der konsequenten Wahrung der Organisationsneutralität des Unionsrechts und erlaubt es den Mitgliedstaaten, gemäß ihrer jeweiligen inneren Organisation, die Kommunen strengeren Vorgaben zu unterwerfen.

2. Folgefragen der flexiblen Abgrenzung zwischen Staat und Markt

a) Keine Bindung an Erfüllung öffentlicher Aufgaben und Ausschluss einer Gewinnerzielung

Die hier gefundene Lösung stellt funktional auf Eigenerfüllung ab und sieht dabei nicht zwingend

¹¹³⁷ Vgl. zu diesem gelungenen Ausgleich im Hinblick auf Art. 5 PVVO die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 18.05.2006, ABl. C 195 vom 18.08.2006, S. 20 ff., Punkt 4.2.

die Erfüllung öffentlicher Aufgaben vor. Dies ist die Konsequenz des hier gefundenen Ergebnisses, wonach „Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ nicht hinreichend rechtssicher auf Unionsebene legaldefiniert werden können. Die aus dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ bisweilen abgeleitete Beschränkung kommunaler Kooperationen auf Leistungen der unmittelbaren Daseinsvorsorge wird durch diese Regelung daher bewusst abgelehnt. Die streng funktionale Beschränkung auf das Tatbestandsmerkmal „Eigenerfüllung“ spiegelt insoweit auch hier die Organisationsneutralität der Union in diesem Bereich wieder. Die Maßgabe, dass Art. 18a „insbesondere“ im Bereich der Daseinsvorsorge Anwendung finden kann, ist schlichte Auslegungshilfe. Fälle, in denen Kommunen zur Bewältigung behördeninterner Aufgaben, wie etwa der Datenverarbeitung ihre Kapazitäten zusammenlegen, können ebenfalls erfasst werden. Die für horizontale Kooperationen in Art. 18 a Abs. 3 vorgeschlagene Einschränkung auf „kostendeckende“ Leistungsbeziehungen dient als Gegengewicht und Absicherung der rechtlichen Vermutung, wonach eine Eigenerbringung durch Kooperation nicht marktgängig ist und keine wettbewerbsverzerrende Wirkung hat.

b) Ausschluss von Ausschreibungen anderer Auftraggeber

Die Untersagung einer Betätigung der Zusammenarbeitsformen als Bieter i.S. des hier vorgeschlagenen Art. 18 a Abs. 4 ist eine notwendige Konsequenz der Ausschreibungsfreiheit kommunaler Zusammenarbeitsformen und eine klarstellende Kodifikation zu aktuell diskutierten Wertungsfragen¹¹³⁸ in diesem Kontext, welche gegenwärtig zunehmend die Rechtsprechung erreichen.¹¹³⁹ Die maßgebliche Frage dabei ist, ob ein aus öffentlichen Mitteln finanzierter Betrieb – etwa ein Zweckverband oder eine kommunale GmbH – aus beihilfenrechtlicher Sicht an den Ausschreibungen anderer öffentlicher Auftraggeber teilnehmen darf.¹¹⁴⁰ Augenscheinlich droht in solchen Fällen ein unstatthafter Wettbewerb gegenüber privaten Bietern¹¹⁴¹, die keine Quersubventionierung erhalten, so dass teilweise der Ausschluss staatlicher Akteure aus den Vergabeverfahren anderer öffentlicher Auftraggeber gefordert wird.¹¹⁴² Andererseits trifft bereits die Richtlinie 2004/18/EG die grundsätzliche Wertung, dass staatliche Einrichtungen an Vergabeverfahren teilnehmen können.¹¹⁴³ Diese grundsätzlich zulässige Wettbewerbssituation zwischen staatlichen und privaten Akteuren sieht der Gerichtshof unter Hinweis auf Verwaltungskooperationen in der Zwecksetzung des Vergaberechts begründet, mittels des Bieterwettbewerbs möglichst wirtschaftliche Beschaffungen der öffentli-

1138 Dazu CARSTEN JENNERT, NZBau 2010, S. 150, S. 155.

1139 EuGH C-305/08 (Co.NIS.Ma), Urteil vom 23.12.2009 = NZBau 2010, 188.

1140 Für ein Verbot der „unlauteren Wettbewerbsteilnahme“ kommunaler Unternehmen der Daseinsvorsorge im Hinblick auf § 7 Nr. 6 VOL/A und § 8 Nr. 6 BOB/A vgl. OLG Celle, = NZBau 2002, 400; Einen solchen Ausschluss für die hier interessierenden Bereiche der Daseinsvorsorge hingegen ablehnend; Vergabekammer des Bundes, Beschl. vom 07.07.2004 – VK 3-68/04.

1141 So auch ULF-DIETER PAPE/HENNING HOLZ, NVwZ 2007, S. 636, S. 639 f.

1142 So STEFAN HERTWIG, NZBau 2008, S. 355 ff.

1143 Siehe dazu Erwägungsgrund Nr. 4 der Richtlinie 2004/18/EG.

chen Hand zu ermöglichen.¹¹⁴⁴ Beihilfenrechtlich ist es unter der Voraussetzung einer getrennten Buchführung zulässig, dass subventionierte Betriebe auch außerhalb des beihilfenrechtlich privilegierten Bereichs wirtschaftlich – also im Wettbewerb zu anderen Marktteilnehmern – tätig werden.¹¹⁴⁵ Unter der selben Voraussetzung getrennter Buchführung könnte insoweit eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen auch außerhalb der vergaberechtlichen Privilegierung des Inhousegeschäfts gefordert werden.¹¹⁴⁶ Zu bedenken ist jedoch, dass auch das Beihilfenrecht zwischen staatlicher Betätigung und der ausschließlichen Marktteilnahme von Privaten differenziert und die Subventionierung eines privaten Unternehmens bei gleichzeitiger Betrauung mit öffentlichen Aufgaben zulässt. Eben dieser Sphärentrennung liegt die Maßgabe des Vergaberechts zu Grunde, wonach Private unternehmen an inhouse-privilegierten Kooperationen nicht beteiligt sein dürfen. Dieser auch beihilfenrechtlich begründeten Sphärentrennung folgend muss die Teilnahme vergaberechtlich privilegierter Kooperationen an Ausschreibungen von Drittkommunen untersagt bleiben.¹¹⁴⁷

C. Gesamtergebnis: Zusammenfassung und Übersicht zu den einzelnen Kapiteln

Das Vergaberecht führt nicht zu einem unvermeidbaren Zielkonflikt zwischen kommunaler Organisationshoheit und wettbewerbsrechtlichen Zielen. Sämtliche Formen der aus Sicht des Vergaberechts relevanten vertikalen und horizontalen Verwaltungszusammenarbeit können ausschreibungsfrei gestellt werden. Die Prämisse des Inhousefigur ist unter einer entsprechenden Modifizierung auch auf horizontale Kooperationen anwendbar. Beide Zusammenarbeitsformen können somit durch den gemeinsamen Tatbestand einer Eigenleistung durch Zusammenarbeit rechtssicher einer abgrenzbaren Sphäre ausschreibungsfreier Kooperationen zugewiesen werden. Da die Leistungsinhalte der auf die Daseinsvorsorge gerichteten Zusammenarbeitsformen stets wirtschaftliche Relevanz besitzen können, sofern die jeweilige Leistung nach nationalem Recht auch von Privaten erbracht werden darf, gelingt eine rechtssichere Gewährleistung ausreichender Organisationsspielräume für die Gebietskörperschaften am zweckmäßigsten über das Erfordernis der Marktabschirmung durch Eigenleistung im Sinne der Inhousefigur.

I. Nationales Staatsorganisationsrecht gegen europäisches Vergaberecht?

I. Untersuchungsgegenstand sind die vertikalen und horizontalen Zusammenarbeitsformen, wie sie in den Mitgliedstaaten sowohl in öffentlich-rechtlicher als auch in zivilrechtlicher Organisa-

1144 EuGH C-305/08 (Co.NIS.Ma), Urteil vom 23.12.2009, Rn 34 f.; 43 f. = NZBau 2010, 188.

1145 Art. 5 der Entscheidung 2005/842/EG der Kommission vom 28.11.2005 über die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV a.F., ABl. L 312 vom 29.11.2005, S. 67.

1146 Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed vom 28.09.2006 in der Rechtssache C-295/05 (Asemfo), Rn. 111 ff.

1147 Auch Erwägungsgrund Nr. 4 der VKR fordert die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch die Teilnahme öffentlicher Stellen als Bieter in einem Vergabeverfahren. Zum gleichen Regelungsansatz des oben dargestellten Art. 5 PVVO vgl. HERMANN PÜNDER, NJW 2010, S. 263, S. 266 ff.

tionsform anzutreffen sind. Kern der untersuchten nationalen Vorschriften waren somit die deutschen Landesgesetze zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit und das ungarische KommZusG (Kooperationsgesetze). Eine gegenüberstellende Untersuchung hat gezeigt, dass beide Rechtsordnungen vergleichbare vertikale und horizontale Kooperationsformen bereit halten. Rein zivilrechtliche Organisationsformen sind in beiden Staaten zulässig, werden aber selten gewählt.

2. Die deutsche und ungarische Rechtsordnung spiegeln jeweils das weite Spektrum unionsrechtlich relevanter horizontaler und vertikaler Zusammenarbeitsformen wieder. Ein Vergleich beider Länder ergab, dass die Kooperationsgesetze den Kommunen einen Ausweg aus ihrer Aufgabenlast bieten und das mildere Mittel insoweit darstellen, als dass eine Verlagerung kommunaler Aufgaben auf überörtliche Ebenen oder eine Zwangskooperation von Gemeinden zur besseren Aufgabenerfüllung vermieden werden kann. Der bestehende, nicht rechtliche, wohl aber faktische Kooperationszwang der Gemeinden ist in beiden Ländern auf strukturelle Ursachen zurückzuführen. Während in Deutschland die Aufgabenlast im Vordergrund steht, bereitet in Ungarn auch die Anzahl zu vieler und kleiner Gemeinden Probleme.

3. Das Vergaberecht dient der Umsetzung der europäischen Integration durch die bereichsspezifische Öffnung der Beschaffungsmärkte und der Errichtung eines Marktes mit dem Grundsatz des ungehinderten Wettbewerbs. Die Regelung staatlicher Einkaufsvorgänge dient einerseits der Umsetzung der Grundfreiheiten auf den Beschaffungsmärkten, rückt jedoch andererseits die Grundfreiheiten selbst funktional in eine Wechselwirkung mit der Verfolgung öffentlicher Interessen.

4. Die sekundärrechtliche bereichsspezifische Umsetzung der Grundfreiheiten im Beschaffungswesen führte zu der Entstehung eines Rechtsgebiets, in welchem multipolare Konfliktlagen bewältigt werden müssen. Die Ziele der Marktöffnung und des unverfälschten Wettbewerbs sind auf Märkten, die erst durch staatliche Einkäufe entstehen, stets auch untrennbar mit den Zielen wirtschaftlicher Beschaffung und effektiver Erledigung öffentlicher Aufgaben verknüpft. Dieser Zustand lässt sich allgemein bei staatlichen Einkäufen auch auf primärrechtlicher Ebene außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien nachzeichnen.

5. Der funktionale, formale Kriterien ausblendende vergaberechtliche Auftragsbegriff rückte die kommunale Gemeinschaftsarbeit in den Anwendungsbereich des Vergaberechts und bewirkte eine Umkehr der ehemals grundsätzlich bestandenen Ausschreibungsfreiheit kommunaler Gemeinschaftsarbeit.

II. Anwendbarkeit des Vergaberechts auf kommunale Gemeinschaftsarbeit

1. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des öffentlichen Auftrages begründen an sich eine An-

wendbarkeit des Vergaberechts auf kommunale Gemeinschaftsarbeit. Lediglich als Konzession gestaltete Leistungsbeziehungen unterfallen nicht dem Richtlinienrecht, was der grundsätzlichen Konzeption der Richtlinien ohne besonderen Bezug zu Verwaltungskooperationen entspricht. Diese Rechtslage ist schließlich auch in den nationalen Umsetzungsvorschriften, insbesondere des öffentlichen Auftrags in Deutschland nach § 99 Abs. 1 GWB und in Ungarn gemäß § 2 Abs. 1 VergabeG feststellbar.

2. Das Tatbestandsmerkmal des Wirtschaftsteilnehmers rückt kommunale Unternehmen und Gebietskörperschaften selbst in den Unternehmensbegriff der Vergaberechtsrichtlinien, weil die von ihnen jeweils angebotene Leistung der ausschlaggebende Bezugspunkt ist. Eine Herauslösung der Kommunen aus diesem Unternehmensbegriff ist unter diesem Gesichtspunkt nicht möglich. Der Umstand, dass sich auf beiden Seiten eines Kooperationsvertrages der Staat befindet, führt zu keinem Widerspruch sondern erwies sich als logische Konsequenz des Auftragsbegriffes.

3. Vorschriften des Primärrechts vermögen dieses Subsumtionsergebnis nicht zu relativieren. Die Tatsache, dass insbesondere delegierende Zusammenarbeitsformen teils auf die Verschiebung oder Reorganisierung öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten abzielen, kann im Rahmen der Art. 62 i.V.m 51 Abs. 1 AEUV keine Freistellung von wettbewerbsrechtlichen Vorgaben bewirken, da im Rahmen der Daseinsvorsorge die Erbringung von Leistungen regelmäßig nicht untrennbar mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden ist.

4. Eine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips unter besonderer Berücksichtigung der gemeinwohlorientierten Zwecksetzung kommunaler Zusammenarbeit lässt sich auch nicht auf Art. 106 Abs. 2 AEUV stützen. Insbesondere verhindert oder erschwert die Ausschreibungspflicht nicht die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Die Schaffung ausschreibungsfreier Sphären durch gesetzgeberische Zuweisung bestimmter Aufgaben in den Bereich der Dienste von allgemeinem nichtwirtschaftlichem Interesse im Rahmen des Art. 14 Satz 2 AEUV scheitert an den unterschiedlichen Rechtsordnungen und wirtschaftspolitischen Konzeptionen in den einzelnen Mitgliedstaaten.

5. Die Aufwertung der Rücksichtnahme auf die kommunale Organisationshoheit im Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts im Rahmen der Art. 4 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 EUV begründet zwar eine politische, weniger aber eine rechtliche Zielvorgabe. Die Verwirklichung des Binnenmarktes einerseits und die kommunale Organisationshoheit andererseits stehen naturgemäß nicht bezugslos Nebeneinander, zumal gerade die wirtschaftlichen Betätigungen der Kommunen aus öffentlichem Interesse Binnenmarktrelevanz entfalten. Allerdings kann die programmatische Zielvorgabe der Schonung örtlicher Gestaltungs-

und Organisationsrechte über eine mittelbare Berücksichtigung im Rahmen der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften erzielt werden.

6. Auch die Erweiterung der Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität auf die lokale Ebene im neuen Wortlaut des Art. 5 EUV Abs. 3 und 4 bewirkt keine materiellrechtliche Änderung im Vergleich zum früheren Besitzstand der Verträge. Die deklaratorische Bezugnahme auf die lokale Ebene unterstreicht deren Bedeutung und formuliert eine Aufgabe an die Unionsorgane, in Zusammenarbeit mit den nationalen Parlamenten einen möglichst schonenden Ausgleich zwischen Zielen der Union und der Staatsorganisation der Mitgliedstaaten zu finden. In welcher Weise die Kriterien des Art. 5 EUV in diesem Rahmen weiterentwickelt werden, hängt von den beteiligten Parteien, einschließlich der lokalen Ebene ab.

7. Schließlich belegt die vergleichende Untersuchung des deutschen und ungarischen Verfassungsrechts, dass eine vergaberechtliche Ausschreibungspflicht auch bei völliger Ausblendung unionsrechtlicher Vorgaben keineswegs zur unverhältnismäßigen Beschränkung kommunaler Organisationshoheit führt. Auch in diesem Kontext kommt die multipolare Konfliktlage zum Tragen, die das Vergaberecht zu bewältigen hat.

8. Stärker als das deutsche Verfassungsrecht, trägt dabei die ungarische Verfassung bereits die Wertentscheidung in sich, lokalen Gebietskörperschaften die Teilnahme am Wettbewerb zu gestatten. Die Ausschreibungspflicht kommunaler Gemeinschaftsarbeit setzt insoweit gerade auch diese Wertentscheidung um, wenn sie eine Ausschreibungspflicht, namentlich den Wettbewerb innerhalb eines geordneten Vergabeverfahrens anordnet.

9. Auch nach Maßgabe des deutschen Grundgesetzes kann die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht kommunaler Zusammenarbeit nicht als unverhältnismäßige Verkürzung kommunaler Gestaltungsspielräume gewertet werden, da nicht ersichtlich ist, dass mit der Ausschreibungspflicht alleine die Durchführbarkeit von Kooperationen in jedem Einzelfall praktisch unmöglich wäre. Wirtschaftliche Betätigungsrechte der Privaten Konkurrenten und insbesondere die Berufsfreiheit stehen einer partiellen Rücknahme der Ausschreibungspflicht im Sinne der Inhousefigur nicht entgegen. Auch wenn ein struktureller Wettbewerb zwischen Privatunternehmen und kommunalen Akteuren im Bereich der Daseinsvorsorge besteht, so ist die Schwelle einer Beeinträchtigung der Berufsfreiheit nicht überschritten.

III. Beschaffungscharakter kommunaler Leistungsbeziehungen

1. Die transnationale Überlagerung vergaberechtlicher Konfliktlagen kann unter entsprechender Identifizierung des Beschaffungscharakters kommunaler Leistungsbeziehungen aufgelöst wer-

den. Dabei können sowohl die Organisationshoheit der Kommunen, als auch das Wettbewerbsziel des Vergaberechts bestmöglich erfüllt werden.

2. Da das Vergaberecht die möglichst wirtschaftliche Erledigung öffentlicher Aufgaben durch Wettbewerb ermöglichen will, steht es der Zwecksetzung der vergaberechtlichen Vorschriften nicht entgegen, wenn es öffentlichen Auftraggebern gestattet ist, die kostengünstige Aufgabenerledigung mittels Eigenleistung zu erzielen. Diese Eigenerbringung kann auch durch Zusammenarbeit geschehen. Da Fälle der Zusammenarbeit stets auch Elemente einer entgeltlichen Leistungsbeziehung aufweisen und Leistungen beinhalten, die auch private erbringen könnten, bewegen sich Verwaltungs Kooperationen stets im Grenzbereich zwischen Staat und Markt. Um hier rechtssichere Kriterien zu erzielen, ist eine spezifische Konkretisierung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffs nötig.

3. Die hier gefundene Lösung der Modifizierung und Erweiterung der Inhousefigur gründet auf einer Auslegung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffes und insbesondere der Konkretisierung des Merkmals des Beschaffungsvorgangs, wie er auch auf die Maßgabe der Grundfreiheiten bei staatlichen Einkäufen zurückgeführt werden kann.

4. Der so entwickelte Vorschlag für eine konkrete Regelung ermöglicht eine hinreichende Freistellung kommunaler Zusammenarbeitsformen von der Ausschreibungspflicht bei gleichzeitiger Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen, indem die jeweiligen Leistungsbeziehungen der Kommunen vom Markt abgeschildert werden und marktgängige Leistungen untersagt bleiben.

Anhang

Abbildungsverzeichnis¹¹⁴⁸

<u>Abb. 1</u> nach VKU	Gibt es Formen interkommunaler Kooperationen?	Gibt es hierzu gesetzliche Regelungen?	Welche Formen von interkommunalen Kooperationen gibt es?	Existiert ein dem deutschen Zweckverband ähnliches Gebilde?	Ist an diesem Zweckverband die Beteiligung Privater als Mitglied möglich?	Gibt es Ausschreibungspflichten im Fall der Bildung von interkommunalen Kooperationen, insbs. eines ZV?	Bedarf insbs. Die Einbindung Privater eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens?
Belgien (Flandern)	Ja	Ja	3 Formen	o.A. (wohl ja)	Nein („nur in interlocal associations“)	Nein	Nein („nur in interlocal associations“)
Belgien (Wallonien)	Ja	Ja	2 Formen	Ja	Ja	Nein	Nein
Dänemark	Ja	Ja	o.A.	Ja	Nein	Nein	Nein
Deutschland	Ja	Ja	Mindestens 4 Formen	Ja	Ja, soweit öffentliche Interessen nicht beeinträchtigt werden	Nein	Nein
Finnland	Ja	Ja	Eine Form	Ja	Nein	Nein	o.A.
Frankreich	Ja	Ja	7 Formen	Ja	Nein (nur für die „syndicates mixtes ouverts“)	Nein	Nicht zutreffend
Großbritannien	Ja	Ja	Mindestens 5 Formen	Ja	Nein	Nein	Nein
Italien	Ja	Ja	o.A.	Ja	Nein	Nein	o.A.
Luxemburg	Ja	Ja	Eine, dem Zweckverband ähnliche Form	Ja	o.A.	Nein	o.A.
Österreich	Ja	Ja	2 Formen	Ja	Nein	Nein	Nein (nur bei privatrechtlichen Kooperationen)
Schweden	Ja	Ja	Ca. 7 Formen (zivilrechtl. u. öff.-rechtl.)	Ja	Nein	Nein	Nein

1148 **Abbildung 1: Quelle:** Nach einer europaweiten Umfrage des Verbandes Kommunaler Unternehmen e.V. vom 06.09.2005, vgl. www.vku.de. **Abbildung 2: Quelle:** PETER BIWALD/KATARZYNA SZCZEPANSKA/NIKOLA HOCHHOLDINGER im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2004. Veröffentlicht vom Zentrum für Verwaltungsforschung (KDZ) am 19.05.2004, vgl. www.kdz.eu. **Abbildung 3: Quelle:** Belügyminiszterium Önkormányzati Kapcsolatok Főosztálya, Az in house beszerzés és a helyi közzolgáltatások ellátása témekörében végzett kérdőíves felmérés megállapításai, Dokument Nr. 308-155/2005. Siehe unter www.bm.hu. Anmerkung; Untersuchung des ungarischen Innenministeriums zur Arbeitsweise der Gebietskörperschaften im Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Die deutschsprachigen Angaben wurden für diese Arbeit nachträglich eingefügt.)

Spanien	Ja	Ja	4 Formen	Ja	Nein	Nein	Nein
Ungarn	Ja	Ja	Eine dem Zweckverband ähnliche Form	Ja	Ja	Nein	Ja

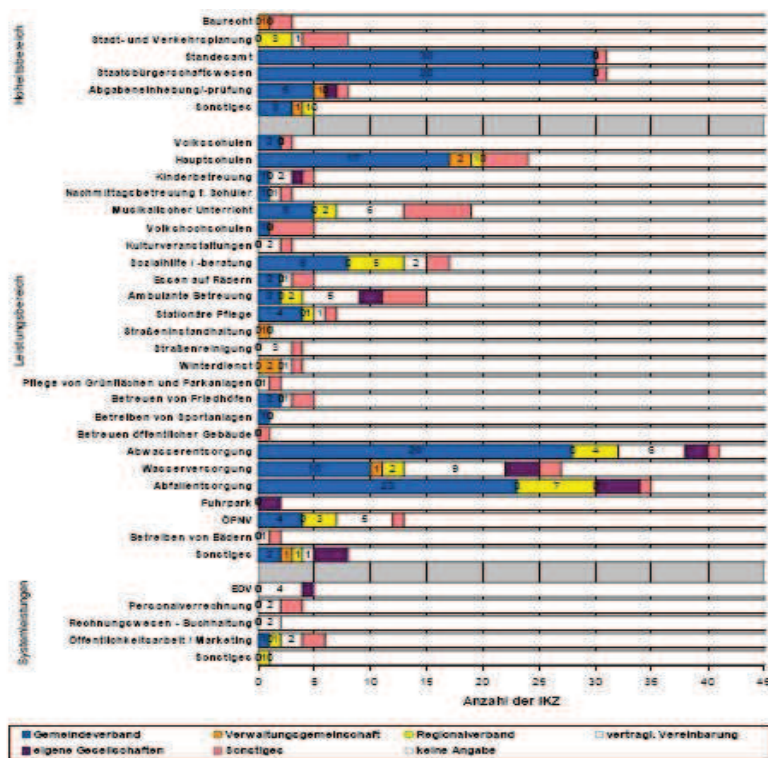
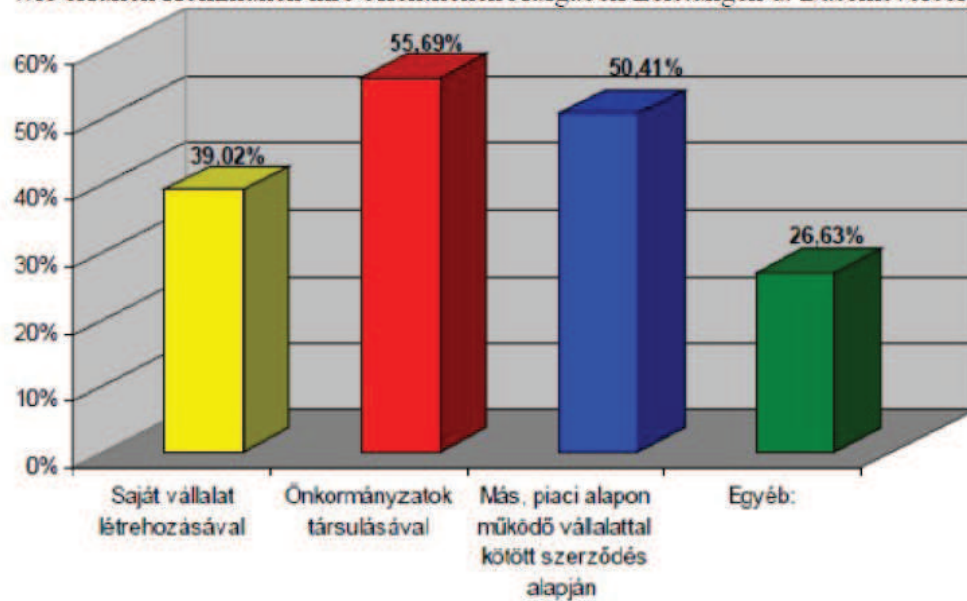


Abb. 2. Nach KDZ Stand: April 2004

Abb. 3

Wie erfüllen Kommunen ihre öffentlichen Aufgaben/Leistungen d. Daseinsvorsorge?



Kommunalunternehmen	Interkommunale Kooperationen	Vertragsschluss mit Privatunternehmen	Sonstiges
---------------------	------------------------------	---------------------------------------	-----------

Literaturverzeichnis

- Baumbach Adolf/Hueck Alfred
GmbHG Kommentar, 18. Aufl. 2006 (Zit: Bearbeiter in Baumbach/Hueck GmbHG-Kommentar)
- Báldy Péter
(Complex Kiadó Hrsg.)
A gazdasági társaságok nagy kézikönyve, 2007.
(Zitiert: Verfasser in Báldy 2007)
- Beckmann J. Klaus/
Bunzel Arno/
Schmidt-Eichstaedt Gerd
Cities and Towns in the European Constitutional System, 2008 (Zit: Bearbeiter in Beckmann/Bunzel/Schmidt-Eichstaedt)
- Bergmann Tina/Vetter Rainer
Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht – Eine differenzierte Betrachtung, NVwZ 2006, S. 497
- Berlit Uwe
Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 26.10.1994, DVBl. 1995, S 293
- Biwald Peter/Szczepanska
Katarzyna/Hochholdinger Nikola
Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit, Grundlagenpapier des Österreichischen Städtetages 2004
- Blanke Hermann-Josef
Zur Verteilung der Kompetenzen in der Europäischen Union - Eine Bewertung der Vorschläge des Entwurfs eines Verfassungsvertrages für Europa, in: ELSA Frankfurt (Oder) (Hrsg.), Die Europäische Verfassung, 2004, S. 39 ff.
- Boesen Arnold
Vergaberecht - Kommentar zum 4. Teil des GWB, 2000
- Broß Siegfried
Das europäische Vergaberecht in der Daseinsvorsorge – Bilanz und Ausblick, NZBau 2004, S. 465.
- Bultmann Peter Friedrich
Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004
- Burgi Martin
Warum die kommunale Zusammenarbeit kein vergaberechtspflichtiger Vorgang ist, NZBau 2005, S. 208
- Ders.
Die Zukunft des Vergaberechts, NZBau 2009, S. 609
- Byok Jan/Bormann Guido
Aktuelle Rechtsfragen zu der öffentlichen Auftragsvergabe in der Entsorgungswirtschaft, NVwZ, 2010, S. 1262
- Calliess Christian/Ruffert Matthias
EUV-EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007 (Zit: Bearbeiter in Calliess/Ruffert)
- Chalmers Damian/Hadjiemmanuil Christos/
Monti Giorgio/Tomkins Adam
European Union Law, 2006
- Craig Paul/De Búrca Gráinne
EU Law Texts, Cases and Materials, 4. Aufl. 2007
- Dausen A. Manfred
Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 27. Aufl.

	2010
v. Donat Christoph/Lipinsky Julia	Stadtreinigung Hamburg – ein Sieg für die interkommunale Kooperation, KommJur 2009, S. 361
Dreher Meinrad	Public Private Partnerships und Kartellvergabe-recht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater, NZBau 2002, S. 245
Ders.	Das In-house-Geschäft – Offene und neue Rechtsfragen der Anwendbarkeit der In-House-Grundsätze, NZBau, 2004, S. 14
Dreier Horst	Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2006 (Zit: Bearbeiter in Dreier, Kommentar GG)
Egger Alexander	Europäisches Vergaberecht, 1. Aufl. 2008
Emmerich Volker/Habersack Mathias	Aktien- und GmbH-Konzernrecht Kommentar, 3. Aufl. 2003 (Zit: Bearbeiter in Emmerich/Habersack)
Endler Jan	Privatisierungen und Vergaberecht, NZBau 2002, S. 125
Erichsen Hans-Uwe (Hrsg.)	Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage 1998
Erichsen Hans-Uwe/Hoppe Werner/ Leidinger Adalbert	Kommunalverfassungen in Europa, 1988 (Zit: Bearbeiter in Erichsen, Kommunalverfassungen in Europa)
Fibritzer Gabriella	A Közbeszerzés, 2007 (Zit: Bearbeiter in Fibritzer, A Közbeszerzés)
Flömer Volker/Tomerius Stephan	Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?, NZBau, 2004, S. 660
Frenz Walter	Aktuelle europarechtliche Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2010, S. 609
Ders.	Die Ausschreibungspflicht kommunaler Kooperationen auf dem Prüfstand des Europarechts, VergabeR 2006, S. 831.
Frick Hans-Jörg/Hokkeler Michael	Interkommunale Zusammenarbeit – Handreichung für die Kommunalpolitik, Texte der Kommunalakademie, Band 4. 2008
Fricke Ernst/Sieghart Ott	Verwaltungsrecht in der anwaltlichen Praxis, 1999 (Zit: Bearbeiter in Fricke/Ott)
Gabriel Oscar/Müller-Graff P.-C. /Steger O. Christian	Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl. 2010
Gaier Reinhard	Verfassungsrecht – Fesselnd und Freiheiten für das (Kartell-)Vergaberecht, NZBau 2008, S. 289.
Geiger Rudolf	EUV/EGV Kommentar, 4 Aufl. 2004
Gern Alfons	Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003

v. d. Groeben/Schwarze	EUV/EGV-Kommentar -Band 1. 6. Aufl. 2003 (Zit: Bearbeiter in v.d. Groeben/Schwarze)
Gruneberg Ralf/Jänicke Katrin/Jens Kröcher	Erweiterte Möglichkeiten für die interkommunale Zusammenarbeit nach der Entscheidung des EuGH vom 09.06.2009 – eine Zwischenbilanz, ZfBR, 2009, S. 754
Gurnik Ágnes/Szalai Ákos/Szépe Edit	Kézikönyv a helyi önkormányzatok társulásairól, 1998
Hahn Christine	Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2007
Hattig Oliver/Ruhland Bettina	Kooperationen der Kommunen mit öffentlichen und privaten Partnern und ihr Verhältnis zum Vergaberecht, VergabeR, 2005, S. 425
Hausmann Ludwig/Bultmann Peter F.	Zur Vergaberechtpflichtigkeit der Beschaffung zwischen Kommunen – Anmerkung zu OLG Düsseldorf vom 05.05.2004, VII-Verg 78/03, ZfBR, 2004, S. 595
Hertwig Stefan	Der Staat als Bieter, NZBau 2008, S. 355
Immenga Ulrich/Mestmäcker E.-Joachim	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar, 3. Aufl. 2001 (Zit: Bearbeiter in Immenga/Mestmäcker)
Ingenstau Heinz/Korbion Hermann	Verdingungsordnungen für Bauleistungen (VOB) – Kommentar 15. Aufl. 2004 (Zit: Bearbeiter in Ingenstau/Korbion)
Ipsen Jörn	Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000
Isensee Josef/ Kirchhof Paul (Hrsg.)	Handbuch des Staatsrechts - Band IV, 2. Aufl. 1999 – Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung - Band IV, 3. Aufl. 2006 – Aufgaben des Staates (Zit: Verfasser in Isensee/Kirchhof, Band, Aufl.)
Jakab András	Mire jó egy alkotmány? Avagy az újonnan elkészülő alkotmány legitimitásának kérdése, Kommentár 2010/6, S. 10.
Jasper Ute/Seidel J./Telenta V.	Direktvergaben vs. Grundrechte im Schienenpersonennahverkehr, InfrastrukturR 2008, S. 346
Jennert Carsten	Staat oder Markt: Interkommunale Zusammenarbeit im Spiegel des EG-Vergaberechts, NZBau 2010, S. 150
Juhász Ágnes	In-house (köz)beszerzés – Kivétel vagy kibúvó?, Miskolci Jogi Szemle 4. évfolyam 2009 (Jahrgang), 1. szám (Nr.), S. 84.
Just Christoph	Von Halle über Brixen und Brabant nach Ham-

	burg – Zu den Grenzen der vergabefreien Inhousegeschäfte, 10 Jahre nach Teckal, EuZW 2009, S. 879
Kaltenborn Jens	Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung im Recht der Europäischen Union, 1. Aufl. 1996
Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien [AK Wien] (Hrsg.)	Zur Zukunft öffentlicher Dienstleistungen: Zwischen Staat und Markt – Aktuelle Herausforderungen der öffentlichen Dienstleistungserbringung, 2005 (Zit: Verfasser in AK Wien/Daseinsvorsorge 2005)
Katz Alfred	Kommunale Wirtschaft – Öffentliche Unternehmen zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb, 2004
Kienbaum Management Consultants GmbH	Studie in Auftrag des DStGB. Veröffentlicht in: DStGB – Dokumentation N° 39 Interkommunale Zusammenarbeit – Verlagsbeilage „Stadt und Gemeinde INTERAKTIV“, Ausgabe 7-8/2004. (Zitiert als Kienbaum Studie/DStGB, S.)
Kis György	Az Európai Unió Munkajoga, 2001
Kolb Angela	Aktuelle Entwicklungen der europarechtlichen Vorgaben für die kommunale Daseinsvorsorge – Wettbewerb contra oder für das Gemeinwohl?, LKV 2006, S. 97
Kohout Sonja J.	Kartellvergaberecht und interkommunale Kooperation, 2008
Krajewski Markus/Wethkamp Maria	Die vergaberechtsfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben, DVBl 2008, S. 355
Krohn Wolfram	Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, NZBau 2006, S. 610
Kropff Bruno Hrsg.	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz 2. Aufl. 2000 (Zit: Bearbeiter in Münchener Kommentar AktG)
Ders.	In-house-Fähigkeit kommunaler Gemeinschaftsunternehmen, NZBau 2009, S. 222
Kühling Jürgen	Europaweite Ausschreibungspflichten bei kommunalen Grundstücksgeschäften – Chance für den Wettbewerb oder Fessel kommunaler Planungshoheit?, JZ 2008, S 1117
Küpper, Herbert	Autonomie im Einheitsstaat – Geschichte und Gegenwart der Selbstverwaltung in Ungarn, 2002.
Landsberg Gerd	Partnerschaft mit Problemen – Die Europäische Union und die Kommunen, 2005
v. Mangoldt Hermann/Klein Friedrich/	Das Bonner Grundgesetz – Kommentar, 4. Aufl.

Starck Christian (Hrsg.)	2000 (Zit: Bearbeiter in v. Mangoldt/Klein/Starck)
Maurer Hartmut	Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000
Mayer Franz C.	Der Vertrag von Lissabon und die Grundrechte, EuR 2009, S. 87
Meyer Jürgen	Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 1. Aufl. 2003 (Zit: Bearbeiter in Meyer, Charta der Grundrechte der EU)
Michels Natalie	Ausschreibungen öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen – Zwang zur Privatisierung?, Müll und Abfall, 2004, S. 503
Motzke, Gerd/ Prieß Hans-Joachim/ Pietzcker Jost (Hrsg.)	Verdingungsordnungen für Bauleistungen Teil A – Kommentar, 1. Aufl. 2001. (Zit.: Bearbeiter in Motzke/Prieß/Pietzcker, VOB/A-Kommentar.
Németh Anita	Az in-house beszerzés továbbadhatósága, Közbeszerzés – kérdések és válaszok, I. évfolyam (Jahrgang), Nr. 1. 2006/Oktober, S. 6
Oppermann Thomas	Europarecht, 3. Aufl. 2005
Pache Eckhard/Rösch Franziska	Die neue Grundrechtsordnung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, EuR 2009, S. 769
Palandt Otto	BGB Kommentar, 67. Aufl. 2008 (Zit: Bearbeiter in Palandt)
Pape Ulf-Dieter/Holz Henning	Möglichkeiten und Grenzen kommunalwirtschaftlicher Betätigung im Bereich der Abfallwirtschaft, NVwZ 2007, S. 636
Pietzcker Jost	Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2007, S. 1226.
Polster Julian	Die Rechtsfigur des In-house-Geschäfts – Eine unendliche Geschichte, NZBau 2010, S. 486
Prieß Hans-Joachim	Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005
Prieß Hans-Joachim/Hölzl Josef	Öffentlicher Auftraggeber und Auftrag – keine Überraschungen! NZBau 2009 S. 159
Pünder Hermann	Beschränkungen der In-House-Vergabe im öffentlichen Personennahverkehr, NJW 2010, S. 263
Püttner Günter	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band II, 2. Aufl. 1982
Rengeling Hans-Werner	Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung im Zeichen der europäischen Integration, DVBl 1990, S. 893
Sachs Michael	Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl. 2007 (Zit: Bearbeiter in Sachs, Kommentar GG)

Ševic Zeljko	Local Public Finance in Central and Eastern Europe, 2008
Stern Klaus	Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Aufl. 1984.
Rosenkötter Annette / Wuersig Thorsten	The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Public Procurement, (Veröffentlichung des Europäischen Parlaments), Januar 2010, PE 429.988 (IP/AIMCO/NT/2009-12)
Ruffert Matthias	Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft: Grundrechte – Institutionen – Kompetenzen – Ratifizierung, EuR 2004, S. 165
Schader-Stiftung (Hrsg.)	Öffentliche Daseinsvorsorge – Problem oder Lösung? 2003 (Zit: Verfasser in Schader-Stiftung/Daseinsvorsorge)
Schmid Johannes	EuGH: „Stadtreinigung Hamburg“ (C-480/06) – Das Ende eines langen Weges?, Österreichische Gemeindezeitung, Nr.7-8/2009, S. 35
Schmidt-Bleibtreu Bruno (Hrsg.)	Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008 (Zit: Bearbeiter in Schmidt-Bleibtreu Kommentar GG)
Schmidt-Eichstaedt, Gerd	Kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union: Wie kann die Position der Kommunen gestärkt werden? KommJur 2009, S. 249
Schröder Holger	Die vergaberechtliche Problematik der interkommunalen Zusammenarbeit am Beispiel der Bildung von Zweckverbänden – Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des öffentlichen Auftrages i.S. d § 99 GWB, NVwZ 2005, S. 25
Ders.	In-house-Vergabe zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?, NZBau 2005, S. 127
Ders.	Die Direktvergabe im straßengebundenen ÖPNV – Selbsterbringung und interne Betreiberschaft, NVwZ, 2010, S. 862
Schwarze Jürgen	Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, S. 334
Ders.	Der Vertrag von Lissabon – Wesentliche Elemente des Reformvertrages, EuR 2009, Beiheft 1, S. 9
Ders.	der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, S. 613
Ders. (Hrsg.)	Kommentar EUV/EGV, 1. Aufl. 2000 (Zit: Bearbeiter in Schwarze)
Seele Günter	Der Kreis aus europäischer Sicht, 1991

Siegel Thorsten	Wie rechtssicher sind In-House-Geschäfte? – Aktuelle Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des EuGH, NVwZ 2008, S. 7
Steiff Jakob	Interkommunale Auftragsvergabe unterliegt dem Kartellvergaberecht, NZBau 2005, S. 205
Storr Stefan	Public Public Partnerships – Grundfragen gemeinsamer Aufgabenerfüllung durch Gemeinden, wbl 2005 (wirtschaftsrechtliche Blätter Österreich), S. 555 ff.
Stöss Angela	Europäische Union und kommunale Selbstverwaltung, 2000
Streinz Rudolf	EUV/EGV-Kommentar 1. Aufl. 2003 (Zit: Bearbeiter in Streinz)
Ders.	Europarecht 8. Aufl. 2008
Struve Tanja	Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit, EuZW 2009, S. 805
Stuber Kerstin	Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, Sachsenkurier 2006, S. 381
Századvég Kiadó	Az Alkotmány Kommentárja, 2. kiadás 2009 (Zit.: Verf. in Az Alkotmány Kommentárja)
Tettinger Peter J./Klaus Stern	Europäische Grundrechte-Charta Kommentar, 2006 (Zit: Bearbeiter in Tettinger/Stern)
Tomerius Stephan	Zu den Ausschreibungspflichten bei der interkommunalen Kooperation – Neues vom EuGH, LKV 2009, S. 395
Wieser Bernd/Stolz Armin	Vergleichendes Verwaltungsrecht in Ostmitteleuropa, 2004 (Zit: Bearbeiter in Wieser/Stolz)
Wittig Oliver/Schimanek Peter	Sondervergaberecht für Verkehrsdienstleistungen – Die neue EU-Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, NZBau, 2008, S. 222
Zeiss Christopher	Wechselwirkungen zwischen kommunalem Wirtschaftsrecht und Vergaberecht, NZBau 2003, S. 475.
Ziekow Jan/Siegel Thorsten	Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der In-State-Geschäfte?, VerwArch 2005, S. 119
Zimmermann Uwe	Von der EU-Verfassung zum Vertrag von Lissabon – Zu den kommunalen Rechten im EU-Reformvertrag, KommJur 2008, S. 241
Zuleeg Manfred	Selbstverwaltung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in : Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für G. v. Unruh zum 70. Geburtstag, A. v. Mutius (Hg.) Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften, Bd. 4. 1983

