

# Das Suchen hat begonnen

## Konsequenzen aus dem EuGH-Urteil zur Stadtreinigung Hamburg

(BS/Franz Drey) "Die interkommunale Zusammenarbeit ist aus dem Tunnel des Inhouse-Geschäfts heraus", atmete Norbert Portz auf. Um bei der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen ohne Vergaberecht agieren zu können, gelten nicht mehr die strengen Kriterien, die der Europäische Gerichtshof (EuGH) bislang setzte. "Die Europäische Kommission wird einige Vertragsverletzungsverfahren einstellen, da sie sonst wieder vor die Wand laufen würde." Wenige Tage nach dem Urteil "Stadtreinigung Hamburg" des EuGH referierte der Beigeordnete des Deutschen Städte- und Gemeindebundes (DStGB) auf dem diesjährigen Deutschen Vergaberechtstag des Euroforum zur interkommunalen Zusammenarbeit. Vorsichtig formulierte er einige Schlussfolgerungen, erläuterte die eindeutigen Fortschritte für kommunale Gebietskörperschaften und war bemüht, keine falschen Hoffnungen zu wecken.

"Die Kommunen müssen sich jetzt entsprechend den Maßgaben der Richter in Luxemburg eigene Strukturen für ihre Zusammenarbeit erarbeiten und die dabei entstehenden Abgrenzungsprobleme lösen. Der entscheidende "Bruch" mit der bisherigen Rechtsprechung besteht darin, dass die "Kontrolle wie bei einer eigenen Dienststelle" über die Auftragnehmerseite nicht mehr die einzige Möglichkeit ist, sich vom Vergaberecht frei zu machen." Doch bis wohin reichen die neuen Möglichkeiten?

### Der Charakter des Kooperationsvertrages

Bei Kooperationsverträgen zwischen Öffentlich und Öffentlich wird es auch künftig Grenzen geben, bei deren Überschreiten das (europäische!) Vergaberecht anzuwenden ist. Diese Grenzen können inhaltlicher, zeitlicher oder räumlicher Art sein oder sich aus der Aufgabenstellung des Vertrages ergeben. Zunächst werden deutsche Gerichte und Vergabekammern dazu die ersten Pflöcke setzen. Der Gesetzgeber könnte sich dazu äußern und in absehbarer Zeit wird es sicherlich weitere Entscheidungen des EuGH zum Thema geben.

Doch dieses Urteil ist ein Paradigmenwechsel, der auch dadurch Gewicht erhält, dass das Gericht in seiner "großen Besetzung", d. h. mit 13 Richtern, zusammentrat, um grundlegende Maßstäbe zu setzen. "Der EuGH hat die Tür zur interkommunalen Kooperation weit aufgestoßen", kommentiert der Hamburger Rechtsanwalt *Martin Schellenberg*, Sozietät Heuking Kühn, Lüer, Wojtek. "Allerdings wurden enge Voraussetzungen an die Kooperationsvereinbarung selbst geknüpft. Sie muss sich deutlich von Leistungsverträgen üblicher Prägung unterscheiden."

### Künftige Anforderungen

Das Nachdenken über die künftigen Anforderungen an eine vergabefreie Kooperation zwischen öffentlichen Stellen auf der Grundlage der EuGH-Entscheidung vom 09.06.2009 (Az.: Rs. C-480/06) könnte bei den folgenden Aspekten seinen Ausgang nehmen, die unter den angegebenen

Randnummern deutlich oder weniger deutlich zu finden sind. Es handelt sich bei dem Urteil zunächst um eine Einzelfallentscheidung, deren Verallgemeinerbarkeit in jeder Hinsicht zu prüfen ist. Im Einzelnen:

1. Alle Beteiligten müssen öffentliche Stellen sein (Rn. 45). Private dürften an einer derartigen Kooperation nicht mitwirken (Rn. 44 in Verbindung mit den Entscheidungen zur Inhouse-Vergabe). Welche Rechtsform die einzelnen öffentlichen Stellen, die an der Kooperation mitwirken haben, ist irrelevant (Rn. 45).

ges Ziel eines Beteiligten die Unterstützung anderer Beteiligter bei ihrer Aufgabenerfüllung ist.

6. Die Kooperation könnte auch durch einen Dienst- oder Werkvertrag erfolgen. Dieser Vertrag muss jedoch Kooperationscharakter besitzen. Hierfür ist es erforderlich, dass der Auftragnehmer innerhalb der Vereinbarung seine Selbstkosten abrechnet (Rn. 43). Sie muss gegenseitige Unterstützungspflichten begründen (Rn. 41, 42). Schließlich muss sich der Kooperationscharakter auch bei den Gewährleistungs- und Haftungsre-

Staat kraft seiner weitgehend freien Organisationsentscheidung "unter sich bleibt" – ggf. auch unter Beteiligung mehrerer selbständiger Rechtsträger – oder ob er sich entschließt, den Markt einzubeziehen; nur dann findet das Vergaberecht noch Anwendung."

Allerdings finde die damit drohende "Marktabschottung" ihre Grenzen darin, dass die Gemeinden schon aufgrund der sogenannten Subsidiaritätsklausel in den Gemeindeordnungen Aufgaben nur dann selbst wahrnehmen dürfen, sofern diese nicht von der Privatwirtschaft ebenso gut erfüllt werden können. "Es ist damit zu rechnen", prophezeit *Steiff*, "dass diese anerkanntermaßen bieterschützenden Subsidiaritätsklauseln stärker in den Fokus vergaberechtlicher Auseinandersetzungen geraten werden und letztlich über dieses Instrument verhindert werden kann, dass die Möglichkeit zur kommunalen Kooperation zu einer kaum gewollten Marktabschottung führt."

### Kooperativer Charakter

Deutlich weist das Urteil auf die sehr enge und komplexe gegenseitige Verflechtung der Beteiligten hin (Hamburg, vier Landkreise und der Betreiber der Entsorgungsanlage). Um sich mit dessen Sinnfälligkeit auseinanderzusetzen, wäre es sicher interessant, wie eine Leistungsbeschreibung bei einer Ausschreibung hätte aussehen müssen bzw. können. Ins Auge springt jedenfalls der enorm kooperative Charakter der Vereinbarung.

Als Ansporn zu entschlossenem Handeln erlebt die Düsseldorfer Rechtsanwältin *Ute Jasper* das Urteil: "Die neuen Möglichkeiten erst einmal ausprobieren und dann sehen, was herauskommt!" Entscheidend sei, dass keine Beschaffung am Markt stattdessen und der Sinn des Vergaberechts verwirklicht werde: "Warum müssen zum Beispiel die kleinen Kommunen in Ostdeutschland jeweils eigene Reinigungsfahrzeuge vorhalten?" Im Energie- und IT-Bereich gebe es durchaus kommunale Verflechtungen, die bundesweit reichen. Wichtig sei, effiziente Einheiten zu schaffen und nicht dogmatisch vorzugehen.



Interkommunale Kooperation wird sich künftig nicht auf gemeinsame Müllentsorgung beschränken.

Foto: BS/Archiv

2. Alle an der Kooperation beteiligten öffentlichen Stellen müssen mit der Kooperation eine eigene öffentliche Aufgabe erfüllen (Rn. 45).

3. Keine Rolle spielt, in welchem Sektor die Kooperation erfolgt. Insbesondere beschränkt sich die Kooperationsmöglichkeit nicht auf dem von dem EuGH hier entschiedenen Sachverhalt der Abfallentsorgung.

4. Es muss es sich nicht bei allen Beteiligten um die gleiche Aufgabe handeln. Es kann auch ein Beteiligter die Aufgabe haben, andere öffentliche Stellen bei der Aufgabenerfüllung zu unterstützen, während ein anderer Beteiligter an der Kooperation diese Aufgabe selbst wahrnimmt. Entscheidend ist also nicht die Identität der Aufgabe, sondern die Ausrichtung auf eine Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

5. Jeder an der Kooperation Beteiligte muss mit der Kooperation das Ziel verfolgen, auch eigene Aufgaben zu erfüllen. Es genügt nicht, wenn einzi-

geln im Rahmen einer ausgewogenen Risikoverteilung zeigen.

### Subsidiaritätsklauseln

"Das EuGH-Urteil hat über die Frage der Zulässigkeit horizontaler Kooperationsvereinbarungen hinaus bedeutende Auswirkungen für die Zulässigkeit von Inhouse-Vergaben", meint Rechtsanwalt *Jakob Steiff*, CMS Hasche Sigle in Frankfurt. Insbesondere könne das Urteil kaum anders als dahin interpretiert werden, dass sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen für vergaberechtsfreie Inhouse-Geschäfte deutlich verschoben haben. "Während früher hierfür aufgrund der sog. "Teckal"-Rechtsprechung des EuGH die Beherrschung des Auftragnehmers durch den öffentlichen Auftraggeber und das weitgehend exklusive Tätigwerden des Auftragnehmers für den Auftraggeber Voraussetzung war, scheint es hierauf nicht mehr anzukommen. Entscheidend ist vielmehr, ob der