

Rechtsanwältin Dr. Alexandra Losch, Hannover [1]

## „Interkommunale Zusammenarbeit – wie weit reicht das Vergaberecht?“

### I. Fragestellung

Ziel einer kommunalen Zusammenarbeit ist es regelmäßig, zur gemeinsamen Erfüllung der kommunalen Aufgaben eine finanziell attraktive und zugleich flexible Lösung zu finden. National wird das Recht der Kommunen, sich um diese „örtlichen“ Angelegenheiten zu kümmern, durch das kommunale Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Grundgesetz (GG) geschützt, das das kommunale Organisations- und Kooperationsrecht mit umfasst. Die aus kommunaler Sicht denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten stehen vergaberechtlichen Vorgaben gegenüber, die aus dem Ge-

meinschaftsrecht resultieren [2]. Nationales und europäisches Recht stehen so in einem Spannungsverhältnis zueinander [3]. Gegenstand dieses Beitrags ist es, im Sinn einer Stärkung des Föderalismus zu prüfen, inwieweit in gemeinschaftsrechtskonformer Weise eine kommunalfreundliche Auslegung der

[1] Kanzlei Knoke, Sallowitz, v. Bismarck, Brauer, v. Bock, Wendenburg (KSB INTAX), Bearbeitungsstand: 19.12.2005, wichtige aktuelle Entscheidungen sind in den Fußnoten noch bis zum 15.5.2006 berücksichtigt.

[2] Vgl. Stemmer/Aschl, VergabeR 2005, 287 ff.; Burgi, NZBau 2005, 208 ff.

[3] Papier, DVBl. 2003, 686 ff.; zur nat. Ebene Schliesky, Nds. VBl. 2005, 113 ff.

vergaberechtlichen Bestimmungen möglich ist.

## II. Rechtliche Grundlagen

Die vergaberechtliche Bewertung der kommunalen Zusammenarbeit hängt entscheidend vom sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts bzw. des deutschen Kartellvergaberechts ab, das die europäischen Vergaberichtlinien in Deutschland umsetzt und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verankert ist. Die europäischen Richtlinien sind geprägt von dem Bestreben, den europäischen Binnenmarkt (weiter) zu öffnen und zu fördern. Das nationale Recht ist zur bestmöglichen Verwirklichung der europäischen Zielsetzungen gemäß dem „effet-Utile“-Grundsatz auszulegen [4].

### 1. Anwendungsbereich des Vergaberechts

Öffentliche Aufträge sind gemäß §99 Abs.1 GWB entgeltliche Verträge zwischen *öffentlichen Auftraggebern* und *Unternehmen*, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. §97 Abs.1 GWB verpflichtet öffentliche Auftraggeber, Waren-, Bau- und Dienstleistungen *im Wettbewerb* zu beschaffen. Bei der rechtlichen Beurteilung interkommunaler Kooperationen entscheidend sind folgende Voraussetzungen:

- a) ein (entgeltlicher) Auftrag
- b) zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen im Wettbewerb.

Kommunen sind ebenso wie ihre Verbände gemäß §98 Nr.1 GWB stets öffentliche Auftraggeber, sodass dieses Tatbestandsmerkmal [5] keine nähere Erläuterung bedarf.

#### Ad a) Vorliegen eines entgeltlichen Auftrags

Ein entgeltlicher Auftrag liegt vor, wenn zwischen zwei verschiedenen Rechtspersonen [6] eine Vereinbarung geschlossen wird, die eine Leistungserbringung mit einem geldwerten Vorteil verknüpft [7]. Das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit ist im weitesten Sinn auszulegen und liegt etwa auch in einem verbilligten Kaufpreis für die Übernahme von

Grundflächen oder in dem Erlass einer Beitragsschuld [8].

Als Auftrag ist jede Beschaffung im weitesten Sinn zu verstehen. Ein zivilrechtlicher Auftrag unterfällt dem Vergaberecht genauso wie ein öffentlich-rechtlicher Auftrag [9]. Für die Anwendbarkeit des Vergaberechts ist auch unerheblich, ob der Auftrag an eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Person erteilt wird. Aufträge eines öffentlichen Auftraggebers an einen anderen öffentlichen Auftraggeber sind gemäß der Rechtsprechung des EuGH (EuGH) nach den allgemeinen vergaberechtlichen Regeln zu beurteilen [10]. Für eine kommunalfreundliche Auslegung des Vergaberechts im Sinn einer generellen Freistellung kommunaler Kooperationen [11] besteht daher kein Raum.

Das deutsche Vergaberecht bietet ebenso wenig wie die europäischen Koordinierungsrichtlinien präzise Kriterien zur Bestimmung des Auftragsbegriffs. Die Frage, wann ein Auftrag im Sinn des Vergaberechts anzunehmen ist, ist auf Grund des gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs des Vergaberechts unter Berücksichtigung des gemeinschaftsrechtlichen Primärrechts zu beantworten [12]. Das europäische Vergaberecht dient insbesondere der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit, die im Fall ausschreibungsfreier Kooperationen tangiert sein könnte [13]. Denn eine kommunale Kooperation steht einer Übertra-

[4] Jaeger, Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht, in: Bödenbender/Kähne, Das neue Energierecht in der Bewährung; vgl. Bleckmann, EuR 1979, 239 ff., 255; ders., NJW 1982, 1177 ff., 1180.

[5] vgl. hierzu Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2003, §98 GWB Rdnr. 4; Ziekow, VergabeR 2003, 483 ff.

[6] Burgi, NZBau 2005, 208 ff., 209.

[7] Art. 1 a) der Baukoordinierungsrichtlinie oder Art. 1 Abs. 2 a) der RL 2004/18 (ABl. EU Nr. L 134 v. 30. 4. 2004, S. 114 ff.), die nicht mehr auf Unternehmen, sondern auf Wirtschaftsteilnehmer abstellt.

[8] Reidt/Stickler/Glahs, §99 GWB Rdnr. 5.

[9] Anders der dt. Gesetzgeber bei Verabschiedung des GWB, BT-Drucks. 13/9349 v. 3. 12. 1997, S. 15; vgl. aber EuGH v. 24. 9. 1998 – Rs. C-76/97 – (Tögel), Slg. 1998, I-5357; EuGH v. 12. 7. 2001 – C-399/98 –, Slg. 2001, I-5409; vgl. Anm. Hausmann/Bultmann, ZfBR 2004, 594 f.; Flömer/Tomerius, NZBau 2004, 660 ff., 662.

[10] Vgl. EuGH v. 7. 12. 2000 – Rs. C-94/99 – (ARGE Gewässerschutz), Slg. 2000, I-11037; EuGH v. 18. 11. 2004 – C-126/03 – (Donauwald), NVwZ 2005, 74 ff.; Koman, ZfBR 2005, 349 ff., 352.

[11] So aber BReg, Stellungnahme zum Grünbuch, S. 3.

[12] Näher Losch, Das „harmonisierte“ EG-Vergaberecht im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und Binnenmarkt, Berlin, 2005, S. 30 und S. 35 f. m. w. N.

[13] Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 106, 113; Losch (Fußn. 12), Vergaberecht, S. 22 ff.

gung der infrage stehenden Dienstleistung auf einen Privaten naturgemäß entgehen.

Zu klären ist daher zunächst der Schutzbzw. Anwendungsbereich der Grundfreiheiten.

Die Dienstleistungsfreiheit erfasst gemäß Art.39 Abs.4 EGV nicht die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung, also Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit [14]. Entsprechendes gilt für die Niederlassungsfreiheit [15]. Die Ausübung staatlicher Hoheitsmacht ist auch dem europäischen Wettbewerbsrecht nicht unterstellt [16].

Der EuGH legt den Anwendungsbereich der vom Markt ausgenommenen Tätigkeiten grundsätzlich restriktiv aus [17]. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es für die Zuordnung einer Tätigkeit zum Bereich der öffentlichen Verwaltung nicht entscheidend, dass die Tätigkeit zwingend nur als hoheitliche Tätigkeit erfolgen kann. Vielmehr ist ausreichend, aber auch erforderlich, dass die jeweilige Tätigkeit in dem jeweiligen Mitgliedsstaat mit der Ausübung von Hoheitsmacht verbunden ist [18]. Der EuGH prüft daher grundsätzlich nicht, ob die entsprechende staatliche Regelung, die eine Tätigkeit dem Staat als hoheitliche zuweist, aus Gemeinschaftssicht erforderlich ist [19]. Um Missbräuche bekämpfen zu können, fordert er allerdings, dass davon nur eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Gewalt betroffen ist und der Anwendungsbereich der Vorschrift sich auf das zu beschränken hat, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmungen den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist [20]. Die jeweilige Tätigkeit muss die Ausübung von Zwangsbefugnissen daher notwendigerweise mit umfassen [21].

Die Ausübung staatlicher Hoheitsmacht wird von den Grundfreiheiten und insbesondere von der Dienstleistungsfreiheit, die ursprünglich Anlass der vergaberechtlichen Regulierung war [22], somit grundsätzlich gar nicht erfasst und ist infolgedessen vom Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Koordination ausgenommen [23]. Das Vergaberecht dient der Verwirklichung des Wettbe-

werbs auf dem Binnenmarkt im Bereich der öffentlichen Aufträge [24]. Dieser Wettbewerb findet jedoch im Bereich der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt nicht statt und wird dadurch auch nicht berührt. Der Anwendungsbereich des Vergaberechts kann nicht weiter reichen als sein Schutzbereich, sodass die Ausübung hoheitlicher Gewalt nicht in den Anwendungsbereich der Vergabekoordinierungsrichtlinien fällt.

Da die nationalen Vorschriften den Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts nicht erweitern, sondern es „nur“ umsetzen [25], ist die Ausübung hoheitlicher Tätigkeit auch von den nationalen Vergabevorschriften ausgenommen. Eine Auftragserteilung an ein Unternehmen im Wettbewerb liegt daher nicht vor im Fall der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit [26]. Unerheblich ist, auf welcher Rechtsgrundlage die Ausübung dieser hoheitlichen Machtbefugnisse erfolgt [27]. Die Regelung der Art und Weise, wie Hoheitsträger, wie insbesondere Kommunen, in den Mitgliedstaaten Hoheitsbefugnisse übertragen können, ist allein Sache des jeweiligen nationalen Gesetzgebers.

Für die kommunale Zusammenarbeit folgt daraus, dass der Anwendungsbereich des Vergaberechts dann nicht eröffnet ist, wenn die Kooperation mit der Ausübung bzw. Übertra-

[14] EuGH v. 15. 3. 1988 – Rs. 147/86 –, Slg. 1988, 1637, Nr. 7; EuGH v. 21. 6. 1974 – Rs. 2/74 – (Reyners), Slg. 1974, 631, Nr. 43; vgl. SA des GA Gulmann v. 14. 7. 1993, Slg. 1994, I-1409, Anm. 17; vgl. Calliess/Ruffert, Art. 39 EGV, Rdnr. 99 ff., die Reichweite des Ausnahmetatbestandes kann hier dahin stehen, da Gegenstand der Betrachtung unmittelbar hoheitliche Befugnisse und Tätigkeiten sind.

[15] Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 14.

[16] EuGH v. 16. 6. 1987 – Rs. 118/85 –, Slg. 1987, 2599, Nr. 7; EuGH v. 18. 3. 1997 – Rs. C-343/95 –, Slg. 1997, S. 1547, Nr. 16; EuGH v. 26. 4. 1994 – Rs. C-272/91 –, Nr. 24 und 33 f.

[17] Calliess/Ruffert, Art. 39 EGV, Rdnr. 99 bzgl. Freizügigkeit; Art. 55 EGV, Rdnr. 3 für die Dienstleistungsfreiheit.

[18] Calliess/Ruffert, Art. 39 EGV, Rdnr. 101.

[19] Vgl. Calliess/Ruffert, Art. 39 EGV, Rdnr. 103.

[20] EuGH v. 15. 3. 1988 – Rs. 147/86 –, Slg. 1988, 1637, Nr. 7; Calliess/Ruffert, Art. 45 EGV, Rdnr. 2.

[21] Calliess/Ruffert, Art. 45 EGV, Rdnr. 6.

[22] Vgl. hierzu Losch (Fußn. 12), Vergaberecht, S. 22 ff., 92 m. w. N.

[23] Ebenso Kersting/Siems, DVBl. 2005, S. 477 ff., 480 f.; Flömer/ Tomerius, NZBau 2004, 660 ff., 664 f.

[24] Vgl. hierzu auch Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 65; EuGH v. 26. 4. 1994 – Rs. C-272/91 – (Lottomatica), Slg. 1994, I-1409, Nr. 33, der EuGH bejahte die Anwendbarkeit, da keine hoheitlichen Tätigkeiten vorlagen.

[25] Vgl. Begründung zu BT-Drucks. 13/9340, abgedruckt bei Reidt/ Stöckler/Glahs, Vergaberecht, § 97 Rdnr. 3.

[26] Vgl. Losch (Fußn. 12), Vergaberecht, S. 347 ff.

[27] Diskutiert wird diese Frage lediglich im Rahmen des Art. 86 EGV und des Tatbestandsmerkmals der „Betrachtung“, näher Losch (Fußn. 12), Vergaberecht, S. 357 ff. m. w. N.

gung hoheitlicher Gewalt verbunden ist. Übernimmt eine Kommune öffentliche Aufgaben des Wohls der örtlichen Gemeinschaft und wird sie auf Grundlage der kommunalen Selbstverwaltung hoheitlich tätig, findet das Vergaberecht dann keine Anwendung, wenn die Kommune diese hoheitliche Aufgabe auf eine andere Kommune überträgt. Denn auch die Zuständigkeitsübertragung erfolgt auf Grund hoheitlicher Gewalt. Die Zuständigkeitsübertragung unterliegt infolgedessen nicht den Regelungen des Binnenmarktes bzw. den Grundfreiheiten und somit auch nicht dem Anwendungsbereich des (europäischen) Vergaberechts [28].

Das OLG Naumburg entschied diese Frage mit Beschluss vom 3.11.2005 – 1 Verg 9/05 – allerdings anders. Es unterwarf erstmals unter ausdrücklicher Berufung auf die im Schrifttum (von Ziekow/Siegel [29]) vertretene Rechtsauffassung auch eine Zuständigkeitsübertragende (=delegierende) Vereinbarung der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht.

Dem Beschluss lag die Übertragung eines Landkreises von Entsorgungsdienstleistungen sowie des Betriebs einer Deponie und Müllumladestation an einen benachbarten Landkreis zugrunde. Hintergrund der Zusammenarbeit war eine geplante Fusion der beiden Landkreise zum 1.1.2007 im Zuge der Verwaltungsgebietsreform in Sachsen-Anhalt. Der übertragende Landkreis übertrug seine Entsorgungsaufgabe gemäß §§ 38, 15 KrW-/AbfG.

Das OLG Naumburg hielt zunächst fest, dass der beauftragte Landkreis außerhalb seiner Zuständigkeit gegen Entgelt und damit als Unternehmen tätig werde. Der Anwendungsbereich des Vergaberechts sei nur dann ausgeschlossen, wenn der kooperierende Verwaltungsträger nicht wie ein Privater am Markt tätig werde. Dies sei der Fall, wenn ein Wettbewerb am Markt auf Grund der rechtlichen Rahmenbedingungen schlichtweg ausgeschlossen sei, also nur bei ausschließlichen öffentlichen Aufgaben im Sinn eines Verwaltungsmonopols, wenn ein privater Unternehmer nicht tätig werden könne [30].

Auch in der Literatur, insbesondere von Ziekow/Siegel, die vom OLG Naumburg zitiert werden, wird der Anwendungsbereich des Vergaberechts teilweise weiter ausgelegt. Es soll danach differenziert werden, ob eine zwingend vorgesehene, eine normativ erwünschte oder eine gesetzlich mögliche (fakultative) Kooperation vorliegt. Nur die Bereiche, die ausschließlich dem Staat vorbehalten sind, sollen vom Vergaberecht ausgenommen sein [31]. Als Hauptargument wird angeführt, dass der Wettbewerb nur dann nicht tangiert werden, wenn Private von vorneherein nicht tätig werden können. Zur Bestätigung wird verwiesen auf eine Entscheidung des OLG Koblenz vom 20.12.2001 – 1 Verg 4 – [32].

Eine Kooperation war in diesem Sachverhalt jedoch keineswegs die gesetzlich einzig mögliche Gestaltung der Aufgabenerfüllung [33]. Die Kooperation erfolgte auf Grundlage des § 8 Abs.3 Satz 1 PBefG, nach dem entsprechende Kooperationen lediglich ausdrücklich erwünscht wurden. Die Entscheidung bestätigt die restriktive Auslegung daher nicht.

Diese Rechtsauffassung berücksichtigt die Reichweite der Grundfreiheiten und des Vergaberechts, das deren Umsetzung dient, unzureichend. Entscheidend ist zunächst der erfasste Anwendungsbereich, der im Wege der Rechtsfortentwicklung nur vom europäischen Gesetzgeber und in Grenzen auch vom EuGH erweitert werden kann. Deutlich wird dies etwa am Beispiel der Dienstleistungskonzession. Auch die Übertragung einer Konzession kann den Wettbewerb beeinträchtigen. Dennoch ist sie dem Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht unterworfen, sondern direkt am primären Gemeinschaftsrecht zu messen [34]. Das Argument, der Wettbewerb würde auch durch die Verlei-

[28] Die Zuständigkeitsübertragung bildet jedoch keine Erweiterung der Regelungen zur In-House-Vergabe, wie dies fälschlich von Ziekow/Siegel, *VergabeR* 2005, 145 ff., 155, angenommen wird.

[29] Ziekow/Siegel, *VerwA* 2005, 119 ff.; dies., *VergabeR* 2005, 145 ff., 149 f.

[30] OLG Naumburg v. 3.11.2005, 1 Verg 9/05, Punkt III., 1., b), aa); OLG Naumburg v. 2.3.2006, 1 Verg 1/06, *VergabeR* 2006, S.406 ff.

[31] Ziekow/Siegel, *VerwA* 2005, 119 ff., 132 f.

[32] *ZfBR* 2002, 291 ff. und *VergabeR* 2002, 148 ff.

[33] So auch Müller, *Anm.*, *VergabeR* 2002, 150.

[34] Ausdrücklich EuGH v. 21.7.2005 – Rs. C-231/03 – (Coname), Nr.16; EuGH v. 13.10.2005 – C-458/03 –, Nr.41 ff.

hung einer Dienstleistungskonzession tangiert, führt nicht dazu, den Anwendungsbereich des Vergaberechts auch darauf zu erstrecken.

Entsprechendes gilt für die Übertragung hoheitlicher Befugnisse, die vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht erfasst sind. Die Allzuständigkeit der Kommunen, die durch das Selbstverwaltungsrecht geschützt ist, dient der Erhaltung der örtlichen Gemeinschaft und ist als schützenswertes und erforderliches Recht auch auf gemeinschaftsrechtliche Ebene anerkannt [35]. Werden auf Grundlage der kommunalen Selbstverwaltung Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft hoheitlich wahrgenommen, liegt stets die Ausübung staatlicher Hoheitsmacht vor. Die *Übertragung der Zuständigkeit* einer kommunalen Aufgabe stellt gleichfalls die Ausübung staatlicher Hoheitsmacht dar und unterliegt somit nicht dem europäischen Vergaberecht. Ausgehend davon, dass die Übertragung hoheitlicher Gewalt vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und damit auch von dem des Vergaberechts ausgenommen sind, ist jede Übertragung hoheitlicher Gewalt vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen und nicht auf Verwaltungsmonopole beschränkt [36].

Dem Vergaberecht unterliegt daher keine Leistung, die auf Grund einer Zuständigkeitsübertragung erbracht werden soll. Eine Zuständigkeitsübertragung liegt vor, wenn eine Kommune eine Aufgabe ohne Einbehalt der eigenen Zuständigkeit einem anderen öffentlich-rechtlichen Hoheitsträger etwa im Wege einer Zweckvereinbarung überträgt. Die übertragende Kommune ist danach verwaltungsrechtlich nicht mehr zuständig. Die Rechtsgrundlage hierfür bildet das Landesrecht, etwa das Niedersächsische Kommunalzweckverbandsgesetz oder das Zweckverbandsgesetz Nordrhein-Westfalen [37]. Die Abgrenzung der Aufgabenübernahme infolge eines Zuständigkeitswechsels von der Übertragung der Aufgabendurchführung lässt sich anhand des nordrhein-westfälischen Rechts verdeutlichen. Unterschieden wird dort zwischen einer delegierenden und einer mandatierenden Vereinbarung [38]. Eine delegierende Vereinbarung bedeutet eine Zuständigkeitsübertragung [39]. Mandatierend ist eine Vereinba-

rung, wenn der vergebenden Kommune die Zuständigkeit einer Aufgabe verbleibt und die übernehmende Kommune die Aufgabenerfüllung übernimmt [40].

Die Rechtsgrundlage, auf Grund der die Zuständigkeitsübertragung erfolgt, ist irrelevant, gleichfalls, ob die Kooperation gesetzlich vorgegeben ist oder freiwillig erfolgt. Denn auch bei einer freiwilligen Kooperation liegt die Übertragung der Zuständigkeit und damit die Ausübung staatlicher Hoheitsmacht vor. Auch Kontrollmöglichkeiten der übertragenden Kommune schließen eine Zuständigkeitsübertragung nicht ohne weiteres aus. Die Zuständigkeit muss jedoch uneingeschränkt und frei von Zustimmungsrechten übertragen werden. Ebenso wie eine Kommune auf Grund der kommunalen Selbstverwaltung eigenverantwortlich die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft erfüllt, muss auch die Übertragung der Zuständigkeit in einer Weise erfolgen, dass die Zuständigkeit ohne Mitwirkungs- und Zustimmungsbefugnisse der übertragenden Kommune übergeht [41]. Auch eine zeitlich befristete Übertragung hindert eine vergaberechtsfreie Übertragung nicht.

Bestätigt wird diese Rechtsauffassung durch das Verfahren „Hinte“. Die Gemeinde Hinte hatte die Aufgabe der Wasserentsorgung auf den Wasserverband OOWV übertragen. Darüber hinaus hatte die Gemeinde einen Vertrag mit dem OOWV abgeschlossen. Hiergegen wandte sich die EU-Kommission und leitete zunächst ein Klageverfahren ein [42]. Dieses Verfahren wurde eingestellt, nachdem die vertragliche Vereinbarung mit dem Wasserverband aufgehoben wurde und klargestellt wurde, dass die Zuständigkeit der Ab-

[35] Vgl. hierzu Calliess/Ruffert, Art. 263 EGV, Rdnr. 38 ff. und Art. 5 EGV, Rdnr. 73; in Art. 5 Abs. 1 der Eur. Verfassung wird dieses Rechts künftig auch ausdrücklich normiert.

[36] Vgl. aber Ziekow/Siegel, VergabeR 2005, 145 ff., 149 f.

[37] Vgl. hierzu Burgi, NZBau 2005, 208 ff.

[38] Beckmann/Gesterkamp, AbfallR 2003, 279 ff.; Flömer/Tomerius, NZBau 2004, 660 ff., 663; Kersting/Siems, DVBl. 2005, 477 ff.; vgl. hierzu Ziekow/Siegel, VergabeR 2005, 145 ff., 148.

[39] Beckmann/Gesterkamp, AbfallR 2003, 279 ff., 280; Kersting/Siems, DVBl. 2005, 477 ff., 479; vgl. auch Flömer/Tomerius, NZBau 2004, 660 ff., 665 f.

[40] Beckmann/Gesterkamp, AbfallR 2003, 279 ff.

[41] Dies war in dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall nicht gegeben, vgl. Beschluss v. 7.9.2004 – 11 Verg 11+12/04 –.

[42] Vgl. die mit Gründen versehene Stellungnahme v. 30.3.2004, 2000/4433 (2004) 1202.

wasserentsorgung infolge des Beitritts der Gemeinde auf den Wasserverband übertragen wurde [43].

Entscheidend ist somit im Ergebnis für die vergaberechtliche Beurteilung einer kommunalen Zusammenarbeit, ob eine Zuständigkeitsübertragung oder lediglich eine Aufgabenübertragung vorliegt. Vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ist nur Letzteres erfasst.

#### *Ad b) Auftragserteilung an Unternehmen im Wettbewerb*

Dem Vergaberecht unterliegen Aufträge an Unternehmen [44]. Unter dem Begriff wird „jede natürliche oder juristische Person oder sonstige Einheit“ verstanden, die selbstständig am Rechtsverkehr teilnehmen kann [45]. Der EuGH versteht unter einem Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit mit organisatorischer Selbstständigkeit [46] unabhängig von Rechtsform oder Art der Finanzierung. Gemäß Art. 86 EGV gilt das europäische Wettbewerbsrecht auch für öffentliche Unternehmen und etwaige Leistungen an sie [47]. Auch kommunale Einheiten können als Unternehmen tätig werden. In gleicher Weise gilt auch das Vergaberecht im Fall der Auftragserteilung an einen öffentlichen Auftraggeber, der sich unternehmerisch betätigt [48]. Der EuGH hat in der Entscheidung vom 13.1.2005 zur Rs. C-84/03 (Spanien) daher zutreffend festgestellt, dass es gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, wenn ein Mitgliedstaat sämtliche Auftragsvergaben an kommunale/staatliche Einheiten von vorneherein aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts heraus nimmt und insoweit keine Umsetzungsvorschriften erlässt [49].

Eine Kommune wird nach den Entscheidungen des OLG Düsseldorf, des OLG Frankfurt/Main und des OLG Naumburg bereits dann als wettbewerblich handelndes Unternehmen eingestuft, wenn sie *außerhalb ihres Hoheitsgebietes* tätig wird [50]. Die Gerichte stellten wesentlich darauf ab, dass es um Leistungen ging, die den durch das öffentliche Recht zugewiesenen Hoheitsbereich verlassen hatten und in gleicher Weise durch ein gewerbliches Unternehmen erbracht werden konnten [51]. Letzteres wird auch in der Literatur vertreten.

Entscheidend soll sein, ob sich der jeweilige Kooperationspartner auf einem Markt bewegt, auf dem gewerblich tätige Unternehmer ihre Leistung erbringen [52].

Anhaltspunkte für die Auslegung dieser Tatbestandsvoraussetzung „Unternehmen im Wettbewerb“ finden sich im europäischen Beihilferecht. Zielsetzung des europäischen Wettbewerbs- und Beihilferechts ist insbesondere der Schutz des Wettbewerbs vor staatlichen Eingriffen [53]. Schutzgut des Wettbewerbs- und Beihilferechts ist der Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt. Die Interessenlage ist somit mit dem des Vergaberechts daher identisch.

Wirtschaftliche Betätigung wird im Beihilferecht definiert als Tätigkeit, die auf den Austausch von Leistungen oder Gütern *am Markt* gerichtet ist [54]. Sie setzt ein *im allgemeinen Wettbewerb* tätiges Unternehmen voraus. Davon abzugrenzen ist die Vergabe an Einheiten, die dem Wettbewerb nicht zuzuordnen sind oder das nicht dem *allgemeinen* Markt zugängliche Leistungsangebot einer Kommune [55]. Somit ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen und wertend zu ermitteln, ob sich ein kommunales Handeln auf den allgemeinen Markt erstreckt. Erfolgt die Tätigkeit einer Kommune mit dem Ziel der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe – wird etwa grundsätzlich kein Auftrag außerhalb des Hoheitsgebietes übernommen und bleibt der Tätigkeitsbereich örtlich und gegenständlich eng auf den Hauptzweck der eigenen Aufgabenerfüllung beschränkt –, spricht viel dafür, das

[43] Vgl. Presseinformation des OÖVV v. 22.7.2005.

[44] Künftig: „Wirtschaftsteilnehmer“ (engl. „economic operators“ ggü. der früheren Bezeichnung contractor), was in der Sache jedoch zu keiner Änderung führt, vgl. Art.1 Definitionen Abs.2 lit.a) der RL 2004/18/EG v. 31.3.2004, ABl. Nr.L 134/114 v. 30.4.2004.

[45] Reidt/Stickler/Glahs, Kommentar zum GWB, 2.Aufl., §99 GWB Rdnr.5a.

[46] Calliess/Ruffert, Art.86 EGV, Rdnr.11.

[47] Calliess/Ruffert, Art.86 EGV, Rdnr.3 und 34.

[48] Hausmann/Bultmann, ZfBR 2004, 594 ff., 595 unter Hinweis auf die Teckal-Entscheidung des EuGH.

[49] So Bultmann/Hausmann, ZfBR 2004, 594 ff., 595; EuGH v. 13.1.2005 – Rs. C-84/03 – (Spanien).

[50] OLG Düsseldorf v. 5.5.2004 – Verg 78/03 –; OLG Frankfurt v. 7.9.2004 – 11 Verg 11+12/04 –.

[51] Ausführlich Flömer/Tomerius, NZBau 2004, 660 ff., 662.

[52] Ziekow/Siegel, VerwA 2005, 133 f. mit Hinweis auf OLG Koblenz v. 20.12.2001 – 1 Verg 4/01 –.

[53] Calliess/Ruffert, Art.81 EGV, Rdnr.14.

[54] Calliess/Ruffert, Art.81 EGV, Rdnr.35; Steiff, NZBau 2005, 205 ff., 206.

[55] Steiff, NZBau 2005, 205 ff., 206.

es sich nicht um ein im Wettbewerb tätiges Unternehmen handelt.

Allerdings darf die Geschäftstätigkeit außerhalb des Hoheitsgebietes keinen mehr als unwesentlichen Anteil ausmachen, da andernfalls ein gewerbliches Handeln vorläge. Sind die übernommenen Tätigkeiten im Verhältnis zum Hauptgeschäft bei wertender Gesamtbetrachtung unwesentliche, nicht wettbewerbsrelevante Füllgeschäfte ohne Wettbewerbsrelevanz, wird die Kommune nicht auf dem allgemeinen Markt tätig. Die Kommune tritt durch die Übernahme solcher Füllgeschäfte nicht stets in Wettbewerb zur privaten Wirtschaft, da sie die Übernahme der Geschäfte nicht auf dem *allgemeinen* Markt anbietet. Die Grenze zu einer wettbewerbsrelevanten Handlung ist stets dann überschritten, wenn eine Kommune oder ein kommunales Unternehmen sich an einer europaweiten Ausschreibung beteiligt. Die Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Vorschriften indiziert unwiderlegbar eine Berührung des Binnenmarkts und die Wettbewerbsrelevanz.

Allein entscheidend kann somit im Ergebnis nicht sein, ob die jeweilige Leistung ganz oder teilweise in gleicher Weise durch ein privates Unternehmen durchgeführt werden kann [56]. Maßgeblich für die Beurteilung des wettbewerbsrechtlichen Charakters kommunaler Betätigung ist deren marktbezogenes Handeln.

## 2. Zur ausschreibungsfreien In-House-Vergabe

Ist eine interkommunale Kooperation vom Anwendungsbereich des §99 GWB erfasst, kann eine ausschreibungsfreie Vergabe dennoch auf Grund des Vorliegens der Voraussetzungen der sog. „In-House-Vergabe“ zulässig sein.

Ein Auftrag an ein anderes Unternehmen liegt nicht vor, wenn die Beschaffung verwaltungsintern erfolgt. Es liegt dann ein staatliches Eigengeschäft vor, die echte „In-House-Vergabe“. Dieser Begriff wird jedoch i. d. R. weiter gefasst. Entsprechend der „Teckal“-Entscheidung des EuGH [57] wird darunter auch der Fall verstanden, dass ein Auftrag an eine vom Auftraggeber verschiedene Rechtsperson

erteilt wird, die faktisch dem Auftraggeber zuzuordnen ist. Die Aufgabe verlässt dann den Rechtskreis der vergebenden Stelle nicht und kann daher den Wettbewerb nicht beeinträchtigen [58]. Der EuGH stuft die Beauftragung eines Unternehmens dann als „Quasi-Eigengeschäft“ [59] ein, wenn

- die Beteiligten gesellschaftsrechtlich derart miteinander verknüpft sind, dass die vergebende Stelle die zu beauftragende Stelle „wie eine Dienststelle,“ beherrscht und
- die wirtschaftliche Betätigung der zu beauftragenden kommunalen Einheit sich „im Wesentlichen,“ [60] auf die Tätigkeit für die Gesellschafter beschränkt [61].

### 2.1. Zur Beherrschung wie über eine Dienststelle

Eine Beherrschung wird grundsätzlich angenommen, wenn die vergebende Stelle die Einrichtung in der Weise beeinflussen kann, dass Letztere keinen eigenständigen Willen entfaltet. Fraglich ist, ob die In-House-Vergabe nach gleichen Grundsätzen zu behandeln ist, wenn nicht eine Kommune, sondern verschiedene öffentliche Stellen (öff. Auftraggeber) zusammen ein Unternehmen beauftragen. Die strikte Anwendbarkeit der förmlichen Voraussetzungen ließe bei einer mehrheitlichen Beteiligung eine In-House-Vergabe kaum zu. Denn ein Beherrschungsverhältnis im strengen Sinn ist dann kaum zu bejahen.

Allerdings entwickelte der EuGH seine Grundsätze einer ausschreibungsfreien In-House-Vergabe anhand einer Konstellation, in der eine Kommune nur einen geringen Anteil an einer kommunalen Unternehmung innehatte und bestätigte diese Rechtsprechung in ähnlichen Konstellationen [62]. Die betei-

[56] So aber Ziekow/Siegel, VerwA 2005, 133; Bultmann/Hausmann, ZfBR 2004, 594 ff., 596.

[57] EuGH v. 18.11.1999, Slg. 1999, I-8121.

[58] Reidt/Stickler/Glahs, §99 GWB Rdnr. 5b.

[59] Koman, ZfBR 2005, 349 ff., 352.

[60] Zum Wesentlichkeitsmerkmal vgl. Jaeger (Fußn. 4), S. 464 f.

[61] EuGH v. 18.11.1999 – Rs. C-107/99 – (Teckal), Slg. 1999, I-8121, Nr. 50 f.

[62] EuGH v. 18.11.1999 – Rs. C-107/98 – (Teckal), Slg. 1999, I-08121, Nr. 60; EuGH v. 7.12.2000 – Rs. C-94/99 – (ARGE), Slg. 2000, I-11037, Nr. 40; EuGH v. 21.7.2005 – C-231/03 (Coname), vgl. Sachverhalt laut Schlussantrag der GA Stix-Hackl v. 12.4.2005 – Rs. C-231/03 –, Anm. 8, der Anteil betrug 0,97%.

lichte Kommune in der Teckal-Entscheidung besaß als eine von 40 Kommunen nur einen Gesellschaftsanteil von 0,9% [63]. Obgleich eine Beherrschung wie eine eigene Dienststelle angesichts dieser Beteiligung ausgeschlossen erscheint, stellte der EuGH die Anwendbarkeit der In-House-Grundsätze fest. Andererseits entschied er, dass jede noch so geringe *privatrechtliche* Beteiligung zur Unanwendbarkeit der In-House-Grundsätze führt [64]. Die Erfüllung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben sei dann nicht gewährleistet [65].

Die Auswertung der Rechtsprechung des EuGH deutet somit im Ergebnis auf eine „großzügige“ Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen im Fall einer ausschließlich öffentlich-rechtlichen Beteiligung hin [66]. Wichtig und entscheidend ist die einheitliche Ausrichtung der Gesellschafter an dem öffentlichen Interesse. Diese Rechtsprechung ist auch in sich konsequent und schlüssig. Die Erfüllung der den einzelnen Kommunen obliegenden öffentlichen Aufgaben ist bei einer interkommunalen Kooperation und entsprechenden Vereinbarungen uneingeschränkt gewährleistet. Kommunen unterliegen staatlichen Bindungen und haben öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Durch die ausschließlich öffentlich-rechtliche Interessenverfolgung ist die Aufgabenerfüllung uneingeschränkt gewährleistet, mithin also die Durchsetzung der öffentlichen Interessen in gleicher Weise wie durch eine Aufgabenerfüllung durch eine eigene Dienststelle sicher gestellt.

Vertreten wird jedoch noch weiter gehend, dass nicht nur eine kommunalfreundliche Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Beherrschung wie eine Dienststelle“, sondern noch weiter gehend eine uneingeschränkte Freistellung kommunaler Kooperationen vom Vergaberecht erfolgen müsse. Entscheidend solle die Abgrenzung „Gesellschafts-Staat“ sein. Es sei darauf abzustellen, ob die Auftragserteilung sich auf der Ebene des Staates bewege [67]. Sofern dies der Fall sei, könne ohne Durchführung einer Ausschreibung ein Auftrag vergeben werden.

Mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar wäre es jedoch, neben der vom EuGH entwi-

ckelten Ausnahme der In-House-Vergabe einen weiteren Ausnahmetatbestand zu schaffen, der jede kommunale Kooperation vom Vergaberecht freistellt [68], was der EuGH in der Spanien-Entscheidung klargestellt hat [69]. Die Befugnis einer solchen Rechtsfortbildung steht lediglich dem europäischen Normgeber und dem EuGH [70] zu. Tritt eine mit einer Aufgabenerfüllung beauftragte Kommune als Wirtschaftsteilnehmerin auf und liegt keine In-House-Vergabe vor, handelt es sich um einen ausschreibungspflichtigen Vorgang [71].

## 2.2. Zur Tätigkeit für den/die Gesellschafter

Bei der Auslegung des Begriffs der „wesentlichen“ Tätigkeit für die Gesellschafter wird teilweise auf die in Art. 13 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG/Art. 23 der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG enthaltene 80%-Quote zurückgegriffen [72]. Da eine solche Bezugnahme in den Regelungen ebenso wie ein Gleichklang der Begrifflichkeiten fehlt und es sich bei der Regelung um eine Ausnahmvorschrift handelt, die grundsätzlich eng auszulegen ist [73], ist davon auszugehen, dass die kritische Schwelle bereits bei einem mehr als nur geringfügigen Drittumsatz, etwa ab 10%, beginnt. Anderenfalls läge kaum ein Auftreten außerhalb des allgemeinen Marktes vor. Insofern kommt es aber stets auf die Betrachtung der Gesamtumstände im Einzelfall an.

[63] SA des GA Cosmas v. 1.7.1999 – Rs. C-107/99 –, Anm. 16.

[64] So bereits Dreher, NZBau 2004, 14 ff.; Burgi, NVwZ 2001, 601 ff., 606; nunmehr EuGH v. 11.1.2005 – Rs. C-26/04 – (Halle), Nr. 49 ff.; vgl. Anm. Krohn, NZBau 2005, 92 ff., 94; EuGH v. 21.7.2005 – Rs. C-231/03 – (Coname).

[65] EuGH v. 11.1.2005 – Rs. C-26/03 –, Nr. 50.

[66] Vgl. etwa auch SA der GA Kokott v. 1.3.2005 – Rs. C-458/03 –, Anm. 67 ff.

[67] Burgi, NZBau 2005, 208 ff., 209.

[68] Ebenso Steiff, NZBau 2005, 205 ff., 206; anders Burgi, NZBau 2001, 208 ff., 209; vgl. nun aber die klare Entscheidung des EuGH v. 13.1.2005 – Rs. C-84/03 – (Spanien).

[69] EuGH v. 13.1.2005 –Rs. C-84/03 – (Spanien).

[70] Zur Normsetzungskompetenz des EuGH vgl. Losch (Fußn. 12), Vergaberecht, S. 12 m. w. N.

[71] EuGH v. 18.11.2004 – C-126/03 – (Donauwald), NVwZ 2005, 74 ff.

[72] So auch Jaeger (Fußn. 4), S. 455 ff., 464 f.; Koman, ZfBR 2005, 349 ff., 353; Krohn, NZBau 2005, 92 ff., 95; nunmehr bestätigt durch EuGH vom 11.5.2006, Rs. C-340/04, ZfBR 2006, S. 496 ff.

[73] Vgl. EuGH v. 28.3.1995 – Rs. C-324/93 – (Evans Medical), Slg. 1995, I-563, Nr. 48: „Insofern ist darauf hinzuweisen, dass (...) Art. 6 der Richtlinie, der Ausnahmen von den Vorschriften zulässt, die die Wirksamkeit der durch den Vertrag im Bereich der öffentlichen Lieferaufträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen ist.“; siehe auch Losch (Fußn. 12), Vergaberecht, S. 37 sowie Fußn. 173.

### 3. Zwischenergebnis

Eine interkommunale Zusammenarbeit unterliegt allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen. Erfolgt eine Zuständigkeitsübertragung, besteht keine Ausschreibungspflicht. Liegt diese Situation nicht vor, ist zu prüfen, ob die zu beauftragende kommunale Einrichtung ihre Leistungen am allgemeinen Markt anbietet und es sich um einen Auftrag „im Wettbewerb“ handelt.

Auch eine Inhouse-Vergabe ist nach allgemeinen Grundsätzen zu prüfen. Die erforderliche Beherrschung wie über eine Dienststelle liegt jedoch bereits dann vor, wenn die Erfüllung des öffentlichen Zwecks gesichert ist. Die beauftragte Kommune muss aber überwiegend, d.h. nahezu ausschließlich für die Gesellschafter-/Mitgliedskommunen tätig werden.

### 4. Ausnahmetatbestände

Das GWB normiert in § 100 Abs. 2 Ausnahmetatbestände. Die Ausnahmetatbestände sind abschließend normiert und restriktiv anzuwenden. Im Fall der ausschließlichen Beteiligung öffentlichrechtlicher Rechtspersonen wird insbesondere der bereits erwähnte Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 lit. g GWB zu prüfen sein. Danach unterliegt eine Auftragserteilung nicht dem Vergaberecht, wenn auf Grund eines ausschließlichen Rechts auf gesetzlicher Grundlage ein Auftrag erteilt werden soll [74]. Das ausschließliche Recht muss unmittelbar durch eine Rechtsvorschrift (Gesetz oder Verordnung) zugewiesen sein [75]. Diese Regelung ermöglicht staatlichen Stellen/Kommunen eine vergaberechtsfreie Organisation ihrer Organisationsabläufe auf gesetzlicher Grundlage [76]. Im Übrigen gilt das europäische Vergaberecht uneingeschränkt [77].

Der Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 g) GWB wird im Fall interkommunaler Kooperationen kaum erfüllt sein. Interkommunale Kooperationen beruhen i.d.R. auf Kooperationsvereinbarungen und nicht auf Ausschließlichkeitsrechten [78].

### 5. Einflüsse des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung

Als Letztes bleibt zu klären, ob in der Ausschreibungspflicht ein Verstoß gegen das

Recht auf Selbstverwaltung liegt, etwa in Gestalt eines unzulässigen Eingriffs in die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten [79]. Vertreten wird, dass die kommunale Organisationshoheit und die damit verbundene Kooperationsfreiheit als Bestandteile des kommunalen Selbstverwaltungsrechts [80] vor vergaberechtlichen Anforderungen geschützt [81].

Das Recht der kommunalen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 GG vermittelt den Kommunen im Verhältnis zum Bundesgesetzgeber die grundsätzliche Allzuständigkeit für Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft [82]. Diese Kompetenz-Kompetenz wird durch die Ausschreibungspflicht nicht berührt. Selbst wenn unterstellt wird, dass der Grundsatz der Allzuständigkeit ggf. als Bestandteil des Subsidiaritätsprinzips auch gegenüber dem europäischen Gesetzgeber gälte [83], ergäbe sich kein anderes Ergebnis. Denn die Ausschreibungspflicht regelt lediglich die Art der Aufgabenerfüllung im Fall der Aufgabenübertragung auf Dritte. Die Zuständigkeit bleibt unberührt. Sie kann zudem, wie dargestellt, ohne vergaberechtliche Beschränkungen auf andere Kommunen / Verbände übertragen werden.

Ein unzulässiger Eingriff in die Kooperationsfreiheit ist gleichfalls abzulehnen. Das Recht der kommunalen Selbstorganisation und damit auch die Kooperationsfreiheit unterliegt nicht dem Prinzip der Allzuständigkeit oder Eigenorganisation. Die Organisationshoheit ist als Element der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nur einschränkt gewährleistet und wird nur nach Maßgabe des Ge-

[74] Jaeger (Fußn. 4), S. 459f.

[75] Jaeger (Fußn. 4), S. 459f.

[76] Anders Burgi, NZBau 2005, 208 ff., 209.

[77] Bultmann/Hausmann, ZfBR 2004, 594 ff., 595; anders Burgi, NZBau 2005, 208 ff., 211.; vgl. auch Punkt 9 ff. des Grünbuchs zu öffentlich-privaten Partnerschaften v. 30. 4. 2004, KOM(2004), 327 endg.

[78] Vgl. Nds. Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (NKomZG v. 19. 2. 2004, GVBl., 63); Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit in Nordrhein-Westfalen (GkG NW) v. 26. 4. 1961, GV NW, S. 190, zuletzt geändert durch Art. 4, GV NW v. 29. 5. 2002, S. 160, 163.

[79] So etwa Burgi, NZBau 2001, 208 ff., 210.

[80] Vgl. Burgi, NVwZ 2001, 601 ff., 604; Ziekow/Siegel, VerwA 2005, 135 ff.; Steiff, NZBau 2005, 205 ff., 206; Flömer/Tomerius, NZBau 2004, 660 ff., 666.

[81] Burgi, NVwZ 2001, 601 ff., 604.

[82] Papier, DVBl. 2003, 686 ff., 688; Ziekow/Siegel, VerwA 2005, 135.

[83] Insoweit krit. Papier, DVBl. 2003, 686 ff., 692.

setzes gewährt [84]. Das Gemeinschaftsrecht ist Bestandteil des bestehenden gesetzlichen Rahmens, innerhalb dessen die kommunale Organisationshoheit gewährleistet ist [85]. Die Kommunen haben das Vergaberecht zu beachten, da sie Teil der öffentlichen Verwaltung sind [86]. Durch die Ausschreibungspflicht wird daher nicht in unzulässiger Weise darin eingegriffen.

Ein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung ist erst dann anzunehmen, wenn Rechtsakte der EG/EU so tief und umfassend in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung eingreifen, dass den Kommunen in diesem Bereich kein eigenverantwortlich wahrnehmbarer Gestaltungsspielraum für die Organisation des örtlichen Zusammenlebens der Gemeindebürger verbleibt, „wenn also eine Art europäischer Entmündigung der Gemeinden stattfinden würde“ [87]. Dies ist infolge der Ausschreibungspflicht jedoch nicht anzunehmen. Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft werden ihnen durch das Vergaberecht weder entzogen noch die Aufgabenerfüllung unmöglich gemacht [88].

Mit der kommunalen Selbstverwaltung nicht vereinbar wäre es jedoch, eine Zuständigkeitsübertragung nur dann von der Anwendbarkeit des Vergaberechts auszunehmen, wenn die kommunale Zusammenarbeit die gesetzlich einzig erlaubte Möglichkeit der Aufgabenerfüllung ist [89]. Denn wie dargestellt ist die Übertragung von Hoheitsbefugnissen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen. Die Aufstellung weiter gehender Anforderungen ist durch das Gemeinschaftsrecht nicht geboten, findet auch im nationalen Recht keine Grundlage und stellt infolgedessen eine unzulässige Beschränkung der kommunalen Selbstverwaltung und des darin verankerten Organisations- und Kooperationsrechts dar [90].

### **6. Möglichkeiten interkommunaler Kooperationen außerhalb des Vergaberechts?**

Einen sekundärrechtlich nicht regulierten Bereich gibt es bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Dieser Bereich unterliegt daher nicht dem Vergaberecht. Insoweit gilt lediglich gemeinschaftsrechtliches Primärrecht mit der Vorgaben der transparenten

und diskriminierungsfreien Vergabe der jeweiligen Konzession [91]. Allerdings gelten auch insoweit die Grundsätze zur In-House-Vergabe [92].

Während allgemein unstreitig ist, dass die Vergabe einer Dienstleistungskonzession den Vorgaben des Vergaberechts nicht unterliegt, herrscht über die Art und Weise der gemeinschaftsrechtskonformen Vergabe von Konzessionen große Uneinigkeit, was jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags ist [93].

### **III. Ergebnis**

Kommunale Kooperationen unterliegen dem Vergaberecht. *Vergaberechtsfrei ist jedoch jede Zuständigkeitsübertragung und die Vergabe einer Dienstleistungskonzession*, da in beiden Fällen der Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht eröffnet ist.

Möglich ist im Anwendungsbereich des Vergaberechts eine *kommunalfreundliche Auslegung* der tatbestandlichen Voraussetzungen eines *unternehmerischen Handelns im Wettbewerb und der In-House-Vergabe*:

Eine Kommune wird nicht bereits dann als Unternehmen im Wettbewerb einzuordnen sein, wenn sie außerhalb der eigenen Gemeindegrenzen tätig wird. Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Zu prüfen ist, ob die lediglich „Füllaufträge“ zur optimalen Erfüllung des öffentlichen Zweckes angenommen werden. Eine marktrelevante Wirtschaftstätigkeit liegt jedoch stets vor, wenn eine Kommune sich an anderen öffentlichen Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte beteiligt.

[84] BVerfGE 91, 228 ff., 236 f. = NVwZ 1995, 677 ff.; SächsVerfGH v. 20. 5. 2005 – Vf. 34-VIII-04 –, NVwZ 2005, 1057 ff., 1059; vgl. Ziekow/Siegel, VerwA 2005, 119 ff., 136; Ziekow/Siegel, VergabeR 2005, 145 ff., 150 f.

[85] Zutreffend Flömer/Toerius, NZBau 2004, 660 ff., 666.

[86] EuGH v. 22. 6. 1989 – Rs. C-103/88 –, Slg. 1989, 1839, Nr. 30 ff.

[87] Papier, DVBl. 2003, 686 ff., 692.

[88] So aber wohl Burgi, NVwZ 2001, 601 ff.; ders., NZBau 2001, 208 ff.

[89] So aber Ziekow/Siegel, VerwA 2005, 119 ff.

[90] Vgl. Jarass/Pieroth, GG, 1997, Art. 28, Rdnr. 12.

[91] EuGH v. 7. 12. 2000 – Rs. C-324/98 – (Telaustria), Slg. 2000, I-10745, Nr. 56 ff., 61; EuGH v. 21. 7. 2005 – Rs. C-231/03 – (Coname), Nr. 19, 21.

[92] EuGH v. 21. 7. 2005 – Rs. C-231/03 –, Nr. 26.

[93] Umfassend Burgi, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, veröff. im Tagungsband des 6. Düsseldorfer Vergaberechtstags v. 23. 6. 2005, S. 11 ff.

Eine ausschreibungsfreie In-House-Vergabe liegt vor, solange jeder öffentliche Auftraggeber, der Gesellschafter/Mitglied der leistungserbringenden kommunalen Einheit ist, dieser Einheit gegenüber die Erbringung der von ihm übertragenen Aufgabe uneingeschränkt durchsetzen kann und die leistungserbringende Einheit im Wesentlichen nur für ihre Gesellschafter tätig ist.