

Der Nebel lichtet sich nun

Interkommunale Kooperationen sind sinnvoll, weil sich in ihrem Rahmen Aufgaben wie etwa die Abfallentsorgung wirtschaftlich erfüllen lassen. Wie aber ist es um die vergaberechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Gemeinden bestellt?



Foto: Markus

Gemeinschaftskläranlage: Es kristallisiert sich ein Rahmen heraus, innerhalb dessen interkommunale Kooperationen ohne vorheriges Vergabeverfahren zulässig sind.

Die interkommunale Zusammenarbeit hat sich in den letzten Jahren häufig als wirtschaftlich sehr sinnvoll erwiesen und bietet sich in verschiedenen Bereichen an. Es bestand allerdings stets eine gewisse Unsicherheit, wie diese Kooperationen vergaberechtlich zu beurteilen sind. Verschiedene Fragen waren immer wieder Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen: Darf eine Gemeinde eine andere ohne Vergabeverfahren mit der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben, etwa der Abfallentsorgung, beauftragen? Dürfen Gemeinden zur gemeinsamen Aufgabenerfüllung ohne Weiteres einen Zweckverband gründen? Darf eine Kommune, die Mitglied des Zweckverbandes ist, eine Zweckverbandstochter vergabefrei beauftragen? Darf die Kooperation auch für Dritte – Kommunen und/oder Private – arbeiten?

Die Rechtsprechung zu diesen Fragen war teilweise widersprüchlich, die Rechtslage insgesamt ungeklärt. Zeitweise sah es sogar so aus, als seien interkommunale Kooperationen ohne Wettbewerb grundsätzlich unzulässig. Inzwischen lassen viele Entscheidungen deutscher Gerichte und Urteile auch des Europäischen Gerichtshofs erkennen,

dass das nicht so ist. Es kristallisiert sich ein Rahmen heraus, innerhalb dessen die Gemeinden ohne vorheriges Vergabeverfahren kooperieren dürfen:

I Beauftragung einer anderen Gemeinde und vergabefreie Gründung eines Zweckverbandes: Klar ist inzwischen, dass Kommunen einen Zweckverband gründen dürfen, ohne ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Dagegen darf eine Gemeinde nicht rechtssicher davon ausgehen, dass sie vergabefrei eine andere Gemeinde mit der Wahrnehmung von Aufgaben beauftragen kann. Hier ist die Rechtslage nach wie vor ungeklärt.

So haben das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf und das OLG Frankfurt im Jahr 2004 jeweils angenommen, dass ein Vergabeverfahren erforderlich ist, wenn eine Gemeinde eine andere mit Aufgaben der Abfallentsorgung beauftragt. Im Jahr 2005 schien die Zulässigkeit vergabefreier Kooperationen noch enger zu werden. In seiner sogenannten Spanien-Entscheidung (Urteil vom 13. 1.2005 – AZ Rs. C-84/03) hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) ein spanisches Gesetz für europarechtswidrig erklärt, das jegliche Kooperationsverein-

barungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und anderen öffentlichen Einrichtungen vom Vergaberecht ausnahm.

Aus dieser Entscheidung folgte etwa das OLG Naumburg, dass eine vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit nur dann vorliegen könne, wenn Aufgaben von vornherein nicht von Privaten erfüllt werden könnten. Dem widersprach auf nationaler Ebene insbesondere das OLG Düsseldorf. Es nahm an, dass das Vergaberecht nicht auf jede Form einer Kooperation staatlicher oder kommunaler Stellen anzuwenden sei, statt derer eine Auftragsvergabe auch an ein privates Unternehmen erfolgen könnte. Die Ermächtigung der Kommunen, Zweckverbände zu bilden, gründe sich auf die Hoheit des Staates über seine Organisation und auf das kommunale Selbstverwaltungsrecht. Vergaberecht sei daher nicht anzuwenden, wenn öffentlich-rechtliche Kompetenzen von einem Aufgabenträger auf einen anderen verlagert werden.

I Vergabefreier Auftrag einer Kommune, die Mitglied des Zweckverbandes ist, an die Zweckverbandstochter: Auf der sicheren Seite der interkommunalen Kooperation befinden sich die Gemeinden, wenn sie Aufgaben im Rahmen vergabefreier In-House-Geschäfte vergeben. Die Kriterien dafür hat die Rechtsprechung inzwischen überwiegend festgeklopft. Danach ist kein Vergabeverfahren erforderlich, wenn der Auftrag an eine vom Zweckverband kontrollierte Tochter geht, die zu 100 Prozent im Eigentum der öffentlichen Hand steht.

Nach der Grundsatzentscheidung des EuGH (Urteil vom 18.11.1999 AZ Rs. C-107/98, Teckal) setzt ein vergabefreies In-House-Geschäft voraus, dass die Gebietskörperschaft über die rechtlich von ihr verschiedene juristische Person, mit der sie einen Vertrag schließen möchte, eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Zweitens muss diese Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die

Gebietskörperschaften verrichten, die ihre Anteile innehaben.

Die Tatsache, dass in Zweckverbänden nicht eine Kommune allein ein vom Verband gegründetes Unternehmen beherrscht, steht der Annahme eines vergabefreien In-House-Geschäftes dabei nicht entgegen. Der EuGH geht vielmehr bereits in seiner Teckal-Entscheidung davon aus, dass ein In-House-Geschäft auch in Betracht kommt, wenn mehrere Körperschaften Anteile halten.

Nach dem EuGH-Urteil im Fall Stadt Halle (Urteil vom 1.11.2005 – AZ Rs. C-26/03) ist eine ausreichende Kontrolle allerdings dann ausgeschlossen, wenn ein privates Unternehmen auch nur minderheitlich am Kapital einer Gesellschaft beteiligt ist. Danach steht jede Beteiligung eines privaten Unternehmens der Annahme eines In-House-Geschäftes entgegen.

Damit ein vergabefreies In-House-Geschäft angenommen werden kann, muss die Kontrolle über das beauftragte Unternehmen gesellschaftsrechtlich ausreichend stark ausgestaltet sein. Teilweise haben Kommunen die Zusammenarbeit über Aktiengesellschaften oder Holdings organisiert, die über einen autonomen Aufsichts- beziehungsweise

Verwaltungsrat gesteuert werden. Im Fall Carbotermo (Urteil vom 1. Mai 2006 – AZ Rs. 340/04) stellte der EuGH fest, dass es nicht ausreicht, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeübte Kontrolle im Wesentlichen in dem Umfang besteht, den das Gesellschaftsrecht der Gesellschaftsmehrheit einräumt. Das gilt auch, wenn der öffentliche Auftraggeber das Kapital zu 100 Prozent hält.

Gesetzgeber gefordert

In der Konsequenz heißt das, dass eine Gemeinde über mehr Kontrollbefugnisse verfügen muss, als ihr das Gesellschaftsrecht als Mehrheitsgesellschafterin allgemein zuordnet. Um Zweifel auszuräumen, sollte die erforderliche Leitungsmacht durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrags gesichert werden.

Nach dem Carbotermo-Urteil des EuGH ist nunmehr auch geklärt, dass ein beauftragtes Unternehmen noch im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig ist, wenn es seinen Umsatz in einem Umfang von bis zu zehn Prozent durch Drittgeschäfte macht. Ist zu erwarten, dass diese Marke überschritten wird, kann es empfehlenswert sein, eine

Gesellschaft auszugründen, die allein Drittgeschäfte wahrnimmt.

Insgesamt lichtet sich der Nebel um vergaberechtliche Vorgaben für die interkommunale Kooperation, aber an gewissen Stellen ist die klare Sicht nach wie vor getrübt. Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber plant, Klarheit im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu schaffen. Die Gemeinden könnten dann künftig nicht nur wirtschaftlich sinnvoll, sondern auch rechtssicher agieren. *Dr. Ute Jasper / Dr. Cristina Tinkl*



Die Autoren

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und leitet die Practise Group „Public Sector“, **Dr. Cristina Tinkl** ist bei Heuking Kühn Lüer Wojtek Rechtsanwältin im Dezernat Public Sector mit Arbeitsschwerpunkten im Bereich Privatisierungen und ÖPP-Projekte