

**„Die delegierende Zweckvereinbarung als öffentlicher Auftrag in
der Rechtsprechung des EuGH und unter der Geltung der RL
2014/24/EU“**

**Dissertation zur Erlangung des Grades des Doktors der Fakultät III
Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht der
Universität Siegen, Fachrichtung Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht**

eingereicht von

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht Oskar Maria Geitel, Berlin.

Tag der Disputation: 27.09.2017

Dekan zum Zeitpunkt der Disputation: Univ.-Prof. Dr. Volker Wulf

Erstgutachter: Univ.-Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M.

Zweitgutachter: Univ.-Prof. Dr. Rainer Schröder

Die Dissertation wurde vom Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Siegen,
Fachrichtung Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, als Dissertation angenommen.

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Universität Siegen im Sommersemester 2016 als Dissertation angenommen. Sie befindet sich weitgehend auf dem Stand von Frühjahr 2016.

Vor der Veröffentlichung der Arbeit habe ich diese an den Rechtsstand von Oktober 2017 angepasst. Dies betrifft insbesondere die Aufnahme des Urteils des EuGH in Sachen „Remondis“ vom 21.12.2016 und die Aktualisierung und Ergänzung der verwendeten Literatur.

Mein ausdrücklicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Marc Bungenberg. Nach den ersten „Sondierungen“ zum Thema der Doktorarbeit im Frühjahr 2012 stand er mir stets mit konstruktiven Hilfestellungen zur Seite, wenn die Arbeit noch nicht die erforderliche Stringenz aufwies. Die anregenden und konstruktiven Besprechungen haben den entscheidenden Anteil für das Gelingen dieser Arbeit gebracht.

Weiter bedanken möchte ich mich bei meinem Zweitgutachter, Herrn Prof. Rainer Schröder. Nicht zuletzt mit seinen prägnanten Anmerkungen im Zweitgutachten und dem intensiven Austausch im Rahmen der Disputation hat er den Fokus auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen dieser Arbeit gelegt.

Einen nicht unerheblichen Anteil daran, dass diese Doktorarbeit überhaupt entstehen konnte, trägt mein geschätzter Kollege Herr Dr. Matthias Kühn, welcher, wenn auch er durch Zufall, im Jahr 2009 meinen Erstkontakt zum Vergaberecht hergestellt hat.

Dass die Begeisterung für dieses Rechtsgebiet nie abgerissen hat, haben meine Ausbilder im Bundeskartellamt, Herr Dr. Brauser-Jung, und im Bundeswirtschaftsministerium das Referat I B 6 zu verantworten. Im Rahmen der praktischen Anwendung dieses Rechtsgebietes gebührt mein Dank meinem beruflichen Mentor, Herrn Rechtsanwalt Dr. Michael Wolters, welcher mich gelehrt hat, die reine Dogmatik des Vergaberechts der pragmatischen Rechtsanwendung kritisch gegenüberzustellen und vor allem nie den Spaß an der Arbeit zu verlieren.

Weiter danke ich meinen lieben Eltern für die ständige Unterstützung während des Studiums, des Referendariats und bei der Erstellung dieser Arbeit.

Am Schluss und doch zuvörderst gebührt mein aufrichtiger und herzlichster Dank meiner Frau Nadine, welche mit Geduld und Verständnis den Werdegang dieser Arbeit begleitet hat. Sie und meine Tochter Malia haben viel Zeit ohne mich verbringen müssen, damit diese Arbeit zum Abschluss gebracht werden konnte. Hierfür gebührt Ihnen die höchste Anerkennung. Dieses Buch ist ihnen gewidmet.

Berlin, im Oktober 2017

Oskar Maria Geitel

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	9
2	Die Zweckvereinbarung	12
2.1	Anwendungsfelder und praktische Bedeutung von Zweckvereinbarungen	14
2.2	Gesetzliche Grundlagen der Zweckvereinbarungen	16
2.3	Beteiligte an einer Zweckvereinbarung	17
2.4	Abgrenzung delegierende/mandatierende Zweckvereinbarung	18
2.5	Rechtsnatur der delegierenden Zweckvereinbarung.....	19
2.5.1	Stellung der Zweckvereinbarung im Zuständigkeitsgefüge der BRD	21
2.5.2	Verfassungsrechtliche Bedenken	21
2.5.2.1	Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG – Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip ...	22
2.5.2.2	Art. 28 Abs. 2 GG – Pflicht zur Selbstverwaltung.....	25
2.5.2.3	Stellungnahme	26
2.5.3	Zwischenergebnis	28
2.6	Befristung.....	29
2.7	Mitwirkungsrechte / Rechtssetzungskompetenz.....	30
2.8	Kostenerstattung	31
2.8.1	Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	32
2.8.2	Übertragung der Grundsätze auf die delegierende Zweckvereinbarung	33
2.9	Genehmigungspflicht.....	34
2.10	Ergebnis.....	35
3	Verfassungs,- unions- und völkerrechtlicher Rahmen für die Kooperationshoheit... ..	36
3.1	Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	36
3.2	Schutz der Kooperationshoheit nach Europarecht.....	40
3.2.1	Bedeutung der nationalen Identität.....	41
3.2.2	Reichweite der nationalen Identität.....	44
3.2.3	Stärkung des Subsidiaritätsprinzips.....	45
3.3	Völkerrechtlicher Einfluss der EKC.....	46
3.4	Ergebnis.....	48
4	Vergaberechtliche Grundlagen für die Bewertung von delegierenden Zweckvereinbarungen.....	48
4.1	Wirtschaftliche Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens.....	49
4.2	Zielsetzungen des Vergaberechts	50

4.2.1	Schaffung eines Binnenmarktes	50
4.2.2	Stärkung und Durchsetzung der Grundfreiheiten.....	52
4.2.3	Öffnung der Märkte für Wettbewerb	54
4.2.4	Kontrolle der Marktmacht öffentlicher Auftraggeber.....	55
4.3	Anwendungsbereich des Vergaberechts – der öffentliche Auftrag.....	56
4.3.1	Öffentlicher Auftraggeber	58
4.3.2	Begriff des Erwerbs	58
4.3.3	Ausnahme: hoheitliche Tätigkeit.....	62
4.3.4	Ausnahme: In-House-Geschäft	63
5	Die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit	67
5.1	Die Rechtsprechung des EuGH	69
5.1.1	Königreich Spanien	69
5.1.2	Kommission/Frankreich.....	70
5.1.3	Stadtreinigung Hamburg	73
5.1.4	Lecce	78
5.1.5	Piepenbrock	84
5.1.6	Remondis.....	92
5.1.7	Zwischenergebnis	96
5.2	Ansicht der Kommission	97
5.2.1	Gemeinde Hinte	97
5.2.2	Arbeitsdokument über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern	101
5.2.3	Zwischenergebnis	103
5.3	Nationale Rechtsprechung	104
5.3.1	Vor „Stadtreinigung Hamburg“.....	104
5.3.1.1	OLG Düsseldorf vom 05.05.2004 / OLG Frankfurt a.M. vom 07.09.2004	104
5.3.1.2	OLG Naumburg vom 03.11.2005	105
5.3.1.3	OLG Düsseldorf vom 21.06.2006	108
5.3.2	Nach „Stadtreinigung Hamburg“	110
5.3.2.1	OLG Düsseldorf vom 06.07.2011	110
5.3.2.2	OLG München vom 21.02.2013	112
5.3.2.3	KG vom 16.09.2013	115
5.3.2.4	OLG Koblenz vom 03.12.2014	116
5.3.2.5	Weitere Rechtsprechung.....	121
5.3.3	Zwischenergebnis	123

5.4	Systematik der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts	124
6	Prüfung der Ausschreibungspflicht von Zweckvereinbarungen anhand der Regelungen der RLen	127
6.1	Erwägungsgründe	129
6.2	Anwendungsbereich: Art. 1 Abs. 4 und Abs. 6 RL	130
6.2.1	Art. 1 Abs. 4 RL 2014/24/EU	130
6.2.1.1	Satz 1 HS. 1	130
6.2.1.2	Satz 1 HS. 2	131
6.2.1.3	Satz 2	132
6.2.2	Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU	133
6.2.2.1	Öffentliche Aufgaben	134
6.2.2.1.1	Wortlaut	135
6.2.2.1.2	Systematik der RL	135
6.2.2.1.3	Teleologische Auslegung	136
6.2.2.1.4	Anhaltspunkte in der vergaberechtlichen Rechtsprechung	137
6.2.2.1.5	Ansichten der Literatur	139
6.2.2.1.6	Zwischenergebnis	140
6.2.2.2	Inhalt der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	141
6.2.2.2.1	Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 EGV)	143
6.2.2.2.2	Art. 14 Satz 1 AEUV	144
6.2.2.2.3	Art. 36 GRCh	145
6.2.2.2.4	Protokoll (Nr. 26) über Dienste von allgemeinem Interesse	145
6.2.2.2.5	Rechtsprechungspraxis des EuGH	146
6.2.2.3	Zwischenergebnis und Bedeutung für delegierende Zweckvereinbarungen	148
6.2.3	Vergütung	151
6.2.4	Vollständige Übertragung erforderlich?	152
6.2.5	Fazit	154
6.3	Ausnahmetatbestand öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit - Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU	155
6.3.1	Zusammenarbeit	156
6.3.1.1	Erwägungsgrund 33 Abs. 3	157
6.3.1.2	Bedeutung für delegierende Zweckvereinbarungen	162
6.3.2	Von ihnen zu erbringende Dienstleistungen	164

6.3.2.1	Keine gemeinsame Aufgabe erforderlich.....	164
6.3.2.2	Verpflichtung zur Ausführung der jeweiligen Aufgabe	166
6.3.2.3	Bedeutung für delegierende Zweckvereinbarungen	169
6.3.3	Öffentliche Aufgaben.....	169
6.3.3.1	Erwägungsgrund 33 Abs. 1 RL 2014/24/EU – Erweiterung des Aufgabenkreises?	170
6.3.3.2	Bedeutung für delegierende Zweckvereinbarungen	172
6.3.4	Im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele.....	174
6.3.5	Durchführung ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt.....	175
6.3.5.1	Finanzielle Interessen zulässig?.....	176
6.3.5.2	Bedeutung für delegierende Zweckvereinbarungen	178
6.3.6	Markttätigkeit von weniger als 20 %	179
6.3.7	Keine private Kapitalbeteiligung an den involvierten öffentlichen Auftraggebern	182
6.3.8	Zusammenfassung.....	184
6.4	Geltung außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie.....	185
6.5	Ergebnis.....	188
7	Umsetzung der RL in nationales Recht	189
7.1	§ 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB.....	191
7.2	§ 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB.....	192
7.3	§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB.....	192
7.4	Zusammenfassung.....	193
8	Zusammenfassung in Thesen	194
9	Anhang.....	199
9.1	Relevanter Teil der RL 2014/24/EU.....	199
9.2	Umsetzung der RL im GWB	202

1 Einleitung

Am 17.04.2014, 20 Tage nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU, sind die neuen Vergaberichtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates in Kraft getreten. Es handelt sich hierbei um die Richtlinie 2014/24/EU¹ über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG² und die Richtlinie 2014/25/EU³ des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG⁴. Erstmals existiert zudem mit der Richtlinie 2014/23/EU⁵ eine Regelung über die vergaberechtliche Behandlung von Dienstleistungskonzessionen. Insgesamt handelt sich um das größte Richtlinienpaket im Bereich des Vergaberechts, welches je verabschiedet wurde.

Für die Umsetzung stand den Mitgliedstaaten ein Umsetzungszeitraum bis zum 18.04.2016⁶ zur Verfügung. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17.02.2016⁷, welches ausweislich seines Art. 3 Satz 2 am 18.04.2016 in Kraft getreten ist, ist die Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht erfolgt. Am selben Tage ist die Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO) vom 12.04.2016⁸ in Kraft getreten, welche zusammen mit dem zweiten Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A)⁹ die Richtlinienumsetzung vervollständigt.

Eine der Neuerungen dieser Reform betrifft das Thema dieser Arbeit: die vergaberechtliche Beurteilung der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern. Zu den Anforderungen, ob und wann eine solche Zusammenarbeit vergaberechtsfrei möglich ist, existierte bislang eine überschaubare Anzahl von Entscheidungen des EuGH¹⁰, welche jedoch für die Praxis kaum greifbare Kriterien für die vergaberechtliche Beurteilung der angestrebten Zusammenarbeit boten.

¹ ABI. EU Nr. L 94/65 vom 28.3.2014.

² ABI. EU Nr. L 134/114 vom 30.4.2004.

³ ABI. EU Nr. L 94/243 vom 28.3.2014.

⁴ ABI. EU Nr. L 134/1 vom 30.4.2004.

⁵ ABI. EU Nr. L 94/1 vom 28.3.2014.

⁶ Art. 90 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

⁷ BGBl. I 203.

⁸ BGBl. I 624, geändert durch Art. 8 eIDAS-Durchführungsgesetz vom 18.7.2017 (BGBl. I S. 2745).

⁹ BAnz. vom 19.1.2016, BAnz AT 19.1.2016 B3.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385; Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817; Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747.

Die Anforderungen an eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit finden sich nun erstmals positivrechtlich in den genannten Richtlinien¹¹ wortgleich verankert. Diese Arbeit wird hierbei nur die „klassische“ RL 2014/24/EU untersuchen. Die gefundenen Ergebnisse lassen sich jedoch auf die Bereiche der Sektoren und der Konzessionen übertragen.

Nach der Einschätzung der Europäischen Kommission orientieren sich die Regelungen der neuen Richtlinien an der Rechtsprechung des EuGH und sollen die bestehenden Unsicherheiten in der Rechtsanwendung beenden.¹²

Dieser Anspruch ist durchaus als ambitioniert zu bezeichnen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass gerade der Bereich der Verwaltungsorganisation in den Mitgliedstaaten der EU in unterschiedlicher Art und Weise strukturiert ist und auf abweichenden Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten beruht. So existieren in Deutschland seit dem Jahr 1939 in Gestalt des Reichszweckverbandsgesetzes¹³ gesetzliche Regelungen, welche es Kommunen - und damit öffentlichen Auftraggebern - erlauben, ihre Aufgaben gemeinsam wahrzunehmen. Die in dieser Arbeit behandelte öffentlich-rechtliche Vereinbarung bzw. Zweckvereinbarung¹⁴ steht öffentlichen Einrichtungen als Instrument der Verwaltungszusammenarbeit zur Verfügung, lange bevor sich andeutete, dass solche Vereinbarungen in Konflikt mit dem Vergaberecht stehen könnten.

Der hohe Anspruch an eine sämtliche Interessen angemessen berücksichtigende Lösung der Problematik ist auch auf das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon¹⁵ am 01.12.2009 zurückzuführen. Mit diesem enthält das europäische Primärrecht erstmals einen Achtungsauftrag der Union für die regionale und lokale Selbstverwaltung der Mitgliedstaaten. Zudem wird den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch Art. 14 Satz 1 AEUV, dem Protokoll 26¹⁶ und Art. 36 GRCh zusätzliches Gewicht verliehen. Dem Protokoll 26 kommt über Art. 51 EUV und der GRCh über Art. 6 Abs. 1 EUV der Charakter von Primärrecht zu. Wie diese Arbeit zeigen wird, ist eine Zusammenarbeit öffentlicher

¹¹ Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU; Art. 28 Abs. 4 RL 2014/25/EU; Art. 17 Abs. 4 RL 2014/23/EU.

¹² KOM, Broschüre: „Neue Regeln für öffentliche Aufträge und Konzessionen – einfacher und flexibler“, S. 4.

¹³ Reichszweckverbandsgesetz (RZVG) vom 7.6.1939 (RGBl. I S. 979).

¹⁴ Im Folgenden wird ausschließlich der Begriff der Zweckvereinbarung verwendet.

¹⁵ ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47, zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m.W.v. 1.7.2013.

¹⁶ ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 308.

Einrichtungen nur dann vergaberechtsfrei zulässig, wenn sie der Wahrnehmung von solchen Diensten förderlich ist.

Weiterhin ist die Vollendung des Binnenmarktes ein integraler Bestandteil und Ziel der EU. Dieses Ziel ist sowohl in den Grundfreiheiten des AEUV als auch im Protokoll 27 über den Binnenmarkt und Wettbewerb verankert.¹⁷ Der Wettbewerb zur Durchsetzung des Binnenmarktes ist auch das vordringliche Ziel der europäischen Regelungen über die Materie des Vergaberechts. Dieses Rechtsgebiet definiert den Rechtsrahmen für staatliche Ausgaben im Umfang von ca.14% des Bruttoinlandsproduktes der EU, in Summe ca. 2.000 Milliarden Euro pro Jahr¹⁸ und nimmt somit eine Schlüsselrolle für die Wirtschaft der gesamten Union ein.

Die Regelungen über die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in den neuen Vergaberichtlinien und deren Übernahme in das GWB sollen dem Anspruch gerecht werden, zwischen den gegensätzlichen Ausgangspunkten der Gewährleistung der Selbstverwaltung der Mitgliedstaaten auf der einen und der Schaffung umfassenden Wettbewerbs zur Vollendung des Binnenmarktes auf der anderen Seite einen angemessenen Ausgleich zu schaffen.

Dieses Konfliktpotential bestimmt den Aufbau dieser Arbeit. Zunächst wird der Prüfungsgegenstand der Arbeit definiert: die (delegierende) Zweckvereinbarung nach den Landesgesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit. Dieser Teil wird zeigen, dass bereits das Grundgesetz zwingende Anforderungen an den Inhalt solcher Vereinbarungen stellt, welche bislang in der vergaberechtlichen Literatur kaum Beachtung gefunden haben. Sodann wird der von der EU nach den Vorgaben des Primärrechts zu beachtende Bereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie herausgearbeitet. Hierzu wird es zunächst erforderlich sein, die entsprechenden Vorgaben des Grundgesetzes in Art. 28 Abs. 2 und die ihren Begriffsinhalt konturierende Rechtsprechung des BVerfG zur Reichweite und zu ihrem Kerngehalt heranzuziehen.

Nachdem der Untersuchungsgegenstand feststeht, werden die relevanten Regelungen des Vergaberechts und die maßgebliche Rechtsprechung des EuGH analysiert. Ein besonderes Augenmerk liegt hierbei auf der Darstellung der Ziele des Vergaberechts und den Rechtfertigungsansätzen des EuGH, mit denen Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts begründet werden. Die einschlägige Rechtsprechung des EuGH, welcher

¹⁷ ABI. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 309.

¹⁸ COM(2017) 572 final vom 3.10.2017 S. 3.

erstmalig in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“¹⁹ Kriterien benannte, nach welchen eine ausschreibungsfreie Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern möglich sein kann, wird auf Anhaltspunkte für die vergaberechtliche Beurteilung von Zweckvereinbarungen untersucht. Die vielfältigen Reaktionen der Literatur werden zu jeder Entscheidung dargestellt.

Anschließend wird die Entscheidungspraxis der Kommission anhand des Vertragsverletzungsverfahrens „Gemeinde Hintere“ und ihre Auffassung aus dem Arbeitsdokument zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit herausgearbeitet. In einem letzten Schritt wird schließlich die Rechtsprechung der nationalen Entscheidungsinstanzen zur Ausschreibungspflicht kommunaler Kooperationen beleuchtet, wobei zwischen dem Zeitraum vor und nach der Entscheidung des EuGH i.S. „Stadtreinigung Hamburg“ unterschieden wird.

Der anschließende Hauptteil dieser Arbeit behandelt die Frage der Ausschreibungspflicht delegierender Zweckvereinbarungen unter der RL 2014/24/EU. Hierbei werden die eingangs dargestellte Reichweite der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und die bislang ergangene Rechtsprechung des EuGH umfassend mit einbezogen. Die Tatbestandsvoraussetzungen der in Frage kommenden Ausnahmetatbestände der RL werden analysiert und unter Einbeziehung der Erwägungsgründe und des europäischen Primärrechts ausgelegt. Die jeweils gefundenen Auslegungsergebnisse werden sodann unter die entsprechenden Voraussetzungen einer delegierenden Zweckvereinbarung subsumiert, sodass schließlich ein Kriterienkatalog entwickelt wird, nach welchem die Ausschreibungspflicht einer delegierenden Zweckvereinbarung geprüft werden kann.

2 Die Zweckvereinbarung

Die Zweckvereinbarung ist ein Instrument der Verwaltungszusammenarbeit. Sie erlaubt bestimmten staatlichen Stellen, untereinander Aufgaben zu übertragen. Aufgrund der Zuständigkeit der Bundesländer für ihre Verwaltungsorganisation sind die Regelungen hierzu nicht einheitlich. Im Folgenden sollen deshalb neben den praktischen Anwendungsfeldern der Zweckvereinbarung auch deren jeweilige gesetzliche Grundlage und deren Unterschiede dargestellt werden. Hiernach soll unter Beachtung höherrangigen Rechts ein gemeinsamer Nenner des Inhaltes einer delegierenden Zweckvereinbarung für sämtliche Landesgesetze hergeleitet werden.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747.

Sämtliche deutsche Flächenstaaten haben Gesetze erlassen, welche es insbesondere Gemeinden und Kommunen erlauben, ihnen obliegende Aufgaben gemeinsam wahrzunehmen.²⁰ Dieses Recht zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung, mithin der Tätigkeit über den eigentlichen Hoheitsbereich der Gebietskörperschaften hinaus, entspringt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie.²¹ Diese beinhaltet, dass Kommunen selbst darüber befinden dürfen, ob eine bestimmte Aufgabe eigenständig oder gemeinsam mit anderen Verwaltungsträgern wahrgenommen wird und ob zu diesem Zweck gemeinsame Institutionen gegründet werden sollen.²²

Für eine Wahrnehmung mit anderen Hoheitsträgern stellen die jeweiligen Landesgesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit sowohl institutionalisierte als auch rein vertragliche Gestaltungsoptionen zur Verfügung.²³ Als Formen institutionalisierter Zusammenarbeit sind insbesondere der Zweckverband und die kommunale Arbeitsgemeinschaft zu nennen.²⁴ Diese Formen der Zusammenarbeit erfolgen in institutionalisierter Form, wobei die Arbeitsgemeinschaft einen nicht-rechtsfähigen Zusammenschluss darstellt, welcher ausschließlich beratende Funktion hat.²⁵ Der Zweckverband hingegen ist eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts, welche Selbstverwaltungsaufgaben wahrnimmt.²⁶

Der Abschluss einer Zweckvereinbarung stellt eine rein vertragliche Zusammenarbeit dar, welche nicht die Gründung eines neuen Rechtsträgers erfordert. Mit einer solchen Zweckvereinbarung können öffentliche Einrichtungen andere Einrichtungen mit der Ausführung bestimmter Aufgaben beauftragen. Hierbei kann vorgesehen werden, dass die Zuständigkeit für die Ausführung der Aufgabe mit auf die empfangende Einrichtung übergeht. In diesem Fall spricht man von einer delegierenden Zweckvereinbarung.²⁷

²⁰ Röhl in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2013, Kap. 4 Kommunalrecht Rn. 230.

²¹ Hierzu Oebbecke in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band 1, 3. Auflage 2007, § 29 Rn. 16; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 731.

²² So BVerfG, Urteil vom 20.12.2007 - 2 BvR 2433, 2434/04, BVerfGE 119, 331, 362 Rn. 146 mit Verweis auf Thorsten I. Schmidt, Kommunale Kooperation, S. 55ff.

²³ Übersicht bei Lange, Kommunalrecht, 1. Auflage 2013, Kapitel 19 Rn. 68f.

²⁴ Oebbecke in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band 1, 3. Auflage 2007, § 29 Rn. 9f.

²⁵ Kraft-Zörcher/Neubauer, LKV 2010, 193, 196.

²⁶ Röhl in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2013, Kap. 4 Kommunalrecht Rn. 232.

²⁷ OVG Bautzen, Beschluss vom 23.9.2003 – 5 BS 255/03, LKV 2004, 269; Klingshirn, BayVBl. 1967, 299, 300.

Im Folgenden werden die jeweiligen Regelungen über Zweckvereinbarung dargestellt, wobei ein Schwerpunkt darauf liegt, die notwendigen Regelungsinhalte der Zweckvereinbarung zu definieren, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Dieser ist sodann Prüfungsgegenstand für den anschließenden vergaberechtlichen Teil dieser Arbeit.

2.1 Anwendungsfelder und praktische Bedeutung von Zweckvereinbarungen

Ziel einer Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften ist zumeist, den auf die Gebietsgrenzen beschränkten Hoheitsbereich von Gebietskörperschaften zu erweitern, um durch großflächigere Leistungserbringung Synergieeffekte zu erzielen und die jeweilige Leistung günstiger und effizienter bereitstellen zu können.²⁸ Das praktische Bedürfnis nach solchen Gestaltungsmöglichkeiten leitet sich überdies aus der stets angespannten Haushaltslage deutscher Kommunen ab. Diese beklagen eine Zunahme durch sie bereitzustellender Leistungen bei gleichzeitigem Rückgang der Einnahmen.²⁹

Als Grund für Vereinbarung einer Zusammenarbeit wird zudem angeführt, dass einer anderen Gebietskörperschaft ein besonderes Vertrauen entgegengebracht werde, weshalb eine Kooperation gegenüber dem Vertragsschluss mit einem Privaten vorzuziehen sei.³⁰ Außerdem seien Gebietskörperschaften nicht insolvenzgefährdet, sodass eine Kooperation mit anderen Hoheitsträgern auch aus diesem Grund vorzugswürdig wäre.³¹

Im Jahr 2004 führte die Kienbaum Management Consultants GmbH eine Studie durch, an der 350 deutsche Kommunen teilgenommen haben. In dieser Studie gaben die befragten Kommunen an, dass die interkommunale Zusammenarbeit insbesondere den Zielen Verbesserung der Wirtschaftlichkeit (40,8%), Sicherstellung der Auftragserfüllung (33,1%) und Verbesserung der Service- und Bürgerorientierung (18,0 %) dienen soll.³² Die Verbesserung der Wirtschaftlichkeit soll in 85,7% der Fälle durch einen gemeinsamen Einkauf erreicht werden.³³ Über 80% der befragten Kommunen kommen zu der

²⁸ Gemeinsam sind wir stark ! Studie des Gemeindetags Baden-Württemberg zur Interkommunalen Zusammenarbeit (IKZ), BWGZ 2005, 778ff.; Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak zu Rs. C-324/07, Slg. 2008 I-08457 - Coditel Brabant Rn. 87; Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drs. 16/10117 S. 30; Oebbecke in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band 1, 3. Auflage 2007, § 29 Rn. 2-7; Bergmann/Vetter, NVwZ 2006, 497.

²⁹ Zu den Gründen für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit ausführlich Rothe, Die interkommunale Zusammenarbeit in der Bundesrepublik Deutschland, S. 1-27.

³⁰ So Michels, MuA 2004, 503.

³¹ Michels, MuA 2004, 503.

³² Kienbaum – Studie interkommunale Zusammenarbeit 2004, S. 11.

³³ Kienbaum – Studie interkommunale Zusammenarbeit 2004, S. 11.

Einschätzung, dass die interkommunale Zusammenarbeit erfolgreich sei.³⁴ Dieser Befund ist auch weiterhin aktuell. Zweckvereinbarungen stellen ein gängiges Mittel der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit dar.³⁵

Diese Entwicklung geht noch über die Erweiterung des kommunalen Einflussbereiches durch die Zusammenarbeit mehrerer Gebietskörperschaften hinaus. So ist zu beobachten, dass die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden und die hiermit einhergehenden zusätzlichen Einnahmen für den Gemeindehaushalt gerne angenommen werden. Einige Bundesländer haben aufgrund dieser Entwicklung bereits die gesetzlichen Möglichkeiten, unter denen eine solche wirtschaftliche Betätigung überhaupt zulässig ist, mittels verschärfter Subsidiaritätsregelungen beschränkt.³⁶

Die Zweckvereinbarung³⁷, oder auch öffentlich-rechtliche Vereinbarung³⁸, war bereits im Jahr 2004 die mit 27,7% am häufigsten angewandte Form der interkommunalen Zusammenarbeit.³⁹ Sie nimmt unter den durch die Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit vorgesehenen Formen der Zusammenarbeit eine besondere Stellung ein. Sie stellt die einzige Form der Zusammenarbeit dar, welche nicht die Gründung eines gemeinsamen Unternehmens erfordert. Die Gründung eines gemeinsamen Unternehmens, wie etwa eines Zweckverbandes, hat sich in der Vergangenheit als besonders fehleranfällig erwiesen⁴⁰, sodass die Kommunen die „einfachere“ Zweckvereinbarung zur Erfüllung gemeinsamer Aufgaben wählen. So hat der niedersächsische Gesetzgeber in § 7 Abs. 5 Satz 1 NKomZG vorgesehen, dass vor Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zu prüfen sei, ob nicht der Abschluss einer Zweckvereinbarung wirtschaftlicher ist. Hiermit will der Gesetzgeber die Gründung neuer Einrichtungen vermeiden⁴¹ und begründet faktisch einen Vorzug der Zweckvereinbarung gegenüber einer institutionalisierten Zusammenarbeit.

Der vertragliche Rahmen einer Zweckvereinbarung verpflichtet den einen Vertragspartner zur Durchführung von Aufgaben, welche im Zuständigkeitsbereich des anderen

³⁴ Kienbaum – Studie interkommunale Zusammenarbeit 2004, S. 12.

³⁵ Siehe Gruneberg/Wilden-Beck, VergabeR 2014, 99, 100 Fn. 9.

³⁶ Siehe nur § 107 Abs. 1 GO NRW; Übersicht bei Berghäuser/Gelbe, KommJur 2012, 47; Jungkamp, NVwZ 2010, 546; OVG Münster, Beschluss vom 1.4.2008 – 15 B 122/08, NVwZ 2008, 1031.

³⁷ So die Bezeichnung in Bayern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Sachsen, Thüringen.

³⁸ So die Bezeichnung in Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Schleswig-Holstein.

³⁹ Kienbaum – Studie interkommunale Zusammenarbeit 2004, S. 9.

⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 23.7.2002 - 2 BvL 14/98, LKV 2002, 569; OVG Weimar, Beschluss vom 15.7.1999 - 4 ZEO 978/98, LKV 2000, 75; Röhl in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2013, Kap. 4 Kommunalrecht Rn. 232 m.w.N.

⁴¹ Nds. LT-Drs. 15/340 vom 29.7.2003, S. 23.

Vertragspartners liegen.⁴² Hierbei ist es sowohl möglich, dass die übertragende Gebietskörperschaft ihre Zuständigkeit für die Erfüllung der Aufgabe mit überträgt (delegierende Zweckvereinbarung), als auch, dass die übernehmende Gebietskörperschaft die Aufgabe erfüllt, ohne dass die Zuständigkeit auf sie übergeht (mandatierende Zweckvereinbarung).⁴³ Die unterschiedlichen Arten der Vereinbarungen werden teilweise mit den zivilrechtlichen Instituten der Abtretung nach § 398 BGB für die delegierende Zweckvereinbarung und der Stellvertretung nach § 164 BGB für die mandatierende Zweckvereinbarung verglichen.⁴⁴

2.2 Gesetzliche Grundlagen der Zweckvereinbarungen

Die deutschen Flächenbundesländer haben Regelungen erlassen, welche die Möglichkeiten der Zusammenarbeit gemeindlicher Hoheitsträger beinhalten. Mit Ausnahme von Mecklenburg-Vorpommern, welches die entsprechenden Regelungen in der Kommunalverfassung⁴⁵ niedergelegt hat, existiert in jedem Flächenbundesland ein eigenes Gesetz zur Regelung dieser Materie.⁴⁶ Aufgrund der Vielfalt der von den

⁴² Anschaulich Klingshirn, BayVBl. 1967, 299, 300.

⁴³ Zur Rechtsnatur der Zweckvereinbarung ausführlich unter 2.5.

⁴⁴ Köhler/Held in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht NRW, 31. EL 2013, Band 2, § 23 GkG Rn. 3.5.

⁴⁵ Kommunalverfassung von Mecklenburg-Vorpommern vom 13.07.2011 (GVOBl. M-V S. 777).

⁴⁶ Kommunale Zusammenarbeit-Gesetz Baden-Württemberg vom 16.9.1974 (GBl. S. 408 ber. 1975, S. 460, 1976, S. 408), zuletzt geändert durch Art. 7 G zur Reform des Gemeindehaushaltsrechts vom 4.5.2009 (GBl. S. 185, geänd. durch Art. 5 G v. 16.4.2013, GBl. S. 55); Kommunale Zusammenarbeit-Gesetz Bayern, i.d.F. der Bekanntmachung vom 20.6.1994 (GVBl. S. 555, berichtigt 1995, S. 98), zuletzt geändert durch § 1 Nr. 41 VO zur Anpassung des LandesR an die geltende Geschäftsverteilung vom 22.7.2014 (GVBl. S. 286); Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Brandenburg (GKGBbg) vom 10.7.2014 (GVBl. I Nr. 32); Kommunale Gemeinschaftsarbeit-Gesetz Hessen vom 16.12.1969 (GVBl. I S. 307), zuletzt geändert durch Art. 16 G zur Entfristung und zur Veränderung der Geltungsdauer von befristeten Rechtsvorschriften vom 13.12.2012 (GVBl. S. 622); Niedersächsisches Gesetz über die Kommunale Zusammenarbeit i.d.F. vom 21.12.2011 (Nds. GVBl. S. 493), zuletzt geändert durch Art. 5 G zur Änd. des Nds. G über den Finanzausgleich und anderer G vom 18.7.2012 (Nds. GVBl. S. 279); Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit in Nordrhein-Westfalen vom 1.10.1979 (GV. NW. S. 621), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG vom 3.2.2015 (GV. NRW. S. 204); Landesgesetz über die Kommunale Zusammenarbeit Rheinland-Pfalz vom 22.12.1982 (GVBl. S. 476), zuletzt geändert durch Art. 14 des Gesetzes vom 28.9.2010 (GVBl. S. 280); Gesetz über die Kommunale Gemeinschaftsarbeit Saarland i.d.F. der Bekanntmachung vom 27.6.1997 (Amtsbl. S. 723), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 17 VerwaltungsstrukturreformG vom 21.11.2007 (Amtsbl. S. 2393); Gesetz über Kommunale Gemeinschaftsarbeit Sachsen-Anhalt i.d.F. der Bekanntmachung vom 26.2.1998 (GVBl. LSA S. 81); zuletzt geändert durch Art. 3 KommunalrechtsreformG vom 17.6.2014 (GVBl. LSA S. 288); Sächsisches Gesetz über Kommunale Zusammenarbeit in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.3.2014 (SächsGVBl. S. 196); Gesetz über die Kommunale Zusammenarbeit Schleswig-Holstein vom 28.2.2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 122), zuletzt geändert durch Art. 5 G zur Veröffentlichung der Bezüge der Mitglieder von Geschäftsführungsorganen und Aufsichtsgremien öffentlicher Unternehmen vom 7.7.2015 (GVOBl. Schl.-H. S. 200); Thüringer Gesetz über die Kommunale Gemeinschaftsarbeit i.d.F. der Bekanntmachung vom 10.10.2001 (GVBl. S. 290), zuletzt geändert durch Art. 5 G zur Änderung der Kommunalordnung und anderer Gesetze vom 23. 7. 2013 (GVBl. S. 194).

Landesgesetzgebern verwendeten Gesetzesbezeichnungen wird im Folgenden für sämtliche Gesetze die Formulierung „Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit“ verwendet.

Grob zusammengefasst, eröffnen diese Gesetze den Gemeinden und Gemeindeverbänden die Möglichkeit, Aufgaben mittels gemeinsamer Einrichtungen gemeinsam wahrzunehmen oder eigene Aufgaben von einem anderen Träger ausführen zu lassen.

2.3 Beteiligte an einer Zweckvereinbarung

Welche Einrichtungen berechtigt sind, eine Zweckvereinbarung zu schließen, ist von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich geregelt, wie die nachfolgende Tabelle veranschaulicht⁴⁷:

Bundesland	Mögliche Beteiligte an einer Zweckvereinbarung
Baden-Württemberg	Gemeinden und Landkreise (§ 25 Abs. 1 Satz 1 GKZ)
Bayern	Gemeinden, Landkreise, Bezirke und Zweckverbände (Art. 7 Abs. 1, 5 KommZG)
Brandenburg	Kommunen, eingeschränkt Zweckverbände, kommunale Anstalten oder gemeinsame kommunale Anstalten (§ 5 GKGBbg) ⁴⁸
Hessen	Gemeinden, Landkreise, Zweckverbände und Wasser- und Bodenverbände (§ 24 Abs. 1, 5 KGG)
Mecklenburg-Vorpommern	Gemeinden, Ämter, Zweckverbände und Landkreise (§ 165 Abs. 1 KV)
Niedersachsen	Kommunen (als übertragende und empfangende Einrichtung); kommunale Anstalten, gemeinsame kommunale Anstalten, Zweckverbände (als empfangende Einrichtungen), andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, natürliche Personen, juristische Personen des Privatrechts (nur im Rahmen der Gesetze) (§ 5 Abs. 1, 2 NKomZG)
Nordrhein-Westfalen	Gemeinden und Gemeindeverbände (§ 23 Abs. 1 GkG NRW)
Rheinland-Pfalz	Kommunale Gebietskörperschaften, Zweckverbände und rechtsfähige kommunale Anstalten des öffentlichen

⁴⁷ Siehe auch Lange, Kommunalrecht, 1. Auflage 2013, Kapitel 19 Rn. 68f.

⁴⁸ § 6 GKGBbg gilt nur für mandatierende Zweckvereinbarungen.

	Rechts, natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts (als übertragende und empfangende Einrichtung), andere Körperschaften des öffentlichen Rechts und rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts (als empfangende Einrichtungen) (§ 12 Abs. 1 KomZG)
Saarland	Gemeinden, Gemeindeverbände und Zweckverbände (§ 17 Abs. 1 KGG)
Sachsen-Anhalt	Kommunale Körperschaften (§ 3 Abs. 1 GKG-LSA)
Sachsen	Gemeinden, Verwaltungsverbände, Landkreise und Zweckverbände (§ 71 Abs. 1 Satz 1 SächsKomZG)
Schleswig-Holstein	Gemeinden, Ämter, Kreise und Zweckverbände (als übertragende und empfangende Einrichtung), Körperschaften des öffentlichen Rechts und rechtsfähige Anstalten oder rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts (als empfangende Einrichtungen) (§ 18 Abs. 1 GkZ)
Thüringen	Gemeinden und Landkreise (§ 7 Abs. 1 ThürKGG)

Gemeinsam ist nahezu allen Gesetzen, dass sowohl als übertragender wie auch als empfangender Beteiligter ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt vorgesehen sind. Private können folglich nicht Beteiligte an einer Zweckvereinbarung sein. Dies gilt jedoch nur mit der Ausnahme der Regelungen des Landes Niedersachsen, welches in § 5 Abs. 2 Satz 1 NKomZG erlaubt, dass private Personen und juristische Personen des Privatrechts als empfangende Einrichtungen zulässig sind. § 5 Abs. 2 Satz 2 NKomZG schränkt diese Möglichkeit dahingehend ein, dass eine Übertragung „öffentlicher Aufgaben“ auf Private unzulässig ist. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf einen Privaten einer Beleihung gleichkäme und damit ausgeschlossen werden müsse.⁴⁹

2.4 Abgrenzung delegierende/mandatierende Zweckvereinbarung

Jedes der Landesgesetze sieht die Möglichkeit vor, dass mit Abschluss der Zweckvereinbarung die jeweilige Zuständigkeit für die Erfüllung der übertragenen Aufgabe auf die empfangende Einrichtung übergehen kann (delegierende Zweckvereinbarung). Der Vorgang der Aufgabenübertragung ist in den Gesetzen nicht näher beschrieben. Es heißt dort exemplarisch (§ 23 Abs. 2 Satz 1 GkG NRW):

⁴⁹ Nds. LT-Drs. 15/340 vom 29.7.2003, S. 24.

Übernimmt ein Beteiligter eine Aufgabe der übrigen in seine Zuständigkeit, so gehen das Recht und die Pflicht zur Erfüllung der Aufgabe auf ihn über.

Mit Ausnahme von Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen⁵⁰ und Schleswig-Holstein sehen die übrigen landesrechtlichen Regelungen zudem die Möglichkeit des Abschlusses einer mandatierenden Zweckvereinbarung vor, bei welcher sich ein Beteiligter verpflichtet, bestimmte Aufgaben für die übrigen Beteiligten der Zweckvereinbarung durchzuführen.⁵¹

Der Unterschied zur delegierenden Zweckvereinbarung besteht in der fehlenden Übertragung der Zuständigkeit der auszuführenden Aufgabe. Im Rahmen einer mandatierenden Zweckvereinbarung verpflichtet sich die übernehmende Stelle, der Mandatar, „die Aufgaben für die übrigen Stellen durchzuführen“.⁵² Die Zuständigkeit verbleibt bei der übertragenden Stelle, dem Mandanten. Diese Art der Zweckvereinbarung wird in solchen Fällen gewählt, wenn sich der Mandant durch den Erhalt der Zuständigkeit umfassendere Mit- und Einwirkungsrechte auf die Ausführung der Aufgabe vorbehalten will.⁵³ Eine mandatierende Zweckvereinbarung unterfällt nach unumstrittener Ansicht dem Vergaberecht⁵⁴, da sie eine Beauftragung gegen Entgelt darstellt. Sie wird im Folgenden nicht weiter behandelt.

2.5 Rechtsnatur der delegierenden Zweckvereinbarung

Die Zweckvereinbarung ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag.⁵⁵ Üblicherweise wird dieser als „koordinationsrechtlicher“ Vertrag bezeichnet,⁵⁶ da die delegierende Zweckvereinbarung zu

⁵⁰ OVG Bautzen, Beschluss vom 23.9.2003 – 5 BS 255/03, LKV 2004, 269, 270.

⁵¹ Hierzu Lange, Kommunalrecht, 1. Auflage 2013, Kapitel 19 Rn. 72; Köhler/Held in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht NRW, 31. EL 2013, Band 2, § 23 GkG Rn. 3.2, 3.4.

⁵² So bspw. § 23 Abs. 1 Alt. 2 GkG NRW.

⁵³ So Michels, MuA 2004, 503; Bauer, ZfBR 2006, 446, 447; Burgi, NZBau 2005, 208, 209.

⁵⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.6.2006 – VII-Verg 17/06, NZBau 2006, 662; Beschluss vom 5.5.2004 - VII-Verg 78/03, ZfBR 2004, 591; OLG Frankfurt, Beschluss vom 7.9.2004 – 11 Verg 11/04 NZBau 2004, 692; Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, § 99 GWB Rn. 140; Frenz, VergabeR 2006, 831, 839; zusammenfassend Gruneberg/Wilden-Beck, VergabeR 2014, 99, 100 m.w.N.

⁵⁵ Eingehend Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 31 f., 45, 73 f.; Rothe, Das Recht der interkommunalen Zusammenarbeit in der Bundesrepublik Deutschland S. 42.

⁵⁶ Siehe nur VG Regensburg, Urteil vom 22.9.2005 – RN 3 K 04.02552 Rn. 51 – juris; VG Leipzig, Beschluss vom 1.12.2000 – 6 K 654/00, LKV 2001, 329, 330; Kunze/Hekking, GkZ BW-Kommentar, § 25 Rn. 5; Klingshirn, BayVBl. 1967, 299, 300; Oebbecke in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band 1, 3. Auflage 2007, § 29 Rn. 65; Burgi, NZBau 2002, 57, 58; ders, NZBau 2005, 208; Bergmann/Vetter, NVwZ 2006, 497, 499; Teuber, KommJur 2008, 444, 447; Ziekow/Siegel, VerwArch 2005, 119, 122.

einer Zuständigkeitsverlagerung führt. Das OVG Bautzen⁵⁷ hat den Inhalt einer delegierenden Zweckvereinbarung treffend wie folgt beschrieben:

Die Übertragung einer Aufgabe durch Zweckvereinbarung bewirkt eine devolvierende Delegation, dh den Übergang der Kompetenz auf die beauftragte Körperschaft zur Erfüllung im eigenen Namen und den vollständigen Verlust der Zuständigkeit der abgebenden Körperschaft.

Die Zuständigkeitsverlagerung führt zu einer Erweiterung des Zuständigkeitsbereiches der übernehmenden Einrichtung. Die delegierende Zweckvereinbarung stellt daher eine generell-abstrakte Regelung zu Änderung der Zuständigkeitsordnung dar, welche Rechtswirkungen gegenüber jedermann entfaltet.⁵⁸ Die Zweckvereinbarung führt einerseits zu einem echten Kompetenzverlust der übertragenden und andererseits zu einem Kompetenzgewinn auf Seiten der empfangenden Einrichtung.⁵⁹ Die delegierende Zweckvereinbarung begründet so die Zuständigkeit eines außerordentlichen Hoheitsträgers, welcher abweichend von der grundsätzlichen Allzuständigkeit jeder Gebietskörperschaft für Angelegenheiten ihres Hoheitsbereiches⁶⁰ tätig wird.⁶¹

Da der Zuständigkeitswechsel unmittelbare Auswirkungen für die Bürger begründet, ist der Abschluss einer delegierenden Zweckvereinbarung stets öffentlich bekanntzumachen.⁶² Dies dient insbesondere der Erfüllung rechtstaatlicher Bedürfnisse. Die delegierende Zweckvereinbarung ändert durch eine generell-abstrakte Regelung die Zuständigkeitsordnung. Sie wirkt gegenüber jedermann und hat damit den Charakter einer Rechtsnorm, welche zwingend gegenüber jedermann bekanntzumachen ist.⁶³

⁵⁷ OVG Bautzen, Beschluss vom 23.9.2003 – 5 BS 255/03, LKV 2004, 269.

⁵⁸ Oebbecke in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band 1, 3. Auflage 2007, § 29 Rn. 72.

⁵⁹ So VG Köln, Urteil vom 11.9.1986 – 7 K 1724/85, KStZ 1987, 36, 37; Klingshirn, BayVBl. 1967, 299, 300.

⁶⁰ Grundlegend BVerfG, Urteil vom 20.3.1952 - 1 BvR 267/51, BVerfGE 1, 167; hierzu auch Mehde in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 28 Abs. 2 GG Rn. 50.

⁶¹ VG Köln, Urteil vom 11.9.1986 – 7 K 1724/85, KStZ 1987, 36, 37.

⁶² § 24 Abs. 3 GkG NRW; § 8 Abs. 1 BbgGkG.

⁶³ So Schink, DVBl. 1982, 769, 771 m.w.N.; Klingshirn, BayVBl 1968, 53, 54; Oebbecke in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage 2007, § 29 Rn. 72.

2.5.1 Stellung der Zweckvereinbarung im Zuständigkeitsgefüge der BRD

Die Ermächtigung, Zweckvereinbarungen abzuschließen, stellt eine Besonderheit im Gefüge der sonstigen Zuständigkeitsregelungen in der Bundesrepublik dar.⁶⁴ Die Regelungen über die Zuständigkeiten sind zunächst im Grundgesetz, Art. 30, 72 ff., abstrakt festgelegt und werden sodann einfachgesetzlich den jeweiligen Behörden zugewiesen.

Es lässt sich somit feststellen, dass die Zuständigkeitsordnung der Bundesrepublik durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber festgelegt wird. Dies ist auch erforderlich, um dem Demokratieprinzip Rechnung zu tragen, welches verlangt, dass jedes staatliche Handeln jedenfalls mittelbar auf eine Entscheidung des Souveräns zurückgeführt werden kann.⁶⁵ So bestimmt Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, dass das Volk

in den Ländern, Kreisen und Gemeinden [...] eine Vertretung haben [muß], die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist.

Das „kommunale Teilvolk“⁶⁶ wird so den Kreisen und Gemeinden als Legitimationssubjekt zugeordnet, um die demokratische Legitimation (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) auch auf kommunaler Ebene wirksam werden zu lassen. Die Vorschrift gewährleistet nach der Rechtsprechung des BVerfG für alle Gebietskörperschaften auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage und trägt damit der besonderen Stellung der kommunalen Gebietskörperschaften im Aufbau des demokratischen Staates Rechnung.⁶⁷

2.5.2 Verfassungsrechtliche Bedenken

Die Institution der delegierenden Zweckvereinbarung sieht sich erheblichen Angriffen ausgesetzt. Diese gründen sich zunächst auf ihre von der sonstigen Zuständigkeitsordnung der BRD abweichende Ermächtigung zur Änderung dieser Ordnung durch den Abschluss einer einfachen vertraglichen Vereinbarung. Die demokratische Legitimation des neuen Aufgabenträgers steht ebenso in Frage wie eine Verletzung der Pflicht, Angelegenheiten der Selbstverwaltung selbst wahrnehmen zu müssen.

⁶⁴ Klingshirn, BayVBl. 1967, 299, 300.

⁶⁵ Vgl. nur Grzeszick in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 20 Abs. 2 GG Rn. 60ff.; Oebbecke in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage 2007, § 29 Rn. 77 ff.; Koch, NdsVBl. 2004, 150, 152.

⁶⁶ So wörtlich Grzeszick in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 20 Abs. 2 GG Rn. 84; Hellermann in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2017, Art. 28 Rn. 11.

⁶⁷ BVerfG, Urteil vom 31.10.1990 - 2 BvF 2/89, 2 BvF 6/89, BVerfGE 83, 37.

2.5.2.1 Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip

Die Kritik setzt bereits auf der Ebene des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG, des Gebotes demokratischer Legitimation, an.⁶⁸ So gewährleistet eine delegierende Vereinbarung, bei der ausschließlich eine Zuständigkeit übertragen wird, nach Ansicht von *Oebbecke*⁶⁹ nicht die erforderliche demokratische Legitimation der übertragenden Einrichtung.⁷⁰ Es sei erforderlich, dass sich diese Mitwirkungsrechte auf die übertragene Aufgabe vorbehalte, um dem Demokratieprinzip Rechnung zu tragen.⁷¹ *Oebbecke* sieht es zudem zwar noch als zulässig an, wenn Zweckvereinbarungen für einen „absehbaren Zeitraum“ geschlossen werden, nicht jedoch für den von fast allen Landesgesetzen vorgesehenen Zeitraum von 20 Jahren.⁷² Ein jederzeitiges Kündigungsrecht soll ebenfalls für eine ausreichende demokratische Legitimation nicht genügen.

Oebbecke und *Koch* beziehen sich bei ihrer Ansicht auf einen Beschluss des BVerfG von 2002.⁷³ Gegenstand dieses Beschlusses war eine Verfassungsbeschwerde einer niedergelassenen, selbstständigen Zahnärztin aus Brandenburg. Diese hatte einen Antrag auf Befreiung von der Pflichtmitgliedschaft in dem Versorgungswerk der Zahnärztekammer Berlin gestellt. Eine Anschlusssatzung von 1992 bestimmte hierzu, dass künftig alle Angehörigen der brandenburgischen Landeszahnärztekammer dem Versorgungswerk der Zahnärztekammer Berlin zugehören sollten. Die Antragstellerin wandte ein, „dass für die Anschlusssatzung an das Berliner Versorgungswerk [...] keine Rechtsgrundlage [bestehe], weil sich der brandenburgische Satzungsgeber in unzulässiger Weise des Rechts begeben habe, an der Willensbildung des Berliner Versorgungswerks mitzuwirken“.

⁶⁸ So *Oebbecke* in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage 2007, § 29 Rn. 77; *Koch*, NdsVbl. 2004, 150, 152 f.; *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), 392, 440; *Beckmann/Gesterkamp*, AbfallR 2003, 227, 230; *Winkler*, Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, S. 62; *Kohout*, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 181f.

⁶⁹ *Oebbecke* in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage 2007, § 29 Rn. 79; zustimmend *Lange*, Kommunalrecht, 1. Auflage 2013, Kapitel 19 Rn. 20.

⁷⁰ So auch *Döbling*, Verwaltungskooperationen und Vergaberecht, S. 143; an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Zweckvereinbarung zweifelnd auch *Koch*, NdsVbl. 2004, 150, 152 f.

⁷¹ Dieses Erfordernis stellt auch *Röhl* in: *Schoch*, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2013, Kap. 4 – Kommunalrecht, Rn. 131 auf, jedoch nur für von Kommunen gegründete Unternehmen des Privatrechts. In der Darstellung zur interkommunalen Zusammenarbeit wird dieses Erfordernis nicht mehr erwähnt, Rn. 232; *Schliesky* in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Auflage 2011, § 47 Rn. 41ff. verweist ebenfalls auf das Erfordernis ausreichender Einwirkungs- und Kontrollrechte bei PPP.

⁷² S.u. 2.6.

⁷³ BVerfG, Beschluss vom 8.3.2002 – 1 BvR 1974/96, NVwZ 2002, 851.

Nachdem das BVerwG⁷⁴ die Beschwerde der Antragstellerin auf Zulassung der Revision gegen das klageabweisende Urteil des OVG zurückgewiesen hatte, legte diese Verfassungsbeschwerde ein. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, da die Antragstellerin es versäumt habe, sämtliche prozessualen Mittel zu ergreifen, sodass die Verfassungsbeschwerde aus Gründen des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG unzulässig sei. Trotzdem sah sich das BVerfG dazu veranlasst, festzustellen, dass die Anschlusssatzung der Landeszahnärztekammer Brandenburg an das Versorgungswerk der Zahnärztekammer Berlin mit Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar sei.

Das BVerfG führt hierzu aus, dass die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Zwangsmitgliedschaft an öffentlich-rechtlichen Verbänden, wie Ärztekammern, am Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG zu messen ist. Der Gedanke von Selbstverwaltung und der damit einhergehenden Satzungsautonomie für Berufsverbände sei, dass diese ihre eigenen Angelegenheiten selbst sachverständig und demokratisch regeln sollen, um gesellschaftliche Kräfte zu aktivieren und den Abstand zwischen Normgeber und Normadressaten zu verringern. Nicht zuletzt sollen Beteiligungsrechte der Zwangsmitglieder die Einschränkung der Zwangsmitgliedschaft kompensieren. Nach Ansicht des BVerfG wird dieser Grundgedanke der Satzungsautonomie dann verfehlt, wenn

eine öffentlich-rechtliche Körperschaft für ihre Mitglieder auf jede zukünftige Mitwirkung an der Normsetzung verzichtet, indem sie eine Anschlusssatzung erlässt, die die eigenen Mitglieder hinsichtlich eines verpflichtend eingeführten Versorgungswerks der Satzungsgewalt einer anderen Kammer unterwirft und von einer maßgeblichen Mitwirkung in den Organen dieser Kammer ausschließt. Ein solcher Verzicht auf Partizipation für gegenwärtige und künftige Mitglieder liegt nicht in der autonomen Kompetenz einer Satzungsversammlung und wird auch der Verbindung des Prinzips der Selbstverwaltung zum demokratischen Prinzip nicht gerecht. [...] Eine solche Anschlusssatzung überschreitet die verliehene Rechtssetzungsbefugnis.⁷⁵

Der niedersächsische Gesetzgeber hat sich bei der Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 4 Satz 3 NKomZG, welcher bestimmt, dass die „übernehmende Kommune oder Anstalt von einer übernommenen Rechtsetzungsbefugnis nur mit einer in jedem Einzelfall zu erteilenden Zustimmung der Kommunen Gebrauch machen darf, die sie übertragen haben“, ausdrücklich

⁷⁴ BVerwG, Beschluss vom 18.6.1996 – 1 B 198/95, Buchholz 430.4 Versorgungsrecht Nr. 33.

⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 8.3.2002 – 1 BvR 1974/96, NVwZ 2002, 851, 852; so auch VGH Kassel, Beschluss vom 15.6.1993 – 11 TH 219/92, ESVGH 43, 283, 285 für den Anschluss der Hessischen Architekten an das Versorgungswerk der Architektenkammer Nordrhein-Westfalen.

auf den soeben zitierten Beschluss des BVerfG bezogen.⁷⁶ Ein Verzicht auf Mitwirkungsrechte sei verfassungsrechtlich unzulässig.

Koch lässt zwar offen, ob sich die Aussagen des BVerfG auf eine jederzeit kündbare Zweckvereinbarung übertragen lassen. Er sieht in der Entscheidung jedoch eine auf die Rechtmäßigkeit eines Zweckverbandes übertragbare Bekräftigung des Erfordernisses einer demokratischen Legitimationskette für staatliches Handeln. Weiter nimmt *Koch* für die Regelungen des NKomZG an, dass durch eine Zweckvereinbarung diese Legitimationskette durchbrochen werde, obwohl § 5 Abs. 4 Satz 3 NKomZG vorsieht, dass übergegangene Rechtssetzungsbefugnisse nur mit Zustimmung der übertragenden Einrichtung ausgeübt werden dürfen.⁷⁷ Diese Landesregelung bleibt somit seiner Ansicht nach hinter den verfassungsrechtlichen Anforderungen zurück.

Aus den vorgenannten Gründen sind weitere Autoren der Ansicht, dass das aus dem Demokratieprinzip folgende Gebot der Verantwortungsklarheit auch durch die Gründung von Zweckverbänden verletzt werde.⁷⁸

Weiterhin besteht im Schrifttum zutreffend eine einhellige Auffassung dahingehend, dass die Übertragung von Hoheitsrechten innerhalb des Staatsverbandes auf einen anderen Rechtsträger einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedarf.⁷⁹ Der aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Vorbehalt des Gesetzes erfordert eine gesetzliche Ermächtigung, um die Änderung der Zuständigkeitsordnung gegenüber dem Bürger zu legitimieren.⁸⁰ Dieser Aspekt wirkt sich, übertragen auf delegierende Zweckvereinbarungen, ebenfalls hinsichtlich des verfassungsrechtlich gebotenen Inhaltes einer solchen Vereinbarung aus. Eine bloße Zuständigkeitsverschiebung durch vertragliche Vereinbarung ohne gesetzliche Grundlage ist folglich unzulässig. So entschied das OVG Koblenz den Fall einer Kompetenzübertragung von der Landesverwaltung auf die Landesbank, dass die Errichtung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes - also nicht kraft der Organisationsgewalt - erfolgen kann.⁸¹

⁷⁶ Nds. LT-Drs. 15/340, S. 24.

⁷⁷ Koch, NdsVBl. 2004, 150, 153.

⁷⁸ So Otto, LKV 2008, 67, 68; Dyllick/Neubauer, LKV 2008, 97, 99; zustimmend Winkler, Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, S. 63.

⁷⁹ So OVG Koblenz, Urteil vom 21.3.1985 – 12 A 143/83, NVWZ 1986, 843, 844; Ohler, AöR 131 (2006), 336, 364 m.w.N.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl. 1973, S. 435; Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Aufl. 1998, S. 96; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 270 f.; Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober, 5. Auflage 2004, § 82 Rn. 27; Schlink, Die Amtshilfe, S. 143.

⁸⁰ Ohler, AöR 131 (2006), 336, 364.

⁸¹ OVG Koblenz, Urteil vom 21.3.1985 – 12 A 143/83, NVWZ 1986, 843, 844; BremStGH, Urteil vom 15.1.2002 - St 1/01, NVwZ 2003, 81, 82.

2.5.2.2 Art. 28 Abs. 2 GG – Pflicht zur Selbstverwaltung

Andere Stimmen setzen ihre Kritik an einer delegierenden Zweckvereinbarung daran an, dass die Übertragung kommunaler Aufgaben letztendlich zu einer faktischen Neuaufteilung von Kommunen führen kann. Dies wird mit Verweis darauf, dass Art. 28 Abs. 2 GG nicht nur ein Recht zur Selbstverwaltung, sondern auch eine Pflicht hierzu begründet⁸², kritisch gesehen.⁸³

Neue Nahrung hat diese Ansicht durch das Urteil des BVerwG zur Privatisierung des Offenbacher Weihnachtsmarktes erfahren.⁸⁴ Diesem Urteil lag der folgende Sachverhalt zu Grunde: Die Stadt Offenbach richtete bis zum Jahr 1997 einen Weihnachtsmarkt aus. Dieser Weihnachtsmarkt ist eine Veranstaltung mit „kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Charakter“⁸⁵, welcher überdies „das örtliche Zusammengehörigkeitsgefühl unter den Gemeindebürgern, die Wahrung von Tradition und religiösen und historischen ortsbezogenen Gebräuchen“⁸⁶ stärkt. Im Jahr 1997 übertrug die Stadt Offenbach die Organisation und Durchführung des Weihnachtsmarktes auf einen privaten Dritten, sodass das BVerwG von einer materiellen Privatisierung des Weihnachtsmarktes ausging.⁸⁷

Nach Ansicht des BVerwG verstieß die materielle Privatisierung des Weihnachtsmarktes gegen Art. 28 Abs. 2 GG, da dieser nicht nur ein Recht auf kommunale Selbstverwaltung gewähre, sondern überdies auch eine Pflicht, die Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu gewährleisten.⁸⁸ Nach der Feststellung des Verfassungsverstoßes zeigt das BVerwG auf, auf welchem Wege Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in rechtlich zulässiger Weise formell privatisiert werden können.

So könne die Gemeinde eine formelle Privatisierung durchführen, bei der die unmittelbare Veranstaltungszuständigkeit der Gemeinde einer kommunalen Eigengesellschaft übertragen wird. So bleibe die Verantwortlichkeit der Gemeinde für die Angelegenheit des örtlichen

⁸² So BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08, KommJur 2009, 424 m. Anm. Braun = GewArch 2009, 484 m. Anm. Schönleiter = JZ 2009, 1167 m. Anm. Winkler zur Privatisierung des Offenburger Weihnachtsmarktes; so auch Döbling, Verwaltungskooperationen und Vergaberecht, S. 142f.; Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 180.

⁸³ So bspw. bereits Klingshirn, BayVBl. 1967, 299, 303 m.w.N.; Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 180f.

⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08, KommJur 2009, 424 m. Anm. Braun = GewArch 2009, 484 m. Anm. Schönleiter = JZ 2009, 1167 m. Anm. Winkler

⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 Rn. 34 - juris.

⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 Rn. 35 - juris.

⁸⁷ BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 LS.; das *tatsächliche* Vorliegen einer materiellen Privatisierung verneinend Winkler, JZ 2009, 1171.

⁸⁸ BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 LS.

Wirkungskreises vollständig erhalten.⁸⁹ Auch könne die Gemeinde die Angelegenheiten im Rahmen einer funktionellen Privatisierung nach dem Betreiber- bzw. Betriebsführungsmodell ausführen lassen. Hierbei sei es jedoch erforderlich, dass sich die Gemeinde stets Einfluss- und Kontrollrechte auf die Leistungen vorbehält.⁹⁰

Das BVerwG stellt ausdrücklich klar, dass seine Ausführungen nur für die Ausübung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gelten.⁹¹ Bei einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde „wird die Frage einer Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes anders zu beantworten sein“.⁹²

2.5.2.3 Stellungnahme

Die dargestellte Kritik setzt bereits am Fundament der Rechtsfigur der Zweckvereinbarung an, sofern sie ausschließlich eine Zuständigkeitsdelegation beinhaltet. Im Ergebnis läuft die Kritik darauf hinaus, dass eine solche „bloße“ Zuständigkeitsübertragung verfassungsrechtlich unzulässig sein soll. Dem ist zuzustimmen.⁹³

Die Kommunen und Gebietskörperschaften haben aus Art. 28 GG die verfassungsrechtlich gegebene Zuständigkeit zur Wahrnehmung ihrer Selbstverwaltungsangelegenheiten. Diese Zuständigkeit erfasst neben den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch sämtliche Aufgaben, welche nicht durch Bund oder Länder wahrgenommen werden. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG weist dem kommunalen „Teilvolk“ zudem die Entscheidung darüber zu, wen es als Vertreter für die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch Wahlen bestimmt. Die den Kommunen zugewiesenen Aufgaben sind örtlich auf das Hoheitsgebiet der Gebietskörperschaften begrenzt und dürfen ausschließlich in diesem Gebiet wahrgenommen werden.

Entschließt sich nun eine Gebietskörperschaft dazu, die ihr zugewiesenen Aufgaben nicht selbst auszuführen, sondern einen Dritten mit der Ausführung zu betrauen, so entledigt sich die Gebietskörperschaft ihr obliegender Aufgaben; die demokratische Legitimationskette wird unterbrochen.

Eine das Demokratieprinzip nicht verletzende und damit zulässige Übertragung von Aufgaben kann nur dadurch gewährleistet werden, dass sich der originäre Aufgabenträger

⁸⁹ BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 Rn. 32 - juris.

⁹⁰ BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 Rn. 33 - juris.

⁹¹ BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 Rn. 30 - juris.

⁹² BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 Rn. 30 - juris.

⁹³ Döbling, Verwaltungskooperationen und Vergaberecht, S. 143f.

Überwachungs- und Einwirkungsrechte vorbehalten, welche gewährleisten, dass die abgegebene Aufgabe ordnungsgemäß und zuverlässig erledigt wird.⁹⁴ Dieses Erfordernis entspricht der ständigen Rechtsprechung des BVerfG zur Privatisierung von Staatsaufgaben⁹⁵ und ist auch für die Übertragung von Staatsaufgaben auf andere Träger öffentlicher Gewalt in Anschlag zu bringen. Es ist rechtlich unbeachtlich, ob eine Aufgabe an einen Privaten oder einen Träger öffentlicher Gewalt übertragen wird. Entscheidend im Rahmen des Art. 20 Abs. 2 GG ist allein, dass sich die Kette demokratischer Legitimation auf denjenigen zurückführen lässt, dem die Ausführung der Aufgabe verwaltungsorganisationsrechtlich zugeordnet ist. Nur so kann die Stimme des Wahlberechtigten überhaupt Einfluss auf die Wahrnehmung der ihn betreffenden Selbstverwaltungsangelegenheiten haben.

Nimmt hiernach eine Kommune Aufgaben außerhalb ihres Hoheitsbereiches wahr, so wird ein Hoheitsträger auf fremdem Hoheitsgebiet tätig, ohne hierzu demokratisch legitimiert zu sein.⁹⁶ Zudem entledigt sich die übertragende Einrichtung ihrer Möglichkeit, Einfluss auf die Ausführung der Aufgabe zu nehmen. Koch verweist zutreffend darauf, der (niedersächsische) Gesetzgeber habe aus diesem Grunde vorgesehen, dass mit der Übertragung der Zuständigkeit nicht auch Rechtsetzungsbefugnisse übergehen sollen.⁹⁷ Dies soll das „demokratische Problempotential der Zweckvereinbarung“ erheblich verringern.⁹⁸ Hiermit soll nach dem Willen des Gesetzgebers gewährleistet werden, dass Rechtssätze „für ihren gesamten örtlichen Anwendungsbereich demokratisch legitimiert sind“.⁹⁹ Hierbei nimmt der Niedersächsische Landtag ausdrücklich Bezug auf den dargestellten Beschluss des BVerfG vom 08.03.2002 zum Anschluss des Brandenburgischen an das Berliner Versorgungswerk der Architekten.¹⁰⁰ Nach Ansicht des Landtages dürfen Gemeinden und Landkreise nicht auf eine Mitwirkung an der Normsetzung verzichten. Verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter ist Trägern öffentlicher Gewalt nur dann gestattet, wenn das Volk maßgeblichen Einfluss auf dieses Handeln behält.¹⁰¹

⁹⁴ Döbling, Verwaltungskooperationen und Vergaberecht, S. 144.

⁹⁵ So zuletzt BVerfG, Urteil vom 18.1.2012 – 2 BvR 133/10, BVerfGE 130, 76 Rn. 164ff. m.w.N.; hierzu Schladebach/Schönrock, NVwZ 2012, 1011, 1013f.; zu Abwasserkonzessionsverträgen Kühne, LKV 2006, 489, 490f.; Fenzel/Biesecke, LKV 2007, 296, 297f.; Fischer/Zwetkow, NVwZ 2003, 281, 289.

⁹⁶ So auch Koch, NdsVBl. 2004, 151, 153.

⁹⁷ Koch, NdsVBl. 2004, 151, 153; so auch Brosius-Gersdorf, AöR 130 (2005), 392, 440.

⁹⁸ Winkler, Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, S. 62.

⁹⁹ Nds. Landtag LT-Drs. 15/340 S. 24.

¹⁰⁰ Nds. Landtag LT-Drs. 15/340 S. 24.

¹⁰¹ So wörtlich BVerfG, Beschluss vom 5.12.2002 - 2 BvL 5/98, BVerfGE 107, 59; vgl. auch Ohler, AöR 131 (2006), 336, 350.

Die Frage nach dem richtigen hoheitlichen Berechtigten und Verpflichteten eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses bedarf als wesentliche Frage für die grundrechtliche Rechtsstellung des Bürgers aber grundsätzlich einer gesetzlichen Regelung.¹⁰² Dementsprechend beinhalten die Landesverfassungen der meisten deutschen Bundesländer eine Vorschrift, welche vorsieht, dass die „Regelung der Zuständigkeiten durch Gesetz erfolgt“.¹⁰³

Aus der Entscheidung des BVerwG zum Offenbacher Weihnachtsmarkt lässt sich zudem jedenfalls für nichtwirtschaftliche Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft ein Verbot der vollständigen Aufgabe der Zuständigkeit für die Durchführung solcher Aufgaben ableiten. In diesem Bereich besteht nicht nur ein Recht zur Ausführung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, sondern auch eine entsprechende Verpflichtung. Soll die Durchführung durch einen Dritten erfolgen, so muss sich die originär zuständige Einrichtung entsprechende Einflussnahmemöglichkeiten vorbehalten, um die Ausführung der Aufgabe gewährleisten zu können.

2.5.3 Zwischenergebnis

Die genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben verbieten, dass sich eine Gebietskörperschaft ihr obliegender Aufgaben vollständig entledigt. Aufgrund der erforderlichen Rückbeziehung staatlichen Handelns auf demokratisch legitimierte Vertreter muss sich die übertragende Körperschaft stets umfassende Einwirkungs- und Kontrollrechte auf die Leistungserbringung vorbehalten.¹⁰⁴ Anderenfalls kann das Handeln eines Hoheitsträgers auf fremdem Hoheitsgebiet verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden. Aufgrund der nicht delegierbaren verfassungsrechtlichen Verantwortlichkeit für die Erbringung kommunaler Aufgaben hat sich die übertragende Gebietskörperschaft ein Kündigungsrecht bei Schlechterfüllung vorzubehalten. Die Vereinbarung muss zudem eine zeitliche Begrenzung aufweisen, um eine dauerhafte, dem Erfordernis demokratischer Legitimation zuwiderlaufende Veränderung verfassungsrechtlich vorgegebener Zuständigkeiten zu vermeiden.¹⁰⁵

¹⁰² Ohler, AöR 131 (2006), 336, 365.

¹⁰³ So Art. 77 S. 1 Verf. NRW; Lange, Kommunalrecht, 1. Auflage 2013, Kapitel 19 Rn. 18.

¹⁰⁴ Winkler, Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, S. 62f.; Lange, Kommunalrecht, 1. Auflage 2013, Kapitel 19 Rn. 18 m.w.N.; Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 180f. m.w.N.; ausführlich unten 2.7.

¹⁰⁵ S.u. 2.6.

2.6 Befristung

Nach den Regelungen der meisten Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit sollen die Zweckvereinbarungen zeitlich begrenzt sein.¹⁰⁶ Ist die Geltungsdauer der Vereinbarung nicht befristet¹⁰⁷ oder ist sie auf mehr als 20 Jahre¹⁰⁸ geschlossen, so muss die Vereinbarung bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form sie von einem Beteiligten gekündigt werden kann.¹⁰⁹ Eine Kündigung aus wichtigem Grund soll stets, auch wenn dieses nicht ausdrücklich vereinbart wurde, zulässig sein.¹¹⁰

Abweichend hiervon haben einige Bundesländer die folgenden Regelungen über die zeitliche Dauer der Zweckvereinbarung getroffen: Nach § 5 NKomZG kann die Zweckvereinbarung befristet oder unbefristet geschlossen werden, jedoch ist nach § 6 Abs. 2 Satz 1 NKomZG die Folge einer Kündigung zu regeln, sodass stets eine Kündigungsmöglichkeit besteht. § 4 KomZG R-P bestimmt die Anwendbarkeit von §§ 57, 60-62 VwVfG, welcher in § 60 VwVfG ein außerordentliches Kündigungsrecht vorsieht.¹¹¹ § 5 Abs. 1 GkG-LSA sieht vor, dass in der Zweckvereinbarung Bestimmungen über deren Änderung oder Auflösung sowie den Austritt von Mitgliedern zu treffen sind, sodass ein Austritt stets möglich ist. Ebenso erwähnt § 72 Abs. 3 Satz 3 KomZG Sachsen das Ausscheiden eines Beteiligten an der Zweckvereinbarung.

Hintergrund dieser Regelung ist es, dass es Gemeinden aufgrund der Zuweisung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verwehrt ist, die ihnen zugewiesenen Kompetenzen endgültig auf andere Verwaltungsträger zu übertragen, sog. „Delegation quod substantiam“.¹¹² Hierzu gelten die Ausführungen unter 2.5.2 entsprechend. Eine unbefristete Delegation ist danach verfassungsrechtlich unzulässig. Eine zeitliche Befristung ist stets vorzusehen.

¹⁰⁶ So die Regelungen in

¹⁰⁷ So in § 18 Abs. 3 GkZ S-H geregelt.

¹⁰⁸ Im Fall des § 17 Abs. 3 KGG Saarland 10 Jahre.

¹⁰⁹ So § 25 Abs. 3 KomZG Baden-Württemberg; Art. 14 Abs. 3 KomZG Bayern; § 7 Abs. 5 Satz 2 GKG Bbg.; § 24 Abs. 3 KGG Hessen; § 165 Abs. 6 KommVerf M-V; § 23 Abs. 5 GkG NRW; § 13 Abs. 3 KGG Thüringen.

¹¹⁰ Kunze/Hekking, GkZ BW-Kommentar, § 25 Rn. 12.

¹¹¹ So auch der Inhalt der Zweckvereinbarung über die Behandlung, Verwertung und Beseitigung von Bioabfällen zwischen der Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern und den Städten Ludwigshafen/Rhein, Speyer, Frankenthal/Pfalz, Neustadt/Weinstraße und Worms, sowie die Landkreise Alzey-Worms, Rhein-Pfalz-Kreis und Bad Dürkheim, ABl. Der Stadt Speyer 9/2013 S. 6, § 6.

¹¹² So Scheps, Das Örtlichkeitsprinzip im kommunalen Wirtschaftsrecht, S. 214 mit Verweis auf W. Rudolf in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 6, 3. Auflage 2008, § 141 Rn. 69, welcher jedoch nur die (zulässige) Übertragung quod substantiam auf Länderebene behandelt.

2.7 Mitwirkungsrechte / Rechtssetzungskompetenz

Die Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit mit Ausnahme des KGG Saarland sehen vor, dass der übertragenden Einrichtung weiterhin Rechte bezüglich der übertragenen Aufgabe zustehen können.¹¹³ Typischerweise enthalten die Gesetze eine Regelung wie folgt:

In der Vereinbarung kann den übrigen Beteiligten ein Mitwirkungsrecht bei der Erfüllung oder Durchführung der Aufgaben eingeräumt werden.¹¹⁴

Der Wortlaut der jeweiligen Bestimmungen legt darüber hinaus nicht den genauen Inhalt und Umfang der vereinbarten Rechte fest. Wie die Ausgestaltung im Einzelnen vorgenommen wird, hängt von der jeweiligen Vereinbarung ab. So reicht die Spannweite der Mitwirkungsrechte von Informations- und Mitberatungsrechten bis hin zu Zustimmungsvorbehalten.¹¹⁵

Abgesehen von der Möglichkeit, Mitwirkungsrechte zu vereinbaren, enthalten die Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit spezielle Regelungen über das mit der übertragenen Aufgabe einhergehende Recht, Satzungen zu erlassen. So bestimmt exemplarisch § 25 GkG NRW:¹¹⁶

(1) Durch die Vereinbarung kann die zur Erfüllung gemeinsamer Aufgaben verpflichtete Körperschaft ermächtigt werden, die Benutzung einer Einrichtung durch eine für das gesamte Gebiet geltende Satzung zu regeln.

(2) 1Die Körperschaft kann im Geltungsbereich der Satzung alle zur Erfüllung erforderlichen Maßnahmen wie im eigenen Gebiet treffen. 2Das Recht zur Erhebung von Steuern ist hiervon ausgenommen.

Abweichend hiervon bestimmt § 13 Abs. 2 KomZG Rheinland-Pfalz, dass das Satzungsrecht stets mit übergeht. Satzungen und Verordnungen, die der beauftragte Beteiligte auch für die übrigen Beteiligten erlässt, bedürfen jedoch deren Zustimmung.¹¹⁷

¹¹³ Übersicht bei Lange, Kommunalrecht, 1. Auflage 2013, Kapitel 19 Rn. 74f.

¹¹⁴ § 23 Abs. 3 GkG NRW; ähnlich Art. 10 Abs. 2 KomZG Bayern: „Recht auf Anhörung oder Zustimmung in bestimmten Angelegenheiten“

¹¹⁵ Kunze/Hekking, GkZ BW-Kommentar, § 25 Rn. 8.

¹¹⁶ Inhaltsgleich mit Ausnahmen hinsichtlich der Behandlung der Steuern: § 26 KomZG Baden-Württemberg; Art. 11 KomZG Bayern; § 25 Abs. 1 S. 2-4 KGG Hessen; § 166 KommVerf M-V; § 5 Abs. 4 S. 2 KomZG Nds.; § 19 KGG Saarland; § 19 KomZG S-H; § 10 KGG Thüringen.

¹¹⁷ Hierzu Winkler, Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, S. 62.

§ 4 Abs. 2 GkG LSA bestimmt ebenfalls, dass das Satzungs- und Ordnungsrecht stets übergeht, es sei denn, etwas anderes wird vereinbart. Eine Zustimmung der übertragenden Einrichtung ist nicht erforderlich. Eine vergleichbare Regelung trifft § 72 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 i.V.m. § 60 Abs. 3 KomZG Sachsen.

Die Literatur verweist jedoch zutreffend darauf, dass die Vereinbarung von Mitwirkungsrechten bei der delegierenden Zweckvereinbarung erforderlich sein soll, auch wenn dies gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist.¹¹⁸ Hintergrund dieser Auffassung ist das bereits unter 2.5.2 dargestellte Erfordernis der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns. Die übertragende Einrichtung muss sich Rechte vorbehalten, welche ihr eine effektive Einflussnahmemöglichkeit auf die Ausführung der übertragenen Aufgabe ermöglichen.¹¹⁹

2.8 Kostenerstattung

Einige Bundesländer haben in ihren Gesetzen über die kommunale Zusammenarbeit Regelungen über die Kosten für die Ausführung der mit der Zweckvereinbarung übertragenen Aufgaben vorgesehen. So sieht § 5 Abs. 5 Satz 1 KomZG Nds. vor, dass

Die Zweckvereinbarung [...] sicher [stellt], dass der die Aufgabe übernehmende Beteiligte seine durch die Erfüllung der Aufgabe entstehenden Kosten decken kann.

Weitere Bundesländer¹²⁰ haben bestimmt, dass

In der Vereinbarung [...] eine angemessene Kostenerstattung vorgesehen werden [soll], die in der Regel so zu bemessen ist, daß die durch die Übernahme oder Durchführung entstehenden Kosten gedeckt werden.

Andere Bundesländer wiederum sehen eine gleichlautende Regelung vor, beinhalten jedoch eine „kann“-Bestimmung.¹²¹ Die Gesetze von Baden-Württemberg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Sachsen und Mecklenburg-Vorpommern

¹¹⁸ Köhler/Held in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht NRW, 31. EL 2013, Band 2, § 24 GkG Rn. 6; Müller, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht S. 19 m.w.N.; Raabe, VergabeR 2012, 697, 709; Beckmann/Gesterkamp, AbfallR 2003, 227, 230 mit Hinweis auf das Übermaßverbot; Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 188; ausführlich unten 2.4.8.4.

¹¹⁹ Lange, Kommunalrecht, 1. Auflage 2013, Kapitel 19 Rn. 18 m.w.N.

¹²⁰ § 23 Abs. 3 GkG NRW, § 17 Abs. 2 KGG Saarland; § 7 Abs. 4 GkG Bbg.

¹²¹ Art. 10 Abs. 3 KomZG Bayern, hierzu VG Regensburg, Urteil vom 22.9.2005 – RN 3 K 04.02552 Rn. 51 – juris; § 9 Abs. 3 KGG Thüringen.

sehen keine (ausdrückliche) Möglichkeit der Kostenerstattung für die Durchführung der übertragenen Aufgabe vor.

Aus den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit folgt jedoch, dass eine Kostenerstattung stets zu vereinbaren ist.¹²² Dieser Befund bestätigt sich zunächst durch die vergaberechtliche Rechtsprechung zu delegierenden Zweckvereinbarungen. In den dort entschiedenen Fällen war eine Kostenregelung stets Bestandteil der Zweckvereinbarungen.¹²³ Die Frage, ob eine solche Kostenerstattung stets zu vereinbaren ist, hat die Rechtsprechung bislang nicht und die Literatur nur am Rande behandelt. Im Folgenden soll versucht werden, dieses Ergebnis dogmatisch zu fundieren:

2.8.1 Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Bereits auf Verfassungsebene sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG verankert. Entsprechende Regelungen finden sich in § 6 HGrG sowie den jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen. So sieht beispielsweise § 64 Abs. 2 Nr. 1 KVerfBbg vor, dass die Kommune zur Erfüllung ihrer Aufgaben die erforderlichen Erträge aus speziellen Entgelten für die von ihr erbrachten Leistungen zu beschaffen hat. Das Kommunalverfassungsrecht gibt den Kommunen damit auf, Leistungen nur dann zu erbringen, wenn eine entsprechende Gegenleistung erfolgt. Eine freiwillige kostenfreie Leistungserbringung für Dritte ist nicht vorgesehen.

Die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sollen die bestmögliche Nutzung der öffentlichen Ressourcen sicherstellen.¹²⁴ Hierbei stellt die Wirtschaftlichkeit das Leitprinzip des gesamten Haushaltsrechts dar.¹²⁵ Nach § 1 Satz 2 HGrG sind Bund und Länder

¹²² So auch Müller, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht S. 83 Fn. 386; zustimmend Günther, Die Privatisierung kommunaler Einrichtungen und die interkommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, S. 271; vgl. auch Kunze/Hekking, GkZ BW-Kommentar, § 25 Rn. 6; Döbling, Verwaltungskooperationen und Vergaberecht, S. 130f. geht davon aus, dass eine Kostenerstattung „in der Regel“ erfolge, ohne jedoch auf die Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einzugehen; siehe auch Zweckvereinbarung über die Behandlung, Verwertung und Beseitigung von Bioabfällen zwischen der Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern und den Städten Ludwigshafen/Rhein, Speyer, Frankenthal/Pfalz, Neustadt/Weinstraße und Worms, sowie die Landkreise Alzey-Worms, Rhein-Pfalz-Kreis und Bad Dürkheim, ABl. Der Stadt Speyer 9/2013 S. 6ff., § 2.

¹²³ VG Meiningen, Urteil vom 17.9.2013 – 2 K 440/12 Me Rn. 2 – juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.7.2011 – Verg 39/11, ZfBR 2014, 712; OLG Naumburg, Beschluss vom 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58; dies erkennt auch Raabe, VergabeR 2012, 697, 709; Zweckvereinbarung über die Behandlung, Verwertung und Beseitigung von Bioabfällen zwischen der Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern und den Städten Ludwigshafen/Rhein, Speyer, Frankenthal/Pfalz, Neustadt/Weinstraße und Worms, sowie die Landkreise Alzey-Worms, Rhein-Pfalz-Kreis und Bad Dürkheim, ABl. der Stadt Speyer 9/2013 S. 6ff., § 2.

¹²⁴ von Lewinski/Burbar, Haushaltsgrundsätzegesetz Kommentar, 1. Auflage 2013, § 6 Rn. 2.

¹²⁵ von Lewinski/Burbar, Haushaltsgrundsätzegesetz Kommentar, 1. Auflage 2013, § 6 Rn. 6.

verpflichtet, ihr Haushaltsrecht nach den Grundsätzen des HGrG zu regeln. Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit finden auch im kommunalen Bereich Anwendung. Sie stellen eine gesetzliche Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie dar.¹²⁶ So sieht § 91 Abs. 3 Satz 1 Kommunalverfassung Bbg. vor, dass die Gemeinde im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung für eine Leistungsübertragung auf private Anbieter zu sorgen hat, wenn diese die Leistungen wirtschaftlicher erbringen können.

Das Wirtschaftsverhalten der Kommunen muss mit den gesetzlich zugewiesenen Aufgaben erkennbar im Zusammenhang stehen und darf keine unverhältnismäßig hohen Kosten hervorrufen.¹²⁷ Die gerichtliche Überprüfung des Gebotes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist auf eine kostenbezogene oder aufgabenbezogene Unvertretbarkeit¹²⁸ begrenzt. Eine rechtmäßige Anwendung des Gebotes erfordert darüber hinaus die Durchführung angemessener Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für sämtliche finanzwirksamen Maßnahmen.¹²⁹

Im Rahmen eines Rechtsstreites über das Verhalten eines wasserrechtlichen Verbandes entschied das VG Lüneburg im Jahr 2010 zu den Anforderungen an wirtschaftliches Handeln, dass der

*Verband [...] ein Wirtschaftsverhalten dann für erforderlich halten [darf], wenn diese Lösung unter dem Blickwinkel der Verbandsaufgaben und der konkreten Kosten noch als angemessen angesehen werden kann, d.h. wenn für das Wirtschaftsverhalten sachlich einleuchtende Gründe sprechen.*¹³⁰

2.8.2 Übertragung der Grundsätze auf die delegierende Zweckvereinbarung

Überträgt man diese Anforderungen an die Erfüllung des Wirtschaftlichkeitsgebotes auf den Abschluss einer Zweckvereinbarung, mit der eine Gebietskörperschaft die Ausführung der Aufgaben anderer Gebietskörperschaften übernimmt bzw. zusätzlich die Zuständigkeit für die Ausführung übernimmt, kann auf eine Kostenerstattung nur in den seltensten Fällen verzichtet werden.

¹²⁶ Schmidt, Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, 7. Auflage 2005 S. 43; Hüsken/Mann, DÖV 2005, 143.

¹²⁷ So VG Lüneburg, Beschluss vom 7.7.2010 – 3 B 41/10, NVwZ-RR 2010, 764.

¹²⁸ VG Lüneburg, Beschluss vom 7.7.2010 – 3 B 41/10, NVwZ-RR 2010, 764; von Lewinski/Burdat, Haushaltsgrundsätzegesetz Kommentar, 1. Auflage 2013, § 6 Rn. 6 „Verhältnismäßigkeitskontrolle“.

¹²⁹ von Lewinski/Burdat, Haushaltsgrundsätzegesetz Kommentar, 1. Auflage 2013, § 6 Rn. 9.

¹³⁰ VG Lüneburg, Beschluss vom 7.7.2010 – 3 B 41/10, NVwZ-RR 2010, 764.

Die freiwillige unentgeltliche Übernahme fremder Pflichten ließe sich nur dann als wirtschaftlich rechtfertigen, wenn sich belastbar begründen lässt, dass der übernehmenden Einrichtung finanzielle Vorteile durch die Übernahme entstehen können. Praktisch ist ein solcher Fall zwar denkbar, in der Regel dürfte diese Voraussetzung jedoch nicht erfüllt sein. Es ist kaum davon auszugehen, dass es einer Kommune gelingen könnte, ihre Ausgaben für die Erfüllung einer Aufgabe zu senken, wenn sie die Aufgabe zusätzlich auf fremdem Hoheitsgebiet erbringt. Bei übernommenen Aufgaben handelt es sich nicht um gesetzlich zugewiesene Aufgaben, sodass eine Leistungserbringung ohne Kostenerstattung nicht mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vereinbar ist.

Ausnahmen sind nur dann möglich, wenn als Kompensation für die Wahrnehmung der Aufgabe auch das Satzungsrecht, bzw. das Recht, Gebühren für die zu erbringende Leistung zu erheben, auf die übernehmende Gebietskörperschaft übergeht. Hierdurch erlangt die übernehmende Körperschaft die Möglichkeit, auf eigenes Risiko die Kosten für die Leistungserbringung zu amortisieren. Eine solche Konstellation stellt eine Dienstleistungskonzession dar.¹³¹

Aus diesem Grund hat sich der brandenburgische Gesetzgeber dafür entscheiden, dass bei einer delegierenden Zweckvereinbarung der Verbleib der Satzungs- und Verordnungskompetenz bei der abgebenden Einrichtung bestimmt werden „kann“. Die Abgabenhöhe geht damit grundsätzlich mit auf die empfangende Einrichtung über, § 7 Abs. 2 GkG Bbg. Als Begründung führt der brandenburgische Gesetzgeber an, dass die Abgabenhöhe der Finanzierung der Aufgabenerfüllung dienen soll.¹³²

Hieraus folgt, dass eine delegierende Zweckvereinbarung stets eine Kostenerstattung vorsehen muss, um den Anforderungen an die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gerecht zu werden. Ausnahmen sind nur dann zulässig, wenn sich die übertragene Aufgabe selbst finanziert, etwa bei dem Übergang des Rechts zur Gebührenerhebung.

2.9 Genehmigungspflicht

Sämtliche Landesgesetze sehen vor, dass der Abschluss einer delegierenden Zweckvereinbarung der Genehmigung durch die jeweilige Aufsichtsbehörde bedarf.¹³³ In

¹³¹ Döbling, Verwaltungskooperationen und Vergaberecht, S. 131.

¹³² So auch die Gesetzesbegründung LT Bbg. Drucksache 5/8411 Gesetzentwurf der Landesregierung Gesetz zur Stärkung der kommunalen Zusammenarbeit S. 58.

¹³³ Etwa § 24 Abs. 2 GkG NRW.

einigen Bundesländern ist diese Genehmigungspflicht auf bestimmte Arten der delegierenden Zweckvereinbarung beschränkt. So sieht § 41 Abs. 3 Nr. 1 BbgGkG vor, dass delegierende Zweckvereinbarungen nur genehmigungspflichtig sind, „soweit durch sie pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben, Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung oder Auftragsangelegenheiten gemäß § 3 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 übertragen werden“. Hintergrund ist, dass die Zuständigkeitsdelegation Außenwirkung hat, sodass eine besondere Kontrolle für erforderlich gehalten wird.¹³⁴

2.10 Ergebnis

Das in den Gesetzen über die kommunale Zusammenarbeit vorgesehene Instrument der Zweckvereinbarung ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, mit welchem Träger öffentlicher Gewalt Regelungen über die Ausführung ihnen obliegender Aufgaben treffen können. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Gebietskörperschaft die Aufgabe für eine andere erbringt (mandatierende Vereinbarung) oder dadurch, dass die übernehmende Gebietskörperschaft die Zuständigkeit für die Ausführung der Aufgabe übernimmt (delegierende Vereinbarung). Die delegierende Vereinbarung entfaltet aus diesem Grund Rechtswirkungen für Dritte und unterliegt einer Genehmigungs- und Bekanntmachungspflicht.

Die Landesgesetze sehen vor, dass mit dem Abschluss einer Zweckvereinbarung zusätzliche Vereinbarungen bezüglich der Kostenerstattung, verbleibender Einwirkungs- und Mitspracherechte sowie der zeitlichen Geltungsdauer der Vereinbarung getroffen werden können, wobei unterschiedliche Ermessensmaßstäbe anzutreffen sind. Im Rahmen delegierender Vereinbarungen verbleibt das Satzungsrecht grundsätzlich bei der übertragenden Gebietskörperschaft, dieses kann aber auch übertragen werden.

Unter Beachtung des Demokratieprinzips sowie dem aus Art. 28 Abs. 2 GG folgenden Verbot der Entäußerung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft ergeben sich strenge Anforderungen an den Abschluss einer den Anforderungen des nationalen Verfassungsrechts genügenden delegierenden Zweckvereinbarung.

Aus denselben verfassungsrechtlichen Vorgaben kann eine Übertragung von Normsetzungsbefugnissen nur dann zulässigerweise vereinbart werden, wenn für die übertragende Gebietskörperschaft die Möglichkeit besteht, auf den Inhalt Einfluss zu

¹³⁴ So die Gesetzesbegründung LT Bbg. Drucksache 5/8411, Gesetzentwurf der Landesregierung Gesetz zur Stärkung der kommunalen Zusammenarbeit S. 101.

nehmen und gegebenenfalls ein Veto einlegen zu können. Das Handeln von Hoheitsträgern auf fremdem Hoheitsgebiet darf nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht ohne eine bestehende Legitimationskette auf das kommunale „Teilvolk“ der betreffenden Gebietskörperschaft ausgeübt werden. Eine Entäußerung verfassungsrechtlich eingeräumter Rechtssetzungsbefugnisse ist weder vorgesehen, noch mit Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG vereinbar.

Schließlich folgt aus dem haushaltsrechtlichen Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit staatlicher Ausgaben, dass die Übernahme einer fremden Zuständigkeit nur gegen eine entsprechende Kostenerstattungspflicht zulässig ist.

Kurz zusammengefasst muss eine delegierende Zweckvereinbarung neben der Übertragung der Zuständigkeit zwingend folgende Regelungen treffen: Ein- bzw. Mitwirkungsrechte des Deleganten; Vetorecht beim Übergang von Rechtssetzungsbefugnissen; zeitliche Beschränkung der Vereinbarung; Kündigungsrecht bei Schlechtleistung; Kostenerstattung für die übertragene Aufgabe.

3 Verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Rahmen für die Kooperationshoheit

Nachdem nun der der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit, nämlich der Inhalt einer delegierenden Zweckvereinbarung, feststeht, soll im Folgenden untersucht werden, inwieweit die Freiheit zum Abschluss delegierender Zweckvereinbarungen verfassungsrechtlich geschützt ist. Da das Vergaberecht, wie noch zu zeigen sein wird, bestimmte Vorgänge als ausschreibungspflichtige Aufträge ansieht, ist zu klären, inwieweit sich das Vergaberecht verfassungsrechtlichen Vorgaben beugen muss. Da das Vergaberecht umgesetztes Richtlinienrecht der EU darstellt, ist insbesondere zu prüfen, ob und inwieweit der im nationalen Recht bestehende Schutz für die Möglichkeit des Abschlusses delegierender Zweckvereinbarungen für die EU überhaupt zu beachten ist. Außerdem sind völkerrechtliche Einflüsse zu berücksichtigen.

3.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG benennt dieses Recht als „Recht auf Selbstverwaltung“. Die Norm bindet primär die Bundesländer, da sie ausdrücklich an diese adressiert ist. Im Verhältnis zu den Ländern ist Art. 28 Abs. 2 GG unmittelbar geltendes Recht, da es sich um eine sog.

Durchgriffsnorm handelt.¹³⁵ Der Bund wird durch Art. 28 Abs. 2 GG nur insoweit gebunden, als er die Kommunen betreffendes Recht erlässt.

Die Selbstverwaltungsgarantie beinhaltet das Recht, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Dieser Grundsatz der Allzuständigkeit¹³⁶ bzw. Universalität¹³⁷ umfasst zunächst die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen.¹³⁸ Die Wahrnehmung dieser Aufgaben erfolgt eigenverantwortlich.

Aus der Befugnis zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung der Aufgaben folgt, dass das Grundgesetz auch die nähere Ausgestaltung der Wahrnehmung dieser Aufgaben als Organisationshoheit gewährleistet.¹³⁹ Kommunen kommt über die Organisationshoheit die Befugnis zu, über die innere Verwaltungsorganisation einschließlich der bei der Aufgabenwahrnehmung vorzuschreibenden Abläufe und Zuständigkeiten eigenverantwortlich zu entscheiden.¹⁴⁰ Hintergrund dieser Überlegungen des BVerfG ist, dass eine eigenverantwortliche Regelung der gemeindlichen Angelegenheiten ohne eine gewisse Selbstständigkeit bei der Organisation der Aufgabenwahrnehmung nicht vorstellbar sei.¹⁴¹

Die Allzuständigkeit bezieht sich allein auf die örtlichen Angelegenheiten und damit die sachlichen Aufgaben, nicht aber auf die Organisation der Gemeinde selbst. Das Kommunalrecht setzt mit seinen zahlreichen Regelungen zur Organisation der Gemeinden eine weitgehende Befugnis des staatlichen Gesetzgebers voraus, der Regelung von Organisationsstrukturen seine Vorstellungen zugrunde zu legen.¹⁴² Die Befugnis des Gesetzgebers, den Gemeinden Vorgaben zu ihrer Organisation zu machen, verschafft diesem daher mittelbaren Einfluss auf die Aufgabenerledigung. Dies ist mit der

¹³⁵ So BVerfG, Urteil vom 20.3.1952 - 1 BvR 267/51, BVerfGE 1, 167, 173 f.; Dreier in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 2. Auflage 2006, Art. 28 GG, Rn 92; Hellermann in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2017, Art. 28 GG Rn. 27.

¹³⁶ BVerfG, Beschluss vom 23.11.1988 - 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83, BVerfGE 79, 127 – Rastede.

¹³⁷ BVerfG, Urteil vom 19.11.2002 - 2 BvR 329/97, BVerfGE 107, 1.

¹³⁸ BVerfG, Beschluss vom 23.11.1988 - 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83, BVerfGE 79, 127 – Rastede.

¹³⁹ BVerfG, Beschluss vom 26.10.1994 - 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228 – Gleichstellungsbeauftragte; Nichtannahmebeschluss vom 13.03.2000 – 2 BvR 860/95, NVwZ 2001, 317.

¹⁴⁰ So Mehde in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 28 GG Rn. 65.

¹⁴¹ BVerfG, Beschluss vom 26.10.1994 - 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228 – Gleichstellungsbeauftragte.

¹⁴² BVerfG, Beschluss vom 26.10.1994 - 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228 – Gleichstellungsbeauftragte; BbgVerfG, Beschluss vom 18.11.2004 – 194/03 Rn. 24 – juris.

Regelungskompetenz des Gesetzgebers zur Organisation der Gemeinden „unausweichlich verbunden und auch gewollt“. ¹⁴³

Aus der Organisationshoheit leitet sich als eine Unterkategorie die Kooperationshoheit ab. ¹⁴⁴ Die Kooperationshoheit beinhaltet, dass die Kommunen für einzelne Aufgaben zusammen mit anderen Kommunen gemeinschaftliche Handlungsinstrumente schaffen können. Zudem enthält und begründet sie die Befugnis der Gemeinde, frei entscheiden zu können, eine bestimmte Aufgabe eigenständig oder gemeinsam mit anderen Verwaltungsträgern wahrzunehmen. ¹⁴⁵

Die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung besteht nicht unbegrenzt. Sie unterliegt einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt und wird nur im Rahmen der Gesetze gewährt. Der Gesetzesvorbehalt schränkt die Selbstverwaltungsgarantie dahingehend ein, dass nicht jede staatliche Vorgabe einer spezifischen Rechtfertigung bedarf. Ein Prinzip der Eigenorganisation der Gemeinde enthält die Selbstverwaltungsgarantie, wie bereits dargestellt, gerade nicht, ¹⁴⁶ da die Allzuständigkeit für den Bereich der Organisation nicht gilt.

So hat der Bundesgerichtshof in seiner Areal-Netz-Entscheidung ¹⁴⁷ befunden, dass die Pflicht der Kommunen, die Vorschriften der FKVO zu beachten, nicht deren Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG verletzt, da die Selbstverwaltungsgarantie von vorn herein nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet ist. ¹⁴⁸ Wie die FKVO stellen auch die europäischen Vergaberichtlinien und das hieraus umgesetzte nationale Recht wettbewerbsrechtliche Regelungen dar, deren Ziel es ist, den Binnenmarkt zu fördern und eine wettbewerbliche Beschaffung der öffentlichen Hand herbeizuführen.

Der Gesetzesvorbehalt unterliegt lediglich einer Beschränkung dahingehend, dass der Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie durch die Gesetze nicht verletzt werden darf. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass Art. 28 GG ausdrücklich den Bestand der Kommunen und Gemeinden sichert (Bestandsgarantie). Eine Verletzung des Kernbereichs der Möglichkeit zur Ausübung der Selbstverwaltung ließe den Bestand der Kommunen zu einer

¹⁴³ So wörtlich BVerfG, Beschluss vom 26.10.1994 - 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228 – Gleichstellungsbeauftragte.

¹⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 27.11.1986 – 2 BvR 1241/82, NVwZ 1987, 123, 124; BbgVerfG, Urteil vom 20.1.2000 – VfGBbg 53/98, LKV 2000, 199, 200.

¹⁴⁵ So BVerwG, Urteil vom 23.8.2011 – 9 C 2/11, BVerwGE 140, 245 zur Organisationshoheit.

¹⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 26.10.1994 - 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228 – Gleichstellungsbeauftragte, LS. 1.

¹⁴⁷ BGH, Beschluss vom 28.6.2005 - KVR 27/04, BGHZ 163, 296.

¹⁴⁸ So auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004 – Verg 78/03, NZBau 2004, 398; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 7.9.2004 – 11 Verg 12/04, NZBau 2004, 692; zu diesen Entscheidungen s.u. 5.3.1.1.

formalen Hülle verkommen; eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit wird erstickt.¹⁴⁹

Für die Bestimmung des Kernbereiches der Kooperationshoheit und damit der Grenze zulässiger Einschränkungen dieser Hoheit ist die Rechtsprechung des BVerfG und die dort gezogenen Grenzen gesetzgeberischer Einflussnahme heranzuziehen.

Den Kernbereich der Organisationshoheit definiert das BVerfG wie folgt: Unzulässig sind „Regelungen, die eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Kommunen im Ergebnis ersticken würden“.¹⁵⁰ Es muss den Kommunen „auch ein hinreichender organisatorischer Spielraum bei der Wahrnehmung der je einzelnen Aufgabenbereiche offengehalten werden“.¹⁵¹

Das BVerfG formuliert drei Konstellationen, in denen es die Gewährleistung der Organisationshoheit möglicherweise als unzulässig eingeschränkt ansieht:¹⁵²

- Ein Gesetz, das Verwaltungsbehörden im Rahmen der Fachaufsicht umfassend hinsichtlich der Organisation ihr unterstehender Gemeinden ein jederzeit aktualisierbares Weisungsrecht einräumt
- Ein Verbot, überhaupt andere als gesetzlich vorgegebene Ämter zu errichten
- Eine die zentralen Vertretungs- und Ausführungsorgane lähmende Zergliederung der Verwaltung.

Eine Verletzung des Kernbereiches kann hiernach nur dann vorliegen, wenn den Kommunen jeglicher rechtliche Spielraum hinsichtlich der Organisation der Aufgabenwahrnehmung genommen und durch eine höherrangige Regelung vorgegeben würde. Das gesamte „wie“ der Aufgabenwahrnehmung (Selbstaufführung oder gemeinsame Aufgabenwahrnehmung, Vorgabe der Organisationsform als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich etc.) ist folglich vom „ob“ der Aufgabenwahrnehmung zu trennen. Vorgaben bezüglich der Art und Weise der Ausführung sind vom Gesetzesvorbehalt gedeckt und berühren den Kernbereich grundsätzlich nicht. So hat der VerfGH NRW entschieden, dass eine gesetzliche Regelung, welche die klagenden Kommunen in bestimmten Konstellationen verpflichtet, nicht von ihnen

¹⁴⁹ Hellermann in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2017, Art. 28 GG Rn. 47.

¹⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 26.10.1994 - 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228; BVerwG, Beschluss vom 14.9.2006 – 9 B 2/06, NVwZ 2006, 1404, 1405 Rn. 7; Mehde in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 28 GG Rn. 66.

¹⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 26.10.1994 - 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228; Nichtannahmebeschluss vom 13.3.2000 – 2 BvR 860/95, NVwZ 2001, 317.

¹⁵² BVerfG, Beschluss vom 26.10.1994 - 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228.

selbst gewähltes Personal beschäftigen zu müssen, sei „nicht schon für sich gesehen bedenklich“.¹⁵³

Schliesky folgert aus der Rechtsprechung des BVerfG, dass für die Kommunen de facto kein Schutz gegenüber gesetzgeberischen Aufgabenzugriffen und Organisationsvorgaben besteht und dass aus diesem Grund kaum eine Konstellation einen Eingriff in die Organisationshoheit darstellen wird.¹⁵⁴

Ob diese weitgehende Ansicht im Ergebnis zutreffend ist, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht zu entscheiden sein. Nach den soeben herausgearbeiteten Kernaussagen steht dem nationalen Gesetzgeber ein weiter Spielraum für die Ausgestaltung und Beschränkung der Kooperationshoheit zu. Der geschützte Kernbereich der Selbstverwaltung besteht bezüglich der Organisations- und Kooperationshoheit nur in sehr engen Grenzen.

3.2 Schutz der Kooperationshoheit nach Europarecht

Der Schutzzumfang der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie auf europäischer Ebene hat wesentliche Bedeutung für die Reichweite des Vergaberechts: Die Reichweite der nationalen Selbstverwaltungsgarantie kann für die Auslegung des europäischen Rechts relevant werden, wenn dieses die Kooperationsfreiheit einschränkt. Hierfür ist zunächst erforderlich, dass die kommunale Selbstverwaltungsgarantie auf europäischer Ebene überhaupt zu beachten ist.

Als Teil der bundesdeutschen Staatsgewalt unterliegen auch die Kommunen dem Anwendungsvorrang des Europäischen Unionsrechts.¹⁵⁵ Vorgaben des Europäischen Primär- und Sekundärrechts sind deshalb auch für die Kommunen bindend. An diesem Befund ändert auch die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG nichts, welche nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG die absolute Grenze für die übertragbaren Hoheitsrechte beinhaltet.¹⁵⁶ Die Ewigkeitsgarantie umfasst die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nicht. Diese gehört

¹⁵³ VerfGH NRW, Urteil vom 23.3.2010 – 21/08, Gemeindehaushalt 2010, 281, Rn. 58 – juris.

¹⁵⁴ Schliesky, Die Verwaltung 38 (2005), 339, 361; zustimmend Mehde in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 28 Abs. 2 GG Rn. 71.

¹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 15.7.1964 – Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 - Costa/ENEL Rn. 12; BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010 - 2 BvR 2661/06, NJW 2010, 3422 – Honeywell Rn. 53ff. m.w.N.; Hellermann in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2017, Art. 28 GG Rn. 44.1.

¹⁵⁶ BVerfG, Urteil vom 30.6.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 – Vertrag von Lissabon, BVerfGE 123, 267, LS. 4, Rn. 216ff.; Beschluss vom 14.01.2014 - 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13 - OMT-Beschluss, BVerfGE 134, 366 Rn. 26ff.

nicht zu den unabänderlichen Grundsätzen des Art. 79 Abs. 3 GG.¹⁵⁷ Folglich ist die kommunale Selbstverwaltung nicht europarechtsfest, sodass diesbezügliche Regelungskompetenzen auf die EU übertragen werden dürfen und hierin eingreifendes EU-Recht nicht per se das nationale Verfassungsrecht verletzt.

Ein Achtungsauftrag der „regionalen und lokalen Selbstverwaltung“ ist mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon auf der Ebene des Primärrechts erstmals in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV verankert.¹⁵⁸ Nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV achtet die die Union nun „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“. In der vorherigen Fassung (Art. 6 Abs. 3 EUV-Nizza) war die Achtung der Union auf die „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten beschränkt. Vor der ausdrücklichen Erwähnung der Selbstverwaltung war dem europäischen Recht dieser Begriff damit unbekannt.

Da die Adressaten des europäischen Rechts ausschließlich die Mitgliedstaaten sind, war die EU bislang nicht verpflichtet, die Belange der untergeordneten drei Organisationseinheiten in Deutschland (Länder, Kreise und Gemeinden – Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG) im Rahmen ihrer Gesetzgebung zu berücksichtigen. Art. 28 Abs. 2 GG konnte folglich nur im Rahmen der Umsetzung des europäischen (Richtlinien-)Rechts in nationales Recht durch den Gesetzgeber Berücksichtigung finden.

Im Folgenden soll dargestellt werden, in welchem Umfang das europäische Primärrecht die kommunale Selbstverwaltungsgarantie schützen soll. Lediglich in diesem Umfang besteht ein Achtungsauftrag der Union im Rahmen ihrer Gesetzgebung. Diesem Umstand kommt bei der Auslegung des europäischen Vergaberechts maßgebliche Bedeutung zu.

3.2.1 Bedeutung der nationalen Identität

Aus der Systematik der Vorschrift lässt sich der Begriff der „nationalen Identität“ als Kernbegriff herauslesen. Durch das Wort „jeweilige“ wird zudem klargestellt, dass der Inhalt der nationalen Identität für jeden Mitgliedstaat gesondert festzustellen ist.¹⁵⁹ Als Inhalt der

¹⁵⁷ So die absolut h.M.: Siehe nur Nierhaus in: Sachs, GG, 7. Auflage 2014, Art. 28 Rn. 37; Tettinger/Schwarz, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, 6. Auflage 2010, Art. 28 Rn. 148; Dreier in: Dreier, GG-Kommentar, 2. Auflage 2006, Art. 28 GG Rn. 37 und die dortigen Nachweise; a.A. nur Schmidt-Eichstaedt, KommJur 2009, 249, 253.

¹⁵⁸ Hierzu Knauff, EuR 2010, 725, 742f.; ders., WiVerw 2011, 80, 84ff.; Ruge, WiVerw 2008, 262, 263ff.

¹⁵⁹ Hatje in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 4 EUV Rn. 10.

nationalen Identität werden sowohl die politischen als auch die verfassungsmäßigen Strukturen genannt.

Bei der nationalen Identität handelt es sich zunächst um einen unionsrechtlichen Begriff, welcher unabhängig gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ist. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV bestimmt nicht, was unter den Begriff der nationalen Identität fallen soll. Er verpflichtet die Union dazu, das zu achten, was die Mitgliedstaaten unter ihm verstehen. Durch die Konkretisierung der „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ ist der rechtliche Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen sich zu beachtende Identitätsverständnisse bewegen müssen.¹⁶⁰ Unionsrechtlich können nur solche Identitätsgehalte Achtung für sich beanspruchen, welche unmittelbar in der nationalen Verfassung selbst oder in den Verfahren der mitgliedstaatlichen Verfassung, einschließlich verfassungsrechtlich verankerter oder geschützter Traditionen, niedergelegt sind. Es muss sich um grundlegende Verfassungsentscheidungen der Mitgliedstaaten handeln.¹⁶¹

Das BVerfG hat in seinem Lissabon-Urteil den Bereich des Vorrangs nationalen Rechts vor dem Unionsrecht wie folgt festgehalten:

Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist. Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz folgt dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, und sie widerspricht deshalb auch nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV); anders können die von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden. Insoweit gehen die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand.¹⁶²

¹⁶⁰ Hierzu von Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 4 EUV Rn. 13ff.; Hatje in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 4 EUV Rn. 9ff.

¹⁶¹ EuGH, Urteil vom 22.12.2010 – C-208/09 – Sayn-Wittgenstein, Slg. 2010, I-13693, Rn. 83ff.; Classen in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Auflage 2010, Art. 23 Abs. 1 Rn. 20 ff.; von Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 4 EUV Rn. 16 m.w.N.

¹⁶² BVerfG, Urteil vom 30.6.2009 - 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, BVerfGE 123, 267 LS. 4.

Hiernach ist nicht nur die souveräne Staatlichkeit Deutschlands vor einer Auflösung geschützt, sondern auch der Abgabe identitätsstiftender Kompetenzen an die EU und damit einhergehender schleichender Erosion der Souveränität ein Riegel vorgeschoben.¹⁶³

Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV stellt klar, dass unter die nationale Identität auch die regionale und lokale Selbstverwaltung gehört. Ob diese überhaupt unter die nationale Identität fallen konnte, war vor In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon umstritten.¹⁶⁴ Nach einer Ansicht fällt die in Deutschland über Art. 28 Abs. 2 GG gewährte kommunale Selbstverwaltung nicht unter den Achtungsauftrag des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV. Diese Ansicht beruft sich darauf, dass allein die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten bestimmen, ob und inwiefern die Selbstverwaltung als Teil der jeweiligen nationalen Identität anzusehen ist. Diese Voraussetzung wird deshalb abgelehnt, da die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nicht von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst ist.¹⁶⁵

Die weit überwiegende Auffassung der Literatur sieht in der Aufnahme der Selbstverwaltung „an prominenter Stelle“ im europäischen Primärrecht jedoch eine Überwindung der „Kommunalblindheit“ der EU¹⁶⁶ und sieht sie als vom Achtungsauftrag erfasst an.¹⁶⁷ Als Argument für die Erfassung der „deutschen“ Selbstverwaltungsgarantie wird hierbei vor allem die Entstehungsgeschichte der Vorschrift herangezogen. Die Mehrzahl der Mitgliedstaaten ist zentralistisch organisiert, sodass die Aufnahme der Selbstverwaltungsgarantie von vornherein nur für eine begrenzte Anzahl von Mitgliedstaaten überhaupt praktische Relevanz entfalten kann. Zudem lässt sich in Anbetracht der Tatsache, dass die gesetzgeberische Initiative zur Implementierung der Selbstverwaltungsgarantie insbesondere aus Deutschland kam¹⁶⁸, kaum dahingehend argumentieren, als solle die in Deutschland geltende Selbstverwaltungsgarantie auf europäischer Ebene keinen primärrechtlichen Schutz genießen. Für den belgischen Fall „Coditel Brabant“ hat die Generalanwältin Trstenjak den

¹⁶³ So Hatje in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 4 EUV Rn. 13.

¹⁶⁴ Dagegen bspw. Puttler in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 4 EUV Rn. 48.

¹⁶⁵ So Puttler, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 4 EUV Rn. 19; zweifelnd auch Hellermann in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2017, Art. 28 GG Rn. 26

¹⁶⁶ So Weiß, EuR-Beiheft 1/2011, 47, 58f.; Melin, EuR 2011, 655, 665; Knauff, EuR 2010, 725, 742 m.w.N.; Schwind in: FS Schmidt-Jorzig S. 133, 134; Blanke, DVBl. 2010, 1333; von Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 4 EUV Rn. 16.

¹⁶⁷ von Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 4 EUV Rn. 17; Hatje in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 4 EUV Rn. 14; Kotzur, JÖR 61 (2013), 195, 206; wohl auch Welti, AöR 130 (2005), 529, 565; Knauff, WiVerw 2011, 80, 85.

¹⁶⁸ Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zum Vertrag vom 29.10.2004 über eine Verfassung für Europa, BT-Drs. 15/4939, S. 1; hierzu Puttler, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 4 EUV Rn. 18.

Achtungsauftrag der Union für die Selbstverwaltung mit ausdrücklichem Hinweis auf den Vertrag von Lissabon betont,¹⁶⁹ ohne auf die verfassungsrechtlichen Strukturen in Belgien einzugehen.

Dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV lässt sich durchaus entnehmen, dass der nationale Stellenwert der lokalen und regionalen Selbstverwaltung nicht Bestandteil der „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ des jeweiligen Mitgliedstaates sein muss. Durch das Wort „einschließlich“ wird deutlich, dass die grundlegenden Strukturen die Selbstverwaltung einschließen. Dies trifft auf den Fall von Deutschland zu, da der föderale Aufbau der Bundesrepublik, welcher durch Art. 79 Abs. 3 GG, der Gliederung des Bundes in Länder, der Ewigkeitsgarantie unterliegt, auch durch die Selbstverwaltungsgarantie zum Ausdruck kommt. Hiernach sind die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV für einen Achtungsauftrag der Union für die (deutsche) Selbstverwaltungsgarantie erfüllt.¹⁷⁰

3.2.2 Reichweite der nationalen Identität

Nachdem die Union nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV die nationale Identität der lokalen und regionalen Selbstverwaltung „achtet“, stellt sich somit die Frage, mit welcher Reichweite sich dieser Achtungsauftrag in Bezug auf Deutschland und konkret auf die Kooperationshoheit definieren lässt. Wie sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV ergibt, richtet sich die Reichweite des Inhalts der durch das europäische Recht zu beachtenden Identität ausschließlich nach dem jeweiligen nationalen Recht.

Hiernach liegt es nahe, die nationale Identität auf die jeweiligen Ausprägungen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zu beziehen.¹⁷¹ Bezogen auf die Ausprägungen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in Deutschland sollte folglich jede der genannten Ausprägungen in ihrem Bestand als gesichert angesehen werden.¹⁷²

Die Grenze, wann die nationale Identität i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV die einzelnen Ausprägungen der Selbstverwaltungsgarantie noch erfasst, ist dort zu ziehen, wo das

¹⁶⁹ Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak zu Rs. C-324/07 vom 4.6.2008, Slg. 2008, I-08457 Rn. 85.

¹⁷⁰ Im Ergebnis auch Welti, AöR 130 (2005), 529, 565; Weiß, EuR-Beih. 1/2011, 655, 665.

¹⁷¹ So auch Stern, NdsVBl. 2010, 1, 6; Mehde in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 28 GG Rn. 9.

¹⁷² Knauff, WiVerw 2011, 80, 84.

nationale Verfassungsrecht Eingriffe in den Kernbereich einer Regelung erblickt.¹⁷³ Als Anknüpfungspunkt für eine entsprechende Bewertung ist vorrangig auf die Bewertung der Kooperationshoheit durch das BVerfG abzustellen.¹⁷⁴ Übertragen auf den Fall der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in ihrer Ausprägung als Kooperationshoheit bedeutet dies eine Beschränkung der nationalen Identität auf die Konstellationen, in denen die Organisationshoheit der Kommunen durch eine höherrangige Regelung „erstickt“ wird.¹⁷⁵

Im Ergebnis sind so die unter 3.1 gefundenen Ergebnisse für den zu beachtenden und zu schützenden Kernbereich der Kooperationshoheit auch durch die EU zu beachten. Dieser Anspruch folgt aus Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV und kann von den Kommunen durch den Ausschuss der Regionen mittels der Subsidiaritätsrüge durchgesetzt werden.¹⁷⁶

3.2.3 Stärkung des Subsidiaritätsprinzips

Außerdem steht den Mitgliedstaaten nunmehr die Möglichkeit einer Subsidiaritätsrüge bei behaupteten Verletzungen der lokalen Selbstverwaltung (Art. 5 Abs. 3 EUV) zu. Das Subsidiaritätsprinzip wurde dahingehend erweitert, dass die EU nur tätig werden darf, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch „auf regionaler oder lokaler Ebene“ ausreichend verwirklicht werden können. Nach Art. 12 lit. b) EUV überwachen auch die nationalen Parlamente, wozu in Deutschland auch der Bundesrat gehört,¹⁷⁷ die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips. Das Verfahren der Rüge folgt aus dem Subsidiaritätsprotokoll.¹⁷⁸ Art. 8 Abs. 1 des Subsidiaritätsprotokolls ermöglicht zudem eine Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) der nationalen Parlamente gegen Rechtsakte der EU wegen Verstößen gegen das Subsidiaritätsprinzip. Ebenfalls zu den Klageberechtigten gehört der Ausschuss der Regionen bei Gesetzesvorhaben, bei welchen diesem ein Anhörungsrecht zusteht. Dieses folgt aus Art. 263 Abs. 3 AEUV wegen Verletzung des Anhörungsrechts und aus Art. 8 Abs. 2 des Subsidiaritätsprotokolls bei materiellen Verstößen.

¹⁷³ Stern, NdsVBl. 2010, 1, 6; Mehde in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 28 GG Rn. 9; Röhl in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2013, Kap. 4 Kommunalrecht Rn. 51.

¹⁷⁴ Siehe hierzu oben 3.1.

¹⁷⁵ Siebler, Privilegierung von Public-Public-Partnerships im europäischen Vergaberecht, S. 106ff., 109ff.; Knauff, EuR 2010, 725, 742.

¹⁷⁶ Blanke in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 300 AEUV Rn. 64.

¹⁷⁷ Melin, EuR 2011, 655, 666.

¹⁷⁸ Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 13.12.2007 (ABl. EU 2007 C 306/150); zum Verfahren ausführlich Melin, EuR 2011, 655, 667ff.

3.3 Völkerrechtlicher Einfluss der EKC

Der Grundsatz der Kooperationshoheit ist völkerrechtlich durch die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung (EKC) vom 15.10.1985, welcher die BRD mit Gesetz vom 22.01.1987 zustimmte¹⁷⁹, anerkannt. Die EKC bestimmt in Art. 10 Abs. 1, dass „die kommunalen Gebietskörperschaften [...] bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten berechtigt [sind], zusammenzuarbeiten und im Rahmen der Gesetze Verbände zu bilden, um Aufgaben von gemeinsamem Interesse durchzuführen“. Nach Art. 13 Satz 1 EKC gilt dieser Grundsatz „für alle Arten von kommunalen Gebietskörperschaften, die im Hoheitsgebiet der Vertragspartei bestehen“. In Deutschland umfasst der Anwendungsbereich der EKC folglich Gemeinden und Kreise.¹⁸⁰ Art. 12 EKC erlaubt jedoch jedem Vertragsstaat, aus den 30 Absätzen der Art. 2-11 EKC ein Minimum von lediglich 20 auszuwählen, an die er sich binden will.

Die Charta beinhaltet weder eine institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, noch ist die EG bzw. EU beigetreten.¹⁸¹ Die EU könnte der EKC nicht einmal beitreten, da Art. 15 EKC den Kreis der Beitrittsberechtigten auf Mitglieder des Europarates beschränkt.¹⁸² Für die EU stellt die EKC damit zunächst kein bindendes Recht dar. Zwar hat die Generalanwältin Trstenjak im Fall „Coditel Brabant“ die Bedeutung der Selbstverwaltung mit der EKC begründet¹⁸³, jedoch hat der EuGH dies weder in diesem Verfahren noch in einem späteren aufgegriffen.

In der Literatur wurde bereits vor Inkrafttreten des AEUV wiederholt diskutiert, ob und inwieweit die Bestimmungen der EKC die EG/EU als „allgemeinen Rechtsgrundsatz der EG/EU“ bilden können.¹⁸⁴ Solche allgemeinen Rechtsgrundsätze sind auch vom EuGH über den positivrechtlich geregelten Fall des Art. 340 Abs. 2 AEUV hinaus im Rahmen der Auslegung der Grundrechte zu beachten.¹⁸⁵ Eine solche Geltung haben Teile der Literatur bislang mit einem Hinweis auf die Selektivität der von den ratifizierenden Staaten

¹⁷⁹ BGBl. II, 65; abgedruckt in NVwZ 1988, 1111.

¹⁸⁰ Einzelnachweise bei Thorsten Ingo Schmidt, *Kommunale Kooperation* S. 94.

¹⁸¹ Hierzu Löwer in: von Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012, Art. 28 Rn. 115 m.w.N.; Mehde in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 28 GG Rn. 8; Thorsten Ingo Schmidt, *EuR* 2003, 936.

¹⁸² Thorsten Ingo Schmidt, *EuR* 2003, 936, 947.

¹⁸³ Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak zu Rs. C-324/07 vom 4.6.2008, *Slg.* 2008, I-08457 Rn. 85f.

¹⁸⁴ Schaffarzik, *Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung*, § 35 Rn. 22ff.; Thorsten Ingo Schmidt, *EuR* 2003, 936, 942; Hoffschulte, *DVBl.* 2005, 202, 205.

¹⁸⁵ EuGH, Urteil vom 16.6.2005 - C-105/03 - Maria Pupino, *Slg.* I 2005, 5309 Rn. 58; Urteil vom 23.12.2009 - C-45/08 - Spector Photo Group, *Slg.* I 2009, 12100 Rn. 40.

übernommenen Regelungen der EKC¹⁸⁶ und der Tatsache, dass nicht alle Mitgliedstaaten, allen voran Frankreich, der EKC nicht beigetreten waren¹⁸⁷, abgelehnt. Jedenfalls das letzte Argument hat mit der Ratifizierung der EKC durch Frankreich als letztem EU-Mitgliedstaat¹⁸⁸ am 17.01.2007 und dem damit verbundenen Inkrafttreten am 01.05.2007¹⁸⁹ keine Bedeutung mehr. Hinsichtlich der „à-la-Carte-Klausel“¹⁹⁰ des Art. 12 EKC stellt sich die weitergehende Frage, in wie vielen Mitgliedstaaten die für die Fragestellung dieser Arbeit interessierende Regelung des Art. 10 Abs. 1 EKC für verbindlich anerkannt sein muss, um als „allgemeiner Rechtsgrundsatz“ herangezogen werden zu können. Diese vor allem im Rahmen des Art. 340 AEUV geführte Diskussion¹⁹¹ muss hier nicht abschließend wiedergegeben und entschieden werden.

Art. 10 Abs. 1 EKC statuiert das Recht kommunaler Gebietskörperschaften, zur Erfüllung ihrer Aufgaben zusammenzuarbeiten. Diese Regelung steht damit der im nationalen Verfassungsrecht verankerten Kooperationshoheit gleich, welche in ihrem Wesensgehalt als nationale Identität bereits den Achtungsauftrag des Art. 4 Abs. 2 EUV genießt, s.o. 3.1. Einen weitergehenden Schutz als den Achtungsauftrag bietet die EKC nicht, sodass es keines weiteren allgemeinen Rechtsgrundsatzes bedarf, um der Kooperationshoheit auf unionaler Ebene Geltung zu verschaffen.

Auf der Ebene des nationalen Verfassungsrechts entschied auch das BbgVerfG, dass der Regelungsgehalt der EKC überdies nicht über den Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG hinausgeht, soweit dieser die Kooperationshoheit betrifft¹⁹², sodass ihr auf nationaler und EU-Ebene praktisch keine Bedeutung zukommt.¹⁹³

¹⁸⁶ Thorsten Ingo Schmidt, EuR 2003, 936, 945; a.A. Schaffarzik, Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, § 35 Rn. 45.

¹⁸⁷ Thorsten Ingo Schmidt, EuR 2003, 936, 944.

¹⁸⁸ Puttler in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 4 EUV Rn. 20.

¹⁸⁹ Eine detaillierte Übersicht der beigetretenen Staaten findet sich auf <http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/122/signatures> (zuletzt abgerufen am 30.10.2017).

¹⁹⁰ So Thorsten Ingo Schmidt, EuR 2003, 936, 938.

¹⁹¹ Ausführlich Augsburg in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 340 AEUV Rn. 14; Jacob/Kottmann in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 340 AEUV Rn. 30ff. m.w.N.

¹⁹² BbgVerfG, Urteil vom 20.1.2000 – VfGBbg 53/98, LKV 2000, 199, 202.

¹⁹³ Vgl. Mehde in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 28 GG Rn. 7; Gern, NVwZ 1996, 532, 533; ausführlich Siebler, Privilegierung von Public-Public-Partnerships im europäischen Vergaberecht, S. 106; Klein, Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt, S. 114ff.

3.4 Ergebnis

Das Recht kommunaler Gebietskörperschaften, mit anderen Hoheitsträgern zusammenzuarbeiten, ist als Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie verfassungsrechtlich geschützt. Dieser Schutz ist bereits durch den ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt in Art. 28 Abs. 2 GG nur ein relativer. Die Rechtsprechung des BVerfG und die Literatur erkennen nur einen engen Kernbereich der Kooperationshoheit als unantastbar an. Nur, wenn die Freiheit, eigenverantwortlich handeln zu können, faktisch erdrückt wird, liegt ein ungerechtfertigter Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie vor.

Auf der Ebene des europäischen Primärrechts ist seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV ein Achtungsauftrag der Union zugunsten der regionalen und lokalen Selbstverwaltung enthalten. Diese Rechtsentwicklung stellt das Ende der „Kommunalblindheit“ des Europarechts dar. Die Reichweite des Schutzbereichs der Selbstverwaltung auf europäischer Ebene ist jedoch nicht abschließend geklärt. Da sich der Inhalt der nationalen Identität aus der politischen und verfassungsmäßigen Struktur des jeweiligen Mitgliedstaates definiert, ist von einem Gleichlauf zwischen nationalem Verfassungsrecht unantastbarem Kernbereich und nationaler Identität der regionalen und lokalen Selbstverwaltung auszugehen. Dies ist bei der Frage, inwieweit der Unionsgesetzgeber die Möglichkeiten der Zusammenarbeit zwischen Hoheitsträgern einschränken und einer Ausschreibungspflicht unterwerfen darf, zu berücksichtigen.

4 Vergaberechtliche Grundlagen für die Bewertung von delegierenden Zweckvereinbarungen

Der folgende Abschnitt behandelt den rechtlichen Rahmen für die Frage, ob der Abschluss einer Zweckvereinbarung dem Vergaberecht unterfällt. Hierzu werden einleitend die ökonomische Bedeutung und die mit der Schaffung des Vergaberechts verbundenen Ziele erläutert. Sodann werden der Anwendungsbereich und insbesondere die geschriebenen und ungeschriebenen Ausnahmetatbestände des Vergaberechts sowie deren Rechtfertigung betrachtet.

Als Vergaberecht wird die Gesamtheit der gesetzlichen Regelungen verstanden, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat.¹⁹⁴ Hierzu zählen auf nationaler Ebene das vierte Buch des GWB, die VgV und KonzVgV, die Vergabe- und

¹⁹⁴ So wörtlich BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135, Rn. 2.

Vertragsordnungen sowie für den Bereich der Beschaffung von Verteidigungs- und Sicherheitsgütern die VS-VgV und VOB/A-VS.¹⁹⁵

Das Vergaberecht soll sowohl politische als auch wirtschaftliche Ziele erfüllen. Als politisches Ziel kann sowohl die Vollendung des Binnenmarktes als auch damit zusammenhängend die Durchsetzung der Grundfreiheiten angesehen werden.¹⁹⁶ Die wirtschaftlichen Ziele liegen insbesondere darin, umfassenden Wettbewerb in der EU zu schaffen und die Marktmacht öffentlicher Auftraggeber zu reglementieren, um eine protektionistische Auftragsvergabe zu verhindern.¹⁹⁷

Von diesem Geltungsanspruch des Vergaberechts bestehen Ausnahmen. Diese können zum einen dann eingreifen, wenn gleichrangiges Primärrecht der Geltung des Vergaberechts entgegensteht, wie etwa bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch die Mitgliedstaaten. Zum anderen können Ausnahmen vorliegen, wenn Vorgänge betroffen sind, welche keinerlei Einfluss auf die durch das Vergaberecht konkretisierten Grundfreiheiten haben können. Diese Möglichkeit betrifft vor allem die in dieser Arbeit gegenständliche Konstellation der Eigen- oder gemeinsamen Wahrnehmung von Aufgaben durch Einrichtungen der Mitgliedstaaten.

4.1 Wirtschaftliche Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens

Das Vergaberecht regelt einen wirtschaftlich bedeutenden Bereich. Der Umfang der öffentlichen Vergaben beträgt nach Schätzungen der EU für das Jahr 2017 ca. 2 Billionen Euro, wovon ca. 23 % dieser Aufträge im Supplement zum Amtsblatt der EU ausgeschrieben wurden.¹⁹⁸ Dieser Betrag errechnet sich aus dem Wert EU-weit bekanntgemachter Ausschreibungen. Nach Angaben der Kommission verdankt die EU dem Binnenmarkt im Zeitraum 1992-2006 schätzungsweise 2,2 % ihres BIP und 2,75 Millionen zusätzliche Arbeitsplätze.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, vor §§ 97 GWB Rn. 59ff.

¹⁹⁶ Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, vor §§ 97 GWB Rn. 6.

¹⁹⁷ Bungenberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, vor § 97 GWB Rn. 6, 8.

¹⁹⁸ COM(2017) 572 final vom 3.10.2017 S. 3..

¹⁹⁹ Kommission: Ein Binnenmarkt für die Bürger - Zwischenbericht für die Frühjahrstagung 2007 des Europäischen Rates vom 21.2.2007, KOM(2007) 60 S. 3.

Die Schätzungen für das jährliche öffentliche Auftragsvolumen in Deutschland liegen zwischen 200 und 360 Milliarden Euro, was 8-14% des BIP entspricht.²⁰⁰ Für das Jahr 2002 betrug die Zahl ca. 17 % des BIP, etwa 360 Mrd. Euro pro Jahr (zzgl. Beschaffungen öffentlicher Unternehmen im Umfang von ca. 60 Mrd. Euro). Eine Absenkung der Beschaffungskosten um 10 % würde das Defizit der öffentlichen Haushalte um jährlich ca. 1,7 % des BIP verringern.²⁰¹

4.2 Zielsetzungen des Vergaberechts

Das Vergaberecht war in Deutschland bis zum 01.01.1999 als Haushaltsrecht geregelt. Hier sollte es dazu dienen, die Verwaltung zur sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln anzuhalten. Diese Regelungsmaterie stellte reines Verwaltungsinnenrecht dar, welches insbesondere keinen Rechtsschutz für Bieter vorsah.²⁰²

Infolge von Bestrebungen in der EG, den Binnenmarkt zu stärken, wurde das Recht der öffentlichen Aufträge nunmehr von der EG fortentwickelt. Als Grundlage für das heutige Vergaberecht kann der Cecchini-Bericht von 1988 gesehen werden.²⁰³ Dieser kam infolge einer ökonomischen Studie zu dem Ergebnis, dass die gemeinschaftsweite Einführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu erheblichen Einsparungen für die öffentliche Hand führen würde. Hieraus resultierte die Abwendung vom Haushaltsrecht hin zu einem Vergabeverfahren, welches nunmehr vom Wettbewerbsprinzip durchdrungen ist.²⁰⁴ Neben der Schaffung von Wettbewerb verfolgt das Vergaberecht weitere Ziele, welche für die Auslegung des Vergaberechts und hierbei insbesondere für die Bestimmung des Anwendungsbereiches zu beachten sind. Diese Ziele sind sowohl politischer als auch ökonomischer Natur und lassen sich wie folgt zusammenfassen:

4.2.1 Schaffung eines Binnenmarktes

Das Vergaberecht in seiner heutigen Form geht auf Bestrebungen des europäischen Gesetzgebers zurück, die Einheit Europas voranzutreiben. Als wesentlicher Grundpfeiler einer europäischen Union wurde stets ein gemeinsamer Wirtschaftsraum gesehen, in dem

²⁰⁰ Broens, Die Auslagerung kommunaler Beschaffungsaufgaben als Alternative zur internen Durchführung, S. 2 m.w.N.

²⁰¹ Wissenschaftlicher Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium für Wirtschaft und Technologie, Gutachten 2/07 „Öffentliches Beschaffungswesen“, S. 7.

²⁰² BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135, Rn. 3 ff.

²⁰³ Cecchini, Europa '92: Der Vorteil des Binnenmarktes.

²⁰⁴ So VK Bund, Beschluss vom 30.3.2000 – VK 2-2/00, Rn. 86 - juris;

Waren und Dienstleistungen frei gehandelt werden können.²⁰⁵ Nationaler Protektionismus soll ausgeschaltet und somit ausländischen Anbietern der Zugang zu neuen Märkten eröffnet werden.

„Der Europäische Binnenmarkt ist einer der Stützpfeiler der Europäischen Union.“²⁰⁶ Dieser Feststellung liegt der Beschluss des Europäischen Rates von 28./29.06.1985 in Mailand zugrunde, in dem dieser das Weißbuch der Kommission zur „Vollendung des Binnenmarktes“²⁰⁷ billigte. Wesentlicher Inhalt war unter anderem das Ziel, bis zum Ende des Jahres 1992 einen gemeinsamen Binnenmarkt zu schaffen. Hierfür waren knapp 300 Maßnahmen vorgesehen, welche insbesondere die Abschaffung von Personen- und Warenkontrollen, steuerlichen Unterschieden sowie die Öffnung und Liberalisierung der Beschaffungsmärkte beinhaltete.²⁰⁸ Das öffentliche Auftragswesen stellt einen der Schwerpunkte zur Realisierung des Binnenmarktes dar.²⁰⁹ Das Weißbuch der Kommission von 1985 schlägt deshalb Veröffentlichungspflichten, die Absenkung der Schwellenwerte sowie die Erfassung der Sektoren für öffentliche Aufträge vor.

Diese politisch stark diskutierte umstrittene Entscheidung wurde mit Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) am 01.07.1987 Gesetz²¹⁰, ohne dass das Vergaberecht hierin ausdrückliche Erwähnung fand. Unter Art. 13 der EEA wurde der EWG-Vertrag um Art. 8a ergänzt, welcher erstmalig die Vollendung des Binnenmarktes bis zum 31.12.1992 als Ziel der Gemeinschaft definierte. Diese Zielsetzung der Union besteht weiterhin fort. Den bislang letzten Schritt in der Weiterführung der EEA stellt der Vertrag von Lissabon dar. Auch nach Inkrafttreten am 01.12.2009²¹¹ beinhaltet Art. 26 AEUV die Verpflichtung der Union, den Binnenmarkt zu verwirklichen. Ein funktionierender Binnenmarkt stärkt sowohl die Staatsfinanzen innerhalb der EU durch geringere Ausgaben als auch die unionsrechtlichen Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit sowie der Niederlassungsfreiheit.²¹²

²⁰⁵ Siehe nur Art. 26 Abs. 2 AEUV; Kullack in: Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, 4. Auflage 2012, Stichwort „Vergaberecht, Europäisches“.

²⁰⁶ Kommission: Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts, KOM(2007) 724 end. S. 3.

²⁰⁷ Kommission: Vollendung der Binnenmarktes – Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, KOM(85) 310 vom 14.6.1985.

²⁰⁸ Siehe die Übersicht auf <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=URISERV:xy0027> (abgerufen am 30.10.2017).

²⁰⁹ Kommission: Vollendung der Binnenmarktes – Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, KOM(85) 310 vom 14.6.1985, S. 22f.; Seidel/Mertens in: Dausen/Ludwigs, 42. Ergänzungslieferung 2017, Kap. H IV. Rn. 5.

²¹⁰ ABI. EG L 169/1 ff. vom 29.07.1987, auch BGBl. 1986 II 1102.

²¹¹ ABI. Nr. C 115 S. 47, in Deutschland BGBl. 2008 II 1038.

²¹² Vgl. Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, vor § 97 GWB Rn. 5.

Der EuGH bezieht sich in vergaberechtlichen Entscheidungen darauf, dass die Vergaberichtlinien „im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes erlassen wurden, in dem der freie Verkehr gewährleistet und Wettbewerbsbeschränkungen unterbunden sind.“²¹³

4.2.2 Stärkung und Durchsetzung der Grundfreiheiten

Einhergehend mit dem Ziel der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes soll das Vergaberecht dazu dienen, den Grundfreiheiten des AEUV Geltung zu verschaffen.²¹⁴ Als vergaberechtsrelevante Grundfreiheiten werden insbesondere die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34ff. AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49ff. AEUV) angeführt.²¹⁵ Diese Grundfreiheiten stellen Ausprägungen des unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes dar²¹⁶, nach welchem alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen.²¹⁷ An diese Vorschriften sind die Mitgliedstaaten über Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV und auch ihre öffentlichen Unternehmen über Art. 106 Abs. 1 AEUV gebunden.

Die Bestimmungen der Vergaberichtlinien sind im Lichte der Ziele der EU-Verträge und der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts auszulegen.²¹⁸ Aus den Grundfreiheiten folgen die sog. Vergabegrundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung sowie sowohl ein Diskriminierungs- als auch ein Beschränkungsverbot.²¹⁹ Die Grundfreiheiten sollen damit den unverfälschten Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten fördern und Handelshemmnisse abbauen. Die Vergaberichtlinien dienen der

²¹³ EuGH, Urteil vom 21.2.2008 – C-412/04 – Kommission/Italien, Slg. 2008, I-619 Rdnr. 2; Urteil vom 19.5.2009 – C-538/07 – Assitur, Slg. I 2009, 4236 Rn. 25.

²¹⁴ Erwägungsgrund 2 RL 2004/18/EG; Bungenberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, vor §§ 97 GWB Rn. 50; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012 Art. 56, 57 AEUV Rn. 155.

²¹⁵ Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU; Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, vor §§ 97 ff. Rn. 41; Boesen, Vergaberecht, 1. Auflage 2000, Einleitung Rn. 12.

²¹⁶ EuGH, Urteil vom 5.12.1989 - C-3/88 – Kommission/Italien, Slg. 1989, 04035 Rn. 8; Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 – Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 Rn. 48.

²¹⁷ EuGH, Urteil vom 25.4.1996 – C-87/94 – Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-02043 Rn. 33, 54; Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 – Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 Rn. 48.

²¹⁸ Dörr in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, Einleitung Rn. 140; Bungenberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, vor §§ 97 GWB Rn. 50; allgemein Gärditz in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 34 Rn. 59.

²¹⁹ Kommission: Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, 2006/C 179/02, ABIEG Nr. C 179 vom 1.8.2006, S. 2; Ziekow in: ders./Völlink, Vergaberecht, 2. Auflage 2013, Einleitung GWB Rn. 9, § 97 GWB Rn. 12ff.

Verwirklichung der Grundfreiheiten und konkretisieren die Anforderungen für die wettbewerbsgerechte Erreichung des Binnenmarktes.²²⁰

Die europäischen Grundfreiheiten gelten somit zunächst im durch die Vergaberichtlinien erfassten Bereich.²²¹ Dies stellen die Vergaberichtlinien in ihren Erwägungsgründen an prominenter Stelle heraus.²²² Der EuGH hat in zudem die Vorschriften des Sekundärrechts parallel zu den Grundfreiheiten als Entscheidungsmaßstab herangezogen.²²³ Die primärrechtlichen Verfahrensgrundsätze erlangen besondere Bedeutung bei Vergabeverfahren, welche vom vergaberechtlichen Sekundärrecht nicht umfasst werden. Hierzu zählen insbesondere Vergaben, welche die maßgeblichen Schwellenwerte nicht erreichen, Dienstleistungskonzessionen²²⁴ sowie nicht-prioritäre Dienstleistungen.²²⁵ Dieser Geltung ist nur insoweit eine Grenze gesetzt, als eine negative Beeinträchtigung der Verwirklichung der Grundfreiheiten nicht zu befürchten steht. Zu den inhaltlichen Anforderungen an eine Vergabe, welche den primärrechtlichen Anforderungen genügt, hat der EuGH in mehreren Verfahren entschieden.²²⁶

Später hat der EuGH den „angemessenen Grad an Öffentlichkeit“ dahingehend konkretisiert, dass dies zwar keine Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung beinhaltet, jedoch „die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb [ge]öffnet“ werden müsse.²²⁷

Es lässt sich festhalten, dass das Vergaberecht den Grundfreiheiten Geltung verschaffen und sicherstellen soll, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen unterlassen, welche den Grundfreiheiten entgegenwirken können. Die Bedeutung der Grundfreiheiten ist nicht nur auf nicht sekundärrechtlich geregelte Ausschreibungen begrenzt. Die Grundfreiheiten bestimmen auch die Auslegung des Richtlinienrechts der öffentlichen Auftragsvergabe. Dies gilt für Fälle, in denen Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts zugelassen werden, wenn die jeweilige mitgliedstaatliche Maßnahme nicht geeignet ist, die Grundfreiheiten zu berühren.

²²⁰ Siehe nur Erwägungsgrund 2 RL 2004/18/EG; Siegel, EWS 2008, 66; Frenz in: Willenbruch/Wiedekind, Kompaktkommentar Vergaberecht, 4. Auflage 2017, 1. Teil § 97 GWB Rn. 13.

²²¹ Dörr in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, Einleitung Rn. 140; Burgi, NZBau 2008, 29, 31.

²²² Erwägungsgrund 2 RL 2004/18/EG; Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU.

²²³ EuGH, Urteil vom 22.9.1988 – C-45/87 – Kommission/Irland, Slg. 1988, 4949 Rn. 16, 17.

²²⁴ Vor Erlass der RL 2014/23/EU.

²²⁵ Zusammenfassend Siegel, EWS 2008, 66, 67.

²²⁶ EuGH (Große Kammer), Urteil vom 21.7.2005 – C-231/03 – CoNaMe, Slg. 2005, I-7287 Rn. 16; Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 – Parking Prixen, Slg. 2005, I-8585 Rn. 46; Urteil vom 6.4.2006 – C-410/04 – ANAV, Slg. 2006, I-3303 Rn. 18ff; vgl. Deling, NZBau 2011, 725.

²²⁷ EuGH, Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 Rn. 25.

4.2.3 Öffnung der Märkte für Wettbewerb

Das Kartellvergaberecht verfolgt vorrangig das Ziel der Öffnung der Märkte über ein Vergabeverfahren²²⁸, also eine ex-ante-Kontrolle.²²⁹ Im Unionsprimärrecht findet sich das Ziel²³⁰ des unverfälschten Wettbewerbs nicht (mehr) in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV. Dieser beinhaltet nunmehr lediglich, dass die EU „auf eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft [hinwirkt], die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“.²³¹ Die Präambel des Protokolls 27 zum AEUV, welches nach Art. 51 EUV europäisches Primärrecht darstellt, enthält ein grundsätzliches Bekenntnis zum Binnenmarkt als einem „System (...), das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“.²³² Das Protokoll stellt somit im Anschluss an Art. 3 EUV klar, dass der Binnenmarkt ein System des Wettbewerbsschutzes umfasst.²³³ Die Schaffung von Wettbewerb steht hierbei bereits nach der Gesetzessystematik in engem Zusammenhang mit dem Unionsziel des gemeinsamen Binnenmarktes.

Die Rechtsprechung des EuGH benennt als Hauptziel der Unionsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen den freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten.²³⁴ Der Wettbewerbsgrundsatz soll hierbei gewährleisten, dass allen potentiellen Bietern ein freier und gleicher Zugang zu den Beschaffungsmärkten der öffentlichen Hand garantiert wird.²³⁵

²²⁸ Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU; EuGH, Urteil vom 10.10.2013 – C-94/12 – SWM, ECLI:EU:C:2013:646, Rn. 34; Urteil vom 23.12.2009 – C-305/08 – CoNISMa, Slg. 2009, I-12129 Rn. 37 m.w.N.; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar 3. Auflage 2012 Art. 56, 57 AEUV Rn. 156; so bereits Stockmann in: FS I. Schmidt S. 388f.; VK Bund, Beschluss vom 30.3.2000 – VK 2-2/00, Rn. 86 - juris; Opitz, Marktmacht und Bieterwettbewerb, S. 61; Storr in: Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht S. 49f.; Bunte, BB 2001, 2121 „Wettbewerbsprinzip als Kernprinzip“; Wolf, VergabeR 2011, 27, 29: „Hauptziel“.

²²⁹ Siehe ausführlich Dittmer, Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers, S. 40ff.

²³⁰ So auch Frenz in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 4. Auflage 2017, 1. Teil, § 97 GWB Rn. 14 „weniger [...] Grundsatz als [...] das integrierende Ziel“; Bungenberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 97 GWB Rn. 6 „zugleich Grundlage und Ziel“; siehe auch Burgi, FS Marx, S. 75, 77, welcher den Wettbewerb als „Primärziel“ ansieht, dem Vergaberecht jedoch als „Basiszweck“ die „erfolgreiche Aufgabenerfüllung“ entnimmt.

²³¹ Anders noch Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV; hierzu Schmahl, WiVerw 2011, 96, 97.

²³² Zur systematischen Stellung des Grundsatzes Knauff, EuR 2010, 725, 741f.

²³³ Dörr in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 51 EUV Rn. 12.

²³⁴ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-1 Rn. 44; Urteil vom 11.5.2006 – C-340/04 – Carbotermo, Slg. 2006, I-4137 Rn. 58; Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 47.

²³⁵ EuGH, Urteil vom 19.5.2009 – C-538/07 – Assitur, Slg. 2009, I-4236 Rn. 26; Bungenberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 97 GWB Rn. 8.

4.2.4 Kontrolle der Marktmacht öffentlicher Auftraggeber

Während der Wettbewerbsgedanke im traditionellen Kartellrecht (§§ 1 -96, 130 GWB) dazu dienen soll, auf einem Markt eine möglichst große Zahl unabhängig voneinander agierender Unternehmen zu erhalten und das Entstehen von Monopolen und Oligopolen zu verhindern, besteht die Funktion des Wettbewerbs im Vergaberecht vor allem, aber nicht nur darin, allen potentiellen Wettbewerbern einen freien Zugang zu den Beschaffungsmärkten der öffentlichen Hand zu garantieren.²³⁶

Der Gesetzgeber hat im Wettbewerbsprinzip die Gemeinsamkeit mit den übrigen Regelungsmaterien des GWB gesehen, mit der die Einordnung des Vergaberechts in das GWB zu rechtfertigen sei. Er bezeichnete dafür die zentrale Bedeutung des Wettbewerbsprinzips in beiden Rechtsgebieten als entscheidend; zugleich könne beim Rechtsschutz auf erprobte Begriffe und Verfahrensregeln des Kartellrechts Bezug genommen werden.²³⁷

Nach *Marx* besteht der entscheidende Gesetzeszweck des Kartellvergaberechts in der Beschränkung der Marktmacht der öffentlichen Auftraggeber. Einen anderen Weg, den Missbrauch der Marktmacht zu verhindern, als Regeln vorzugeben und deren Einhaltung zu kontrollieren, sieht *Marx* nicht.²³⁸ So kommt der öffentlichen Hand auf bestimmten Märkten mangels weiterer Nachfrager eine marktbeherrschende Stellung bzw. sogar ein Nachfragemonopol zu,²³⁹ wobei die öffentliche Hand auch durch die Schaffung von Einkaufsgemeinschaften solche Stellungen erwerben kann.²⁴⁰

²³⁶ So VK Bund, Beschluss vom 30.3.2000 – VK 2-2/00, Rn. 86 - juris; Boesen, Vergaberecht, 1. Auflage 2000, § 97 Rn. 6.

²³⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz), BT-Drs. 13/9340, S. 13.

²³⁸ Marx, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, S. 10; so auch Hertwig, EuR 2011, 745; Glahs in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, Kap. G. Einleitung Rn. 3; Bunte, BB 2001, 2121, 2123.

²³⁹ Vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 4.11.2014 – 1 Verg 1/14, NZBau 2015, 186 Rn. 84f. – juris, zu Rettungsdienstleistungen; KG, Beschluss vom 20.5.1998 – Kart 24/97, NJWE-WettbR 1998, 284 für Tiefbauarbeiten; Markert in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, Band 2, 5. Auflage 2014, § 19 GWB Rn. 204 m.w.N.; Fuchs/Möschel in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, 5. Auflage 2012, Art. 102 AEUV Rn. 84; Bannenberg in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage 2007, Kap. 11 Rn. 38; Hertwig, EuR 2011, 745ff.

²⁴⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.5.2002 – Verg 6/02, NZBau 2002, 583.

So wird die Nachfragemacht öffentlicher Auftraggeber einerseits bereits durch das Kartellrecht kontrolliert und beschränkt²⁴¹, andererseits - ohne Rücksicht auf das Bestehen von Marktmacht im Einzelfall - durch das Vergaberecht.²⁴² Insbesondere auf den zunächst originär verstaatlichten Märkten Verkehr, Post, Energie und Wasser herrschte und herrscht teilweise ein infolge der vorangegangenen Monopolzeit eine Nachfragemacht der jeweiligen Nachfolgeunternehmen. Aus diesem Grunde erließ der europäische Gesetzgeber neben den Vergaberichtlinien für öffentliche Auftraggeber auch Regelungen für die Sektorauftraggeber, um deren Nachfragemacht wettbewerblichem Handeln zu unterwerfen.²⁴³

Die Beschränkung der Marktmacht der öffentlichen Hand kommt auch in der ständigen Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck, wenn dieser den Anwendungszweck der Vergaberichtlinien darin sieht, zu verhindern, dass sich der öffentliche Auftraggeber von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen leiten lässt.²⁴⁴ Das Vergaberecht überlässt dem öffentlichen Auftraggeber zwar die der Beschaffung vorgelagerte Frage, was er beschafft. Nach welchen Regeln er sich im Rahmen des Beschaffungsvorganges zu richten hat, wird hingegen durch das Vergaberecht vorgegeben. Durch die dargestellten Grundsätze wird hierbei gewährleistet, dass der Auftraggeber weder seine Nachfragemacht zu seinen Gunsten ausnutzen noch das Vergabeverfahren so steuern kann, dass am Ende nicht das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhält.

4.3 Anwendungsbereich des Vergaberechts – der öffentliche Auftrag

Nachdem nun die Zielsetzungen des Vergaberechts dargestellt worden sind, soll der materielle Anwendungsbereich des Vergaberechts untersucht werden. Hierbei sollen ausschließlich diejenigen Voraussetzungen dargestellt werden, welche für die vergaberechtliche Beurteilung delegierender Zweckvereinbarungen von Bedeutung sind. Hierbei handelt es sich um den Begriff des öffentlichen Auftrages. Das Vorliegen eines

²⁴¹ Hierzu Opitz, Marktmacht und Bieterwettbewerb S. 115; Dittmer, Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers S. 46.

²⁴² Im Detail zum Vorliegen konkreter Marktmacht auf Nachfragerseite Dittmer, Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers S. 45.

²⁴³ So die Begründung der Kommission in ihrem Vorschlag für die neue Sektorenrichtlinie vom 10.5.2002, KOM(2000) 276 endg. S. 6; Übersicht bei Schmahl, WiVerw 2011, 96.

²⁴⁴ Siehe nur EuGH, Urteil vom 16.10.2003 – C-283/00 – SIEPSA, Slg. 2003, I-11697 Rn. 92; Urteil vom 27.2.2003 – C-373/00 – Adolf Truley, Slg. 2003, I-1931 Rn. 42; Urteil vom 3.10.2000 – C-380/98 – University of Cambridge, Slg. 2000, I-8035 Rn. 17; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 56, 57 AEUV Rn. 156.

solchen Auftrages bestimmt zusammen mit den Schwellenwerten des § 100 GWB den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.²⁴⁵

§ 99 Abs. 1 GWB und Art. 1 Abs. 2 lit. a) RL 2004/18/EG definieren einen öffentlichen Auftrag wie folgt:

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

In der neuen RL 2014/24/EU wird die öffentliche Auftragsvergabe in Art. 1 Abs. 2 wie folgt definiert:

Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.

Einen öffentlichen Auftrag bezeichnet Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 RL 2014/24/EU als

zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen.

Der Begriff des „öffentlichen Auftrages“ ist funktional auszulegen.²⁴⁶ Die Vergaberichtlinien müssen ihre Wirkung entfalten können – hieran muss sich die Auslegung der nationalen Normen messen lassen.²⁴⁷

²⁴⁵ Vgl. Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, § 99 GWB, Rn. 3.

²⁴⁶ So EuGH, Urteil vom 10.11.1998 – C-360/96 – Gemeinde Arnheim, Slg. 1998, I-6821 Rn. 62; Urteil vom 1.2.2001 – C-237/99 – Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-939 Rn. 43; Generalanwältin Stix-Hackl, Schlussanträgen zu Rs. C-26/03 – Stadt Halle vom 24.9.2004, Slg. 2005, I-00001 Rn. 63; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar 3. Auflage 2012 Art. 56, 57 AEUV Rn. 156, 164 m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH; Hausmann in: Pünder/Prieß, Vergaberecht im Umbruch S. 67ff.

²⁴⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 12.7.2001 – C-399/98 – Teatro alla Bicocca, Slg. 2001, I-5409 Rn. 52, 55; Urteil vom 18.1.2007 – C-220/05 – Stadt Roanne, Slg. 2007, I-385 Rn. 40; OLG Karlsruhe,

4.3.1 Öffentlicher Auftraggeber

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „öffentlicher Auftraggeber“, § 98 GWB, ist die Diskussion, welche Einrichtung ein solcher ist, weitgehend abgeschlossen. Dies gilt insbesondere für die für eine delegierende Zweckvereinbarung in Betracht kommenden Eichrichtungen, da diese sämtliche Gebietskörperschaften, also Bund, Länder und Gemeinden i.S.v. § 98 Nr. 1 GWB sind.²⁴⁸

Außerdem ist geklärt, dass öffentliche Auftraggeber auch Wirtschaftsteilnehmer sein können, sofern sie auf dem Markt tätig sind.²⁴⁹ Die Tatsache, dass ein Vertrag zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern geschlossen wird, steht dem Vorliegen eines öffentlichen Auftrages nicht entgegen. Die früher vertretene Auffassung, öffentlich-rechtliche Verträge fielen nicht unter den Auftragsbegriff²⁵⁰, ist überholt und wird nicht mehr vertreten.²⁵¹

4.3.2 Begriff des Erwerbs

In der neuen RL 2014/24/EU hat der Unionsgesetzgeber den Begriff der „Beschaffung“ aus der RL 2004/18/EG gegen den Begriff des „Erwerbs“ ausgetauscht. Die Entwurfsfassung der Kommission²⁵² bezeichnete die „Beschaffung als Form des Erwerbs“. Dies ist im Gesetzgebungsprozess dahingehend geändert worden, dass nunmehr nur der Begriff des „Erwerbs“ als Tatbestandsmerkmal erwähnt wird.

Der nunmehr erstmals in der RL 2014/24/EU anzutreffende Begriff des „Erwerbs“ als konstituierendes Tatbestandsmerkmal eines öffentlichen Auftrages ist dem bisherigen Richtlinienrecht fremd. Auch der EuGH hat diesen Begriff in seiner Rechtsprechung - soweit ersichtlich - noch nie verwendet. Gesetzgebungsmaterialien, welche Aufschluss über die Genese dieser Änderung geben könnten, existieren nicht. Wesentliche Änderungen der RL

Beschluss vom 13.6.2008 – 15 Verg 3/08, NZBau 2008, 537, 538; Pünder in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage 2013, S. 191, Rn. 2.

²⁴⁸ Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, § 98 Rn. 17ff.

²⁴⁹ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 29; Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 26; Bungenberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 99 Rn. 8.

²⁵⁰ So noch Dreher, DB 1998, 2579, 2587; OLG Celle, Beschluss vom 24.11.1999 - 13 Verg 7/99, NZBau 2000, 299, 300.

²⁵¹ Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, § 99 Rn. 45 und Fn. 56 mit Hinweis auf die Aufgabe der früheren Ansicht und m.w.N.; EuGH, Urteil vom 12.7.2001 – C-399/98 - Teatro alla Bicocca, Slg. 2001, I-5409, Rn. 73; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004 – Verg 78/03, NZBau 2004, 398, 399; OLG Brandenburg, Beschluss vom 9.9.2004 – Verg W 9/04, NZBau 2005, 236.

²⁵² Art. 1 Abs. 2 KOM(2011) 896 endg.

kamen erst im Trilog-Verfahren zwischen Europäischem Rat, Kommission und Parlament im Jahr 2013 zustande. Dieses Verfahren ist kaum dokumentiert, sodass zur Auslegung keine Gesetzgebungsmaterialien herangezogen werden können.

Die Erwägungsgründe der RL 2014/24/EU nehmen jedoch in Nr. 4 Stellung zu der sprachlichen Änderung des Auftragsbegriffes. So soll der Begriff des öffentlichen Auftrages aufgrund der „zunehmenden Vielfalt öffentlicher Tätigkeiten“ präzisiert werden, Erwägungsgrund 4 Abs. 1. Diese Präzisierung soll jedoch den Anwendungsbereich im Vergleich zu der RL 2004/18/EG nicht erweitern. Eine Auftragsvergabe soll nur den Erwerb von Leistungen, nicht sämtliche Formen öffentlicher Ausgaben abdecken, Erwägungsgrund 4 Abs. 2. Der Begriff des Erwerbs soll hierbei nach Erwägungsgrund 4 Abs. 2 „in einem weiteren Sinne verstanden werden als Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, was nicht unbedingt den Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber voraussetzt“.

Was hiernach unter „Erwerb“ zu verstehen sein soll, kann zunächst aus einer rein sprachlichen Auslegung ermittelt werden. So ist der Begriff des „Erwerbs“ ein Synonym des Begriffes „Beschaffung“²⁵³ bzw. „Anschaffung“.²⁵⁴ Sprachlich lassen sich somit keine Unterschiede zwischen beiden Begriffen herleiten. Auch im allgemeinen Sprachgebrauch werden keine unterschiedlichen Bedeutungen mit dem Begriffspaar verbunden.

Dieser Befund bestätigt sich auch nach einem Blick in die weiteren Sprachfassungen der RL 2014/24/EU. Das in der englischen Sprachfassung verwendete Wort „acquisition“²⁵⁵ wird im Deutschen sowohl mit „Erwerb“ als auch mit „Beschaffung“ übersetzt. Der in der ursprünglichen englischen Fassung verwendete Begriff „purchase“²⁵⁶ entspricht zudem vielmehr dem deutschen Wort „Kauf“ und hat damit einen viel enger gefassten Anwendungsbereich als der ursprünglich in der deutschen Fassung vorgesehene Begriff der „Beschaffung“. Es ist somit davon auszugehen, dass die sprachliche Änderung jedenfalls für die deutsche Fassung der RL keine weiteren Auswirkungen hat, da die Begriffe Erwerb und Beschaffung Synonyme sind. Es scheint naheliegend, dass eine sprachliche Änderung aber als erforderlich angesehen wurde, um die in anderen Sprachfassungen vorgenommene veränderte Nomenklatur deutlich zu machen.

²⁵³ <http://de.wiktionary.org/wiki/Erwerb> (abgerufen am 30.10.2017).

²⁵⁴ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Erwerb> (abgerufen am 30.10.2017).

²⁵⁵ Erwägungsgrund 4 Abs. 2, Art. 1 Abs. 2 RL 2014/24/EU englische Sprachfassung.

²⁵⁶ Art. 1 Abs. 2 COM(2011)896.

Eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift kommt zu keinem abweichenden Ergebnis. Hätte der Unionsgesetzgeber mit der Änderung der Begrifflichkeit auch eine materielle Änderung des Inhaltes verbinden wollen, so hätte dies durch die Einfügung einer entsprechenden Definition erfolgen können. Im Erwägungsgrund 4 Abs. 1 RL 2014/24/EU hat sich der Unionsgesetzgeber ausdrücklich dafür entschieden, keine Erweiterung des Begriffsinhaltes im Vergleich zur Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG vorzunehmen. Sinn und Zweck der geänderten Nomenklatur kann somit nur in sprachlichen Gründen gesehen werden.

Diese Änderung lässt sich folglich dahingehend erklären, dass sie lediglich eine sprachliche Vereinfachung darstellt, welche keine materiellen Unterschiede zum Begriff der Beschaffung in der RL 2004/18/EG beinhaltet. Im Folgenden wird deshalb ausschließlich der Begriff des Erwerbs verwendet.

Das Merkmal des Erwerbs ist das entscheidende Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Auftrages.²⁵⁷ Es qualifiziert Verträge öffentlicher Auftraggeber zu wettbewerblich und damit vergaberechtlich relevanten Vorgängen. Zum einen grenzen sie die Betätigung der öffentlichen Hand auf dem Markt von einer bloß internen Selbstwahrnehmung von Aufgaben ab.²⁵⁸ Zum anderen schließt das zusätzliche Erfordernis des „Erwerbs“ aus, dass Vorgänge, welche dem öffentlichen Auftraggeber nicht jedenfalls mittelbar zugutekommen, vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst werden.²⁵⁹

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der (alte) Begriff der Beschaffung weit zu verstehen. Die Leistung, „die Gegenstand des Auftrags ist, [muss nicht] in einem gegenständlichen oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft [werden], wenn sie diesem unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt“.²⁶⁰

Wesentliches Abgrenzungskriterium ist hiernach, ob der öffentliche Auftraggeber die Ware oder Dienstleistung selbst herstellt bzw. erbringt oder ob er sich diese am Markt beschafft.²⁶¹

²⁵⁷ OLG München, Beschluss vom 25.3.2011 – Verg 4/11, NZBau 2011, 380; VK Sachsen, Beschluss vom 8.4.2011 – 1/SVK/002-11, ZfBR 2011, 604; Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, *GWB-Vergaberecht*, 4. Auflage 2016, § 103 Rn. 10: „Wesensmerkmal“; Jaeger, NZBau 2014, 259; Ziekow/Siegel, *VerwArch* 2005, 119, 131: „zentrales Merkmal“.

²⁵⁸ Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, *GWB-Vergaberecht*, 4. Auflage 2016, § 103 Rn. 11.

²⁵⁹ OLG München, Beschluss vom 19.1.2012 – Verg 17/11, *VergabeR* 2012, 496; Beschluss vom 25.3.2011 – Verg 4/11, NZBau 2011, 380; VK Sachsen, Beschluss vom 8.4.2011 – 1/SVK/002-11, ZfBR 2011, 604.

²⁶⁰ EuGH, Urteil vom 25.3.2010 – C-451/08 – Helmut Müller, *Slg.* 2010, I-2673 Rn. 58; Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, *GWB-Vergaberecht*, 4. Auflage 2016, § 103 Rn. 38ff.

²⁶¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 20.12.2001 - 1 Verg 4/01, NZBau 202, 346; Pietzker, *Grenzen des Vergaberechts*, in: *Blaurock, Der Staat als Nachfrager*, S. 28, 32; Hausmann in: *Pünder/Prieß*,

Zudem ist erforderlich, dass der Auftraggeber die Leistung für sich bzw. in Erfüllung einer ihm obliegenden Pflicht beschafft.²⁶² Dieses bisherige Verständnis der Beschaffung entspricht somit dem Begriff des Erwerbs, Erwägungsgrund 4 Abs. 2 RL 2014/24/EU. Ein Erwerb wird hiernach vorliegen, wenn der öffentliche Auftraggeber seine interne Aufgabenorganisation verlässt, um Verträge mit außenstehenden Dritten abzuschließen.²⁶³ Nach der „Teckal“-Entscheidung des EuGH ist dies der Fall,

*wenn ein öffentlicher Auftraggeber [...] beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren zu schließen, wobei unerheblich ist, ob diese Einrichtung selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist.*²⁶⁴

Ausfluss dieser funktionalen Betrachtungsweise des Begriffs des öffentlichen Auftrages ist, dass ein solcher nur dann vorliegen soll, wenn das betreffende Geschäft im Wesentlichen den Interessen des öffentlichen Auftraggebers dient. Sind im Wesentlichen wirtschaftliche Interessen des Vertragspartners betroffen, liegt kein öffentlicher Auftrag vor.²⁶⁵ Aus diesem Gedanken folgt das Erfordernis des „Beschaffungsvorganges“²⁶⁶.

Für die Frage, ob ein Erwerb gegeben ist, ist zudem zu beachten, dass das Vergaberecht keinen Privatisierungszwang vorsieht.²⁶⁷ Nachdem der Auftraggeber die Entscheidung des „ob“ und des „was“ der Beschaffung getroffen hat, steht es ihm offen, die Leistung selbst zu

Vergaberecht im Umbruch S. 68; Boesen, Vergaberecht, 1. Auflage 2000, § 99 Rn. 9, 19f.; Bungenberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 99 Rn. 11.

²⁶² So Hödl, IBR 2012, 217.

²⁶³ OLG Koblenz, Beschluss vom 20.12.2001 – 1 Verg 4/01, NZBau 2002, 346; Bungenberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 99 GWB Rn. 11, 42; Siegel, Der Staat 49 (2010), 299, 318.

²⁶⁴ EuGH, Urteil vom 18.11.1999 – C-107/98 – Teckal, Slg. 1999, I-8121Rn. 50f.

²⁶⁵ So Pünder in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage 2013, S. 207 Rn. 30; Hausmann in: Pünder/Prieß, Vergaberecht im Umbruch S. 67ff; VK Düsseldorf, Beschluss vom 7.7.2000 – VK 12/2000 – L, NZBau 2000, 46; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.12.2000 – 1 VK 32/00, NZBau 2001, 406, 407; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.4.2004 – VII-Verg 2/04, NZBau 2004, 400, 401.

²⁶⁶ Siehe nur OLG München, Beschluss vom 19.1.2012 – Verg 17/11, VergabeR 2012, 496; hierzu auch Hödl, IBR 2012, 217; VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 1.8.2013 – 2 VK LSA 4/13; VK Düsseldorf, Beschluss vom 21.3.2013 – VK-33/2012; Siegel, VergabeR 2006, 621, 626 „selbstverständliche Voraussetzung“.

²⁶⁷ EuGH, Urteil vom 1.11.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 48; OLG Koblenz, Beschluss vom 20.12.2001 – 1 Verg 4/01, NZBau 2002, 346, 347; Pünder in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage 2013, S. 193 Rn. 6.

erbringen²⁶⁸ oder die Leistung am Markt zu beschaffen. Eine Selbsterbringung liegt dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber die zu beschaffende Leistung durch eigenes Personal erbringt. Vergaberecht ist erst anwendbar, nachdem die Entscheidung gefallen ist, die Leistungen von einem außenstehenden Dritten erbringen zu lassen. Erst dann stellt sich die Frage der Auswahl des Vertragspartners.²⁶⁹

4.3.3 Ausnahme: hoheitliche Tätigkeit

Nach der Rechtsprechung des EuGH erstrecken sich sowohl die Niederlassungs- als auch die Dienstleistungsfreiheit nicht auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt i.S.v. Art. 51 Abs. 1, Art. 62 AEUV verbunden sind.²⁷⁰ Aus diesem Grunde fallen solche Tätigkeiten auch nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien, da diese gerade der Durchsetzung der genannten Grundfreiheiten dienen sollen.²⁷¹

Der EuGH betont regelmäßig den Ausnahmecharakter der Art. 51 Abs. 1, Art. 62 AEUV als Durchbrechung der Grundfreiheiten. Er legt diese Normen eng aus, sodass sich ihre Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die zu schützen diese Bestimmungen den Mitgliedstaaten erlauben, unbedingt erforderlich ist.²⁷² Hierdurch soll verhindert werden, dass die Bestimmungen des Vertrages durch einseitige Maßnahmen der Mitgliedstaaten ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt werden.²⁷³

²⁶⁸ EuGH, Urteil vom 22.12.2010 – C-215/09 – Mehiläinen Oy, Slg. 2010, I-13749 Rn. 31; EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 48; Storr, WuW 2005, 400, 405.

²⁶⁹ OLG Koblenz, Beschluss vom 20.12.2001 - 1 Verg 4/01 -, NZBau 202, 346, 347; Boesen, Vergaberecht, 1. Auflage 2000, § 100 Rn. 86; Bungenberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 99 Rn. 11.

²⁷⁰ So wörtlich EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – C-160/08 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2010, I-3713 Rn. 73; Urteil vom 10.12.1991 – C-306/89 – Kommission/Griechenland, Slg. 1991, I-5863 Ls. 1; grundlegend Urteil vom 21.6.1974 – 2/74 – Reyners, Slg. 1974, 631.

²⁷¹ EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – C-160/08 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2010, I-3713 Rn. 74; Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 11.2.2010 zu C-160/08, Slg. 2010, I-03713 Rn. 51; Schlussanträge des Generalanwaltes Lenz vom 19.9.1991 zu C-306/89, Slg. 1991, I-05863 Rn. 28.

²⁷² EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – C-160/08 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2010, I-3713 Rn. 76 m.w.N.; Dörr in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, Einleitung Rn. 176.

²⁷³ EuGH, Urteil vom 21.6.1974 – 2/74 – Reyners, Slg. 1974, 631; Urteil vom 15.3.1988 – 197/86 – Kommission/Griechenland, Slg. 1988, 3105 Rn. 8; Schlussanträge des Generalanwaltes Lenz vom 19.9.1991 zu C-306/89, Slg. 1991, I-05863 Rn. 30.

Der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ ist zudem ein unionsrechtlicher Begriff, welcher entsprechend dem Unionsrecht auszulegen ist und sich an dessen Zielen bestimmt.²⁷⁴ Nach gefestigter Rechtsprechung muss zwischen der jeweiligen Tätigkeit ein unmittelbarer und spezifischer Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt bestehen.²⁷⁵ Dieser Zusammenhang setzt eine hinreichend qualifizierte Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen voraus.²⁷⁶ Hierfür genügen weder der Beitrag zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung für sich, noch die Sonderrechte für Rettungsdienste im Straßenverkehr (Vorfahrtsrecht, Blaulicht), die Qualifizierung der abgeschlossenen Vereinbarungen als öffentlich-rechtliche Verträge und eine enge Zusammenarbeit mit Trägern der öffentlichen Gewalt, wie etwa der Polizei, eine Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt.²⁷⁷

4.3.4 Ausnahme: In-House-Geschäft

Die Möglichkeit einer ausschreibungsfreien Eigenerbringung von Leistungen hat der EuGH mit seinem Urteil in der Rechtssache „Teckal“ erstmals anerkannt.²⁷⁸ In diesem Urteil stellte der EuGH zunächst klar, dass es für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages zunächst genüge, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen werde.²⁷⁹ Etwas anderes könne nur dann gelten,

wenn die Gebietskörperschaft 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 innehaben.

Ein Vertrag zwischen zwei personenverschiedenen Parteien liegt dann nicht vor, wenn sich die Ausführung des Auftrages bei funktionaler Betrachtung als eine Selbstwahrnehmung von Aufgaben darstellt. Ein Vertrag mit „einem anderen“ ist in diesem Fall nicht gegeben.²⁸⁰

²⁷⁴ EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – C-160/08 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2010, I-3713 Rn. 77; Schlussanträge des Generalanwaltes Lenz vom 19.9.1991 zu C-306/89, Slg. 1991, I-05863 Rn. 30.

²⁷⁵ EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – C-160/08 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2010, I-3713 Rn. 78 m.w.N.

²⁷⁶ EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – C-160/08 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2010, I-3713 Rn. 79; Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 11.2.2010 zu C-160/08, Slg. 2010, I-03713 Rn. 58 m.w.N.; ausführlich Pauer, WuW 2013, 1080, 1083.

²⁷⁷ EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – C-160/08 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2010, I-3713 Rn. 80ff; Gyulai-Schmidt, VergabeR 2012, 809, 818.

²⁷⁸ EuGH, Urteil vom 18.11.1999 – C-107/98 – Teckal, Slg. 1999, I-8121.

²⁷⁹ EuGH, Urteil vom 18.11.1999 – C-107/98 – Teckal, Slg. 1999, I-8121 Rn. 50.

²⁸⁰ Schlussanträge des Generalanwaltes Alber vom 18.3.1999 zu Rs. C-108/98 – RI.SAN Rn. 49.

Prägnant bringt der EuGH den hinter der In-House-Ausnahme stehenden Gedanken, dass eine Eigenerfüllung von Aufgaben vom Anwendungsbereich der Vergabevorschriften und der Grundfreiheiten ausgenommen sein soll, wie folgt auf den Punkt:

Eine öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, hat die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören. In einem solchen Fall kann von einem entgeltlichen Vertrag mit einer Einrichtung, die sich rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet, nicht die Rede sein. Die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen sind daher nicht anwendbar.²⁸¹

Die dogmatische Herleitung dieser Ausnahmeregelung zieht der EuGH aus dem Regelungszweck des Vergaberechts. Diesen definiert der EuGH als „den freien Dienstleistungsverkehr und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten“.²⁸² Aus der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit leitet der EuGH die bereits dargestellten Vergabegrundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und der Transparenz ab. Nur wenn diese Grundsätze nicht beeinträchtigt werden können, muss ein Auftrag nicht den Regelungen des Vergaberechts unterfallen.²⁸³ Mangels Marktberührung sind die Grundfreiheiten nicht tangiert, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Aufgaben selbst wahrnimmt.²⁸⁴

Die in der Folge als „Teckal-Kriterien“ bezeichneten Voraussetzungen einer ausschreibungsfreien In-House-Vergabe werden als Kontrollkriterium und Wesentlichkeitskriterium bezeichnet. Das Kontrollkriterium erfordert, dass die Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers über den Leistungserbringer mit der Kontrolle über eigene Dienststellen vergleichbar sein muss. Das Wesentlichkeitskriterium beinhaltet die Frage danach, ob der Leistungserbringer seine Leistungen im Wesentlichen für den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber erbringt.

²⁸¹ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 48.

²⁸² EuGH, Urteil vom 10.11.2005 – C-29/04 – Stadt Mödling, Slg. 2005, I-9705 Rn. 42; Urteil vom 11.5.2006 – C-340/04 – Carbotermo, Slg. 2006, I-4137 Rn. 59; Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 44, 47; so auch die Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl zu Rs. C-26/03 vom 23.9.2004, Slg. 2005, I-00001 Rn. 56.

²⁸³ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 51; Urteil vom 10.11.2005 – C-29/04 – Stadt Mödling, Slg. 2005, I-9705 Rn. 48.

²⁸⁴ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 48; Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 – Parking Brixen, Slg. 2005, I-08585 Rn. 61.

Das Erfordernis des Wesentlichkeitskriteriums begründet der EuGH ebenfalls mit der Gewährleistung unverfälschten Wettbewerbs. Die Grundfreiheiten bzw. die Vergaberichtlinien sollen anwendbar bleiben, wenn das kontrollierte Unternehmen auf dem Markt wettbewerblich tätig ist und damit in Konkurrenz mit Privaten kommt.²⁸⁵

Der EuGH²⁸⁶ und auch die nationalen Entscheidungsinstanzen²⁸⁷ haben diese Rechtsprechung aufgegriffen und die Anforderungen an die Kriterien konkretisiert. Der konsolidierte Stand der Rechtsprechung²⁸⁸ soll hier nur kurz dargestellt werden, da die Rechtsprechung nur in Teilen für die vergaberechtlichen Anforderungen der Beurteilung von Zweckvereinbarungen fruchtbar gemacht werden kann.

Seit dem Urteil „Stadt Halle“ ist es als anerkannt anzusehen, dass jegliche Beteiligung eines privaten Dritten an der ausführenden Einheit²⁸⁹ bzw. einer zwischengeschalteten Gesellschaft die In-House-Fähigkeit dieser Einrichtung per se ausschließt.²⁹⁰ Der EuGH begründet dies mit dem bereits dargestellten Grundsatz der Gleichbehandlung, da der beteiligte Private aufgrund einer fehlenden Ausschreibungspflicht einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten erlange. Außerdem führe die Beteiligung privaten Kapitals dazu, dass die Beziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und der Einrichtung nicht mehr ausschließlich von öffentlichen Interessen, sondern auch von privaten Interessen bestimmt werde.²⁹¹

²⁸⁵ EuGH, Urteil vom 11.5.2006 – C-340/04 – Carbotermo, Slg. 2006, I-4137 Rn. 60; zustimmend OLG Celle, Beschluss vom 14.9.2006 – 13 Verg 2/06, NZBau 2007, 126, 127.

²⁸⁶ Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-1; Urteil vom 21.7.2005 – C-231/03 – Coname, Slg. 2005, I-7287; Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 – Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585; Urteil vom 10.11.2005 – C-29/04 – Stadt Mödling, Slg. 2005, I-9705; Urteil vom 6.4.2006 – C-410/04 – ANAV, Slg. 2006, I-3303; Urteil vom 11.5.2006 – C-340/04 – Carbotermo, Slg. 2006, I-4137; Urteil vom 19.4.2007 – C-295/05 – Asemfo/Tragsa, Slg. 2007, I-2999; Urteil vom 8.4.2008 – C-337/05 – Agusta, Slg. 2008, I-2174; Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457; EuGH, Urteil vom 10.9.2009 – C-573/07 – Sea, Slg. 2009, I-8127; EuGH, Urteil vom 29.11.2012 – C-182/11, C-183/11 – Econord, ECLI:EU:C:2012:758; eine ausführliche Übersicht bietet Just, EuZW 2009, 879.

²⁸⁷ Beispielhaft: BGH, Beschluss vom 12.6.2001 - X ZB 10/01, BGHZ 148, 55; BayObLG, Beschluss vom 22.1.2002 – Verg 18/01, NZBau 2002, 397; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.10.2003 – Verg 50/03, NZBau 2004, 58; OLG Celle, Beschluss vom 14.9.2006 – 13 Verg 2/06, NZBau 2007, 126; OLG Naumburg, Beschluss vom 29.4.2010 – 1 Verg 3/10, NZBau 2010, 784 (Ls.); OLG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2010 – 1 Verg 5/10, NZBau 2011, 185; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.7.2011 – VII-Verg 20/11, NZBau 2012, 50; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.8.2011 – 11 Verg 3/11, VergabeR 2012, 47; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.01.2013 – Verg 56/12, NZBau 2013, 327.

²⁸⁸ Zusammenfassend Hausmann in: FS Marx, S. 213.

²⁸⁹ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 49 – 51; hierzu Pape/Holz, NJW 2005, 2264.

²⁹⁰ Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, § 99 Rn. 120.

²⁹¹ Köster, KommJur 2006, 94, 96.

Im Urteil „Coname“ erweiterte der EuGH den Anwendungsbereich der In-House-Rechtsprechung auf Dienstleistungskonzessionen, mithin Aufträge, welche nicht unter die Vergaberichtlinien fallen. Prüfungsmaßstab ist hierbei allein das europäische Primärrecht, ohne dass es im Ergebnis zu einem unterschiedlichen Maßstab für die In-House-Kriterien käme.²⁹² Als relevante Verfahrensgrundsätze, aus denen sich diese Beurteilung ergäbe, benannte der EuGH Wettbewerb, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz.²⁹³

In der Entscheidung „Coditel Brabant“ hat der EuGH festgelegt, dass das Kontrollkriterium auch bei einer von mehreren öffentlichen Auftraggebern gemeinsam ausgeübten Kontrolle angenommen werden kann. Erforderlich sei neben einer tatsächlichen Beteiligung an der beauftragten Einrichtung, dass die Möglichkeit bestehe, auf strategische und wichtige Entscheidungen der Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Nicht erforderlich sei es, dass jede öffentliche Stelle für sich genommen einen solchen entscheidenden Einfluss ausüben kann.²⁹⁴

Bezüglich des Wesentlichkeitskriteriums war die Rechtsprechung sehr uneinheitlich dahingehend, in welcher Höhe eine Tätigkeit für Dritte noch unschädlich sein soll. Der EuGH hat 10 % Fremdumsatz als unschädlich angesehen²⁹⁵; die nationalen Instanzen haben keine klare Linie erkennen lassen. Nach dem OLG Hamburg reichen 9,5 % Umsatz außerhalb des Tätigkeitsgebietes und 15,91 % Drittumsatz nicht für die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums aus.²⁹⁶ Das OLG Celle hat bereits einen Drittumsatz von 7,5 % als In-House-schädlich angesehen.²⁹⁷

In den am 28.03.2014 verabschiedeten Vergaberichtlinien hat der Unionsgesetzgeber die In-House-Ausnahme erstmalig einer ausdrücklichen Regelung in Art. 12 Abs. 1-3 RL 2014/24/EU zugeführt. Bei dieser erstmaligen positivrechtlichen Erfassung hat er sich ausweislich des Erwägungsgrundes 31 Abs. 2 von der soeben dargestellten Rechtsprechung des EuGH leiten lassen. Tatsächlich sind keine wesentlichen Änderungen festzustellen. Die Grenze für eine noch unschädliche Markttätigkeit ist zwar auf 20 % hinaufgesetzt und damit

²⁹² Urteil vom 21.7.2005 – C-231/03 – Coname, Slg. 2005, I-7287 Rn. 16, 23f; BGH, Beschluss vom 8.2.2011 – X ZB 4/10 - Abellio Rail, NZBau 2011, 175, 177 Rn. 17.

²⁹³ Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 – Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 Rn. 72.

²⁹⁴ Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 Rn. 47, 50; Urteil vom 29.11.2012 – C-182/11, C-183/11 – Econord, ECLI:EU:C:2012:758 Rn. 28; auf nationaler Ebene OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.1.2013 – Verg 56/12, NZBau 2013, 327, hierzu Geitel, NZBau 2013, 483.

²⁹⁵ Urteil vom 19.4.2007 – C-295/05 – Asemfo/Tragsa, Slg. 2007, I-2999 Rn. 63.

²⁹⁶ Beschluss vom 14.12.2010 – 1 Verg 5/10, NZBau 2011, 185.

²⁹⁷ Beschluss vom 29.10.2009 - 13 Verg 8/09, NZBau 2010, 194.

verbindlich festgeschrieben worden.²⁹⁸ Eine entgegenstehende Rechtsprechung des EuGH existierte jedoch nicht.

Allerdings hat der Unionsgesetzgeber nunmehr auch Konstellationen einer Regelung zugeführt, welche bislang nicht Gegenstand der Entscheidungspraxis des EuGH waren. Im Einzelnen handelt es sich hierbei um die sog. „Bottom-up-Vergabe“²⁹⁹, bei der eine umgekehrte In-House-Konstellation vorliegt, wobei die Tochtergesellschaft die Muttergesellschaft beauftragt.³⁰⁰ Außerdem sind nunmehr die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie Beauftragung von Schwestergesellschaften untereinander festgeschrieben.³⁰¹

Bislang existierte im deutschen Recht kein eigener Ausnahmetatbestand für die In-House-Vergabe. Bei der Umsetzung der RL 2004/18/EG bezog sich der nationale Gesetzgeber jedoch ausdrücklich auf die Teckal-Rechtsprechung des EuGH zur In-House-Ausnahme und führte an, dass für diesen Ausnahmetatbestand „keine ausdrückliche Regelung in den EG-Vergaberichtlinien“ enthalten ist. Die Ausnahme ergäbe sich vielmehr „direkt aus der Definition des öffentlichen Auftrages“.³⁰² Die Notwendigkeit eines eigenständigen Ausnahmetatbestandes hat der nationale Gesetzgeber aus diesen Gründen nicht gesehen.

5 Die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit

Nach der Darstellung der vergaberechtlichen Grundlagen und der anerkannten Ausnahmen von dessen Anwendungsbereich soll im Folgenden die jüngste Ausnahme dargestellt werden, die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit. Diese ist für die Beurteilung der Frage, ob eine delegierende Zweckvereinbarung dem Vergaberecht unterfällt, von erheblicher Relevanz.

In Literatur und Rechtsprechung hat sich bislang kein einheitliches Begriffsverständnis für die Bezeichnung dieser Ausnahme etabliert. Begriffe wie „interkommunale Zusammenarbeit“³⁰³

²⁹⁸ Art. 12 Abs. 1 lit. b).

²⁹⁹ Art. 12 Abs. 2 Alt. 1 RL 2014/24/EU.

³⁰⁰ Hierzu Neun/Otting, EuZW 2014, 446, 448.

³⁰¹ Art. 12 Abs. 2 Alt. 2 RL 2014/24/EU; zu einem solchen Fall EuGH, Urteil vom 8.5.2014 - C-15/13 – TU Hamburg-Harburg, ECLI:EU:C:2014:303.

³⁰² BT-Drs. 16/10117, S. 17f.

³⁰³ Günther, Die Privatisierung kommunaler Einrichtungen und die interkommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts; Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit; Sonder, LKV 2014, 207; Sudbrock, KommJur 2014, 41; Schröder, NVwZ 2005, 25.

oder „kommunale Kooperation“³⁰⁴ greifen zu kurz, da sich der Anwendungsbereich der Ausnahme nicht nur auf kommunale Auftraggeber beschränkt, sondern sämtlichen öffentlichen Auftraggebern offensteht. Durch die Verwendung von des Adjektivs „öffentlich-öffentlich“ bzw. „public-public“³⁰⁵ soll zudem deutlich werden, dass an einer solchen Konstellation zwei öffentliche Auftraggeber auf horizontaler Ebene wirken. Wie noch zu zeigen sein wird, entspringt der hier verwendete Begriff der Zusammenarbeit sowohl der Rechtsprechung des EuGH als auch den neuen Vergaberichtlinien.

Ein geschriebener Ausnahmetatbestand für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit existiert weder im europäischen noch im deutschen Recht. Zwar ging der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung der RL 2004/18/EG davon aus, dass solche Vereinbarungen vergaberechtsfrei sein könnten. Eine generelle Freistellung lehnte der Gesetzgeber unter Inbezugnahme des Urteils „Königreich Spanien“ jedoch ab.³⁰⁶ Damit folgte der Gesetzgeber nicht der Empfehlung des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates, eine positivrechtliche Ausnahmeregelung für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in § 99 Abs. 9 GWB zu schaffen.³⁰⁷ In der Stellungnahme der Bundesregierung zu der genannten Entschließung führt diese aus, dass eine „Änderung des GWB vor Abschluss des europäischen Diskussionsprozesses nicht angebracht“ sei.³⁰⁸

Der von der Bundesregierung angesprochene Diskussionsprozess fand seinen Ursprung in der Rechtsprechung des EuGH, welcher eine mögliche Ausnahme für eine horizontale Zusammenarbeit erstmals im Jahr 2005 erwähnte. Es folgten weitere Entscheidungen, insbesondere in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“, in der der EuGH Kriterien für eine Zusammenarbeit benannte. Die nationalen Entscheidungsinstanzen und die Europäische Kommission haben sich ebenfalls wiederholt mit den Voraussetzungen an eine ausschreibungsfreie Zusammenarbeit auseinandergesetzt. Diese Entwicklung soll im Folgenden, beginnend mit der maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH, dargestellt und bewertet werden. Sodann wird eine Einordnung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit in das System der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts vorgenommen.

³⁰⁴ Klein, Kommunale Kooperation zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt; Gesterkamp, AbfallR 2009, 229.

³⁰⁵ So bereits der Titel der Arbeit von Siebler, Privilegierung von Public-Public-Partnerships im europäischen Vergaberecht.

³⁰⁶ BT-Drs. 16/10117, S. 18 linke Spalte.

³⁰⁷ BR-Drs. 35/1/09 vom 30.1.2009.

³⁰⁸ BR-Drs. 558/10 vom 15.9.2010 S. 3.

5.1 Die Rechtsprechung des EuGH

Aufgrund des dominierenden Einflusses des Unionsrechts auf das Vergaberecht kommt der Entscheidungspraxis des EuGH entscheidende Bedeutung für die Auslegung vergaberechtlicher Fragestellungen zu. Insbesondere beschäftigt sich der EuGH intensiv mit dem Anwendungsbereich des Vergaberechts. Neben der Frage nach dem persönlichen Anwendungsbereich, also der Frage, wann die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber gegeben ist, musste der EuGH Fragen nach dem sachlichen Anwendungsbereich nachgehen.

Hinsichtlich der letzteren Frage hat der EuGH zwei ungeschriebene Ausnahmen³⁰⁹ vom Anwendungsbereich des Vergaberechts entwickelt. Bei der ersten handelt es sich um die bereits dargestellte In-House-Vergabe, bei der zweiten um die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit. Beiden vom EuGH entwickelten Ausnahmetatbeständen liegt die Eigenschaft des Vergaberechts als Privatisierungsfolgenrecht zu Grunde. Das Vergaberecht soll nicht das „ob“, sondern nur das „wie“ der Beschaffung regeln. Die Frage, ob eine Beschaffung am Markt durchgeführt oder die Leistungserbringung mit eigenen Ressourcen erfolgen soll, ist nicht Regulationsgegenstand des Vergaberechts.

5.1.1 Königreich Spanien

In diesem Vertragsverletzungsverfahren hatte der EuGH darüber zu entscheiden³¹⁰, ob die Umsetzung der Vergaberichtlinien³¹¹ durch den spanischen Gesetzgeber in nationales Recht in europarechtskonformer Weise erfolgte. Das spanische Gesetz über öffentliche Aufträge hat sämtliche Kooperationsvereinbarungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und den übrigen öffentlichen Einrichtungen ohne Einschränkung vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen.

Nach Ansicht des EuGH stellte diese Regelung eine unzureichende Umsetzung der Richtlinien dar. Für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages genüge es, wenn eine Gebietskörperschaft einen Vertrag mit einer vom ihm unterschiedlichen Stelle schließe. Eine Ausnahme gelte dann, wenn die im Urteil „Teckal“ aufgestellten Anforderungen an eine „In-House“ Vergabe vorlägen, mithin wenn die Gebietskörperschaft über die betreffende Person eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und diese Person zugleich im

³⁰⁹ So wörtlich EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 31.

³¹⁰ EuGH, Urteil vom 13.1.2005 – C-84/03 – Königreich Spanien, Slg. 2005, I-139.

³¹¹ Richtlinien 93/36/EWG des Rates vom 14.6.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und 93/37/EWG des Rates vom 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge.

Wesentlichen für die sie kontrollierende Gebietskörperschaft oder Gebietskörperschaften tätig ist.³¹² Da die Freistellung im spanischen Gesetz jedoch darüber hinaus Beziehungen, gleich welcher Art, zwischen den öffentlichen Verwaltungen, ihren öffentlichen Einrichtungen und ganz allgemein den Einrichtungen des öffentlichen Rechts, vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausschloss, waren auch ausschreibungspflichtige Verträge erfasst, sodass der EuGH der Klage der Kommission stattgab.³¹³

In dieser Entscheidung erwähnte der EuGH den Begriff der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zwar nicht, machte jedoch deutlich, dass Kooperationen zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht per se vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgeschlossen sind.³¹⁴ Eine ausnahmslose gesetzliche Freistellung solcher Kooperationen kommt nach dieser Entscheidung nicht in Betracht.

Diese Entscheidung konnte wenig Klarheit in die Diskussion um die Vergaberechtsfreiheit öffentlich-öffentlicher Kooperationen bringen.³¹⁵ Der EuGH formulierte weder greifbare Kriterien noch gab er Anhaltspunkte für eine mögliche Ausnahme vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien. In der Literatur wurde hieraus der – zutreffende – Schluss gezogen, dass stets eine Einzelfallbetrachtung anzustellen ist.³¹⁶

Aufgrund der nach dieser Entscheidung weiterhin bestehenden Rechtsunsicherheit entschied sich der deutsche Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der RL 2004/18/EG dagegen, eine Ausnahmeregelung für öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in das GWB aufzunehmen.³¹⁷

5.1.2 Kommission/Frankreich

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 20.10.2005³¹⁸ im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens aufgrund einer unterlassenen Ausschreibung eines Bauauftrages Stellung zu der Frage genommen, wann eine vergaberechtsfreie Zuständigkeitsübertragung zwischen öffentlichen Auftraggebern vorliegen kann.

³¹² EuGH, Urteil vom 13.1.2005 – C-84/03 – Königreich Spanien, Slg. 2005, I-139 Rn. 38 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 18.11.1999 – C-107/98 – Teckal, Slg. 1999, I-8121 Rn. 50. Siehe zur In-House-Ausnahme oben 4.3.4.

³¹³ EuGH, Urteil vom 13.1.2005 – C-84/03 – Königreich Spanien, Slg. 2005, I-139 Rn. 40.

³¹⁴ Hierzu auch Krohn, NZBau 2006, 610, 611.

³¹⁵ Frenz, VergabeR 2006, 831, 834.

³¹⁶ So Bauer, ZfBR 2006, 446, 451; Frenz, VergabeR 2006, 831, 837.

³¹⁷ BT-Drs. 16/10117 S. 18 linke Spalte, S.o. 5.

³¹⁸ Rs. C-264/03 – Kommission/Frankreich, Slg. 2005, I-8831.

Gegenstand dieses Vertragsverletzungsverfahrens war die Regelung eines französischen Gesetzes. Diese Regelung sah vor, dass sich öffentliche Auftraggeber bei der Realisierung von Baumaßnahmen eines „Beauftragten“ bedienen können. Nach erfolgter Beauftragung übernahm dieser Beauftragte verschiedene gesetzlich vorgesehene Kompetenzen des Bauherrn, die der Beauftragte nicht weiter übertragen durfte. Außerdem durfte der Beauftragte erst nach Genehmigung durch den Bauherrn handeln. Auch die Finanzierung der Vergütung durfte der Beauftragte nicht selbst erbringen; er streckte die Mittel nur vor, die der Bauherr ihm später erstattete.

Auslöser für das Vertragsverletzungsverfahren war die Regelung des Gesetzes, welche bestimmte, dass ausschließlich französische Unternehmen als Beauftragte im Sinne dieser Regelung in Betracht kamen. Der EuGH sah diese Regelung als Verstoß gegen die damals geltende RL 92/50/EWG an, da es sich bei der Einschaltung des Beauftragten um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handele, welcher dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterläge. Der EuGH stellte in dem Urteil darauf ab, dass die Übertragung der Kompetenzen auf den Bevollmächtigten nicht ausreiche, um diesem eine in dessen alleinige Zuständigkeit fallende Kompetenz zu verleihen, die er eigenständig wahrnehmen könne.³¹⁹

Die kurz gehaltenen Ausführungen des EuGH zu dieser Frage werden konkretisiert durch die Ausführungen der Schlussanträge des Generalanwaltes Maduro,³²⁰ welche der EuGH ausdrücklich in den Entscheidungsgründen einbezieht.³²¹ Der Generalanwalt hat in seinen Schlussanträgen eine mögliche Ausnahme vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie gesehen, wenn die Einschaltung des Beauftragten eine Übertragung öffentlicher Gewalt bedeute.³²² Den Schlussanträgen zufolge lag eine solche Übertragung öffentlicher Gewalt im zu entscheidenden Fall nicht vor, da der Beauftragte seine Entscheidungen nicht autonom treffen konnte.³²³ Außerdem finanzierte der Bauherr sämtliche vom Beauftragten zu leistenden Zahlungen, sodass der Beauftragte somit nicht selbstständig hierfür verantwortlich sei und auch in dieser Hinsicht keine autonome Entscheidungsgewalt innehabe.³²⁴

³¹⁹ EuGH, Urteil vom 20.10.2005 – C-264/03 – Kommission/Frankreich, Slg. 2005, I-8831 Rn. 54.

³²⁰ Schlussanträge des Generalanwaltes Maduro zu Rs. C-264/03 vom 24.11.2004, Slg. 2005, I-8831 Rn. 38 f.

³²¹ EuGH, Urteil vom 20.10.2005 – C-264/03 – Kommission/Frankreich, Slg. 2005, I-8831 Rn. 53.

³²² Zustimmend Frenz, VergabeR 2006, 831f.; Greb, VergabeR 2008, 409, 410.

³²³ Schlussanträge des Generalanwaltes Maduro zu Rs. C-264/03 vom 24.11.2004, Slg. 2005, I-8831 Rn. 39.

³²⁴ Schlussanträge des Generalanwaltes Maduro zu Rs. C-264/03 vom 24.11.2004, Slg. 2005, I-8831 Rn. 40.

Beachtenswert ist, dass der EuGH weder die In-House-Kriterien, noch eine Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber als möglichen Ausnahmetatbestand anspricht. Hieraus kann nur gefolgert werden, dass er die Verlagerung von Zuständigkeiten nicht als Ausnahmetatbestand ansieht, sondern vielmehr bereits keinen Auftrag erkennt.³²⁵

Die Ausführungen des EuGH sowie des Generalanwaltes hat die Kommission in ihrem Arbeitsdokument zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit³²⁶ unter Ziffer 4.1 (Umverteilung von Zuständigkeiten zwischen öffentlichen Auftraggebern), S. 22, Bezug genommen. Auch nach Ansicht der Kommission kann eine Zuständigkeitsübertragung im Sinne einer Übertragung öffentlicher Gewalt nur dann vorliegen, wenn die vom EuGH im Urteil „Kommission/Frankreich“ genannten Kriterien erfüllt sind. Die Kommission bringt diese Anforderungen im Wege einer negativen Abgrenzung auf drei Voraussetzungen. Eine vergaberechtsfreie Übertragung von Zuständigkeiten soll nicht vorliegen, wenn:

- die öffentliche Einrichtung, die ursprünglich zuständig war, hauptverantwortlich für ein Projekt bleibt, da die Aufgabe rechtlich nicht übertragbar ist,
- die neue Einrichtung erst nach Genehmigung durch die ursprünglich zuständige öffentliche Einrichtung rechtlich relevante Tätigkeiten wahrnehmen kann und
- die neue Einrichtung für die Erfüllung ihrer Aufgabe von der ursprünglich zuständigen öffentlichen Einrichtung finanziert wird, so dass ihr kein Handlungsspielraum bleibt.

Die Kommission stellt wie der EuGH auf die Vollständigkeit der Übertragung der Zuständigkeiten ab.³²⁷ Die übertragende Stelle dürfe keinerlei Verantwortung für die übertragene Leistung behalten. Der Empfänger der Übertragung müsse die Zuständigkeit unabhängig und in eigener Verantwortung wahrnehmen.

In der vergaberechtlichen Literatur ist diese Entscheidung bezüglich der hier besprochenen Thematik bislang nahezu unbeachtet geblieben. Lediglich *Frenz*³²⁸ hat die Bedeutung dieser Entscheidung für die vergaberechtliche Beurteilung kommunaler Kooperationen erkannt und sich hierzu dezidiert für die einzelnen Formen der Zusammenarbeit geäußert.³²⁹ Wie der EuGH stellt Frenz entscheidend auf die Vollständigkeit der Aufgabenübertragung ab, bei

³²⁵ Hierzu ausführlich unten 5.2.2. zum Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit), KOM SEK(2011) 1169 endg. vom 4.10.2011.

³²⁶ Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit), KOM SEK(2011) 1169 endg. vom 4.10.2011.

³²⁷ So auch Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 659.

³²⁸ VergabeR 2006, 831.

³²⁹ Frenz, VergabeR 2006, 831, 838.

deren Vorliegen er eine Vergaberechtsfreiheit bejaht.³³⁰ *Greb*³³¹ hingegen behandelt diese Entscheidung nur als Beispiel für ein hoheitliches und damit vergaberechtsfreies Handeln öffentlicher Auftraggeber und stellt keine weitergehenden Überlegungen an.

Die im Folgenden darzustellende Rechtsprechung, sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene, hat dieses Urteil nicht aufgegriffen. Erst das bereits erwähnte Arbeitsdokument der Kommission hat die Ausführungen des EuGH zur möglichen Vergaberechtsfreiheit der Übertragung von Zuständigkeiten zum Anlass genommen, hierauf beruhende Kriterien für eine vergaberechtsfreie Aufgabenübertragung zu formulieren. In der RL 2014/24/EU sind die in dieser Entscheidung aufgestellten Kriterien als weiterer Ausnahmetatbestand in Art. 1 Abs. 6 wiederzufinden.

5.1.3 Stadtreinigung Hamburg

In seiner Entscheidung vom 09.06.2009³³² hatte der EuGH erstmalig einen Sachverhalt zu entscheiden, welcher eine horizontale Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern betraf. Die Entscheidung erging durch die Große Kammer des EuGH. Ausgangspunkt der Entscheidung war ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland aufgrund folgenden Sachverhalts.³³³

Die vier niedersächsischen Landkreise Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. und Stade schlossen am 18.12.1995 mit der Stadtreinigung Hamburg, einer Anstalt öffentlichen Rechts, einen Vertrag über die Entsorgung ihrer Abfälle in der neuen Müllverbrennungsanlage Rugenberger Damm. Diese Anlage sollte mit einer Kapazität von 320000 Tonnen jährlich sowohl Elektrizität als auch Wärme produzieren und am 15.04.1999 fertig gestellt werden. Nach dem zwischen den Beteiligten geschlossenen Vertrag reservierte die Stadtreinigung Hamburg den Landkreisen eine Entsorgungskapazität von 120000 Tonnen zu einem für alle nach der gleichen Formel berechneten Preis. Die Vergütung wurde über die Stadtreinigung Hamburg an den Betreiber der Anlage, der nur ihr Vertragspartner ist, gezahlt. Die Laufzeit des Vertrags betrug zwanzig Jahre. Ein Vergabeverfahren nach der damals geltenden Richtlinie 92/50/EWG zur Beschaffung der Entsorgungsleistungen haben die Landkreise nicht durchgeführt.

³³⁰ Frenz, VergabeR 2006, 831, 837.

³³¹ VergabeR 2008, 409, 410.

³³² EuGH (Große Kammer), Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747.

³³³ Eine umfassende Darstellung des Urteils findet sich bei Klein, Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt, S. 164ff.

Die Kommission war der Ansicht, dass die betreffenden Landkreise öffentliche Auftraggeber seien und der Vertrag über die Abfallentsorgungsleistungen als schriftlicher entgeltlicher Dienstleistungsvertrag unter den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG falle. Die beklagte Bundesrepublik Deutschland war hingegen der Ansicht, dass es sich bei dem fraglichen Vertrag um eine Vereinbarung über die gemeinsame Wahrnehmung von den Landkreisen bzw. der Stadt Hamburg obliegenden öffentlichen Aufgaben handele. Diese kommunale Zusammenarbeit, die ein in der staatlichen Sphäre ablaufendes Geschehen zum Gegenstand habe, berühre nicht den Markt und unterliege folglich nicht dem Vergaberecht.

Nachdem noch der Generalanwalt Mazak in seinen Schlussanträgen³³⁴ die Klage der Europäischen Kommission unterstützt und eine Ausschreibungspflicht der öffentlich-öffentlichen Kooperation angenommen hatte, wies der EuGH die Klage der Kommission ab.

Im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrages untersuchte der EuGH zunächst die Kriterien der In-House-Vergabe, lehnte deren Voraussetzungen jedoch ab, da keiner der Beteiligten eine Kontrolle über die anderen ausübe.³³⁵ In der Folge ging der EuGH detailliert auf die konkreten Umstände und den Inhalt des geschlossenen Vertrages ein und kam zu dem Ergebnis, dass die vereinbarte Form der Zusammenarbeit öffentlicher Einrichtungen keiner Ausschreibungspflicht unterliege.

Zunächst stellte der EuGH hierbei fest, dass mit dem streitigen Vertrag eine Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe – der Abfallentsorgung – vereinbart wurde.³³⁶ Hierbei wies der EuGH darauf hin, dass Art. 5 Abs. 2 RL 75/442/EWG³³⁷ die Mitgliedstaaten dazu anhalte, zu versuchen, den Abfall in einer so nah wie möglich gelegenen Anlage zu verwerten. Da die Vereinbarung der Erreichung dieses gemeinsamen Ziels diene, nahm der EuGH eine allen Vertragsparteien obliegende gemeinsame öffentliche Aufgabe an.³³⁸

Des Weiteren gehe der geschlossene Vertrag auf eine Initiative der Vertragsparteien zurück und stelle sicher, dass die gemeinsame Aufgabe der Abfallbeseitigung erbracht werden

³³⁴ Schlussanträge des Generalanwalts Mazak v. 19.2.2009 zu Rs. C-480/06, Slg. 2009 I-4747.

³³⁵ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 34, 36.

³³⁶ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 36.

³³⁷ Richtlinie 75/442/EWG des Rates vom 15.7.1975 über Abfälle (ABIEG Nr. L 194, S. 39) in Fassung der Änderung durch die Richtlinie 91/156/EWG des Rates vom 18.3.1991 (ABIEG Nr. L 78, S. 32).

³³⁸ Ausführlich zu diesem Aspekt des Urteils Suhl, AbfallR 2011, 6, 11.

könne.³³⁹ Zudem beinhalte der Vertrag gegenseitige Einstandspflichten. So stellten die Landkreise der Stadtreinigung nicht genutzte Kapazitäten zur Verfügung, um einem Mangel an Entsorgungskapazitäten in Hamburg abzuweichen.³⁴⁰ Bei Stillständen und Fehlfunktionen war die Stadtreinigung Hamburg unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, den Landkreisen Ersatzkapazitäten anzubieten.³⁴¹ Im Gegenzug verpflichteten sich die Landkreise, ihre Abfallmengen zu reduzieren, falls die Entsorgungsanlage überlastet ist.³⁴²

Die Zusammenarbeit zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den vier Landkreisen führe auch nicht zu Finanztransfers, die über die Erstattung des Teils der Kosten hinausgehen, der von den Landkreisen zu tragen ist, aber von der Stadtreinigung Hamburg an den Betreiber gezahlt wurde.³⁴³

Außerdem werde der Vertrag ohne die Beteiligung Privater geschlossen und präjudiziere auch nicht den noch abzuschließenden Vertrag über die Errichtung der Müllverbrennungsanlage. Die Errichtung sei erst nach Zustimmung der vier Landkreise zu der Vereinbarung beschlossen worden.³⁴⁴

Schließlich stellte der EuGH fest, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht an eine spezielle Rechtsform gebunden sei. Das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen – einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten – werde nicht in Frage gestellt, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt würde, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen und der Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.³⁴⁵ Auch liege kein Anhaltspunkt dafür vor, dass die von den beteiligten Auftraggebern gewählte Gestaltung nur deshalb gewählt worden wäre, um das Vergaberecht zu umgehen.³⁴⁶

³³⁹ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 39, 40.

³⁴⁰ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 41.

³⁴¹ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 39.

³⁴² EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 42; zu den wechselseitigen Pflichten ausführlich Brauer-Jung, VergabeR 2010, 306, 308; Hausmann/Mutschler-Siebert, VergabeR 2010, 427, 429.

³⁴³ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 43; hierzu Suhl, AbfallR 2011, 6, 13.

³⁴⁴ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 44, 47.

³⁴⁵ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 47 mit Verweis auf Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 50f.

³⁴⁶ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 48.

Nachdem der EuGH die genannten Kriterien aufgestellt und deren Vorliegen bejaht hat, kommt er zu dem Ergebnis, dass die Klage der Kommission abzuweisen ist.³⁴⁷

Dieses Urteil des EuGH hat in der vergaberechtlichen Literatur ein gewaltiges Echo hervorgerufen. Während einige Autoren die Entscheidung als einen „Sieg für die kommunale Kooperation“³⁴⁸, einen „Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit“³⁴⁹ sowie „Erweiterte Möglichkeiten für die interkommunale Zusammenarbeit“³⁵⁰ werteten, stellten manche die Frage, ob nun „Gelbes oder grünes Licht für die interkommunale Zusammenarbeit“ gegeben sei.³⁵¹ Das Urteil sei zudem für die „interkommunalen Gestaltungsmöglichkeiten von großem Wert“.³⁵²

Andere Autoren blieben hingegen zurückhaltend. Weder solle die Entscheidung als „Freibrief“³⁵³, „Freifahrtschein“³⁵⁴, noch als „verallgemeinerungsfähiger Meilenstein“³⁵⁵ verstanden werden. Insbesondere wurde hervorgehoben, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handle, welche sich nicht ohne weiteres auf andere Sachverhalte übertragen lasse.³⁵⁶

Trotz der unterschiedlichen aus der Entscheidung abgeleiteten Folgen ist eine weitgehende Übereinstimmung bezüglich der vom EuGH aufgestellten Kriterien einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit festzustellen. Diese sind:³⁵⁷

- Die Zusammenarbeit hat unter Ausschluss Privater zu erfolgen. Vertragspartner können nur öffentliche Stellen und von ihnen vollständig beherrschte Unternehmen sein. Eine Übertragung auf Private muss ausgeschlossen sein.

³⁴⁷ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 49.

³⁴⁸ von Donat/Lipinsky, KommJur 2009, 361.

³⁴⁹ Struve, EuZW 2009, 805.

³⁵⁰ Gruneberg/Kröcher/Jänicke, ZfBR 2009, 754.

³⁵¹ Trautner/Schwabe/Schleper, LKRZ 2010, 161.

³⁵² Tomerius, LKV 2009, 395, 400.

³⁵³ Portz, VergabeR 2009, 702; Ruhland, VerwArch 2010, 399, 405.

³⁵⁴ Gesterkamp, AbfallR 2009, 229, 234.

³⁵⁵ Brauser-Jung, VergabeR 2010, 306, 316.

³⁵⁶ Brauser-Jung, VergabeR 2010, 306, 314; Hausmann/Mutschler-Siebert, VergabeR 2010, 427, 433; Wolf, VergabeR 2011, 27, 42; Hausmann, VR 2010, 191, 193; Dieckmann, AbfallR 2009, 200; Suhl, AbfallR 2011, 6, 14; Franke, NdsVBl. 2009, 308, 309.

³⁵⁷ Vgl. Müller/Klostermann, ZfBR 2014, 347, 349; von Strenge, NordÖR 2011, 216, 218; Hövelberndt, NWVBl. 2011, 161, 165; Portz, VergabeR 2009, 702, 710.; Struve, EuZW 2009, 805, 807; Hausmann/Mutschler-Siebert, VergabeR 2010, 427; Gruneberg/Kröcher/Jänicke, ZfBR 2009, 754, 762.

- Gegenstand des Vertrages muss eine den Kommunen obliegende öffentliche Aufgabe sein. Es müssen im öffentlichen Interesse liegende Ziele verfolgt werden.
- Der Vertrag darf keine Zahlungen vorsehen, die über eine Kostenerstattung hinausgehen.
- Es muss sichergestellt sein, dass durch den Vertrag kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Mitbewerber.
- Eine gezielte Umgehung des Vergaberechts darf nicht vorliegen.

Ungeachtet der inhaltlichen Bewertung wird an dieser Entscheidung kritisiert, dass die Entscheidungsgründe dogmatisch nicht fundiert begründet und gebotene Präzisierungen und Differenzierungen nicht vorgenommen wurden.³⁵⁸ Aus diesem Grund halten von *Donat/Lipinsky* die vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen aufgrund der „fehlenden dogmatischen Herleitung für merkwürdig konturlos“.³⁵⁹

Diese zutreffende Feststellung ist wohl auch der Grund für die verschiedenen aus dem Urteil hergeleiteten Folgen für die Ausschreibungsfreiheit von öffentlich-öffentlichen Kooperationen. Obwohl Einigkeit hinsichtlich der zu beachtenden Kriterien besteht, erfolgt deren Auslegung nicht einheitlich.

Insbesondere die Merkmale „Zusammenarbeit“ und „öffentliche Aufgabe“ sind für sich genommen kaum aussagekräftig. Während an den Begriff der „Zusammenarbeit“ teilweise sehr strenge Anforderungen gestellt werden³⁶⁰, gehen andere Ansichten davon aus, dass hiermit keinesfalls eine „gleichrangige Leistungserbringung“ zu verstehen sein soll.³⁶¹ Der Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ ist zudem eine Neuschöpfung des EuGH. Den im Unionsrecht bereits vorhandenen Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse“³⁶² erwähnt der EuGH ebenso wenig wie den zuvor im Unionsrecht gebräuchlichen Begriff der „Dienstleistungen der Daseinsvorsorge“³⁶³. Diese

³⁵⁸ So Klein, Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt, S. 167 und Fn. 708; allgemein Streinz, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 617.

³⁵⁹ von Donat/Lipinsky, KommJur 2009, 361, 365.

³⁶⁰ Suhl, AbfallR 2011, 6, 12.

³⁶¹ Struve, EuZW 2009, 805, 807f.

³⁶² Art. 106 Abs. 2 AEUV, Art. 14 AEUV; Kommission: Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.5.2003, KOM(2003) 270.

³⁶³ Kommission: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 11.9.1996, KOM(96) 443; Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20.9.2001, KOM(2000) 580; Leistungen der Daseinsvorsorge vom 17.10.2001, KOM(2001) 598.

Unklarheit hat die Literatur ebenfalls zu unterschiedlichsten Interpretationen veranlasst. Während teilweise ein sehr weites Begriffsverständnis des EuGH erblickt wird³⁶⁴, wollen andere auf den Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse“ und damit die Kriterien des Art. 106 Abs. 2 AEUV zurückgreifen.³⁶⁵

Aufgrund der Unklarheiten bezüglich der Auslegung der vom EuGH aufgestellten Kriterien hat die Kommission eine interpretierende Mitteilung veröffentlicht, in welcher sie die vergaberechtsfreien Möglichkeiten einer Zusammenarbeit vorstellt und interpretiert.³⁶⁶

Erst in der im Folgenden darzustellenden Rechtsprechung ist es dem EuGH gelungen, jedenfalls einige der aufgestellten Voraussetzungen inhaltlich zu konturieren.

5.1.4 Lecce

Dem Urteil der Großen Kammer des EuGH³⁶⁷ lag ein Vorabentscheidungsersuchen des italienischen Concilio di Stato zugrunde.

Der Ausgangsrechtsstreit wurde von der Ingenieurkammer der Provinz Lecce gegen die Azienda Sanitaria Locale di Lecce (örtlicher Sanitätsbetrieb Lecce, ASL) und die Universität des Salento geführt. Sowohl bei der ASL als auch bei der Universität handelte es sich um einen öffentlichen Auftraggeber i.S.d. RL 2004/18/EG. Streitgegenstand war die Vergabe eines Beratungsvertrages der ASL an die Universität über die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit der Krankenhausanlagen der ASL in der Provinz Lecce. Gegenstand des Beratungsvertrages war die eingehende Untersuchung der Krankenhausanlagen auf verwendete Materialien, angewandte Berechnungsmethoden sowie die baurechtliche Vorschriftsmäßigkeit. Über diese Ergebnisse sollte von der Universität ein ausführlicher Bericht erstellt werden. Die Universität als Auftragnehmer durfte für die Ausführung des Auftrags externes Personal heranziehen. Der Sanitätsbetrieb sollte Eigentümer sämtlicher Ergebnisse der Untersuchung werden. Als Vergütung legten ASL und die Universität einen Betrag von 200.000,00 € ohne Mehrwertsteuer fest. Dieser Betrag bestand zu einem Anteil von knapp $\frac{3}{4}$ aus Personalkosten.³⁶⁸

³⁶⁴ Struve, EuZW 2009, 805, 808.

³⁶⁵ Pielow, EuZW 2009, 529, 532; ihm folgend Brauser-Jung, VergabeR 2010, 306, 312; ders., VergabeR 2013, 285, 289.

³⁶⁶ S.u. 5.2.2.

³⁶⁷ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817; hierzu Sonder, LKV 2014, 207f.; Schrotz/Ahlhaus, NVwZ 2013, 712; Willenbruch, VergabeR 2013, 201; Hertwig, NZBau 2013, 278.

³⁶⁸ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 12-16.

Die ASL und die Universität waren der Ansicht, ihre Zusammenarbeit sei als öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit gesetzlich erlaubt und vergaberechtsfrei. Sie beriefen sich auf die Regelung des italienischen Gesetzes Nr. 241, welches vorsieht,

*dass öffentliche Verwaltungen stets untereinander Vereinbarungen treffen können, um die Ausübung von im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten im Wege der Zusammenarbeit zu regeln.*³⁶⁹

Ein Dekret des italienischen Präsidenten bestimmte zudem, dass Universitäten durch Verträge mit öffentlichen und privaten Einrichtungen Forschungs- und Beratungstätigkeiten ausüben dürfen.³⁷⁰

Gegen die Erteilung dieses Auftrages wandte sich die Ingenieurkammer Lecce und rügte die unterbliebene Ausschreibung des Auftrages. Der Concilio di Stato hat dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt,

ob die Richtlinie 2004/18/EG einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Abschluss von Vereinbarungen in Schriftform zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern über die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit von Krankenhausanlagen erlaubt, die nach den nationalen Vorschriften über die Sicherheit von Bauwerken und insbesondere von strategischen Gebäuden gegen eine die für die Erbringung der Leistungen betragenden Kosten nicht übersteigende Gegenleistung durchzuführen sind, wenn die den Auftrag ausführende Verwaltung die Eigenschaft eines Wirtschaftsteilnehmers besitzen kann.

Der EuGH hat die Vorlagefrage dahingehend beantwortet, dass das

Recht der Union über die Vergabe öffentlicher Aufträge einer nationalen Regelung entgegensteht, die es erlaubt, ohne Ausschreibung einen Vertrag zu schließen, mit dem öffentliche Einrichtungen eine Zusammenarbeit vereinbaren, wenn ein solcher Vertrag nicht die Wahrnehmung einer diesen Einrichtungen gemeinsam obliegenden öffentlichen Aufgabe zum Gegenstand hat, nicht nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse

³⁶⁹ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 10.

³⁷⁰ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 11.

*liegenden Zielen zusammenhängen, oder geeignet ist, einen privaten Dienstleistungserbringer besser zu stellen, als seine Mitbewerber.*³⁷¹

In seinen Entscheidungsgründen hat es der EuGH – abweichend von den Schlussanträgen der Generalanwältin³⁷² – nicht als entscheidungserheblich angesehen, ob die Schwellenwerte der VKR im vorliegenden Fall überschritten werden. Er begründet dies damit, dass unabhängig vom Überschreiten der Schwellenwerte stets dasselbe Ergebnis zu Tage trete. Der EuGH führt aus, dass die Kriterien, nach denen sich eine Ausschreibungspflicht bestimmt, aus dem Europäischen Primärrecht und den hieraus abgeleiteten Vergabegrundsätzen der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung ergäben und diese den Kriterien der VKR entsprächen.³⁷³

Kurz bejaht der EuGH die Unternehmereigenschaft der Universität. Das italienische Dekret erlaube es Universitäten ausdrücklich, sich über die hoheitliche Lehrtätigkeit hinausgehend wirtschaftlich zu betätigen. Wenn und soweit Einrichtungen berechtigt seien, bestimmte Leistungen auf dem Markt anzubieten, könne ihnen die Teilnahme an einer Ausschreibung für die betreffenden Dienstleistungen nicht untersagt werden, was im Umkehrschluss eine Qualifikation der Universität als Unternehmen zur Folge habe.³⁷⁴

Der EuGH klassifiziert die vergebenen Leistungen überdies nicht als wissenschaftliche Forschungsleistungen. Er sieht diese vielmehr als Ingenieurdienstleistungen und die dazugehörige wissenschaftliche und technische Beratung an.³⁷⁵

Schließlich stellt der EuGH klar, dass ein entgeltlicher Vertrag nicht beinhalten müsse, dass der Auftragnehmer einen Gewinn mit der Durchführung des Auftrages erzeuge. Eine bloße Kostenerstattung sei stets als entgeltlich anzusehen.³⁷⁶

Der EuGH verneint kurz das Vorliegen der Teckal-Kriterien, da der Sanitätsbetrieb keinerlei Kontrolle über die Universität ausübe.³⁷⁷

³⁷¹ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 40, Tenor.

³⁷² Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak zu Rs. C-159/11 vom 23.5.2012 Rn. 22ff.

³⁷³ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 24; mit Verweis auf Urteil vom 10.9.2009 – C-573/07 – Sea, Slg. 2009, I-8127 Rn. 35-37; hierzu Schrotz/Ahlhaus, NVwZ 2013, 712, 713.

³⁷⁴ EuGH, Urteil vom 23.12.2009 – C-305/08 – CoNISMa, Slg. 2009, I-12129 Rn. 30, 45, 48, 49, 51.

³⁷⁵ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 28.

³⁷⁶ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 29; Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak zu C-159/11 vom 23.5.2012 Rn. 32-34.

³⁷⁷ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 33.

Hiernach wendet sich der EuGH dem Vorliegen der Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zu, welche sich aus dem oben zitierten Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ ergeben und kumulativ vorliegen müssen. Die Voraussetzungen sind nach den Ausführungen des EuGH dann erfüllt, wenn³⁷⁸

- mit dem Vertrag eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart wird
- der Vertrag ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater geschlossen wird,
- kein privater Dienstleistungserbringer besser gestellt wird als seine Wettbewerber und
- die im Vertrag vereinbarte Zusammenarbeit nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

Nach Ansicht des EuGH sind diese Voraussetzungen nicht gegeben. Zum einen betreffe der vergebene Auftrag keine beiden öffentlichen Einrichtungen gemeinsam obliegende Aufgabe.³⁷⁹ Der EuGH stellt kurz fest, dass die durchgeführte Aufgabe eine im Allgemeinen von Ingenieuren und Architekten auszuführende Leistung beinhalte und es demnach den Anschein habe, dass die Vertragspartner keine ihnen gemeinsam obliegende öffentliche Aufgabe wahrnehmen wollten.

Zum anderen könne eine Bevorzugung privater Unternehmen darin liegen, dass der Vertrag gestatte, qualifiziertes externes Personal für die Durchführung des Auftrages heranzuziehen.³⁸⁰ Da dieses Personal auch von einem privaten Dienstleister stammen könne, sei eine solche Bevorzugung nicht auszuschließen. Das vorliegende Gericht hatte hierzu keine Feststellungen getroffen, sodass der EuGH die Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals dem Ausgangsgericht überließ.

³⁷⁸ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 34, 35.

³⁷⁹ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 37.

³⁸⁰ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 38.

Neu an dieser Entscheidung ist, dass der EuGH erstmalig von zwei (ungeschriebenen) Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts spricht. Hiermit erkennt er die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit als eigenständigen Ausnahmetatbestand an und macht zudem deutlich, dass es weitere Ausnahmetatbestände nicht gibt. Auf die in der Entscheidung „Kommission/Frankreich“ angesprochene Ausnahme einer Zuständigkeitsübertragung³⁸¹ geht der EuGH nicht ein.

In der Sache orientiert sich der EuGH an den in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ aufgestellten Kriterien. Diese bleiben jedoch auch in dieser Entscheidung blass und allgemein. Insbesondere wird kritisiert, dass weiterhin unklar bleibe, was der EuGH unter einer Zusammenarbeit versteht.³⁸² Die bestehenden Rechtsunklarheiten habe der EuGH nicht beseitigen können.³⁸³

So folgert der EuGH aus der Tatsache, dass zumeist Architekten und Ingenieure die Tätigkeiten, deren Ausführung durch den Vertrag geregelt werden, erbringen, dass die übertragene Tätigkeit keine den öffentlichen Auftraggebern gemeinsam obliegende öffentliche Aufgabe darstelle. Warum dies der Fall sein soll, bleibt unklar. Der EuGH macht nicht deutlich, ob er das Kriterium der „gemeinsamen“³⁸⁴ Aufgabe oder das der „öffentlichen“³⁸⁵ Aufgabe als nicht erfüllt angesehen hat. Letztgenannte Auffassung versteht diese Ausführungen dahingehend, dass Gegenstand einer öffentlichen Aufgabe jedenfalls keine Tätigkeiten sein könnten, welche auf dem freien Markt angeboten werden.³⁸⁶ Eine entsprechende Überlegung hat der EuGH jedoch in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ nicht angestellt, obwohl die dort behandelten Abfallentsorgungsleistungen einem sehr stark umkämpften Wettbewerb ausgesetzt sind.

Die Beantwortung der Frage, welche Personen- bzw. Berufsgruppe die Tätigkeiten normalerweise ausführt, kann auch nur schwerlich ein Indiz dafür sein, ob die von dieser Berufsgruppe wahrgenommenen Aufgaben auch den öffentlichen Auftraggebern „gemeinsam“ obliegen. Es können nämlich durchaus Konstellationen denkbar sein, in welchen zwei öffentliche Auftraggeber, welche eigene Planungsabteilungen unterhalten, zusammenarbeiten und somit diese gemeinsam Architektenleistungen erbringen. Das Argument des EuGH zur ausführenden Berufsgruppe passt somit weder zum Merkmal der „öffentlichen Aufgabe“ noch zum Erfordernis, dass die Aufgaben beiden Auftraggebern

³⁸¹ S.o. 5.1.2.

³⁸² Willenbruch, VergabeR 2013, 201f.; Müller/Klostermann, ZfBR 2014, 347, 349.

³⁸³ Schrotz/Ahlhaus, NVwZ 2013, 712, 713.

³⁸⁴ So Hertwig, NZBau 2013, 278, 280.

³⁸⁵ So Schrotz/Ahlhaus, NVwZ 2013, 712, 713.

³⁸⁶ Schrotz/Ahlhaus, NVwZ 2013, 712, 713.

„gemeinsam“ obliegen müssen. Es hätte viel näher gelegen, dahingehend zu argumentieren, dass keine „Zusammenarbeit“ vorgelegen hat, weil die Universität „in Wirklichkeit ein Gutachten in Auftrag gegeben und dafür bezahlt hat“³⁸⁷, also ein klassischer Auftrag gegen Entgelt vorliegt.

Die Entscheidung des EuGH wird wohl so zu verstehen sein, dass kein gemeinsames Forschungsanliegen bestand, sodass aus diesem Grund eine gemeinsame Aufgabe nicht vorlag.³⁸⁸

Der zweite Grund, aus dem der EuGH eine Vergaberechtsfreiheit des Vertrages ablehnt, ist, dass der Auftragnehmer, die Universität, externes Personal zur Durchführung des Auftrages heranziehen darf. Sofern dieses externe Personal von privaten Dienstleistungserbringern stammt, soll dies nach dem EuGH stets eine Bevorzugung eines privaten Unternehmens darstellen können.

Diese Aussage leitet der EuGH weder dogmatisch her noch unterwirft er sie irgendeiner Einschränkung.³⁸⁹ Hiermit bewertet der EuGH die Notwendigkeit des Fehlens einer Bevorzugung Privater strenger als bei der In-House-Vergabe. Dort liegt erst dann eine zur Ausschreibungspflicht führende Bevorzugung eines Dritten vor, wenn dieser entweder mit Kapital an der beauftragten Einrichtung beteiligt³⁹⁰ oder diese Beteiligung konkret beabsichtigt³⁹¹ ist. Mit dem Urteil in Sachen „Lecce“ lässt der EuGH die bloß abstrakte Möglichkeit der Bevorzugung eines privaten Dritten ausreichen, um eine vergaberechtsfreie Beauftragung abzulehnen.³⁹²

Die Auslegung des Kriteriums der Nicht-Bevorzugung Privater erscheint damit strenger als noch in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“. Dort sprach der EuGH noch davon, dass die dortige Vereinbarung kein Präjudiz für eventuell erforderliche Aufträge für den Bau der Müllverbrennungsanlage und deshalb keine Beteiligung Privater gegeben sei.³⁹³ Das vom EuGH formulierte Erfordernis eines Präjudizes deutete vielmehr darauf hin, dass eine Bevorzugung Privater nur dann anzunehmen sei, wenn deren Beteiligung bereits feststeht oder konkret beabsichtigt ist.

³⁸⁷ So Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 23.5.2012 zu Rs. C-159/11 Rn. 80.

³⁸⁸ So auch Schrotz/Ahlhaus, NVwZ 2013, 712.

³⁸⁹ Kritisch deshalb Sonder, LKV 2014, 207, 209.

³⁹⁰ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 49; s.o. 4.3.4.

³⁹¹ EuGH, Urteil vom 10.11.2005 – C-29/04 – Stadt Mödling, Slg. 2005, I-09705 Rn. 42.

³⁹² Dies erkennt auch Willenbruch, VergabeR 2013, 201, 202; kritisch Hertwig, NZBau 2013, 278, 281.

³⁹³ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 44; hierzu auch Sauer, EWERK 2013, 276, 279.

Eine mögliche Umgehung des Vergaberechts spricht der EuGH nicht an. Der Hintergrund ist wohl darin zu sehen, dass es sich bei diesem Erfordernis um einen Auffangtatbestand handelt, welcher nur dann zu prüfen ist, wenn die Vereinbarung ansonsten sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt.

5.1.5 Piepenbrock

Der EuGH hat mit seinem Urteil vom 13.06.2013³⁹⁴ über eine Vorlagefrage des OLG Düsseldorf³⁹⁵ entschieden. Dem Vorlageverfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Das Unternehmen Piepenbrock führte Reinigungsarbeiten an den Gebäuden des Kreises Düren durch. Der Kreis Düren ist ein Gemeindeverband, zu dem die Stadt Düren gehört. Die Stadt Düren ist hierbei eine Gebietskörperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Kreis und Stadt erstellten zusammen einen Entwurf für eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung. Diese hatte zum Inhalt, dass der Kreis Düren für eine Pilotphase von zwei Jahren die Aufgabe der Reinigung seiner im Gebiet der Stadt Düren gelegenen Büro-, Verwaltungs- und Schulgebäude auf diese übertragen sollte. § 1 des Vertragsentwurfs hatte folgenden Wortlaut:

1. *Der Kreis Düren überträgt die ihm obliegende Aufgabe der Reinigung seiner im Stadtgebiet Düren gelegenen und in seinem Besitz befindlichen Gebäude mit befreiender Wirkung auf die Stadt Düren.*
2. *Die Aufgabe der Reinigung umfasst die Gebäude- und Glasreinigung, im Büro-, Verwaltungs- und Schulgebäuden des Kreises Düren.*
3. *Die unter Absatz 1 und 2 beschriebene Aufgabe übernimmt die Stadt Düren in ihre alleinige Zuständigkeit. Das Recht und die Pflicht zur Erfüllung dieser Aufgabe gehen auf die Stadt Düren über (§ 23 Abs. 1 Alternative 1, Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen). Die Stadt Düren übernimmt die Pflichten des Kreises und ist insoweit allein verantwortlich.*
4. *Die Stadt Düren darf sich zur Erfüllung der ihr nach Abs. 1 übertragenen*

³⁹⁴ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385, hierzu Anm. von Schrotz/Raddatz, NVwZ 2013, 933; Brakalova, EuZW 2013, 593, Schwabe, IBR 2013, 480, Kunde, NZBau 2013, 555; Gabriel/Voll, VergabeR 2013, 690; Ruffert, JuS 2014, 87.

³⁹⁵ OLG Düsseldorf, Vorlagebeschluss vom 6.7.2011 – VII-Verg 39/11, NZBau 2011, 769, hierzu Kunde, NZBau 2011, 734.

Aufgaben Dritter bedienen.

Der Vertragsentwurf sah zudem vor, dass der Kreis Düren die der Stadt Düren für die Ausführung der Aufgaben entstehenden Kosten nach § 23 Abs. 4 GkG NRW erstattet. Zudem sah war ein Kündigungsrecht für den Kreis Düren für den Fall der Schlechterfüllung vorgesehen. Die Stadt Düren beabsichtigte, die ihr übertragenen Reinigungsarbeiten durch die Dürener Reinigungsgesellschaft mbH, eine Eigengesellschaft, durchführen zu lassen.³⁹⁶

Die Firma Piepenbrock hatte, nachdem sie von dem beabsichtigten Vertragsschluss Kenntnis erlangt hatte, einen Nachprüfungsantrag vor der VK Köln gestellt.³⁹⁷ Nachdem die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hatte, legte Piepenbrock sofortige Beschwerde ein. Das OLG Düsseldorf legte daraufhin dem Europäischen Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

Ist unter einem „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art.1 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge auch ein Vertrag zwischen zwei Gebietskörperschaften zu verstehen, durch den eine von ihnen der anderen eine eng begrenzte Zuständigkeit gegen Kostenerstattung überträgt, insbesondere dann, wenn die übertragene Aufgabe nicht die hoheitliche Tätigkeit als solche, sondern nur Hilfsgeschäfte betrifft?

Der EuGH beantwortete die Vorlagefrage dahingehend,

dass ein Vertrag wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende, mit dem, ohne eine Zusammenarbeit zwischen den vertragschließenden öffentlichen Einrichtungen zur Wahrnehmung einer gemeinsamen Gemeinwohlaufgabe vorzusehen, eine öffentliche Einrichtung eine andere öffentliche Einrichtung mit der Aufgabe betraut, gegen eine finanzielle Entschädigung, die den bei der Durchführung dieser Aufgabe entstehenden Kosten entsprechen soll, bestimmte Büro-, Verwaltungs- und Schulgebäude zu reinigen, wobei die erstgenannte Einrichtung sich die Befugnis vorbehält, die ordnungsgemäße Erfüllung der fraglichen Aufgabe zu kontrollieren, und die letztgenannte Einrichtung sich zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgabe Dritter bedienen darf, die unter Umständen in der Lage sind, zur Durchführung dieser

³⁹⁶ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 12-14.

³⁹⁷ VK Köln, Beschluss vom 13.4.2011 – VK VOL 5/2011 (unveröffentlicht).

Aufgabe auf dem Markt tätig zu werden, ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d) der Richtlinie 2004/18/EG ist.

In der Begründung für sein gefundenes Ergebnis greift der EuGH die in den bereits dargestellten Urteilen „Stadtreinigung Hamburg“ und „Lecce“ aufgestellten Anforderungen an eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit auf. Nach Ansicht des EuGH erfüllt die Vereinbarung von Kreis und Stadt Düren diese Anforderungen nicht.

Zunächst geht der EuGH davon aus, dass der Vertragsentwurf nicht die Vereinbarung einer Zusammenarbeit zwischen den beiden vertragschließenden öffentlichen Einrichtungen zur Wahrnehmung einer gemeinsamen Gemeinwohlaufgabe zum Gegenstand habe.³⁹⁸ Aus dem äußerst knappen Wortlaut des Urteils lässt sich jedoch nicht ersehen, welches bzw. welche der Tatbestandsvoraussetzungen der EuGH als nicht gegeben ansieht. Die Kommission hatte sich in ihrer Stellungnahme gegenüber dem EuGH dahingehend positioniert, dass eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung nicht gegeben sei.³⁹⁹

Zudem geht der EuGH von einer Begünstigung privater Dritter durch den zu schließenden Vertrag aus, da dieser gestattet, dass die der Stadt Düren zur Erfüllung übertragenen Aufgaben mittels eines Rückgriffs auf Dritte ausgeführt werden können.⁴⁰⁰ Diese abstrakte Möglichkeit genügt dem EuGH, wie bereits im Urteil „Lecce“, um das Tatbestandsmerkmal der fehlenden Begünstigung Privater zu verneinen.⁴⁰¹

Besondere Bedeutung an der Entscheidung verdient die Aussage des EuGH, dass sich der übertragende Kreis Düren eine Kontrollbefugnis dadurch vorbehalte, eine Kündigungsmöglichkeit für den Fall der Schlechterfüllung vorzusehen.⁴⁰² Diese zusätzliche Sachverhaltskomponente fand außerdem Berücksichtigung im Tenor der Entscheidung, obwohl sie nicht in der Vorlagefrage enthalten war. Eine Begründung dafür, warum der EuGH ein besonderes Augenmerk auf die Kündigungsmöglichkeit gelegt hat, ist in den Entscheidungsgründen nicht zu finden. Es ist anzunehmen, dass der EuGH hierdurch die Frage, ob die in der Entscheidung „Kommission/Frankreich“⁴⁰³ aufgestellten Kriterien für eine vergaberechtsfreie Aufgabenübertragung vorliegen, von vornherein abschneiden wollte. Eine andere Erklärung dafür, dass der EuGH in seinem Urteil diesen Aspekt besonders hervorhob und diesen auch im Tenor berücksichtigte, ist nicht ersichtlich. Obwohl der EuGH dies nicht

³⁹⁸ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 39

³⁹⁹ Kommission, Stellungnahme vom 28.10.2011, Sj.h(2011) 1206998 Rn. 18ff. (unveröffentlicht).

⁴⁰⁰ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 40.

⁴⁰¹ Kritisch Sauer, EWERK 2013, 276, 279; Dierkes/Scharf, VergabeR 2014, 752, 756.

⁴⁰² EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 26, 27.

⁴⁰³ S.o. 5.1.2.

ausdrücklich erwähnt, entspricht dieses Vorgehen der unter 5.2.2. dargestellten Sichtweise der Kommission, dass ein Alternativverhältnis zwischen öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit und vergaberechtsfreier Zuständigkeitsübertragung besteht.

Auf die ausführlichen Darstellungen des OLG Düsseldorf zur möglichen Qualifikation des Vertrages als innerstaatlichen Organisationsaktes, welcher dem Vergaberecht per se entzogen sein könnte⁴⁰⁴, ging der EuGH hingegen mit keinem Wort ein. Die Hoffnung der Literatur, der EuGH werde mit dieser Entscheidung Klarheit in die Abgrenzung von öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit und Aufgabendelegation bringen, hat sich damit nicht erfüllt.⁴⁰⁵

Das Urteil hat in der Literatur ein großes Echo⁴⁰⁶ hervorgerufen, wobei die Schlussfolgerungen teilweise deutlich voneinander abweichen.

So versteht *Kunde* das Urteil als Absage an die Existenz eines vergaberechtlichen Ausnahmetatbestandes für innerstaatliche Kompetenzübertragungen.⁴⁰⁷ Der EuGH habe mit seiner Formulierung, dass es nur „zwei Arten von Aufträgen [gebe], die nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen“, einem weiteren Ausnahmetatbestand der „Zuständigkeitsübertragung“ eine Absage erteilt.⁴⁰⁸ *Sonder* äußert sich zurückhaltender und meint, der EuGH habe die Anforderungen „präzisiert und in Teilen verschärft“.⁴⁰⁹

Andere Stimmen meinen jedoch, dass „diese Entscheidung [...] nicht zwangsläufig eine Abkehr des EuGH von der bisherigen vergaberechtlichen Privilegierung innerstaatlicher Verwaltungsorganisationsakte beinhalten“ muss.⁴¹⁰ Diese Feststellung wird damit begründet, dass einerseits der EuGH nach Art. 252 AEUV i.V.m. Art. 20 Abs. 5 EuGH-Satzung ohne Mitwirkung des Generalanwaltes entschieden hat. Dies sei nur dann möglich, wenn der Gerichtshof der Auffassung ist, dass die Rechtssache keine neuen Rechtsfragen aufwerfe. Dies bedeute, dass der EuGH selbst keine grundlegende Entscheidung habe treffen wollen, insbesondere habe er nicht „die engen Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie

⁴⁰⁴ OLG Düsseldorf, Vorlagebeschluss vom 6.7.2011 – VII-Verg 39/11, NZBau 2011, 769 Rn. 35ff. – juris, zu diesem Beschluss ausführlich unten 5.3.2.1.

⁴⁰⁵ *Kunde*, NZBau 2011, 734, 736; *Wagner/Piesbergen*, NVwZ 2012, 653, 659; *Brakalova*, EuZW 2013, 593.

⁴⁰⁶ *Brakalova*, EuZW 2013, 593, *Neun/Otting*, EuZW 2013, 529, 533; *Schotz/Raddatz*, NVwZ 2013, 933; *Kunde*, NZBau 2013, 555; *Schwabe*, IBR 2013, 480 = VPR 2013, 5; *Gabriel/Voll*, VergabeR 2013, 686; *Sonder*, LKV 2014, 207; *Hausmann/Queisner*, EPPPL 2013, 231; *Sauer*, EWERK 2013, 276.

⁴⁰⁷ *Kunde*, NZBau 2013, 555, 556.

⁴⁰⁸ *Kunde*, NZBau 2013, 555, 556; so auch *Schotz/Raddatz*, NVwZ 2013, 933, 934.

⁴⁰⁹ *Sonder*, LKV 2014, 207, 208.

⁴¹⁰ *Gabriel/Voll*, VergabeR 2013, 686, 694.

interkommunale Zusammenarbeit – gleich in welcher Form – [...] generalisieren“ wollen.⁴¹¹ Außerdem sei die Entscheidung nicht geeignet, eine grundsätzliche Entscheidung über die vergaberechtliche Relevanz von Zuständigkeitsdelegationen zu treffen, da der Sachverhalt eine solche gerade nicht beinhalte. Vielmehr habe der EuGH entschieden, dass der zur Überprüfung gestellte Vertrag zwischen dem Kreis und der Stadt Düren einen öffentlichen Auftrag und deshalb keinen innerstaatlichen Verwaltungsorganisationsakt darstelle.⁴¹² Schließlich habe der EuGH diese Frage nicht beantworten wollen, da der Sachverhalt hierfür nicht geeignet sei. Dies gelte insbesondere aufgrund der im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses für die neuen Vergaberichtlinien hitzig geführte Debatte um eine Bereichsausnahme für innerstaatliches Organisationshandeln.⁴¹³

Nach Ansicht von *Schrotz/Raddatz* bedeutet das Urteil ebenfalls „nicht, dass delegierende Vereinbarungen im kommunalrechtlichen Sinne nunmehr generell den vergaberechtlichen Vorgaben unterlägen“.⁴¹⁴ Vielmehr stelle das Urteil klar, dass „organisationsrechtliche Instrumente keine Handhabe [bieten], Vorgänge, die sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Bedarfsdeckung darstellen, dem Vergaberecht zu entziehen“.⁴¹⁵ Ihrer Ansicht nach soll eine wirtschaftliche Betrachtung entscheidend für die Einordnung als delegierende Vereinbarung oder Bedarfsdeckung sein.

Hausmann/Queisner entnehmen dem Urteil die Feststellung, dass die In-House-Vergabe und die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit zwei verschiedene, eigenständige Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich des öffentlichen Auftrages darstellen. Außerdem sei nunmehr klargestellt, dass die getroffene Vereinbarung Aufgaben umfassen müsse, welche grundsätzlich beide Vertragspartner zu erbringen haben.⁴¹⁶

Die von *Gabriel/Voll* vorgetragene Argumente, welche in Abrede stellen, dass das Urteil Aussagen über die Frage der Vergaberechtsrelevanz von Zuständigkeitsdelegationen beinhaltet, können nicht überzeugen.

Zunächst kann das formale Argument, dass der EuGH darauf verzichtet hat, den Generalanwalt zu hören, keinen Erkenntnisgewinn für die Bedeutung des Urteils bringen. Wie *Gabriel/Voll* selbst anführen, ist ein solcher Verzicht dann zulässig, wenn die Rechtssache keine „weiteren“ Rechtsfragen aufwirft. Dass der EuGH von dieser Möglichkeit

⁴¹¹ Gabriel/Voll, VergabeR 2013, 686, 694.

⁴¹² Gabriel/Voll, VergabeR 2013, 686, 694.

⁴¹³ Gabriel/Voll, VergabeR 2013, 686, 694 m.w.N.

⁴¹⁴ Schrotz/Raddatz, NvWZ 2013, 933.

⁴¹⁵ Schrotz/Raddatz, NvWZ 2013, 933, 934.

⁴¹⁶ Hausmann/Queisner, EPPPL 2013, 231, 236.

Gebrauch gemacht hat, lässt jedoch keineswegs den Schluss zu, er habe nicht über die zu beantwortende Rechtsfrage entscheiden wollen. Vielmehr ist den Entscheidungsgründen des EuGH zu entnehmen, dass er die zu beantwortende Rechtsfrage bereits aufgrund seiner vorangegangenen Rechtsprechung als entschieden ansieht und aus diesem Grund keinen Anlass für die Tätigkeit des Generalanwaltes sah.⁴¹⁷

Schließlich kann das Argument, der zu entscheidende Sachverhalt habe sich für eine grundlegende Entscheidung nicht angeboten, nicht überzeugen. *Gabriel/Voll*⁴¹⁸ meinen, dass eine solche Entscheidung deshalb nicht möglich gewesen sei, da der EuGH zum Ergebnis gelangt sei, dass gerade kein innerstaatlicher Organisationsakt, sondern ein öffentlicher Auftrag vorgelegen habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich bei der gegenständlichen Zweckvereinbarung durchaus um eine typische delegierende Zweckvereinbarung handelte. Sie beinhaltete, wie es das Verfassungsrecht erfordert, umfassende Einwirkungsrechte der übertragenden Einrichtung und sah zudem eine Kostenerstattung vor.⁴¹⁹ Außerdem beinhaltete der Vertragsentwurf sämtliche weiteren von § 23 Abs. 1 Alt. 1, Abs. 2 Satz 1 GkG NRW gestellten Anforderungen an eine solche Vereinbarung. Hierauf hat der EuGH auch mittelbar hingewiesen, indem er unter Rn. 26 und 27 das Bestehen von Kontroll- und Einflussnahmerechten ausdrücklich hervorgehoben hat.

Die Behauptung, der zu entscheidende Sachverhalt sei für die grundlegende Beantwortung der Frage der Ausschreibungspflicht bei innerstaatlichen Verwaltungsorganisationsakten nicht geeignet, kann danach nicht überzeugen. Von einer ungeeigneten Sachverhaltskonstellation bzw. einem „bad case“⁴²⁰ kann nicht die Rede sein. Dass der Präsident der entscheidenden fünften Kammer des EuGH, *Thomas von Danwitz*, in einem Aufsatz aus dem Jahre 1998⁴²¹ ausdrücklich die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Verwaltungsorganisation hervorgehoben hat, spricht – wenn überhaupt – entgegen der Ansicht von *Gabriel/Voll*⁴²² eher dafür, dass diese Entscheidung Anlass geboten hätte, diese Autonomie besonders hervorzuheben.

Überdies darf bezweifelt werden, ob sich der EuGH in seiner Entscheidung tatsächlich von dem parallel geführten legislativen Entscheidungsprozess über die Aufnahme einer Ausnahme vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien hinsichtlich innerstaatlicher Verwaltungsorganisationsentscheidungen hat leiten lassen. Der europäische Gesetzgeber

⁴¹⁷ So auch Kunde, NZBau 2013, 555, 556.

⁴¹⁸ Gabriel/Voll, VergabeR 2013, 686, 694.

⁴¹⁹ S.o. 2.6 und 2.7.

⁴²⁰ Gabriel/Voll, VergabeR 2013, 686, 694.

⁴²¹ DVBl. 1998, 421, 429ff.

⁴²² Gabriel/Voll, VergabeR 2013, 686, 694.

hat sich im Zuge des Erlasses der neuen Vergaberichtlinien zumeist wörtlich an den vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen für In-House-Geschäfte und die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit orientiert. Sollte die interne Verwaltungsorganisation nach Ansicht des EuGH nicht zu diesen Ausnahmen zählen bzw. eine eigene, unter Umständen aus dem Primärrecht folgende, Ausnahme vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien rechtfertigen, wäre eine entsprechende Aussage zweifellos im Sinne des europäischen Gesetzgebers gewesen, um diesem etwaigen Handlungsbedarf aufzuzeigen. Ein „anlassloses Vorgehen“ auf den legislativen Entscheidungsprozess, wie ihn *Gabriel/Voll*⁴²³ annehmen, hätte eine intensive Auseinandersetzung mit dieser Rechtsfrage somit nicht bedeutet.

Das von *Schrotz/Raddatz*⁴²⁴ vorgeschlagene, einzige Abgrenzungskriterium der „Bedarfsdeckung bei wirtschaftlicher Betrachtung“ ist ohne nähere Bestimmungen unspezifisch und kaum aussagekräftig. Deshalb es ist nicht geeignet, vergaberechtsfreie Verwaltungsorganisationsentscheidungen von vergaberechtpflichtigen Geschäften abzugrenzen. Eine Erläuterung, anhand welcher Kriterien die vorgeschlagene wirtschaftliche Betrachtung durchgeführt werden soll, bleiben die Ausführungen von *Schrotz/Raddatz* ebenfalls schuldig. Ein öffentlicher Auftraggeber wird nämlich kaum eine Zuständigkeit abgeben, wenn kein Bedarf bestünde, dass die übertragene Tätigkeit auch ausgeführt werden muss. In diesem Falle wäre die Übertragung der Zuständigkeit schlicht überflüssig. Diese Überlegung wird im besonders intensiv behandelten Bereich der Abfallentsorgung deutlich. Selbstverständlich wird hier durch die Zuständigkeitsdelegation ein Bedarf, nämlich der der Abfallentsorgung, gedeckt. Selbst wenn die Zuständigkeitsübertragung ohne Kostenerstattung erfolgen sollte – etwa, weil sich die Abfallentsorgung selbst finanziert – dient sie doch der Bedarfsdeckung. Insbesondere hat eine solche Übertragung auch einen wirtschaftlichen Wert, sodass hier stets von einer Bedarfsbeschaffung auszugehen wäre. Dieses Kriterium ist somit ungeeignet, vergaberechtsfreie von vergabepflichtigen Geschäften trennen zu können.

Das Urteil bietet auch entgegen der Ansicht von *Kunde*⁴²⁵ keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass es im Anwendungsbereich der RL 2004/18/EG keinen ungeschriebenen Ausnahmetatbestand für Zuständigkeitsdelegationen zwischen öffentlichen Auftraggebern geben soll. Dies beruht zunächst darauf, dass der EuGH das Kündigungsrecht der übertragenden Einrichtung bei Schlechterfüllung ausdrücklich hervorhebt und mit in den Tenor aufnimmt. Er hat damit den Sachverhalt entscheidend anders gewertet als das OLG

⁴²³ Gabriel/Voll, VergabeR 2013, 686, 694.

⁴²⁴ Schrotz/Raddatz, NvWZ 2013, 933, 934.

⁴²⁵ Kunde, NZBau 2013, 555.

Düsseldorf in seinem Vorlagebeschluss. Das OLG Düsseldorf hatte eine vertikale Beauftragung angenommen und aus diesem Grund eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit von vornherein verneint. Der EuGH nahm hingegen das Vorliegen des Kündigungsrechts bei Schlechterfüllung zum Anlass, von einer horizontalen Zusammenarbeit auszugehen. Eine Erklärung dafür, dass der EuGH die Ausführungen des OLG Düsseldorf zur möglichen Vergaberechtsfreiheit einer Zuständigkeitsdelegation nicht aufgriff, ist wohl darin zu sehen, dass der EuGH ein Alternativverhältnis zwischen interkommunaler Zusammenarbeit und vergaberechtsfreier Zuständigkeitsdelegation i.S. der Rechtssache „Kommission/Frankreich“⁴²⁶ annimmt. Da nach den dort aufgestellten Kriterien die Zuständigkeitsübertragung vollständig sein muss, also keinerlei Restzuständigkeit bei der übertragenden Einrichtung verbleiben darf, liegt ein echtes Konkurrenzverhältnis zwischen beiden möglichen Ausnahmen vor. Dass der EuGH hierzu keine Ausführungen gemacht hat, ist dessen ungeachtet bedauerlich.

Der EuGH spricht indes ausdrücklich von *zwei* Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien,⁴²⁷ obwohl die Diskussion über eine Vergaberechtsfreiheit delegierender Zuständigkeitsübertragungen sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene intensiv diskutiert und im Vorlagebeschluss ausführlich dargestellt wurde. Dies als „beredtes Schweigen“ zur vergaberechtlichen Relevanz einer delegierenden Zuständigkeitsübertragung zu verstehen, ginge jedoch zu weit. So ist in der Rechtsprechung des EuGH die Ausübung hoheitlicher Gewalt als Ausnahmebereich des Vergaberechts anerkannt, ohne dass dies als eigenständige Ausnahme erwähnt würde.⁴²⁸

Der Verzicht auf die Konsultation des Generalanwaltes lässt ebenfalls nicht den Schluss zu, dass der EuGH die Frage der Ausschreibungspflicht einer delegierenden Zweckvereinbarung nicht habe entscheiden wollen. So hat der EuGH in der dem Sachverhalt vorgehenden Darstellung der relevanten nationalen Rechtsnormen neben § 23 GkG NRW auch Art. 28 Abs. 2 GG erwähnt und auch zitiert.⁴²⁹ Außerdem hat der EuGH die Bedeutung und den Inhalt einer delegierenden Zuständigkeitsübertragung erkannt, da er diesen Inhalt des Vorlagebeschlusses in der Darstellung des „rechtlichen Rahmens“ erwähnt hat.⁴³⁰ Dass der EuGH trotzdem auf eine nähere Betrachtung der kommunalen Selbstverwaltung und eine Auseinandersetzung mit der vergaberechtlichen Relevanz einer delegierenden Zuständigkeitsübertragung in den Entscheidungsgründen verzichtet hat, ist dadurch zu

⁴²⁶ S.o. 5.1.2.

⁴²⁷ So auch Hausmann/Queisner, EPPPL 20013, 231, 236.

⁴²⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – C-160/08 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2010, I-3713 Rn. 73 ff. m.w.N.; s.o. 4.3.3.

⁴²⁹ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 6, 23.

⁴³⁰ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 8.

erklären, dass er aufgrund des Vorliegens von Einflussnahmerechten weitere Ausführungen zur Zuständigkeitsdelegation als untunlich ansehen konnte. Zwar ist es zutreffend, dass der EuGH zu Inhalt und Reichweite des Art. 28 Abs. 2 GG nicht berufen ist. Aufgrund des Achtungsauftrages der Union für die nationale Identität und auch für die regionale und lokale Selbstverwaltung muss, sofern eine Beeinträchtigung der nationalen Identität zu befürchten steht, diese jedoch ermittelt werden. Hierbei ist, wie bereits⁴³¹ dargestellt, der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG geschützt.

*Gabriel/Voll*⁴³² ist somit dahingehend zuzustimmen, dass der Sachverhalt zwar für eine Auseinandersetzung mit der Zuständigkeitsübertragung nicht geeignet war. Die von ihnen vorgetragenen Gründe für dieses Ergebnis sind jedoch nicht zutreffend.

5.1.6 Remondis

Mit Urteil vom 21.12.2016 entschied der EuGH⁴³³ über ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Celle⁴³⁴. Diese Vorabentscheidungsersuchen lag der folgende Sachverhalt zu Grunde.⁴³⁵

Zum 01.01.2003 gründeten die Region Hannover und die Landeshauptstadt Hannover, jeweils öffentliche Auftraggeber, den Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover. Der Zweckverband erhielt vormals den beteiligten Auftraggebern obliegende Rechte und Pflichten, insbesondere wurde der Zweckverband zum Entsorgungsträger nach dem damals gültigen KrW-/AbfG. Die Verbandsordnung des Zweckverbandes sieht unter anderem vor, dass sich dieser zur Erfüllung seiner Aufgaben Dritter bedienen kann (§ 22 KrWG) und dass er Satzungen und Verordnungen, etwa über Gebühren, erlassen darf. Außerdem brachte die Region Hannover 94,9 % der zuvor vollständig in ihrem Eigentum stehenden Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover mbH ein. Der Zweckverband erwirtschaftete im Jahr 2011 einen Umsatz von ca. 189 Millionen Euro.

Die Firma Remondis, welche als privates Unternehmen Abfallentsorgungsleistungen erbringt, war der Ansicht, dass die Gründung des Zweckverbandes sowie die Beauftragung des Zweckverbandes mit der Durchführung der Entsorgungsaufgaben einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts darstellen. Nach Ansicht von Remondis habe der

⁴³¹ S.o. 3.2.

⁴³² Gabriel/Voll, VergabeR 2013, 686, 694.

⁴³³ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985.

⁴³⁴ OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180.

⁴³⁵ Die Sachverhaltsdarstellung ist entnommen von Geitel, Vergabeblog.de vom 22/01/2017, Nr. 28823.

Zweckverband ab dem Jahr 2011 Umsätze mit Dritten in einer Größenordnung von mehr als 10 % seines Gesamtumsatzes erzielt. Die ursprünglich bestehenden Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien Inhouse-Vergabe (der Region und der Landeshauptstadt Hannover an den Zweckverband) seien somit entfallen. Das Entfallen dieser Voraussetzungen habe dazu geführt, dass die weiterhin fortbestehende Beauftragung des Zweckverbandes eine rechtswidrige de-facto-Vergabe darstelle.

Aus diesem Grund beantragte Remondis zunächst erfolglos vor der VK Lüneburg⁴³⁶ die Feststellung der Nichtigkeit des Auftrages von Landeshauptstadt und Region Hannover an den Zweckverband nach § 101a Abs. 2 GWB a.F. (§ 134 Abs. 2 GWB n.F.). Das in der zweiten Instanz angerufene OLG Celle legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Gründung eines Zweckverbandes überhaupt einen öffentlichen Auftrag darstellt.

Der EuGH beantwortete die Fragestellung mit folgenden Leitsätzen:

1. Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass es sich bei einer Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht und auf deren Grundlage diese eine Satzung über die Gründung eines Zweckverbands – einer juristischen Person des öffentlichen Rechts – erlassen und dieser neuen öffentlichen Einrichtung Befugnisse zuweisen, die bisher diesen Körperschaften oblagen und fortan zu eigenen Aufgaben dieses Zweckverbands werden, nicht um einen öffentlichen Auftrag handelt.

2. Eine solche die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffende Kompetenzübertragung liegt jedoch nur vor, wenn die Übertragung sowohl die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten als auch die damit einhergehenden Befugnisse betrifft, so dass die neuerdings zuständige öffentliche Stelle über eine eigene Entscheidungsbefugnis und eine finanzielle Unabhängigkeit verfügt. Das vorliegende Gericht wird zu prüfen haben, ob dies der Fall ist.

Nach Ansicht des EuGH stellt die Gründung und die damit einhergehende Beauftragung des Zweckverbandes mit der Durchführung von Entsorgungsleistungen im entschiedenen Einzelfall keinen öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts dar. Nach Rückverweisung

⁴³⁶ VK Lüneburg, Beschluss vom 29.1.2013 – VgK-56/2012.

des Falles entschied das OLG Celle mit Beschluss vom 03.08.2017⁴³⁷, dass die gegenständliche Aufgabenübertragung an den neu gegründeten Zweckverband keinen öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts darstellt.

Nach Ansicht des EuGH ist ein Vorgang, welcher sich stufenweise vollzieht (zunächst die Gründung des Zweckverbandes mit anschließender Schaffung der Verbandssatzung und Übertragung der Zuständigkeiten) in seiner Gesamtheit unter Berücksichtigung seiner Zielsetzung zu prüfen.⁴³⁸ Im Zuge dieser Gesamtbetrachtung muss hierbei beachtet werden, dass die Aufteilung der Zuständigkeiten innerhalb eines Mitgliedstaats vom Schutzbereich des Art. 4 Abs. 2 EUV erfasst ist.⁴³⁹ Das Europarecht darf folglich rein innerstaatliche Vorgänge, welche die Umverteilung von Zuständigkeiten betreffen, nicht beeinträchtigen. Eine mit einer solchen Kompetenzverteilung einhergehende finanzielle Ausstattung der die Zuständigkeit empfangenden Einrichtung stellt demzufolge auch kein Entgelt dar, welches für die Annahme eines öffentlichen Auftrags im Sinne des Vergaberechts notwendig ist.⁴⁴⁰

Der EuGH legt jedoch Wert darauf, dass nicht jede Kompetenzübertragung zwischen öffentlichen Stellen automatisch aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen ist.⁴⁴¹ Vielmehr hat eine solche Zuständigkeitsübertragung konkreten Erfordernissen zu genügen, welche der EuGH aus der bereits dargestellten Entscheidung Kommission/Frankreich⁴⁴² entlehnt.⁴⁴³

Zunächst muss die empfangende Einrichtung nicht nur die Zuständigkeit, sondern auch die damit einhergehenden Befugnisse erhalten. Der neue Zuständigkeitsinhaber muss die zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Aufgaben selbständig organisieren und den hierfür erforderlichen rechtlichen Rahmen selbst schaffen können. Außerdem muss die neue Einrichtung über eine finanzielle Unabhängigkeit verfügen, welche es ihr erlaubt, die Finanzierung der neuen Aufgaben sicherzustellen.⁴⁴⁴ Der EuGH ist der Ansicht, dass in solcher Fall dann nicht vorliegt, wenn die ursprünglich zuständige Stelle die Hauptverantwortung für die Aufgaben behält, sich die finanzielle Kontrolle über die Aufgaben vorbehält oder Entscheidungen, die die neue Einrichtung treffen möchte, vorab zustimmen

⁴³⁷ OLG Celle, Beschluss vom 3.8.2017 – 13 Verg 3/13.

⁴³⁸ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 38.

⁴³⁹ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 40f.

⁴⁴⁰ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 42-46.

⁴⁴¹ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 47.

⁴⁴² EuGH, Urteil vom 20.10.2005 – C-264/03 – Kommission/Frankreich, Slg. 2005, I-8831, s.o. 5.1.2.

⁴⁴³ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 48.

⁴⁴⁴ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 49-51; Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi zu C-51/15 vom 30.6.2016, ECLI:EU:C:2016:504 Rn. 53.

muss. An dieser Stelle verweist der EuGH ausdrücklich auf die Entscheidung „Piepenbrock“ und führt aus, dass eine Vergabe Rechtsfreiheit im dortigen Fall aufgrund der soeben genannten Gründe nicht in Betracht kam.⁴⁴⁵

Dies bedeutet nach Ansicht des EuGH jedoch nicht, dass die neu zuständige Einrichtung dem Einfluss des ursprünglichen Aufgabeninhabers vollständig entzogen sein müsste. Ein gewisses Überwachungsrecht sei diesen Einrichtungen weiterhin zuzubilligen.⁴⁴⁶ Schließlich sei zur Annahme einer vergaberechtsfreien Kompetenzübertragung nicht erforderlich, dass diese unumkehrbar ist. Aufgrund der Flexibilität der Kompetenzaufteilung innerhalb der Mitgliedstaaten gebiete das europäische Recht eine entsprechende Vorgabe nicht.⁴⁴⁷

Diese Entscheidung hat in der vergaberechtlichen Literatur ein erhebliches Echo hervorgerufen.⁴⁴⁸ Während einige Autoren die Entscheidung insbesondere im Hinblick darauf positiv bewerten, dass die bislang umstrittenen Anforderungen an eine vergaberechtsfreie Zuständigkeitsübertragung nunmehr konkretisiert würden,⁴⁴⁹ lehnen andere Autoren dieser Entscheidung ab.⁴⁵⁰ Letzte Ansicht sieht sowohl einen Rückschritt für den Wettbewerb als auch keine Verbesserung für die Rechtssicherheit. Insbesondere trete neben die nunmehr kodifizierten Ausnahmetatbestände ein neuer, nur durch die Rechtsprechung entwickelter Tatbestand.

Der ablehnenden Ansicht ist entgegenzuhalten, dass es sich bei dem vom EuGH herangezogenen Ausnahmetatbestand keinesfalls um eine Entwicklung der Rechtsprechung handelt, sondern dass dieser Ausnahmetatbestand in Art. 1 Abs. 6 der RL 2014/24/EU ausdrücklich normiert ist. Die Rechtsunsicherheit könnte allenfalls daher rühren, dass der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Vergaberechtsmodernisierung keine Veranlassung gesehen hat, diesen Ausnahmetatbestand in das nationale Vergaberecht zu übernehmen. Wie bereits unter Ziff. 5.1.2 dargestellt, hat sich der EuGH mit der Möglichkeit einer vergaberechtsfreien Zuständigkeitsübertragung bereits im Jahre 2005 ausführlich auseinandergesetzt und die dort damals entwickelten Kriterien nunmehr aufgegriffen.

⁴⁴⁵ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 50 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385.

⁴⁴⁶ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 52

⁴⁴⁷ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 53.

⁴⁴⁸ Portz, VergabeR 2017, 143; Fritz, NZBau 2017, 537; Frenz, GewArch 2017, 97; Peshteryanu, jurisPR-VergR 1/2017; Gniechwitz, EuZW 2017, 147; Wachinger/Scholz, NVwZ 2017, 376.

⁴⁴⁹ So etwa Peshteryanu, jurisPR-VergR 1/2017; Gniechwitz, EuZW 2017, 147, 148; Portz, VergabeR 2017, 143, 145; Frenz, GewArch 2017, 97, 100.

⁴⁵⁰ Fritz, NZBau 2017, 537, 539.

Insbesondere dadurch, dass der EuGH in seiner Entscheidung eine klare Abgrenzung zur Rechtssache „Piepenbrock“ vornimmt⁴⁵¹ und die im Einzelfall zu prüfenden Kriterien für eine vergaberechtsfreie Zuständigkeitsverlagerung konkret benennt, beinhaltet diese Entscheidung eine transparente Grundlage für die erforderliche Einzelfallprüfung. Die Entscheidung ist insbesondere deshalb bedeutsam, weil noch das OLG Celle in seiner Vorlageentscheidung die Möglichkeit einer vergaberechtsfreien Zuständigkeitsübertragung als eigenständigem Ausnahmetatbestand nicht in Erwägung gezogen hatte. Der EuGH hat mit seiner Entscheidung nunmehr dafür gesorgt, dass dieser Ausnahmetatbestand in den Fokus der rechtlichen Beurteilung rückt.

5.1.7 Zwischenergebnis

Die Rechtsprechung des EuGH, welche die Vergaberechtspflicht delegierender Zweckvereinbarungen tangiert, lässt sich in zwei Gruppen aufteilen. Die erste Gruppe beinhaltet Sachverhalte, welche die Übertragung von Zuständigkeiten betreffen und dies unter bestimmten Voraussetzungen als hoheitliche Maßnahme nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen lässt. In diese Kategorie zählt das Urteil i.S. „Kommission/Frankreich“⁴⁵² und zuletzt „Remondis“.⁴⁵³

Die zweite Gruppe beinhaltet Sachverhalte, in denen öffentliche Auftraggeber auf horizontaler Ebene Vereinbarungen über die Ausführungen von Leistungen trafen. In diese Gruppe fallen die weiteren Urteile, beginnend mit der Rs. „Königreich Spanien“, in welcher der EuGH zunächst nur entscheiden hat, dass eine grundsätzliche Freistellung solcher Vereinbarungen vom nationalen Vergaberecht nicht mit europäischem Vergaberecht vereinbar ist. Tragfähige Kriterien hat der EuGH erstmals in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ aufgestellt und diese in den folgenden Urteilen i.S. „Lecce“ und „Piepenbrock“ teilweise konkretisiert. Das Urteil „Piepenbrock“ nimmt hierbei eine Zwitterstellung ein. Gegenstand dieses Vorabentscheidungsersuchens war unzweifelhaft eine delegierende Zweckvereinbarung, also die Übertragung einer Zuständigkeit auf einen anderen öffentlichen Auftraggeber. Der EuGH hat sich in dieser Entscheidung jedoch ausschließlich mit den Kriterien der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit auseinandergesetzt, ohne die Entscheidung „Kommission/Frankreich“ auch nur zu erwähnen. Erst mit der jüngsten Entscheidung „Remondis“ führte der EuGH die Kriterien aus der Entscheidung „Kommission/Frankreich“ mit denen der Entscheidung „Piepenbrock“ zusammen und sorgte für eine Abgrenzung der einzelnen Ausnahmetatbestände.

⁴⁵¹ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 50.

⁴⁵² S.o. 5.1.2.

⁴⁵³ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985.

Während die Rechtsprechung zur ersten Gruppe zunächst weitgehend unbeachtet blieb und erst mit der Entscheidung „Remondis“ in den Fokus der vergaberechtlichen Literatur rückte, konnte bereits die Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ ein gewaltiges Echo hervorrufen. Teilweise propagierte die Literatur bereits eine vollständige Vergaberechtsfreiheit für öffentlich-öffentliche Kooperationen. Diese anfängliche Euphorie wich zunächst mit den späteren Entscheidungen und der Erkenntnis, dass die von EuGH aufgestellten Kriterien hohe Anforderungen an eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit stellen. Dies gilt insbesondere für die Kriterien an eine Zusammenarbeit und das Verbot der Bevorzugung Privater.

Mit der Entscheidung „Remondis“ ist indes in der vergaberechtlichen Literatur erneut festzustellen, dass von erleichterten Voraussetzungen zu Gestaltung einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit ausgegangen wird.

5.2 Ansicht der Kommission

Die Kommission beschäftigte sich bereits frühzeitig mit der Reichweite der nationalen Organisationshoheit bezüglich der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern. Exemplarisch dargestellt werden sollen das Vertragsverletzungsverfahren in Sachen „Gemeinde Hinte“ sowie das Arbeitsdokument über die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit. Die Stellungnahmen der Kommission aus den unter 5.1 dargestellten Verfahren vor dem EuGH sind sämtlich unveröffentlicht. Bei den Verfahren „Königreich Spanien“, „Kommission/Frankreich“ und „Stadtreinigung Hamburg“ handelte es sich um Vertragsverletzungsverfahren, welche von der Kommission initiiert wurden. Aus den jeweiligen Sachverhaltsdarstellungen ist somit die Rechtsansicht der Kommission zu entnehmen, dass diese eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit in diesen Fällen nicht hat erblicken können.

5.2.1 Gemeinde Hinte

Mit Aufforderungsschreiben vom 12.09.2000⁴⁵⁴ stellte die Kommission fest, dass die Bundesrepublik gegen die damals geltende Vergaberichtlinie 92/50/EG verstoßen habe.

Dieser Feststellung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

⁴⁵⁴ Kommission: Aufforderungsschreiben nach Art. 226 EGV (a.F.) 2000 (SG(2000)/D/106639) – unveröffentlicht.

Die Gemeinde Hinte übertrug mit Vertrag vom 01.01.2000 ihre Zuständigkeit zur Abwasserentsorgung sowie das Eigentum an ihren Abwasserbeseitigungsanlagen auf den Oldenburgisch-Ostfriesischen Wasserverband (OOWV), einen kommunalen Zweckverband.⁴⁵⁵ Für die Abwasserbeseitigungsanlagen zahlte der OOWV einen Betrag von umgerechnet 1,12 Millionen Euro. Der Gemeinde Hinte stand ein Rükckerwerbsrecht der Anlagen für den Fall zu, dass die Zuständigkeit für die Abwasserentsorgung auf sie zurückfallen sollte. Diese Übertragung der Zuständigkeit erfolgte in der Form einer Dienstleistungskonzession.⁴⁵⁶ Der OOWV übernahm durch diesen Vertrag die Zuständigkeit zur Abwasserbeseitigung und wurde somit nach der einschlägigen Regelung des § 150 Abs. 1 S. 2 NWG a.F.⁴⁵⁷ selbst abwasserbeseitigungspflichtig.

Der Vertrag räumte der Gemeinde Hinte weiterhin ein Recht zur Kontrolle der Abwasseranlagen sowie ein Einsichtsrecht in die Unterlagen des abwasserrechtlichen Betriebes ein.⁴⁵⁸ Die ausschließliche Entscheidungshoheit bezüglich Neuinvestitionen im Rahmen von Erschließungen sollte ebenfalls weiterhin der Gemeinde zustehen.⁴⁵⁹ Die Vertragslaufzeit war unbegrenzt; die Kündigung des Vertrages sollte erstmals zum 01.01.2030 möglich sein.⁴⁶⁰

Die Kommission war der Auffassung, die Gemeinde Hinte habe gegen die zu beachtenden Grundsätze des EGV, insbesondere die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit und das

⁴⁵⁵ Ausführlich die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 2-4 – unveröffentlicht.

⁴⁵⁶ Kommission: mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 12.

⁴⁵⁷ Niedersächsisches Wassergesetz; der Wortlaut der Norm blieb bis zum 1.3.2010 unverändert. Die Norm lautete:

§ 150 Zusammenschlüsse

(1) ¹Abwasserbeseitigungspflichtige können sich zur gemeinsamen Durchführung der Abwasserbeseitigung zusammenschließen.²Schließen sie sich zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zusammen, geht die Abwasserbeseitigungspflicht auf diese über, soweit sie die Abwasserbeseitigung übernimmt.³Dies gilt auch, wenn eine Körperschaft des öffentlichen Rechts für eines ihrer Mitglieder auf dessen Antrag die Durchführung der Abwasserbeseitigung übernimmt.

(2) ¹Auf Antrag einer Gemeinde kann ein Landkreis die Abwasserbeseitigung ganz oder teilweise übernehmen.²Soweit ein Landkreis die Abwasserbeseitigung übernommen hat oder nach Satz 1 übernimmt, ist er an Stelle dieser Gemeinde zur Abwasserbeseitigung verpflichtet.

⁴⁵⁸ Kommission: mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 3 Abs. 4.

⁴⁵⁹ Kommission: mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 3 Abs. 5.

⁴⁶⁰ Kommission: mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 3 Abs. 7.

aus dem Gleichheitsgrundsatz folgende Transparenzgebot verstoßen, indem sie keinen angemessenen Grad an Öffentlichkeit bei der Konzessionsvergabe hergestellt habe.⁴⁶¹ Nach Ansicht der Kommission sei die Gemeinde Hinte öffentlicher Auftraggeber⁴⁶² und der abgeschlossene Konzessionsvertrag stelle einen entgeltlichen Vertrag über die Erbringung wirtschaftlicher Tätigkeiten dar,⁴⁶³ sodass die Regelungen des europäischen Primärrechts eingriffen.

Eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des europäischen Primärrechts unter dem Aspekt einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit komme nach Ansicht der Kommission nicht in Betracht. Es könne zwar Fälle geben, in denen ein interkommunaler Zusammenschluss eine rein administrative Maßnahme darstelle, welcher dem Unionsrecht nicht unterfalle. Ein solcher Fall liege jedoch nicht vor, da es hierfür erforderlich sei, dass die „vollständige Übertragung der Dienstleistungen von der bisher beseitigungspflichtigen Körperschaft auf die Organisationsform des interkommunalen Zusammenschlusses“ erfolge.⁴⁶⁴ Mit der Übertragung müssten alle Rechte und Pflichten vollständig übertragen werden, sodass keinerlei Verantwortung bei dem Konzessionär verbleibe.⁴⁶⁵ Da sich die Gemeinde Hinte vertraglich Kontroll- und Informationsrechte sowie die Entscheidungsbefugnis über die Erweiterung des Leistungsumfanges vorbehalte, sei eine vollständige Übertragung nicht anzunehmen, da die Gemeinde durch diese Rechte weiterhin Einfluss auf die Leistungsausführung nehmen könne.

Als zusätzliches Indiz für das Fehlen eines rein administrativen Vorganges führt die Kommission an, dass die Gemeinde zunächst Verhandlungen mit „Dritten“ über die Leistungserbringung geführt habe. Dies zeige, dass eine rein administrative Maßnahme gar nicht geplant war.⁴⁶⁶

⁴⁶¹ Kommission: mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 8 Abs. 2, Rn. 17, 20; hierzu Bauer, ZfBR 2006, 446, 449.

⁴⁶² Kommission: mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 10.

⁴⁶³ Kommission: mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 11, 12.

⁴⁶⁴ Kommission: mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 19 Abs. 1; hierzu Bauer, ZfBR 2006, 446, 449.

⁴⁶⁵ Kommission: mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 19 Abs. 2.

⁴⁶⁶ Kommission: mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30.3.2004 zu Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/4433, Anlage C(2004) 1202 – Gemeinde Hinte Rn. 19 Abs. 3.

Nach dem Beschluss der Kommission, aufgrund der festgestellten Vertragsverletzung Klage vor dem EuGH gegen die Bundesrepublik Deutschland zu erheben,⁴⁶⁷ lösten die Gemeinde und der OOWV den Vertrag im April 2005 auf.⁴⁶⁸ Nach den Feststellungen der Kommission blieb die Gemeinde hiernach Mitglied des OOWV, sodass der OOWV weiterhin für die Abwasserbeseitigung in Hinte zuständig blieb. Die vertraglich vereinbarten gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Verbandsbeitritt fielen jedoch fort. Die Kommission kam hiernach zu dem Ergebnis, dass nunmehr eine bloße „Neuordnung interner Befugnisse“ vorliege, sodass Vorschriften des Unionsrechts nicht verletzt sein könnten.⁴⁶⁹ Die Kommission stellte das Vertragsverletzungsverfahren daraufhin ein.

Das Vertragsverletzungsverfahren „Gemeinde Hinte“ ist sowohl in der Literatur als auch in der vergaberechtlichen Entscheidungspraxis aufgegriffen worden. Während die Ausführungen der Kommission einerseits scharf kritisiert und abgelehnt werden⁴⁷⁰, stoßen diese bei anderen auf Zustimmung.⁴⁷¹

Die VK Köln⁴⁷² zog die Argumentation der Kommission beispielsweise für die Begründung der Vergaberechtsfreiheit des Beitritts einer Gemeinde zu einem Zweckverband heran. Hierbei stellte die VK deutlich die Anforderung der Kommission heraus, dass keinerlei Rechte und Pflichten bei der übertragenden Stelle verbleiben dürfen.

Das OLG Düsseldorf beurteilte den Sachverhalt als Beschwerdegericht im Ergebnis wie die VK Köln und lehnte das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages ab.⁴⁷³ Das OLG Düsseldorf wich in seiner Begründung jedoch ausdrücklich von der Ansicht der Kommission ab, es sei eine vollständige Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten erforderlich. Nach Ansicht des OLG sei es unschädlich, wenn die übertragende Gebietskörperschaft zwar Kontroll- und Zustimmungsrechte behalte, diese jedoch keine „unmittelbare Einflussnahme auf die Unternehmensentscheidungen“⁴⁷⁴ erlaubten. Hierbei zählt das OLG Düsseldorf das Recht zur Gebührenerhebung zu einer solchen „unwesentlichen Aufgabe“.⁴⁷⁵

⁴⁶⁷ Pressemitteilung der Kommission vom 14.1.2005 – IP/05/44.

⁴⁶⁸ Pressemitteilung der Kommission vom 15.7.2005 – IP/05/949.

⁴⁶⁹ Pressemitteilung der Kommission vom 15.7.2005 – IP/05/949.

⁴⁷⁰ So etwa Burgi, NZBau 2005, 208, 211 „nicht überzeugend“; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3 Rn. 2516 „pauschal und sehr streng“; Meißner, KommP Spezial 2008, 120, 122; Potthast/Klöck, NZBau 2007, 496, 498.

⁴⁷¹ So etwa Bergmann/Vetter, NVwZ 2006, 497, 500; Krohn, NZBau 2006, 610, 615f.; Bauer, ZfBR 2006, 446, 453, der jedoch eine Ausnahme als „In-House-Geschäft“ annimmt; Döbling, Verwaltungskooperationen und Vergaberecht, S. 113.

⁴⁷² VK Köln, Beschluss vom 9.3.2006 – VK VOL 34/2005.

⁴⁷³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.6.2006 – VII-Verg 17/06, NZBau 2006, 662, s. ausführlich unter 5.3.1.3.

⁴⁷⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.6.2006 – VII-Verg 17/06, NZBau 2006, 662 Rn. 43 – juris.

⁴⁷⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.6.2006 – VII-Verg 17/06, NZBau 2006, 662 Rn. 42 – juris.

5.2.2 Arbeitsdokument über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern

Die Kommission hat am 04.10.2011 ein Arbeitsdokument über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern⁴⁷⁶ veröffentlicht. In diesem Dokument stellt die Kommission die Rechtsprechung des EuGH zu diesem Themenfeld dar und überträgt diese auch auf bislang noch nicht vom EuGH geklärte Sachverhaltskonstellationen.

Die Kommission unterscheidet hierbei zwei Sachverhaltskomplexe. Einerseits wird die „Wahrnehmung von Aufgaben mit eigenen Mitteln“⁴⁷⁷ und andererseits die „Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben mit externen Mitteln“⁴⁷⁸ betrachtet.

Nach Ansicht der Kommission stellt die bloße „Umverteilung von Zuständigkeiten zwischen öffentlichen Auftraggebern“ eine Wahrnehmung mit externen Mitteln dar und fällt somit nicht unter den Begriff der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Eine ausdrückliche Abgrenzung nimmt die Kommission indes nicht vor.⁴⁷⁹

Die Kommission stellt für das Vorliegen einer vergaberechtsfreien Zuständigkeitsübertragung im Kern – wie bereits in der begründeten Stellungnahme in Sachen „Gemeinde Hinte“ - auf die Vollständigkeit der Übertragung ab. Hierbei bezieht sich die Kommission ausdrücklich auf das Urteil des EuGH in Sachen „Kommission/Frankreich“.⁴⁸⁰ Hiernach soll eine vollständige Zuständigkeitsübertragung nicht vorliegen, wenn

- die öffentliche Einrichtung, die ursprünglich zuständig war, hauptverantwortlich für ein Projekt bleibt, da die Aufgabe rechtlich nicht übertragbar ist,
- die neue Einrichtung erst nach Genehmigung durch die ursprünglich zuständige öffentliche Einrichtung rechtlich relevante Tätigkeiten wahrnehmen kann und
- die neue Einrichtung für die Erfüllung ihrer Aufgaben von der ursprünglich zuständigen öffentlichen Einrichtung finanziert wird, so dass ihr kein Handlungsspielraum bleibt.⁴⁸¹

⁴⁷⁶ KOM SEK[2011] 1169 endg.

⁴⁷⁷ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 6 Ziff. 3.

⁴⁷⁸ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 21 Ziff. 4.

⁴⁷⁹ Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 659.

⁴⁸⁰ S.o. 5.1.2.

⁴⁸¹ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 22 Ziff. 4.1; so auch Otting/Ohler/Olgemöller in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage 2012, § 14 Rn. 58.

Die übertragende Stelle dürfe keinerlei Verantwortung behalten und der Empfänger müsse die Zuständigkeit unabhängig und in eigener Verantwortung ohne Kontrolle durch die übertragende Stelle ausüben.⁴⁸²

Abweichend von den Ausführungen im Vertragsverletzungsverfahren „Gemeinde Hinte“ gesteht die Kommission der übertragenden Stelle verbleibende Möglichkeiten der Einflussnahme darauf zu, wie die Wahrnehmung der Aufgabe konkret organisiert wird. Beispielhaft nennt die Kommission das Recht auf bestimmte Informationen und die Mitgliedschaft eines Beamten der übertragenden Stelle im Exekutiv- oder Leistungsorgan der wahrnehmenden Stelle.

Die Bezeichnung dieses Vorganges als „Wahrnehmung mit externen Mitteln“ ist vor diesem Hintergrund irreführend, da die übertragende Einheit die Aufgabe überhaupt nicht mehr selbst wahrnimmt, sondern sich dieser Aufgabe vielmehr gänzlich entledigt. In Abgrenzung zu einem öffentlichen Auftrag liegt hier eine Ausführung *durch* einen anderen und nicht „für“ einen anderen.

Unter die Bezeichnung der „Aufgabenwahrnehmung mit eigenen Mitteln“ fasst die Kommission die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung von öffentlichen Auftraggebern. Hierbei orientieren sich die Kriterien an der bereits dargestellten Rechtsprechung des EuGH.⁴⁸³ Die Kommission arbeitet folgende Tatbestandsvoraussetzungen für eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit heraus.⁴⁸⁴

- Die Vereinbarung bezieht sich nur auf öffentliche Auftraggeber, und es besteht keine Beteiligung von privatem Kapital,
- die Vereinbarung beruht auf einer echten Zusammenarbeit, mit dem Ziel einer gemeinsamen Erfüllung einer gemeinsamen Aufgabe, im Gegensatz zu einem normalen öffentlichen Auftrag und
- ihre Zusammenarbeit ist nur durch Überlegungen in Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt.

Auffällig ist zunächst, dass die Kommission auf das Merkmal, dass es sich bei den gemeinsam wahrgenommenen Aufgaben um „öffentliche Aufgaben“ handeln muss, nicht weiter eingeht. Lediglich in der Überschrift des Kapitels und der dazugehörigen Fußnote

⁴⁸² KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 23 Ziff. 4.1.

⁴⁸³ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 15f. Ziff. 3.3.1.

⁴⁸⁴ Siehe auch Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 657.

finden sich hierzu kurze Ausführungen.⁴⁸⁵ Nach Ansicht der Kommission hat der EuGH in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ offen gelassen, ob er sich hierbei auf Aufgaben bezieht, die tatsächlich vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführt werden, der öffentliche Auftraggeber rechtlich erledigen kann oder der öffentliche Auftraggeber rechtlich ausüben muss. Die Kommission geht ohne Begründung von einem weiten Begriffsverständnis aus.⁴⁸⁶

Hinsichtlich des zweiten Merkmals fordert die Kommission, dass eine echte Zusammenarbeit gegenseitige Pflichten erfordert, welche auf einer Aufgabenverteilung oder Spezialisierung beruhen können. Im Gegensatz zu einem normalen öffentlichen Aufträgen müsse die Zusammenarbeit „real“ sein.⁴⁸⁷ Die Kommission benennt als Beispiel für einen Sachverhalt, welcher keine Zusammenarbeit darstellt, die Versorgung der Verwaltungsgebäude einer Stadt durch eine andere Stadt mit Strom. In der Literatur wird die Auffassung der Kommission so interpretiert, dass „wechselseitige Leistungsbeiträge nicht gänzlich unerheblicher Art“ erbracht werden müssen.⁴⁸⁸

Das Merkmal, dass die Zusammenarbeit nur durch Überlegungen, welche im öffentlichen Interesse liegen, bestimmt werden darf, legt die Kommission dahin aus, dass lediglich eine Erstattung der tatsächlichen Kosten als zulässiger Finanztransfer zwischen den Beteiligten möglich sein dürfe.

Unter Ziff. 3.3.3 führt die Kommission diese Überlegung schließlich dahingehend weiter, dass die Kooperationspartner keine Tätigkeiten auf dem Markt im Rahmen der Zusammenarbeit ausüben dürften. Außerdem dürfe sich die Kooperation nicht auf Tätigkeiten erstrecken, welche auf dem freien Markt angeboten werden.⁴⁸⁹

5.2.3 Zwischenergebnis

Nach Ansicht der Kommission existieren neben der In-House-Vergabe zwei weitere Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich des Vergaberechts. Hierbei handelt es sich um die horizontale öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit und die hoheitliche Übertragung von Zuständigkeiten. Eine Abgrenzung zwischen den letztgenannten Ausnahmen nimmt die Kommission nicht vor. Aus der Definition der Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Ausnahme wird das von der Kommission wohl vertretene Alternativverhältnis der Ausnahmen deutlich. So definiert die Kommission eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit

⁴⁸⁵ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 15 Ziff. 3.3. Fn. 42.

⁴⁸⁶ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 15 Fn. 42.

⁴⁸⁷ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 16 Ziff. 3.3.2.

⁴⁸⁸ Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 658.

⁴⁸⁹ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 16f. Ziff. 3.3.3.

als reale Zusammenarbeit mit gegenseitigen Pflichten. Im Gegensatz dazu soll eine Zuständigkeitsübertragung nur dann vergaberechtsfrei sein, wenn diese vollständig erfolgt, also keinerlei Restzuständigkeit bei der abgebenden Einrichtung verbleibt. Nur in diesem Fall soll eine Maßnahme der Verwaltungsorganisation vorliegen, welche die Grundfreiheiten des Primärrechts nicht beeinträchtigen kann.

5.3 Nationale Rechtsprechung

Die Entscheidung des EuGH i.S. „Stadtreinigung Hamburg“ stellt eine Zäsur in der Entscheidungspraxis der nationalen Vergabenachprüfungsinstanzen bezüglich der rechtlichen Beurteilung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit dar. Die mit der Entscheidung vom EuGH erstmals benannten Kriterien für eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit erfuhren in der Folge nähere Konturierungen.

5.3.1 Vor „Stadtreinigung Hamburg“

5.3.1.1 OLG Düsseldorf vom 05.05.2004 / OLG Frankfurt a.M. vom 07.09.2004

Die Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 05.05.2004⁴⁹⁰ und des OLG Frankfurt a.M. vom 07.09.2004⁴⁹¹ betrafen vergleichbare Sachverhalte und kommen zum selben rechtlichen Ergebnis, sodass diese gemeinsam dargestellt werden können.⁴⁹² Beide Entscheidungen behandelten mandatierende Zweckvereinbarungen. Sie sollen im Folgenden dennoch dargestellt werden, da zur Begründung der Vergaberechtsfreiheit solcher Vereinbarungen dieselben Argumente vorgebracht wurden wie für delegierende Zweckvereinbarungen.

In beiden Nachprüfungsverfahren beabsichtigte eine Kommune, eine andere Kommune mit der Sammlung und Beförderung von Abfällen bzw. Altpapier zu beauftragen, ohne ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen. Die Vereinbarungen nach den jeweiligen Gesetzen über die kommunale Zusammenarbeit sollten eine Laufzeit von zehn bzw. fünf Jahren haben und stets um ein Jahr bzw. einmalig um zwei Jahre verlängerbar sein. Beide Vereinbarungen enthielten eine Regelung über die Erstattung der der übernehmenden Kommune entstehenden Kosten. Außerdem behielt sich die jeweils die Zuständigkeit abgebende Kommune Weisungs- bzw. Zustimmungsrechte vor. Gegen den Abschluss dieser Vereinbarungen wandte sich jeweils ein privater Wettbewerber mit einem Nachprüfungsantrag.

⁴⁹⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004 – VII-Verg 78/03, ZfBR 2004, 591.

⁴⁹¹ OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 7.9.2004 – 11 Verg 11/04, NZBau 2004, 692.

⁴⁹² Portz, AbfallR 2006, 82 spricht von „nahezu gleicher Begründung und gleichem Ergebnis“.

Nach Ansicht der OLG waren die Nachprüfungsanträge begründet, da die abzuschließenden Vereinbarungen dem Vergaberecht unterfielen und insbesondere kein Ausnahmetatbestand vorlag, welcher die Vergabestellen zu einem Absehen von einem förmlichen Vergabeverfahren berechtigen würde.

Die Tatsache, dass der abzuschließende Vertrag ein öffentlich-rechtlicher Vertrag sei, führe zunächst nicht zu einer Vergaberechtsfreiheit. Weder die Vergaberichtlinien, noch die gebotene funktionale Auslegung des Vertragsbegriffes erlaubten eine dahingehende Einschränkung. Schließlich sei eine Ausnahme vom Vergaberecht nicht aufgrund der Tatsache gegeben, dass die abzuschließende Vereinbarung nach dem jeweils anzuwendenden Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit zulässig sei. Die OLG führen hierzu ausführlich zu dem Zweck des Vergaberechts aus, das gesamte Beschaffungsverhalten des Staates dem Binnenmarkt zur Verfügung zu stellen.⁴⁹³ Es handele es sich um einen Beschaffungsvorgang, der sich ansonsten im Wettbewerb auf einem entwickelten Markt abspielen würde.⁴⁹⁴ Die Ausnahmetatbestände seien in den Richtlinien bzw. § 100 GWB a.F.⁴⁹⁵ abschließend geregelt. Den Mitgliedstaaten sei es daher verwehrt, eigene Ausnahmetatbestände zu schaffen.

Eine Verletzung von Art. 28 Abs. 2 GG vermochten die OLG nicht zu erkennen. Zum einen sei nicht ersichtlich, dass der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie betroffen wäre, da den Kommunen weitere Gestaltungsmöglichkeiten offenstünden. Außerdem gewährleiste Art. 28 Abs. 2 GG die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ohnehin nur „im Rahmen der Gesetze“, sodass eine Einschränkung dieses Rechts zulässig sei.⁴⁹⁶ Das OLG Naumburg hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen.⁴⁹⁷

5.3.1.2 OLG Naumburg vom 03.11.2005

Das OLG Naumburg hat sich in einem Beschluss vom 03.11.2005 mit der Ausschreibungspflicht von einer delegierenden Vereinbarung nach dem GkG-LSA befasst.⁴⁹⁸ Hierbei kam das OLG zu dem Ergebnis, dass eine solche Vereinbarung ausschreibungspflichtig sei.

⁴⁹³ So auch BayObLG, Beschluss vom 11.12.2001 – Verg 15/01, NZBau 2002, 233, 234.

⁴⁹⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004 – VII-Verg 78/03, ZfBR 2004, 591, 592f.

⁴⁹⁵ Heute: § 100 und 100a GWB.

⁴⁹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004 – VII-Verg 78/03, ZfBR 2004, 591, 593; nahezu wortgleich OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 7.9.2004 – 11 Verg 11/04, NZBau 2004, 692, 695.

⁴⁹⁷ OLG Naumburg, Beschluss vom 2.3.2006 – 1 Verg 1/06, NZBau 2006, 667 (Ls.), BeckRS 2006, 06798.

⁴⁹⁸ OLG Naumburg, Beschluss vom 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58.

Dem Nachprüfungsverfahren lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein Landkreis im Vorgriff auf eine anstehende Gebietsreform seine Zuständigkeit für die Abfallentsorgung im Rahmen einer Zweckvereinbarung auf den später mit ihm fusionierenden Landkreis übertrug. Die Zweckvereinbarung sah eine Kostenerstattung in Höhe einer zuvor berechneten Gebühr sowie den Übergang der Satzungsbefugnisse vor. Hiergegen wandte sich ein privater Wettbewerber erfolgreich mit einem Nachprüfungsantrag.

In der rechtlichen Würdigung stellte das OLG Naumburg, den vorab dargestellten Beschlüssen der OLG Düsseldorf und Frankfurt a.M. folgend, die Entgeltlichkeit der Vereinbarung aufgrund der vorgesehenen Kostenerstattung fest. Zudem sei eine Entgeltlichkeit durch das übertragene Recht zur Gebührenerhebung gegeben. Dass nicht der übertragende Landkreis, sondern die Benutzer die Gebühren leisten sollten, sei unerheblich. Die Problematik, dass hier wohl eine Dienstleistungskonzession vorlag, welche dem damaligen Vergabesekundärrecht nicht unterfiel, hat das OLG Naumburg nicht behandelt. Es verortete den Schwerpunkt der Entgeltlichkeit wohl in der Kostenerstattung. Auch in der Begründung der Unternehmenseigenschaft der beteiligten Landkreise orientierte sich das OLG Naumburg an den bereits dargestellten Beschlüssen.

Eine fehlende Tätigkeit am Markt sei beim Verlassen des eigenen Hoheitsbereiches nur bei solchen Leistungen anzunehmen, bei denen ein Wettbewerb am Markt aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen bereits schlichtweg ausgeschlossen sei. Dies sei insbesondere im Falle eines Verwaltungsmonopols gegeben, nicht jedoch im Bereich der Abfallentsorgung, da hier regelmäßig Private mit der Leistungserbringung betraut seien.

Ein besonderes Augenmerk richtet das OLG darauf, ob nicht eine Ausnahme vom Vergaberecht aufgrund der Natur der Zweckvereinbarung als öffentlich-rechtlicher Vertrag auf dem Gebiet kommunaler Aufgaben gegeben sei. Zunächst stellt das OLG hierzu fest, dass Kommunen „selbstverständlich“ den gesetzlichen Wettbewerbsregeln unterlägen, sofern sie am Markt tätig seien. Hierbei bezieht sich das OLG Naumburg mit Verweis auf den Beschluss des OLG Düsseldorf darauf, dass die Vergaberichtlinien und deren nationale Umsetzung lediglich eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts bei Vorliegen eines Verwaltungsmonopols vorsähen.

Nach Ansicht des OLG komme es nicht darauf an, ob es den Landkreisen gelungen sei, eine „echte und vollständige Übertragung der Zuständigkeit der Abfallentsorgung“ zu vereinbaren. Den Ausführungen des OLG Naumburg ist aber zu entnehmen, dass die Aufsichtsbehörde

Auflagen für den Abschluss der Zweckvereinbarung erteilt hat, um eine solche vollständige Übertragung herbeizuführen. Die gesetzlich normierte Ausschreibungspflicht hindere eine Gebietskörperschaft nicht daran, eine vertragliche Partnerschaft mit einer anderen Gebietskörperschaft einzugehen. Sie sei jedoch, da sie auf dem Markt tätig werde, an das Wettbewerbsrecht gebunden.

Das OLG nimmt auch keine Beeinträchtigung der Organisationshoheit des Landkreises an. Da das Vergaberecht eine Ausnahme für Leistungen vorsehe, für welche ein Verwaltungsmonopol besteht, sei lediglich eine Einschränkung für die wettbewerbliche Tätigkeit der Kommunen gegeben, welche sich jedoch im Bereich des Gesetzesvorbehaltes bewege.⁴⁹⁹

Zusammenfassend stellt das OLG Naumburg bei der Beantwortung der Frage nach der Vergabepflichtigkeit von Zweckvereinbarungen ausschließlich auf die Natur der übertragenen Aufgabe ab. Nur in Fällen, in denen diese eine Leistung betreffe, für die ein Verwaltungsmonopol existiere, unterliege eine diesbezügliche Vereinbarung nicht dem Vergaberechtsregime. Damit sei es nicht erheblich, ob die Zuständigkeitsübertragung vollständig sei oder nicht.

Der Beschluss des OLG Naumburg hat in der Literatur⁵⁰⁰ und auch in der Rechtsprechung⁵⁰¹ teils erheblichen Widerspruch erfahren. Diese Kritik stütze sich nahezu ausschließlich darauf, dass das OLG Naumburg auch delegierende Zweckvereinbarungen pauschal einer Ausschreibungspflicht unterwerfe. Die Kritik setzt darüber hinaus daran an, dass die Entscheidung eine Privatisierungspflicht bedeute, obwohl das Vergaberecht eine solche Entscheidung gerade nicht treffen wolle, da es reines Privatisierungsfolgenrecht darstelle.⁵⁰² Die genannten Autoren leiten aus der Entscheidung ab, dass öffentliche Auftraggeber nunmehr gezwungen seien, Leistungen am Markt zu beschaffen, obwohl diese durch eine

⁴⁹⁹ OLG Naumburg, Beschluss vom 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58, 61 mit Verweis auf Ziekow/Siegel, VerwArch 2005, 136.

⁵⁰⁰ Frenz, NVwZ 2010, 609, 610; ders., Handbuch Europarecht Band 3, 3. Auflage 2007, Rn. 2520; Trautner/Schwabe/Schleper, LKRZ 2010, 161, 166; Teuber, KommJur 2009, 8, 13; Dabringhausen, NZBau 2009, 616, 622 Fn. 78; Krajewski/Wethkamp, DVBl. 2008, 355, 362; Meißner, KommPraxSpezial 2008, 120, 121; Bauer, ZfBR 2006, 446, 453; Portz, VergabeR 2006, 96, 98; ders., AbfallR 2006, 82; Brohm, NZBau 2006, 63f.; Bergmann/Vetter, NVwZ 2006, 497, 499; Burgi, Gutachten zum 67. DJT, S. 82f.; Düsterdiek, NZBau 2006, 618, 620f.; Krohn, NZBau 2006, 610, 618; Voß, LKV 2006, 352, 353; Dieckmann, AbfallR 2006, 38; Otting in: Bechtold, GWB, 7. Auflage 2013, § 99 GWB Rn. 8; Ganske in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 99 GWB Rn. 44.

⁵⁰¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.6.2006 – VII-Verg 17/06, NZBau 2006, 662.

⁵⁰² Düsterdiek, NZBau 2006, 618, 621; Bergmann/Vetter, NVwZ 2006, 497, 499; Burgi, Gutachten zum 67. DJT, S. 93 mit Verweis auf Burgi, NZBau 2005, 208, 210; Portz, VergabeR 2006, 96, 98, 101.

Zusammenarbeit die Ebene des Staates nicht verlassen wollen. Hierdurch werde die „Kooperationsautonomie faktisch ihrer Funktion beraubt und der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung“ berührt.⁵⁰³

Portz verweist zudem auf die Auffassung von *Burgi* und führt an, dass der Abschluss einer delegierenden Zweckvereinbarung stets eine dem Anwendungsbereich des Vergaberechts entzogene Eigenwahrnehmung von Aufgaben darstelle. *Portz* betrachtet die Frage, ob ein (vergaberechtsfreier) Akt der Verwaltungsorganisation vorliegt, als Vorfrage der Ausschreibungspflicht. Es sei eine „funktionale Betrachtungsweise“ geboten, ob ein solcher Verwaltungsorganisationsakt oder eine Beschaffung am Markt vorliege. Hieraus folgert *Portz*, dass auch mandatierende Zweckvereinbarungen als Akte der Verwaltungsorganisation keiner Ausschreibungspflicht unterlägen.⁵⁰⁴ Für diese Argumentation bemüht *Portz* das Urteil des EuGH i.S. „Stadt Halle“. Da der EuGH dort – im Rahmen der Prüfung der In-House-Ausnahme – auch die geringste Beteiligung eines Privaten für das Entfallen der In-House-Ausnahme genügen lässt, soll auch eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, an welcher keine Privaten beteiligt sind, stets vergaberechtsfrei sein.

Wenige Autoren stimmen der Entscheidung zu.⁵⁰⁵ Das OLG Düsseldorf hat in seinem Vorlagebeschluss i.S. „Piepenbrock“ seine Kritik am Beschluss des OLG Naumburg nicht mehr aufrechterhalten, sondern den Beschluss als Stand der Rechtsprechung in Deutschland dargestellt.⁵⁰⁶

5.3.1.3 OLG Düsseldorf vom 21.06.2006

In seinem Beschluss vom 21.06.2006 überprüfte das OLG Düsseldorf die Gründung eines Zweckverbandes nach dem GkG NRW auf dessen Ausschreibungspflicht.⁵⁰⁷ Im Ergebnis stellte das OLG fest, dass die Gründung eines Zweckverbandes, welcher in Folge die ihm übertragene Aufgabe für mehrere Beteiligte wahrnehmen soll, als Maßnahme der Verwaltungsorganisation keiner Ausschreibungspflicht unterliege.⁵⁰⁸ Gegenstand dieser Entscheidung war somit nicht die gegenständliche delegierende Zweckvereinbarung. Die

⁵⁰³ So Düsterdiek, NZBau 2006, 618, 621; Portz, VergabeR 2006, 96, 99.

⁵⁰⁴ Portz, VergabeR 2006, 96, 103.

⁵⁰⁵ Siegel, VergabeR 2006, 621, 624; mit Einschränkungen Dippel in: BeckOK Umweltrecht, Stand: 1.8.2017, § 22 KrWG Rn. 29ff.

⁵⁰⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.7.2011 – Verg 39/11, NZBau 2011, 769, 771, s.u. 5.3.2.1.

⁵⁰⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.6.2006 – VII Verg 17/06, NZBau 2006, 662.

⁵⁰⁸ Nach dem Urteil des EuGH vom 22.12.2010 – C-215/09 – Mehiläinen Oy, Slg. 2010, I-13749 Rn. 33, 47 ist der Gründungsvorgang stets von der Leistungserbringung zu unterscheiden.

vom OLG Düsseldorf herangezogenen Gründe sind übertragbar, sodass diese Entscheidung dargestellt werden soll.

Vier entsorgungspflichtige Gemeinden gründeten einen Zweckverband, welcher zukünftig die Entsorgungsleistungen für seine Mitglieder erbringen sollte. Die Satzung des Zweckverbandes bestimmte, dass die jeweilige Zuständigkeit zur Abfallbeseitigung auf den Zweckverband übergehen und dieser nunmehr der allein verantwortliche öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger nach dem KrW/AbfG sein sollte. Zur Finanzierung des Zweckverbandes erhob dieser eine bestimmte Umlage von seinen Mitgliedern. Die Verbandsversammlung des Zweckverbandes bestand aus je einem Mitglied der beteiligten Gemeinden.

Hiergegen wandte sich ein privates Entsorgungsunternehmen mit einem Nachprüfungsantrag, da es der Ansicht war, dass die Erbringung der Entsorgungsleistungen hätte ausgeschrieben werden müssen.

Nach Ansicht des OLG ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, da die Zweckverbandsgründung keinen ausschreibungspflichtigen Auftrag darstelle. Dies leitet das OLG wie folgt her:

Die Bundesrepublik Deutschland habe sich einer föderalen Organisationsstruktur verschrieben. Das hierin verankerte Recht der kommunalen Selbstverwaltung verleihe den Gemeinden die Hoheit über ihre Verwaltungsorganisation. Die Organisationshoheit umfasse die Kooperationsautonomie. Die Kooperationsautonomie sei einfachgesetzlich durch die Ermächtigung, Zweckverbände zu gründen, konkretisiert. Hierzu führt das OLG wörtlich aus:

[Die Anwendung des Vergaberechts] ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn öffentlichrechtliche Kompetenzen von einem Aufgabenträger auf einen anderen verlagert werden, und dies - wie im Fall der Gründung eines Zweckverbands nach § 4ff. GkG NRW - auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruht. Dann handelt es sich, auch wenn die Übertragung der Zuständigkeit auf eine (öffentlich-rechtliche) Vereinbarung zwischen den beteiligten Verwaltungsstellen zurückzuführen ist, um einen dem Vergaberecht entzogenen Akt der Verwaltungsorganisation. Darauf sind die EG-Vergaberichtlinien nicht anzuwenden, da die Rechtssetzungsorgane der Europäischen Gemeinschaft hinsichtlich der Verwaltungsorganisation der Mitgliedsstaaten über keine Normgebungskompetenz verfügen.⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.6.2006 - VII Verg 17/06, NZBau 2006, 662, 664.

Zur Begründung seiner Ansicht beruft sich das OLG Düsseldorf insbesondere auf die Auffassung von *Burg*⁵¹⁰ zur Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Zusammenarbeit. Für eine Vergaberechtsfreiheit genüge es, wenn öffentlich-rechtliche Kompetenzen von einem Aufgabenträger auf einen anderen verlagert werden und dies auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruht.⁵¹¹

In Abgrenzung zu seinem Beschluss vom 05.05.2004 stellt das OLG Düsseldorf klar, dass dies nur dann gelte, wenn tatsächlich eine Zuständigkeitsverschiebung durchgeführt werde und die Vereinbarung so keinen Beschaffungscharakter aufweise.

5.3.2 Nach „Stadtreinigung Hamburg“

5.3.2.1 OLG Düsseldorf vom 06.07.2011

Das OLG Düsseldorf legte in seinem Beschluss vom 06.07.2011⁵¹² dem EuGH die Frage der Ausschreibungspflicht einer delegierenden Zweckvereinbarung nach dem GKG NRW vor. Hinsichtlich des Sachverhaltes wird auf die Darstellungen zum Urteil des EuGH vom 13.06.2013 i.S. „Piepenbrock“ verwiesen.⁵¹³ Der Beschluss des OLG Düsseldorf ist viel umfassender gestaltet als das Urteil des EuGH und geht auf vom EuGH nicht weiter behandelte Rechtsfragen ein, so dass er nochmals selbstständig dargestellt wird.

Das OLG Düsseldorf prüfte zunächst, ob die geschlossene Zweckvereinbarung als In-House-Vergabe vergaberechtsfrei sei. Hierzu stellte das OLG nur kurz fest, dass diese Ausnahme nicht vorliege, da der Kreis Düren über die Stadt Düren keine ähnliche Kontrolle ausübe wie über eine eigene Dienststelle. Es handele sich um zwei selbstständige Rechtssubjekte, welche in keinem Subordinationsverhältnis zueinander stünden. Schließlich könne der Kreis keinerlei Einfluss auf die Gestaltung der Vertragsdurchführung nehmen.

Hiernach prüfte das OLG das Vorliegen einer vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nach den Kriterien des EuGH aus dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“.

Dessen Vorliegen verneinte das OLG Düsseldorf. Eine horizontale Zusammenarbeit zur gemeinsamen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe liege nicht vor. Das OLG ging hierbei von

⁵¹⁰ NZBau 2005, 208, 210 f. m.w.N. sowie Schröder, NVwZ 2005, 25.

⁵¹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.6.2006 - VII Verg 17/06, NZBau 2006, 662, 664.

⁵¹² NZBau 2011, 769; hierzu Kunde, NZBau 2011, 734.

⁵¹³ S.o. 5.1.5

einem Vertragsschluss auf vertikaler Ebene aus, da sich die Mitwirkung der beauftragenden Stelle lediglich auf das Zugänglichmachen der zu reinigenden Räume beschränke und somit kein arbeitsteiliges Zusammenwirken zur Erfüllung der übertragenden Aufgabe vorliege.

Hiernach prüfte und verneinte das OLG die Frage, ob es sich beim Gegenstand der Beauftragung um die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 51 Abs. 1, 62 AEUV handelte, welche nach der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls vergaberechtsfrei sei.⁵¹⁴ Das Vorliegen von öffentlicher Gewalt verneinte das OLG Düsseldorf bereits deshalb, weil die gegenständlichen Reinigungsdienstleistungen bis zum Jahre 2011 von einem privaten Unternehmen ausgeführt worden waren.

Als separaten Punkt behandelte das OLG Düsseldorf schließlich die Frage, ob eine Vereinbarung über eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit als „innerstaatlicher Verwaltungsorganisationsakt“ generell dem Vergaberecht entzogen sei. Nachdem sich das OLG intensiv mit der bereits dargestellten nationalen Rechtsprechung sowie dem vergaberechtlichen Schrifttum auseinandergesetzt hatte, hielt es für zweifelhaft, ob Lieferbeziehungen zwischen verschiedenen Hoheitsträgern allein deshalb nicht der Richtlinie 2004/18/EG unterliegen sollten, weil sie Hilfsgeschäfte zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffen und/oder weil das nationale Recht dafür besondere Rechtsvorschriften bereitstellt. Nach Ansicht des OLG zeichnete sich die Fallkonstellation dadurch aus, dass sie wirtschaftlich mit einer Beauftragung nach der Richtlinie 2004/18/EG identisch sei, nämlich einer Beauftragung mit Reinigungsdienstleistungen gegen Entgelt. Dass neben der Beauftragung auch eine Zuständigkeitsverschiebung erfolge, sei rein formal und könne nicht für sich genommen zu einer Vergaberechtsfreiheit führen. Schließlich subsumierte das OLG die Gestaltung der Zweckvereinbarung als „sonstige Vereinbarung, die dazu dient, das Vergaberecht zu umgehen“.

Das OLG Düsseldorf hat nach dem Urteil des EuGH am 06.11.2013⁵¹⁵ abschließend über die sofortige Beschwerde entschieden und dieser stattgegeben.

Dieser Beschluss des OLG Düsseldorf ist sehr übersichtlich ausgefallen, da er im Wesentlichen die vom EuGH gefundenen Ergebnisse wiedergibt. Das OLG Düsseldorf stellte einleitend fest, dass der Vertrag trotz seines öffentlich rechtlichen Charakters als Auftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG zu behandeln sei. Die Entgeltlichkeit sei auch zu bejahen,

⁵¹⁴ Mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – C-160/08 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland Slg. 2010, I-3713Rn. 73 ff. zu Rettungsdienstleistungen, s.o. 4.3.3.

⁵¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.11.2013 – VII-Verg 39/11, VergabeR 2014, 169.

obwohl sich diese ausschließlich nach öffentlich rechtlichen Maßstäben, § 23 Abs. 4 GkG NRW bemesse.

Die weiteren, ungeschriebenen, Ausnahmetatbestände vom Anwendungsrecht des Vergaberechts verneinte das OLG schließlich mit derselben Begründung wie der EuGH. Bei der Reinigungsleistung handele es sich um keine den Beteiligten gemeinsam obliegende Aufgabe. Das OLG Düsseldorf selbst hat in seinem Beschluss das Wort gemeinsam dargestellt, so dass es nach Ansicht des OLG am Vorliegen dieser Voraussetzung mangelte.

Außerdem verstoße die beabsichtigte Zweckvereinbarung gegen das Verbot, ein privates Unternehmen besser zu stellen als seine Wettbewerber, da die gegenständlichen Reinigungsarbeiten durch einen Dritten, die Dürener Reinigungsgesellschaft mbH, ausgeführt werden sollten. Die Möglichkeit einer kombinierten öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit und In-House-Vergabe erwähnt das OLG nicht.

Ebenso wenig nimmt das OLG noch zu dem von ihm noch im Vorlagebeschluss ausführlich behandelten, weiteren Ausnahmetatbestand des „innerstaatlichen Organisationsakts“ Stellung.

5.3.2.2 OLG München vom 21.02.2013

Das OLG München⁵¹⁶ hatte einen von einem Krankenhaus mit der Trägerin einer Krankenhausapotheke geschlossenen Vertrag zu beurteilen. Die Antragsgegnerin, das Krankenhaus, hatte diesen Vertrag ohne Ausschreibung oder Beteiligung anderer Unternehmen geschlossen. Der Vertrag beinhaltete u.a. die Verpflichtung der Beigeladenen Trägerin einer Krankenhausapotheke, die Antragsgegnerin mit Arzneimitteln und anderen apothekenpflichtigen Waren zu versorgen. Der Beigeladenen kam zudem eine Beratungsfunktion zu sowie Aufgaben der Bevorratung, Herstellung und Überwachung von Arzneimitteln. Die Beauftragung anderer Apotheken wurde für beide Vertragsparteien ausgeschlossen. Für die vertraglichen Leistungen sollte die Beigeladene eine jährliche Pauschale von 140.000,00 € netto erhalten.

Gegen diesen Vertragsschluss wandte sich die Antragstellerin, welche bis zum gegenständlichen Vertragsschluss die Leistungen für die Antragsgegnerin erbracht hatte, mit einem Antrag auf Nichtigerklärung des geschlossenen Vertrages nach § 101b GWB.

⁵¹⁶ OLG München, Beschluss vom 21.2.2013 – Verg 21/12, NZBau 2013, 458 m. Anm. Kern = VergabeR 2013, 750 m. Anm. Trautner.

Das OLG gab diesem Antrag statt. Zunächst verneinte das OLG kurz das Vorliegen eines In-House-Geschäfts, da die Antragsgegnerin keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Beigeladene hatte.

Ausführlicher prüfte das OLG den Ausnahmetatbestand der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Hierbei stellte das OLG zunächst die sachliche Rechtfertigung dieses Ausnahmetatbestandes dar. Nach Ansicht des OLG liegt dieser in der Überlegung, dass das Unionsrecht den öffentlichen Auftraggeber nicht zu einer Nachfrage und Beschaffung auf dem Markt zwingt. Er dürfe in seinem allgemeinen Interessen liegenden Aufgaben sowohl mit eigenen Mitteln oder in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen decken, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden.⁵¹⁷

Nachdem das OLG die in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ aufgestellten Kriterien des EuGH wiederholt, stellt es zunächst fest, dass es sich bei dem zu prüfenden Vertrag um einen solchen zwischen ausschließlich öffentlichen Auftraggebern handelt, welcher private Unternehmen weder bevorteilt noch benachteiligt.

Nach Ansicht des OLG liegen jedoch die weiteren Voraussetzungen nicht vor, nämlich, dass der Gegenstand der Zusammenarbeit eine allen Beteiligten gemeinsam obliegende öffentliche Aufgabe sei, und dass die Zusammenarbeit nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt werde, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zusammenhängen stehen.

Nach Ansicht des OLG München liegt bereits keine Zusammenarbeit vor. Vielmehr beschaffe sich das Krankenhaus die Leistungen der Apotheke, ohne dass dies dazu führe, dass eine Zusammenarbeit anzunehmen sei. Die Argumentation des Krankenhauses, die Beigeladene werde praktisch zum „Mitbehandler“ der Patienten des Krankenhauses, wies das OLG ab, da sich hierzu insbesondere im geschlossenen Vertrag keinerlei Grundlage finde. Außerdem seien Apotheken, obwohl sie im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben wahrnehmen, unternehmerisch und auf einem umkämpften Markt tätig. Schließlich gehöre es nicht zu den Aufgaben eines Krankenhauses, die Leistungen einer Apotheke selbst zu erbringen. Zwar sehe das ApoG vor, dass Krankenhäuser eine eigene Krankenhausapotheke betreiben dürfen, dies unterfalle jedoch nicht ihren Pflichtaufgaben. Der Betrieb einer gemeinsamen

⁵¹⁷ OLG München, Beschluss vom 21.2.2013 – Verg 21/12, NZBau 2013, 458, 461f. mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457.

Krankenhausapotheke mehrerer Krankenhäuser sei schließlich nach dem ApoG überhaupt nicht möglich.⁵¹⁸ Es fehle somit am Vorliegen einer gemeinsamen Aufgabe.⁵¹⁹

Darüber hinaus stellte das OLG München fest, dass die Vereinbarung nicht durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt werde, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. In diesem Zusammenhang stellt das OLG auf die Rechtsprechung des EuGH ab, welche erfordere, dass Finanztransfers zwischen den beteiligten öffentlichen Stellen nicht vorliegen dürfen, da finanzielle Interessen keine öffentlichen Interessen darstellten. Hierbei setzte sich das OLG München ausführlich mit der in dem Vertrag vorgesehenen Kostenregelung auseinander und kam hierbei zu dem Ergebnis, dass zunächst ein Selbstkostenpreis, also eine bloße Kostenerstattung, vereinbart sei. Es sei darüber hinaus jedoch die Zahlung von Pauschalen vereinbart, mit denen die Beigeladene ihre Kosten, welche sie im Rahmen ihrer anderweitigen Tätigkeit habe, auf die Antragsgegnerin umlegen könne, was dazu führe, dass die Antragsgegnerin praktisch fremde Leistungen mitfinanziere. Im Ergebnis stünden so finanzielle Interessen im Raum, welche eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit ebenfalls ausschließen.

Schließlich verweist das OLG München noch auf einen Beschluss des OLG Düsseldorf⁵²⁰, in welchem dieses davon ausgeht, dass auch im Rahmen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zu prüfen sei, ob die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit zu einer Verfälschung des Wettbewerbes führe. Der Sache nach liegt hierin eine Übertragung des Wesentlichkeitskriteriums der In-House-Vergabe auf die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit. Der EuGH hat in seinen zeitlich nach dem Beschluss des OLG München liegenden Urteilen „Lecce“ und „Piepenbrock“ diese Überlegung insofern übernommen, als er fordert, dass durch die Vereinbarung kein Privater Wettbewerbsvorteile erlangen dürfe. Eine solche Besserstellung sei bereits dann anzunehmen, wenn die Beauftragung Dritter durch die Vereinbarung zugelassen werde.⁵²¹

Hiernach lehnte das OLG München das Vorliegen einer vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit ab.

⁵¹⁸ Hierzu Kern, NZBau 2013, 464.

⁵¹⁹ Zustimmend Trautner, VergabeR 2013, 761.

⁵²⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.7.2011 – Verg 20/11, NZBau 2012, 50, 52.

⁵²¹ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 38; Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 40.

5.3.2.3 KG vom 16.09.2013⁵²²

Das Land Berlin schloss einen Kooperationsvertrag mit der Anstalt für Kommunale Datenverarbeitung in Bayern (AKDB), der vorsah, dass „die Parteien auf dem Gebiet der „Erstellung und Weiterentwicklung einer Fachsoftware ‚Jugendhilfe‘ zusammenwirken“, mit dem Ziel, im Rahmen der Kooperation eine großstadttaugliche, mehrmandantenfähige Fachsoftware für den Bereich der Jugendhilfe zu erstellen und langfristig weiterzuentwickeln“.⁵²³ Der Gegenstand des Kooperationsvertrages war gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 sowie Satz 13 seiner Präambel die Entwicklung und Pflege einer Software, die in der öffentlichen Verwaltung im Bereich Jugendhilfe zum Einsatz kommen soll.⁵²⁴ Nach der der Präambel des Kooperationsvertrages ist es zudem „Ziel der [Beigeladenen] ..., ... eine großstadttaugliche Jugendhilfelösung ... zu entwickeln und am Markt anbieten zu können“.⁵²⁵

Im Rahmen der Prüfung einer vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit verneint das KG das Vorliegen der nach der Rechtsprechung des EuGH erforderlichen Voraussetzungen.

Nach Ansicht des KG sei die Entwicklung und Pflege von Software bereits keine Aufgabe des Landes Berlin. Eine solche Pflicht ergebe sich weder aus der (Berliner) Verfassung noch aus einfachem Recht. Es möge zwar nützlich sein, wenn die Landesverwaltung mit geeigneter Software arbeite, dies begründe jedoch keine rechtliche Zuständigkeit dafür, eine solche Software selbst zu entwickeln.⁵²⁶

Die Zusammenarbeit sei zudem nicht „nur“ durch Überlegungen und Erfordernissen bestimmt, die mit der Verfolgung von Zielen zusammenhängen, die im öffentlichen Interesse liegen. Hierbei verweist das KG auf die Bestimmung der Vereinbarung, welche vorsieht, dass die Software am Markt angeboten werden soll. Dieses Erwerbsinteresse liege nicht im öffentlichen Interesse, sodass die Voraussetzung für eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit nicht erfüllt sei.⁵²⁷

⁵²² KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62.

⁵²³ Sachverhalt nach dem Beschluss des Hauptausschusses der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft vom 24.10.2013, Az. 0622 E, S. 3. Abrufbar unter <http://www.parlament-berlin.de/ados/17/Haupt/vorgang/h17-0622.E-v.pdf> (abgerufen am 30.10.2017).

⁵²⁴ KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62 Rn. 23 – juris.

⁵²⁵ KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62 Rn. 28 – juris.

⁵²⁶ KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62 Rn. 24 – juris.

⁵²⁷ KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62 Rn. 28 – juris.

Das KG ließ nach diesen Ausführungen offen, „welcher genaue Inhalt der vom EuGH formulierten Voraussetzung einer gemeinsam obliegenden Aufgabe zukommt und ob diese Voraussetzung vorliegend erfüllt ist“.⁵²⁸

Zu dieser Voraussetzung äußerte sich jedoch die VK Berlin als Vorinstanz.⁵²⁹ Nach Ansicht der VK Berlin lagen die Voraussetzungen einer gemeinsamen Aufgabe nicht vor. Darauf, dass eine gemeinsame Aufgabe vorliegt, könne nicht bereits deshalb geschlossen werden, dass sowohl die Antragsgegnerin als auch die Beigeladene als kommunaler IT-Dienstleister entsprechende Fachsoftware vorhalten müssen. Ein gemeinsamer Bedarf begründe keine gemeinsame Aufgabe. Bei einem IT-Dienstleister stehe die Bereitstellung von IT-Infrastruktur im Vordergrund, bei der Antragsgegnerin gehe es hingegen um die Erfüllung sozialer Aufgaben. Antragsgegnerin und Beigeladene erfüllten somit durch den Vollzug des Vertrages jedenfalls nicht die gleiche Aufgabe.

Zudem beinhalte die Bereitstellung von IT-Infrastruktur nur ein Mittel zur Aufgabenerfüllung und nicht die Aufgabe selbst. Eine gemeinsame Aufgabe könne überdies nicht deshalb angenommen werden, da sie der Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge diene. Mit dieser Argumentation „könnte insofern jeder Beschaffungsvorgang dem Vergaberecht im Wege der Konstruktion einer interkommunalen Zusammenarbeit entzogen werden“. In Anbetracht der strengen Anforderungen des EuGH an das Vorliegen von Ausnahmen vom Vergaberecht sei eine solch weite Auslegung des Begriffs der gemeinsamen Aufgabe nicht sachgerecht.⁵³⁰

5.3.2.4 OLG Koblenz vom 03.12.2014⁵³¹

Das OLG Koblenz entschied einen Fall über die Behandlung und Verwertung von Bioabfällen eines Landkreises. Die Antragstellerin des Nachprüfungsverfahrens war gegenüber dem Antragsgegner, einem Landkreis, vertraglich bis zum 31.12.2015 verpflichtet, für diesen den Transport und die Verwertung des in seinem Hoheitsgebiet anfallenden Bioabfalles durchzuführen. Der Antragsgegner teilte der Antragstellerin mit, dass er beabsichtige, den Vertrag zum Ende der Laufzeit nicht zu verlängern. Er gab bekannt, die Aufgabe der Behandlung und Verwertung der Bioabfälle einschließlich der Entsorgung der in den

⁵²⁸ KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62 Rn. 25 – juris.

⁵²⁹ VK Berlin, Beschluss vom 30.4.2013 – VK - B 1-01/13.

⁵³⁰ VK Berlin, Beschluss vom 30.4.2013 – VK - B 1-01/13 Rn. 33 – juris.

⁵³¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2014 – Verg 8/14, VergabeR 2015, 192 m. Anm. Lück.

Bioabfällen enthaltenen Störstoffe ab dem 01.01.2016 auf den Beigeladenen, ebenfalls einen Landkreis, zu delegieren, sodass dieser diese Aufgabe zukünftig ausführen werde.⁵³²

Der Antragsgegner und der Beigeladene unterzeichneten hierzu eine „Zweckvereinbarung über die Behandlung und Verwertung von Bioabfällen“, welcher der zuständige Kreistag zustimmte. Die Zweckvereinbarung beinhaltete, dass der Beigeladene ab dem 01.01.2016 bis zum 31.12.2027 mit Verlängerungsoption die im Hoheitsgebiet des Antragsgegners eingesammelten Bioabfälle in seinem Eigenbetrieb entgegennehmen und behandeln sollte. Unter Punkt 2 der Präambel der Zweckvereinbarung hieß es:

Zur Kooperation zwischen dem R.-Kreis und dem Landkreis N. schließen beide öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger eine öffentlich-rechtliche Zweckvereinbarung im Sinne der §§ 12 und 13 Landesgesetz über die kommunale Zusammenarbeit (KomZG)^{533 534}.

Die Vereinbarung beinhaltete des Weiteren in § 1, dass der Antragsgegner ab dem 01.01.2016 die Behandlung und Verwertung von Bioabfällen auf den Beigeladenen delegiert. Gemäß § 4 der Zweckvereinbarung war als Gegenleistung „für den Eintritt in die Pflichten und Zuständigkeiten des Vertragspartners“, des Antragsgegners, ein „Jahresdeckungsbeitrag“ enthalten, der sich zunächst auf ca. 1,35 Mio. € belaufen sollte. Im Übrigen beinhaltete die Zweckvereinbarung Detailregelungen zur Durchführung der Leistung, wie etwa eine Regelung hinsichtlich der Anlieferungszeiten, des Umganges mit Störstoffen und Leistungsnachweisen. Weitergehende Rechte und Pflichten eines Beteiligten regelte die Zweckvereinbarung nicht.

Nachdem die Antragstellerin vom Abschluss der Vereinbarung Kenntnis erlangte, legte sie einen Nachprüfungsantrag vor der VK Rheinland-Pfalz ein. Diese wies den Antrag als unzulässig zurück. Auf die sofortige Beschwerde vor dem OLG Koblenz hob dieses die Entscheidung der Vergabekammer auf und untersagte es dem Antragsgegner, die in der Zweckvereinbarung beschriebenen Leistungen ohne förmliches Vergabeverfahren zu vergeben.

Nach Ansicht des OLG Koblenz lag mit der Zweckvereinbarung ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 GWB vor.

⁵³² So die weitere Sachverhaltsdarstellung der ersten Instanz VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 5.9.2014 – VK 2-18/14.

⁵³³ Das KomZG Rheinland-Pfalz kennt nur die delegierende Zweckvereinbarung, s.o. 2.3.

⁵³⁴ VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 5.9.2014 – VK 2-18/14, Rn. 5 – juris.

Das OLG Koblenz stellte zunächst dar, dass es sich bei der Abfallentsorgung um eine Tätigkeit handle, die in den Aufgabenbereich der beteiligten kommunalen Gebietskörperschaften fällt. Eine gesetzlich vorgeschriebene Selbstwahrnehmungspflicht bestehe jedoch nicht, so dass die Dienste der Abfallentsorgung auch von am Markt tätigen und untereinander im Wettbewerb stehenden Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden können. Es handle sich somit um eine „marktfähige Leistung“, die grundsätzlich im Wettbewerb nach den Regeln des Vergaberechts zu vergeben sei. Obwohl das OLG Koblenz dies nicht ausdrücklich erwähnt, ist davon auszugehen, dass diese Ausführungen dazu dienen sollten, das Vorliegen einer vergaberechtsfreien hoheitlichen Tätigkeit zu verneinen.⁵³⁵

Nach dieser Feststellung prüfte das OLG, ob die Voraussetzungen der Ausnahme einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gegeben seien. Nach Ansicht des OLG Koblenz ist bereits fraglich, ob die vom EuGH entwickelte Ausnahme zur öffentlichen Zusammenarbeit vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2014/24/EU überhaupt angewendet werden darf. Der nationale Gesetzgeber habe einen entsprechenden Ausnahmetatbestand nicht im GWB verankert. Er habe somit die RL 2004/18/EG überschießend dahingehend umgesetzt, dass der (ungeschriebene) Ausnahmetatbestand der öffentlichen Zusammenarbeit keine Anwendung finden dürfe. Grundlage für die Beurteilung der Ausschreibungspflicht einer Vereinbarung sei lediglich nationales Recht. Diese Frage ließ das OLG am Ende offen, da die anschließende hilfsweise Prüfung des Ausnahmetatbestandes der RL ergab, dass dessen Voraussetzungen ohnehin nicht gegeben waren.

Die Voraussetzungen des Artikel 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU lagen nach Ansicht des OLG Koblenz nicht vor, da der Vereinbarung eine Zusammenarbeit im Sinne der Regelung der Richtlinie fehle. Eine Zusammenarbeit sei schon begrifflich mehr als bloße Leistung gegen Bezahlung. Unter Verweis auf Erwägungsgrund 33 RL 2014/24/EU war das OLG Koblenz der Ansicht, dass eine Zusammenarbeit ein bewusstes Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels beinhalte. Ebenfalls müsse die Zusammenarbeit auf einem „kooperativen Konzept“ beruhen und jeder Beteiligte müsse „einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung“ leisten.

Diese Voraussetzungen lagen nach Ansicht des Vergabesenates nicht vor. Die Zweckvereinbarung enthalte keinerlei kooperative, über die bloße Erbringung einer

⁵³⁵ Hierzu oben. 4.3.4.

marktfähigen Leistung gegen Bezahlung hinausgehenden Elemente. Sie beinhalte lediglich einen „normalen“ ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrag.⁵³⁶

Das OLG Koblenz verwies zudem in zwei nicht weiter begründeten Sätzen darauf, dass der „Sonderfall der Aufgabenübertragung ohne Vergütung“, Artikel 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU, nicht vorliege. Ebenso sei dem Unionsrecht nicht zu entnehmen, dass eine Zweckvereinbarung bereits deshalb vergaberechtsfrei sein solle, bloß weil diese delegierend ist.

Der Entscheidung des OLG Koblenz ist nur teilweise zuzustimmen. Hinsichtlich der Auslegung des nationalen Vergaberechts verkennt das OLG Koblenz den Einfluss des Europarechts. Außerdem ist die Schlussfolgerung, eine Bevorzugung eines privaten Dritten sei nicht gegeben, in Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH nicht nachvollziehbar.

Das OLG Koblenz geht davon aus, dass die Beantwortung der Frage, ob ein Vorgang ausschreibungspflichtig ist oder nicht, ausschließlich nach nationalem Recht erfolgen müsse. Da der nationale Gesetzgeber keinen Ausnahmetatbestand für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit geschaffen habe, könne eine Vergaberechtsfreiheit nicht auf diese vom EuGH entwickelte Ausnahme gestützt werden. Diese Sichtweise verkennt, dass es sich bei dem nationalen Vergaberecht um umgesetztes Richtlinienrecht und somit europäisches Recht handelt. Dieses Recht ist stets im Sinne des umgesetzten europäischen Rechts auszulegen und anzuwenden. Der EuGH schreibt hier eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts vor.⁵³⁷ Wenn das europäische Recht eine teleologische Reduktion bzw. eine Ausnahme vom Tatbestand des öffentlichen Auftrages zulässt, so ist die entsprechende Auslegung der Norm auch im nationalen, umgesetzten Recht möglich und auch geboten. Durch die Umsetzung des Richtlinienrechtes in nationales Recht verliert das nationale Recht nicht seinen Ursprung und damit seine Auslegungsfähigkeit im Sinne des höherrangigen europäischen Rechts. Dies hat der BGH⁵³⁸ bereits im Jahre 2001 für die In-House-Vergabe ausdrücklich festgestellt:

⁵³⁶ Zustimmend Dippel in: BeckOK Umweltrecht, Stand: 1.8.2017, § 22 KrWG Rn. 32.

⁵³⁷ EuGH, Urteil vom 10.4.1984 – 14/83 – von Colson und Kamann, Slg. 1984, I-1891 Rn. 26, 28; Urteil vom 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 – Bernhard Pfeiffer, Slg. 2004, I-8835 Rn. 113; umfassend Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, vor §§ 97ff. Rn. 131ff.; BGH, Urteil vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 Rn. 20f.; OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180 Rn. 89 – juris.

⁵³⁸ BGH, Beschluss vom 12.6.2001 – X ZB 10/01, BGHZ 148, 55.

Diese Berücksichtigung [Anm.: die der EG-Richtlinien] ist geboten, weil der Vierte Teil des GWB der vollständigen Umsetzung dieser Richtlinien dient und die §§ 97 ff. GWB im Einklang mit dem europäischen Recht die Rechte der Beteiligten festlegen sollen.

Es fällt außerdem schwer, eine (zulässige) überschießende Richtlinienumsetzung anzunehmen, wenn die Ausnahme vom Anwendungsbereich des europäischen Rechts ausschließlich auf durch den EuGH geschaffenem Richterrecht beruht und nicht bereits in der Richtlinie vorgesehen ist. In der Nicht-Umsetzung von Richterrecht des EuGH in nationales Recht ist kein gesetzgeberischer Wille dahingehend zu erblicken, dass die Rechtsprechung des EuGH unbeachtet bleiben soll. Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV sind Richtlinien für die durch sie zu erreichenden Ziele verbindlich. Lediglich für die Form und die Mittel der Zielerreichung räumt der AEUV den Mitgliedstaaten ein Umsetzungsermessen ein. Weder in der Gesetzesbegründung der Vergaberechtsreform 1998⁵³⁹ noch der des Jahres 2009⁵⁴⁰ findet sich ein Hinweis darauf, dass der deutsche Gesetzgeber mit der von ihm gewählten Art und Weise der Richtlinienumsetzung über die Vorgaben des Sekundärrechts hinsichtlich des Begriffes des öffentlichen Auftrages hinausgehen wollte. Vielmehr bezieht sich der Gesetzgeber ausdrücklich auf die Richtlinienregelungen. So beruht „die Legaldefinition der öffentlichen Aufträge [...] auf der Definition der EG-Richtlinien“.⁵⁴¹ Aus der bereits dargestellten Gesetzgebungshistorie lässt sich erkennen, dass der deutsche Gesetzgeber bewusst keinen Ausnahmetatbestand für horizontale Kooperationen und für die In-House-Vergabe eingeführt hat.⁵⁴² Ein vom OLG Koblenz unterstellter Wille, diese damit überschießend gänzlich dem Vergaberecht zu unterstellen, lässt sich aus diesem Vorgehen nicht herleiten.

Dem OLG Koblenz ist jedoch darin zu folgen, dass die Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nach Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU nicht vorliegen.⁵⁴³ Hier nimmt das OLG Koblenz eine genaue Auslegung des Wortlautes und der Erwägungsgründe der Richtlinie vor. Dies wirft allerdings die Frage auf, ob eine solche Auslegung nach den vorstehenden Ausführungen des OLG Koblenz auch dann zulässig sein kann, wenn bei Art. 12 Abs. 4 RL in nationales Recht umgesetzt ist und die Erwägungsgründe keinen Niederschlag in der nationalen Regelung gefunden haben. Nach der Argumentation des OLG Koblenz würden die Erwägungsgründe der Richtlinie,

⁵³⁹ BT-Drs. 13/9340, S. 13 rechte Spalte.

⁵⁴⁰ BT-Drs. 16/10117, S. 13. Rechte Spalte.

⁵⁴¹ BT-Drs. 13/9340, S. 15 linke Spalte zu § 108 GWB.

⁵⁴² S.o. 4.3.4 und 5.

⁵⁴³ Zustimmend auch Lück, VergabeR 2015, 196, 197.

welche nicht in nationales Recht übertragen sind, jegliche Bedeutung für die Auslegung des nationalen Rechts verlieren.

Auffällig ist schließlich, dass sich das OLG Koblenz als Prüfungsmaßstab für eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht auf die Kriterien des EuGH in der Sache „Stadtreinigung Hamburg“ bezieht, sondern ausschließlich die Regelungen der noch nicht umgesetzten Richtlinie 2014/24/EU heranzieht. Dies deutet darauf hin, dass die positivrechtliche Regelung der Ausnahme trotz noch nicht abgelaufener Umsetzungsfrist Vorwirkungen auf das nationale Recht zeitigt.⁵⁴⁴

5.3.2.5 Weitere Rechtsprechung

Sowohl die VK Münster⁵⁴⁵ als auch die VK Baden-Württemberg⁵⁴⁶ beschäftigten sich mit Fragen der Ausschreibungspflicht von Zweckvereinbarungen. In beiden Fällen ging es um die Erbringung von Aufgaben der Abfallverwertung/-beseitigung, namentlich die Beseitigung von Klärschlamm.

Nach § 5 Abs. 2 KrW-/AbfG a.F.⁵⁴⁷ ist der Erzeuger bzw. Besitzer von Abfällen zur Verwertung seiner Abfälle verpflichtet. In den behandelten Fällen waren die Antragsgegnerinnen (Städte) zur Verwertung ihrer Abfälle nach dieser Vorschrift verpflichtet. Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG⁵⁴⁸ a.F. sind Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen abweichend von § 5 Abs. 2 KrW-/AbfG a.F. verpflichtet, diese Abfälle den nach dem Landesrecht zur Entsorgung verpflichteten juristischen Personen (öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger) zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung nicht in der Lage sind oder eine solche nicht beabsichtigen. Öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger nach dieser Vorschrift waren nach dem jeweiligen Landesrecht die Landkreise.⁵⁴⁹

Beide Nachprüfungsverfahren behandelten Fälle, in denen die zur Verwertung der Abfälle verpflichteten Städte die Wahrnehmung dieser Aufgabe gegen Kostenerstattung auf den jeweiligen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger übertrugen. Die Verwertung der Abfälle

⁵⁴⁴ Solche Vorwirkungen nimmt auch das OLG Düsseldorf an, Beschluss vom 19.11.2014 – Verg 30/14, NZBau 2015, 43.

⁵⁴⁵ Beschluss vom 22.7.2011 – VK 7/11, hierzu Gartz, IBR 2011, 1442, die sofortige Beschwerde hat das OLG Düsseldorf zurückgewiesen ohne auf den Themenkomplex einzugehen, Beschluss vom 7.11.2012 – VII-Verg 69/11, VergabeR 2013, 593.

⁵⁴⁶ Beschluss vom 31.1.2012 – 1 VK 66/11.

⁵⁴⁷ Entspricht § 7 Abs. 2 KrWG.

⁵⁴⁸ Entspricht § 17 Abs. 1 KrWG.

⁵⁴⁹ Hierzu Giesberts in: BeckOK Umweltrecht, Stand: 1.8.2017, § 17 KrWG Rn. 2.

war den Antragsgegnerinnen in den Sachverhalten nicht wirtschaftlich unzumutbar und technisch auch möglich, sodass keine originäre Zuständigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers für die Beseitigung bestand.

Beide Vergabekammern entschieden, dass es sich bei der Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers um einen ausschreibungspflichtigen Auftrag nach § 99 GWB handele. Insbesondere liege keine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit vor.

Beide Beschlüsse bezogen sich für die Herleitung der maßgeblichen Kriterien auf das Urteil des EuGH i.S. „Stadtreinigung Hamburg“, wobei das Hauptaugenmerk auf dem Kriterium der „gemeinsamen Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe“ lag.

Dieses war nach Ansicht der VKen nicht erfüllt. Die wahrgenommene Aufgabe müsse jedem Vertragspartner auch einzeln obliegen. Jeder Vertragspartner müsse gesetzlich zur Erfüllung der wahrgenommenen Aufgabe verpflichtet sein.⁵⁵⁰ Dies sei jedoch nicht der Fall, da die Antragsgegnerin als Erzeugerin des Abfalls zur Verwertung verpflichtet sei, die jeweilige Beigeladene jedoch nur zur Beseitigung des Abfalls. Es sei somit keine gemeinsame Aufgabe vorhanden, welche die Antragsgegnerinnen vergaberechtsfrei gemeinsam wahrnehmen könnten.

Die rechtliche Würdigung falle auch nicht deshalb anders aus, weil die Beigeladene die Aufgabe der Verwertung des Klärschlammes in ihre Zuständigkeit übernehme. Der geschlossene Vertrag stelle sich als Beschaffungsvorgang dar, welcher den Regelungen des Vergaberechts unterliege.⁵⁵¹

Schließlich stellt die VK Münster klar, dass die Entscheidung für das Bestehen einer Ausschreibungspflicht dem Auftraggeber keine Vorgaben hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes mache. Die Entscheidung betreffe allein das „ob“ der Ausschreibung. Das „wie“ bleibe allein dem Auftraggeber überlassen, wobei sich dieser an die gesetzlichen Vorgaben halten müsse.⁵⁵²

⁵⁵⁰ VK Münster, Beschluss vom 22.7.2011 – VK 7/11 Rn. 67 – juris; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 31.1.2012 – 1 VK 66/11 Rn. 40 – juris.

⁵⁵¹ VK Münster, Beschluss vom 22.7.2011 – VK 7/11 Rn. 74f. – juris; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 31.1.2012 – 1 VK 66/11 Rn. 42 – juris.

⁵⁵² VK Münster, Beschluss vom 22.7.2011 – VK 7/11 Rn. 76f. – juris

In der Entscheidung über die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der VK Münster stellte das OLG Düsseldorf zum Vorliegen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nur kurz fest, dass es sich um eine Vertikal-Beauftragung (Dienstleistung gegen Entgelt) und nicht um eine horizontale Zusammenarbeit handle.⁵⁵³

5.3.3 Zwischenergebnis

Die nach Entscheidungsdatum vor und nach dem EuGH-Urteil i.S. „Stadtreinigung Hamburg“ unterteilte Übersicht der nationalen Rechtsprechung zeigt einen Wandel in der Begründung einer möglichen Ausnahme für öffentlich-öffentliche Kooperationen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts.

So fragten die frühen Entscheidungen vor allem nach der Reichweite des Anwendungsbereichs des Vergaberechts unter besonderer Beachtung der Selbstverwaltungsgarantie. Hierbei lag das Augenmerk weniger auf den konkreten Umständen des Einzelfalles und der genauen Untersuchung der jeweiligen Vereinbarung. Vielmehr betrachteten die Gerichte die Frage nach der Ausschreibungspflicht als eine bereits nach allgemeinen Grundsätzen zu beantwortende rechtspolitische Frage nach der Reichweite des Vergaberechts. Konkrete Kriterien zur Behandlung entsprechender Fallkonstellationen finden sich in den Entscheidungen nicht.

Besondere Bedeutung erlangt hier die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.06.2006⁵⁵⁴. Dort legte das OLG als Ausgangspunkt seiner Argumentation nicht die grundsätzliche Ausschreibungspflicht, sondern die kommunale Selbstverwaltungsgarantie zugrunde. So kam das OLG zu dem Ergebnis, dass die Übertragung von Zuständigkeiten auf Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung zur Begründung einer Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts genüge.

In den späteren Entscheidungen übernahmen die nationalen Gerichte sodann die Kriterien des EuGH aus der Entscheidung „*Stadtreinigung Hamburg*“ und schränkten damit die zunächst weit gefassten Spielräume für öffentliche Auftraggeber ein.

Hierbei haben die nationalen Entscheidungsinstanzen trotz einer fehlenden dogmatischen Herleitung der einzelnen Tatbestandsmerkmale einen strengen Maßstab angelegt. Insbesondere die Entscheidung des KG, welches verlangt, dass die gemeinsam

⁵⁵³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.11.2012 – VII-Verg 69/11, VergabeR 2013, 593, 597.

⁵⁵⁴ Oben 5.3.1.3.

wahrzunehmende Aufgabe den Beteiligten kraft Gesetzes zugewiesen sein muss, belegt, dass die wettbewerbsfreundliche Ausrichtung des EuGH erkannt und angenommen wird. In der Vorlageentscheidung, welche schließlich zum Urteil des EuGH in Sachen *Piepenbrock* führte, wählte das OLG Düsseldorf anders als noch in der Entscheidung vom 21.06.2006 die grundsätzliche Ausschreibungspflicht als Ausgangspunkt seiner rechtlichen Ausführungen.

Eine einheitliche Rechtsprechungslinie zur Auslegung der Voraussetzungen ist jedoch bislang nicht festzustellen, da auch nur wenige Entscheidungen vorliegen.

Mit der Entscheidung des OLG Koblenz hat die nationale Rechtsprechung schließlich den nächsten Schritt getan – eine Loslösung von den Kriterien des EuGH hin zu den positivrechtlich verankerten Anforderungen der neuen Vergaberichtlinien.

5.4 Systematik der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts

Aus der dargestellten Rechtsprechung und der Ansicht der Kommission folgt, dass es neben der In-House-Vergabe zwei Möglichkeiten horizontaler Vereinbarungen zwischen öffentlichen Auftraggebern gibt, welche nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen. Hierbei handelt es sich zum einen um die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit und zum anderen um die Übertragung von Zuständigkeiten. Es ist festzustellen, dass der EuGH die Übertragung von Zuständigkeiten nicht als eigenständigen Ausnahmetatbestand ansieht, sondern als Übertragung öffentlicher Gewalt und damit als Hoheitsakt qualifiziert. Nur so lässt sich erklären, dass der EuGH von *zwei* Ausnahmen vom Vergaberecht, also der In-House-Vergabe und der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit spricht, ohne die Zuständigkeitsübertragung auszuschließen. Dies entspricht auch der Systematik der im Folgenden darzustellenden RL 2014/24/EU, welche neben den zwei Ausnahmetatbeständen in Art. 12 eine weitere Ausnahme in Art. 1 Abs. 6 für die Übertragung von Zuständigkeiten vorsieht. Diesen Dreiklang hat auch das OLG Koblenz in seinem Beschluss vom 03.12.2014 erkannt.⁵⁵⁵

In der deutschen Vergaberechtsliteratur wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit als Fall der In-House-Vergabe anzusehen,⁵⁵⁶ oder

⁵⁵⁵ OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2014 – Verg 8/14, VergabeR 2015, 192.

⁵⁵⁶ So bspw. Just, EuZW 2009, 879, 882, welcher die Prüfung des Kontrollkriteriums in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ vermisst und die „Verwaltungskooperation“ als In-House-Vergabe betrachtet; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 56, 57 AEUV Rn. 181; auch Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 370, spricht davon, dass der EuGH im Fall „Stadtreinigung Hamburg“ die In-House-Ausnahme angenommen habe.

jedenfalls, dass das Verhältnis zwischen den beiden Figuren unklar sei.⁵⁵⁷ Auch in der Entscheidungspraxis der nationalen Entscheidungsinstanzen ist teilweise festzustellen, dass die Begriffe der In-House-Vergabe und der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit miteinander vermischt und unzutreffend gebraucht werden.⁵⁵⁸ Dies ist jedoch insbesondere in Anbetracht der unterschiedlichen Anforderungen aus der Rechtsprechung des EuGH sowie den Regelungen der neuen Vergaberichtlinien bedenklich und führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Für Rechtsklarheit kann hier der Vorlagebeschluss des OLG Celle sorgen, welcher die Einordnung der Gründung eines Zweckverbandes in das Gefüge der Ausnahmetatbestände zum Gegenstand hat.⁵⁵⁹

In-House-Vergabe und öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit liegt zugrunde, dass die Voraussetzungen eines „öffentlichen Auftrages“ bei formaler Betrachtung vorliegen. Ausnahmsweise führt dies nicht zu einer Ausschreibungspflicht. Der EuGH geht von einem (ungeschriebenen) Ausnahmetatbestand aus, während die deutsche Rechtsprechung eine teleologische Reduktion des Auftragsbegriffes⁵⁶⁰ annimmt. Die Frage nach der zutreffenden dogmatischen Herleitung der Ausnahme ist nicht von praktischer Relevanz, sodass sie nicht entschieden zu werden braucht. Für die Abgrenzung von In-House-Vergabe und interkommunaler Zusammenarbeit ist sie ebenfalls unerheblich, da die Herleitung für beide Fälle gleich erfolgt.

Die In-House-Vergabe erfasst Fälle, in denen ein (oder mehrere) öffentliche(r) Auftraggeber einen Dritten mit der Ausführung einer Leistung beauftragen. Wenn der Beauftragende über diesen Dritten eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt, also funktional als verlängerter Arm des Beauftragenden agiert und der Dritte seine Leistungen im Wesentlichen für den/die öffentlichen Auftraggeber erbringt, liegen die Voraussetzungen einer In-House-Vergabe vor. Eine Rückausnahme von der In-House-Vergabe besteht dann, wenn an dem beauftragten Dritten eine noch so geringe Beteiligung privaten Kapitals besteht. Konstituierendes Merkmal einer In-House-Vergabe ist somit die vertikale Drittbeauftragung, welche bestimmten Kriterien genügen muss.

Die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit erfasst einen solchen Fall nicht. Die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit stellt einen selbstständigen Ausnahmetatbestand vom

⁵⁵⁷ So Klein, Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt S. 175.

⁵⁵⁸ VK Bund, Beschluss vom 12.12.2012 – VK 3-129/12, hierzu bereits kritisch Geitel, NZBau 2013, 483, 485.

⁵⁵⁹ OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180.

⁵⁶⁰ BGH, Beschluss vom 8.2.2011 – X ZB 4/10, NZBau 2011, 175, 177 Rn. 17.

Anwendungsbereich des Vergaberechts bzw. des Auftragsbegriffes dar.⁵⁶¹ Es handelt sich um ein *aliud* zur In-House-Vergabe.⁵⁶² Dies deckt sich mit der Rechtsprechung des EuGH, welcher von *zwei* Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts spricht.⁵⁶³

Ein Fall der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit liegt nur dann vor, wenn mehrere öffentliche Auftraggeber eine Aufgabe gemeinsam wahrnehmen. Es handelt sich somit nicht, wie bei der In-House-Vergabe, um eine Selbstwahrnehmung von Aufgaben, sondern um eine gemeinsame, horizontale Aufgabenwahrnehmung mit einem Dritten. Gemeinsam ist beiden Ausnahmen jedoch, dass die staatliche Sphäre nicht verlassen wird und damit eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten ausgeschlossen werden kann.

Die dargestellte Abgrenzung kann anhand der Entscheidung der 3. VK Bund vom 12.12.2012⁵⁶⁴ veranschaulicht werden. In diesem Fall haben sich mehrere öffentliche Auftraggeber zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zusammengeschlossen, um Leistungen der Informationstechnologie gemeinsam wahrzunehmen. Der bloße Zusammenschluss ist allein anhand der Voraussetzungen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zu prüfen, insbesondere mit Blick darauf, ob eine den Anforderungen des EuGH genügende Zusammenarbeit angestrebt wird und ob diese im Hinblick auf im öffentlichen Interesse liegende Ziele erfüllt werden sollen. Soll die den Anforderungen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit genügende ARGE nun Leistungen für ihre Mitglieder beschaffen, so müssen die Voraussetzungen des In-House-Geschäfts erfüllt sein, damit eine Beschaffung durch die ARGE für eines ihrer Mitglieder vergaberechtsfrei möglich ist.

Die dargestellte Sachverhaltskonstellation weist zwei unabhängig voneinander zu betrachtende Vorgänge auf: Die Gründung der ARGE und die Beschaffung durch die ARGE. Die ARGE ist selbst öffentlicher Auftraggeber und trotz der (unterstellten) Vergaberechtsfreiheit ihrer Gründung bei der Beauftragung Dritter an das Vergaberecht gebunden.⁵⁶⁵ Eine solche Konstellation liegt immer dann vor, wenn mehrere öffentliche Auftraggeber die Kontrolle über eine Einrichtung ausüben.

⁵⁶¹ So auch Suhl, AbfallR 2011, 6, 11.

⁵⁶² So zutreffend VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 31.1.2012 – 1 VK 66/11 Rn. 39 – juris; Portz, VergabeR 2009, 702, 705; Siebler, Privilegierung von Public-Public-Partnerships im europäischen Vergaberecht, S. 281 m.w.N.

⁵⁶³ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 31.

⁵⁶⁴ VK Bund, Beschluss vom 12.12.2012 – VK 3-129/12.

⁵⁶⁵ Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 22.12.2010 – C-215/09 – Mihiläinen Oy, Slg. 2010, I-13749 Rn. 33, 47, welcher die Begründung einer Kooperation strikt von der Leistungserbringung trennt.

Die Relevanz dieser Unterscheidung wird insbesondere daran deutlich, dass das Vorliegen von In-House-Vergabe und öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit an unterschiedlichen Maßstäben zu messen ist. So kommt es im Rahmen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit (auch) darauf an, dass *öffentliche* Aufgaben gemeinsam wahrgenommen werden. Im Rahmen einer In-House-Vergabe ist ein solches Kriterium weder diskutiert worden noch sonst ersichtlich relevant, da lediglich die funktionale Betrachtung der Beauftragung dazu führt, dass eine Selbstwahrnehmung der Aufgabe durch einen einzigen Auftraggeber erfolgt.⁵⁶⁶

Ein weiterer Grund für das Erfordernis einer genauen Einordnung ist, dass die bloße Möglichkeit einer Beteiligung Privater im Rahmen der In-House-Vergabe unschädlich ist, wenn eine solche noch nicht besteht und auch nicht angestrebt ist. Im Rahmen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit hat der EuGH hingegen die bloße Möglichkeit der Bevorzugung eines privaten Unternehmens ausreichen lassen, um eine Ausnahme vom Auftragsbegriff anzunehmen.⁵⁶⁷

Die Ausnahme der Zuständigkeitsübertragung wiederum steht in einem Alternativverhältnis zu der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Eine Zusammenarbeit liegt nur dann vor, wenn eine reale Zusammenarbeit mit gegenseitigen Pflichten vereinbart wird. Im Gegensatz dazu soll eine Zuständigkeitsübertragung nur dann vergaberechtsfrei sein, wenn diese vollständig erfolgt, also keinerlei Restzuständigkeit bei der abgebenden Einrichtung verbleibt. Verbleiben somit Restzuständigkeiten bei der übertragenden Einrichtung, so ist lediglich der Ausnahmetatbestand der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zu prüfen, wie es der EuGH im Fall *Piepenbrock* praktiziert hat, freilich ohne dieses Vorgehen ausdrücklich kenntlich zu machen.

6 Prüfung der Ausschreibungspflicht von Zweckvereinbarungen anhand der Regelungen der RLen

Nachdem der Prüfungsgegenstand dieser Arbeit, die Zweckvereinbarung, definiert ist und die Regelungen des Vergaberechts sowie die einschlägige Rechtsprechung des EuGH behandelt sind, soll nun überprüft werden, ob und inwieweit diese Ergebnisse unter Geltung der neuen Vergaberichtlinien Bestand haben können.

⁵⁶⁶ So ging es in der Rs. Parking Brixen um den Betrieb eines Parkhauses.

⁵⁶⁷ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 38; Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 40; kritisch Dierkes/Scharf, VergabeR 2014, 752, 756.

Die RL 2014/24/EU beinhaltet zwei Vorschriften mit Relevanz für die hiesige Arbeit. So finden sich in Kapitel 1 „Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen“ der Abschnitt 1 „Gegenstand und Begriffsbestimmungen“. Die Regelung des Art. 1, welcher die Überschrift „Gegenstand und Anwendungsbereich“ trägt, beinhaltet in seinen Abs. 4 und 6 Bestimmungen mit Bezug zu einer öffentlich-öffentlichen Vereinbarung bzw. einer Zuständigkeitsübertragung.

Art. 12, welcher sich im Kapitel 1, dort im Abschnitt 3 „Ausnahmen“ befindet, ist mit „Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors“ überschrieben. In seinem Abs. 4 finden sich die Regelungen zum Ausnahmetatbestand der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit.

Der Systematik der Richtlinie folgend sollen zunächst die Regelungen des Art. 1 RL 2014/24/EU und sodann die des Art. 12 dargestellt werden.

Bei der Prüfung der Ausschreibungspflicht von Zweckvereinbarungen ist deren bereits festgestellter erforderlicher Mindestinhalt zugrunde zu legen. Es ist deshalb zu prüfen, ob eine Zweckvereinbarung, welche die Mindestanforderungen des Demokratieprinzips einhält, einem der Ausnahmetatbestände der Richtlinie unterfällt.

Nach Ansicht der Europäischen Kommission stellt die Richtlinie eine gute Balance zwischen der Organisationshoheit öffentlicher Einrichtungen und dem Wunsch von Unternehmen nach einem fairen Zutritt auf den Markt dar.⁵⁶⁸ Hiernach bedeutet die neue Richtlinie das „Ende der Unsicherheiten bei der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen, insbesondere auf interkommunaler Ebene. Die neuen Regeln präzisieren die Bedingungen, die die betreffenden Stellen zu erfüllen haben, um vom Anwendungsbereich der Richtlinien über öffentliche Aufträge und Konzessionen ausgenommen zu werden (beispielsweise im sozialen Wohnungsbau).“⁵⁶⁹

Ob die Regelungen der Richtlinie zur vergaberechtsfreien Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber dieses Ziel erreichen, soll im Folgenden untersucht werden.

⁵⁶⁸ “[...] good balance between the freedom of public authorities to organise public services and fair market access for economic operators”, so COM, MEMO/14/20 vom 15.1.2014, Revision of Public procurement Directives - Frequently Asked Questions, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-20_en.pdf (abgerufen am 30.10.2017).

⁵⁶⁹ Wörtlich KOM, Broschüre: „Neue Regeln für öffentliche Aufträge und Konzessionen – einfacher und flexibler“, S. 4; zustimmend Ziekow, NZBau 2015, 258, 263.

6.1 Erwägungsgründe

Bevor die relevanten Teile der Richtlinie einer genauen Prüfung unter Einbeziehung der bislang ergangenen Rechtsprechung dargestellt und geprüft werden, ist auf die Bedeutung der Erwägungsgründe im europäischen Recht einzugehen. Die RL 2014/24/EU ist sehr umfangreich und beinhaltet 138 Erwägungsgründe, welche für die hier interessierenden materiellen Vorschriften weitergehende Erläuterungen enthalten. Um die Bedeutung dieser Erwägungsgründe für die Auslegung der materiellen Vorschriften richtig erfassen zu können, ist eine Darstellung hierzu erforderlich.

Nach Art. 296 Abs. 2 AEUV sind Rechtsakte der Union zu begründen. Diese Begründung findet, anders als im deutschen Recht, durch die unmittelbare Verknüpfung von Erwägungsgründen und dem materiellen Inhalt des erlassenen Rechtsaktes statt.⁵⁷⁰ Die Erwägungsgründe der RL 2014/24/EU beinhalten ausführliche Passagen zum Anwendungsbereich der Richtlinie und den mit dieser verfolgten Zielen.

In der Rechtsprechung des EuGH werden die Erwägungsgründe insbesondere im Rahmen der teleologischen Auslegung der jeweiligen Rechtsakte herangezogen.⁵⁷¹ Eine historische Auslegung findet hingegen kaum statt.⁵⁷² Die Erwägungsgründe beinhalten die Regelungsziele des Rechtsaktes, welche vom EuGH stets zur Auslegung, insbesondere zu einer inhaltlichen Präzisierung⁵⁷³, herangezogen werden.⁵⁷⁴ Rechte können aus Erwägungsgründen hingegen nicht hergeleitet werden.⁵⁷⁵ Die Grenze der Heranziehung von Erwägungsgründen zieht der EuGH dort, wo diese eine Abweichung vom Wortlaut oder einen Widerspruch zum Inhalt der Norm nach sich ziehen würden. Die Erwägungsgründe

⁵⁷⁰ Gärditz in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 34 Rn. 58: „integraler Bestandteil“.

⁵⁷¹ EuGH, Urteil vom 3.4.2008 – C-306/06 – Telecom GmbH, Slg. 2008, I-1923 Rn. 26; Urteil vom 25.3.2010 – C-451/08 – Helmut Müller, Slg. 2010, I-2673 Rn. 46; Gärditz in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 34 Rn. 58 mit weiteren Nachweisen aus der Rspr. des EuGH in Fn. 212.

⁵⁷² Stotz in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Auflage 2010, § 22 Rn. 15 m.w.N.; Gaitanides in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 19 EUV Rn. 47.

⁵⁷³ So EuGH, Urteil vom 10.1.2006 – C-344/04 – IATA und ELFAA, Slg. 2006, I-403 Rn. 76; Urteil vom 22.12.2008 – C-549/07 – Wallentin-Hermann, Slg. 2008, I-11061 Rn. 17.

⁵⁷⁴ Stotz in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Auflage 2010, § 22 Rn. 19; Gaitanides in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 19 EUV Rn. 45.

⁵⁷⁵ Ausführlich Generalanwältin Stix-Hackl, Schlussanträge zu C-222/02 vom 25.11.2003 – Paul/Deutschland, Slg. 2004, I-09425 Rn. 132.

stellen folglich keine rechtsverbindlichen Regelungen dar und können nicht über den Wortlaut der materiellen Regelungen hinausgehende Wirkungen zeitigen.⁵⁷⁶

6.2 Anwendungsbereich: Art. 1 Abs. 4 und Abs. 6 RL

Die Regelungen des Art. 1 Abs. 4 und 6 RL 2014/24/EU waren in der ursprünglichen Fassung des Richtlinienentwurfes vom 20.12.2011⁵⁷⁷ noch nicht enthalten. Sie fanden erst im Zuge der Trilog-Verhandlungen im Jahre 2013 Einzug in den Richtlinienentwurf.

6.2.1 Art. 1 Abs. 4 RL 2014/24/EU

Art. 1 Abs. 4 stellt den Bezug der RL 2014/24/EU zu Art. 14 AEUV und dem Protokoll Nr. 26 zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dar.

6.2.1.1 Satz 1 HS. 1

In Satz 1 HS. 2 bestimmt Art. 1 Abs. 4 RL 2014/24/EU zunächst, dass die RL nicht das Recht der Mitgliedstaaten berührt, im Einklang mit dem Unionsrecht festzulegen, welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erachten. Diese Formulierung entspricht der des Erwägungsgrundes 7.

Diese Regelung greift die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung der europäischen Gerichte auf, welche den Mitgliedstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zugesteht.⁵⁷⁸ Eben diesen weiten Spielraum räumt Art. 1 Protokoll 26 den Mitgliedstaaten ein, sodass es sich im Ergebnis nur um eine deklaratorische Regelung handeln dürfte. Dies gilt bereits deshalb, weil das Primärrecht der Union dem Sekundärrecht, also auch der RL 2014/24/EU, vorgeht. Da der Inhalt des Art. 1 Abs. 4 Satz 1 HS. 1 RL 2014/24/EU weder über den Regelungsgehalt des Art. 14 AEUV und des Protokolls 26 hinausgeht noch hinter diesem zurückbleibt, ist eine eigenständige Bedeutung dieser Vorschrift zu verneinen.

⁵⁷⁶ EuGH, Urteil vom 19.11.1998 – C-162/97 – Nilsson, Slg. 1998, I-7477 Rn. 54; Urteil vom 24.11.2005 – C-136/04 – Deutsches Milch-Kontor, Slg. 2005, I-10095 Rn. 32; Urteil vom 2.4.2009 – C-134/08 – Tyson Parketthandel, Slg. 2009, I-2875 Rn. 16.

⁵⁷⁷ KOM(2011) 896 endg.

⁵⁷⁸ Hierzu Kommission: Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 29.4.2013, SWD(2013) 53 endg. S. 22.

6.2.1.2 Satz 1 HS. 2

Satz 1 HS. 2 bestimmt, dass die Mitgliedstaaten darin frei sein sollen, wie „diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden sollten und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten“. Im Wesentlichen entspricht diese Vorschrift Art. 1 erster Spiegelstrich Protokoll 26 über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

Diesem Teil der Vorschrift kommt ebenfalls nur eine deklaratorische Bedeutung zu. Die Organisation und Finanzierung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrifft lediglich die einem öffentlichen Auftrag vorgelagerte Frage des „ob“ eines Erwerbs dieser Leistungen. Dass die Finanzierung unter Umständen beihilferechtlichen Restriktionen unterliegt, ist ebenfalls keine vergaberechtlich relevante Feststellung, sondern folgt aus dem Primärrecht, Art. 107 AEUV.⁵⁷⁹ Selbiges gilt für die Organisation der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, für welche das Protokoll 26 bereits in dessen Art. 1 eine entsprechende Vorschrift bereithält.⁵⁸⁰

Jedenfalls kann Art. 1 Abs. 4 Satz 1 HS. 2 entnommen werden, dass sich Mitgliedstaaten auf die Regelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV, welcher allerdings nicht ausdrücklich erwähnt wird, oder jedenfalls auf dessen Rechtsgedanken, berufen können. Mit dieser Feststellung wäre der in der Literatur geführte Streit, ob Art. 106 Abs. 2 AEUV auch auf sekundärrechtliche Normen Anwendung findet, für den Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU nicht weiter relevant.⁵⁸¹

Für nicht-wirtschaftliche Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bestimmt überdies bereits Art. 2 Protokoll 26, dass die Verträge in keiner Weise das Recht der Mitgliedstaaten berühren, diese Leistungen „zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren“. Selbige Aussage findet sich in Erwägungsgrund 5 Abs. 2 Satz 2 der RL 2014/24/EU.

⁵⁷⁹ Ausführlich Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 107 AEUV Rn. 16ff. m.w.N.

⁵⁸⁰ EuGH, Urteil vom 20.4.2010 – C-265/08 – Federutility, Slg. 2010 I-3377 Rn. 29; Urteil vom 21.09.1999 – C-67/96 – Albany, Slg. 1999 I-05751 Rn. 104; KOM(2001) 598, Rn. 3; Mestmäcker/Schweitzer in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, 5. Auflage 2012, Art. 106 Abs. 2 AEUV, Rn. 82.

⁵⁸¹ Gegen eine „Ausstrahlungswirkung“ Koenig/Paul in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 106 AEUV Rn. 42; für eine solche: Voet van Vormizeele in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 106 AEUV Rn. 55 m.w.N.

Einen über den vor Erlass der RL 2014/24/EU bestehenden Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausschreibung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse enthält Art. 1 Abs. 4 Satz 1 HS. 2 RL 2014/24/EU somit nicht.

6.2.1.3 Satz 2

Art. 1 Abs. 4 Satz 2 stellt klar, dass die RL 2014/24/EU nicht die Entscheidung der Mitgliedstaaten darüber berühren soll, ob, wie und in welchem Umfang sie öffentliche Aufgaben selbst wahrnehmen wollen. Im Gegensatz zu Art. 1 Abs. 4 Satz 1 RL 2014/24/EU wird in Satz 2 erstmalig der Begriff der öffentlichen Aufgaben verwendet. Satz 2 spricht von „öffentliche[n] Aufgaben gemäß Art. 14 AEUV und Protokoll 26“. Diese Vorschriften kennen den Begriff der „öffentlichen Aufgaben“ jedoch nicht. Art. 14 AEUV beinhaltet lediglich Regelungen zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Das Protokoll 26 enthält sowohl Ausführungen zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 1) und zu Dienste von allgemeinem Interesse (Art. 2).

Diese sprachliche Ungenauigkeit ist auch in der englischen Sprachfassung zu beobachten („public functions“ – Art. 1 Abs. 4 Satz 2 RL 2014/24/EU und „services of general economic interest“ – Art. 1 Protokoll 26). Der Begriff der „public functions“ ist dem EU-Recht, ebenso wie der deutsche Begriff der „öffentlichen Aufgaben“, fremd. Aufgrund des eindeutigen Verweises auf Art. 14 AEUV und das Protokoll 26 ist davon auszugehen, dass es sich lediglich um eine unsaubere Übersetzung handelt und mit öffentlichen Aufgaben Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gemeint sind.⁵⁸²

Inhaltlich kommt Art. 1 Abs. 4 Satz 2 RL 2014/24/EU damit, ebenso wenig wie Satz 1, eine eigene Bedeutung zu. Die Selbstwahrnehmung öffentlicher Aufgaben unterfiel zu keinem Zeitpunkt den europäischen Vergaberichtlinien und dem europäischen Primärrecht. Wie oben dargestellt, können die Grundfreiheiten erst dann für sich Bedeutung erlangen, wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber dazu entschließt, seine interne Aufgabenorganisation zu verlassen und Leistungen auf dem Markt zu beschaffen. Das europäische Vergaberecht führt, wie Erwägungsgrund 5 Satz 1 RL 2014/24/EU klarstellt, nicht zu einer Privatisierungspflicht. Vergaberecht stellt ausschließlich Privatisierungsfolgerecht dar. Entscheidet sich ein öffentlicher Auftraggeber dazu, Leistungen im Rahmen der hierzu eingeräumten Möglichkeiten selbst auszuführen, so liegt kein wettbewerblicher Vorgang vor.

⁵⁸² Ausführlich unten 6.2.2.2.

Art. 1 Abs. 4 Satz 2 RL 2014/24/EU ist folglich als deklaratorische Vorschrift zu verstehen, welche im Zusammenspiel mit Erwägungsgrund 5 und 7 RL 2014/24/EU das Wesen des Vergaberechts als Privatisierungsfolgenrecht herausstellt.

Auswirkungen auf die vergaberechtliche Behandlung von Zweckvereinbarungen lassen sich Art. 1 Abs. 4 RL 2014/24/EU nicht entnehmen.

6.2.2 Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU

Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU⁵⁸³ bestimmt - kurz zusammengefasst -, dass Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern regeln, nicht von der RL 2014/24/EU berührt werden. Dies soll nur dann gelten, wenn die Vereinbarung keine Vergütung für die Leistung vorsieht. Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU qualifiziert solche Vereinbarungen als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats.

Eine delegierende Zweckvereinbarung erfüllt zunächst die Tatbestandsmerkmale des Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU. Sie stellt einen Vertrag zwischen öffentlichen Einrichtungen dar. Ein Vertrag stellt bereits begrifflich eine „Vereinbarung“ oder ein „anderes Rechtsinstrument“ dar. Da der Unionsgesetzgeber einen Auffangtatbestand für „andere Rechtsinstrumente“ geschaffen hat, ist davon auszugehen, dass er hier einen weiten Anwendungsbereich schaffen wollte, um sämtliche in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vorhandenen Regelungsinstrumente zu erfassen. Hierfür spricht auch die englische Sprachfassung, welche von „agreements, decisions or other legal instruments“ spricht. Im Rechtsenglisch bezeichnet der Begriff des „agreements“ einen Vertrag.⁵⁸⁴

Delegierende Zweckvereinbarungen beinhalten zudem stets die Übertragung von Zuständigkeiten für die Ausführung von öffentlichen Auftraggebern obliegenden Aufgaben, sodass das Tatbestandsmerkmal des Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU unproblematisch gegeben ist.⁵⁸⁵

Ein Regelungszusammenhang dieser Vorschrift lässt sich zu Art. 4 Abs. 2 EUV ziehen, welcher nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon die kommunale Selbstverwaltungsgarantie auf europäischer Ebene erwähnt und den Mitgliedstaaten hierbei

⁵⁸³ Entspricht Art. 1 Abs. 4 RL 2014/23/EU.

⁵⁸⁴ Köbler, Rechtsenglisch, 8. Auflage 2011 S. 249 unter „agreement“.

⁵⁸⁵ S.o. 2.4.

ausdrücklich Freiräume gewährt.⁵⁸⁶ Eine Parallele lässt sich zudem zu dem Urteil des EuGH i.S. „Kommission/Frankreich“⁵⁸⁷ und dessen Aufgreifen durch die Kommission im Arbeitsdokument über die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit⁵⁸⁸, sowie schließlich zum Urteil des EuGH i.S. „Remondis“⁵⁸⁹ herstellen.

In den Erwägungsgründen findet sich keine Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU. In den Erwägungsgründen 32 und 33 finden sich lediglich Ausführungen über die horizontale Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern und damit auf die Bestimmungen über die In-House-Vergabe und die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in Art. 12 RL 2014/24/EU. Ein übertragbarer Zusammenhang zu Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU besteht zudem deshalb nicht, weil die bloße Übertragung von Zuständigkeiten keinen Fall der Zusammenarbeit betrifft. Dieser Begriff wird in Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU nicht erwähnt. Vielmehr bestimmt die Vorschrift die Vergaberechtsfreiheit rein innerorganisatorischer Umstrukturierungen von Zuständigkeiten für die Ausführung von Aufgaben. In solchen Fällen handelt es sich nicht um eine Zusammenarbeit, sondern vielmehr um eine rein hoheitliche Maßnahme ohne wettbewerbliche Auswirkungen.

6.2.2.1 Öffentliche Aufgaben

Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU erfordert zudem, dass es sich bei den übertragenen Aufgaben um „öffentliche“ Aufgaben handeln muss. Die englische Sprachfassung der RL 2014/24/EU spricht von „public tasks“, die französische von „missions publics“.

Wie bereits dargestellt, findet sich der Begriff der „öffentlichen“ Aufgabe nicht im EU-Primär- und sonstigen Sekundärrecht. In der Literatur wird diese Begriffswahl, welche der EuGH in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ als Voraussetzung für eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit begründete, als „konturlos“⁵⁹⁰ oder „nebulös“⁵⁹¹ bezeichnet.⁵⁹²

Wie dieser Begriff zu verstehen ist, soll im Folgenden untersucht werden. Eine Einbeziehung der Gesetzgebungsmaterialien kann hierbei nicht erfolgen, da das Trilog-Verfahren nicht dokumentiert ist.

⁵⁸⁶ S.o. 3.2.1.

⁵⁸⁷ S.o. 5.1.2.

⁵⁸⁸ S.o. 5.2.2.

⁵⁸⁹ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985.

⁵⁹⁰ Siebler, Privilegierung von Public-Public-Partnerships im europäischen Vergaberecht, S. 250.

⁵⁹¹ Pielow, EuZW 2009, 531, 532.

⁵⁹² So auch Müller/Klostermann, ZfBR 2014, 347, 349f.

6.2.2.1.1 Wortlaut

Der Wortlaut der RL ist zunächst wenig ergiebig. Eine Definition des Begriffes der öffentlichen Aufgaben findet sich nicht, Art. 2 der RL 2014/24/EU, welcher Begriffsbestimmungen enthält, führt „öffentliche Aufgaben“ nicht an.

An einer Stelle beinhaltet die RL jedoch einen Verweis für den Inhalt des Begriffes der öffentlichen Aufgaben auf den Begriff der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“. So bestimmt Art. 1 Abs. 4 Satz 2 RL 2014/24/EU, dass die Richtlinie nicht die Entscheidung öffentlicher Stellen darüber berühren soll, „ob, wie und in welchem Umfang sie öffentliche Aufgaben gemäß Artikel 14 AEUV und gemäß Protokoll Nr. 26“ selbst wahrnehmen wollen. Dieser Verweis scheint somit davon auszugehen, dass der Begriff der öffentlichen Aufgaben gemäß Art. 14 AEUV und Protokoll 26 im Sinne von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auszulegen und anzuwenden ist.

6.2.2.1.2 Systematik der RL

Die Systematik der RL 2014/24/EU spricht ebenfalls für ein Verständnis der „öffentlichen Aufgaben“ im Sinne von „Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, welche in Art. 14 AEUV und Protokoll 26 behandelt werden.

Zunächst spricht Art. 1 Abs. 4 Satz 1 RL 2014/24/EU von „Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ und betont hierbei, wie Satz 2 der Norm, das den Mitgliedstaaten zustehende weite Ermessen bei der Auslegung. Aus diesem Grund ist von einem einheitlichen Begriffsverständnis des Unionsgesetzgebers innerhalb desselben Absatzes derselben Norm auszugehen.

Aufgrund der systematischen Stellung des Abs. 6 in Art. 1 RL 2014/24/EU liegt es außerdem nahe, den in Art. 1 Abs. 4 RL verwendeten Begriff der „öffentlichen Aufgaben“ in beiden Absätzen gleich auszulegen. Art. 1 Abs. 4 RL stellt den Mitgliedstaaten einen weiten Spielraum für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zur Verfügung, sodass es folgerichtig erscheint, die Übertragung dieser Aufgaben auf andere öffentliche Auftraggeber ebenfalls vom Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU auszunehmen.

Da Art. 1 Abs. 4 Satz 2 RL 2014/24/EU wie Art. 1 Abs. 6 und Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU den Begriff der „öffentlichen Aufgaben“ verwendet, ist dieser Begriff einheitlich auszulegen. Durch die Gleichstellung von „öffentlichen Aufgaben“ mit „Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ in Art. 1 Abs. 4 Satz 2 RL 2014/24/EU folgt, dass

diese Gleichstellung für die gesamte Richtlinie gilt. Auch wenn sich in Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU kein entsprechender Verweis auf dieses Begriffsverständnis findet, ist von einer einheitlichen Verwendung dieses Rechtsbegriffes auszugehen. Dies gilt umso mehr, als dass der EuGH diesen Begriff bereits in seiner vergaberechtlichen Entscheidungspraxis verwendet hat.

6.2.2.1.3 Teleologische Auslegung

Dieses Begriffsverständnis entspricht auch der Systematik und dem Sinn und Zweck der europäischen Wettbewerbsvorschriften.

Vordringlicher Zweck der Gründung der EG (heute: EU) war und ist es, den Binnenmarkt zu vollenden. Hierzu ist die Schaffung eines wettbewerblichen Marktes erforderlich, welcher insbesondere durch die wettbewerbliche Vergabe öffentlicher Aufträge erreicht werden soll.⁵⁹³ Einschränkungen des Wettbewerbs sind nur in Ausnahmefällen vorgesehen, etwa in Art. 106 Abs. 2 AEUV. Diese Einschränkung geht dahin, den Mitgliedstaaten für die Art und Weise der Ausführung bestimmter Leistungen einen ihrer Autonomie Rechnung tragenden Entscheidungsspielraum zu gewähren. Diese Regelungen finden sich in Art. 14 Satz 1 AEUV und Protokoll 26.

Die RL 2014/24/EU nimmt an mehreren weiteren Stellen Bezug auf die Regelungen des Primärrechts über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. So findet sich zunächst in Erwägungsgrund 7 der Hinweis auf die „Befugnis der nationalen, regionalen und lokalen Behörden, im Einklang mit Artikel 14 AEUV und mit dem AEUV und dem Vertrag über die europäische Union (EUV) beigefügten Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren“. Erwägungsgrund 114, welcher sich mit Dienstleistungen des Sozial- Gesundheits- und Bildungsbereichs beschäftigt, erwähnt in UAbs. 2 ebenfalls, dass die Mitgliedsstaaten Art. 14 AEUV und das Protokoll Nr. 26 bei der Auftragsvergabe personenbezogener Dienstleistungen berücksichtigen sollen dürfen. Schließlich erwähnt der bereits besprochene Art. 1 Abs. 4 RL 2014/24/EU die genannten Normen des Primärrechts, welche hier als Maßstab für den Umfang der vergaberechtsfreien Selbstwahrnehmung von Aufgaben herangezogen werden.

Hierbei ist festzustellen, dass die Erwägungsgründe 7 und 114 im Zusammenhang mit den genannten Normen von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sprechen,

⁵⁹³ S.o. 4.2.1 und 4.2.3.

wohingegen Art. 1 Abs. 4 Satz 1 HS 2 RL 2014/24/EU im Zusammenhang mit diesem Normen von „öffentlichen Aufgaben“ spricht.

Die genannten Erwägungsgründe und der Sinn und Zweck des Vergaberechts lassen ebenfalls den Schluss zu, dass mit den „öffentlichen Aufgaben“ Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemeint sind.

6.2.2.1.4 Anhaltspunkte in der vergaberechtlichen Rechtsprechung

In der vergaberechtlichen Rechtsprechung des EuGH sowie der nationalen Entscheidungsinstanzen finden sich nur vereinzelt Hinweise darauf, wie das Kriterium der „öffentlichen Aufgaben“ auszulegen sein soll. Eine allgemeine Definition ist der Rechtsprechung nicht zu entnehmen.

In seiner Entscheidung „Bodson“⁵⁹⁴ hat der EuGH den Begriff der „öffentlichen Aufgaben“ im Zusammenhang mit der Vergabe eines Konzessionsvertrages zwischen Trägern öffentlicher Gewalt zur Ausführung von Aufgaben des Bestattungswesens verwendet. Der EuGH bezeichnete diese Aufgabe als „öffentliche Aufgabe“⁵⁹⁵, deren Ausführung nicht von Art. 85 EGV (heute Art. 101 AEUV) erfasst sei. Der hier verwendete Begriff der öffentlichen Aufgabe entspricht somit auch inhaltlich sowohl dem Begriff der RL 2014/24/EU, als auch dem Begriff der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Art. 106 Abs. 2 AEUV.

Eine einheitliche Bezeichnung besonderer Aufgaben ist der weiteren Rechtsprechung des EuGH nicht zu entnehmen. Während die RL 2014/24/EU von „öffentlichen Aufgaben“ spricht, verwendete der EuGH in vergaberechtlichen Entscheidungen teilweise den Begriff „Gemeinwohlaufgabe“⁵⁹⁶. Obwohl der EuGH im Urteil „Piepenbrock“ auf das Urteil „Lecce“ verweist, findet sich dort⁵⁹⁷, wie in der Entscheidung „„Stadtreinigung Hamburg““⁵⁹⁸, der Begriff der „öffentlichen Aufgabe“. In der vorangegangenen Rechtsprechung findet sich die Bezeichnung als „im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe“⁵⁹⁹, welche der EuGH mit

⁵⁹⁴ EuGH, Urteil vom 4.5.1988 – C-30/87 – Bodson, Slg. 1988, 2479 Rn. 18, 35.

⁵⁹⁵ Englische Sprachfassung: „public service“; französische Sprachfassung: „service public“.

⁵⁹⁶ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 36, 39; Urteil vom 8.5.2013 – verbundene Rechtssachen C-197/11 und C-203/11 – Einheimischenmodell, ECLI:EU:C:2013:288 Rn. 118; Urteil vom 29.11.2012 – C-182/11 und C-183/11 – Econord, ECLI:EU:C:2012:758 Rn. 30.

⁵⁹⁷ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 34, 37.

⁵⁹⁸ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 41, 44, 47.

⁵⁹⁹ EuGH, Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 Rn. 48; EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 48.

dieser Formulierung wiederum auch in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ zitiert,⁶⁰⁰ sowie die Beschreibung als „gemeinwirtschaftlicher Auftrag“⁶⁰¹.

Diese uneinheitliche Nomenklatur ist auch in den anderen Sprachfassungen zu beobachten. So spricht der EuGH in der englischen Fassung von „public tasks“⁶⁰², „public interest tasks“⁶⁰³, „public service tasks“⁶⁰⁴ oder „public service“⁶⁰⁵. In den französischen Sprachfassungen verwendet der EuGH die Begriffe „service public“⁶⁰⁶, „tâches d'intérêt public“⁶⁰⁷, sowie „missions de service public“⁶⁰⁸.

Hieraus ist zu schließen, dass der EuGH mit den verschiedenen Formulierungen keine inhaltlichen Unterschiede verbindet und damit von einem einheitlichen Begriffsverständnis ausgeht. Dies gilt insbesondere in Anbetracht dessen, dass sich in den anderen Sprachfassungen die Unterschiede nicht an denselben Stellen finden. Die jeweils unterschiedlichen Begriffe einer Sprache haben keine einheitliche Übersetzung erfahren. Zudem werden die Begriffe uneinheitlich übersetzt, obwohl sich der EuGH stets auf vorangegangene Rechtsprechung bezieht.⁶⁰⁹

⁶⁰⁰ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 45.

⁶⁰¹ EuGH, Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 Rn. 49.

⁶⁰² EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 36, 39 englische Sprachfassung; Urteil vom 8.5.2013 – C-197/11 und C-203/11 – Einheimischenmodell, ECLI:EU:C:2013:288 Rn. 118 englische Sprachfassung; Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 34, 37, 40 englische Sprachfassung.

⁶⁰³ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 45 englische Sprachfassung; Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 Rn. 48, 49 englische Sprachfassung; Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 48 englische Sprachfassung.

⁶⁰⁴ EuGH, Urteil vom 29.11.2012 – C-182/11 und C-183/11 – Econord, ECLI:EU:C:2012:758 Rn. 30 englische Sprachfassung.

⁶⁰⁵ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 41, 44 englische Sprachfassung.

⁶⁰⁶ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 41, 44 französische Sprachfassung.

⁶⁰⁷ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 48 französische Sprachfassung; Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 Rn. 48 französische Sprachfassung; Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 45 französische Sprachfassung; Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 34, 37, 40 französische Sprachfassung.

⁶⁰⁸ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 36, 39 französische Sprachfassung; Urteil vom 8.5.2013 – C-197/11 und C-203/11 – Einheimischenmodell, ECLI:EU:C:2013:288 Rn. 118 französische Sprachfassung; Urteil vom 29.11.2012 – C-182/11 und C-183/11 – Econord, ECLI:EU:C:2012:758 Rn. 30 französische Sprachfassung; Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 47 französische Sprachfassung; Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 Rn. 49 französische Sprachfassung.

⁶⁰⁹ Dies übersieht Brakalova, EuZW 2013, 593.

6.2.2.1.5 Ansichten der Literatur

Die vergaberechtliche Literatur hat die Frage, was unter „öffentlichen Aufgaben“ zu verstehen sein soll, kontrovers diskutiert. Hier werden zwei Ansichten vertreten. Die erste Ansicht will den Begriff ausschließlich anhand des (jeweiligen) nationalen Rechts auslegen⁶¹⁰, während andere Autoren der Auffassung sind, der Begriff sei ausschließlich unter Zugrundelegung des Unionsrechts, namentlich nach Artt. 14, 106 Abs. 2 AEUV auszulegen.⁶¹¹

Die erste Ansicht liefert keine Begründung dafür, den Begriff nach nationalem Recht auszulegen. Dieser Ansatz steht bereits im Widerspruch zum Urteil des EuGH in Sachen „Stadtreinigung Hamburg“. Der EuGH hat das von ihm aufgestellte Tatbestandsmerkmal nicht durch Inbezugnahme nationalen und damit deutschen Rechts begründet, sondern sich ausdrücklich auf die europäische Richtlinie über Abfälle bezogen. Das Vorliegen öffentlicher Aufgaben begründete der EuGH mit den aus dieser Richtlinie folgenden Pflichten für die Mitgliedstaaten.⁶¹² Gegen eine rein nationale Begriffsbestimmung spricht zudem, dass der Unionsgesetzgeber den Begriff der öffentlichen Aufgaben in die neuen Vergaberichtlinien übernommen hat. Sollte dieser Begriff ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen sein, hätte dies eines besonderen Hinweises bedurft. Europäisches Recht ist im Lichte des Europarechts auszulegen und auch durch die Mitgliedstaaten anzuwenden, Art. 4 Abs. 3 EUV.

Vielmehr spricht einiges für die Ansicht, welche den Begriff der „öffentlichen Aufgaben“ nach den Kriterien des Art. 106 Abs. 2 AEUV und damit im Sinne von „Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ auslegen und anwenden will. Diese Norm ist der im europäischen Primärrecht verankerte Ausnahmetatbestand zur Durchbrechung des Markt- und Wettbewerbsprinzips zugunsten der Ausführung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.⁶¹³ Es wird teilweise eingewandt, Art. 106 Abs. 2 AEUV könne nicht auf der Ebene des europäischen Sekundärrechts zur Begründung von Ausnahmetatbeständen herangezogen werden.⁶¹⁴ Diese Auffassung ist aber nicht zutreffend und nicht weiter vertreten worden. Art. 106 Abs. 2 AEUV ist als Ausnahmetatbestand vom

⁶¹⁰ Portz, VergabeR 2009, 702, 708; in diese Richtung auch Struve, EuZW 2009, 805, 807.

⁶¹¹ Pielow, EuZW 2009, 531, 532; ihm folgend Brauser-Jung, VergabeR 2010, 306, 312; ders., VergabeR 2013, 285, 289; Tomerius, LKV 2009, 395, 400; Klein, Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt, S. 164, 216ff.; in diese Richtung auch von Donat/Lipinsky, KommJur 2009, 361, 365; Jennert, NZBau 2010, 150, 155; Schlussanträge des Generalanwalts Mazak vom 19.2.2009 zu Rs. C-480/06, Slg. 2009 I-04747 Rn. 56ff.

⁶¹² S.o. 5.1.3.

⁶¹³ So Pielow, EuZW 2009, 531, 532.

⁶¹⁴ So Hahn, Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, S. 87 Fn. 491.

Anwendungsbereich der Grundfreiheiten konzipiert und auch entsprechend systematisch verortet. Da die Vergaberichtlinien den Grundfreiheiten zur Geltung verhelfen sollen, muss diese Vorschrift in diesem Bereich erst Recht Geltung für sich beanspruchen können.⁶¹⁵ Generalanwalt Mazak hat die Anwendbarkeit von Art. 106 Abs. 2 AEUV im Fall „Stadtreinigung Hamburg“ nicht einmal problematisiert⁶¹⁶ und der EuGH im Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen einer unzulässigen Direktvergabe von Rettungsleistungen diese Vorschrift ausführlich geprüft.⁶¹⁷ Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift bestehen somit nicht.

Für eine einheitliche Auslegung des Begriffs spricht auch, dass sich die von Art. 106 Abs. 2 AEUV erlaubten Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln unproblematisch auf die Konstellationen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit übertragen lassen. Sie stellen nicht nur das mit der Wahrnehmung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen frei, sondern auch die betrauende Einheit. Auf die vergaberechtliche Konstellation übertragen, ermöglicht Art. 106 Abs. 2 AEUV insbesondere die Freistellung von der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht.⁶¹⁸

6.2.2.1.6 Zwischenergebnis

Um zu verhindern, dass die Mitgliedstaaten diese Ausnahmeregelungen dazu verwenden, sich weite Freiräume bei der Vergabe von Aufträgen zuzugestehen und so einen uneinheitlichen Rechtsrahmen für die Beurteilung der leistungsbezogenen Ausschreibungspflicht herbeiführen, ist für diese Ausnahmen ein EU-weit einheitliches Begriffsverständnis der öffentlichen Aufgaben von Nöten.⁶¹⁹

Die in der nationalen Literatur anzutreffende Ansicht, der Begriff der öffentlichen Aufgaben sei anhand der Regelungen des nationalen Rechts, insbesondere des Kommunalwirtschaftsrechts auszulegen⁶²⁰, ist aufgrund der eindeutigen Systematik der Richtlinienregelungen nicht haltbar.

⁶¹⁵ Pielow, EuZW 2009, 531, 532; Klein, Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt, S. 215.

⁶¹⁶ Schlussanträge des Generalanwalts Mazak v. 19.2.2009 zu Rs. C-480/06, Slg. 2009, I-04747 Rn. 56ff.

⁶¹⁷ EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – C-160/08 – Rettungsdienstleistungen, Slg. 2010, I-3759 Rn. 125-130.

⁶¹⁸ Brauser-Jung, VergabeR 2010, 306, 312 und Klein, Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt, S. 217f. rekurren auf das Urteil des EuGH vom 23.5.2000 – C-209/98 – Sydhavnens Sten & Grus, Slg. 2000, I-3743.

⁶¹⁹ So im Ergebnis auch Siebler, Privilegierung von Public-Public-Partnerships im europäischen Vergaberecht, S. 257 m.w.N.

⁶²⁰ So Portz, VergabeR 2009, 702, 708.

Der Begriff der öffentlichen Aufgaben ist vielmehr im Sinne der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu verstehen, wie er im europäischen Primärrecht in Art. 106 Abs. 2 und Art. 14 AEUV sowie Art. 36 GrCh Verwendung findet.

6.2.2.2 Inhalt der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Nachdem sich herausgestellt hat, dass der Begriff der öffentlichen Aufgaben im Sinne von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auszulegen und anzuwenden ist, sollen im Folgenden die Regelungen des europäischen Primärrechts und die Rechtsprechung des EuGH zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kurz dargestellt werden.

Da keine allgemeingültige Definition dieser Dienste existiert und so eine konkrete schematische Zuordnung von Aufgaben nicht möglich ist, ist die Kenntnis der wesentlichen Grundlagen für die Anwendung in der Praxis unerlässlich. Da es sich bei der Auslegung des Begriffes der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse um eine der umstrittensten Problemstellungen des Europarechts⁶²¹ handelt, können im Rahmen dieser Arbeit nicht sämtliche Schattierungen ausführlich behandelt werden.

Das europäische Primärrecht verwendet den Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“⁶²² (DAWI)⁶²³ an mehreren Stellen. Es handelt sich hierbei um einen unionsrechtlichen Begriff.⁶²⁴ Der Begriff der Daseinsvorsorge ist dem europäischen Recht hingegen fremd.⁶²⁵ Zwar verwendete die Kommission diesen Begriff in ihren ersten Mitteilungen zu „Leistungen der Daseinsvorsorge“⁶²⁶. Dort setzte sich aber anschließend der Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ durch⁶²⁷.

⁶²¹ Siebler, Privilegierung von Public-Private-Partnerships im europäischen Vergaberecht, S. 259 m.w.N. in Fn. 1023; Markopoulos, KommJur 2012, 330, 331.

⁶²² Artt. 14 Satz 1 und 106 Abs. 2 AEUV; Protokoll 26 über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse; Art. 36 GrCh.

⁶²³ Diese Abkürzung wird insbesondere von der Kommission verwendet, Mitteilung über die Reform der EU-Beihilfenvorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 23.3.2011, KOM(2011) 146 end. S. 2.

⁶²⁴ Koenig/Paul in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 106 AEUV Rn. 49 m.w.N.; Jung in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 106 AEUV Rn. 37.

⁶²⁵ Ausführlich Kämmerer, NVwZ 2002, 1041; Weiß, EuR 2013, 669; hierauf verweisen auch Koenig/Paul in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 14 AEUV Rn. 27.

⁶²⁶ Kommission: Mitteilungen Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa KOM (2000) 580.

⁶²⁷ Kommission: Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270; Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374.

Eine Definition der DAWI liefert das europäische Recht nicht.⁶²⁸ Der Begriff ist vielmehr unscharf.⁶²⁹ Es ist Sache der Mitgliedstaaten, selbst zu definieren, welche Dienste unter den Begriff der DAWI fallen sollen⁶³⁰, obwohl der Begriff der DAWI in keiner mitgliedstaatlichen Rechtsordnung vorkommt.⁶³¹

Die im Vergleich zum EGV im AEUV vertiefte Ausgestaltung der DAWI geht mit einer Relativierung des Grundsatzes „einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“⁶³² einher. Diese Formulierung, welche sich zuvor im Grundsatzteil des EGV fand, ist nunmehr lediglich im Abschnitt über die Wirtschafts- und Währungspolitik in Art. 119 Abs. 1 AEUV zu finden. Mit dieser Einschränkung des „kapitalistischen Bekenntnisses“⁶³³ ist die Verstärkung nichtwirtschaftlicher Ziele im AEUV verbunden.⁶³⁴ Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV wirkt die EU auf eine „in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft hin, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“. Mit dieser Zurückdrängung der wettbewerblichen Grundausrichtung der Politik der EU geht auch die sekundärrechtlich und auf nationaler Ebene zu beobachtende Trend der Ausrichtung des Vergaberechts weg von bloßer Wirtschaftlichkeit hin zu „vergabefremden Aspekten“.⁶³⁵

Die Kommission bezeichnet als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eine solche, die von den Behörden der Mitgliedstaaten auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene als im allgemeinen Interesse liegend eingestuft wird und daher spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen unterliegt. Der Begriff deckt sowohl wirtschaftliche Tätigkeiten als auch nichtwirtschaftliche Leistungen ab, wobei wirtschaftliche Tätigkeiten solche sind, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in

⁶²⁸ So auch die Kommission: Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 29.4.2013, SWD(2013) 53 endg. S. 20.

⁶²⁹ Voet van Vormizeele in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 106 AEUV Rn. 62.

⁶³⁰ Art. 1 Abs. 4 Satz 1 RL 2014/24/EU; EuGH, Urteil vom 23.10.1997 – C-159/94 – Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815; KOM(2006) 177 endg. vom 26.4.2006, Mitteilung der Kommission: Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union S. 3; Franzius, EuR-Beiheft 1/2013, 155, 158ff.; ausführlich Meng in: FS Eckart Klein, S. 569, 590ff.; Wiemer in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 1. Auflage 2013, Kap. 1 Rn. 685ff.

⁶³¹ So Klotz in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 106 EUV Rn. 66.

⁶³² So Art. 4 Abs. 1 EGV.

⁶³³ Knauff, EuR 2010, 725, 741.

⁶³⁴ A.A. Weitbrecht/Mühle, EuZW 2010, 327: „kaum große Auswirkungen“; zustimmend Jacqué in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 3 EUV Rn. 5.

⁶³⁵ In diese Richtung auch Wernicke in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 14 AEUV Rn. 19.

Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden.⁶³⁶

6.2.2.2.1 Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 EGV)

Art. 106 Abs. 2 AEUV erwähnt die DAWI im Kapitel der Vorschriften über den Wettbewerb des AEUV. Nach Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, nicht für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Art. 106 Abs. 2 AEUV stellt eine Schnittstellenvorschrift zwischen den Souveränitäts- und Gestaltungsansprüchen der Mitgliedstaaten in Sektoren von besonderem öffentlichen Interesse und dem Ziel der Union, einen Binnenmarkt mit unverfälschtem Wettbewerb zu schaffen, dar.⁶³⁷ Frenz spricht insoweit von der „Hauptgefechtlinie“ zwischen den Kommunen und der Union.⁶³⁸

Art. 106 Abs. 2 AEUV erfordert, dass die Unternehmen, welche Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wahrnehmen, mit der Ausführung dieser Aufgabe *betraut* sein müssen. Die Voraussetzung eines Betrauungsaktes ist jedoch nicht konstitutives Merkmal des Vorliegens einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.⁶³⁹ Ob solche Dienste vorliegen, ist vielmehr anhand rein materieller Kriterien zu prüfen.

Der Begriff der Dienstleistungen wird hierbei synonym mit dem der „Dienste“ in Art. 14 AEUV verwandt, sodass er nicht nur Dienstleistungen i.S.v. Art. 57 AEUV, sondern auch Sachleistungen erfasst.⁶⁴⁰

⁶³⁶ Kommission - Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 29.4.2013, SWD(2013) 53 endg. S. 20.

⁶³⁷ So Mestmäcker/Schweitzer in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, 5. Auflage 2012, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 18 m.w.N.; Koenig/Paul in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 106 AEUV Rn. 36.

⁶³⁸ Frenz, GewArch 2011, 16; Storr in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 1. Auflage 2013, Rn. 2392: „Spannungslage [...] immanent“.

⁶³⁹ Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 78.

⁶⁴⁰ Storr in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 1. Auflage 2013, Rn. 2401; Mestmäcker/Schweitzer in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, 5. Auflage 2012, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 76 m.w.N.; Klotz in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 106 AEUV Rn. 64.

6.2.2.2.2 Art. 14 Satz 1 AEUV

Nach Art. 14 S. 1 AEUV „tragen die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren [der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse] so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können“.⁶⁴¹

Die Reichweite dieser Norm ist in der Literatur umstritten. Für einige Autoren stellt diese Vorschrift eine „Unionszielbestimmung“ dar⁶⁴², während andere sie als Konkretisierung des Art. 106 Abs. 2 AEUV begreifen.⁶⁴³ Im Rahmen dieser Arbeit kann dieser Streit jedoch offen bleiben. Für den Fall einer Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber hat der Unionsgesetzgeber mit Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU eine Entscheidung darüber getroffen, unter welchen Voraussetzungen er eine Ausnahme vom Auftragsbegriff zulassen will, um die Erbringung öffentlicher Aufgaben zulässt. Den Anforderungen des Art. 14 AEUV wird hierdurch bereits auf der Ebene des Sekundärrechts Rechnung getragen, wobei dieser bei der Auslegung des Ausnahmetatbestandes zu beachten ist.⁶⁴⁴

Eine Bedeutung dieser Vorschrift besteht nur für die Auslegung des Begriffes der „öffentlichen Aufgabe“, welche allein Gegenstand einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit sein kann.

Dieser Grundsatz muss auch bei der Bestimmung der Reichweite der DAWI durch die Mitgliedstaaten gelten. Hierzu existiert eine weitgehend gesicherte Kasuistik durch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte. Für diese Arbeit kommt es jedoch nicht darauf an, wie genau das Verhältnis von Daseinsvorsorge und Wettbewerb auf europäischer Ebene zu bestimmen ist. Im Rahmen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit hat sich der Unionsgesetzgeber zu einer konkreten Bestimmung in den Vergaberichtlinien entschieden. Dort hat er den Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ als in diesem Bereich einzig zulässigen Auftragsgegenstand festgelegt.⁶⁴⁵

⁶⁴¹ Diese Vorschrift entspricht insoweit Art. 16 EGV.

⁶⁴² Etwa Schmah, WiVerw 2011, 96; Wernicke in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 14 AEUV Rn. 10: „Zentrale Norm der Wirtschaftsverfassung“.

⁶⁴³ Frenz, GewArch 2011, 16; ders., EuR 2000, 910.

⁶⁴⁴ So Wernicke in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 14 AEUV Rn. 19.

⁶⁴⁵ S.u. 6.3.3.

6.2.2.2.3 Art. 36 GRCh

Nach Art. 36 GRCh „anerkennt und achtet [die Union] den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern“.

Im Zuge des Inkrafttretens des Vertrages von Lissabon sollte die EU bürgernäher gestaltet werden. Um diesem Zweck Rechnung zu tragen, hat der Unionsgesetzgeber die Grundrechtecharta über Art. 6 Abs. 1 EUV auf das Niveau europäischen Primärrechts gehoben. Über den Verweis des Art. 6 Abs. 1 EUV kommt der GRCh und damit auch Art. 36 GRCh der Status von Primärrecht zu.

Für die Bestimmung des Inhaltes der DAWI wird auch im Rahmen dieser Vorschrift einhellig auf die Rechtsprechung zu Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV verwiesen.⁶⁴⁶ Hintergrund ist, dass bereits Art. 36 GRCh selbst auf die Regelungen der Verträge über den Zugang zu DAWI verweist. In diesem Zusammenhang erwähnt Art. 36 GRCh ausdrücklich die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, sodass – wie im Rahmen der Verträge – den Mitgliedstaaten die Deutungshoheit über den Begriffsinhalt der DAWI zukommt.

6.2.2.2.4 Protokoll (Nr. 26) über Dienste von allgemeinem Interesse

Dem Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse kommt über Art. 51 EUV die Qualität von Primärrecht zu. Das Protokoll beinhaltet zwei Artikel, welche den Inhalt der in Art. 14 AEUV genannten Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse näher konkretisieren. Art. 1 des Protokolls zählt die gemeinsamen Werte der Union hinsichtlich der DAWI auf. Hiernach gehören dazu:

- die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind;
- die Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer,

⁶⁴⁶ Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 2. Auflage 2013, Art. 36 Rn. 7, welcher hierfür insbesondere die anderen Sprachfassungen heranzieht; Jung in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 14 AEUV Rn. 12.

die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können;

- ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte.

Art. 2 des Protokolls bestimmt, dass durch die Bestimmungen der Verträge das Recht der Mitgliedstaaten, nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren, nicht berührt werden soll.

Nach der Ansicht von *Dörr* soll dieses Protokoll den EuGH davon abhalten, „bei seiner Rechtsprechung zu [...] den Regeln über die Auftragsvergabe den Gestaltungsspielraum der mitgliedstaatlichen Stellen zu stark einzuschränken“⁶⁴⁷. Es lässt sich feststellen, dass dem Protokoll stets die Eigenschaft zugesprochen wird, die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten besonders hervorzuheben.⁶⁴⁸

6.2.2.5 Rechtsprechungspraxis des EuGH

Der EuGH hat sich in seiner Entscheidungspraxis wiederholt mit Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Wettbewerbsvorschriften der Verträge beschäftigt. Hierbei hat er sich intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, wann „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ vorliegen, welche es den Mitgliedstaaten in den Grenzen des Art. 106 Abs. 2 AEUV erlauben, die Regelungen der Verträge unbeachtet zu lassen.

Krajewski hat die Rechtsprechungspraxis des EuGH detailliert aufgearbeitet und analysiert.⁶⁴⁹ Hiernach gliedert sich die Rechtsprechung in Gruppen bestimmter Aufgaben. Eine erste Gruppe erfasst staatliche Infrastruktureinrichtungen, insbesondere Häfen⁶⁵⁰, Verkehrsdienstleistungen⁶⁵¹, Postdienstleistungen⁶⁵², Errichtung und den Unterhalt des Fernmeldenetzes einschließlich der Zulassung von Telekommunikationsendgeräten⁶⁵³,

⁶⁴⁷ Dörr in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 51 EUV Rn. 13; in diese Richtung Schorkopf, WiVerw 2008, 253, 256f.

⁶⁴⁸ Voet van Vormizeele in: Schwarze: EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 106 AEUV Rn. 63 m.w.N.

⁶⁴⁹ Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 81ff. mit umfangreichen Nachweisen.

⁶⁵⁰ EuGH, Urteil vom 14.7.1971 – 10/71 – Hafen Mertet, Slg. 1971, 723, Rn. 13, 16; Urteil vom 10.12.1991 – C-179/90 – Mercati Convenzionali Porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Rn. 27; EuG, Urteil vom 12.12.2000 – T-128/98 – Aéroports de Paris, Slg. 2000, II-3929, Rn. 228.

⁶⁵¹ EuGH, Urteil vom 11.4.1989 – 66/86 – Ahmed Saeed Flugreisen, Slg. 1989, 803, Rn. 55.

⁶⁵² EuGH, Urteil vom 19.5.1993 – C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Rn. 15.

⁶⁵³ EuGH, Urteil vom 13.12.1991 – C-18/88 – Régie des télégraphes et des téléphones, Slg. 1991, I-5941, Rn. 15f.

Übertragung von Rundfunk- und Fernsehsendungen⁶⁵⁴ sowie die Versorgung mit Strom⁶⁵⁵ und Gas⁶⁵⁶. In eine zweite Gruppe kategorisiert Krajewski Entscheidungen zu sozialen Dienstleistungen und Gesundheitsleistungen. Hierbei bestätigte der EuGH Leistungen der Arbeitsvermittlung⁶⁵⁷, das Angebot einer Betriebsrente durch einen Rentenversicherer⁶⁵⁸, den Rettungsdienst⁶⁵⁹, die Aufgabe, angemessenen Wohnraum zur Verfügung zu stellen⁶⁶⁰ als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Schließlich stellte der EuGH das entsprechende Ergebnis für Umweltdienstleistungen, insbesondere die Abfallbewirtschaftung⁶⁶¹ sowie die Organisation der Durchführung und der Veröffentlichung aller wissenschaftlichen Forschungsarbeiten auf dem Gebiet der Landwirtschaft⁶⁶² fest.

Eindeutig abgelehnt hat der EuGH die Qualifikation der Wahrnehmung der Urheberrechte von Künstlern durch Verwertungsgesellschaften⁶⁶³ als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

Entsprechend dem Rechtsgedanken des Art. 1 erster Spiegelstrich Protokoll 26, welcher den Mitgliedstaaten einen weiter Ermessensspielraum darüber zuspricht, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Verfügung gestellt werden, in Auftrag gegeben und organisiert werden sollen, wird ein entsprechend weiter Ermessensspielraum auch hinsichtlich der Definition der Dienste selbst zugebilligt.⁶⁶⁴ Diese Entwicklung hat der Unionsgesetzgeber in Art. 1 Abs. 4 RL 2014/24/EU aufgegriffen.

In der Entscheidungspraxis des EuGH finden sich einige Beispiele für solche Beurteilungsfehler. So stellte der EuGH fest, dass an Hafendienstleistungen, d.h. an den Vorgängen der Be-, Ent- und Umladung, der Lagerung sowie allgemein dem Umschlag von Waren oder anderen Gütern im Hafen, ein allgemeines wirtschaftliches Interesse, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet,

⁶⁵⁴ EuGH, Urteil vom 30.4.1973 – 155/73 – Sacchi, Slg. 1974, 409, Rn. 14.

⁶⁵⁵ EuGH, Urteil vom 30.4.1973 – 155/73 – Sacchi, Slg. 1974, 409, Rn. 15.

⁶⁵⁶ EuGH, Urteil vom 23.10.1997 – C-159/94 – Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815, Rn. 88.

⁶⁵⁷ EuGH, Urteil vom 23.4.1991 – C-41/90 – Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Rn. 24.

⁶⁵⁸ EuGH, Urteil vom 21.9.1999 – C-67/96 – Albany, Slg. 1999, I-5751, Rn. 103ff.

⁶⁵⁹ EuGH, Urteil vom 25.10.2001 – C-475/99 – Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089, Rn. 55.

⁶⁶⁰ EuGH, Urteil vom 1.10.2009 – C-567/07 – Minister voor Wonen, Slg. 2009, I-9021, Rn. 40ff.

⁶⁶¹ EuGH, Urteil vom 23.5.2000 – C-209/98 – Sydhavnens Sten & Grus, Slg. 2000, I-3743, Rn. 75.

⁶⁶² EuGH, Urteil vom 3.2.1982 – 258/78 – Nungesser und Eisele/Kommission, Slg. 1982, 2015, Rn. 9.

⁶⁶³ EuGH, Urteil vom 2.3.1983 – 7/82 – GVL, Slg. 1983, 483, Rn. 31f.

⁶⁶⁴ Ausdrücklich EuG, Urteil vom 15.6.2005 – T-17/02 – Fred Olsen, Slg. 2005 II-2031, Rn. 216; Urteil vom 12.2.2008 – T-289/03 – BUPA, Slg. 2008, II-81, Rn. 166; der EuGH hat die Berufung gegen das Urteil i.S. Fred Olsen als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen, Urteil vom 4.10.2007 – C-320/05 – Fred Olsen, Slg. 2007, I-131; zustimmend Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 91.

nicht unbedingt besteht.⁶⁶⁵ Die Kommission bewertete die Einbeziehung von Werbung, elektronischem Handel, die Verwendung von Mehrwert-Telefonnummern für Gewinnspiele, das Sponsoring und das Merchandising in den öffentlich-rechtlichen Auftrag von Rundfunkanstalten und damit als DAWI als offenkundigen Beurteilungsfehler.⁶⁶⁶

6.2.2.3 Zwischenergebnis und Bedeutung für delegierende Zweckvereinbarungen

Anhaltspunkte dafür, dass der Unionsgesetzgeber mit dem Begriff der öffentlichen Aufgaben in Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU einen von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse abweichenden Begriff etablieren wollte, existieren nicht und finden weder eine Stütze im materiellen Text der Richtlinie noch in den Erwägungsgründen.

Auch aus der dargestellten vergaberechtlichen Rechtsprechung des EuGH wird deutlich, dass der Begriff der „öffentlichen Aufgaben“ inhaltlich nicht von dem dargestellten Begriffsverständnis der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse abweicht. Insbesondere hat der EuGH in den Entscheidungen „Lecce“ und „Piepenbrock“ das Vorliegen „öffentlicher Aufgaben“ für typische Architekten- und Ingenieurleistungen sowie Reinigungsleistungen verneint.⁶⁶⁷ Im Fall „Stadtreinigung Hamburg“ hat der EuGH für die dort gegenständlichen Abfallbeseitigungsleistungen, welche unstreitig Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, das Vorliegen öffentlicher Aufgaben bejaht und hierbei auf die besondere Stellung dieser Leistungen mit Verweis auf das entsprechende europäische Sekundärrecht hingewiesen, aus dem sich diese Einordnung ergibt. Das weite Begriffsverständnis der öffentlichen Aufgaben, welches noch die Kommission in ihrem Arbeitsdokument in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ erblickt haben will, ist damit nicht weiter aufrechtzuerhalten.⁶⁶⁸

Der Begriff der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist im Primärrecht zudem in Art. 106 Abs. 2 AEUV sowie in Art. 36 der GrCh anzutreffen. Dieser Rechtsbegriff wird als unionsrechtlicher Begriff in jeder Vorschrift des europäischen Primärrechts einheitlich verwendet.

⁶⁶⁵ EuGH, Urteil vom 10.12.1991 – C-179/90 – *Merci convenzionali porto di Genova*, Slg. 1991, I-5889 Rn. 27; Urteil vom 17.7.1997 – C-242/95 – *GT-Link A/S*, Slg. 1997, I-4449 Rn. 53; Urteil vom 27.11.2003 – C-34/01 – *Enirisorse*, Slg. 2003, I-14243 Rn. 33f.

⁶⁶⁶ Kommission: Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 257 vom 27.10.2009, S. 8 Rn. 48.

⁶⁶⁷ Für eine Geltung der Grundsätze aus „Lecce“ auch Frenz, DVBl. 2017, 740, 748 Fn. 142.

⁶⁶⁸ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 15 Fn. 42; s.o. 5.2.2.

Dass der Unionsgesetzgeber die Vorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht in den Text der RL 2014/24/EU mit aufgenommen hat, ist darauf zurückzuführen, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine primärrechtliche Ausnahmevorschrift im Rahmen der Wettbewerbsvorschriften, insbesondere des Kartell- und Beihilfenverbotes handelt. Zu der Frage, welche Dienste als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen sind, trifft diese Norm, anders als Art. 14 AEUV und Protokoll 26, keine Aussage. Ebenso verhält es sich mit Art. 36 GRCh, welcher zwar ein Recht auf Zugang von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse festschreibt, jedoch weder ein subjektives Recht darstellt, noch den Inhalt dieser Dienste näher konturiert. Vielmehr bezieht sich Art. 36 GRCh ausdrücklich auf die Regelungen der Verträge zur Bestimmung der Dienste. Aus diesen Gründen kann die Entscheidung des Unionsgesetzgebers, die genannten Normen nicht im Richtlinienkontext mit aufzunehmen, als folgerichtig bezeichnet werden.

Aus der systematischen Stellung von Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU zu Art. 1 Abs. 4 Satz 2 RL 2014/24/EU, welcher den Zusammenhang zwischen dem Begriff der öffentlichen Aufgaben und den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse herstellt, folgt, dass diese Begriffe synonym verwendet werden. Dieses Begriffsverständnis steht auch im Einklang mit dem Sinn und Zweck des Ausnahmetatbestandes.⁶⁶⁹

Zunächst gebietet das Prinzip der Normenklarheit eine einheitliche Auslegung und Betrachtung unbestimmter Rechtsbegriffe. Bereits aus diesem Grund ist es naheliegend, dass der Unionsgesetzgeber keinen dem europäischen Recht bislang unbekanntem neuen Begriff – den der öffentlichen Aufgaben – schaffen wollte, sondern vielmehr den Rückgriff auf einen bereits vorhandenen und konturierten Begriff abheben wollte. Eine Intention, einen „zwischen“ dem Begriff der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und „normalen“ Aufgaben zu schaffen, lässt sich zudem weder den Erwägungsgründen, noch der Rechtsprechung des EuGH entnehmen. Wie bereits gezeigt wurde, existieren zur Bestimmung des Begriffs der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sowohl diverse Regelungen im europäischen Primärrecht als auch eine detaillierte Rechtsprechung der europäischen Gerichte und eine sich hiermit auseinandersetzen Literatur.⁶⁷⁰

In der Anwendungspraxis des Ausnahmetatbestandes des Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU sollten die Mitgliedsstaaten bei der Anwendung dieser Ausnahmevorschriften darauf achten, in der Vereinbarung darzulegen, um welche Aufgaben es sich genau handelt und warum

⁶⁶⁹ Im Ergebnis auch Siebler, Privilegierung von Public-Public-Partnerships im europäischen Vergaberecht, S. 265f. m.w.N., welcher dies bereits aus der Entscheidung Stadtreinigung Hamburg ableitet.

⁶⁷⁰ S.o. 6.2.2.2

diese Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen. Hierdurch können insbesondere Vertragsverletzungsverfahren und Nachprüfungsverfahren nicht berücksichtigter privater Unternehmen im Vorfeld verhindert werden. Eine transparente Dokumentation der Entscheidungsfindung ist ohnehin aus Gründen der Rechtssicherheit stets anzuraten.

Die Ausnahmegvorschrift des Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU erfüllen nur Übertragungen der Zuständigkeit öffentlicher Aufgaben. Öffentliche Aufgaben sind hierbei synonym mit Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verstehen. Ob solche Aufgaben vorliegen, ist im Einklang mit den Vorgaben des europäischen Primärrechts durch die Mitgliedstaaten zu entscheiden.

Sofern die Regelungen des Primärrechts weiter fordern, dass eine Einrichtung mit diesen Aufgaben „betraut“⁶⁷¹ worden ist, ist dieses Erfordernis für die Auslegung des Begriffes nicht relevant. Der Betrauungsvorgang stellt vielmehr eine zusätzliche Voraussetzung des Art. 106 Abs. 2 AEUV dar, welche vom Aufgabeninhalt zu trennen ist.⁶⁷² Eine solche Betrauung wird bei einer delegierenden Zweckvereinbarung stets vorliegen, da eine solche schriftlich abgeschlossen wird, was für einen Betrauungsvorgang ausreicht.

Die Bestimmung der Mitgliedstaaten unterliegt lediglich einer Missbrauchskontrolle. Um eine effektive Kontrolle zu ermöglichen, ist öffentlichen Auftraggebern, welche sich auf diesen Ausnahmetatbestand berufen wollen, dringend anzuraten, ihre Entscheidung ausführlich zu dokumentieren. Den Mitgliedstaaten steht somit ein weites Ermessen hinsichtlich der Definition, was sie als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansehen, zu. Bei der (Missbrauchs-)Kontrolle dieses Ermessens ist insbesondere der Achtungsauftrag der Union aus Art. 4 Abs. 2 EUV zu berücksichtigen.⁶⁷³ Dieses weite Ermessen trägt dem Achtungsauftrag Rechnung. Nach Ansicht von *Nierhaus* ist gerade dieser Ermessensspielraum für die „Überlebenskraft“ der deutschen kommunalen Selbstverwaltung mitentscheidend.⁶⁷⁴ Der Achtungsauftrag des Art. 4 Abs. 2 EUV kann zudem eine unionsrechtswidrige Maßnahme eines Mitgliedstaates rechtfertigen⁶⁷⁵, was im Rahmen der Auslegung des Begriffes der öffentlichen Aufgaben zu berücksichtigen ist.

⁶⁷¹ So Art. 106 Abs. 2 AEUV.

⁶⁷² So auch EuG, Urteil vom 12.2.2008 – T-289/03 – BUPA, Slg. 2008, II-81 Rn. 179 m.w.N. aus der Rspr. des EuGH.

⁶⁷³ So von Donat/Lipinsky, KommJur 2009, 361, 365.

⁶⁷⁴ Nierhaus in: Sachs, GG, 7. Auflage 2014, Art. 28 Rn. 38a; Hellermann in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2017, Art. 28 Rn. 26.1.

⁶⁷⁵ Hatje in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 4 EUV Rn. 14; von Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung 2017, Art. 4 EUV Rn. 38.

6.2.3 Vergütung

Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU erfordert zudem, dass die Übertragung der Zuständigkeit keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen darf. Die englische Sprachfassung fordert, dass die Übertragung nicht „for remuneration“⁶⁷⁶ erfolgt. Eine entgeltliche Leistung erfordert nach der Rechtsprechung des EuGH nicht, dass das Entgelt einen Gewinn darstellt. Eine bloße Kostenerstattung stellt als Gegenleistung stets ein Entgelt dar.⁶⁷⁷

Da, wie oben⁶⁷⁸ dargestellt, die Übertragung von Zuständigkeiten aufgrund der Zwänge der wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung nur gegen Kostenerstattung zulässig ist, stellt sich die Frage, ob delegierende Zweckvereinbarungen dennoch unter den Ausnahmetatbestand fallen können.

Jaeger will den Begriff der Vergütung in Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU eng auslegen und insbesondere Haushaltsmitteltransfers, welche für die Ausführung der übertragenen Aufgabe erfolgen, nicht hierunter fassen.⁶⁷⁹ Er begründet dies insbesondere damit, dass auch der durch die Übernahme der Aufgabe entstehende Haushaltsaufwand zur „internen Organisation des Mitgliedstaates“ gehöre und deshalb nicht als Vergütung betrachtet werden dürfe.

Diese Lesart steht in direktem Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut der Richtlinie und ist auch mit deren Sinn und Zweck nicht vereinbar. Sieht die Vereinbarung, mit der die Zuständigkeit übertragen wird, eine unmittelbare Kostenerstattung von der übertragenden auf die empfangende Einrichtung vor, so liegt ein synallagmatisches Austauschverhältnis und damit eine Vergütung vor.⁶⁸⁰ Ob die Vereinbarung aufgrund haushaltsrechtlicher Zwänge oder freiwillig erfolgt, ändert nichts am Vorliegen eines Gegenseitigkeitsverhältnisses von Leistung und Gegenleistung.

Eine andere Beurteilung könnte sich nur dann ergeben, wenn der demokratisch legitimierte Gesetzgeber aufgrund des Zuständigkeitsüberganges die Haushaltsmittel neu zugunsten des Zuständigkeitsempfängers verteilt. In einem solchen Fall fehlt es an einer unmittelbaren

⁶⁷⁶ Zu Deutsch: entgeltlich.

⁶⁷⁷ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 29; Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 25.3.2012 zu C-159/11 Rn. 33; ausführlich OLG Naumburg, Beschluss vom 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58, 62; hierzu Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3, 3. Auflage 2007, Rn. 2013, 2489.

⁶⁷⁸ S.o. 2.8.

⁶⁷⁹ *Jaeger*, NZBau 2014, 259, 262.

⁶⁸⁰ Im Ergebnis auch Brockhoff, VergabeR 2014, 625, 633.

vertraglichen Gegenleistung für den Empfang der Zuständigkeit und die damit verbundene Leistungsausführung. Das hoheitliche Handeln in Gestalt der Finanzhoheit der Mitgliedstaaten weist keinerlei Marktberührung auf. Ein solches Vorgehen sehen die Landesgesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit jedoch nicht vor.

Delegierende Zweckvereinbarungen sind hiernach stets entgeltlich abzuschließen.⁶⁸¹ Eine entsprechende Regelung findet sich in einigen Bundesländern in den jeweiligen Gesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit.⁶⁸² In den verbleibenden Ländern folgt dies aus dem Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, welches es der öffentlichen Verwaltung verbietet, Aufgaben Dritter auszuführen, ohne hierfür ein Entgelt zu erhalten.⁶⁸³

Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU erfasst delegierende Zweckvereinbarungen folglich nicht.⁶⁸⁴ Bei der vergaberechtsfreien Zuständigkeitsübertragung nach dieser Vorschrift muss es sich um eine bloße Neuordnung des innerstaatlichen Zuständigkeitsgefüges handeln. Wird ein Entgelt, sei auch nur in Form einer Kostenerstattung, vereinbart, so liegt ein Austauschverhältnis vor, welches sich nicht bloß auf den Innenbereich der staatlichen Verwaltung beschränkt, sondern ein wirtschaftliches Austauschverhältnis beinhaltet.

Aus der oben dargestellten Entscheidungspraxis der Gerichte und der Kommission erfüllt nur die nachträgliche Vereinbarung im Fall „Gemeinde Hinte“ die Voraussetzungen für eine Unentgeltlichkeit. Diese Vereinbarung sah vor, dass die Gemeinde ausschließlich die Zuständigkeit zur Abwasserbeseitigung auf den OOWV übertrug und sämtliche verbliebenen Rechte und Pflichten wegfielen. Nur eine solche Vereinbarung schließt eine Markt- und damit eine Wettbewerbsberührung aus, sodass die Grundfreiheiten nicht beeinträchtigt werden können.

6.2.4 Vollständige Übertragung erforderlich?

Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU lässt nicht erkennen, ob die Zuständigkeitsübertragung „vollständig“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH der Auffassung der Kommission sein muss, um den Tatbestand zu erfüllen.⁶⁸⁵ Nach Auslegung der Vorschrift, insbesondere nach ihrem Sinn und Zweck, wird die Vollständigkeit der

⁶⁸¹ So auch OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180; Gruneberg/Wilden-Beck, VergabeR 2014, 99, 105; Brockhoff, VergabeR 2014, 625, 633.

⁶⁸² S.o. 2.8.

⁶⁸³ S.o. 2.8.1.

⁶⁸⁴ Gruneberg/Wilden-Beck, VergabeR 2014, 99, 105; a.A. Frenz, GewArch 2017, 97, 100 ohne Begründung.

⁶⁸⁵ S.o. 5.1.2 und 5.2.2.

Aufgabenübertragung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal erforderlich sein, um eine vergaberechtsfreie Angelegenheit der internen Organisation des Mitgliedstaates anzunehmen.⁶⁸⁶

Dafür spricht zunächst, dass Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU als einzigen Regelungsgehalt der vom Anwendungsbereich der Richtlinie freigestellten Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die „Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten“ vorsieht. Ein darüber hinausgehender Inhalt der Vereinbarungen wird nicht erwähnt – eine Vergütung ausdrücklich ausgeschlossen. Die Vorschrift enthält somit keinerlei Einschränkung des Umfangs der Zuständigkeitsübertragung. Der Wortlaut, insbesondere der Begriff der „Übertragung“ spricht für eine Vollständigkeit. Hierfür sprechen auch der Wortlaut der englischen und französischen Sprachfassung, welche von „transfer of powers“ bzw. „le transfert de compétences“, welche ebenfalls keine Einschränkung hinsichtlich des Umfangs der Übertragung beinhalten.

Der mit dem Ausnahmetatbestand verfolgte Zweck der Norm gebietet ebenfalls, dass am Erfordernis der Vollständigkeit festgehalten wird. Die Vorschrift will die interne Organisation der Mitgliedstaaten schützen. Zu diesem Zweck verzichtet der Unionsgesetzgeber darauf, das Vergaberecht auf die Übertragung von Zuständigkeiten auszudehnen. Die Ausnahme kann nur insoweit Geltung für sich beanspruchen, als ihr Schutzobjekt tatsächlich betroffen ist. Die interne Organisation der Mitgliedstaaten ist nur insoweit betroffen, als sich die Vereinbarung auf den Übergang der Zuständigkeit beschränkt. Der Verbleib einer Restzuständigkeit in Form von Rechten und Pflichten aus der übergebenen Aufgabe geht über die bloße Zuständigkeitsverlagerung hinaus.

Der Ausnahmetatbestand würde zudem praktisch leerlaufen, wenn jede Vereinbarung nur deshalb nicht dem Geltungsbereich der Richtlinie unterfallen soll, weil mit dieser auch ein Zuständigkeitsübergang verbunden ist. Eine solche Interpretation ermöglichte es öffentlichen Auftraggebern, unter dem Deckmantel einer Neuorganisation der Verwaltung Vereinbarungen zu treffen, welche bei funktionaler Betrachtung einen Beschaffungsvorgang darstellen. Zutreffend stellt die Kommission heraus, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der alle Zuständigkeiten für eine bestimmte öffentliche Aufgabe auf jemand anderen überträgt, keine Leistung zu eigenen Zwecken erwirbt, sodass keine Beschaffung bzw. kein Erwerb vorliegt.⁶⁸⁷ Behält sich die übertragende Stelle Einflussnahmemöglichkeiten wie etwa

⁶⁸⁶ So nunmehr EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 49ff.

⁶⁸⁷ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 21f.

Gewährleistungsrechte vor, so wird hierdurch ihr Interesse an der Aufgabenerfüllung dokumentiert.

So ist auch die Entscheidung des EuGH in Sachen „Remondis“ zu erklären, in welcher der EuGH, anknüpfend an die Entscheidung „Kommission/Frankreich“ die Vollständigkeit der Aufgabenübertragung als Voraussetzung für die Erfüllung des Ausnahmetatbestands angesehen hat.⁶⁸⁸

6.2.5 Fazit

Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU erfasst delegierende Zweckvereinbarungen grundsätzlich nicht. Öffentliche Auftraggeber können sich für eine Vergaberechtsfreiheit nicht auf diesen Ausnahmetatbestand berufen.

Für den Fall, dass eine Zweckvereinbarung tatsächlich ohne die Vereinbarung eines Entgelts abgeschlossen wird, etwa weil die übertragene Aufgabe besonders einträglich oder profitabel ist, muss die übertragene Aufgabe eine öffentliche sein. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe ist nach einer systematischen und teleologischen Auslegung der Richtlinie als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i.S.v. Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV, Art. 36 GrCh und Protokoll 26 zu verstehen.

Schließlich stellt eine delegierende Zweckvereinbarung nach Ansicht des EuGH gerade keine Maßnahme der internen Verwaltungsorganisation des Mitgliedstaates dar.⁶⁸⁹ Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU erfasst ausschließlich eine vollständige Zuständigkeitsübertragung, während eine delegierende Zweckvereinbarung nach den jeweiligen Gesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit darüber hinaus zwingend weitere Bestandteile, namentlich Mitwirkungsrechte der übertragenden Einrichtung, aufweisen muss. Bei funktionaler Betrachtung der delegierenden Zweckvereinbarung liegt deren Schwerpunkt nicht in der Übertragung der Zuständigkeit, sondern in der Erbringung einer Aufgabe gegen Entgelt. Durch die Zweckvereinbarung soll nicht (nur) die Zuständigkeitsordnung geändert, sondern vielmehr erreicht werden, dass die übertragene Aufgabe auch ordnungsgemäß ausgeführt wird.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 47ff.

⁶⁸⁹ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385, hierzu ausführlich oben 5.1.5.

⁶⁹⁰ Hierzu ausführlich unter 2.4.

Das zusätzliche Erfordernis der Vollständigkeit der Aufgabenübertragung rechtfertigt sich zudem aus dem bereits dargestellten Alternativverhältnis von vergaberechtsfreier Zuständigkeitsübertragung und öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit.⁶⁹¹ Aus den Feststellungen des EuGH i.S. „Piepenbrock“⁶⁹² folgt, dass eine unvollständige Zuständigkeitsübertragung zwar nicht als solche vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen ist, jedoch weiterhin nach den Kriterien einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zu prüfen ist. Dieses Ergebnis bestätigt sich auch durch die ausdrückliche Inbezugnahme der Entscheidung „Piepenbrock“ in der Entscheidung „Remondis“.⁶⁹³ In dieser Entscheidung hat der EuGH ausdrücklich darauf abgestellt, dass dadurch, dass eine öffentlichen Stelle die er zuvor eingeräumte Befugnis entzogen wird, jegliches wirtschaftliche Interesse an der Erfüllung der dieser Befugnis entsprechenden Aufgaben entfällt.⁶⁹⁴ Dies kann von einer delegierenden Zweckvereinbarung aufgrund der dargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen keinesfalls unterstellt werden.

Im Ergebnis beinhaltet Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU einen Ausnahmetatbestand vom Anwendungsbereich des Vergaberechts, welcher nicht über die im Urteil „Kommission/Frankreich“⁶⁹⁵ und zuletzt „Remondis“⁶⁹⁶ angesprochene und von der Kommission herausgearbeitete⁶⁹⁷ Ausnahme der hoheitlichen Zuständigkeitsübertragung hinausgeht. Delegierende Zweckvereinbarungen werden von diesem Ausnahmetatbestand nicht erfasst.

6.3 Ausnahmetatbestand öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit - Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU

Art. 12 RL 2014/24/EU⁶⁹⁸ beinhaltet Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich der Richtlinie für die In-House-Vergabe in den Absätzen 1 bis 3 und für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in Abs. 4.

Erwägungsgrund 33 Abs. 1 Satz 1 fasst den Inhalt der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit dahingehend zusammen, dass öffentliche Auftraggeber ihre öffentlichen Aufgaben auch gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit wahrnehmen können sollen, ohne

⁶⁹¹ S.o. 5.2.2 und 5.4.

⁶⁹² S.o. 5.1.5.

⁶⁹³ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 50.

⁶⁹⁴ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 44.

⁶⁹⁵ S.o. 5.1.2.

⁶⁹⁶ EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – Remondis, ECLI:EU:C:2016:985.

⁶⁹⁷ S.o. 5.2.

⁶⁹⁸ Entspricht Art. 17 RL 2014/23/EU und Art. 28 RL 2014/25/EU.

hierbei an eine bestimmte Rechtsform gebunden zu sein. Die ausdrücklich erwähnte Rechtsformfreiheit entstammt hierbei dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“.⁶⁹⁹

Wie sich aus einer Mitteilung der Kommission⁷⁰⁰ und den Erwägungsgründen⁷⁰¹ ergibt, soll durch die geschaffenen Ausnahmetatbestände des Art. 12 RL 2014/24/EU die Rechtsprechung des EuGH positivrechtlich umgesetzt und Rechtsunsicherheiten beseitigt werden.

6.3.1 Zusammenarbeit

Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU erfordert zunächst eine *Zusammenarbeit* zwischen öffentlichen Auftraggebern. Der Wortlaut der in Kraft getretenen Vorschrift weicht vom Kommissionsvorschlag wesentlich ab. So lautete dieser wie folgt:

*die Vereinbarung begründet eine echte Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel, ihre öffentlichen Aufgaben gemeinsam wahrzunehmen, und umfasst wechselseitige Rechte und Pflichten der Parteien.*⁷⁰²

Verabschiedet wurde schließlich folgender Richtlinienentwurf:

der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern oder setzt diese dem Ziel um, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden.

Es ist festzustellen, dass die Voraussetzung, die Zusammenarbeit müsse eine „echte“ sein, weggefallen ist.⁷⁰³ Auch sind die Bestandteile der Zusammenarbeit, die „gemeinsame Wahrnehmung“, und das Vorliegen „gegenseitiger Rechte und Pflichten“ nicht mehr im Normtext vorhanden.

In den weiteren Sprachfassungen wird die Zusammenarbeit sowohl in Art. 12 als auch in Erwägungsgrund 33 RL 2014/24/EU als „cooperation“ bzw. „coopération“ bezeichnet. Das

⁶⁹⁹ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 47.

⁷⁰⁰ Kommission: Broschüre: „Neue Regeln für öffentliche Aufträge und Konzessionen – einfacher und flexibler“, S. 4.

⁷⁰¹ Erwägungsgrund 31 Abs. 2 RL 2014/24/EU.

⁷⁰² Art. 11 Abs. 4 lit. a) KOM(2011)896.

⁷⁰³ Zur Genese dieser Vorschrift Portz in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016 §108 Rn. 240.

deutsche Wort „Zusammenarbeit“ erfasst den Begriff der „Kooperation“ als Synonym.⁷⁰⁴ Hier kann von einer einheitlichen Übersetzung ausgegangen werden.

Die im Kommissionsentwurf noch im materiellen Text der Richtlinie enthaltenen Konkretisierungen des Begriffes der „Zusammenarbeit“ und der von der Zusammenarbeit erfassten Aufgaben finden sich nunmehr in Erwägungsgrund 33 RL 2014/24/EU. Dieser beschreibt ausführlich in drei Absätzen den gesetzgeberischen Hintergrund für die Schaffung eines eigenen Ausnahmetatbestandes für eine Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber.

6.3.1.1 Erwägungsgrund 33 Abs. 3

Anstelle des Erfordernisses einer „echten“ Zusammenarbeit finden sich im Erwägungsgrund 33 Abs. 3, welcher erst im Zuge der Trilog-Verhandlungen aufgenommen wurde, Ausführungen dazu, was der Unionsgesetzgeber unter einer Zusammenarbeit i.S.v. Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU versteht.

Erwägungsgrund 33 Abs. 3 Satz 1 stellt erläuternd klar, dass eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit auf einem „kooperativen Konzept“⁷⁰⁵ beruhen muss. In Satz 2 werden die Anforderungen an dieses Konzept dargestellt. So soll nicht erforderlich sein, dass jeder Beteiligte an der Zusammenarbeit wesentliche vertragliche Pflichten übernimmt. Vielmehr soll genügen, dass jeder Teilnehmer einen „Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung“ erbringt. Die englische Sprachfassung spricht insoweit von „commitments to contribute towards the cooperative performance“.⁷⁰⁶

Hier wird zunächst ein wesentlicher Unterschied zur In-House-Vergabe deutlich: Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) RL 2014/24/EU erfordert für diese, dass der öffentliche Auftraggeber über die beauftragte Einrichtung eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt. Hierzu muss nach Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/24/EU „ausschlaggebender Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person“ ausgeübt werden.⁷⁰⁷ Diese Anforderung besteht für eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit nicht – es liegt eine Kooperation auf Augenhöhe vor.

⁷⁰⁴ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Zusammenarbeit> (abgerufen am 30.10.2017).

⁷⁰⁵ Englische Fassung: „cooperative concept“; französische Fassung: „concept de coopération“; hierauf stellt auch das OLG Koblenz, Beschluss vom 3.12.2014 – Verg 8/14, VergabeR 2015, 192, s.o. 5.3.2.4, ab.

⁷⁰⁶ Französische Fassung: „tant que l'engagement a été pris de coopérer“.

⁷⁰⁷ So bereits die oben unter 5.1 dargestellte Rechtsprechung des EuGH.

Eine Zusammenarbeit im Sinne der RL erfordert damit, dass jeder Beteiligte einen Beitrag zur Ausführung leistet. Dieses Erfordernis ist der konstituierende Bestandteil des kooperativen Konzepts der Zusammenarbeit. Da eine Zusammenarbeit bereits vom Wortsinn her ein arbeitsteiliges Zusammenwirken⁷⁰⁸ der Beteiligten voraussetzt, muss jeder Partner seinen Beitrag zur Aufgabenerfüllung leisten. Genügen die jeweiligen Beiträge der Parteien nicht den Anforderungen an eine solche Zusammenarbeit, so stellt diese einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag dar. Lediglich in den Grenzen des Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU⁷⁰⁹ kann eine Vereinbarung ohne arbeitsteiliges Zusammenwirken vergaberechtsfrei sein.

In der RL 2014/24/EU finden sich somit Anhaltspunkte, wann nach Ansicht des Unionsgesetzgebers von einer Zusammenarbeit auszugehen sein soll. Nicht genau bestimmbar ist jedoch, welche Qualität der Beitrag der Beteiligten an der Zusammenarbeit haben muss, um den Anforderungen der RL 2014/24/EU zu genügen.⁷¹⁰

Die Rechtsprechung hat den Begriff der Zusammenarbeit bislang noch nicht intensiv behandelt. Der EuGH hat stets davon gesprochen, dass die wahrgenommene Aufgabe von allen Vertragsparteien „gemeinsam“ wahrgenommen wird.⁷¹¹ Dieses Erfordernis findet sich weiterhin in Erwägungsgrund 33 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

In der Sache „Stadtreinigung Hamburg“ hat der EuGH eine gemeinsame Wahrnehmung ohne jede Diskussion angenommen. Der dortige Fall erfüllt auch unzweifelhaft die Kriterien der RL 2014/24/EU, da die dortigen Beteiligten jeweils einen relevanten Beitrag zur Erfüllung der Aufgabe der Abfallentsorgung leisteten, namentlich den Betrieb der Entsorgungsanlage und das Beliefern selbiger mit Abfall.

In der Entscheidung „Piepenbrock“ hat der EuGH zwar das Vorliegen einer Zusammenarbeit geprüft, da sich die beauftragende Einrichtung Kontrollrechte vorbehalten hatte und damit keine vergaberechtsfreie Zuständigkeitsübertragung vorlag. Unter welche inhaltlichen Anforderungen der EuGH den Begriff der Zusammenarbeit subsumiert hat, ist dem Urteil hingegen nicht zu entnehmen. Dass die vorbehaltenen Kontrollrechte des Kreises für eine Zusammenarbeit genügen sollten, ist dem Urteil jedenfalls nicht ausdrücklich zu entnehmen.

⁷⁰⁸ So auch Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 659; Siegel, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverband, S. 111 m.w.N. zur Kooperation.

⁷⁰⁹ S.o. 6.2.2.

⁷¹⁰ Hierzu Fruhmann in: FS Marx, S. 145, 161.

⁷¹¹ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 37; Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 37; Fruhmann in: FS Marx, S. 145, 161; Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 658.

Eine solche Interpretation des Begriffes der Zusammenarbeit ist unter der RL 2014/24/EU nicht mehr vertretbar, da diese einen Beitrag zur Ausführung der Aufgabe fordert, um eine Zusammenarbeit zu begründen. Da Ausnahmetatbestände stets eng auszulegen sind⁷¹², ist für die Auslegung des Begriffs „Zusammenarbeit“ ein strenger Prüfungsmaßstab anzuwenden. Hierbei sind die Erwägungsgründe der Richtlinie heranzuziehen, welche ausdrücklich einen Beitrag zur Aufgabenerfüllung erfordern.

Auf nationaler Ebene hat sich lediglich das OLG Koblenz mit diesem Merkmal beschäftigt und ebenfalls unter Heranziehung des Erwägungsgrundes 33 ein kooperatives Konzept gefordert, welches einen Beitrag zur Leistungserbringung verlangt.⁷¹³

Ein solches enges Begriffsverständnis steht auch im Einklang mit dem Sinn und Zweck des Ausnahmetatbestandes sowie der Rechtsprechung des EuGH.

Hintergrund des Ausnahmetatbestandes ist es, dass es öffentlichen Auftraggebern freistehen soll, ihre ihnen obliegenden Aufgaben gemeinsam erfüllen zu dürfen, ohne sich diese Leistungen auf dem Markt beschaffen zu müssen.⁷¹⁴ Privilegiert wird somit nur die gemeinsame Nutzung vorhandener Ressourcen. Das Gegenstück zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit bleibt der „klassische“ öffentliche Auftrag, welcher die Erbringung einer Leistung gegen Entgelt auf dem Markt darstellt.⁷¹⁵

Ein „klassischer“ Auftrag unterscheidet sich von einer privilegierten öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gerade dadurch, dass der Auftragnehmer für den öffentlichen Auftraggeber arbeitet, während öffentliche Auftraggeber untereinander zusammenarbeiten. „Klassische“ Aufträge beinhalten hingegen keine gemeinsame Aufgabenerfüllung auf „Augenhöhe“, sondern die Ausführung einer Aufgabe gegen Entgelt. Es ist davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber gerade diesen Unterschied durch das Erfordernis eines Beitrages jedes Beteiligten zur Leistungserbringung verdeutlichen wollte. Durch dieses zusätzliche Erfordernis wird sichergestellt, dass Umgehungen des Vergaberechts durch Gestaltungen vermieden werden, welche zwar formal eine Zusammenarbeit darstellen, jedoch funktional einem klassischen Auftrag entsprechen. Diese Auslegung des Begriffes der Zusammenarbeit

⁷¹² EuGH, Urteil vom 27.3.1974 – 127/73 – BRT II, Slg. 1974, 313 Rn. 19/22; Andová in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 24 Rn. 9; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 37 Rn. 42.

⁷¹³ OLG Koblenz, Beschluss vom 3.12.2014 – Verg 8/14, VergabeR 2015, 192 Rn. 20 – juris, s.o. 5.3.2.4; zustimmend Ziekow, NZBau 2015, 258, 263.

⁷¹⁴ EuGH, Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 Rn. 48; OLG München, Beschluss vom 21.2.2013 – Verg 21/12, NZBau 2013, 458 Rn. 57 – juris.

⁷¹⁵ So auch Jaeger, NZBau 2014, 259, 262.

deckt sich auch mit der eingangs dargestellten Auffassung der Kommission, welche gerade den Unterschied von Zusammenarbeit und „klassischem“ Auftrag herausstellt.⁷¹⁶

Eine Zusammenarbeit erfordert somit ein „Mehr“ gegenüber einem „klassischen“ Auftragsverhältnis. Aus diesem Grund können bloße Kontrollrechte und Einflussnahmemöglichkeiten bei Schlechterfüllung nicht für eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit genügen. Solche Rechte sind im Rahmen eines „klassischen“ Auftrages als Erfüllungs- bzw. Gewährleistungsrechte ebenfalls vorhanden, sodass durch diese Rechte keine Zusammenarbeit begründet wird. Dies stellt auch Erwägungsgrund 33 Abs. 3 Satz 2 RL 2014/24/EU heraus, welcher von einer „Durchführung der Zusammenarbeit einschließlich etwaiger Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern“ spricht. Hiernach kann es für eine vergaberechtsfreie Kooperation nicht ausreichen, wenn sich der Beitrag eines Vertragspartners auf die bloße Zahlung beschränkt.⁷¹⁷

Aus diesem Grunde ist *Gröning* zu widersprechen, welcher selbst in dem Fall, dass ein Beteiligter die Leistung ausführt und der andere Beteiligte diese hierfür „nur“ zahlt, eine Einzelfallbetrachtung durchführen will.⁷¹⁸ Eine solche Konstellation hat bereits der EuGH in der Entscheidung „Piepenbrock“ mangels Zusammenarbeit als öffentlichen Auftrag qualifiziert. Die von *Gröning* für erforderlich gehaltene Kontrollfrage, wie wirtschaftlich sinnvoll⁷¹⁹ die Zusammenarbeit ist, spielt hingegen keine Rolle. Entsprechende Erwägungen hat der EuGH nicht zugelassen. Dass diese bei der Frage nach dem Vorliegen eines öffentlichen Auftrages eine Rolle spielen dürften, ist ebenfalls anzulehnen, da eine funktionale Betrachtungsweise geboten ist.

Noch weitergehend und deshalb aus denselben Gründen abzulehnen ist die Ansicht von *Ziekow*⁷²⁰ und *Portz*⁷²¹, welche eine „Dienstleistungserbringung durch nur einen der kooperierenden Vertragspartner, während die anderen Kooperationspartner allein einen finanziellen Beitrag leisten“, als vergaberechtsfreie Zusammenarbeit ansehen, sofern diese lediglich eine Kostenerstattung beinhaltet.

⁷¹⁶ S.o. 5.2.2.

⁷¹⁷ So zutreffend OLG Koblenz, Beschluss vom 3.12.2014 – Verg 8/14, VergabeR 2015, 192 Rn. 20 – juris, s.o. 5.3.2.4; Brockhoff, VergabeR 2014, 625, 633; Gruneberg/Wilden-Beck, VergabeR 2014, 99, 107.

⁷¹⁸ Gröning, NZBau 2015, 690, 693.

⁷¹⁹ Gröning, NZBau 2015, 690, 693.

⁷²⁰ Ziekow, NZBau 2015, 258, 263.

⁷²¹ Portz in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 108 Rn. 243.

Am Beispiel der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ kann die Funktionsweise der Zusammenarbeit wie folgt verdeutlicht werden:

Die Stadtreinigung Hamburg übernahm zwar den Hauptanteil der Leistungen, doch stellen die Landkreise ihre nicht selbst genutzten Entsorgungskapazitäten der Stadtreinigung Hamburg zur Verfügung, um Abhilfe für den Mangel an Entsorgungskapazitäten der Stadt Hamburg zu schaffen. Die Landkreise verpflichteten sich zudem, den Anteil nicht verwertbarer Müllverbrennungsschlacke zur Entsorgung in ihren Deponiebereichen aufzunehmen, der der von ihnen angelieferten Abfallmenge entspricht.⁷²² Außerdem mussten sich die Vertragsparteien in Notfällen Beistand bei der Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Entsorgungspflicht leisten, was u.a. beinhaltete, bei Überlastungen der Anlage die Lieferungen zu reduzieren.⁷²³

Ein ausreichender Beitrag der Landkreise zur Leistungserbringung im Sinne der RL 2014/24/EU würde dann nicht mehr anzunehmen sein, wenn diese den Abfall lediglich bereitstellen, die Abholung aber durch die Stadtreinigung selbst erfolgt. Hier bestünde der Beitrag der Landkreise lediglich darin, die Tätigkeit der Stadtreinigung auf dem Hoheitsgebiet der Landkreise rechtlich zu erlauben. Da sich die Verpflichtung, Abfall dem zuständigen Entsorger zur Verfügung zu stellen, bereits aus dem Gesetz⁷²⁴ ergibt, kann auch kein relevanter Leistungsbeitrag darin gesehen werden, dass die Abholung tatsächlich ermöglicht wird.

Eine entsprechende Konstellation ist im Sachverhalt der Entscheidung „Piepenbrock“ zu sehen. So kann in der bloßen Gewährung des Zuganges zu den zu reinigenden Büro- und Verwaltungsgebäuden seitens des Kreises Düren nicht als relevanter Beitrag zur Leistungsausführung angesehen werden, da dieser nicht die Leistungsausführung betrifft, sondern diese erst ermöglicht. Selbst wenn man die Eröffnung des Zuganges zu den Gebäuden als Beitrag zur Leistungserbringung bewerten würde, wäre dieser als marginal und der zu erfüllenden Aufgabe untergeordnet anzusehen. Da die Zusammenarbeit auf einem „kooperativen Konzept“ beruhen soll, wird ein Beitrag, welcher nicht die tatsächliche Leistungserbringung betrifft, nicht ausreichend sein, um den Anforderungen der RL 2014/24/EU zu genügen.

⁷²² EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 41; so auch Ziekow in: ders./Völlink, Vergaberecht, 2. Auflage 2013, § 99 GWB Rn. 143.

⁷²³ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 42.

⁷²⁴ § 17 KrWG; hierzu ausführlich Petersen/Doumet/Stöhr, NVwZ 2012, 521, 525.

Auch die im Fall „Piepenbrock“⁷²⁵ vereinbarte Kontrollbefugnis, sowie das Recht, das Vertragsverhältnis bei Schlechterfüllung zu kündigen, genügt nicht den Anforderungen an eine Zusammenarbeit im Sinne der RL 2014/24/EU. Diese Befugnisse gehen nicht über die Rechte hinaus, welche einem Auftraggeber gegenüber einem Auftragnehmer in einem „klassischen“ Auftragsverhältnis ohnehin zustehen. Freilich ist festzustellen, dass der nunmehrige Richtlinientext über die Rechtsprechung des EuGH hinausgeht und strengere Anforderungen an eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit stellt. Im Fall „Piepenbrock“ hat der EuGH nicht ausdrücklich entschieden, ob Kontrollrechte für eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung ausreichen können. Das Erfordernis eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens ist in der Richtlinie eindeutig festgeschrieben und setzt damit dem Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestandes enge Grenzen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nur ein arbeitsteiliges Zusammenwirken, in dem sämtliche Vertragsparteien wesentliche Vertragspflichten erfüllen, den Anforderungen an eine Zusammenarbeit genügen kann. Bloße Mitwirkungs- und Kontrollrechte, welche nur „von außen“ auf die zu erbringende Leistung Einfluss nehmen können, genügen diesem Erfordernis nicht. Die RL 2014/24/EU spricht insoweit eindeutig von einem „Beitrag bei der Leistungserbringung“, sodass der Beitrag die Leistungsausführung unmittelbar, „von innen“, betrifft. Die Beiträge der beteiligten Einrichtungen müssen über die Rechte hinausgehen, welche bei einem „klassischen“ Auftragsverhältnis bestehen.

Die RL 2014/24/EU bleibt somit hinter kommunalfreundlichen Forderungen der Literatur zurück. So forderte *Burgi*, dass eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit auch dann vorliegen solle, wenn öffentliche Auftraggeber Aufgaben „füreinander“ wahrnehmen.⁷²⁶ Diese Forderung sollte Vereinbarungen umfassen, in denen es möglich ist, dass Beteiligte selbst keinen Beitrag zur Durchführung der Aufgabe leisten.

6.3.1.2 Bedeutung für delegierende Zweckvereinbarungen

Eine „bloße“ Zuständigkeitsübertragung, welche keine zusätzlichen Bestimmungen, insbesondere Einflussnahmemöglichkeiten oder finanzielle Ausgleichsregelungen, enthält, kann keine Zusammenarbeit im Sinne von Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU darstellen. Eine solche bloße Veränderung der Zuständigkeitsordnung begründet gerade keine Zusammenarbeit, da die übernehmende Einrichtung fortan alleinverantwortlich für die Erledigung der Aufgabe ist. Dies wird in der Literatur teilweise verkannt, wenn dort

⁷²⁵ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 27.

⁷²⁶ *Burgi*, NZBau 2012, 601, 606f.

ausgeführt wird, dass „nicht die gemeinsame Aufgabenerfüllung im Mittelpunkt“ stehe, „sondern allein die Übertragung der Zuständigkeit“. Dies führe aber dazu, dass „die Möglichkeit einer Kooperation durch den Abschluss einer delegierenden Vereinbarung eine weitere Säule der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit darstellt“.⁷²⁷ Diese Ansicht übersieht, dass eine Zusammenarbeit eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung zwingend voraussetzt. Die übertragenen Rechte und Pflichten dürfen kein Ausmaß annehmen, welches die „gemeinsame“ Aufgabenwahrnehmung zu einer „einseitigen“ Wahrnehmung und damit zu einem klassischen Auftrag werden lässt. Eine solche Zuständigkeitsübertragung kann nur in den Grenzen des Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU vergaberechtsfrei möglich sein.

Wie bereits dargestellt, ist eine solche bloße Zuständigkeitsübertragung ohnehin von Verfassungs wegen unzulässig, da Hoheitsträger die ihnen zugewiesenen Zuständigkeiten nicht „einfach so“ untereinander übertragen dürfen.⁷²⁸ Eine delegierende Zweckvereinbarung muss einen Mindestgehalt an bei der übertragenden Einrichtung verbleibenden Rechten und Pflichten beinhalten, um dem Demokratieprinzip hinreichend Rechnung zu tragen.

Aus diesem Grund ist es bereits vom Ansatz her verfehlt, bei der vergaberechtlichen Beurteilung einer Zweckvereinbarung ausschließlich auf die Zuständigkeitsübertragung abzustellen und Ihre weiteren Bestandteile auszublenden. Eine „bloße Zuständigkeitsübertragung“ kann nicht in einer dem Grundgesetz entsprechenden Art und Weise abgeschlossen werden. Aufgrund des Verfassungsgrundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 Abs. 3 GG, ist davon auszugehen, dass solche Vereinbarungen auch tatsächlich nicht abgeschlossen werden. Prüfungsgegenstand der hiesigen Arbeit ist dementsprechend eine Zweckvereinbarung, welche den verfassungsrechtlich vorgegebenen Mindeststandards genügt.

Eine delegierende Zweckvereinbarung muss stets Mitwirkungs- und Kontrollrechte der abgebenden Stelle vorsehen. Sie dürfen sich nicht, wie im Fall „Piepenbrock“ und dem vom OLG Koblenz entschiedenen Fall⁷²⁹ darin erschöpfen, dass Zahlungspflichten sowie Kündigungsrechte bei Schlechterfüllung vereinbart werden. Es genügt ebenfalls nicht für eine Zusammenarbeit, lediglich die tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen für die Ausführung der Aufgabe zu schaffen. Sämtliche Beteiligte an der Vereinbarung müssen zwingend einen Beitrag zur Ausführung der Aufgabe leisten, welcher über die Vereinbarung von Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen hinausgehen muss. Eine

⁷²⁷ So Gruneberg/Wilden, ZfBR 2013, 438, 443.

⁷²⁸ S.o. 2.5.

⁷²⁹ OLG Koblenz, Beschluss vom 3.12.2014 – Verg 8/14, VergabeR 2015, 192, s.o. 5.3.2.4.

vergaberechtsfreie Zusammenarbeit erfordert ein „Mehr“ gegenüber dem „klassischen“ Auftragsverhältnis.

Die von *Ziekow*⁷³⁰ propagierte zweistufige Betrachtung der Zusammenarbeit, wonach die Begründung der Zusammenarbeit getrennt von ihrem Vollzug zu prüfen ist, ist mit dem geschilderten funktionalen Verständnis der Zusammenarbeit nicht vereinbar. Gerade im Fall einer delegierenden Zweckvereinbarung, bei der mit Begründung bereits der Vollzug geregelt werden muss, ist eine solche Betrachtungsweise auch gar nicht möglich. Eine solche Betrachtungsweise verhindert zudem, den funktionalen Inhalt der Vereinbarung umfassend bewerten zu können. Eine zweistufige Betrachtung könnte hierbei sogar zu dem Ergebnis führen, dass die Zuständigkeitsübertragung – isoliert betrachtet – vergaberechtsfrei ist, die Ausführung der Aufgabe hingegen nicht. Dies hätte, bei Nichtigerklärung der Ausführung gemäß § 101b GWB a.F. (§ 135 GWB n.F.), zur Folge, dass die Zuständigkeitsübertragung isoliert wirksam bliebe. Ein solches Ergebnis liefe zum einen den bereits dargestellten verfassungsrechtlichen Grundsätzen zuwider und würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Es bleibt hiernach eine ganzheitliche Betrachtung geboten.

6.3.2 Von ihnen zu erbringende Dienstleistungen

Als zulässigen Gegenstand einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern bestimmt Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU, dass diese „von ihnen zu erbringende“ öffentliche Dienstleistungen betreffen muss.

6.3.2.1 Keine gemeinsame Aufgabe erforderlich

Die Formulierung „von ihnen zu erbringende Dienstleistungen“ weicht zunächst von dem Kommissionsvorschlag⁷³¹ und der Rechtsprechung des EuGH⁷³² ab, welcher vorsah, dass es sich bei der wahrgenommenen Aufgabe um „eine“ allen Vertragsparteien „gemeinsam obliegende Aufgabe“ handeln muss. Nach der dem Kommissionsvorschlag zugrunde liegenden Rechtsprechung des EuGH⁷³³, welche durch die nationalen Entscheidungsinstanzen⁷³⁴ und auch von der Kommission in ihrem Arbeitsdokument⁷³⁵

⁷³⁰ Ziekow in: ders./Völlink, Vergaberecht, 2. Auflage 2013, § 99 GWB Rn.139.

⁷³¹ KOM(2011) 896 Art. 11 Abs. 4 lit. a).

⁷³² EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 37.

⁷³³ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 39; Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 37.

⁷³⁴ OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180 Rn. 80 – juris; OLG Koblenz, Beschluss vom 3.12.2014 – Verg 8/14, VergabeR 2015, 192 Rn. 22 – juris; KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62 Rn. 20, 24 – juris; VK Münster, Beschluss vom 22.7.2011 – VK 7/11; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 31.1.2012 – 1 VK 66/11.

aufgegriffen wurde, genügte es dieser Anforderung nicht, wenn ein Beteiligter an der Vereinbarung für die Erbringung der ausgeführten Aufgabe nicht zuständig war. Jeder Beteiligte musste aufgrund der Zuständigkeitsordnung für die Erfüllung der wahrzunehmenden Aufgabe zuständig sein.⁷³⁶ Nur in diesem Fall sollte das Interesse der Mitgliedstaaten anerkannt werden, ihre Aufgaben auf Verwaltungsebene gemeinsam wahrzunehmen, ohne an das Vergaberecht gebunden zu sein.

Diese Rechtsprechung hat der Unionsgesetzgeber nicht übernommen. Vielmehr wird durch den verwendeten Plural „zu erbringende“ Dienstleistungen deutlich, dass mehrere Aufgaben bzw. Dienstleistungen im Wege einer Zusammenarbeit wahrgenommen werden können. Verdeutlicht wird dieser Befund durch den Inhalt des Erwägungsgrundes 33 RL 2014/24/EU. So bestimmt Abs. 1 Satz 3 des Erwägungsgrundes 33, dass die von den beteiligten Stellen erbrachten Dienstleistungen „nicht“ notwendigerweise „identisch“ sein müssen; sie können sich auch ergänzen.⁷³⁷

Die Bedeutung dieser Regelung ist allerdings nicht eindeutig: Sie könnte zum einen beinhalten, dass die beteiligten Stellen nicht identische Tätigkeiten ausüben müssen, um eine Zusammenarbeit herbeizuführen. Da sich die erbrachten Dienstleistungen auch ergänzen dürfen, könnte dies ein arbeitsteiliges Zusammenwirken ausdrücklich erlauben. Zum anderen könnte mit der Formulierung gemeint sein, dass die Beteiligten an einer Zusammenarbeit nicht zwingend für die Ausführung identischer Aufgaben zuständig sein müssen. Diese Interpretation stünde im Gegensatz zur bisherigen nationalen Rechtsprechung, welche von dem Erfordernis ausging, dass eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit nur dann möglich ist, wenn die Beteiligten für die Erfüllung der Aufgabe jeweils originär zuständig sind.⁷³⁸

Dagegen, dass der Unionsgesetzgeber die erste Variante bezwecken wollte, spricht zunächst die systematische Stellung der Regelung. Genaue Regelungen zum Inhalt der Zusammenarbeit, insbesondere dem Anteil der Beteiligten, finden sich ausschließlich in Erwägungsgrund 33 Abs. 3 RL 2014/24/EU.

Die systematische Stellung spricht vielmehr dafür, dass der Unionsgesetzgeber eine Regelung dazu treffen wollte, ob die beteiligten Stellen lediglich eine gemeinsame Aufgabe,

⁷³⁵ KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 16 Ziff. 3.3.2.

⁷³⁶ So insbesondere KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62 Rn. 24 – juris.

⁷³⁷ So auch Jaeger, NZBau 2014, 259, 261.

⁷³⁸ S.o. 5.3.1.

die in den Zuständigkeitsbereich aller Beteiligten fällt, ausführen müssen, oder ob es auch zulässig ist, dass die mit der Zusammenarbeit verfolgten Aufgaben sich lediglich ergänzen müssen, ohne dass jeder Beteiligte für ihre Erfüllung zuständig ist.

Die Gesetzgebungsmaterialien sind nicht ergiebig. Die Regelung des Erwägungsgrundes 33 Abs. 1 Satz 3 RL 2014/24/EU findet sich erstmalig in der am 12.07.2013 beschlossenen Fassung nach Abschluss des Trilog-Verfahrens,⁷³⁹ welches nicht dokumentiert ist.

Aus dem Zusammenspiel von Erwägungsgrund 33 und Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU lässt sich jedoch der bereits eingangs aufgestellte Schluss ziehen, dass der Unionsgesetzgeber bewusst von dem Erfordernis „gemeinsam obliegender“ Aufgaben abgewichen ist, um den Mitgliedstaaten einen weitergehenden Anwendungsbereich für eine verwaltungsinterne Kooperation zu geben. Der Wortlaut der Richtlinie steht im Einklang mit diesem Ergebnis – insbesondere lassen die Erwägungsgründe das Bestreben des Unionsgesetzgebers erkennen, den Mitgliedstaaten mehr Spielräume zuzugestehen.

Als typischen Anwendungsfall für sich ergänzende öffentliche Aufgaben, welche nunmehr gemeinsam ausgeführt werden können, lassen sich die den Entscheidungen der VK Münster und VK Baden-Württemberg⁷⁴⁰ zu Grunde liegenden Sachverhalte anführen. Diese hatten eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit mit dem Argument verneint, dass Zuständigkeiten der beteiligten Einrichtungen hinsichtlich der Verwertung und der Beseitigung der Klärschlamme auseinanderfallen und deshalb keine gemeinsame Aufgabe vorlag. Es handelte sich hierbei um gesetzlich voneinander getrennte Zuständigkeiten.⁷⁴¹ Da der Unionsgesetzgeber von diesem Erfordernis Abstand genommen hat und sich die wahrgenommenen Aufgaben auch ergänzen dürfen, wäre eine solche Zusammenarbeit nunmehr zulässig.

6.3.2.2 Verpflichtung zur Ausführung der jeweiligen Aufgabe

Weiterhin bestimmt Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU, dass es sich bei den Aufgaben um von den Beteiligten „zu erbringende“ Dienstleistungen handeln muss. Es stellt sich somit die Frage, ob der jeweilige Beteiligte an der Zusammenarbeit für die Ausführung der von ihm wahrgenommenen Aufgabe auch zuständig sein muss und, falls ja, woraus sich diese Zuständigkeit ergeben muss.

⁷³⁹ Dokumentnummer des Europäischen Rates: 11745/13 S. 22 (nur in englischer Sprache verfügbar).

⁷⁴⁰ Zum Sachverhalt s.o. 5.3.2.5.

⁷⁴¹ Nach § 5 Abs. 2 und § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG a.F.

Aus der Formulierung der Richtlinie, die Dienstleistungen seien „zu erbringen“, lässt sich zunächst dem Wortlaut nach und grammatikalisch der Schluss ziehen, dass es sich bei den Aufgaben um solche handeln muss, zu deren Ausführung der jeweilige öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist. Sprachlich wird dies auch durch die Verwendung des Begriffes der „Aufgabe“ gestützt.⁷⁴² Dieser Eindruck verfestigt sich durch einen Vergleich mit den weiteren Fassungen der Richtlinie: So nennt die englische Sprachfassung „public services they have to perform“. Die französische Fassung spricht von „les services publics dont ils doivent assurer la prestation“, also von Dienstleistungen, deren Erbringung von ihnen (den Beteiligten) gewährleistet/sichergestellt sein muss. Den weiteren Sprachfassungen lässt sich damit ein ausdrücklicher Hinweis auf eine Verpflichtung zur Ausführung der jeweiligen Dienstleistung (have to; doivent) entnehmen.

Die Richtlinie trifft keine Aussage darüber, woraus sich die Verpflichtung zur Ausführung der jeweiligen Aufgabe ergeben muss. Unter der Geltung der RL 2004/18/EG entschied das KG⁷⁴³, dass sich die Zuständigkeit für die Ausführung der Aufgabe aus einer gesetzlichen Regelung ergeben müsse. Nach Ansicht des KG konnte das Land Berlin nicht auf dem Gebiet der Softwareentwicklung und -pflege mit einer anderen Einrichtung vergaberechtsfrei zusammenarbeiten, da das Land Berlin nicht für die Entwicklung und Pflege von Software zuständig sei. Es fehle an einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung für diese Aufgabe.⁷⁴⁴

Diese Ansicht ist unter Geltung der RL 2014/24/EU nicht mehr aufrechtzuerhalten. Sie war bereits unter der geltenden Rechtslage abzulehnen⁷⁴⁵ und findet auch in der neuen Richtlinie keine Grundlage. Es ist bereits aus praktischen Gründen nicht möglich, sämtliche vom Staat wahrzunehmenden Aufgaben in einer gesetzlichen Zuständigkeitsregelung ausdrücklich und abschließend aufzuführen. Es existieren viele Aufgabenbereiche, für die keine ausdrückliche gesetzliche Zuweisungsnorm existiert. Beispielfhaft seien die in der Rechtssache „Piepenbrock“ gegenständlichen Reinigungsleistungen erwähnt. Für die Reinigung der eigenen Bürogebäude existiert kein eigener Kompetenztitel. Selbiges ist insbesondere bei weiteren „Hilfsleistungen“, wie der Versorgung mit Strom, Bewachungsleistungen, Versorgung mit Getränken etc. anzunehmen.

⁷⁴² So auch Fruhmann, FS Marx, S. 145, 162.

⁷⁴³ KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62.

⁷⁴⁴ KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62.

⁷⁴⁵ So auch Fruhmann in: FS Marx, S. 145, 162.

Fehlt eine ausdrückliche Kompetenzzuweisung, so existieren entweder Auffangtatbestände⁷⁴⁶ oder es liegt ein Fall einer Zuständigkeit kraft Sachzusammenhanges⁷⁴⁷ oder Kraft Natur der Sache⁷⁴⁸ vor. Im Fall des KG hätte es jedenfalls nicht ferngelegen, eine Zuständigkeit kraft Sachzusammenhanges für die Entwicklung und Pflege von bestimmter Software anzunehmen, wenn dies der Erfüllung einer wahrzunehmenden Aufgabe dient. Ist eine Software für die Durchführung bestimmter staatlicher Aufgaben erforderlich, so bleibt es dem Auftraggeber überlassen, „ob“ er sich diese Software beschafft. Die Entscheidung über das *ob* der Beschaffung, mithin die Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes, obliegt allein dem Auftraggeber. Hinsichtlich der Ausgestaltung des „wie“ der Beschaffung unterliegt der Auftraggeber ggf. den Zwängen des Vergaberechts.

Die Ansicht des KG konsequent zu Ende gedacht, führte das Fehlen einer ausdrücklichen Zuständigkeitszuweisung dazu, dass es dem Land Berlin überhaupt untersagt wäre, Software zu entwickeln und zu pflegen. Dies kann allein schon deshalb nicht überzeugen, weil die Pflege (Wartung, Updates, Anpassung im Betrieb⁷⁴⁹) für die ordnungsgemäße Funktion der Software und damit auch für die Ausführung der Aufgabe unerlässlich ist.

Die Beteiligten müssen nicht jeweils für dieselbe Aufgabe zuständig sein – die gemeinsam wahrzunehmenden Aufgaben können sich auch ergänzen. Die Zuständigkeit für die Wahrnehmung der jeweiligen Aufgabe muss sich zudem nicht aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Zuständigkeitszuweisung ergeben. Es genügt, dass sich die Verpflichtung zur Ausführung der Aufgabe aus gesetzlichen Auffangtatbeständen oder auch aus bloßen vertraglichen Bestimmungen ergibt. Eine solche vertragliche Regelung wird sich bei dem Vorliegen einer Zweckvereinbarung stets in dieser wiederfinden. Auch wenn die hoheitliche Zuständigkeit für die Aufgabenerfüllung auf den Deleganten übergeht, hat der Delegatar im Rahmen der vereinbarten Zusammenarbeit – sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind – einen Beitrag zur Leistungserbringung zu liefern. Zur Erfüllung dieses Beitrages ist der Delegatar verpflichtet, sodass er diese Leistung zu erbringen i.S. des Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU hat.

⁷⁴⁶ Bspw. § 4 Abs. 1 Satz 2 BerlAZG: „Alle dort nicht aufgeführten Aufgaben sind Aufgaben der Bezirke.“

⁷⁴⁷ Übersicht bei Seiler in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2017, Art. 70 GG Rn. 23f.

⁷⁴⁸ Übersicht bei Seiler in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2017, Art. 70 GG Rn. 24f.

⁷⁴⁹ Siehe Martens, KommJur 2007, 94, 99.

6.3.2.3 Bedeutung für delegierende Zweckvereinbarungen

Delegierende Zweckvereinbarungen werden die genannten Voraussetzungen stets erfüllen können. So sprechen die jeweiligen Landesgesetze davon, dass „Aufgaben der Beteiligten“⁷⁵⁰ übernommen werden. Die Gesetze erlauben eine Zweckvereinbarung nur dann, wenn der Delegatar selbst für die übertragene Aufgabe zuständig war. Dass diese Voraussetzung zwingend gegeben sein muss, folgt bereits daraus, dass eine öffentliche Stelle nur eigene Zuständigkeiten abgeben kann und nicht über die Aufgaben Dritter verfügen darf.

Das Erfordernis, dass die Beteiligten an der Zusammenarbeit zur Ausführung der Aufgabe verpflichtet sind, es sich mithin nicht um eine freiwillige Aufgabenwahrnehmung handelt, ist bei einer delegierenden Zweckvereinbarung ebenfalls sichergestellt. Die zwingend zu vereinbarenden Beiträge zur Leistungserbringung begründen bereits für sich genommen eine Zuständigkeit und auch Verpflichtung, diese Rechte einzufordern und die Pflichten auch wahrzunehmen. Dies folgt, wenn man die vertragliche Regelung für sich genommen nicht ausreichen ließe, daraus, dass die delegierende Einrichtung zur Erfüllung der übertragenen Aufgabe auf ihrem Hoheitsgebiet jedenfalls gegenüber ihren Bürgern verpflichtet bleibt.

Die nationale Rechtsprechung des OLG Celle⁷⁵¹, welches der Ansicht ist, dass eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit bei einer Zuständigkeitsdelegation nicht möglich sei, da eine gemeinsame Aufgabe durch die Abgabe der Zuständigkeit entfalle, kann damit unter Geltung der RL 2014/24/EU nicht aufrecht erhalten werden.

6.3.3 Öffentliche Aufgaben

Eine vergaberechtsfreie horizontale Zusammenarbeit erfordert, dass eine „öffentliche“ Aufgabe gemeinsam wahrgenommen wird. In den anderen Sprachfassungen werden teilweise unterschiedliche Bezeichnungen der zulässigen Aufgaben gewählt. So spricht zwar die englische Fassung von „public services“, was der Bezeichnung in Art. 1 Abs. 6 und Erwägungsgrund 33 Abs. 3 RL 2014/24/EU entspricht. Die französische Sprachfassung hingegen wählt in Art. 12 Abs. 4 lit. a) und Erwägungsgrund 33 Abs. 3 RL 2014/24/EU den Begriff der „services publics“, in Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU jedoch den der „missions publics“. Dieser Diskrepanz ist wohl keine Bedeutung beizumessen. Der EuGH hat in seinen

⁷⁵⁰ So § 23 Abs. 1, 2 GkG NRW.

⁷⁵¹ OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180 Rn. 80 – juris.

französischen Sprachfassungen teilweise den Begriff der „missions de service public“ für „öffentliche Aufgaben“ verwendet, sodass auch hier von einem Synonym auszugehen ist.

Wie in Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU ist somit der Begriff der öffentlichen Aufgaben im Sinne der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu verstehen.⁷⁵²

Aufgrund der umfassenden Einzelfallrechtsprechung des EuGH zum Vorliegen von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und der abstrakten Kriterien des Primärrechts und der Mitteilungen der Kommission ist stets eine intensive Auseinandersetzung mit der Frage, ob solche Dienste vorliegen, und wie diese im konkreten Fall ausgeführt werden, geboten. Eine pauschale Freistellung bestimmter Dienste vom Vergaberecht existiert nicht.⁷⁵³ Eine umfassende Dokumentation ist hier für die öffentlichen Auftraggeber, welche sich auf den Ausnahmetatbestand berufen, unerlässlich.

6.3.3.1 Erwägungsgrund 33 Abs. 1 RL 2014/24/EU – Erweiterung des Aufgabenkreises?

Erwägungsgrund 33 Abs. 1 Satz 2 und 3 beschreiben die von einer Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten näher. So sollen „alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den teilnehmenden Stellen zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden“, zulässiger Gegenstand einer Zusammenarbeit sein. Abs. 1 Satz 2 zählt sowohl „gesetzliche“ als auch „freiwillige Aufgaben“ zu den erfassten Dienstleistungen.⁷⁵⁴ Schließlich bestimmt Abs. 1 Satz 3, dass die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen nicht notwendigerweise identisch sein müssen; sie können sich auch ergänzen.

Nach dem Wortlaut dieser Regelungen soll es somit weder auf die Art der wahrgenommenen Aufgaben ankommen noch darauf, ob die wahrgenommene Aufgabe überhaupt in die Zuständigkeit jedes beteiligten Auftraggebers fällt.

Dieser Befund überrascht, da sich diese Aussage weder im materiellen Text des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU noch in den weiteren zwei Absätzen des Erwägungsgrundes 33 findet. So zählt Abs. 2 des Erwägungsgrundes 33 RL 2014/24/EU Anforderungen an die gemeinsame Erbringung „öffentlicher Dienstleistungen“ auf, ohne den in Abs. 1 erwähnten umfassenden Aufgabenbegriff aufzugreifen. Ebenso spricht Abs. 3 Satz 2 Erwägungsgrund 33 RL

⁷⁵² Hierzu ausführlich oben 6.2.2.1.

⁷⁵³ So auch Siebler, Privilegierung von Public-Public-Partnerships im europäischen Vergaberecht, S. 287, 289.

⁷⁵⁴ So auch Schwab/Giesemann, VergabeR 2014, 351, 357.

2014/24/EU von der gemeinsamen Ausführung der betreffenden „öffentlichen“ Dienstleistung. Erwägungsgrund 33 Abs. 1 RL 2014/24/EU steht zudem im Widerspruch zu Erwägungsgrund 31 Abs. 2 Satz 3, Hs. 2 RL 2014/24/EU. Dort ist dargelegt, dass die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht die Freiheit der öffentlichen Stellen beschränken soll, die ihnen übertragenen „öffentlichen“ Aufgaben auszuüben. Hieraus folgt, wie bereits aus dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU, dass es sich zum einen um „öffentliche“ Aufgaben handeln muss. Zum anderen wiederholt Erwägungsgrund 31 Abs. 2 Satz 3, Hs. 2 RL 2014/24/EU das Erfordernis, dass die jeweilige Aufgabe dem öffentlichen Auftraggeber übertragen sein muss, dieser folglich für die Ausführung der Aufgabe zuständig ist. Freiwillige Aufgaben sind einer öffentlichen Stelle nicht übertragen – es steht ihnen frei, die jeweilige Aufgabe wahrzunehmen oder nicht. Dies steht im Einklang mit Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU, welcher „zu erbringende“ öffentliche Aufgaben als Gegenstand einer Zusammenarbeit erfordert.⁷⁵⁵

Der offensichtliche Widerspruch zwischen der Regelung des Erwägungsgrundes 33 Abs. 1 und den weiteren Regelungen der RL 2014/24/EU zur vergaberechtsfreien Zusammenarbeit kann darauf zurückzuführen sein, dass im Zuge des Gesetzgebungsprozesses aufgekommene Forderungen für einen weiten Anwendungsbereich öffentlich-öffentlicher Kooperationen noch berücksichtigt werden sollten. Möglicherweise wurde eine Übernahme des Textes des Erwägungsgrundes 33 in die weiteren Vorschriften schlicht vergessen. Die Hintergründe sind rechtlich hingegen unbeachtlich. Aufgrund der eingangs⁷⁵⁶ dargestellten Erwägungen zur Bedeutung und Rechtsnatur von Erwägungsgründen sind diese nicht geeignet, den Wortlaut der verbindlichen Bestimmungen einer Richtlinie abzuändern oder diesem einen Inhalt zu verleihen, welcher ihm von sich aus nicht zu entnehmen ist. Es bleibt somit bei dem Erfordernis, dass die öffentlichen Auftraggeber eine „öffentliche“ Aufgabe wahrnehmen müssen, um den Ausnahmetatbestand des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU zu erfüllen.⁷⁵⁷

Fruhmann weist ebenfalls zutreffend darauf hin, dass Aufgaben, welche freiwillig durch einen öffentlichen Auftraggeber wahrgenommen werden, keine geeignete Grundlage für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit darstellen.⁷⁵⁸ Solche Aufgaben sind im deutschen Recht überdies kaum anzutreffen.⁷⁵⁹ Dies folgt zunächst daraus, dass Gemeinden i.S.v. Art.

⁷⁵⁵ Hierzu oben 6.3.2.

⁷⁵⁶ S.o. 6.1.

⁷⁵⁷ Dies verkennt Sudbrock, *KommJur* 2014, 41, 46.

⁷⁵⁸ *Fruhmann* in: FS Marx, S. 145, 162; dies verkennen Schwab/Giesemann, *VergabeR* 2014, 351, 356.

⁷⁵⁹ Siehe aber OLG München, Beschluss vom 21.2.2013 – Verg 21/12 zum freiwilligen Betrieb einer Krankenhausapotheke nach dem ApoG.

28 GG mit einer Allgemeinzuständigkeit für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ausgestattet sind. Folglich sind ihre Aufgaben gesetzlich verankert. Selbiges gilt für die unmittelbare Staatsverwaltung wie etwa den Bund und die Länder, deren Zuständigkeiten sich aus dem Grundgesetz ergeben.⁷⁶⁰ Für privatrechtlich organisierte öffentliche Auftraggeber haben die Regelungen über Zweckvereinbarungen keine Relevanz, da diese Auftraggeber nach deutschem Recht keine Zweckvereinbarungen abschließen dürfen.⁷⁶¹

Im Ergebnis ist festzustellen, dass sämtliche (öffentliche)⁷⁶² Aufgaben Gegenstand einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit sein können, zu deren Ausführung die jeweiligen Beteiligten an der Zusammenarbeit verpflichtet sind. Aufgaben, deren Wahrnehmung freiwillig erfolgt, sind hingegen kein tauglicher Gegenstand einer Zusammenarbeit.

6.3.3.2 Bedeutung für delegierende Zweckvereinbarungen

Die Beschränkung vergaberechtsfreier Zusammenarbeit auf die Ausführung öffentlicher Aufgaben wirkt sich unmittelbar auf die vergaberechtliche Bewertung delegierender Zweckvereinbarungen aus.

Sämtliche Landesgesetze zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit sehen keinerlei Beschränkung hinsichtlich der Natur der zu übertragenden Aufgaben vor. Das Landesrecht erlaubt den Abschluss von Zweckvereinbarungen über sämtliche Aufgaben, für deren Erfüllung die Beteiligten zuständig sind.

Unter Geltung der RL 2014/24/EU werden nur solche Zweckvereinbarungen den Ausnahmetatbestand des Art. 12 Abs. 4 in Anspruch nehmen können, welche die gemeinsame Wahrnehmung „öffentlicher“ Aufgaben zum Gegenstand haben.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den bereits dargestellten Zielsetzungen des Vergaberechts sowie dem Stellenwert der mitgliedstaatlichen Entscheidungsspielräume hinsichtlich der Gestaltung der Ausführung öffentlicher Dienstleistungen, welche ihnen das Europarecht einräumt.

Die Beschränkung vergaberechtsfreier Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben berücksichtigt insbesondere das Ziel der EU, einen gemeinsamen Binnenmarkt mit entwickeltem Wettbewerb zu schaffen. Um dies zu

⁷⁶⁰ Art. 70ff. GG. Art. 70 GG bestimmt zudem die grundsätzliche Zuständigkeit der Länder.

⁷⁶¹ S.o. 2.3, mit Ausnahme von Niedersachsen.

⁷⁶² Hierzu der nächste Gliederungspunkt.

gewährleisten, darf der Anwendungsbereich für die Wettbewerbsregeln nicht über das Maß hinaus verkleinert werden, welches erforderlich ist, um den berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen. Dieses mitgliedstaatliche Interesse besteht insbesondere in der Achtung ihrer nationalen Identität und damit der kommunalen und lokalen Selbstverwaltung, Art. 4 Abs. 2 EUV. Diese ist in einem Umfang zu gewährleisten, welcher die Identität achtet, ohne sie in ihrem Bestand anzugreifen.

Der Unionsgesetzgeber hat sich in Anbetracht dieser Konfliktlage dafür entschieden, der lokalen Selbstverwaltung durch die Ermöglichung einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit Rechnung zu tragen. Die Identität der Mitgliedstaaten wird jedoch nicht durch sämtliche ihnen zustehende Aufgaben definiert, sondern insbesondere durch ihnen obliegende öffentliche Aufgaben, welche einen besonderen Schutz durch das europäische Primärrecht in Art. 14 AEUV und Protokoll 26 genießen. Diese Auffassung der nationalen Identität bestätigt sich auch durch den oben 3.1 dargestellten Schutz der Organisationshoheit nach der Rechtsprechung des BVerfG. Wie sich aus dieser Rechtsprechung und der hieraus abgeleiteten Literatur ergibt, wird die Organisationshoheit zwar in ihrem Kernbestand geschützt, jedoch von vornherein nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet.

Durch die Beschränkung einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit auf die gemeinsame Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben wird es Gemeinden und Kommunen keinesfalls verwehrt, zur Erfüllung ihrer Aufgaben zusammenzuarbeiten. So haben sie bereits nach nationalem Recht die Anforderungen der jeweiligen Landesgesetze zu beachten. Diese Beschränkungen sind, soweit ersichtlich, noch nicht aufgrund einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Selbstverwaltungsgarantie zur Diskussion gestellt worden. Der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie wird auch deshalb nicht berührt, da die Ausführung öffentlicher Aufgaben i.S.d. RL 2014/24/EU den Großteil der kommunalen Aufgaben abdecken wird, sodass lediglich wenige Aufgaben überhaupt von den als Restriktionen empfundenen Regelungen der Vergaberichtlinien betroffen sein werden. Das schützenswerte Interesse der Rechtsträger der Selbstverwaltungsgarantie muss umso geringer bewertet werden, als die Aufgaben weniger den Kernaufgaben der Rechtsträger zur Erfüllung ihrer Selbstverwaltungsaufgaben und der Gewährleistung der Daseinsvorsorge im eigenen Hoheitsgebiet dienen.

Durch eine Beschränkung der Zusammenarbeit auf öffentliche Aufgaben wird zudem dem Wettbewerbsgedanken des AEUV Rechnung getragen, da die weiteren Aufgaben im Wettbewerb verbleiben und sich dort, sofern sich der öffentliche Auftraggeber für eine

Beschaffung am Markt entscheidet, der Verwirklichung des Binnenmarkts dienen können. Mit dieser Regelung ist auch kein von kommunaler Seite befürchteter und entschieden abgelehnter Privatisierungszwang verbunden. Dies ist zum einen in Erwägungsgrund 5 RL 2014/24/EU ausdrücklich geregelt und entspricht auch sonst der Rechtsnatur des Vergaberechts, welches lediglich Privatisierungsfolgenrecht⁷⁶³ darstellt, und die Entscheidung öffentlicher Auftraggeber darüber, *ob* sie ihre Leistungen am Markt erwerben wollen, nicht beeinflusst.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist öffentlichen Auftraggebern beim Abschluss von Zweckvereinbarungen dazu zu raten, den Charakter wahrzunehmender Aufgaben ausführlich zu dokumentieren. Auf diese Weise können Nachprüfungsverfahren, welche die Eigenschaft der Aufgaben als öffentliche Aufgaben in Zweifel ziehen, durch transparentes Vorgehen vermieden werden. Aufgrund des weiten Ermessensspielraumes bei der Bestimmung der DAWI und der entsprechenden Kasuistik zu dieser Frage können Zweckvereinbarungen auch weiterhin rechtssicher gestaltet werden.

6.3.4 Im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele

Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU erfordert schließlich, dass die Zusammenarbeit im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt wird.⁷⁶⁴ Diese Formulierung war weder im Kommissionsentwurf enthalten, noch beinhalten die Erwägungsgründe Anhaltspunkte zur Auslegung dieses Erfordernisses. Auch die Rechtsprechung des EuGH hatte diese zusätzliche Voraussetzung bislang nicht gefordert. Zu beachten ist, dass die Erreichung gemeinsamer Ziele nicht dem weiterhin enthaltenen Erfordernis entspricht, dass die Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird, welche sich in Art. 12 Abs. 4 lit. b) RL 2014/24/EU findet.

Unklar bleibt, welcher Natur die gemeinsamen Ziele sein müssen. In Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 4 lit. b) RL 2014/24/EU, welcher fordert, dass die Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem „öffentlichen“ Interesse bestimmt wird, sind nach Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU lediglich „gemeinsame“ Ziele Tatbestandsvoraussetzung.

⁷⁶³ Statt aller Burgi, NVwZ 2001, 601.

⁷⁶⁴ Englische Fassung: „a view to achieving objectives they have in common“; französische Fassung: „en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun“.

Da weitere Anhaltspunkte nicht gegeben sind, ist davon auszugehen, dass die gemeinsamen Ziele nicht im öffentlichen Interesse liegen müssen. Da diese Einschränkung – jedenfalls im Rahmen des Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU – nicht besteht, dürfen auch wirtschaftliche Interessen an der Zusammenarbeit als zulässiges Ziel angesehen werden, obwohl der EuGH entschieden hat, dass an rein finanziellen Interessen kein Allgemeininteresse besteht.⁷⁶⁵

Diese Zielsetzung entspricht auch den am häufigsten angeführten Zielen für den Abschluss einer Zweckvereinbarung nach deutschem Landesrecht, mit der insbesondere Synergieeffekte erzielt werden sollen.⁷⁶⁶ Diese stellen stets gemeinsame Ziele dar, da deren Ergebnisse allen Beteiligten zugutekommen.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Voraussetzung gemeinsamer Ziele Bestandteil des für eine Zusammenarbeit erforderlichen kooperativen Konzepts ist. Diesem genügt die Zusammenarbeit nur dann, wenn sie auch allen Beteiligten zugutekommen soll. Soll die Zusammenarbeit im Ergebnis lediglich einem Beteiligten oder einem Dritten dienen, so kann nicht mehr von einer Zusammenarbeit gesprochen werden; es liegt eine dann vielmehr eine einseitige Leistungserbringung vor.

Zu beachten ist auch an dieser Stelle, dass die gemeinsamen Ziele dokumentiert werden sollten, um im Falle eines Nachprüfungsverfahrens das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit belegen zu können. Hier wird der bloße Hinweis, dass mit der Zusammenarbeit Synergieeffekte erzielt werden sollen, nicht ausreichen. Vielmehr wird erforderlich sein, dass sich das Ziel tatsächlich durch die Zusammenarbeit erreichen lässt. So sind die beabsichtigten Effekte nachvollziehbar zu begründen und darzulegen. Anderenfalls bestünde die Gefahr gezielter Umgehungen einer Ausschreibungspflicht, welche nach der Rechtsprechung des EuGH unzulässig sind.⁷⁶⁷

6.3.5 Durchführung ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt

Art. 12 Abs. 4 lit. b) RL 2014/24/EU fordert, dass die „Durchführung“ der Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird. Der Kommissionsentwurf beinhaltete noch, dass „die Vereinbarung [...] nur durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt“ wird.⁷⁶⁸

⁷⁶⁵ EuGH, Urteil vom 16.1.2003 – C-388/01 – Kommission/Italien, Slg. 2003, I-721 Rn. 19, 22.

⁷⁶⁶ S.o. 2.; so auch KOM SEK[2011] 1169 endg. S. 17.

⁷⁶⁷ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 48.

⁷⁶⁸ Art. 11 Abs. 4 lit. b) KOM(2011) 896 endg.

Der Unionsgesetzgeber legt unterschiedliche Maßstäbe für die mit dem „Zustandekommen“ der Zusammenarbeit und ihrer „Durchführung“ verbundenen Ziele an. Für den Abschluss genügen, wie soeben dargestellt, „gemeinsame Ziele“, während die Durchführung ausschließlich durch Überlegungen des „öffentlichen Interesses“ bestimmt sein darf.

Die Ausrichtung der Zusammenarbeit anhand von öffentlichen Interessen dient insbesondere der Abgrenzung zu einer Markttätigkeit der Beteiligten an der Zusammenarbeit.⁷⁶⁹ Die Zusammenarbeit darf nicht dazu führen, dass sich durch sie eine Konkurrenz zu privaten Wettbewerbern bildet, welche ebenfalls auf dem Markt tätig sind. Das Ziel des Vergaberechts, die Marktmacht öffentlicher Auftraggeber zu beschränken, würde nicht erreicht, wenn der Staat durch eine Zusammenarbeit seiner Stellen spürbaren Einfluss auf den Markt nehmen könnte. Aus diesem Grund beschränkt – über Art. 12 Abs. 4 lit. b) RL 2014/24/EU hinaus – Art. 12 Abs. 4 lit. c) RL 2014/24/EU den Umfang der zulässigen Markttätigkeit der an der Zusammenarbeit beteiligten Auftraggeber auf 20%.⁷⁷⁰

6.3.5.1 Finanzielle Interessen zulässig?

Wie bereits dargestellt, genügen bloße finanzielle Interessen grundsätzlich nicht, um ein öffentliches Interesse an der gemeinsamen Aufgabenausführung zu begründen.⁷⁷¹ Anderenfalls stünde es der öffentlichen Hand offen, das öffentliche Interesse an der gemeinsamen Durchführung öffentlicher Aufgaben selbst herbeizuführen.

Erwägungsgrund 33 Abs. 3 Satz 3 RL 2014/24/EU beinhaltet jedoch eine Erweiterung des Begriffes des „öffentlichen Interesses“. Dort ist geregelt, dass für die Durchführung der Zusammenarbeit „einschließlich etwaiger Finanztransfers“ zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich sein sollten. Erwägungsgrund 33 Abs. 3 Satz 3 RL 2014/24/EU legt hiermit zunächst Finanztransfers als im Rahmen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zulässigen Bestandteil der Vereinbarung über die Zusammenarbeit fest. Die Formulierung ist eindeutig dahingehend zu verstehen, dass das Interesse an einem Finanztransfer für sich genommen nicht als öffentliches Interesse anzusehen sein soll. Vielmehr muss Grund für den Finanztransfer im öffentlichen Interesse liegen.

⁷⁶⁹ So auch Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 658; OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180 Rn. 82 – juris.

⁷⁷⁰ S.u. 6.3.6.; diese Regelung übersieht das OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180.

⁷⁷¹ EuGH, Urteil vom 16.1.2003 – C-388/01 – Kommission/Italien, Slg. 2003, I-721 Rn. 19, 22.

Im Kommissionsvorschlag⁷⁷² sah noch Art. 11 Abs. 4 lit. d) die Regelung vor, dass „die Vereinbarung [...] keine anderen Finanztransfers zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern als jene [betrifft], die die Rückzahlung der tatsächlichen Kosten der Bauarbeiten, Dienstleistungen oder Lieferungen betreffen“.⁷⁷³

Diese Formulierung entsprach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“.⁷⁷⁴ Dieser hatte entschieden, dass Finanztransfers zwischen den Beteiligten der Zusammenarbeit zulässig sind. Die im Vertrag vorgesehenen Finanztransfers der Landkreise an die Stadtreinigung Hamburg gingen nicht über das Entgelt hinaus, welches die Stadtreinigung an den Betreiber der Anlage für den auf die Landkreise entfallenden Teil des Abfalls entrichtete. Es handelte sich damit um einen Fall der bloßen Kostenerstattung, welcher nach Ansicht des EuGH mit einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit vereinbar war.⁷⁷⁵

Aus der Rechtsprechung des EuGH zum Tatbestandsmerkmal „Entgeltlichkeit“ des öffentlichen Auftrages folgt jedoch auch, dass auch eine bloße Kostenerstattung als Entgelt anzusehen ist.⁷⁷⁶ Aus diesem Grunde muss für dieses Entgelt ein öffentliches Interesse bestehen, um eine Abgrenzung der vergaberechtsfreien Zusammenarbeit von einem klassischen öffentlichen Auftrag herbeiführen zu können. Verzichtete man auf dieses Erfordernis, so könnten auch Vereinbarungen unter den Ausnahmetatbestand fallen, in welchen an dem Finanztransfer kein öffentliches Interesse besteht. Solche Konstellationen entsprechen funktional einer entgeltlichen Beschaffung am Markt.

Diesen Aspekt hat insbesondere das OLG München⁷⁷⁷ hervorgehoben. Dieses kam bei der Analyse der zu prüfenden Vereinbarung zu dem Ergebnis, dass eine über eine bloße Kostenerstattung hinausgehende Vergütung nach einem näher beschriebenen Umlagesystem erfolgte, welche es dem „Kooperationspartner“ ermöglichte, über eine Kostenerstattung hinausgehende Gewinne aus der Zusammenarbeit realisieren zu können.⁷⁷⁸ In der Literatur wird dies aufgegriffen und gefordert, dass eine Gewinnerzielung

⁷⁷² KOM(2011)896 S. 52.

⁷⁷³ Hierzu Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 659.

⁷⁷⁴ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 43.

⁷⁷⁵ Hiervon geht auch das OLG München, Beschluss vom 21.2.2013 – Verg 21/12 Rn. 62, 73 – juris, aus.

⁷⁷⁶ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 29; Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 25.3.2012 zu C-159/11 Rn. 33; ausführlich OLG Naumburg, Beschluss vom 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58, 62; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3, 3. Auflage 2007, Rn. 2013, 2489.

⁷⁷⁷ S.o. 5.3.2.2.

⁷⁷⁸ OLG München, Beschluss vom 21.2.2013 – Verg 21/12, NZBau 2013, 458 Rn. 73 – juris.

ausgeschlossen werden müsse⁷⁷⁹ bzw. die Aktivitäten der Vertragspartner nicht vorrangig von der Gewinnerzielung getrieben sein dürfen⁷⁸⁰.

Die letztgenannte Ansicht ist unter der RL 2014/24/EU nicht mehr aufrechtzuerhalten. Eine über eine bloße Kostenerstattung hinausgehende Vergütung der zu erbringenden Leistungen liegt nicht im öffentlichen Interesse. Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU fordert aber ausdrücklich, dass die Durchführung der Zusammenarbeit „ausschließlich“ durch Überlegungen, die im öffentlichen Interesse liegen, bestimmt sein muss. Ein öffentliches Interesse besteht insbesondere daran, dass der Staat seine Mittel wirtschaftlich, sparsam und effizient einsetzt. Der wirtschaftliche Hintergrund für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit besteht primär auch darin, durch eine gemeinsame Aufgabenerledigung Synergieeffekte zu schaffen und damit die öffentlichen Haushaltsmittel effizient einsetzen zu können, ohne sich hierfür auf dem Markt an externe Dritte wenden zu müssen. Es darf als nicht im öffentlichen Interesse liegend angesehen werden, wenn öffentliche Auftraggeber einander mit einer über eine bloße Kostenerstattung hinausgehenden Vergütung bedenken.

Somit ist festzuhalten, dass sich der Kommissionsvorschlag und die verabschiedete Fassung der RL 2014/24/EU sprachlich zwar unterscheiden, im Ergebnis jedoch inhaltlich keine Unterschiede hinsichtlich vereinbarter Finanztransfers bestehen. Diese sind, sofern sie ausschließlich entstehende Kosten decken, im Rahmen einer Zusammenarbeit zulässig und stehen einer Ausschreibungsfreiheit nicht entgegen.

6.3.5.2 Bedeutung für delegierende Zweckvereinbarungen

Wie unter 2.8 dargestellt, müssen öffentliche Stellen beim Abschluss einer delegierenden Zweckvereinbarung stets eine Regelung zur Kostenerstattung treffen. Aufgrund der Anforderungen einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung darf zudem mit der Durchführung der Vereinbarung keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt werden.

Die landesrechtlichen Regelungen über die kommunale Zusammenarbeit werden den unionsrechtlichen Vorgaben der RL 2014/24/EU an eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit folglich gerecht. Die bei einer Zweckvereinbarung vorzusehenden Finanztransfers sind bereits von Gesetzes wegen auf eine Kostenerstattung begrenzt, sodass eine Durchführung der wahrgenommenen Aufgabe zur Verfolgung öffentlicher Interessen nicht ausgeschlossen wird. Die eingangs dargestellten Gründe für den

⁷⁷⁹ So von Strenge, NordÖR 2011, 216, 218.

⁷⁸⁰ So Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 658.

Abschluss einer Zweckvereinbarung sind auch als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen.

Im Rahmen des Abschlusses der Zweckvereinbarung ist den beteiligten Stellen zu raten, die vereinbarten Finanztransfers transparent niederzulegen und insbesondere auszuschließen, dass mit dem Abschluss Gewinne erzielt werden. Sollten solche trotzdem anfallen, ist eine Regelung vorzusehen, welche eine Rückführung der erzielten Gewinne auf den Delegatar vorsieht. Entsprechend ist eine Regelung über eine regelmäßige Kontrolle und Anpassung der Finanztransfers anzuraten, um die Wahrung der öffentlichen Interessen nicht zu gefährden.

6.3.6 Markttätigkeit von weniger als 20 %

Die Kommission war noch in ihrem Arbeitsdokument der Ansicht, eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit sei bei Tätigkeiten unzulässig, welche die Beteiligten zudem auf dem Markt erbringen.⁷⁸¹ Diese Auffassung konnte sich im Rechtssetzungsprozess nicht durchsetzen.

Bereits im Kommissionsvorschlag war dieses Tatbestandsmerkmal enthalten, wobei der Anteil der erlaubten Markttätigkeit noch auf 10% festgesetzt war.⁷⁸² Die Anpassung auf 20% erlaubten Drittumsatz hat auch die entsprechende Regelung des Wesentlichkeitskriteriums für In-House-Vergaben in Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) RL 2014/24/EU erfahren.

Die Regelung eröffnet öffentlichen Auftraggebern weitere Spielräume bei der Ausführung von Leistungen und deren Erbringung auf dem Markt.⁷⁸³ Unter einer Tätigkeit auf dem Markt versteht man hierbei das Anbieten und Ausführen der betreffenden Leistung im Rahmen privatwirtschaftlicher Tätigkeit für an der Vereinbarung nicht beteiligte Dritte.⁷⁸⁴

In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der EuGH einen solchen Spielraum für öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer Zusammenarbeit nicht vorgesehen und auch nicht angedeutet. Auch die Kommission war noch Ende 2011 davon ausgegangen, dass eine Markttätigkeit im Rahmen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit im Prinzip nicht zulässig sein sollte.⁷⁸⁵ Das OLG Düsseldorf hat hingegen bereits angedeutet, das Wesentlichkeitskriterium der In-House-Vergabe auf eine öffentlich-öffentliche

⁷⁸¹ KOM SEK(2011) 1169 endg. S. 17 Ziff. 3.3.3.

⁷⁸² Art. 11 Abs. 4 lit. c) KOM(2011) 896.

⁷⁸³ So Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 658.

⁷⁸⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.7.2011 – Verg 20/11, NZBau 2012, 50, 52; Dünchheim/Bremke, KommJur 2012, 128; Schröder, NVwZ 2011, 776.

⁷⁸⁵ KOM SEK(2011) 1169 S. 16f.

Zusammenarbeit übertragen zu wollen.⁷⁸⁶ Faktisch stellt die Eröffnung der Möglichkeit einer Markttätigkeit bei der Durchführung einer Zusammenarbeit eine Harmonisierung von vertikaler In-House-Vergabe und horizontaler Zusammenarbeit dar.⁷⁸⁷

In der Literatur wird die Erlaubnis, dass die mit der Zusammenarbeit wahrgenommenen Aufgaben überhaupt auf dem Markt angeboten werden, kritisiert. Nach Ansicht von *Fruhmann* sei eine Tätigkeit auf dem Markt ohnehin nicht möglich, da Gegenstand der Zusammenarbeit ausschließlich öffentliche Aufgaben sein dürfen, deren Ausführung ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt werden dürfe.⁷⁸⁸ Das KG hat ebenfalls ausgeführt, dass das Anbieten von Softwareprodukten „am Markt“, d.h. zu Preisen und Konditionen eines zumindest im Wesentlichen freien Wettbewerbs, kein öffentliches Interesse verfolgt.⁷⁸⁹

Diesen Bedenken zum Trotz steht zusammenarbeitenden öffentlichen Auftragnehmern nun die Möglichkeit offen, Umsätze auch auf dem Markt zu erwirtschaften. Der wettbewerbsfreundlichen Ansicht hat der Unionsgesetzgeber mit der Schaffung des Art. 12 Abs. 4 lit. c) RL 2014/24/EU eine Absage erteilt.

Hierdurch besteht die Gefahr, dass Wettbewerbsverfälschungen dadurch auftreten können, dass Zusammenschlüsse öffentlicher Auftraggeber mit Wirtschaftsteilnehmern in Wettbewerb treten können. Der EuGH hat zwar die Schaffung des Wesentlichkeitskriteriums im Rahmen der in-House-Vergabe gerade damit begründet, solche Wettbewerbsverfälschungen unterbinden zu wollen.⁷⁹⁰ Gerade dadurch, dass öffentliche Auftraggeber vergaberechtsfrei zusammenarbeiten dürfen, steht ihnen ein Instrument zur Verfügung, Strukturen umfassenden Ausmaßes zu erschaffen. Je umfangreicher diese Zusammenarbeit stattfindet, desto größer fällt der 20%ige Anteil zulässiger Markttätigkeit aus. Dieser Anteil kann, besonders auf Märkten, welche besonders eng sind oder deren Nachfrage fast ausschließlich durch die öffentliche Hand gestellt wird, Größenordnungen einer marktbeherrschenden Stellung erreichen.

⁷⁸⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.7.2011 – Verg 20/11, NZBau 2012, 50, 52; dies aufgreifend OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180 Rn. 82 – juris.

⁷⁸⁷ Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653, 658.

⁷⁸⁸ Fruhmann in: FS Marx, S. 145, 163.

⁷⁸⁹ KG, Beschluss vom 16.9.2013 – Verg 4/13, NZBau 2014, 62 Rn. 28 – juris.

⁷⁹⁰ EuGH, Urteil vom 11.5.2006 – C-340/04 – Carbotermo, Slg. 2006, I-4137 Rn. 59, 60; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.7.2011 – Verg 20/11, NZBau 2012, 50, 52; Beschluss vom 2.3.2011 – Verg 48/10, NZBau 2011, 244, 248; zustimmend Burgi, NZBau 2012, 601, 605.

Beispielhaft kann der Sachverhalt in der Vorlageentscheidung des OLG Celle angeführt werden: Die dort innerhalb des Zweckverbandes gebündelten Entsorgungsleistungen hatten einen Umfang von ca. 190 Millionen Euro pro Jahr,⁷⁹¹ wobei der maßgebliche Schwellenwert für Dienstleistungen bei lediglich 207.000,00 € liegt. Der Zweckverband durfte hiernach, um das Wesentlichkeitskriterium zu erfüllen, im Umfang von 38 Millionen Euro pro Jahr Entsorgungsleistungen für Dritte auf dem Wettbewerb erbringen.

Die Entscheidung des OLG Celle zeigt zudem auf, dass die Ansicht von *Fruhmann*, für öffentliche Aufgaben existiere kein Markt, nicht zutreffend ist. Der Markt der Abfallentsorgung und –verwertung ist seit jeher ein umkämpfter Markt und Gegenstand diverser Vergabenaachprüfungsverfahren sowie Vertragsverletzungsverfahren.

Für delegierende Zweckvereinbarungen dürfte diese die Aufnahme des Wesentlichkeitskriteriums im Rahmen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nur von beschränkter praktischer Relevanz sein. Mit dem Abschluss delegierender Zweckvereinbarungen wird kein neuer Rechtsträger geschaffen, der auf dem Markt auftreten könnte. Relevant wird die Möglichkeit, Drittumsätze zu erwirtschaften vor allem bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen oder Zweckverbänden, welche als eigene Rechtspersönlichkeiten auf dem Markt Leistungen anbieten.⁷⁹²

Von der vergaberechtlichen Beurteilung abgesehen, wird für öffentliche Auftraggeber zu beachten sein, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand nur in den engen Grenzen des Kommunalwirtschaftsrechts zulässig ist. So bestimmt beispielsweise § 107 GO NRW, dass die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde nur dann zulässig ist, wenn kumulativ ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert, die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und bei einem Tätigwerden außerhalb der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telekommunikationsdienstleistungen der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.⁷⁹³ Ein öffentlicher Zweck liegt hierbei erst dann vor, wenn die Tätigkeit nach den Umständen vernünftigerweise geboten erscheint,

⁷⁹¹ OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180.

⁷⁹² So der Sachverhalt des OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180.

⁷⁹³ Hierzu ausführlich Nierhaus in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Auflage 2011, § 40; Pogoda, LKV 2012, 159; Berghäuser/Gelbe, KommJur 2012, 47; Jungkamp, NVwZ 2010, 546; Schneider, NZBau 2009, 352; aus der Rechtsprechung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.8.2013 – Verg 14/13, NZBau 2014, 57; OVG Münster, Beschluss vom 1.4.2008 – 15 B 122/08, NVwZ 2008, 1031.

ohne allein durch erwerbswirtschaftliche Gründe motiviert zu sein.⁷⁹⁴ Insbesondere ist für die vorliegende Thematik das Wirtschaftlichkeitserfordernis relevant. So darf die betreffende Aufgabe nicht wirtschaftlicher durch ein anderes Unternehmen erbracht werden, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GO NRW.

6.3.7 Keine private Kapitalbeteiligung an den involvierten öffentlichen Auftraggebern

Der Kommissionsvorschlag⁷⁹⁵ sah unter Art. 11 Abs. 4 lit. e) noch ausdrücklich vor, dass keine private Beteiligung an den beteiligten öffentlichen Auftraggebern bestehen dürfe. Diese Voraussetzung ist in der verabschiedeten Fassung der RL 2014/24/EU in Art. 12 Abs. 4 nicht mehr enthalten, wobei Art. 12 Abs. 1 lit. c), Abs. 2 und Abs. 3 lit. c) RL 2014/24/EU für die Regelungen der In-House-Vergabe eine solche Voraussetzung weiterhin vorsehen.

Eine entsprechende Anforderung ist weiterhin in Erwägungsgrund 33 Abs. 3 RL 2014/24/EU enthalten. Dort ist bestimmt, dass „eine vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge hat, indem ein privater Dienstleister besser gestellt wird als seine Wettbewerber“. Aus dieser, der Rechtsprechung des EuGH⁷⁹⁶ nachgebildeten Formulierung lässt sich das Verbot privater Kapitalbeteiligungen ableiten. Der EuGH begründete das Verbot privater Kapitalbeteiligungen damit, dass diese auf Überlegungen beruht, die mit privaten und nicht mit öffentlichen Interessen zusammenhängen⁷⁹⁷ und zudem dem beteiligten Privaten einen wettbewerblichen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten gewähren.⁷⁹⁸ Eine Beteiligung privaten Kapitals führt per se zu einer Berührung der Grundfreiheiten, sodass eine solche die Vergaberechtsfreiheit einer Vereinbarung stets entfallen lässt.⁷⁹⁹

⁷⁹⁴ So OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.8.2013 – Verg 14/13, NZBau 2014, 57, 60; OVG Münster, Beschluss vom 1.4.2008 – 15 B 122/08, NVwZ 2008, 1031, 1035; Beschluss vom 13.8.2003 – 15 B 1137/03, NVwZ 2003, 1520, 1523 m.w.N.

⁷⁹⁵ KOM(2011) 896 endg.

⁷⁹⁶ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 40; Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 35; Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 47; Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 49f.

⁷⁹⁷ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 50.

⁷⁹⁸ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747 Rn. 47; Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 51.

⁷⁹⁹ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 50; Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, § 99 Rn. 148.

Zu demselben Ergebnis gelangen *Schwab/Giesemann*, welche das Verbot privater Kapitalbeteiligungen daraus herleiten, dass eine Zusammenarbeit ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden dürfe.⁸⁰⁰ Diese Argumentation kann jedoch nicht überzeugen, da sich die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber und das Vorhandensein einer privaten (Kapital-)Beteiligung nicht ausschließen. Im Rahmen des § 98 Abs. 2 GWB führt eine private Beteiligung nur dann zum Verlust der öffentlichen Auftraggebereigenschaft, wenn diese die juristische Person nicht überwiegend finanziert oder die Kontrolle ausübt.

Es ist somit davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber das Verbot privater Kapitalbeteiligungen unter das Erfordernis, dass die Zusammenarbeit nur durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird, subsumiert und deshalb auf eine ausdrückliche Regelung im materiellen Teil der Richtlinie verzichtet hat.

Ziekow geht hingegen davon aus, dass die private Beteiligung an einer beteiligten Stelle unschädlich sei.⁸⁰¹ Er begründet dies mit einer Regelung zur In-House-Vergabe, wonach eine private Beteiligung am Auftraggeber, also der beherrschenden Einheit, die Vergaberechtsfreiheit nicht ausschliesse. Da bei einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit sämtliche Beteiligten Auftraggeber seien, gelte dies auch hier. Diese Argumentation ist jedoch nicht überzeugend. Innerhalb einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gibt es bereits begrifflich weder einen Auftraggeber noch einen Auftragnehmer, da eine Aufgabe gemeinsam wahrgenommen wird. Bei einer gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung sind – um in der Terminologie zu bleiben – sämtliche Beteiligte vielmehr als Auftragnehmer anzusehen. Dass eine private Beteiligung an der die Aufgabe ausführenden Stelle einer Vergaberechtsfreiheit entgegensteht, ist für die In-House-Vergabe in Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) und Erwägungsgrund 32 UAbs.2 RL 2014/24/EU geregelt und wird von *Ziekow* auch eingeräumt.⁸⁰² Die private Beteiligung verschafft dem Privaten einen Wettbewerbsvorteil, unabhängig davon, ob er bei einer In-House-Vergabe an der beauftragten Einrichtung oder bei einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit an einem der zusammenarbeitenden Stellen beteiligt ist.⁸⁰³

Die Abweichung zu den genannten Regelungen zur In-House-Vergabe besteht schließlich darin, dass dort eine private Beteiligung unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt wird.

⁸⁰⁰ Schwab/Giesemann, VergabeR 2014, 351, 356.

⁸⁰¹ Ziekow, NZBau 2015, 258, 264.

⁸⁰² Ziekow, NZBau 2015, 258, 260, 264.

⁸⁰³ So im Ergebnis auch Schwab/Giesemann, VergabeR 2014, 351, 356.

Diese Aufweichung des Verbotes privater Kapitalbeteiligungen gilt jedoch nicht im Rahmen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit.

Aus Gründen der Normenklarheit ist dem nationalen Gesetzgeber nichtsdestotrotz anzuraten, dieses zusätzliche Tatbestandsmerkmal ausdrücklich in die nationale Regelung umzusetzen. Hierdurch kann insbesondere der insoweit unterschiedliche Prüfungsmaßstab zwischen In-House-Vergabe und Zusammenarbeit verdeutlicht werden.

6.3.8 Zusammenfassung

Schließen öffentliche Einrichtungen eine delegierende Zweckvereinbarung, kann diese unter den Ausnahmetatbestand des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU fallen. Da Zweckvereinbarungen nur zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden dürfen und zumeist dem Zweck dienen, Synergieeffekte zu erzeugen, wird eine Zweckvereinbarung im Regelfall durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt. Außerdem dient sie in der Regel der Erreichung gemeinsamer Ziele.

Die Untersuchung hat jedoch ergeben, dass eine delegierende Zweckvereinbarung grundsätzlich nicht die Anforderungen der RL 2014/24/EU an eine erforderliche Zusammenarbeit erfüllt. Eine solche Zusammenarbeit besteht nach dem der Richtlinie zugrunde liegenden kooperativen Konzept nur dann, wenn die beteiligten Einrichtungen jeweils einen Beitrag zur Ausführung der wahrgenommenen Aufgaben leisten, wobei die Übernahme wesentlicher Vertragspflichten nicht erforderlich ist. In der Praxis zeigt sich, dass die der übertragenden Einrichtung vorbehaltenen Rechte sich zumeist in bloßen Kontroll- und Gewährleistungsrechten erschöpfen. Diese Rechte erfüllen nicht die Anforderungen der Richtlinie an das geforderte kooperative Konzept, welches ein arbeitsteiliges Zusammenwirken erfordert. Die Rechte und Pflichten der Beteiligten müssen ein „Mehr“ gegenüber einem „klassischen“ Auftrag darstellen, was zwingend einen Beitrag zur Aufgabenwahrnehmung beinhaltet. Erforderlich wird hier sein, dass sämtliche Beteiligten an der Zweckvereinbarung tatsächlich an der Ausführung der Aufgabe mitwirken. Dies kann etwa in Form von personellem Einsatz oder dem Zurverfügungstellen von für die Ausführung erforderlichem Material oder Einrichtungen bestehen. Die bloße Ermöglichung des Zutritts zu den Räumlichkeiten, in denen die Aufgabe ausgeführt werden soll, wie im Fall „Piepenbrock“, wird hierfür jedoch nicht ausreichen.

Eine Erweiterung des Ausnahmetatbestandes im Vergleich zur bisherigen Entscheidungspraxis des EuGH und der diesbezüglichen Auffassung der Kommission hat

die neue RL dadurch geschaffen, dass eine Zusammenarbeit auch dann vergaberechtsfrei sein soll, wenn sich die wahrgenommenen Aufgaben bloß ergänzen. Es muss sich bei den wahrgenommenen Aufgaben nicht um solche handeln, welche sämtlichen Beteiligten jeweils originär obliegen.

Als einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit zugängliche Aufgaben kommen ausschließlich öffentliche Aufgaben in Frage. Dieser Aufgabenbegriff entspricht hierbei dem Begriff der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i.S.v. Art. 14 AEUV. Ob solche Dienste vorliegen, können die Mitgliedstaaten im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessensspielraumes selbst entscheiden, wobei eine Rechtskontrolle stattfindet. Freiwillige Aufgaben kommen für eine Zusammenarbeit nicht in Betracht.

Die zwingend zu vereinbarende Kostenerstattung für die Ausführung der übertragenen Aufgabe steht einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit nicht entgegen. Diese muss jedoch tatsächlich auf eine bloße Kostenerstattung beschränkt bleiben, da die Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen bestimmt sein darf, welche im öffentlichen Interesse liegen. Eine Gewinnerzielung fällt nicht unter das öffentliche Interesse.

Zudem ist die Voraussetzung, dass die beteiligten öffentlichen Auftraggeber „ihre Aufgaben“ gemeinsam wahrnehmen müssen, durch die Regelungen der Landesgesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit erfüllt. Die mit einer delegierenden Zweckvereinbarung zwingend verbundene Zuständigkeitsübertragung führt zwar dazu, dass die übertragende Einheit ihre Zuständigkeit zur Erfüllung der Aufgabe verliert. Die in der Zweckvereinbarung zwingend vorzubehaltenden Einflussnahmerechte stellen jedoch Rechte dar, zu deren Wahrnehmung die übertragende Einrichtung rechtlich verpflichtet ist. Es ist nicht erforderlich, dass die Aufgaben, welche durch die Zweckvereinbarung wahrgenommen werden, den Beteiligten aufgrund eines Gesetzes zugewiesen sind. Erforderlich ist nur, dass die Beteiligten zur Ausführung der Aufgabe verpflichtet sind. Die Beteiligten an einer delegierenden Zweckvereinbarung nehmen somit ihnen obliegende Aufgaben wahr.

6.4 Geltung außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie

Nachdem nun die Anforderungen der Richtlinie an eine vergaberechtsfreie horizontale Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber feststehen, stellt sich die Frage, ob diese Anforderungen auch auf den nicht vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien erfassten Bereich übertragbar sind. Da nunmehr auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in der Richtlinie 2014/23/EU mit einem entsprechenden Ausnahmetatbestand versehen ist,

stellt sich diese Frage für den Bereich unterhalb der jeweiligen Schwellenwerte, welche den Anwendungsbereich der Richtlinien bestimmen.

Die Übertragung dieser Ausnahmetatbestände entspricht hierbei dem Sinn und Zweck der Ausnahmetatbestände und steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH. Der EuGH hat die Kriterien an eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit ausdrücklich unabhängig davon angewendet, ob die Schwellenwerte überschritten waren oder nicht⁸⁰⁴ und sich damit über die Ansicht der Generalanwältin Trstenjak, welche die Frage der Schwellenwertüberschreitung für entscheidungserheblich gehalten hat,⁸⁰⁵ hinweggesetzt. Der EuGH hat dies damit begründet, dass sich die Frage, ob die Grundfreiheiten überhaupt betroffen sein können, unabhängig davon stellt, ob die Schwellenwerte überschritten sind.⁸⁰⁶ Nur bei einer fehlenden Marktberührung sind die Grundfreiheiten nicht tangiert.⁸⁰⁷

Die Kriterien dieser Rechtsprechung hat der Unionsgesetzgeber mit lediglich geringfügigen Änderungen in der RL 2014/24/EU umgesetzt. Da sich die Kriterien insgesamt nicht verschärft haben, ist kein Grund ersichtlich, warum der EuGH die von ihm aufgestellten Anforderungen nicht weiterhin auch auf Sachverhalte übertragen sollte, welche nicht unter den Anwendungsbereich der Richtlinien fallen.

Da das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU im Bereich oberhalb der Schwellenwerte dazu führt, dass die Grundfreiheiten nicht berührt werden, so muss dies erst recht unterhalb der Schwellenwerte gelten.

Anhaltspunkte dafür, dass nunmehr unterhalb der Schwellenwerte abweichende Anforderungen an eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit zu stellen wären, sind nicht ersichtlich und auch nicht indiziert.⁸⁰⁸ Eine divergierende Rechtsprechung wäre zudem aus Gründen der Rechtssicherheit nicht praktikabel.

⁸⁰⁴ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 24 mit Verweis auf Urteil vom 10.9.2009 – C-573/07 – Sea, Slg. 2009, I-8127 Rn. 35–37.

⁸⁰⁵ Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak zu C-159/11 vom 23.5.2012 Rn. 35ff.

⁸⁰⁶ EuGH, Urteil vom 10.9.2009 – C-573/07 – Sea, Slg. 2009, I-8127 Rn. 39f.

⁸⁰⁷ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-00001 Rn. 48; Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 – Parking Brixen, Slg. 2005, I-08585 Rn. 61.

⁸⁰⁸ So auch Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage 2014, § 99 Rn. 136.

An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass die vom EuGH aus den Grundfreiheiten des AEUV hergeleiteten Ausnahmetatbestände von vornherein nur insoweit Geltung beanspruchen können, als die beabsichtigte Vergabe unabhängig vom Vorliegen von Ausnahmetatbeständen ein grenzüberschreitendes Interesse aufweist und damit überhaupt geeignet wäre, die Grundfreiheiten zu tangieren.⁸⁰⁹

Ist ein vom EuGH gefordertes eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse an dem Auftrag nicht gegeben, binden die europäischen Grundfreiheiten den öffentlichen Auftraggeber nicht zur Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung. Inwieweit in solchen Fällen eine Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber vergaberechtsfrei möglich ist, richtet sich somit ausschließlich nach nationalem Recht.

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung stets betont, dass es Sache des öffentlichen Auftraggebers ist, das grenzüberschreitende Interesse an dem Auftrag zu prüfen. Diese Prüfung unterliegt zwingend einer gerichtlichen Kontrolle.⁸¹⁰ Dem Mitgliedstaat bleibt es jedoch unbenommen, objektive Kriterien aufzustellen, die für ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse sprechen. Als ein solches Kriterium erwähnt der EuGH ausdrücklich den Auftragswert der beabsichtigten Beschaffung in Verbindung mit dem Ort der Ausführung der Arbeiten⁸¹¹ oder technische Merkmale der Leistung^{812, 813}.

Die Europäische Kommission hat in ihrer „Unterschwelldmitteilung“⁸¹⁴ als zu berücksichtigende Kriterien den Auftragsgegenstand, den geschätzten Auftragswert, die Besonderheiten des betreffenden Sektors (Größe und Struktur des Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten usw.) sowie die geographische Lage des Orts der Leistungserbringung benannt.

⁸⁰⁹ Röwekamp/Fandrey, Die Binnenmarktrelevanz öffentlicher Auftragsvergaben, 2. Auflage 2015, S. 25ff.; EuGH, Urteil vom 15.5.2008 – C-147/06 und 148/06 – Secap, Slg. 2008, I-03565, Rn. 24, 30; Urteil vom 14.11.2013 – C-221/12 – Belgacom, ECLI:EU:C:2013:736 Rn. 29ff.

⁸¹⁰ EuGH, Urteil vom 15.5.2008 – C-147/06 und 148/06 – Secap, Slg. 2008, I-03565, Rn. 30.

⁸¹¹ EuGH, Urteil vom 17.6.2008 – C-347/06 – ASM Brescia, Slg. 2008, I-5641, Rn. 62 m.w.N.

⁸¹² EuGH, Urteil vom 14.11.2013 – C-221/12 – Belgacom, ECLI:EU:C:2013:736 Rn. 29.

⁸¹³ Ausführlich zu diesen Kriterien Röwekamp/Fandrey, Die Binnenmarktrelevanz öffentlicher Auftragsvergaben, 2. Auflage 2015, S. 52ff.

⁸¹⁴ ABIEG Nr. C 179 vom 1.8.2006, S. 2f., s. Fn. 216.

Diese Kriterien hat auch die nationale Rechtsprechung der Prüfung eines vorhandenen grenzüberschreitenden Interesses zugrundegelegt⁸¹⁵, ohne jedoch ein abstraktes Prüfungsschema zu entwickeln.⁸¹⁶

Liegt nach erfolgter Prüfung des Auftraggebers ein grenzüberschreitendes Interesse an dem zu vergebenden Auftrag nicht vor, so hat er die Zulässigkeit einer beabsichtigten Zusammenarbeit mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber anhand der Kriterien des nationalen Rechts, insbesondere des Haushalts- und Kommunalrechts anzustellen.

6.5 Ergebnis

Die neuen Vergaberichtlinien beinhalten zwei mögliche Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich des Auftragsbegriffes in Art. 1 Abs. 6 und Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU. Am Maßstab dieser Regelungen sind delegierende Zweckvereinbarungen zu messen.

Die Untersuchung hat ergeben, dass eine delegierende Zweckvereinbarung lediglich in engen Grenzen unter den Ausnahmetatbestand der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU fallen kann.

Der Ausnahmetatbestand des Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU ist bereits deshalb nicht erfüllt, weil es an der erforderlichen Vollständigkeit der Zuständigkeitsübertragung fehlt. Da das deutsche Verfassungsrecht eine vollständige Aufgabenübertragung ohne Vereinbarung von Einwirkungs- und Kontrollrechten verbietet, verbleibt bei der übertragenden Einheit stets ein wesentlicher Teil der Zuständigkeit für die Erfüllung der übertragenen Aufgabe. Außerdem wird das Erfordernis, dass die die Zuständigkeit übertragende Vereinbarung unter Ausschluss jeglichen Entgelts erfolgt, nicht erfüllt. Aufgrund der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist es deutschen Hoheitsträgern untersagt, Aufgaben anderer Hoheitsträger unentgeltlich in die eigene Zuständigkeit zu übernehmen.

Eine unvollständige Zuständigkeitsübertragung erfüllt nicht automatisch die Anforderungen an eine vergaberechtsfreie „Zusammenarbeit“ zwischen den beteiligten Einrichtungen i.S.v. Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU.

⁸¹⁵ BGH, Urteil vom 30.8.2011 – X ZR 55/10, NZBau 2012, 46; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.3.2012 – Verg 78/11, NZBau 2012, 382.

⁸¹⁶ So Röwekamp/Fandrey, Die Binnenmarktrelevanz öffentlicher Auftragsvergaben, 2. Auflage 2015, S. 31.

Eine Zusammenarbeit i.S.v. Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU erfordert, um vom Anwendungsbereich der RLen ausgenommen zu sein, ein arbeitsteiliges Zusammenwirken im Sinne eines kooperativen Konzepts, um den Ausnahmetatbestand zu erfüllen.

Eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung liegt nur dann vor, wenn die Beteiligten der Zweckvereinbarung eine Aufgabe gemeinsam wahrnehmen. Eine delegierende Zweckvereinbarung sieht ein solches arbeitsteiliges Zusammenarbeiten grundsätzlich nicht vor. Die Vorschriften der Landesgesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit sehen teilweise überhaupt nicht vor, dass sich die übertragenden Einrichtungen Rechte und Pflichten vorbehalten muss. Dass die übertragende Einrichtung an der Erfüllung der Aufgabe mitwirkt, sieht kein Landesgesetz vor.

Für ein arbeitsteiliges Zusammenwirken genügt es nicht, dass sich ein Vertragspartner bestimmte Rechte und Pflichten vorbehalten. Jeder Beteiligte muss an der Ausführung der Aufgabe tatsächlich mitwirken.

Ebenfalls nicht in den Landesgesetzen vorgesehen ist, dass eine delegierende Zweckvereinbarung öffentliche Aufgaben zum Gegenstand haben muss, um unter den Ausnahmetatbestand des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU zu fallen. Öffentliche Aufgaben sind hierbei als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verstehen.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass eine delegierende Zweckvereinbarung grundsätzlich unter den Auftragsbegriff der Vergaberichtlinien fällt. Der Ausnahmetatbestand des Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU greift aufgrund der Entgeltlichkeit nicht ein. Eine Ausnahme nach Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU ist möglich, kommt aber nur dann in Betracht, wenn die Beteiligten an der Zweckvereinbarung sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen.

7 Umsetzung der RL in nationales Recht

Das deutsche Bundeskabinett hatte sich zum Ziel gesetzt, alle drei Vergaberichtlinien innerhalb der zweijährigen Umsetzungsfrist, mithin bis zum 18.04.2016 in nationales Recht umzusetzen.⁸¹⁷

⁸¹⁷ Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 7.1.2015, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, S. 6 (zuletzt abgerufen am 30.10.2017).

Am 30.04.2015 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts.⁸¹⁸ Am 08.07.2015 verabschiedete die Bundesregierung sodann den Gesetzentwurf zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz,⁸¹⁹ welcher am 16.10.2015 zur ersten Lesung im Bundestag beraten wurde.⁸²⁰ Am 23.02.2016 ist das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.02.2016 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden.⁸²¹ Nach seinem Art. 3 Satz 2 ist das Gesetz am 18.04.2016 in Kraft getreten.

Das Gesetz sieht in § 108 Abs. 6 GWB eine Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU entsprechende Regelung vor, welche lediglich in der Semantik geringfügige Abweichungen beinhaltet. Sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen aus der Vorschrift der Richtlinie sind wörtlich übernommen. Dies entspricht dem von der Bundesregierung in der Gesetzesbegründung geäußerten Willen, die Regelungen der Richtlinie „eins-zu-eins“ umzusetzen.⁸²²

Den weiteren Ausführungen der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass die Vergaberichtlinien und damit auch deren Umsetzung in nationales Recht im Wesentlichen die Entscheidungen des EuGH in den Sachen „Piepenbrock“⁸²³, „Lecce“⁸²⁴ und „Stadtreinigung Hamburg“⁸²⁵ kodifiziert.⁸²⁶

Zu diesem Gesetzentwurf hat der Bundesrat am 24.09.2015 eine Stellungnahme abgegeben.⁸²⁷ Diese Stellungnahme enthält keine Aussagen zu den Vorschriften über die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit.

Eine Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU entsprechende Regelung sieht das GWB nicht vor. Eine Begründung hierfür findet sich auch in der Gesetzesbegründung nicht. Der Gesetzgeber führt lediglich aus, dass die Übertragung von Zuständigkeiten ohnehin nicht dem Vergaberecht unterfielen, was auch Art. 1 Abs. 6 der RL feststelle.⁸²⁸ Es handele sich um „Angelegenheiten der internen Organisation“.

⁸¹⁸ Abrufbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/reform-des-vergaberechts-referentenentwurf,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.10.2017).

⁸¹⁹ BT-Drs. 18/6281.

⁸²⁰ BT-Plenarprotokoll 18/131.

⁸²¹ BGBl. I 203.

⁸²² BT-Drs. 18/6281 S. 77.

⁸²³ EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385.

⁸²⁴ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817.

⁸²⁵ EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747.

⁸²⁶ BT-Drs. 18/6281 S. 79.

⁸²⁷ BR-Drs. 367/15.

⁸²⁸ BT-Drs. 18/6281 S. 77.

Das Ziel einer Umsetzung des Art. 12 RL 2014/24/EU „eins-zu-eins“ wird indes nicht vollständig erreicht. § 108 Abs. 6 GWB weicht teilweise bereits im Wortlaut von dem der RL ab. Weitere Abweichungen sind in der Gesetzesbegründung zu finden. Diese steht in einigen Punkten in direktem Widerspruch zu den Vorgaben der RL und deren Erwägungsgründen.

7.1 § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB

In der Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB, welcher Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU entspricht, nimmt der Gesetzgeber zudem Bezug auf den Erwägungsgrund 33 der RL und wiederholt das Erfordernis des dort erwähnten kooperativen Konzepts.⁸²⁹ Hiernach wird eine mit der Richtlinie kohärente Auslegung des Begriffs der „Zusammenarbeit“ intendiert, so dass diese entsprechend den Ausführungen zu Ziff. 6.3.1 zu erfolgen hat.

Hinsichtlich des Begriffs der öffentlichen „Aufgaben“ aus der RL 2014/24/EU zeigt sich, dass sich in der nationalen Umsetzung der Begriff der öffentlichen „Dienstleistungen“ findet. Die Gesetzesbegründung hierzu erwähnt diesen Begriff mehrfach⁸³⁰, ohne ihn näher zu erläutern. Zum Inhalt heißt es lediglich: „Die Zusammenarbeit ist dabei nicht auf bestimmte Dienstleistungen beschränkt, sondern kann alle Arten von Tätigkeiten erfassen. Die im Wege der Zusammenarbeit erbrachten Dienstleistungen müssen dabei nicht identisch sein, sondern können sich auch ergänzen.“⁸³¹ Diese Formulierung lässt zumindest erkennen, dass tatsächlich nur die gemeinsame Ausführung von Dienstleistungen von dem Ausnahmetatbestand erfasst sein soll. Bau- und Lieferleistungen sind folglich kein tauglicher Gegenstand einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit.

Die Formulierung der Gesetzesbegründung will weiter „alle Arten von Tätigkeiten“ als zulässigen Gegenstand einer Zusammenarbeit erfassen. Diese Intention geht über den von der RL und der Rechtsprechung des EuGH zugelassenen Rahmen hinaus. Diese lassen, wie dargestellt, nur öffentliche Aufgaben als zulässigen Gegenstand einer Zusammenarbeit zu, worunter Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verstehen sind.⁸³² Der EuGH hat in zwei der vom nationalen Gesetzgeber zur Begründung herangezogenen

⁸²⁹ BT-Drs. 18/6281 S. 79.

⁸³⁰ BT-Drs. 18/6281 S. 78, 79.

⁸³¹ BT-Drs. 18/6281 S. 79.

⁸³² S.o. 6.2.2.1.

Entscheidungen⁸³³ das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe verneint, sodass eine Erweiterung des Anwendungsbereiches in diesen Entscheidungen keine Stütze findet.

Ebenso als Gegenstand der Zusammenarbeit ausgeschlossen sind freiwillige Aufgaben. Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU sieht ebenso wie die Umsetzung in § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB vor, dass es sich um von den öffentlichen Auftraggebern „zu erbringende“ Aufgaben handeln muss. Diese Formulierung schließt die gemeinsame Ausführung freiwilliger Aufgaben aus.⁸³⁴

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB insofern gegenüber der RL verschärfte Anforderungen beinhaltet, als der Gegenstand der Zusammenarbeit auf Dienstleistungen beschränkt wird. Diese Verschärfung ist zulässig, da es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen bleibt, strengere Regelungen einzuführen. Soweit in der Gesetzesbegründung alle Arten von Tätigkeiten als zulässiger Gegenstand genannt werden, geht dies über den von der RL geforderten Mindeststandard hinaus. Zulässig ist nur die gemeinsame Ausführung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Freiwillige Aufgaben sind ebenfalls kein tauglicher Gegenstand einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit.

7.2 § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB

§ 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB entspricht dem Wortlaut nach Art. 12 Abs. 4 lit. b) RL 2014/24/EU und wurde nur redaktionell angepasst. Die Gesetzesbegründung stellt heraus, dass das Erfordernis eines Zusammenhanges mit dem öffentlichen Interesse insbesondere für Finanztransfers zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern gilt.⁸³⁵ Dies entspricht Erwägungsgrund 33 Abs. 3 Satz 3 der RL, welcher Finanztransfers ausdrücklich zulässt. Diese dürfen aber, um von Überlegungen des öffentlichen Interesses gedeckt zu sein, eine bloße Kostenerstattung nicht übersteigen.⁸³⁶

7.3 § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB

§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB-E entspricht dem Wortlaut nach Art. 12 Abs. 4 lit. c) RL 2014/24/EU und wurde ebenfalls nur redaktionell angepasst. Die Gesetzesbegründung erwähnt als Zielsetzung dieser Regelung, dass „die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht zu

⁸³³ BT-Drs. 18/6281 S. 79 mit Bezug auf EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385 und das Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, ECLI:EU:C:2012:817.

⁸³⁴ S.o. 6.3.2; Fruhmann, FS Marx, S. 145, 162.

⁸³⁵ BT-Drs. 18/6281 S. 79.

⁸³⁶ S.o. 6.3.5.

Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privaten Unternehmen führt“.⁸³⁷ Hierbei wird ein ausdrücklicher Bezug zum Wesentlichkeitskriterium der In-House-Vergabe hergestellt.

Nicht in der Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB, sondern in den allgemeinen Gründen zu § 108 Abs. 6 GWB wird eine private Kapitalbeteiligung an den an der Zusammenarbeit beteiligten Auftraggebern ausdrücklich zugelassen. Eine solche Beteiligung soll „unerheblich“ sein.⁸³⁸

Diese Auffassung des Gesetzgebers entspricht jedoch weder den Vorgaben der RL noch dem mit der Regelung des § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB verfolgten Zweck, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Wie bereits ausführlich dargestellt, beinhaltet die RL 2014/24/EU zwar nicht im materiellen Teil des Art. 12 Abs. 4, dafür aber in Erwägungsgrund 32 Abs. 2 und 33 Abs. 3 klare Vorgaben hinsichtlich des Verbotes einer Bevorzugung Privater durch die Zusammenarbeit.⁸³⁹ Diese Vorgaben beruhen auf der Rechtsprechung des EuGH, welcher die Beteiligung eines Privaten per se als „einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten“ ansieht.⁸⁴⁰

Hinzu kommt, dass der EuGH die Unzulässigkeit der Beteiligung privaten Kapitals ausdrücklich dadurch rechtfertigt, dass eine solche nicht „mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen“, da hiermit lediglich private und damit andersartige Ziele verfolgt werden.⁸⁴¹

Eine private Kapitalbeteiligung an den an der Zusammenarbeit beteiligten Stellen führt somit stets zum Verlust der Vergaberechtsfreiheit der Zusammenarbeit.⁸⁴² Die vom Bundesgesetzgeber intendierte Öffnung für privates Kapital läuft den Vorgaben der RL 2014/24/EU und der Rechtsprechung des EuGH zuwider und ist damit aufgrund des Vorranges des Europarechts unbeachtlich.

7.4 Zusammenfassung

Das Ziel des Gesetzgebers, die Vorgaben des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU eins-zu-eins in nationales Recht umzusetzen, ist nicht gelungen. Neben nicht nachvollziehbaren inhaltlichen Verschärfungen, etwa der Begrenzung auf Dienstleistungen, widerspricht die

⁸³⁷ BT-Drs. 18/6281 S. 79.

⁸³⁸ BT-Drs. 18/6281 S. 79.

⁸³⁹ S.o. 6.3.7.

⁸⁴⁰ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-1 Rn. 51.

⁸⁴¹ EuGH, Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, Slg. 2005, I-1 Rn. 50.

⁸⁴² Ausführlich oben 6.3.7.

Gesetzesbegründung zwingenden Vorgaben der RL und erweitert damit den vom Unionsgesetzgeber vorgesehen Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestandes.

Die Abweichungen können von dem Rechtsanwender nur in Kenntnis der zugrunde liegenden Richtlinie, der maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH und dem Rangverhältnis zwischen nationalem Recht und Unionsrecht erkannt und entsprechend bewertet werden. Hierdurch wird das Ziel, klare und transparente Regelungen über die Zulässigkeit einer vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zu schaffen, verfehlt und eine rechtssichere Gestaltung erheblich erschwert. Das Thema bietet somit auch für die Zukunft noch erhebliches Konfliktpotential.

8 Zusammenfassung in Thesen

- Eine delegierende Zweckvereinbarung nach den Landesgesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit muss, um verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen, neben der Delegation von Aufgaben folgende Bestandteile enthalten:
 - Eine Regelung über eine Kostenerstattung, welche die die Aufgabe empfangende Einrichtung an die abgebende Einrichtung zu zahlen hat, da die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit eine unentgeltliche Übernahme fremder Zuständigkeiten nicht zulassen,
 - Mitwirkungs- und Kontrollrechte der abgebenden Einrichtung, welche es der abgebenden Einrichtung insbesondere ermöglichen, bei Schlechterfüllung die Vereinbarung zu kündigen sowie entscheidenden Einfluss auf etwaige Änderungen der Leistungsausführung zu nehmen. Grund hierfür ist, dass eine Entledigung gesetzlich auferlegter Zuständigkeiten den Anforderungen des Demokratieprinzips genügen muss. Dieses erfordert, dass die originär zuständige Körperschaft stets Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Durchführung übertragener Aufgaben inne hat,
 - Die Vereinbarung muss eine Befristung enthalten, welche die Dauer der Vereinbarung verbindlich regelt. Eine dauerhafte Kompetenzverschiebung ist auf Grundlage einer Zweckvereinbarung nicht zulässig. Eine solche darf nur der demokratisch legitimierte Gesetzgeber vornehmen

- Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG umfasst auch die Organisationshoheit der Kommunen und damit deren Freiheit, untereinander zu kooperieren. Diese Kooperationshoheit ist, wie die Selbstverwaltungsgarantie, nur im

Rahmen der Gesetze gewährleistet. Lediglich der Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie ist vor Eingriffen geschützt. Eine Verletzung des Kernbereichs der Organisationshoheit ist erst dann anzunehmen, wenn den Kommunen jeglicher rechtliche Spielraum hinsichtlich der Organisation der Aufgabenwahrnehmung genommen wird. Dies ist nicht der Fall, wenn Vorgaben über das „wie“ der Aufgabenwahrnehmung gemacht werden.

- Die kommunale Selbstverwaltung ist mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon über Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV erstmals im europäischen Primärrecht erwähnt. Sie genießt als Teil der nationalen Identität die Achtung der Union. Dieser Achtungsauftrag beschränkt sich jedoch nur auf die Teile der Selbstverwaltung, welche Bestandteil der jeweiligen nationalen Identität der Mitgliedstaaten sind. Dieser Teil entspricht dem nach deutschem Verfassungsrecht geschützten Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie.
- Die Grundfreiheiten des europäischen Primärrechts dienen dazu, den Binnenmarkt zu vollenden und nationale Märkte dem Wettbewerb zu öffnen. Zur Durchsetzung dieser Ziele hat der Unionsgesetzgeber die Vergaberichtlinien erlassen. Nach diesen sind Verträge öffentlicher Auftraggeber mit Dritten, welche dem Erwerb von Leistungen dienen, öffentlich auszuschreiben. Ausnahmen hiervon können nur dann angenommen werden, wenn die Grundfreiheiten nicht berührt sind oder Primärrecht entgegensteht, wie etwa bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben.
- Die In-House-Vergabe und die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit sind zwei eigenständige Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts. Hierbei handelt es sich bei der In-House-Vergabe um eine Selbstwahrnehmung von Aufgaben, bei der die beauftragende Stelle die eigene Organisationseinheit bei funktionaler Betrachtung nicht verlässt. Eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit liegt hingegen vor, wenn öffentliche Auftraggeber zur Aufgabenerfüllung auf horizontaler Ebene zusammenarbeiten. In beiden Fällen verlässt der Mitgliedstaat nicht seine eigene Organisation, sodass mangels Marktberührung keine die Grundfreiheiten berührende externe Tätigkeit vorliegt. Die Voraussetzungen an eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit sind strenger als diejenigen der In-House-Vergabe.
- Der EuGH hat in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ erstmals Kriterien für eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber aufgestellt. In den

folgenden Entscheidungen „Lecce“ und „Piepenbrock“ hat sich der EuGH stets auf diese Kriterien bezogen. Eine dogmatische Herleitung oder Definition der einzelnen Kriterien hat der EuGH nicht vorgenommen. Die Entscheidungen sind teilweise sehr oberflächlich und lassen nicht erkennen, welche Kriterien der EuGH als erfüllt angesehen hat und welche nicht. Die nationale Rechtsprechung hat die vom EuGH aufgestellten Kriterien aufgegriffen und diese teils sehr streng ausgelegt.

- Die neue Vergaberichtlinie 2014/24/EU sieht drei Ausnahmetatbestände für innerstaatliches Handeln vor, wobei die Ausnahmen in einem Alternativverhältnis zueinander stehen:
 - Art. 1 Abs. 6 RL stellt Vereinbarungen, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung diese Leistungen vorsehen, als interne Organisationsangelegenheit vom Anwendungsbereich der RL frei. Die Kriterien für diese Vorschrift entstammen dem Urteil des EuGH i.S. „Kommission/Frankreich“. Über seinen Wortlaut hinaus erfordert Art. 1 Abs. 6 RL, dass ein restloser Übergang der Zuständigkeit erfolgt. Es dürfen keine Einflussnahmemöglichkeiten der abgebenden Stelle mehr vorliegen. Die konkreten Anforderungen hat der EuGH in seiner Entscheidung „Remondis“ konkretisiert.
 - Art. 12 Abs. 1 und 3 RL stellt die In-House-Vergabe von der Anwendung der RL frei. Die Voraussetzungen entstammen hierbei der Rechtsprechung des EuGH, beginnend mit der Rs. „Teckal“. Darüber hinaus sind zwei weitere In-House-Konstellationen in Art. 12 Abs. 2 RL geregelt worden, über deren Zulässigkeit der EuGH bislang nicht entschieden hat.
 - Art. 12 Abs. 4 RL stellt die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit auf. Die Kriterien entsprechen mit lediglich geringen Abweichungen der Rechtsprechung des EuGH in der Sache „Stadtreinigung Hamburg“. Diese werden durch die Erwägungsgründe 31 und 33 konkretisiert.
- Der Abschluss einer delegierenden Zweckvereinbarung fällt nicht unter den Ausnahmetatbestand des Art. 1 Abs. 6 RL. Zwar beinhaltet eine delegierende Zweckvereinbarung stets den Übergang von Befugnissen auf einen anderen Hoheitsträger. Dieser darf jedoch aufgrund haushaltsrechtlicher Grundsätze nicht unentgeltlich erfolgen, sodass der Ausnahmetatbestand nicht erfüllt wird. Außerdem

verbietet es das Demokratieprinzip, dass sich ein Hoheitsträger ihm zugewiesener Aufgaben vollständig entledigt, ohne sich Kontroll- oder Einflussnahmerechte vorzubehalten. Ein vollständiger Zuständigkeitsübergang, welcher den Anforderungen des Art. 1 Abs. 6 genügt, kann hiernach nicht vorliegen.

- Der Abschluss einer delegierenden Zweckvereinbarung kann eine Zusammenarbeit öffentlicher Stellen im Sinne von Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU darstellen.
 - Hierzu muss der Gegenstand der Vereinbarung die gemeinsame Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betreffen. Öffentliche Aufgaben sind hierbei als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 14 Satz 1, 106 Abs. 2 AEUV, Art. 36 GRCh und Protokoll 26 zu verstehen. Dies folgt sowohl aus dem Wortlaut, als auch der Systematik und dem Sinn und Zweck der Regelungen der Richtlinie.
 - Darüber hinaus müssen die Beteiligten an der Zweckvereinbarung zur Durchführung der Aufgaben arbeitsteilig zusammenarbeiten. Dies setzt einen Beitrag jedes Vertragspartners zur Durchführung der übertragenen Aufgabe voraus, welcher allein durch die Vereinbarung von Einwirkungs- und Gewährleistungsrechten nicht erreicht wird. Die Ausführung wesentlicher Vertragspflichten ist hierbei nicht erforderlich. Dies folgt aus Erwägungsgrund 33 Abs. 3 RL, welcher den Begriff der „Zusammenarbeit“ konkretisiert.
 - Die gemeinsam wahrgenommenen öffentlichen Aufgaben müssen nicht identisch sein. Es genügt, wenn sie sich ergänzen. Insoweit ist die Regelung der RL 2014/24/EU weiter als die Rechtsprechung des EuGH und ihm folgend der nationalen Gerichte, welche noch das Vorliegen einer gemeinsamen Aufgabe verlangten.
 - Freiwillige Aufgaben sind kein tauglicher Gegenstand einer Zusammenarbeit. Die Ausführung der Aufgaben muss von den Beteiligten jeweils *zu erbringen* sein. Der insoweit weitergehende Erwägungsgrund 33 Abs. 1 RL steht im Widerspruch zur Regelung in Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL. Dieser Widerspruch ist zugunsten des materiellen Teils der RL aufzulösen, da den Erwägungsgründen lediglich eine interpretierende Bedeutung zukommt.
 - Die Gründe für die Zusammenarbeit müssen der Erreichung gemeinsamer Ziele dienen, welche nicht zwingend im öffentlichen Interesse liegen müssen. Die Durchführung der Zusammenarbeit muss darüber hinaus durch ausschließlich im öffentlichen Interesse liegende Ziele bestimmt sein. Finanzielle Interessen stellen hierbei keine öffentlichen Interessen dar.

- Eine Vergütung darf nur in Höhe einer Kostenerstattung vereinbart werden.
 - Von den mit der Zusammenarbeit erfassten Aufgaben dürfen maximal 20% auf dem Markt, also außerhalb der Beteiligten an der Zusammenarbeit erbracht werden.
 - An den beteiligten Auftraggebern darf keine private Kapitalbeteiligung bestehen. Die bloße Möglichkeit einer Bevorzugung Privater schließt den Ausnahmetatbestand aus.
- Die Umsetzung des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU ist nicht gelungen. Sowohl die Regelung des § 108 Abs. 6 GWB als auch dessen Gesetzesbegründung weisen Abweichungen von den zwingenden Vorgaben der RL auf:
- Die nationale Regelung erlaubt eine Zusammenarbeit nur bei der Ausführung von Dienstleistungen, obwohl die RL eine gemeinsame Wahrnehmung von „Aufgaben“ erlaubt. Die Hintergründe dieser Beschränkung sind nicht erkennbar,
 - In der Gesetzesbegründung geht der Bundesgesetzgeber davon aus, dass „alle Arten von Aufgaben“ Gegenstand der Zusammenarbeit sein können. Dies steht sowohl im Widerspruch zu Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU als auch zu § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB, welche nur solche Aufgaben zulassen, welche die beteiligten Stellen „zu erbringen“ haben. Hierdurch werden insbesondere freiwillige Aufgaben ausgeschlossen,
 - Die Gesetzesbegründung erachtet zudem eine private Kapitalbeteiligung an den zusammenarbeitenden Stellen für zulässig. Diese Erweiterung des Ausnahmetatbestandes steht indes in direktem Widerspruch zu den Erwägungsgründen der RL und der maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH. Eine solche Beteiligung liegt nicht im öffentlichen Interesse und führt zu einem unzulässigen Wettbewerbsvorteil des Privaten.

9 Anhang

9.1 Relevanter Teil der RL 2014/24/EU

Materielle Regelungen

Artikel 1 - Gegenstand und Anwendungsbereich

[...]

4. Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Unionsrecht festzulegen, welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erachten, wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden sollten und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten. Gleichermäßen berührt diese Richtlinie nicht die Entscheidung öffentlicher Stellen darüber, ob, wie und in welchem Umfang sie öffentliche Aufgaben gemäß Artikel 14 AEUV und gemäß Protokoll Nr. 26 selbst wahrnehmen wollen.

[...]

6. Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, werden als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und als solche nicht von dieser Richtlinie berührt.

Artikel 12 - Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors

[...]

4. Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

(a) Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern oder setzt diese dem Ziel um, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;

- (b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und
- (c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

Erwägungsgründe

(5) Es sei darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten durch diese Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne dieser Richtlinie organisieren möchten. Die Richtlinie sollte nicht für die Erbringung von Dienstleistungen auf der Grundlage von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder von Arbeitsverträgen gelten. In einigen Mitgliedstaaten könnte dies z.B. bei bestimmten administrativen und staatlichen Dienstleistungen wie Exekutiv- und Legislativdienstleistungen der Fall sein oder bei der Erbringung bestimmter Dienstleistungen für die Allgemeinheit, wie Dienstleistungen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten oder der Justiz oder Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung.

(6) Ferner sei darauf hingewiesen, dass diese Richtlinie nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit berühren sollte. Ebenso wenig sollte sie die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die öffentlichen oder privaten Einrichtungen vorbehalten sind, oder die Privatisierung öffentlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen, betreffen.

Gleichermaßen sei darauf hingewiesen, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, die Erbringung von gesetzlichen sozialen Dienstleistungen oder andere Dienstleistungen wie Postdienste entweder als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als eine Mischung davon zu organisieren. Es sollte klargestellt werden, dass nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen sollten.

(7) Schließlich sei darauf hingewiesen, dass diese Richtlinie das Recht der nationalen, regionalen und lokalen Behörden unberührt lässt, zur Verfolgung ihrer politischen Ziele im Bereich der öffentlichen Ordnung Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, deren Anwendungsbereich und die Merkmale der zu erbringenden Dienstleistung,

einschließlich Bedingungen hinsichtlich der Qualität der Leistung, im Einklang mit dem Unionsrecht zu definieren. Die Befugnis der nationalen, regionalen und lokalen Behörden, im Einklang mit Artikel 14 AEUV und mit dem dem AEUV und dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) beigefügten Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren, sollte ebenfalls unberührt bleiben. Des Weiteren befasst sich die Richtlinie nicht mit der Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder mit den Systemen der von den Mitgliedstaaten insbesondere auf sozialem Gebiet im Einklang mit den Wettbewerbsvorschriften der Union gewährten Beihilfen.

(31) Es besteht erhebliche Rechtsunsicherheit darüber, inwieweit Verträge, die zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors geschlossen werden, von den Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge erfasst werden sollten. Die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union wird nicht nur von den einzelnen Mitgliedstaaten, sondern auch von den einzelnen öffentlichen Auftraggebern unterschiedlich ausgelegt. Daher gilt es zu präzisieren, in welchen Fällen im öffentlichen Sektor geschlossene Verträge von der Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sind. Diese Präzisierung sollte sich auf die Grundsätze stützen, die in der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union dargelegt wurden. Der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Stellen sind, reicht allein nicht aus, um die Anwendung der Vergabevorschriften auszuschließen. Die Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge sollte öffentliche Stellen jedoch nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben auszuüben, indem sie ihre eigenen Mittel verwenden, wozu die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stelle gehört. Es sollte sichergestellt werden, dass eine vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge hat, indem ein privater Dienstleister besser gestellt wird als seine Wettbewerber.

(33) Die öffentlichen Auftraggeber sollten auch beschließen können, ihre öffentlichen Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen, ohne zur Einhaltung einer bestimmten Rechtsform verpflichtet zu sein. Diese Zusammenarbeit könnte alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den teilnehmenden Stellen zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen, wie gesetzliche oder freiwillige Aufgaben der Gebietskörperschaften oder Dienste, die bestimmten Einrichtungen durch das öffentliche

Recht übertragen werden. Die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen müssen nicht notwendigerweise identisch sein; sie können sich auch ergänzen. Aufträge für die gemeinsame Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sollten nicht der Anwendung der in dieser Richtlinie festgelegten Vorschriften unterliegen, vorausgesetzt sie werden ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen, die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesse bestimmt und kein privater Dienstleister erhält einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern. Um diese Voraussetzungen zu erfüllen, sollte die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen. Die Zusammenarbeit setzt nicht voraus, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten. Für die Durchführung der Zusammenarbeit einschließlich etwaiger Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern sollten im Übrigen ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich sein.

9.2 Umsetzung der RL im GWB

Materieller Teil

§ 108 - Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

[...]

(6) Dieser Teil ist ferner nicht anzuwenden auf Verträge, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 geschlossen werden, wenn

1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,
2. die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und
3. die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind.

Gesetzesbegründung

Zu § 108 (Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit)

§ 108 regelt erstmals den Bereich der von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommenen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Damit wird nunmehr gesetzlich Klarheit geschaffen, unter welchen Voraussetzungen zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossene Verträge von der Anwendung des Teils 4 des GWB ausgenommen sind. Bislang basierten die Vorgaben hierzu auf den von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätzen. § 108 dient der Umsetzung von Artikel 17 der Richtlinie 2014/23/EU, Artikel 12 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 28 der Richtlinie 2014/25/EU.

Grundsätzlich soll das Vergaberecht öffentliche Auftraggeber nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern oder eigenen Unternehmen zu erfüllen. Allerdings ist der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Auftraggeber sind, allein nicht ausreichend, um die Anwendung des Vergaberechts auszuschließen. Hierfür müssen vielmehr weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Dadurch sollen insbesondere Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis zu privaten Unternehmen vermieden werden. Über Art und Umfang herrschte bislang allerdings mangels gesetzlicher Regelungen oftmals Ungewissheit. Die neuen EU-Vergaberichtlinien schaffen insofern durch die neuen Vorschriften zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit Rechtssicherheit für öffentliche Auftraggeber und Auftragnehmer. Im Wesentlichen wird damit die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert. Im Rahmen der Umsetzung ins deutsche Recht sollen die europäischen Vorgaben möglichst eins-zu-eins übernommen werden.

§ 108 unterscheidet entsprechend der Vorgaben der EU-Richtlinien grundsätzlich zwischen der Zusammenarbeit auf vertikaler und horizontaler Ebene. Während die Zusammenarbeit auf vertikaler Ebene die verschiedenen Inhouse-Konstellationen betrifft und in den Absätzen 1 bis 5 geregelt ist, ist die horizontale Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern (bei Beteiligung von Kommunen oftmals auch interkommunale Kooperation genannt) in Absatz 6 geregelt.

§ 108 regelt nicht die Fälle, in denen Befugnisse und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern durch Vereinbarungen, Beschlüsse oder auf anderem Wege übertragen werden, ohne dass insoweit eine Vergütung für vertragliche Leistungen vorgesehen ist.

Diese Fälle unterfallen – ungeachtet der in § 108 geregelten Ausnahmen – von vornherein nicht diesem Teil, da es sich, wie auch Artikel 1 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU festhält, um Angelegenheiten der internen Organisation handelt.

[...]

Zu Absatz 6

§ 108 Absatz 6 betrifft die Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern auf horizontaler Ebene (oftmals auch interkommunale Kooperation genannt) und dient der Umsetzung des Artikel 12 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU. Anders als in den Absätzen 1 bis 5 fehlt es in diesen Fällen an einem Über-/Unterordnungsverhältnis und der damit verbundenen Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer. Stattdessen soll § 108 Absatz 6 öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit einräumen, öffentliche Dienstleistungen unter bestimmten Voraussetzungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen, ohne dass das Vergaberecht zur Anwendung kommt.

Aufträge für die gemeinsame Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sollen nach § 108 Absatz 6 dann von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen sein, wenn die Aufträge ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden, die Durchführung dieser Zusammenarbeit ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesses bestimmt wird und kein privater Dienstleister einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern erhält (siehe im Einzelnen Erläuterungen zu Nummer 1 bis 3). Im Wesentlichen kodifizieren die EU-Richtlinien damit die Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH, Urteil vom 13.6.2013, Rs. C-386/11, „Piepenbrock“; EuGH, Urteil vom 19.12.2012, Rs. C-159/11, „Lecce“ und EuGH, Urteil vom 9.6.2009, Rs. C-480/06, „Kommission/Deutschland“).

Unerheblich ist nach § 108 Absatz 6, ob an den öffentlichen Auftraggebern nach § 99 Nummer 1 bis 3 eine private Kapitalbeteiligung besteht. Sofern der Auftrag ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern nach § 99 Nummer 1 bis 3 geschlossen wird und die übrigen Voraussetzungen des § 108 Absatz 6 Nummer 1 bis 3 erfüllt sind, können somit auch öffentliche Auftraggeber mit einer privaten Kapitalbeteiligung die Ausnahmeregelung für die horizontale Zusammenarbeit in Anspruch nehmen.

Zu Nummer 1

Aus § 108 Absatz 6 Nummer 1 ergibt sich, dass öffentliche Auftraggeber grundsätzlich frei sind, ihre öffentlichen Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu

erbringen, ohne zur Einhaltung einer bestimmten Rechtsform verpflichtet zu sein. Die Zusammenarbeit ist dabei nicht auf bestimmte Dienstleistungen beschränkt, sondern kann alle Arten von Tätigkeiten erfassen. Die im Wege der Zusammenarbeit erbrachten Dienstleistungen

müssen dabei nicht identisch sein, sondern können sich auch ergänzen. Im Hinblick auf die Anforderung an die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Auftraggebern bestimmt die Richtlinie 2014/24/EU (Artikel 12 sowie Erwägungsgrund 33), dass die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen muss. Dies erfordert jedoch nicht, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten.

Zu Nummer 2

Nach § 108 Absatz 6 Nummer 2 darf die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Auftraggebern ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt werden. Dies gilt insbesondere auch für etwaige Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern.

Zu Nummer 3

Nach § 108 Absatz 6 Nummer 3 dürfen die öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst wird. Ähnlich wie durch das Wesentlichkeitskriterium in Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 4 Nummer 2 soll damit sichergestellt werden, dass die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht zu Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privaten Unternehmen führt.

Literaturverzeichnis

<i>Bauer</i> , Stefan: Die Zusammenarbeit zwischen Gemeinden und ihr Verhältnis zum Vergaberecht, ZfBR 2006, 446
<i>Bechtold</i> , Rainer: Kartellgesetz: GWB Kommentar, 7. Auflage, München 2013 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Bechtold)
<i>Beckmann</i> , Martin/ <i>Gesterkamp</i> , Stefan: Kommunal- und vergaberechtliche Anforderungen an eine interkommunale Gemeinschaftsarbeit in der Abfallwirtschaft (Teil 1), AbfallR 2003, 227
<i>Berghäuser</i> , Klaus/ <i>Gelbe</i> , Martina: Drittschutz der verschärften Subsidiaritätsklauseln in den Gemeindeordnungen der deutschen Flächenstaaten – eine vergleichende Betrachtung, KommJur 2012, 47
<i>Bergmann</i> , Jan (Hrsg.): Handlexikon der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden-Baden 2012 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Bergmann)
<i>Bergmann</i> , Tina/ <i>Vetter</i> , Rainer: Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht - Eine differenzierende Betrachtung, NVwZ 2006, 497
<i>Birnstiel</i> , Alexander/ <i>Bungenberg</i> , Marc/ <i>Heinrich</i> , Helge (Hrsg.): Europäisches Beihilfenrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2013
<i>Blanke</i> , Herrmann-Josef: Kommunale Selbstverwaltung und Daseinsvorsorge nach dem Unionsvertrag von Lissabon, DVBl. 2010, 1333
<i>Böckenförde</i> , Ernst-Wolfgang: Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964, zugl. Habil. Münster 1963/64
<i>Boesen</i> , Arnold: Vergaberecht, Köln 2000
<i>Brakalova</i> , Maria: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, EuZW 2013, 593
<i>Braun</i> , Christian: Praxishinweis zu BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08, KommJur 2009, 426
<i>Brauser-Jung</i> , Gerrit: Rugenberger Dammbbruch oder: Keine vergaberechtlichen Grenzen für interkommunale Kooperationen?, VergabeR 2010, 306 <i>ders.</i> : Europäisches Vergaberecht 3.0, VergabeR 2013, 285
<i>Brockhoff</i> , Sven: Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach den neuen Vergaberichtlinien, VergabeR 2014, 625
<i>Broens</i> , Michael: Die Auslagerung kommunaler Beschaffungsaufgaben als Alternative zur internen Durchführung, Würzburg 2013, zugl. Diss. Würzburg 2013
<i>Brohm</i> , Markus U.: Praxisanmerkung zu OLG Naumburg, Beschluss vom 3.11.2005 - 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 63

<i>Brosius-Gersdorf</i> , Frauke: Wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden außerhalb ihres Gebiets, AöR 130 (2005), 392
<i>Bullinger</i> , Martin: Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962, zugl. Habil. Heidelberg 1962
<i>Bunte</i> , Hermann-Josef: Der Grundsatz der dezentralen Beschaffung der öffentlichen Hand, BB 2001, 2121
<i>Burgi</i> , Martin/ <i>Dreher</i> , Meinrad: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB – 4. Teil – 3. Auflage München 2017 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: <i>Burgi/Dreher</i>) <i>ders.</i> : Die erfolgreiche Aufgabenerfüllung als Basiszweck des GWB-Vergaberechts, in: Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013, S. 75 <i>ders.</i> : Anwendungsbereich und Governanceregeln der EU-Auftragsvergabereformrichtlinie: Bewertung und Umsetzungsbedarf, NZBau 2012, 601 8 <i>ders.</i> : Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten zum 67. DJT 2008 in Erfurt <i>ders.</i> : Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, NZBau 2008, 29 <i>ders.</i> : Warum die „kommunale Zusammenarbeit“ kein vergaberechtspflichtiger Beschaffungsvorgang ist, NZBau 2005, 20 <i>ders.</i> : Der Verwaltungsvertrag im Vergaberecht, NZBau 2002, 57 <i>ders.</i> : Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601
<i>Calliess</i> , Christian/ <i>Ruffert</i> , Matthias: EUV/AEUV Kommentar, 5. Auflage, München 2016 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: <i>Calliess/Ruffert</i>)
<i>Cecchini</i> , Paolo: Europa '92 – der Vorteil des Binnenmarktes, Baden-Baden 1988
<i>von Danwitz</i> , Thomas: Die Eigenverantwortung der Mitgliedsstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht, DVBl. 1998, 421
<i>Dauses</i> , Manfred A./ <i>Ludwigs</i> , Markus: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 42. Ergänzungslieferung, München 2017 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: <i>Dauses/Ludwigs</i>)
<i>Deling</i> , Jasmin: Kriterien der „Binnenmarktrelevanz“ und ihre Konsequenzen unterhalb der Schwellenwerte Teil 1, NZBau 2011, 725
<i>Dieckmann</i> , Martin: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 09.06.2009 – C-480/06, AbfallR 2009, 200 <i>ders.</i> : Ist die kommunalrechtliche Aufgabendelegation zwischen Gebietskörperschaften ausschreibungspflichtig?, AbfallR 2006, 38
<i>Dierkes</i> , Jan-Michael/ <i>Scharf</i> , Jan Peter: Die interkommunale Zusammenarbeit – Zum nachträglichen Wegfall ihrer Privilegierungsvoraussetzungen sowie zu den Folgen bei der

Einbindung Dritter im Rahmen der Leistungserfüllung, VergabeR 2014, 752
<i>Dittmer, Nora</i> : Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers, Baden-Baden 2008, zugl. Diss. HU Berlin 2007
<i>Döbling, Christian</i> : Verwaltungskooperationen und Vergaberecht, Baden-Baden 2011, zugl. Diss. HU Berlin 2010
<i>von Donat, Christoph/Lipinsky, Julia</i> : "Stadtreinigung Hamburg" – ein Sieg für die interkommunale Kooperation, KommJur 2009, 361
<i>Dreher, Meinrad</i> : Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2002, 419 <i>ders.</i> : Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, DB 1998, 2579
<i>Dreier, Horst</i> : Grundgesetz Kommentar, Band 2, 2. Auflage, Tübingen 2006 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Dreier)
<i>Dünchheim, Thomas/Bremke, Tim</i> : Zum Wesentlichkeitskriterium bei In-House-Geschäften und zur vergaberechtlichen Relevanz von Vertragsänderungen, KommJur 2012, 128
<i>Düsterdiek, Bernd</i> : Aufgabenübertragung auf einen Zweckverband und Vergaberecht, NZBau 2006, 618
<i>Dyllick, Joachim/Neubauer, Reinhard</i> : Irrungen und Wirrungen im „Zweiten Brandenburgischen Bürokratieaufbaugesetz“: Zurück in die Kleinstaaterei, LKV 2008, 97
<i>Epping, Volker/Hillgruber, Christian</i> : Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand: 15.8.2017, Edition: 34, München (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: BeckOK GG)
<i>Fenzel, Stefan/Biesecke, Tilo</i> : Konzessionsmodelle als materielle Privatisierungsform in der Abwasserbeseitigung?, LKV 2007, 296
<i>Fischer, Martin/Zwetkow, Katrin</i> : Systematisierung der derzeitigen Privatisierungsmöglichkeiten auf dem deutschen Wassermarkt - Trennung von Netz und Betrieb als zusätzliche Option?, NVwZ 2003, 281
<i>Forsthoff, Ernst</i> : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973
<i>Franke, Jürgen</i> : Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 9.6.2009, NdsVBl. 2009, 308
<i>Franzius, Claudio</i> : Europäische Verfassung als Rahmenordnung demokratischer Politik, EuR-Beiheft 1/2013, 155
<i>Frenz, Walter</i> : Vergaberechtsfreie Kompetenzverlagerungen nach dem EuGH-Urteil Remondis (Abfallzweckverband Hannover), GewArch 2017, 97 <i>ders.</i> : In-House-Geschäfte und interkommunale Zusammenarbeit nach der Vergaberechtsreform, DVBl. 2017, 740 <i>ders.</i> : Konkretisierungsbedürftige Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse?, GewArch 2011, 16 <i>ders.</i> : Aktuelle europarechtliche Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2010, 609

<p><i>ders.</i>: Handbuch Europarecht, Band 3, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg 2007</p> <p><i>ders.</i>: Die Ausschreibungspflicht kommunaler Kooperationen auf dem Prüfstand des Europarechts, VergabeR 2006, 831</p> <p><i>ders.</i>: Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse - Neuerungen durch Art. 16 EG, EuR 2000, 910</p>
<p><i>Fritz, Aline</i>: „Remondis“ – Ein weiterer Punktsieg für die Kommunen, NZBau 2017, 537</p>
<p><i>Fruhmann, Michael</i>: Die neue Ausnahme für öffentlich – öffentliche Vergaben gemäß der Allgemeinen Ausrichtung des Rates, in: Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013, S. 145</p>
<p><i>Gabriel, Marc/Voll, Maximilian</i>: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, VergabeR 2013, 690</p>
<p><i>Geitel, Oskar Maria</i>: Gründung eines Zweckverbandes: Voraussetzungen für die Vergaberechtsfreiheit geklärt (EuGH, Ur. v. 21.12.2016, C-51/15 – Remondis), Vergabeblog.de vom 22/01/2017, Nr. 28823</p> <p><i>ders.</i>: In-House: Wann liegt eine gemeinsame Kontrolle vor?, NZBau 2013, 483</p>
<p><i>Gern, Alfons</i>: Deutsches Kommunalrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2003</p> <p><i>ders.</i>: Rechtsschutz der Kommunen in der Europäischen Union, NVwZ 1996, 532</p>
<p><i>Gesterkamp, Stefan</i>: Vergaberechtlicher Freifahrtsschein für kommunale Kooperationen? Besprechung von EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06, AbfallR 2009, 229</p>
<p><i>Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael</i> (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht, Stand: 1.8.2017, München Edition: 44 (zit.: Bearbeiter in: BeckOK Umweltrecht)</p>
<p><i>Gniechwitz, Arne</i>: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15, EuZW 2017, 147</p>
<p><i>Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin</i>: Das Recht der Europäischen Union, 61. Ergänzungslieferung, München 2017 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Grabitz/Hilf/Nettesheim)</p> <p><i>ders.</i>: Europäisches Verwaltungsrecht - Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, NJW 1989, 1776</p>
<p><i>Greb, Klaus</i>: Interkommunale Kooperationen - ein konsolidierter Stand der Rechtsentwicklung?, VergabeR 2008, 409</p>
<p><i>von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Jürgen</i>: Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: von der Groeben/Schwarze/Hatje)</p>
<p><i>Gröning, Jochem</i>: Anwendbarkeit und Ausnahmebestimmungen im künftigen Vergaberecht, NZBau 2015, 690</p>
<p><i>Gruneberg, Ralf/ Wilden-Beck, Anke</i>: Möglichkeiten interkommunaler Kooperation nach der Piepenbrock-Entscheidung des EuGH, VergabeR 2014, 99</p> <p><i>dies.</i>: Die Einschränkung der interkommunalen Kooperationsmöglichkeit durch aktuelle vergaberechtliche Entscheidungen, ZfBR 2013, 438</p>

<p><i>ders./Jänicke, Katrin/Kröcher, Jens</i>: Erweiterte Möglichkeiten für die interkommunale Zusammenarbeit nach der Entscheidung des EuGH vom 09.06.2009 – eine Zwischenbilanz, ZfBR 2009, 754</p>
<p><i>Günther, Reinald Cornelius</i>: Die Privatisierung kommunaler Einrichtungen und die interkommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, Frankfurt a. M. 2013, zugl. Diss. TU Dresden 2012</p>
<p><i>Gyulai-Schmidt, Andrea</i>: Entwicklung der europäischen Rechtsprechung zum Vergaberecht im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, VergabeR 2012, 809</p>
<p><i>Hahn, Christine</i>: Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, Köln, Berlin, Bonn, München 2007, zugl. Diss. Hamburg 2007</p>
<p><i>Hausmann, Friedrich Ludwig</i>: 15 Jahre GWB - 15 Jahre In-house-Rechtsprechung des EuGH, in: Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013, S. 213</p>
<p><i>ders./Queisner, Georg</i>: In-House Contracts and Inter-Municipal Cooperation – Exceptions from the European Union Procurement Law Should be Applied with Caution, EPPPL 2013, 213</p>
<p><i>ders.</i>: Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts bei interkommunaler Zusammenarbeit unter Einbeziehung des EuGH-Urteils "Stadtreinigung Hamburg", VR 2010, 191</p>
<p><i>ders./Mutschler-Siebert, Anette</i>: Nicht mehr als eine Klarstellung - Interkommunale Kooperationen nach dem EuGH-Urteil Stadtreinigung Hamburg, VergabeR 2010, 427</p>
<p><i>ders.</i>: Der öffentliche Auftrag – alte und neue Grenzen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts, in: <i>Pünder, Hermann/Prieß, Hans-Joachim</i>: Vergaberecht im Umbruch, Köln, München 2005</p>
<p><i>ders./Bultmann, Friedrich</i>: Anmerkung zu OLG Düsseldorf , Beschluss vom 5. Mai 2004 - VII-Verg 78-03, ZfBR 2004, 594</p>
<p><i>Held, Friedrich Wilhelm/Winkel, Johannes /Wansleben, Rudolf</i> (Hrsg.): Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, 31. Ergänzungslieferung, Wiesbaden 2013 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Held/Winkel/Wansleben)</p>
<p><i>Hertwig, Stefan</i>: Die Abgrenzung Öffentlich-Öffentlicher Partnerschaften von bloßen Auftragsverhältnissen, NZBau 2013, 278</p>
<p><i>ders.</i>: Die Dienstleistungsfreiheit als Grenze staatlicher Monopole und Eigenleistungen, EuR 2011, 745</p>
<p><i>Herz, Benjamin</i>: Die Kommissionsmitteilung zum Unterschwellenvergaberecht im Lichte der Rechtsprechung, EWS 2010, 261</p>
<p><i>Hödl, Marcus</i>: Bierlieferung für Volksfest: Keine Aufgabe der Daseinsvorsorge, kein öffentlicher Auftrag!, IBR 2012, 217</p>

<i>Hoffschulte</i> , Heinrich: Kommunale Selbstverwaltung im Entwurf des EU-Verfassungsvertrages, DVBl. 2005, 202
<i>Hoppe</i> , Werner/ <i>Uechtritz</i> , Michael/ <i>Reck</i> , Hans-Joachim: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, Köln 2012 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Hoppe/Uechtritz/Reck)
<i>Hövelberndt</i> , Andreas: Die vergaberechtliche Bewertung der interkommunalen Zusammenarbeit, NWVBl. 2011, 161
<i>Hüsken</i> , Christian Bernd/ <i>Mann</i> , Suzanne: Der Staat als Homo Oeconomicus?, DÖV 2005, 143
<i>Immenga</i> , Ulrich/ <i>Mestmäcker</i> , Ernst-Joachim: Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, 5. Auflage, München 2014 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Immenga/Mestmäcker) <i>dies.</i> (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Band 1, EU, 5. Auflage, München 2012 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Immenga/Mestmäcker)
<i>Isensee</i> , Josef/ <i>Kirchhof</i> , Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Band 6, 3. Auflage, Heidelberg 2008 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Isensee/Kirchhof)
<i>Jaeger</i> , Wolfgang: Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.2.2014 – ein Überblick, NZBau 2014, 259
<i>Jarass</i> , Hans D.: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Auflage, München 2013
<i>Jennert</i> , Carsten: Staat oder Markt: Interkommunale Zusammenarbeit im Spiegel des EG-Vergaberechts, NZBau 2010, 150
<i>Jestaedt</i> , Thomas/ <i>Kemper</i> , Klaus/ <i>Marx</i> , Fridhelm/ <i>Prieß</i> , Hans-Joachim, Das Recht der Auftragsvergabe, Neuwied, Kriftel 1999 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß)
<i>Jungkamp</i> , Thomas: Rechtsschutz privater Konkurrenz gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden - Eine Untersuchung des Drittschutzes der Schrankentrias in den verschiedenen Bundesländern, NVwZ 2010, 546
<i>Just</i> , Christoph: Von Halle über Brixen und Brabant nach Hamburg - Zu den Grenzen der vergabefreien Inhousegeschäfte, 10 Jahre nach "Teckal", EuZW 2009, 879
<i>Kämmerer</i> , Jörn Axel: Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas „soziales Gewissen“, NVwZ 2002, 1041
<i>Kern</i> , Hannes: Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 21.2.2013 – Verg 21/12, NZBau 2013, 463
<i>Klein</i> , Benjamin: Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt, Göttingen 2012
<i>Klingshirn</i> , Heinrich: Begriff und Wesen der Zweckvereinbarung nach dem Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit, BayVBl. 1967, 299 <i>dies.</i> : Zustandekommen und Rechtswirkungen der Zweckvereinbarung nach dem

KommZG, BayVBl 1968, 53
<i>Knauff, Matthias</i> : Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens, EuR 2011, 735 <i>ders.</i> : Die Kommunen als Träger der Daseinsvorsorge, WiVerw 2011, 80 <i>ders.</i> : Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, 725
<i>Köbler, Gerhard</i> : Rechtsenglisch, 8. Auflage München 2011
<i>Koch, Thorsten</i> : Das neue niedersächsische Recht der kommunalen Zusammenarbeit, NdsVBl. 2004, 150
<i>Kohout, Sonja Johanna</i> : Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, Stuttgart, München 2008, zugl. Diss. Freiburg 2008
<i>Köster, Bernd</i> : Das vergaberechtsfreie In-house-Geschäft im Spiegel der neueren Rechtsprechung - Zunehmende Restriktionen für eine Kooperation von und mit öffentlichen Hoheitsträgern, KommJur 2006, 94.
<i>Kotzur, Markus</i> : Daseinsvorsorge als Unionsaufgabe, JÖR 61 (2013), 195
<i>Kraft-Zörcher, Sabine/Neubauer, Reinhard</i> : Die kommunale Arbeitsgemeinschaft – eine Chance, kommunale Selbstverwaltung zu sichern, LKV 2010, 193
<i>Krajewski, Markus</i> : Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Berlin, Heidelberg 2011, zugl. Habil. Hamburg 2010 <i>ders./Wethkamp, Nadine Maria</i> : Die vergaberechtsfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben, DVBl. 2008, 355
<i>Krohn, Wolfram</i> : „In-house“-Fähigkeit kommunaler Gemeinschaftsunternehmen, NZBau 2009, 222 <i>ders.</i> : Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, NZBau 2006, 610
<i>Kühne, Rainer</i> : Das Konzessionsmodell in der Abwasserbeseitigung, LKV 2006, 489
<i>Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim</i> : Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, Köln 2016 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß)
<i>Kunde, Martin</i> : Vergaberechtspflicht der „delegierenden“ öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, NZBau 2013, 555 <i>ders.</i> : Die Zuständigkeitsübertragung durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung und die Anwendung des Vergaberechts, NZBau 2011, 734
<i>Kunze, Richard/Hekking, Klaus</i> : Gesetz über kommunale Zusammenarbeit für Baden-Württemberg Kommentar, Stuttgart 1981 (zit: Kunze/Hekking, GkZ BW-Kommentar)
<i>Lange, Klaus</i> : Kommunalrecht, 1. Auflage, Tübingen 2013
<i>von Lewinski, Kai/Burbat, Daniela</i> : Haushaltsgrundsätzegesetz Kommentar, 1. Auflage, Baden-Baden 2013
<i>Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander</i> : Kartellrecht Kommentar, 2.

Auflage, München 2009 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff)
<i>Lück</i> , Dominik: Anmerkung zu OLG Koblenz, Beschluss vom 3. Dezember 2014 – Verg 8/14 – „Abfallwirtschaftszentrum“, VergabeR 2015, 196
von <i>Mangoldt</i> , Hermann/ <i>Klein</i> , Friedrich/ <i>Starck</i> , Christian: Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Auflage, München 2010 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: von Mangoldt/Klein/Starck)
<i>Mann</i> , Thomas/ <i>Püttner</i> , Günter (Hrsg.): Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg 2011 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Mann/Püttner Band 2)
<i>dies.</i> : Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg 2007 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Mann/Püttner Band 1)
<i>Markopoulos</i> , Titos: EU-Wirtschaftsverfassung und kommunale Wasserversorgung KommJur 2012, 330
<i>Martens</i> , Kay-Uwe: Rechtsprobleme der Open Source Software in der Verwaltung, KommJur 2007, 94
<i>Maunz</i> , Theodor/ <i>Dürig</i> , Günter: Grundgesetz Kommentar, 80. Ergänzungslieferung, München 2017 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Maunz/Dürig)
<i>Meißner</i> , Barbara: Interkommunale Zusammenarbeit und Ausschreibungspflichten, KommunalPraxis Spezial 2008, 120
<i>Melin</i> , Patrick: Die Rolle der deutschen Bundesländer im Europäischen Rechtsetzungsverfahren nach Lissabon, EuR 2011, 655
<i>Meng</i> , Werner: Die „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ – ein Problem der Normenklarheit im EU-Recht, in: Festschrift für Eckart Klein, Berlin 2013, S. 570
<i>Messerschmidt</i> , Burkhard/ <i>Voit</i> , Wolfgang: Privates Baurecht Kommentar, 2. Auflage, München 2012 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Messerschmidt/Voit)
<i>Mestmäcker</i> , Ernst-Joachim/ <i>Schweitzer</i> , Heike: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2014
<i>Michels</i> , Natalie: Ausschreibung öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen – Zwang zur Privatisierung?, MuA 2004, 503
<i>Müller</i> , Christian/ <i>Klostermann</i> , Regina: Die neuen Vergaberichtlinien - Besteht eine rechtliche oder faktische Vorwirkung der Richtlinien vor Ablauf der Frist zur Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten?, ZfBR 2014, 347
<i>Müller</i> , Matthias: Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, Tübingen 2006, zugl. Diss. Tübingen 2006
<i>Müller-Wrede</i> , Malte (Hrsg.): Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Müller-Wrede)
von <i>Münch</i> , Ingo/ <i>Kunig</i> , Philip: Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München 2012 (zit.:

<i>Bearbeiter</i> in: von Münch/Kunig)
<i>Neun, Andreas/Otting, Olaf</i> : Die EU-Vergaberechtsreform 2014, EuZW 2014, 446 <i>dies.</i> : Die Entwicklung des europäischen Vergaberechts in den Jahren 2012/2013, EuZW 2013, 529
<i>Ohler, Christoph</i> : Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes, AöR 131 (2006), 336
<i>Opitz, Marc</i> : Marktmacht und Bieterwettbewerb, Köln, München 2003, zugl. Diss. Mainz 2002
<i>Ossenbühl, Fritz</i> : Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg v.d.H., 1968, zugl. Habil. Köln 1967/68
<i>Otto, Christian-W.</i> : Gesetz zur Erprobung der Abweichung von landesrechtlichen Standards in Kommunen des Landes Brandenburg, LKV 2008, 67
<i>Pape, Ulf-Dieter/Holz, Henning</i> : Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte, NJW 2005, 2264.
<i>Pauer, Nada Ina</i> : Die Abgrenzung hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeiten im Europäischen Wettbewerbsrecht: Eine Analyse der Entscheidungspraxis des EuGH, WuW 2013, 1080
<i>Peshteryanu, Tatyana</i> : Anforderungen an die Vergaberechtsfreiheit einer Zweckverbandsgründung („Remondis“), juris-PR-VergR 1/2017 Anm. 1
<i>Petersen, Frank/Doumet, Jean/Stöhr, Günter</i> : Das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz, NVwZ 2012, 521
<i>Pielow, Johann-Christian</i> : Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 9. 6. 2009 - C-480/06, EuZW 2009, 529
<i>Pietzker, Jost</i> : Grenzen des Vergaberechts, in: <i>Blaurock, Uwe</i> (Hrsg.): Der Staat als Nachfrager, Tübingen 2008
<i>Pogoda, Johannes</i> : Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Subsidiaritätsklausel, LKV 2012, 159
<i>Portz, Norbert</i> : Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15, VergabeR 2017, 143 <i>dies.</i> : Der EuGH bewegt sich: Keine Ausschreibung kommunaler Kooperationen nach dem Urteil "Stadtreinigung Hamburg", VergabeR 2009, 702 <i>dies.</i> : Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, AbfallR 2006, 82 <i>dies.</i> : Anmerkung zu OLG Naumburg, Beschluss vom 03.11.2005 - 1 Verg 9/05, VergabeR 2006, 96
<i>Potthast, Walter/Klöck, Oliver</i> : Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Gründung eines Zweckverbands, NZBau 2007, 496
<i>Raabe, Marius</i> : Öffentliche Auf- und Vergabe: Ausschreibung öffentlich-öffentlicher

Zusammenarbeit?, VergabeR 2012, 697
<i>Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike</i> : Vergaberecht, Kommentar 3. Auflage, Köln 2011 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Reidt/Stickler/Glahs)
<i>Rengeling, Hans-Werner/Middeke, Andreas/Gellermann, Martin</i> : Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Auflage, München 2014 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Rengeling/Middeke/Gellermann)
<i>Riesenhuber, Karl</i> : Europäische Methodenlehre, 2. Auflage, Berlin, New York 2010 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Riesenhuber)
<i>Rothe, Karl-Heinz</i> : Die interkommunale Zusammenarbeit in der Bundesrepublik Deutschland, Göttingen 1965
<i>Röwekamp, Hendrik/Fandrey, Alexander</i> : Die Binnenmarktrelevanz öffentlicher Auftragsvergaben, 2. Auflage, Köln 2015
<i>Ruffert, Matthias</i> : Europarecht: Grenzen von In-House- und In-State- Geschäften, JuS 2014, 87
<i>Ruge, Kay</i> : Kommentar zu den Auswirkungen des Protokolls über Dienste von allgemeinem Interesse auf Daseinsvorsorge und Vergaberecht, WiVerw 2008, 262
<i>Ruhland, Bettina</i> : Öffentlich-öffentliche Partnerschaften aus der Perspektive des Vergaberechts, VerwArch 2010, 399
<i>Sachs, Michael</i> : Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage, München 2014 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Sachs)
<i>Sauer, Dirk</i> : EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 („Piepenbrock“) – Zu den Voraussetzungen vergaberechtsfreier horizontaler öffentlich-öffentlicher Kooperationen, EWERK 2013, 276
<i>Schaffarzik, Bert</i> : Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, Stuttgart u.a. 2002, zugl. Diss. Kiel 2000
<i>Scheps, Carolina</i> : Das Örtlichkeitsprinzip im kommunalen Wirtschaftsrecht, Berlin 2006, zugl. Diss. Göttingen 2005
<i>Schink, Alexander</i> : Formen und Grenzen interkommunaler Zusammenarbeit durch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, DVBl. 1982, 769
<i>Schladenbach, Marcus/Schönrock, Sabrina</i> : Privatisierung im Maßregelvollzug, NVwZ 2012, 1011
<i>Schliesky, Utz</i> : Kommunale Organisationshoheit unter Reformdruck, Die Verwaltung 38 (2005), 339
<i>Schlink, Bernhard</i> : Die Amtshilfe, Berlin 1982, zugl., Habil. Freiburg 1981
<i>Schmahl, Stefanie</i> : Die mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zum europäischen Binnenmarkt, WiVerw 2011, 96

<i>Schmehl, Arndt</i> (Hrsg.): Gemeinschaftskommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz, 1. Auflage, Köln 2013 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: GK-KrWG)
<i>Schmidt, Jürgen</i> : Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, 7. Auflage, Berlin 2006
<i>Schmidt, Thorsten Ingo</i> : Kommunale Kooperation - Der Zweckverband als Nukleus des öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsrechts, Tübingen 2005, zugl. Habil. Göttingen, 2004/2005 (zit.: Thorsten Ingo Schmidt, Kommunale Kooperation) <i>ders.</i> : Sind die EG und die EU an die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung gebunden?, EuR 2003, 936
<i>Schmidt-Eichstaedt, Gerd</i> : Kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union: Wie kann die Position der Kommunen in der EU gestärkt werden?, KommJur 2009, 249
<i>Schneider, Otmar</i> : Öffentlich-rechtliche Marktzutrittsverbote im Vergaberecht, NZBau 2009, 352
<i>Schoch, Friedrich</i> (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin, Boston 2013 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Schoch)
<i>Schönleiter, Ulrich</i> : Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08, GewArch 2009, 486
<i>Schorkopf, Frank</i> : Das Protokoll über die Dienste von allgemeinem Interesse und seine Auswirkungen auf das öffentliche Wettbewerbsrecht, WiVerw 2008, 253
<i>Schröder, Holger</i> : Das so genannte Wesentlichkeitskriterium beim In-House-Geschäft, NVwZ 2011, 776 <i>ders.</i> : Die vergaberechtliche Problematik der interkommunalen Zusammenarbeit am Beispiel der Bildung von Zweckverbänden, NVwZ 2005, 25
<i>Schrotz, Jan-Oliver/ Raddatz, Fabian</i> : Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 13.6.2013 – C-386/11 – Piepenbrock, NVwZ 2013, 933 <i>ders./Ahlhaus, Martin</i> : Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, NVwZ 2013, 712
<i>Schwab, Andreas/Giesemann, Amelie</i> : Mit mehr Regeln zu mehr Rechtssicherheit?, VergabeR 2014, 351
<i>Schwabe, Christof</i> : Vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit: EuGH rudert ein Stück weit zurück!, IBR 2013, 480
<i>Schwarze, Jürgen</i> (Hrsg.): EU-Kommentar 3. Auflage, Baden-Baden 2012 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Schwarze)
<i>Schwind, Joachim</i> : Aktuelle Entfaltungen kommunaler Einwirkungsmöglichkeiten im europäischen Verfassungsrecht, in: Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg, München, Landsberg 2011, S. 133
<i>Siebler, Felix</i> : Privilegierung von Public-Public-Partnerships im europäischen Vergaberecht,

Frankfurt am Main 2013
<i>Siegel</i> , Thorsten: Neue Querschnittsaufgaben und Gewaltenteilung, <i>Der Staat</i> 49 (2010), 299
<i>ders.</i> : Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, Tübingen 2009, zugl. Habil Speyer 2008
<i>ders.</i> : Die Grundfreiheiten als Auffangordnung im europäischen und nationalen Vergaberecht, <i>EWS</i> 2008, 66
<i>ders.</i> : Die Vergaberechtpflichtigkeit der In-State-Geschäfte - Ein Rückzug in drei Akten, <i>VergabeR</i> 2006, 621
<i>Sonder</i> , Niclas: Neuere EuGH-Rechtsprechung zum Verhältnis von interkommunaler Zusammenarbeit und Vergaberecht, <i>LKV</i> 2014, 207
<i>Stern</i> , Klaus: Kommunale Selbstverwaltung in europäischer Perspektive, <i>NdsVBl.</i> 2010, 1
<i>Stockmann</i> , Kurt: Das Wettbewerbselement in der Spruchpraxis des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes, in: Festschrift für Ingo Schmidt, Baden-Baden 1997, S. 388
<i>Storr</i> , Stefan: Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen als Instrument staatlicher Wirtschaftspolitik, in: Bungenberg, Marc/Huber, Peter M.: <i>Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht</i> , Stuttgart, München, Hannover 2011 (zit.: Storr in: <i>Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht</i>)
<i>ders.</i> : "De-facto-Vergabe" und "In-house-Geschäft" erneut vor dem EuGH, <i>WuW</i> 2005, 400
<i>Streinz</i> , Rudolf: <i>EUV/AEUV, Kommentar</i> , 2. Auflage, München 2012 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: <i>Streinz</i>)
<i>ders.</i> : <i>Europarecht</i> , 9. Auflage, Heidelberg 2012
<i>von Strenge</i> , Nikolas: Vergabefreie Übertragung kommunaler Aufgaben, <i>NordÖR</i> 2011, 216
<i>Struve</i> , Tanja: Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit, <i>EuZW</i> 2009, 805
<i>Sudbrock</i> , Christian: Wasserkonzessionen, In-House-Geschäfte und interkommunale Kooperationen nach den neuen EU-Vergaberichtlinien, <i>KommJur</i> 2014, 41
<i>Suhl</i> , Christian: Die Kriterien für vergabefreie öffentlich-öffentliche Kooperationen, <i>AbfallR</i> 2011, 6
<i>Teuber</i> , Christian: Interkommunale Kooperationen unter Berücksichtigung vergabe- und wasserrechtlicher Fragestellungen - Teil 2: Interkommunale Kooperationen und Kartellvergaberecht, <i>KommJur</i> 2009, 8
<i>ders.</i> : Interkommunale Kooperationen unter Berücksichtigung vergabe- und wasserrechtlicher Fragestellungen - Teil 1: Erscheinungsformen und Kriterien für die Rechtsformenwahl, <i>KommJur</i> 2008, 444
<i>Tomerius</i> , Stephan: Zu den Ausschreibungspflichten bei der interkommunalen Kooperation

– Neues vom EuGH, LKV 2009, 395
<i>Trautner</i> , Wolfgang E.: Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 21.2.2013 – Verg 21/12, VergabeR 2013, 750 <i>ders./Schwabe</i> , Christof/ <i>Schleper</i> , Norbert: Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes »Hamburger Müllverbrennung«: Gelbes oder grünes Licht für die interkommunale Zusammenarbeit?, LKRZ 2010, 161
<i>Voß</i> , Armin: Sachsen-Anhalt: Zweckvereinbarungen unterliegen dem Vergaberecht!, LKV 2006, 352
<i>Wabnitz</i> , Heinz-Bernd/ <i>Janovsky</i> , Thomas: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Wabnitz/Janovsky)
<i>Wachinger</i> , Lorenz/ <i>Scholz</i> , Daniel: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15, NVwZ 2017, 376.
<i>Wagner</i> , Olav/ <i>Piesbergen</i> , Heiko: Neue Entwicklungen zur vergabefreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit, NVwZ 2012, 653
<i>Weiß</i> , Wolfgang: Öffentliche Daseinsvorsorge und soziale Dienstleistungen: Europarechtliche Perspektiven, EuR 2013, 669 <i>ders.</i> : Das Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge nach Lissabon, EuR-Beiheft 1/2011, 47
<i>Weitbrecht</i> , Andreas/ <i>Mühle</i> , Jan: Europäisches Kartellrecht 2009, EuZW 2010, 327
<i>Willenbruch</i> , Klaus/ <i>Wieddekind</i> , Kristina: Vergaberecht Kompaktkommentar, 4. Auflage, Köln 2017 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Willenbruch/Wieddekind) <i>ders.</i> : Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 – Lecce, VergabeR 2013, 201
<i>Winkler</i> , Markus: Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, Tübingen 2009, zugl. Habil. Mainz 2009 <i>ders.</i> : Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08, JZ 2009, 1169
<i>Wolf</i> , Maik: Ausschreibungspflichten bei Selbstvornahme und interkommunaler Zusammenarbeit, VergabeR 2011, 27
<i>Wolff</i> , Hans J./ <i>Bachof</i> , Otto/ <i>Stober</i> , Rolf: Verwaltungsrecht, Band 3, 5. Auflage, München 2004
<i>Ziekow</i> , Jan: Inhouse-Geschäft und öffentlich-öffentliche Kooperationen: Neues vom europäischen Vergaberecht?, NZBau 2015, 258 <i>ders./Völlink</i> , Uwe-Carsten: Vergaberecht Kommentar, 2. Auflage, München 2013 (zit.: <i>Bearbeiter</i> in: Ziekow/Völlink) <i>ders./Siegel</i> , Thorsten: Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der In-State-Geschäfte?, VerwArch 2005, 119