



## Erklärung zur Dissertation

Name Miklós Szirbik  
Anschrift BP-1089 Baross utca 127  
PH.D.-Programm: Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften

### Ehrenwörtliche Erklärung zu meiner Dissertation

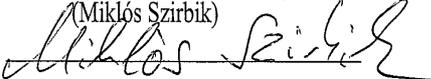
mit dem Titel: „Interkommunale Kooperation und Vergaberecht – Wettbewerb für oder gegen staatliche Daseinsvorsorge?“

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erkläre ich, dass ich die beigefügte Dissertation selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel genutzt habe. Alle wörtlich oder inhaltlich übernommenen Stellen habe ich als solche gekennzeichnet.

Ich versichere außerdem, dass ich die beigefügte Dissertation nur in diesem und keinem anderen Promotionsverfahren eingereicht habe und, dass diesem Promotionsverfahren keine endgültig gescheiterten Promotionsverfahren vorausgegangen sind.

Budapest, 06.06.2011

(Miklós Szirbik)  


## Miklós Szirbik

BP-1089 Baross utca 127 \* Tel: +3670-2509276 \* E-mail: miklosszirbik@yahoo.de

### Lebenslauf

#### Persönliche Daten

Geburtsdatum: 30.10.1980  
Geburtsort: Budapest  
Staatsangehörigkeit: Ungarisch

#### Hochschullaufbahn / Stipendien

Seit Okt. 2007 Ph.D Studium an der Doktorschule  
*Andrássy Gyula Deutschsprachige Universität Budapest*  
  
Studienschwerpunkt: europäisches und nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht, nationales Verfassungsrecht  
  
Dissertationsthema: „Das Vergaberecht der EU und die Organisationshoheit der Städte und Gemeinden in Ungarn sowie Deutschland im Bereich der lokalen Daseinsvorsorge“  
Angestrebter Abschluss: Ph.D  
  
Sept. 2006 - Jul. 2007 Masterstudium der Rechtswissenschaften, *Andrássy Gyula Deutschsprachige Universität Budapest*  
**Studienschwerpunkt:** Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, vergleichendes Staats- und Verfassungsrecht Ostmitteleuropa, interdisziplinäre Beleuchtung der europäischen Integration (Politologie, Ökonomie und Recht)  
Abschluss: **Magister Legum, LL.M. (Cum Laude)**  
Okt. 2000 – Nov. 2005 Studium der Rechtswissenschaften an der Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt am Main  
  
Abschluss: **1. Juristisches Staatsexamen**  
  
Stipendien: **1. Stipendium der Robert Bosch Stiftung (2007-2009)**  
**2. Stipendium der Republik Ungarn (2010)**

#### Publikationen / Konferenzvorträge

- 2009
- **Koautor** des rechtswissenschaftlichen Fachbuches „Kommentar zur Verfassung der Republik Ungarn“ mit eigenem Kapitel (65.000 Charakter) zum Schutz der Menschenwürde und des Rechts auf Leben gemäß § 54 (2) der Verfassung; Erschienen **2009** bei dem **Verlag Századvég** Originaltitel: „**Az Alkotmány Kommentárja**“

## Miklós Szirbik

BP-1089 Baross utca 127 \* Tel: +3670-2509276 \* E-mail: miklosszirbik@yahoo.de

2011

- **Konferenzvortrag:** „Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht interkommunaler Zusammenarbeit  
**Veranstaltung:** Dissertant/Innen-Seminar der Universität Wien und der Andrassy Gyula Universität Budapest im Mai 2009
- „Az Engel-ítélet – Az Emberi Jogok Európai Bíróságának döntése a mozgásképtelen, illetve súlyosan beteg fogvatartottak elhelyezésének, célszállításának és fokozott biztonsági intézkedések alkalmazásának egyes kérdéseiről.”  
**Erscheint Juni 2011 in der Fachzeitschrift JeMa**
- „Az Európai Bíróság in-house gyakorlata és a közbeszerzési szabályok alkalmazásának feltételei társuló helyi önkormányzatok esetében.”  
**Erscheint Okt. 2011 in der Fachzeitschrift JeMa**

### Sonstige universitäre Aktivitäten

- Organisation und Moderation des internationalen wissenschaftlichen „Dissertant/Innen-Seminars der Universität Wien und der Andrassy Gyula Universität Budapest im Mai 2009
- Leiter des Arbeitskreises der Doktoranden der Andrassy Gyula Universität Budapest
- Gewählter studentischer Vertreter im Fakultätsrat der juristischen Fakultät der AUB

### Beruflicher Werdegang

Jan- Mai 2008

**Rechtsanwaltskanzlei Dezsó & Társai** Budapest  
Arbeitsgruppe Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht

Status:

Paralegal

Tätigkeit:

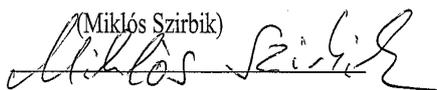
Teilnahme an rechtlicher und strategischer **Beratung des ungarischen Umweltministeriums** bei einem Maßnahmenpaket zur Förderung der energetischen Sanierung privater Haushalte. **Erstellung von Rechtsgutachten** zu Fragen des Europäischen Wirtschaftsverwaltungsrechts

**Miklós Szirbik**

BP-1089 Baross utca 127 \* Tel: +3670-2509276 \* E-mail: miklosszirbik@yahoo.de

- Febr.-Aug. 2006 **Anwaltssozietät Fritze Paul Selig (FPS)** Frankfurt/Main  
Arbeitsgruppe Wirtschaftsverwaltungsrecht
- Status: Studentische Arbeitskraft
- Tätigkeit: Erstellung von **Rechtsgutachten**, Entwurf von **Präsentationen für Fachkongresse**
- Okt. 2003-Mai 2005 **Institut für Strafrechtswissenschaften und Kriminologie - Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt**
- Status: **Studentische Hilfskraft (Tutor)**  
Tätigkeit: **Leitung strafrechtswissenschaftlicher Arbeitsgemeinschaften:**  
Abhalten strafrechtsmethodischer Lehrveranstaltungen für Lerngruppen á 20 Studenten, Erstellen von Lehrmaterial, Korrektur und Bewertung von Aufsichtsklausuren und Hausarbeiten für die Strafrechtsprofessuren der Universität

Budapest den 06.06.2011,

(Miklós Szirbik)  


**Miklós Szirbik**

BP-1089 Baross utca 127 \* Tel: +3670-2509276 \* E-mail: miklosszirbik@yahoo.de

## ***Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht***

***- Wettbewerb für oder gegen staatliche Daseinsvorsorge? -***

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

**Thesen zur Disputation von  
Miklós Szirbik**

**Themenleiter:**

**Prof. Dr. Ulrich Hufeld**

**Andrássy Gyula Deutschsprachige Universität Budapest**

**Fachbereich Rechtswissenschaften der Doktorschule**

**Prüfungskommission**

	Vorsitz
Prof. Dr. Stephan Kirste	1. Opponent
Prof. Dr. Herbert Küpper	2. Opponent
Dr. Jakab András	Externer
Dr. Póczy Kálmán	Protokoll

**2011 Budapest**

**Miklós Szirbik**

BP-1089 Baross utca 127 \* Tel: +3670-2509276 \* E-mail: [miklosszibik@yahoo.de](mailto:miklosszibik@yahoo.de)

## Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung: Interkommunale Aufgabenerledigung und europäisches Vergaberecht.....	7
1. Europäisches Wettbewerbsrecht und kommunales Selbstverwaltungsrecht.....	7
2. Kommunale Zusammenarbeitsformen als ausschreibungspflichtige öffentliche Aufträge?.....	8
3. Wettbewerbsverzerrung durch die Kommunen oder notwendige Aufgabenwahrnehmung der öffentlichen Hand?.....	9
4. Die aus Sicht des Unionsrechts relevanten Kooperationsformen.....	11
a) Vertikale Zusammenarbeit.....	11
b) Horizontale Zusammenarbeit.....	11
c) Dogmatische Schwierigkeiten der gegenwärtigen vergaberechtlichen Ausnahmetatbestände insbesondere der Inhouse Rechtsprechung.....	12
II. Ziele und Notwendigkeit des Forschungsvorhabens .....	13
1. Europäisches Wettbewerbsrecht vs. kommunale Daseinsvorsorge als gesamteuropäisches Problem.....	13
2. Rechtsvergleich Deutschland und Ungarn .....	15
3. Maßgebliche Fragestellungen.....	15
4. These der Arbeit .....	18
a) Das Beschaffungswesen als multipolare Konfliktlage.....	18
b) Kommunale Gemeinschaftsarbeit als legitime Benachteiligung privater Konkurrenten?.....	19
III. Gang der Untersuchungen .....	20
IV. Zusammenfassung der wesentlichen Forschungsergebnisse .....	21
1. Kommunale Kooperationshoheit im Rahmen des Unionsrechts.....	21
2. Untauglichkeit einer unmittelbar abwägenden Kollision kommunaler Organisationshoheit mit den Grundfreiheiten der Bieter.....	23
3. Gängige Kooperationsformen als Vorgänge ohne Beschaffungscharakter .....	24
V. Publikation und Vorträge des Verfassers zum Untersuchungsgegenstand sowie in der Dissertation verwendete Studien.....	27

### ***I. Einleitung: Interkommunale Aufgabenerledigung und europäisches Vergaberecht***

#### ***1. Europäisches Wettbewerbsrecht und kommunales Selbstverwaltungsrecht***

Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union und insbesondere das sekundärrechtlich detailliert geregelte europäische Vergaberecht stellen ein verhältnismäßig junges Rechtsgebiet dar. Hingegen sind die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten und die in diesen enthaltenen Institute der kommunalen Selbstverwaltung wesentlich älter und blicken entstehungsgeschichtlich auf einen Zeitpunkt vor der europäischen Integration zurück. Obwohl also im Rahmen der stufenweise erfolgenden Errichtung des Europäischen Binnenmarktes das Institut der kommunalen Selbstverwaltung bekannt war, führte die Harmonisierung des Beschaffungswesens in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu einem erheblichen ordnungspolitischen Konflikt zwischen Vergaberecht einerseits und kommunaler Organisationshoheit andererseits. Ausgangspunkt dieses Spannungsverhältnisses ist die methodische Frage, inwieweit Städte und Gemeinden den Zwängen des Vergaberechts unterliegen, sofern sie zur gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben sogenannte interkommunale Kooperationen untereinander eingehen.

## ***2. Kommunale Zusammenarbeitsformen als ausschreibungspflichtige öffentliche Aufträge?***

Dieser Konflikt lässt sich wie folgt umschreiben. Im Sinne des europäischen Vergaberechts, wie es gegenwärtig in den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG geregelt ist, muss eine staatliche Stelle zwingend ein Vergabeverfahren durchführen, bevor sie einen öffentlichen Auftrag über die Durchführung von Aufgaben der Daseinsvorsorge vergibt. Solche Einkäufe der öffentlichen Hand sind nur zulässig, wenn in einem transparenten Verfahren nach vorher festgelegten Kriterien das wirtschaftlichste Angebot unter den konkurrierenden Privatunternehmen ausgewählt wurde. Der Sinn dieser strikten Vorgaben liegt auf der Hand: es soll Korruption vermieden werden und das Einkaufsverhalten der öffentlichen Hand soll nicht nur sauberer sondern auch effizienter werden. In den genannten Richtlinien ist jedoch die Legaldefinition zum öffentlichen Auftrag recht weit gefasst.

Ein solcher öffentlicher Auftrag ist gegeben, wenn staatliche Stellen, Gebietskörperschaften oder diesen organisatorisch zurechenbare Einrichtungen mit einem Wirtschaftsteilnehmer einen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren oder die Durchführung von Leistungen schließen. Als Wirtschaftsteilnehmer gilt dabei jede natürliche oder juristische Person, die Leistungen auf dem Markt anbietet. Nach der Praxis des EuGH ist es unerheblich, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer im Sinne der genannten Richtlinien dem Staat zuzurechnen ist oder von diesem finanziert wird und maßgeblich gelenkt wird. Es kommt nur darauf an, ob eine Leistung auf dem Markt angeboten wird.

Auf Grund dieser funktionalen Auslegung des öffentlichen Auftrages, geraten kooperierende Gebietskörperschaften in den sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts. Führt eine Gemeinde für eine Nachbargemeinde Leistungen der Daseinsvorsorge – etwa den öffentlichen Nahverkehr oder die Abfallbeseitigung – durch, um so eine kosteneffiziente Nutzung der kommunalen Kapazitäten zu erzielen, liegt in diesem Vorgang stets auch ein vergaberechtlicher Vertrag. Denn in solchen Fällen führt eine juristische Person (aufgabendurchführende Gemeinde) entgeltlich Leistungen für einen öffentlichen Auftraggeber (die andere Gemeinde) durch. Aus funktionaler Sicht nimmt die leistungsdurchführende Gemeinde somit die Rolle eines Wirtschaftsteilnehmers ein, da sie für einen Verwaltungsträger entgeltlich Leistungen erbringt. Aus vergaberechtlicher Perspektive ist dies für die Annahme eines öffentlichen Auftrages ausreichend.

Die vergaberechtliche Besonderheit interkommunaler Kooperationen besteht darin, dass auf beiden Seiten des vergaberechtlichen Vertrages der Staat steht. Mit der Kooperation wollen die Kommunen Kosten sparen und greifen dabei auf ihre Kooperationshoheit als Ausprägung der kommunalen Selbstverwaltung zurück. Die Pflicht, ein Vergabeverfahren durchzuführen, erhöht jedoch die Kosten und den organisatorischen Aufwand gemeinsamer Aufgabenwahrnehmung. Interessanterweise vermag das Vergaberecht genau diesen nachteiligen Effekt mit Einsparungen an anderer Stelle zu begründen. Wenn nämlich vor einer Kooperation ein Vergabeverfahren durchgeführt wird, führt der Preiswettbewerb unter den Bietern zu Kostensenkungen.

### ***3. Wettbewerbsverzerrung durch die Kommunen oder notwendige Aufgabenwahrnehmung der öffentlichen Hand?***

Doch weshalb führte überhaupt die Frage der vergaberechtlichen Beurteilung kommunaler Zusammenarbeit zu einem derartigen Konflikt, der die Rechtsprechung des EuGH seit dem Jahr 1999 beschäftigt und das Europäische Parlament im Jahr 2011 dazu veranlasst hat, von der Kommission unter direkter Berufung auf Art. 4 Abs. (2) EUV eine Neuregelung des europäischen Beschaffungswesens zu Gunsten der kommunalen Zusammenarbeit zu initiieren?

Der Hintergrund dieses Konfliktes ist eine strukturelle Erscheinung. Die Zusammenarbeit der europäischen Gemeinden richtet sich zumeist auf die gemeinsame Erledigung von Aufgaben der Daseinsvorsorge. Die typischen Sektoren sind die Abfallwirtschaft, der öffentliche Verkehr, die Energiewirtschaft, die Wasserversorgung und Abwasserwirtschaft und Ähnliches. Eben diese Sektoren wurden noch in den ersten Jahrzehnten der europäischen Integration in den einzelnen Mitgliedstaaten ganz überwiegend von der öffentlichen Hand betrieben.

Seit den 1970er Jahren setzten in diesem Bereich jedoch Privatisierungsprozesse ein. Die öffentliche Hand zog sich sukzessive aus ihrer Rolle als alleinige Betreiberin der oben genannten Sektoren zurück und förderte die Präsenz auch privater Dienstleister als Marktteilnehmer. Ihre eigenen Verwaltungsstrukturen führte die öffentliche Hand häufig in eine privatrechtliche Form über. Aus dem kommunalen Wasserwerk wurde eine GmbH in Kommunalbesitz. Unweigerlich musste dieser Prozess zu einem Nebeneinander privater und öffentlicher Unternehmen führen, die in den Sektoren der Daseinsvorsorge miteinander in Wettbewerb stehen.

Wenn auf so strukturierten Märkten der Daseinsvorsorge die Städte mit öffentlichen Geldern finanzierte Gesellschaften betreiben und beispielsweise auf dem Gebiet der Abfallbeseitigung die privaten Konkurrenzunternehmen in einen harten Preiswettbewerb drängen, stellt sich die Frage, ob das Vorgehen der Städte nicht wettbewerbsverzerrende Wirkung entfaltet. Schließlich kennt der aus Steuergeldern finanzierte Kommunalbetrieb oder gar die Kommune selbst praktisch kein Insolvenzrisiko und kann mit zu niedrigen Preisen die Lebensgrundlage der Privatunternehmen untergraben. Wenn nun die Stadt A oder ein Kommunalunternehmen der Stadt A für die Nachbarstadt B entgeltlich eine klassische Aufgabe der Daseinsvorsorge durchführt, liegt in einem solchen Fall klassischer kommunaler Zusammenarbeit die Wettbewerbssituation zu Unternehmen der Privatwirtschaft auf der Hand. Andererseits dürfen die potentiell wettbewerbsverzerrende Wirkung einer wirtschaftlichen Betätigung der Kommune A und die kommunale Zusammenarbeit zwischen A und B nicht losgelöst von der Verantwortung der Kommunen für die Daseinsvorsorge gesehen werden. Denn die Kommunen müssen die Grundversorgung der Bürger gewährleisten und müssen beispielsweise auch dann einspringen, wenn ein privater Dienstleister insolvent wird oder aus anderen Gründen keine ausreichende Versorgung mehr sicherstellen kann. Verschärft wurde diese Wettbewerbssituation durch die stufenweise Öffnung der europäischen Märkte. Lukrative Aufträge deutscher oder ungarischer Gemeinden locken nicht mehr nur inländische sondern auch ausländische Unternehmen. Wenn jedoch zwei Kommunen eines Mitgliedstaates beschließen, dass eine bestimmte Leistung von einer Gemeinde entgeltlich für die andere erbracht wird, berührt diese Entscheidung auch den grenzüberschreitenden Handel.

#### ***4. Die aus Sicht des Unionsrechts relevanten Kooperationsformen***

Seit dem Jahr 2009 können die aus der Sicht des europäischen Vergaberecht relevanten kommunalen Zusammenarbeitsformen in horizontale und vertikale Kooperationen eingeteilt werden. Der gemeinsame Nenner sämtlicher Kooperationsformen besteht dabei darin, dass sie der gemeinsamen Erfüllung solcher kommunaler öffentlicher Aufgaben dienen, welche nach nationalem Recht zugleich auch von Privatunternehmen auf dem Markt angeboten werden können und dürfen. Es handelt sich um Leistungen der Daseinsvorsorge, beispielsweise Wasser- oder Energiewirtschaft, Abfallwirtschaft, Infrastruktur, Verkehrsdienste und Vergleichbares. Die Unterscheidung der Kooperationsformen nach „vertikal“ und „horizontal“ stellt nicht auf

die Art der interkommunal ausgetauschten Leistungen ab, sondern differenziert nach der Organisationsform der unterschiedlichen Kooperationstypen.

***a) Vertikale Zusammenarbeit***

Vertikale Zusammenarbeitsformen liegen dann vor, wenn mehrere Kommunen gemeinsam eine juristische Person errichten und betreiben und diese mit der Durchführung von Aufgaben der Daseinsvorsorge betrauen. Beispielsweise können Kommunen zusammen eine Straßenbau-GmbH errichten und diese je nach Bedarf der einzelnen Kommunen mit entsprechenden Aufgaben betrauen. Anstelle einer juristischen Person des Privatrechts (etwa die GmbH oder eine AG) betreiben Kommunen nicht selten auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, etwa gemeinsame Anstalten oder Verbände, die eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Da die Kommunen diese juristischen Personen gemeinsam leiten, hat sich die Bezeichnung der vertikalen Kooperation durchgesetzt, weil die Gemeinden die jeweilige juristische Person in einem Subordinationsverhältnis lenken.

***b) Horizontale Zusammenarbeit***

Die zweite Organisationsform kommunaler Zusammenarbeit bilden die horizontalen Kooperationen. Hier erbringt eine Gemeinde unmittelbar für eine andere Kommune eine Leistung der Daseinsvorsorge. Die aufgabendurchführende Gemeinde erbringt die jeweilige Leistung entweder mit ihren eigenen Verwaltungsdienststellen oder mit einer alleine ihr gehörenden juristischen Person. Da hier der Leistungserbringer keine gemeinsame, vertikal betriebene juristische Person ist, spricht die Praxis in solchen Fällen von horizontalen Kooperationen. Denn die als Leistungserbringer in Erscheinung tretende Gemeinde wird von der auftragserteilenden Kommune nicht vertikal gelenkt. Vielmehr besteht ein horizontales Verhältnis auf Gleichordnungsebene.

Im Sinne des in diesem Abschnitt unter Punkt 2 dargelegten Begriffs des öffentlichen Auftrags können beide Kooperationsformen als ausschreibungspflichtig eingestuft werden. Im Falle vertikaler Kooperationen schließen danach die Gemeinden mit einer von ihnen rechtlich verschiedenen juristischen Person (GmbH, AG, Anstalt oder Verband) einen Vertrag über die entgeltliche Erbringung von Leistungen. Ein solcher entgeltlicher Vertrag über eine Leistung der Daseinsvorsorge liegt auch im Falle horizontaler Kooperationen vor. Da die beauftragte Gemeinde ein von der Auftraggeberkommune zu unterscheidender eigenständiger Rechtsträ-

ger ist, kann auch hier ein öffentlicher Auftrag im Sinne eines Vertrages zwischen einer Kommune (öffentlicher Auftraggeber) und einem Leistungserbringer (die beauftragte Kommune) angenommen werden.

**c) Dogmatische Schwierigkeiten der gegenwärtigen vergaberechtlichen Ausnahmetatbestände insbesondere der Inhouse Rechtsprechung**

Die von der Europäischen Kommission und vom EuGH seit 2009 explizit vorgenommene Einteilung der kommunalen Zusammenarbeitsformen in vertikale einerseits und horizontale andererseits erlangt dadurch erhebliche Bedeutung, dass sich in der Praxis der genannten Unionsorgane unterschiedliche rechtliche Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die einzelnen Kooperationstypen abzeichnen. Im Rahmen der sogenannten Inhouse-Rechtsprechung des EuGH werden vertikale Kooperationen dann von der Ausschreibungspflicht befreit, wenn eine gemeinsam betriebene juristische Person zwar formell eigenständig ist aber in tatsächlicher Hinsicht derart von den Betreiberkommunen kontrolliert wird, dass sie im Ergebnis als deren eigene Dienststelle in Erscheinung tritt. Weitere Voraussetzung ist, dass die gemeinsam kontrollierte Dienststelle mindestens 90 % ihrer Tätigkeit ausschließlich diesen Kommunen gegenüber verrichtet und für keine anderen Gemeinden oder Privatunternehmen Leistungen erbringt. Hingegen stellte der EuGH in seinem viel beachteten Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ (C-480/06, Urt. vom 09.06.2009) horizontale Kooperationen nur in jenen Fällen von der Ausschreibungspflicht frei, in welchen die Zusammenarbeit auf die Erledigung von Aufgaben in öffentlichem Interesse gerichtet ist, keine Gewinnerzielung anstrebt und kein Privatunternehmen gegenüber andere private Konkurrenten benachteiligt. Aus dieser Aufspaltung kommunaler Zusammenarbeit auf zwei Falltypen resultierten aber Wertungswidersprüche, die bis heute die Anwendbarkeit des Vergaberechts und die Rechtssicherheit beeinträchtigen. Zunächst ist der Begriff von „Aufgaben im öffentlichen Interesse“ – wie die Regelung des Art. 14 AEUV bereits verdeutlicht – keine hinreichend klar umrissene Legaldefinition, deren jeweiliger Inhalt im Einzelfall maßgeblich von den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten abhängt. Zudem ist die unterschiedliche Behandlung vertikaler und horizontaler Kooperationen an sich fraglich, wenn man bedenkt, dass beide Zusammenarbeitsformen auf die Erledigung kommunaler (öffentlicher) Aufgaben gerichtet sind. Am erheblichsten ist die Rechtssicherheit jedoch dadurch gefährdet, dass der Übergang zwischen vertikalen und horizontalen Kooperationen fließend sein kann. Besitzen

zwei Kommunen gemeinsam eine GmbH, die sie gemeinsam kontrollieren und die im Wesentlichen nur für diese beiden Kommunen tätig ist, liegt eine vertikale Kooperation vor. Besitzt und kontrolliert hingegen nur eine der beiden Kommunen die GmbH aus unserem Beispiel und wird diese GmbH gleichzeitig und ausschließlich für beide Kommunen tätig, so liegt bereits eine horizontale Kooperation vor. Es leuchtet nicht ein, weshalb in einem dieser Fälle allein „die Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ die Freistellung vom Vergaberecht begründet, während im anderen Fall beide Kommunen die ausschließlich für sie tätige GmbH kontrollieren müssen.

## ***II. Ziele und Notwendigkeit des Forschungsvorhabens***

Angeregt wurde das hiesige Forschungsvorhaben durch Erfahrungen aus der vergaberechtlichen Praxis in der Anwaltssozietät Fritze Paul Seelig in Frankfurt am Main und der Anwaltskanzlei Dezsó & Társai in Budapest. Das oben umschriebene Spannungsverhältnis zwischen Vergaberecht und kommunaler Organisationshoheit prägt die vergaberechtliche Diskussion seit 10 Jahren in zunehmender Intensität und erwies sich als immer wiederkehrende, noch weitgehend ungelöste dogmatische Fragestellung in der alltäglichen Praxis der genannten Anwaltskanzleien.

### ***1. Europäisches Wettbewerbsrecht vs. kommunale Daseinsvorsorge als gesamteuropäisches Problem***

Es wurde schnell deutlich, dass die Kollision zwischen den ordnungspolitischen Zielen des Beschaffungswesens mit der kommunalen Organisationshoheit sowohl in der ungarischen als auch in der deutschen Praxis ein aktuelles und viel diskutiertes Problem darstellt. Eine Umfrage des ungarischen Innenministeriums unter den ungarischen Gebietskörperschaften ergab, dass jede vierte von ihnen Zusammenarbeitsformen der oben beschriebenen Art unterhält und mit dem Vergaberecht in Konflikt gerät. Von ähnlichen Ergebnissen berichtet eine Publikation des Deutschen Städte und Gemeindebundes (DStGB) aus dem Jahr 2004 für die Kommunen in Deutschland. Im Jahr 2005 veröffentlichte europaweite Studien des österreichischen Städtetages sowie des deutschen Verbandes Kommunaler Unternehmen (VKU e.V.) belegten zudem, dass die vergaberechtliche Beurteilung interkommunaler Kooperationen und die daraus erwachsenden Probleme ein gesamteuropäisches Phänomen darstellen und mindestens in 12 Mitgliedstaaten zu Rechtsproblemen führen. Dies resultiert daraus, dass den Kommunen in

fast allen Mitgliedstaaten bedeutende Organisationsbefugnisse auf dem Gebiet der lokalen Daseinsvorsorge zustehen. Wenn nun diese Gemeinden zur effizienteren Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben auf Zusammenarbeitsformen zurückgreifen, sehen sie sich mit dem Risiko konfrontiert, dass sie zwingend ein Vergabeverfahren durchzuführen haben. Unterstützt vom Europäischen Parlament und vom Ausschuss der Regionen fordern die Kommunen von der Europäischen Kommission daher eine stärkere Rücksichtnahme auf das kommunale Selbstverwaltungsrecht, welches seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in Art. 4 Abs. 2 EUV explizit geschützt ist. Die aufgabendurchführende Gemeinde muss sich nämlich dem Wettbewerb mit Privatunternehmen auch dann stellen, wenn die involvierten Kommunen die jeweilige Aufgabenerledigung von Anfang an verwaltungsintern Organisieren wollten.

Da die Städte und Gemeinden in allen Mitgliedstaaten wichtige Verwaltungsträger sind und zu den bedeutsamsten öffentlichen Auftraggebern gehören, verwundert es nicht, dass die Frage interkommunaler Kooperationen zunehmend kontrovers diskutiert wurde. Aktuelle Stellungnahmen des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission, des Ausschusses der Regionen, zahlreicher kommunaler und wirtschaftlicher Interessenverbände so wie mehrere Urteile des Europäischen Gerichtshofes aus den Jahren 2009-2010 belegen, dass die interkommunale Zusammenarbeit – mit den Worten Jost Pietzckers formuliert – eines der gegenwärtig großen Baustellen bei der Errichtung des Europäischen Vergaberechts darstellt.

## ***2. Rechtsvergleich Deutschland und Ungarn***

Ziel der Arbeit ist vorrangig die Erarbeitung rechtssicherer Beurteilungskriterien für die Ausschreibungspflicht kommunaler Zusammenarbeitsformen auf Ebene der unionsrechtlichen Vorschriften, um so in ganz Europa brauchbare Standards zu erhalten. Für eine Sachgerechte Vorbereitung dieses Untersuchungsvorhabens ist jedoch eine möglichst genaue Momentaufnahme der kommunalen Kooperationspraxis in den Mitgliedstaaten unerlässlich. Da eine eingehende Untersuchung sämtlicher Mitgliedstaaten den Rahmen dieser Arbeit gesprengt hätte, bot sich die Auswahl solcher Mitgliedstaaten an, die beispielhaft für die kommunale Praxis in der Gesamtheit der Mitgliedstaaten gewertet werden können. Insoweit fiel die Wahl aus folgenden Gründen auf Ungarn und Deutschland. Zunächst existieren in beiden Ländern sowohl horizontale als auch vertikale Kooperationen und werden intensiv genutzt, wobei

insbesondere die vertikalen Kooperationen in privatrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Organisationsform betrieben werden können. Damit decken Deutschland und Ungarn alle Zusammenarbeitsformen ab, die in der Praxis der Unionsorgane vergaberechtlich bislang relevant waren. Da Ungarn ein zentralistisch strukturiertes Land ist, während Deutschland föderal gegliedert ist, kann ein unmittelbarer Vergleich beider Länder zur Überprüfung der häufig geäußerten Kritik beitragen, wonach die Ausschreibungspflicht für Verwaltungskooperationen föderale Staaten gegenüber zentralistische Länder benachteilige.

### ***3. Maßgebliche Fragestellungen***

Bevor die Ausgangsthesen der Arbeit vorgestellt werden, sind im Folgenden die grundlegenden Zusammenhänge darzulegen, welche die gegenwärtige Diskussion um die interkommunale Zusammenarbeit prägen.

Im Wesentlichen lassen sich drei Meinungsströme im europäischen Schrifttum und unter den einzelnen Unionsorganen feststellen. Die kommunalrechtliche Auffassung wurde zunächst von Stimmen im deutschen und österreichischen Schrifttum vertreten und geriet immer stärker in den Hintergrund, erfuhr jedoch mit der expliziten Anerkennung des Schutzes der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 4 Abs. 2 EUV erneuten Aufwind. Seither macht sich auch das Europäische Parlament für diese Lösung stark. Ausgangspunkt dieses Ansatzes ist, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe von einer Kommune auf eine Nachbargemeinde keinen Auftrag im herkömmlichen Sinne darstelle sondern eine Neuorganisation von Verwaltungsaufgaben zwischen einzelnen Verwaltungsträgern auf Grundlage spezieller Ermächtigungsgesetze. Insbesondere die Gesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit seien solche Ermächtigungsgesetze, die vor allem das innere Staatsorganisationsrecht betreffen. Hier fehle der Union die hinreichende Kompetenz, wettbewerbsrechtliche Vorgaben zu machen. Da eine allgemeine Ausschreibungspflicht für kommunale Kooperationen stets dazu führe, dass günstiger bietende Privatunternehmen im Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten müssen, begründe die Anwendung des Vergaberechts eine Privatisierungspflicht für die Durchführung kommunaler Aufgaben. Eine solche ordnungspolitische Wirkung des Vergaberechts sei durch die Kompetenzen der EU nicht gedeckt und stelle daher eine unzulässige Beeinträchtigung der kommunalen Selbstverwaltung dar.

Die wettbewerbsrechtliche Lösung hingegen stellt wesentlich auf das Bestehen einer Wettbewerbssituation zwischen „beauftragter“ Kommune und Privatunternehmen ab. Sobald eine öffentliche Aufgabe rechtlich und tatsächlich auch von Privatunternehmen erbracht werden kann, stehe die beauftragte Kommune in einem Wettbewerb zu anderen Anbietern der Leistung und müsse sich diesem Wettbewerb im Vergabeverfahren stellen. Klassische Aufgaben der Daseinsvorsorge dürften auch von Privatunternehmen erbracht werden und es sei nicht einzusehen, weshalb eine beauftragte Kommune privilegiert werden soll. Nur bei sogenannten Verwaltungsmonopolen – etwa dem Polizeidienst – bestehe kein Wettbewerb zu Privaten, weil solche Aufgaben auf Private nicht übertragen werden können. Eine Neuordnung von Verwaltungsaufgaben – wie von der kommunalrechtlichen Lösung unterstellt – liege nur vor, wenn sich die Auftraggeberkommune vollständig einer Aufgabe entledge und die dazugehörige Aufgabenzuständigkeit auf die andere Gemeinde übertrage, so dass diese Gemeinde zur neuen Verwaltungsträgerin der Aufgabe werde. Nur in solchen Fällen liege kein Wettbewerb zu Privatunternehmen vor.

Der dritte, sogenannte rechtsformenabhängige Ansatz stellt eine vermittelnde Auffassung dar und ist im Schrifttum mittlerweile vorherrschend. Prägend für die Entstehung dieses Ansatzes war die Rechtsprechung des EuGH zur Ausschreibungspflicht kommunaler Gemeinschaftsarbeit. Grundsätzlich bejaht dieser Ansatz im Einklang mit der oben dargelegten wettbewerbsrechtlichen Lösung eine Anwendbarkeit des Vergaberechts auf kommunale Kooperationen, um so Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Jedoch können ausnahmsweise solche Zusammenarbeitsformen aus der Legaldefinition des öffentlichen Auftrages herausgelöst werden, die auf Grund ihrer spezifischen Organisationsform nach funktionalen Gesichtspunkten keine Wettbewerbsverzerrungen verursachen und daher nicht der Ausschreibungspflicht unterworfen werden müssen. Dabei erwiesen sich die vertikalen Kooperationen als eine solche geeignete Organisationsform kommunaler Gemeinschaftsarbeit, weil eine von mehreren Kommunen geleitete und nur für die Kommunen Tätige juristische Person nach funktionalen Gesichtspunkten nicht als beauftragter Dritter sondern als eigene Verwaltungsstelle der Kommunen in Erscheinung tritt. Das wesentlichste Problem dieses Ansatzes besteht darin, dass er nicht erklären kann, warum horizontale Kooperationen ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens eine Wettbewerbsverzerrung darstellen. Wie oben in Abschnitt I unter 4. c) dargelegt, müsste nach dieser rechtsformenabhängigen Lösung eine horizontale Kooperati-

on, in welcher eine juristische Person nur einer Kommune gehört aber für einen vorher definierten, ausschließlichen Kreis verschiedener Gemeinden tätig wird, der Ausschreibungspflicht unterworfen werden. Dieses Ergebnis ist jedoch widersprüchlich, da eine juristische Person in Kommunalbesitz in jedem Fall als Dienststelle der Verwaltung anzusehen ist, auch wenn sie nur von einer Gemeinde kontrolliert wird. An diesem inneren Widerspruch ändert die aktuelle Rechtsprechung des EuGH seit dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ auch nichts. Denn die dort erfolgte Freistellung horizontaler Kooperationen von der Ausschreibungspflicht hängt von der „Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegender Ziele“ ab. Dieser schwer mit Inhalten konkretisierbare Begriff kann keine Rechtssicherheit gewährleisten und ermöglicht keine hinreichend klare Abgrenzung horizontaler und vertikaler Kooperationen da auch letztere Kooperationsform öffentlichen Zwecken dient, was der EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung auch betont. Dieser innere Widerspruch des rechtsformenabhängigen Ansatzes hat erhebliche Auswirkung auf die kommunale Gemeinschaftsarbeit in den Mitgliedstaaten. So sind die in diesem Abschnitt geschilderten horizontalen Kooperationsformen in Ungarn und Deutschland explizit geregelt und gehören in beiden Ländern zu den populärsten Zusammenarbeitsformen. Sowohl die in Deutschland als Zweckvereinbarung bekannten Zusammenarbeitsformen (etwa § 24 f. hessisches Gesetz über Kommunale Gemeinschaftsarbeit) als auch die „társulás“ gemäß § 8 des ungarischen Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit (Gesetz 1997/CXXXV) zielen auf den Gemeinsamen Betrieb einer juristischen Person dergestalt ab, dass die juristische Person nur einer Gemeinde gehört und nur von dieser kontrolliert wird, während die anderen Kommunen sich durch die Zweckvereinbarung dazu verpflichten, die juristische Person mitzufinanzieren, um im Gegenzug ihre Leistungen in Anspruch nehmen zu können.

#### **4. These der Arbeit**

Die im späteren Verlauf der Untersuchungen teils modifizierte Grundannahme dieser Arbeit bestand in der These, daß die kommunale Selbstverwaltung mit den Wettbewerbszielen des Vergaberechts nach dem Muster der praktischen Konkordanz miteinander zu einem zweckmäßigen Ausgleich gebracht werden können. Auf diese Weise kann eine Auslegung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffes erzielt werden, die sowohl das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs, als auch der kommunalen Organisationshoheit zur bestmöglichen Verwirklichung verhilft.

##### **a) Das Beschaffungswesen als multipolare Konfliktlage**

Die Erzielung einer praktischen Konkordanz im oben genannten Sinne würde sich problemlos in die Grundstruktur des Vergaberechts einfügen. Wie bereits das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zum Rechtsschutz im Beschaffungswesen (BVerfGE 116, 135) herausgearbeitet hat, sind Vergabeentscheidungen der öffentlichen Hand untrennbar mit öffentlichen Interessen einerseits und privatwirtschaftlichen Betätigungsrechten andererseits verbunden. Vergleichbar der Situation eines mehrpoligen Rechtsverhältnisses begünstigt die Zuschlagerteilung der öffentlichen Hand den jeweils beauftragten Bieter und benachteiligt im selben Akt die unterlegenen Konkurrenten. Im Gegensatz zu echten mehrpoligen Rechtsverhältnissen berührt oder begründet jedoch die Vergabeentscheidung kein Rechtsverhältnis zwischen den konkurrierenden Bietern. Die Möglichkeit, Rechtsschutz gegen staatliche Vergabeentscheidungen zu erwirken, betrifft lediglich das Rechtsverhältnis der unterlegenen Bieter zur staatlichen Vergabestelle – allerdings mit mittelbarer Wirkung auf das Rechtsverhältnis zwischen der Vergabestelle und dem beauftragten Bieter. Da die Vergabeentscheidung stets der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, kann der Anspruch der konkurrierenden Bieter auf chancengleichen Zugang zum Beschaffungsmarkt und diskriminierungsfreie Berücksichtigung im Wettbewerb nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht losgelöst von den öffentlichen Zielen des Beschaffungswesens bewertet werden. Das Interesse des im Wettbewerb erfolgreichen und den Zuschlag erhaltenden Bieters an der schnellen Ausführung des öffentlichen Auftrags dient zugleich dem öffentlichen Interesse an der Erledigung der mit der Vergabeentscheidung verfolgten öffentlichen Aufgabe. Das Rechtsschutzinteresse der unterlegenen Bieter hilft hingegen bei der Durchsetzung des

öffentlichen Interesses an einem funktionierenden Beschaffungswettbewerb. Der Wettbewerb im Vergabewesen ist nämlich nicht Selbstzweck und nicht nur Resultat der Berufsfreiheit der Bieter. Mit seiner kostensenkenden und innovationsfördernden Wirkung soll der Vergabewettbewerb die öffentlichen Haushalte schonen und die Effizienz öffentlicher Aufgabenerledigung sicherstellen. Bei der Abwägung der widerstreitenden Bieterinteressen müssen daher nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch die mit ihnen verknüpften öffentlichen Zwecke beachtet und in einer multipolaren Konfliktlage zum Ausgleich gebracht werden.

### **b) Kommunale Gemeinschaftsarbeit als legitime Benachteiligung privater Konkurrenten?**

Der vom Bundesverfassungsgericht formulierte Grundgedanke von untrennbar verknüpften öffentlichen Zwecken und privatwirtschaftlichen Betätigungsrechten kann auch für die kommunale Gemeinschaftsarbeit fruchtbar gemacht werden. Grundkonstellation einer solchen Kooperation ist ja gerade, dass ein kommunaler Wirtschaftsteilnehmer ohne Vergabeverfahren einen Auftrag erhält und daher gegenüber seinen privaten Konkurrenten privilegiert wird. Die privaten Bieter erhalten nicht die Gelegenheit, in einem Vergabeverfahren ihre Alternativenangebote einzureichen. Identifiziert man eine interkommunale Kooperation als privilegierende Vergabeentscheidung für die Partnerkommune und gegen private Unternehmen, könnten für die Rechtfertigung dieser Privilegierung fruchtbare Kriterien aus der Tatsache abgeleitet werden, dass das wirtschaftliche Betätigungsrecht von Privatunternehmen im Beschaffungswesen mit öffentlichen Interessen verknüpft ist und deren Durchsetzung zu dienen bestimmt ist.

Auch der EuGH beschreitet diesen Weg in seiner teils als uneinheitlich kritisierten Rechtsprechung zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit. So identifiziert der Gerichtshof eine ohne Ausschreibung durchgeführte Kooperation grundsätzlich als freihändige Vergabe an einen kommunalen Marktteilnehmer. Eine solche Aussetzung des Wettbewerbs gerät in den Anwendungsbereich des Beschränkungsverbots der Grundfreiheiten und insbesondere der Dienstleistungsfreiheit der privaten Bieter, da diese nicht die Möglichkeit erhalten, ein Angebot einzureichen. Die oben dargelegte, für vertikale Kooperationen entwickelte Inhousefigur zeichnet der Gerichtshof in den Rechtssachen „Coname“ (C-231/03, Urt. vom 21.07.2005) und „Kommission gegen Irland“ (C-507/03, Urt. vom 13.11.2007) als eine mögliche Rechtfertigung der

beschränkenden Maßnahme nach. Danach können die Kommunen ein legitimes Interesse daran haben, die mit der Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraute Stelle wie eine eigene Dienststelle zu kontrollieren. Auch das bislang einzige Urteil zu horizontalen Kooperationen („Stadtreinigung Hamburg“ C-480/06, Urt. vom 09.06.2009) stellt – wie erwähnt – auf die Verfolgung öffentlicher Interessen als Befreiungstatbestand ab und erinnert an eine rechtfertigende Abwägung.

### ***III. Gang der Untersuchungen***

Ausgehend von der Arbeitsthese der hiesigen Untersuchungen war die Dissertation auf die Untersuchung gerichtet, ob aus dem Sekundär- und Primärrecht der Union taugliche Kriterien für eine Auslegung des unionsrechtlichen Begriffs des öffentlichen Auftrages im Sinne einer Konkordanz hergeleitet werden können. Hierfür war es zunächst erforderlich, diejenigen Kooperationspraktiken der Kommunen darzulegen und zu untersuchen, die aus vergaberechtlicher Sicht relevant sind (Kapitel 2). In Kapitel 3 konnte anschließend der Begriff des öffentlichen Auftrages im Sinne der unionsrechtlichen Vergaberechtsrichtlinien und im Lichte der Rechtsprechung des EuGH dargelegt werden, um so einer strikten Subsumtion der in Kapitel 2 skizzierten Kooperationsformen den Weg zu ebnen. Dabei war auf die oben dargelegten drei großen Meinungsströme einzugehen und danach zu fragen, ob aus ihnen überzeugende und abschließende Argumente für oder gegen die Annahme eines öffentlichen Auftrages im Falle interkommunaler Kooperationen hergeleitet werden können. In Kapitel 4 konnte schließlich die mittlerweile auf 10 Jahre zurückblickende Rechtsprechung des EuGH zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit dargestellt und mit dem Begriff des öffentlichen Auftrags verglichen werden. Die richterrechtlichen Ausnahmetatbestände für vertikale und horizontale Kooperationen waren dabei von besonderem Interesse. Da diese Ausnahmetatbestände gegenwärtig die einzigen Befreiungsmöglichkeiten kommunaler Gemeinschaftsarbeit von der Ausschreibungspflicht darstellen, musste in Kapitel 4 die Umsetzung dieser Rechtsprechung in der deutschen und ungarischen Rechtsordnung untersucht werden. Ein besonderes Augenmerk war darauf zu richten, ob die Rechtsprechung eine ausreichende und rechtssichere Grundlage für eine eindeutige Regelung sowohl der horizontalen als auch der vertikalen Kooperationen in Ungarn und Deutschland liefert. In Kapitel 5 wurde untersucht, wie das kommunale Selbstverwaltungsrecht und insbesondere die Organisationshoheit der Gemeinden auf

dem Gebiet der lokalen Daseinsvorsorge im Unionsrecht erfasst ist. Insbesondere die im Vertrag von Lissabon neu eingeführte Achtung der lokalen Selbstverwaltung gemäß Art. 4 Abs. (2) und Art. 6 Abs. (1) EUV war näher zu untersuchen und darzulegen, ob ein Schutz der „kommunalen Kooperationshoheit“ denkbar ist. Etwaige Änderungen, die mit der Erweiterung des Subsidiaritätsprinzips auf die lokale Ebene im neuen Art. 5 EUV zu erwarten sind, galt es ebenfalls in diesem Kontext zu untersuchen. Nach einer so ermittelten Bestandsaufnahme zur rechtlichen Ausschreibungspflicht kommunaler Gemeinschaftsarbeit und dem Stellenwert kommunaler Organisationshoheit im Rahmen des Unionsrechts konnte schließlich in Kapitel 6 ein Versuch unternommen werden, die wettbewerbsrechtlichen Ziele der allgemeinen Ausschreibungspflicht kommunaler Gemeinschaftsarbeit mit der Organisationshoheit der Kommunen auf dem Gebiet der lokalen Daseinsvorsorge in einen Ausgleich zu bringen.

#### ***IV. Zusammenfassung der wesentlichen Forschungsergebnisse***

Die kommunale Gemeinschaftsarbeit ist in den Rechtsordnungen sämtlicher Mitgliedstaaten als eine typische Ausprägung der kommunalen Organisationshoheit bekannt. Wie aus einschlägigen Dokumentationen des Vertragsbüros des Europarates hervorgeht, ist die Kooperationshoheit der Gemeinden in 24 Mitgliedstaaten verbindlich als Befugnis der Kommunen geregelt. Der Vergleich der deutschen und der ungarischen Kommunalpraxis hat gezeigt, dass sowohl vertikale als auch horizontale Kooperationen einen festen Bestandteil gemeindlicher Aufgabenwahrnehmung im Rahmen der lokalen Daseinsvorsorge darstellen. In beiden Ländern greift jede zweite Gemeinde auf Kooperationen mit anderen Gemeinden zurück. Grund hierfür ist die Entlastung, die die Kommunen durch Zusammenarbeit erzielen können. In beiden Staaten gilt die Gemeinschaftsarbeit daher als das mildeste Mittel zur Förderung der effektiven Aufgabenwahrnehmung und stellt eine gewollte Alternative zur Hochkonzentration von Verwaltungsaufgaben auf überörtliche Ebenen dar.

##### ***1. Kommunale Kooperationshoheit im Rahmen des Unionsrechts***

Den Stellenwert von Kooperationen schien der EuGH im Rahmen seiner im Jahr 1999 begonnenen Rechtsprechung zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit zu erkennen und etablierte seit seinem Urteil in der Rechtssache Asemfo/Tragsa den Grundsatz, dass öffentliche Stellen die Möglichkeit haben müssen, ihre Aufgaben auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen zu erfüllen (C-295/05, Urt. vom 19.04.2007, Rn. 65). Dabei ließ das Gericht offen, auf

welchen dogmatischen Erwägungen diese „unionsrechtliche kommunale Kooperationsbefugnis“ beruht. Der oben erwähnte Ansatz des Gerichtshofs, seine Inhouse Rechtsprechung bisweilen als Anwendungsfall des Beschränkungsverbots der Niederlassungsfreiheit zu konstruieren, hätte in diesem Kontext durchaus in die Richtung entwickelt werden können, dass die kommunale Kooperationsbefugnis mit den Grundfreiheiten der Bieter im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung abgewogen wird. Die Beauftragung einer unternehmerisch tätigen Kommune durch ihre Nachbargemeinde ohne vorherige Ausschreibung hindert zwar den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, da ausländischen Bietern die Möglichkeit verwehrt wird, sich um den jeweiligen Auftrag zu bewerben. Die Aussetzung des Vergabewettbewerbs kann jedoch damit gerechtfertigt werden, dass die beauftragte Gemeinde die Aufgabe durch eine Zusammenarbeit mit der Auftraggeberkommune erfüllt, im Rahmen derer beide Gemeinden eine öffentliche Aufgabe in der kommunalen Verantwortungssphäre behalten.

Jedoch ließ sich eine hinreichend konkretisierbare Form der gemeindlichen Kooperationsbefugnis im Primär- und Sekundärrecht der Union nicht nachweisen. Der Schutz lokaler Selbstverwaltung in Art. 4 Abs. (2) EUV lässt sich zwar noch mit dem Nachweis kommunaler Kooperationshoheiten in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen als unionsrechtliche Kooperationshoheit im Sinne des Art. 4 Abs. (2) EUV identifizieren. Jedoch kann alleine daraus noch nicht ermittelt werden, wie eine solche Kooperationshoheit im Spannungsverhältnis zur Niederlassungsfreiheit zu beurteilen ist. Dies äußert sich nicht zuletzt darin, dass in den Mitgliedstaaten teils erheblich abweichende Standards bezüglich der kommunalen Organisationshoheiten im Verhältnis zu den wirtschaftlichen Betätigungsrechten der Bürger bestehen. So können die Gemeinden in Ungarn ohne größere Einschränkung unternehmerisch tätig werden und dabei bewusst in Konkurrenz zu privaten Marktteilnehmern treten, während die wirtschaftliche Betätigung deutscher Kommunen grundsätzlich nur zur Erledigung öffentlicher Aufgaben statthaft ist und nur dann, wenn die jeweilige Aufgabe nicht ebenso gut durch private Marktteilnehmer erfüllt werden kann.

## ***2. Untauglichkeit einer unmittelbar abwägenden Kollision kommunaler Organisationshoheit mit den Grundfreiheiten der Bieter***

Daher erwies sich der Versuch einer direkten Abwägung der kommunalen Kooperationshoheit mit den Grundfreiheiten privater Konkurrenten als unergiebig. Eine detaillierte Untersu-

chung der Inhousefigur des EuGH ergab zunächst, dass die oben erwähnte Konkordanz zwischen kommunaler Organisationshoheit und den Wettbewerbszielen des Vergaberechts zumindest im Falle vertikaler Kooperationen auch ohne direkte Gegenüberstellung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts zu den Grundfreiheiten im Rahmen einer Abwägung erzielt werden kann. Dies gelingt durch die Identifizierung der interkommunalen Inhousevergabe als vergaberechtlich nicht erfasster Vorgang ohne Beschaffungscharakter. Beauftragen mehrere Gemeinden eine solche juristische Person, die sie nach gesellschaftsrechtlichen oder sonstigen Vorschriften kontrollieren und die im Wesentlichen für diese Gemeinden tätig wird, stellt eine solche Leistungsbeziehung eine verwaltungsinterne Aufgabenerledigung dar. Die Kommunen übertragen die Aufgabe an eine juristische Person, die wie ihre eigene Dienststelle in Erscheinung tritt und die anderen Marktteilnehmern gegenüber keine Leistungen erbringt. Es liegt somit ein Fall der Eigenerbringung von Leistungen und eben keine Beschaffung am Markt vor. Eine Beschränkung der Grundfreiheiten kann in solchen nicht angenommen werden, auch wenn die Inhousevergabe sich an der Schnittstelle zwischen Markt und Staat bewegt, da nach der Rechtsprechung des EuGH eine inhouse beauftragte Stelle bis zu zehn Prozent ihrer Leistungen auch anderen Marktteilnehmern gegenüber erbringen darf. Für vertikale Kooperationen ist damit ein optimaler Ausgleich im Spannungsverhältnis zwischen kommunaler Organisationshoheit und Wettbewerb erzielt. Die Gemeinden können zusammenarbeiten, solange sie nicht mehr als zehn Prozent der durch Zusammenarbeit erbrachten Leistungen auf dem Markt anbieten.

Für horizontale Kooperationen war ein solches Ergebnis schwieriger zu erzielen. Besondere Schwierigkeit bereitete das bereits erwähnte Urteil des EuGH in der Rechtssache C 480/06 (Stadtreinigung Hamburg), welches erstmalig eine Freistellung einer horizontalen Kooperation von der Ausschreibungspflicht begründete. Dabei stellte der Gerichtshof auf die Verfolgung öffentlicher Interessen durch die Kooperation ab und betonte, dass eine Freistellung nur denkbar ist, wenn es zu keiner Diskriminierung privater Marktteilnehmer kommt. In diesen beiden Voraussetzungen erblickten nicht wenige Stimmen im Schrifttum eine rechtfertigende Abwägung, also eine Prüfung nach dem Muster des Beschränkungsverbots der Grundfreiheiten. Wie dargelegt, erweisen sich jedoch weder „die Verfolgung öffentlicher Interessen“ noch der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung als hinreichend konkretisierbare Kriterien für eine solche Abwägung. Wohl aus diesem Grund verzichtete auch der Gerichtshof auf eine de-

taillierte Darlegung des „öffentlichen Interesses“. Der Verweis des Urteils „Stadtreinigung Hamburg“ auf den oben erwähnten Grundsatz, wonach Kommunen ihre öffentlichen Aufgaben auch mit eigenen Mitteln erbringen dürfen und diese Eigenerbringung auch durch Zusammenarbeit mit anderen Kommunen erzielt werden könne, erwies sich schließlich als tauglicher Ansatz für eine Systematisierung der Rechtsprechung zu kommunalen Kooperationen.

### ***3. Gängige Kooperationsformen als Vorgänge ohne Beschaffungscharakter***

Nach den hier gefundenen Ergebnissen können unter bestimmten Voraussetzungen auch horizontale Kooperationen als „Eigenerfüllung durch Zusammenarbeit“ erfasst werden und damit als ein Vorgang ohne Beschaffungscharakter. Horizontale Kooperationen zeichnen sich dadurch aus, dass eine Gemeinde mit ihren eigenen Verwaltungsdienststellen oder mit einer ausschließlich von ihr geleiteten juristischen Person Leistungen für andere Gemeinden erbringt. Grundsätzlich erscheint eine solche Kommune als Unternehmerin, da sie Leistungen anbietet und das Vergaberecht ist somit anzuwenden. Eine Eigenerbringung durch Zusammenarbeit besteht jedoch dann, wenn die Kommunen beschließen, eine juristische Person gemeinsam zu nutzen – wie im Falle der deutschen Zweckvereinbarungen oder der ungarischen „társulás“ gemäß § 8 des Gesetz 1997/CXXXV über kommunale Gemeinschaftsarbeit. Die juristische Person (etwa eine GmbH oder eine Anstalt) kann durchaus nur einer Gemeinde gehören und von dieser alleine kontrolliert werden. Wenn und soweit aber die juristische Person als Mittel einer integrierten Zusammenarbeit gemeinsam genutzt wird, erscheint sie funktionale auch als Dienststelle derjenigen Kommunen, die sie nicht kontrollieren. Beispielhaft seien die deutschen Zweckvereinbarungen angeführt, die darauf gerichtet sind, dass die öffentliche Einrichtung nur einer Kommune von den Gemeindefinwohnern der Nachbarkommunen mitbenutzt werden. Eine integrierte Zusammenarbeit liegt dann vor, wenn die jeweilige Leistung, etwa der öffentliche Nahverkehr oder die Abfallentsorgung, nach einheitlichen Tarifen und Bedingungen für alle Endverbraucher – also die Einwohner der beteiligten Gemeinden – erbracht werden. In diesen Fällen bleibt die Leistungserbringung auf die Zuständigkeitsgebiete der kooperierenden Gemeinden beschränkt und damit hinreichend vom Markt abgeschirmt, weil keine Leistungen an nicht beteiligte Kommunen erfolgen. Im Gegensatz zur vertikalen Kooperation besteht die vom Markt abgeschirmte Eigenleistung durch Zusammenarbeit nicht in einer gemeinsamen errichteten und gelenkten juristischen Person sondern in einer integrierten Leis-

tungserbringung. In solchen Fällen ist unerheblich, dass die „beauftragte“ GmbH nur einer der Kommunen gehört. Die integrierte Leistung basiert auf einer langfristigen Kooperationsvereinbarung der Kommunen und erfolgt auf ihren zusammengeführten Gemeindegebieten einheitlich. Diese Lösung existiert im Unionsrecht bislang lediglich auf dem Sondergebiet des öffentlichen Nahverkehrs auf Schiene, wo das Inhousegeschäft eindeutig auch auf horizontale Kooperationen der geschilderten Art erweitert worden ist. Die Sachverhaltskonstellation im Verfahren „Stadtreinigung Hamburg“ hatte eine solche integrierte Leistungserbringung mehrerer Landkreise und der Stadt Hamburg auf dem Gebiet der Abfallwirtschaft zum Gegenstand. Die von den Landkreisen „beauftragte“ juristische Person gehörte ausschließlich der hamburger Stadtverwaltung, allerdings erfolgte die Abfallverwertung für alle Landkreise und Hamburg nach einheitlichen Bedingungen und Tarifen und einem identifizierbaren einheitlichen Erscheinungsbild.

Mit einer solchen Identifizierung integrierter horizontaler Kooperationen als „Eigenerbringung durch Zusammenarbeit“ können sowohl vertikale als auch horizontale Kooperationen widerspruchsfrei und rechtssicher im Rahmen der Inhousefigur beurteilt werden. Die eingangs erwähnte praktische Konkordanz ist dadurch erzielt, dass einerseits die gängigsten Kooperationsformen ausschreibungsfrei möglich sind, andererseits den Gemeinden auferlegt wird, ihre Leistungsbeziehungen vom Markt weitestgehend abzuschirmen und keine Leistungen an Kommunen zu erbringen, die nicht Mitglied der jeweiligen Kooperation sind.

Eine solche Interpretation und Systematisierung der Rechtsprechung des EuGH zu vertikalen und horizontalen Kooperationen hebt die eingangs dargestellten inneren Widersprüche der gegenwärtigen Rechtslage auf. Endgültige Rechtssicherheit lässt sich jedoch – wie die Untersuchungen gezeigt haben – nur mit einer abschließenden Regelung der kommunalen Gemeinschaftsarbeit in den Vergaberechtsrichtlinien der EU erzielen. Als ungeschriebenes Richterrecht wird die Rechtsprechung des EuGH zu interkommunalen Kooperationen von den einzelnen Gerichten in Deutschland noch erheblich unterschiedlich gedeutet. Die in Ungarn erfolgte gesetzgeberische Kodifizierung des vertikalen Inhousegeschäfts bereitet hingegen weniger Anwendungsschwierigkeiten. Mit einer entsprechenden Modifizierung der Vergaberichtlinien im obigen Sinne, ließe sich sowohl für Ungarn als auch für Deutschland endgültige Rechtssicherheit erzielen.

## **Regelungsvorschlag für die Richtlinie 2004/18/EG**

*(Einzufügender Artikel): „Art. 18 a*

### ***Eigenerbringung von Leistungen***

(1) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass öffentliche Aufträge im Sinne des Art. 1 Abs. 2 nicht vorliegen, wenn öffentliche Auftraggeber insbesondere zur Erfüllung ihnen obliegender Aufgaben eine Leistung alleine oder durch Zusammenarbeit gemeinsam erbringen.

(2) Eine solche Eigenerbringung liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine Leistung von einer rechtlich getrennten Einheit erbringen lässt;

a) über die er alleine (schlichte Eigenerbringung) oder mit anderen öffentlichen Auftraggebern gemeinsam (vertikale Zusammenarbeit) eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über eigene Dienststellen entspricht;

b) über die – im Falle einer integrierten Gruppe zusammenarbeitender öffentlicher Auftraggeber – wenigstens eines dieser öffentlichen Auftraggeber eine solche Kontrolle ausübt (gemischt-vertikale Zusammenarbeit).

Eine vertikale Kontrolle liegt vor bei einem tatsächlichen Einfluss auf strategische Entscheidungen, welcher anhand von Faktoren, wie Eigentumsrechten und dem Ausschluss von privatem Kapital, dem Umfang der Vertretung in Leitungs- und Aufsichtsgremien sowie diesbezüglichen Vorschriften und der Satzung zu messen ist.

Voraussetzung für die Befreiung einer vertikalen Kooperationen nach Abs. 2 lit. a) ist, dass die rechtlich getrennte Einheit ihre Haupttätigkeit gemäß des direkt vergebenen Auftrags im Wesentlichen für den sie alleine kontrollierenden oder die sie gemeinschaftlich kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber erbringt. Maßgeblich sind hierbei sämtliche Einnahmen aus der Haupttätigkeit, unabhängig davon, ob sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von den Endnutzern der jeweiligen Leistung stammen.

Im Falle einer Leistungsbeziehung nach Abs. 2 lit. b) darf die rechtlich getrennte Einheit ihre Haupttätigkeiten ausschließlich in den Zuständigkeitsgebieten der integrierten Gruppe zusammenarbeitender öffentlichen Auftraggeber erbringen und während der Laufzeit der Zusammenarbeit nur für diese tätig werden, sofern die Laufzeit nicht wegen einer Erweiterung der Zusammenarbeit verlängert wurde.

(3) Eine Eigenerfüllung liegt auch vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber mit seinen eigenen Dienststellen Leistungen für andere öffentliche Auftraggeber erbringt, mit denen er sich zur kostendeckenden gemeinsamen Erbringung von Leistungen in einer integrierten Gruppe zusammengeschlossen hat (horizontale Zusammenarbeit). Hinsichtlich der Haupttätigkeit des öffentlichen Auftraggebers für die zusammengeschlossenen öffentlichen Auftraggeber oder deren rechtlich getrennten Einheiten gelten die Voraussetzungen des Abs. 2 lit. b) entsprechend.

(4) Eine integrierte Gruppe zusammenarbeitender öffentlicher Auftraggeber liegt regelmäßig bei Leistungen vor, die innerhalb eines festgelegten geografischen Gebiets im Verbund erbracht werden und auf Grund einheitlicher Nutzungsbedingungen, Tarife, Geschäftsbedingungen oder zusätzlicher Merkmale dieser Art eine Einheit bilden.

(5) Die Teilnahme eines öffentlichen Auftraggebers oder einer von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern kontrollierten Einheit im Sinne dieses Artikels an den Ausschreibungen anderer öffentlicher Auftraggeber als Wirtschaftsteilnehmer ist für die Laufzeit der jeweiligen Zusammenarbeit untersagt. Jedoch kann frühestens zwei Jahre vor Ablauf eines direkt vergebenen Auftrags die Teilnahme an solchen öffentlichen Ausschreibungen erfolgen, sofern beschlossen wurde, die direkt vergebenen Leistungen, die Gegenstand der Zusammenarbeit waren, künftig in einem Vergabeverfahren zu vergeben, wenn der Wirtschaftsteilnehmer nicht der Auftragnehmer anderer Direktvergaben im Sinne dieses Artikels ist.“

**V. Publikation und Vorträge des Verfassers zum Untersuchungsgegenstand sowie in der Dissertation verwendete Studien**

**Publikation:** *Az Európai Bíróság in-house gyakorlata és a közbeszerzési szabályok alkalmazásának feltételei társuló helyi önkormányzatok esetében.* Erscheint im Okt. 2011 in der juristischen Fachzeitschrift JeMa

**Konferenzvortrag:** „Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht interkommunaler Zusammenarbeit

**Veranstaltung:** Dissertant/Innen-Seminar der Universität Wien und der Andrassy Gyula Universität Budapest im Mai 2009

**Verwendete empirische Studien:**

- Europaweite Umfrage des Verbandes Kommunaler Unternehmen (VKU) vom 06.09.2005 zu den rechtlichen Rahmenbedingungen und den einzelnen Organisationsformen kommunaler Gemeinschaftsarbeit in der EU. Siehe unter [www.vku.de](http://www.vku.de).
- Studie von Kienbaum Management im Auftrag des DStGB aus dem Jahr 2005. Veröffentlicht in DStGB Verlagsbeilage „Stadt und Gemeinde INTERAKTIV – Interkommunale Zusammenarbeit“, Ausgabe 7-8/2004.
- Studie des ungarischen Innenministeriums zur kommunalen Kooperationspraxis in Ungarn und der Auswirkung der Rechtsfigur des Inhousegeschäfts: „Belügyminisztérium – Önkormányzati Kapcsolatok Főosztálya, Az in house beszerzés és a helyi közszolgáltatások ellátása témekörében végzett kérdőíves felmérés megállapításai, Dokument Nr. 308-155/2005. Siehe unter [www.bm.hu](http://www.bm.hu).
- Peter Biwald/Katarzyna Szczepanska/Nikola Hochholdinger im Grundlagenpapier „Leistungsfähige Gemeinden durch interkommunale Zusammenarbeit“ für den Österreichischen Städtetag 2005. Veröffentlicht vom Zentrum für Verwaltungsforschung (KDZ) am 19.05.2005. Siehe unter [www.kdz.eu](http://www.kdz.eu).

Budapest, den 05.06.2011,

(Miklós Szirbik)  
