

Das vergaberechtsfreie In-house-Geschäft im Spiegel der neueren Rechtsprechung

Zunehmende Restriktionen für eine Kooperation von und mit öffentlichen Hoheitsträgern

Dr. Bernd Köster, Münster/Warendorf*

I. Einleitung

Die Auftragsvergabe der Kommunen an gemischtwirtschaftliche Unternehmen sowie die interkommunale Kooperation sind in das Visier der EU-Institutionen geraten. Nach dem Beihilfenrecht ist es nun das Vergaberecht, das als eine weitere von Brüssel ausgehende Restriktion kommunaler Handlungsspielräume in das nationale Bewusstsein tritt. Es geht um die Frage der Reichweite des reinen Binnenbereichs der Verwaltung, in dem die Auftragsvergabe der Kommunen an gemischtwirtschaftliche Unternehmen sowie die kommunale Gemeinschaftsarbeit ein nicht dem Regelungsregime des europäischen Vergaberechts unterliegendes so genanntes In-house-Geschäft darstellt. Die jüngere und jüngste nationale und europäische Rechtsprechung schränkt bislang bestehende Freiräume der öffentlichen Auftraggeber deutlich ein und hat dementsprechend für Furore nicht nur im kommunalen Sektor gesorgt.¹ Diese ist vor dem Hintergrund wachsender Befürchtungen einer massiven, geradezu wesensverändernden Beeinträchtigung der öffentlichen Daseinsvorsorge² in ihrem tradierten, national geprägten Verständnis durch europarechtliche Einflüsse zu sehen.³ Nur vordergründig geht es daher um Anwendung und Auslegung des europäischen und nationalen Vergaberechts – Kernpunkt der fortdauernden Debatte ist das Spannungsverhältnis zwischen der europarechtlich motivierten Liberalisierung des Wettbewerbs und

der grundgesetzlich garantierten kommunalen Selbstverwaltung als prägendem Teil des föderalen deutschen Gesellschaftsmodells.⁴ Nachfolgend soll im Anschluss an eine kurze Darstellung der betroffenen Formen der Auftragsvergabe eine Auseinandersetzung mit der aktuellen Rechtsprechung erfolgen.⁵

* Der Verfasser ist Stadtrechtsrat bei der Stadt Warendorf.

1 Wellmann, *StuGR* 5/2005, 36; Landsberg, *Stadt und Gemeinde* 2005, 311 (312) sowie die Presseerklärung des Städte- und Gemeindebunds NRW v. 3.3.2005, *KommJur* 4/2005, S. III; Krohn, *NZBau* 2005, 92; Jasper, *FAZ* Nr. 121 v. 26.5.2004, S. 25; Pape/Holz, *NJW* 2005, 2264. Vgl. auch den Bericht zum Sechsten Düsseldorf Vergaberechtstag von Köster/Hermanns, *DVB* 2005, 1303.

2 Auf europäischer Ebene findet der Terminus „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ Verwendung. Die Europäische Kommission hat hierzu im Vorfeld einer Regulierung ein Grünbuch v. 21.5.2003 sowie ein Weißbuch v. 12.5.2004 vorgelegt, im Internet unter http://europa.eu.int/documents/comm/index_de.htm.

3 Statt vieler Schink, *DVB* 2005, 861.

4 Vgl. etwa Pukall, *Behörden Spiegel* 02/2005, S. 2, die in der neueren EuGH-Rechtsprechung einen Vorteil für die nicht föderalen Staaten der EU, in denen die kommunale Selbstverwaltung keine Rolle spielt, sieht. Ferner die Pressemitteilung des Deutschen Städte- und Gemeindebunds v. 26.4.2005, *KommJur* 5/2005, S. II, mit der eine zunehmende Aushöhlung der kommunalen Organisationshoheit und damit des verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltungsrechts beklagt wird.

5 Dabei geht es um Vergaben, die die Schwellenwerte der europäischen Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge erreichen oder überschreiten. Unberücksichtigt bleiben ferner Vergaben im Sektorenbereich (Trinkwasser-, Energie- und Verkehrsversorgung), die gem. § 10 VgV dem Vergaberecht unter den dort genannten Voraussetzungen nicht unterliegen.

II. Zweck und Formen der Auftragsvergabe

Für die Konstellationen, mit denen sich die hier zu erörternde Rechtsprechung auseinandersetzt, stellt sich schon die Frage, ob der in diesem Zusammenhang ideologisch vorbelastete Terminus der Auftragsvergabe überhaupt sachgerecht ist. Denn die Kritiker führen an, dass ein Vergabevergong eben gerade nicht vorliege.⁶ Grundsätzlich zu unterscheiden sind zwei Konstellationen: die Übertragung einer Aufgabe auf ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen, an dem neben der öffentlichen Hand auch private Eigner beteiligt sind und die sich in Nordrhein-Westfalen nach dem Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG)⁷ richtende interkommunale Kooperation. Beides erfolgt organisatorisch regelmäßig als bewusste Alternativenwahl zur materiellen Privatisierung, also der vollständigen Verlagerung einer Aufgabe aus dem öffentlichen in den privaten Sektor.⁸ Betroffen sind im Wesentlichen die Bereiche der Wasser- und Energieversorgung sowie der Abwasser- und Abfallwirtschaft.⁹

Die Ursachen für die zunehmende Aufgabenwahrnehmung durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen wie für die interkommunale Kooperation liegen in der anhaltend schlechten Haushaltssituation der Kommunen und den daraus resultierenden Zwängen zu ständiger Effizienzverbesserung insbesondere durch die Nutzung von Synergieeffekten und die Optimierung von Kapazitäten- und Ressourcenauslastung. Daneben treten demographisch bedingte Änderungen des kommunalen Aufgaben- und Anforderungsprofils. Für die interkommunale Kooperation sieht das GKG NW, ähnlich wie die meisten entsprechenden Landesgesetze, drei Formen der mehr oder weniger institutionalisierten Gemeinschaftsarbeit vor: die Arbeitsgemeinschaft, den Zweckverband und die öffentlich-rechtliche Vereinbarung. Bei der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung wird in § 23 Abs. 1 und Abs. 2 GKG weitergehend unterschieden zwischen der delegierenden Vereinbarung, die eine volle Zuständigkeitsübertragung der betroffenen Aufgabe mit allen daraus resultierenden Rechten und Pflichten auf den Delegationsnehmer vorsieht (1. Alt.) und der mandatierenden Vereinbarung, bei der die Rechte und Pflichten der Aufgabenträger unberührt bleiben und lediglich die Aufgabenwahrnehmung auf den Mandatar verlagert wird (2. Alt.).¹⁰

Die nachfolgende Rechtsprechung bezieht sich – neben der Auftragsvergabe an gemischtwirtschaftliche Unternehmen – lediglich auf die interkommunale Kooperation durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung. Es dürfte jedoch einhellige Meinung sein, dass sämtliche Kooperationsformen des GKG durch die neuere Rechtsprechung insbesondere des EuGH auf den Prüfstand gestellt werden, zumal sowohl für die Arbeitsgemeinschaft als auch den Zweckverband die Möglichkeit der Beteiligung auch für juristische Personen des Privatrechts besteht (§§ 2 Abs. 1 Satz 2, 4 Abs. 2 Satz 1 GKG).

III. Die Auftragsvergabe im Spiegel der europäischen und nationalen Rechtsprechung

Sowohl der Auftragsvergabe der Kommunen an gemischtwirtschaftliche Unternehmen als auch der interkommunalen Kooperation sind durch Entwicklungen in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH aber auch der nationalen Gerichte zum vergaberechtsfreien In-house-Geschäft engere Grenzen gezogen worden.

1. Die europäische Rechtsprechung

Der EuGH hat sich mit der Problematik bereits wiederholt befasst. Dabei ging es weniger um das In-house-Geschäft im engeren Sinne, also die unstrittig nicht dem Vergaberechtsregime unterliegende Auftragserteilung einer öffentlichen Einrichtung an eine ihrer nicht über eigene Rechtspersönlichkeit verfügenden Dienststellen. Problematisch war und ist vielmehr die Auftragserteilung an vom öffentlichen Auftraggeber kontrollierte Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, das In-house-Geschäft im weiteren Sinne.¹¹

a) Die Entscheidung in der Rechtssache „Teckal“

In einer ersten maßgeblichen Entscheidung zur Auftragsvergabe an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen entschied der EuGH,¹² dass Leistungsbeziehungen im reinen Binnenbereich der öffentlichen Verwaltung mangels Markt- und Wettbewerbsrelevanz nicht dem Vergaberecht unterliegen. Einem öffentlichen Auftraggeber stehe es frei, seine im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben vergaberechtsfrei mit eigenen administrativen, technischen oder sonstigen Mitteln wahrzunehmen. Eines Vergabeverfahrens bedürfe es daher nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübe (erstes „Teckal“-Kriterium) und der Auftragnehmer seine Leistung im wesentlichen für den oder die Auftraggeber erbringe, die seine Anteile halten (zweites „Teckal“-Kriterium).¹³ In Folge entstand eine lebhafte Diskussion¹⁴ insbesondere um

6 Dazu unten unter IV.

7 Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit in der Fassung der Bekanntmachung v. 1.10.1979 (GV NRW S. 621/SGV NRW 202).

8 Hierzu *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (588); *Peine*, DÖV 1997, 353 (354); *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (963).

9 Vgl. etwa *Gabriel*, LKV 2005, 285 (286); *Byok/Ott*, NVwZ 2005, 763. Neben diesen geradezu klassischen Gebieten sind aber auch andere, in ihrer Marktrelevanz kontrovers beurteilte Aufgaben betroffen, etwa die Durchführung der Rechnungsprüfung bei einer Kommune durch eine andere Kommune.

10 Vgl. im Einzelnen *Köhler*, Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit, Kommentar, in: Praxis der Kommunalverwaltung, Stand Dez. 2004, § 23, S. 3 f.; *Kersting/Siems*, DVBl. 2005, 477 (479).

11 Auch Quasi-In-house-Geschäft genannt, vgl. den Schlussantrag der Generalanwältin *Stix-Hackl* v. 23.9.2004 in der Rs. C-26/03 („Stadt Halle“), NZBau 2004, Heft 11, S. VII, Rn. 49.

12 EuGH, Urt. v. 18.11.1999 – Rs. C-107/98 („Teckal“), NZBau 2000, 90.

13 Dieser EuGH-Rechtsprechung hat sich die nationale Rechtsprechung in Folge angeschlossen, vgl. BGH, Beschl. v. 12.6.2001 – X ZB 10/01, NZBau 2001, 517; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.10.2003 – Verg 50/03, NZBau 2004, 58 und OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.1.2004 – Verg 71/03, NZBau 2004, 343.

14 *Jasper/Pooth*, Behörden Spiegel 2/2005, S. 21; *Kleine/Flöther/Bräuner*, NVwZ 2002, 1046 (1052 ff.); *Schröder*, NZBau 2005, 127 (128); *Hausmann/Greb*, VergabeR 2004, 67; *Riese/Suermann*, LKV 2005, 289; *Storr*, LKV 2005, 521 (524).

das Kriterium des Beherrschens des Auftragnehmers, bei der alle denkbaren Ansätze vertreten wurden.¹⁵ Die notwendige Konkretisierung und Präzisierung lieferte erst die nachfolgende Rechtsprechung des EuGH, die sich allerdings auch weiterhin in einem andauernden Prozess dynamischer Entwicklung und fortschreitender Konturierung der bislang aufgestellten Beurteilungskriterien befindet. Ohne nähere Präzisierung durch den EuGH selbst ist bislang das zweite Kriterium der „Teckal“-Entscheidung, die wesentliche Leistungserbringung der auftragnehmenden Gesellschaft für den Auftraggeber, geblieben.¹⁶

b) Die Entscheidung in der Rechtssache „Stadt Halle“

Beendet wurden durch den EuGH¹⁷ zunächst Spekulationen um die (prozentuale) Höhe der Beteiligung des Auftraggebers an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, ab der von einer Beherrschung im Sinne der „Teckal“-Rechtsprechung ausgegangen werden könne. Das Gericht entschied auf eine Vorlage des OLG Naumburg,¹⁸ dass jede noch so geringe Beteiligung eines Privaten an dem Auftragnehmer die Kontrolle des Auftraggebers über ihn wie über eine eigene Dienststelle ausschließe. Die Anwendung des Vergaberechts sei ferner unter den Gesichtspunkten eines freien, unverfälschten Wettbewerbs sowie einer Gleichbehandlung aller Interessenten geboten. Denn dem an dem beauftragten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen beteiligten privaten Unternehmen werde durch die Beauftragung ein Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschafft.

In ihrer Deutlichkeit kam die Entscheidung überraschend, hatte sich doch die Generalanwältin in ihrem Schlussantrag¹⁹ noch für eine wertende Einzelfallbetrachtung unter maßgeblicher Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten ausgesprochen.²⁰ Insbesondere ein Abstellen auf rein rechnerische Kriterien – wie einen fixen Prozentsatz der gehaltenen Beteiligung – sei für die Beurteilung der Frage des Beherrschens nicht sachgerecht. Dies wird offensichtlich auch vom EuGH so gesehen, im Ergebnis entscheidet er sich jedoch gegen die ohnehin wenig praktikable Betrachtung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls. Nunmehr steht fest, dass Auftragsvergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen stets dem Vergaberecht unterliegen. Eine wertende Einzelfallbetrachtung ist nicht mehr zulässig, obwohl das Gesellschaftsrecht hier durch Stimmrechtsbindungen o.ä. durchaus Spielräume gelassen hätte, den beherrschenden Einfluss des öffentlichen Auftraggebers in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sicherzustellen.²¹ Der EuGH setzt mit dieser Rechtsprechung seine Linie fort, dem Gemeinschaftsrecht über den in Art. 10 EGV festgelegten Grundsatz des „Effet utile“ möglichst effektive Geltung zu verschaffen und schafft – rigide aber konsequent – ein Stück Rechtssicherheit. Die Entscheidung erscheint insbesondere vor dem Hintergrund, dass konkurrierenden Mitbieter oftmais der Einblick in die genauen gesellschaftsrechtlichen Strukturen seiner Konkurrenten fehlen wird und eine auf den Einzelfall abstellende Betrachtungsweise vermutlich lediglich eine Steigerung der Kre-

ativität bei der Suche nach Umgehungsmöglichkeiten bewirkt hätte, durchaus sachgerecht.

c) Die Entscheidung in der Rechtssache „Kommission/Königreich Spanien“

In unmittelbarer zeitlicher Nähe befand der EuGH²² in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen das Königreich Spanien eine Norm des spanischen Gesetzes über öffentliche Aufträge, die den generellen Ausschluss des Vergaberechts für Kooperationsvereinbarungen zwischen öffentlichen Institutionen vorsah, für gemeinschaftsrechtswidrig. Der Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien sei bereits eröffnet, wenn ein Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen werde. Etwas anderes könne nur gelten, wenn in Bezug auf das Verhältnis der Vertragspartner zueinander die Kriterien der „Teckal“-Entscheidung erfüllt seien. Diese Linie wies auch schon die vorangehende nationale Rechtsprechung auf.²³

In Konsequenz dieser EuGH-Entscheidung wird man § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB-E,²⁴ mit dem die Vergaberechtsfreiheit kommunaler Kooperation eingeführt werden sollte, mit dem geltenden Gemeinschaftsrecht als nicht (länger) in Einklang stehend zu betrachten haben.²⁵ Wie die von der Bundesver-

15 Zusammenfassend *Krohn*, NZBau 2005, 92 (94).

16 Teilweise wird unter Hinweis auf die §§ 100 Abs. 2 lit. i) GWB, 10 Abs. 1 VgV als Auslegungshilfe argumentiert, dass der Anteil des Fremdgeschäfts nicht mehr als 20% des Gesamtumsatzes betragen dürfe, vgl. etwa *Kleine/Flöther/Bräuner*, NVwZ 2002, 1046 (1053); *Faber*, DVBl. 2001, 248 (254); *Müller*, NZBau 2001, 416 (420); *Endler*, NZBau 2002, 125 (132); *Jasper/Pooth*, Vergaber 2003, 613 (621). So auch der erste Arbeitsentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit zur Novellierung des GWB v. 8.10.2004. In Reaktion auf die neuere EuGH-Rechtsprechung enthält der überarbeitete Entwurf v. 29.3.2005 diese Grenze jedoch nicht mehr. Kritisch auch *Pape/Holz*, NJW 2005, 2264 (2266); *Storr*, LKV 2005, 521 (525).

17 EuGH, Urt. v. 11.1.2005 – Rs. C-26/03 („Stadt Halle“), NZBau 2005, 111. Hierzu *Krohn*, NZBau 2005, 92; *Hausmann/Bultmann*, NVwZ 2005, 377; *Meyer*, LKV 2005, 293 (295).

18 OLG Naumburg, Vorlagebeschl. v. 8.1.2003 – 1 Verg 7/02, NZBau 2003, 224.

19 Schlussantrag der Generalanwältin *Stix-Hackl* v. 23.9.2004, NZBau 2004, Heft 11, S. VII.

20 Zustimmung *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 3. Aufl. 2005, Rn. 42. So auch *Stickler*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, Kommentar, 2. Aufl. 2003, § 99 Rn. 5c. Für eine Differenzierung nach der Rechtsform noch *Kleine/Flöther/Bräuner*, NVwZ 2002, 1046 (1052 ff.).

21 *Kleine/Flöther/Bräuner*, NVwZ 2002, 1046 (1054); *Schimanek*, NZBau 2005, 304 (308).

22 EuGH, Urt. v. 13.1.2005 – Rs. C-84/03 („Kommission/Königreich Spanien“), NZBau 2005, 232.

23 Dazu unten unter 3.

24 Arbeitsentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit für ein neues Vergaberecht v. 29.3.2005, im Internet unter <http://www.bmw.bund.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/Oeffentliche.Auftraege/vergaberecht-vorschriften>. § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB-E lautet: Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber erbringen lässt, sofern dieser Auftraggeber im wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber oder überhaupt nicht am Markt für die einzukaufende Leistung tätig ist und an ihm Private nicht beteiligt sind.

25 Ebenso *Jasper/Pooth*, Behörden Spiegel 2/2005, S. 21; *Storr*, LKV 2005, 521 (525). Wohl auch *Schimanek*, NZBau 2005, 304 (309, Fn. 49): „nach § 99 I 1 RegE sind „In-house-Geschäfte“ zwischen öffentlichen Auftraggebern wohl in größerem Umfang zulässig als nach der Rechtsprechung des EuGH“. Diese „Großzügigkeit“ des nationalen Rechts im Entwurfsstadium dürfte wohl zugleich seine Europarechtswidrigkeit bedeuten.

einigung der kommunalen Spitzenverbände²⁶ weitergehend geforderte eindeutige und unmissverständliche Befreiung der interkommunalen Kooperation vom Vergaberecht im neuen GWB im Hinblick auf die vorgenannte EuGH-Rechtsprechung kompetentiell bewerkstelligt werden soll, ist nicht ersichtlich.²⁷

d) Die Entscheidung in der Rechtssache „Parking Brixen“

Eine weitere maßgebliche Entscheidung zur Konturierung des In-house-Geschäfts stellt das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Parking Brixen“²⁸ dar. Wie schon das Urteil in der Rechtssache „Co.Na.Me.“²⁹ befasst sich auch diese Entscheidung mit der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Der EuGH stellt zunächst fest, dass auch von den Vergaberichtlinien nicht erfasste Dienstleistungskonzessionen aufgrund des Primärrechts (Art. 12, 43, 49 EGV) in einem den Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz genügenden Verfahren – wenn auch nicht notwendigerweise einem Ausschreibungsverfahren – zu vergeben sind.³⁰ Allerdings, so das Gericht weiter, sollen die für den Geltungsbereich der Vergaberichtlinien entwickelten Kriterien zum In-house-Geschäft („Teckal“-Kriterien) auch hier zur Anwendung kommen.³¹ Im der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die Gemeinde Brixen unter anderem die Bewirtschaftung von Parkraum zunächst einem in ihrem Eigentum stehenden Sonderbetrieb übertragen. Dieser Sonderbetrieb wurde in Folge unter Aufhebung der Beschränkung des Geschäftsbetriebs auf das Gemeindegebiet in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, deren Aktienkapital zum Zeitpunkt der Vergabe zu 100 % von der konzessionerteilenden Gemeinde gehalten wurde. Der Verwaltungsrat dieser Gesellschaft, dessen Mitglieder mehrheitlich von der Gemeinde benannt wurden, erhielt umfassende Vollmachten. Durch Beschluss übertrug die Gemeinde der Gesellschaft die Konzession zur Bewirtschaftung von Parkraum, wofür sie wiederum eine umsatzgekoppelte jährliche „Entschädigung“ erhalten sollte. Auf das Rechtsschutzgesuch eines Konkurrenten befand der EuGH in dem Vorabentscheidungsverfahren, dass die grundsätzlich eng auszulegenden Voraussetzungen eines In-house-Geschäfts in der vorliegenden Konstellation nicht gegeben seien. Es fehle bereits an der Möglichkeit der Gemeinde, über den Konzessionsnehmer die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle auszuüben, also auf die strategischen Ziele als auch wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.³² Dagegen sprächen die Umwandlung des Sonderbetriebs in eine Aktiengesellschaft unter Ausweitung von Gesellschaftszweck und Tätigkeitsfeld sowie die gesetzlich vorgeschriebene zeitnahe Öffnung der Gesellschaft für Fremdkapital. Darüberhinaus stellt der EuGH auf die dem Verwaltungsrat übertragenen erheblichen Vollmachten ab, die zu einer weitreichenden Selbständigkeit der Gesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern geführt habe. Vor diesem Hintergrund konnte das Gericht die Voraussetzungen des zweiten „Teckal“-Kriteriums – der Frage also, ob die konzessionsnehmende Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die konzessionerteilende Stelle verrichtet – ungeprüft lassen.

Die Generalanwältin hatte in ihrem Schlussantrag³³ eine großzügigere Auffassung vertreten und ein Beherrschungsverhältnis nicht schon dadurch ausschließen wollen, dass die bei Auftragvergabe und auch darüberhinaus bestehende Alleineignerschaft der öffentlichen Hand an der privaten Gesellschaft künftig aufgrund gesetzlicher Bestimmungen auf eine bloße Mehrheitsbeteiligung zurückzuführen ist, jedoch bei Gründung der Gesellschaft lediglich dieser Umstand als solcher und ohne nähere Konkretisierung (etwa der Person des privaten Partners, der Konditionen der Beteiligung etc.) feststehe. Denn ob eine Veräußerung tatsächlich erfolge, sei – trotz der gesetzlichen Verpflichtung hierzu – ungewiss.³⁴ Die Vergabepflichtigkeit eines Verfahrens sei jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich ex ante, also bei Vornahme des Rechtsgeschäfts selbst, zu bestimmen. Spätere Umstände seien nur dann zu berücksichtigen, wenn ihr Eintreten bereits zum Zeitpunkt der Vergabe sicher vorhersehbar sei, etwa wenn der Erwerb der Gesellschaftsbeteiligung durch einen *konkreten Dritten* bereits *unmittelbar bevorstanden* habe.³⁵ Auch das Bestehen weitgehender Handlungsvollmachten der Organe eines öffentlichen Unternehmens schließe keineswegs aus, dass dieses vom öffentlichen Auftraggeber ähnlich wie eine eigene Dienststelle beherrscht werde. Denn diese Handlungsvollmachten bestünden zur Gewährleistung einer umfassenden Handlungsfähigkeit im Außenverhältnis und besagten daher noch nichts über die Steuerungsmöglichkeiten der allein anteilshaltenden öffentlichen Stelle im Innenverhältnis. Ohnehin indiziere bereits die Formulierung der „Teckal“-Rechtsprechung („eine *ähnliche* Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“), dass nicht *dieselben* rechtlichen Einflussmöglichkeiten wie über eine eigene Dienststelle zu fordern seien.³⁶ Denn dann sei die Aufgabenwahrnehmung in Form von privatrechtlich organisierten Unternehmen faktisch unmöglich, da die das Verhältnis von Dienststellen zueinander prägenden Weisungsrechte und Aufsichtsbefugnisse privatrechtlichen Unternehmen gegenüber kaum einmal bestünden.³⁷ Auch zum zweiten Kriterium der „Teckal“-Entscheidung nimmt die Generalanwältin Stellung: Es sei nicht auf die nach Gesetz und Satzung der Gesellschaft in der Regel sehr weiten

26 Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts v. 11.4.2005, im Internet unter <http://www.dsgeb-vis.de>. Vgl. ferner den StGB NW-Schnellbrief-Nr. 77/2004 v. 25.5.2004.

27 Gesetzgeberischer Handlungsbedarf lässt sich somit allenfalls auf der EU-Ebene verorten, so zutreffend *Landsberg*, Stadt und Gemeinde 2005, 311 (312). In diesem Zeichen steht auch eine gemeinsame Initiative der kommunalen Spitzenverbände vom September 2005 zur Freistellung der interkommunalen Zusammenarbeit vom Vergaberecht, die im Frühjahr 2006 den Binnenmarktausschuss des EU-Parlaments beschäftigen wird.

28 EuGH, Urt. v. 13.10.2005, NZBau 2005, 644 – „Parking Brixen“. Hierzu *Jemert*, NZBau 2005, 623.

29 EuGH, Urt. v. 21.7.2005, NZBau 2005, 592 – „Co.Na.Me.“.

30 EuGH, Urt. v. 13.10.2005, NZBau 2005, 644, Rn. 46-52 – „Parking Brixen“.

31 EuGH, Urt. v. 13.10.2005, NZBau 2005, 644, Rn. 62 – „Parking Brixen“.

32 EuGH, Urt. v. 13.10.2005, NZBau 2005, 644, Rn. 65-69 – „Parking Brixen“.

33 Schlussantrag der Generalanwältin *Kokott* v. 1.3.2005, NZBau 2005, Heft 4, VII. Zustimmung *Pape/Holz*, NJW 2005, 2264 (2265).

34 Schlussantrag der Generalanwältin *Kokott* v. 1.3.2005, Rn. 59.

35 Schlussantrag der Generalanwältin *Kokott* v. 1.3.2005, Rn. 57.

36 So schon *Gallwas*, GewArch 2000, 401 (405).

37 Schlussantrag der Generalanwältin *Kokott* v. 1.3.2005, Rn. 68. So auch schon BayObLG, Beschl. v. 22.1.2002, BayVBl. 2002, 640 (641); *Kleine/Flöther/Bräuner*, NVwZ 2002, 1046 (1052); *Faber*, DVBl. 2001 248 (255).

zulässigen Betätigungsfelder abzustellen. Vielmehr komme es in wertender Gesamtbetrachtung aller Umstände auf die *tatsächliche* Betätigung des Unternehmens an. Eine bloße Betätigung über die Gemeindegrenzen hinaus schließe eine wesentliche Leistungserbringung für die auftraggebende Gemeinde nicht aus, vielmehr sei der quantitative und qualitative Stellenwert der außerhalb der Gemeindegrenzen erbrachten Tätigkeiten im Vergleich zu den für die auftraggebende Gemeinde selbst wahrgenommenen zu sehen. Neben dem lokalen Wirkungskreis des Unternehmens könne ein weiteres Kriterium der gebotenen Einzelfallbetrachtung der Umsatzanteil sein, der auf die Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber entfällt. Der EuGH hingegen hat sich – wie dargelegt – unter Betonung des eng auszulegenden Ausnahmecharakters der „Teckal“-Kriterien schon gegen das Vorliegen der Voraussetzungen des ersten Kriteriums entschieden und in Konsequenz auf Ausführungen zum zweiten Kriterium gänzlich verzichtet.

e) Die Entscheidung in der Rechtssache „Stadtgemeinde Mödling“

In einem Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen die Republik Österreich („Stadtgemeinde Mödling“)³⁸ hat der EuGH ferner entschieden, dass es eines Vergabeverfahrens auch dann bedürfe, wenn die öffentliche Hand eine GmbH zur Erbringung einer Leistung zunächst als Alleininhaber gründet, dieser die Leistung überträgt und noch im Vorfeld einer Aufnahme der operativen Tätigkeit Anteile der GmbH an einen Privaten veräußert, mit dem sie bereits seit der Leistungsübertragung Verhandlungen über einen Anteilsverkauf geführt hat. Auch in diesem Falle liege ein Beschaffungsvorgang vor, obwohl es rein formal betrachtet um die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen geht, die grundsätzlich ebensowenig ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang ist wie eine Unternehmensgründung.³⁹ Eine andere Wertung führe im vorliegenden Fall der unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Verknüpfung der Auftragserteilung mit der Anteilsveräußerung jedoch dazu, dass sich die Anwendung des Vergaberechts durch Manipulationen in der zeitlichen Abfolge von Auftragsvergabe und Gesellschaftsgründung umgehen ließe. Ferner wird auch hier eine Kontrolle der öffentlichen Hand über den privaten Auftragnehmer wie über eine eigene Dienststelle wegen der Beteiligung Privater an dem Gesellschaftskapital und deren personeller Beteiligung an der Geschäftsführung vom EuGH verneint. Im Ergebnis hat der EuGH in konsequenter Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung und – anders als zuletzt – in Übereinstimmung mit dem Schlussantrag des Generalanwalts entschieden.

Für die nationale Rechtsprechung bedeutet die Entscheidung keine Neuerung, da sie es zur Vermeidung einer Umgehung der Leistungsbeschaffung im Wettbewerb ohnehin für geboten erachtet, auch Kombinationen von Gesellschaftsgründung und Aufgabenübertragung, die quasi uno actu erfolgen, dem Vergaberecht zu unterwerfen. Die Beauftragung einer Eigengesellschaft kommt demnach dann nicht als vergaberechtfreies In-house-Geschäft in Betracht, wenn sie sich als gewolltes Durchgangsstadium zur gemischtwirtschaftlichen

Gesellschaft darstellt, die die Verhandlungspartner bereits „bedingt bindend verabredet haben“⁴⁰ und ein wirtschaftlicher, rechtlicher oder zeitlicher Zusammenhang zwischen Unternehmensgründung und Auftragserteilung besteht.⁴¹

2. Ausblick auf die weitere Entwicklung

Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Stadtgemeinde Mödling“ bedeutet jedoch keineswegs einen Schlusspunkt in der zuletzt immer mehr an Rasanz gewinnenden Entwicklung. Impulse werden künftig nicht nur vom EuGH, sondern auch von der EU-Kommission zu erwarten sein. Denn auch diese befasst sich mit dem Themenkomplex und hat bereits im Jahre 2004 ein „Grünbuch zu öffentlich-rechtlichen Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen“ vorgelegt.⁴² Ein zwischenzeitlich durchgeführtes umfassendes Konsultationsverfahren diente der Ermittlung von Unklarheiten des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens und der Eruiierung weiteren Regelungsbedarfs auf supranationaler Ebene. Unter dem Terminus der institutionalisierten Öffentlich-privaten Partnerschaft wird sich auch hier mit dem In-house-Geschäft befasst. In einer aktuellen Mitteilung⁴³ favorisiert die Kommission zur Klärung der Frage der Reichweite des In-house-Geschäfts eine Auslegungsmitteilung. Diese würde die erforderliche Orientierungshilfe liefern, ohne Innovationen abzuwürgen. Auch wenn damit feststeht, dass (erst noch) geklärt werden muss, wie die gemeinschaftlichen Vergabevorschriften auf die Errichtung von Unternehmen anzuwenden sind, die Dienstleistungen für die Allgemeinheit erbringen und deren Kapital von einem öffentlichen und einem privatwirtschaftlichen Partner gemeinsam gehalten wird, lässt die Kommission bereits deutlich erkennen, dass eine solche Klärung ihres Erachtens nicht zu der von einzelnen Mitgliedstaaten geforderten Ausweitung des Begriffs In-house führen könne. Vorschläge der Kommission für konkrete Maßnahmen werden für das zweite Halbjahr 2006 zu erwarten sein.⁴⁴

38 EuGH, Urt. v. 10.11.2005, NZBau 2005, 704 – „Mödling“.

39 Jaeger, NZBau 2001, 6; Dreher, NZBau 2002, 245 (248); Ziekow/Siegel, VerwArch 2005, 119 (131 f.).

40 So schon VK Düsseldorf, Beschl. v. 7.7.2000, BauR 2000, 1640 (Leitsätze). Vgl. auch Kleine/Flöther/Bräuner, NVwZ 2002, 1046 (1054); Jaeger, NZBau 2001, 6 (10); Dreher, NZBau 2002, 245 (248); Schimaneck, NZBau 2005, 304 (306); Ziekow/Siegel, VerwArch 2005, 119 (132).

41 Stickler, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Kommentar, 2. Aufl. 2003, § 99 Rn. 44; Schimaneck, NZBau 2005, 304 (307); Schröder, NVwZ 2005, 25 (27); Storr, LKV 2005, 521 (523); Byok/Ott, NVwZ 2005, 763 (764); Jaeger, NZBau 2001, 6 (10).

42 KOM (2004) 327 v. 30.4.2004, im Internet unter http://europa.eu.int/comm/off/green/index_de.htm.

43 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen, KOM (2005) 569 v. 15.11.2005. Vgl. auch FAZ Nr. 272 v. 22.11.2005, S. 19.

44 So der voraussichtliche Zeitplan nach Ermacora von der DG Markt der EU-Kommission, vgl. den Bericht von Köster/Hermanns, DVBl. 2005, 1303 (1305). Vgl. auch die Mitteilung der Kommission KOM (2005) 569 v. 15.11.2005.

3. Die nationale Rechtsprechung

Die neuere nationale Rechtsprechung⁴⁵ scheint die dargestellte restriktive Linie des EuGH bei der Beurteilung interkommunaler Kooperation regelrecht antizipiert zu haben.

a) Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Einen Paukenschlag für die kommunale Praxis bedeutete zunächst die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 5.5.2004.⁴⁶ Demnach kann eine Kommune nach Auslaufen eines Vertrags mit einem privaten Partner über das Sammeln von Papierabfall diese Aufgabe nicht ohne öffentliche Ausschreibung einer benachbarten Kommune im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nach § 23 Abs. 1 2. Alt. GKG übertragen. Die Vergabekammer⁴⁷ war hingegen von einer der Kommune nach Art. 28 Abs. 2 Satz 2 und 3 GG zuzugestehenden Rekommunalisierung der Aufgabe ausgegangen, womit kein öffentlicher Auftrag vorliege. Dieser Wertung widerspricht das Gericht mit der Begründung, es sei gerade nicht vorgesehen, dass die Kommune die Aufgabe künftig selbst oder durch ein Tochterunternehmen wahrnehme.⁴⁸ Auch ergebe sich aus den Bestimmungen des GKG kein Ausschluss des Vergaberechtsregimes. Dieses stehe durch Vereinbarungen nach dem GKG nicht zur Disposition der Beteiligten, da durch das unterhalb des Europa- und Bundesrecht angesiedelte GKG keine weitere Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts geschaffen werden könne.

b) Die Entscheidung des OLG Frankfurt

Ein weitgehend gleicher Sachverhalt lag der Entscheidung des OLG Frankfurt vom 7.9.2004⁴⁹ zu Grunde, die im Wesentlichen der Argumentation des OLG Düsseldorf folgt. Allerdings neigt das Gericht in Bezug auf die Art der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zu einer differenzierenden Betrachtungsweise: so liege jedenfalls im Falle einer mandatierenden Vereinbarung ein ausschreibungspflichtiger Vorgang vor. Ausdrücklich offengelassen wird, ob dies auch im Falle einer delegierenden Vereinbarung gelte, da es sich bei der im vorliegenden Fall maßgeblichen Vereinbarung – trotz anderslautender Bezeichnung – jedenfalls um eine mandatierende handele. Dennoch lässt das Gericht Zweifel daran erkennen, dass eine delegierende Vereinbarung eine andere Wertung rechtfertigen könne.⁵⁰ Einen Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht, das ohnehin nur nach Maßgabe der Gesetze bestehe, lehnt das Gericht ebenso wie das OLG Düsseldorf ab. Ob die Anwendung des Vergaberechts auch bei der Gründung eines Zweckverbands zur Aufgabenwahrnehmung verpflichtend ist, lässt das OLG Frankfurt hingegen offen.

IV. Kritik

Die Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte ist auf massive Kritik insbesondere bei den involvierten Interessenvertretern und Verbandsfunktionären gestoßen.⁵¹ Diese richtet sich gegen die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts sowohl für die Aufgabenübertragung an

gemischtwirtschaftliche Unternehmen als auch für die Aufgabenwahrnehmung in interkommunaler Kooperation.

1. Aufgabenübertragung an gemischtwirtschaftliche Unternehmen

So erachtet es der Städte- und Gemeindebund NRW⁵² schon für generell verfehlt, kommunale Unternehmen vollständig dem Regelungsregime des europäischen Wettbewerbsrechts zu unterwerfen, da diese eine rein lokale Dienstleistung erbrächten und ihre Effizienz in der Regel nicht durch Wettbewerb, sondern politische Kontrollmechanismen sichergestellt würde. Diese „Fundamentalkritik“ verlangt jedoch mehr nach einer Lösung de lege ferenda – über die Rechtsauslegung scheint sie in diametraler Abkehr von der bisherigen Entwicklung insbesondere des europäischen Rechts schwer vorstellbar. Denn dass die Leistungserbringung im Vollzug von Aufgaben der Daseinsvorsorge generell auch dem europäischen Vergaberecht unterliegt, dürfte mittlerweile zum gesicherten Bestand gehören.⁵³

In dogmatischer Hinsicht wird an der Vergabepflichtigkeit der Auftragsvergabe an gemischtwirtschaftliche Unternehmen kritisiert, dass es zu einer schon im Grundsatz verfehlten doppelten Ausschreibungspflicht komme, wenn nicht nur die Auftragsvergabe an das Unternehmen ausgeschrieben werden

⁴⁵ Hierzu *Flömer/Tomerius*, NZBau 2004, 660; *Kersting/Siems*, DVBl. 2005, 477; *Schröder*, NVwZ 2005, 25; *Ziekow/Siegel*, VerwArch 2005, 119.

⁴⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.5.2004, NZBau 2004, 398.

⁴⁷ VK Düsseldorf, Beschl. v. 8.12.2003 – VK-36/2003-L. Ausdrücklich gegen OLG Düsseldorf: VK Münster, Beschl. v. 4.10.2004 – VK 21/04, die in der gemeinsamen Durchführung von Aufgaben zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden nach dem GKG keinen Beschaffungsvorgang im Sinne des GWB sieht, sondern lediglich eine Verlagerung von hoheitlichen Befugnissen, also Zuständigkeiten. Hierzu: *Jasper/Hettich*, Behörden Spiegel 12/2004, S. 22. Offengelassen wird die Frage vom OVG Münster, Beschl. v. 12.10.2004 – 15 B 1889/04, und Beschl. v. 12.10.2004, NVwZ 2005, 1211.

⁴⁸ Eine solche echte Rekommunalisierung hält auch das OLG Düsseldorf für ein vergabefreies Eigengeschäft, vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.10.2003, NZBau 2004, 58, und OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.1.2004, NZBau 2004, 343. Ebenso OLG Naumburg, Beschl. v. 3.11.2005 – 1 Verg 9/05. Zustimmung *Flömer/Tomerius*, NZBau 2004, 660 (662); *Ziekow/Siegel*, VerwArch 2005, 119 (127).

⁴⁹ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 7.9.2004, NZBau 2004, 692.

⁵⁰ Hierfür aber *Flömer/Tomerius*, NZBau 2001, 660 (663); *Kersting/Siems*, DVBl. 2005, 477 (479). Nach OLG Naumburg, Beschl. v. 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, besteht die Ausschreibungspflicht unabhängig davon, ob eine mandatierende oder delegierende Vereinbarung vorliegt.

⁵¹ Vgl. etwa die Stellungnahmen der Kommunalen Spitzenverbände zur Novelle des Vergaberechts, im Internet unter <http://www.dstgb-vis.de>. Ferner StGB NW-Schnellbrief-Nr. 118/2004 v. 4.8.2004; StGB NW-Schnellbrief-Nr. 77/2004 v. 25.5.2004 mit der Empfehlung, alle Formen interkommunaler Zusammenarbeit weiterhin so zu praktizieren wie bisher und sich auch nicht vor Abschluss neuer Vereinbarungen zu scheuen. Ebenso *Schwarzmann*, StuGR 2005, 28 (30). Kritisch auch *Jasper*, FAZ Nr. 121 v. 26.5.2004, S. 25; *Portz*, Behörden Spiegel 12/2004, S. 22. Siehe auch die Nachweise oben unter Fn. 1.

⁵² Presseerklärung des Städte- und Gemeindebunds NRW v. 3.3.2005, vgl. oben Fn. 1.

⁵³ Vgl. nur das Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse der Europäischen Kommission v. 21.5.2003, Rn. 81: „Handelt es sich bei dem Akt, mit dem die staatlichen Behörden einem Dritten die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse übertragen, um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder Bauauftrag im Sinne der Richtlinien für das öffentliche Auftragswesen (...), so müssen diese, wenn sie die in der einschlägigen Richtlinie (...) festgelegten Obergrenzen erreichen bzw. übersteigen, die Verfahrensvorschriften dieser Richtlinie erfüllen und sind von dieser Richtlinie nicht ausgenommen.“

müsse, sondern dieses seinerseits bei der beabsichtigten Beauftragung von Subunternehmen ein weiteres Vergabeverfahren durchführen müsse.⁵⁴ Die Prämisse, dass es nur eine Schnittstelle zwischen öffentlicher Hand und Markt gibt, ist evident zutreffend, darf jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass mit der geschilderten Konstellation der Beauftragung eines Subunternehmers tatsächlich auch ein weiterer, eine „Doppelausschreibung“ rechtfertigender Beschaffungsvorgang vorliegt, für den die Zielvorgaben des Vergaberechts (Wettbewerb, Transparenz, Verbot diskriminierenden Verhaltens) nicht minder Geltung beanspruchen.

Auch das Argument vom Eingriff in die kommunale Organisationshoheit⁵⁵ vermag nicht zu überzeugen. Das Vergaberecht und seine Auslegung durch den EuGH hindern nicht die freie Wahl der Organisationsform, sondern die sich daran anschließende oder unmittelbar damit einhergehende Beauftragung eines ohne transparenten Wettbewerbs ausgewählten Partners. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen sind ohne Einfluss auf die Entscheidung der Mitgliedstaaten, eine öffentliche Dienstleistung selbst zu erbringen oder sie Dritten zu übertragen.⁵⁶

2. Aufgabenwahrnehmung in interkommunaler Kooperation

In Bezug auf die interkommunale Kooperation wird angeführt, dass es sich hierbei nicht um eine vergaberechtpflichtige Auftragsvergabe nach § 99 Abs. 1 GWB handele, sondern um eine interne, auf Landesgesetz beruhende Organisationsentscheidung über Kompetenzen und Verantwortlichkeiten, die der kommunalen Organisationshoheit unterliege.⁵⁷ Ebensowenig wie bei der Rekommunalisierung einer Aufgabe z.B. durch unterbleibende Verlängerung einer bestehenden Kooperationsvereinbarung mit Privaten liege bei Aufgabenwahrnehmung nach dem GKG ein Beschaffungsvorgang am Markt vor. Die innerorganisatorische Regelung zwischen mehreren Kommunen berühre die Privatrechtssphäre nicht, Privaten werde durch eine solche Entscheidung nichts „weggenommen“. In der Tat fällt es schwer, in der Zusammenarbeit nach dem GKG begrifflich eine Auftragsvergabe im klassischen Sinne zu sehen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass der EuGH von einem funktionalen Auftragsbegriff⁵⁸ ausgeht und dies vor dem Hintergrund des in Art. 10 EGV verankerten Grundsatzes des „Effet utile“ angesichts des Facettenreichtums der Versuche einer Umgehung der Ausschreibungspflicht auch geboten erscheint. Entscheidend ist daher, ob die Beauftragung bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung die dem öffentlichen Auftrag wesenseigene Beschaffungsfunktion aufweist.⁵⁹ Bei dieser Betrachtungsweise wird eine generelle Freistellung der interkommunalen Kooperation vom GKG oder sonstigem nationalen Recht insbesondere im Hinblick auf die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „Kommission/Königreich Spanien“ nicht zu erreichen sein. Angesichts der Ähnlichkeiten von GmbH und Zweckverband in ihrer Organisationsstruktur⁶⁰ wird ferner davon auszugehen sein, dass auch jede private Beteiligung an einem Zweckverband die Aufgabenübertragung an ihn dem Vergaberecht unterwirft.⁶¹ Bislang (europarechtlich) unge-

klärt aber wohl zu bejahen ist die Frage, ob ein In-house-Geschäft in Bezug auf ein Gemeinschaftsunternehmen möglich ist, an dem mehrere öffentliche Auftraggeber, jedoch keine Privaten beteiligt sind.⁶² Einigkeit besteht hingegen insofern, dass die Beauftragung von Eigenbetrieben durch „ihre“ Kommune mangels eigener Rechtspersönlichkeit⁶³ derselben nicht dem Vergaberechtsregime unterliegt. Die weitere Entwicklung ist jedoch keineswegs abgeschlossen und bleibt mit Spannung abzuwarten.

V. Fazit und Ausblick

Die neuere Rechtsprechung auf europäischer aber auch nationaler Ebene knüpft das Netz des Vergaberechts für die Kommunen enger. Erhebliche Probleme können daher aus der Empfehlung zur unbesehenen Fortsetzung der bisherigen Praxis⁶⁴ resultieren: nach der EuGH-Rechtsprechung⁶⁵ besteht ein Vergaberechtsverstoß so lange fort, bis die vergaberechtswidrige Kooperation zwischen Auftraggeber und Bieter beendet ist. Die Beteuerung der Absicht, künftige Verträge in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht zu vergeben und den Verweis auf den Bestand bereits abgeschlossener Verträge (*pacta sunt servanda*) lässt der EuGH nicht gelten. Drohende Zwangsgelder⁶⁶ wegen der fortdauernden Vertragsverletzung lassen die Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung, aber auch die unter Umständen schadensersatzpflichtige Kündigung bestehender (gesellschafts-)vertraglicher Vereinbarungen er-

54 Jasper/Pooh, Behörden Spiegel 2/2005, S. 21.

55 Vgl. die kritische Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Grünbuch der EU-Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen v. 16.8.2004, im Internet unter <http://www.bmwa.bund.de/Navigations/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.html>.

56 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen v. 30.4.2004, Rn. 17 und Rn. 57.

57 So dezidiert die Stellungnahme des Deutschen Städte- und Gemeindebunds zur Vergaberechtpflichtigkeit interkommunaler Kooperation, im Internet unter <http://www.dstgb-vis.de>. Kritisch auch für den Fall der delegierenden Vereinbarung Flömer/Tomerius, NZBau 2004, 660 (666 f.); Kersting/Siems, DVBl. 2005, 477 (479 ff.).

58 Jaeger, NZBau 2001, 6 (7); Flömer/Tomerius, NZBau 2004, 660 (662).

59 Schilmanek, NZBau 2005, 304 (306).

60 Hierauf verweisen zutreffend Kleine/Flöther/Bräuner, NVwZ 2002, 1046 (1054).

61 Hingegen wird für einen Zweckverband ohne private Beteiligung davon ausgegangen, dass seine Gründung nicht dem Vergaberecht unterliegt, Schröder, NVwZ 2005, 25 (27 f.). Gerichtlich entschieden ist dies jedoch soweit ersichtlich (noch) nicht.

62 Kritisch hierzu Hausmann/Bultmann, NVwZ 2005, 377 (380). Die Zulässigkeit annehmend Pape/Holz, NJW 2005, 2264 (2265). Freilich wird bei der gesellschaftsrechtlichen Gestaltung die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Parking Brixen“ zu berücksichtigen sein, so auch Jennert, NZBau 2005, 623 (626). Aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Co.Na.Me.“ wird ferner zu folgern sein, dass lediglich nominelle Beteiligungen einer Kommune an dem Bieter nicht dazu führen, Vergaben an diesen als In-house-Geschäft werten zu können.

63 § 1 Eigenbetriebsverordnung NW in der Fassung der Bekanntmachung v. 1.6.1988 (GV NRW S. 324).

64 Vgl. oben Fn. 51. Deutlich vorsichtiger hingegen der Landkreistag Nordrhein-Westfalen, Eildienst LKT NRW, S. 297 (300 f.).

65 EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – Rs. C-20/01 und Rs. C-28/01; EuGH, Urt. v. 9.9.2004 – Rs. C-125/03.

66 Vgl. nur die Vertragsverletzungsverfahren gegen die Gemeinde Bockhorn und die Stadt Braunschweig, EuGH Urt. v. 10.4.2003, NZBau 2003, 393. Hierzu etwa Pape/Holz, NJW 2005, 2264 (2267).

forderlich erscheinen.⁶⁷ Die vollständigen Konsequenzen der Rechtsprechung des EuGH insbesondere in der Rechtssache „Stadt Halle“ für existierende gemischtwirtschaftliche Unternehmen lassen sich derzeit noch gar nicht abschätzen.⁶⁸ Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH insbesondere bei der Beurteilung von „Altfällen“ dem auch auf europäischer Ebene geltenden Grundsatz des Vertrauensschutzes hinreichend Rechnung tragen wird. Denn die neuere Entwicklung der europäischen Entscheidungspraxis war bei dem zurückliegenden Abschluss vieler Vereinbarungen kaum vorhersehbar. Die für die Kommunen so wichtige Rechts- und Planungssicherheit bei den hier in Rede stehenden langfristigen und hoch investiven Grundsatzentscheidungen wird durch einen (bislang noch) nicht zum Abschluss gekommenen Entwicklungsprozess erst herausgebildet.⁶⁹

Es bleibt die Frage, ob die dargestellte Rechtsprechung tatsächlich so wettbewerbsfreundlich ist wie sicherlich intendiert. Tendenziell erscheint gegenwärtig als unmittelbare Konsequenz eher eine Abschottung der Kommunen als eine Ausweitung des Wettbewerbs zu verspüren.⁷⁰ Das Vergaberecht erfreut

sich – nicht zuletzt auf Grund seiner ausufernden Komplexität und der damit verbundenen (Rechts-)Unsicherheiten – geringer Beliebtheit bei den kommunalen Auftraggebern.⁷¹ Die Suche nach Gestaltungsmöglichkeiten zu seiner Umgehung ist in vollem Gange.

67 Zur Brisanz des aktuellen Vorgehens der EU-Kommission *Krohn*, NZBau 2005, 92 (95); *Hausmann/Bultmann*, NVwZ 2005, 377 (380): „Nach dem 11.1.2005 stellen sich alle in-house vergebenen Aufträge an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen *ex post* als rechtswidrige De-facto-Vergaben dar.“

68 So auch *Gabriel*, LKV 2005, 285; *Riese/Suermann*, LKV 2005, 289.

69 Zu den bislang bestehenden erheblichen Rechtsunsicherheiten *Hausmann/Bultmann*, NVwZ 2005, 377 (378); *Schimanek*, NZBau 2005, 304 (307). Rechts-sicherheit mag die Entwicklung im Zusammenhang mit dem Grünbuch der EU-Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen v. 30.4.2004 schaffen. Nach Abschluss der Konsultation (vgl. hierzu den Bericht im Internet unter http://europa.eu.int/comm/internal_market/ppp) konstatiert auch die Mitteilung der Kommission, KOM (2005) 569 v. 15.11.2005 erhebliche Rechtsunsicherheiten und favorisiert für den Bereich der Dienstleistungskonzessionen eine gesetzgeberische Initiative sowie für den Bereich der institutionalisierten ÖPP eine Auslegungsmittlung, vgl. auch oben Fn. 43.

70 So auch *Wellmann*, StuGR 5/2005, 36 (37). Auch der Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft (BDE) befürchtet eine Rekommunalisierung der Entsorgung zur Vermeidung der schärferen Ausschreibungspflichten, vgl. FAZ Nr. 255 v. 2.11.2005, S. 16.

71 *Schröder*, NZBau 2005 127 (127 f.).