

Keine Ausschreibungspflicht bei Aufgabenübertragung auf Zweckverband

Anmerkungen zum Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Juni 2006 – Verg 17/06

I. Einführung

Mit Beschluss vom 21.6.2006¹ hat der Vergabesenat des OLG Düsseldorf die Frage geprüft und im Ergebnis verneint, ob die Übertragung von Entsorgungsaufgaben durch

Gebietskörperschaften auf einen zuvor gegründeten Abfallzweckverband ausschreibungspflichtig bzw. vergaberechtlich relevant ist. Es handelt sich, soweit ersichtlich, um die erste obergerichtliche Entscheidung zu dieser Konstellation. Sie dürfte aber noch darüber hinausgehende Bedeutung haben, da den begründenden Erwägungen des Gerichts zu entnehmen ist, dass es vermutlich auch andere Formen der Aufgabendelegation auf gesetzlicher Grundlage vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausnehmen würde. Die Entscheidung stellt sich damit – zu Recht – dem Beschluss des OLG Naumburg vom 3.11.2005² entgegen.

* Der Autor ist Partner der Sozietät Esche Schümann Commichau, Hamburg.

1 AbfallR 2006, 194.

2 Az. 1 Verg 9/05, AbfallR 2005, 276; vgl. hierzu Dieckmann, AbfallR 2006, 38 ff., und Portz, AbfallR 2006, 82 ff.

II. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

1. Wesentlicher Sachverhalt

Zur Entscheidung stand der Sachverhalt, dass vier Gebietskörperschaften nach Maßgabe der Regelungen des Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen einen Abfallzweckverband („Regio-Entsorgung“) gegründet und diesem große Teile ihrer Aufgaben als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger mit befreiender Wirkung übertragen hatten. Der Zweckverband hatte sodann eine Anstalt öffentlichen Rechts („Regio-Entsorgung AöR“) gegründet und dieser die Entsorgungsaufgaben – ebenfalls mit befreiender Wirkung – (weiter-)übertragen. Hiergegen wandte sich ein Entsorgungsunternehmen, das zuvor einen Teil der Entsorgungsaufgaben aufgrund entsprechender Drittbeauftragung erfüllt hatte. Es vertrat die Auffassung, dass die Aufgabenübertragung in beiden Schritten einen vergaberechtsrelevanten Vorgang darstelle und ohne Ausschreibung nicht hätte erfolgen dürfen.

2. Urteilsgründe

Nachdem in erster Instanz schon die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag abgelehnt hatte, wies das OLG Düsseldorf auch die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde zurück. Es handele sich bei den Aufgabenübertragungen nicht um vergaberechtlich relevante Vorgänge. Die Gründung des Zweckverbandes und die Übertragung von Aufgaben auf diesen unterfalle dem Grunde nach nicht dem Vergaberecht, weil es sich um einen dem Vergaberecht entzogenen Akt der Verwaltungsorganisation auf gesetzlicher Grundlage handele. Außerdem stünden die übertragenden Gebietskörperschaften und der Zweckverband in einem Inhouse-Verhältnis zueinander. Ein solches Inhouse-Verhältnis sei auch auf der zweiten Ebene, nämlich zwischen dem Zweckverband und seiner Anstalt des öffentlichen Rechts, gegeben.

Im Rahmen der Begründung des Ergebnisses, dass die Übertragung von Aufgaben auf einen zu diesem Zwecke gegründeten Zweckverband nicht dem Vergaberecht unterliegt, setzt sich das Gericht zunächst mit dem Spanien-Urteil des EuGH vom 13.1.2005³ auseinander. Hier hatte der Gerichtshof festgestellt, dass eine nationale Regelung, die die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen generell von der Anwendung des Vergaberechts ausnimmt, gegen die europäischen Vergaberichtlinien verstoße. Zu Recht wertet das OLG Düsseldorf das EuGH-Urteil dahin, dass hiermit nicht jegliche interkommunale Zusammenarbeit zwingend dem Vergaberecht unterstellt werden solle. Der Urteilsbegründung des EuGH sei nicht zu entnehmen, dass eine kommunale Zusammenarbeit durch Gründung eines Zweckverbandes stets dem Vergaberechtsregime unterliege bzw. dass das Vergaberecht auf jede Form einer Kooperation staatlicher oder kommunaler Stellen anzu-

wenden sei. Vielmehr sei nach den Entscheidungssätzen eher anzunehmen, dass es zwischen staatlichen und kommunalen Stellen Formen einer Zusammenarbeit geben könne, die dem Vergaberechtsregime nicht unterstehen.

Sodann setzt sich das OLG Düsseldorf mit der deutschen obergerichtlichen Rechtsprechung zur vergaberechtlichen Relevanz der interkommunalen Zusammenarbeit auseinander. Es erinnert an seine eigene Rechtsprechung und die des OLG Frankfurt/Main, wonach mandatierende Verwaltungsverträge, mit denen eine Gebietskörperschaft die andere (nur) mit der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben betraut, jedoch die Aufgaben nicht mit befreiender Wirkung überträgt, sondern selbst behält, dem Vergaberecht unterstellt sind⁴. Zugleich tritt es der Rechtsauffassung des OLG Naumburg⁵ entgegen, das die Geltung des Vergaberechts auch auf sog. delegierende Vereinbarungen, also Fälle der „echten“ Aufgabenübertragung, erstreckt und sich hierbei zu Unrecht auf die Rechtsprechung der beiden vorgenannten, anderen Obergerichte beruft. Die aufgrund der landesgesetzlichen Regelung zugelassene Bildung von Zweckverbänden stellt nach Auffassung des OLG Düsseldorf eine Ausformung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts und der Organisationshoheit der Gemeinden dar. Auf Maßnahmen, welche die interne Verwaltungsorganisation betreffen, sei das Vergaberecht aber grundsätzlich nicht anzuwenden. Seine Anwendung sei jedenfalls ausgeschlossen, wenn öffentlich-rechtliche Kompetenzen von einem Aufgabenträger auf einen anderen verlagert würden, und dies – wie im Fall der Gründung eines Zweckverbandes – auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhe. Denn es handele sich, auch wenn die Übertragung der Zuständigkeit auf eine (öffentlich-rechtliche) Vereinbarung zwischen den beteiligten Verwaltungsstellen zurückzuführen sei, um einen dem Vergaberecht entzogenen Akt der Verwaltungsorganisation.

Dieses Ergebnis, nämlich dass die Übertragung von Entsorgungsaufgaben auf einen hierfür gegründeten Zweckverband vergaberechtlich irrelevant sei, stützt das OLG Düsseldorf offenkundig noch auf eine zusätzliche Argumentation, indem es feststellt, dass die Übertragung von Zuständigkeiten auf den Zweckverband „darüber hinaus als Eigengeschäft der beteiligten öffentlichen Auftraggeber nicht dem Vergaberechtsregime“ unterfalle. Nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH handele es sich um ein Inhouse-Verhältnis, da die übertragenden Gebietskörperschaften über den Zweckverband eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübten und der Zweckverband zugleich im Wesentlichen (bzw. sogar ausschließlich) für sie tätig sei.

3 Rs. C-84/03 – Kommission ./ Spanien; AbfallR 2005, 91 = VergabeR 2005, 176 ff.

4 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004, VergabeR 2004, 619; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 7.9.2004, NZBau 2004, 692.

5 Siehe oben Fn. 2.

Diese beiden Inhouse-Kriterien seien im Übrigen auch auf der zweiten Ebene, nämlich im Verhältnis des Zweckverbandes zu der von ihm gegründeten Anstalt des öffentlichen Rechts, erfüllt. Insgesamt liege damit weder auf der ersten Ebene – dort aus zwei Gründen – noch auf der zweiten Ebene ein vergaberechtlich relevanter Vorgang vor.

III. Bewertung

Soweit das OLG Düsseldorf in dem dargestellten Beschluss die interkommunale Zusammenarbeit in Form der Gründung eines Zweckverbandes, dem Entsorgungsaufgaben der gründenden Gebietskörperschaften übertragen werden, von der Anwendung des Vergaberechts ausnimmt, ist der Beschluss zweifellos richtig. Es fehlen mehrere Anwendungsvoraussetzungen des Vergaberechts, nämlich zum einen, dass ein „entgeltlicher Vertrag“ über Leistungen (hier: Dienstleistungen) geschlossen wird, und dass ein „Unternehmen“ im vergaberechtlichen Sinne mit der Leistungserfüllung beauftragt wird. Faktisch handelt es sich um überhaupt kein Leistungs- und damit Beschaffungsverhältnis, weil der neue Aufgabenträger nach erfolgter Übertragung der Aufgaben in eigener Sache und im eigenen Interesse im Wege der Selbsterfüllung tätig wird. Schon die Subsumtion der vergaberechtlichen Anwendungsvoraussetzungen muss also zu der Bewertung führen, dass das Vergaberecht hier keine Anwendung findet⁶. Die Umstände, dass die Zweckverbandsgründung auf gesetzlicher Grundlage erfolgt, und dass es sich letztlich um eine Maßnahme der auch grundgesetzlich verbürgten kommunalen Organisationshoheit handelt, flankieren dieses Ergebnis. Richtig erscheint auch die Bewertung des Sachverhaltes durch das Gericht auf den beiden Übertragungsebenen nach Maßgabe der Inhouse-Kriterien des EuGH. Hier

ergibt sich aus den Erörterungen des OLG Düsseldorf allerdings nichts rechtlich Neues.

Von erheblicher Tragweite erscheint indes, dass sich die begründenden Erwägungen des Gerichts durchaus auch auf andere Fälle der Aufgabenübertragung auf gesetzlicher Grundlage erstrecken lassen. An mehreren Stellen der Urteilsbegründung finden sich Äußerungen, die darauf schließen lassen, dass in Fällen der Aufgabendelegation – also der Übertragung von öffentlichen Aufgaben mit befreiender Wirkung – generell eine Anwendung des Vergaberechts nicht in Betracht kommen soll, wenn die Delegation auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgt. Nimmt man dies ernst, ist nicht nur die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Zweckverbände, sondern auch die Aufgabendelegation zwischen zwei Gebietskörperschaften aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages vom Vergaberecht ausgenommen. Diese Frage wurde bislang, wie gesagt, noch nicht obergerichtlich entschieden und stand letztlich auch hier nicht zur Entscheidung. Es liegt jedoch nahe, dass das OLG Düsseldorf zu dem Ergebnis gelangen würde, dass die vertragliche Aufgabendelegation von einer Gebietskörperschaft auf eine andere auf Grundlage des Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit ausschreibungsfrei zulässig ist. Konsequenterweise müsste man diesen Befund auch auf die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG übertragen. In einem solchen Fall liegt ebenfalls ein (wenn auch zumeist begrenzter und jedenfalls befristeter) Aufgabenübergang mit befreiender Wirkung auf gesetzlicher Grundlage vor.

Abzuwarten bleibt, ob das OLG Düsseldorf – oder andere Obergerichte – bei passender Gelegenheit die Linien tatsächlich in diesem Sinne fortziehen. Insoweit wird es naturgemäß auch auf die weitere Rechtsprechung des EuGH und etwaige gesetzgeberische Bemühungen zur Neuregelung ankommen, die anzustoßen von verschiedener Seite versucht wird. Unabhängig hiervon sind die vom OLG Düsseldorf getroffenen Erwägungen ein erster Schritt in die richtige Richtung.

⁶ Vgl. hierzu auch Dieckmann, AbfallR 2006, 38, 40 ff.