



DStGB
Deutscher Städte-
und Gemeindebund



Kommunaler Spitzenverband
in Deutschland und Europa

www.dstgb.de



DStGB
Deutscher Städte-
und Gemeindebund

***In-House-Geschäfte und interkommunale
Zusammenarbeit – Schlussfolgerungen
aus den EuGH-Urteilen und Möglichkeiten
der vergaberechtsfreien Gestaltung inter-
kommunaler Zusammenarbeit***

Beigeordneter Norbert Portz
Deutscher Städte- und Gemeindebund



▶ **I. Ausgangslage**

1. Europarecht: Liberalisierung / Privatisierung

2. Grünbuch ÖPP – Konsultationsergebnisse Mai 05:

- **(Rechtliche) Klärung des Begriffs „Konzessionen“**
- **Anwendung der „institutionalisierten ÖPP“**
- **Bundesregierung: Erweiterte Zulassung „institutionalisierter ÖPP“**
- **Kommissionsmitteilung vor Ende 2005**



▶ **Ausgangslage**

3. Finanznot der Kommunen / Personalabbau

- **Aufgabenkritik: Eigene Durchführung?**
- **Zunehmende Privatisierung / PPP (ÖPP)**



II. Privatisierungsformen (Vergaberecht beachten!)

1. **Formelle Privatisierung**
Bsp.: Kommune überträgt 100 %-iger Eigengesellschaft (GmbH) Abfallentsorgung
2. **Materielle Privatisierung**
Komplette Eigentums- und Verantwortungsübertragung
3. **Vertragsprivatisierung**
Bsp.: Kommune überträgt Abwasserklärung auf Private
4. **PPP (ÖPP)-Modelle**
Bsp.: 51 % kommunaler, 49 % privater Anteil



III. Kommunale Organisationsformen

1. **Regiebetrieb**: Abteilung der Gemeinde
2. **Eigenbetrieb**: Rechtlicher Bestandteil der Gemeinde
3. **Anstalt des öffentlichen Rechts**: Öffentlich-rechtliche Eigengesellschaft der Gemeinde
4. **Eigengesellschaft** (GmbH / AG):
 - Selbständige juristische Person des Privatrechts
 - Gesellschaftskapital zu 100 % kommunal
 - Auch Beteiligung mehrerer Kommunen möglich



Kommunale Organisationsformen

5. Gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft:

- Selbständige juristische Person des Privatrechts
- Mehrheit des Gesellschaftskapitals i. d. R. bei Kommune (Bsp.: 51 % / 49 %-Aufteilung)

6. Interkommunale Zusammenarbeit (GkG):

(1) Zweckverband:

- Eigenständige Körperschaft des öffentlichen Rechts
- Zusammenschluss von Kommunen / Privaten
- Aufgabenerfüllung geht auf Zweckverband über



Kommunale Organisationsformen

(2) Öffentlich-rechtliche Vereinbarung (ö.r.V.)

- Mandatierende ö. r. V.: Aufgabenwahrnehmung in fremdem Namen („Beauftragung“)
- Delegierende ö. r. V.: Komplette Aufgabenübertragung auf „übernehmende“ Kommune



▶ **IV. „Ausgründungen“ und Vergaberecht**

1. Auftraggeber-Ebene (§ 98 GWB):

- **National: Klassische öffentliche Hand**
- **EU-Verfahren (Funktionaler AG-Begriff). Privatisierte Einrichtungen erfasst, wenn:**
 - **Wahrnehmung von Aufgaben im Allgemeininteresse**
 - **Nicht gewerblicher Art**
 - **Überwiegende Finanzierung / Beherrschung der Kommune**

2. AG-Eigenschaft auch als Bieter (Stadt München beauftragt Nachunternehmen): EuGH, VergabeR 2005, 57 ff.



▶ **„Ausgründungen“ und Vergaberecht**

3. Gründungs- und Auftragsebene: Vor. ist entgeltlicher Beschaffungsvertrag zwischen AG und AN

Gründung und „Beauftragung“ eines(r):

- (1) Eigenbetriebs: Kein Vergaberecht mangels Vertrages**



„Ausgründungen“ und Vergaberecht

(2) Eigengesellschaft / gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft nach bisheriger Rechtsprechung:

Möglichkeit des Vertrages: Ausnahme EuGH, NZBau 2000, 90 f. („Teckal“):

- Kommune(n) übt(en) über Gesellschaft Kontrolle aus wie über ihre eigene Dienststelle(n) und
- Diese Gesellschaft verrichtet ihre Tätigkeit im Wesentlichen für Kommune(n)



V. EuGH-Urteil vom 11.01.2005 (In-House-Geschäfte): Betrifft nur „institutionelle ÖPP“

1. Minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens an Gesellschaft schließt Kontrolle des AG aus (Kein „In-House-Geschäft“)
2. Folge: Ausschreibungspflicht
3. Grund: Erzielung unverfälschten Wettbewerbs / Gleichbehandlung / Unterschied: private und öffentliche Interessen
4. Keine Einzelfallbeurteilung der „Kontrolle“
5. Positiv: Rechtssicherheit



VI. Das EuGH-Urteil vom 11.01.2005: (De-facto-Entscheidung)

- 1. Bieterrechtsschutz auch bei Freihändigen (De-facto-)Entscheidungen**
- 2. Art. 1 Abs. 1 EG-RRI: Wirksame / Rasche Überprüfung der AG-Entscheidungen**
- 3. Nichtvergabe: Entscheidung des AG**
- 4. Ausnahme: Interne Überlegungen des AG**
- 5. Nachprüfungsvoraussetzung:**
 - Interesse am Auftrag / (Drohender) Schaden**
 - Keine formale Bieter-/Bewerbereigenschaft**



VII. EuGH-Urteil vom 13.01.2005 (Interkommunale Zusammenarbeit)

- 1. Generelle – gesetzliche - Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen EU-rechtswidrig**
- 2. Art. 1a EG-RI 93/36 und 93/37: Vergaberecht bei entgeltlichem Vertrag zwischen AG und AN**
- 3. Bestätigung des OLG Düsseldorf (VergabeR 2004, 619 ff.) / OLG Frankfurt (VergabeR 2005, 80 ff.)**



VIII. Vergaberecht bei interkommunalen Kooperationen

1. Gemeinde Hinte: Übertragung ihrer Abwasserbeseitigung auf gemeinsamen Wasserverband
2. EG-Kommission vom 14.01.2005: EuGH-Anrufung
 - Zwar vergaberechtsfreie DI-Konzession (Verwertungsrecht statt Vergütung)
 - Aber: Transparenz / Diskriminierungsverbot / Öffentlichkeit, EuGH vom 07.12.00 (Telaustria)
 - EG-Kommission: Nur vollständige Übertragung ist vergaberechtsfrei („Delegierende Vereinbarung“)
 - „Hinte“: Kontroll-/Informationsrechte / Entscheidungsbefugnisse der Gemeinde: Keine komplette Übertragung



Vergaberecht bei interkommunalen Kooperationen

3. Kritik:
 - Maßgebend: Kompetenzbeschränkung der übernehmenden Einrichtung
 - Nicht: „Beschränkung“ durch allgemein vorge-sehene Mitgliedschaftsrechte (Information etc.)
 - Entscheidend: Wettbewerb auf dem Markt?



IX. Schlussfolgerungen aus EuGH-Entscheidungen

1. Jegliche private Minderheitsbeteiligung: Kein In-House-Geschäft, sondern Ausschreibungspflicht
2. Interkommunale Beschaffungen: Keine generelle Vergaberechtsfreiheit (Gesetz)
3. Lösung für Kommunen?
 - Rekommunalisierung
 - Vollständige Übertragung (Privatisierung) ohne Beschaffung



Schlussfolgerungen aus EuGH-Entscheidungen

4. Verbot der Direktvergabe aus EG-Primärrecht?
 - Gleichbehandlung, Transparenz (Art. 43, 49 EG-Vertrag)
 - Schlussanträge RS C-231/03 (Co. Na. Me.) vom 12.04.2005: „In-House“-Rechtsprechung lässt Primärrecht unberührt



X. Möglichkeiten der Vergaberechtsfreiheit / Kommunale Organisationshoheit

1. Aufgabenerfüllung mit eigenen Mitteln
2. Rein kommunalgetragene Gesellschaft (Ähnliche
„Kontrolle“ bei Mehreren?): Nach EuGH-„Teckal“ (0,9 %) möglich
 - Gemeinsame Kontrolle (s. § 36 II S. 2 GWB)
 - EuGH vom 11.01.05: Unverfälschter Wettbewerb / Markt
 - Beteiligung rein öffentlicher Stellen
 - Beteiligung rein öffentlich getragener Privatrechts-
personen



Möglichkeiten der Vergaberechtsfreiheit / Kommunale Organisationshoheit

3. Einzelfälle für Kontrolle
 - Kontrolle auch bei Aktiengesellschaft: Andernfalls:
Eingriff in kommunale Organisationshoheit / Selbst-
verwaltung der Gemeinden (Schlussanträge Rs C-458/03
– Parking Brixen):
 - Kein Zwang zur Privatisierung
 - Entscheidend: AG ist tatsächlich zur Umsetzung
seiner Ziele in der Lage
 - Kontrolle bei „Enkel“ (OLG Düsseldorf:NVwZ 2004, 254)
 - Kontrolle bei „Schwester“-Aufträgen: „Mutter“-Zu-
ordnung; „Schwestern“ sind keine Dritte am Markt



▶ **Möglichkeiten der Vergaberechtsfreiheit / Kommunale Organisationshoheit**

4. Vergabe von DI-Konzessionen (Aber: Transparenz / Wettbewerb)
5. Vergabe durch Sektoren-AG (Art. 23 EG-SKRI), § 100 Abs. 2 f) und i) GWB
6. Ausnahme nach § 100 Abs. 2 g) GWB (ausschließliches Recht)
7. Ausübung öffentlicher Gewalt (Bsp.: Rettungsdienste); OLG Brandenburg, NZBau 2005, 236 ff.
8. Reine Beleihung ohne Beschaffung: Kein Vertrag, BGH, NZBau 2001, 517 ff. bei Eigengesellschaft



▶ **Möglichkeiten der Vergaberechtsfreiheit / Kommunale Organisationshoheit**

9. Materielle Privatisierungen ohne Beschaffung (s. aber BGH vom 01.02.2005, VergabeR 2005, 328 ff.: „Verkauf“ Altpapier: Vergabe)
10. Delegierende öffentlich-rechtliche Vereinbarungen:
Rein administrative -innerorganisatorische – Maßnahme (EG-Kommission – Stellungnahme im Fall „Hinte“ vom 30.03.2004)



XI. Interkommunale Kooperationen als entgeltlicher Vertrag?

- 1. Beschaffungsvertrag zwischen AG und Unternehmen?**
- 2. Gemeinsame Zusammenarbeit als Auftraggeber begründet kein AG-AN-Verhältnis (Kein öffentlicher Auftrag über Beschaffungen)**



XII. Wesentlichkeitskriterium

- 1. Tatsächliche Tätigkeit (nicht starre quantitative und qualitative Kriterien)**
- 2. 80 %-Kriterium: Nur Ausnahme für Sektoren**
- 3. Bürger nicht Dritte bei Stadtwerkeversorgung**



XIII. Gesetzentwurf zur Neuregelung des Vergaberechts v. 29.03.05 (§ 99 Abs. 1 S. 2 GWB)

Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Zusammenarbeit:

„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.“



XIV. Beurteilung des Entwurfs zu § 99 Abs. 1 S. 2 GWB

1. Ziel und Ansatz: Richtig und zu unterstützen
2. Problem auf europäischer Ebene: Auch „mandatierende“ Vereinbarungen sind erfasst
3. Daher entscheidend: EU-Rechtskonformität?
4. Erforderlich daher: Klarstellung im EU-Vergaberecht



XV. Umgang mit bestehenden Verträgen

1. De-facto-Sachverhalte:

- EuGH vom 11.01.2005: De-facto-Entscheidungen vor Vertragsschluss unterliegen der Nachprüfung
- Keine Nichtigkeit gemäß § 13 VgV bei ohne vorherigen Wettbewerb erteilten Aufträgen (De-facto-Vergaben), OLG Düsseldorf, VergabeR 2005, 343 ff.
- S. aber Unwirksamkeitsregelung von rechtswidrig direkt vergebenen Aufträgen gem. § 101b GWB-E

2. EuGH: Rechtswidrigkeit bestehender Verträge wirkt fort

3. Aber: Keine Nichtigkeit / Pflicht des AG (Kommune) zur Kündigung



Umgang mit bestehenden Verträgen

4. Verweis auf Schadensersatzmöglichkeit des Bieters
5. Zurzeit: Keine rechtliche Durchgriffshaftung des Bundes auf „verstoßende“ Kommune
6. EU-Kommission strebt Rückgängigmachung direkt vergebener Aufträge an
7. Mit Spannung erwartet: Ausgang des Zwangsgeldantrags der EG-Kommission vor EuGH gem. Art. 228 II EG-Vertrag im Fall „Braunschweig“ (pro Tag der Vertragsverletzung: 126 720 €)



DStGB
Deutscher Städte-
und Gemeindebund

Autor | Beigeordneter Norbert Portz

Fon +49 | 0228 95962-20

Fax +49 | 0228 95962-22

August-Bebel-Allee 6
53175 Bonn

norbert.portz@dstgb.de
www.dstgb.de

