

DStGB DOKUMENTATION N° 51

Interkommunale Zusammenarbeit –

Praxisbeispiele, Rechtsformen und
Anwendung des Vergaberechts



DStGB
Deutscher Städte-
und Gemeindebund
www.dstgb.de



Vorwort

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der interkommunalen Zusammenarbeit richten sich die Scheinwerfer auch verstärkt auf das Vergaberecht. Die damit verbundenen Gestaltungsmöglichkeiten und Rechtsfragen leuchten der Deutsche Städte- und Gemeindebund und der Bayerische Gemeindetag in dieser gemeinsamen Dokumentation näher aus. Die praxisorientierte Handreichung stellt den Status der interkommunalen Zusammenarbeit im Lichte des Vergaberechts dar, zeigt entsprechende Verfahrenswege auf und fordert nicht zuletzt Rechtssicherheit.

Als eine bewusste Alternative zu Privatisierungen führen immer mehr Kommunen die ihnen obliegenden Aufgaben zur Erreichung von Kosteneinsparungen sowie einer größeren Effizienz auch zugunsten der Bürger im Wege interkommunaler Kooperationen durch. Die Beispiele reichen von der kulturellen Zusammenarbeit, der Zusammenarbeit bei der Arbeit in den Volkshochschulen, der Ausweisung gemeinsamer Gewerbegebiete über den Zweckverband zur Wasserversorgung bis hin zu Projekten im Bereich Tourismus oder Regionalmarketing.

Das Erfolgsmodell der interkommunalen Zusammenarbeit ist aber längst noch nicht ausgeschöpft. Im Mittelpunkt der aktuellen Entwicklung steht in der Praxis eine verstärkte Zusammenarbeit der Kommunen bei den internen Servicebereichen wie dem gemeinsamen Einkauf, den Personaldienstleistungen und der Informationstechnologie. Diese Zusammenarbeit im so genannten Backoffice kann zu erheblichen Effizienzsteigerungen durch Größenvorteile führen und dennoch das Modell des kommunalen Ansprechpartners für die Bürgerinnen und Bürger vor Ort bewahren.

Unterschiedliche Beispiele haben aber in jüngster Zeit gezeigt, dass die interkommunale Zusammenarbeit immer mehr in den Blickpunkt des europäischen Vergaberechts rückt und sich zusehends ein Spannungsfeld zwischen kommunaler Organisationshoheit und EU-Wettbewerbsrecht entwickelt. Beispielhaft sei auf ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen Deutschland (Fall „Hinter“) verwiesen, in dem diese die gemeindliche Übertragung der Abwasserentsorgung auf einen rein kommunalen Zweckverband als bekanntmachungspflichtig angesehen hatte.

Die kommunalen Spitzenverbände wenden sich angesichts dieser Beeinträchtigung der – internen – kommunalen Organisationshoheit durch EU-Vorgaben nachdrücklich gegen eine Anwendung des Vergaberechts auf die interkommunale Zusammenarbeit. Die Kommunen in Deutschland brauchen Freiraum zur eigenverantwortlichen Gestaltung des „Zukunftsmodells“ der interkommunalen Zusammenarbeit. Die Zusammenarbeit selbst kleinster Gemeinden darf nicht durch europaweite Ausschreibungspflichten erschwert werden.

Erforderlich ist daher dringend eine deutliche Klarstellung sowohl im EU-Recht als auch im nationalen Recht. Mit dieser Klarstellung muss die interkommunale Zusammenarbeit, soweit sie gerade keinen Beschaffungsvorgang für Leistungen auf einem – externen – Markt darstellt, als Akt der kommunalen Organisationshoheit vom Vergaberecht freigestellt bleiben.

Berlin und München, im Oktober 2005



Dr. Gerd Landsberg
Geschäftsführendes Präsidialmitglied
des Deutschen Städte- und Gemeindebundes



Dr. Jürgen Busse
Geschäftsführendes Präsidialmitglied
des Bayerischen Gemeindetages

Fotos: S. 6 Baugrund, S. 12 Archiv W+S, S. 14 DStGB

Inhalt

Einführung	2	2. Rechtsformen in der kommunalen Praxis	10
		3. Haftungsfragen	11
A. Die Notwendigkeit interkommunaler Zusammenarbeit	3	C. Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht	11
I. Interkommunale Zusammenarbeit gewährleistet Verwaltungseffizienz und Bürgernähe	3	I. Allgemeines	11
II. Kosten senken und Leistungsvielfalt erhöhen	3	II. Vergaberechtpflichtigkeit interkommunaler Kooperationen	11
III. Handlungsfähigkeit stärken und Personalhoheit bewahren	3	1. Der „Fall Hinte“: Kommunale Zweckverbände und Vergaberecht	11
IV. Freiwillig und partnerschaftliches Verständnis erforderlich	3	2. Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen/ Zweckvereinbarungen	12
		3. Das EuGH-Urteil vom 13.1.2005 (Spanisches Vergabegesetz)	12
B. Grundlagen der interkommunalen Zusammenarbeit	4	4. Exkurs: Die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft und die Anwendung des Vergaberechts	12
I. Rechtliche Grundlagen der Zusammenarbeit	4	III. Konstellationen für eine Vergaberechtsfreiheit	13
II. Unterschiedliche Organisationsformen	4	1. Die (inter-)kommunale Eigengesellschaft	13
1. Rechtsformen der Zusammenarbeit	4	2. Delegierende öffentlich-rechtliche Vereinbarungen	14
a. Formlose Zusammenarbeit	4	3. Zweckverbände und Vergaberecht	14
b. Öffentlich-rechtliche Rechtsformen	5		
(1) Kommunale Arbeitsgemeinschaft	5	D. Ausblick und Forderungen	15
(2) Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen	5	I. Zusammenfassende Betrachtung	15
(3) Zweckverband	5	II. Ausblick und kommunale Forderungen	16
(4) Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR)	6	1. Gesetzentwurf der Bundesregierung (§ 99 Abs. 1 GWB)	16
c. Privatrechtliche Organisationsformen	6	2. Beschluss der Innenministerkonferenz	16
(1) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	7	3. Forderungen des DStGB	16
(2) Die Aktiengesellschaft (AG)	7		
(3) Privatrechtliche Vereinbarungen	7	Literaturhinweise	17
III. Praxis der interkommunalen Zusammenarbeit	8		
1. Aufgabenbereiche der Zusammenarbeit	8		

Verfasser

Norbert Portz
Beigeordneter beim Deutschen Städte- und Gemeindebund

Bernd Düsterdiek
Leiter des Referats Städtebaurecht, Stadtentwicklung und Vergabe beim Deutschen Städte- und Gemeindebund

Timm Fuchs
Leiter des Finanzreferats beim Deutschen Städte- und Gemeindebund

Einführung

Interkommunale Zusammenarbeit ist mehr als ein neues Schlagwort für eine bereits seit Jahrzehnten auf zahlreichen Gebieten erfolgreich geübte Form kommunaler Aufgabenerfüllung. Der Abwasserzweckverband, die gemeinsame Schulträgerschaft und Durchführung von Schülertransporten, die Zusammenarbeit im (Fort-)Bildungsbereich (VHS etc.), die kulturelle Zusammenarbeit, die Zusammenarbeit im Tourismus- und Marketingbereich, die gemeinsame Trinkwasserversorgung oder auch Sammelbeschaffungen, all dies sind in der kommunalen Praxis mittlerweile Klassiker der Kooperation zwischen mehreren Kommunen.

Was ist der Hintergrund für die verstärkte Bedeutung dieser bewährten Handlungsmöglichkeit?

Vier Argumente kehren im Zusammenhang mit dem Stichwort der interkommunalen Zusammenarbeit immer wieder: Das erste ist die finanzielle Notlage vieler Städte und Gemeinden. Angesichts leerer Kassen geht es vielerorts darum, finanzielle Handlungsspielräume wieder zu gewinnen und zu optimieren. Eng damit verbunden ist der Wunsch kommunaler Entscheidungsträger, die Aufgaben bei stetig wachsender Aufgabenintensität noch effizienter als bisher durchführen zu können. Der Standortwettbewerb, u. a. um Arbeitsplätze und um junge Familien, verleitet zudem viele Kommunen, ihr Leistungsspektrum nicht bloß kostengünstiger und effizienter für den Bürger zu gestalten, sondern es noch weiter zu verbessern und auszubauen. Schließlich wollen Kommunen durch vermehrte Zusammenarbeit auf regionaler Ebene ihre Handlungsfähigkeit durch die Nutzung von Größenvorteilen – auch im Zuge der europäischen Integration – stärken und erweitern.

Diese zentralen Herausforderungen für Städte und Gemeinden stehen in der Praxis jedoch zunehmend unter einem Vergaberechtsvorbehalt. Die Erfüllung kommunaler Aufgaben in Form kommunaler Kooperationen ist in den vergangenen Jahren immer stärker von den Vorgaben des Wettbewerbs- und Vergaberechts überlagert worden.

So hat beispielsweise die Europäische Kommission in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland die Übertragung der Abwasserentsorgungspflicht der Gemeinde Hinte (Niedersachsen) auf einen Wasser- und Bodenverband (Körperschaft des öffentlichen Rechts), dem sie als Mitglied angehört, als Dienstleistungskonzession eingestuft, für deren Ertei-

lung zuvor ein transparentes Verfahren mit entsprechender öffentlicher Bekanntmachung hätte durchgeführt werden müssen. Auch die Oberlandesgerichte Düsseldorf sowie Frankfurt am Main haben das Vergaberecht auf Kooperationen zwischen Kommunen angewandt. Nach Auffassung dieser Gerichte dürfen öffentlich-rechtliche Vereinbarungen nach den jeweiligen Landesgesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit, zum Beispiel über die Organisation des Einsammelns und Beförderns von Altpapier, nur unter Beachtung der für Dienstleistungsaufträge einschlägigen Vorschriften des Vergaberechts abgeschlossen werden.

Schließlich engt auch die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine effiziente interkommunale Aufgabenerledigung zunehmend ein. So hat der EuGH zuletzt in einer Entscheidung vom 13.1.2005 (Königreich Spanien) festgestellt, dass interkommunale Kooperationen durch nationale Rechtsvorschriften nicht grundsätzlich vergaberechtsfrei gestellt werden dürfen.

Die vorstehenden Fälle zeigen exemplarisch auf, dass das EG-Vergaberecht zunehmend in die nationale und kommunale Verwaltungsorganisationshoheit eingreift. Dabei ist grundsätzlich unbestritten, dass eine Ausschreibung der von Städten und Gemeinden zu beschaffenden Leistungen auf dem Markt und damit die Durchführung eines breiten Wettbewerbs unter Einbeziehung des Mittelstandes sowohl für die Kommunen als auch für die Bürger große Vorteile hat. Durch die Vergaberechtspflicht bei der interkommunalen Zusammenarbeit könnte aber faktisch in der Folge entweder ein Zwang zur Privatisierung kommunaler Aufgaben begründet werden oder aber die vollständige Rekommunalisierung durch ausschließliche Eigenerfüllung einer kommunalen Aufgabe der einzige Weg der Vermeidung einer Ausschreibungspflicht sein.

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund will mit der vorliegenden Dokumentation zeigen, wie hilfreich und in vielen Fällen auch notwendig die Zusammenarbeit für Städte und Gemeinden ist. Darüber hinaus wird der Rechtsrahmen, in dem sich Kooperationen bewegen, kurz dargestellt. Die Dokumentation geht sodann der Frage nach, welche Grenzen der interkommunalen Zusammenarbeit durch das Vergaberecht gesetzt werden und zeigt auf, welche Handlungsoptionen der kommunalen Praxis dennoch verbleiben.

A. Die Notwendigkeit interkommunaler Zusammenarbeit

I. Interkommunale Zusammenarbeit gewährleistet Verwaltungseffizienz und Bürgernähe

Eine Motivation vieler Städte und Gemeinden zur Zusammenarbeit ist die Schaffung effizienterer Strukturen der Aufgabenerfüllung. Dass Effizienzsteigerung grundsätzlich auch durch Zusammenfassung und Verlagerung von Aufgaben erfolgen kann, ist leicht ersichtlich. Dies muss jedoch nicht generell zu einem Zielkonflikt mit dem Bestreben der Kommunen führen, möglichst bürgernah zu sein. Vielfach wird gerade die Effizienzsteigerung dazu führen, dass Leistungen der Verwaltung auch bürgernäher erfüllt werden können.

So gibt es bereits heute bei der Zusammenarbeit auf Verwaltungsebene viele Beispiele dafür, dass etwa durch geschicktes Personalmanagement neue finanzielle und personelle Ressourcen freigesetzt werden, die zugunsten einer bürgernahen Verwaltung verwendet werden. Daneben wird vielfach berichtet, dass sich die Qualität der angebotenen Verwaltungsleistungen deutlich erhöht, wenn durch eine Zusammenarbeit auf Verwaltungsebene eine höhere Spezialisierung des Personals und damit mehr Sachkunde erreicht wird, indem nicht mehr jede Verwaltung für alle Aufgaben selbst Personal vorhalten muss.

II. Kosten senken und Leistungsvielfalt erhöhen

Die Erbringung von kommunalen Leistungen vielfältiger Art zählt zu den besonders herausragenden Merkmalen der Städte und Gemeinden. Die dafür erforderlichen Mittel sind angesichts der immer schlechteren finanziellen Ausstattung der Kommunen vielerorts nicht mehr ausreichend vorhanden. Vielfach wird ein schleichender Verfall von Handlungsmöglichkeiten beobachtet. Die interkommunale Zusammenarbeit spielt daher in dem Bestreben der Kommunen, trotz immer geringerer Einnahmen bei gleichzeitig ansteigender Aufgabenzuweisung ihre Handlungsfähigkeit zurück zu gewinnen, eine wichtige Rolle. Reduzierung von Kosten muss dabei nicht automatisch auch eine Verringerung der Leistungsvielfalt bedeuten. So ermöglichen oftmals erst Kooperationen kleinen Verwaltungseinheiten, Leistungen anzubieten und Projekte zu verwirklichen, die ansonsten ihre finanzielle Leistungskraft überfordern würden.

Dies kann etwa durch die Einrichtung von Kompetenzzentren oder durch den Zusammenschluss zu Verwaltungsverbänden geschehen, auf die alle Kooperationspartner und ihre Einwohner zurückgreifen können. Insbesondere Verwaltungsverbände, die eine bloß verwaltungstechnische Durchführung von Sachaufgaben für Gemeinden vorsehen, während die Zuständigkeit und Verantwortung vollständig bei den

jeweiligen Gemeinden verbleibt, können einen Einfluss auf die Verwaltungstätigkeit sichern und gleichzeitig das Entstehen einer bürgerfernen Fremdverwaltung verhindern. Kommunen können die interkommunale Kooperation zudem nutzen, um Größenvorteile zur Vermeidung von Kosten, zur Steigerung der Attraktivität des eigenen Wirtschaftsstandorts und zur Erhöhung des politischen Gewichts zu erreichen.

III. Handlungsfähigkeit stärken und Personalhoheit bewahren

Auch wenn die interkommunale Zusammenarbeit die Handlungsfähigkeit der Kommunen stärken kann, ist zu beachten, dass die Überlassung von Aufgaben an andere Kommunen immer die Gefahr des Verlusts an Steuerung und Kontrolle der demokratisch legitimierten Organe der „abgebenden“ Gemeinde in sich birgt. Der Bürger gibt durch seine Wahlentscheidung seinen gemeindlichen Vertretern das Mandat, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gemeinwohlbezogen zu erledigen. Durch eine Verlagerung von Aufgaben wird der Einfluss der kommunalen Vertretung auf die Aufgabenerledigung gemindert, teilweise sogar ganz entzogen. Diesem Verlust an Gestaltungsfreiheit kann durch tatsächliche und rechtliche Vorkehrungen entgegengewirkt werden, nicht zuletzt um einen Verlust an Identifikation des Bürgers mit seiner Kommune zu vermeiden.

Gegen Kooperationen – hauptsächlich auf der Ebene der Verwaltung – wird auch vorgebracht, dass Einwirkungsmöglichkeiten auf Personal und Organisation verloren gehen. Diese Ängste sind vielfach dadurch zu entkräften, dass die bestehenden Gesetze zur kommunalen Zusammenarbeit der Länder ausreichend Möglichkeiten vorsehen, im Rahmen einer Vereinbarung die jeweiligen kommunalen Einflussmöglichkeiten zu sichern. Auf jeden Fall müssen in die Entscheidung zur Rechtsformwahl deren Folgen, wie ein potentieller Verlust von Kontrolle und Einfluss mit einbezogen werden.

IV. Freiwilligkeit und partnerschaftliches Verständnis erforderlich

Interkommunale Zusammenarbeit ist grundsätzlich vorteilhaft, wenn sie dazu beiträgt, den Kommunen ihre finanzielle Beweglichkeit wiederzugeben und das Leistungsspektrum für den Bürger zu erhöhen.

Wichtig ist: Es muss nicht „bei Null“ angefangen werden. Die interkommunale Zusammenarbeit hat sich in der Vergangenheit bereits als gemeinsam praktizierte Strategie der Kommunen bewährt. Grundvoraussetzungen für eine interkommunale Zusammenarbeit sind die Prinzipien der Freiwilligkeit und der vertrau-

ensvollen Verständigung unter gleichberechtigten Partnern. Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen kann interkommunale Zusammenarbeit die Effizienz bei der Erstellung gemeindlicher Leistungen deutlich steigern, kommunale Handlungsfähigkeit stärken und neue Spielräume schaffen. Insbesondere können auch kleinere Gemeinden durch Kooperationen Leistungen anbieten und Projekte verwirklichen, die ohne partnerschaftliche Zusammenarbeit mit anderen Städten und Gemeinden ihre eigene finanzielle Leistungsfähigkeit überfordern würde.

B. Grundlagen der interkommunalen Zusammenarbeit

I. Rechtliche Grundlagen der Zusammenarbeit

Die Kommunen genießen bei der Organisation ihrer Zusammenarbeit Wahlfreiheit. Sie dürfen sich sowohl der Organisationsformen des öffentlichen als auch des privaten Rechts bedienen. Diese Wahlfreiheit ist wie die Möglichkeit zur interkommunalen Zusammenarbeit durch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz abgesichert (so ausdrücklich BVerwG vom 20.1.2005, BayGT 2005, 152).

Die Gemeinde bewegt sich aber durchaus in einem Spannungsfeld. Einerseits darf sie sich nicht durch Aufgabenübertragung auf andere der Eigenverantwortlichkeit für ihre wesentlichen gemeindlichen Aufgaben begeben. Der verbleibende Aufgabenbestand in einer Gemeinde muss erheblich bleiben. Andererseits kann durch eine interkommunale Zusammenarbeit auch eine „Hochzonung“ bestimmter Aufgaben durch den Gesetzgeber vermieden werden, die von der Gemeinde allein nicht mehr ordnungsgemäß ausgefüllt werden können. Letzteres ist dann möglich, wenn bei einem Belassen der Aufgabe bei der Gemeinde die ordnungsgemäße Erfüllung nicht sichergestellt wäre, beispielsweise weil sie zu einem unverhältnismäßigem Kostenanstieg für die Bürger führen würde.

In allen Bundesländern bestehen seit längerem Gesetze, in denen die Möglichkeiten der Zusammenarbeit zwischen Kommunen geregelt sind. Allerdings ist das rechtliche Instrumentarium durchaus unterschiedlich ausgeprägt. Weitere Unterschiede ergeben sich aus den Gemeindeordnungen, gerade bezüglich der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen und ihrer Unternehmen. Was hier für einzelne Kommunen gilt, hat auch für die interkommunale Zusammenarbeit Bedeutung. So finden beispielsweise die noch in den meisten Bundesländern existierenden so genannten Subsidiaritätsklauseln der Gemeindeordnungen Anwendung. Danach darf eine Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur dann errichten, übernehmen oder

Ungeachtet der vorgenannten Vorteile sollte vor dem Beginn jeder Zusammenarbeit aber immer eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem „Für“ und „Wider“ stehen. Hierbei kann insbesondere auch das Einholen von Informationen bei anderen Kommunen hilfreich sein, die bereits auf dem angestrebten oder einem ähnlichen Gebiet kooperieren.

Die Frage über das „Ob“ und gegebenenfalls über das „Wie“ der Zusammenarbeit ist eine solche des Einzelfalls und sollte stets in der eigenen Verantwortung und im Ermessen der jeweiligen Kommune gefällt werden.

erweitern, wenn der Zeck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann (vgl. zum Beispiel § 107 Abs. 1 GO NW).

II. Unterschiedliche Organisationsformen

Interkommunale Zusammenarbeit kann in verschiedenen Organisationsformen erfolgen. Aus rechtlicher Sicht lassen sich die formlose, die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Organisation unterscheiden. Die Zusammenarbeit in privatrechtlicher oder formloser Weise ist im Rahmen der Gesetze zulässig. Dies ergibt sich aus der Organisationshoheit der Gemeinden. Anders ist dies bei der öffentlich-rechtlich verfassten Zusammenarbeit. Hier gibt es eine gesetzliche Beschränkung auf die vom Landesgesetzgeber vorgegebenen Möglichkeiten, wobei zu beachten ist, dass die Übertragung hoheitlicher Aufgaben grundsätzlich einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform bedarf.

1. Rechtsformen der Zusammenarbeit

a. Formlose Zusammenarbeit

Eine formlose Art der Zusammenarbeit stellt die informelle Abstimmung dar. Zu ihr gehören das Gespräch und der Informations- bzw. Meinungsaustausch der kommunalen Akteure. Kennzeichnend für die informelle Abstimmung ist ihre rechtliche Unverbindlichkeit.

Beispiel: So werden etwa im Bereich der städtebaulichen Planung – häufig angestoßen durch die Landesplanung und die regionale Raumordnung – informelle, auf Kommunikation und Konsens setzende Kooperationsstrukturen etabliert. Bei derartigen Kooperationsstrukturen handelt es sich regelmäßig um wenig formalisierte und sehr offene Kooperationsmöglichkeiten, die häufig zeitlich befristet sind und zum Beispiel in einem gemeinsam erarbeiteten

Rahmenplan münden, der Leitlinien, möglicherweise auch Standorte, Leitprojekte und Entwicklungspotenziale in einzelnen Gemeinden darstellt, die einvernehmlich ausgehandelt wurden. Als wichtigste Formen haben sich hier Regionalkonferenzen, Städtennetze sowie regionale Entwicklungskonzepte herausgebildet.

b. Öffentlich-rechtliche Rechtsformen

(1) Kommunale Arbeitsgemeinschaft

Die kommunale Arbeitsgemeinschaft ist eine öffentlich-rechtlich geregelte Form der Zusammenarbeit und nur in einigen Ländern (vgl. zum Beispiel § 2 Abs. 1 GkG NW; Art. 4 BayKommZG) geregelt. Der Zusammenschluss erfolgt aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Es entsteht eine Gemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit, deren Hauptaufgabe die Beratung und Koordinierung von gemeinsamer kommunaler Betätigung darstellt. Ihr kommt allerdings eine eher geringe Bedeutung zu, da die Beschlüsse kommunaler Arbeitsgemeinschaften ihre Mitglieder i. d. R. nicht binden und formlose Abstimmungsvorgänge in der Praxis relevanter sind.

Beispiel: Kommunale Arbeitsgemeinschaften können sich aber zum Beispiel im Aufgabenbereich der Bauleitplanung vor allem zur Institutionalisierung der interkommunalen Abstimmungspflicht nach § 2 Abs. 2 BauGB eignen. Sie ermöglichen bereits auf der Ebene der vorbereitenden Bauleitplanung ein weitgehend abgestimmtes Entwicklungskonzept, etwa bei der Steuerung von Einzelhandelsprojekten. Durch regelmäßige institutionelle Abstimmungen wird eine möglichst frühzeitige Information und Konsultation von Nachbargemeinden ermöglicht, bevor sich ein Planungskonzept bereits verfestigt hat. Kommunale Arbeitsgemeinschaften können insoweit eine gute Grundlage für projektbezogene gemeinsame Planungsvorhaben bieten.

(2) Öffentlich-rechtliche Vereinbarung

Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung, die in einigen Landesgesetzen auch Zweckvereinbarung (zum Beispiel Art. 7 KommZG) genannt wird, ist eine weitere Rechtsform interkommunaler Zusammenarbeit. Ihr Hauptanwendungsfeld ist der Betrieb öffentlicher Einrichtungen. So kann beispielsweise die Aufgabe der Wasserversorgung oder der Abfallentsorgung von einer Gemeinde auf eine andere Gemeinde übertragen werden, während die Einwohner der „abgebenden“ Gemeinde zur Mitbenutzung berechtigt sind. Rechtsgrundlage der Vereinbarung ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, mit dem die ihn schließenden Gebietskörperschaften eine einzelne oder mehrere Aufgaben mit einem bestimmten Zweck übertragen. Bei dem Zusammenschluss entsteht kein neuer Rechtsträger samt Verwaltungsunterbau, sondern

bestimmte, in dem Vertrag festgelegte Aufgaben gehen auf einen der Beteiligten über. Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen können grundsätzlich nur zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden, nicht aber von kommunalen Eigengesellschaften oder gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften, an denen Gemeinden oder Gemeindeverbände beteiligt sind, abgeschlossen werden.

Die Aufgabenübertragung im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung kann auf zwei verschiedene Arten erfolgen:

Delegierende Vereinbarung

Eine beteiligte Kommune kann einzelne Aufgaben der übrigen Kommune(n) in ihre eigene Zuständigkeit übernehmen (vgl. zum Beispiel Art. 7 Abs. 2 BayKommZG; § 23 Abs. 2 GkG NW). Bei einer solchen delegierenden Vereinbarung wird die Aufgabe selbst, also zum Beispiel die Entsorgung von Altpapier im Gemeindegebiet im Sinne einer Pflichtenübertragung zur eigenverantwortlichen Durchführung übertragen. Die übertragende Kommune wird in einem derartigen Fall von ihrer Pflicht zur Aufgabenwahrnehmung im Umfang der Übertragung befreit.

Mandatierende Vereinbarung

Demgegenüber wird im Falle einer mandatierenden Vereinbarung zwischen mehreren Gemeinden eine Übertragung dergestalt vorgenommen, dass die Zuständigkeit der „übertragenden Gemeinde“ zur Wahrnehmung der Aufgabe unberührt bleibt, also der an dem öffentlich-rechtlichen Vertrag beteiligten Gemeinde lediglich die Durchführung einer Aufgabe übertragen wird.

Im ersten Fall wird die übernehmende Gemeinde im Außenverhältnis in vollem Umfang allein zuständig und damit verantwortlich für die Durchführung der Aufgabe. Dies bedeutet auch, dass im Einzelfall Hoheitsbefugnisse, etwa der Erlass von Satzungen oder die Anordnungsbefugnis für den Anschluss- und Benutzungszwang auf die übernehmende Gemeinde im Hinblick auf die jeweilige Aufgabe übergehen können. Im Fall der mandatierenden Vereinbarung wird lediglich die Durchführung einer Aufgabe, die in der Verantwortung der bisherigen Kommune verbleibt, von einer anderen Kommune übernommen. Öffentlich-rechtlich verantwortlich bleibt in derartigen Fällen also immer die „abgebende“ Kommune.

(3) Zweckverband

Der Zweckverband ist die typische Organisationsform interkommunaler Zusammenarbeit. Gemeinden und Gemeindeverbände können sich zu Zweckverbänden zusammenschließen, um einzelne Aufgaben, zu deren Wahrnehmung sie berechtigt oder verpflichtet sind, gemeinsam zu erfüllen (zum Beispiel Art. 17 BayKommZG).

Zweckverbände sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung verwalten. Die Rechtsverhältnisse des Zweckverbands werden in der Praxis

durch eine Zweckverbandssatzung geregelt. Aufgaben, die ein Zweckverband wahrnehmen soll, sind in einer von den Verbandsmitgliedern vereinbarten und von der Rechtsaufsichtsbehörde genehmigten Verbandssatzung festzulegen. Grundsätzlich können alle kommunalen Aufgaben auf einen Zweckverband übertragen werden, d. h. sowohl solche des eigenen wie des übertragenen Wirkungskreises. In der Praxis sind Zweckverbände insbesondere in folgenden Bereichen anzutreffen:

- Wasserversorgung und Abwasserentsorgung
- Abfallbeseitigung/Recycling
- Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV)
- Kommunale Informationstechnologie und Datenverarbeitungszentren
- Fremdenverkehrseinrichtungen und (Volkshoch-)Schulen

Auch die Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung von Bauleitplänen kann auf einen Zweckverband übertragen werden. § 205 Abs. 6 BauGB stellt ausdrücklich heraus, dass anstelle eines Planungsverbandes nach dem BauGB auch ein Zweckverband die Bauleitplanung für die Mitgliedsgemeinden übernehmen kann. Ein Zweckverband kann damit grundsätzlich wie ein Planungsverband nach § 205 BauGB nach Maßgabe der jeweiligen Satzung für die Bauleitplanung und ihre Durchführung an die Stelle einer Gemeinde treten.

Zu beachten ist weiterhin, dass neben Gemeinden und Gemeindeverbänden auch andere Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts Mitglieder eines Zweckverbandes sein können, wenn nicht besondere Rechtsvorschriften eine Beteiligung ausschließen. Ebenso können natürliche und juristische Personen des Privatrechts Mitglieder eines Zweckverbandes sein, wenn die Erfüllung der Verbandsaufgaben dadurch gefördert wird und Gründe des öffentlichen Wohls nicht entgegenstehen. Wie bei einer delegierenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung geht die kommunale Aufgabe selbst, nicht bloß deren Erfüllung auf einen Zweckverband über. Er ist insoweit Aufgabeninhaber und -träger.



(4) Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR)

Interkommunale Zusammenarbeit ist in einzelnen Bundesländern auch im Rahmen einer Anstalt des öffentlichen Rechts möglich. Ausdrückliche Regelungen finden sich in den jeweiligen Landesgesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit sowie in den Kommunalverfassungen der Länder (zum Beispiel Art. 49 ff. BayKommZG).

Die Anstalt öffentlichen Rechts ist als Alternative zu den Organisationsformen des Regie- oder Eigenbetriebs und den privatrechtlichen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften entwickelt worden. Mit der Anstaltslösung wird der Versuch unternommen, die Vorteile öffentlich-rechtlicher Betriebsformen, wie etwa die Wahrung der kommunalen Steuerung und die Dienstherrenfähigkeit, mit den Vorzügen privater Rechtsformen, zum Beispiel der organisatorischen Flexibilität und der unternehmerischen Selbständigkeit, zu vereinen.

Neben der Neuerrichtung können auch bestehende Eigenbetriebe im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in kommunale Anstalten umgewandelt werden (vgl. etwa Art. 49 Abs. 1 - 4 BayKommZG; § 113a Abs. 1 GO Nds.). Die Gemeinde oder der Zweckverband regeln hierbei die Rechtsverhältnisse einer Anstalt zwingend durch eine Unternehmensatzung. Diese stellt eine Organisationsatzung dar und muss bestimmte, in den Landesgesetzen vorgeschriebene Mindestbestimmungen enthalten.

Der Gegenstand einer Anstalt des öffentlichen Rechts hängt grundsätzlich von ihrer Aufgabenstellung ab. Die landesrechtlichen Bestimmungen sehen hier vor, dass eine Kommune der Anstalt einzelne oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängenden Aufgaben übertragen kann. Dabei wird die Ausrichtung auf einen bestimmten Zweck großzügig ausgelegt. Mehrzweckanstalten sind allerdings unzulässig. Zu den Aufgaben zählen neben den freiwilligen auch die pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben, die Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung und Auftragsangelegenheiten. Maßgebliches Kriterium ist, ob das jeweils einschlägige Gesetz die Aufgabendelegation oder anderweitige Aufgabenerledigung erlaubt. Im Übrigen gelten für die wirtschaftliche Tätigkeit der Anstalten die landesrechtlichen Vorgaben, die auch sonst für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden gelten.

c. Privatrechtliche Organisationsformen

Für alle Aufgaben, die nicht originär hoheitliche Befugnisse der Kommunen betreffen, können Städte und Gemeinden auch die Gestaltungsmöglichkeiten des Privatrechts zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung nutzen. Diesbezüglich sind neben privatrechtlichen Vereinbarungen vor allem die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) sowie die Aktiengesellschaft (AG) als Organisationsformen zu nennen. Hinzu kommen in der Praxis der rechtsfähige Verein, die Genossenschaft sowie Stiftungen bürgerlichen Rechts.

Tatsächlich ist das Wahlrecht der Kommunen hinsichtlich möglicher privatrechtlicher Organisationsformen aber sehr viel geringer als es zunächst erscheint. Denn bereits die Tauglichkeit der Aktiengesellschaft für die Wahrnehmung gemeinsamer kommunaler Aufgaben ist angesichts der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen zweifelhaft. Aus rechtlichen Gründen unzulässig ist zudem die Beteiligung einer Gemeinde an einer Gesell-

schaft bürgerlichen Rechts, an einer Offene Handelsgesellschaft (OHG) sowie als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft (KG). Diese Gesellschaftsformen sehen eine unbeschränkte Haftungsmöglichkeit vor. Dies widerspricht den kommunalrechtlichen Bestimmungen der Länder, die bei privatwirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden eine Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis verlangen. Es muss somit immer eine Rechtsform gewählt werden, bei der die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist.

Weiterhin ist zu beachten, dass privatrechtliche Organisationsformen grundsätzlich nur zur Wahrnehmung bestimmter kommunaler Aufgaben geeignet sind. Einer Privatisierung entzogen ist aufgrund der Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung (Art. 20 Abs. 3 GG) zum Beispiel der gesamte Bereich der Eingriffsverwaltung, wie zum Beispiel das Ordnungsamt, die Bauaufsicht oder die Gewerbeaufsicht.

(1) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Als privatrechtliche Organisationsformen für die Kooperation mehrerer Gebietskörperschaften kommen in der Praxis vor allem die GmbH und die AG in Betracht. Sowohl die GmbH als auch die AG sind juristische Personen des Privatrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit und rechtlich sowie organisatorisch gegenüber einer Kommune verselbstständigt.

Eine GmbH kann nicht nur von einer, sondern auch von mehreren Kommunen gegründet werden. In diesem Fall spricht man auch von einer gemischt-öffentlichen Gesellschaft. Diese setzt nach den landesrechtlichen Bestimmungen Ratsbeschlüsse der jeweiligen Mitgliedsgemeinden voraus. Erforderlich ist zudem ein Satzungsbeschluss der Mitglieder, in dem der öffentliche Zweck der Gesellschaft festgelegt wird. Je nach Land sind unterschiedliche Anzeige- bzw. Genehmigungsvorbehalte der Kommunalaufsichtsbehörden zu beachten. Die Gesellschaft darf nur öffentliche Ziele verfolgen. Deshalb muss der öffentliche Zweck in der Satzung eindeutig fixiert sein und sollte steuerungstauglich präzisiert werden. Des Weiteren sind Kommunen rechtlich verpflichtet, ihren Einfluss auf die GmbH in ausreichendem Maße zu sichern. Im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit müssen sich die Kommunen daher mit der ihrer jeweiligen Beteiligungsquote entsprechenden Befugnissen ausstatten lassen.

Die GmbH kann als juristische Person klagen und verklagt werden. Sie haftet selbst und beschränkt, wenigstens auf ihr Mindeststammkapital von 25 000 Euro. Zu ihrer Gründung ist ein notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag erforderlich. Außerdem muss sie im Handelsregister eingetragen werden. Die GmbH hat zwingend zwei Organe, einen – oder im Fall interkommunaler Zusammenarbeit – mehrere Gesellschafter und die Gesellschafterversammlung. Mit der gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung ist der Geschäftsführer betraut. Daneben kann noch ein zusätzlicher Auf-

sichtsrat eingerichtet werden, der ähnlich wie bei der AG Kontroll- und Überwachungsfunktion hat.

(2) Die Aktiengesellschaft (AG)

Auch die AG kann als Rechtsform zur interkommunalen wirtschaftlichen Betätigung gewählt werden. Jedoch ist sie aufgrund einiger öffentlich-rechtlicher Beschränkungen zur Wahrnehmung interkommunaler Aufgaben nur in einigen Fällen tauglich.

Die AG hat nach ihrem Sinn und Zweck Eingang ins Privatrecht gefunden, um mit einem erheblichen Betriebskapital wirtschaftliche Großrisiken abzusichern. Schon daran wird es aufgrund struktureller Voraussetzungen in den meisten Kommunen fehlen. Darüber hinaus entspricht das Interesse der Kommunen in der Regel nicht dem von Aktionären. Den Kommunen kommt es gerade nicht auf die kurzfristige Liquidität ihrer Einlagen an, sondern in der Regel auf die Verfolgung eines längerfristig angelegten öffentlichen Interesses. Die Gründung einer AG erfolgt im Fall interkommunaler Zusammenarbeit durch den notariell beurkundeten Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zwischen mindestens zwei Gründern. Insofern bedarf es wieder Rats- bzw. Satzungsbeschlüssen der beteiligten Kommunen mit der jeweiligen Bestimmung des Gesellschaftszwecks.

Die AG ist formal ins Handelsregister einzutragen. Es entsteht wie bei der GmbH eine juristische Person. Diese ist selbstständiges Rechtssubjekt, das klagen und verklagt werden kann. Den Gläubigern haftet sie nur mit ihrem Vermögen, das mindestens 50 000 Euro beträgt. Organe der AG sind Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung.

Rechtliche Probleme wirft eine AG im Fall der Führung durch Kommunen vor allem hinsichtlich deren kommunalrechtlichen Pflicht zur Steuerung und Kontrolle auf. Das Aktiengesetz sieht für die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der AG eine weit reichende Eigenverantwortlichkeit vor. Als Bundesrecht ist es den Gemeindeordnungen der Länder formal vorrangig. Ein Letztentscheidungsrecht der Kommunen ist somit nur dann gegeben, wenn eine vollständige Leitungsmacht des Unternehmens vorliegt. Allerdings setzt dies nach dem Konzernrecht den Abschluss eines Beherrschungsvertrages voraus.

Hierbei ist die Verpflichtung zur Verlustübernahme gem. § 302 Aktiengesetz problematisch, da diese wiederum mit dem Gebot kommunaler Haftungsbeschränkung kollidieren kann. Liegt ein solcher Beherrschungsvertrag nicht vor, besteht keine Pflicht des Vorstands einer AG, den Weisungen der Kommunen zu entsprechen. Eine ausreichende Steuerung und Kontrolle durch eine bzw. mehrere Kommune(n) kann damit im Falle einer AG im Einzelfall fraglich sein.

(3) Privatrechtliche Vereinbarungen

Interkommunale Zusammenarbeit kann schließlich auch auf der Grundlage eines privatrechtlichen Koope-

rationsvertrages erfolgen. Dieser bietet sich in Fällen an, in denen eine bestimmte Aufgabe durch eine Kommune für andere übernommen werden soll. Grundsätzlich entspricht dies einer mandatierenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, die in diesem Fall privatrechtlich durchgeführt wird.

Folgerichtig handelt es sich hierbei um reine Durchführungsvereinbarungen, die keine vollständige Verlagerung der Zuständigkeit beinhalten darf. Die Beteiligten bleiben hinsichtlich der Verantwortung und Aufsicht weiterhin originär zuständig. Beispiele für privatrechtliche Vereinbarungen sind etwa der Schülertransport, die Abfallbeseitigung oder auch die Gebäudeunterhaltung bzw. Grünflächenpflege.

III. Praxis der interkommunalen Zusammenarbeit

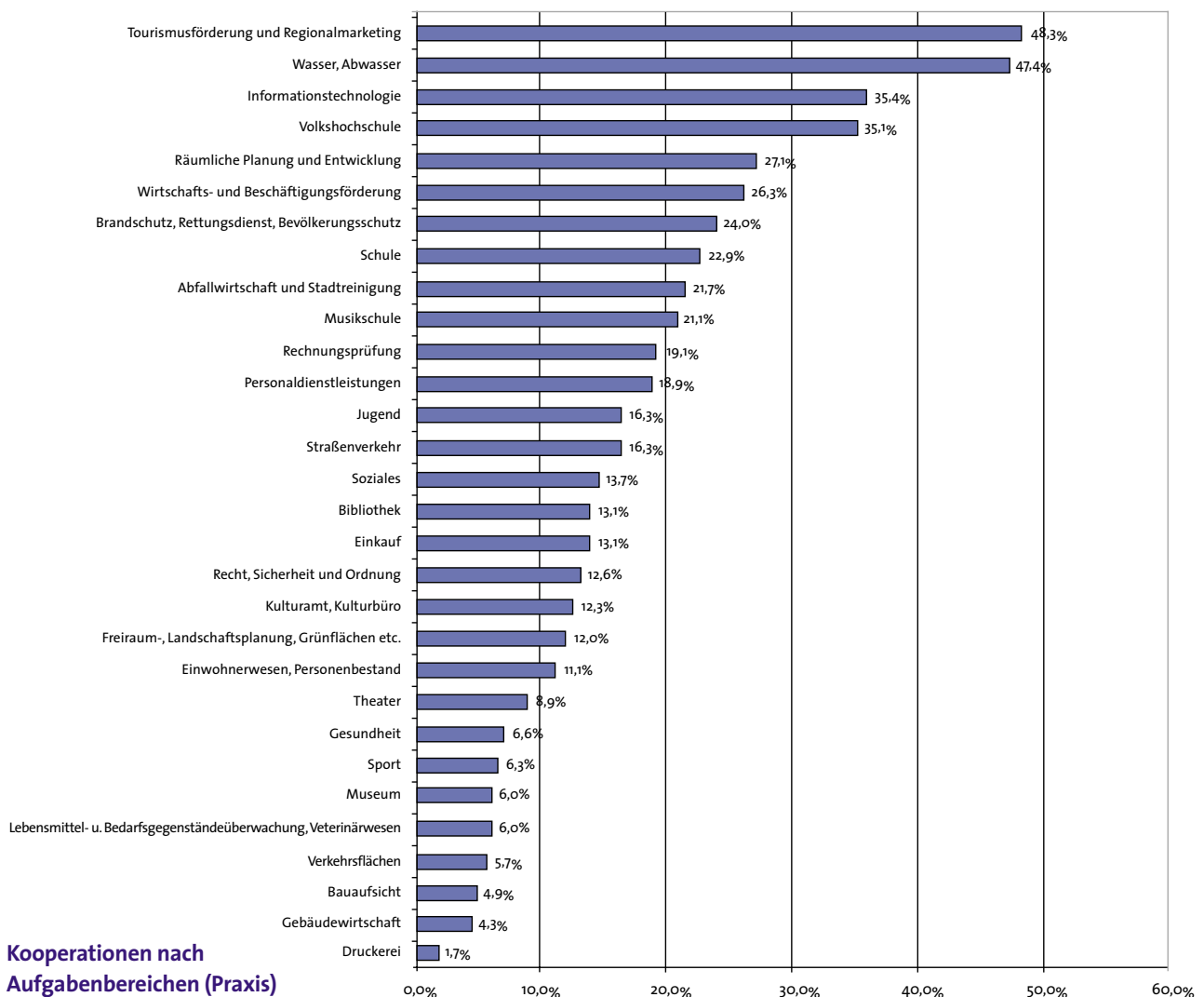
1. Aufgabenbereiche der Zusammenarbeit

Die Intensität der Zusammenarbeit zwischen Kommunen variiert je nach Aufgabenbereich erheblich. Die Bereiche, in denen interkommunale Zusammenarbeit sehr häufig praktiziert wird, sind Tourismusförderung und Regionalmarketing, Wasserver- und Abwasserentsorgung, Informationstechnologie, der Kulturbereich und der Bildungsbereich. In anderen Aufgabenbereichen wie zum Beispiel

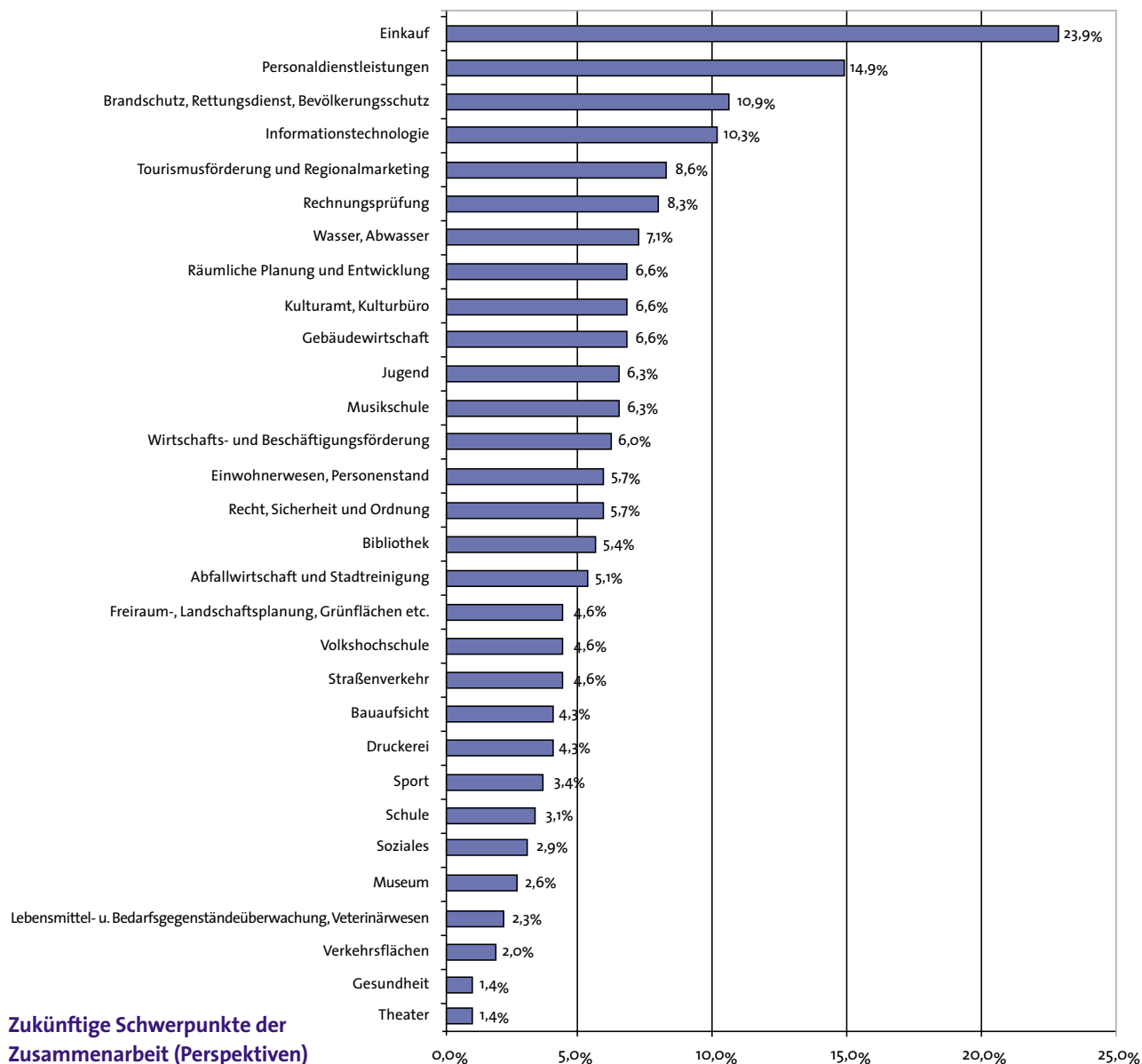
der Gebäudewirtschaft oder Bauaufsicht ist die Kooperationsneigung derzeit eher gering. Dieses Ergebnis hat eine Studie der Kienbaum Management Consultants GmbH erbracht, welche in Kooperation mit dem Deutschen Städte- und Gemeindebund Anfang 2004 veröffentlicht wurde. In dieser Studie kommen ca. 80 Prozent der Kommunen über 10 000 Einwohner, die interkommunale Zusammenarbeit betreiben, zu dem Ergebnis, dass diese erfolgreich oder überwiegend erfolgreich eingeschätzt wird. Auch gehen die Kommunen davon aus, dass die interkommunale Zusammenarbeit in Zukunft noch an Bedeutung gewinnen wird. Die größten Chancen werden in der Steigerung der Effizienz und der Verbesserung der Qualität der Aufgabenerfüllung gesehen.

Kommunale Bauleitplanung

Auch im Bereich der räumlichen Planung und Entwicklung ist eine verstärkte interkommunale Zusammenarbeit zu beobachten. Neben dem in § 2 Abs. 2 BauGB niedergelegten interkommunalen Abstimmungsgebot bei der Bauleitplanung, der schwächsten Ausprägung des zwischengemeindlichen Nachbarschaftsverhältnisses, kommt in der Praxis dem freiwilligen Zusammenschluss zu einem Planungsverband (§ 205 Abs. 1 und 2 BauGB) sowie der gemeinsamen Flächennutzungsplanung nach



Kooperationen nach Aufgabenbereichen (Praxis)



Zukünftige Schwerpunkte der Zusammenarbeit (Perspektiven)

§ 204 BauGB ohne Gründung eigenständiger Organisationsstrukturen eine besondere Bedeutung zu.

Während sich Gemeinden und sonstige öffentliche Planungsträger nach § 205 Abs. 1 BauGB in einem Planungsverband zusammenschließen können, um durch gemeinsame, zusammengefasste Bauleitplanung den Ausgleich verschiedener Belange zu erreichen, soll ein gemeinsamer Flächennutzungsplan gemäß § 204 Abs. 1 BauGB durch benachbarte Gemeinden aufgestellt werden, „wenn ihre städtebauliche Entwicklung wesentlich durch gemeinsame Voraussetzungen und Bedürfnisse bestimmt wird oder ein gemeinsamer Flächennutzungsplan einen gerechten Ausgleich der verschiedenen Belange ermöglicht.“

Hierbei kann ein gemeinsamer Flächennutzungsplan in der Praxis mit einer vollen Bindung unter den beteiligten Gemeinden hinsichtlich aller Darstellungen im Plan beschlossen werden; es können allerdings auch bestimmte sachliche oder räumliche Teilbereiche eines Planungsraums von der Bindungswirkung ausgenom-

men werden, so dass im Wege dieser interkommunalen Zusammenarbeit nur eine Teilbindung eintritt. Mit dem in § 204 Abs. 1 BauGB geregelten Plantyp ist Städten und Gemeinden somit die Möglichkeit eröffnet, die Aufgabe der Flächennutzungsplanung gemeinsam und sehr variabel zu erfüllen.

Sammelbeschaffungen

Von zunehmender Kommunalrelevanz ist schließlich auch der Bereich der gemeinsamen Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch Kommunen. In der Praxis geschieht dies in der Regel durch die Gründung einer GmbH, die Bestellungen beteiligter Kommunen sammelt und die jeweiligen Bedarfsgegenstände öffentlich ausschreibt. Insbesondere in den Bereichen Feuerwehr- und Kommunalfahrzeuge, Bürobedarf, Stromlieferungen, EDV-Technik, Betriebs- und Bauhofleistungen sowie im Bereich der Gebäudeunterhaltung finden kommunale Sammelbeschaffungen immer häufiger statt. Ein besonderes Augenmerk muss im Falle von Sammelbeschaffungen allerdings auf die vergaberecht-

lichen sowie kartellrechtlichen Vorgaben gelegt werden. So darf insbesondere die Bündelung der Nachfrage im Einzelfall kein verbotenes Kartell darstellen, mithin gegen § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstoßen. Insoweit hat aber der Bundesgerichtshof in der kommunalen Sammelbeschaffung von Feuerwehrgeräten keine kartellrechtlich unerlaubte Nachfragebündelung gesehen. Vielmehr gelte nach dem BGH auch für den Zusammenschluss von Gemeinden die Privilegierung nach § 4 Abs. 2 GWB, wonach es kleineren und mittleren Unternehmen bzw. Gemeinden erlaubt ist, sich zusammenzuschließen, damit sie vergleichbare Einkaufskonditionen wie große Einheiten haben (vgl. BGH vom 12.11.2002 – BGHZ 152, 347 ff.).

2. Rechtsformen in der kommunalen Praxis

Wie bereits dargestellt, kann die interkommunale Kooperation im Rahmen unterschiedlicher Organisationsformen erfolgen. Die im Jahr 2004 veröffentlichte gemeinsame Studie des DStGB und der Kienbaum Management Consultants GmbH hat ermittelt, dass sich knapp 28 Prozent der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung entschieden haben. An zweiter Stelle rangieren – mit über 21 Prozent in etwa gleichauf – der Zweckverband und die Arbeitsgemeinschaft. Andere Rechtsformen wie die privatrechtliche Gesellschaft, der privatrechtliche Vertrag oder weitere Rechtsformen haben eine geringere Bedeutung.

Rechtsformen	Anteil in %
Öffentlich-rechtliche Vereinbarung	27,7 %
Zweckverband	21,7 %
Arbeitsgemeinschaft	21,2 %
Privatrechtliche Gesellschaft	10,4 %
Privatrechtlicher Vertrag	7,8 %
Andere Rechtsform	11,1 %

3. Haftungsfragen

Interkommunale Zusammenarbeit wirft in der Praxis bisweilen die Frage auf, wie es mit dem Versicherungsschutz im Falle eines Tätigwerdens auf dem Gebiet einer anderen Gebietskörperschaft bestellt ist, wenn also zum Beispiel ein von einer Kommune beherrschtes Unternehmen vertragsgemäß auf dem Gebiet einer Nachbarkommune Leistungen erbringt.

In derartigen Fällen sind Unternehmen, die kommunalen Zwecken dienen und an denen die Kommune mindestens mit 50 Prozent beteiligt ist, regelmäßig in der kommunalen Haftpflichtversicherung dieser Kommune mitversichert. Entsprechend den üblichen Haftpflichtversicherungsbedingungen sind Haftungen im Bereich des eigenen oder übertragenen kommunalen Aufgabenkreises grundsätzlich für all die Versicherungsfälle abgedeckt, die sich auf dem Gebiet der betreffenden Kommune ereignen. Darüber hinaus stehen im Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit Organisationsformen zur Verfügung, die entweder bereits ihrem Wesen nach (Zweckverband) oder aufgrund besonderer landesrechtlicher Regelungen (vgl. etwa Zweckvereinbarungen in Bayern gem. Art. 7 ff. KommZG) das Tätigwerden einer kommunal beherrschten Organisation auch jenseits der kommunalen Grenzen voraussetzen. In derartigen Fällen ist regelmäßig von der Gewährung eines Haftpflichtversicherungsschutzes auch außerhalb des eigenen Gemeindegebiets auszugehen, soweit es sich um eine Aufgabe aus dem eigenen oder übertragenen Wirkungskreis einer anderen Kommune handelt und eine kommunale Haftpflichtversicherung abgeschlossen wurde.

Wichtig: Im Falle besonderer Tatbestände, die außerhalb des Deckungsbereichs kommunaler Haftpflichtversicherungen liegen, muss eine gesonderte Haftpflichtabsicherung des jeweiligen Risikos erfolgen.

C. Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht

I. Allgemeines

In der Vergangenheit wurden öffentlich-rechtliche Organisationsakte zwischen mehreren Kommunen nicht als entgeltspflichtige öffentliche Aufträge gewertet, die europaweit hätten ausgeschrieben werden müssen. Zahlreiche Beispielfälle haben allerdings in jüngster Zeit offenbart, dass die interkommunale Zusammenarbeit immer häufiger in den Blickpunkt des europäischen Vergaberechts rückt und sich verstärkt ein Spannungsfeld zwischen kommunaler Organisationshoheit und EU-Wettbewerbsrecht entwickelt. Eine interkommunale Aufgabenerledigung, zum Beispiel die Übernahme der

Rechnungsprüfung oder von Bauhofaufgaben durch eine Kommune für die mit ihr vertraglich verbundenen anderen Kommunen, wird durch die wettbewerbsorientierten EU-Vorgaben zum Vergaberecht sowie der hierauf fußenden Rechtsprechung zunehmend erschwert.

Im Nachfolgenden wird daher zunächst die Auffassung der EU-Kommission und die aktuelle Rechtsprechung zum Vergaberecht hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf interkommunale Kooperationsmöglichkeiten beleuchtet. Sodann wird aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen eine kommunale Aufgabenerledigung sowie interkommunale Kooperationen dennoch vergaberechtsfrei möglich sind.

II. Vergaberechtspflichtigkeit interkommunaler Kooperationen

1. Der „Fall Hinte“: Kommunale Zweckverbände und Vergaberecht

Im Dezember 1999 übertrug die Gemeinde Hinte (Niedersachsen) ihre Abwasserbeseitigung auf den gemeinsam von ihr mitgetragenen Oldenburgisch-Ostfriesischen Wasserverband (OOWV). Es wurde ein Vertrag über die Beseitigung der kommunalen Abwässer geschlossen. Bei dieser Übertragung wurde weder ein Vergabeverfahren noch ein sonstiges Bekanntmachungsverfahren durchgeführt. Deutschland brachte vor dem Hintergrund einer Beanstandung durch die EG-Kommission vor, die Gemeinde Hinte erbringe bei der Übertragung ihrer Abwasserbeseitigung auf den OOWV diese Dienstleistung nicht auf dem Markt. Vielmehr sei die Aufgabe im Rahmen einer internen Organisationsentscheidung lediglich von einer öffentlichen Einrichtung auf eine andere übertragen worden, weshalb die EU-Vergabevorschriften nicht anzuwenden seien.

Die EG-Kommission vertrat zwar ebenfalls die Auffassung, dass es sich bei der Übertragung der Abwasserbeseitigung auf den Wasserverband nicht um einen Dienstleistungsauftrag, sondern um eine vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzession handele. Diese müsse allerdings den EG-rechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen und bestimmte Grunderfordernisse einer Bekanntmachung beachten. (ständige Rechtsprechung des EuGH, zuletzt EuGH, Urteil vom 21.7.2005 – Rs.: C-231/03). Da diese Voraussetzungen nach Auffassung der EG-Kommission im „Fall Hinte“ nicht gegeben waren, beschloss die Kommission am 14. Januar 2005 den Europäischen Gerichtshof anzurufen. Die Kommission war der Auffassung, dass immer dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber nach freier Entscheidung beschließt, eine Aufgabe an einen Dritten zu vergeben, der von ihm rechtlich verschieden ist, die Binnenmarktregelungen und in bestimmten Fällen auch die Regeln über die Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhalten seien.

Nur ausnahmsweise könne hiervon im Falle einer rein innerorganisatorischen und „administrativen Maßnahme“ abgesehen werden. Für diese wettbewerbs- und vergaberechtliche Ausnahme komme es entscheidend auf eine vollständige Aufgabenübertragung mitsamt allen Rechten und Pflichten an. Handele es sich aber wie im „Fall Hinte“ um eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Gemeinde Hinte und dem von ihr mitgetragenen Wasserverband, bei dem sich die Gemeinde Informations- und Kontrollrechte gegenüber dem Wasserverband vorbehalte, sei dies bereits problematisch, da in diesem Fall gerade keine vollständige Übertragung erfolgt sei. Mithin sei eine vollständige Aufgabenübertragung immer nur dann gegeben, wenn ein Übertragungsvorgang ausschließlich und allein durch entsprechende hoheitliche Akte (zum Beispiel Verordnung oder Satzungsbeschluss) – nicht aber durch Vertrag – erfolgt.

Zwischenzeitlich ist die seitens der EU-Kommission kritisierte vertragliche Vereinbarung zwischen der Gemeinde Hinte und dem OOWV aufgelöst worden. Die Gemeinde bleibt dennoch Mitglied des Zweckverbandes, welcher weiterhin für die Abwasserbeseitigung zuständig ist. Die EG-Kommission hat festgestellt, dass in dem kritisierten Entsorgungsvertrag im Wesentlichen die Verpflichtungen festgehalten worden seien, die sich aus der Mitgliedschaft der Gemeinde im Zweckverband ergaben. Die Beendigung des Vertrages habe aber deutlich gemacht, dass die Zuständigkeit für die Abwasserbeseitigung eigentlich infolge des Verbandsbeitritts von der Gemeinde auf den Verband übertragen worden sei. Dies bedeute, dass der Zweckverband infolge einer gesetzlich vorgegebenen Neuordnung öffentlicher Befugnisse und nicht etwa durch einen öffentlichen Auftrag (Vertrag) mit der Dienstleistung „Abwasserentsorgung“ betraut wurde. Das EU-Vertragsverletzungsverfahren wurde daher eingestellt.

2. Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen/ Zweckvereinbarungen

Nicht nur die Bildung von bzw. der Beitritt zu Zweckverbänden, sondern auch die Frage nach der Vergaberechtspflichtigkeit öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen hat in jüngerer Zeit durch Beschlüsse des OLG Düsseldorf (5.5.2004, VII Verg78/03) sowie des OLG Frankfurt am Main (7.9.2004, 11 Verg 11/04) neue Brisanz erhalten.

Nach den nahezu identischen Auffassungen beider Gerichte darf eine auf der Grundlage der jeweiligen Landesgesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit zwischen zwei Gemeinden abgeschlossene öffentlich-rechtliche Vereinbarung, mit der zum Beispiel einer der beiden Gemeinden die Einsammlung und der Transport der in der anderen Gemeinde anfallenden Abfälle und des Altpapiers übertragen wird, regelmäßig nur unter Beachtung der für Dienstleistungsaufträge einschlägigen Vorschriften des Vergaberechts abgeschlossen werden.

Aus beiden Entscheidungen lässt sich für die Frage der Vergaberechtspflichtigkeit öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen danach differenzieren, ob durch die öffentlich-rechtliche Vereinbarung die jeweilige Aufgabe selbst im Sinne einer Kompetenzverschiebung zwischen den beteiligten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern übertragen wird (delegierende Vereinbarung), oder ob lediglich die Durchführung der Aufgabe auf eine andere Kommune ohne eine Zuständigkeitsübertragung mit der Folge übertragen wird, dass die Zuständigkeit für die Aufgabe beim ursprünglichen Aufgabenträger (Kommune) verbleibt (mandatierende Vereinbarung). Nur die mandatierende Vereinbarung ohne komplette Zuständigkeitsübertragung war in den zugrunde liegenden Sachverhalten einschlägig mit der Folge, dass die Aufgabenübertragung unter Beachtung des Vergaberechts hätte stattfinden müssen.

Beide Gerichte wiesen ausdrücklich darauf hin, dass von einer rein verwaltungsinternen Ausgliederung nur dann ausgegangen werden könne, wenn vorgesehen sei, et-



waige Aufgaben auf einen (kommunalen) Eigenbetrieb zu übertragen oder die Aufgabe in Form eines zulässigen In-House-Geschäfts übertragen werde.

Findet somit zum Beispiel bei der Übertragung von Entsorgungsaufgaben von einer Kommune auf eine andere Kommune keine vollständige Kompetenzverschiebung und insbesondere keine Übertragung von Zuständigkeiten statt und bleibt das Kompetenzgefüge der Kommunen untereinander unberührt, so stellt sich wirtschaftlich betrachtet

eine solche Leistungsbeziehung als öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB dar. Derartige Auftragsbeziehungen sind regelmäßig unter Beachtung des Vergaberechts abzuwickeln.

3. Das EuGH-Urteil vom 13.1.2005 (Spanisches Vergabegesetz)

In einem Urteil vom 13. Januar 2005 hat auch der Europäische Gerichtshof grundsätzlich die Geltung des Vergaberechts auf die interkommunale Zusammenarbeit als anwendbar angesehen. Die Richter werteten es als Verstoß gegen die EG-Vergaberichtlinien, dass Spanien in einem Gesetz über öffentliche Aufträge vom 16. Juni 2000 „Kooperationsvereinbarungen, die (...) Gebietskörperschaften untereinander schließen“ generell vom Vergaberecht ausgenommen hat, obwohl diese Vereinbarungen öffentliche Aufträge im Sinne der EG-Liefer- und Baukoordinierungsrichtlinien sein könnten.

Nach den Definitionen in Art. 1a der EG-Liefer- und Baukoordinierungsrichtlinie (EG-RI 93/36 und EG-RI 93/37) genüge es für die Anwendung des Vergaberechts sowohl im Liefer- als auch im Baubereich grundsätzlich, dass ein Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die betreffende Person eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübe und diese Person zugleich im Wesentlichen für die sie kontrollierende Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften tätig sei.

Aufgrund dieser Vorgaben dürfen interkommunale Kooperationen folglich nicht generell – wie in Spanien mit dem Ausschluss „gleich welcher Art“ von Kooperationen geschehen – von der Anwendung des Vergaberechts ausgeschlossen werden. Der Entscheidung zufolge wäre somit eine nationalstaatliche Regelung, welche interkommunale Kooperationen per se vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausnimmt, rechtlich unzulässig. Die Frage der Anwendung des Vergaberechts auf interkommunale Kooperationen muss daher stets im Einzelfall entschieden werden.

4. Exkurs: Die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft und die Anwendung des Vergaberechts

Ein Blick in die Praxis kommunaler Aufgabenerfüllung offenbart, dass Städte und Gemeinden die ihnen zugewiesenen Aufgaben (der Daseinsvorsorge) nicht nur allein oder in Kooperation mit anderen Kommunen erledigen, sondern zunehmend private Dritte in die eigene bzw. interkommunale Aufgabenerfüllung einbinden.

Das traditionelle Bild kommunaler Selbstverwaltung, in dem Städte und Gemeinden alle „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ in eigener Verantwortung selbst erledigen, gerät in ein zunehmendes Spannungsverhältnis mit EU-Positionen. Nicht zuletzt durch die auf europäischer Ebene vorangetriebene Liberalisierungspolitik in den klassischen Bereichen kommunaler Daseinsvorsorge, wie etwa der Energie- und Wasserversorgung, der Abfallentsorgung oder auch dem Öffentlichen Personennahverkehr, sind Städte und Gemeinden in Deutschland deutlich unter Anpassungsdruck geraten. Ergebnis ist eine anhaltende Neigung der Kommunen, unterschiedlichste Aufgaben und Leistungen auch auf privatisierte bzw. teilprivatisierte kommunale Unternehmen (gemischtwirtschaftliche Gesellschaften) auszulagern.

Im Falle der Beteiligung privater Dritter an kommunalen Unternehmen (GmbH oder AG) zeigen sich allerdings neben dem Problem der häufig unterschiedlichen Zweckverfolgung privater und kommunaler Interessen insbesondere vergaberechtliche Schwierigkeiten. Im Kern ging es bislang stets um die Frage, ob ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen, an dem neben einer oder mehrerer Kommunen auch ein privater Dritter beteiligt ist, durch die Kommune(n) ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens beauftragt werden darf.

Mit der vergaberechtlichen Zulässigkeit rein interkommunaler Zusammenschlüsse hat sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) bereits im Jahr 1999 beschäftigt. In seiner „Teckal-Entscheidung“ vom 18.11.1999 hat der EuGH festgestellt, dass eine vergaberechtsfreie Beauftragung einer von vielen Kommunen gemeinsam getragenen Gesellschaft durch einen öffentlichen (kommunalen) Auftraggeber grundsätzlich selbst dann angenommen werden kann, wenn der Vertragspartner eine Einrichtung ist, die sich vom öffentlichen Auftraggeber rechtlich unterscheidet (zum Beispiel eine kommunal getragene GmbH). Vorauszusetzen ist allerdings, dass

- der öffentliche Auftraggeber über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen („Kontrollkriterium“) und
- diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichtet, die ihre Anteile innehaben („Wesentlichkeitskriterium“).

Nachdem die vorgenannte Entscheidung sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur zunächst zu unterschiedlichsten Interpretationen führte, was denn insbesondere bei der Gründung und Beauftragung einer Gesellschaft mit privaten Partnern (gemischtwirtschaft-

liche Gesellschaft) unter einer „vergleichbaren Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ gemeint sein könnte, hat der EuGH diese Frage in einem Grundsatzurteil vom 11.1.2005 (Rs. C-26/03 – Stadt Halle) abschließend beantwortet. Der Entscheidung zufolge schließt jedwede minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch ein öffentlicher Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.

Der EuGH hat somit für die kommunale Vergabepaxis unmissverständlich klargestellt, dass selbst bei einer privaten Minderheitsbeteiligung von nur wenigen Prozent und einer dennoch gesellschaftsrechtlich ausgeübten Kontrolle einer bzw. mehrerer Kommunen über eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft der betroffene öffentliche Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet ist, bei der Gründung und Beauftragung einer derartigen Gesellschaft das Vergaberecht anzuwenden.

Ein vergaberechtsfreies In-House-Geschäft kommt mithin neben der Aufgabendurchführung durch eigene kommunale Einrichtungen (Beispiel: Eigenbetriebe) nur noch dann in Frage, wenn eine Kommune sämtliche Anteile an einem von ihr beauftragten Tochterunternehmen hält (Kommunale Eigengesellschaft, vgl. hierzu unten: C. III. 1 – Eigengesellschaft).

III. Konstellationen für eine Vergaberechtsfreiheit

Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass interkommunale Kooperationen zunehmend in den Fokus des Vergaberechts gerückt sind. Dies bedeutet im Umkehrschluss aber nicht, dass nunmehr sämtliche Kooperationsformen interkommunaler Art dem Vergaberecht unterfallen. Grundsätzlich bedarf es einer Einzelfallbetrachtung, ob ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB vorliegt oder nicht. Maßgeblich ist darüber hinaus, ob sich die öffentliche Hand wirtschaftlich betrachtet eine Leistung von einem Dritten beschaffen will oder nicht. Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben und der gegenwärtigen Tendenz in der (EuGH-)Rechtsprechung lassen sich neben der nicht dem Vergaberecht, wohl aber den Transparenzvorgaben des EU-Wettbewerbsrecht, unterfallenden Dienstleistungskonzession (S. II. 1.) und der ebenfalls nicht dem Vergaberecht unterfallenden reinen Beleihung, die keinen Beschaffungsakt beinhaltet (BGH, NZBau 2001, 517 ff.), folgende vergaberechtsfreie Konstellationen interkommunaler Zusammenarbeit vorstellen:

1. Die (inter-)kommunale Eigengesellschaft

Nehmen mehrere Kommunen eine formelle Privatisierung dergestalt vor, dass sie gemeinsam eine zu 100 Prozent von ihnen getragene Gesellschaft (Eigengesellschaft) gründen, liegt zwar in Form dieser Gesellschaft eine eigenständige juristische Person vor, die sich

rechtlich von den Kommunen, die sie gegründet haben, unterscheidet. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen „Teckal“ ist es aber nicht ausgeschlossen, dass es Umstände gibt, unter denen eine Ausschreibung nicht obligatorisch ist, auch wenn der Vertragspartner eine Einrichtung ist, die sich von den anderen öffentlichen Auftraggebern unterscheidet.

Dies gilt dann, wenn eine Gebietskörperschaft, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, über die fragliche Einrichtung (Eigengesellschaft) eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.

Ausweislich des vorstehenden Wortlauts („Gebietskörperschaften“) der EuGH-Entscheidung in Sachen „Teckal“ kommt eine Vergaberechtsfreiheit somit nicht nur für die von einer Kommune (aus-)gegründete und beauftragte Gesellschaft in Betracht, sondern auch für interkommunale Gesellschaften, die im Eigentum mehrerer Kommunen stehen.

Der EuGH hatte gerade in der Rechtssache „Teckal“ einen Fall zu entscheiden, in dem mehrere italienische Gemeinden ein Konsortium bildeten. Die auftragserteilende Mitgliedskommune hielt lediglich einen geringen Anteil von weniger als einem Prozent an diesem Konsortium. Wäre der EuGH der Auffassung gewesen, bei einer derartigen Konstellation sei ein vergabefreies In-House-Geschäft grundsätzlich ausgeschlossen, hätte er dies in seiner Entscheidung zum Ausdruck gebracht. Eine derartige Wertung hat er indes gerade nicht getroffen.

Vielmehr zog der EuGH zwischenzeitlich mit Urteil vom 11.1.2005 (Rs. C-26/03 – Stadt Halle) erneut die vorstehend skizzierten „Teckal-Kriterien“ heran und erinnerte, dass in diesem Fall die Einrichtung zu 100 Prozent von „öffentlichen Stellen“ (Plural) gehalten wird.

Nach alledem muss auch eine vergaberechtsfreie Beauftragung einer Gesellschaft möglich sein, welche von mehreren Kommunen gehalten wird (Public-Public-Partnership). Das gleiche muss gelten, wenn die gemeinsame Gesellschaft nicht unmittelbar von den Kommunen, sondern von rein kommunal getragenen Gesellschaften gehalten wird. Für eine Vergaberechtsfreiheit in diesen Fallkonstellationen spricht nicht zuletzt, dass im Falle einer von mehreren Kommunen getragene Gesellschaft eine gemeinsame Beherrschung durch alle in einem interkommunalen Zusammenschluss operierenden Kommunen vorliegt.

Jede einzelne Kommune kann über das Rechtsinstitut der gemeinsamen Beherrschung (vgl. auch § 36 Abs. 2 GWB) mit den übrigen Beteiligten insgesamt eine Kontrolle über die gemeinsame Gesellschaft wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben. Hierbei kann es nicht allein auf formal bestehende rechtliche Einflussmöglichkeiten ankommen, sondern es muss richtigerweise auf das Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien abgestellt werden. Daher sind die tatsächlichen Mög-

lichkeiten zur Durchsetzung öffentlicher Interessen in Bezug zu nehmen, welche im Falle einer interkommunalen Gesellschaft mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts hinreichend sichergestellt werden können.

Eine interkommunale Eigengesellschaft kann schließlich auch bei funktionaler Betrachtungsweise nur als Teil der jeweiligen Kommunen selbst angesehen werden. Die „Beauftragung“ einer derartigen Gesellschaft stellt daher grundsätzlich nur einen internen Organisationsakt und keine – externe – Beschaffung auf dem Markt dar, so dass dieser Vorgang unter Berücksichtigung der kommunalen Organisationshoheit nicht dem Vergaberecht unterstellt werden kann.

Der Europäische Gerichtshof machte darüber hinaus zu dem Kriterium der „Wesentlichen Tätigkeit für den Auftraggeber“ keine abschließenden Ausführungen. Nicht ohne weiteres zulässig ist es, sich hierzu auf Art. 23 der EG-Richtlinie 2004/17/EG (Sektorenkoordinierungsrichtlinie) vom 31. März 2004 zu berufen und für das Wesentlichkeitsmerkmal auf einen Mindestumsatz der gegründeten Einrichtung für die beherrschende Stelle (Kommunen) von 80 Prozent auszugehen. Unstreitig beinhaltet das „Wesentlichkeitskriterium“ anders als das „Kontrollkriterium“ (s. EuGH-Entscheidung vom 11.1.2005) jedoch noch einen Wertungsspielraum. Hieraus folgt, dass eine von einer bzw. mehreren Kommune(n) kontrollierte Einrichtung für ein Absehen von der Ausschreibungspflicht jedenfalls nicht zu 100 Prozent für die sie beherrschenden Stelle(n) tätig sein muss.

2. Delegierende öffentlich-rechtliche Vereinbarungen

Das OLG Frankfurt am Main ließ in seiner Entscheidung vom 7.9.2004, bei der es um die Übertragung von Leistungen aus dem Bereich der Abfallentsorgung von einer Kommune auf eine andere ging, offen, ob in einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen zwei Gemeinden, bei der eine volle Zuständigkeitsübertragung der dann von ihrer Aufgabe und auch ihren Verpflichtungen komplett freigestellten Gemeinde (delegierende öffentlich-rechtliche Vereinbarung) erfolgt, ein ausschreibungsfreier Vorgang gesehen werden kann.

Nach herrschender Auffassung muss auf der Grundlage der aktuellen Rechtsprechung, aber auch der Auffassung der EU-Kommission im „Fall Hinte“, zumindest eine delegierende öffentlich-rechtliche Vereinbarung, die regelmäßig auf Grundlage der jeweiligen Landesgesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit erfolgt, einer materiellen Privatisierung gleichgestellt und damit als vergaberechtsfrei behandelt

werden. Hierfür spricht auch, dass das Vergaberecht Städte und Gemeinden grundsätzlich nicht zu einer Beschaffung von Leistungen am Markt verpflichten darf. Vielmehr dürfen sich Kommunen im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich garantierten Organisationshoheit auch zur Eigenerbringung von Leistungen entschließen. Dies beinhaltet zwangsläufig auch die staatsorganisatorische Entscheidung zur gänzlichen Aufgabenübertragung auf eine andere staatliche Einheit.

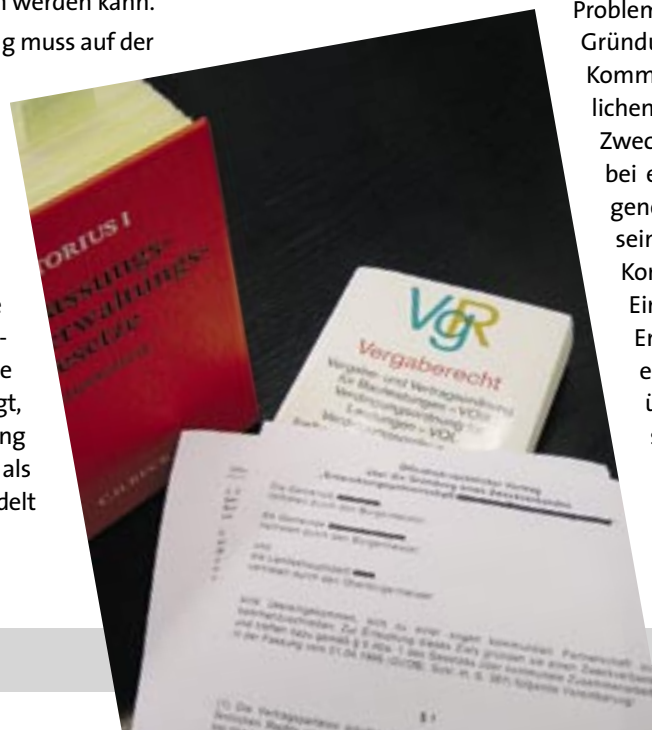
In derartigen Fällen übernimmt die beauftragte Kommune bzw. öffentliche Einrichtung nicht wie ein Marktteilnehmer in Konkurrenz zu privaten Unternehmen die Durchführung einer Aufgabe (zum Beispiel der Abfallentsorgung), sondern übernimmt die Aufgabe selbst, wird also Aufgabenträger. Die übertragende Kommune wird vollständig von ihrer Zuständigkeit befreit. Mithin besteht in den Fällen einer delegierenden Vereinbarung zwischen mehreren Kommunen jedenfalls keine Ausschreibungsverpflichtung für die jeweils übertragende Kommune.

Delegierende öffentlich-rechtliche Vereinbarungen dürften allerdings in der kommunalen Praxis eher die Ausnahme sein. Grund ist, dass eine abgebende Kommune sich i. d. R. schon aus ihrer Eigenverantwortung gegenüber ihren Bürgerinnen und Bürgern heraus nicht aller Zuständigkeiten und Kontrollrechte (Beispiel: Beibehaltung der Gebührenerhebungszuständigkeit) begeben wird. Von daher bleibt für eine zukünftige rechtliche Regelung zu fordern, dass auch so genannte mandatierende öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, bei denen keine komplette Zuständigkeitsübertragung zwischen den Kommunen stattfindet, vergaberechtsfrei gestellt werden (s. insoweit den Beschluss der Innenministerkonferenz unter II.2.2. Spiegelstrich).

3. Zweckverbände und Vergaberecht

Mit Blick auf die Anwendungsvoraussetzungen des Vergaberechts muss davon ausgegangen werden, dass es sich bei einer Zweckverbandsgründung zwischen mehreren Kommunen als solcher um einen rein innerstaatlichen Organisationsakt handelt, der nicht den Regeln des Vergaberechts unterworfen ist.

Problematisch könnte zwar bei der Gründung einer aus mehreren Kommunen bestehenden öffentlichen Einrichtung in Form eines Zweckverbandes – ebenso wie bei einer rein kommunal getragenen Gesellschaft – die Frage sein, inwieweit die einzelne Kommune über diese neue Einrichtung i. S. d. „Teckal-Entscheidung“ des EuGH eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen. Diese Kontrolle ist deswegen fraglich, weil die einzelne Kommune an der



gemeinsamen Einrichtung ja nur eine „Minderheitsbeteiligung“ besitzt.

Wie bereits oben ausgeführt, ist es für die Kontrolle einer von mehreren Kommunen gegründeten öffentlichen Einrichtung, an der kein Privater beteiligt ist, aber im Ergebnis für eine Vergaberechtsfreiheit regelmäßig ausreichend, wenn die öffentlichen Stellen insgesamt und abgestimmt über diese Einrichtungen eine umfassende Kontrolle ausüben. Als rechtliche Orientierung kann in diesem Zusammenhang die nationale Vorschrift des § 36 Abs. 2 GWB über die Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen gelten. Nach dieser Vorschrift wird davon ausgegangen, dass dann, wenn *„mehrere Unternehmen derart zusammenwirken, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können, jedes von ihnen als herrschendes gilt“*.

Eine Vergaberechtspflichtigkeit ist bei interkommunaler Zusammenarbeit in Form eines Zweckverbandes nicht

zuletzt auch deshalb zu verneinen, weil sich die verschiedenen Kommunen, also die Vertragsparteien, i. d. R. nicht – wie vom Vergaberecht vorausgesetzt (vgl. § 99 Abs. 1 GWB) – als Auftraggeber und Wirtschaftsteilnehmer (Unternehmer) gegenüberstehen. Vielmehr handelt es sich dann, wenn mehrere Kommunen ihre bisher separat erbrachten Aufgaben, also zum Beispiel die Abwasserentsorgung, aus Synergieeffekten in eine gemeinsam getragene öffentliche Einrichtung einbringen, nicht um einen entgeltlichen Beschaffungsvertrag zwischen einem Auftraggeber und einem Unternehmen, sondern lediglich um eine öffentlich-rechtliche Aufgabenzusammenführung auf gleichberechtigter Ebene zwischen verschiedenen „öffentlichen Auftraggebern“.

Das Vergaberecht kann folglich bei dieser rein internen Neuordnung öffentlicher Befugnisse, bei der im Rahmen eines interkommunalen Organisationsaktes lediglich Aufgaben innerhalb von Kommunen neu geordnet werden, keine Anwendung finden.

D. Interkommunale Zusammenarbeit – Ausblick und kommunale Forderungen

I. Zusammenfassende Betrachtung

Die unterschiedlichen Formen interkommunaler Zusammenarbeit können aus kommunalwirtschaftlicher Sicht unzweifelhaft dazu beitragen, die Wirtschaftlichkeit kommunaler Aufgabenerfüllung nicht nur sicherzustellen, sondern auch zu optimieren. Neben der Sicherung der Aufgabenerfüllung in finanziell schwierigen Zeiten stehen zudem Servicegesichtspunkte sowie eine zunehmende Bürgerorientierung bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben im Vordergrund.

Ungeachtet dessen haben zuletzt sowohl der Europäische Gerichtshof, nationale Gerichte sowie die EU-Kommission in unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen das Netz der vergaberechtlichen Vorschriften in dem für Kommunen äußerst bedeutsamen Bereich der interkommunalen Kooperationen deutlich enger gezogen. Damit sind die Regeln für öffentliche Ausschreibungen weiter verschärft worden. In aller Deutlichkeit ist unterstrichen worden:

Die Zukunft der kommunalen Daseinsvorsorge und deren eigenverantwortliche Ausgestaltung durch die Kommunen wird weitgehend von den EU-rechtlichen Vorgaben des Wettbewerbs- und Vergaberechts bestimmt.

Interkommunale Kooperationen auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen, die auf den Gesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit beruhen, können auf der Grundlage der aktuellen Vergaberechtsprechung nur dann als vergaberechtsfrei angesehen werden, wenn es sich hierbei um so genannte „delegierende“ öffentlich-rechtliche Vereinbarungen

handelt. Delegierende Vereinbarungen, die stets mit einem Verlust von Zuständigkeiten, Verpflichtungen und Kontrollen einer abgebenden Kommune verbunden sein müssen, dürften in der Praxis aber eher die Ausnahme bilden. Grund ist, dass sich Kommunen regelmäßig schon aufgrund ihrer Eigenverantwortung auch bei interkommunalen Kooperationen nicht aller Kontrollrechte und Zuständigkeiten begeben dürften. Daher müssen auch so genannte mandatierende öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, bei denen keine Zuständigkeitsverlagerung stattfindet, in der Zukunft vergaberechtsfrei gestellt bleiben.

Als im Ergebnis vergaberechtsfrei muss die Gründung und der Beitritt zu einem kommunalen Zweckverband gelten. Zwar hat die Europäische Kommission im „Fall Hinte“ darauf hingewiesen, dass eine Gemeinde, die einem Zweckverband beitreten will, die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze des EU-Rechts nach Transparenz und Nichtdiskriminierung und damit letztlich nach einer Beteiligungsmöglichkeit privater Dritter beachten muss. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt werden muss, an dem sich private Anbieter beteiligen können. Hier dürfte es grundsätzlich ausreichen, wenn eine Kommune im Wege einer öffentlichen Bekanntmachung die Absicht des Beitritts zu einem Zweckverband kundtut.

Im Übrigen gilt: Übernimmt ein Zweckverband die Aufgaben einer Mitgliedskommune unmittelbar infolge eines Zweckverbandsbeitritts, so handelt es sich nicht um einen vergaberechtspflichtigen Vorgang. Vergabe-

recht kommt lediglich dann zur Anwendung, wenn ein Zweckverband aufgrund eines entgeltlichen Vertrages tätig wird, der die wesentlichen Verpflichtungen beinhaltet, die sich aus der Mitgliedschaft einer Kommune in dem jeweiligen Verband ergeben. Zudem sind die Konsequenzen aus dem Beitritt einer Kommune zu einem Zweckverband auch rechnerisch nicht mit der Erteilung eines Auftrags an einen privaten Dritten vergleichbar. Während nämlich bei der Erteilung eines Auftrags der Zuschlag auf ein hinreichend konkretes und summenmäßig festgelegtes Angebot erteilt wird, erfolgt beim Zweckverband eine Abrechnung der Leistungen immer am Ende eines Wirtschaftsjahres auf der Grundlage eines Rechnungsabschlusses.

II. Ausblick und kommunale Forderungen

Um zukünftig eine faktische Pflicht zur Privatisierung kommunaler Aufgaben zu verhindern und um interkommunale Kooperationen auch weiterhin als interessante Handlungsalternative für Städte und Gemeinden aufrecht zu erhalten, sind sowohl der europäische wie der nationale Gesetzgeber sowie die Politik gefordert. Sie müssen durch eine Klarstellung der (vergaberechtlichen) Rechtsgrundlagen dafür Sorge tragen, dass die Aufgabenerfüllung innerhalb kommunaler Einrichtungen (insbesondere Zweckverbände und öffentlich-rechtliche Einrichtungen) sowie reine Zuständigkeitsübertragungen innerhalb kommunaler Kooperationen, die keinen Beschaffungscharakter haben, als Akte der verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Organisationshoheit vergaberechtsfrei gestellt werden.

1. Gesetzentwurf der Bundesregierung

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass das Bundeswirtschaftsministerium (BMWA) im Referentenentwurf zur Neuregelung des Vergaberechts (Stand: 29.3.2005) beabsichtigt, die interkommunale Zusammenarbeit zukünftig weitgehend vergaberechtsfrei zu stellen. Eine neu vorgesehene und vom DStGB begrüßte Regelung in § 99 Abs. 1 GWB soll danach wie folgt lauten:

„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.“

Ob diese Regelung, die in der letzten Legislaturperiode entstanden ist, im Ergebnis der Auffassung der EU-Kommission sowie nach der Spruchpraxis der Gerichte den Vorgaben des EU-Vergaberechts standhalten würde, bleibt abzuwarten.

2. Beschluss der Innenministerkonferenz

Auch die Innenministerkonferenz hat im Rahmen ihrer 178. Sitzung am 24.6.2005 im Sinne der Forderungen des DStGB festgestellt, dass die Europäische Gemeinschaft den Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge zunehmend ausdehnt und dadurch die kommunale Organisationshoheit und vor allem Möglichkeiten interkommunaler Kooperationen in Frage stellt.

Sie hat daher folgenden Beschluss gefasst:

(...)

- *Die Ausgliederung einer von einer Kommune bisher wahrgenommenen Aufgabe durch Gründung einer Eigengesellschaft oder eines Kommunalunternehmens (Anstalt des öffentlichen Rechts) ist eine organisatorische Maßnahme ohne Beschaffungscharakter; dasselbe gilt für spätere Aufgabenerweiterungen durch Satzungsänderung und für die Ausgliederung von Aufgaben auf (rein) kommunale Beteiligungsgesellschaften.*
- *Im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit ist die Übertragung von Aufgaben auf andere kommunale Körperschaften auch dann kein Beschaffungsvorgang, wenn sie nicht mit einer Verschiebung der Zuständigkeiten (vor allem einem Wechsel öffentlich-rechtlicher Pflichten gegenüber Dritten und der Aufsichtsbehörde) verbunden ist. Auf die Vollständigkeit oder Unwiderprüflichkeit der Aufgabenübertragung kann es nicht ankommen.*
- *Für die Abgrenzung kommunaler Aufgabenorganisation zu Dienstleistungskonzessionen gilt Entsprechendes.*

Die vorstehenden Feststellungen sind von hoher Bedeutung für die Wahrung des Rechts der kommunalen Selbstverwaltung wie es in Art. 5 Abs. 1 der Verfassung für Europa und in der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung verankert ist. (...)

3. Forderungen des DStGB

Für Städte und Gemeinden muss schnellstmöglich Rechtssicherheit bei der Frage nach der Anwendung des Vergaberechts bei interkommunalen Kooperationen herbeigeführt werden.

Es ist für Kommunen als größte öffentliche Auftraggeber höchst unbefriedigend, wenn sie in einer Warteschleife ausschließlich auf Urteile des Europäischen Gerichtshofs oder neue Stellungnahmen der EU-Kommission zu für sie ganz essentiellen Fragen angewiesen sind.

Die Aufgabenerfüllung durch Städte und Gemeinden in eigener, alleiniger Zuständigkeit oder aber in Form interkommunaler Kooperationen ist ein Musterbeispiel für das im EG-Vertrag verankerte Subsidiaritätsprinzip. Eine kleine Einheit erfüllt unterschiedliche Aufgaben selbst (zum Beispiel der Wasserversorgung oder der Abwasserbeseitigung), solange die Größe der kommunalen Organisationen, die technischen Möglichkeiten und auch die finanziellen Ressourcen es zulassen. Reichen diese Ressourcen nicht mehr aus, so indiziert dies keinesfalls eine Aufgabenauslagerung an private Dritte. Vielmehr kann die Aufgabenerfüllung mittels gemeindlicher Kooperationen bei

den Kommunen verbleiben und wird damit weiterhin dezentral, bürgernah und aufgrund demokratischer Legitimation erfüllt.

Zur Sicherstellung dieser Rahmenbedingungen sind daher auf politischer Ebene sowohl das EU-Parlament als auch die EU-Kommission dringend aufgefordert, bei der Frage der Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen für Rechtsklarheit zu sorgen. Hierfür bietet sich insbesondere eine Klarstellung in den EU-Vergaberichtlinien an, mit der interkommunale Kooperationen, die keinen externen Beschaffungscharakter haben, vergaberechtsfrei gestellt werden (s. D. II.)

Literaturhinweise

Arndt, Marcus

Notwendigkeit neuer Instrumentarien für die kommunale Zusammenarbeit, Die Gemeinde SH 2004, 86 ff.

Bayerischer Gemeindetag, Herausgeber

Interkommunale Zusammenarbeit

Sonderdruck der Zeitschrift Bayerischer Gemeindetag, Oktober 2004

Bunzel, Arno u.a.

Interkommunale Kooperation im Städtebau, Difu-Beiträge zur Stadtforschung – 34; 2002

Cronauge, Ulrich

Westermann, Georg

Kommunale Unternehmen, 4. Auflage, 2003

Deutscher Städte- und Gemeindebund (Hrsg.)

Interkommunale Zusammenarbeit, DStGB-Dokumentation Nr. 39, 2004

Ehlers, Dirk

Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl. 1997, 137 ff.

Flömer, Volker

Tomerius, Stephan

Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?, NZBau 2004, 660 ff.

Gruneberg, Ralf

Die interkommunale Abfallwirtschaft in Zweckverbänden aufgrund öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen, Aachener Abfall- und Umweltforum, 55 ff.

Leipold, Georg und 7 weitere

Interkommunale Zusammenarbeit II,

Bayerischer Bürgermeister 2004, 423

Hattig, Oliver

Ruhland Bettina

Kooperationen der Kommunen mit öffentlichen und privaten Partnern und ihr Verhältnis zum Vergaberecht, VergabeR 2005, 425 ff.

Helm, Thorsten Matthias

Rechtspflicht zur Privatisierung, Baden Baden 1999

Müller, Jürgen

Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, VergabeR 2005, 436 ff.

Portz, Norbert

In-House-Geschäfte, interkommunale Zusammenarbeit und Anwendung des Vergaberechts, Die Gemeinde 2005 – GT Baden-Württemberg, 180 ff.

Queitsch, Peter

Organisationsformen in der kommunalen Abwasserbeseitigung, UPR 2000, 247 ff.

Schindler, Sven

Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit kommunaler Einkaufsgemeinschaften, KommJur 4/2004, 121 ff.

Schröder, Holger

Die vergaberechtliche Stellung des Kommunalunternehmens als Anstalt des öffentlichen Rechts, NZBau 2003, 596 ff.

ders.

Die vergaberechtliche Problematik der interkommunalen Zusammenarbeit am Beispiel der Bildung von Zweckverbänden, NVWZ 2005, 25 ff.

Wieth-Körprich, Heinrich

Solange ..., Stadt und Gemeinde 2005,

M = Bayerischer Gemeindetag 2005, 223

ders. und sechs weitere

Interkommunale Zusammenarbeit I,

Bayerischer Bürgermeister 2004, 385

Witkowsky, Jacques

Kommunale Zusammenarbeit in Frankreich,

Bayerischer Gemeindetag 2004, 302

Bisher in dieser Reihe erschienen

Nº 50	Erfolgreiche Abstimmungsprozesse beim Aufbau der Mobilfunknetze Ergebnisse einer Befragung zur Zusammenarbeit von Kommunen und Netzbetreibern	9/2005
Nº 49	Forderungen der deutschen Städte und Gemeinden an die Bundesregierung und den Bundestag – Ohne starke Kommunen keine erfolgreichen Reformen und kein Aufschwung	9/2005
Nº 48	Kommunal финанzen in struktureller Schieflage Datenreport Kommunal финанzen 2005 Fakten, Trends, Einschätzungen (nur Online-Version)	7/2005
Nº 47	Gemeinden sagen Ja zu Kindern – Konzepte und Maßnahmen für mehr Kinder- und Familienfreundlichkeit in Städten und Gemeinden	6/2005
Nº 46	Zukunft der Kommunen	5/2005
Nº 45	Neustart in der Arbeitsmarktpolitik fortsetzen Bilanz 2004 und Ausblick 2005 der deutschen Städte und Gemeinden“	1-2/2005
Nº 44	„Die Kommunen sind nicht die Kolonien des Staates“ Beiträge von Dr. Wulf Haack aus 25 Jahren Tätigkeit im Deutschen Städte- und Gemeindebund (nur Online-Version)	12/2004
Nº 43	Auslegungshilfe zu den wegerechtlichen Bestimmungen im neuen Telekommunikationsgesetz	12/2004
Nº 42	Stadt macht Schule	10/2004
Nº 41	Das BauGB 2004 – Eine Arbeitshilfe für die kommunale Praxis	9/2004
Nº 40	Genossenschaften – Miteinander von Bürgern, örtlicher Wirtschaft und Kommunen	9/2004
Nº 39	Interkommunale Zusammenarbeit	7-8/2004
Nº 38	Saubere Kommune – Rote Karte gegen den wilden Müll	7-8/2004
Nº 37	Stadt und Verkehr – 100 Leitsätze zur Verkehrsgestaltung in Städten und Gemeinden	4/2004
Nº 36	Kommunale Auftragsvergabe Grundlagen, Vergabeverfahren, Rechtsschutz	3/2004
Nº 35	„Nach der Reform ist vor der Reform – Bilanz 2003 und Ausblick 2004 der deutschen Städte und Gemeinden“	1-2/2004
Nº 34	Cross-Border-Leasing – Ein Weg mit Risiken	12/2003
Nº 33	Kommune schafft Sicherheit – Trends und Konzepte kommunaler Sicherheitsvorsorge	12/2003
Nº 32	Neustart in der Sozialpolitik	11/2003
Nº 31	Korruptionsprävention bei der öffentlichen Auftragsvergabe Manipulation verhindern, Korruption bekämpfen	5/2003
Nº 30	Neue Wege der Tourismusfinanzierung vor Ort mit der Leistungskarte	4/2003
Nº 29	Bilanz 2002 und Ausblick 2003	1-2/2003
Nº 28	Public-Private-Partnership – Neue Wege in Städten und Gemeinden	12/2002
Nº 27	Erwartungen der Städte und Gemeinden an den neuen Bundestag und die neue Bundesregierung – Auszüge aus der Koalitionsvereinbarung	11/2002



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund

Marienstraße 6 · 12207 Berlin
Telefon 030.773 07.0 · Telefax 030.773 07.200
E-Mail dstgb@dstgb.de
www.dstgb.de

Verlag WINKLER & STENZEL GmbH
Postfach 1207 · 30928 Burgwedel
Telefon 05139.8999.0 · Telefax 05139.8999.50
E-Mail info@winkler-stenzel.de
www.winkler-stenzel.de