

# ED 60 - Europäischer Gerichtshof lockert die Ausschreibungspflicht bei interkommunalen Zusammenarbeit

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Sinne der langjährig erhobenen Forderung der kommunalen Spitzenverbände und insbesondere des Deutschen Städte- und Gemeindebundes (DStGB) die Zusammenarbeit zwischen Kommunen erleichtert. Entscheiden sich Kommunen für eine Zusammenarbeit, müssen sie keine Ausschreibung durchführen und brauchen daher nicht Angebote privater Unternehmen einzuholen, urteilte der EuGH in seiner Entscheidung vom 09.06.2009 (Az: **C-480/06**).

Der DStGB hatte stets die Auffassung vertreten, dass es sich bei reinen interkommunalen Kooperationen um eine bloße Aufgabenübertragung innerhalb der öffentlichen Hand und nicht um eine Beschaffung auf dem Wettbewerbsmarkt handele. Die Entscheidung des EuGH ist ein eindeutig positives Signal für eine immer notwendiger werdende Zusammenarbeit der Kommunen und verhindert Zwangsliberalisierungen.

## 1. Sachlage

Der Klage der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland liegt ein Abfallentsorgungsvertrag, den die Stadtreinigung Hamburg mit vier umliegenden Landkreisen direkt und ohne EU-Ausschreibung geschlossen hat, zu Grunde. In diesem Vertrag verpflichtete sich die Stadtreinigung, den Landkreisen für die Müllverbrennung in einer bestimmten Anlage eine Kapazität von 120 000 Tonnen/Jahr zur Verfügung zu stellen. Die Landkreise verpflichteten sich ihrerseits, der Stadtreinigung hierfür eine Jahresvergütung zu zahlen. Für den Vertrag war eine Laufzeit von 20 Jahren vorgesehen.

Nach Auffassung der EU-Kommission und des zuständigen Generalanwalts beim EuGH hätten die Landkreise mit Hamburg eine gemeinsame öffentliche Körperschaft – wie beispielsweise ein Zweckverband – errichten oder aber die Entsorgung ihres Mülls europaweit ausschreiben müssen.

## 2. Entscheidung

Dem widersprach nun der EuGH. Er betonte, dass die Müllentsorgung unstreitig zu den öffentlichen Aufgaben gehört. Dabei nahm der Gerichtshof eine eindeutige und kommunalfreundliche Fortentwicklung seiner bisherigen Rechtsprechung vor, mit der Kooperationen zwischen Städten und Gemeinden nunmehr erleichtert werden.

### **Bisherige Ausnahmen vom Vergaberecht bei Kontrolle der Einrichtung (In-House-Geschäft)**

Der EuGH betont zwar zunächst unter Berufung auf seine Rechtsprechung (EuGH-Fall „Spanien“ vom 13.01.2005 – Rs. C-84/03), dass auch eine Körperschaft öffentlichen Rechts ein Dienstleistungserbringer sein könne, wenn diese auf dem Markt unter bestimmten Bedingungen als Wirtschaftsteilnehmer Leistungen anbiete. Er führt jedoch weiter aus, dass der EuGH-Rechtsprechung schon bisher dann keine zwingende Ausschreibungspflicht zu entnehmen ist, wenn die öffentliche Stelle über die (öffentliche) Einrichtung, die für sie die Leistungen erbringe, eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen (entsprechend gilt, wenn mehrere öffentliche Stellen – wie Kommunen – gemeinsam die Kontrolle ausüben) und diese Einrichtung zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für diese beherrschende oder die beherrschenden Stellen (Gebietskörperschaften) verrichte (sog. In-House-Geschäft).

### **Öffentlich-rechtliche Vereinbarung: Keine Kontrolle**

Im vorliegenden Fall der „Stadtreinigung Hamburg“ war jedoch keine Kontrolle der vier Landkreise über ihren Vertragspartner, die Stadtreinigung Hamburg, gegeben. Neu ist daher an der Entscheidung des EuGH, dass er erstmalig explizit eine Ausschreibungspflicht auch für die Fälle verneint, dass sich Kommunen nicht zu einer gemeinsamen Einrichtung (Zweckverband, gemeinsame Gesellschaft etc.) zusammentun, sondern ihre Kooperation auf gleichberechtigter Ebene rein vertraglich regeln. Bei dieser Art der Kooperation passt das für die „In-House-Vergaben“ entwickelte Kriterium für eine Vergaberechtsfreiheit, nämlich die „Kontrolle“ einer beherrschenden Kommune über ihre Einrichtung wie über ihre eigenen Dienststellen, nicht.

### **Funktionale Weiterentwicklung der EuGH-Rechtsprechung**

Die jetzige EuGH-Entscheidung muss daher eindeutig als funktionale Weiterentwicklung einer nicht erforderlichen Ausschreibungspflicht bei interkommunalen Kooperationen gewertet werden. Der EuGH stellt nämlich bewusst nicht mehr auf das nur für „In-House-Vergaben“ passende Kontrollkriterium ab.

Die Entscheidung des EuGH ist ein erster Schritt zur Stärkung der interkommunalen Zusammenarbeit. Hieraus lässt sich aber keinesfalls der Schluss ziehen, dass sämtlichen

Verträge, die Kommunen miteinander schließen (wollen) ausschreibungsfrei sind. Der vom EuGH angenommenen rein vertraglichen Kooperation zwischen den Kommunen lagen nämlich **Besonderheiten** zugrunde, die für eine Übertragbarkeit auf andere kommunale Sachverhalte zu beachten sind:

So hat der EuGH deutlich ausgeführt, dass es sich bei dem streitigen Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den vier Landkreisen um eine **Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der „Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe – der Abfallentsorgung – handele“**. Diese Aufgabe stehe mit der Umsetzung der EU-Richtlinie 75/442-EWG des Rates vom 15.07.1975 über Abfälle (ABl. L-194, S. 39) in Zusammenhang, mit der die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet werden, Abfallwirtschaftspläne zu erstellen, die insbesondere „Maßnahmen zur Förderung der Rationalisierung des Einsammelns, Sortierens und Behandelns von Abfällen“ vorsehen, wobei eine der wichtigsten dieser Maßnahmen darin bestehe, den Abfall in einer so nah wie möglich gelegenen Anlage zu verwerten.

Auch weist der EuGH auf die ausdrückliche Gewährleistung der Sicherstellung der Abfallentsorgung durch die vorliegende vertragliche Kooperation hin. Zudem betont er die in dem Vertrag getroffenen gegenseitigen Verpflichtungen, die unter anderem auch Regelungen für Notfälle und damit insgesamt die „gemeinsame Aufgabenwahrnehmung“ von Kommunen betreffen (Anmerkung: In der Präambel des Vertrages war das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als „Regionaler Entsorgungsverbund“ bezeichnet worden).

Damit werden speziell die Synergieeffekte, die sich aus der gemeinsam vereinbarten Entsorgung in der Müllverbrennungsanlage ergeben, herausgestellt. So waren die Landkreise insbesondere verpflichtet, ihre nicht selbst genutzten Entsorgungskapazitäten der Stadtreinigung Hamburg zur Verfügung zu stellen, um Abhilfe für den Mangel an Entsorgungskapazitäten der Stadt Hamburg zu schaffen. Die Landkreise verpflichteten sich zudem, den Anteil nicht verwertbarer Müllverbrennungsschlacke zur Entsorgung in ihren Deponiebereichen aufzunehmen, der von ihnen angelieferten Abfallmenge entspricht.

Schließlich betont der EuGH, dass die Erbringung von Abfallentsorgungsleistungen nur gegenüber dem Betreiber der Müllverbrennungsanlage vergütet wird. Aus dem Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den Landkreisen ergebe sich, dass die vorgesehene Zusammenarbeit gerade nicht zu solchen Finanztransfers zwischen den Parteien führe, die über die Erstattung des Teils der Kosten hinausgehen, der von den Landkreisen zu tragen ist, aber von der Stadtreinigung Hamburg an den Betreiber gezahlt wird.

### **3. Bewertung des DStGB**

#### **Vergaberechtlicher Meilenstein**

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist nachdrücklich zu begrüßen. Sie ist ein vergaberechtlicher Meilenstein und entspricht den Positionen und Forderungen nach einer Freistellung der interkommunalen Kooperationen vom Vergaberecht.

Der DStGB hat stets vertreten, dass die reine interkommunale Kooperation eine organisatorische Aufgabenübertragung innerhalb der öffentlichen Hand und gerade keine Beschaffung auf dem – externen – Markt darstelle. Bei diesen Kooperationen ist nicht das Gegenüber von Staat einerseits und Wirtschaft andererseits berührt, so dass auch keine Ungleichbehandlung Privater stattfinden kann. Demgemäß hat der DStGB stets einen Verzicht auf das aus dem In-House-Geschäft entwickelte und für vertragliche Kooperationen (öffentlich-rechtliche Vereinbarungen nach dem GKG) nicht passende Kontrollkriterium gefordert.

Dem hat sich der EuGH in seiner Entscheidung angeschlossen. Er betont, dass es keinen Unterschied mache, ob die interkommunale Zusammenarbeit durch Schaffung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts (Beispiel: kommunaler Zweckverband), also in institutioneller Form, erfolgt, bei der das Kontrollkriterium durch eine gemeinsame Beherrschung gegeben ist, oder aber die kommunale Kooperation in der zweiten Hauptform der Gesetze über kommunale Gemeinschaftsarbeit, der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, also nicht institutionell, erfolge.

#### **Beachtung des Einzelfalls**

Dennoch darf wegen des vorliegend zu entscheidenden Spezialfalls das Urteil des EuGH nicht als umfassender vergaberechtlicher Freibrief für alle einseitig erfolgenden und punktuellen Beauftragungen einer Kommune durch eine andere Kommune mit zu erbringenden Leistungen (Beispiel: Lieferung von Strom für die Verwaltungsgebäude einer Stadt durch das Stadtwerk einer anderen Stadt ohne vorherige Ausschreibung) angesehen werden. Ein derartiger Sachverhalt dürfte auch nach der Entscheidung des EuGH nicht ohne vorherige Ausschreibung erfolgen können.

Insoweit sind die Besonderheiten der EuGH-Entscheidung darin zu sehen, dass es sich „bei

dem regionalen Entsorgungsverbund“ um die „gemeinsame Wahrnehmung einer allen Kommunen obliegenden öffentlichen Aufgabe – der Abfallentsorgung“ handelte. Gerade die Sicherstellung einer gemeinsamen Abfallentsorgung, die vorliegend durch gegenseitige Verpflichtungen der Vertragsparteien, insbesondere auch für Notfälle, zum Ausdruck kommt, führte zu der vom EuGH angenommenen und nicht gegebenen Ausschreibungspflicht. Für die Übertragbarkeit auf andere Fälle bedeutet dies, dass der EuGH im Grundsatz für eine Vergaberechtsfreiheit zwar nicht – wie noch die EU-Kommission – eine gemeinsam beherrschte kommunale Einrichtung (Zweckverband etc.) voraussetzt. Durch das Abstellen auf die gemeinsame Wahrnehmung einer allen (kommunalen) Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe, die auch vorliegend durch die Bezeichnung in der Präambel des Vertrages „Regionaler Entsorgungsverbund“ zum Ausdruck kommt sowie auch durch die Dauerhaftigkeit des Vertrages (zwanzig Jahre), war aber im Grunde eine ähnliche Intensität der Zusammenarbeit wie beim Zweckverband gegeben.

### **Schlussfolgerungen**

Dies bedeutet, dass Kommunen nach der EuGH-Entscheidung vom 09.06.2009 dann vergaberechtsfrei auch auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Verträge zusammenarbeiten können, wenn folgende Voraussetzungen gewahrt sind:

- Zusammenarbeit von Kommunen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe. Dies beinhaltet, dass sich gerade aus der gemeinschaftlichen Aufgabenerledigung der Sinn und Zweck der von allen Beteiligten übernommenen Aufgabe ergibt. Mit anderen Worten entspricht die gemeinsame Aufgabenerfüllung auf öffentlich-rechtlich-vertraglicher Grundlage einem grundsätzlich auch in diesem Fall möglichen Zusammenschluss zu einem (kommunalen) Zweckverband.
- Diese gemeinsame Aufgabenerfüllung wird grundsätzlich dadurch deutlich, dass gegenseitige Verpflichtungen der vertragsschließenden Gebietskörperschaften, mit denen auch beiderseitige Synergieeffekte ausgelöst werden, bestehen (Hier: Ausnutzung der Entsorgungskapazitäten und beiderseitige Zurverfügungstellung des Abfalls etc.) und die über ein normales Vertragsverhältnis Auftraggeber-Auftragnehmer (Leistung gegen Entgelt) hinausgehen.
- Weiterer Anhaltspunkt für die beiderseitigen und auf ein Ziel ausgerichteten Verpflichtungen (Hier: Auslastung der Müllverbrennungsanlage) ist die jeweilige Anpassung der zu liefernden (Entsorgungs-)Mengen, etwa bei Notfällen.
- Indiz für die gemeinsame öffentliche Aufgabenerfüllung dürfte auch die Dauerhaftigkeit (Hier: zwanzig Jahre), die im Gegensatz zur punktuellen Beschaffung steht, sein. Insoweit sind auch dauerhafte vertragliche Kooperationen von Kommunen im Bereich der Wasserver- und Abwasserentsorgung vergaberechtsfrei zulässig.
- Es darf keine Beteiligung Privater und damit keine Ungleichbehandlung Privater bei der Kooperation gegeben sein.
- Nicht direkt, aber zumindest mittelbar wird man aus der EuGH-Entscheidung auch schließen können, dass vergaberechtsfreie Kooperationen auf öffentlich-vertraglicher Grundlage sich genauso wie kommunale Zweckverbände grundsätzlich auf „regionale Verbünde“ beschränken. Eine vergaberechtsfreie Kooperation entfernt liegender Kommunen (Beispiel: Flensburg mit Garmisch-Partenkirchen) dürfte hiernach rechtlich schwer vorstellbar sein.

### **Fazit**

Als Fazit lässt sich feststellen, dass der Europäische Gerichtshof mit seiner Entscheidung erstmalig auch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen innerhalb eines regionalen Verbundes sowie bei gemeinsamer Wahrnehmung einer von allen Körperschaften übernommenen öffentlichen Aufgabe als vergaberechtsfrei angesehen hat. Dies ist nachdrücklich zu begrüßen. Es bedeutet jedoch nicht, dass auch einseitige punktuelle Beschaffungen von Kommunen bei anderen Kommunen (Beispiel: Strombeschaffung einer Kommune von einem anderen Stadtwerk) damit automatisch ohne vorherigen Wettbewerb vergaberechtsfrei werden.

Im Weiteren bleibt aber abzuwarten, wie der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung konkretisiert.

Die EuGH-Entscheidung kann bei Interesse von der Geschäftsstelle angefordert werden.

**Dezernat 2 - Pö** Nr. 6 – ED 60 vom 29.06.2009

**ed06009.pdf (30kb)**