

## Vergaberecht und gemeindliche Aufgabenerfüllung

Reinhard Wilke, Richter am OVG Schleswig-Holstein

### I. Einführung

Das Vergaberecht hat in Deutschland eine lange Tradition: Seit 1926 gibt es Verdingungsordnungen, die Regeln für die „sparsame und wirtschaftliche“ Beschaffung – auch – der Gemeinden enthalten. Der Präsident des Deutschen Städte- und Gemeindebundes hat deshalb die Entscheidungsfreiheit der Kommunen nur auf die Frage bezogen, in welcher Organisationsform sie ihre Aufgaben erledigen. Solle dies durch Dritte erfolgen, sei auszuschreiben und „nach Vergaberecht dem günstigsten Bieter der Zuschlag zu erteilen.“<sup>1</sup> Damit wird klar zum Ausdruck gebracht, dass die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch Kommunen der Erfüllung ihrer Aufgaben dient. Der Beschaffungsvorgang ist mit der kommunalen Aufgabe nicht gleichzusetzen und damit auch nicht der „im Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 Abs. 2 GG) liegenden „Organisationsfreiheit“ zuzuordnen. Zu diesen Gesetzen gehört auch das Vergaberecht. Die danach gebotene Beauftragung des „günstigsten“ Bieters zwingt i. ü. nicht zur Suche nach dem „billigen Jakob“, vielmehr erlaubt das Vergaberecht auch die Berücksichtigung qualitativer Kriterien bei der Auftragsvergabe, etwa sozialer oder ökologischer Art.

Das seit 1999 geltende „neue“ Vergaberecht hat oberhalb bestimmter Auftragswerte einen – einklagbaren – Anspruch aller Auftragsbewerber auf Einhaltung der Vergaberegeln (§ 97 Abs. 7 GWB) eingeführt. Dies nährt möglicherweise die Tendenz, die „Gefahrenzone“ von gerichtlich überprüfbaren Auftragsvergaben möglichst klein zu halten. So wurde angenommen, dass öffentlich-rechtliche Verträge<sup>2</sup> und öffentlich-private Partnerschaften nicht ausschreibungspflichtig seien<sup>3</sup>. Es wurde auch vertreten, dass das „Vergaberegime“ zu einer verfassungsrechtlich bedenklichen Einschränkung der kommunalen Organisationshoheit führe oder interkommunale Kooperationen „verhindere“.<sup>4</sup> Die „Vergabeerleichterungen“ durch das sog. Konjunkturpaket II wurden unterstützt und eine Erhöhung der (für den Rechtsschutz maßgeblichen) Schwellenwerte gefordert.<sup>5</sup> Derzeit liegen die Schwellenwerte, die eine Pflicht zur europaweiten Ausschreibung begründen, bei 4.845.000 € für Bauaufträge und 193.000 € für Lieferungs- und Dienstleistungsaufträge. Die Einführung von Regelungen zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen<sup>6</sup> oder die Einführung einer Ausschreibungspflicht für den Betrieb von Wasserversorgungsnetzen<sup>7</sup> wurde von den Kommunalverbänden abgelehnt. Das Gleiche gilt für die – von der Regierungskoalition in Berlin

---

<sup>1</sup> Roland Schäfer: „Daseinsvorsorge – Spielräume der Kommunen erhalten“, Redemanuskript vom 03.07.2007 (Berlin)

<sup>2</sup> Der Geltungsanspruch der europäischen Vergaberichtlinien unterscheidet nicht nach der (innerstaatlichen) Rechtsnatur eines Vertrages. Vgl. EuGH, NZBau 2001, 512 (zu einem nach italienischem Recht abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Erschließungsvertrag)

<sup>3</sup> Vgl. noch die Begründung zum Regierungsentwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes, BT-Drs. 13/9340, S. 15

<sup>4</sup> Landesrechnungshof Schleswig-Holstein, Prüfbemerkungen 2009, S. 83 (zu 9.5)

<sup>5</sup> Brief der Kommunalen Spitzenverbände an den Bundeswirtschaftsminister vom 22.07.2010

<sup>6</sup> Stellungnahme (u. a.) des DStGB an die EU-Kommission vom 13.07.2010

<sup>7</sup> Der Vorschlag ist im 18. Hauptgutachten der Monopolkommission enthalten; s. dazu NordÖR 2010, 347; die kommunalen Spitzenverbände haben diesen Vorschlag am 16.07.2010 abgelehnt.

beabsichtigte – Erweiterung des Rechtsschutzes bei der Vergabe von Unterschwellenaufträgen.<sup>8</sup>

Nachfolgend soll für Aufträge im Bereich der Kommunen, für Vertragsverlängerungen und –änderungen sowie für Dienstleistungskonzessionen die Rechtslage näher untersucht werden, um daraus den „Rahmen der Gesetze“ näher zu bestimmen, der von den Gemeinden bei Auftragsvergaben zu beachten ist.

## II. „Freiheit“ vom Vergaberecht im „House“ und in Kooperationen

1. Ausschreibungsfrei sind alle Vorgänge, die nichts mit öffentlichen Aufträgen, wie sie in §§ 99, 100 GWB definiert sind, zu tun haben. Darunter fallen die sog. „Inhouse“-Geschäfte: Die „Vergabe“ der Straßenreinigung an den – als „Regiebetrieb“ geführten - städtischen Bauhof kann kein öffentlicher Auftrag sein, denn der Bauhof ist ein rechtlich unselbständiger Eigenbetrieb der Gemeinde (§ 1 Abs. 1, § 7 Abs. 1 EigVO). Die Gemeinde kann mit sich selbst keine Verträge schließen. Ein Vertragsschluss – im Sinne eines vergaberechtsrelevanten Auftrags - ist rechtlich nur mit einem von der Gemeinde *verschiedenen* Rechtsträger möglich.

2. Eine zu 100 % im (Anteils-)Eigentum der Gemeinde stehende GmbH ist – zwar – ein von der Gemeinde *rechtlich* zu unterscheidender Rechtsträger (vgl. § 13 GmbHG), gleichwohl ist die Beauftragung einer solchen GmbH – wie im Falle des Eigenbetriebs – vergaberechtsfrei. Grund dafür ist der – europarechtlich geprägte – *funktionale* Ansatz des Vergaberechts: Eine 100 %ige Tochter der Gemeinde wird von dieser geführt und kontrolliert *wie* eine eigene Dienststelle und ist insoweit einem Eigenbetrieb vergleichbar. Anders ist dies nur, wenn die Eigengesellschaft Aufträge Dritter entgegennimmt und sich somit am Wettbewerb mit Privatunternehmen beteiligt. In diesem Fall muss sich die Eigengesellschaft ebenso wie die konkurrierenden Privatunternehmen dem Wettbewerb stellen; Aufträge können also nicht mehr vergaberechtsfrei vergeben werden.

Diese vom Europäischen Gerichtshof<sup>9</sup> entwickelten Grundsätze sind inzwischen allgemein anerkannt.<sup>10</sup> Die „Vergabefreiheit“ hängt – zusammengefasst – von zwei Kriterien ab:

- „*Kontrollkriterium*“: Die Gemeinde kontrolliert die beauftragte Stelle (Eigengesellschaft) „*wie* eine eigene Dienststelle“. Diese Kontrolle muss die gesamte Laufzeit des Vertrages abdecken und rechtlich abgesichert sein (vgl. §§ 37 Abs. 1, 46 GmbHG; § 291 Abs. 1 AktG).
- „*Wesentlichkeitskriterium*“: Die beauftragte Stelle wird „im wesentlichen“ für die Gemeinde tätig. Das ist auch der Fall, wenn sie von mehreren Gemeinden beauftragt ist und für diese tätig wird. Die Grenze der „im wesentlichen“ erfolgenden Tätigkeit wird i. d. R. umsatzbezogen ermittelt; der EuGH<sup>11</sup> hat sie bei 90 % gesehen.

<sup>8</sup> Gemeinsames Schreiben des Kommunalen Spitzenverbände an den Bundeswirtschaftsminister vom 14.07.2010

<sup>9</sup> Urt. v. 18.11.1999, C-107/98, NZBau 2000, 90 ff. („Teckal“)

<sup>10</sup> vgl. Portz, BauR 2010, 328 ff.

<sup>11</sup> Urt. v. 18.04.2007, C-295/05, ZfBR 2007, 491 („Tragba“)

Das „Kontrollkriterium“ duldet keinerlei privaten Einfluss auf die Eigengesellschaft. Auch ein geringer privater Einfluss (Beteiligung) lässt ein „Inhouse“-Geschäft ausscheiden.<sup>12</sup> Deutlicher formuliert: Die Beteiligung Privater an einer sog. (Eigen-)Gesellschaft oder an Gesellschaften, an denen eine (oder mehrere) Gemeinde(n) beteiligt sind, führt zum Verlust der Inhouse-Privilegs, also dazu, dass eine solche Gesellschaft nur im Wege einer öffentlichen Ausschreibung beauftragt werden darf. Eine Eigengesellschaft (100 %) oder überwiegend kommunal beherrschte Gesellschaft ist gem. § 98 Nr. 2 GWB *selbst* öffentlicher Auftraggeber, muss also die von ihr zu vergebenden Aufträge ausschreiben.<sup>13</sup>

3. Die Kooperation zwischen Gemeinden, Zweckverbänden oder Kreisen bedarf einer differenzierteren vergaberechtlichen Betrachtung:

a) Die aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleitete sog. „Kooperationsfreiheit“ der Kommunen<sup>14</sup> vermag nicht zu begründen, dass Kooperationen per se „vergaberechtsfrei“ bleiben. Abgesehen vom Vorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts auch gegenüber dem Kommunalrecht wird den Kommunen durch vergaberechtliche Pflichten keine nach Art. 28 Abs. 2 GG „garantierte“ Aufgabe entzogen, es wird nur die Art und Weise der Aufgabenwahrnehmung modifiziert.<sup>15</sup> Der Europäische Gerichtshof hat – in diesem Sinne – klargestellt, dass das nationale Recht interkommunale Kooperationen nicht *von vornherein* vergaberechtsfrei stellen darf.<sup>16</sup>

Die Kooperationsformen lassen sich – überblicksartig – wie folgt darstellen:

<i>Kooperationspartner</i>	<i>Öffentlich-rechtlich</i>	<i>Privatrechtlich</i>
Kommune- Kommune	Zweckverband gemeinsame kommunale Anstalt Mitbenutzungsvereinbarung <sup>17</sup> Verwaltungsgemeinschaft	(im Bereich privatrechtlicher Tätigkeiten, z. B. Strom, Gas)
Kommune – Eigenbetrieb	- verwaltungsintern -	„Inhouse“
Kommune – Zweckverband	Zweckvereinbarung <sup>18</sup>	Umwandlung in Kapitalgesellschaft <sup>19</sup> ; Beteiligung (Beitritt) Privater <sup>20</sup>
Kommune – Kommunalunternehmen bzw. kommunale Anstalt bzw. Eigengesellschaft	Errichtung, Umwandlung von Eigenbetrieben <sup>21</sup> Beteiligung <sup>22</sup> Übertragung von Aufgaben <sup>23</sup>	Inhouse (?)  Umwandlung aus Eigenbetrieb <sup>24</sup>
Kommune – Privater (ohne kommunale	Mitgliedschaft im Zweckverband <sup>25</sup>	Beteiligung an Gesellschaften <sup>26</sup>

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 11.05.2006, C-340/04, ZfBR 2006, 496 („Carbothermo“); vgl. dazu auch OLG Düsseldorf NZBau 2004, 343

<sup>13</sup> Dies trifft z.B. auf Wirtschaftsförderungs- oder Wohnungsbaugesellschaften zu.

<sup>14</sup> Vgl. Kämper/Hesshaus, NZBau 2003, 303/304 m.w.N. bei Fn. 12

<sup>15</sup> Vgl. dazu auch Müller, VergabeR 2005, 436/445

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 13.01.2005, C-84/03, NZBau 2005, 232 („Kommission ./ Königreich Spanien“)

<sup>17</sup> § 19 a Abs. 1 GkZ SH

<sup>18</sup> § 18 Abs. 1 GkZ SH

<sup>19</sup> § 17a GkZ SH,

<sup>20</sup> § 2 Abs. 2 GkZ SH

<sup>21</sup> § 106a Abs. 1 GO SH

<sup>22</sup> § 19c GkZ SH

<sup>23</sup> § 106a Abs. 3 SH GO

<sup>24</sup> § 108 Abs. 1 Nr. 1, 6 SH GO

Beteiligung)		
Kommunalunternehmen - Privater	--	Beteiligung an anderen (privaten) Unternehmen <sup>27</sup>

Aus vergaberechtlicher Sicht können Kooperationen als spezielle Formen der Auftragsvergabe an den Kooperationspartner verstanden werden: Die Kooperationen werden ja gerade gesucht und konzipiert, um eine bisher nicht oder nur begrenzt wahrgenommene Aufgabe künftig gemeinsam oder „durch“ einen neuen Träger, der nach den gesetzlich zugelassenen Formen der kommunalen Zusammenarbeit<sup>28</sup> gebildet wird, zu erfüllen. Das Recht der kommunalen Zusammenarbeit und das Gemeindefinanzierungsrecht betreten hier einen Grenzbereich zum Vergaberecht.

#### b) Zweckverbandsgründung

Die Gründung von Zweckverbänden, deren Mitglieder ausschließlich aus gemeindlichen Gemeinden bestehen, ist ebenso vergaberechtsfrei wie die (delegierende<sup>29</sup>) Übertragung einer Aufgabe auf solche Verbände.<sup>30</sup> Das (o. g.) Kontrollkriterium wird in diesen Fällen durch eine gemeinsame Kontrolle mehrerer Gemeinden erfüllt. Auch das Wesentlichkeitskriterium ist in Bezug auf alle beteiligten Gemeinden zu prüfen.

Die Vergaberechtsfreiheit geht erst verloren, wenn der Zweckverband im Umfang von mehr als 10 % seiner Tätigkeit für „Besteller“ außerhalb seines kommunalen Mitgliederkreises tätig wird. Die Vergaberechtsfreiheit entfällt außerdem, wenn ein Privater als Mitglied in den Zweckverband aufgenommen wird (§ 2 Abs. 2 S. 2 GkZ SH). Bringt der Private den Auftrag „mit“ seinem Verbandsbeitritt ein, gelten die Grundsätze, die in der Vergaberechtsprechung für Anteilsveräußerungen bzw. für die Gründung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen entwickelt worden sind<sup>31</sup>: Dann ist von einer in das Gewand des Zweckverbandsrecht eingekleideten – ausschreibungspflichtigen – Vergabe auszugehen. Für ein gemeinsames Kommunalunternehmen (§ 19 b GkZ SH), an dem ein privat-öffentlicher Zweckverband beteiligt ist, gilt Entsprechendes.

#### c) Organisationsakte

Reine Organisationsakte sind vergaberechtsfrei, wenn eine bestehende, eigene Aufgabe der Gemeinde auf eine anderen Träger mit der Wirkung übertragen wird, dass dieser die volle (öffentlich-rechtliche) Zuständigkeit zur Aufgabenwahrnehmung erhält. In diesem Fall einer echten Aufgabendelegation ist Vergaberecht nicht anwendbar, weil es um die Verteilung von Verwaltungskompetenzen und

<sup>25</sup> § 2 Abs. 2 GkZ SH

<sup>26</sup> § 102 Abs. 1 GO SH

<sup>27</sup> § 106a Abs. 1 S. 2 SH GO

<sup>28</sup> S. §§ 2 ff., 18, 19 b ff. GkZ SH: Zweckverband, Vereinbarung (öffentlich-rechtliche Beauftragung), gemeinsame Kommunalunternehmen; ferner: öffentlich-öffentliche Partnerschaft (Gesellschaften)

<sup>29</sup> S. u. d)

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 13.11.2008, C-324/07, NZBau 2009, 54 – Coditel Brabant; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.06.2006, VII Verg 17/06, NZBau 2006, 662; s. dazu bereits Portz, Die Gemeinde, 2005, 151 ff./156

<sup>31</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 03.08.2001, VergabeR 2002, 45/46; Ziekow/Siegel, VerwArch 2005, 119/132

Verantwortlichkeiten, nicht dagegen um die Erfüllung bestehender Aufgaben durch einen anderen geht.

#### d) delegierende Übertragungen

Die „befreiende“ Übertragung einer Aufgabe von einer Kommune auf eine andere Kommune, die – im verwaltungsrechtlichen Sinne – den Übergang der Aufgabenzuständigkeit und –verantwortung zur Folge hat, ist wie ein Organisationsakt (oben c) zu beurteilen. Die Ansicht, auch delegierende Zuständigkeitsübertragungen seien ausschreibungspflichtig<sup>32</sup>, hat sich nicht durchgesetzt.<sup>33</sup> Eine Ausschreibungspflicht besteht in diesen Fällen nicht.

#### e) mandatierende Übertragung

Geht es demgegenüber darum, dass eine Gemeinde (bei Beibehaltung ihrer Zuständigkeit und Aufgabenverantwortung) allein die Ausführung bzw. Erfüllung *ihrer* Aufgabe auf einen Dritten überträgt, liegt ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag vor.

Dies gilt auch dann, wenn der „Übertragungsempfänger“ eine andere Gemeinde oder ein Zweckverband ist. Die Beauftragung mit der Ausführung bzw. Erfüllung ist in diesem Falle als „mandatierende“ Übertragung ein ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag.<sup>34</sup> Wird die Übertragung mit dem Recht verbunden, den Wert der (Dienst-)Leistung durch die Erhebung von Entgelten o. ä. von Dritten zu „vermarkten“, liegt eine Dienstleistungskonzession vor (s. dazu unten IV.).

In seinem Urteil vom 09.06.2009<sup>35</sup> hat sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) nochmals mit der Frage beschäftigt, ob eine interkommunale Kooperation dem Vergaberecht unterfällt. Es ging um einen Vertrag zwischen einer Stadtreinigungs-GmbH und vier Landkreisen über die Kosten der Müllverbrennung und deren Aufteilung zwischen den Kreisen. Die Müllverbrennung als solche war – zuvor – in einem Vertrag zwischen der Stadtreinigungs-GmbH (StR) und der Betreibergesellschaft der Müllverbrennungsanlage (MVA) geregelt worden.

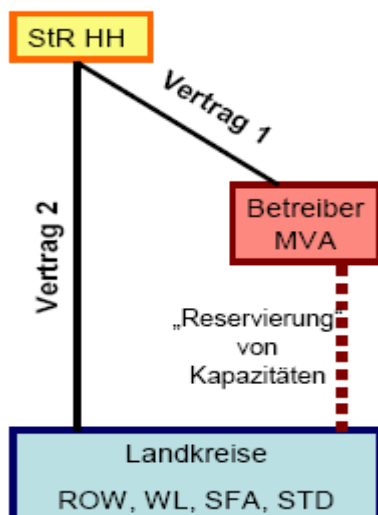
---

<sup>32</sup> OLG Naumburg NZBau 2006, 58; krit. dazu Düsterdiek, NZBau 2006, 618/620 (zu IV.2); zum Fall „Hinte“ (vom EuGH nicht entschieden) s. Bauer, ZfBR 2006, 446/449 (zu IV.)

<sup>33</sup> vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2006, 662 – zu einer Zweckverbandsgründung

<sup>34</sup> OLG Frankfurt/M. NZBau 2004, 692 ff.; OLG Düsseldorf NZBau 2004, 398 ff.

<sup>35</sup> Rs. C-480/06, NZBau 2009, 527 („Stadtreinigung Hamburg“)



Der EuGH hat die Ansicht der Europäischen Kommission, die den Vertrag zwischen der Stadtreinigungs-GmbH und den vier Landkreise für ausschreibungspflichtig hielt, verworfen; die Frage, ob der Vertrag der Stadtreinigungs-GmbH mit dem MVA-Betreiber ausschreibungspflichtig war, war vom EuGH nicht zu entscheiden. Der Vertrag mit den Landkreisen regelt nur die Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften im Rahmen der Abfallentsorgung, die im Sinne der Abfallrahmenrichtlinie<sup>36</sup> liege. Geregelt werde nur die Verteilung der MVA-Kosten auf die vier Kreise ausgehend von der vereinbarten Kapazität. Dies beeinträchtigt den freien Dienstleistungsverkehr nicht. Die Zusammenarbeit öffentlicher Stellen zur gemeinsamen Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben könne den freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten nicht in Frage stellen, solange „die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch ... Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, und der ... Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessen gewährleistet wird, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.“<sup>37</sup> Ausschreibungsfrei ist – m. a. W. - ein Vertrag, der allein die Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften regelt und ohne Beteiligung von Privaten abgeschlossen wird.

### III. Vertragsverlängerungen

Im Bereich der sog. „Daseinsvorsorge“ werden in der Praxis häufig langjährige Verträge abgeschlossen, die unterschiedlich konzipierte Verlängerungsklauseln enthalten. So kann z. B. die Vertragsverlängerung für einen vorab bestimmten Zeitraum „automatisiert“ werden, wenn nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gekündigt wird. Dem Vertragspartner kann auch eine Option auf Vertragsverlängerung zu gleichen oder zu neu zu vereinbarenden Konditionen eingeräumt werden oder es kann ein aufschiebend befristeter Verlängerungsvertrag mit vorab festgelegten Konditionen abgeschlossen werden. Vergaberechtlich stellt sich die Frage, ob die Vertragsverlängerung – jeweils – als neuer ausschreibungspflichtiger Auftrag anzusehen ist.

<sup>36</sup> Richtlinie 2008/98/EG, Amtsbl. EG Nr. L 312, S. 3

<sup>37</sup> a.a.O. (Fn. 35), Tn. 47

Auszugehen ist zunächst davon, dass schon eine (über-)lange Vertragslaufzeit gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit verstoßen kann.<sup>38</sup> Für Konzessionsverträge ist gem. § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG die Vertragslaufzeit auf 20 Jahre begrenzt. Bei Vertragsänderungen ist zwischen Vertragsverlängerungen oder (sonstigen) Vertragsänderungen zu unterscheiden, die den bisherigen Vertrag inhaltlich ändern und Vertragsverlängerungen, die nur in zeitlicher Hinsicht wirken.

Änderungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer sind als Neuvergabe des Auftrags anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen. Die Wesentlichkeit ist aus wettbewerblicher Perspektive zu beurteilen: Hätten die geänderten Bedingungen die Zulassung bzw. Beauftragung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter erlaubt, ist von einer Ausschreibungspflicht auszugehen.<sup>39</sup> Bei inhaltlichen Änderungen ist dies etwa für die Erweiterung eines Abfallentsorgungsauftrags um die „blaue Tonne“<sup>40</sup> oder in Bezug auf die sog. PPK-Fraktion<sup>41</sup> entschieden worden. Die Leistungserweiterung kam hier bei wertender Betrachtung wirtschaftlich dem Neuabschluss eines Vertrages gleich.<sup>42</sup>

Auch zeitliche Änderungen können sich bei der (gebotenen) wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Neuvergabe darstellen. Dies ist etwa für die übereinstimmende Aufhebung der Kündigung eines Vertrages mit der Folge einer Vertragsverlängerung<sup>43</sup> sowie für eine durch „Protokollnotiz“ erfolgte Verlängerung einer Vereinbarung auf unbestimmte Zeit<sup>44</sup> entschieden worden. Im Einzelnen ist die dazu entwickelte Vertragspraxis noch zu analysieren. Von einer ausschreibungspflichtigen Vergabe wird – im Regelfall – immer dann auszugehen sein, wenn die zeitliche und/oder inhaltliche Änderung zu wesentlich anderen Vertragsmerkmalen führt und den Vertragsparteien Veranlassung geben kann, über wichtige Vertragsteile neu zu verhandeln.<sup>45</sup>

#### IV. Dienstleistungskonzessionen

Dienstleistungskonzessionen (DLK) sind eine besondere Form (öffentlicher) Aufträge. Sie sind in Art. 1 Nr. 4 der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie als Verträge definiert, die „von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“

<sup>38</sup> EuGH NZBau 2006, 386/388 („Seekabotage Ria von Vigo“)

<sup>39</sup> EuGH, Urt. v. 19.06.2008, C-454/06, NJW 2008, 3341 („Presstext“)

<sup>40</sup> OLG Celle NZBau 2010, 194

<sup>41</sup> OLG Düsseldorf, 12.01.2004, VII-Verg 71/03, NZBau 2004, 343

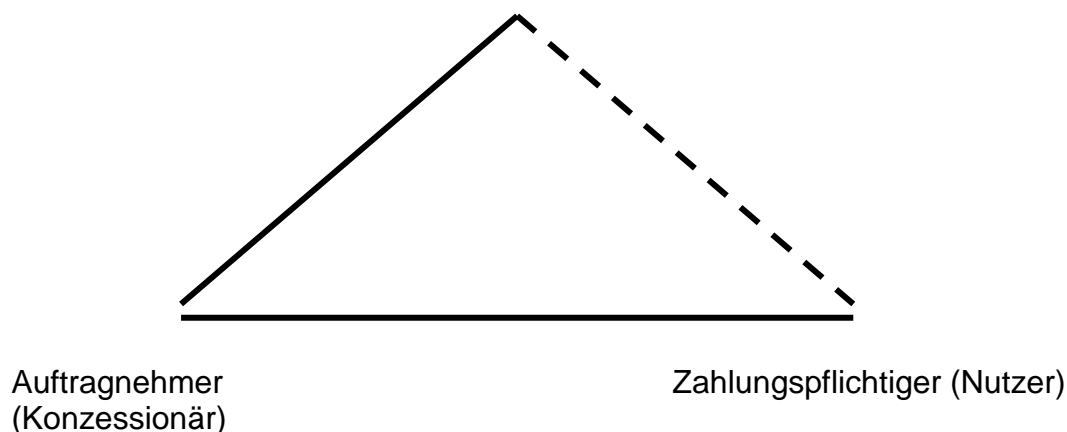
<sup>42</sup> OLG Rostock, 05.02.2003, 17 Verg 14/02, VergabeR 2003, 321

<sup>43</sup> OLG Dresden, 24.01.2008, WVerg 10/07, VergabeR 2008, 567; OLG Düsseldorf VergabeR 2001, 210/212

<sup>44</sup> Bundeskartellamt, 10.07.2009, VK 1 – 113/09 (Juris)

<sup>45</sup> EuGH EuGH, 19.06.2008 Rs. C-454/06, NJW 2008, 3341 („Presstext“):

Eine DLK lässt sich als Dreiecksverhältnis abbilden:  
 Auftraggeber (Konzessionsgeber)



Im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erfolgt die (eigentliche) Leistungserbringung. Die „übliche“ Entgeltabrede wird durch eine Konzessionierung ersetzt. Diese kann öffentlich-rechtlich (Auftragnehmer erhält durch Beleihung die hoheitliche Befugnis zur Gebührenerhebung) oder privatrechtlich (Auftragnehmer kann auf der Grundlage einer Abtretung oder Einziehungsermächtigung Zahlungen vom Nutzer verlangen) erfolgen. Der Auftragnehmer trägt ein wirtschaftliches Risiko (des Leistungsabsatzes, der Gewinnerzielung u. a. m.).<sup>46</sup> Der Nutzer steht mit dem Auftraggeber häufig in einer öffentlich-rechtlichen Beziehung, die ihm eine Berechtigung oder einen Anspruch auf die (Be-)Nutzung vermittelt.

Dienstleistungskonzessionen unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des EG-Vergaberechts (Art. 17 VKR 2004/18/EG), sind danach also nach den Regeln der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG nicht ausschreibungspflichtig.<sup>47</sup> Allerdings hat der EuGH mehrfach hervorgehoben, dass für ihre Vergabe die allgemeinen Regeln des EU-Vertrages (jetzt: AEUV) gelten.<sup>48</sup>

In der Praxis kommen Dienstleistungskonzessionen häufiger vor, als sie – als solche – wahrgenommen werden. Beispiele sind Verträge im Bereich der Straßenwerbung<sup>49</sup> oder von sog. Betreibermodellen (z. B. für Parkplätze<sup>50</sup>, öff. Toilettenanlagen<sup>51</sup>, Kläranlagen<sup>52</sup>, Trinkwasserversorgungsanlagen<sup>53</sup> oder Kindertagesstätten<sup>54</sup>), beim

<sup>46</sup> In der Praxis kommen „Mischformen“ von Verträgen vor, bei denen der Konzessionär neben dem ihm überlassenen Nutzungsrecht ein zusätzliches Entgelt erhält. Beträgt das zusätzliche Entgelt mehr als die Hälfte der Einnahmen des Konzessionärs aus der von ihm erbrachten Dienstleistung ausmacht, wird vermutet, dass das wirtschaftliche Risiko wegfällt und ein „normaler“ ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag vorliegt.

<sup>47</sup> EuGH, Urt. v. 07.12.2000, Rs. C-324/98, NZBau 2001, 148 „Teleaustria“

<sup>48</sup> EuGH NZBau 2001, 148 („Teleaustria“)

<sup>49</sup> BayObLG VergabeR 2002, 305

<sup>50</sup> EuGH, Urt. v. 13.10.2005, C-458/03, ZfBR 2006, 75 ff. „Parking Brixen“

<sup>51</sup> VK Hessen, Beschl. v. 28.05.2003, 69d VK 1-17/2003; LG Frankfurt/M. NZBau 2008, 599 (Vorlagebeschluss zum EuGH)

<sup>52</sup> Bohne/Heinbuch, NVwZ 2006, 489

<sup>53</sup> OLG Jena VergabeR 2010, 705

<sup>54</sup> OLG Dresden VergabeR 2010, 226

Breitbandkabelbetrieb<sup>55</sup>, bestimmten Auftragsformen an Rettungsdienstträger<sup>56</sup> sowie sozialrechtliche Vergütungsvereinbarungen<sup>57</sup>. Das – als Wesensmerkmal der DLK hervorgehobene – Element des beim Auftragnehmer (Konzessionär) liegenden wirtschaftlichen Risikos ist auch gegeben, wenn die (zahlungspflichtigen) Nutzer aufgrund eines Anschluss- und Benutzungszwangs an die Leistungen des Auftragnehmers „gebunden“ sind; es verbleibt hier noch das Betriebsrisiko und das Entgeltausfallrisiko.<sup>58</sup>

Die für DLK geltenden Vorgaben des EG-Vertrages (AEUV) erfordern nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>59</sup> die Beachtung des Transparenzgebots und des Diskriminierungsverbots. Es gilt hier der Schwellenwert ab 193.000 € entsprechend, denn dieser markiert die „Binnenmarktrelevanz“ einer Dienstleistungskonzession. Erforderlich und ratsam ist deshalb die rechtzeitige europaweite Bekanntmachung der Absicht einer Konzessionsvergabe sowie der Vergabekriterien<sup>60</sup>. Ein förmliches Vergabeverfahren nach (EG-)VOL/A ist wegen Art. 17 der Vergabekoordinierungsrichtlinie zwar nicht erforderlich, doch muss – zumindest – die Vergabeabsicht (in überregionalen Tageszeitungen, im Internet) bekannt gegeben werden. Weiter müssen zu Beginn des Vergabeverfahrens die Verfahrensregeln (in Anlehnung an die VOL/A) definiert werden. Insgesamt müssen die bekannt gemachten Informationen über die Vergabe der Dienstleistungskonzession einem potentiellen Auftragsinteressenten genügen Informationen bieten, damit dieser über eine Angebotsabgabe entscheiden kann.

Die Einhaltung der allgemeinen Anforderungen des EG-Vertrages an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit (Gleichbehandlung) sind gerichtlich nachprüfbar. Der Rechtsweg ist von der Rechtsnatur des Auftragsverhältnisses und der Konzessionierung abhängig; bei Betreibermodellen sind die Verwaltungsgerichte zuständig, weil das – entscheidend „werthaltige“ Modell der Konzessionierung in der Beleihung oder (sonstigen) Ermächtigung des Auftragnehmers (Konzessionärs) zur Einforderung von Gebühren oder Entgelten von den Nutzern liegt. Der effektive Rechtsschutz von Bietern gegen eine Missachtung der dargestellten Anforderungen an eine europarechtskonforme Konzessionsvergabe ist allerdings mit dem Problem konfrontiert, dass § 101 a GWB hier nicht gilt. Hier kann nur durch einstweiligen Rechtsschutz reagiert werden (§ 123 VwGO, § 935 ZPO). In der Rechtsprechung bleibt noch zu klären, ob – möglicherweise ähnlich, wie jüngst im Beamtenrecht<sup>61</sup> - die Wirksamkeit vergaberechtswidrig zustandegekommener Verträge auch außerhalb des (direkten) Anwendungsbereichs des § 101 a GWB zu verneinen ist.

## V. Subsidiaritätsklausel im Gemeindefinanzierungsrecht

<sup>55</sup> VK Hessen, Beschl. v. 07.10.2005, 69d VK 2972/05 und VK 54-57/2005

<sup>56</sup> OLG München, NZBau 2009, 666; EuGH NZBau 2010, 450 ff.

<sup>57</sup> OLG Düsseldorf NZBau 2005, 652

<sup>58</sup> EuGH, Urt. vom 10.09.2009, C-206/08, NZBau 2009, 729; ergangen auf Vorlagebeschluss des OLG Jena vom 11.12.2009, 9 Verg 2/08

<sup>59</sup> EuGH, Urt. v. 07.12.2000, C-324/98, NZBau 2001, 148 („Teleaustria“); vgl. dazu Ruhland, ThürVBl. 2008, 198

<sup>60</sup> Vgl. jüngst EuGH, Urt. v. 13.04.2010, C-91/08, NZBau 2010, 382

<sup>61</sup> s. BVerwG, Urt. v. 04.11.2010, 2 C 16.09: Die Ernennung eines Beamten ist aufzuheben, wenn diese unter Verletzung des Rechts des Mitbewerbers auf effektiven Rechtsschutz erfolgt ist. Auf das (Dienstleistungskonzessions-)Vergaberecht übertragen, würde dies die Aufhebbarkeit eines Vertrages begründen, der ohne Rechtsschutzmöglichkeit für einen Konkurrenten abgeschlossen worden ist. In die gleiche Richtung geht auch die Vorlagefrage 4 des LG Frankfurt(M) (NZBau 2008, 599)

Nach der Gemeindeordnung ist eine (eigene) wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nur zulässig, wenn der (jeweilige) öffentliche Zweck nicht besser oder ebenso gut durch einen privaten Leistungserbringer (Anbieter) erfüllt werden kann (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH). Das Mittelstandsförderungsgesetz (§ 4) schreibt Ähnliches vor. Zweckverbände unterliegen den gleichen Bestimmungen (§ 14 Abs. 1 GkZ SH). Der „Marktzutritt“ von kommunalen Körperschaften wird damit durch kommunalrechtliche Bestimmungen reglementiert. Als „öffentlicher Zweck“ für eine (eigene) wirtschaftliche Betätigung von Kommunen genügt eine allgemeine Gewinnerzielungsabsicht nicht. Die Kommunen sind gehalten, vor eigener Leistungserbringung die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben zu prüfen. Die Organisationshoheit und –freiheit wird damit eingeschränkt.<sup>62</sup>

## VI. Fazit

Die Gemeinden, Kreise und Zweckverbände können sich auch im Bereich der sog. „Daseinsvorsorge“ den vergaberechtlichen Pflichten nicht entziehen, wenn sie Dritte mit der Leistungserbringung beauftragen. Die kommunale „Organisationshoheit“ oder „-freiheit“ kann in diesen Fällen keine Einschränkung der Ausschreibungspflicht begründen. Ausschreibungen tragen zur Leistungs- und Effizienzverbesserung bei, umso mehr dann, wenn sie gut konzipiert sind und die Marktkräfte stimulieren. Das ist insbesondere dann wichtig, wenn die Kosten der Leistungserbringung anschließend über Kommunalabgaben refinanziert werden.<sup>63</sup> Der Gefahr der Entstehung überhöhter Aufwendungen lässt sich am wirksamsten durch das „Korrektiv des Wettbewerbs“ begegnen; die Annahme, im Bereich der sog. „Hoheitsbetriebe“ könne der Wettbewerb durch die „Kontrollfaktoren“ Kommunalaufsicht, Gemeinde-/Rechnungsprüfung, Kommunalpolitik, Lokalpresse und Wählerschaft ersetzt werden<sup>64</sup>, trägt weder von der Rechtslage Rechnung noch kann sie (im Streitfall) belegt werden.

Auch in den Bereichen, die „vergabefrei“ bleiben (Inhouse, interkommunale Kooperation), muss die Wirtschaftlichkeit und Effizienz unter dem Aspekt des kommunalen Wirtschaftsrechts und der „Erforderlichkeit“ von Aufwendungen, die in Kommunalabgaben einfließen, geprüft werden. Eine „analoge“ Anwendung des Preisrechts führt kaum zu einer wettbewerbsgerechten Beurteilung von (beitrags- oder gebührenfähigen) Leistungen und Kosten. Neben den o. g. „Kontrollfaktoren“ sollten hier auch andere wettbewerbsorientierte Prüfungsmethoden eingesetzt werden (z. B. die Durchführung von Interessenbekundungsverfahren). Eine wettbewerbswirksame Vergabe und die kommunale Daseinsvorsorge stehen nicht im Gegensatz zueinander, sondern ergänzen sich – bei richtiger Handhabung – im Sinne einer Symbiose.

<sup>62</sup> vgl. Wilke, ZfBR 2007, 23 ff (zu III.2); aktuell – zur Reformdiskussion in Niedersachsen – vgl. Henke, NordÖR 2010, 335 ff.; zur gerichtlichen Überprüfung s. OVG Münster, NVwZ 2008, 1031

<sup>63</sup> zum sog. „Regiekostenvergleich“ s. OVG Schleswig, NordÖR 1998, 314 ff.: „Bevor die entsorgungspflichtige Körperschaft Dritte mit der Erfüllung der Aufgaben der Abfallentsorgung beauftragt, hat sie grundsätzlich zu prüfen, ob sie ihre Aufgabe nicht in eigener Regie kostengünstiger erfüllen kann und eine Wirtschaftlichkeitsberechnung anzustellen.“ - s. dazu jüngst (kritisch) OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2009, 780 ff. (bei Juris Tn. 114-122)

<sup>64</sup> So R. Schäfer, a.a.O., Fn. 1