

Bundesministerium des Innern

Bundesministerium der Justiz

Bundesministerium der Finanzen

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

**Die Vereinbarkeit innerstaatlicher Kooperationsformen mit dem EG-Vergaberecht –
Überlegungen zu einer grundgesetzlichen Regelung der Verwaltungszusammenarbeit
aus vergaberechtlicher Sicht**

Berlin, 19. März 2008

Kommission von Bundestag und Bundesrat
zur Modernisierung
der Bund-Länder-Finanzbeziehungen
Kommissionsdrucksache

099

A. GESAMTZUSAMMENFASSUNG	1
B. GUTACHTERLICHE PRÜFUNG DER RECHTSLAGE.....	1
I. ARTEN DER VERWALTUNGSZUSAMMENARBEIT	1
1. <i>Rechtsgrundlage</i>	2
2. <i>Public-Public vs. Public-Private-Partnership</i>	2
3. <i>Institutionalisierte Verwaltungszusammenarbeit</i>	2
4. <i>Nicht-institutionalisierte Verwaltungszusammenarbeit</i>	3
II. VERGABERECHTSPFLICHTIGKEIT EINZELNER KOOPERATIONSFORMEN	4
1. <i>Die Systematik des Vergaberechts im Überblick</i>	4
a) Das Kartellvergaberecht.....	4
b) Das haushaltsrechtliche Vergaberecht	4
2. <i>Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts</i>	5
3. <i>Der funktionale Auftragsbegriff: In-house-Vergabe</i>	5
4. <i>Die OLG-Rechtsprechung zur Verwaltungszusammenarbeit</i>	7
5. <i>EU-KOM: Vergaberechtsfreiheit bei echter Zuständigkeitsübertragung (Delegation)</i>	8
6. <i>Stellungnahme</i>	8
a) Fehlende Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Verwaltungsorganisation	8
b) Keine Privatisierungspflicht	9
7. <i>Zusammenfassung und Ergebnis</i>	10
III. GESAMTERGEBNIS	10
1. <i>Handlungsbedarf</i>	11
2. <i>Verhalten gegenüber Brüssel</i>	11
3. <i>Änderung des Grundgesetzes</i>	12

A. GESAMTZUSAMMENFASSUNG

Im Rahmen der Beratungen der Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen wurde die Problematik aufgeworfen, dass bestimmte Konstellationen der vertikalen und horizontalen Verwaltungskooperation, etwa zur gemeinsamen Erbringung von IT-Dienstleistungen, dem Anwendungsbereich des EG-Vergaberechts unterfallen und somit solche Organisationsentscheidungen des Staates dem Vergaberecht unterworfen sind. Der Markt entscheidet in diesen Fällen, mit wem ein Verwaltungsträger kooperieren kann.

Hinter dieser Frage verbirgt sich, dass bestimmte, häufig interne Verwaltungsdienstleistungen vor allem in den Bereichen Informationstechnologie (IT) und E-Government weder effektiv noch effizient von jeder Gebietskörperschaft in der Bundesrepublik Deutschland für sich alleine erbracht werden können. In solchen Fällen ist eine strikte Trennung der Aufgabenerledigung deshalb nicht zweckdienlich. In einer horizontal und vertikal gegliederten Verwaltungsorganisation wie der Bundesrepublik mit einer Vielzahl verschiedener Verwaltungsträger besteht vielmehr eine besondere Notwendigkeit für innerstaatliche Kooperationen. Im Rahmen der Föderalismusreform werden daher neue grundgesetzliche Regelungen innerstaatlicher Kooperationen, vornehmlich im Bereich der IT-Zusammenarbeit, erörtert.

Solche grundgesetzlichen Regelungen können innerstaatliche Kooperationen bei bestehender Ausschreibungspflicht selbstverständlich nicht dem Anwendungsbereich des EG-Vergaberechts entziehen. Allerdings wird im Rahmen der Föderalismusreform ohnehin erwogen, die Möglichkeiten zu Kooperationen der Länder untereinander und mit dem Bund grundgesetzlich zu verankern mit dem Ziel, deren Zustandekommen zu beschleunigen. Dabei ist aus Sicht des BMI, BMWi und BMF nicht auszuschließen, dass eine solche grundgesetzliche Regelung eine positive Reflexwirkung auf die vergaberechtliche Beurteilung innerstaatlicher Kooperationen zu entfalten vermag.

B. GUTACHTERLICHE PRÜFUNG DER RECHTSLAGE

I. Arten der Verwaltungszusammenarbeit

Im folgenden sollen in Kürze abstrakt Formen einer möglichen Verwaltungszusammenarbeit dargestellt werden, um im Anschluss für jede Form der Verwaltungszusammenarbeit die Frage zu beantworten, inwieweit hierauf vergaberechtliche Vorschriften Anwendung finden.

Die Möglichkeiten und Arten der Verwaltungszusammenarbeit sind vielfältig. Angesichts steigender Anforderungen an die Öffentliche Hand und zunehmenden Erledigungsdrucks handelt es sich um einen stark wachsenden Zukunftsbereich, der neben der Informationstechnologie und E-Government auch Bereiche wie (Ab-)Wasser, Abfallwirtschaft, Tourismusförderung, Bildung und Kultur betrifft.¹

1. Rechtsgrundlage

Verfassungsrechtliche Grundlage der Verwaltungszusammenarbeit im kommunalen Bereich ist die durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützte Kooperationshoheit. Der rechtliche Rahmen für die kommunale Zusammenarbeit ist in den jeweils ergangenen Landesgesetzen geregelt.

Im Bereich der Verwaltungszusammenarbeit der Länder untereinander oder der Länder mit dem Bund folgt die Zulässigkeit der Kooperation aus der eigenen Staatlichkeit. Allerdings existiert keine Verfassungsnorm, die eine solche Zusammenarbeit explizit regelt. Die Zusammenarbeit in diesen Verhältnissen vollzieht sich vielmehr entsprechend der Zusammenarbeit zwischen selbständigen Staatssubjekten durch Verträge oder Vereinbarungen.

2. Public-Public vs. Public-Private-Partnership

Verwaltungszusammenarbeit kommt zum einen in den Konstellationen vor, in denen ein Verwaltungsträger mit einem anderen Verwaltungsträger (Land, Anstalt, Gemeinde, Kreis, Zweckverband etc.) zusammenarbeitet. Diese Fallkonstellationen werden bisweilen auch als Öffentlich-öffentliche-Partnerschaften (ÖÖP) oder Public-public-Partnership bezeichnet. Zum anderen finden sich in der Praxis häufig Beispiele, in denen ein Verwaltungsträger mit einem oder mehreren Privaten (natürliche oder juristische Personen) zusammenarbeitet (sog. Öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) oder Public-private-Partnership).

3. Institutionalisierte Verwaltungszusammenarbeit

Innerhalb des damit umrissenen Gesamtspektrums können Formen der institutionalisierten Verwaltungszusammenarbeit von Formen der nicht-institutionalisierten Verwaltungszusammenarbeit unterschieden werden. Im ersten Fall wird für die Zwecke der Zusammenarbeit eine eigene Organisationseinheit gebildet, die je nach Zusammensetzung der

¹ Hierzu auch *Martin Burgi*, Vergabe- und Wettbewerbsrecht als zusätzliche Maßstäbe für Verwaltungszusammenarbeit, ZG 2006, S. 189 (193).

Träger sog. gemischt-öffentliche² Organisationsformen (etwa Zweckverband oder Anstalt) oder gemischtwirtschaftliche Gesellschaften (z.B. als GmbH) darstellen.

Zweckverbände sind die bekannteste und häufigste Form institutionalisierter interkommunaler Kooperation, bei der sich kommunale Gebietskörperschaften zur gemeinsamen Erledigung einer bestimmten Aufgabe zusammenschließen. Sie haben in Deutschland eine lange Tradition.³ Mit ihrer Hilfe bewältigen mehrere Gemeinden oder Gemeindeverbände einzelne, von vornherein festgesetzte Aufgaben, z. B. die Wasserversorgung, die Abwasserentsorgung oder den Öffentlichen Personennahverkehr. Seiner Rechtsnatur nach ist der Zweckverband als Gemeindeverband eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Der Zusammenschluss kann in zwei verschiedenen Formen erfolgen: aufgrund eines freiwilligen öffentlich-rechtlichen Vertrags oder aufgrund verpflichtender Mitgliedschaft.

Da der Begriff Zweckverband ausschließlich für die kommunale Verwaltungszusammenarbeit verwendet wird, bietet sich zwecks besserer Abgrenzung für die vergleichbare Zusammenarbeit auf der Ebene Land-Land bzw. Land-Bund die Bezeichnung **Verwaltungsverbund** an.

4. Nicht-institutionalisierte Verwaltungszusammenarbeit

Neben den institutionalisierten Formen der Zusammenarbeit finden sich auch Formen einer nicht institutionalisierten Verwaltungszusammenarbeit. Hierbei entsteht keine zusätzliche Organisationseinheit mit eigenen Mitgliedschafts- oder Beteiligungsbeziehungen. Vielmehr arbeiten die verschiedenen Träger auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zusammen (sog. **Zweckvereinbarung oder öffentlich-rechtliche Vereinbarung**).⁴

Die nicht-institutionalisierte Verwaltungszusammenarbeit kann in Gestalt der Delegation (z.B. § 23 Abs. 1 Var. 1 GKG NW) oder der Mandatierung (z.B. § 23 Abs. 1 Var. 2 GKG NW) erfolgen. **Delegation** bedeutet die Übertragung von Rechten und Pflichten mit befreiender Wirkung, **Mandatierung** hingegen lediglich die Übertragung der Aufgabendurchführung.⁵ Die Mandatierung ist demnach die weniger einschneidende Kooperationsform, da die übertragende Gemeinde größere Einflussrechte behält, indem sie sich nicht aller Zuständigkeit und

² Nach den jeweiligen Landesgesetzen über die kommunale Zusammenarbeit – im folgenden seien beispielhaft die Vorschriften des Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit in NW (GKG NW) herangezogen – können Gemeinden und Gemeindeverbände „Aufgaben, zu deren Erfüllung sie berechtigt oder verpflichtet sind, nach den Vorschriften dieses Gesetzes gemeinsam wahrnehmen, § 1 Abs. 1 GKG NW.

³ Schon das Kommunalrecht Ende des 19. Jahrhunderts kannte Zweckverbände.

⁴ Vgl. etwa § 1 Abs. 2 GKG NW.

⁵ *Martin Burgi*, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, Der Landkreis 2005, S. 468 (468).

Kontrollrechte begeben muss bzw. darf. Sie bildet damit die überwiegend gewählte Form öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen.

Schließlich kann ein Verwaltungsträger auch im Wege der Vereinbarung mit einem Privaten zusammenarbeiten. Solche Vereinbarungen fallen in die Kategorie der **sog. funktionalen Privatisierung**. Als Grundlage hierfür kann ein öffentlich-rechtlicher oder ein privatrechtlicher Vertrag dienen.

II. Vergaberechtpflichtigkeit einzelner Kooperationsformen

Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit die unterschiedlichen Formen der Verwaltungszusammenarbeit vergaberechtlichen Regelungen unterworfen sind. Dies hätte insbesondere die Eröffnung eines Bieterwettbewerbes anhand vorher festzulegender Kriterien in einem strukturierten Vergabeverfahren zur Folge mit der möglichen Konsequenz, dass die Verwaltung mit einem ungewünschten Partner kooperieren müsste. Die damit verbundene massive Einschränkung der Autonomie bei der Partnersuche ist nicht gewollt, solange die Verwaltung durch Umorganisation im innerstaatlichen Bereich lediglich eine andere regelmäßig effektivere und effizientere Form der Aufgabenwahrnehmung – etwa nach dem Prinzip „Einer für alle (anderen)“ – wählen möchte.

1. Die Systematik des Vergaberechts im Überblick

a Das Kartellvergaberecht

Das Vergaberecht wird insbesondere durch die **Richtlinie 2004/18/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge bestimmt. Die nationalen Regelungen sind im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung und den Vergabe- und Vertragsordnungen bzw. Verdingungsordnungen (VOB, VOL, VOF) zu finden. Die für das Anwendungsfeld des gemeinschaftsrechtlich induzierten deutschen Vergaberechts und die Frage der Einschlägigkeit des Vergaberechts bei Verwaltungskooperationen maßgeblichen Vorschriften finden sich in den **§§ 97 – 101 des GWB**.

b Das haushaltsrechtliche Vergaberecht

Gem. § 100 Abs. 1 GWB gilt das Kartellvergaberecht nur für Aufträge, deren Wert bestimmte

Schwellenwerte erreichen oder überschreiten.⁶ Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte unterliegen außer allgemein verfassungsrechtlichen Anforderungen (insbesondere Art. 3 GG) den haushaltsrechtlichen Bestimmungen des Bundes und der Länder (§§ 55 BHO/LHO).

Soweit Aufträge die Schwellenwerte erreichen oder überschreiten, haben die Unternehmen gem. § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.

Die dem Gutachten zugrunde liegende Problematik der Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts ist mithin nur in Fallkonstellationen oberhalb der Schwellenwerte relevant.

2. Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts

Eine Verwaltungskooperation unterliegt den Vorschriften der §§ 97 ff. GWB, wenn diese als öffentlicher Auftrag zu werten ist. § 99 Abs. 1 GWB definiert öffentliche Aufträge als *„entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben [...]“*. Dabei ist der Unternehmensbegriff wie auch alle anderen Tatbestandsmerkmale europarechtskonform auszulegen. Entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch enthält der Begriff keine Begrenzung auf privatwirtschaftliche Organisationsformen. Vielmehr wird im europäischen Vergaberecht seit jeher ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde gelegt. Unternehmen ist, wie im deutschen Kartellrecht insgesamt, jede als Anbieter von Leistungen am Markt auftretende selbstständige Einheit.⁷ Eine Institution verliert ihre Qualifikation als Unternehmen nicht allein dadurch, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Einrichtung handelt⁸. Damit kann z. B. für eine kommunale Verwaltungsbehörde auch die Nachbarkommune Unternehmen im Sinne des § 99 GWB sein.

Ebensowenig wie es auf die Rechtsform des zu „beauftragenden“ Unternehmens ankommt, kommt es darauf an, ob die abzuschließende Vereinbarung im Einzelfall öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist.

3. Der funktionale Auftragsbegriff: In-house-Vergabe

Die Anwendung des Vergaberechts setzt staatliche Nachfrage von Waren, Bau- oder

⁶ Die Schwellenwerte sind in § 2 der auf der Grundlage von § 127 GWB ergangenen Vergabeverordnung (VgV) festgelegt.

⁷ EuGH v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, *Teckal / Viano*, Slg. 1999, S. I-8121 Rn. 42 f.

⁸ EuGH v. 13.10.2005, Rs. C-84/05, *Kommission / Königreich Spanien*.

Dienstleitungen voraus: Der Staat erbringt eine Leistung nicht selbst, sondern erwirbt sie am Markt. Für eine Beschaffung und Beauftragung ist eine Überschreitung der Grenze zwischen Staat und Gesellschaft (Wirtschaft) vonnöten.⁹ Dem Auftragsbegriff ist damit ebenso wie dem Auftraggeberbegriff eine funktionale Betrachtungsweise zugrunde zu legen. Nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen unter bestimmten Voraussetzungen „innerstaatliche“ Vorgänge, obwohl bei rein formaler Betrachtung ein Vertrag zwischen zwei selbständigen Personen zustande kommt. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) setzt diese Ausnahme voraus, dass der öffentliche Auftraggeber eine Einrichtung beauftragt, über die er **„Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“** ausübt“ und die **„im Wesentlichen für den Auftraggeber, der ihre Anteile innehat“**, tätig ist (sog. In-house-Rechtsprechung).¹⁰ In einem solchen Fall kann man davon ausgehen, dass eine Leistung gerade nicht am Markt eingekauft, sondern im eigenen staatlichen Bereich erbracht wird. Die Rechtsprechung stellt an die Erfüllung dieser Merkmale sehr hohe Anforderungen, so dass diese nur in seltenen Ausnahmefällen anzunehmen sind.

Das Merkmal **„Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“** wird vom EuGH so ausgelegt, dass als In-house-Geschäft kein Geschäft mit einer Institution gelten kann, an der privates Kapital beteiligt ist¹¹ oder eine private Kapitalbeteiligung vorgesehen ist.¹²

Weitere Voraussetzung eines vergabefreien In-house-Geschäfts ist, dass die beauftragte Institution **„im Wesentlichen für den (öffentlichen) Auftraggeber“** arbeitet. Nach einer neueren Entscheidung des EuGH ist das für den Auftrag vorgesehene Unternehmen im Wesentlichen für die Körperschaften und öffentlichen Einrichtungen tätig, wenn es insgesamt **90%** seiner Tätigkeiten für den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichtet, die ihre Anteile innehaben (EuGH, Urteil v. 19.04.2007, Rs. C-295/05).

Als **Zwischenbilanz** kann danach festgehalten werden: Vereinbarungen mit Institutionen mit privater Beteiligung oder bevorstehender privater Beteiligung unterliegen aus europarechtlichen Gründen dem Vergaberecht, sei es in Form der **institutionalisierten**, sei es in Form der **nicht-institutionalisierten Zusammenarbeit**. Dasselbe gilt für Vereinbarungen mit einer Institution, wenn diese in nicht nur unwesentlichem Umfang Tätigkeiten für andere

⁹ So auch *Martin Burgi*, Vergabe- und Wettbewerbsrecht als zusätzliche Maßstäbe für Verwaltungszusammenarbeit, ZG 2006, S. 189 (196).

¹⁰ EuGH v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, *Teckal / Viano*, Slg. 1999, S. I-8121 Rn. 50; EuGH v. 11.01.2005, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*; EuGH v. 13.10.2005, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, EuGH v. 10.11.2005, Rs. C-29/04, *Stadt Mödling*.

¹¹ EuGH v. 11.01.2005, Rs. C-26/03, *Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH / Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, NZBau 2005, S. 111 ff. Rn. 49 ff.

als den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichtet, die Träger der Institution sind.

4. Die OLG-Rechtsprechung zur Verwaltungszusammenarbeit

Ganz unabhängig von der Frage einer **privaten** Kapitalbeteiligung an einem der Vereinbarungspartner kommt die deutsche Rechtsprechung zum Teil zur Vergabepflichtigkeit bei bestimmten Formen der Kooperation.

So haben OLG Düsseldorf und OLG Frankfurt angenommen, dass das Vergaberecht auch auf eine **mandatierende Zweckvereinbarung unter öffentlich-rechtlichen Einheiten anzuwenden sei**. In beiden, den Beschlüssen zugrunde liegenden Fällen war die Abfallentsorgung, die bisher von einem Privatunternehmer erbracht worden war, im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nach dem jeweiligen Landesgesetz über die kommunale Zusammenarbeit gegen Entgelt auf eine Nachbargemeinde übertragen worden, ohne dass ein Vergabeverfahren durchgeführt worden war. Beide OLG hielten das Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB auf diesen Fall für anwendbar¹³.

Zudem hat das OLG Naumburg¹⁴ entschieden, dass auch **delegierende Zweckvereinbarungen** dem Vergaberecht unterliegen. In dem zu entscheidenden Fall hatte der Landkreis A alle Aufgaben als Entsorgungsträger einschließlich Haushaltsführung und Satzungsbefugnis auf den Landkreis B vor dem Hintergrund eines zu Beginn 2007 geplanten Zusammenschlusses der beiden Landkreise übertragen. Das Gericht entschied in der Sache zugunsten der privaten Entsorgungsunternehmen, die bisher für den Landkreis tätig waren. Trotz Übergangs der Satzungsbefugnis, trotz Fehlens jeglicher Privatisierungsabsicht, trotz unmittelbar bevorstehender Verwaltungsstrukturreform qualifizierte es die geschlossene Vereinbarung als dem Kartellvergaberecht unterfallenden öffentlichen Auftrag mit der Konsequenz der europaweiten Ausschreibung.

Vieles spricht allerdings dafür, dass das **Vergaberecht auch auf so genannte „delegierende Aufgabenübertragungen“** – Übertragung einer Aufgabe einschließlich dazugehöriger Zuständigkeit – **keine Anwendung** findet. Dabei handelt es sich um eine Maßnahme der Verwaltungsorganisation und nicht um den Einkauf einer Leistung.¹⁵

¹² EuGH v. 13.10.2005, Rs. C - 458/03, *Parking Brixen*, Rn. 70 f.

¹³ Beschluss des OLG Düsseldorf vom 05.05.2004, VII-Verg 78/03, und Beschluss des OLG Frankfurt vom 07.09.2004

¹⁴ OLG Naumburg v. 3.11.2005, 1 Verg 9/05.

¹⁵ In diesem Sinne auch OLG Düsseldorf v. 21.06.2006, Verg 17/06. Der EuGH hat diese Fallkonstellation noch nicht entschieden.

5. EU-KOM: Vergaberechtsfreiheit bei echter Zuständigkeitsübertragung (Delegation)

Auch die Europäische Kommission geht unter bestimmten Umständen davon aus, dass kein Beschaffungsakt und kein öffentlicher Auftrag vorliegt, wenn trotz Vorliegens der äußerlichen Merkmale eines öffentlichen Auftrags lediglich eine Organisationsentscheidung eines Mitgliedsstaats getroffen wird. Eine solche liegt vor, wenn eine Delegation aller Aufgaben vorgenommen wird. Eine reine Mandatierung allein ist dafür nicht ausreichend.

Der im Rahmen der Föderalismuskommission II **angehörte Sachverständige Martin Burgi** argumentiert in der gleichen Richtung, aber erheblich weiterführender, wenn er feststellt, dass die Öffentliche Hand, auch wenn sie im Wege der Delegation oder Mandatierung tätig wird, vergaberechtsfrei agieren kann, sofern die Art der Verwaltungszusammenarbeit auf der Grundlage eines Landesorganisationsgesetzes beruht und ohne Beteiligung Privater¹⁶ erfolgt. Als Grund wird angeführt, dass es hierbei nicht um Beschaffung, sondern um **Zuständigkeitsverteilung** gehe, mithin nicht um Akteurswettbewerb, sondern um **Institutionenwettbewerb**. Dieser sei vom Kartellvergaberecht nicht erfasst. Im Mittelpunkt solcher verwaltungsorganisatorischen Verschiebungen innerhalb der staatlichen Gesamtorganisation stehe nicht eine den Wettbewerb beeinträchtigende Drittbeschaffung, sondern eine spezifische Form der staatlichen Eigenleistung und -produktion. Insofern sei eine im Wege der kommunalen Zusammenarbeit nach dem Landes-Zusammenarbeitsgesetz einbezogene Nachbarkommune auch bei bloßer Vereinbarung (Delegation/Mandatierung) ebenso „in-house“ wie z.B. die Eigengesellschaft.

6. Stellungnahme

Die funktionale Betrachtung von Burgi überzeugt jedenfalls insoweit, als organisationsrechtlich durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes vorgegebene Aufgabenzuweisungen zwischen Verwaltungsträgern nicht dem Vergaberecht unterworfen sein dürfen. Indes bestehen nach dem bereits Ausgeführten Bedenken, ob eine solche Betrachtung letztlich vor den nationalen Gerichten oder dem EuGH Bestand haben wird.

a) *Fehlende Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Verwaltungsorganisation*

¹⁶ Lässt der Landesorganisationsgesetzgeber hingegen zu, dass Private in den Zweckverband oder eine Zweckvereinbarung einbezogen werden, so hat er selbst die Tür zum Akteurswettbewerb geöffnet und muss es hinnehmen, wenn bei einer Realisierung dieser Option das Kartellvergaberecht Anwendung findet.

Die Gemeinschaft besitzt keine Kompetenz für grundlegende, allgemeine Bestimmungen über die nationale Verwaltungsorganisation (Grundsatz der verfahrensmäßigen und organisatorischen Autonomie der Mitgliedstaaten).¹⁷ Es ist daher die eigene Entscheidung des Mitgliedstaats, ob er föderal oder zentralistisch organisiert ist. Diese Entscheidung respektiert die Gemeinschaft. Dem föderalistisch organisierten Mitgliedstaat dürfen aufgrund seiner innerstaatlichen Organisationsentscheidung keine Nachteile gegenüber zentralistisch organisierten Mitgliedstaaten entstehen. Würde aber in einem zentralistisch organisierten Staat ohne selbständige Untergliederungen (z.B. eigene Rechtspersönlichkeit nach Art der Länder und Kommunen) eine staatliche Behörde X mit einer staatlichen Behörde Y eine Kooperationsvereinbarung treffen, läge ein vergaberechtspflichtiger Beschaffungsvorgang schon deswegen nicht vor, weil es mangels eigener bzw. anderer Rechtspersönlichkeit der beteiligten Behörden an der notwendigen Personenverschiedenheit von Auftraggeber und Auftragnehmer fehlen würde. Würde man eine inhaltsgleiche Kooperationsvereinbarung zwischen zwei Kommunen oder zwischen einer Kommune und einem Land in Deutschland rechtlich anders beurteilen, könnte dies als Eingriff in die nationale Verwaltungsorganisationshoheit gewertet werden.

Die Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts darf daher nicht davon abhängen, ob ein Mitgliedstaat im Sinne einer zentralistischen oder einer föderalen Organisationsstruktur mit kommunaler Selbstverwaltung gewachsen ist. Sonst würden historisch bedingte Unterschiede im Staatsaufbau zu ungleichen Bedingungen für staatliche Akteure im Binnenmarkt führen.

Zwar darf der Staat seine Verwaltung nicht so organisieren, dass die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Dies ist allerdings bei einer so grundsätzlichen Entscheidung wie der Zulässigkeit bestimmter Kooperationsformen der Verwaltung untereinander nicht der Fall. Eine solche Grundsatzentscheidung ist ohne Bezug zum Gemeinschaftsrecht erfolgt. Die gesetzliche Verankerung bestimmter Kooperationsformen der Verwaltung untereinander vereitelt weder das Gemeinschaftsrecht noch wird seine Anwendung hierdurch wesentlich erschwert.

b) Keine Privatisierungspflicht

Zudem würde die Vergabepflichtigkeit solcher nationaler Kooperationsentscheidungen de facto

¹⁷ Bundesregierung, BT-Drs. 16/6112 S. 2 (FN 2); *Martin Burgi*, in: Erichsen / Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2002, § 51 Rn. 32; Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 10 EGV Rn 35 ff.; Kadelbach, Allg. Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, S. 110 f.; EuGH v. 15.12.1971, Rs. 54/71, International Fruit, Slg. 1971, 1107 Rn. 3/4; EuGH v. 12.05.1987, Rs. 374/85, Oscar Traen, Slg. 1987, 2141 Rn. 22.

auf eine Privatisierungspflicht hinauslaufen. Denn wann immer der Staat oder seine selbständigen Untergliederungen eine veränderte Aufgabenverteilung innerhalb der staatlichen Gesamtorganisation zwischen verschiedenen Gebietskörperschaften mit dem Ziel einer effizienteren Aufgabenerledigung anstreben, wäre diese Aufgabenwahrnehmung eine „Inanspruchnahme des Marktes“ und auszuschreiben. In Wahrheit ist es genau anders herum: Dem Staat steht es, wenn nicht ausdrückliche Liberalisierung erfolgt ist, **frei, ob er Leistungen selbst erbringen oder am Markt einkaufen will**. Aus dem Vergaberecht allein kann keine Liberalisierungspflicht oder gar eine Privatisierungspflicht entnommen werden. Es knüpft lediglich an bereits getroffene Privatisierungsentscheidungen an. Das Vergaberecht ist Privatisierungsfolgenrecht und enthält keine Reserveliberalisierungsregeln.

7. Zusammenfassung und Ergebnis

Das EG-Vergaberecht findet nach Maßgabe der In-house-Rechtsprechung **Anwendung**

- bei der institutionalisierten und der nicht-institutionalisierten Verwaltungszusammenarbeit unter jedweder **Beteiligung Privater**.

Das EG-Vergaberecht findet nach hiesiger Auffassung **keine Anwendung**

- bei der **institutionalisierten**, durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes vorgegebenen Verwaltungszusammenarbeit **ganz ohne Beteiligung Privater** (Zweckverband bei kommunaler Zusammenarbeit sowie Verwaltungsverbund bei der Zusammenarbeit der Länder untereinander oder der Länder mit dem Bund),¹⁸ wobei es nicht darauf ankommen kann, ob eine Verwaltungszusammenarbeit mit einer Zuständigkeitsübertragung in Form einer Delegation stattfindet.

Die Aufgabenübertragung im Wege der Mandatierung ist nach geltender Rechtslage vergaberechtspflichtig.

Der EuGH hat bzgl. der Fallkonstellationen ohne Beteiligung Privater noch nicht abschließend entschieden.

III. Gesamtergebnis

¹⁸ Entscheidend sind dabei die im Gemeinschaftsrecht geregelten Voraussetzungen sowie die durch die EuGH-Rechtsprechung entwickelten Kriterien, die unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls anzuwenden sind.

1. Handlungsbedarf

Die Möglichkeit der Zusammenarbeit der Länder untereinander und der Länder mit dem Bund durch Staatsvertrag oder Verwaltungsvereinbarungen hat sich in der Praxis als schwerfällig erwiesen. So konnte etwa Dataport¹⁹ – per Staatsvertrag 2004 zwischen Schleswig-Holstein und Hamburg als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts gegründet – sein Dienstleistungsangebot erst dann auf Mecklenburg-Vorpommern und Bremen erstrecken, nachdem diese der Anstalt als Träger per Gesetz zur Änderung des Staatsvertrages beigetreten waren. Kommunen dieser Länder können die Dienstleistungen von Dataport zudem nach der In-house-Rechtsprechung des EuGH – mangels Trägerschaft – nicht ohne weiteres vergaberechtsfrei in Anspruch nehmen. Eine Beitritt zur Trägerschaft ist nur in einem aufwändigen und langwierigen Verfahren (Neufassung des zugrunde liegenden Staatsvertrages und Ratifizierung durch alle Beteiligten) möglich.

Ein Bedürfnis nach Nicht-Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Inanspruchnahme von im Wege der Kooperation erbrachten Leistungen durch Rechtsträger wie im obigen Beispiel die Kommunen besteht in den Fällen nicht-institutionalisierter Verwaltungskooperation in Form der Delegation, aber insbesondere auch im Falle einer **Mandatierung**, da gerade bei der Zusammenarbeit der mit Hilfe von IT erfüllten Fachaufgaben – wie in vielen anderen Fällen auch – eine vollständige Übertragung der Aufgaben auf andere Körperschaften oder einen IT-Verwaltungsträger fachlich bzw. politisch nicht gewollt oder rechtlich nicht möglich ist.

2. Verhalten gegenüber Brüssel

Es gibt keinen als sicher und erfolgreich zu beschreibenden „Königsweg“ gegenüber den Gemeinschaftsorganen. Es gibt lediglich die Möglichkeit, in Brüssel geschlossen und mit Nachdruck den Anspruch zu vertreten, dass die Organisation des Staates ureigenes Thema der Mitgliedstaaten selbst ist und allein in deren Zuständigkeit liegt. Dazu gehört mit Blick auf den Subsidiaritätsgrundsatz vor allem auch, dass für jeden neuen Vorschlag der Europäischen Kommission die Gemeinschaftskompetenz und die Notwendigkeit einer gemeinschaftsweiten

¹⁹ Dienstleister für Informations- und Kommunikationstechnik der öffentlichen Verwaltung in Schleswig-Holstein, Hamburg und Bremen sowie für die Steuerverwaltung in Mecklenburg-Vorpommern. Das Unternehmen bietet seinen staatlichen und kommunalen Kunden eine breite Palette an Produkten und Dienstleistungen. Hierzu zählen u.a. Netzdienste für Sprach- und Datenübertragung, Fachanwendungen für Verwaltungsaufgaben, Datenschutz- und Datensicherheitskonzepte, IuK-Beschaffung und Schulungen. Für überregionale E-Government-Lösungen schafft Dataport eine einheitliche Infrastruktur. Außerdem betreut das IuK-Unternehmen die Clients seiner Kunden und stellt alle Arten des Server- und Verfahrensbetriebs in seinen Rechenzentren zur Verfügung. Seit dem 01.01.2006 betreibt Dataport in Rostock das "Data Center Steuern", das gemeinsame Rechenzentrum der Länder Hamburg, Schleswig-Holstein, Bremen und Mecklenburg-Vorpommern für die Fachverfahren der Steuerverwaltung.

Regelung nicht nur behauptet, sondern auch von ihr dargelegt wird. Dies ist auf allen Ebenen und in allen betroffenen Fachbereichen gegenüber der Kommission und – soweit erforderlich – in Gerichtsverfahren entschieden und mit entsprechend überzeugender Begründung vorzutragen. Insbesondere wird in diesem Zusammenhang darauf zu achten sein, dass ein hinreichendes Verständnis für die föderalen Strukturen Deutschlands vermittelt wird.

3. Änderung des Grundgesetzes

Wegen des vom EuGH entwickelten Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auch vor deutschem Verfassungsrecht können Änderungen im Grundgesetz oder im deutschen Vergaberecht nicht die Einschlägigkeit des EG-Vergaberechts ausschließen. Eine Verfassungsnorm kann nach der Rechtsprechung des EuGH keinen Vorrang vor dem europäischen (Vergabe-)Recht beanspruchen. Damit wäre eine Regelung im Grundgesetz, welche die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf bestimmte Formen der Verwaltungszusammenarbeit ausdrücklich ausschließen würde, gemeinschaftswidrig. Bei Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht greift der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und führt insbesondere zu folgenden rechtlichen Konsequenzen: Soweit die Regelung dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, ist sie im konkreten Fall nicht anwendbar. Gleichzeitig wäre Deutschland verpflichtet, die europarechtswidrige Norm aufzuheben. Zudem kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland einleiten.

In Frage steht damit allein die **Zweckmäßigkeit** einer grundgesetzlichen Regelung, welche den Verwaltungsverbund, also die Verwaltungszusammenarbeit der Länder untereinander oder mit dem Bund, ggf. beschränkt auf einzelne Gebiete wie IT-Dienstleistungen, verankern würde. Damit wäre die Zusammenarbeit nicht mehr – wie bislang – nur aufgrund eines Staatsvertrages oder einer Verwaltungsvereinbarung zulässig, sondern auch auf der Grundlage eines sodann ergehenden Gesetzes, das die Einzelheiten der Zusammenarbeit regeln würde. Die Einführung einer solchen Regelung wird ohnehin in der Föderalismuskommission erörtert.

Eine solche Regelung kann zwar wegen des oben dargestellten Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht die Wirkung haben, die Anwendbarkeit des Vergaberechts auszuschließen. Es stellt sich aber die Frage, ob eine solche Regelung positive Auswirkungen auf die hier geschilderte, vom EuGH noch nicht abschließend entschiedene, vergaberechtliche Problematik entfalten könnte.

Aus Sicht BMI, BMWi und BMF würde eine solche grundgesetzliche Regelung mit Blick auf das Vergaberecht eine positive Reflexwirkung insoweit entfalten können, als dass eine solche

Norm den **Willen des Verfassungsgebers verdeutlichen** würde, dass die zu regelnden Formen der Verwaltungskooperation eine **verfassungsrechtlich erwünschte** Organisationsform darstellen würden (in einem Bundesgesetz wären sodann die Einzelheiten zu regeln, ob, in welchem Umfang und in welcher Form diese Formen der Zusammenarbeit organisationsrechtlich verbindlich sind).

Wann die Grenze zur Anwendbarkeit des Vergaberechts überschritten ist, hängt von der Bewertung ab, wann der Staat den innerstaatlichen Bereich verlassen und sich dem Markt geöffnet hat. Solange der Staat nur innerstaatliche Organisationsentscheidungen trifft und sich dafür entscheidet, eine **Leistung nunmehr auf andere Art und Weise, namentlich durch Kooperation, als bisher alleine zu erbringen, hat er die Grenze zur Marktöffnung nicht überschritten**. Eine grundgesetzliche Regelung würde diese Grenzziehung unterstreichen.

Zudem würde die Einführung einer solchen Regelung im Grundgesetz als Signal gegenüber den zur Entscheidung von Vergaberechtsstreitigkeiten berufenen nationalen Gerichte wirken.