



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund



Kommunaler Spitzenverband
in Deutschland und Europa

www.dstgb.de

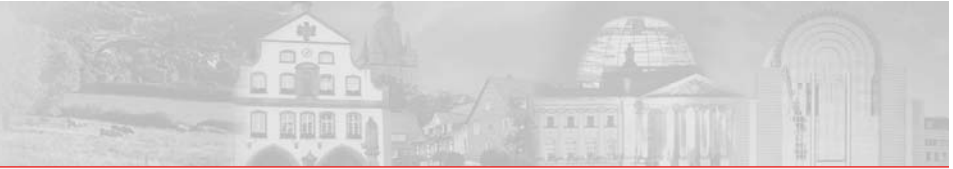


DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund

EU-Rechtsentwicklung: Interkommunale Zusammenarbeit, ÖPP und Dienstleistungs- konzessionen

Beigeordneter Norbert Portz
Deutscher Städte- und Gemeindebund



▶ **A. Interkommunale Zusammenarbeit versus Privatisierung**

I. Gründe für den Bedeutungszuwachs

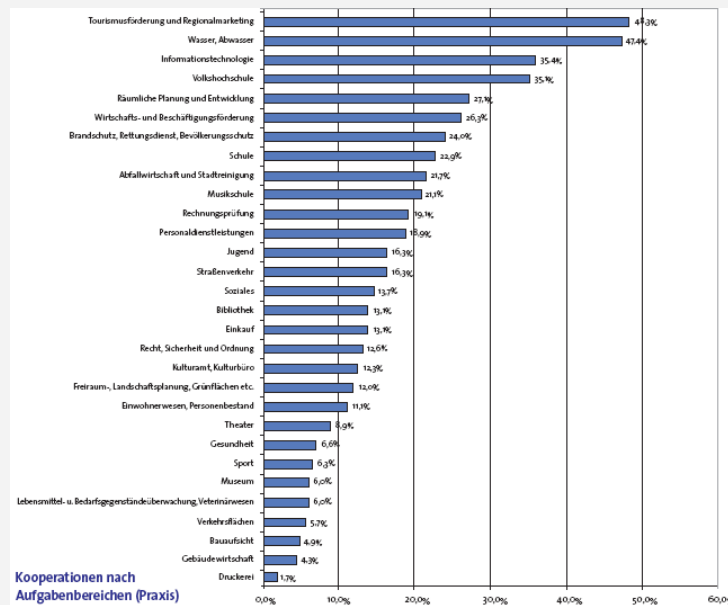
- 1. Demografie / Finanzsituation der Kommunen**
- 2. Kostensenkung / Erhalt der Leistungsvielfalt**
- 3. Gewährleistung von Bürgernähe / Legitimation**



▶ **II. Interkommunale Kooperation: Alternative zur Privatisierung**

- 1. Formelle Privatisierung:
Bsp.: 100 %-ige kommunale Eigengesellschaft (GmbH) übernimmt Abfallentsorgung**
- 2. Materielle Privatisierung:
Komplette Eigentums- und Verantwortungsübertragung**
- 3. Vertragsprivatisierung:
Bsp.: Kommune überträgt Abfallentsorgung auf Private**
- 4. PPP (ÖPP-)Modelle (Beispiel):
51 % Kommunal-, 49 % Privatanteil bei Entsorgungs-GmbH**

III. Hauptfelder interkommunaler Zusammenarbeit



B. Hauptformen interkommunaler Zusammenarbeit

I. Zweckverband / AöR / Kommunalunternehmen = Institution

1. Zweckverband (Bsp.: §§ 4 ff. GkG NW):

- Zusammenschluss von Kommunen / Privaten
- Aufgabenerfüllung geht auf Zweckverband über

2. Anstalt öffentlichen Rechts (AöR)

3. Kommunalunternehmen in Privatrechtsform (GmbH, AG)



▶ **II. Öffentlich-rechtliche Vereinbarung = Nicht institutionell**

1. **Mandatierende ö.-r. V.: Aufgabenwahrnehmung in fremdem Namen („Beauftragung“: Rechte / Pflichten bleiben bestehen)**
2. **Delegierende ö.-r. V.: Komplette Aufgabenübertragung auf „ausführende“ Kommune (Übergang von Rechten / Pflichten)**



▶ **III. Interkommunale Kooperation und Vergabe:
EuGH-Rechtsprechung**

EuGH-Fall „Spanien“:

1. **Generelle – gesetzliche - Nichtausschreibung öffentlicher Kooperationen ist EU-rechtswidrig**
2. **Grund: Vergaberecht gilt bei entgeltlichem Vertrag zwischen AG und AN über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen**



► **C. Kein Vergaberecht bei vertikalem In-House-Geschäft**

I. „In-House-Geschäft“ nach EuGH („Teckal“, Coditel“ etc.):

- 1. Kommune(n) übt(en) über Einrichtung „Kontrolle“ aus wie über ihre eigenen Dienststellen und**
- 2. diese Einrichtung übt ihre Tätigkeit im „Wesentlichen“ für Kommune(n) aus, die ihre Anteile innehat(ben); ca. 90 %**



► **II. Kontrolle (In-House-Geschäft) bei Beauftragung eines gemeinsam getragenen Zweckverbands (Institution)**

- 1. OLG Düsseldorf vom 21.06.2006: „Regio Entsorgung“**
- 2. EU-Kommission vom 21.03.2007: Übertragung auf gemeinsamen Zweckverband erfordert kein Vergaberecht**



▶ **III. Öffentlich kontrollierte Aktiengesellschaft ist In-House-fähig (EuGH vom 10.09.2009 „Sea“). Voraussetzung:**

1. Einflussnahme auf strategische Ziele und auf
2. Wichtige Entscheidungen



▶ **IV. Keine Kontrolle / Kein In-House**

1. Private Minderheitsbeteiligung (EuGH „Stadt Halle“)
2. Keine doppelte Ausschreibung bei Beauftragung gemischt-wirtschaftlicher Gesellschaft (EuGH „Acoset“)
3. Anders: Wesentliche Veränderung des Gesellschaftszwecks
4. Aber: Reine Möglichkeit der Gesellschaftsöffnung für Private lässt „In-House“-Möglichkeit nicht entfallen (EuGH „Sea“)



- **V. Kriterium „Wesentlichkeit“ nach OLG Celle vom 29.10.2009**
1. **7,5 %-iges Drittgeschäft (Umsatz) begründet Ausschreibung**
 2. **Umsätze 100 %-iger Tochtergesellschaften: Einbeziehung bei konsolidiertem Abschluss beider Gesellschaften**



- **VI. Vergaberechtspflicht bei horizontaler öffentlich-rechtlicher Vereinbarung = Nicht institutionell**
1. **OLG Düsseldorf (VergabeR 2004, 619 ff.) und OLG Frankfurt/M. (VergabeR 2005, 80 ff.): Mandatierung**
 2. **OLG Naumburg vom 03.11.2005 / 02.03.2006:**
 - **Trotz Delegation: Vergaberecht**
 - **Kommune: „Auftreten wie ein Privater am Markt“**
 - **Kein Vergaberecht: Verwaltungsmonopol**



► **D. Kommunale Kooperation und DI-Konzessionen**

1. **Definition und Grundsätze (Art. 1 Abs. 4 EU-VKR):**

„Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur 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.“

2. **DI-Konzessionen: Keine Vergabe, aber EU-Primärrecht (Transparenz, Wettbewerb, Nichtdiskriminierung)**



► **Definition und Grundsätze**

3. **EuGH vom 10.09.2009 („Zweckverband Gotha“):**

- **Anschluss- und Benutzungszwang in der Wasserwirtschaft schließt Dienstleistungskonzession nicht aus**
- **Keine zu großen Anforderungen an wirtschaftliches Risiko**
- **Entscheidend für DI-Konzession: Entgelt von Dritten**



► Definition und Grundsätze

4. Übertragung der In-House-Kriterien auf DL-Konzessionen:

- EuGH vom 13.10.2005 („Parking Brixen“ / 100 % Stadtwerke) sowie EuGH „Acoset“
- Bei In-House (Komplette Kontrolle ohne private Beteiligung):
Für DL-Konzession gilt auch kein EU-Primärrecht



► E. Früher: Es gab einen Wertungswiderspruch!

I. Kein Vergaberecht bei vertikalem In-House-Konstrukt, aber

II. Vergaberecht bei horizontalem Vertrag zwischen Kommunen

III. Kommunale Position:

1. „In-House“: Nicht abschließend / Verzicht auf Kontrolle
2. Grund: Keine Beschaffung auf dem – externen – Markt
3. GWB-Novelle 2009 hat keine gesetzliche Lösung gefunden



► **F. EuGH vom 09.06.2009: „Stadtreinigung HH“= SRH**

I. Sachverhalt

- 1. Abfallentsorgungsvertrag SRH – 4 Landkreise über 20 Jahre (Gemeinsamer „Regionaler Entsorgungsverbund“)**
- 2. Gegenseitige Verpflichtungen: Bereithaltung / Lieferung von 120 000 t/Jahr Abfall / Bau MVA / Keine Gewinnerzielung**



► **II. Die EuGH-Entscheidung**

- 1. Vergaberecht gilt, wenn DI-Erbringer Körperschaft öffentlichen Rechts ist („Spanien“)**
- 2. Ausnahme: Kontrolle / Wesentlichkeit („Teckal“, „Halle“)**
- 3. Hier: Keine Kontrolle (Rn 36)**
- 4. Aber: Zusammenarbeit von Kommunen bei „ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgaben“: Abfall (Rn 37)**
- 5. Gegenseitige Pflichten / Notfallregeln / Synergien (Rn 41, 42)**
- 6. Keine Haftung / Kein Gewinn durch SRH (Rn 39, 43)**



▶ **III. EuGH-Kernaussagen / Schlussfolgerungen**

1. **EU-Recht schreibt für interkommunale Zusammenarbeit keine spezielle Rechtsform vor! (Rn 47)**
2. **Keine Ungleichbehandlung / Beteiligung Privater (Rn 47)**



▶ **EuGH-Kernaussagen / Schlussfolgerungen**

3. **Gemeinsame öffentliche Aufgabenerfüllung / Zusammenarbeit als maßgebliches Kriterium / Orientierung:**

(1) Öffentliche Aufgabe / Öffentliche Interessen (Indizien):

- § 98 Nr. 2 GWB: Allgemeininteresse / Nichtgewerblicher Art
- Lissabon Vertrag: Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse
- Definition „öffentlicher Zweck“: Gemeindeordnung der Länder

(2) Gegenseitige Leistungserbringung / Zusammenarbeit



▶ **IV. Weitere Rechtsklarheit erforderlich?**

1. **BGH legt im Vergaberecht primär nationales Recht (GWB) aus (Beschluss vom 01.12.2008 „Rettungsdienstleistungen“)**
2. **Folge: GWB- Änderung zur Klarstellung erforderlich (s. auch EuGH, 15.10.2009: „Datenzentrale Baden-Württemberg“)**
3. **Anknüpfen an GWB-Entwurf 2009 (Verzicht auf „Kontrolle“)**



▶ **Weitere Rechtsklarheit erforderlich?**

4. **Zusätzliche EU-Rechtsakte notwendig?**
 - **EU-Parlament vom 18.05.2010 (Rühle-Bericht / KSpVerb)**
 - **Keine zusätzliche EU-Rechtsakte (Richtlinien) in Bereichen ÖÖP, ÖPP und EU-Dienstleistungskonzession erforderlich**
 - **Grund: Klarstellungen durch EuGH erfolgt / Flexibilität wahren**



- ▶ **G. Reaktion der EU-Kommission vom 08.10.2009 (IP 09/1465 und IP 09/1462) auf EuGH-Rspr.**
 - I. Einstellung von Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen vertikaler (In-House) Kooperationen**
 - 1. Öffentlich-öffentliche Kooperation im Abfallbereich zwischen Landkreis und kommunaler Gesellschaft (Kreisanteil: 6,25 %)**
 - 2. Öff.-öff. Kooperation bei Software- Lieferung und Wartung zwischen HH und Dataport (AöR: HH ist Miteigentümer)**



- ▶ **II. Einstellung wegen horizontaler Kooperationen**
 - 1. (Horizontale) Öff.-öff. Kooperation zwischen Landkreisen und Zweckverbänden in Rheinland-Pfalz in der Abfallbeseitigung**
 - 2. (Horizontale) Öffentlich-öffentliche Vereinbarung zwischen KDVB Rhein-Erft-Rur und KRZ Minden-Ravensberg/Lippe über Lieferung und technischen Betrieb einer Softwareanwendung**



▶ H. Fazit

- I. Horizontale Verträge (ÖÖP) können vergaberechtsfrei sein!
- II. Genereller Verzicht auf Kontrollkriterium?
- III. „Gemeinsame öffentliche Aufgabenerfüllung“ (Zusammenarbeit) bedarf der Konkretisierung / Einzelfall entscheidend!
- IV. Alternative Durchführung einer Ausschreibung prüfen!
- V. EU-Dienstleistungskonzession: Regelungsbedarf umstritten / EU- Kommission hat Konsultationsverfahren eingeleitet
- VI. Weitestgehende Klarheit: ÖPP und Vergaberecht



Autor | Beigeordneter Norbert Portz

Fon +49 | 0228 95962-20

Fax +49 | 0228 95962-22

August-Bebel-Allee 6
53175 Bonn

norbert.portz@dstgb.de

www.dstgb.de

