

Nachgefragt

Hindernis für kommunale Kooperationen

► Das Oberlandesgericht Düsseldorf wendet das Vergaberecht auch auf Kooperationen zwischen Kommunen an. Welche Folgen hat dies in der Praxis?

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat entschieden, daß eine Stadt nicht nur Aufträge an Private ausschreiben muß; auch Leistungen zwischen Kommunen unterliegen dem Vergaberecht (Beschluß vom 5. Mai 2004 – VII Verg 78/03). Kommunen können also nicht mehr frei zwischen interkommunaler Zusammenarbeit und Privatisierung wählen. Will eine Stadt etwa in der Abfallsorgung Kapazitäten der Nachbarstadt nutzen, muß sie den Auftrag ab einem Volumen von 200000 Euro zuvor europaweit ausschreiben; sie darf sich nur für die interkommunale Lösung entscheiden, wenn deren Wirtschaftlichkeit im Verfahren nachgewiesen ist.

Das OLG erzwingt damit einen „Wettbewerb der Systeme“, der privatisierungsfreundlich wirkt. Aber die Entscheidung birgt ein hohes Risiko: Wenn interkommunale Kooperationen nur noch nach europaweiten Vergabeverfahren möglich sind, werden viele Kommunalpolitiker lieber auf Umstrukturierungen verzichten, bevor sie gegen ihren Willen privatisieren müssen. Das gibt Anlaß, die Entscheidung auch in ihrer rechtlichen Begründung zu prüfen: Der Vergabesenat meint, ein Auftrag an eine andere Stadt sei eine Beschaffungsmaßnahme. Im entschiedenen Fall wollte eine Stadt das Altpapier durch die Nachbarkommune sammeln und transportieren lassen. Obwohl es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nach dem Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit handelte, mußte die Stadt – so das OLG – ausschreiben. Eine Rekommunalisierung sei nur vergabefrei, wenn die Kommune die Leistung „selbst oder durch eine eigene Tochtergesellschaft“ erbringe.

Hier stellen sich einige Fragen: Handelt es sich tatsächlich um eine vergabepflichti-

ge Beschaffung am Markt, wenn öffentlich-rechtliche Körperschaften Aufgaben bündeln, statt jede Leistung selbst zu erbringen? Werden nicht vielmehr Aufgaben innerhalb der Staatsorganisation mit einem vergabefreien „In house“-Geschäft verlagert, wenn Kommunen ihre Leistungen austauschen und die eine beispielsweise das Altpapier, die andere den Bioabfall sammelt? Müssen nicht die Städte nach Artikel 28 Absatz 2 Grundgesetz frei entscheiden, ob sie Leistungen privatisieren oder – in Aufgabenteilung mit Nachbargemeinden – durch kommunale Mitarbeiter erfüllen?

Es wäre wünschenswert gewesen, wenn die deutsche Rechtsprechung hier die Spielräume des EU-Vergaberechts genutzt hätte. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner grundlegenden Entscheidung zu vergabefreien „In house“-Geschäften (Urteil vom 18. November 1999 – C-107/98 „Teckal“) interkommunale Kooperationen zugelassen. Er hielt es für zulässig, daß die italienische Gemeinde Viano Energie- und Wartungsleistungen an diese kommunale Gesellschaft vergab, an der sie selbst mit weniger als einem Prozent beteiligt war. Wenn aber diese Konstellation vergaberechtsfrei zulässig ist,



Ute Jasper
Rechtsanwältin

muß dies auch für andere interkommunale Kooperationen gelten, selbst wenn sie nicht den Umweg über eine gemeinsame Gesellschaft gehen. Entscheidend ist, daß keine Beschaffung am Markt, sondern eine Aufgabenverlagerung im Innenbereich des Staates vorliegt. Allerdings hilft die Kritik in der Praxis wenig, denn der Beschluß des OLG ist rechtskräftig. Er wird interkommunale Kooperationen weiter verzögern. Kaum ein Stadtrat wird sich für eine teure und zeitaufwendige europaweite Ausschreibung entscheiden, wenn er eigentlich nur die Überkapazitäten der Nachbarstadt nutzen will. In Zeiten knapper Mittel ist das sehr bedauerlich.

Dr. Ute Jasper ist Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf. Foto privat