



universität
wien

MASTER-THESIS

Titel der Master-Thesis

Zur Zulässigkeit der vergaberechtsfreien
interkommunalen Zusammenarbeit in der EU

verfasst von

Mag. iur. Nina Köhl

angestrebter akademischer Grad

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2015

Universitätslehrgang:

ULG Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 992 548

Betreut von:

o.Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....	1
1.1. Problemstellung	1
1.2. Fragestellung und Zielsetzung	4
2. Interkommunale Zusammenarbeit	5
2.1. Begriff.....	5
2.1.1. Vertikale Zusammenarbeit.....	7
2.1.2. Horizontale Zusammenarbeit.....	9
2.2. Gestaltungsformen interkommunaler Zusammenarbeit.....	10
2.2.1. Informelle Zusammenarbeit und rechtliche verbindliche Kooperationsformen	11
2.2.2. Institutionalisierte Kooperationsformen des öffentlichen Rechts.....	11
2.2.3. Institutionalisierte Kooperationsformen des Privatrechts.....	13
2.2.4. Vertragliche Kooperationsformen	14
2.3. Interkommunale Zusammenarbeit als vergabefreien Raum	15
2.3.1. Entwicklung der Rechtsprechung des Ausnahmestatbestandes	15
2.4. Anwendbarkeit des Vergaberechts	22
3. Aufgabe und Aufgabenwahrnehmung im Rahmen der IKZ.....	25
3.1. Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe	25
3.1.1. Einordnung des Begriffs der öffentlichen Aufgabe im allgemeinen Interesse	27
3.1.2. Gesetzliche Normierung der öffentlichen Aufgabe	38
3.2. Gemeinsame Aufgabewahrnehmung.....	42
3.2.1. Aufgabenträger	43
4. Reformen für die interkommunale Auftragsvergabe.....	51

4.1. Das neue Richtlinienpaket	51
4.1.1. Ziele der Vergaberechtsreform	52
4.1.2. Aufgabe des Richtlinienpakets	52
4.2. Ausgewählte Reformpunkte aus kommunaler Sicht.....	53
4.2.1. Interkommunale Zusammenarbeit auf horizontaler Ebene.....	54
4.2.2. Interkommunale Zusammenarbeit auf vertikaler Ebene.....	57
5. Schlussbetrachtung.....	61
6. Literaturverzeichnis	65

Vorwort

Anlassgebend für das Thema dieser Master Thesis war die Einführungsvorlesung von Herrn Prof. Dr. Aicher, in der er die wohl berühmteste Judikatur im Zusammenhang mit der interkommunalen Zusammenarbeit erörterte, die Rs *Stadtreinigung Hamburg*. Bei diesem möchte ich mich bedanken, dass er so schnell und positiv auf meinen Themenvorschlag reagiert hat sowie mir mit Judikaturhinweisen den Einstieg in das europäische Vergaberecht erleichtert hat. Auch für sein Vertrauen in das eigenständige wissenschaftliche Arbeiten meiner Person bin ich ihm dankbar.

Zudem möchte ich meiner Familie und meinem Freund danken, die mich immer wieder unterstützt haben und mir so Motivation und Selbstvertrauen gegeben haben, diese Arbeit zügig zu schreiben und das LL.M Studium in dieser Weise durchzuziehen.

Zusammenfassung / Abstract

Die Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit die Zusammenarbeit öffentlicher Stellen zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung in Form von interkommunalen Kooperationen dem Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts unterfällt. Einleitend wird der Begriff der interkommunalen Zusammenarbeit definiert und ein Überblick über die Organisationsgestaltungen interkommunaler Zusammenarbeit gegeben. Im Hauptteil werden auf der Grundlage aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH allgemeingültige Voraussetzungen für Konstellationen der horizontalen kommunalen Zusammenarbeit abgeleitet, bei deren Vorliegen von einer ausnahmsweisen vergaberechtlichen Privilegierung auszugehen ist. Schließlich werden überblicksmäßig die wesentlichen Reformpunkte für die interkommunale Auftragsvergabe in den neuen EU-Vergaberichtlinien skizziert, die Ausnahmeregelungen für die Zusammenarbeit öffentlicher Stellen vorsehen.

Abkürzungsverzeichnis

ABl Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen,
Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen

AEUV Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

AG Auftraggeber,-in

AN Auftragnehmer,-in

ApG Apothekengesetz

Art Artikel

BGBI Bundesgesetzblatt

bspw beispielsweise

BVA Bundesvergabeamt

BVergG Bundesvergabegesetz 2006 BGBl I 2006/17

B-VG Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1

bzw beziehungsweise

DÖV Zeitschrift für öffentliches Recht und Wirtschaftswissenschaften (Nummer/Jahr, Seite)

E Entscheidung,- en

ecolex Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht

EG Europäische Gemeinschaft(-en)

endg endgültig

EP Europäisches Parlament

EU Europäische Union

EuGH Gerichtshof der Europäischen Union

EUV Vertrag über die Europäische Union

EuZW Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)

EWG Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

f und der, die folgende

ff und der, die fortfolgenden

FN Fußnote

GA Generalanwalt/ Generalanwältin

gem gemäß

GWZ Zeitschrift für Gemeinwirtschaft (Heft/Jahr, Seite)

Hrsg Herausgeber, -in

idF in der Fassung

IKZ interkommunale Zusammenarbeit

iSd im Sinne des, - der

JRP Journal für Rechtspolitik (Heft/Jahr,Seite)

KG Kapitalgesellschaft

KOM Kommission

lit litera (Buchstabe)

mbh mit beschränkter Haftung

mE meines Erachtens

Nr Nummer

NVwZ (deutsche) Neue Verwaltungszeitschrift (Jahr, Seite)

NzBau (deutsche) Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (Heft/Jahr, Seite)

OG Offene Gesellschaft

ÖGZ Österreichische Gemeinden-Zeitung (Jahr/Heft, Seite)

PPP Public-Public Partnership

RFG Recht & Finanzen der Gemeinden (Jahr/Nummer, Seite)

RL Richtlinie

Rn Randnummer

Rs Rechtsache

Rsp Rechtsprechung

Rz Randziffer

S Satz

Slg Sammlung der Rechtsprechung des EuGH

sog sogenannte, -n

u und

ua a) und andere, -s

b) unter anderem

UAbs Unterabsatz

usw uns so weiter

v vom

vgl vergleiche

VergabeR Zeitschrift für Vergaberecht (Heft/Jahr, Seite)

VO Verordnung

VwGH Verwaltungsgerichtshof

wbl Wirtschaftsrechtliche Blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches
Wirtschaftsrecht (Jahr/Nummer)

Z Ziffer

ZfBR Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (Jahr, Seite)

ZögU Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (Nummer/Jahr,
Seite)

ZVB Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht (Jahr/Nummer, Seite)

1. Einleitung

1.1. Problemstellung

Die Gemeinde nimmt innerhalb der öffentlichen Verwaltung eine zentrale Position ein. Diese Gebietskörperschaft stellt die unterste Ebene der Leistungserbringung dar und zeichnet sich somit gegenüber anderen besonders durch ihre Bürgernähe aus.¹ In den von der Gemeinde zu besorgenden Aufgaben spielt der Bereich der Daseinsvorsorge eine bedeutende Rolle, umfasst doch die kommunale Daseinsvorsorge all jene Verwaltungsaufgaben, welche der Sicherung der Lebensgrundlagen der Menschen vor Ort dienen. Die Zuständigkeit der Gemeinden erstreckt sich innerhalb dieses örtlichen Rahmens auf beinahe alle Sektoren der Daseinsvorsorge.² Aus zwingenden Gründen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit erfüllen Gemeinden oder andere Gebietskörperschaften ihre Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge zunehmend mit Privaten oder mit anderen Gemeinden bzw Gebietskörperschaften (interkommunale Zusammenarbeit), etwa im Rahmen öffentlich-rechtlicher Kooperationsformen oder durch Gründung von gemischt- öffentlichen Gesellschaften. Eine derartige überörtliche Kooperation dient der Optimierung administrativer und ökonomischer Strukturen, insbesondere durch die gemeinsame Planung, Bündelung von Ressourcen und Nutzung von Größenvorteilen.³

Dadurch, dass es durch die Kooperation der jeweiligen Gebietskörperschaft mit einer von ihr verschiedenen Einrichtung zu einer externen, vertraglichen Leistungsbeziehung führen kann, kann es zur Anwendung des Vergaberechts kommen. Umgekehrt kann eine derartige Kooperationsmaßnahme vom Vergaberecht ausgeschlossen werden, wenn sie funktionell nur eine organisationsinterne Maßnahme ist. Da dieses Privileg der Vergaberechtsfreiheit für eine interkommunale Zusammenarbeit (im Folgenden: IKZ) von Bedeutung ist, ist es bei der Festlegung der Zulässigkeit und Grenzen der Ausnahme seitens des europäischen Gesetzgebers und des Gerichtshofs erforderlich, eine ausgewogene Balance zwischen der

¹ Vgl Öhlinger, Die österreichischen und die Europäische Union, in: *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 3f.

² Vgl Binder, Die Daseinsvorsorge der Gemeinde, in: *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg), Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 105 ff.

³ Vgl Krohn, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, NzBau 10/2006, 610 (610).

Notwendigkeit der Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften und der effektiven Anwendung des Vergaberechts herzustellen.⁴

In der vielbeachteten EuGH Rs *Stadtreinigung Hamburg*⁵ hat der europäische Gerichtshof (im Folgenden: EuGH) die Zulässigkeit einer vergaberechtsfreien IKZ unter Erfüllung gewisser Kriterien als zulässig erachtet⁶, sofern die darauf basierenden Verträge ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater geschlossen werden, kein privater Dienstleistungserbringer besser gestellt wird als seine Wettbewerber und die darin vereinbarte Zusammenarbeit nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.⁷ Der EuGH bestätigte ausdrücklich, dass diese Kriterien des Ausnahmetatbestands im Rahmen der vergaberechtsfreien IKZ kumulativ vorliegen müssen.⁸ Damit werfen die Kriterien noch viele Abgrenzungsfragen auf.⁹

Besonders schwierig gestaltet sich meiner Meinung nach die Bestimmung des Aufgabenbegriffs für eine vergaberechtlich privilegierte IKZ, deswegen liegt darauf der Forschungsschwerpunkt. Die in der Leitentscheidung getroffene Feststellung, dass der Gegenstand der Zusammenarbeit die Wahrnehmung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe ist¹⁰, lässt unbeantwortet, welche Qualität (gesetzliche Normierung, notwendiger Bezug zu Unionsrecht) diese haben muss und ob es sich bei der Aufgabe um eine Pflichtaufgabe eines Kooperationspartners handeln muss.¹¹

⁴ Vgl. Müller, Interkommunale Zusammenarbeit im Wege der In-House-Vergabe? ZVB 2007/49, 197 (197f).

⁵ EuGH, Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Slg 2009, I-4747.

⁶ Vgl. Brakalova, Vergaberecht: Interkommunale Zusammenarbeit – Piepenbrock, EuZW 2013, 591 (593).

⁷ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 44ff.

⁸ Vgl. EuGH, Rs C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u.a.* (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 36.

⁹ So auch Eisner/Fruhmann, Öffentlich-öffentliche Vergabe: zum „Aufgaben“-Begriff der Ausnahme, ZVB 2013/115, 382 (383).

¹⁰ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 46.

¹¹ Fruhmann, Die neue Ausnahme für öffentlich-öffentliche Vergaben gemäß der Allgemeinen Ausrichtung des Rates, in: Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg), FS für Fridhelm Marx, Wettbewerb- Transparenz- Gleichbehandlung 15 Jahre GWB- Vergaberecht (2013) 161.

Der EuGH hatte in der Rs *Lecce*¹² zu klären, ob es sich um eine Vereinbarung in Bezug auf Tätigkeiten im Allgemeininteresse handelt. Dem Verfahren lag der direkte Abschluss eines Beratungsvertrags zwischen einem örtlichen Sanitätsbetrieb und einer Universität über die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit von Krankenhäusern zu Grunde.¹³ Der EuGH verneinte in diesem Fall das Vorliegen eines vergaberechtsfreien Vertrages, da von den Vertragspartnern keine gemeinsam obliegende öffentliche Aufgabe wahrgenommen wird.¹⁴ Relativ neu in dem Kontext ist die Rs *Piepenbrock*¹⁵, in der der EuGH Dienstleistungen der Gebäudereinigung als ausschreibungspflichtig erachtete¹⁶ und die auf die Zusammenarbeit aufbauende Wahrnehmung einer gemeinsamen Gemeinwohlaufgabe verneint.¹⁷ Trotz der (vorhin erwähnten) Judikatur zum Aufgabenbegriff bleibt damit weithin ungeklärt, was unter einer allen an der Zusammenarbeit Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe im Allgemeininteresse zu verstehen ist.¹⁸ Welche Aufgabenbereiche fallen unter den Begriff der öffentlichen Aufgaben im Allgemeininteresse?

Neben dem Aufgabenbegriff ist auch das Kriterium der Zusammenarbeit der öffentlichen Stellen für die vergaberechtliche Privilegierung interpretationsbedürftig. So bleibt offen, ob ein Gegenseitigkeitsverhältnis für die Zusammenarbeit gefordert wird, das in einer gleichrangigen gegenseitigen Leistungserbringung besteht oder andere Voraussetzungen an die gemeinsame Erledigung gesetzt werden.¹⁹ Konkretisierungswürdig erweist sich auch, inwiefern ein privater Dritter in die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung miteinbezogen

¹² EuGH, Rs C-159/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

¹³ Vgl EuGH, Rs C-159/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 2.

¹⁴ Vgl EuGH, Rs C-159/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 40.

¹⁵ EuGH, Rs C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co KG/ Kreis Düren* (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

¹⁶ Vgl EuGH, Rs C-386/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 30.

¹⁷ Vgl EuGH, Rs C-386/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 39.

¹⁸ Vgl *Grasböck/Gruber*, Öffentlich-öffentliche Vergabe: zum „Aufgaben“-Begriff der Ausnahme, ZVB 2013/115, 382 (384).

¹⁹ Vgl *Struve*, Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit, EuZW 2009, 805 (807f).

werden darf.²⁰ Die im Rahmen der Zusammenarbeit erbrachten Dienstleistungen ziehen auch die Frage eines Entgelts für die Aufgabenwahrnehmung nach sich, die eine vergaberechtliche Beurteilung notwendig macht. Welche Kriterien sind für den Entgeltcharakter einer Dienstleistung maßgebend?

1.2. Fragestellung und Zielsetzung

Durch die in Kapitel 1.1. aufgeworfenen Probleme ist das Ziel dieser vorliegenden Arbeit, einen primär- und sekundärrechtlichen Überblick über die Kriterien der Zulässigkeit der vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit zu geben. Zudem soll aufgezeigt werden, zu welcher Weiterentwicklung es durch die EuGH- Judikatur in Bezug auf den Ausnahmetatbestand gekommen ist.

Die Forschungsfrage lautet:

Unter welchen Voraussetzungen ist eine vergaberechtsfreie IKZ in der EU zulässig?

Es werden vier Forschungsschwerpunkte behandelt. Das erste Hauptaugenmerk wird auf den Begriff der IKZ sowie mögliche Kooperationsformen gelegt. Diese Darstellung bewegt sich allerdings noch fast ausschließlich auf nationaler Ebene und soll zur Einführung in das Thema dienen.

Der zweite und zugleich auch wichtigste Schwerpunkt der Arbeit befasst sich mit dem Aufgabenbegriff und der Aufgabewahrnehmung iZm der vergaberechtlichen Privilegierung einer IKZ. Es werden die Entwicklungen und Veränderungen aufgezeigt, zu denen es aufgrund der Rsp des EuGH gekommen ist. Bewusst wird nur auf die aktuellere Judikatur des Gerichtshofs eingegangen. Da die behandelte Rsp oft sehr umfangreich ist, wird der Fokus auf jene Passagen gelegt, in denen wichtige Leitaussagen zur vergaberechtsfreien IKZ getroffen werden.

Den letzten Fokus bilden ausgewählte Reformpunkte aus kommunaler Sicht, die in den neuen Vergaberichtlinien auf nationaler Ebene umzusetzen sind. Dabei wird auch kritisch beleuchtet, inwiefern die Kodifizierung der Ausnahmetatbestände hinreichend bestimmt ist.

²⁰ Vgl. *Oppel*, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014/9, 32 (34).

2. Interkommunale Zusammenarbeit

2.1. Begriff

Beim Begriff der interkommunalen Zusammenarbeit handelt es sich um einen entwicklungsoffenen Begriff, für den in der Rechtswissenschaft eine Reihe von Synonymen, wie bspw interkommunale Kooperation, kommunale Kooperation oder gemeindliche Zusammenarbeit verwendet werden. Auch der Begriff Public- Public Partnership (im Folgenden: PPP) wird zunehmend dafür gebräuchlich.²¹

Storr sieht die PPP als „Sammelbegriff für verschiedenste Kooperationserscheinungen der öffentlichen Hand“²², die durch die koordinierte Zusammenarbeit mindestens zweier Einrichtungen des öffentlichen Rechts zur Erreichung eines bestimmten Zieles gekennzeichnet ist, selbst jedoch keinen Rechtsbegriff darstellt.²³ Die Rechtsfigur der PPP wurde vom EuGH rechtsfortbildend geschaffen und bildete somit die Rechtsgrundlage für ausschreibungsfreie Zusammenarbeit der öffentlichen Hand.²⁴

Die Vielseitigkeit der interkommunalen Zusammenarbeit verlangt eine genaue Erörterung dieses Begriffs. *Bauer* hat unter interkommunaler Zusammenarbeit „die institutionalisierte Kooperation von zwei oder mehreren Gemeindeverwaltungen mit dem Ziel, bestimmte Aufgaben besser oder billiger zu erbringen als bei einer isolierten Aufgabenerfüllung“²⁵ verstanden.

Eine Kooperation beinhaltet das Zusammenwirken mehrerer zur Erreichung eines bestimmten Ziels²⁶ und besteht aus mehreren Komponenten. Die Partner müssen Ressourcen einsetzen, es

²¹ Vgl *Kohout*, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, in: *Schmidt-Aßmann/Schoch* (Hrsg), Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht (2008) 153f.

²² Vgl *Storr*, Public-Public-Partnerships: Grundfragen gemeinsamer Aufgabenerfüllung durch Gemeinden, wbl 2005, 555 (556).

²³ Vgl *Storr*, wbl 2005, 555 (555ff).

²⁴ Vgl *Von Donat*, Kooperationen der öffentlichen Hand, in: *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des Vergaberechts² (2013) 291.

²⁵ Vgl *Bauer*, Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich, in: *Bauer/van Kaldenkerken* (Hrsg), Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich (1977) 9.

²⁶ Vgl *Jantschgi*, Gemeindekooperationen innerhalb der Kleinregionen Vergaberechtliche, steuerrechtliche und arbeitsrechtliche Auswirkungen (2011) 23.

muss ein arbeitsteiliger Prozess vorliegen, der einen Koordinierungsbedarf hervorruft. Es ist also wichtig, dass die Gemeinden willentlich zusammenwirken.²⁷

Während *Bauer*²⁸ die Partner der Kooperation auf zwei oder mehrere Gemeindeverwaltungen reduziert, erachten *Matschek*²⁹ und *Jantschgi*³⁰ im Allgemeinen die Einschränkung auf die Gebietskörperschaft Gemeinde nicht sinnvoll. Schließlich würden sich Gemeinden unterschiedlicher Rechtsträger bedienen, um ihre Aufgaben zu erfüllen (Ausgliederung).³¹ Aufgrund des deutschen juristischen Begriffs Kommune erfolgte mit der IKZ die Verortung der Kooperation auf der Ebene der Gemeinden. Aus etymologischer Betrachtung bedeute „kommunal“ nichts anderes als gemeinsame Aufgabenbewältigung und eine solche könne auf jeder Ebene, nicht nur auf der Ebene der gemeindlichen Gebietskörperschaften, stattfinden.³² Auch *Trstenjak* führt in ihren Schlussanträgen an, dass die IKZ schon aufgrund der unterschiedlichen Verwaltungsorganisation des jeweiligen Mitgliedstaates nicht nur auf Gebietskörperschaften beschränkt sein könne.³³

Eine erfolgreiche Kooperation mündet in Effizienzgewinne, die in der eigenen Gemeinde genutzt werden können (bspw Einsparungen in der Verwaltung oder der Bewirtschaftung von Personal können in die Ausstattung eines Kindergartens fließen).³⁴ Dies führt dazu, dass die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung „billiger oder besser“³⁵ wird.

Die gemeinsame Aufgabenerfüllung im Rahmen der IKZ wird als eigenverantwortliche Erfüllung einer Aufgabe gemeinsam durch einen oder durch mehrere Verwaltungsträger oder

²⁷ So *Steiner*, Interkommunale Zusammenarbeit und Gemeindezusammenschlüsse in der Schweiz, in: *Biwald/Hack/Wirth* (Hrsg), Interkommunale Kooperation: Zwischen Tradition und Aufbruch (2006) 39.

²⁸ Vgl *Bauer*, Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich, in: *Bauer/van Kaldenkerken* (Hrsg), Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich 9.

²⁹ Vgl *Matschek*, Interkommunale Zusammenarbeit (IKZ) (2011) 26.

³⁰ Vgl *Jantschgi*, Gemeindekooperationen 23.

³¹ So *Jantschgi*, Gemeindekooperationen 24.

³² In diesem Sinne *Matschek*, Zusammenarbeit 26.

³³ Schlussanträge GA *Trstenjak*, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Z 69.

³⁴ Vgl *Matschek/Wirth*, Interkommunale Zusammenarbeit – Möglichkeiten, Grenzen und aktueller Entwicklungsbedarf, ÖGZ 11/2005, 8.

³⁵ Vgl *Bauer*, Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich, in: *Bauer/van Kaldenkerken* (Hrsg), Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich 9.

durch eine dritte (gemeinsame) juristische Person gesehen. Von einer IKZ kann nur dann ausgegangen werden, wenn ein Beteiligter aktiv durch Leistungserbringung oder ordnend an der Leistungserbringung beteiligt ist.³⁶

Im Rahmen einer IKZ ist zwischen einer vertikalen und einer horizontalen Zusammenarbeit der öffentlichen Stellen zu differenzieren.

2.1.1. Vertikale Zusammenarbeit

Von einer vertikalen (oder institutionalisierten) Zusammenarbeit spricht man, wenn eine Zusammenarbeit in einem vertikalen Subordinationsverhältnis zwischen Bedarfsträger und Leistungsbringer erfolgt: Ein staatlich beherrschter Rechtsträger wird für einen öffentlichen AG wie für seine eigene Dienststelle tätig. Eine derartige Kooperation ist dem Vergaberecht entzogen, wenn sie als Inhouse- Geschäft gewissen Kriterien gerecht wird. Die Rs *Teckal*³⁷ ist Ausgangspunkt für diesen (ersten) Ausnahmetatbestand zum Vergaberecht.³⁸

Die Voraussetzungen für ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft sind damit vom EuGH für das Verhältnis der öffentlichen AG zu ihren Tochtergesellschaften als AN weitgehend geklärt. Hingegen wurde bis vor kurzem noch nicht gerichtlich darüber entschieden, ob die Teckal-Kriterien auch auf Auftragsvergaben zwischen öffentlichen Beteiligungsgesellschaften (sog Schwestergesellschaften) anwendbar sind. Diese Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung, da Bund, Länder und Gemeinden häufig mehrstufige Gesellschaftsstrukturen für die Erfüllung ihrer vielfältigen Aufgaben wählen. Ein Gesichtspunkt zur Einführung von konzernähnlichen Unternehmensstrukturen besteht unter anderem in der Hoffnung, dass solche Schwestergesellschaften unter Ausschluss der Anwendbarkeit des Vergaberechts beschaffen können.³⁹

³⁶ Vgl *Steiner*, Interkommunale Zusammenarbeit und Gemeindezusammenschlüsse in der Schweiz, in: *Biwald/Hack/Wirth* (Hrsg), Interkommunale Kooperation: Zwischen Tradition und Aufbruch 39.

³⁷ EuGH, Rs C-107/98, *Teckal*, Slg 1999, I-08121.

³⁸ Vgl *Raabe*, Öffentliche Auf- und Vergabe: Ausschreibung öffentlich- öffentlicher Zusammenarbeit? VergabeR 5/2012, 697 (701ff).

³⁹ Vgl *Schröder*, Horizontale Inhouse-Geschäfte möglich? (EuGH, Urteil v. 8.5.2014 – C-15/13), <http://www.vergabeblog.de/2014-05-11/horizontale-inhouse-geschaefte-moeglich-eugh-urteil-v-8-5-2014-c-1513/> (27.06.2015).

In der Rs *TU Hamburg-Harburg*⁴⁰ hatte der EuGH die Gelegenheit, zu einem derart gelagerten Sonderfall einer Inhouse -Vergabe Stellung zu nehmen. Die E befasste sich damit, ob die TU Hamburg-Harburg unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand der Inhouse -Vergabe des EuGH Software bei der HIS GmbH erwerben darf. Beide Vertragspartner sind über die jeweils übergeordnete Stadt Hamburg verbunden, die TU Hamburg-Harburg über die Eigenschaft als staatliche Hochschule der Stadt Hamburg und die HIS GmbH durch einen von der Stadt Hamburg gehaltenen Gesellschaftsanteil.⁴¹ Das hanseatische Oberlandesgericht hatte den EuGH nun um Vorabentscheidung ersucht, ob ein Inhouse- Geschäft auch in horizontalen Beschaffungsverhältnissen möglich ist, also dann, wenn AG und AN durch kein direktes Kontrollverhältnis miteinander verbunden sind, aber von demselben Träger kontrolliert werden.⁴²

Der EuGH wiederholt in seinen Entscheidungsgründen anfänglich, dass jede Ausnahme von der europaweiten Ausschreibungsverpflichtung eng auszulegen ist.⁴³ Dann führt er an, dass die Kontrolle einer Inhouse- Vergabe dem öffentlichen AG die Möglichkeit geben muss, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der beauftragten Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Zudem muss die vom öffentlichen AG ausgeübte Kontrolle wirksam, strukturell und funktionell ausgestaltet sein. Ferner bestätigt der EuGH seine Spruchpraxis, dass eine Kontrolle unter bestimmten Voraussetzungen auch von mehreren Stellen gemeinsam ausgeübt werden kann, wenn gemeinsam die Anteile an der beauftragten Körperschaft gehalten werden.⁴⁴

In dem gegenständlichen Fall besteht jedoch kein Kontrollverhältnis zwischen der Universität und der HIS als AN, da die Universität an dem Gesellschaftskapital der HIS nicht beteiligt ist und auch kein Aufsichtsratsmitglied entsendet⁴⁵. Es fehlt an einer internen Verbindung

⁴⁰ EuGH, Rs C-15/13, *TU Hamburg-Harburg*, (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

⁴¹ Zu den Beteiligungen im Detail vgl EuGH, Rs C-15/13, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 10f.

⁴² Vgl EuGH, Rs C-15/13, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 20.

⁴³ Vgl EuGH, Rs C-15/13, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 23.

⁴⁴ Vgl EuGH, Rs C-15/13, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 26f.

⁴⁵ Vgl EuGH, Rs C-15/13, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 28.

zwischen der Universität und der HIS. Die von der Stadt Hamburg über die Universität ausgeübte Kontrolle bezieht sich nämlich lediglich auf einen Teil von deren Tätigkeiten und zwar allein auf den Beschaffungsbereich, nicht aber auf die Bereiche Lehre und Forschung, in denen die Universität über eine weitgehende Autonomie verfügt. Ob hingegen die vergaberechtliche Privilegierung für die Inhouse-Vergabe auf horizontale Inhouse-Geschäfte angewendet werden kann, brauchte der EuGH unter diesen Umständen dann nicht mehr zu prüfen.⁴⁶

Damit hat der EuGH mit dieser E seine restriktive Spruchpraxis hinsichtlich des Ausnahmetatbestands der Inhouse- Vergabe beibehalten. Ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft ist nach Ansicht des EuGH in horizontalen Beschaffungsverhältnissen zwischen Tochtergesellschaften der öffentlichen Hand jedenfalls dann nicht vorstellbar, wenn die beauftragende Tochtergesellschaft nicht an der auftragnehmenden Tochtergesellschaft beteiligt ist. Ob es für ein Inhouse-Geschäft ausreichend sein könnte, wenn dieselbe öffentliche Stelle über beide Vertragsparteien eine Kontrolle ausüben kann wie über eine eigene Dienststelle, bleibt offen und abzuwarten.⁴⁷ Dafür könnte sprechen, dass das klassische Inhouse-Geschäft geprägt ist durch die Gleichstellung des Innenverhältnisses von Dienststellen bzw Abteilungen eines öffentlichen Auftraggebers und dem rein formalen Außenverhältnis, bei dem die rechtlich selbständige Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft über keine eigene Entscheidungsgewalt verfügt.⁴⁸ Obwohl der EuGH zur horizontalen Inhouse-Vergabe noch keine Positionierung vorgenommen hat, hat er sich mE dennoch in einem Punkt klar ausgedrückt: Abgeleitete Kontrollbefugnisse erachtet er als unzulässig für eine vergaberechtliche Privilegierung.

2.1.2. Horizontale Zusammenarbeit

Während bei der institutionellen Zusammenarbeit über die Bildung einer gemeinsam kontrollierten Einrichtung durch die Verwaltungsträger die Weichen zu Gunsten der

⁴⁶ Vgl EuGH, Rs C-15/13, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 32f.

⁴⁷ Vgl *Redaktion*, Vergaberecht: Ausschreibungspflicht horizontaler Inhouse-Geschäfte – TU Hamburg-Hamburg, EuZW 2014, 512 (512).

⁴⁸ Vgl *Schröder*, Horizontale Inhouse-Geschäfte möglich? (EuGH, Urteil v. 8.5.2014 – C-15/13), <http://www.vergabeblog.de/2014-05-11/horizontale-inhouse-geschaefte-moeglich-eugh-urteil-v-8-5-2014-c-1513/> (27.06.2015).

autonomen Verwaltungsorganisation gestellt sind, bleibt die Konstellation offen, dass den Verwaltungsträgern die Gründung eines Vehikels als Inhouse-Einrichtung oder die Beteiligung daran nicht zweckmäßig erscheint. Dies kann der Fall sein, wenn einer der Kooperationspartner bereits über eine geeignete Einrichtung für die Aufgabenerfüllung verfügt (bspw eine Müllverbrennungsanlage), die er den anderen nur zur Mitbenutzung zugänglich machen will. Beabsichtigen die Kooperationspartner nun eine Zusammenarbeit, die auf eine unmittelbare Vereinbarung fußt, ist unter Erfüllung gewisser Kriterien seit der Rs *Stadtreinigung Hamburg*⁴⁹ auch eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit möglich.⁵⁰ Damit wurde ein zweiter Ausnahmetatbestand im Wege der Rechtsfortbildung geschaffen.⁵¹ Nach der Begriffsbestimmung werden unter Beachtung des nationalen Rechts überblicksmäßig verschiedene Gestaltungsformen einer IKZ dargestellt.

2.2. Gestaltungsformen interkommunaler Zusammenarbeit

Für eine IKZ können sich die Partner unterschiedlicher Instrumente, die sich an der Intensität der Zusammenarbeit unterscheiden, bedienen. So kann sich IKZ auf einem Kontinuum zwischen einer informellen Zusammenarbeit oder rechtlich verbindlichen Kooperationsformen der Zusammenarbeit bewegen.⁵²

Bei der Schilderung der möglichen Kooperationsformen einer IKZ muss beachtet werden, dass es aus der Perspektive des europäischen Vergaberechts nicht auf die begriffsjuristische Anknüpfung dieser ankommt, sondern auf deren wirtschaftliche Merkmale und Auswirkungen auf den Zugang zu den Beschaffungsmärkten. Ob eine vergaberechtsfreie IKZ vorliegt, ist unter den Umständen des Einzelfalls zu prüfen: Eine Anknüpfung der IKZ von

⁴⁹ EuGH, C 480/06, Slg 2009, I-4747.

⁵⁰ Vgl *Schrotz / Ahlhaus*, Rechtswidrige Vergabe eines Forschungsauftrages an Universität ohne Ausschreibung – Besprechung des EuGH- Urteils *Lecce ua*, NVwZ 11/2013, 710 (712); vgl *Raabe*, VergabeR 5/2012, 697 (701).

⁵¹ Zur Entwicklung des zweiten Ausnahmetatbestands siehe 2.3.1.

⁵² Vgl *Matschek/Wirth*, Interkommunale Zusammenarbeit in Österreich Aktuelle Trends und Thesen zur weiteren Fachdiskussion, ÖGZ 9/2004, 19 (20f).

Verwaltungsträgern an eine über den Leistungsaustausch hinausgehende Zusammenarbeit zur teleologischen Begründung einer Privilegierung erscheint sachgerecht.⁵³

2.2.1. Informelle Zusammenarbeit und rechtliche verbindliche Kooperationsformen

Bei der informellen Zusammenarbeit ist der Organisationsgrad minimiert, alle Formen einer faktischen Zusammenarbeit zwischen Mitarbeitern sind darunter zu subsumieren. Hauptmerkmal dieser Zusammenarbeit ist die Unverbindlichkeit der Kooperation. Beispiele informeller Zusammenarbeit sind Expertenrunden, in denen ein gemeinsamer Erfahrungsaustausch stattfindet sowie vielfältige Interessensgemeinschaften und Bürgermeisterkonferenzen. Das Fehlen spezieller Rechtsnormen macht eine weitgefächerte Beteiligung möglich. Dieses hohe Maß an Flexibilität und die allgemein begrenzte Verbindlichkeit eignen sich zwar für eine Zusammenarbeit im Bereich des Wissens- und Erfahrungsaustausches, kapitalintensive Bereiche lassen sich auf diesem informellen Wege jedoch nicht bewältigen.

Demgegenüber stehen rechtlich verbindliche Formen der Zusammenarbeit. Diese Zusammenarbeit kann auf Grund vertraglicher Vereinbarungen, der Gründung einer gemeinsamen juristischen Person oder auf Basis rechtlich institutionalisierter Kooperationsformen erfolgen.⁵⁴ Diese verbindlichen Formen der IKZ können ihren rechtlichen Ursprung entweder im öffentlichen Recht oder im Privatrecht haben.⁵⁵ Zudem kennzeichnet diese Kooperationsform im Gegensatz zur informellen Zusammenarbeit ein -je nach konkreter Ausgestaltung- mehr oder weniger, hoher Organisationsgrad.⁵⁶

2.2.2. Institutionalisierte Kooperationsformen des öffentlichen Rechts

Gemeinden stehen mangels Gesetzgebungskompetenz nur jene öffentlich-rechtliche Kooperationsformen offen, welche gesetzlich für sie vorgesehen sind.⁵⁷ Zu erwähnen sind hierbei die Verwaltungsgemeinschaft und die Bildung eines Gemeindeverbandes.

⁵³ Vgl *Raabe*, VergabeR 5/2012, 697 (708).

⁵⁴ Vgl *Matschek/Wirth*, ÖGZ 9/2004, 19 (20f).

⁵⁵ Vgl *Storr*, wbl 2005, 555 (556).

⁵⁶ Vgl *Matschek/Wirth*, ÖGZ 9/2004, 19 (20f).

⁵⁷ Vgl *Storr*, wbl 2005, 555 (556).

2.2.2.1. Die Verwaltungsgemeinschaft

Die Verwaltungsgemeinschaft führt die Geschäfte der Gemeinde in bestimmten Angelegenheiten. Verantwortung und Entscheidungsbefugnis verbleiben jedoch bei der jeweiligen Gemeinde.⁵⁸ Die Verwaltungsgemeinschaft ist somit ein in den jeweiligen Gemeindeordnungen Österreichs normiertes Modell der Kommunalverwaltung, um die zusammenarbeitenden Gemeinden zu entlasten. Die Verwaltungsgemeinschaft stellt hauptsächlich technische Hilfsdienste (wie bspw Bautechniker) für die kooperierenden Gemeinden zur Verfügung.⁵⁹ Verwaltungsgemeinschaften fungieren somit bloß als Hilfsorgane der daran beteiligten Gemeinden, in deren Namen und auf deren Auftrag die seitens der Gemeinschaft ergehenden Handlungen gesetzt werden. Die Akte werden nicht der Verwaltungsgemeinschaft selbst, sondern den hierfür zuständigen Gemeindeorganen zugerechnet. Die Beschränkung auf die Besorgung einzelner Aufgaben schließt folglich die Rechtspersönlichkeit der Verwaltungsgemeinschaft aus.⁶⁰

Dennoch wird diese Organisationsform für die IKZ als sehr gut geeignet gesehen, da ihre Konzeption als erweiterte gemeindliche Einrichtung der angehörnden Gemeinden eine effiziente Nutzung von Sach- und Personalressourcen ermöglicht. Als nachteilig kann ua die territoriale Beschränkung auf das jeweilige Bundesland bzw fallweise auf den politischen Bezirk gesehen werden.⁶¹

2.2.2.2. Der Gemeindeverband

Der Gemeindeverband ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts zu qualifizieren und fand mit der B-VG-Novelle 1962⁶² Einzug in das österreichische Bundesverfassungsrecht. Doch erst die B-VG-Novelle 2011⁶³ eröffnete den Gemeinden neue Perspektiven der Gemeindezusammenarbeit: Nunmehr können sich die Gemeinden gem Art 116a (1) Z 2 B-VG und gem Art 116a (2) Z 4 B-VG zur Besorgung ihrer Angelegenheiten durch

⁵⁸ Vgl *Casati*, Interkommunale Zusammenarbeit (IKZ) in vergaberechtlichen Angelegenheiten, ÖGZ 11/2005, 13.

⁵⁹ Vgl *Matschek/Wirth*, ÖGZ 9/2004, 19 (21).

⁶⁰ Vgl *Berchtold*, Über die Bildung von Gemeindeverbänden, ÖGZ 19/1969, 427 (427f).

⁶¹ Vgl *Matschek*, Zusammenarbeit 40.

⁶² BGBl I/1930 idF BGBl I 194/1999 idF BGBl I 162/1962.

⁶³ BGBl I/1930 idF BGBl I 194/1999 idF BGBl I 60/2011.

Vereinbarung zu Gemeindeverbänden zusammenschließen. Die Erledigung von Aufgaben durch Gemeindeverbände reduziert sich seither nicht mehr nur auf einzelne Aufgaben. Ein Gemeindeverband kann eine Mehrzahl von Aufgaben wahrnehmen, also als Mehrzweckverband⁶⁴ organisiert sein.⁶⁵ Das mögliche Aufgabenspektrum eines Gemeindeverbands entspricht dem Aufgabenspektrum der Gemeinde selbst. So können sich Gemeinden für praktisch jede Gemeindeaufgabe (Kindergärten, Schülerheime, Müllbeseitigung, Abgabeneinhebung, Sanitätsdienst, Wasserversorgung usw) zusammenschließen.⁶⁶

Der Unterschied zu einer Verwaltungsgemeinschaft liegt darin, dass der Gemeindeverband die ihm übertragenen Aufgaben an Stelle der verbandsangehörigen Gemeinden und nicht wie die Verwaltungsgemeinschaft für diese besorgt.⁶⁷ Der Gemeindeverband nimmt seine Aufgaben im eigenen Namen, mit eigenen Organen und in eigener Verantwortlichkeit wahr.⁶⁸ Besonders geeignet erscheint der Gemeindeverband für politisch sensible Aufgabenbereiche und ausschließlich für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben. Ein Defizit besteht hinsichtlich der monopolistischen Struktur, der die Mitglieder verpflichtet, die Leistungen des Gemeindeverbandes zu beziehen. Der Preis wird hierbei oft einseitig durch den Verband festgelegt, was zu geringem Marktdruck führt, da bei fehlender Kostendeckung die Mitglieder angespannt werden.⁶⁹

2.2.3. Institutionalisierte Kooperationsformen des Privatrechts

Gemeinden können sich bei einer IKZ auch sämtlichen privatrechtlichen Organisationsformen bedienen, von Kapitalgesellschaften wie Aktiengesellschaft oder GmbH über Personengesellschaften wie OG oder KG bis zu sonstigen privatrechtlichen Kooperationsformen wie bspw dem Verein.⁷⁰

⁶⁴ Vgl Zur Zulässigkeit des Mehrzweckverbands ausführlich *Havranek/Kemptner*, Interkommunale Zusammenarbeit, in: *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (2008) Rn 114.

⁶⁵ Vgl *Bußjäger*, Neue Perspektiven der Gemeindezusammenarbeit? Die B-VG-Novelle BGBl I 60/2011 und ihre Relevanz für die interkommunale Zusammenarbeit, JRP 2/2012, 99 (99f).

⁶⁶ Vgl *Matschek/Wirth*, ÖGZ 9/2004, 19 (21).

⁶⁷ Vgl *Havranek/Kemptner*, Interkommunale Zusammenarbeit, in: *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht Rn 131.

⁶⁸ Vgl *Matschek/Wirth*, ÖGZ 9/2004, 19 (21).

⁶⁹ Vgl *Matschek*, Zusammenarbeit 38.

⁷⁰ Vgl *Bauer*, Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich, in: *Bauer/van Kaldenkerken* (Hrsg), Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich 9.

Besonders die Gründung einer GmbH ist eine sehr beliebte Form für versorgungswirtschaftliche Unternehmen (bspw für die Wasserversorgung oder Abfallentsorgung), an denen mehrere Gemeinden beteiligt sind. Es ergibt sich im Gegensatz zur Aktiengesellschaft, die bei kapitalintensiven Aufgaben für mehrere beteiligte Gemeinden geeignet ist, bei der GmbH eine größere Möglichkeit der Einflussnahme der Gemeinde als Gesellschafterin.⁷¹

Der Schritt zur Freistellung vom Vergaberecht besteht darin, durch die Gründung eines gemeinsamen Rechtsträgers eine Auftragsvergabe im Wege einer Inhouse-Vergabe durchzuführen. Wesentliche Vorteile der IKZ über einen zwischengeschalteten Rechtsträger ergeben sich in der Hinsicht, dass die im Laufe der Arbeit besprochenen Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie horizontale IKZ nicht vorliegen müssen: Weder eine gemeinsame Aufgabe noch eine Gemeinwohlaufgabe müssen hier vorliegen.⁷²

2.2.4. Vertragliche Kooperationsformen

Zudem kann die IKZ auf rein vertraglicher Ebene organisiert sein, ohne einen eigenen Organisationsapparat gründen zu müssen. Eine spezifische Aufgabe der Gemeinde wird dem Vertragspartner übertragen, der die Aufgabe für diese wahrnimmt.⁷³

Auf nationaler Ebene haben die Gemeinden gem Art 116 (2) B-VG die Möglichkeit, untereinander privatrechtliche Verträge zur gemeinsamen Aufgabenbewältigung zu schließen. Ein Vorteil ergibt sich insofern, dass die Aufgabenerfüllung im Rahmen der privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit an spezielle Bedürfnisse der Gemeinde angepasst werden kann. Eben diese Gestaltungsfreiheit kann auch zulasten der Gemeinden gehen, als das sie sich auf die Vertragsbeendigung bezieht. Denn die Gemeinden setzen bei der vertraglichen Kooperation auf die Erfüllung auf Dauer angelegter öffentlicher Aufgaben.⁷⁴

⁷¹ Vgl *Matschek/Wirth*, ÖGZ 9/2004, 19 (21).

⁷² Vgl *Oppel*, ZVB 9/2014, 32 (33f).

⁷³ Vgl *Storr*, wbl 2005, 555 (556).

⁷⁴ Vgl *Stolzlechner*, Rechtliche und organisatorische Rahmenbedingungen, GWZ 6/1992, 11 (14).

Bei der Aufgabenträgerschaft ist hinsichtlich dem Sitzgemeinde- Modell und der gemeinsamen Aufgabenerfüllung im engeren Sinn zu unterscheiden. Beim ersten Modell erfüllt eine Gemeinde eine Aufgabe nicht nur für sich, sondern aufgrund eines Vertrages auch für andere Gemeinden. So kann sich eine Gemeinde die Benützung der Verwaltungseinrichtungen einer anderen - oft benachbarten - Gemeinde sichern und erspart sich einen hohen administrativen Aufwand. Nachteile können sich aber insofern ergeben, als dass die angeschlossene Gemeinde nur beschränkte Mitsprache- und Kontrollrechte hat. Bei der gemeinsamen Aufgabenerfüllung im engeren Sinn entschließen sich zwei oder mehrere Gemeinden, eine bestimmte kommunale Aufgabe gemeinsam zu erfüllen und entscheiden gemeinsam sowohl über die Gestaltung der Aufgabenerfüllung als auch über den Rückgriff auf allfällige Infrastruktur und Eigentum. Die gemeinsame Entscheidungs- und Erfüllungsbefugnis der Gemeinden kann sich als schwierig bei dieser Form der Kooperation herausstellen.⁷⁵ Die gemeinsame Aufgabenerfüllung ist besonders hinsichtlich der vergaberechtlichen Privilegierung einer horizontalen IKZ von Bedeutung.

2.3. Interkommunale Zusammenarbeit als vergabefreien Raum

2.3.1. Entwicklung der Rechtsprechung des Ausnahmestatbestandes

2.3.1.1. Bisherige Rechtsprechungspraxis zur IKZ

Der EuGH hatte sich erstmals in der Rs *Königreich Spanien*⁷⁶ explizit mit der Frage nach der Reichweite des Anwendungsbereichs des europäischen Vergaberechts iZm einer IKZ auseinanderzusetzen. Im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens gegen das Königreich Spanien war der Gerichtshof mit der Thematik befasst, inwieweit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Rechts geschlossene Vereinbarungen einer Zusammenarbeit durch eine nationale Regelung generell vom Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts ausgenommen werden dürfen.⁷⁷

Die KOM beantragte daher die Feststellung der Verletzung von europäischem Recht durch das Königreich Spanien, weil im spanischen Vergabegesetz keine ordnungsmäßige

⁷⁵ Vgl Matschek, Zusammenarbeit 30ff.

⁷⁶ EuGH, Rs C-84/03, *Königreich Spanien*, Slg 2005, I-139.

⁷⁷ Vgl EuGH, Rs C-84/03, Slg 2005, I-139 Rn 33.

Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben erfolgte.⁷⁸ Art 3 (1) lit c des spanischen Vergabegesetzes nahm nämlich jene Kooperationsvereinbarungen vom Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts aus, „die die Staatsverwaltung mit der Sozialversicherung, den autonomen Gesellschaften, den Gebietskörperschaften, deren autonomen Einrichtungen und allen anderen öffentlichen Einrichtungen schließt oder diese Einrichtungen untereinander schließen.“⁷⁹

Der Gerichtshof gab der Rüge der KOM in dieser Hinsicht auch statt. Er begründete dies damit, dass das neugefasste spanische Gesetz gegen europäische Vergaberichtlinien verstößt, welches Kooperationsvereinbarungen zwischen öffentlichen Verwaltungen, öffentlichen Einrichtungen oder ganz allgemein von Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die nicht gewerblicher Art sind, von vornherein vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausschließt.⁸⁰

Gem Art 1 lit a der RL 93/36/EG⁸¹ und 93/37/EG⁸² gelten als öffentliche Liefer- und Bauaufträge Aufträge, die auf schriftliche, entgeltliche „Verträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren“⁸³ beruhen, die zwischen einem Unternehmer oder Lieferanten und einem öffentlichen AG geschlossen werden. Zudem ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts bereits eröffnet, wenn ein Vertragsabschluss zwischen einer Gebietskörperschaft und einer von dieser rechtlich verschiedenen Person stattfindet. Etwas anderes gilt nur, sofern eine Gebietskörperschaft über die betreffende Person eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und diese Person zugleich im Wesentlichen für die sie kontrollierende Gebietskörperschaft oder Gebietskörperschaften tätig

⁷⁸ Vgl EuGH, Rs C-84/03, Slg 2005, I-139 Rn 1.

⁷⁹ EuGH, Rs C-84/03, Slg 2005, I-139 Rn 9.

⁸⁰ Vgl EuGH, Rs C-84/03, Slg 2005, I-139 Rn 40.

⁸¹ Richtlinie 93/36/EG des Rates v 14.Juni 1993 über die Koordinierung der Verträge zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABI L 199, 1 ff.

⁸² Richtlinie 93/37/EG des Rates v 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge ABI L 199, 54 ff.

⁸³ Richtlinie des Rates 93/36/EG v 14.Juni 1993 über die Koordinierung der Verträge zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABI L 199, 1 (4).

ist.⁸⁴ Bei Vorliegen dieser in der Rs *Teckal*⁸⁵ entwickelten Kriterien wäre die Zusammenarbeit vergaberechtlich privilegiert. Die in Art 3 (1) lit c im spanischen Vergabegesetz normierte Regelung, in der unterschiedslos und ganz ohne Berücksichtigung der Teckal -Kriterien für Kooperationsvereinbarungen eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts geschaffen wurde, ist somit nicht ordnungsgemäß entsprechend den (damals) geltenden oben bereits erwähnten europäischen Vergaberichtlinien umgesetzt worden.⁸⁶

Damit bedeutete diese E für eine IKZ, dass eine pauschale Freistellung vom Vergaberecht in einer nationalen Regelung vom EuGH nicht akzeptiert werde. Zudem ist der E zu entnehmen, dass der Gerichtshof die zur Inhouse-Vergabe entwickelten Kriterien als ungeschriebene Ausnahme zur Ausschreibungspflicht anerkenne und dass der Ausnahmetatbestand wohl auch auf die IKZ zu übertragen sei.⁸⁷ Müller zog daraus folglich den Schluss, dass man kooperationswilligen Verwaltungsträgern mit der durch den EuGH bestätigten Anwendbarkeit der Teckal-Kriterien auf horizontale Vereinbarungen unangenehme Perspektiven eröffne. Die notwendige Gestaltung einer vertikalen IKZ für die Vergaberechtsfreiheit erschwere kooperationswilligen Verwaltungsträgern die Form der Zusammenarbeit, da eine öffentliche Stelle über die andere öffentliche Stelle eine ähnliche Kontrolle ausüben müsste wie über eine eigene Dienststelle bzw eine gemeinsame Tochtergesellschaft von allen AG in diesem Ausmaß beherrscht werden müsste, um eine vergaberechtliche Privilegierung zu erhalten.⁸⁸ Gleichzeitig suggerierte die Anwendung der Teckal- Kriterien auf horizontale Kooperationen, dass es sich dabei dieser IKZ grundsätzlich um eine auftragsähnliche Situation und somit um eine Beschaffung am Markt handle.⁸⁹

⁸⁴ Vgl EuGH, Rs C-84/03, Slg 2005, I-139 Rn 38 mit Verweis auf EuGH, Rs-107/98, Slg 1999, I-08121 Rn 50.

⁸⁵ EuGH, Rs C-107/98, *Teckal*, Slg 1999, I-08121.

⁸⁶ Vgl EuGH, Rs C-84/03, Slg 2005, I-139 Rn 39f.

⁸⁷ So *Gruneberg/Jänicke/Kröcher*, Erweiterte Möglichkeiten für die interkommunale Zusammenarbeit nach der Entscheidung des EuGH vom 09.06.2009 – eine Zwischenbilanz, ZfBR 2009, 754 (756).

⁸⁸ Vgl Müller, ZVB 2007/49, 197 (200ff).

⁸⁹ Vgl Struve, EuZW 2009, 805 (807).

Der Rs *Coditel*⁹⁰ lag ein Rechtsstreit zwischen der Coditel Brabant SA auf der einen Seite und der Gemeinde Uccle, der Region Brüssel-Hauptstadt sowie der Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé) auf der anderen Seite über die Vergabe des Betriebs ihres gemeindlichen Kabelfernsehtznetzes durch die Gemeinde Uccle an eine interkommunale Genossenschaft zugrunde.⁹¹ Die Gemeinde hatte sich nämlich entschlossen, der Kabelgesellschaft Brutélé beizutreten, die in der Rechtsform einer interkommunalen Genossenschaft nach belgischem Recht organisiert war. Dabei soll durch eine Konzessionierung das örtliche Kabelnetz der Kabelgesellschaft überantwortet werden.⁹² Im Vorabentscheidungsverfahren soll geklärt werden, ob die Gemeinde ohne Ausschreibung dieser ausschließlich aus anderen Gemeinden und Gemeindezusammenschlüssen bestehenden Genossenschaft ohne Ausschreibung beitreten darf, um ihr so den Betrieb des Kabelfernsehtznetzes zu übertragen.⁹³ Der EuGH entschied, dass ein öffentlicher AG nicht daran gehindert ist, eine öffentliche Dienstleistungskonzession ohne Ausschreibung an eine interkommunale Genossenschaft zu vergeben, deren Mitglieder sämtlich öffentliche Stellen sind, wenn diese öffentlichen Stellen über die Genossenschaft eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen und die Genossenschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für diese öffentlichen Stellen verrichtet. Für die Bejahung des Kontrollkriteriums spricht laut EuGH bereits die Tatsache, dass Brutélé ausschließlich in öffentlicher Hand ist und eine private Beteiligung nicht gegeben ist. Es ist auch eine Kontrolle der Gemeinde über die Brutélé anzunehmen, denn die Beschlussorgane von Brutélé bestehen aus Vertretern der ihr angeschlossenen öffentlichen Stellen und können sowohl auf strategische Ziele als auch auf wichtige Entscheidungen der Brutélé Einfluss nehmen.⁹⁴ Der EuGH sieht nicht das Maß an Marktausrichtung und Selbstständigkeit, welche das Kriterium der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausschließen würden. Er begründet dies damit, dass die Brutélé nicht in Form einer Aktiengesellschaft, die ihre Ziele unabhängig von den Anteilseignern verfolgen kann, ausgestaltet ist, sondern eine interkommunale Genossenschaft ist.⁹⁵

⁹⁰ EuGH, Rs C-324/07, *Coditel*, Slg 2008, I-8457.

⁹¹ Vgl EuGH, Rs C-324/07, Slg 2008, I-8457 Rn 2.

⁹² Vgl EuGH, Rs C-324/07, Slg 2008, I-8457 Rn 24.

⁹³ Vgl EuGH, Rs C-324/07, Slg 2008, I-8457 Rn 22.

⁹⁴ Vgl EuGH, Rs C-324/07, Slg 2008, I-8457 Rn 34.

⁹⁵ Vgl EuGH, Rs C-324/07, Slg 2008, I-8457 Rn 36f.

Dies bedeutet, dass während der EuGH bei privatrechtlichen Ausgestaltungen in Form einer Aktiengesellschaft das Vorliegen des Kontrollkriteriums eher restriktiv bejaht, er eine IKZ in Form von Zweckverbänden vom Vergaberecht freistellt, weil die Ausnahme einer Inhouse - Vergabe einschlägig ist. Obwohl der Gerichtshof in dieser E wiederum bei einer IKZ die Teckal - Kriterien für die Vergaberechtsfreiheit heranzog, seien die Bemühungen um die Suche nach einem allgemeingültigen Abgrenzungskriterium anzuerkennen, anhand derer versucht wird, bestimmte, institutionalisierte Formen der IKZ vom Vergaberecht auszunehmen.⁹⁶ Während der EuGH in der Rs *Königreich Spanien*⁹⁷ betonte, dass interkommunale Kooperationsvereinbarungen nicht von vornherein vom Anwendungsbereich des Vergaberechts freigestellt sind, wird der Spielraum für die Gestaltungsfreiheit einer IKZ in der Rs *Coditel*⁹⁸ nunmehr erweitert.⁹⁹ Mit den in dieser Rs angewendeten Teckal- Kriterien wurde erstmals eine Rechtsfigur aus der Judikatur zum europäischen Vergaberecht auf die IKZ angewendet. Damit wurde suggeriert, dass eine IKZ nicht bloß als innerstaatlicher Organisationsakt zu qualifizieren sei, der damit vollständig vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen wird. Es wurde vielmehr klargestellt, dass es sich bei einer derartigen Zusammenarbeit um eine auftragsähnliche Kooperation handle, die eine Beschaffung am Markt darstelle. Die Anwendung der Teckal- Rsp stelle einen entscheidenden Schritt in die richtige Richtung dar: Der EuGH anerkannte erstmals die gemeinsame Kontrolle mehrerer kommunaler Gebietskörperschaften über eine ausführende Einrichtung im Sinne der für ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft analogen Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle.¹⁰⁰ Allerdings kann aus diesen E auch geschlossen werden, dass eine rein horizontale Zusammenarbeit, also Vergaben von einem Verwaltungsträger an den anderen, die Voraussetzungen des vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäfts nicht erfüllen kann. Das Erfordernis der vertikalen Kontrolle wird bei dieser Form der Kooperation regelmäßig zu verneinen sein.¹⁰¹ Die Inhouse-Kriterien passen nicht zu Verträgen dieser Rechtsnatur.¹⁰²

⁹⁶ Vgl *Struve*, EuZW 2009, 805 (805).

⁹⁷ EuGH, Rs C-84/03, Slg 2005, I-139.

⁹⁸ EuGH, Rs C-324/07, Slg 2008, I-8457.

⁹⁹ Vgl *Gruneberg/Jänicke/Kröcher*, ZfBR 2009, 754 (757).

¹⁰⁰ Vgl *Struve*, EuZW 2009, 805 (807).

¹⁰¹ Vgl *Müller*, ZVB 2007/49, 197 (203).

2.3.1.2. Wandel der europäischen Bewertung der IKZ

In der Rs *Stadtreinigung Hamburg*¹⁰³ hatte sich der EuGH erstmalig mit einer IKZ auf rein vertraglicher und nicht institutioneller Grundlage zu befassen. Der E lag folgender Sachverhalt zugrunde: In der Bundesrepublik Deutschland gründeten die vier Landkreise Rotenburg, Harburg, Soltau- Fallingb. und Stade 1995 mit der Stadtreinigung Hamburg als Vertragspartner einen Vertrag über die Entsorgung von Abfällen in der Müllverbrennungsanlage Rugenberger Damm, die mit einer Kapazität von 320 000 Tonnen Elektrizität und Wärme produziert. Die Stadtreinigung Hamburg verpflichtete sich vertraglich gegenüber den vier Landkreisen eine Entsorgungskapazität von jährlich 120 000 Tonnen für alle Beteiligten vorzuhalten.¹⁰⁴ Daneben wurden noch weitere gegenseitige Pflichten vereinbart, so sollten bspw die umliegenden Landkreise ihre ungenutzten Kapazitäten der Stadtreinigung zur Verfügung stellen.¹⁰⁵ Im Vertragsverletzungsverfahren hatte sich der EuGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine IKZ auf Basis dieses Abfallentsorgungsvertrags zur Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe der Abfallentsorgung die Durchführung eines Vergabeverfahrens erforderlich mache.

Zunächst stellt der EuGH fest, dass der streitgegenständliche Vertrag grundsätzlich als ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren ist und somit dem Grunde nach ausschreibungspflichtig ist.

Mit Verweis auf die Entscheidungsgründe in der Rs *Teckal*¹⁰⁶ ist eine Ausschreibung nur dann nicht obligatorisch, wenn die öffentliche Stelle, die ein öffentlicher AG ist, über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und zudem diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit ihr oder anderen Gebietskörperschaften

¹⁰² Vgl. *Portz*, Der EuGH bewegt sich: Keine Ausschreibung kommunaler Kooperationen nach dem Urteil der „Stadtreinigung Hamburg“, *VergabeR* 5/2009, 702 (703f).

¹⁰³ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747.

¹⁰⁴ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 4ff.

¹⁰⁵ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 41.

¹⁰⁶ Vgl. EuGH, Rs C-107/98, Slg 1999, I-08121 Rn 90 ff.

verrichtet, die ihre Anteile innehaben.¹⁰⁷ Im gegenständlichen Fall bestand aber keine derartige Konstellation. Die vier Landkreise übten weder über die Stadtreinigung Hamburg als ihren Vertragspartner noch über den Betreiber der Müllverbrennungsanlage eine Kontrolle aus, die als ähnliche Kontrolle wie über ihre eigene Dienststelle qualifiziert werden könne.¹⁰⁸ Zudem stellte der EuGH fest, dass mit dem streitgegenständlichen Vertrag eine Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften vereinbart wurde. Durch diese Zusammenarbeit nehmen die Landkreise eine ihnen allen obliegende öffentliche Aufgabe¹⁰⁹, die Abfallentsorgung, wahr.¹¹⁰

Im Ergebnis urteilte der Gerichtshof, dass ausnahmsweise keine Ausschreibungspflicht bestanden habe und insbesondere mit Blick auf die Organisationsausgestaltung der Aufgabenwahrnehmung kein Hinweis zu entnehmen sei, dass eine Umgehung des Vergaberechts bezweckt werden sollte.¹¹¹

Mit diesem Urteil öffnete der EuGH somit die Möglichkeit einer IKZ ohne öffentliche Auftragsvergabe und auch ohne das Vorliegen eines Kontrollverhältnisses. Daher kann nun auch eine Zusammenarbeit horizontaler Dimension unter die vergaberechtliche Privilegierung fallen.¹¹² Bisher existierende Wertungswidersprüche der kooperativen Aufgabenwahrnehmung zwischen der institutionellen und der nicht-institutionellen Ausgestaltung wurden damit beseitigt. Denn bisher war nur anerkannt, dass die Begründung von interkommunalen Kooperationen als rechtlich selbstständige Organisationseinheiten nicht unter das Vergaberecht fällt, wenn die Kriterien der Inhouse- Vergabe erfüllt sind. Diese ungeschriebene Ausnahme der Inhouse- Vergabe ist eben nur auf institutionalisierte Formen der IKZ anwendbar gewesen und nicht auf Formen der Zusammenarbeit, die auf vertraglicher

¹⁰⁷ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 34.

¹⁰⁸ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 36.

¹⁰⁹ Zu Definitionsansätzen und der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe im Rahmen der IKZ ausführlich im nächsten Kapitel.

¹¹⁰ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 37.

¹¹¹ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 48.

¹¹² Vgl. *Elsner/Blesky*, Voraussetzungen interkommunaler Zusammenarbeit – Besprechung des EuGH-Urteils *Lecce ua*, ZVB 2013/100, 341 (342).

Grundlage fußen.¹¹³ Durch die Klarstellung des EuGH in dieser E, dass das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen gerade keine spezielle Rechtsform für die Wahrnehmung gemeinsamer öffentlicher Aufgaben vorschreibe¹¹⁴, betont der Gerichtshof seine unterschiedslose vergaberechtliche Bewertung. Diese Aussage lässt darauf schließen, dass prinzipiell keine Privilegierung zugunsten einer der beiden Organisationsausgestaltungen bestehe.¹¹⁵

Mit dieser Rs hat somit ein dogmatischer Wandel in der vergaberechtlichen Beurteilung einer IKZ stattgefunden. Es wurde durch den EuGH bestätigt, dass es neben Aufträgen, die die Teckal-Kriterien erfüllen, eine weitere Auftragsart gibt, die, obwohl sie von öffentlichen Einrichtungen vergeben wird, nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union fällt. Damit bestehen nun zwei Ausnahmetatbestände.¹¹⁶ Wären die zuerst judizierten Teckal-Kriterien jedoch rigide auch auf eine horizontale IKZ angewendet worden, hätte es eine flexible, gemeinsame Aufgabenwahrnehmung unmöglich gemacht. Alle diese interkommunalen Vorgänge wären sodann dem Vergaberecht unterlegen. So könnten zwar wettbewerbsverzerrende Verhaltensweisen unterbunden werden,¹¹⁷ aber die allgemeine Vergabepflicht im Rahmen der Verwaltungszusammenarbeit würde de facto eine Pflicht zur Privatisierung bedeuten.

2.4. Anwendbarkeit des Vergaberechts

Das vom EuGH rechtsfortbildend geschaffene Rechtsinstitut der horizontalen IKZ gewährt dennoch nicht eine allgemeine Freistellung vom Vergaberecht. Sofern Kooperationsvereinbarungen nicht von den Ausnahmeregelungen erfasst werden, unterliegen sie weiterhin den vergaberechtlichen Bestimmungen, wenn der Anwendungsbereich der RL

¹¹³ Vgl Portz, VergabeR 2009, 702 (704ff).

¹¹⁴ Vgl EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 47.

¹¹⁵ Vgl Veldboer/Eckert, Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil „Hamburger Stadtreinigung“ – *Stadtreinigung Hamburg* DÖV 20/2009, 859 (861).

¹¹⁶ Vgl Elsner/Blesky, ZVB 2013/100, 341 (342).

¹¹⁷ Vgl Eisner, Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (Teil I), ZVB 2011/57, 181 (182).

2004/18/EG¹¹⁸ erfüllt ist. Sie sind nicht bereits schon deshalb vom Vergaberecht freigestellt, weil es sich nicht um einen Beschaffungsakt handeln würde, der vermeintliche AN selbst ein öffentlicher AG sei oder die Voraussetzungen eines öffentlichen Auftrags nicht vorliegen würden.¹¹⁹ So macht auch der Vorschlag der KOM¹²⁰ für die neue Vergaberichtlinie¹²¹, die bereits von den einzelnen MS umzusetzen ist, deutlich, dass der europäische Gesetzgeber eine extensive Auslegung hinsichtlich des Anwendungsbereiches des Vergaberechts bevorzugt. Dieser wird in Art 1 (2) des Richtlinienvorschlags auf „*Beschaffung oder andere Formen des Erwerbs*“ festgelegt.¹²² Ausweislich der Erwägungsgründe¹²³, gesteht die Definition der Beschaffung als Erlangung des Nutzens einer Dienst-, Bauleistung oder Lieferung dem Anwendungsbereich des Vergaberechts einen weiten Spielraum zu.¹²⁴

Arbeiten Verwaltungsträger nicht vergaberechtsfrei zusammen, ist zu prüfen, ob der Auftrag als „*öffentlicher Auftrag*“ iSd RL 2004/18/EG¹²⁵ zu qualifizieren ist. Ein solcher vergabepflichtiger öffentlicher Auftrag liegt unter der Bedingung vor, dass sein geschätzter Wert unter Berücksichtigung des Normalwerts auf dem Markt für die Bauleistungen,

¹¹⁸ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v 30. April 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl 2004 L 134, 114 ff.

¹¹⁹ Vgl *Von Donat*, Kooperationen der öffentlichen Hand, in: *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des Vergaberechts² 294.

¹²⁰ Vorschlag für Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe v 20.12.2011, KOM(2011) 896 endg.

¹²¹ Zu den daraus entspringenden Reformen aus kommunaler Sicht siehe unten Kapitel 4.

¹²² Vorschlag für Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe v 20.12.2011, KOM(2011) 896 endg 40.

¹²³ Vorschlag für Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe v 20.12.2011, KOM(2011) 896 endg 17.

¹²⁴ Vgl *Von Donat*, Kooperationen der öffentlichen Hand, in: *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des Vergaberechts² 294.

¹²⁵ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v 30. April 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl 2004 L 134, 114 (126).

Lieferungen oder Dienstleistungen, auf die sich dieser bezieht, den in ihrem Art 7 lit b¹²⁶ festgelegten Schwellenwert erreicht. Für unter den Schwellenwert fallende Kooperationsverträge einer IKZ gelten die allgemeinen Grundsätze des AEUV-Vertrages¹²⁷, wie bspw der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot.¹²⁸ Damit findet durch die Schwellenwerte eine Zweiteilung des Vergaberechts statt. Oberhalb der Schwellenwerte sind detaillierte Richtlinienvorgaben zu beachten. Unterhalb der Schwellenwerte ist lediglich das primäre Vergaberecht der Union einschlägig, dabei sind vor allem die Bestimmungen der Grundfreiheiten einzuhalten. Gem Art 9 (1) der RL 2004/18/EG¹²⁹ ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts der Gesamtwert ohne Mehrwertsteuer, der vom öffentlichen AG voraussichtlich zu zahlen ist. Bei der Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert mitsamt aller Optionen und der etwaigen Verlängerungen des Vertrags zu berücksichtigen.¹³⁰ Da Schwellenwerte jedoch oft angepasst werden, ist der Zeitpunkt der Bestimmung ebenfalls maßgeblich. Dafür sind klare Regelungen notwendig. Aus diesem Grund *Trstenjak* vorgeschlagen, im Fall einer unterbliebenen Ausschreibung als maßgeblichen Zeitpunkt für die Bestimmung des einschlägigen Schwellenwerts und damit mittelbar auch für die zeitliche Anwendbarkeit einer Vergaberichtlinie auf den Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen abzustellen. Dies erscheine insofern sinnvoll, zumal es darauf ankommt, auf einen Zeitpunkt abzustellen, zu dem hinreichende Gewissheit über den Gesamtumfang des Auftragsvolumens sowie den voraussichtlichen Auftragswert besteht.¹³¹

¹²⁶ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v 30. April 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl 2004 L 134, 114 (129).

¹²⁷ AEUV (konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union v 26.10.2012) ABl 2012 C 326, 47 ff.

¹²⁸ Vgl *Schrotz/Ahlhaus*, NVwZ 11/2013, 710 (711).

¹²⁹ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v 30. April 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl 2004 L 134, 114 (130).

¹³⁰ Schlussanträge GA *Trstenjak*, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Z 36f.

¹³¹ Schlussanträge GA *Trstenjak*, Rs C-271/08, *Kommission/Deutschland*, Slg 2010, I-6817 Z 143.

3. Aufgabe und Aufgabenwahrnehmung im Rahmen der IKZ

3.1. Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe

In der Rs *Stadtreinigung Hamburg*¹³² erachtete der EuGH die Möglichkeit einer IKZ ohne Beachtung des Vergaberechts für zulässig, sofern ua eine gemeinsame öffentliche Aufgabe vorliegt. Der E lag ein streitgegenständlicher Vertrag zugrunde, indem die Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der „*Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe*“¹³³ - der Abfallentsorgung - vereinbart und vom Gerichtshof bejaht wurde. Der EuGH sah die Aufgabe der Abfallentsorgung der Gebietskörperschaften mit der Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie¹³⁴ in Zusammenhang und qualifizierte sie als öffentliche Aufgabe. Durch diese RL sind die MS in Art 5 dazu angehalten, Abfallbewirtschaftungspläne zu erstellen sowie zu versuchen, „*daß die Abfälle in einer der am nächsten gelegenen geeigneten Entsorgungsanlagen unter Einsatz von Methoden und Technologien beseitigt werden, die am geeignetsten sind, um ein hohes Niveau des Gesundheits- und Umweltschutzes zu gewährleisten*“.¹³⁵ Dass bei der Vereinbarung zwischen der Stadtreinigung und den Landkreisen die Abfallentsorgung als öffentliche Aufgabe erfüllt wird, zeigt (auch) der Vertragsgegenstand: Der Stadt Hamburg soll dadurch die Errichtung und der Betrieb einer Abfallentsorgungsanlage unter den besten wirtschaftlichen Bedingungen ermöglicht werden, dass die benachbarten vier Landkreise ihren Abfall dort einbringen und so eine Kapazität von 320 000 t erreicht werden kann.¹³⁶

Durch diese aufgabenbezogene Beschränkung wird meiner Meinung nach deutlich, dass der EuGH eine vergaberechtliche Privilegierung einer IKZ nicht allen rechtlichen Ausgestaltungen kooperativer Aufgabenwahrnehmung vorbehält. Vielmehr knüpft der EuGH den Ausnahmetatbestand vom Vergaberecht an eng auszulegenden Kriterien an. Diese restriktive Beurteilung zeigt sich bspw dahingehend, dass es sich im Rahmen der IKZ

¹³² EuGH, C 480/06, Slg 2009, I-4747.

¹³³ EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 37.

¹³⁴ Richtlinie 75/442/EWG des Rates v 15. Juli 1975 über Abfälle geändert durch die Richtlinie 91/156/EWG ABl L 78, 32 ff.

¹³⁵ Richtlinie 75/442/EWG des Rates v 15. Juli 1975 über Abfälle geändert durch die Richtlinie 91/156/EWG ABl L 78, 34.

¹³⁶ Vgl EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 3.

ausschließlich um solche öffentliche Aufgaben handeln darf, die allen Beteiligten obliegen und im Allgemeininteresse erbracht werden.¹³⁷

Eine öst E¹³⁸ betraf einen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens geschlossenen Vertrag zwischen zwei benachbarten Gebietskörperschaften, indem die Verwertung der Abfälle beider Beschwerdeführerinnen nunmehr durch die Zweitbeschwerdeführerin (im Rahmen ihrer Kapazität) erfolgen soll. In diesem Kontext stellte ein nationales Gericht – der damalige VwGH - fest, dass die Behandlung des gegenständlichen Hausabfalls, der aus der öffentlichen Müllsammlung der Erstbeschwerdeführerin stammt, eine ureigene öffentliche Aufgabe ist. Die Gemeinsamkeit der öffentlichen Aufgabe sei nach der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs beim Hausabfall klar ersichtlich: Die erstbeschwerdeführende Gebietskörperschaft übt ihre öffentliche Aufgabe betreffend das Sammeln von Hausabfall aus. Die Behandlung dieses Abfalls überlässt sie der anderen Gebietskörperschaft als Vertragspartnerin nach einem von ihr mitgestaltbaren und kontrollierbaren Prozess.¹³⁹

In der Rs *Lecce*¹⁴⁰ erwähnte der EuGH in den Entscheidungsgründen erneut das notwendige Kriterium einer bestehenden öffentlichen Aufgabe für die Vergaberechtsfreiheit einer IKZ. Es muss sich um Verträge handeln, „mit denen eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden Gemeinwohlaufgabe vereinbart wird“.¹⁴¹ Durch die vage Argumentierung des EuGH bleibt ungeklärt, warum er sich bei einem gegenständlichen Forschungsauftrag der Erdbebenanfälligkeit für eine italienische Provinz durch eine Universität für das Fehlen der Erledigung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe aussprach. Er begründete lediglich knapp, dass der den beiden Vertragspartnern zugrundeliegende Vertrag eine Reihe inhaltlicher Aspekte enthalte, „von denen ein erheblicher Teil in Tätigkeiten besteht, die im Allgemeinen von Ingenieuren und Architekten ausgeübt werden, auch wenn sie auf einer wissenschaftlichen Grundlage beruhen,

¹³⁷ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg. 2009, I-4747 Rn. 37.

¹³⁸ VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020.

¹³⁹ Vgl. VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020 Rn. 2.

¹⁴⁰ EuGH, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg. veröffentlicht).

¹⁴¹ Vgl. EuGH, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg. veröffentlicht) Rn. 34.

*gleichwohl nicht mit wissenschaftlicher Forschung gleichzusetzen sind.*¹⁴² Es lassen sich nur Rückschlüsse ziehen, dass der Gerichtshof den Vertragsinhalt der Aufgabe als Beleg für ein gewöhnliches Auftragsverhältnis erachte, dem der gemeinsame Beweggrund fehle. Die Universität solle hauptsächlich Ingenieurs- und Architektenleistungen für die Provinz ASL erbringen. Das von den Vertragspartnern geltend gemachte gemeinsame Forschungsanliegen, das als öffentliche Aufgabe für eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts sprechen könnte, konnte der EuGH nicht feststellen. Aus den Schlussfolgerungen des EuGH sei jedoch ableitbar, dass das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe grundsätzlich möglich gewesen wäre, sofern das gemeinsame wissenschaftliche Forschungsanliegen eine beiden Partnern obliegende öffentliche Aufgabe gewesen wäre.¹⁴³

Auch der Ersatz des Begriffs der öffentlichen Aufgabe durch die Gemeinwohlaufgabe erweckt Unsicherheiten bei der Bestimmung des Aufgabebegriffs. Folgt man jedoch der Ansicht von *Eisner/Fruhmman*, resultiert diese Begriffsänderung lediglich aus einer übersetzungstechnischen Unschärfe der deutschen Übersetzung, sodass beide Begriffe ident auszulegen sind.¹⁴⁴

3.1.1. Einordnung des Begriffs der öffentlichen Aufgabe im allgemeinen Interesse

Während der Gerichtshof die ordnungsgemäße Müllentsorgung zweifelsfrei als eine den staatlichen Stellen gemeinsam obliegende öffentliche Aufgabe im Allgemeininteresse qualifiziert, erhob er in der Rs *Lecce*¹⁴⁵ - wie oben bereits erwähnt - Zweifel an das Bestehen einer solchen, soweit es um Tätigkeiten geht, die im Allgemeinen von Ingenieuren und Architekten ausgeübt werden.¹⁴⁶ Trotz der Verwendung und Prüfung des Begriffs der öffentlichen Aufgabe auf die konkreten Kooperationen in den jeweiligen E, machte der EuGH dazu keine näheren Ausführungen, welcher Bedeutungsinhalt der Begrifflichkeit zuzumessen

¹⁴² EuGH, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 37.

¹⁴³ Diese Ansicht vertretend *Schrotz/Ahlhaus*, NVwZ 11/2013, 710 (711f).

¹⁴⁴ So *Eisner/Fruhmman*, ZVB 2013/115, 382 (384).

¹⁴⁵ EuGH, Rs C-159/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

¹⁴⁶ *Kern*, Unwirksamkeit eines ausschreibungspflichtigen Kooperationsvertrags – „apothekenübliche Waren“ – Besprechung des Urteils OLG München, Beschl.v.21.2.2013- Verg 21/12, NzBau 7/2013, 458 (462).

ist. Daher stellt sich die Frage, wie der Begriff der öffentlichen Aufgabe im Allgemeininteresse einzuordnen ist.

Die Bedeutung der Bestimmung des Aufgabenbegriffs ergibt sich auch daraus, dass bei Nichtvorliegen einer solchen von einem gewöhnlichen, ausschreibungspflichtigen Auftragsverhältnis auszugehen ist. Dies hat zur Folge, dass der IKZ mangels gemeinschaftlicher öffentlicher Aufgabenwahrnehmung keine vergaberechtliche Privilegierung zu Gute kommen kann.¹⁴⁷ Zudem ist die Bestimmung des Aufgabenbegriffs ein ganz maßgebliches Abgrenzungskriterium für eine vergaberechtliche Bewertung, ob es sich um eine öffentliche Aufgabe mit entsprechender Zielsetzung handelt.¹⁴⁸ Mithin bedarf dieses Merkmal nicht zuletzt aufgrund des Warnhinweises des EuGH bezüglich möglicher Umgehungsversuche der schärferen Konturierung.¹⁴⁹

3.1.1.1. Auslegungsansatz mit dem Begriff des öffentlichen Auftraggebers

Eisner/Fruhmann sind sich zwar im Klaren darüber, dass einer fraglichen Aufgabe eine Gemeinwohlfunktion innewohnt, die sich daran manifestiert, dass derartige Aufgaben im Regelfall von der öffentlichen Hand erbracht werden. Mangels konkreter Ausführungen in den Judikaten seitens des Gerichtshofs, was die öffentliche Hand im Regelfall als Aufgabe erbringt, ist das Konzept als solches aber noch sehr vage. Da das Konzept der Gemeinwohlaufgabe ihrer Ansicht nach dem Konzept der Aufgaben im Allgemeininteresse iZm der Definition des öffentlichen Auftraggebers sehr ähnele, haben sie diese zur Bestimmung des Kernbereichs öffentlicher Aufgaben im Allgemeininteresse herangezogen. Eine idente Interpretation dürfe aber nicht ohne weiteres vorgenommen werden, da der EuGH ja bewusst unterschiedliche Terminologien verwendete.¹⁵⁰

Die Richtlinien enthalten keine Definition des Begriffes Allgemeininteresse und es wird diesbezüglich auch nicht auf die nationalen Rechtsordnungen der MS verwiesen. Vielmehr ist

¹⁴⁷ Vgl. *Hertwig*, Die Abgrenzung Öffentlich- Öffentlicher Partnerschaften von bloßen Auftragsverhältnissen, *NzBau* 5/2013, 278 (280).

¹⁴⁸ Vgl. *Veldboer/Eckert*, *DÖV* 20/2009, 859 (861).

¹⁴⁹ Vgl. *Jennert*, Staat oder Markt: Interkommunale Zusammenarbeit im Spiegel des EG-Vergaberechts – *Stadtreinigung Hamburg*, *NzBau* 3/2010, 150 (155).

¹⁵⁰ In diesem Sinne *Eisner/Fruhmann*, 382 (384).

der Begriff autonom, daher gemeinschaftsrechtlich, im Hinblick auf Kontext und Zweck der Regelung auszulegen. Unter im Allgemeininteresse liegende Aufgaben ist ein gewisser Kernbereich von Agenden (bspw im Bereich der Daseinsvorsorge) zu verstehen, die im Interesse des Gemeinwohls den MS als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird.¹⁵¹ Eine diesbezügliche Orientierung bieten nachfolgende Auszüge aus der einschlägigen Judikatur des Gerichtshofs:

„Solche Aufgaben werden nämlich im Allgemeinen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt.“¹⁵² Hierbei sei es „unbeachtlich, dass derartige Aufgaben auch von Privatunternehmen erfüllt werden oder erfüllt werden können.“¹⁵³

Nimmt man auf der Grundlage dieser beiden zitierten E nun eine unionsrechtliche Auslegung des Aufgabenbegriffs im Rahmen der IKZ vor, muss das Kriterium nicht gewerblicher Art erfüllt sein. Denn dieses Kriterium präzisiert die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die für die Definition des öffentlichen Auftraggebers (und in weiterer Folge für den Begriff der öffentlichen Aufgabe im Allgemeininteresse bei einer IKZ) vorliegen müssen.

Für Beurteilung, ob eine Aufgabe nicht gewerblicher Art ist, sind die Umstände, die zur Gründung einer Gesellschaft geführt haben, und die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu würdigen. Dabei ist zu prüfen, ob die fragliche Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübt. Das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen sind Indizien, die für die Bejahung des Kriteriums nicht gewerblicher Art sprechen. Diese Anhaltspunkte sind als bewegliches System zu verstehen und zu prüfen.¹⁵⁴

¹⁵¹ *Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006² (2009) § 3 Rn 45.

¹⁵² EuGH, Rs C-360/96, *BFI Holding*, Slg 1998, I-6821 Rn 50.

¹⁵³ EuGH, Rs C-393/06, *Aigner*, Slg 2008, I-2339 Rn 40.

¹⁵⁴ Vgl *Pichlmair*, Fernwärme Wien GmbH ist öffentlicher Auftraggeber – *Aigner*, *ecolex* 2008, 581 (582).

Der EuGH hat in der Rs *Aigner*¹⁵⁵ ua zu prüfen, ob die Fernwärme Wien GmbH zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Er bejahte das Vorliegen von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben aufgrund der Tatsache, dass die Fernwärme Wien GmbH „zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, Wohnungen, öffentliche Gebäude, Unternehmen und Büros im Bereich der Stadt Wien durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung mit Wärme zu versorgen“¹⁵⁶. Es ist auf den Sektor abzustellen, für den die Einrichtung gegründet worden ist, um festzustellen, ob Tätigkeiten unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübt werden. Im konkreten Fall war daher der Sektor der Versorgung mit Fernwärme durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung zu prüfen. Das Ziel der Fernwärme Wien ist es, die Beheizung eines städtischen Ballungsgebiets mittels eines umweltfreundlichen Verfahrens zu sichern.¹⁵⁷

Es bedarf auch einer generellen und nicht fallbezogenen Konkretisierung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben. Als gemeinsamer Begriffskern können solche Aufgaben angesehen werden, die nicht ausschließlich der Förderung von Einzelinteressen, sondern auch der Beförderung von gemeinsamen Interessen der Gesamtbevölkerung oder einzelner Bevölkerungsgruppen zuträglich seien.¹⁵⁸ Hinsichtlich der Spruchpraxis der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zeichnen sich zwei wesentliche miteinander im Zusammenhang stehende Stoßrichtungen ab, einerseits die öffentlichen Interessen, andererseits die Drittinteressen.

Das Vorliegen von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben bejaht der EuGH insbesondere dann, wenn die von der jeweiligen Einrichtung ausgeübte Tätigkeit iZm öffentlichen im Sinne von staatlichen, gemeinwohlorientierten Interessen steht.¹⁵⁹ Darunter werden Aufgaben

¹⁵⁵ EuGH, Rs C-393/06, Slg 2008, I-2339.

¹⁵⁶ EuGH, Rs C-393/06, Slg 2008, I-2339 Rn 39.

¹⁵⁷ Vgl *Pichlmair*, *ecolex* 2008, 581 (582).

¹⁵⁸ Vgl *Hailbronner*, Private Töchter öffentlicher Auftraggeber und die Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts, DÖV 13/2003, 534 (538).

¹⁵⁹ Vgl *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhman* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006² § 3 Rn 38.

subsumiert, „die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er entscheidenden Einfluss behalten möchte.“¹⁶⁰

Was die Einstufung einer Aufgabe als eine im Allgemeininteresse liegende betrifft, sieht der EuGH vor allem Tätigkeiten, die iZm der öffentlichen Ordnung¹⁶¹ stehen als solche an. Hierbei erachtet er ua das institutionelle Funktionieren des Staates¹⁶², die öffentliche Gesundheit und den Umweltschutz¹⁶³ als Aufgabenbereiche an, die der Verwirklichung von Allgemeininteressen dienen. Öffentliches Interesse an der Erfüllung einer Tätigkeit besteht dann, wenn der Staat ein Interesse an der Sicherung seines Einflusses in der Erbringung gewisser Aufgaben hat.¹⁶⁴

Allerdings ist für die Wahrnehmung der oben definierten öffentlichen Interessen für das Vorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht unerlässlich. Auch die Beförderung von Drittinteressen kann eine Tätigkeit im Allgemeininteresse sein. Als Drittinteressen werden Interessen bezeichnet, die nicht ausschließlich im (subjektiven) Interesse der unmittelbar Betroffenen liegen.¹⁶⁵ Entscheidend für die Qualifizierung als eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe ist es, dass eine spezifische originär staatliche Aufgabenbesetzung hinzutritt. Damit ist es möglich, dass bei einer zu erledigenden Tätigkeit sowohl eigennützige Einzelinteressen als auch Allgemeininteressen befriedigt werden.¹⁶⁶

Mit der Gleichsetzung der Aufgaben im Allgemeininteresse des öffentlichen Auftraggeberbegriffs mit dem Aufgabenbegriff der vergaberechtsfreien IKZ zeigten sich *Eisner/Fruhmann*¹⁶⁷ bemüht, einen unionsrechtlichen Auslegungsansatz für den Aufgabenbegriff einer privilegierten IKZ zu schaffen.

¹⁶⁰ EuGH, Rs C-360/96, Slg 1998, I-6821 Rn 51.

¹⁶¹ EuGH, Rs C-44/96, *Mannesmann*, Slg 1998, I-73 Rn 24.

¹⁶² EuGH, Rs C-44/96, Slg 1998, I-73.

¹⁶³ EuGH, Rs C-360/96, Slg 1998, I-6821 Rn 52.

¹⁶⁴ Vgl *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhman* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006² § 3 Rn 40.

¹⁶⁵ Vgl *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhman* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006² § 3 Rn 48.

¹⁶⁶ Vgl *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhman* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006² § 3 Rn 48.

¹⁶⁷ Vgl *Eisner/Fruhmann*, ZVB 2013/115, 382 (382).

Meiner Meinung nach bietet diese Begriffsauslegung wichtige Anhaltspunkte für die Bestimmung der öffentlichen Aufgaben im Allgemeininteresse, sorgt aber nicht für eine vollständige Klärung des Aufgabenbegriffs für die vergaberechtsfreie IKZ. Nach eingehender Betrachtung wird nämlich klar, dass die Aufgaben im Allgemeininteresse, die durch Aufgaben nicht gewerblicher Art konkretisiert werden, dem Aufgabenbegriff der vergaberechtlichen Privilegierung einen (möglicherweise zu) weiten und unbestimmten Spielraum zugestehen. Denn nicht ausschließlich im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten mit Gewinnerzielungsabsicht, die nach dem EuGH unbeachtlich sind, solange im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt werden, würden mE bei Anwendung der Definition des Aufgabenbegriffs auf die IKZ die vergaberechtliche Privilegierung aushöhlen. Trotzdem scheint mir die weite Interpretation der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nachvollziehbar. Diese wählt der EuGH ganz bewusst und ausdrücklich zu Gunsten des Allgemeininteresses.¹⁶⁸ Für die Definition des öffentlichen Auftraggebers finde ich diese Auslegung zweckmäßig, in Anbetracht der vergaberechtlichen Privilegierung einer IKZ kann dieser Ansatz meiner Meinung nach jedoch nicht der Wille des EuGH sein.

3.1.1.2. Auslegungsansatz mit Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Den Begriff der öffentlichen Aufgaben im Allgemeininteresse ist im Unionsrecht nicht erwähnt. Öffentliche Aufgaben im Allgemeininteresse könnten aber Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse iSd Art 14 AEUV¹⁶⁹ nahe kommen.¹⁷⁰ Ein solcher Zusammenhang kann sich aus der Feststellung des EuGH ergeben, dass eine IKZ eine Aufgabenerfüllung unter den bestmöglichen wirtschaftlichen Bedingungen überhaupt erst ermöglicht.¹⁷¹ Art 14 AEUV¹⁷², der auf Art 106 (2) AEUV¹⁷³ verweist¹⁷⁴, enthält eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für Legislativakte der EU, mit denen Grundsätze und Bedingungen für das

¹⁶⁸ Vgl. *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhman* (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006² (2009) § 3 Rz 51.

¹⁶⁹ Art 14 AEUV, ABl 2012 C 326, 54.

¹⁷⁰ So *Siebler*, Privilegierung von Public-Private-Partnerships im europäischen Vergaberecht (2013) 258ff.

¹⁷¹ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 38.

¹⁷² Art 14 AEUV, ABl 2012 C 326, 54.

¹⁷³ Art 106 AEUV, ABl 2012 C 326, 89.

¹⁷⁴ Deswegen kann wohl auch davon ausgegangen werden, dass der verwendete Begriff in Art 14 AEUV dem Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art 102 (2) AEUV entspricht.

Funktionieren von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens festgelegt werden können.

Zur Bestimmung des Begriffs der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse finden sich weder im Primär- noch im Sekundärrecht entsprechende Legaldefinitionen. Anhaltspunkte zur Begriffsbestimmung finden sich im Protokoll Nr. 26 über die Dienste von allgemeinem Interesse¹⁷⁵. Dieses Protokoll schafft einen Rechtsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch den Vertrag von Lissabon, indem die Abgrenzung der Kompetenzen als auch die inhaltliche Ausrichtung des europäischen Rechts der Leistungen der Daseinsvorsorge thematisiert werden. Es ist gem Art 51 EUV¹⁷⁶ selbst Teil der Verträge und damit rechtlich verbindlich. Damit wird Art 14 AEUV¹⁷⁷ unmittelbar ergänzt.¹⁷⁸ In Art 1 des Protokolls werden die gemeinsamen Werte der Union angeführt, insbesondere Werte wie der weite Ermessensspielraum auf mitgliedersstaatlicher Ebene, die Vielfalt von Dienst und die hohen Anforderungen hinsichtlich der Qualität und Sicherheit der Dienste sollen an dieser Stelle erwähnt werden.¹⁷⁹

Besonders durch den erstgenannten Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden wird die Autonomie der Aufgabenträger betont. Durch die Formulierung werden alle drei Ebenen der staatlichen Verwaltung angesprochen. Unter Behörden kann man alle Aufgabenträger der Leistungen der Daseinsvorsorge subsumieren. Es stehen nicht bestimmte Aufgaben und Funktionen einer jeweiligen Institution der Staatsverwaltung im Fokus, sondern Gebietskörperschaften und sonstige staatliche Einrichtungen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Verfügung stellen, in Auftrag geben und organisieren. Die Betonung des weiten Ermessensspielraums wurde auf die Kritik der Aufgabenträger an den Einschränkungen ihres Gestaltungsspielraums durch die gesetzlichen Vorgaben im Vergabe-, Wettbewerbs-, Beihilfen-, und Binnenmarktrecht eingegangen und gleichzeitig ein Gegenprinzip statuiert, das als Grundsatz der Autonomie der

¹⁷⁵ Protokoll (Nr 26) über Dienste von allgemeinem Interesse, ABl C 115, 308.

¹⁷⁶ Art 51 EUV, ABl 2012 C 326, 44.

¹⁷⁷ Art 14 AEUV, ABl 2012 C 326, 54.

¹⁷⁸ *Krajewski*, Dienstleistungen von allgemeinen Interesse im Vertrag von Lissabon, ZögU 2/2010, 75 (79f).

¹⁷⁹ Protokoll (Nr 26) über Dienste von allgemeinem Interesse, ABl C 115, 308 (308).

Aufgabenträger bezeichnet werden kann. Obwohl der Grundsatz der Autonomie der Aufgabenträger als gemeinsamer Wert der Union iSd Art 14 AEUV¹⁸⁰ keine unmittelbare Auswirkungen auf die Anwendung und Reichweite des geltenden Primär- und Sekundärrechts habe, könne er bei E der KOM oder des EuGH eine Rolle spielen. So könne bspw die Rechtssprechungsentwicklung zur Nichtanwendung des Vergaberechts auf IKZ als Ausdruck dieses Grundsatzes gewertet werden. Begründen lässt sich das damit, dass sich die Urteile zur vergaberechtsfreien IKZ in der Sache auf die Prüfung beschränken, ob das Gemeinschaftsrecht umgangen werden sollte.¹⁸¹

In Art 2 klargestellt, dass die Bestimmungen der Verträge in keiner Weise die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten berühren, „*nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren.*“¹⁸² Trotz der Anführung des Begriffs der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird er weder in Art 14 AEUV¹⁸³ noch im Protokoll definiert. Die KOM zeigt sich jedoch in mehreren Dokumenten¹⁸⁴ um eine Begriffsbestimmung bemüht. Laut herrschender Gemeinschaftspraxis herrscht Übereinstimmung, dass sich diese Terminologie auf wirtschaftliche Tätigkeiten bezieht, die von den MS oder der Gemeinschaft selbst mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden und für die das Kriterium gilt, dass sie im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden.¹⁸⁵

IZm der Definition der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, verwendete der KOM den Terminus Daseinsvorsorge. Als Leistungen der Daseinsvorsorge werden marktbezogene oder nicht marktbezogene Tätigkeiten gesehen und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft. Dienste von allgemeinem

¹⁸⁰ Art 14 AEUV, ABl 2012 C 326, 54.

¹⁸¹ So *Krajewski*, ZöGU 2/2010, 75 (87).

¹⁸² Protokoll (Nr 26) über Dienste von allgemeinem Interesse, ABl C 115, 308 (308).

¹⁸³ Art 14 AEUV, ABl 2012 C 326, 54.

¹⁸⁴ Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinen Interesse der Kommission v 21.5.2003, KOM (2003) 270 endg; Mitteilung der Kommission v 26.9.1996, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (1996) 443 endg; Mitteilung der Kommission v 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg.

¹⁸⁵ Vgl Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinen Interesse der Kommission v 21.5.2003, KOM (2003) 270 endg 8.

wirtschaftlichem Interesse umfassen nach dem Begriffsverständnis der KOM somit allein marktbezogene Leistungen, während bei Leistungen der Daseinsvorsorge auch Tätigkeiten im nichtwirtschaftlichen Sinne gemeint sind.¹⁸⁶ Damit ist der Marktbezug ein Kriterium, um nicht unter dem Begriff der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse fallende Tätigkeiten ohne Marktbezug abzugrenzen. Diese Abgrenzung ist deswegen so von Bedeutung, weil die Binnenmarktvorschriften als auch die Vorschriften des europäischen Wettbewerbsrechts grundsätzlich nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten anwendbar sind.¹⁸⁷

Trotzdem bleibt noch offen, welche Kriterien anzulegen sind, damit einer Tätigkeit der öffentlichen Hand ein entsprechender Marktbezug zugesprochen werden kann und diese dadurch als Dienst von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse qualifiziert werden kann. Es wird anerkannt, dass zu den nicht-wirtschaftlichen Aufgaben die äußere und innere Sicherheit, die Justizverwaltung und andere hoheitliche Aufgaben zu zählen sind¹⁸⁸. Als marktbezogene Tätigkeiten auf europäischer Ebene anerkannt und deshalb zu den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zugehörig sind insbesondere bestimmte Leistungen der großen netzgebundenen Wirtschaftszweige wie des Verkehrswesen und des Energiesektors und der Telekommunikation.¹⁸⁹ In der Rsp spricht sich der EuGH auch für die Marktbezogenheit von Tätigkeiten in der Abfallbewirtschaftung¹⁹⁰ und bei Notfalltransporten mit einem Krankenwagen¹⁹¹ aus. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse lassen sich

¹⁸⁶ Vgl Mitteilung der Kommission v 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg 42.

¹⁸⁷ Vgl Mitteilung der Kommission v 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg 13.

¹⁸⁸ Vgl Mitteilung der Kommission v 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg 13.

¹⁸⁹ Vgl Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinen Interesse der Kommission v 21.5.2003, KOM (2003) 270 endg 8.

¹⁹⁰ EuGH, Rs C-209/98, *FFAD*, Slg 2000, I-3743 RN 46ff.

¹⁹¹ EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I 8089 RN 55.

dahingehend interpretieren, dass damit das bestehende öffentliche Interesse der einzelnen MS an der Aufgabenerfüllung¹⁹² gemeint ist.¹⁹³

Zurückhaltend zeigen sich bei der Definition der öffentlichen Aufgabe im Allgemeininteresse *Hausmann/Mutschler-Siebert*. Sie sehen den Umstand, dass der Gerichtshof in Bezug auf die Aufgabe der Abfallentsorgung in der Rs *Stadtreinigung Hamburg*¹⁹⁴ die Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie¹⁹⁵ in den Mittelpunkt seiner Argumentation, als Indiz dafür, dass grundsätzlich nur solche öffentliche Aufgaben berücksichtigungswürdig seien, die gemeinschaftsrechtlich anerkannt sind bzw nicht im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stehen. Ihrer Meinung nach könne die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht durch eine unbeschränkte Festlegung öffentlicher Aufgaben infrage gestellt werden.¹⁹⁶ Eine konkrete begriffliche Festlegung – wie eine Gleichsetzung mit der Begrifflichkeit in Art 14 AEUV¹⁹⁷ bzw Art 102 (2) AEUV¹⁹⁸ – nehmen sie mE damit nicht vor. Allerdings kann aus den Ausführungen entnommen werden, dass sie wohl eine unionskonforme Auslegung des Aufgabenbegriffs bejahen. *Struve* spricht sich ebenfalls nicht für eine Definition des Aufgabenbegriffs aus. Aber sie erachte es als bezeichnend, dass der EuGH die allgemeine Beschreibung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe wählt und nicht etwa einen diesbezüglich engeren Begriff wie den der Dienstleistung der Daseinsvorsorge verwendet. Die Beweggründe für die bewusste Wahl dieser Terminologie seitens des EuGH müssen sich aus der zukünftigen Rsp - und damit aus unionsrechtlicher Ebene - ergeben.¹⁹⁹

¹⁹² Hier zeigen sich Parallelen zu den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben des AG-Begriffs siehe unter 3.1.1.1.

¹⁹³ Vgl *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der europäischen Union (2004) 102 ff.

¹⁹⁴ EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747.

¹⁹⁵ Richtlinie 75/442/EWG des Rates v 15. Juli 1975 über Abfälle geändert durch die Richtlinie 91/156/EWG ABl. L 78, 32 ff.

¹⁹⁶ Vgl *Hausmann/Mutschler- Siebert*, Nicht mehr als eine Klarstellung- Interkommunale Kooperation nach dem EuGH- Urteil Stadtreinigung Hamburg, VergabeR 3/2010, 427 (428f).

¹⁹⁷ Art 14 AEUV, ABl 2012 C 326, 54.

¹⁹⁸ Art 102 AEUV, ABl 2012 C 326, 89.

¹⁹⁹ Vgl *Struve*, EuZW 2013, 805 (807).

Einen Rückgriff auf die Begrifflichkeit der Dienstleistungen von allgemeinem wissenschaftlichem Interesse bei der Definition des Aufgabenbegriffs der vergaberechtsfreien IKZ bejaht *Jennert*. Er begründet seine Ansicht dadurch, dass der EuGH in der Rs *Coditel*²⁰⁰ anerkannte, dass die Kompetenz zur Qualifizierung einer Aufgabe als im allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse liegend den MS zusteht und EuGH sowie KOM in diesem Punkt auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt sind.²⁰¹ *Pielow* zieht für die Definition des Aufgabenbegriffs der privilegierten IKZ ebenfalls eine Gleichsetzung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gem Art 102 (2) AEUV²⁰² in Betracht. Denn diese Art stelle eine primärrechtliche Legalausnahme dar, deren Anwendung bereits für mögliche und nötige Durchbrechungen des Markt- und Wettbewerbsprinzips zu Gunsten von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse verantwortlich gewesen sei. Die in dieser Norm enthaltene Befreiung von den Vertrags- und insbesondere den Wettbewerbsregeln stehe unter dem Vorbehalt der Verträglichkeit mit dem Gemeinschaftsinteresse am freien Handelsverkehr und ermögliche insofern die gebotene Abwägung im Hinblick auf Vorrangstellungen für öffentliche Aufgaben.

Der Hinweis auf die gemeinsame Erfüllung öffentlicher Aufgaben impliziere danach schlicht das Vorliegen einer (an und für sich trägerneutralen) Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.²⁰³

Meiner Meinung nach kann im Ergebnis der für den Ausnahmetatbestand der vergaberechtsfreien horizontalen IKZ verwendete Begriff der öffentlichen Aufgaben im allgemeinen Interesse den Diensten bzw Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse iSd Art 14 AEUV²⁰⁴ bzw Art 102 (2) AEUV²⁰⁵ gleichgesetzt werden.

²⁰⁰ EuGH, Rs C-324/07, Slg 2008, I-8457.

²⁰¹ Vgl *Jennert*, NzBau 3/2010, 150 (155).

²⁰² Art 102 AEUV, ABI 2012 C 326, 89.

²⁰³ Diese Ansicht vertretend *Pielow*, Kein Vergabeverfahren bei Vereinbarung über Kommunale Zusammenarbeit, EuZW 2009, 529 (532).

²⁰⁴ Art 14 AEUV, ABI 2012 C 326, 54.

²⁰⁵ Art 102 AEUV, ABI 2012 C 326, 89.

3.1.2. Gesetzliche Normierung der öffentlichen Aufgabe

Mit der Voraussetzung einer im Rahmen der IKZ zur erfüllenden allen obliegenden öffentlichen Aufgabe gilt es, sich auseinanderzusetzen, welche „Qualität“ diese haben muss. Das bedeutet, ob sie auf gesetzlicher Ebene (und vielleicht sogar auf unionsrechtlicher Ebene) determiniert sein muss, um als öffentliche Aufgabe zu gelten.

In der Rs *Stadtreinigung Hamburg*²⁰⁶ leitete der EuGH die allen Landkreisen obliegende öffentlichen Aufgabe, wie bereits oben angeführt, aus einer Sekundärrechtsgrundlage, der Abfallrahmenrichtlinie²⁰⁷, ab. In dieser RL sind die MS konkret dazu verpflichtet, die Aufgabe der thermischen Abfallverwertung zu organisieren. *Eisner/Fruhmann* merkten an, dass eine solche unionsrechtliche Determinierung der Gemeinwohlaufgabe wie in dieser E sich in keinem der Nachfolgejudikate wiederfände. Zudem hat der EuGH in diesen auch ausgeführt, dass die konkret zu klärende Gemeinwohlaufgabe nicht mit der E der Stadtreinigung und den Landkreisen verglichen werden könne. Daher erscheint die aufgeworfene (aber offen gelassene) Frage von *Elsner/Blesky* berechtigt, ob stets eine gesetzliche Grundlage der Gemeinwohlaufgabe gegeben sein muss oder nicht.²⁰⁸

Die (restriktive) Ansicht, dass die Gemeinwohlaufgabe aus einer gesetzlichen Pflicht abzuleiten sei, vertritt *Kern*, als er zur Begründetheit eines Nachprüfungsantrags, die einen Kooperationsvertrag zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Klinikträgern über Leistungen der Arzneimittelversorgung sowie der Versorgung mit apothekenüblichen Waren betreffen, Stellung nimmt. Er ist der Meinung, dass eine Gemeinwohlaufgabe nur anzunehmen sei, wenn sie zum Bereich der Pflichtaufgaben der beteiligten Vertragspartner der IKZ gehöre. Die wesentliche Aufgabe der Vertragspartner in der besagten (nationalen) E sei nicht die ärztliche Behandlung von Patienten, sondern die Erbringung von Leistungen, die üblicherweise Apotheker erbringen.

Apotheker erfüllen im Allgemeinen zentrale, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben, nämlich die Sicherstellung der ordnungsgemäßen Versorgung der Allgemeinheit mit

²⁰⁶ EuGH, Rs C 480/06, Slg 2009, I-4747.

²⁰⁷ Richtlinie 75/442/EWG des Rates v 15. Juli 1975 über Abfälle geändert durch die Richtlinie 91/156/EWG ABl. L 78, 32 ff.

²⁰⁸ Vgl *Elsner /Blesky*, ZVB 2013/100, 341 (343).

Arzneimitteln.²⁰⁹ Gleichzeitig seien die Apotheker auch private, auf dem Markt tätige und dem Wettbewerb unterworfenen Unternehmer, die marktgängige Leistungen gegen Entgelt erbringen. Aus § 14 des (deutschen) Apothekengesetz ergibt sich, dass Kliniken zwar nach behördlicher Genehmigung selbst eine hausinterne Apotheke einrichten können, diese Tätigkeit jedoch keine gesetzliche Pflichtaufgabe ist. Dies ließe nach der Ansicht von Kern eine öffentliche Aufgabe ausscheiden.²¹⁰

Deutliche Bestätigung finden die vorstehenden Ausführungen von *Fruhmann*. Dieser betont, dass für die Abgrenzungsfrage, was eine Aufgabe zu einer Gemeinwohlaufgabe macht, einerseits eine Gemeinwohlfunktion mit dieser Aufgabe einhergehen müsse und dass andererseits der Aufgabenbegriff auch eine Verbindlichkeit (Pflicht) zur Entfaltung der fraglichen Tätigkeit indiziere. Eine Bestätigung für diese Interpretation findet er in der Rs *Stadtreinigung Hamburg*²¹¹, in der der EuGH iZm den Gemeinwohlaufgaben davon spricht, dass diese den Beteiligten „obliegen“. ²¹² Eine rein freiwillige Entfaltung einer Tätigkeit sei demnach nicht als Gemeinwohlaufgabe zu qualifizieren.²¹³

In diesem Sinn versteht auch *Eisner/Fruhmann* die Ausführungen zur öffentlichen Aufgabe im Allgemeininteresse in den Urteilen des EuGH. Sofern der unions- oder nationalstaatliche Gesetzgeber einem Rechtsträger eine Aufgabe zur Besorgung zuweise, führe das dazu, dass diese Aufgabe jedenfalls als öffentliche Aufgabe anzusehen sei.²¹⁴

Jennert weist darauf hin, dass neben einer nationalen Regelung, die die Gebietskörperschaften dazu berechtigt, gemeinsam Aufgaben wahrzunehmen, zu deren Erfüllung sie berechtigt oder verpflichtet sind, sich zudem eine weitere hinreichend präzise Festschreibung der

²⁰⁹ § 1 (deutsches) Apothekengesetz BGBl I S 697 idF BGBl I S 1993.

²¹⁰ So *Kern*, Nzbau 7/2013, 458 (462).

²¹¹ EuGH, C 480/06, Slg 2009, I-4747.

²¹² EuGH, C 480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 37.

²¹³ So *Fruhmann*, Die neue Ausnahme für öffentlich-öffentliche Vergaben gemäß der Allgemeinen Ausrichtung des Rates, in: *Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg)*, FS für Fridhelm Marx, Wettbewerb- Transparenz- Gleichbehandlung 15 Jahre GWB- Vergaberecht 161.

²¹⁴ Vgl *Eisner/Fruhmann*, ZVB 2013/115, 382 (384).

öffentlichen Aufgabe anbiete. Eine entsprechende Determinierung könne aus Gründen der Transparenz in der der IKZ zugrundeliegenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung oder in der Satzung eines kommunalen Zweckverbands erfolgen.²¹⁵

Ganz anders sieht dies *Kunde*, der die Auffassung vertritt, dass an den Gemeinwohlbezug einer Aufgabe keine sonderlich spezifischen Anforderungen zu stellen seien. Er stütze sich in seiner Argumentation auf die Entscheidungsgründe des EuGH zur Rs *Lecce*²¹⁶, in der der EuGH an sich die wissenschaftliche Forschung genügen ließ und lediglich die Aufgabenwahrnehmung der Gemeinwohlaufgabe in Frage stellte. Die Beschränkung auf Pflichtaufgaben der beteiligten Partner erachte er als zu eng.²¹⁷

Weitgehend ungeklärt bleibt damit die Frage, wie die (nationale) Übertragung von Aufgaben, die bei Verwaltungsbehörden durchaus praxisrelevant ist, zu beurteilen ist. Zu dieser Problematik äußert sich *Fruhmann*, indem er den Standpunkt vertritt, dass die Übertragung von Tätigkeiten zur Besorgung grundsätzlich den Anforderungen einer öffentlichen Aufgabe gerecht werde. Voraussetzung dafür sei eine gesetzliche Normierung, die die Aufgabenübertragung ermögliche. Diese könne auf verfassungsgesetzlicher, nationaler Ebene erfolgen oder durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt werden.²¹⁸

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Lehre einheitlich der Meinung ist, dass eine gesetzliche Festlegung, die auf nationaler Ebene erfolgt, für das Vorliegen einer Gemeinwohlaufgabe der beteiligten Partner der IKZ ausreichend ist. Es bedarf nicht zwingend einer unionsrechtlichen Normierung der öffentlichen Aufgabe im Allgemeininteresse, wie sie in der Rs *Stadtreinigung Hamburg*²¹⁹ vorliegend war. Dem

²¹⁵ Vgl. *Jennert*, Nzbau 3/2010, 150 (155).

²¹⁶ EuGH, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

²¹⁷ Diesen Meinungsstand vertretend *Kunde*, Vergaberechtspflicht der „delegierenden“ öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, - *Lecce ua*, Nzbau 9/2013, 555 (556).

²¹⁸ Vgl. *Fruhmann*, Die neue Ausnahme für öffentlich-öffentliche Vergaben gemäß der Allgemeinen Ausrichtung des Rates, in: *Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg)*, FS für Fridhelm Marx, Wettbewerb- Transparenz- Gleichbehandlung 15 Jahre GWB- Vergaberecht 161.

²¹⁹ EuGH, Rs C 480/06, Slg 2009, I-4747.

Meinungsstand der Lehre kann ich mich nur anschließen. Die als ausreichend erachtete nationale Determinierung der öffentlichen Aufgabe kommt auch der Autonomie der Mitgliedstaaten zu Gute. Denn es ist nicht einzusehen, warum eine öffentliche Aufgabe bloß bei einer Normierung auf unionsrechtlicher Ebene zu bejahen ist. Nachvollziehbar ist für mich jedoch (wie auch für *Eisner/Fruhmann*²²⁰ einsehbar), dass im Falle einer unionsrechtlichen (oder nationalen) Determinierung jedenfalls von einer öffentlichen Aufgabe auszugehen ist. Außerdem ist die EU auch verpflichtet, autonome Entscheidungen der föderalen oder zentralen Organisation des jeweiligen Mitgliedsstaates zu respektieren. Diese Achtung der Selbstverwaltung ist seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags ausdrücklich primärrechtlich verankert und damit von der Union anerkanntes und schützenswertes Gut.

Gem Art 4 (2) EUV²²¹ hat die Union nicht nur die Staatsorganisation der MS, sondern auch deren jeweilige regionale und lokale Selbstverwaltungen zu beachten. Zudem ist der EuGH seither intensiver um den Ausgleich zwischen dem weiten Anwendungsbereich des Vergaberechts und der Selbstbestimmung der Körperschaften bei der Aufgabenerfüllung in den MS bemüht, um den Grundsatz der Einzelermächtigung gerecht zu werden. Diese unionsgesetzlichen Ausführungen würden grundsätzlich auch dafür sprechen, den Vorschlag von *Fruhmann*, der auch übertragene gesetzliche Pflichtaufgaben bei entsprechender Rechtsgrundlage zu öffentlichen Aufgaben zählt²²², als zulässig zu erachten. Es bleibt abzuwarten, ob sich der EuGH in naher Zukunft mit einer IKZ zu befassen hat, die auf eine übertragene Aufgabenwahrnehmung der Vertragspartner fußt.

²²⁰ Vgl *Eisner/Fruhmann*, ZVB 2013/115, 382 (384).

²²¹ Art 4 EUV, ABl 2012 C 326, 18.

²²² Vgl *Fruhmann*, Die neue Ausnahme für öffentlich-öffentliche Vergaben gemäß der Allgemeinen Ausrichtung des Rates, in: *Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg)*, FS für Fridhelm Marx, Wettbewerb- Transparenz- Gleichbehandlung 15 Jahre GWB- Vergaberecht 161.

3.2. Gemeinsame Aufgabewahrnehmung

Studiert man die Ausführungen des EuGH zur Rs *Stadtreinigung Hamburg*²²³, erkennt man, dass ein Grund für die Vergaberechtsfreiheit der konkreten Vertragsgestaltung nach dem EuGH der kooperative Charakter der IKZ ist: „Des Weiteren steht fest, dass der Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den beteiligten Landkreisen das Ergebnis einer Initiative der Vertragsparteien zur interkommunalen Zusammenarbeit ist und Anforderungen enthält, mit denen sichergestellt werden kann, dass die Aufgabe der Abfallentsorgung erfüllt wird.“²²⁴

Der EuGH betont in diesem Zusammenhang auch den Umstand, dass die Errichtung der Abfallentsorgungsanlage erst beschlossen und durchgeführt wurde, nachdem der Vertrag geschlossen und die für den Betrieb der Anlage benötigten Mengen sichergestellt wurden. Dadurch könne eine Verallgemeinerung dahingehend getroffen werden, dass die Vertragsparteien den gegenständlichen Vertrag in erster Linie mit der Zielsetzung geschlossen haben müssen, die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe gemeinsam zu ermöglichen. Es gehe somit um die gemeinsame Eigenerfüllung einer öffentlichen Aufgabe.²²⁵

Im Kontext mit der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung einer vergaberechtsfreien IKZ stellt sich die Frage, in welcher Form und in welcher Intensität die vereinbarte Zusammenarbeit erfolgen soll. Auf den Punkt gebracht – bei Vorliegen welcher Kriterien ist das Element der Zusammenarbeit der Gebietskörperschaften im Sinne einer gemeinsamen Erledigung laut dem EuGH erfüllt?²²⁶

²²³ EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747.

²²⁴ EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 38.

²²⁵ Vgl. Hausmann/Mutschler-Siebert, VergabeR 3/2010, 427 (429f).

²²⁶ Vgl. die kritische Auseinandersetzung von Struve, EuZW 2013, 805 (807).

3.2.1. Aufgabenträger

3.2.1.1. Zusammenarbeit

In der am Anfang des Kapitels angeführten nationalen E²²⁷ hatte sich der VwGH damit auseinanderzusetzen, ob die Zusammenarbeit einer IKZ ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne einer realen Arbeitsteilung voraussetze. Der zugrundeliegende Sachverhalt bildete eine nicht ausgeschriebene IKZ zweier benachbarter Gebietskörperschaften im Bereich der Abfallwirtschaft. Wie bereits oben angeführt, übernahm eine Gebietskörperschaft das Sammeln und die andere das Entsorgen des Hausabfalls. Aufgrund dessen schloss die in der Beschwerde belangte Behörde das Vorliegen einer echten interkommunalen Kooperation aus und argumentierte, dass gegenständlich eine Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften nur dann vorläge, wenn jeder der beiden Vertragspartner gegenüber dem jeweils anderen (somit gegenseitig) entsprechende Dienstleistungen (Entsorgung der Abfälle des jeweils anderen Vertragsteiles) erbringt, also ein Leistungsaustausch hinsichtlich Entsorgungstätigkeiten stattfindet. Im gegenständlichen Fall ginge es jedoch nur um die Entsorgung der Abfälle der Erstbeschwerdeführerin.²²⁸

Der VwGH widersprach dieser Ansicht. Die Notwendigkeit eines Gegenseitigkeitsverhältnisses für die Zusammenarbeit sei schon allein aus der Rs *Stadtreinigung Hamburg*²²⁹ weder ausdrücklich noch implizit zu entnehmen. Er verwies darauf, dass Vertragsgegenstand der Leitentscheidung in erster Linie die Übernahme des Abfalls zur thermischen Verwertung war. Die Zusammenarbeit bestand also darin, dass eine Gebietskörperschaft gegenüber einer anderen Gebietskörperschaft Dienstleistungen, die im gemeinsamen öffentlichen Interesse lagen, gegen Entgelt erbrachte.²³⁰ Es komme nicht auf das Bestehen einer realen Arbeitsteilung an, sondern ob die Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt werde, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhingen. Diese Ziele sah er bei der zwischen den beiden Gebietskörperschaften getroffenen Vereinbarung- im Hinblick der Leitentscheidung - gegeben, da die Zusammenarbeit der Erfüllung einer gemeinsamen, im

²²⁷ VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020.

²²⁸ Vgl VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020 Rn 2.

²²⁹ EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747.

²³⁰ Vgl VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020 Rn 4.3.

Allgemeininteresse liegenden Aufgabe bzw der Erfüllung von Aufgaben, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen - konkret im Bereich der Abfallwirtschaft - dienlich war.²³¹

Obwohl nun die Zusammenarbeit nicht auf eine Arbeitsteilung fußen muss, werde eine gemeinsame Aufgabenerfüllung dadurch deutlich, dass gegenseitige Verpflichtungen der vertragsschließenden Gebietskörperschaften, mit denen auch beiderseitige Synergieeffekte ausgelöst werden, bestehen. Ausgehend von der Leitentscheidung sei in der Abfallwirtschaft hierbei an die Ausnutzung der Entsorgungskapazitäten sowie an die beiderseitige Zurverfügungstellung des Abfalls zu denken. Ein weiterer Anhaltspunkt für die beiderseitigen Verpflichtungen könne der gemeinsame Zweck des Vertrags sein, eine Leistung zu den besten wirtschaftlichen Bedingungen betreiben zu können.²³² In der nationalen E könne der gemeinsame Zweck der Vereinbarung der Gebietskörperschaften mE eine wirtschaftliche Entsorgung des Hausabfalls für die dort wohnhaften Bürger sein. Eine bloß einseitige Zuweisung einer Aufgabe durch eine öffentliche Stelle an eine andere kann nicht als Zusammenarbeit im Sinne einer vergaberechtsfreien IKZ gesehen werden.²³³

Somit ist auf die eingangs aufgeworfene Frage zu antworten, dass die Zusammenarbeit im Rahmen einer IKZ zu bejahen ist, wenn das Kriterium einer gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung durch die beteiligten Gebietskörperschaften erfüllt ist. Die notwendige gemeinsame Aufgabenwahrnehmung gehe hierbei über eine bloße Leistungsbeziehung hinaus.²³⁴ Denn der Zweck der IKZ sei es nicht, Leistungen auf dem Markt nachzufragen. Vielmehr solle im Rahmen einer dauerhaft angelegten Zusammenarbeit die Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Abfallentsorgung nachhaltig durch ein Zusammenwirken der Beteiligten gewährleistet werden.²³⁵ Dies zeigt auch, dass die Zusammenarbeit der öffentlichen Stellen (noch) keine vergaberechtliche Relevanz aufweise, da zu diesem Zeitpunkt noch kein Beschaffungsbezug bestehe. Erst nach der Begründung der

²³¹ Vgl VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020 Rn 2.

²³² Vgl Portz, VergabeR 5/2009, 702 (710).

²³³ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen v 4.10.2011, SEC(2011) 1169 endg 13.

²³⁴ Vgl Portz, VergabeR 5/2009, 702 (708).

²³⁵ Vgl Hausmann/Mutschler-Siebert, VergabeR 3/2010, 427 (430).

Zusammenarbeit sei unter Umständen der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet, wenn Leistungen bei einem Dritten nachgefragt werden.²³⁶ Diese Auffassung wurde auch durch den EuGH in der Rs *Mehiläinen*²³⁷ bestätigt, in der aber eine institutionalisierte öffentliche-private Partnerschaft vorliegend war: Bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch einen öffentlichen AG und einem privaten Unternehmen fällt der Vertrag über die Gründung an sich nicht unter dem Anwendungsbereich des Vergaberechts.²³⁸ Erst der Auftrag über die Dienstleistungen für seine eigenen Beschäftigten, der den Schwellenwert überschreitet, ist als öffentlicher und damit als ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren.²³⁹ Das bedeutet aus vergaberechtlicher Sicht, dass aufgrund der obigen Ausführungen mE wohl eine gesonderte Bewertung der Begründung der Zusammenarbeit und der Leistungserbringung stattfinden muss.

Wirft man noch einmal einen Blick in die nationale E²⁴⁰, so führte die belangte Behörde als Zusatzargument zur Bekräftigung ihrer Ansicht nach nicht vorliegenden IKZ aus, dass der vergaberechtliche Ausnahmetatbestand nicht vorliegend sei, weil durch den Vertrag der zwei Gebietskörperschaften eine Wettbewerbsverzerrung eintrete. Diese entstünde, weil die Gebietskörperschaft, die den Entsorgungsauftrag übernehme, gegenüber anderen im Wettbewerb stehenden Unternehmen, so insbesondere privatwirtschaftlich agierenden Mitbeteiligten, durch die Direktvergabe besser gestellt werden würde.²⁴¹ Dazu verwies der VwGH auf die Rs *Piepenbrock*²⁴², in der der EuGH ausführte, dass für die vergaberechtsfreie Zusammenarbeit öffentlicher Stellen Voraussetzung ist, dass „kein privater

²³⁶ Vgl. *Brauser-Jung*, Rugenberger Dammbruch oder: Keine vergaberechtlichen Grenzen für interkommunale Kooperationen? *VergabeR* 2a/2010, 306 (308).

²³⁷ EuGH, Rs C-215/09, *Mehiläinen*, Slg 2010, I-13749.

²³⁸ Vgl. EuGH, Rs C-215/09, Slg 2010, I-13749 Rn 33.

²³⁹ Vgl. EuGH, Rs C-215/09, Slg 2010, I-13749 Rn 47.

²⁴⁰ VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020.

²⁴¹ Vgl. VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020 Rn 4.4.

²⁴² EuGH, Rs C-386/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

*Dienstleistungserbringer besser gestellt wird als seine Wettbewerber.*²⁴³ Es komme also - wie irrtümlicherweise von der belangten Behörde angenommen - nicht darauf an, ob aus der Zusammenarbeit ein Wettbewerbsvorteil einer öffentlichen Stelle gegenüber einem privaten Dienstleistungserbringer resultiert. Schließlich wäre ein solcher Vorteil einer öffentlichen Stelle zwangsweise bei jeder IKZ gegeben, weil bei dieser Zusammenarbeit schon definitionsgemäß der private Dienstleistungserbringer nicht zum Zug käme. Entscheidend sei nach der zitierten Judikatur im Sinne der Gleichbehandlung privater Unternehmen untereinander, dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber. Und in dem zu beurteilenden Vertrag wurde von der belangten Behörde keine solche Bevorzugung eines privaten Unternehmens festgestellt.²⁴⁴

Damit lässt sich die in 3.2. gestellte Frage so beantworten, dass neben der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung der Vertragspartner im Rahmen der Zusammenarbeit keine Besserstellung Privater gegenüber anderen Wettbewerbern einhergehen darf. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang betont, dass sämtliche Kriterien kumulativ gegeben sein müssen, um eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts zu rechtfertigen.²⁴⁵

Nachdem nun geklärt wurde, inwiefern die Zusammenarbeit der beteiligten öffentlichen Stellen ausgestaltet sein muss, um eine vergaberechtliche Privilegierung zu erhalten, bleibt offen, wie bei der Aufgabewahrnehmung ein Rückgriff auf Dritte vergaberechtlich zu beurteilen ist.

3.2.1.2. Erledigung durch Dritte

Eine Aufgabenerledigung durch Dritte wurde im Rahmen einer IKZ in der Rs *Piepenbrock*²⁴⁶ angestrebt. Der EuGH hatte in diesem Vorabentscheidungsverfahren zu bewerten, ob die Vergabe von Aufgaben der Gebäudereinigung für kommunal genutzte Liegenschaften durch eine Kommune an den Kreis Düren gegen finanzielle Entschädigung als

²⁴³ Vgl. EuGH, Rs C-386/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 37 mit Verweis auf EuGH, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 35.

²⁴⁴ Vgl. VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020 Rn 4.4.

²⁴⁵ Vgl. EuGH, Rs C-386/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 38.

²⁴⁶ EuGH, Rs C-386/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren ist.²⁴⁷ Rechtsgrundlage war eine vom Kreis Düren als Gemeindeverband und der Stadt Düren ausgehandelte öffentlich-rechtliche Vereinbarung aufgrund dessen die Aufgabe der Reinigung der im Gebiet der Stadt Düren gelegenen Büro-, Verwaltungs-, und Schulgebäude auf die Stadt Düren übertragen werden sollte.²⁴⁸ Die Dürener Reinigungsgesellschaft mbH, die im vollständigen Eigentum der Stadt Düren steht, sollte letztendlich die Reinigungsaufgaben erfüllen. Gegen diese nicht ausgeschriebene Vergabe wandte sich die Piepenbrock GmbH & CO KG, die mehrere Reinigungsdienstleistungen für den Kreis Düren durchführt.²⁴⁹ Der EuGH sprach sich mit mehreren Argumenten gegen die Vergaberechtsfreiheit dieser IKZ aus. Ein Argument bezog sich darauf, dass der gegenständliche Kooperationsvertrag zwischen den öffentlichen Stellen einen Rückgriff auf private Dritte - nämlich auf die städtische Reinigungsgesellschaft - vorsah. Die Ausschreibungspflicht bei einem Rückgriff auf Dritte bei der Aufgabenwahrnehmung steht in Verbindung dazu, dass wie oben festgestellt²⁵⁰, eine Besserstellung privater Dritter gegenüber Wettbewerbern verboten ist. Da der Entwurf der Kooperationsvereinbarung die Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe durch die Reinigungsgesellschaft gestatte, könne diese Gesellschaft in privater Rechtsform gegenüber anderen Unternehmen begünstigt werden. Dafür genüge, dass Dritte unter Umständen in der Lage sind, zur Durchführung der gegenständlichen Aufgabe auf dem Markt tätig zu werden. Dies bedeutet, dass die bloße Möglichkeit, dass die Reinigungsgesellschaft in Konkurrenz zu anderen Unternehmen treten könnte, für die Verneinung der Vergaberechtsfreiheit des EuGH ausreichend sei.²⁵¹ Die Erwähnung durch den EuGH, dass für eine vergaberechtliche Privilegierung bei der Erledigung nicht auf externe Dritte zurückgegriffen werden darf, sei als eine Hervorhebung der Voraussetzung zu werten, dass kein privater Dienstleister besser gestellt wird als seine Wettbewerber. Diese Klarstellung sei insbesondere vor dem Hintergrund wichtig, da viele öffentliche Einrichtungen über Tochtergesellschaften (bspw in der Rechtsform einer GmbH) verfügen, die ihre Dienstleistungen auf dem freien Markt zur

²⁴⁷ Vgl EuGH, Rs C-386/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 14.

²⁴⁸ Vgl EuGH, Rs C-386/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 2ff.

²⁴⁹ Vgl EuGH, Rs C-386/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 14f.

²⁵⁰ Siehe 3.2.1.1.

²⁵¹ So *Kunde*, NzBau 9/2013, 555 (557).

Verfügung stellen.²⁵² Bei einer vergaberechtsfreien IKZ müsse sich somit die Zusammenarbeit ausschließlich nur in der öffentlichen Sphäre bewegen und Private dürfen auch nicht mittelbar beteiligt werden.²⁵³ Verträge der Zusammenarbeit zwischen öffentliche Stellen über marktgängige Hilfsdienstleistungen verlassen die öffentliche Sphäre und seien auszuschreiben.²⁵⁴

3.2.1.3. Entgeltlichkeit

Es stellt sich iZm der gemeinschaftlichen Aufgabenwahrnehmung die Frage, ob ein Entgelt für die zu erbringenden Dienstleistungen unter den Kooperationspartnern in einer vergaberechtsfreien IKZ als zulässig erachtet wird. Dazu führte der EuGH in der Leitentscheidung lediglich aus, dass die vorgesehenen Finanztransfers zwischen den Beteiligten im Rahmen der kooperativen Aufgabenwahrnehmung nicht über eine Kostenerstattung hinausgehen dürfen.²⁵⁵ Aus dem Sachverhalt zu der E ergibt sich, dass die vier betreffenden Landkreise als öffentliche AG der Stadtreinigung Hamburg als Gegenleistung für die Verwertung ihrer Abfälle in der Anlage ein Jahresentgelt zahlen. Zur Bestimmung dieses Entgelts sind sowohl die Berechnungsmethode als auch die Zahlungsmodalitäten in dem der Zusammenarbeit zugrundeliegenden Vertrag festgelegt.²⁵⁶ Die Erbringung von Abfallentsorgungsleistungen wurde nur gegenüber dem Betreiber der Anlage vergütet. Da die vereinbarte Zusammenarbeit zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den Landkreisen nicht zu Finanztransfers untereinander führte, 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 wurde²⁵⁷, bewegte sich die Kostenerstattung in dieser E im zulässigen Rahmen des vergaberechtlichen Ausnahmetatbestandes.

²⁵² So *Brakalova*, EuZW 2013, 591 (594).

²⁵³ Vgl. *Hausmann/Mutschler-Siebert*, VergabeR 3/2010, 427 (431).

²⁵⁴ Vgl. *Brakalova*, EuZW 2013, 591 (593).

²⁵⁵ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 43.

²⁵⁶ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 40.

²⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747 Rn 43.

In der Folgeentscheidung *Lecce*²⁵⁸ beschäftigte sich die Generalanwältin im Detail mit dem Entgeltcharakter einer Dienstleistung iZm einer IKZ. Demnach ist ein verlangtes Entgelt im Rahmen der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung der beteiligten Stellen als eine Voraussetzung zur Einstufung als öffentlicher Auftrag im Sinne von Art 1 (2) lit a der RL 2004/18/EG²⁵⁹ zu werten²⁶⁰ und eine vergaberechtliche Privilegierung würde der IKZ in so einem Fall nicht zu Gute kommen. Auch die KOM betont, dass die entgeltliche Erbringung von Dienstleistungen ein Merkmal öffentlicher Aufträge sei und die europäischen Vergabevorschriften zur Anwendung kämen.²⁶¹

Die gegenständliche Zusammenarbeit betraf eine von der ASL Lecce und der Universität geschlossene Vereinbarung über die entgeltliche Durchführung von Tätigkeiten der Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit der Krankenhausanlagen der Provinz Lecce.²⁶² Somit hatte die ASL Lecce eine Vergütungspflicht gegenüber der Universität als Kooperationspartner, aber die Gegenleistung war so bemessen, dass sie die getragenen Kosten nicht übersteigt. Nun gilt es zu klären, wann eine Vergütung für eine Leistung als Entgelt zu qualifizieren ist.

Der Begriff der Entgeltlichkeit erfordere, dass der Leistungserbringung durch den Bieter auch eine Vergütungspflicht des Auftraggebers gegenübersteht. Neben der Beteiligung zweier Personen (in diesem Fall zwischen AG und AN) müsse hierbei eine Gegenseitigkeit in Form des sachlichen Leistungsaustauschs bestehen. Diese Gegenseitigkeit der Vertragsbeziehung sei für einen vergabepflichtigen Vorgang unabdingbar. Die Frage, die sich in diesem Kontext stellt, ist, ob eine kostendeckende Vergütung, wie sie in dieser E zwischen den beteiligten Stellen vereinbart wurde, nicht bereits unter den Begriff der Entgeltlichkeit fällt und damit in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt.²⁶³

²⁵⁸ EuGH, Rs C-159/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

²⁵⁹ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v 30. April 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl 2004 L 134, 114 (126).

²⁶⁰ Vgl bereits EuGH, Rs C-480, Slg 2009,I-4747 Rn 32; vgl auch EuGH, Rs C-159/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 25; EuGH, Rs C-386/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 28.

²⁶¹ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen v 4.10.2011, SEC(2011) 1169 endg 13.

²⁶² Vgl EuGH, Rs C-159/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 18.

²⁶³ Schlussanträge GA *Trstenjak*, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Z 30f.

Dazu führte der EuGH aus (und bejahte damit gleichzeitig die Ansicht der Generalanwältin), dass ein Kooperationsvertrag „nicht allein deswegen aus dem Begriff des öffentlichen Auftrags herausfallen“ kann, „weil die darin vorgesehene Vergütung auf den Ersatz der Kosten beschränkt bleibe, die durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstehen“.²⁶⁴ Die Generalanwältin spricht sich dafür aus, dass grundsätzlich nämlich jede Art von Vergütung, die einen Geldwert darstellen kann, dem Begriff der Entgeltlichkeit genügt.²⁶⁵ Diese weite Auslegung des Entgeltbegriffs bekräftigt sie mit zwei Argumenten, die beide im europäischen Gemeinschaftsrecht fußen.

Zum einen entspreche ein weites Verständnis des Entgeltbegriffs dem Zweck der Vergaberichtlinien, der in der Öffnung der Märkte für einen echten Wettbewerb bestehe. Nur so könne ein Umgehung des Vergaberechts vermieden werden, in der verschleierte Entgeltformen, die eine Gewinnerzielungsabsicht dem ersten Anschein nach nicht erkennen lassen, vereinbart werden.²⁶⁶ Das Fehlen von Gewinn allein macht die Kooperationsvereinbarung nicht unentgeltlich, denn immerhin erhält der Dienstleistungsempfänger der IKZ eine geldwerte Leistung. Diese geldwerte Leistung könnte grundsätzlich in den Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechtsregimes fallen.²⁶⁷ Zum anderen hänge das weite Begriffsverständnis des Entgelts auch mit der extensiven Auslegung des Entgeltbegriffs im Bereich der Dienstleistungsfreiheit gem Art 56 AEUV²⁶⁸ zusammen. Im Zusammenhang mit dieser Grundfreiheit ist der Entgeltcharakter bereits zu bejahen, wenn es sich um eine auf Kostendeckung gerichtete Tätigkeit handelt. Unbeachtlich ist auch, ob der Leistungserbringer tatsächlich auch eine Gewinnerzielungsabsicht hegt.²⁶⁹ Somit hatte der der IKZ zugrundeliegende Beratungsvertrag zwischen der ASL Lecce und der Universität Entgeltcharakter. Dies bedeutet folglich, dass die IKZ nicht vergaberechtlich privilegiert ist, sondern als öffentlicher Dienstleistungsauftrag ausschreibungspflichtig

²⁶⁴ Vgl EuGH, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Rn 29.

²⁶⁵ Schlussanträge GA Trstenjak, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Z 31.

²⁶⁶ Vgl Frenz, Handbuch Europarecht³ Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 617.

²⁶⁷ Schlussanträge GA Trstenjak, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Z 32.

²⁶⁸ Art 56 AEUV, ABl 2012 C 326, 70.

²⁶⁹ Müller-Graff in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 56 Rn 21.

gewesen wäre.²⁷⁰ Anhand dieser beiden E zur Entgeltlichkeit iZm einer vergaberechtsfreien IKZ sticht mE die Entwicklung der Spruchpraxis des EuGH ins Auge, der den vergaberechtlichen Ausnahmetatbestand nur in engen Grenzen zulässt und einen weiten Anwendungsbereich des Vergaberechts befürwortet.

4. Reformen für die interkommunale Auftragsvergabe

4.1. Das neue Richtlinienpaket

Am 17.4.2014 sind die neuen EU-Vergaberichtlinien in Kraft getreten, die in den MS innerhalb von zwei Jahren umzusetzen sind. Das Reformpaket umfasst die RL 2014/24/EU²⁷¹ über die öffentliche Auftragsvergabe (im Folgenden: Vergaberichtlinie), die RL 2014/25/EU²⁷² über die Vergabe von Aufträgen durch AG im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und der Postdienste (im Folgenden: Sektorenvergaberichtlinie) sowie die RL 2014/23/EU²⁷³ über die Konzessionsvergabe (im Folgenden: Konzessionsvergaberichtlinie).

Damit lösen die RL die bisherige Richtlinie für klassische Auftragsvergaben (RL 2004/18/EG²⁷⁴) und die Richtlinie für Vergaben durch Sektoren-AG (RL 2004/17/EG²⁷⁵) ab. Zudem ergänzen sie das bestehende europäische Vergaberechtsregime um eine weitere

²⁷⁰ Schlussanträge GA Trstenjak, Rs C-159/11 (noch nicht in der Slg veröffentlicht) Z 34.

²⁷¹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 28. März 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65 ff.

²⁷² Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates v 28. März 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl 2014 L 94, 243 ff.

²⁷³ Richtlinie 2014/23/EU des europäischen Parlaments und des Rates v 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl 2014 L 94, 1 ff.

²⁷⁴ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v 30. April 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl 2004 L 134, 114 ff.

²⁷⁵ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl 134, 1 ff.

Richtlinie, nämlich die KonzessionsvergabeRL²⁷⁶, die die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen durch klassische und Sektoren-AG regelt.²⁷⁷ Nach Inkrafttreten am 17.4.2014 müssen die neuen Richtlinien binnen 24 Monaten, also spätestens am 18.4.2016, in nationales Recht umgesetzt werden. Längere Umsetzungsfristen gelten allein für die Vorgaben für die demnächst verbindliche elektronische Abwicklung von Vergabeverfahren.²⁷⁸

4.1.1. Ziele der Vergaberechtsreform

Der neuen Vergaberechtsreform liegen ambitionierte Ziele zugrunde. Es wird dadurch versucht, das Vergaberecht einfacher, schneller, flexibler, investitionsfreundlicher und moderner zu gestalten. Man erwartet sich auch eine verstärkte Nutzung der öffentlichen Auftragsvergabe zur Umsetzung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele, insbesondere sozialer und umweltpolitischer Natur. Durch eine Entbürokratisierung und Flexibilisierung des Vergaberechtsverfahrens soll zur Effizienz des Einsatzes öffentlicher Gelder positiv beigetragen werden. Einer effizienten Handhabung des Vergaberechts entsprechen dabei insbesondere die Kommunen als größte AG, weshalb zukünftig von den MS ein Abbau formaler Vergaberechtsregeln, eine Stärkung und Erweiterung der Handlungsspielräume für kommunale AG sowie eine verstärkte Rücksichtnahme auf kommunale Organisationsstrukturen und Organisationen erwartet wird. Gleichzeitig war man mit diesem Richtlinienpaket bemüht, mehr Klarheit und Rechtssicherheit unter den Anwendern zu schaffen. Dies sollte durch die Klärung grundlegender Konzepte, Begriffe und - besonders im Hinblick auf die IKZ bedeutend - durch die Kodifikation bestimmter Aspekte der Rsp des EuGH gelingen.²⁷⁹

4.1.2. Aufgabe des Richtlinienpakets

Alle drei Richtlinien folgen vom Aufbau her einer ähnlichen Gliederungssystematik. Nach einem ersten Titel zu Gegenstand (Begriffsbestimmungen) und Anwendungsbereich folgt jeweils ein zweiter Titel mit den Vorschriften für die Auftrags- bzw Konzessionsvergabe.

²⁷⁶ Richtlinie 2014/23/EU des europäischen Parlaments und des Rates v 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl 2014 L 94, 1 ff.

²⁷⁷ Vgl *Stalzer*, Neue Regeln für die (kommunale) Auftragsvergabe, RFG 2014/24, 123 (123).

²⁷⁸ Vgl *Neun/Otting*, Die EU- Vergaberechtsreform 2014, EuZW 2014, 446 (446).

²⁷⁹ Vgl *Stalzer*, RFG 2014/24, 123 (123).

In der Vergaberichtlinie und der Sektorenvergaberichtlinie schließt sich jeweils ein Titel III zu besonderen Beschaffungsregelungen (etwa für soziale und andere besondere Dienstleistungen) an, in der Konzessionsvergaberichtlinie ist der dritte Titel hingegen der Durchführung von Konzessionen gewidmet. Der Titel IV in der Vergaberichtlinie und Sektorenvergaberichtlinie befasst sich jeweils mit den neuen Governance-Vorgaben. Der jeweils letzte Titel aller drei Richtlinien enthält Schlussbestimmungen (zu denen auch bestimmte Befugnisübertragungen an die KOM und die Regelungen zum Inkrafttreten sowie die Festlegung der Umsetzungsfrist zählen).²⁸⁰

4.2. Ausgewählte Reformpunkte aus kommunaler Sicht

Aus kommunaler Sicht ergeben sich durch das Richtlinienpaket einige Neuerungen. Während die Zulässigkeit einer vergaberechtsfreien IKZ in den letzten Jahren zunehmend Gegenstand von E des EuGH gewesen ist, wurde bis zu dieser Vergaberechtsreform keine Kodifizierung der Kriterien für interkommunale Kooperationsvereinbarungen vorgenommen, die vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind. Dies sorgte für große Rechtsunsicherheit, da bis zuletzt keine abschließenden Kriterien, anhand derer die Anwendung der Vergaberichtlinien auf derartige Kooperationen final beurteilt werden könnte, aus den E ablesbar waren und die betreffenden E zudem auch höchst unterschiedlich durch die öffentlichen AG und durch einzelne MS ausgelegt wurden.

Die Kodifizierung der bisherigen Rsp des EuGH zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit war einer der umstrittensten Vorschriften im Gesetzgebungsprozess. Entgegen bestehender Bedenken seien in der finalen Fassung der RL die Kriterien für die vergaberechtsfreie IKZ für die aus organisatorischer Hinsicht wichtigen Modelle, die horizontale Zusammenarbeit und die vertikale bzw institutionalisierte Zusammenarbeit, gelockert worden.²⁸¹

Der Erwägungsgrund 31²⁸² der Vergaberichtlinie macht dabei deutlich, dass im Ausgangspunkt die einzelfallorientierte Judikatur in eine stimmige Regelung zur IKZ überführt werde, nicht aber neues Recht geschaffen werden solle. Wegen der unterschiedlichen Auslegung der Judikatur gälte es vom europäischen Gesetzgeber zu

²⁸⁰ Vgl Neun/Otting, EuZW 2014, 446 (446).

²⁸¹ Vgl Stalzer, RFG 2014/24, 123 (124).

²⁸² Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 28. März 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65 (69f).

präzisieren, „in welchen Fällen im öffentlichen Sektor geschlossene Verträge von der Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sind.“²⁸³

Die Kodifizierung im Sekundärrecht bzw die spätere Implementierung der Richtlinieninhalte auf nationaler Ebene führen jedoch aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts dazu, dass die MS angehalten sind, sich ausschließlich an diesen normierten Kriterien zu orientieren. Gegenüber vielfältigen Ansätzen der Literatur, wie bspw abstrakteren Zuordnungen oder entworfenen Kriterien wie der mandatorischen oder delegierenden Aufgabenübertragung²⁸⁴, sei Zurückhaltung geboten.²⁸⁵

4.2.1. Interkommunale Zusammenarbeit auf horizontaler Ebene

Diese Form der IKZ, die auch den Schwerpunkt dieser Arbeit bildet, erfährt nun in Art 12 (4) der Vergaberichtlinie eine Regelung. Nach dieser gesetzlichen Festlegung fallen zwischen ein oder mehreren öffentlichen AG untereinander geschlossene Verträge nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts und sind damit von einer allfälligen Ausschreibungspflicht befreit, sofern alle nachfolgenden Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

„a) Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;

b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und

c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.“²⁸⁶

²⁸³ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 28. März 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65 (69).

²⁸⁴ Ausführlich dazu *Bergmann/Vetter*, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht – Eine differenzierende Betrachtung, NVwZ 2006, 497 (500f).

²⁸⁵ Für die nunmehr ausschließliche Beachtung der RL *Wegener* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg), Vergaberecht² (2015) §99 Rn 16ff.

²⁸⁶ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 28. März 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65 (104).

Die nunmehr normierten Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie IKZ fügen sich meiner Meinung nach klar und stringent in die im Laufe dieser Arbeit entwickelten Kriterien ein: Eine IKZ, die vergaberechtlich privilegiert ist, muss sich aus einer gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung (zu erbringende öffentliche Dienstleistungen, Erreichung gemeinsamer Ziele) im Allgemeininteresse liegender Aufgaben (Überlegungen im öffentlichen Interesse) ergeben.

Neu in diesem Kontext ist der nicht zu überschreitende prozentuale Wert der von der Zusammenarbeit betroffenen Tätigkeiten der beteiligten öffentlichen AG als dritte Bedingung. Daraus lässt sich schließen, dass die Geschäftstätigkeit der öffentlichen Stellen außerhalb der IKZ sehr begrenzt ist. Es finden sich durch die Kodifizierung mE auch Antworten auf bisher offene Fragen: Die von den beteiligten öffentlichen Stellen zu erbringenden Dienstleistungen im Rahmen der Zusammenarbeit müssen ausweislich der Erwägungsgründe nämlich nicht zwingend öffentliche Aufgaben im Allgemeininteresse sein. Demnach könnte die IKZ *„alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den teilnehmenden Stellen zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen, wie gesetzliche oder freiwillige Aufgaben der Gebietskörperschaften oder Dienste, die bestimmten Einrichtungen durch das öffentliche Recht übertragen werden.“*²⁸⁷ Das würde heißen, dass es sich bei den zu erfüllenden Dienstleistungen auch um freiwillige - somit nicht gesetzlich übertragene - Aufgaben der Gebietskörperschaft handeln könnte.

Lediglich wiederholt und zusammengefasst werden die Entscheidungsgründe des EuGH zur Gestaltung der Zusammenarbeit²⁸⁸ der beteiligten öffentlichen Stellen. Für eine vergaberechtsfreie IKZ sei es weder erforderlich, dass die von den beteiligten öffentlichen Stellen erbrachten Leistungen identisch sind, noch müssen alle Gebietskörperschaften wesentliche vertragliche Verpflichtungen erfüllen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Wahrnehmung der betreffenden Leistungen zu erbringen. Dadurch sei klargestellt, dass für eine echte Zusammenarbeit der Vertragspartner keine wechselseitige

²⁸⁷ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 28. März 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65 (70).

²⁸⁸ Ausführlich dazu oben bei 3.2.1.1.

Leistungserbringung erforderlich sei. In den Erwägungsgründen²⁸⁹ zur IKZ wird des Weiteren hervorgehoben, dass wie oben²⁹⁰ anhand der Judikatur des EuGH erarbeitet, es für eine vergaberechtliche Privilegierung notwendig sei, dass die Zusammenarbeit wettbewerbsneutral gestaltet ist. Damit soll bewirkt werden, dass kein privater Dienstleistungserbringer einen Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern erhält und die Zusammenarbeit ohne Beteiligung von Privaten erbracht wird.²⁹¹

Im Anbetracht der Kodifizierung der IKZ auf horizontaler Ebene in den neuen Vergaberichtlinien hat man sich meiner Meinung nach im Wesentlichen an die vom EuGH entwickelten Kriterien orientiert. Der unbestimmte Wortlaut der Norm erweckt in mir jedoch den Eindruck, dass der europäische Gesetzgeber offensichtlich keine Lösungsansätze für die nach den einschlägigen E²⁹² des EuGH offen gebliebenen Fragen gefunden hat. Es bleibt unklar, welchen Aufgabenbereichen eine vergaberechtliche Privilegierung zu Gute kommt. Durch die Qualifizierung als Aufgaben im öffentlichen Interesse ist auch nicht ableitbar, inwiefern damit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse²⁹³ gemeint sind. Ebenso ist nicht geklärt, wie die Überlegungen der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung im öffentlichen Interesse, die für eine vergaberechtsfreie IKZ notwendig sind, ausgestaltet sein müssen.

Im Ergebnis knüpft die Kodifizierung der Kriterien dieses Ausnahmetatbestands mE unmittelbar an die Rsp des EuGH an, ohne bestehende Rechtsunsicherheiten zu beseitigen²⁹⁴. Es fehlt an der Konkretisierung der Norm, deswegen wird auch in Zukunft mit Streitigkeiten zur Auslegung dieser Regelungsinhalte zu rechnen sein.

²⁸⁹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 28. März 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65 (70).

²⁹⁰ Siehe dazu 3.2.1.1. und 3.2.1.2.

²⁹¹ Vgl *Stalzer*, RFG 2014/24, 123 (124f).

²⁹² Bspw zu EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747; EuGH, Rs C-159/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht); EuGH, Rs C-386/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

²⁹³ Zu diesem Lösungsansatz des Aufgabenbegriffs siehe oben unter 3.1.1.2.

²⁹⁴ So auch *Knauff*, Neues zur In-House Vergabe, EuZW 2014,486 (489).

4.2.2. Interkommunale Zusammenarbeit auf vertikaler Ebene

Ein Beschaffungsvorgang eines öffentlichen Auftraggebers unterfällt wegen wirtschaftlicher Identität nicht dem Vergaberecht, „wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben“.²⁹⁵ Mit dieser Formulierung im Jahr 1999 in der Rs *Teckal*²⁹⁶ begründete der EuGH die (erste) Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts, nämlich die Inhouse-Vergabe. Mit dem neuen Richtlinienpaket gibt der europäische Gesetzgeber seine Regelungszurückhaltung auf und setzt zugleich neue materiell-rechtliche Schwerpunkte. Es werde verlangt, dass die Inhouse- Vergabe 15 Jahre nach den entwickelten *Teckal*- Kriterien vollkommen neu gedacht werden müsse.²⁹⁷ Nach Art 12 (1) der Vergaberichtlinie ist für die vergabefreie Beauftragung einer gemeinsamen Gesellschaft bzw eines gemeinsamen Rechtsträgers die kumulative Erfüllung folgender Voraussetzungen notwendig:

- „a) Der öffentliche Auftraggeber übt über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus, wie über seine eigenen Dienststellen;
- b) mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen betraut wurden und
- c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.“²⁹⁸

²⁹⁵ EuGH, Rs C-107/98, Slg 1999, I-08121 Rn 50.

²⁹⁶ EuGH, Rs C-107/98, Slg 1999, I-08121.

²⁹⁷ Vgl *Knauff*, EuZW 2014, 486 (486).

²⁹⁸ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 28. März 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 103.

Es werden verschiedene Konstellationen einer Inhouse- Vergabe geregelt. Neben der Beauftragung eines Unternehmens durch den beherrschenden öffentlichen AG werden die Fälle der gemeinsamen Beherrschung durch mehrere öffentliche AG, sowie der Fall einer inversen Inhouse- Vergabe in dieser Norm geregelt.²⁹⁹ Für den Überblick über die Reformpunkte wird nur die Kodifizierung der Beauftragung eines Unternehmens durch den beherrschenden öffentlichen AG beleuchtet, die die klassische Inhouse- Vergabe darstellt. Es handelt sich in diesem Fall meistens um eine Folgeerscheinung formeller Privatisierungen, in der schließlich eine wirtschaftliche Identität zwischen AG und AN besteht.³⁰⁰ Der Gesetzgeber hält an den vom EuGH entwickelten Kriterien der Kontrolle und des Tätigwerdens im Wesentlichen für den öffentlichen AG fest, konkretisiert und modifiziert diese aber zugleich.

Das Kontrollkriterium, das seinen Niederschlag in Art 12 (1) lit a der Vergaberichtlinie findet, wird in Art 12 (1) UAbs 1 der Vergaberichtlinie dahingehend konkretisiert, dass bei einem öffentlichen AG von der Erfüllung dieser Anforderung ausgegangen wird, *"wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt"*.³⁰¹ Im folgenden Satz wird dann klargestellt, dass diese Kontrolle auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden kann, die vom öffentlichen AG auf gleiche Weise kontrolliert wird. Mit dieser Vorschrift wird einer Konzernstruktur, wie sie in vielen öffentlichen Unternehmen präsent ist, Rechnung getragen. Damit wird eine zur Mehrstufigkeit führende interne Umstrukturierung als zulässig erachtet. Voraussetzung für eine derartig gestufte Kontrolle ist aber, dass sowohl rechtlich als auch tatsächlich kein Kontrollverlust des öffentlichen Auftraggebers eintritt. Darüber hinaus kommt der gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung der beteiligten juristischen Personen eine entscheidende Bedeutung für die Erfüllung dieser Anforderung zu. Schlussendlich muss der öffentliche AG unabhängig von der juristischen Konstruktion die Entscheidungen des Unternehmens steuern können.³⁰²

²⁹⁹ Vgl Knauff, EuZW 2014, 486 (486f).

³⁰⁰ Vgl Knauff, EuZW 2014, 486 (486f).

³⁰¹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 28. März 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65 (103).

³⁰² Vgl Knauff, EuZW 2014, 486 (487).

Missverständnis³⁰³ könnte die Vorschrift des Art 12 (1) lit c der Vergaberichtlinie verstanden werden, die nicht grundsätzlich als Öffnung der EuGH- Rsp zur Zulässigkeit der Beteiligung Privater am AN zu werten sei.³⁰⁴ Mit dieser Formulierung wird an die Entscheidungsgründe der Rs *Stadt Halle*³⁰⁵ angeknüpft, wonach jegliche private Beteiligung wegen der damit einhergehenden Interessenskonflikte eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausschließt.³⁰⁶ Beachtet man den Wortlaut der nunmehrigen Norm, widerspricht diese den Grundsätzen der E. Doch in den Erwägungsgründen wird durch den europäischen Gesetzgeber verdeutlicht, dass eine mögliche Beteiligung Privater nur in den Fällen möglich ist, in denen das nationale Recht eine Pflichtbeteiligung ohne Einfluss auf das vom öffentlichen AG beherrschte Unternehmen vorschreibt.³⁰⁷ Es handle sich also nur um eine marginale Öffnung für die Beteiligung Privater.³⁰⁸

In der Kodifizierung wurde eine Liberalisierung dahingehend vorgenommen, dass es jetzt zur Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums ausreicht, wenn mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Personen der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie vom öffentlichen Auftraggeber betraut wurden.³⁰⁹ Diese quantitative Maßgabe sei grundsätzlich zu begrüßen, da damit ein Gewinn an Rechtssicherheit einhergehe. Sie entspreche aber nicht uneingeschränkt der Rsp des EuGH.³¹⁰ Dieser hatte zwar entschieden, dass einer Inhouse-Vergabe jedenfalls ein Drittgeschäft im Umfang von 10 % des Umsatzes nicht

³⁰³ Vgl auch *Knauff*, EuZW 2014, 486 (487).

³⁰⁴ Vgl *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446 (448).

³⁰⁵ Vgl EuGH, Rs C-26/05, *Stadt Halle*, Slg 2005, I-1 Rn 49f.

³⁰⁶ Vgl EuGH, Rs C-26/05, Slg 2005, I-1 Rn 49f.

³⁰⁷ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 28. März 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65 (70).

³⁰⁸ Vgl *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446 (448).

³⁰⁹ Vgl *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446 (448).

³¹⁰ Vgl *Knauff*, EuZW 2014, 486 (487f).

entgegenstehe³¹¹, eine Übertragung der 80% -Grenze der damals geltenden Sektorenvergaberichtlinie lehnte der Gerichtshof jedoch ab.³¹²

Im Gegensatz zur IKZ auf horizontaler Ebene wurden bei der Kodifizierung von Kooperationsvereinbarungen zwischen öffentlichen Stellen auf vertikaler Ebene die durch die Rsp entwickelten Kriterien mE gelungen normiert und dabei konkretisiert, sodass wenige Fragen offen bleiben. Lediglich in der Zurechnung von Umsätzen von Töchter- und Enkelgesellschaften, wie sie oft in größeren, kommunalen Verbünden existent sind, wäre in Bezug zum Wesentlichkeitskriterium eine Klarstellung wünschenswert gewesen.

³¹¹ Vgl EuGH, Rs C-295/05, *Asemfo/Tragsa*, Slg 2007, I-2999 Rn 62ff.

³¹² Vgl EuGH, Rs C-340/04, *Carbotermo*, Slg 2006, I-4137 Rn 50ff.

5. Schlussbetrachtung

Die Voraussetzungen, unter denen eine vergaberechtliche Privilegierung einer IKZ gerechtfertigt sein kann, sind in den letzten Jahren zunehmend durch die EuGH- Judikatur konturiert worden. Damit kam zur Inhouse- Vergabe, deren Voraussetzungen der EuGH in der Rs *Teckal*³¹³ formulierte, mit der Rs *Stadtreinigung Hamburg*³¹⁴ ein weiterer Ausnahmetatbestand vom Anwendungsbereich des Vergaberechts hinzu. Die in der E vom EuGH aufgestellten Kriterien für eine vergaberechtsfreie IKZ auf horizontaler Ebene werfen jedoch einige Abgrenzungs- und Auslegungsfragen auf.

Konkretisierungsbedürftig erweist sich der Begriff der öffentlichen Aufgaben im Allgemeininteresse, auf der Grundlage dieser Aufgabenwahrnehmung die Zusammenarbeit von öffentlichen Stellen nicht unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt. Entsprechend dem ersten Lösungsansatz³¹⁵ können unter diesen Aufgabenbegriff Aufgabenbereiche subsumiert werden, die den Aufgaben im Allgemeininteresse iZm mit der Definition des öffentlichen Auftraggebers entsprechen.

ME ist es aber systemkonformer, wenn man die öffentlichen Aufgaben im Allgemeininteresse - entsprechend dem zweiten Lösungsansatz³¹⁶ - als vergaberechtliches Gegenstück in das Gefüge des europäischen Wettbewerbsrechts einordnet, indem die vergaberechtsfreie Aufgabenwahrnehmung sich im Rahmen von Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Art 14 AUEV bewegt.³¹⁷ Bloße Hilfsgeschäfte, die mit diesen Aufgaben zusammenhängen können, sind nach derzeitiger Rechtslage nicht davon erfasst.³¹⁸

³¹³ EuGH, Rs C-107/98, Slg 1999, I-08121.

³¹⁴ EuGH, Rs C-480/06, Slg 2009, I-4747.

³¹⁵ Siehe oben 3.1.1.1.

³¹⁶ Siehe oben 3.1.1.2.

³¹⁷ Den ersten Lösungsansatz bejahend aber *Grasböck/Gruber*, ZVB 2013/115, 382.

³¹⁸ So etwa klargestellt durch EuGH, Rs C-159/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht); EuGH, Rs C-386/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

Es lässt sich zudem nicht erschließen, ob und auf welcher Ebene eine gesetzliche Determinierung³¹⁹ der durch die IKZ wahrgenommenen öffentlichen Aufgabe im Allgemeininteresse stattfinden muss. Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass eine unionsrechtliche Normierung der Aufgabe, wie sie in der Leitentscheidung durch eine Sekundärrechtsakte vorherrschend war, nicht notwendig ist³²⁰, aber im Falle dessen der aufgabenrechtliche Charakter des Ausnahmetatbestandes auf jeden Fall zu bejahen ist. Eine nationale Determinierung der entsprechenden Aufgabe erweist sich somit als ausreichend. Unklar bleibt, inwieweit die Übertragung von Aufgaben von einer Stelle zur anderen iZm der vergaberechtlichen Privilegierung der IKZ zu bewerten ist. Die Kodifizierung der IKZ auf horizontaler Ebene in der neuen Vergaberichtlinie deutet auf einen weiten Spielraum zu Gunsten der Gebietskörperschaften hin, da bereits eine freiwillige Aufgabenübernahme die Vergaberechtsfreiheit nicht ausschließt.

Ebenso zu klären ist, wie die gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung der beteiligten Gebietskörperschaften im Kontext mit einer vergaberechtsfreien IKZ gestaltet sein muss. Was die Anforderungen an die Zusammenarbeit³²¹ betrifft, kommt es nicht auf eine reale Arbeitsteilung der beteiligten Stellen an. Dies schließt nicht Leistungsverpflichtungen aller an der Zusammenarbeit beteiligten Stellen aus. Die durch Vertrag vereinbarte Zusammenarbeit muss allen voran aber durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt werden, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Als im öffentlichen Interesse liegendes Ziel wird die gemeinsame Leistung der gleichen Aufgabe gesehen, bspw das Sammeln und Entsorgen des Abfalls.³²²

In Bezug auf die Aufgabenwahrnehmung tut sich auch die Überlegung auf, inwieweit die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben im Allgemeininteresse durch Dritte erfolgen darf, ohne dass es der vergaberechtlichen Privilegierung schadet. Gegen eine solche Beteiligung Privater

³¹⁹ Dazu oben 3.1.2.

³²⁰ So etwa *Eisner/Fruhmann*, ZVB 2013/115, 382 (384).

³²¹ Siehe oben 3.2.1.1.

³²² Weitere Bsp zur Bestimmung der Zusammenarbeit siehe Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen vom 4.10.2011, SEC(2011) 1169 endg 13.

spricht sich der EuGH in der Rs *Piepenbrock*³²³ klar aus: Ein Vertrag zwischen den kommunalen Stellen, der einen Rückgriff auf einen Dritten gestattet, so dass dieser gegenüber den übrigen auf demselben Markt tätigen Unternehmen begünstigt werden könnte, ist als öffentlicher Auftrag zu werten. Dem beteiligten privaten Wirtschaftsteilnehmer würde damit nämlich ein ungerechtfertigter Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschafft werden, sofern dieser ohne ein der Aufgabenwahrnehmung vorangegangenes Vergabeverfahren an der Zusammenarbeit beteiligt werden würde.

Bei der kooperativen Aufgabenwahrnehmung durch die beteiligten Stellen rückt auch die Frage des Entgelts³²⁴ für die zu erbringenden Leistungen in den Blickpunkt. Der Entgeltcharakter einer Dienstleistung ist eine Voraussetzung für die Einstufung der Kooperationsvereinbarung als ausschreibungspflichtiger, öffentlicher Auftrag. Der Entgeltbegriff ist sehr weit auszulegen, was die restriktive Zulässigkeit des Ausnahmetatbestands bestätigt.

Wenn auch die Kriterien zur Zulässigkeit der vergaberechtsfreien IKZ zunehmend durch die Spruchpraxis des EuGH und durch die Lehre konkretisiert werden, bleiben einige Fragestellungen zurück, die einer gesetzlichen Klarstellung für mehr Rechtsicherheit bedürfen. Der Kodifizierung der bisher ungeschriebenen Ausnahme in den neuen Vergaberichtlinien wurde bereits Rechnung getragen. Allerdings verabsäumt hier der europäische Gesetzgeber, in dem der Wortlaut weitestgehend unbestimmt bleibt, eigene Lösungsansätze zu entwickeln.

Eine gesetzliche Klarstellung hinsichtlich des Begriffs der öffentlichen Aufgabe im Allgemeininteresse wäre wünschenswert. Dadurch könnte explizit geklärt werden, in welchen Aufgabenbereichen, die von den beteiligten Gebietskörperschaften gemeinsam wahrgenommen werden, eine vergaberechtliche Privilegierung gerechtfertigt erscheint. Ermächtigungsgrundlage für eine solche Regelung könnte Art 14 S 2 AEUV für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sein. Aber auch eine Ausnahmeregelung, die gewisse sektorale Aufgabebereiche vom Ausschluss des Anwendungsbereichs des Vergaberechts ausnimmt, könnte dem Zweck vermehrter Rechtsicherheit dienlich sein.

³²³ EuGH, Rs C-386/11, (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

³²⁴ Siehe oben unter 3.2.1.3.

Das Einfügen neuer Lösungsansätze rund um den Aufgabenbegriff der vergaberechtsfreien IKZ könnte auch auf bereits bestehende europäische Rechtsgrundlagen beruhen. Weiterführende Erläuterungen zum neu normierten Ausnahmetatbestand im Richtlinienpaket in Form eines Arbeitsdokuments der KOM könnten hierbei einen Beitrag leisten. Eine gute Orientierung und zugleich Auslegungshilfe würde auch die Überarbeitung des 2011 bislang nur in englischer Sprache veröffentlichten Arbeitspapiers³²⁵ bieten, insbesondere für die allgemeine Beurteilung, ob eine Ausschreibungspflicht besteht oder nicht.

³²⁵ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen vom 4.10.2011, SEC(2011) 1169 endg.

6. Literaturverzeichnis

Monographien

Frenz Walter, Handbuch Europarecht³ Beihilfe- und Vergaberecht (Heidelberg 2007).

Jantschgi Gottfried, Gemeindekooperationen innerhalb der Kleinregionen Vergaberechtliche, steuerrechtliche und arbeitsrechtliche Auswirkungen (Wien 2011).

Linder Christian, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der europäischen Union (Frankfurt 2004.)

Matschek Markus, Interkommunale Zusammenarbeit (IKZ) (Wien 2011).

Siebler Felix, Privilegierung von Public-Private-Partnerships im europäischen Vergaberecht (Frankfurt 2013)

Beiträge in Sammelwerken

Bauer Helfried, Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich, in: *Bauer Helfried/van Kaldenkerken Karl-Heinz* (Hrsg), Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich (Linz 1977).

Binder Bruno, Die Daseinsvorsorge der Gemeinde, in: *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg), Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (Wien 2002).

Havranek Charlotte/Kemptner Anne, Interkommunale Zusammenarbeit durch Gemeindeverbände und Verwaltungsgemeinschaften, in: *Klug Friedrich/Oberndorfer Peter/Wolny Erich* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (Wien 2008).

Kohout Sonja, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, in: *Schmidt-Aßmann Eberhard/Schoch Friedrich*(Hrsg), Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht (Boorberg 2008).

Öhlinger Theo, Die österreichischen und die Europäische Union, in: *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (Wien 2002).

Steiner Reto, Interkommunale Zusammenarbeit und Gemeindegemeinschaften in der Schweiz, in: *Biwald Peter/Hack Hans/Wirth Klaus* (Hrsg), Interkommunale Kooperation: Zwischen Tradition und Aufbruch (Wien 2006).

Ruge Kay, Kommentar zu den Auswirkungen des Protokoll über Dienste von allgemeinen Interesse auf Daseinsvorsorge und Vergaberecht, in: *Bungenberg Marc/Huber Peter/Strein*

Rudolf (Hrsg), Daseinsvorsorge und öffentliches Beschaffungswesen nach dem Lissabonner Vertrag (Stuttgart 2011).

Von Donat Christoph, Kooperationen der öffentlichen Hand, in: *Müller-Wrede Malte* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des Vergaberechts² (Köln 2013).

Festschriften

Fruhmann Michael, Die neue Ausnahme für öffentlich-öffentliche Vergaben gemäß der Allgemeinen Ausrichtung des Rates, in: *Prieß Hans-Joachim/Lau Niels/Kratzenberg Rüdiger* (Hrsg), FS für Fridhelm Marx, Wettbewerb- Transparenz- Gleichbehandlung 15 Jahre GWB-Vergaberecht (München 2013).

Kommentare

Holoubek Michael/Fuchs Claudia in *Schramm Johannes/Aicher Josef/ Fruhmann Michael* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006² (Wien 2009).

Streinz Rudolf (Hrsg), EUV/AEUV² (München 2012).

Pünder Hermann/Schellenberg Martin (Hrsg), Vergaberecht² (Baden-Baden 2015).

Artikel in Zeitschriften

Berchtold Klaus, Über die Bildung von Gemeindeverbänden, ÖGZ 19/ 1969, 427.

Bergmann Tina/Vetter Rainer, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht – Eine differenzierende Betrachtung, NVwZ 2006, 497.

Brakalova Maria, Vergaberecht: Interkommunale Zusammenarbeit – *Piepenbrock*, EuZW 2013, 591.

Brauser-Jung, Rugenberger Dammbruch oder: Keine vergaberechtlichen Grenzen für interkommunale Kooperationen? VergabeR 2a/2010, 306.

Bußjäger Peter, Neue Perspektiven der Gemeindezusammenarbeit? Die B-VG-Novelle BGBl I 60/2011 und ihre Relevanz für die interkommunale Zusammenarbeit, JRP 2/2012, 99.

Casati Claus, Interkommunale Zusammenarbeit (IKZ) in vergaberechtlichen Angelegenheiten, ÖGZ 11/2005, 13.

Eisner Christian, Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (Teil I), ZVB 2011/57, 181.

Eisner Christian/ Fruhmann Michael, Öffentlich-öffentliche Vergabe: zum „Aufgaben“-Begriff der Ausnahme, ZVB 2013/115, 382.

Elsner Bernt/Blesky Florian, Voraussetzungen interkommunaler Zusammenarbeit, ZVB 2013/100, 341.

Grasböck Reinhard/Gruber Thomas, Öffentlich-öffentliche Vergabe: zum „Aufgaben“-Begriff der Ausnahme, ZVB 2013/115, 382.

Gruneberg Ralf/Jänicke Katrin/Kröcher Jens, Erweiterte Möglichkeiten für die interkommunale Zusammenarbeit nach der Entscheidung des EuGH vom 09.06.2009 – eine Zwischenbilanz, ZfBR 2009, 754.

Hailbronner Kay, Private Töchter öffentlicher Auftraggeber und die Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts, DÖV 13/2003, 534.

Hausmann Ludwig/Mutschler-Siebert Annette, Nicht mehr als eine Klarstellung-Interkommunale Kooperation nach dem EuGH- Urteil Stadtreinigung Hamburg, VergabeR 3/2010, 427.

Hertwig Stefan, Die Abgrenzung Öffentlich-Öffentlicher Partnerschaften von bloßen Auftragsverhältnissen, NzBau 5/2013, 278.

Jennert Carsten, Staat oder Markt: Interkommunale Zusammenarbeit im Spiegel des EG-Vergaberechts – *Stadtreinigung Hamburg*, NzBau 3/2010, 150.

Kern Hannes, Unwirksamkeit eines ausschreibungspflichtigen Kooperationsvertrags – „apothekenübliche Waren“ – Besprechung des Urteils OLG München, Beschl.v.21.2.2013-Verg 21/12, NzBau 7/2013, 458.

Knauff Matthias, Neues zur In-House Vergabe, EuZW 2014, 486.

Krajewski Markus, Dienstleistungen von allgemeinen Interesse im Vertrag von Lissabon, ZögU 2/2010, 75.

Krohn Wolfram, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, NzBau 10/2006, 610.

Kunde Martin, Vergaberechtspflicht der „delegierenden“ öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, NzBau 9/2013, 555.

Matschek Markus/Wirth Klaus, Interkommunale Zusammenarbeit – Möglichkeiten, Grenzen und aktueller Entwicklungsbedarf, ÖGZ 11/2005, 8.

Matschek Markus/Wirth Klaus, Interkommunale Zusammenarbeit in Österreich Aktuelle Trends und Thesen zur weiteren Fachdiskussion, ÖGZ 9/2004, 19.

Müller Thomas, Interkommunale Zusammenarbeit im Wege der In-House-Vergabe? ZVB 2007/49, 197.

Neun Andreas/Ottin Olaf, Die EU- Vergaberechtsreform 2014, EuZW 2014, 446.

Oppel Albert, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014/9, 32.

Pichlmair Michael, Fernwärme Wien GmbH ist öffentlicher Auftraggeber – *Aigner*, *ecolex* 2008, 581.

Pielow Johann-Christian, Kein Vergabeverfahren bei Vereinbarung über Kommunale Zusammenarbeit, *EuZW* 2009, 529.

Portz Norbert, Der EuGH bewegt sich: Keine Ausschreibung kommunaler Kooperationen nach dem Urteil der „Stadtreinigung Hamburg“, *VergabeR* 5/2009, 702.

Raabe Marius, Öffentliche Auf- und Vergabe: Ausschreibung öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit? *VergabeR* 5/2012, 697.

Redaktion, Vergaberecht: Ausschreibungspflicht horizontaler Inhouse-Geschäfte – TU Hamburg-Harburg, *EuZW* 2014, 512.

Schrotz Jan-Oliver/ Ahlhaus Martin, Rechtswidrige Vergabe eines Forschungsauftrages an Universität ohne Ausschreibung – Besprechung des Urteils *Lecce ua*, *NVwZ* 11/2013, 710.

Stalzer Johannes, Neue Regeln für die (kommunale) Auftragsvergabe, *RFG* 2014/24, 123.

Stolzelechner Harald, Rechtliche und organisatorische Rahmenbedingungen, *GWZ* 6/1992, 11.

Storr Stefan, Public-Public-Partnerships: Grundfragen gemeinsamer Aufgabenerfüllung durch Gemeinden, *wbl* 2005, 555.

Struve Tanja, Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit, *EuZW* 2009, 805.

Veldboer Wolfgang/Eckert Christoph, Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil „Hamburger Stadtreinigung“ – *Stadtreinigung Hamburg DÖV* 20/2009, 859.

Rechtsquellen

Europäische Union

Richtlinie 75/442/EWG des Rates v 15. Juli 1975 über Abfälle geändert durch die Richtlinie 91/156/EWG *ABl L* 78, 32 ff.

Richtlinie des Rates 93/36/EG vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verträge zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, *ABl L* 199, 1 ff.

Richtlinie des Rates 93/37/EG vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge *ABl L* 199, 54 ff.

Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl 134, 1 ff.

Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 30. April 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl 2004 L 134, 114 ff.

Richtlinie 2014/23/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl 2014 L 94, 1 ff.

Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. März 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65 ff.

Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 28. März 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl 2014 L 94, 243 ff.

Österreich

Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1/1930 idF BGBl I 194/1999 idF BGBl I 162/1962 - B-VG Novelle 1962.

Bundes-Verfassungsgesetz– BGBl 1/1930 idF BGBl I 194/1999 idF BGBl I 60/2011 - B-VG-Novelle 2011.

Deutschland

Apothekengesetz BGBl I S 697 idF BGBl I S 1993.

Judikatur

Europäische Union

EuGH, Rs C-44/96, *Mannesmann*, Slg 1998, I-73.

EuGH, Rs C-360/96, *BFI Holding*, Slg 1998, I-6821.

EuGH, Rs C-107/98, *Teckal*, Slg 1999, I-08121.

EuGH, Rs C-209/98, *FFAD*, Slg 2000, I-3743.

EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I 8089.

EuGH, Rs C-278/00, *Hellenische Republik/Kommission*, Slg 2004, I-03997.

EuGH, Rs C-84/03, *Königreich Spanien*, Slg 2005, I-139.

EuGH, Rs C-340/04, *Carbotermo*, Slg 2006, I-4137

EuGH, Rs C-26/05, *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-1.

EuGH, Rs C-295/05, *Asemfo/Tragsa*, Slg 2007, I-2999.

EuGH, Rs C-393/06, *Aigner*, Slg 2008, I-2339.

EuGH, Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Slg 2009, I-4747.

EuGH, Rs C-324/07, *Coditel*, Slg 2008, I-8457.

EuGH, Rs C-215/09, *Mehiläinen*, Slg 2010, I-13749.

EuGH, Rs C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u.a.* (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

EuGH, Rs C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co KG/ Kreis Düren* (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

EuGH, Rs C-15/13, *TU Hamburg-Harburg*, (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

Schlussanträge GA *Trstenjak Verica*, Rs C-271/08, *Kommission/Deutschland*, Slg 2010, I-6817.

Schlussanträge GA *Trstenjak Verica*, Rs C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u.a.* (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

Österreich

VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020.

Deutschland

OLG München, Beschluss vom 21.2.2013- Verg 21/12.

Sonstige Quellen

Unionsdokumente

Mitteilung der Kommission vom 26.9.1996, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (96) 443 endg.

Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg.

Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinen Interesse der Kommission vom 21.5.2003, KOM (2003) 270 endg.

Protokoll (Nr. 26) über Dienste von allgemeinem Interesse, ABl C 115, 308.

Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen vom 4.10.2011, SEC(2011) 1169 endg.

Vorschlag für Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe v 20.12.2011, KOM(2011) 896 endg.

Internetquellen

Schröder Holger, Horizontale Inhouse-Geschäfte möglich? (EuGH, Urteil v. 8.5.2014 – C-15/13), <http://www.vergabeblog.de/2014-05-11/horizontale-inhouse-geschaefte-moeglich-eugh-urteil-v-8-5-2014-c-1513/> (27.06.2015).