



**Nr. 04/2005**

## **News aus dem Trink- und Abwasserwesen**

### **Vergaberecht:**

### **Urteil des OLG Naumburg vom 3. November 2005 zur kommunalen Zusammenarbeit im Lichte des Vergaberechtes**

#### **1. Einleitung:**

Das OLG Naumburg hatte die nicht nur für das Land Sachsen-Anhalt bedeutsame vergaberechtliche Entscheidung zu treffen, inwieweit die Übertragung einer hoheitlichen Aufgabe ausschreibungspflichtig ist. Bislang wurde immer davon ausgegangen, dass es sich bei Aufgabenübertragungen im Rahmen einer Zweckvereinbarung auf Grundlage des Gesetzes über Kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Sachsen-Anhalt (GKG-LSA) um vergaberechtsfreie Geschäfte handelt. Sowohl durch die nationalen Gerichte als auch durch den Europäischen Gerichtshof wurde diese Frage noch nicht abschließend geklärt.

#### **2. Inhalt des Urteils des OLG Naumburg vom 3. November 2005:**

Das OLG Naumburg kommt in seiner Entscheidung vom 3. November 2005 (1 Verg 9/05) zu dem Ergebnis, dass auch die konkrete Aufgabenübertragung im Rahmen einer Zweckvereinbarung nach dem GKG-LSA dem Vergaberecht unterworfen ist. Zur Begründung dieser Ansicht führt es an, dass die nationalen Gesetze richtlinienkonform auszulegen sind. Der Tatsache, dass nicht nur die Durchführung der Aufgabe, sondern die Aufgabe an sich übertragen wird, maß das Gericht keinerlei Bedeutung zu. Vielmehr führte es hierzu aus:

„Die Tatsache, dass der Antragsgegner eine echte Übertragung der Aufgabe gemäß §§ 3 Abs. 2 S. 1, 4 GKG-LSA, also nicht nur eine Beauftragung des Nachbarkreises mit der Besorgung der Aufgabe gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 GKG-LSA, beabsichtigt, kann nicht zu einer anderen Bewertung führen. Es kommt daher nicht auf die zwischen den Parteien streitige Frage an, ob es den Vertragsparteien gelungen ist, mit der geplanten Vereinbarung eine echte und vollständige Übertragung der Zuständigkeit für die Abfallentsorgung zu schaffen, was wohl die Aufsichtsbehörde mit den von ihr erteilten Auflagen sicherstellen wollte. Durch die gesetzlich normierte Ausschreibungspflicht wird die Möglichkeit einer Gemeinde oder eines Kreises zur Eingehung einer vertraglichen Partnerschaft mit einer anderen Gebietskörperschaft nicht ausgeschlossen, sondern nur an die gesetzlichen Regeln des Wettbewerbs gebunden, wenn sie am Markt tätig werden.

Abgesehen davon wäre selbst für den Fall, dass eine interkommunale Organisationseinheit faktisch ihrer Funktionen beraubt würde, nicht schlechthin eine Beeinträchtigung der Organisationshoheit anzunehmen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18.05.2004, 2 BvR 2374/99; Ziekow/Siegel, a. a. O., S. 136 m. w. N.). Darüber hinaus wären von einer Ausschreibungspflicht nach den obigen Ausführungen ohnehin nur diejenigen öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen betroffen, die einen Beschaffungsbezug aufweisen. Denn die Frage der Einschlägigkeit des Vergaberechtes hängt von der Art der zu erledigenden Aufgabe ab. Bei einer ausschließlich öffentlichen Aufgabe im Sinne eines Verwaltungsmonopols, die auf einem privaten Dritten nicht übertragen werden kann, so dass ein Wettbewerb nicht möglich ist, besteht auch keine Ausschreibungspflicht. Daher liegt keine Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten kommunalen Kooperationshoheit vor, sondern lediglich eine Bindung der Gebietskörperschaften an das Vergaberecht, soweit sie im wettbewerbsrelevanten Bereich tätig werden.“



Auch der Umstand, dass die benachbarten Landkreise bei der geplanten Verwaltungsgebietsreform fusionieren, führt zu keiner anderen Bewertung. Hier wurde darauf abgestellt, dass das Vergaberecht ausschließlich an die gegenwärtigen Verhältnisse anknüpft. Zukünftige Veränderungen müssen demnach außer Betracht bleiben. Auch einen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung sah das Gericht als nicht gegeben an. Hierzu führte es aus:

„Schließlich stellt auch der besondere verfassungsrechtliche Schutz, den die Kommunen genießen, sie nicht über das Gesetz. Interkommunale Verträge, zu denen auch die streitgegenständliche Zweckvereinbarung gehört, sind (selbstverständlich) nur im Rahmen der Gesetze zulässig. Grundsätzlich unterliegen die Gemeinden und ihre Landkreise beim Abschluss solcher Vereinbarung daher auch dem Regime des Vergaberechts, wenn dessen sachliche Voraussetzungen vorliegen.

aa) Art. 28 Abs. 2 GG und ebenso Art. 87 Abs. 1 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt (LVerf LSA) garantieren die kommunale Selbstverwaltung. Über eine institutionelle Rechtssubjektgarantie, eine objektive Rechtsinstitutionsgarantie und eine subjektive Rechtsstellungsgarantie hinaus enthält Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auch ein Aufgabenverteilungsprinzip zugunsten der Gemeinde. Dieses erfasst grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.11.1988, BVerfGE 79, 127, 151). Geschützt wird dabei als Ausprägung der Organisationshoheit auch die Kooperationshoheit, also das Recht, gemeinsam mit anderen Kommunen gemeinschaftliche Handlungsinstrumente zu schaffen, wie etwa die Bildung von Zweckverbänden (vgl. Ziekow/Siegel, a.a.O., S. 119, 120, m. N.). Der Antragsgegner und der Beigeladene genießen als Landkreise den Schutz des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG, denn als Landkreise gehören sie zu den Gemeindeverbänden (vgl. BVerfG Beschluss vom 07.05.2001, BVerfGE 103, 332, 359). Art. 87 Abs. 1 LVerf LSA definiert sie sogar neben den Gemeinden als Kommunen, denen dieselben Rechte zustehen, wie den Gemeinden. Nicht zu den Gemeindeverbänden i. S. des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG gehören Zusammenschlüsse, die lediglich Einzelaufgaben verfolgen, wie etwa Kommunale Zweckverbände (BVerfGE 52, 95, 109 ff.).

bb) Das Grundrecht der Kommunen, ihre Aufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen, befreit sie nicht von der Pflicht, sich dabei an die geltenden Gesetze zu halten. Denn geschützt wird die kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 87 Abs. 1 LVerf LSA selbstverständlich „im Rahmen der Gesetze“. Aufgrund dieses Gesetzesvorbehalts kann der Gesetzgeber auch die Kooperationshoheit als Ausprägung der Organisationshoheit der Gemeinden einschränken. Eine Beeinträchtigung der Kooperationsfreiheit ist jedoch nicht bereits bei jedem mittelbaren Einfluss auf diese anzunehmen, sondern erst ab einer gewissen Intensität der Beeinträchtigung, die darüber hinaus einen spezifischen Bezug zur kommunalen Selbstverwaltung aufweisen muss (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.11.1986, DVBl. 1986, 135 f.; Ziekow/Siegel, a. a. O., S. 121). Der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung ist grundsätzlich nicht beeinträchtigt, wenn die Kommune am Marktgeschehen teilnimmt. Sofern sie sich in diesem Bereich bewegt, unterliegt auch sie den Regeln, die zur Gewährleistung eines transparenten Wettbewerbsrechts geschaffen wurden. Daher fügt sich das Vergaberecht insbesondere vor dem bereits angesprochenen Hintergrund der Tätigkeit am Markt in die Reihe zulässiger gesetzlicher Beschränkungen der kommunalen Kooperationsfreiheit ein.“

### 3. Anmerkung:

Das Urteil des OLG Naumburg vermag nicht zu überzeugen und begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken. Es verkennt den Regelungsgehalt des GKG-LSA im Sinne einer vollständigen Aufgabenübertragung und damit die Grundlagen einer kommunalen Zusammenarbeit und der kommunalen Selbstverwaltung.

Hier muss u. E. differenziert werden zwischen der hoheitlichen Aufgabenübertragung und der eigentlichen Durchführung der Aufgabenerledigung. Während erstere nicht ausschreibungspflichtig sein kann, ist letztgenannte dem Vergaberecht unterworfen. Da aber im konkreten Fall die Durchführung an ein vollständig kommunales Unternehmen des übernehmenden Landkreises vergeben werden sollte, läge nach der entsprechenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft vor.

Aus unserer Sicht handelt es sich um ein Einzelurteil, aus welchem noch keine grundsätzliche Richtung in der Rechtsprechung erkennbar ist. Da auf bestehende Zweckvereinbarungen und Verbandsgründungen zudem keine Auswirkungen zu erwarten sein dürften, sollten die derzeitigen Folgen gering sein.