

Inhalt

Vorwort	VII
1. Teil Deutsches Verwaltungsorganisationsrecht versus europäisches Wettbewerbsrecht?	1
§ 1 <i>Ist die interkommunale Zusammenarbeit »vergaberechtsimmun«?</i>	1
I. Hintergrund und Rechtsfragen	1
1. Vergaberecht als Störfaktor im kommunalen Kooperationsrecht: Grund, Anlass und praktische Relevanz der Fragestellung	2
2. Rechtsfragen	6
a) Interkommunale Zusammenarbeit und ihre Stellung in der Verwaltungsorganisation	6
b) Grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB auf die interkommunale Zusammenarbeit	6
aa) Unternehmen im Sinne des § 99 I GWB	7
bb) Vertrag im Sinne des § 99 I GWB	8
cc) Unternehmen im Sinne des § 99 I GWB – In-house Kriterien	9
dd) Alternative oder kumulative Lösungsansätze?	9
3. Rechtspolitische Diskussion und Gestaltungsempfehlung	10
II. Kernfrage der Untersuchung und Abgrenzung	11
III. Gang der Untersuchung	11
§ 2 <i>Kommunale Zusammenarbeit im deutschen Verwaltungsorganisationsrecht</i>	13
I. Was ist kommunale Zusammenarbeit?	13
1. Begriff, Systematisierung und Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes	13
2. Kommunale Zusammenarbeit im weiteren Sinne in der Praxis	14
a) Gründe für die Zusammenarbeit und Alternativen	14
b) Bereiche der Zusammenarbeit	16
c) Zusammenarbeit in Zahlen	18
aa) Verbreitung in den Aufgabenbereichen	19
bb) Verbreitung nach Rechtsformen	19
3. Erscheinungsformen der kommunalen Zusammenarbeit im engeren Sinne	19
a) Historie	21
b) Grundformen	23
aa) Arbeitsgemeinschaft	24
bb) Öffentlich-rechtliche Vereinbarung	24
cc) Zweckverband	25
dd) Gemeinsames Kommunalunternehmen	25

4.	Dogmatische und verwaltungsorganisationsrechtliche Einordnung der Erscheinungsformen.	26
a)	Kooperationsrecht und öffentlich-rechtliches Gesellschaftsrecht	26
aa)	Rückgriff auf Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts?	26
bb)	Konkurrenz zum privaten Gesellschaftsrecht im Rahmen der Kommunalwirtschaft	29
cc)	Typenzwang im öffentlich-rechtlichen Kooperationsrecht.	31
b)	Staatsrechtliche Einordnung	31
c)	Einordnung in den substaatlichen Verwaltungsaufbau	32
aa)	Gemeinden und Kreise als kommunale Rechtssubjekte	32
bb)	Gemeindeverbände – kommunale Ebenen oder Kooperationsformen?	33
(1)	Niedere Gemeindeverbände	34
(aa)	Niedere Gemeindeverbände als neue kommunale Ebene	35
(bb)	Niedere Gemeindeverbände als »kommunaler Mehrzweckverband«	36
(cc)	Zwischenergebnis und Konsequenz für den Untersuchungsgegenstand	38
(2)	Stadt-Umland-Verbände	39
(3)	Höhere Gemeindeverbände	39
(4)	Sonstige Formen der interkommunalen Zusammenarbeit, insbes. öffentlich-rechtliche Spezialverbände	41
(5)	Ergebnis und Konsequenz für den Untersuchungsgegenstand	42
II.	Systematisierung der Grundformen.	43
§ 3	<i>Vergaberecht als Teil des europäischen Wettbewerbsrechts</i>	45
I.	Regelungsgegenstand und wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts.	45
II.	Telos und geschichtliche Wurzeln des Vergaberechts	45
1.	Vergaberecht als Teil des deutschen Haushaltsrechts	45
a)	Besonderheiten staatlicher Nachfrage.	46
b)	Ausgleich der Sonderstellung durch Wettbewerbsprinzip.	47
2.	Vergaberecht als Teil des europäischen Wettbewerbsrechts.	48
a)	Ziele und Stand der europäischen Integration	48
b)	Verwirklichung des Binnenmarkts als zentrale Aufgabe.	49
c)	Vergaberecht als Instrument zum Aufbruch der nationalen Beschaffungsmärkte	49
III.	Das Normensystem.	51
1.	Kartellvergaberecht.	51
a)	Primärrechtliche Gewährleistung des Binnenmarktes durch Grundfreiheiten	51
b)	Sekundärrechtliche Verwirklichung des Binnenmarktes durch Vergaberichtlinien	51
c)	Umsetzung durch das GWB	53

aa)	Struktur des deutschen Kartellvergaberechts.....	53
bb)	Inhaltliche Neuerungen gegenüber dem nationalen Haushaltsrecht.....	54
cc)	Einflüsse des Gemeinschaftsrechts in der Praxis.....	55
2.	»Gemeinschaftsrechtsfreies« Haushaltsvergaberecht?.....	56
IV.	Fazit.....	57
V.	Normative Grundlage für die Subsumtion.....	58
2. Teil	Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die kommunale Zusammenarbeit.....	59
§ 4	<i>Der Diskussionsstand in Spruchpraxis und Literatur im Überblick.....</i>	<i>59</i>
I.	Spruchpraxis.....	59
1.	OVG Schleswig, Beschl. v. 15.12.2000, 2 L 105/00.....	60
2.	OLG Koblenz, Beschl. v. 20.12.2001, 1 Verg 4/01.....	61
3.	OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.6.2002, Verg 18/02.....	62
4.	OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.5.2004, VII-Verg 78-03.....	64
5.	OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.9.2004, 11 Verg 11/04.....	65
6.	OVG Münster, Beschl. v. 12.10.2004, 15 B 1873/04 und 15 B 1889/04.....	67
7.	EuGH (2. Kammer), Urt. v. 13.1.2005, C-84/03 (Kommission der Europäischen Gemeinschaft/Königreich Spanien).....	67
8.	Vertragsverletzungsverfahren Gemeinde Hinte, Pressemitteilung der Kommission v. 14.1.2005, IP/05/04 und v. 5.7.2005, IP/05/949.....	68
9.	OLG Naumburg, Beschl. v. 3.11.2005, 1 Verg 9/05.....	70
10.	OLG Naumburg, Beschl. v. 2.3.2006, I-Verg 1/06.....	72
11.	OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.6.2006, VII-Verg 17/06.....	73
II.	Literatur.....	76
§ 5	<i>Unternehmen im Sinne des § 99 I GWB.....</i>	<i>78</i>
I.	Die öffentliche Hand als Unternehmen – Bestandsaufnahme der Normen und Abgrenzungstheorien.....	79
1.	Die öffentliche Hand als Unternehmen im nationalen Kartellvergaberecht.....	79
2.	Die öffentliche Hand als Unternehmen in den Vergaberichtlinien.....	80
3.	Die öffentliche Hand als Unternehmen im EG-Primärrecht.....	81
a)	Unternehmensbegriff des Art. 86 EGV.....	82
aa)	Unternehmen.....	82
bb)	Öffentlich.....	83
cc)	Zwischenergebnis zum Unternehmensbegriff.....	84
b)	Materieller Gehalt des »öffentlichen Unternehmensrechts«.....	84
aa)	Normappell der Art. 86 I, II EGV.....	85
bb)	Ausnahme nach Art. 86 II EGV.....	87
cc)	Zwischenergebnis zum materiellen Normgehalt.....	88
4.	Das Verwaltungsmonopol als Grenze des funktionalen Unternehmensbegriffs.....	89
5.	Ergebnis der Bestandsaufnahme.....	90

II.	Analyse und Bewertung der Bestandsaufnahme zur Grenze des Unternehmensbegriffs	91
1.	»Öffentliche Gewalt« im Sinne der oberlandesgerichtlichen Spruchpraxis zu Rettungsdiensten	92
2.	»Öffentliche Gewalt« im Rahmen des Art. 34 Satz 1 GG.	93
3.	Verwaltungsmonopole und Ausschließlichkeitsrecht gemäß § 100 II g GWB.	95
a)	Verwaltungsmonopole	95
b)	Ausschließlichkeitsrecht gemäß § 100 II g GWB	98
4.	»Öffentliche Gewalt« im Sinne der Art. 45, 55 EGV	100
5.	Ergebnis	103
§ 6	<i>Vertrag über eine Leistung im Sinne des § 99 I GWB</i>	104
I.	Formelle Kriterien als Grenze der Ausschreibungspflicht	105
1.	Auftrag durch öffentlich-rechtlichen Vertrag?	105
2.	Auftrag durch koordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrag.	106
3.	Gesetzliche Regelung statt Vertrag?	107
a)	Aufgrund Gesetzes oder durch Gesetz	107
b)	Gesetzlich intendierte Kooperation.	109
4.	Gründungsstatut statt Vertrag?	109
a)	Satzungsbeschluss bei Verbands-/Anstaltsgründung.	110
b)	Vertrag bei Verbands-/Anstaltsbeitritt	110
c)	Vertragsparteien bei Gründung und Beitritt	111
5.	Ergebnis	112
II.	Inhaltliche Kriterien als Grenze der Ausschreibungspflicht.	112
1.	Verwaltungsorganisation statt Beschaffung?	113
a)	Generelle Ausnahme der interkommunalen Zusammenarbeit.	113
b)	Bewertung	115
aa)	Gemeinschaftskompetenz	115
bb)	Grenze zwischen Staat und Gesellschaft	116
c)	Ergebnis: Verwaltungsorganisation vs. Verwaltungsmonopol	119
2.	Delegation statt Beschaffung?	120
a)	Differenzierung zwischen Mandatierung und Delegation	120
aa)	Kein Beschaffungscharakter bei Delegation	120
bb)	Ausübung öffentlicher Gewalt gemäß Art. 45, 55 EGV bei Delegation	121
b)	Bewertung	123
aa)	Vergaberechtpflichtige Mandatierung	123
bb)	Vergaberechtsfreie Delegation	124
(1)	Kein Privatisierungszwang	124
(2)	Kriterium der Delegation	125
(3)	Vollständigkeit der Aufgabenübertragung	127
(4)	Rechtssicherheit	129
(5)	Praktikabilität aus kommunaler Sicht	129
cc)	Verhältnis zum In-house Geschäft	130
dd)	Sonderfall Arbeitsgemeinschaft	131
c)	Ergebnis – Delegation statt Beschaffung	131
III.	Ergebnis	132

§ 7	Unternehmen im Sinne des § 99 I GWB – In-house Kriterien	133
I.	Das In-house Geschäft	133
	1. Anlass: Organisationsprivatisierung	134
	2. Entwicklung in der Rechtsprechung	135
	a) EuGH-Rechtsprechung von »Teckal« bis »Stadt Halle«	135
	b) Jüngste Entwicklungen nach »Stadt Halle«	137
	aa) EuGH (Große Kammer), Urt. v. 21.7.2005, C 231/03 (Co.Na.Me.)	138
	bb) EuGH (1. Kammer), Urt. v. 13.10.2005, C 458/03 (Parking Brixen)	139
	cc) EuGH (1. Kammer), Urt. v. 6.4.2006, C-410/04 (»ANAV«)	140
	dd) EuGH (1. Kammer), Urt. v. 11.5.2006, C-340/04 (»Carbotermo«)	141
	c) Zwischenergebnis	143
	aa) Status quo der In-house Kriterien	143
	bb) Das In-house Geschäft als »ständige Rechtsprechung«?	146
II.	Übertragbarkeit der In-house-Kriterien auf die interkommunale Zusammenarbeit	147
	1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	148
	a) Rechtsprechung	148
	b) Literatur	149
	2. Eigene Auffassung	151
	a) Wertungswidersprüche im Verhältnis zur Kooperation in privater Rechtsform	151
	aa) Formale und inhaltliche Parallelen zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Kooperationsformen	152
	bb) Delegation und/oder In-house Geschäft: unbefriedigende Ergebnisse einseitiger und kombinierter Lösungsansätze	153
	(1) Delegation	153
	(2) In-house Geschäft	153
	(3) Kombination von Delegation und In-house Geschäft	154
	cc) Ziel: einheitlicher Lösungsansatz durch modifizierte Auslegung und Weiterentwicklung der In-house Kriterien	155
	b) Dogmatische Einordnung und Funktion des In-house Geschäftes	155
	aa) Vergaberechtspezifische Ausformung des Unternehmensbegriffs und der Trennung von Staat und Gesellschaft	155
	bb) Ordnungspolitisches Konzept: Daseinsvorsorge oder Wettbewerb	157
	c) Auslegung und Weiterentwicklung der In-house Kriterien	158
	aa) Kontrolle	158
	bb) Wesentlichkeit	160
	(1) Institutionelle Kooperation	162
	(2) Nicht-institutionelle Kooperation	163
	(3) Zwischenergebnis Wesentlichkeit	164
	d) Ergebnis zur Übertragbarkeit der In-house Kriterien	164
	e) Bewertung des Lösungsansatzes	165
	aa) Systemstimmigkeit	165
	bb) Europäische und nationale Ebene der Zurechnung zum Staat	166

cc) Rechtssicherheit	167
dd) Ausgleich zwischen Selbstverwaltung und Wettbewerb	167
§ 8 <i>Ergebnis und Umsetzungsbedarf</i>	169
I. Zweigleisiger Lösungsansatz: Delegation und modifiziertes In-house Geschäft	169
II. Anwendung und Auswirkungen in der Praxis	170
III. Gesetzlicher Regelungsbedarf	170
3. Teil Rechtspolitische Diskussion	173
§ 9 <i>Stand der Vergaberechtsreform und Gestaltungsvorschläge</i>	173
I. Nationale Interessengruppen	173
1. Öffentlicher Sektor	173
2. Privatwirtschaft	175
II. Europäischer und nationaler Gesetzgeber	176
1. Mitteilung der Europäischen Kommission und Entschließung des Parlaments	176
2. Gesetzentwurf der Bundesregierung	177
Zusammenfassung	179
I. Deutsches Verwaltungsorganisationsrecht versus europäisches Wettbewerbsrecht?	179
II. Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die kommunale Zusammenarbeit	180
III. Rechtspolitische Diskussion	182
Abkürzungen	183
Literatur	189
Sachregister	201