

Innerstaatliche Geschäfte als Herausforderung für das Vergabe- und Gemeindewirtschaftsrecht

KIM, 11. Juni 2010

Dr. Thomas Möisinger

HFK Rechtsanwälte, Frankfurt am Main

Thomas Hammer

Orrick Hölters & Elsing Rechtsanwälte, Frankfurt am Main



Ausgangslage: innerstaatliches Geschäft

Definition:

Unter einem innerstaatlichen Geschäft versteht man eine **Vertragsbeziehung** zwischen zwei Rechtssubjekten, die der **öffentlichen Sphäre** zuzuordnen sind. Unerheblich ist, ob der Inhalt der Vereinbarung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist.



Ausgangsfrage: Rechtmäßigkeit innerstaatlicher Auftragsverhältnisse

■ **Stand der Diskussion:**

- Öffentliche Auftraggeber haben bei der Beschaffung grundsätzlich das Vergaberecht zu beachten
- bis vor Kurzem hM: eine staatliche Institution kann nur dann ohne Anwendung des Vergaberechts eine andere staatliche Einheit beauftragen kann, wenn
 - über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über einer eigene Dienststelle besteht
 - der Auftragnehmer „im Wesentlichen“ für diesen Auftraggeber tätig wird

(sog. **Inhouse-Grundsätze**).



Ausgangsfrage: Rechtmäßigkeit innerstaatlicher Auftragsverhältnisse

■ **Stand der Diskussion:**

- Mit der Entscheidung des EuGH zur „Stadtreinigung Hamburg“ (9. Juni 2009, Rs. C-480/06) ist Bewegung in das Thema „interkommunale Zusammenarbeit“ gekommen.

- Zu Unklarheiten führen die zahlreichen Besonderheiten des Falls

- Frage: Kann eine Verallgemeinerung unter Berücksichtigung genereller verfassungs- und europarechtlicher Grundsätze getroffen werden?



Ausgangsfrage: Rechtmäßigkeit innerstaatlicher Auftragsverhältnisse

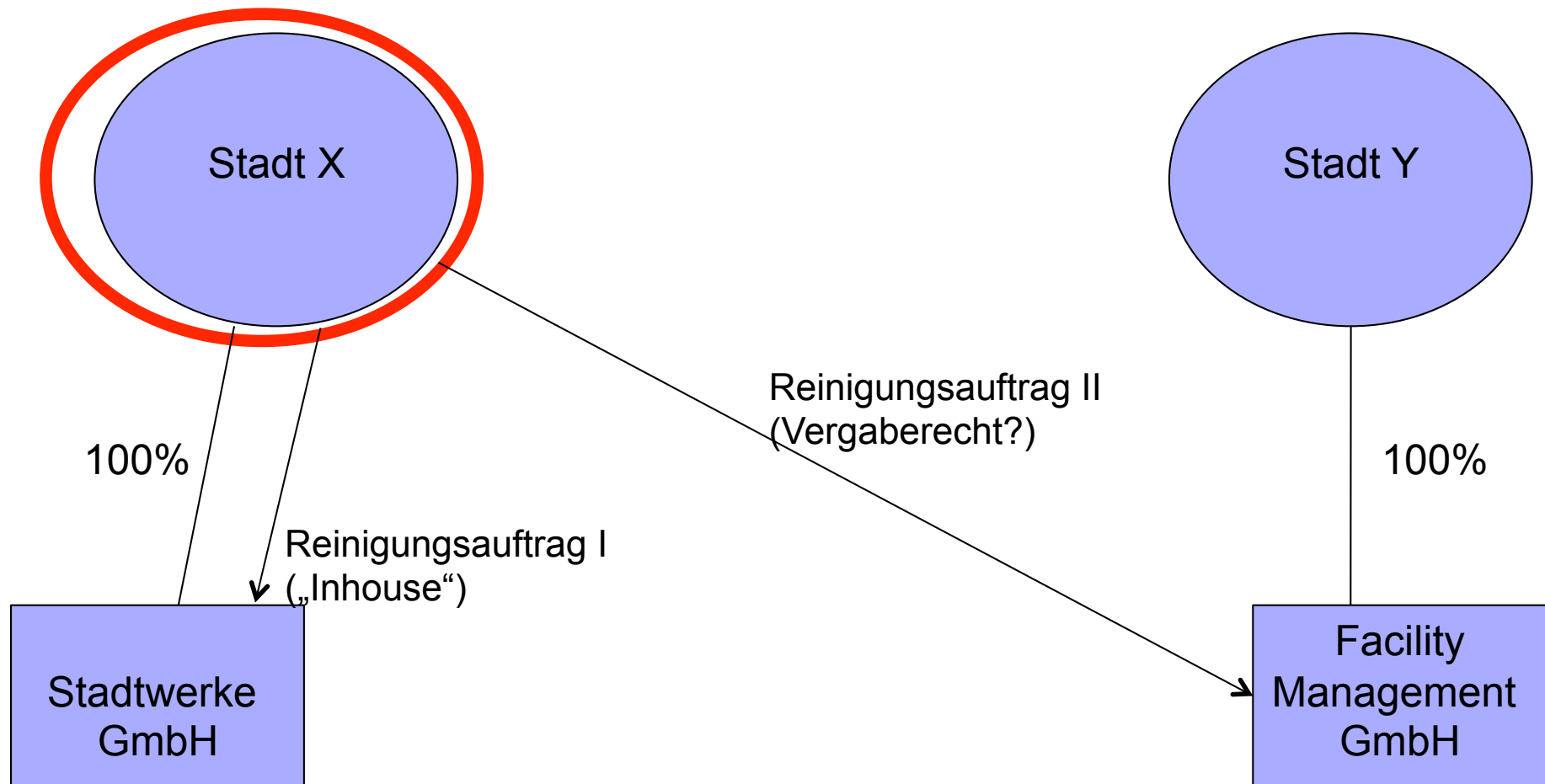
- EuGH („Stadtreinigung Hamburg“): Die Beauftragung von Gebietskörperschaften ist **vom Vergaberecht ausgenommen, wenn**
 - a) mit dem Vertrag die Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart wird;
 - b) der Vertrag Anforderungen enthält, mit denen sichergestellt werden kann, dass die öffentliche Aufgabe erfüllt wird;
 - c) der Vertrag nicht zu Finanztransfers führt, die über eine Kostenerstattung hinausgehen;
 - d) kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.



Ausgangsfrage: Rechtmäßigkeit innerstaatlicher Auftragsverhältnisse

- Seitdem herrscht Streit,
 - ob die Öffentliche Hand entscheiden kann, ob sie ihren Bedarf am Markt deckt oder ob sie dies innerstaatlich tut
 - oder**
 - ob öffentliche Bedarfe grundsätzlich im Wettbewerb am Markt zu decken sind („Wettbewerbsprinzip“) und nur ausnahmsweise innerstaatlich, wenn die Inhouse-Kriterien erfüllt sind
 - Stichwort: „Henne-Ei-Diskussion“: gilt das Vergaberecht bei Bedarfsdeckung oder nur bei Bedarfsdeckung am privaten Markt?

Beispielsfall:





Ausgangsüberlegung: Kommunen als Wirtschaftsteilnehmer

THESE: Die Marktteilnahme des Staates stört das Gleichgewicht aus Angebot und Nachfrage

- Auf einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt kämpfen Unternehmen durch bessere Leistungen um Vorteile
- Der besser Wirtschaftende setzt sich gegen die Konkurrenz durch
- Die einzelnen Wirtschaftsteilnehmer versuchen ihren jeweiligen Nutzen zu maximieren (*homo oeconomicus*)



Ausgangsüberlegung: Kommunen als Wirtschaftsteilnehmer

PROBLEM: der Staat handelt hingegen nicht automatisch nach dem bei Privaten anzunehmenden Nutzenmaximierungsprinzip

Gründe:

- Keine intrinsische Motivation, den eigenen Vorteil zu vermehren
- Grds. keine Konkurrenz
- Keine Insolvenzgefahr/-fähigkeit der Kommunen (§ 12 InsO)
- Kapitalbeschaffungsoption durch Steuerhoheit



Ausgangsüberlegung: Kommunen als Wirtschaftsteilnehmer

PROBLEM: der Staat handelt nicht automatisch nach dem bei Privaten anzunehmenden Nutzenmaximierungsprinzip

Folgen:

- Der jeweilige Vertragspartner der öffentlichen Hand erhält einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten, die unter normalen Marktbedingungen wirtschaften müssen
- Eine solche Ungleichbehandlung bedarf der Rechtfertigung gemäß Art. 3 I GG
- D.h. sie muss erforderlich sein, um dem Allgemeinwohl dienende Ziele zu erreichen



Ausgangsüberlegung: Kommunen als Wirtschaftsteilnehmer

Liegt eine solche Rechtfertigung nicht vor, MUSS der Staat als Wirtschaftsteilnehmer sich wie ein Privater verhalten, um nicht zu diskriminieren.

- ⇒ **Nachfrager:** Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot (Vergaberecht, § 97 V GWB)
- ⇒ **Anbieter:** Veräußerungen nur zum vollen Wert (Haushaltsrecht, Gemeindeverfassungsrecht)



Folgerungen: Vergaberecht

Deckt der Staat seinen Bedarf jedoch ohne Berührung zum Wettbewerbsmarkt, also rein innerstaatlich, so kann keine Diskriminierung Privater im Sinne des Art. 3 I GG erfolgen.

Anerkannt für Beauftragungen von Eigen- und Regiebetrieben sowie Inhouse-Geschäften

Eigene Schlussfolgerung: dies gilt auch ohne Vorliegen der Inhouse-Kriterien! Entscheidend ist nur, ob auf Auftragnehmerseite private Beteiligungen vorhanden sind oder nicht!



Also:

- Der Staat bestimmt, ob er zur Bedarfsdeckung an den Markt geht
- Eine (für Art. 3 I GG und das Vergaberecht relevante) Marktberührung liegt nicht vor, wenn mit rein öffentlichen Einrichtungen kontrahiert wird
- Es ist unerheblich, ob die beschaffte Leistung auch am Wettbewerbsmarkt angeboten wird
- Auf rein innerstaatliche Geschäfte findet das Vergaberecht keine Anwendung!

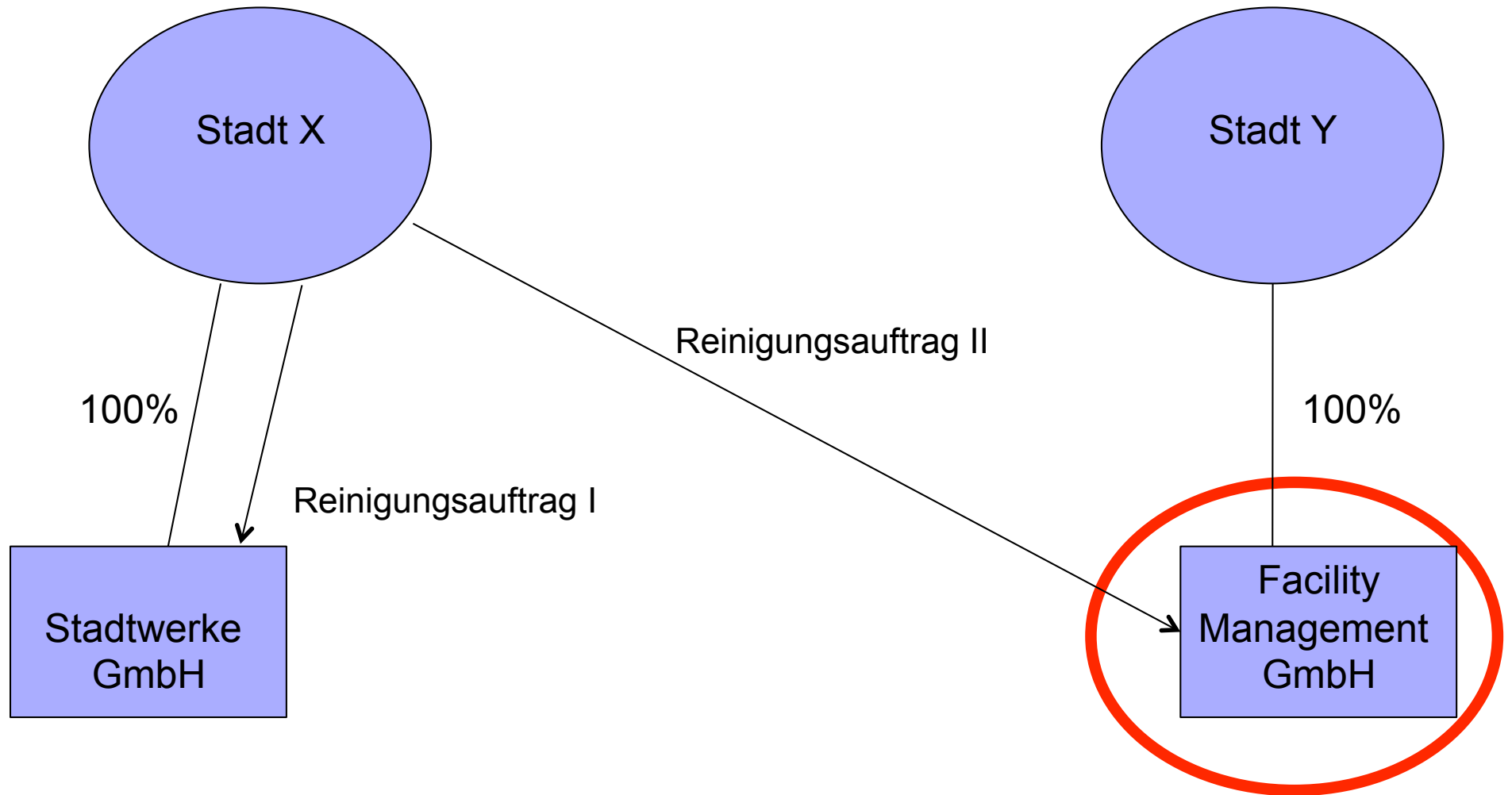


ABER: Verfassungsrecht

These:

Das Verfassungsrecht setzt dem oben gefundenen Ergebnis – weitgehende Vergaberechtsfreiheit – „durch die Hintertür“ (Staat als Anbieter) eine Grenze.

Beispielsfall:





Aussagegehalt zu innerstaatlichen Geschäften?

- **Gemeindefinanzierungsrecht:** geringe Steuerungswirkung, da der **unternehmensbezogene** Ansatz die Beurteilung von Einzelverträgen verbietet
- Jedoch: **Verfassungsrecht**
 - Grundsatz: die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hände ist auch verfassungsrechtlich ein Fremdkörper
 - Betätigung ist ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das Wirtschaftsleben



Verfassungsrecht

- **Art. 28 Abs. 2 GG** als Kompetenz zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde
- Notwendig aber: **Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe**
 - Öffentliche Aufgabe/Gemeinwohlaufgabe muss im **Vordergrund** stehen
 - Damit: **Ausschluss von rein erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten**, dienen sie auch zur Quersubventionierung von öffentlichen Aufgaben



Verfassungsrecht

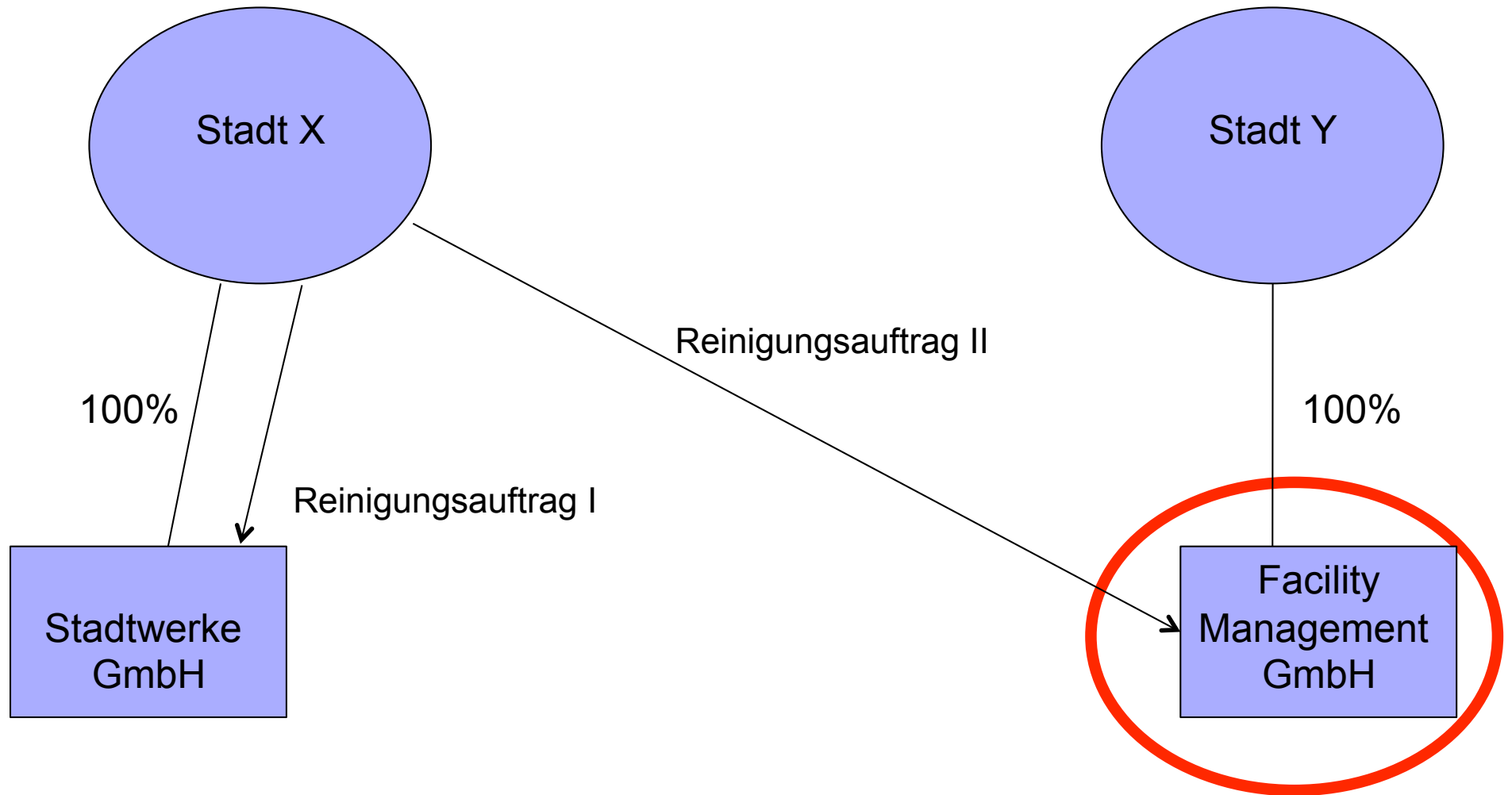
- Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand als nicht vorgesehene **Ausnahme**
- „Stellschraube“: Begriff des Gemeinwohls
- Sicher: **Handeln aus rein fiskalischen Interessen ist unzulässig**, die Kompetenz-Kompetenz des Staates umfasst dies nicht
- Gemeinwohlbindung der Unternehmen ist europarechtlich zulässig, vgl. Art. 106 Abs. 2 AEUV
- „örtliche Radizierung der Aufgabe“ auch für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen



Damit: Korrekturwirkung des Verfassungsrechts

- Kommunen können nur dann Anbieter sein, wenn ihr wirtschaftliches Tätigwerden zugleich einem öffentlichen Zweck dient
- Dieser öffentliche Zweck muss auch für die eigene Bevölkerung erfüllt werden („örtliche Radizierung“).
- **Folglich: die Kommune kann keine Leistungen anbieten, wenn sie dabei keine öffentlichen Zwecke oder nur solche erfüllt, die ausschließlich der nachfragenden Kommune bzw. der dortigen Bevölkerung zu Gute kommen**

Beispielsfall:





Damit: Korrekturwirkung des Verfassungsrechts

- Die Leistungserbringung der kommunalen GmbH dürfte im Beispielsfall aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig sein (anders: Leistungserbringung durch Stadtwerke GmbH, da hier Gemeinwohlbezug (+))
- Trotz der vergaberechtlichen Zulässigkeit sind damit innerstaatliche Geschäfte rechtswidrig, wenn der Auftragnehmer nicht auch eine ihm obliegende Aufgabe des Gemeinwohls erfüllt
- Genau dies entspricht den Aussagen des EuGH in der Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“, wenngleich sie im etwas diffusen vergaberechtlichen Licht bleiben



Fazit

- Die Aussagen des EuGH in „Stadtreinigung Hamburg“ lassen sich verallgemeinern, wenn man Sinn und Zweck des Vergabe- sowie des Wirtschaftsverfassungsrechts hinterfragt
- Die „Inhouse“-Kriterien sind bei konsequenter Rechtssystematik obsolet!



Kontakt

- Dr. Thomas Möisinger
HFK Rechtsanwälte
Heiermann Franke Knipp
Kettenhofweg 126
60325 Frankfurt am Main
- T: 069 / 975822-134
- E: t.moesinger@hfk-rechtsanwaelte.de
- Thomas Hammer
Orrick Hölters & Elsing
Friedrichstraße 31
60323 Frankfurt am Main
- T: 069 / 71588-332
- E: thammer@orrick.com