

Ausschreibung oder Direktvergabe öffentlicher Dienstleistungen – Plädoyer für ein Wahlrecht der Gebietskörperschaften

Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Inhouse-Begriffs in der Europäischen Union

I. Das Problem: Kommunale Selbstverwaltung und Europäischer Binnenmarkt

1. Gegenstand dieser Stellungnahme ist der Konflikt zwischen den Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln der Europäischen Union und den Rechten und Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten und ihrer nachgeordneten Gebietskörperschaften im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen, die in Deutschland als „Daseinsvorsorge“ und in der EU-Terminologie als „Dienstleistungen von allgemeinem (bzw. allgemeinem wirtschaftlichen) Interesse – DA(W)I“ bezeichnet werden. Der Blick ist dabei vor allem auf die Situation in Deutschland gerichtet, wo diese Dienstleistungen in ihrer großen Mehrzahl auf der kommunalen Ebene erbracht werden, deren Kompetenzen aber im europäischen Recht bisher kaum abgesichert sind.
2. Auf europäischer Ebene wird den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durchaus eine erhebliche Bedeutung beigemessen. Soweit es sich um Dienstleistungen von allgemeinem *wirtschaftlichen* Interesse handelt, betont Artikel 16 des EG-Vertrags deren „Stellenwert [...] innerhalb der gemeinsamen Werte der Union“ sowie „ihre Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts“. Der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten wird in Artikel 16 aufgetragen, die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so zu gestalten, „dass sie ihren Aufgaben nachkommen können“. Artikel 86 Abs. 2 des EG-Vertrags stellt klar, dass die Anwendung der Vertragsvorschriften, insbesondere der Wettbewerbsregeln, die Erfüllung der Aufgaben der mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen weder rechtlich noch tatsächlich verhindern darf. Die Bedeutung des freien Zugangs zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Grundrecht der Unionsbürger wird in der Grundrechtscharta von Nizza aus dem Jahr 2000¹ betont. Sowohl der Inhalt von Ar-

1 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, proklamiert in Nizza am 7. Dezember 2000 (2000/C 364/01).

tikel 16 EG-Vertrag als auch die Grundrechtscharta haben Eingang in den Europäischen Verfassungsvertrag² gefunden, der 2004 von den Staats- und Regierungschefs der seinerzeit 25 Mitgliedstaaten verabschiedet und inzwischen von 17 – die Mehrheit der europäischen Bevölkerung repräsentierenden – Mitgliedstaaten ratifiziert wurde.

3. Nach Auffassung der Europäischen Kommission sind die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ein „unverzichtbarer Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodells“ und ein „Pfeiler der europäischen Staatsbürgerschaft“.³ Die Kommission greift damit die lange Tradition in den Mitgliedstaaten auf, ein qualitativ gutes und preiswertes Angebot an öffentlichen Dienstleistungen als ein wichtiges Element der Solidarität und des Gemeinwohls innerhalb der Wirtschafts- und Sozialordnung zu verstehen.
4. Artikel 16 EG-Vertrag verdeutlicht, dass sowohl die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten über Kompetenzen bezüglich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verfügen. Die nationalen Kompetenzen in diesem Bereich werden von der Europäischen Kommission auch grundsätzlich anerkannt; sie hat im Rahmen zahlreicher Mitteilungen, Grün- und Weißbücher sowie Richtlinien immer wieder das Recht der Mitgliedstaaten konstatiert, diese Dienstleistungen zu definieren sowie ihre Qualität, Menge, Methode der Preisbestimmung usw. festzulegen.⁴ Gestützt auf die Binnenmarktvorschriften des EG-Vertrags und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, sieht die Kommission (als „Hüterin der Verträge“⁵) allerdings ihre Aufgabe darin, die nationale Praxis der Mitgliedstaaten auf ihre Binnenmarkt-Kompatibilität zu überprüfen und – soweit ihr in einzelnen Sektoren wie dem Verkehr oder dem Postwesen weitergehende Befugnisse übertragen wurden – auch zu steuern. Hierbei kommen insbesondere das Wettbewerbs-, Beihilfe- und Vergaberecht zur Wirkung, aber grundsätzlich auch der Antidiskriminierungsgrundsatz sowie die damit verbundenen bürgerorientierten Transparenzvorstellungen.
5. Die von der Kommission verfolgte Politik stellt sich so dar, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich die Produktion und Bereitstellung öffentlicher Dienstleistungen den Märkten überlassen und sich vor allem auf die Rolle des Gewährleisters und Regulierers beschränken sollen. Angestrebt wird eine möglichst marktkonforme Art der Wahrnehmung bzw. Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Die Teilnahme des Staates selbst an der Bereitstellung der Dienstleistungen ist erlaubt, sofern der Staat bzw. seine Unternehmen als Marktteilnehmer ohne Vorrechte auftreten; einem Ausschluss von der Marktteilnahme würde auch Artikel 295 EG-Vertrag entgegenstehen, der die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten schützt. Jedoch lässt die Poli-

2 Vertrag über eine Verfassung für Europa (CIG 87/04 vom 6. August 2004).

3 Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (KOM(2003) 270 endg. vom 21. Mai 2003), Rn. 2.

4 Siehe z. B. ebenda, Rn. 22 ff.

5 Vgl. Artikel 211 des EG-Vertrags.

tik der Kommission nicht nur eine Präferenz für Wettbewerb, sondern auch für die Erbringung der Leistungen durch Private erkennen.

Als zentrales Instrument zur Durchsetzung dieses Gewährleistungsstaat-Konzepts versteht die Kommission die Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungen. Im Sinne des Wettbewerbsprinzips sollen alle interessierten Unternehmen die Chance erhalten, sich um die Vergabe zu bewerben. Vom Ausschreibungswettbewerb ausgenommen werden diese Dienstleistungen lediglich dann, wenn (1) der Staat bzw. die substaatliche Gebietskörperschaft sie selbst erbringt oder wenn (2) die Gebietskörperschaft die Erbringung einer von ihr gesonderten juristischen Person, z. B. einem eigenen Unternehmen, überträgt, über die sie eine Kontrolle ausübt wie über eigene Dienststellen, wobei diese juristische Person die Dienstleistung im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft erbringen muss. Mit dieser zweiten – als „Inhouse“ bezeichneten – Ausnahme stützt sich die Kommission auf das Teckal-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 18. November 1999⁶, das in jüngster Zeit durch eine Reihe weiterer EuGH-Urteile (z. B. Stadt Halle vom 11. Januar 2005⁷, Parking Brixen vom 13. Oktober 2005⁸, Gemeinde Mödling vom 10. November 2005⁹, Carbotermo vom 11. Mai 2006¹⁰) bestätigt und in Richtung einer noch stärkeren Einschränkung des Spielraums für die Befreiung von der Ausschreibungspflicht weiterentwickelt wurde. Dies gilt im Besonderen für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, für die der EuGH im Urteil „Stadt Halle“ die Möglichkeit einer Kontrolle wie über eigene Dienststellen selbst im Falle geringster privater Beteiligung verneint hat.

6. Das Carbotermo-Urteil vom 11. Mai 2006 eröffnet zumindest Spielräume für eine ausschreibungsfreie Beauftragung kommunaler Unternehmen, die sich zu 100% im Eigentum einer oder mehrerer Gebietskörperschaften befinden. Dieses Urteil bewegt sich im Grunde im Rahmen der im Teckal-Urteil entwickelten Kriterien, doch bringt der EuGH darin zum Ausdruck, dass eine bestimmte Rechtsform per se noch nichts über die Art und das Ausmaß der Kontrolle aussagt. Bei der Frage, ob das erste Teckal-Kriterium erfüllt ist, müssen nach dem Carbotermo-Urteil alle Rechtsvorschriften einschließlich Satzungen, Beschlüsse der relevanten Entscheidungsgremien und alle konkreten maßgebenden Umstände gewürdigt werden, um die Kontrolle und den Einfluss der Gebietskörperschaft auf die Unternehmensentscheidungen festzustellen. Das Ergebnis einer derartigen Einzelfallwürdigung kann sein, dass bei entsprechender Ausgestaltung die Gebietskörperschaft bei einem rein kommunalen Unternehmen, z. B. in der Rechtsform der GmbH, eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt. Bei einer rein kommunalen *Aktiengesellschaft* kann diese Frage schwieriger zu beantworten sein. Gleichwohl ist auch hier im Einzelfall zu prüfen, ob den Gebietskörperschaften als Aktionären trotz Aktienrechts

6 C-107/98.

7 C-26/03.

8 C-458/03.

9 C-29/04.

10 C-340/04.

immer noch Kontroll- und Einflussrechte auf wesentliche Entscheidungen verbleiben. Grundlage für die Ausführungen des EuGH im Carbotermo-Urteil bildete das EuGH-Urteil vom 6. April 2006 in der Rechtssache ANAV¹¹; hier entschied der EuGH zum ersten Mal, dass die Rechtsform der Aktiengesellschaft die Einhaltung des Kontrollkriteriums des Teckal-Urteils nicht generell ausschließt.

Ähnlich einzelfallbezogen argumentiert der EuGH im Carbotermo-Urteil zum zweiten Teckal-Kriterium, wenn es darum geht, die Geschäftstätigkeit, die im Wesentlichen für die Körperschaft oder deren Bürger erbracht werden soll, zu beurteilen. Auch hier sind „alle quantitativen und qualitativen Umstände“ des Einzelfalls zu beachten. Hierzu gehört z. B., ob die Art und das Ausmaß der Fremdbedienung außerhalb der Region als nebensächlich oder unwesentlich im Verhältnis zum Hauptgeschäft innerhalb der Region anzusehen sind.

Die neuere Rechtsprechung des EuGH dürfte bei vorsichtiger Beurteilung zumindest Ansatzpunkte in Richtung einer sachgerechten Auslegung der Inhouse-Kriterien bieten, auch wenn ein wichtiges Problem nach wie vor ungelöst bleibt: die Frage der Inhouse-Eigenschaft bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, die vom EuGH selbst für den Fall minimaler Privatbeteiligung verneint wird.

Könnten die Kommunen davon ausgehen, dass bei rein kommunalen Unternehmen künftig über die Inhouse-Eigenschaft im Einzelfall entschieden wird, hätten sie die Möglichkeit, deren Rechtsform zu rechtsicheren Inhouse-Lösungen auszugestalten, wenn ein spezielles Interesse an ausschreibungsfreien Beauftragungen besteht. Hierauf wie auch auf die Frage, ob und wie das Inhouse-Problem bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen gelöst werden kann, wird in dieser Stellungnahme unten noch einzugehen sein.

7. Von Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) und solchen nicht wirtschaftlicher Art. Allein die DAWI finden im EG-Vertrag Erwähnung; aufgrund dessen bestehen explizite EU-Zuständigkeiten. Dies ist bezüglich der Dienstleistungen nicht-wirtschaftlicher Art nicht der Fall, doch finden die Binnenmarktvorschriften des Vertrags grundsätzlich auch bei ihnen Anwendung, wenn die Gebietskörperschaften sich zu ihrer Erbringung Dritter bedienen.
8. In Deutschland verfügen die Gebietskörperschaften nach nationalem Recht, vor allem Artikel 28 Abs. 2 des Grundgesetzes, über das Recht auf kommunale Selbstverwaltung. Ein wesentlicher Eckpfeiler dieses Rechts ist, dass die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen überwiegend den Kommunen obliegt. Ihnen steht damit nach nationalem Recht eine weitgehende Wahlfreiheit in der Frage zu, auf welche Weise sie ihre Daseinsvorsorgefunktionen erfüllen: durch eigene Verwaltungen, mit eigenen kommunalen Unternehmen, in Kooperation mit anderen Gebietskörperschaften, durch gemischtwirtschaftliche kommunale Unternehmen oder durch die Beauftragung privater Dritter.

11 C-410/04.

9. Die öffentliche Aufgabenerfüllung wird jedoch in hohem Maße erschwert, wenn die Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln Vorrang vor allen anderen wichtigen Zielen des europäischen Primärrechts erhalten. In diese Richtung gehen die Aktivitäten der Europäischen Kommission sowie auch die Rechtsprechung des EuGH zum Vergaberecht und im Besonderen zur Frage der Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungen bzw. öffentlicher Dienstleistungskonzessionen. Die oben angesprochenen Urteile des EuGH zeigen, dass das Europarecht in Zweifelsfällen primär im Sinne des Wettbewerbsparadigmas interpretiert wird.¹²
10. Das Dogma, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne des europäischen Vergaberechts nur dann ausschreibungsfrei sind, wenn sie Inhouse-Geschäfte im Sinne der beiden Teckal-Kriterien darstellen (siehe I.5.), könnte bedeuten, dass aus der Verwaltung ausgegliederte Dienstleistungserbringer in Gestalt kommunaler oder gemischtwirtschaftlicher Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der GmbH den Rahmen des Inhouse-Begriffs sprengen. Die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder einer Dienstleistungskonzession an solche verselbständigten, aber gleichwohl noch öffentlichen Unternehmen unterläge demnach voll dem europäischen Vergaberecht¹³, was zur Folge hätte, dass diese Dienstleistungen öffentlich ausgeschrieben werden müssen.¹⁴ Nach dem Stadt Halle-Urteil übt selbst im Falle einer privaten Minderheitsbeteiligung von nur wenigen Prozenten der öffentliche Auftraggeber bzw. die Gebietskörperschaft keine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus.
11. Es ist kritisch zu fragen, ob diese sehr enge Interpretation des Inhouse-Begriffs sachgerecht ist. Bei der Frage, ob ein Inhouse-Geschäft vorliegt, sollte nicht auf die Rechtsform oder die Beteiligung Privater allein abgestellt werden. Die Rechtsform oder eine Minderheitsbeteiligung sagen als solche noch nichts über den Kontrollinfluss der öffentlichen Hand aus. Es sollten, wie von der Generalanwältin Stix-Hackl im Teckal-Fall empfohlen¹⁵, alle konkreten maßgebenden Umstände gewürdigt werden, um die Frage nach der Art der Kontrolle und des Einflusses des Auftraggebers, also der Gebietskörperschaft, auf die Unternehmensentscheidungen beantworten zu können. Diese Vorgehensweise liefe auf eine Einzelfallwürdigung und -entscheidung hinaus, wie wir sie in der Wettbewerbspolitik bei der Bewertung von Kartellen und marktbeherrschenden Zusammenschlüssen mit der „rule of reason“ als Alternative zu per-se-Verbotsregelungen kennen.

12 Eine Änderung wäre von der Ratifizierung des Europäischen Verfassungsvertrags zu erwarten, der in Artikel I.5 Abs. 1 vorschreibt, „die nationale Identität der Mitgliedstaaten“ zu achten, „die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. Nationalen Besonderheiten wie in Deutschland dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung auch in wirtschaftlicher Hinsicht oder in Frankreich dem service public-Konzept käme durch die Verfassung größeres Gewicht bei der Realisierung des europäischen Binnenmarkts zu.

13 Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG.

14 Wobei die Fälle der Dienstleistungskonzession von der Anwendung der o.g. Richtlinien ausgenommen sind; diese unterliegen aber nach dem Urteil „Parking Brixen“ Mindeststandards in Bezug auf Transparenz und Nichtdiskriminierung.

15 Siehe ihre Schlussanträge vom 22. September 2004 in der Rechtssache C-26/03.

Das Ergebnis einer derartigen Einzelfallwürdigung könnte durchaus sein, dass nicht nur im Fall einer kommunalen AG, sondern auch bei einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft mit privater Minderheitsbeteiligung, in welcher Rechtsform auch immer, die Gebietskörperschaft eine beherrschende Kontrolle ausübt.

12. Auch wenn es darum geht, die Geschäftstätigkeit im Hinblick darauf zu beurteilen, ob sie im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder deren Bürger erfolgt (2. Teckal-Kriterium), sollten „alle – quantitativen und qualitativen – Umstände des Einzelfalls“ berücksichtigt werden. Zu diesem Ergebnis gelangt zwar auch das bereits genannte Carbotermo-Urteil, doch stellt es bezüglich des ersten Teckal-Kriteriums eher eine Verschärfung gegenüber den vorangegangenen EuGH-Urteilen dar, weil die an sich sinnvolle Einzelfallwürdigung nicht an die Stelle der generellen Ausschließung einer Inhouse-Lösung bei jeglicher privater Beteiligung tritt, sondern diese Einzelfallwürdigung überhaupt nur in den Fällen in Frage kommt, in denen keinerlei Beteiligung Privater vorliegt.
13. Mit seinen jüngsten Urteilen hat der EuGH dem ausschreibungs- und vergabefreien Inhouse-Bereich immer engere Grenzen gezogen und so die kommunale Organisationshoheit und die freie Wahl der Art der Aufgabenerfüllung beträchtlich eingeschränkt. Festzustellen ist, dass erhebliche Rechtsunsicherheit in Bezug auf Inhouse-Tatbestände besteht. Mehr Rechtssicherheit wäre nur von einer neuen sekundärrechtlichen Regelung zu erwarten, die die bisherige Rechtsprechung des EuGH relativiert oder gar korrigiert.
14. Dass sich auch die öffentlichen Unternehmen künftig verstärkt dem Wettbewerb stellen müssen und diesen als positive Herausforderung begreifen sollten, hat der Wissenschaftliche Beirat schon in früheren Stellungnahmen zum Ausdruck gebracht.¹⁶ Ziel muss ein verbessertes und noch günstigeres Dienstleistungsangebot für die Bürger sein. Allerdings sind erhebliche Bedenken dagegen anzumelden, das Wettbewerbsprinzip quasi dogmatisch um jeden Preis und ohne Differenzierung auf das öffentliche Dienstleistungsangebot zu übertragen, indem ein Ausschreibungswettbewerb fast ohne Einschränkung zur Pflicht gemacht wird. Nach Ansicht des Wissenschaftlichen Beirats sind in der aktuellen Diskussion um öffentliche und vor allem kommunale Dienstleistungen im Europäischen Binnenmarkt wichtige Aspekte zu wenig beachtet worden, die aber verstärkt diskutiert werden müssen, wenn einseitige und undifferenzierte Entscheidungen vermieden werden sollen, die zu Lasten des öffentlichen Dienstleistungsauftrags gehen.
 - Da die Möglichkeiten und positiven Auswirkungen von Ausschreibungswettbewerb bei öffentlichen Dienstleistungen umstritten sind und teilweise überschätzt werden, soll im Folgenden zunächst der Frage nach der Funktionsfähigkeit eines Ausschreibungswettbewerbs und nach den Grenzen einer generellen Ausschreibungspflicht nachgegangen werden (Abschnitt II).

16 Z. B. in seinem Positionspapier „Wandel und Perspektiven der öffentlichen Wirtschaft“ vom Januar 2003, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU), Band 26, Heft 1, 2003, S. 83-93.

- Im Hinblick auf die deutschen Verhältnisse ist auch die Frage nach der Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung zu stellen, welche konstitutiv für die föderale Staatsstruktur in Deutschland ist. Eine generelle Ausschreibungspflicht würde dieses Recht auf kommunale Selbstverwaltung und eigene Wirtschaftstätigkeit erheblich einschränken. Deshalb soll der Wert kommunaler Selbstverwaltung gegen die Wirkungen eines generellen Ausschreibungswettbewerbs abgewogen werden (Abschnitt III.).
- Schließlich soll festgestellt werden, welche Lösungswege in Bezug auf die Inhouse-Problematik möglich und sinnvoll sind (Abschnitt IV.). Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob der von der EU-Kommission und vom EuGH verwendete Inhouse-Dienste-Begriff bzw. die in den verschiedenen Rechtsfällen verwendeten Kriterien und die hieraus gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen als sachgerecht angesehen werden können. Anschließend wird untersucht, ob der sektorbezogene Entwurf der Europäischen Kommission für eine „Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße“ vom 20. Juli 2005 in der Fassung des Gemeinsamen Standpunkts des Rates vom 11. Dezember 2006¹⁷ sowie das Carbotermo-Urteil Ansatzpunkte für eine sachgerechte Inhouse-Interpretation enthalten. Dabei ist zu prüfen, ob sie als Grundlage für eine neue gesetzliche Regelung dienen könnten, welche sektorübergreifend die Frage der Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Hinblick auf eine ausschreibungsfreie Auftragsvergabe regelt.

II. Möglichkeiten und Grenzen einer generellen Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungen

1. Der Wissenschaftliche Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft ist der Ansicht, dass Ausschreibungswettbewerb im Bereich öffentlicher Dienstleistungen, sofern die Bedingungen für seine Funktionsfähigkeit gegeben sind, grundsätzlich zu befürworten ist, allerdings oft Fehleinschätzungen hinsichtlich des Vorliegens dieser Bedingungen bestehen.¹⁸

Zum einen sind die an die Funktionsfähigkeit des Ausschreibungswettbewerbs zu stellenden Anforderungen hoch und lassen sich deshalb oft nicht erfüllen oder es werden sehr heroische Annahmen getroffen. So gilt zum Beispiel als wichtige Bedingung für einen funktionsfähigen Ausschreibungswettbewerb, dass eine ausreichende Anzahl von Bietern und der freie Marktzutritt gewährleistet sein müssen, damit ein entsprechender Wettbewerbsdruck entsteht. Dem können wettbewerbsbe-

17 13736/1/06.

18 Hierzu und zum Folgenden vgl.: Helmut Cox (Hrsg.), Ausschreibungswettbewerb bei öffentlichen Dienstleistungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Heft 52, Baden-Baden 2003; ders., Strukturwandel in der öffentlichen Wirtschaft unter dem Einfluss von Marktintegration und europäischer Wettbewerbsordnung. Zum Paradigmenwechsel in Theorie und Praxis der öffentlichen Wirtschaft, Schriften zur öffentlichen Verwaltung und öffentlichen Wirtschaft, Band 200, Berlin 2005, S. 213-248.

schränkendes Verhalten der Bieter in Form von Submissionskartellen, missbräuchliches Behinderungsverhalten und zu enge Marktstrukturen (enge Oligopole) entgegenstehen, durch die der Bieterwettbewerb ebenfalls beschränkt werden kann.

Zum anderen gibt es aber auch „natürliche“ Grenzen des Ausschreibungswettbewerbs zu beachten, die sich aus der Spezifität des Ausschreibungsobjekts bzw. der Branche ergeben. Einzelfallanalysen auf der Grundlage eines Kriterienkatalogs und Einzelfallentscheidungen sind deshalb notwendig.

2. Ob eine ausreichende Anzahl bzw. Mindestzahl von Bietern vorhanden ist, hängt vom jeweiligen konkreten Ausschreibungsfall ab. Für die Funktionsfähigkeit und Intensität des Ausschreibungswettbewerbs ist allerdings nicht nur die Anzahl der Bieter, sondern auch ihre Marktstärke entscheidend. Wo große dominante Konzerne als Bieter auftreten, werden sich langfristig enge Großoligopole dauerhaft herausbilden. Auf solchen Märkten haben die kleinen und mittleren öffentlichen Unternehmen, etwa Stadtwerke, im Bieterwettbewerb einen schweren Stand. Auf bestimmten Dienstleistungsmärkten können auch strukturelle Markteintrittsbarrieren bestehen, beispielsweise in Gestalt hoher Planungskosten, hoher Investitionen, die irreversibel sein können und im Extremfall sogar „versunkene“ Kosten verursachen. Dies trifft vor allem auf die kapitalintensiven Netz- bzw. Infrastrukturinvestitionen zu. Darüber hinaus kann es auch strategische Markteintrittsbarrieren geben, wenn marktdominante Bieter potenzielle Konkurrenten vom Markteintritt durch Anwendung geeigneter Strategien oder durch Drohungen abschrecken. Auch dies können Markteintrittsbarrieren gerade für kleine und mittelgroße Bieter sein.
3. Es ist festzustellen, dass große Oligopolisten, zum Teil multinationale Global Players, immer mehr in die kommunalen Märkte vorstoßen. Wenn sich aber die Marktstrukturen auf wenige Großanbieter hin verengen, besteht die Gefahr, dass sich die erwünschten positiven Wirkungen eines Ausschreibungswettbewerbs ins Gegenteil verkehren. Die großen oligopolistischen Konzerne können Behinderungsstrategien der verschiedensten Art bis hin zu ruinösem Wettbewerb mit interner Quersubventionierung anwenden. Auch können gerade in engen Oligopolen Abschreckungs- und Marktschließungsstrategien, wettbewerbliches Parallelverhalten oder gar Submissionskartelle zwischen den wenigen großen Bietern die Intensität des Ausschreibungswettbewerbs erheblich verringern.
4. Im Ergebnis würden die Märkte der öffentlichen Dienstleistungen dann nicht mehr durch Wettbewerb, sondern durch Marktmacht und missbräuchliches Verhalten bestimmt sein, das sich beispielsweise in Form von Qualitätseinbußen und überhöhten Preisen auswirken kann. Diese Hypothese kann zumindest mit gleichem Recht der Hypothese von der – bisher nicht hinreichend bestätigten – Überlegenheit des obligatorischen Ausschreibungswettbewerbs entgegengehalten werden.
5. Damit stellt sich die Frage der Chancengleichheit im Wettbewerb, vor allem für Stadtwerke kleiner und mittlerer Größe, die innerhalb der Kommunalwirtschaft in der Mehrzahl sind. Bei einem Vergleich der Vor- und Nachteile der öffentlichen, vor allem der kommunalen Unternehmen im Ausschreibungswettbewerb überwie-

gen bei Weitem die Nachteile, auch wenn sich die Tariflöhne in der Vergangenheit immer mehr angeglichen haben und weiter angleichen werden. In der Praxis mehren sich jedenfalls die Fälle, in denen die kleinen und mittleren Stadtwerke kaum eine Chance gegen die großen Oligopolisten im Ausschreibungswettbewerb haben.

Die Gemeinwohlverpflichtung der kommunalen Unternehmen schließt auch nicht-kostendeckende Dienstleistungen ein, die einen internen oder externen Finanzausgleich erfordern. Dies ist aber nicht zu verwechseln mit der oben erwähnten Quersubventionierung im Falle ruinösen Wettbewerbs. Außerdem unterliegen die öffentlichen Unternehmen dem Artikel 86 Abs. 2 EG-Vertrag, der ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile der öffentlichen Unternehmen untersagt, es sei denn Abweichungen von den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags sind aus Gründen des allgemeinen Interesses geboten. Dies gilt z. B. für den Fall, dass eine bestimmte öffentliche Dienstleistung nachweisbar nur unter Freistellung von den Wettbewerbsregeln erbracht werden kann.

Ob kommunale und regionale öffentliche Unternehmen aufgrund ihrer festen Etablierung im regionalen Markt und bisheriger Alleinrechte ungerechtfertigte Vorteile im Ausschreibungswettbewerb haben, ist in der aktuellen Diskussion umstritten. Es spricht vieles dafür, dass die Nähe zur ausschreibenden Gebietskörperschaft ein Scheinproblem ist; denn das Vergabeverfahren ist transparent und kontrollierbar. Auch das Argument der festen Etablierung im kommunalen Markt ist letztlich nicht haltbar; denn jedes etablierte Unternehmen hat in der Regel First-Mover-Vorteile, also normale strukturelle Wettbewerbsvorteile, die dann nicht kritisierbar sind, wenn sie auf ökonomischer Effizienz beruhen. Dies trifft auf die kommunalen Unternehmen weitestgehend zu; denn sie zeichnen sich durch ihre unmittelbare Nähe zu den Kunden in der Region, durch gute Kenntnis des lokalen Marktes, durch Ausnutzung von Größen- und Verbundvorteilen sowie Synergien aus.

6. Vor allem die dem Regional- bzw. Territorialprinzip unterliegenden öffentlichen Unternehmen hätten in einem Ausschreibungswettbewerb erhebliche Wettbewerbsnachteile hinzunehmen, die vermeintliche oder tatsächlich bestehende Wettbewerbsvorteile kompensieren können:

In Deutschland gilt dies für die meisten kommunalen Unternehmen, denen aufgrund des Gemeinwirtschaftsrechts eine Wettbewerbsteilnahme außerhalb der Region rechtlich, aber von den Produktionsmöglichkeiten her häufig auch technisch unmöglich ist. Das Regionalprinzip führt zu einer strukturell bedingten Anomalität, weil die Angebotsflexibilität des kommunalen Unternehmens sehr begrenzt ist. Dagegen können sich private Bieter auf allen nationalen und internationalen Märkten frei bewegen.

Bei Erfolglosigkeit im Ausschreibungswettbewerb kann ein öffentliches Unternehmen, das dem Regionalprinzip unterliegt, in erhebliche Schwierigkeiten geraten, wenn etwa eine ausgeschriebene Konzession für das Unternehmen wichtig oder gar existenznotwendig ist. Es hätte nämlich keine alternative Ausweichmöglichkeit. Im Extremfall stünde die Schließung des Unternehmens oder der Verlust der Sparte an,

mit entsprechenden negativen Folgen für die Belegschaft, für die irreversiblen und nichtamortisierten Investitionen, aber auch für die langfristige Sicherung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags.

7. Die Gründung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, in der Terminologie der EU-Kommission „institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften“ (IÖPP bzw. englisch: IPPP), wird zwar von der Europäischen Kommission ausdrücklich gewünscht.¹⁹ Sie ergibt jedoch keinen Sinn mehr, verliert jedenfalls deutlich an Attraktivität, wenn sich das gemischtwirtschaftliche Unternehmen dem Ausschreibungswettbewerb unterwerfen muss.²⁰
8. In der aktuellen Diskussion wird die Frage nicht weiter thematisiert, welche Auswirkungen ein obligatorischer Ausschreibungswettbewerb auf die Dienstleistungen hat, die im Allgemeininteresse nicht kostendeckend sind und deshalb intern oder extern subventioniert werden, z. B. im Rahmen des kommunalen Querverbands, durch Zuschusszahlung aus dem öffentlichen Haushalt oder aus spezifischen Ausgleichfonds. Durch Ausschreibungswettbewerb sollen solche Finanzierungszuschüsse minimiert werden. Dies ist grundsätzlich positiv zu bewerten, wenn das Niveau der öffentlichen Dienstleistungen gewahrt bleibt. Dass Letzteres tatsächlich zutrifft, ist keineswegs selbstverständlich. Der Ausschreibungswettbewerb soll private Bieter und privates Kapital mobilisieren und die Effizienz der öffentlichen Dienstleistung erhöhen. Dies funktioniert in einem Wettbewerbsumfeld allerdings am besten mit einem Ausschreibungsobjekt, das Gewinnerzielung bzw. höchstmögliche Rentabilität verspricht und den Bietern so wenig wie möglich Gemeinwohllasten aufbürdet. Es muss kritisch hinterfragt werden, ob nicht in einem obligatorischen Ausschreibungswettbewerb der öffentliche Dienstleistungsauftrag ausgehöhlt wird, wenn im bloßen Interesse eines intensiven Ausschreibungswettbewerbs die Gemeinwohlaufgaben in Form von Mindeststandards so niedrig wie möglich festgelegt werden, um die Belastung potenzieller Gewinne oder die Zuschüsse zu minimieren. Die Frage nach den negativen Auswirkungen des obligatorischen Ausschreibungswettbewerbs auf die Quantität und Qualität der Gemeinwohldienste ist keineswegs ausdiskutiert. Man würde zuviel Marktoptimismus an den Tag legen, glaubte man, dass der Ausschreibungswettbewerb schon alles richten wird, auch in Bezug auf das Allgemeininteresse und die konkreten Gemeinwohlaufgaben. Eine solche Vorstellung würde dem hier vertretenen Gemeinwohlkonzept und auch dem Universaldienstekonzept der Europäischen Union²¹ widersprechen.
9. Besondere Vorsicht ist bei der Anwendung von Ausschreibungswettbewerb auf Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen geboten. Gegen eine solche Anwendung sprechen die wichtige Funktion dieser Dienstleistungen für das soziale Zusammen-

19 Siehe hierzu vor allem das Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzession, KOM(2004) 327 endg. vom 30. April 2004.

20 Für den Privaten ist die Beteiligung an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen wenig sinnvoll, wenn dieses Unternehmen Anschlussaufträge nicht ohne Ausschreibung erhalten kann.

21 Siehe Grünbuch der Europäischen Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2003) 270 endg. vom 21. Mai 2003, Rn. 50 ff.

leben, ihre Vielfältigkeit (von häuslicher Pflege über Heime bis hin zu Universitätskliniken), die Verschiedenartigkeit der Dienstleister (von Wohltätigkeitsorganisationen bis zu börsennotierten Krankenhausunternehmen) und das zum Teil auf gesellschaftlichen Übereinkünften beruhende System ihrer Finanzierung.

10. Grenzen des obligatorischen Ausschreibungswettbewerbs können sich auch aus dem Transaktionskostenproblem ergeben. Bei beiden Vertragsparteien entstehen im Ausschreibungsfall Transaktionskosten, nicht nur im Vorfeld der Ausschreibung und beim Ausschreibungsverfahren als solchem, sondern auch im Hinblick auf die Verträge, z. B. in Form von Vertragsanbahnungskosten, Vertragsabschlusskosten, laufenden Kontrollkosten der Vertragserfüllung, ggf. Kosten bei Vertragsstreitigkeiten. All diese Transaktionskosten stellen für die ausschreibende Gebietskörperschaft und im Besonderen für kleine und mittlere öffentliche Unternehmen, die sich am Ausschreibungswettbewerb beteiligen wollen, eine starke Belastung dar. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass auch bei einer Direktvergabe an ein eigenes Unternehmen Transaktionskosten in Gestalt von Kontrollkosten entstehen. Die Gesamtheit der Transaktionskosten ist entscheidungsrelevant für die Frage, ob sich Ausschreibungswettbewerb überhaupt lohnt. Je höher die Transaktionskosten sind, desto mehr können Kostensenkungen, die durch die Ausschreibung erreicht werden sollen, konkurrenzfähig werden.²²

Bei den hier zu diskutierenden Konzessionsverträgen handelt es sich meistens um mittel- bis langfristige Verträge. Je längerfristiger die Verträge sind, umso problematischer werden sie aus der Sicht der Vertragstheorie – im Gegensatz zu kurzfristigen Verträgen, die weniger Probleme aufwerfen, weil sie in Richtung Vollständigkeit tendieren. Längerfristige Verträge sind in der Regel unvollständig, weil es nicht möglich ist, alle denkbaren vertragsrelevanten Tatbestände, die zu einem großen Teil in der Zukunft liegen, vertraglich zu erfassen und zu regeln. Außerdem wäre es ökonomisch nicht rational, für alle denkbaren Zukunftsfälle vorsorglich Bestimmungen in den Vertrag aufzunehmen, weil dies mit zu hohen Transaktionskosten in Form von Informations-, Vertragsdurchführungs- und Kontrollkosten verbunden wäre. Verträge, die nach einem Ausschreibungswettbewerb abgeschlossen werden, dürften in der Regel unvollständige, „relationale“ Verträge sein, z. B. über Bau und Betrieb von Infrastruktur oder entsprechender Großanlagen, bei denen es nicht möglich ist, für die lange Frist alle Eventualitäten vertraglich zu erfassen.

Vertrags- und transaktionskostentheoretische Argumente können also ebenfalls gegen eine kategorische Ausschreibungspflicht sprechen, weil bei längerfristigen unvollständigen Verträgen mit der Zeitdauer des Vertrags ein starker Anstieg der Transaktionskosten zu erwarten ist.

Auch unter diesem Aspekt erscheint obligatorischer Ausschreibungswettbewerb durchaus nicht als das optimale Vergabeverfahren. Möglicherweise kann – auch in

²² In die Abwägung einzubeziehen ist jedoch, dass bei Ausschreibungen den entstehenden Transaktionskosten möglicherweise auch Transaktionsgewinne in Gestalt kostenfrei bereitgestellter Informationen gegenüberstehen.

Verbindung mit Wettbewerbersatzlösungen (Wettbewerbssurrogaten) – die direkte Konzessionsvergabe an das eigene öffentliche Unternehmen der Gebietskörperschaft oder die freihändige Auftragsvergabe an ein bestimmtes geeignetes Unternehmen ohne vorherige Ausschreibung ökonomisch zweckmäßiger sein.

11. Wenn die Direktvergabe in Frage kommt, müssten als Ersatz für Ausschreibungswettbewerb Wettbewerbssurrogate zum Zuge kommen, die sicherstellen, dass ein allokatoren effizienter Druck auf Preise, Kosten und Zuschussforderungen ausgelöst wird. Mit Hilfe solcher quasiwettbewerblicher Vergleichsmaßstäbe (Yardsticks) kann auch eine Direktvergabe marktorientiert und allokatoren effizient umgesetzt werden. Solche Yardsticks könnten auf sachlichen, örtlichen und zeitlichen Vergleichsmärkten gewonnen werden. In der Wettbewerbstheorie ist diese Verfahrensweise als Vergleichsmarktkonzept bekannt. Die auf Vergleichsmärkten gewonnenen Preise und Kosten sind der Maßstab für die Wettbewerbskontrolle.

Wenn auch das Vergleichsmarktkonzept in der Wettbewerbstheorie aus verschiedenen Gründen nicht unumstritten ist, so gibt es zurzeit kein besseres Verfahren, als mit Vergleichsmärkten zu operieren, wenn man eine Preis-Kosten-Kontrolle grundsätzlich akzeptiert. Diese wäre notwendig, wenn aus den vorgenannten Gründen das wettbewerbliche Bietverfahren nicht angewendet werden soll. Anstelle eines ideal funktionierenden wettbewerblichen Such- und Findungsprozesses muss – auf andere Art und Weise herausgefunden werden, welches die „richtigen“, d. h. marktgerechten bzw. allokatoren effizienten Kosten, Preise und Produkte sind. Solche Yardsticks mögen aus der Perspektive neoklassischer Wettbewerbsfreiheit angreifbar sein, gleichwohl liefert das Vergleichsmarktkonzept immerhin approximative Lösungen und begründete Vermutungen über die Maßstäbe und Kriterien, auf die bei der Preis-Kosten-Kontrolle im Rahmen der marktorientierten Direktvergabe zurückgegriffen werden kann.

12. Ein Problem des Ausschreibungswettbewerbs besteht auch darin, dass es den Kommunen großenteils noch an einem effizienten Ausschreibungsmanagement fehlt. Im Falle eines Ausschreibungszwangs müsste die Kompetenz der Kommunen auf diesem Gebiet erheblich verbessert und gesichert werden, u. a. durch die Bündelung des fachlichen Know hows auf kommunaler oder gar interkommunaler Ebene. Dies wird aber mit erheblichen Zusatzkosten verbunden sein.
13. Aus den vorgenannten Ausführungen ist das Fazit zu ziehen, dass die Einführung obligatorischer Ausschreibungen nur dann mehr Effizienz bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen garantiert, wenn bestimmte, idealtypische Voraussetzungen eines funktionsfähigen Ausschreibungswettbewerbs vorliegen. In der Praxis sind diese Bedingungen jedoch bestenfalls näherungsweise gegeben. So liegen nicht selten, z. B. aufgrund hoher Markteintritts- und Marktaustrittskosten, nur Angebote weniger, zum Teil großer Firmen vor, die über erhebliche oligopolistische Marktmacht verfügen und durch kollusives und wettbewerbsbehinderndes Marktverhalten den Ausschreibungswettbewerb mehr oder weniger stark beschränken können. Darüber hinaus sind Ausschreibungen oftmals mit erheblichen Transaktionskosten, wie

Kosten des Ausschreibungsverfahrens, des Vertragsabschlusses, der Vertragsanpassung, der Vertragsüberwachung und der Vertragsdurchsetzung, verbunden. Diese Kosten und andere unerwünschte Nebenwirkungen wie Qualitätseinbußen und hohe Preise konterkarieren, zumindest teilweise, tatsächliche und vermeintliche Vorteile eines Ausschreibungswettbewerbs. Die Erfüllung des Gemeinwohls wird durch Auftragsvergabe an ein privates Unternehmen sicherlich nicht erleichtert. Unter Berücksichtigung aller Kosten und Wirkungen kann die Direktvergabe eines Dienstleistungsauftrags an ein öffentliches Unternehmen insgesamt günstiger sein. Deshalb ist ein genereller Ausschreibungszwang für öffentliche Dienstleistungsaufträge nicht im Interesse der Bürger und daher abzulehnen. Stattdessen ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Ausschreibung tatsächlich mehr Vorteile gegenüber einer Direktvergabe an das eigene Unternehmen der Gebietskörperschaft verspricht.

III. Kommunale Selbstverwaltung als Grenze für die EU-Forderung nach obligatorischer Ausschreibung der öffentlichen Dienstleistungen

Der Wissenschaftliche Beirat hatte bereits im April 2004 in einer Stellungnahme mit dem Titel „Zur Beibehaltung kommunaler Dienstleistungen in der Europäischen Union“²³ darauf hingewiesen, dass die von der EU betriebene Liberalisierung im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen das auf die kommunale Selbstverwaltung gestützte System der kommunalen Leistungserbringung in Deutschland in Gefahr bringt.

Da die in dieser Stellungnahme angestellten Überlegungen nach wie vor Gültigkeit besitzen, wird im Folgenden ausschnittsweise aus der Stellungnahme zitiert:

1. *In Deutschland besitzt die kommunale Selbstverwaltung der Städte, Gemeinden und Kreise eine lange Tradition – in politischer, aber auch in wirtschaftlicher Hinsicht. Die Kommunen verfügen über eigene Einnahmen, eigene Haushalte und eigene Vermögen und stärken damit ihre wirtschaftliche und zugleich politische Selbstständigkeit. Von jeher gehört es zur politischen Kultur in Deutschland, dass Kommunen ihre Position im föderalen System auch auf diese Weise sichern. Sie festigen damit zugleich ein Stück bürgernaher Demokratie. In diesem Sinne ist die kommunale Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankert. Auf dieser Grundlage erbringen und sichern die deutschen Gemeinden, namentlich die Städte, seit langem in eigener Regie zahlreiche Dienstleistungen für ihre Einwohner, indem sie entsprechende Unternehmen und Einrichtungen vorhalten und betreiben. Es handelt sich dabei teils um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (insbesondere Energie- und Wasserversorgung, Entsorgung, öffentlicher Personennahverkehr, Sparkassen), teils um „nichtwirtschaftliche“ Dienstleistungen*

23 In: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU), Band 27, Heft 2, 2004, S. 187-196.

von *allgemeinem Interesse*, insbesondere solche des Kultur- und Bildungswesens (z. B. Museen, Theater, Bibliotheken, Schulen, Kindergärten), Sportstätten und Freizeiteinrichtungen, Einrichtungen des Sozial- und Gesundheitswesens (Jugend- und Altenheime, Beratungsstellen, Krankenhäuser u. ä.) und sonstige Einrichtungen (z. B. Feuerwehr, Friedhöfe, zoologische und botanische Gärten). Je nach den örtlichen Gegebenheiten betreiben Städte und Gemeinden zahlreiche weitere Unternehmen und Einrichtungen wie Häfen, Flughäfen, Messehallen und Kureinrichtungen.

2. Mit diesen Dienstleistungen von *allgemeinem wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Interesse* tragen die Kommunen eine besondere Verantwortung für die Sicherung der intergenerationellen Daseinsvorsorge ihrer Bürger, für die Gestaltung des kommunalen Lebensraums und für die Stabilität der infrastrukturellen Grundlage wirtschaftlicher Aktivitäten.

Wichtig ist, dass diese Dienstleistungen von den kommunalen Unternehmen und Einrichtungen örtlich erbracht und örtlich verantwortet werden. Über grundsätzliche Fragen bezüglich der Leistungserbringung, insbesondere über größere Investitionen, und darüber, welche Leistungen in welcher Qualität zu welchem Preis erbracht werden sollen, entscheidet die gemeindliche Volksvertretung; sie ist berufen, die Interessen der Bürger zu wahren.

3. Die deutsche Tradition der gemeindlichen Leistungserbringung verdient eine Fortsetzung auch in der durch den gemeinsamen Binnenmarkt bestimmten Zukunft. Zum einen ist Föderalismus prinzipiell zu befürworten. Denn dezentrale politische Entscheidungen können grundsätzlich den Präferenzen der Kunden besser Rechnung tragen als zentralisierte; sie ermöglichen ein effizientes raumbezogenes Angebot an öffentlichen Leistungen. Zum anderen wird durch sie weit mehr als das ökonomische Umfeld erschlossen: Es lassen sich außer den Interessen des Investors auch die der Bürger insgesamt in die Entscheidungen einbeziehen. Dies kann die Bürgerverantwortung stärken und somit einer demokratischen Entwicklung förderlich sein.

4. In den letzten Jahren hat die EU nahezu ausschließlich den Gedanken der Förderung des europaweiten Wettbewerbs verfolgt und in diesem Sinne die Liberalisierung betrieben. Es kam ihr, und dies im Ausgangspunkt mit Recht, darauf an, für alle Unternehmen in Europa gleiche Chancen zu eröffnen, Aufträge von den öffentlichen Verwaltungen zu erhalten. [...] Ausschreibungspflicht soll nun [...] auch für öffentliche Dienstleistungen [...] eingeführt werden.

Gemäß der EuGH-Rechtsprechung gibt es eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht, nämlich wenn die Stadt ein von ihr wie eine Verwaltungsabteilung beherrschtes Unternehmen beauftragen will (sog. Inhouse-Prinzip). Aber damit ist für die deutsche kommunale Wirtschaft wenig gewonnen, weil man so geknebelte, das heißt der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit beraubte kommunale Unternehmen hierzulande gerade nicht einsetzen möchte. Dies würde gegenüber den Eigenbetriebsgesetzen zum Teil einen gravierenden Rückschritt darstellen, wurden die

Eigenbetriebe doch gerade geschaffen, um eine Unternehmensplanung zu gestatten, die von den starren Regeln der Haushaltsplanung befreit ist und allfälligen Bedarfsveränderungen flexibel zu folgen vermag.

5. *Eine Ausschreibungspflicht dürfte für den größten Teil der Kommunalwirtschaft in Deutschland, vor allem für die kleineren und mittleren kommunalen Unternehmen, in vielerlei Hinsicht Probleme aufwerfen: Zwar kann sich das bisher in der Gemeinde tätige Unternehmen auch bewerben und im Fall des Zuschlags weiterarbeiten, aber wenn ein anderes Unternehmen obsiegt, müsste das gemeindeeigene Unternehmen, weil nun ohne Aufgabe, im ungünstigsten Fall liquidiert werden; denn wegen des Örtlichkeitsprinzips könnte das Unternehmen als ganzes nicht anderenorts Kompensation erlangen. [...] Bei realistischer Betrachtung muss man davon ausgehen, dass die einmal an einen Dritten abgegebene Dienstleistung in dem von der EU favorisierten System nicht rückholbar ist: Die Gemeinde kann, unter völligem Verlust ihrer organisatorischen Gestaltungsfreiheit, nur noch ausschreiben und den Gewinner der Ausschreibung beauftragen. Im Ergebnis würden die kommunalen Unternehmen in dem System, das mehr Wettbewerb schaffen soll, vom Wettbewerb ausgeschlossen.*
6. *[Es lag] von Anfang an im Sinne der europäischen Verträge, auf die Eigenheiten der Mitgliedstaaten gebührend Rücksicht zu nehmen; lange Zeit wurde auch so verfahren. Inzwischen sieht der noch nicht rechtlich verbindliche, aber doch den Willen der Mitgliedstaaten zum Ausdruck bringende Verfassungsentwurf für die EU in Art. I/5 Abs. 1 ausdrücklich vor: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“ Damit ist unmissverständlich klargestellt [...], dass die EU – als Gesetzgeber und als vollziehende Gewalt – die zur nationalen Identität gehörenden Besonderheiten der Mitgliedstaaten zu achten hat, insbesondere die jeweilige regionale und kommunale Selbstverwaltung [...]. Die EU muss [...] in Bezug auf Deutschland die hier bestehende, stark ausgeprägte gemeindliche Selbstverwaltung achten und sicherstellen, dass diese Selbstverwaltung durch europäisches Handeln nicht angetastet wird.
Damit muss – und das ist entscheidend – unter Umständen auch das Wettbewerbsprinzip zurücktreten, wenn anders die deutsche kommunale Selbstverwaltung nicht gewahrt werden kann. Wie Art. I der geplanten EU-Verfassung deutlich macht, basiert die Union nunmehr auf einer Reihe gemeinsamer Grundprinzipien, darunter z. B. auch dem Subsidiaritätsprinzip. Der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr ist nicht übergeordneter Grundsatz, sondern steht neben den anderen Prinzipien, muss sich also gegebenenfalls Einschränkungen gefallen lassen.*
7. *Die EU muss die gewachsene deutsche Selbstverwaltung der Städte und Gemeinden respektieren und den Kommunen bei wichtigen örtlichen Dienstleistungen wie z. B. Wasserversorgung, ÖPNV, Entsorgung und ähnlichen Diensten die freie Wahl belassen, ob sie die Dienstleistung mit eigenen Unternehmen selbst erbringen oder ein*

drittes Unternehmen in Anspruch nehmen wollen. Nur im zweiten Fall kommt eine Ausschreibungspflicht infrage.

Das Inhouse-Prinzip darf keinesfalls eingeschränkt, sondern sollte im Gegenteil ausgeweitet werden auf mehrheitlich von der Kommune beherrschte Unternehmen, die überwiegend Dienstleistungen für die Bürger dieser Kommune erbringen. Nur mit einem großzügig interpretierten Inhouse-Prinzip haben die Städte und Gemeinden eine wirkliche Wahl, ob sie die Dienstleistungen selbst erbringen wollen oder nicht.

IV. Lösungswege zur Inhouse-Problematik

1. Mit der Mitteilung der EU-Kommission vom 15. November 2005 zu ÖPP und Konzessionen²⁴ hat die Kommission verdeutlicht, dass sie für den Bereich der Konzessionen eine gesetzgeberische Initiative befürwortet. Der Begriff der Konzessionen umfasst nach dem Verständnis der Kommission ausdrücklich auch Dienstleistungskonzessionen, welche nach derzeitigem Sachstand dem Vergaberecht unstrittig nicht unterliegen. Insgesamt kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass neue Vergabetatbestände geschaffen werden sollen. So will die Kommission ausdrücklich den vergaberechtlichen Bieterschutz auf die Erteilung von Dienstleistungskonzessionen ausdehnen.
Mit ihrer Mitteilung vom 24. Juli 2006 zur Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen²⁵, hat die Kommission damit begonnen, ihre Absicht in die Praxis umzusetzen. Denn hier werden unter Berufung auf den EG-Vertrag „Grundanforderungen“ aufgestellt, die letztlich ein eigenes Vergaberegime für Aufträge bilden, die nicht unter die Vergaberichtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG fallen.
2. Insgesamt konzentriert sich die Kommission derzeit fast ausschließlich auf wettbewerbsrechtliche Fragen, hier insbesondere auf die Ausweitung des Ausschreibungsbereichs. Dies ist bedenklich, weil damit eine der Säulen des europäischen Gesellschaftsmodells, der Bereich der DAI/DAWI, vernachlässigt und möglicherweise irreversibel geschädigt wird. Im Übrigen ist weder Wettbewerb noch das Vergaberecht an sich ein eigenständiges Ziel oder Selbstzweck, sondern nur ein Instrument unter anderen, um Transparenz, Kosteneffizienz und verbesserte Dienstleistungen in nicht diskriminierender Art und Weise anzubieten.
Nach alledem besteht akuter Handlungsbedarf im Bereich „Inhouse“ in Bezug auf institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften und mit Blick auf die sogenannten Dienstleistungskonzessionen. Die Lösung sollte durch gesetzliche Klarstel-

24 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen, KOM(2005) 569 endg.

25 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht unter die Vergaberichtlinien fallen (2006/C 179/02).

lungen im EU-Recht gefunden werden und einen Ausgleich zwischen Selbstverwaltungs- und Wettbewerbsprinzip herbeiführen.

Als vorrangig erscheint in diesem Zusammenhang eine gesetzliche Klärung des Inhouse-Tatbestands. Sollte hier eine praktikable Lösung gefunden werden, ließen sich auch zahlreiche Probleme der Praxis, die mit öffentlich-privaten Partnerschaften und den sogenannten Dienstleistungskonzessionen einhergehen, lösen.

3. Der EuGH hält eine Vergabe von Aufträgen durch die Kommunen an privatrechtlich organisierte Eigengesellschaften – auch ohne Ausschreibung – unter bestimmten Voraussetzungen für möglich. Dies soll dann der Fall sein, wenn ein Inhouse-Geschäft vorliegt. Die Voraussetzungen für die Nichtanwendung der o. g. Vergaberichtlinien hat er in seiner Entscheidung vom 18. November 1999²⁶ aufgestellt. Wie bereits dargelegt (I.5.), muss danach ein Auftrag an ein Unternehmen vergeben worden sein, über das die öffentliche Körperschaft eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle, und außerdem muss die beauftragte Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichten, die ihre Anteile innehaben. Mit seiner Entscheidung vom 11. Januar 2005²⁷ hat der EuGH indessen entschieden, dass ein ausschreibungsfreies Inhouse-Geschäft nur dann vorliegen kann, wenn die Anteile des zu beauftragenden Unternehmens zu 100% durch die öffentliche Hand gehalten werden. Im Lichte des oben Gesagten geht diese Auffassung zu weit. Sie ist auch keineswegs rechtlich zwingend – etwa aufgrund des EG-Vertrags –, wie schon die Ausführungen der Generalanwältin Stix-Hackl in den Schlussanträgen zum Fall „Stadt Halle“ zeigen. Um hier wieder zu angemessenen Ergebnissen zu kommen, ist eine ausdrückliche sekundärrechtliche Regelung, die eine Beauftragung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zulässt, erforderlich.
4. Diesbezüglich nicht ungeeignet erscheint im Grundsatz die vom Europäischen Parlament im Rahmen der Verhandlungen zum Legislativpaket des Vergaberechts vorgeschlagene Inhouse-Definition.²⁸ Diese sieht vor, dass eine Kontrolle im o. g. Sinne auch für den Fall vorliegen kann, dass die in Rede stehende Einrichtung überwiegend vom Staat, von nachgeordneten Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den nachgeordneten Gebietskörperschaften oder von mehreren Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind. Entscheidend soll dabei letztlich die Ausgestaltung im Gesellschaftsvertrag sein. Für die Erfüllung des o. g. Wesentlichkeitskriteriums soll ausreichen, dass die in Rede stehende Tätigkeit zu mindestens 80% für den öffentlichen Auftraggeber verrichtet wird. Diese Grenze ist bereits aus den Sektorenrichtlinien bekannt.

26 Teckal (C-107/98).

27 Stadt Halle (C-26/03).

28 Vorschlag des Europäischen Parlaments für Artikel 18a der „klassischen“ Richtlinie 2004/18/EG.

Dieser Lösungsweg ist indessen politisch kaum noch realisierbar; denn die Ausgestaltung der Teckal-Kriterien im Wege einer derartigen gesetzlichen Ausweitung zugunsten der am Inhouse-Geschäft Interessierten erscheint insbesondere der Kommission als nicht hinreichend. Auch sind immer wieder Stimmen zu vernehmen, die die EuGH-Rechtsprechung jedenfalls deshalb begrüßen, weil sie Rechtssicherheit geschaffen habe.²⁹ Auch die Tatsache, dass das o. g. 80%-Kriterium zwischenzeitlich vom EuGH in seiner Entscheidung zu „Carbotermo“³⁰ ausdrücklich verworfen wurde, dürfte in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein. Insoweit spricht viel dafür, den „Inhouse-Begriff“ (auch) von anderer Seite zu beleuchten, mit zusätzlichen Kriterien auszufüllen bzw. weiter zu fassen.

Dass eine gesetzliche Inhouse-Definition Teil der geltenden Vergaberichtlinien werden könnte, wird zudem von verschiedenen Seiten nicht für praktikabel gehalten, da man die erst 2004 in Kraft getretenen und derzeit teilweise immer noch in der Umsetzung befindlichen Vergaberichtlinien dann nochmals „aufschnüren“ müsste.³¹ Auch die Hoffnung, dass sich eine Inhouse-Definition in einer DAI- bzw. DAWI-Rahmenrichtlinie wiederfinden könnte, ist durch die Entschließung des Europäischen Parlaments zum Weißbuch DAI vom September 2006³² gedämpft worden. Zwar wurde von einer Rahmenrichtlinie nicht ausdrücklich Abschied genommen, indessen ist der Kommission überlassen worden, wie sie im Einzelnen weiter vorgeht.

5. Gerade aber der Umstand, dass in diesem Punkt die Kommission vom Europäischen Parlament in die Pflicht genommen wird, führt dazu, den vom Rat der Europäischen Union abgeänderten Kommissionsvorschlag für eine „Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße“ vom 20. Juli 2005 in der Fassung des Gemeinsamen Standpunkts des Rates vom 11. Dezember 2006³³ in die Überlegungen zu Inhouse mit einzubeziehen. Denn dieser Verordnungsentwurf ist zwischenzeitlich nicht nur weit gediehen und erscheint konsensfähig, er beinhaltet auch eine – weiterführende – Inhouse-Konstruktion.
6. Diese Inhouse-Konstruktion umfasst wesentliche Überlegungen, die in der Vergangenheit angestellt wurden, um saubere Kriterien für die Umgrenzung des Inhouse-Geschäfts zu erlangen.
 - a) Artikel 5 des Verordnungsvorschlags geht davon aus, dass sich jede zuständige örtliche Behörde – unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine einzelne Behörde oder eine Gruppierung von Behörden handelt – entscheiden kann, Dienste

29 Vgl. nur die Nachrichten des Brüsseler Büros der Bundesrechtsanwaltskammer 2/2005, S. 2, die EU-Info des Österreichischen Gemeindebundes 1/2005, S. 6, sowie Juliane Kokott, Generalanwältin am EuGH, im Rahmen eines Vortrags anlässlich der 99. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Europäischen Binnenmarkt des Deutschen Städtetages am 20. Oktober 2006 in Heidelberg.

30 C-340/04.

31 Vgl. etwa Ziffer 2 der Entschließung des Europäischen Parlaments zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen vom 26. Oktober 2006 (A6-0363/2006).

32 P6_TA(2006)0380.

33 13736/1/06.

selbst zu erbringen oder direkt an eine rechtlich getrennte Einheit zu vergeben. Über diese getrennte Einheit muss die örtliche Behörde – oder im Falle einer Gruppierung von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde – eine Kontrolle ausüben, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Damit ist das erste der Kriterien, die vom EuGH im Urteil „Teckal“ aufgestellt wurden, festgeschrieben.

Um festzustellen, ob die örtliche Behörde eine Kontrolle im oben genannten Sinne ausführt, möchte Artikel 5 der Verordnung Faktoren heranziehen wie den Umfang der Vertretung in Verwaltungs-, Leitungs- oder auch Aufsichtsgremien, entsprechende Festlegungen der Satzung, Eigentumsrechte, tatsächlicher Einfluss auf und tatsächliche Kontrolle von strategischen und einzelnen Managemententscheidungen. Dieses Prüfungserfordernis hinsichtlich der ausgeübten Kontrolle ist wertender Art, flexibel und eröffnet Spielräume für eine sachgerechtere Beurteilung des Inhouse-Tatbestands.

Für eine Kontrolle im Sinne des o. g. ÖPNV-Verordnungsentwurfs ist nach Artikel 5 Abs. 2 Buchstabe a „im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht“ nicht zwingend erforderlich, dass die örtliche Behörde zu 100% Eigentümer ist. Hier zeigt sich, dass die jüngste Rechtsprechung des EuGH zu Inhouse in die Überlegungen mit eingeflossen ist und – insbesondere die Rechtsfolgen des Halle-Urteils – eingeschränkt werden sollen. Denn nach dem Wortlaut ist sogar eine private Beteiligung am Inhouse-Konstrukt möglich. Dafür, dass dies intendiert ist, spricht nicht zuletzt die in diesem Zusammenhang vorgenommene Bezugnahme auf öffentlich-private Partnerschaften.

- b) In Artikel 5 Abs. 2 Buchstabe b des Verordnungsentwurfs wird nun das Wesentlichkeitskriterium des Teckal-Urteils modifiziert, indem zunächst eine territoriale Beschränkung vorgenommen wird. Voraussetzung für die Inhouse-Anwendung ist danach eine Gebietsbegrenzung des Inhalts, dass die per Inhouse bedachte Einheit „und jede andere Einheit, auf die diese einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt, ihre öffentlichen Personenverkehrsdienste innerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen örtlichen Behörde ausführen“. Dieser Territoriumsbezug ist insofern ein neues Element, als hier nicht an das technische Vergaberecht im engeren Sinne angeknüpft wird. Es wird also nicht gefragt, ob wirtschaftlich betrachtet eine (juristische) Person oder zwei Personen vorliegen, so dass ein Vertragsverhältnis überhaupt erst in Betracht kommt, sondern es wird über das Merkmal des Tätigkeitsgebiets nach Deminimis- bzw. Subsidiaritätskriterien gesucht. Dieser Weg erscheint deshalb gangbar, weil auch insofern eine Schwelle gefunden werden kann, unter der das europäische Vergaberecht eben nicht gelten soll. Für die meisten wirtschaftlichen Betätigungen dürfte man derartige Gebiete ausmachen können. Für den Energie- und Wasserbereich erscheint die Orientierung an den abgeschlossenen Konzessionsverträgen brauchbar. Insoweit ist gerade auch von Vorteil, dass gewisse Teildienste in das Zuständigkeitsgebiet benachbarter zuständiger örtlicher Behörden hinein möglich

sind, ohne dass dies einer Inhouse-Betrachtung entgegensteht. Denn die territoriale Begrenzung gilt nach Artikel 5 Abs. 2 Buchstabe b „ungeachtet der abgehenden Nebenlinien oder sonstigen Teildienste, die in das Zuständigkeitsgebiet benachbarter zuständiger örtlicher Behörden führen“ – eine Ausnahmeregelung, die eine gewisse Flexibilität eröffnet.

Nach Artikel 5 Abs. 2 Buchstabe b ist für die Anwendung der Inhouse-Regelung ebenfalls erforderlich, dass die im Wege von Inhouse bedachte Einheit und jede Einheit, auf die diese wiederum auch nur geringfügigen Einfluss ausübt, nicht an außerhalb des Zuständigkeitsgebiets organisierten wettbewerblichen Vergabeverfahren für die Erbringung von öffentlichen Diensten teilnehmen. Insoweit wird die örtliche Bindung nochmals abgegrenzt und das zweite Teckal-Kriterium weiter modifiziert.

- c) Nach Artikel 5 Abs. 2 Buchstabe c kann der durch das Inhouse-Geschäft „Beauftragte“ frühestens zwei Jahre vor Ablauf des direkt an ihn vergebenen Auftrags an anderen wettbewerblichen Vergabeverfahren teilnehmen, sofern endgültig beschlossen wurde, die bisher an ihn vergebenen Dienste im Rahmen eines „fairen wettbewerblichen Vergabeverfahrens“ zu vergeben und der Inhouse-Bedachte nicht Auftragnehmer anderer direkt verbogener öffentlicher Dienstleistungsaufträge ist. Damit beinhaltet die vorliegende Inhouse-Regelung auch ein Zeitelement, was von verschiedener Seite gefordert wird, um keine „Ewigkeitszustände“ zu schaffen.³⁴

7. Insgesamt ist also festzustellen, dass in der Inhouse-Definition des ÖPNV-Verordnungsentwurfs – unter Weiterentwicklung der Teckal-Kriterien des EuGH – die wesentlichen Elemente enthalten sind, die bislang zu Inhouse vorgeschlagen wurden. Dies sind vor allem:

- Einfluss der lokalen Behörde wie auf eigene Dienststellen (keine 100%ige Eigentümerschaft erforderlich)
- örtliche und ggf. zugleich sachliche Begrenzung der „Inhouse-Tätigkeit“
- zeitlich begrenztes Verbot der Beteiligung an überörtlichen Ausschreibungsverfahren.

Hält sich die örtliche Behörde an diese Bedingungen, steht ihr die Möglichkeit offen, sich für eine Inhouse-Lösung zu entscheiden. Sie nimmt dann nicht am – europaweiten – Wettbewerb teil, sondern stellt die örtliche Daseinsvorsorge in den Mittelpunkt. Die Lösung nach dem Entwurf der ÖPNV-Verordnung erfüllt den angestrebten Ausgleich zwischen Selbstverwaltungs- und Wettbewerbsprinzip und sichert auf diese Weise das Wahlrecht der Kommunen zwischen Eigenerbringung und Fremdvergabe ab, über das auf lokaler Ebene demokratisch entschieden werden kann. Dieser Ansatz ist zu stützen und über den ÖPNV-Verordnungsentwurf hinaus verallgemeinerungsfähig.

34 Vgl. diesbezüglich auch die Ziffern 29 und 30 der Entschließung des Europäischen Parlaments zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen vom 26. Oktober 2006 (A6-0363/2006).

V. Fazit

Insgesamt ergibt sich, dass aus derzeitiger Sicht für den Bereich „Inhouse“ gesetzliche Regelungen implementiert werden müssen. Nur so kann die nicht in jeder Hinsicht sachgerechte Rechtsprechung des EuGH korrigiert werden. Dabei gilt es, die Teckal-Kriterien des EuGH auszuformen bzw. diesen neue Kriterien an die Seite zu stellen. Der vom Europäischen Rat modifizierte Vorschlag der Kommission für eine ÖPNV-Verordnung gibt diesbezüglich wesentliche Anhaltspunkte vor.

Die in dem ÖPNV-Verordnungsentwurf vorgeschlagene Inhouse-Lösung erscheint praktikabel. Sie eröffnet den lokalen Behörden ein Wahlrecht, und sie trägt dem Ausgleich zwischen dem Wettbewerbsprinzip und der Gewährleistung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse Rechnung.

Außerdem hätten die lokalen Behörden die Möglichkeit, die Rechtsform öffentlicher Unternehmen und öffentlich-privater Partnerschaften hinsichtlich der Entscheidungs- und Kontrollkompetenzen zu rechtssicheren Inhouse-Lösungen auszugestalten, wenn sie ein Interesse an ausschreibungsfreien Inhouse-Beauftragungen haben. Dies könnte zum Beispiel durch entsprechende Festlegungen in den Satzungen, durch Beschlüsse der Legislativorgane (z. B. Gemeinderäte) oder auf andere rechtsverbindliche Weise geschehen.

Eine gesetzliche Regelung müsste folgende Grundelemente enthalten:

1. Die zuständige Körperschaft hat das Wahlrecht, ob sie
 - eine öffentliche Dienstleistung selbst mit eigenen Dienststellen erbringt,
 - diese als Inhouse-Dienst von eigenen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen erbringen lässt, die den im Sinne der Regelungen des ÖPNV-Verordnungsentwurfs weiterentwickelten Teckal-Kriterien entsprechen,
 - zur Vermeidung von Überkompensationen in Fällen von Direktvergaben Betrauungen unter Beachtung der Altmark Trans-Kriterien³⁵ vornimmt oder
 - die Dienstleistung ausschreibt.

Diese Vorgehensweise entspricht den Prinzipien staatlicher Organisationshoheit und auf lokaler Ebene der kommunalen Selbstverwaltung, denen nach wie vor ein hoher gesellschaftspolitischer Rang zukommt.

2. Die Inhouse-Vergabe ist an den weiterentwickelten Teckal-Kriterien auszurichten, wobei der Einfluss und die Kontrollfunktion der Körperschaft auf das eigene Unternehmen in einer Einzelfalluntersuchung festzustellen ist, bei der alle wesentlichen Umstände, Einflussfaktoren und Kontrollbefugnisse zu berücksichtigen sind. Diese Vorgehensweise bei der Prüfung der tatsächlichen Kontrolle ist ein auf den Einzelfall bezogener Abwägungs- und Bewertungsvorgang, bei dem durch die Berücksichtigung aller relevanter Kriterien mehr Flexibilität erreicht wird und sich Ermes-

35 (1) Das begünstigte Unternehmen ist tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden und diese Verpflichtungen sind klar definiert worden. (2) Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden. (3) Der Ausgleich geht nicht über das hinaus, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen [...] zu decken. (4) Die Höhe des erforderlichen Ausgleichs [...] ist auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt worden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen [...] bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte [...]. Siehe das Urteil in der Rechtssache „Altmark Trans“ vom 24. Juli 2003 (C-280/00).

sensspielräume eröffnen, die eine sachgerechte Beurteilung eines so komplexen Sachverhalts wie dem der Kontrollfunktion der Körperschaft ermöglichen.

3. Es ist notwendig, für diese Prüfung geeignete Bewertungskriterien heranzuziehen, die in Bezug auf den tatsächlichen Einfluss und die Kontrolle der Körperschaft aussagefähig und überprüfbar sind. Beispielhaft seien genannt:
 - Umfang der Vertretung der Körperschaft auf der Ebene der Aufsichts- und der Geschäftsführungsorgane (quantitativ bzw. stimmenmäßig, qualitativ)
 - Art und Umfang der Beteiligung der Körperschaft an wesentlichen „strategischen“ Unternehmensentscheidungen, wie z. B. Fusionen, Kooperationen, institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaften, Beteiligungen an anderen Unternehmen, Kapitalerhöhungen, Gewinnverteilung, Preis- und Tarifpolitik, Personalentscheidungen auf der Führungsebene, Ausschreibungsverfahren usw.
 - Art der Festschreibung der Rechte der Körperschaft an wesentlichen Unternehmensentscheidungen in Satzungen, Gremienbeschlüssen oder auf sonstige rechtsverbindliche Weise.

Es ist notwendig, disziplinübergreifend weitere Aufgreifkriterien dieser Art zu entwickeln, die geeignet sind, den Inhouse-Charakter der Dienstleistungserbringung zu bestimmen.

4. Die Beteiligung privater Dritter schließt die Möglichkeit einer Inhouse-Beziehung nicht grundsätzlich aus. Sie ist in die Bewertung und Entscheidung über die Kontrolle und den Einfluss der Körperschaft mit einzubeziehen.
5. Die Dienstleistungserbringung hat sich im Wesentlichen auf das Territorium der Körperschaft oder mehrerer kooperierender Körperschaften oder von Zweckverbänden zu beschränken. Wettbewerbsgeschäfte außerhalb des Territoriums, die im Vergleich zur Inhouse-Tätigkeit einen unangemessen großen Umfang haben, würden die Inhouse-Eigenschaft der Dienstleistungserbringung in Frage stellen. Das Gleiche würde für Ausschreibungsaktivitäten außerhalb des Territoriums gelten. Zumindest wäre ein zeitlich begrenztes Verbot der Beteiligung an überörtlichen Ausschreibungsverfahren sinnvoll.

Nach dem EuGH kommt es für die Zulässigkeit eines Inhouse-Geschäfts nicht darauf an, in welchem Gebiet die in Rede stehende Tätigkeit ausgeübt wird. Sofern sich aber die Dienstleistungserbringung im Wesentlichen auf das Territorium einer Körperschaft, mehrerer kooperierender Körperschaften oder eines Zweckverbands beschränkt, müssen nach der Ratio des ÖPNV-Verordnungsentwurfs – nicht zuletzt unter dem Aspekt der Binnenmarktrelevanz – erleichterte Kriterien für die Beurteilung der Inhouse-Eigenschaft, etwa bei der Einbeziehung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, angenommen werden können. Dies gilt umso mehr, wenn ein zeitlich begrenztes Verbot der Beteiligung an überörtlichen Ausschreibungsverfahren vereinbart wird.

6. Die Entscheidung für eine Inhouse-Regelung oder für Ausschreibung hat die Gebietskörperschaft ausführlich zu begründen und samt Begründung zu veröffentli-

chen. Dies entspräche den Transparenzanforderungen des EG-Vertrags und würde ggf. eine gerichtliche Nachprüfbarkeit der Entscheidung ermöglichen.

Berlin, Mai 2007

Der Wissenschaftliche Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft

Prof. Dr. Helmut Cox, Universität Duisburg-Essen (Federführung)
Prof. Dr. Frank Schulz-Nieswandt, Universität Köln (Vorsitzender)
Prof. Dr. Wolf Gottschalk, Universität Göttingen (Stellv. Vorsitzender)
Prof. Dr. Holger Mühlkamp, Dt. Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer (Stellv. Vorsitzender)
Prof. Dr. Dr. h.c. Günter Püttner, Universität Tübingen (Stellv. Vorsitzender)

Prof. Dr. Gerold Ambrosius, Universität Siegen
Dr. Heinz Bolsenkötter, WIBERA Wirtschaftsberatung AG, Düsseldorf
Prof. Dr. Dietmar Bräunig, Universität Gießen
Prof. Dr. Günther E. Braun, Universität München
Prof. Dr. Helmut Brede, Universität Göttingen
Prof. Dr. Dr. h.c. Dietrich Budäus, Universität Hamburg
Prof. Dr. Dr. Giacomo Corneo, Freie Universität Berlin
Prof. Dr. Dietrich Dickertmann, Universität Trier
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Eichhorn, Universität Mannheim
Prof. Dr. Werner W. Engelhardt, Universität Köln
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Friedrich, Universität der Bundeswehr München
Prof. Dr. Jens Harms, Rechnungshof Berlin
Dr. Bodo Herrmann, Verband kommunaler Unternehmen e.V., Köln
Prof. Dr. Hans Hirsch, Technische Hochschule Aachen
Dr. Ulrich Kirchhoff, Landesbank Hessen-Thüringen, Frankfurt/M.
Prof. Dr. Thomas Lenk, Universität Leipzig
Prof. Dr. Werner Noll, Universität Würzburg
Prof. Dr. Dres. h.c. Karl Oettle, Universität München
Prof. Dr. Christoph Reichard, Universität Potsdam
Prof. Dr. Christina Schaefer, Fachhochschule für Technik und Wirtschaft Berlin
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Humboldt-Universität Berlin
Prof. Dr. Ludwig Theuvsen, Universität Göttingen
Prof. Dr. Dieter Tscheulin, Universität Freiburg

Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft
Geschäftsführer: Wolf Leetz
Sponholzstraße 11
12159 Berlin
dsceep@goew.de