



Andrea Kloster

## Auftraggebergemeinschaften der öffentlichen Hand



PETER LANG

„Es muss das Ziel sein, dass für den Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Gedanke des Wettbewerbs sich ebenso durchsetzt, wie dies gegenwärtig schon für den privaten Auftragsbereich der Fall ist.“ *Ludwig Erhard (Geleitwort zu Michaelis/Rhösa, Kommentar, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, 2. Auflage 1998)*

## A. Einführung in die Themenstellung

### I. Ziele gemeinsamer Beschaffung

Die öffentliche Hand in der Bundesrepublik befindet sich seit Jahren unter großem Druck, eine alljährliche Steigerung ihrer Ausgaben zu begrenzen. Auch Phasen steigender Steuereinnahmen wie in den Jahren 2006 und 2007 schaffen hier nur kurze Atempausen. Die Konsolidierung der öffentlichen Haushalte ist noch nicht erreicht, wie Bundes- und Länderfinanzminister immer wieder betonen.<sup>1</sup> Mit einer zyklischen Abschwächung des Wirtschaftswachstums und damit geringeren Einnahmen wird der Druck auf die öffentlichen Haushalte wieder zunehmen. Gleichzeitig sind Einsparungen im Leistungsbereich schwierig umzusetzen und es sind andere Wege zu finden, die Belastungen auf der Ausgabenseite zu reduzieren. So werden vor allem schlankere Verwaltungsstrukturen (Stichwort „Entbürokratisierung“<sup>2</sup>) und effizientere Verwaltungsprozesse gefordert, um Kosten zu senken, ohne Leistungen kürzen zu müssen. Die Diskussion gipfelt oftmals in der Forderung der Fusion von Kommunen oder gar ganzen Bundesländern, letztlich auch, um Verwaltungskosten einzusparen. Hierbei handelt es sich jedoch um einen langwierigen Prozess mit ungewissem Ausgang, der insbesondere rechtliche und politische Probleme impliziert.<sup>3</sup>

Es stellt sich daher die Frage, ob sich Vorteile, die durch einen Zusammenschluss Fusion von Gebietskörperschaften entstünden („Synergieeffekte“), auch

---

<sup>1</sup> „Öffentliche Haushalte im Plus – Nur der Bund macht weiter Schulden“, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 24.08.2007, Nr. 196, S. 1.

<sup>2</sup> „Mittelstand fördern – Beschäftigung schaffen – Bürgergesellschaft stärken. Eckpunkte für den Masterplan Bürokratieabbau“ Kabinettsbeschluss vom 26.2.2003 ([http://www.bmi.bund.de/nm\\_122778/Internet/Content/Common/Anlagen/Default/Masterplan\\_pdf,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Masterplan\\_pdf](http://www.bmi.bund.de/nm_122778/Internet/Content/Common/Anlagen/Default/Masterplan_pdf,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Masterplan_pdf)).

<sup>3</sup> Die geplante Fusion Berlins mit Brandenburg z.B. scheiterte 1996 an der fehlenden Zustimmung der wahlberechtigten Bevölkerung gem. Art. 118a GG. S.a. Bernd Heptner, Bräute ohne Mitgift – Neue Vorstöße zur Fusion von Bundesländern, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 15.11.2006, Nr. 226, S. 12. Die Kreisgebietsreform in Mecklenburg-Vorpommern, bei der aus zwölf Landkreisen fünf Großkreise entstehen sollten, wurde am 26.7.2007 vom Landesverfassungsgericht Greifswald wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung für verfassungswidrig erklärt, DVBl. 2007, 1102.

erreichen lassen, ohne diese vollumfänglichen Fusionen durchzuführen. Eine Möglichkeit einer Zusammenarbeit könnte die gemeinsame Beschaffung verschiedener öffentlicher Auftraggeber bieten. In der Privatwirtschaft ist es gang und gäbe, dass der Einkauf bestimmter Güter und Dienstleistungen gebündelt erfolgt. Bei vielen Sanierungsprojekten sind Einsparungen auf der Einkaufsseite ein wesentlicher Bestandteil.<sup>4</sup> Warum sollte das nicht auch ein geeigneter Weg für öffentliche Auftraggeber sein?

In der Bundesrepublik beliefen sich die Gesamtausgaben der öffentlichen Hand für Beschaffungen im Jahre 2000 auf ca. 250 Mrd. €, wobei der Bund und die Länder einen Anteil von jeweils 25 % hatten, während die Kommunen zu 50% daran beteiligt waren.<sup>5</sup> Europaweit betrug das Marktvolumen öffentlicher Aufträge im Jahre 2004 über 1.500 Mrd. €, das entspricht 16 % des Bruttoinlandsprodukts der Gemeinschaft.<sup>6</sup> In Deutschland wurden zum gleichen Zeitpunkt Aufträge im Wert von 350 Mrd. € vergeben, was einer Quote von 17 % des BIP entsprach.<sup>7</sup>

Aus einer Studie der wegweiser GmbH aus den Jahren 2004/05<sup>8</sup> geht hervor, dass immer noch die meisten Behörden für sich selbst beschaffen, 89 % beschaffen über ihre eigenen Beschaffungsstellen, lediglich 11 % lassen einen Teil ihres Bedarfs über Dritte beschaffen. Von den befragten Beschaffungsstellen sind 19 % für den Einkauf/die Beschaffung von mehreren Behörden zuständig, 81 % für eine einzelne Behörde. Die teilnehmenden Verwaltungen und Unternehmen wurden ferner befragt, welche Maßnahmen aus ihrer Sicht zu einer Begrenzung des bürokratischen Aufwands der Beschaffung beitragen könnten. Aus Unternehmenssicht befanden 10 % die Errichtung zentraler Einkaufsorganisationen für sehr sinnvoll, 32 % für sinnvoll, allerdings 40 % für weniger sinnvoll und immerhin 18 % für ungeeignet. Bei den befragten Verwaltungen ergibt sich mit

---

<sup>4</sup> So z.B. das „Power8“-Programm von Airbus, nach dem der Einkauf gebündelt werden soll, „Airbus senkt Zulieferer-Zahl drastisch“, Handelsblatt v. 7.11.06, Nr. 215, S. 25; Einkaufsbündelung bei DaimlerChrysler i.R. eines „globalen Beschaffungsmanagements“, Geschäftsbericht 2004 (<http://www.daimlerchrysler2004.com/innerpage.php?navigationid=sub00000024>); Bündelung der Beschaffung für die verschiedenen Marken der Deutschen Telekom AG (<http://www.geschaeftsbericht2004.telekom.de/de/lb/einkauf/index.php>).

<sup>5</sup> Zahlen nach Bekanntmachung der Bundesregierung zur Optimierung öffentlicher Beschaffungen, Bundesanzeiger v. 10.3.2004, Nr. 48, S. 4473. Gern, Kommunalrecht Baden-Württemberg, Rn. 414 spricht gar von 60 %.

<sup>6</sup> Pressemitteilung der Kommission vom 3.2.04, IP/04/149.

<sup>7</sup> Zit. nach Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, Kap. 1, I (S.1).

<sup>8</sup> Öffentliches Auftragswesen Deutschland 2004/2005, wegweiser GmbH, 2004. Die Studie ist nicht repräsentativ, sondern war auf die Mitarbeit der angeschriebenen Verwaltungen angewiesen. Die Beteiligungsquote lag bei 5,3 % der angeschriebenen Stellen.

minimalen Abweichungen das gleiche Bild.<sup>9</sup> Einmütig fordern sowohl Unternehmen als auch beschaffende Verwaltungen die Verschlinkung vergaberechtlicher Bestimmungen zur Entbürokratisierung des Beschaffungsvorganges. Abschließend waren die befragten Beschaffungsstellen aufgefordert, die in ihrem Bereich bereits realisierten Entbürokratisierungsmaßnahmen zu erläutern. Dabei wurde die Einrichtung zentraler Vergabestellen am häufigsten erwähnt.<sup>10</sup>

Im gebündelten Einkauf, d.h. der zentralisierten Beschaffung wird z.T. ein Einsparpotenzial von über 5 % bezogen auf das Beschaffungsvolumen gesehen.<sup>11</sup> Dahinter verbirgt sich ein Entlastungspotenzial von über 10 Mrd. Euro für die öffentlichen Haushalte. Dieser Befund wird bestätigt in einer Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats des Bundesfinanzministeriums aus dem Jahre 2007.<sup>12</sup> Er empfiehlt bei standardisierten Produkten und Leistungen eine stärkere Bündelung der Einkaufstätigkeit, z.B. innerhalb von Bundes- oder Landesbehörden oder Gemeindeverbänden, um Synergien zu nutzen und die Transparenz der Vergabeverfahren zu erhöhen.<sup>13</sup> Eine jüngst von der TU Dresden in Zusammenarbeit mit A.T. Kearny veröffentlichte Studie<sup>14</sup> hingegen sieht ein Einsparpotenzial von 4 Mrd. Euro<sup>15</sup>, zu erreichen über die Zentralisierung des Einkaufs und die Orientierung an Beschaffungsmethoden der Wirtschaft.

Ziel des Vergaberechts ist eine diskriminierungsfreie wirtschaftliche Beschaffung. Wirtschaftlichkeit meint eine möglichst günstige Zweck-Mittel-Relation.<sup>16</sup> Diese Relation lässt sich durch eine Steigerung von Effektivität als auch Effizienz verbessern. Hierunter versteht man die Wirksamkeit von Maßnahmen im Hinblick auf die angestrebten Zwecke. Effizienz bezeichnet die Wirkungskraft der Handlungsweise bzw. die Leistungsfähigkeit des Mitteleinsatzes, die Effektivität stellt dagegen auf die Zweckerreichung ab.<sup>17</sup>

---

<sup>9</sup> 11% sehr sinnvoll; 36 % sinnvoll, 42 % weniger sinnvoll und 11 % ungeeignet.

<sup>10</sup> Wobei aus der Untersuchung nicht hervorgeht, ob diese zentralen Vergabestellen für mehrere Behörden ein und derselben Körperschaft tätig werden oder ob mehrere Körperschaften ihren Bedarf bündeln.

<sup>11</sup> Schäfer/Wiedling/Budde, Beschaffung aktuell 2005, 36, sowie: Rosenkranz, in: Lischke Consulting (Hg.), Neues Verwaltungsmanagement, S. 20.

<sup>12</sup> „Öffentliches Beschaffungswesen“, Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, v. 12.05.07.

<sup>13</sup> Ebd. Ziff. 62; 84/3.

<sup>14</sup> Seitz, H., Einsparpotenziale von Shared Services im Einkauf deutscher Verwaltungen (Studie von H. Seitz mit A.T. Kearny, September 2008), unter: [http://www.tu-dresden.de/wwwlemp/publikation/Seitz\(2008\)SharedServicesimEinkauf](http://www.tu-dresden.de/wwwlemp/publikation/Seitz(2008)SharedServicesimEinkauf) Government. Pdf.

<sup>15</sup> Davon 2,6 Mrd. bei den Kommunen 900 Mio. bei den Ländern und 600 Mio. beim Bund.

<sup>16</sup> Eichhorn, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, S. 21; s. dazu ausführlich unten B. VII. 2. d).

<sup>17</sup> Eichhorn, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, S. 162.

Die gebündelte Beschaffung nun kann auf zweierlei Arten zu einer erhöhten Wirtschaftlichkeit beitragen, zum einen durch gesteigerte Effizienz, zum anderen durch eine erhöhte Effektivität. Im Idealfall wird durch sie beides verbessert<sup>18</sup>, aber schon die Optimierung eines Kriteriums führt zu einer Verbesserung der Zweck-Mittel-Relation und damit der Wirtschaftlichkeit. Effizienzsteigernd wirkt sich bei der gemeinschaftlichen Beschaffung die einheitliche Planung, Steuerung und Überwachung, sowie die höhere Leistungsfähigkeit spezialisierter Beschaffer aus.<sup>19</sup> Dadurch kommt es zu verwaltungsinternen Rationalisierungseffekten (Synergieeffekten) und geringeren Prozesskosten beim Einkauf (Skaleneffekten). Eine zentralisierte Beschaffung ist dessen ungeachtet gerade für kleinere Auftraggeber aus organisatorischen Gründen sinnvoll, da das immer komplexer werdende Vergabewesen sie vielfach schon aus personellen Gründen überfordert. Erleichtert wird eine gemeinsame Vergabe durch den Einsatz der Informationstechnologie, genauer der elektronischen Vergabe, z.B. durch Errichtung gemeinsamer Plattformen.<sup>20</sup> Diese effizienzsteigernden Prozesse haben oftmals auch Auswirkungen auf die Effektivität, nämlich in Form von Größenvorteilen durch Mengenrabatte, sowie durch eine Reduzierung der Anbietermacht bei Einbeziehung zusätzlicher (z.B. ausländischer) Anbieter.

Aber auch für die Bieterseite kann eine gebündelte Beschaffung vorteilhaft sein. Denn gerade für größere Unternehmen ist es ressourcenschonender (und damit effizienter), nur auf einige wenige Großaufträge zu bieten, als sich an vielen kleinen Ausschreibungen zu beteiligen.<sup>21</sup> Durch die weitgehende Verwendung elektronischer Plattformen sind die Ausschreibungen für die Unternehmen leichter auffindbar und abrufbar. Ein weiterer Vorteil der gebündelten Beschaffung kann für die Unternehmerseite darin liegen, dass das europäisierte Vergaberecht zur Anwendung kommt, das an die Erreichung bestimmter Schwellenwerte<sup>22</sup> geknüpft ist. Dies hat u.a. zur Folge, dass der entsprechende Auftrag europaweit ausgeschrieben werden muss und für die Bieter – im Gegensatz zu „unterschwelligten Vergaben“ – subjektive, klagbare Rechte begründet werden.

Den zahlreichen und unbestreitbaren Vorteilen gebündelter Beschaffung stehen aber auch Gefahren für die Auftraggeber (Nachfrager) und Nachteile für die potenziellen Bieter gegenüber. Auf Nachfragerseite steht die Gefahr der fakti-

---

<sup>18</sup> „wirtschaftlich ist vielmehr jene (zentrale oder dezentrale) Beschaffung, die ein möglichst günstiges Verhältnis von Beschaffungsleistung und Beschaffungskosten erreicht.“ Eichhorn, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, S. 345.

<sup>19</sup> Eichhorn, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, S. 345.

<sup>20</sup> Z.B. [www.e-vergabe.info](http://www.e-vergabe.info)

<sup>21</sup> Wie sich das mit dem Gebot zur Förderung des Mittelstandes verträgt, wird weiter unten erörtert, B. VII. 2. e).

<sup>22</sup> S.u., B. VII. 1. a).

schen Bezugsbindungen im Raum. Für die Auftraggeber kann der zwangsläufig erhöhte Koordinations-, Kommunikations- und Kooperationsaufwand nachteiliger als die durch die gemeinsame Beschaffung gewonnenen Vorteile sein.<sup>23</sup> Kleinere Auftraggeber können ihre Eigenständigkeit verlieren und in Abhängigkeit des größeren Partners geraten, wenn sie ihr Nachfrageverhalten aus praktischen Gründen dem Nachfrageverhalten des größeren Partners anpassen müssen. Gesteigerte Marktmacht kann die öffentlichen Auftraggeber auch zum Missbrauch verleiten. Außerdem unterfallen großvolumige gebündelte Aufträge eher als Einzelaufträge dem europäischen Vergaberecht mit seinen differenzierten Regelungen, der europaweiten Ausschreibungspflicht und den Rechtsschutzmöglichkeiten, was Vergabeverfahren in die Länge ziehen kann. Auf Seiten des Anbietermarktes kann es zu Konzentrationswirkungen durch Verdrängung kleiner und mittelständischer Unternehmen kommen, hierdurch können unausgewogene Marktstrukturen entstehen und letztlich Störungen des Wettbewerbs eintreten. Diese Gefahren und Nachteile sollen in der Regel durch die gesetzlichen Regelungen des europäischen und nationalen Vergaberechts, des Kartellrechts sowie des Kommunal- und Haushaltsrechts abgemildert werden. Welchen Schutz sie bieten bzw. inwiefern eine gebündelte Beschaffung überhaupt zulässig ist, soll in dieser Arbeit untersucht werden.

## II. Erscheinungsformen gemeinsamer Beschaffung

Hauptanwendungsgebiet einer gebündelten Beschaffung ist die interkommunale Zusammenarbeit. Die Zusammenarbeit der Gemeinden ist vor allem aufgrund des großen Anteils an Bedarfsdeckungsgeschäften der Kommunen interessant. Über 50 % der staatlichen Auftragsvergabe entfallen auf die Gemeinden.<sup>24</sup> Nach einer repräsentativen bundesweiten Umfrage<sup>25</sup> sind Hauptziele der (allgemeinen) interkommunalen Zusammenarbeit aus Auftraggebersicht die Verbesserung der Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung (40,8 %). Dies soll u.a. mit mehr Sachverstand, d.h. effektiverem Einsatz vorhandenen Fachwissens geschehen. Praktische Beispiele im Bereich kommunaler Einkaufsgemeinschaften finden sich bei der Beschaffung von Strom, Heizöl, Streusalz, Büromaterialien oder Feuerwehrausrüstung bis hin zur gemeinsamen Abfallbeseitigung. Landes- oder bundesweite Einkaufskooperationen gibt es z.B. bei der Beschaffung von Be-

---

<sup>23</sup> Eichhorn, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, S. 345.

<sup>24</sup> S.o. Fn. 5.

<sup>25</sup> Unternehmensberatung Kienbaum, zit. nach BWGZ 2005, 783.

hördendienstbekleidung<sup>26</sup> oder der Einführung eines digitalen Funksystems für Sicherheitsorgane.<sup>27</sup>

Nicht untersucht werden sollen die Zulässigkeit zentraler Beschaffungsstellen innerhalb einer Körperschaft oder Behörde (z.B. Universitäten) sowie Zentralisierungstendenzen sog. Sektorenauftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 4 GWB. Die Handlungsmöglichkeiten letzterer ergeben sich aufgrund ihrer Rechtsnatur als Privatrechtsobjekte aus dem Zivilrecht.

Für die gebündelte Beschaffung werden in dieser Arbeit mehrere synonyme Begriffe verwendet. Der Begriff „Auftraggebergemeinschaft“ bildet gleichsam den Oberbegriff für eine Vielzahl von Erscheinungsformen (Einkaufsgemeinschaft, zentrale Beschaffungsstelle, Einkaufsagentur, Beschaffungs Kooperation).

Modelle von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand<sup>28</sup>, lassen sich grob in fünf große Gruppen unterteilen, die im Folgenden dargestellt werden und auf die in der späteren Untersuchung rekurriert werden soll.

## 1. Punktuelle Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber (Fallgruppe 1)

Öffentliche Auftraggeber können sich punktuell (und auch wiederkehrend) zur gebündelten Beschaffung zusammenschließen. Kennzeichnend ist, dass kein Dritter (z.B. zentrale Beschaffungsstelle, Zweckverband) zwischengeschaltet ist, die Zusammenarbeit auf einem niedrigen Organisationsgrad basiert und im Bedarfsfall neu ausgehandelt wird. Ein bevollmächtigter öffentlicher Auftraggeber führt die Ausschreibung entweder auch im Namen der anderen beteiligten öffentlichen Auftraggeber durch und erteilt in deren Namen den Zuschlag, oder der federführende Auftraggeber handelt im Außenverhältnis nicht erkennbar für einen Dritten. Der vertretene öffentliche Auftraggeber zahlt dann entweder direkt an den erfolgreichen Bieter oder aber an den ihn vertretenden anderen öffentlichen Auftraggeber. Im Gegenzug erhält er die begehrte Leistung direkt vom Bieter oder aber dem Stellvertreter.<sup>29</sup> Fraglich aus Sicht der Auftragnehmer

---

<sup>26</sup> Der Spiegel, v. 12.5.03, Nr. 20/03, S. 52. Beispiel der blauen Polizeiformen für HH, NS, SH; s.a. Tätigkeitsbericht des BKartA 2003/04, BT-Drs. 15/5790 (S. 40, 90 f.).

<sup>27</sup> Im August 2006 erteilte das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Inneren den Zuschlag für den BOS-Digitalfunk und beschaffte damit für Bund und Länder gemeinsam ein neues Funksystem. Grundlage für die Zusammenarbeit bildet ein Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern. S.u. Fn. 361.

<sup>28</sup> Sprenger, Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand, S. 27 ff.

<sup>29</sup> anders im Fall: OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 150 (Löschfahrzeuge). Die Auftragsvergabe erfolgte hier nach Abgabe der Angebote an die Bevollmächtigte durch die Beteiligten getrennt.

ist, ob sie dann wirklich günstige Konditionen anbieten können, da mit jeder Verwaltungseinheit meist wieder ein separater Vertrag geschlossen werden muss. Kosteneffekte aufgrund von Mengenrabatten wird es dabei selten geben. Lediglich das vereinfachte Verfahren für die Auftraggeber kann einen Vorteil bringen. Mithin liegt die verbesserte Wirtschaftlichkeit primär an der Effizienzsteigerung und allenfalls sekundär an einer Effektivitätsverbesserung. In der Praxis handelt es sich hierbei jedenfalls um die häufigste gewählte Form des gemeinsamen Einkaufs.<sup>30</sup> Oftmals entwickelt sich aus der punktuellen Zusammenarbeit eine institutionalisierte (in Form einer Eigengesellschaft oder eines Eigenbetriebs, s. *Fallgruppe 2*).

Beispiel: Die öffentlichen Auftraggeber A und B vereinbaren vertraglich eine Zusammenarbeit bei der Beschaffung von Verbrauchsmaterialien für die Verwaltung sowie der Vergabe von Dienstleistungen und Bauaufträgen. Auftraggeber A ist bevollmächtigt, die Ausschreibung für den Auftraggeber B durchzuführen und in seinem Namen den Zuschlag zu erteilen.

## 2. Ausgliederung der Beschaffungsgeschäfte auf einen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft (Fallgruppe 2)

Öffentliche Auftraggeber können ihre Beschaffungsgeschäfte auch auf institutionalisierte zentrale Beschaffungsstellen der öffentlichen Hand ausgliedern. Die zentralen Beschaffungsstellen werden entweder durch die beteiligten öffentlichen Auftraggeber, aber auch durch kommunale Spitzenverbände in Form organisatorisch selbständiger Einheiten („Unternehmen“) gegründet, deren spezielle Aufgabe die zentrale Bedarfsdeckung für die beteiligten Auftraggeber ist.<sup>31</sup> Sie

---

<sup>30</sup> BGHZ 152, 347 (Feuerlöschzüge).

<sup>31</sup> Beispiele aus der Praxis:

*KomLog GmbH* ([www.kom-log.de](http://www.kom-log.de)): Einkaufsgesellschaft fünf nordrhein-westfälischer Kommunen (Straelen, Issum, Kerken, Rheurdt und Wachentendonk).

*Kommunale Dienstleistungsgesellschaft mbH* (KDG): Beschaffungsgesellschaft fünf nordrhein-westfälischer Kommunen (Borken, Heiden, Raesfeld, Reken und Südlohn). V.a. Beschaffung von Büromaterial, Streusalz und Heizöl.

*GT-Service Dienstleistungsgesellschaft mbH* ([www.gtservice-bw.de](http://www.gtservice-bw.de)): 100% Tochter des baden-württembergischen Gemeindetags. Hauptaufgaben: Kommunale Serviceleistungen, insbes. Bündelausschreibung von kommunalem Strombedarf; Ausstattung von Schulen, Feuerwehrbedarf.

*Logistikzentrum Baden-Württemberg* ([www.lzbw.de](http://www.lzbw.de), LZBW): ist als Landesbetrieb gem. § 26 LHO öffentlich-rechtlich organisiert, tätig bislang aber noch keine Bündelausschreibungen für unterschiedliche öffentliche Auftraggeber, sondern fungiert als Logistikdienstleister (so beschafft beispielsweise die Hessische Polizei die Dienstbekleidung über das LZBW, es findet jedoch keine gemeinsame Ausschreibung der Uniformen mit

nehmen die verbindliche Ausschreibung sowie die spätere Auftragsvergabe namens und auf Rechnung der teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vor<sup>32</sup> oder agieren selbst im Außenverhältnis als Auftraggeberin, die Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung beschafft.<sup>33</sup>

Diese Einheiten können öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sein, müssen sich aber im Falle der privatrechtlichen Organisation zu 100% in Besitz der öffentlichen Hand befinden. Als privatrechtlich organisierte juristische Person kommen Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Frage. Gesellschafter können die jeweiligen öffentlichen Auftraggeber sein.<sup>34</sup> Darüber hinaus ist die Bildung eines Eigenbetriebes als (unselbständige) Anstalt des öffentlichen Rechts möglich.<sup>35</sup> Weitere öffentlich-rechtliche Formen der Zusammenarbeit können der Zweckverband, die kommunale Arbeitsgemeinschaft und die öffentlich-rechtliche Vereinbarung sein.<sup>36</sup>

Beispiel: Die Beschaffungstätigkeit mehrerer Gemeinden wird auf eine juristische Person des Privatrechts, die zu 100% in öffentlicher Trägerschaft steht (Eigentumsellschaft), oder auf eine Anstalt des öffentlichen Rechts ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Eigenbetrieb) bzw. einen rechtlich selbständigen Zweckverband übertragen. Die Beschaffungsgeschäfte werden von der Beschaffungstelle entweder im Namen und auf Rechnung für die an ihr beteiligten Auftraggeber getätigt, oder von der Beschaffungsgesellschaft im eigenen Namen und auf eigene Rechnung beschafft.

---

der Baden-Württembergischen Polizei statt). Ähnlich organisiert und tätig ist das *Logistik-Zentrum Niedersachsen* ([www.lzn.de](http://www.lzn.de); LZN).

<sup>32</sup> Z.B. GT-Service Dienstleistungsgesellschaft mbH.

<sup>33</sup> So die KomLog GmbH, Rosenkranz, in: Lischke Consulting (Hg.), *Neues Verwaltungsmanagement*, S. 8. Sowie die Kommunale Dienstleistungsgesellschaft mbH und das LZBW.

<sup>34</sup> Zu den privatrechtlichen Organisationsformen im kommunalen Bereich s.u. B. VI. 2. Die Beteiligung privater Investoren hingegen ist bei der in *Fallgruppe 3* vorgestellten Konstellation möglich.

<sup>35</sup> Zwei oder mehrere Kommunen können gemeinsam einen Eigenbetrieb halten, wenn sie zu dessen Errichtung einen Zweckverband gründen. Siehe § 20 GKZ BW. An Stelle des Gemeinderats tritt dann die Verbandsversammlung, an Stelle des Bürgermeisters (§ 13 GKZ) der Verbandsvorsitzende (§ 16 GKZ).

<sup>36</sup> S. dazu ausführlich unten B. VI. 1.: Der Zweckverband ist zwar die wichtigste Form interkommunaler Zusammenarbeit öffentlich-rechtlicher Art (Schröder, NVwZ 2005, 25), ob er sich aber für den gemeinsamen Einkauf eignet, bedarf einer genaueren Untersuchung.

### 3. Ausgliederung auf eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft (Fallgruppe 3)

Eine weitere Möglichkeit bietet die Ausgliederung der Beschaffungsgeschäfte auf eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft. Auch hierbei handelt es sich um eine zentrale Auftragsvergabestelle, die eigens für die Zusammenfassung der Beschaffungsbedarfe verschiedener öffentlicher Auftraggeber in Privatrechtsform gegründet wird. Gesellschafter dieser Beschaffungsgesellschaft sind neben den betroffenen öffentlichen Auftraggebern auch private Investoren. Die Gesellschaft wird mindestens zum überwiegenden Teil für öffentliche Auftraggeber tätig. Die betreffende Gesellschaft vergibt die Aufträge namens und für Rechnung der über sie beschaffenden Auftraggeber oder aber sie agiert in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und handelt damit im Außenverhältnis selbst als Auftraggeberin. Sie verkauft die Waren im Innenverhältnis nicht weiter, sondern stellt lediglich ihre Dienstleistung in Rechnung.

Beispiel: Die Beschaffungsgeschäfte mehrerer öffentlicher Auftraggeber werden auf eine – eigens zu diesem Zweck gegründete – juristische Person des privaten Rechts übertragen. An dieser Gesellschaft sind die betreffenden öffentlichen Auftraggeber zusammen zu 50% und ein privater Investor zu 50% beteiligt. Die Beschaffungsstelle vergibt die Aufträge entweder im Namen und auf Rechnung für die beteiligten öffentlichen Auftraggeber oder aber beschafft im Außenverhältnis in eigenem Namen und auf eigene Rechnung.

### 4. Vollständige Ausgliederung auf eine Beschaffungsgesellschaft in alleiniger privater Trägerschaft (Fallgruppe 4)

Die Beschaffungsvorhaben verschiedener öffentlicher Auftraggeber können auch auf unabhängige zentrale Beschaffungsstellen übertragen werden. Dies sind vor allem rein private Einkaufsagenturen (und zwar als Vertreter der Kommunen oder Zwischenhändler), die insbesondere als IT-Dienstleister auf ihren Internet-Plattformen Bedarfe bündeln und dann elektronisch ausschreiben.<sup>37</sup>

Beispiel: Die Beschaffung wird vollständig auf eine privatrechtlich organisierte und von Privaten gehaltene Gesellschaft übertragen, die im Namen und auf Auftrag der dahinter stehenden Kommunen bzw. sonstigen staatlichen Gliederungen tätig ist.

---

<sup>37</sup> Praxisbeispiel:

TEK-Service GmbH ([www.tek-service.de](http://www.tek-service.de)) als privater Dienstleister, der die Bedarfe verschiedener Gemeinden gebündelt ausschreibt ([http://www.tek-service.de/pdf/tek\\_gz\\_a4.pdf](http://www.tek-service.de/pdf/tek_gz_a4.pdf); Bayerische Gemeindezeitung v. 20.12.01).

derungen handelt oder aber in eigenem Namen Verträge zur Bedarfsdeckung abschließt.

## 5. Geschäftsbesorgungsmodell (Fallgruppe 5)

Als Unterfall der *Fallgruppe 4* sind unabhängige zentrale Beschaffungsstellen zu nennen, die nur als Geschäftsbesorger (also punktuell und in nicht institutionalisierter Form) tätig werden. Der Geschäftsbesorger wird unterstützend und beratend tätig und handelt offenkundig im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers.

Beispiel: Einschaltung eines privaten Geschäftsbesorgers zur punktuellen Erbringung von Dienstleistungen – auch Beschaffungen aller Art –, in Form einer organisatorischen Betreuung. Er handelt offenkundig im Namen des vertretenen öffentlichen Auftraggebers.

Die Fallgruppen 2 bis 5 zielen auf eine Steigerung von Effektivität und Effizienz gleichermaßen.

### III. Gang der Untersuchung

In der folgenden Untersuchung sollen zunächst die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der gemeinschaftlichen Beschaffung (B.) dargestellt werden. Daran anschließend werden die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen unzulässige oder rechtswidrig handelnde Auftraggebergemeinschaften erörtert (C.). Unter D. erfolgt eine Zusammenfassung. Vorschläge *de lege ferenda* und ein Ausblick runden die Darstellung ab (E.).

## **B. Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenarbeit**

Im Einleitungsteil wurden die denkbaren Formen der Zusammenarbeit bei der Beschaffung dargestellt. Wie erwähnt, gibt es in der Praxis bereits einige Unternehmen, die sich der gebündelten Beschaffung für öffentliche Auftraggeber annehmen. Spezielle gesetzliche Regelungen, die auf diese Zusammenarbeit zugeschnitten sind, gibt es zumindest in der Bundesrepublik Deutschland bislang nicht. Gleichwohl stellt sich die Frage, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen diese Auftraggebergemeinschaften zulässig sind und welchen rechtlichen Grenzen eine derartige Zusammenarbeit unterliegt.

Entlang der Normhierarchie soll zunächst die Zulässigkeit von Auftraggebergemeinschaften anhand des europäischen Primär- und Sekundärrechts geprüft werden. Hier wird insbesondere auch auf die geänderte Rechtslage im europäischen Vergaberecht durch die neue Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen

Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge vom 31.3.2004<sup>38</sup> einzugehen sein. Auf den Umsetzungsspielraum des deutschen Gesetzgebers wird im Anschluss kurz eingegangen.<sup>39</sup>

Nach Darstellung der europarechtlichen Rechtslage sind die verfassungsrechtlichen Begrenzungen am Maßstab des Grundgesetzes und (exemplarisch) der Landesverfassung Baden-Württemberg darzustellen. Sodann wird untersucht, ob das einfachgesetzliche Haushaltsrecht – insbesondere das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung – Aussagen zu dem gemeinschaftlichen Einkauf öffentlicher Hoheitsträger trifft bzw. ob eine gemeinsame Beschaffung vielleicht sogar haushaltsrechtlich geboten ist. Hieran schließt sich eine Prüfung aus Sicht kommunalrechtlicher Vorschriften an. Im Anschluss daran wird die gemeinschaftliche Beschaffung anhand der vergaberechtlichen Vorschriften (§§ 97 ff. GWB, Vergabeverordnung, Verdingungsordnungen) untersucht. Hier wird insbesondere auf die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts (Transparenz-, Wirtschaftlichkeitsgebot, Wettbewerbsprinzip, angemessene Berücksichtigung mittelständischer Interessen) einzugehen sein. Abschließend soll eine allgemeine kartellrechtliche Bewertung gem. § 1 GWB von Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand vorgenommen werden.

## I. Europarechtliche Schranken

Rechtsgrundlagen des europäischen Vergaberechts ergeben sich sowohl aus dem primären Gemeinschaftsrecht als auch aus dem sekundären Gemeinschaftsrecht, zuletzt durch die Richtlinie 2004/18/EG<sup>40</sup>, sowie dreier Rechtsmittelrichtlinien.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> ABIEU Nr. L 134, v. 30.4.2004, 114, in der Fassung der Berichtigung ABIEU Nr. L 351, v. 26.11.2004, 44, im Weiteren: Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>39</sup> S. u. B. I. 2. a).

<sup>40</sup> Sowie: Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABIEU Nr. L 134, v. 30.4.2004, 1, in der Fassung der Berichtigung, ABIEU Nr. L 358, v. 3.12.2004, 35 (sog. „Sektorenrichtlinie“). Die neuen Richtlinien wurden am 29.1.2004 vom Europaparlament und am 3.2.2004 vom Europäischen Rat verabschiedet. Die Mitgliedstaaten hatten die Neuregelungen binnen 21 Monaten nach Veröffentlichung (am 31.03.2004) der Richtlinien (also bis spätestens zum 31. Januar 2006) umzusetzen.

<sup>41</sup> Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (89/665/EWG), ABIEG Nr. L 395, v. 30.12.1989, 33, zuletzt geändert durch Richtlinie Nr. 92/50/EWG v. 18.06.1992 (ABIEG Nr. L 209, 1) und Richtlinie des Rates v. 25.02.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe