



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund
www.dstgb.de

Norbert Portz
Beigeordneter des
Deutschen Städte- und Gemeindebundes

Entscheidungen der Vergabesenate, des EuGH und der EU-Kommission: Interkommunale Zusammenarbeit / Vergaberecht

I. Gerichtsentscheidungen der Vergabesenate (OLG):

- 1. OLG Düsseldorf 5.5.2004 NVwZ 2004, 1022 und OLG Frankfurt 7.9.2004 NZBau 2004, 692 zur Anwendung des Vergaberechts bei vertraglichen (mandatierenden) Aufgabenübertragungen**

- Sachverhalt:

Beide Entscheidungen betreffen einen im Wesentlichen gleichgelagerten Sachverhalt und stimmen auch in der rechtlichen Beurteilung fast vollständig überein. Die Gemeinde hatte Abfallbeseitigungsleistungen, die früher an Private vergeben waren, nun einer anderen Gemeinde im Wege einer mandatierenden Vereinbarung ohne vorherige Ausschreibung übertragen.

- Entscheidung:

Auf Klage des privaten Konkurrenten stellen die Gerichte fest, dass es sich um einen **öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts** handelt. Die In-House-Ausnahme scheidet aus, da die eine Gemeinde über die andere nicht eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt. Die beauftragte Gemeinde sei Unternehmen im Sinne des Vergaberechts, da sie sich auf einem Markt betätigt, „auf dem andere gewerbliche Unternehmen typischerweise ihre Leistungen anzubieten pflegen“. Offengelassen wird, ob eine komplette Aufgaben- und Zuständigkeitsübertragung (Delegation) nach dem Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG) ausschreibungsfrei wäre.

2. OLG Naumburg vom 3.11.2005, NZBau 2006, 58

- Sachverhalt:

Hier erfolgte die komplette Aufgaben- und Verantwortungsübertragung (Delegation) der Abfallbeseitigung von dem einen auf den anderen Landkreis im Hinblick auf die zum 1.1.2007 geplante Fusion der Landkreise. Es war auch bewusst eine weitere öffentliche Aufgabenerbringung durch den Nachbarkreis, der zum gemeinsamen Kreis werden sollte, geplant.

- Entscheidung:

Obwohl nach Auffassung des OLG Naumburg eine echte Übertragung (**Delegation**) vorlag, bejahte es dennoch die Anwendbarkeit des Vergaberechts. Grund sei, dass die übernehmende Kommune in dem Wettbewerbsmarkt der Abfallentsorgung „wie ein Privater am Markt auftrete“. Eine Ausnahme vom Vergaberecht komme demgegenüber nur in Frage, wenn es sich bei der übernommenen Aufgabe um ein Verwaltungsmonopol der öffentlichen Hand handle.

3. OLG Düsseldorf 21.6.2006 NZBau 2006,662 zur Nichtanwendung des Vergaberechts bei Zweckverbänden / Ebenso: EU-Kommission vom 21.3.2007

- Sachverhalt:

Ein privates Abfallentsorgungsunternehmen wandte sich gegen die Gründung eines Zweckverbands durch vier Gemeinden und die Übertragung der Aufgabe der Abfallbeseitigung durch diese Gemeinden auf den gemeinsam getragenen Zweckverband.

- Entscheidung:

Das OLG Düsseldorf führt aus: „Auf Maßnahmen, welche die **(interne) Verwaltungsorganisation** betreffen, ist das **Vergaberecht grundsätzlich nicht anzuwenden**. Seine Anwendung ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn öffentlich-rechtliche Kompetenzen von einem Aufgabenträger auf einen anderen verlagert werden“. Nicht ausschlaggebend sei, dass hier durch Satzung gehandelt werde, da ihr auch eine Absprache zugrunde liegen könne; entscheidend sei vielmehr, dass der Zweckverband als künftiger „Unternehmer“ noch nicht beteiligt sei. Das Gericht bejaht zugleich das Vorliegen einer vergaberechtsfreien **In-House-Situation**, da bei einem von mehreren Gemeinden gemeinsam getragenen Zweckverband eine **vollständige gemeinsame Beherrschung und Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle vorliege**. Nicht nötig sei die vollständige Kontrolle durch jeden einzelnen Beteiligten. **(EU-Kommission, 21.3.2007: Einstellung der Beanstandung in der gleichen Sache wegen der vorliegenden rein internen und damit vergaberechtsfreien Verwaltungsorganisation)**

4. OLG Celle 29.10.2009 (13 Verg 8/09): Berücksichtigung des Umsatzes 100-iger Tochtergesellschaften beim Kriterium „Wesentlichkeit“

- Sachverhalt:

Im vorliegenden Fall ging es u. a. um die Frage, ob eine Vergabe im Entsorgungsbereich an eine vollständig öffentlich kontrollierte Einrichtung auch dann dem (vergaberechtsfreien) In-House-Privileg unterliegt, wenn deren 100-ige Tochtergesellschaft (aus Sicht der Stadt also die Enkelgesellschaft) maßgebliche Umsatzerlöse aus Drittgeschäften erzielt.

- Entscheidung:

Das OLG Celle geht zunächst in Abgrenzung zur Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 19.04.2007 – Asemfo Tragsa) davon aus, dass eine erhebliche Tätigkeit für Dritte und damit eine Nichterfüllung des sogenannten Wesentlichkeitskriteriums bereits dann vorliegt, wenn das für den Auftrag vorgesehene Unternehmen **7,5 % seines Umsatzes aus Drittgeschäften erzielt** (siehe auch: OLG Celle, VergabeR 2007, 79, 81).

Im Weiteren führt der Vergabesenat aus, dass bei der Beurteilung des Wesentlichkeitskriteriums auch die von der Tochtergesellschaft (Enkelin der Stadt) erzielten Umsatzerlöse mit zu berücksichtigen sind. Denn um das Vorliegen des Wesentlichkeitskriteriums festzustellen, müssen nach dem OLG Celle alle qualitativen und quantitativen Umstände in den Blick genommen werden.

Gegen eine getrennte Betrachtungsweise der jeweiligen Umsätze spreche bereits, dass vorliegend seit dem Jahr 2005 ein **konsolidierter Abschluss für beide Gesellschaften stattgefunden habe**, der Geschäftsbericht die Ertragslage beider Gesellschaften zusammenfasse und gruppeninterne Vorgänge eliminiert sowie die Tochter nur mit personeller und sachlicher Ausstattung der Mutter arbeitsfähig sei.

II. EuGH-Entscheidungen:

1. EuGH 18.11.1999 - Rs C 107/98 (Teckal), Rn. 50, Slg. 1999 I, 8121 = NZBau, 2000, 90 f.

- Sachverhalt:

Ein privates Unternehmen (Teckal) klagt dagegen, dass die Gemeinde Viano die Belieferung der Gemeinde mit Brennstoffen und Wartung ihrer Heizungsanlagen einem Konsortium überträgt, das bisher lediglich aus mehreren Gemeinden besteht, an dem sich aber auch privates Kapital beteiligen kann und das auch Dienstleistungen an Private erbringen kann.

- Entscheidung:

Der EuGH untersucht als Voraussetzung für die Anwendung des Vergaberechts, ob ein Vertrag zwischen zwei verschiedenen Personen geschlossen wird, wofür es grundsätzlich genügt, dass der Vertragspartner rechtlich von der Gebietskörperschaft unterschieden ist. **„Etwas anderes (Anmerkung: Nichtanwendung des Vergaberechts) kann nach dem EuGH nur dann gelten,**

- (1) **wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und**
- (2) **wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehat.“** (Rn. 50: „Inhouse-Geschäft“)

2. EuGH 11.01.2005 Rs C 26/03 (Stadt Halle /TREA Leuna) VergabeR 2005, 44 ff.

- Sachverhalt:

Die Stadt Halle hatte u. a. ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit der RPL Lochau Verhandlungen über den Abschluss eines Vertrages über die Entsorgung der Restabfälle aufgenommen. Das Kapital der RPL Lochau wurde zu 75,1 % von der Stadtwerke Halle GmbH, deren Alleingesellschafterin die Stadt Halle ist, und zu 24,9 % von einer privaten Gesellschaft gehalten. Die TREA Leuna, die sich ebenfalls mit der Erbringung von Abfallentsorgungsleistungen befasst, beantragte aufgrund der nicht erfolgten Ausschreibung die Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens. In der zweiten Instanz hat das OLG Naumburg das Verfahren ausgesetzt und den EuGH u. a. gefragt, ob ein vergabefreies Eigengeschäft stets durch die bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Vertragspartner ausgeschlossen ist.

- Entscheidung:

Der EuGH führt in der Beantwortung der Vorlagefrage klar und eindeutig aus, dass die EU-Vergaberichtlinien bei der **Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen anwendbar sind**. Anderenfalls würde das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und der in der Richtlinie 92/50 genannte Grundsatz der **Gleichbehandlung der Interessenten** beeinträchtigt.

Dies gelte insbesondere deshalb, weil ein nicht stattgefundener Vergabewettbewerb und die einseitige Beauftragung einem am Kapital eines Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.

3. EuGH 13.1.2005 Rs C 84/03 (Kommission/Spanien) NZBau, 2005, 232 ff.

- Sachverhalt:

Ein spanisches Gesetz zur Umsetzung der Vergaberichtlinie hatte generell Kooperationsvereinbarungen der allgemeinen Staatsverwaltung mit Sozialversicherungen, autonomen Gemeinschaften und Gebietskörperschaften und allen anderen öffentlichen Einrichtungen oder Vereinbarungen zwischen diesen Einrichtungen von der Geltung des Vergaberechts ausgenommen.

- Entscheidung:

Die Umsetzung ist nach der Entscheidung des EuGH nicht ordnungsgemäß, „da sie die Beziehungen, gleich welcher Art, zwischen den öffentlichen Verwaltungen, ihren öffentlichen Einrichtungen und ganz allgemein den Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die nicht gewerblicher Art sind, von vornherein vom Anwendungsbereich des neugefassten Gesetzes ausschließt.“

4. EuGH 21.7.2005 Rs C 231/03 (Coname) NVwZ 2005, 1052 (Dienstleistungskonzession)

- Sachverhalt:

Ein Privatunternehmen (Coname) klagt dagegen, dass die Gemeinde eine Dienstleistungskonzession über die Verwaltung und Wartung der Anlagen des Methangasnetzes ohne Durchführung eines vorherigen Wettbewerbs einer Aktiengesellschaft, die z. T. privatem Kapital geöffnet ist, überträgt. Das Stammkapital der Aktiengesellschaft befindet sich ganz überwiegend in der Hand der Provinz und nahezu aller Gemeinden der Provinz, wobei die beklagte Gemeinde mit 0,97 % beteiligt ist.

- Entscheidung:

Die Struktur dieser Gesellschaft ist nach der Entscheidung des EuGH nicht mit einer solchen gleichzusetzen, durch die die Gemeinde intern eine öffentliche Dienstleistung verwaltet. Sie steht teilweise privatem Kapital offen. Das Kontrollkriterium wird in kompliziertem Zusammenhang angesprochen, und das Gericht meint im Ergebnis, die Beteiligung von 0,97 % sei „**doch so geringfügig, dass sie eine solche Kontrolle nicht ermöglichen kann.**“ Die aus dem Transparenz- und Nichtdiskriminierungsgebot (Art. 43, 49 EG) folgende grundsätzliche Pflicht zur Veröffentlichung (Bekanntmachung) der Vergabe der Dienstleistungskonzession richte sich hinsichtlich des „Ob und Wie“ insbesondere nach dem Wert des Auftrags und dem vorhandenen (ausländischen) Bieterinteresse.

5. EuGH 13.10.2005 („Parking Brixen“): Anwendung der Inhouse-Kriterien auf Dienstleistungskonzessionen

- Sachverhalt:

Die Stadt Brixen vergab die Betreuung von Parkplätzen in ihrer Kommune an eine zu 100 % von ihr beherrschte Stadtwerke AG. Das Betriebsrisiko zur Betreuung der Parkplätze lag vollständig bei den Stadtwerken. Diese refinanzierte sich über die Parkgebühren der Nutzer dieser Parkplätze.

- Entscheidung:

Der Europäische Gerichtshof sah in dem zwischen der Stadt und der Stadtwerke AG geschlossenen Vertrag zwar eine nicht nach dem EU-Vergaberecht ausschreibungspflichtige Dienstleistungskonzession, da die Stadt das Recht zur Nutzung der Dienstleistung (Betreibung der Parkplätze) und das Betriebsrisiko auf die Stadtwerke übertragen habe, die sich ihrerseits bei den Nutzern refinanzieren; der EuGH verlangt jedoch auch für die Vergabe einer Dienstleistungskonzession die Beachtung des Transparenz- und Nichtdiskriminierungsgrundsatzes (Art. 43, 49 EG).

Insoweit sei auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen „zugunsten potentieller Bieter immer ein **angemessener Grad an Öffentlichkeit** sicherzustellen, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und eine Nachprüfung ermöglicht“.

Eine Ausnahme von dieser Transparenzpflicht nimmt der EuGH in Anknüpfung an seine Teckal-Entscheidung vom 18.11.1999 (s. Nr. 1) nur dann an, wenn auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Voraussetzungen für ein Inhouse-Geschäft gegeben seien.

Der EuGH sieht jedoch bereits eine hiernach erforderliche Kontrolle der Stadt über die Stadtwerke AG wegen der Besonderheiten des Sachverhalts nicht als gegeben an und macht hierfür insbesondere **folgende Gesichtspunkte** geltend:

- Rechtsform und Natur der Aktiengesellschaft (Selbstständigkeit des Vorstandes)
- Wettbewerbsausrichtung im konkreten Fall
- Baldige Öffnung für Fremdkapital vorgesehen
- Regionale Ausweitung in das Ausland möglich
- Verwaltungsvollmachten ohne Kontrolle der Gemeinde.

6. EuGH 11.5.2006 Rs C 340/04 (Carbotermo) VergabeR 2006, 478 ff.

- Sachverhalt:

Das private Unternehmen Carbotermo klagt gegen die Vergabe eines ohne vorherige Ausschreibung geschlossenen Vertrags zur Lieferung von Brennstoff und Wartung der Heizungsanlage der Gemeindegebäude an eine Gesellschaft,

deren Kapital die vergebende Gemeinde zu 99,98 % selbst hält, während das restliche Kapital von anderen Gemeinden gehalten wird. Nach der Satzung ist eine Beteiligung Privater möglich.

- Entscheidung:

Zur Frage eines Inhouse-Geschäftes führt das Gericht aus: „**Dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, deutet - ohne entscheidend zu sein - darauf hin, dass er im Sinn der Rn. 50 des Urteils Teckal über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt.**“

Das zweite Kriterium der Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber soll die Anwendung des Vergaberechts sicherstellen, „wenn ein von einer oder mehreren Körperschaften kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt tätig ist und daher mit anderen Unternehmen in den Wettbewerb treten kann.“ Die Tätigkeit für andere muss rein nebensächlich sein. Zum Umsatz mit der kontrollierenden Körperschaft aufgrund der Beauftragung ist auch der Umsatz hinzuzurechnen, „der in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielt wird“; gleichgültig ist auch, in welchem Gebiet die Leistung erbracht wird und ob die Nutzer das Entgelt entrichten. Bei mehreren Gebietskörperschaften als Auftraggeber kommt es auf die Tätigkeit für diese insgesamt an.

7. EuGH 19.4.2007 Rs C 295/05 (Asemfo/Tragsa) NZBau 2007, 381

- Sachverhalt:

Ein privates Unternehmen klagt gegen die ohne vorherige Ausschreibung erfolgte Beauftragung der durch Gesetz geschaffenen staatlichen Gesellschaft Tragsa: Diese Gesellschaft, an der der Zentralstaat zu 99 % und im Übrigen die autonomen Regionen beteiligt sind, hat auf Anforderung durch staatliche Stellen eine Vielzahl von Dienstleistungen im Bereich des Bauwesens und der Land- und Forstwirtschaft etc. durchzuführen; Kosten werden nach einer Gebührentabelle erstattet.

- Entscheidung:

Der EuGH verneint die Anwendung des Vergaberechts aus zwei Gründen. **Ers- tens fehle es an der Voraussetzung eines Vertrages**, da die Gesellschaft weder im Hinblick darauf, ob sie den Auftrag durchführen wolle, noch im Hinblick auf das Entgelt (die Gebühren) über irgendeinen Spielraum verfüge. Außerdem liege im Hinblick auf die Gesellschafterstellung ein Inhouse-Geschäft vor. Das Kontrollkriterium sei angesichts des fehlenden Spielraums erfüllt. Das Wesentlichkeitskriterium sieht das Gericht als erfüllt an, wobei es feststellt, dass die Tätigkeit zu 55 % für die autonomen Regionen und zu 35 % für den Staat erfolgt (**Demnach also für Private zu 10 %**).

8. EuGH 18. Dezember 2007 Rs C-532/03 („Irische Rettungstransportdienste“)

- Sachverhalt:

Der Dublin City Council (DCC) erbringt als Kommunalbehörde Rettungstransportdienste durch seine Berufsfeuerwehr. Der DCC wurde es durch die Ost-Küsten-Gesundheitsbehörde erlaubt, Rettungstransportdienste für diese durchzuführen, ohne dass eine vorherige europaweite Bekanntmachung erfolgte.

- Entscheidung:

Der EuGH stellte fest, dass die nationalen Rechtsvorschriften in Irland den DCC zur Erbringung von Rettungstransportdiensten ermächtigen. Insofern belege das Vorbringen der Kommission keinen Verstoß gegen die EG- Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit:

Es lasse sich nicht ausschließen, „**dass der DCC Rettungstransportdienste in Wahrnehmung seiner eigenen, unmittelbar durch Gesetz verliehenen Zuständigkeiten erbringt. Der bloße Umstand, dass zwischen zwei öffentlichen Einrichtungen ein Mechanismus für die Finanzierung solcher Dienste besteht, impliziert nicht, dass die Erbringung der fraglichen Dienste eine Vergabe öffentlicher Aufträge bildet, die anhand der Grundregeln des Vertrags zu beurteilen wäre.**“

9. EuGH 17.07.2008 RsC-371/05 („Gemeinde Mantua“) VergabeR 2008,918 ff.

- Sachverhalt:

Die Gemeinde Mantua (Italien) hatte direkt und ohne Veröffentlichung eine Ausschreibung im Amtsblatt der EG die Verwaltung, Pflege und Weiterentwicklung ihrer Informationsdienste der ASI übertragen. Das Kapital von ASI wurde vollständig von der Gemeinde Mantua und anderen angrenzenden Gemeinden gehalten. Dies beinhaltete auch, dass zwei an der ASI beteiligten privatrechtlichen Unternehmen kapitalmäßig vollständig von der öffentlichen Hand gehalten werden.

- Entscheidung:

Der EuGH stellte fest, dass eine Beherrschung wie über eine eigene Dienststelle als Voraussetzung eines vergaberechtsfreien „In-House-Geschäfts“ auch dann anzunehmen sei, wenn neben dem Auftraggeber auch **noch privatrechtliche Unternehmen** an der beauftragten Gesellschaft beteiligt sind, soweit der **Auftraggeber alleiniger Anteilseigner** dieser privatrechtlichen Unternehmen ist.

Weiter wies der EuGH in der Entscheidung darauf hin, dass die rein **satzungsgemäße** Öffnung der beauftragten Gesellschaft für private Gesellschafter einer

„In-House-Vergabe“ nicht entgegenstehe, so lange eine solche private Beteiligung im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung nicht konkret beabsichtigt ist.

10. EuGH 13.11.2008 RsC-324/07 („Coditel“) NZBau 2009, 54 ff.

- Sachverhalt:

Der Sachverhalt betraf die Vergabe einer Dienstleistungskonzession (Verwaltung eines Kabelfernsehnetzes) an eine interkommunale Genossenschaft, der auch die vergebende Gemeinde angehört und an der keine privaten Dritten beteiligt sind. Der eingerichtete Verwaltungsrat hat umfangreiche Befugnisse. Die interkommunale Genossenschaft führte ihre Tätigkeit im Wesentlichen für ihre Mitglieder aus. Gegen den Beitritt einer Gemeinde (Uccle) zur Genossenschaft hatte die private Kabelfernsehgesellschaft Coditel geklagt.

- Entscheidung:

Der EuGH hat u. a. festgestellt: Für die Erfüllung der Voraussetzung „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ kann auch auf eine Kontrolle abgestellt werden, die öffentliche Stellen, die Anteile an konzessionsnehmenden Einrichtungen halten, **gemeinsam** über diese ausüben. Die Kontrolle muss hierbei wirksam sein, nicht aber individuell ausgeübt werden. Für die Kontrolle kann ggf. auch ein **Mehrheitsbeschluss** ausreichen.

11. EuGH, Urteil vom 09.06.2009 – Rs. C-480/06 („Abfallentsorgung Stadtreinigung Hamburg = SRH - Vier Landkreise“) VergabeR 2009, 738 ff.

- Sachverhalt:

Den Schlussanträgen des EuGH-Generalanwalts und der Klage der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland liegt ein Abfallentsorgungsvertrag, den die Stadtreinigung Hamburg mit vier umliegenden Landkreisen direkt und ohne EU-Ausschreibung geschlossen hat, zu Grunde. In diesem Vertrag verpflichtete sich die Stadtreinigung, den Landkreisen für die Müllverbrennung in einer bestimmten Anlage eine Kapazität von 120 000 Tonnen/Jahr zur Verfügung zu stellen. Die Landkreise verpflichteten sich, der Stadtreinigung hierfür eine Jahresvergütung zu zahlen. Für den Vertrag war eine Laufzeit von 20 Jahren vorgesehen. In ihrer Klage vor dem EuGH beantragte die EU-Kommission festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen EG-Recht verstoßen habe, dass der Vertrag zwischen den vier Landkreisen und der Stadtreinigung Hamburg ohne vorherige Ausschreibung geschlossen worden sei.

- Entscheidung des EuGH

Dem widersprach der EuGH. Er betonte, dass die Müllentsorgung unstrittig zu den öffentlichen Aufgaben gehört. "Eine öffentliche Stelle kann ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben aber mit ihren eigenen Mitteln und **auch**

in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden", urteilten die Luxemburger Richter.

Damit stehe fest, dass der beanstandete Vertrag sowohl die Rechtsgrundlage als auch den Rechtsrahmen für die zukünftige Errichtung und den Betrieb einer Anlage bildet, die für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe – der thermischen Abfallverwertung – bestimmt ist. Der Vertrag wurde **ausschließlich zwischen öffentlichen Stellen ohne Beteiligung Privater** geschlossen, sieht keine Vergabe eventuell erforderlicher Aufträge über den Bau und den Betrieb der Anlage vor und präjudiziert sie auch nicht.

Eine bestimmte Rechtsform für solch eine Zusammenarbeit gebe das europäische Recht nicht vor. Eine Ausschreibung sei nicht erforderlich, solange sich die Kommunen bei ihrer Zusammenarbeit von ihren öffentlichen Aufgaben leiten lassen - im konkreten Fall von dem Ziel einer ortsnahen Entsorgung des Mülls.

12. EuGH, Urteil vom 10.09.2009 („Sea“ – Rechtssache C-573/07) zum In-House-Geschäft bei einer Aktiengesellschaft

- Sachverhalt

In dem vorliegenden (italienischen) Sachverhalt hatte eine Gemeinde, die mit Minderheit an einer gemeinsam kommunal getragenen Aktiengesellschaft beteiligt war, dieser die Dienstleistung der Sammlung, Beförderung und Beseitigung städtischer Abfälle übertragen. Die zugrundeliegende Satzung sah die Möglichkeit einer Beteiligung privaten Kapitals vor, ohne dass es hier tatsächlich zu einer Privatbeteiligung an der Gesellschaft gekommen wäre.

- Entscheidung des EuGH

Das EuGH machte in seiner Entscheidung deutlich, dass die **reine Möglichkeit einer Öffnung des Kapitals einer Gesellschaft für private Investoren** nur dann im Hinblick auf eine Vergaberechtspflicht zu berücksichtigen sei, wenn zum Zeitpunkt der Vergabe des betreffenden Auftrags (Übertragung der Abfallentsorgung) bereits eine **konkrete Aussicht** auf eine baldige Kapitalöffnung besteht.

Das Urteil enthält auch eine weitere Klarstellung. Danach können auch bei einer im reinen Eigentum der öffentlichen Hand stehenden **Aktiengesellschaft**, bei denen der Vorstand regelmäßig eigenverantwortlicher als die Geschäftsführung einer GmbH ist, die **In-House-Kriterien für eine Vergaberechtsfreiheit vorliegen**. Ob konkret diese Voraussetzungen gegeben sind, hat das nationale Gericht zu prüfen. Allerdings führt der EuGH u. a. aus,

„Die Art. 43 EG und 49 EG, der Grundsatz der Gleichbehandlung, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die daraus folgende Transparenzpflicht stehen der Freihändigen Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an eine vollständig in öffentlichem Eigentum stehende

Aktiengesellschaft nicht entgegen, wenn die öffentliche Körperschaft, die der öffentliche Auftraggeber ist, über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die ihre Anteil innehat bzw. innehaben, verrichtet. Von einer derartigen Kontrolle ist vorbehaltlich der Prüfung durch das vorliegende Gericht grundsätzlich auszugehen, wenn

- *die Tätigkeit der genannten Gesellschaft auf das Gebiet der genannten Körperschaften begrenzt ist und im Wesentlichen für diese ausgeübt wird und*
- *diese Körperschaft durch die satzungsgemäßen Organe, die aus Vertretern dieser Körperschaften bestehen, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss ausüben.“*

13. EuGH vom 10.09.2009 („Wasser und Abwasserzweckverband Gotha“ – Rs: C-206/08) zu Dienstleistungskonzessionen bei einem Anschluss- und Benutzungszwang

- Sachverhalt:

Der EuGH-Entscheidung liegt die Abgrenzung zwischen einem vergaberechtspflichtigen Dienstleistungsauftrag und einer vergaberechtsfreien Dienstleistungskonzession zugrunde. Der Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreismunicipalitäten (WAZV Gotha) hatte 1994 der Stadtwirtschaft Gotha (SW Gotha) sämtliche technische, kommerziellen und administrativen Leistungen auf dem Gebiet der Wasserversorgung übertragen. Der Vertrag lief 2008 aus. Nunmehr bestand die Absicht, die SW Gotha als Mitglied aufzunehmen, um sie weiter mit der Geschäftsbesorgung ohne Anwendung des Vergaberechts zu betrauen. Hiergegen wandte sich die Eurawasser mbH mit der Auffassung, diese Vergabe sei als Dienstleistungsauftrag ausschreibungspflichtig, zumal für die Nutzer der Wasserver- und Abwasserentsorgung ein Anschluss- und Benutzungszwang bestehe.

- Entscheidung:

Das Gericht befasst sich mit der Unterscheidung „vergaberechtspflichtiger Dienstleistungsauftrag und vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzession“. Bei der Dienstleistungskonzession refinanzieren sich der Auftragnehmer bei einem Dritten, was ein gewisses wirtschaftliches Risiko voraussetzt.

An dieses **wirtschaftliche Risiko** sind nach Ansicht des EuGH **keine allzu großen Anforderungen** zu stellen. Es bedürfe keines erheblichen wirtschaftlichen Risikos, um das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession zu bejahen. Es reiche der Umstand aus, dass der Auftragnehmer das Recht enthält, Entgelte von Dritten zu erheben, um den betreffenden Vertrag als Dienstleistungskonzession einzuordnen, wenn das eingegangene Betriebsrisiko aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung und des Anschluss- und Benutzungszwangs zwar von vornherein erheblich eingeschränkt ist, der Auf-

tragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko in vollem Umfang oder zumindest zu einem erheblichen Teil übernimmt.

14. EuGH vom 15.10.2009 („Acoset“: RS C-1906/08): Keine doppelte Ausschreibung bei Beauftragung neu gegründeter gemischt-wirtschaftlicher Gesellschafter

- Sachverhalt

Eine bislang zu 100 % öffentliche Einrichtung, die für den integrierten Wasserversorgungsdienst eines Gebietes in Italien zuständig war, wurde in eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft mit überwiegendem öffentlichem Kapital umgewandelt. Zu diesem Zweck wurde im Rahmen einer im EU-Amtsblatt veröffentlichten Ausschreibung ein Unternehmer als privater Minderheitsgesellschafter gesucht, der mit der operativen Tätigkeit des integrierten Wasserversorgungsdienstes und der Durchführung der Verwaltung dieses Dienstes im Rahmen einer Konzession betraut werden sollte. Nach Durchführung des Verfahrens blieb ein Bewerber übrig. Die ausschreibende Stelle zog aufgrund zwischenzeitlich aufkommender Zweifel über die EU-Vergaberechtskonformität dieses Verfahrens die Ausschreibung zurück. Der Bewerber klagte auf Schadensersatz. Im Rahmen dieses Schadensersatzprozesses legte das befassende Gericht die Frage einer erforderlichen – erneuten – Ausschreibung dem EuGH zur Entscheidung vor.

- Entscheidung

Der EuGH nahm in dem vorliegenden Sachverhalt eine Dienstleistungskonzession an. Diese unterfalle zwar nicht dem EU-Vergaberecht, müsse jedoch nach den Grundsätzen des EG-Vertrages (Diskriminierungsverbot, Transparenz und Gleichbehandlungsgebot) übertragen werden. Von diesen Grundsätzen könne nur im Falle von sogenannten In-House-Geschäften vollständig abgehen werden. Diese Ausnahme trifft vorliegend aufgrund der minderheitlichen Beteiligung privaten Kapitals nicht zu.

Der EuGH stellte weiterhin fest, dass die Einführung einer **doppelten Ausschreibung schwer mit der Verfahrensökonomie**, die mit der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmung erzielt werden soll, **vereinbar ist**. Ziel müsse es sein, die Wahl eines privatwirtschaftlichen Partners und die Vergabe der Konzession an die allein zu diesem Zweck geschaffene Einrichtung mit gemischtem Kapital in ein und demselben Vorgang zu vereinbaren.

Das Erfordernis einer doppelten Ausschreibung – für die Wahl des Partners und die Vergabe an die mit dem Partner gegründete gemischt-wirtschaftliche Unternehmung - könnte aufgrund der Dauer solcher Verfahren und der Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Vergabe der Konzession an den zuvor ausgewählten privaten Partner dazu führen, dass private Einrichtungen und öffentliche Stellen von der Gründung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen abgehalten werden. Die Beachtung der EG-rechtlichen Anforderungen bei der Auswahl des privaten Gesellschafters und die Festlegung der Kriterien für seine Eignung – insoweit müssen die Bewerber neben ihrer Fähigkeit, Anteilseigner zu werden,

vor allem ihre technische Fähigkeit zur Erbringung der konkreten Dienstleistung sowie die wirtschaftlichen und sonstigen Vorteile nachweisen, die sich aus ihrem Angebot ergeben – **entbindet daher von einer doppelten Ausschreibung.**

III. Entscheidungen der EU-Kommission: Einstellung von Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen interkommunaler Zusammenarbeit:

Die Europäische Kommission hat aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, insbesondere der Entscheidungen „Coditel“ und „Stadtreinigung Hamburg“, am 08.10.2009 verlautbart (s. IP/09/1465 und IP/09/1462), gegen Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren einzustellen.

1. Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit bei der Abfallbehandlung

In dem einen Verfahren geht es um die Vergabe öffentlicher Abfallbehandlungsverträge durch mehrere Landkreise und öffentliche Zweckverbände an andere öffentliche Einrichtungen in Rheinland-Pfalz.

Zwischen 2002 und 2008 vergaben die Landkreise Altenkirchen, Alzey-Worms, Bad Kreuznach und Rhein-Hunsrück sowie die Zweckverbände Abfallwirtschaft Kaiserslautern und Deponiezweckverband Eiterköpfe Dienstleistungsaufträge zur Abfallbehandlung bzw. –beseitigung mit einem Volumen zwischen 1,2 Mio. und 6 Mio. EUR pro Jahr ohne europaweite Ausschreibungsverfahren.

- Vertikale öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit im Landkreis Alzey-Worms

Der EuGH erließ im November 2008 ein Urteil in der Rechtssache C-324/07 (Coditel Brabant) und im September 2009 in der Rechtssache C-573/07 (SEA). Darin bekräftigte er in Weiterentwicklung seiner Rechtsprechung zur In-House-Vergabe, dass eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit über gemeinsam kontrollierte öffentliche Einrichtungen mit geringer Marktorientierung, die ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für ihre öffentlichen Eigentümer verrichten, nicht dem Vergaberecht unterliegt.

Der Landkreis Alzey-Worms hatte den Dienstleistungsauftrag an die GML vergeben, eine öffentliche Einrichtung, die ausschließlich im Eigentum von Kommunen und Landkreisen steht. Zu den Eigentümern zählt der Landkreis Alzey-Worms, der einen Anteil von 6,25 % am Kapital von GML hält. Die GML ist fast ausschließlich für ihre öffentlichen Eigentümer tätig. Die Auftragsvergabe erfüllte somit die Voraussetzungen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung für die In-House-Vergabe festgelegt hat.

- Horizontale öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in Rheinland-Pfalz

In seinem Urteil vom Juni 2009 in der Rechtssache C-480/06 (Kommission gegen Deutschland) präzisierte der EuGH, dass eine öffentlich-öffentliche Zu-

sammenarbeit nicht die Gründung gemeinsam kontrollierter Einrichtungen voraussetzt.

Vielmehr kann es sich dabei um eine nicht gewinnorientierte Zusammenarbeit handeln, die auf die gemeinsame Gewährleistung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Kooperationspartner abzielt und deren Umsetzung nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

Die Landkreise Altenkirchen, Bad Kreuznach und Rhein-Hunsrück sowie die öffentlichen Zweckverbände Abfallwirtschaft Kaiserslautern und Deponiezweckverband Eiterköpfe haben zur gemeinsamen Gewährleistung der Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben im Bereich der Abfallbeseitigung und Abfallbehandlung Verträge mit anderen öffentlichen Einrichtungen geschlossen. Vertragspartner sind die Landkreise Rhein-Lahn und Neuwied sowie der Zweckverband Abfallverwertung Südwestpfalz, eine öffentliche Einrichtung, der ausschließlich öffentliche Mitglieder angehören. Die einzelnen Kooperationsvereinbarungen stützen sich auf den Abfallwirtschaftsplan des Landes Rheinland-Pfalz, der eine Aufgabenteilung bei den öffentlichen Abfallbeseitigungseinrichtungen im Interesse der Entsorgungssicherheit und der Wirtschaftlichkeit der Einrichtungen vorsieht. Alle vom Vertragsverletzungsverfahren betroffenen öffentlichen Kooperationspartner waren an der Ausarbeitung des Abfallwirtschaftsplans beteiligt. Nach den vorliegenden Informationen wird die Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Unternehmen ausschließlich durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen im Bereich der Abfallbeseitigung zusammenhängen.

- Schlussfolgerung

Die Kommission ist der Auffassung, dass die betreffenden Fälle von öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit in Rheinland-Pfalz unter die vorgenannte Rechtsprechung des EuGH fallen, so dass das Verfahren eingestellt werden kann.

2. Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit bei IT- Verträgen in Hamburg und Nordrhein-Westfalen

Die Europäische Kommission hat aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs weiter beschlossen, ein gegen Deutschland eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren einzustellen, in dem es um die Vergabe von IT-Liefer- und -Dienstleistungsverträgen durch kommunale und regionale Behörden in Hamburg und Nordrhein-Westfalen an öffentliche IT-Dienstleistung ging.

In dem vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren hat die Kommission die Vergabe mehrerer IT (Informationstechnologie)-Verträge an öffentliche Einrichtungen in Deutschland geprüft. So schloss die Stadt Hamburg im Jahr 2006 mit der öffentlich-rechtlichen Anstalt Dataport, die in gemeinsamem Eigentum der Länder Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein steht, einen Vertrag über die Lieferung und Wartung von Softwareanwendungen für das Einwohnermeldewesen. 2008 schlossen die Städte Bochum und

Dortmund eine Vereinbarung, in deren Rahmen der technische Betrieb des Meldesystems der Stadt Bochum auf die Stadt Dortmund übertragen wurde. Ebenfalls in Nordrhein-Westfalen schloss der Zweckverband Kommunale Datenverarbeitungszentrale Rhein-Erft-Rur (KDVZ) im Mai 2008 eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung mit dem Zweckverband Kommunales Rechenzentrum Minden-Ravensberg/Lippe (KRZ) über die Lieferung und den technischen Betrieb einer Softwareanwendung.

- Vertikale öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in Hamburg

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) erließ im November 2008 ein Urteil in der Rechtssache C-324/07 (Coditel Brabant) und im September 2009 in der Rechtssache C-573/07 (SEA). Darin bekräftigte er in Weiterentwicklung seiner Rechtsprechung zur In-House-Vergabe, dass eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit über gemeinsam kontrollierte öffentliche Einrichtungen mit geringer Marktorientierung, die ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für ihre öffentlichen Eigentümer verrichten, nicht dem Vergaberecht unterliegt.

Der Vertrag zwischen der Stadt Hamburg und Dataport erfüllt die Voraussetzungen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung für die In-House-Vergabe festgelegt hat. Dataport wird von seinen öffentlichen Eigentümern, u. a. der Stadt Hamburg, gemeinsam kontrolliert und verrichtet seine Tätigkeiten im Wesentlichen für diese öffentlichen Eigentümer.

- Horizontale öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in Nordrhein-Westfalen

In seinem Urteil vom Juni 2009 in der Rechtssache C-480/06 (Kommission gegen Deutschland) präziserte der EuGH, dass eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht die Gründung gemeinsam kontrollierter Einrichtungen voraussetzt. Vielmehr kann es sich dabei um eine nicht gewinnorientierte Zusammenarbeit handeln, die auf die gemeinsame Gewährleistung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Kooperationspartner abzielt und deren Umsetzung nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

Die in Nordrhein-Westfalen geschlossenen Verträge haben die Übertragung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Einrichtungen zum Gegenstand. Die öffentlichen Partner haben Kooperationsstrukturen eingerichtet, um die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben im Bereich des IT-Betriebs zu gewährleisten. Die Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

- Schlussfolgerung

Die Kommission ist der Auffassung, dass die betreffenden Fälle von öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit in Hamburg und Nordrhein-Westfalen unter die vorgenannte Rechtsprechung des EuGH fallen, so dass das Verfahren eingestellt werden kann.

Aktuelle Informationen über Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten siehe: http://ec.europa.eu/community_law/index_en.htm