



# **Daseinsvorsorge – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse**

Eine Zusammenfassung der aktuellen Diskussion  
nach Veröffentlichung des Grünbuches  
der Europäischen Kommission mit Fallbeispielen

Mag. Renate Schohaj  
Mag. Angelika Koman (D.A.E.S. Brügge)

**Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes**  
**Daseinsvorsorge – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse**

**Herausgeber:**

Österreichischer Städtebund  
1082 Wien, Rathaus  
Telefon: 01/4000-89980  
Telefax: 01/4000-7135  
E-Mail: [post@staedtebund.gv.at](mailto:post@staedtebund.gv.at)  
Internet: <http://www.staedtebund.gv.at>  
ISBN: 3-9502038-1-8

**Schriftleitung:**

Generalsekretär Dkfm. Dr. Erich Pramböck

**Autorinnen:**

Mag. Renate Schohaj ist seit 1994 für die österreichische Finanzverwaltung tätig und wurde von dieser im August 2000 als Nationale Sachverständige in die Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, Staatliche Beihilfen II (öffentliche Unternehmen, Dienstleistungen, Finanzdienstleistungen, Post und Energie) entsandt. Dort ist sie zuständig für Fragen des Europäischen Beihilferechts und die Vorbereitung beihilfespezifischer Entscheidungen (z. B. Banken, Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, Skilifte).

Mag. Angelika Koman: Die Autorin ist Verwaltungsrat in der Europäischen Kommission in Brüssel und zur Zeit in der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen tätig. Dieser Bericht spiegelt die persönliche Meinung der Verfasserin wider.

© Copyright: Österreichischer Städtebund. Die Verbreitung, auch auszugsweise, über elektronische Systeme/Datenträger bedarf der vorherigen Zustimmung der Autorinnen. Alle übrigen Rechte bleiben vorbehalten.

Im Sinne einer besseren Lesbarkeit werden Rechtstexte in der neuen deutschen Rechtschreibung abgedruckt.

**Umschlaggestaltung und DTP-Produktion:**

Karin Wieser, Grafic & Design  
1030 Wien, Marokkanergasse 16  
[www.grafic.at](http://www.grafic.at)

**Druck:**

Littera Druck, Rauch Gesellschaft mbH, 1120 Wien

Wien, September 2005

ISBN: 3-9502038-1-8

**Vorwort**

Das Recht und die Pflicht zur Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge bilden den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung. Den Gemeinden ist es in die Hand gegeben, ihr unmittelbares politisches und gesellschaftliches Umfeld selbständig und eigenverantwortlich zu gestalten, für die Bedürfnisse der örtlichen Bevölkerung die Infrastruktur zur Verfügung zu stellen und für ihre Entwicklung zu sorgen. Die damit verbundenen Geldflüsse sind in ihrem Ausmaß beträchtlich, aber auch vielfältig.

Seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union ist die Erbringung der Daseinsvorsorge zunehmend in das Visier der Wettbewerbsregeln und des Vergaberegimes gekommen. Seitens der europäischen Institutionen wird zwar immer das in Europa wirksame soziale Gesellschaftsmodell betont, jedoch wird der Gestaltungsspielraum der Gemeinden – auch in ihren kleinräumig erbrachten Dienstleistungen – durch Mitteilungen und Entscheidungen der Europäischen Kommission und durch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes mehr und mehr eingeengt.

Im vorliegenden Band der Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes wird versucht, einen kurzen Aufriss der Thematik zu geben und den derzeitigen „Stand der Dinge“ darzustellen. Wir haben aus der Fülle der aufgeworfenen Fragen zwei Schwerpunkte herausgenommen, um sie einer genaueren Betrachtung zuzuführen, nämlich der bedeutsam gewordenen Beihilfenproblematik und der oft genutzten Form der Erbringung der Leistungen der Daseinsvorsorge – der Partnerschaft zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft.

Um den Umfang des Bandes nicht ausufern zu lassen, wurden nur teilweise die wichtigsten Rechtsgrundlagen in ihrer Textversion als Anhänge aufgenommen. Jedoch sind in den zahlreichen Anmerkungen die Quellen mit den Links aufgelistet, die zum weiteren Studium anregen sollen.

Der Österreichische Städtebund dankt den beiden Expertinnen, Frau Mag. Renate SCHOHAJ und Frau Mag. Angelika KOMAN, dass sie mit ihren Beiträgen ihr Wissen den Städten und Gemeinden zur Verfügung stellten.

**Dkfm. Dr. Erich Pramböck**  
Generalsekretär

**INHALTSVERZEICHNIS**

<b>TEIL I: LEITFADEN ZUR DASEINSVORSORGE</b>	<b>9</b>
Einleitung	11
<b>KAPITEL 1 DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEN INTERESSE (LEISTUNGEN DER DASEINSVORSORGE)</b>	<b>13</b>
1.1 Begriff, Problematik und historische Entwicklung	15
1.2 Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.5.2003	18
1.3 Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12.5.2004	20
1.4 Verankerung im Primärrecht?	22
<b>KAPITEL 2 DER BEIHILFETATBESTAND NACH ARTIKEL 87 ABSATZ 1 EG-VERTRAG</b>	<b>23</b>
2.1 Beihilferechtliche Bewertung von Ausgleichszahlungen	25
2.1.1 Rechtsnatur der Ausgleichszahlungen	25
2.1.2 Überkompensierung	27
2.2 Die einzelnen Voraussetzungen des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag	28
2.2.1 Präzise Definition (öffentlicher Versorgungsauftrag)	28
2.2.2 Betrauung (Übertragung des öffentlichen Auftrages)	29
2.2.3 Verhältnismäßigkeitsprüfung	29
2.2.4 Handelsbeeinträchtigung	29
<b>KAPITEL 3 PROBLEMBEREICHE IM RAHMEN DER DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEN INTERESSE</b>	<b>31</b>
3.1 Auswahl des Leistungserbringers bei der Vergabe der Dienstleistung	33
3.2 Transparenzanforderungen – Quersubventionierung	34
3.3 Berechnung der Nettomehrkosten	35
<b>KAPITEL 4 MASSNAHMENPAKET</b>	<b>39</b>
4.1 Gemeinschaftsrahmen	41
4.2 Entscheidung der Kommission	42
4.3 Richtlinie der Kommission zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG	44
<b>ANHANG 1 GEMEINSCHAFTSRAHMEN FÜR STAATLICHE BEIHILFEN</b>	<b>47</b>
<b>ANHANG 2 ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION ÜBER DIE ANWENDUNG VON ARTIKEL 86 ABSATZ 2 EG-VERTRAG</b>	<b>57</b>
<b>ANHANG 3 ÄNDERUNG DER TRANSPARENZRICHTLINIE</b>	<b>71</b>

<b>TEIL II: PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS – AUS DEM BLICKWINKEL DES EUROPARECHTS</b>	<b>77</b>
Einleitung	79
<b>KAPITEL 1 PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS (PPP) – PARTNERSCHAFTEN ZWISCHEN ÖFFENTLICHER HAND UND PRIVATEN</b>	<b>83</b>
1.1 Dimension und Charakterisierung von PPP	85
1.1.1 Von der Eigenerledigung zur materiellen Privatisierung	85
1.1.2 Von Finanzierungs- und Organisationsmodellen	85
1.1.3 Von Vertrags-PPP zu institutionellen PPP	97
1.1.4 Private Finance Initiative – PFI	98
<b>KAPITEL 2 DAS GRÜNBUCH DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION ÜBER PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP</b>	<b>101</b>
2.1 Das Grünbuch vom 30.4.2004/20	103
2.1.1 Hintergrund	103
2.1.2 PPP – der Versuch einer Begriffsbestimmung auf EU-Ebene	103
2.1.3 Aufbau des Grünbuches	104
2.2 Beiträge und Anmerkungen Dritter zum Grünbuch: der Ergebnisbericht der Kommission vom 3.5.2005	106
2.3 Was folgt nach dem Grünbuch?	107
<b>KAPITEL 3 ÜBERLEGUNGEN DER KOMMISSION ZU PPP IM GRÜNBUCH: EINE DETAILANSICHT VOR DEM HINTERGRUND DER ERGEBNISSE DER ÖFFENTLICHEN BEFRAGUNG</b>	<b>109</b>
3.1 PPP auf Vertragsbasis	111
3.1.1 Der öffentliche Auftrag	111
3.1.2 Die Konzession	117
3.1.3 Privat initiierte PPP	124
3.1.4 Zeitraum nach Auswahl des privaten Partners	126
3.2 Institutionalisierte PPP	129
3.2.1 PPP durch Gründung eines gemeinsamen Wirtschaftsgebildes (ex novo)	129
3.2.2 PPP durch Übernahme der Kontrolle an einem öffentlichen Unternehmen durch einen Privaten (ex post)	134
<b>KAPITEL 4 NEUESTE ENTWICKLUNGEN</b>	<b>139</b>
<b>ANHANG 1 GRÜNBUCH ZU ÖFFENTLICH PRIVATEN PARTNERSCHAFTEN UND DEN GEMEINSCHAFTLICHEN RECHTSVORSCHRIFTEN FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE UND KONZESSIONEN</b>	<b>143</b>

<b>ANHANG 2</b>	<b>ERGEBNISSE EINER KONSULTATION ÜBER ÖFFENTLICH-PRIVATE PARTNERSCHAFTEN</b>	<b>169</b>
<b>ANHANG 3</b>	<b>MITTEILUNG DER KOMMISSION ZU AUSLEGUNGSFRAGEN IM BEREICH KONZESSIONEN IM GEMEINSCHAFTSRECHT</b>	<b>173</b>
<b>ANHANG 4</b>	<b>EU-VERGABERECHTSBESTIMMUNGEN</b>	<b>197</b>
<b>ANHANG 5</b>	<b>EUGH-URTEILE ZU TECKAL / ZU HALLE SCHLUSSANTRAG ZU MÖDLING</b>	<b>203</b>
	Bisherige Publikationen	241

**TEIL I**

**LEITFADEN ZUR  
DASEINSVORSORGE**

Mag. Renate Schohaj

Stand der Informationen: Juli 2005

## **EINLEITUNG**

Die aktuelle Diskussion zwischen der Europäischen Kommission und den Mitgliedstaaten zeigt deutlich, dass hinsichtlich der Bedeutung hochwertiger Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse für die Gesellschaft in Europa Einvernehmen besteht. Bedingt durch die Aufteilung der Aufgaben und Zuständigkeiten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten ergibt sich, dass beide Seiten gemeinsam Verantwortung tragen.

Zum einen ist es seitens der Mitgliedstaaten notwendig, den effektiven Zugang jedes Bürgers und jedes Unternehmens in der EU zu diesen Dienstleistungen zu erschwinglichen Preisen sicherzustellen, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt innerhalb der Union zu gewährleisten.

Zum anderen hat die Kommission auch in diesem Bereich die Aufgabe, die Einhaltung der EG-Vertragsvorschriften, insbesondere im Hinblick auf Wettbewerbs- und Binnenmarktrecht, zu überwachen.

In diesem Spannungsfeld muss es Ziel der beiderseitigen Bemühungen sein, das Dienstleistungsangebot in einem effizienzfördernden Wettbewerbsumfeld unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten zu optimieren.

# Kapitel 1

## **DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEN INTERESSE (LEISTUNGEN DER DASEINSVORSORGE)**

## 1.1 BEGRIFF, PROBLEMATIK UND HISTORISCHE ENTWICKLUNG

Leistungen der Daseinsvorsorge umfassen im weitesten Sinne Leistungen im Allgemeininteresse. Der EG-Vertrag kennt den Begriff der Daseinsvorsorge nicht, er findet sich lediglich in der Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa aus dem Jahr 2000<sup>1</sup>, im Bericht der Kommission an den Europäischen Rat von Laeken vom 17.10.2001 sowie in einem Non-Paper der Kommission vom 12.11.2002<sup>2</sup>. Artikel 16 und Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag sprechen hingegen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Nach dem Verständnis der Kommission, wie in der Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa aus dem Jahr 2000 dargelegt, umfassen **Leistungen der Daseinsvorsorge** sowohl marktbezogene als auch nicht-marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden. Der Begriff der **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse** hingegen bezieht sich lediglich auf marktbezogene Tätigkeiten im Dienstleistungsbereich, die jedoch ebenfalls im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen<sup>3</sup> verbunden sind. Gemeint sind zum Beispiel Post-, Verkehrs-, Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienste<sup>4</sup>. Der Begriff der Daseinsvorsorge ist damit weiter als der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

Die EG-Wettbewerbsvorschriften sind grundsätzlich auf alle marktbezogenen wirtschaftlichen Tätigkeiten anzuwenden und gelten daher auch für Unternehmen, die der Staat mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut hat. Die Verfolgung von Zielen der Daseinsvorsorge auf nationaler Ebene kann dabei aber zu Reibungspunkten mit den Prinzipien der freien Marktwirtschaft und des Wettbewerbes auf Gemeinschaftsebene führen.

Damit bestimmte Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse so erbracht werden können, dass sie ihren Zweck erfüllen, kann es unter Umständen notwendig werden, dass der Staat für die besonderen Kosten einer Gemeinwohlverpflichtung ganz oder teilweise aufkommt. Gemäß Artikel 295 EG-Vertrag<sup>5</sup> ist es dabei aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht unerheblich, ob die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von öffentlichen oder privaten Unternehmen erbracht werden.

Im Hinblick auf die staatliche Finanzierung dieser Dienstleistungen wirtschaftlicher Natur, die grenzüberschreitende Wirkung entfalten und weder die Kriterien der De-minimis-Verordnung<sup>6</sup> noch eine der beiden Vereinbarkeitsvorschriften des Artikels 87 Absatz 2 oder 3 EG-Vertrag

<sup>1</sup> Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. C 17 vom 19.1.2001, S. 4.

<sup>2</sup> Kommission vom 12.11.2002, Non-Paper „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und staatliche Beihilfen“, [http://www.europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/others/1759\\_sieg\\_de.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/1759_sieg_de.pdf).

<sup>3</sup> Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (siehe Fußnote 1), Bericht für den Europäischen Rat in Laeken: Leistungen der Daseinsvorsorge [KOM(2001) 598 endgültig, 17.10.01].

<sup>4</sup> Siehe in diesem Zusammenhang: Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. C 281 vom 26.9.1996, S. 3; Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste, ABl. C 39 aus 1998, S. 2.

<sup>5</sup> Artikel 295 EG-Vertrag legt fest, dass der „Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lässt“.

<sup>6</sup> ABl. L 10 vom 13.1.2001, S. 30.

erfüllen, werden Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vom **gemeinschaftlichen Beihilfeverbot** gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfasst.

Es sei denn, das betreffende Unternehmen wird durch die staatliche Finanzierung eindeutig **nicht** begünstigt (siehe Altmark-Kriterien unter 2.1.1), so können sich die Mitgliedstaaten auf die Anwendung der eng auszulegenden Ausnahmevorschrift des **Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag** berufen. Danach darf zwar die Erfüllung der vom Staat auf bestimmte Unternehmen übertragenen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse weder rechtlich noch tatsächlich durch die Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrages, insbesondere der Wettbewerbsregeln, verhindert werden, jedoch darf dadurch die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Daher muss die Anwendung der EG-Vertragsbestimmungen so beschränkt werden, wie dies notwendig ist, um dem betreffenden Unternehmen die Erfüllung der ihm vom Staat übertragenen besonderen Aufgabe zu ermöglichen.

Die Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wurde insbesondere durch den in den Vertrag von Amsterdam aufgenommenen neuen Artikel 16 EG-Vertrag unterstrichen, in dem es heißt: *„Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 EG-Vertrag und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrages dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“*

Die Kommission hat ihren diesbezüglichen Standpunkt in den zwei Mitteilungen zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa von 1996<sup>7</sup> und 2000<sup>8</sup> detailliert dargelegt. Darin erörtert die Kommission insbesondere die Kriterien der Anwendung der Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des Vertrages und zeigt anhand konkreter Beispiele, dass die ordnungsgemäße Anwendung dieser Kriterien das reibungslose Funktionieren der Leistungen der Daseinsvorsorge nicht beeinträchtigt und diese daher nicht per se mit den Zielen des Wettbewerbs im Widerspruch stehen.

Damit geht die Kommission auch auf die Sorge mancher Mitgliedstaaten ein, dass die Anwendung der Vertragsbestimmungen traditionelle, gewachsene Strukturen und insbesondere die Leistungserbringung auf kommunaler Ebene in Frage stellen könnte. Die Kommission merkt andererseits auch an, dass die einschlägigen Bestimmungen des Vertrages zwar auf die Sicherstellung der Leistung ausgerichtet sind, allerdings keinen absoluten Bestandsschutz für bestimmte Strukturen und Formen der Leistungserbringung bieten. Unterschiede und Besonderheiten (z. B. im kulturellen Bereich) der einzelnen Mitgliedstaaten können jedoch sehr wohl berücksichtigt werden.

<sup>7</sup> Siehe Fußnote 3.

<sup>8</sup> Siehe Fußnote 1.

Der Europäische Rat von Nizza vom 7. bis 9.12.2000 hat die Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa von 2000<sup>9</sup> mit Befriedigung zur Kenntnis genommen, die Kommission jedoch aufgefordert, über das Funktionieren der Leistungen der Daseinsvorsorge Bericht zu erstatten. Dieser Aufforderung kam die Kommission in ihrem am 17.10.2001 angenommenen Bericht an den Europäischen Rat von Laeken<sup>10</sup> nach und verwies bereits hier darauf, dass es die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften über staatliche Beihilfen den Mitgliedstaaten gestatten, den mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen die erforderliche finanzielle Unterstützung zum Ausgleich der durch die Erfüllung des ihnen übertragenen besonderen Auftrages entstandenen Mehrkosten zu gewähren. Dagegen ist es nach dem Gemeinschaftsrecht untersagt, staatliche Beihilfen zu gewähren, die den Betrag überschreiten, der zur Erbringung der öffentlichen Dienstleistung erforderlich ist.

Dieser Bericht wurde von der Kommission vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz<sup>11</sup> ausgearbeitet, nach der Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen. In der Zwischenzeit hat der Gerichtshof jedoch ein Urteil in der Rechtssache Ferring<sup>12</sup> erlassen, in welchem er die Auffassung vertritt, dass Ausgleichszahlungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, keine Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen, und sich damit gegen die Auffassung des Gerichts erster Instanz gestellt.

In ihrem Bericht an den Europäischen Rat von Sevilla<sup>13</sup> am 21. und 22.6.2002 erinnerte die Kommission an die Fortentwicklung der Rechtsprechung und wies darauf hin, dass bezüglich der rechtlichen Qualifizierung der Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen die Rechtsprechung des Gerichtshofes der zu diesem Zeitpunkt noch anhängigen Verfahren (Altmark Trans<sup>14</sup> und GEMO<sup>15</sup>) abzuwarten sei<sup>16</sup>. Unabhängig davon hat die Kommission im Dezember 2002 ein erstes Diskussionspapier über die Anwendung von Artikel 87 EG-Vertrag auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als Grundlage für den Meinungsaustausch mit den Sachverständigen der Mitgliedstaaten veröffentlicht<sup>17</sup>.

Entsprechend der Aufforderung durch den Europäischen Rat in Barcelona erstattete die Kommission Bericht über den Stand ihrer Arbeiten an den Europäischen Rat in Kopenhagen<sup>18</sup>. In diesem Zusammenhang erläuterte die Kommission, dass sie zunächst ein Diskussionspapier in

<sup>9</sup> Siehe Fußnote 1.

<sup>10</sup> KOM(2001) 598 vom 17.10.2001.

<sup>11</sup> Insbesondere Urteil FFSA vom 27.2.1997, Rechtssache T-106/95 (dazu ausführlich unten 2.1.1), und Urteil SIC vom 10.5.2000, Rechtssache T-46/97.

<sup>12</sup> Rechtssache C-53/00 vom 22.11.2001 (dazu ausführlich unten 2.1.1).

<sup>13</sup> Bericht der Kommission über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM(2002) 280 endgültig.

<sup>14</sup> Rechtssache C-280/00.

<sup>15</sup> Rechtssache C-126/07.

<sup>16</sup> Siehe Bericht vom 13.12.2002 an den Europäischen Rat von Kopenhagen.

<sup>17</sup> Siehe Fußnote 2.

<sup>18</sup> Bericht der Kommission vom 13.12.2002 über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

Form eines Grünbuchs<sup>19</sup> zu einer möglichen Rahmenrichtlinie vorlegen werde, wofür eine Bestandsaufnahme aller Gemeinschaftspolitiken im Bereich der Leistungen der Daseinsvorsorge sowie deren Prüfung auf Kohärenz und Konsistenz erforderlich seien. Mit der Verabschiedung des Grünbuchs beabsichtigte die Kommission, auf europäischer Ebene eine Debatte über mehrere mit den Leistungen der Daseinsvorsorge verbundene Themenbereiche auszulösen und ausgehend von den Ergebnissen dieser und eigener Analysen entsprechende Schlussfolgerungen zu ziehen.

## 1.2 GRÜNBUCH ZU DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM INTERESSE VOM 21.5.2003<sup>20</sup>

Auf Ersuchen des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates hat die Kommission am 21.5.2003 ein Diskussionspapier veröffentlicht, welches eine Debatte über die Rolle der Europäischen Union bei der Förderung einer hohen Qualität öffentlicher Dienstleistungen in Gang bringen sollte. Es war dies das erste Mal, dass die Kommission eine umfassende Überprüfung ihrer bisherigen Politik im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Angriff nahm. Im Grünbuch erkannte die Kommission an, dass eine offene Debatte über die grundsätzliche Rolle der Union bei der Definition der Ziele der Daseinsvorsorge notwendig sei, die von diesen Dienstleistungen gewährleistet werden, sowie über Fragen der Organisation, Finanzierung und Bewertung. Gleichzeitig bekräftigte sie den wesentlichen Beitrag des Binnenmarktes und der Wettbewerbsregeln zur Modernisierung, Verbesserung und Effizienzsteigerung vieler öffentlicher Unternehmen in Europa. In diesem Zusammenhang berücksichtigte das Grünbuch auch den Kontext von Globalisierung und Liberalisierung und warf die Frage auf, ob es notwendig sei, einen allgemeinen Rechtsrahmen für Leistungen der Daseinsvorsorge auf Gemeinschaftsebene zu schaffen.

Das Grünbuch stellte fest, dass die Realität der Leistungen der Daseinsvorsorge in der Europäischen Union komplex und ständig in Bewegung sei. Insbesondere gehe es dabei um:

- a) ein breites Spektrum von Aktivitäten unterschiedlicher Art, von bestimmten Aktivitäten in den großen netzgebundenen Branchen (Energiesektor, Postdienste, Verkehr und Telekommunikation) bis hin zu den Bereichen Gesundheit, Bildung und Sozialleistungen;
- b) eine große Bandbreite in der Form dieser Dienstleistungen – auf europäischer, wenn nicht gar globaler oder auch nur lokaler Ebene;
- c) vom Charakter her unterschiedliche Leistungen; einige davon marktbezogen, andere nicht.

Die Organisation dieser Dienste hänge von den kulturellen Traditionen, der Geschichte und den geografischen Verhältnissen des einzelnen Mitgliedstaates und den besonderen Merkmalen der

<sup>19</sup> Dazu ausführlich unten 1.2.

<sup>20</sup> KOM(2003) 270 endgültig vom 21.5.2003. Das Grünbuch kann unter der Internetadresse [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm) aufgerufen werden.

betreffenden Tätigkeit ab, was insbesondere auf den Bereich der technischen Entwicklung zutreffen. So sei die Wasserversorgung in Frankreich liberalisiert, nicht aber in Griechenland, die Bereitstellung von Kinderbetreuungsmöglichkeiten sei in Schweden liberalisiert, nicht aber in Frankreich. Das Grünbuch stellte fest, dass die Europäische Union nach dem Grundsatz der Subsidiarität stets die Vielfalt und die Rolle der nationalen, regionalen und lokalen Behörden respektiert habe, die das Wohlergehen ihrer Bürger sicherstellen und demokratische Auswahlmöglichkeiten garantieren müssen, unter anderem in Bezug auf das Qualitätsniveau der Leistungen. Diese Vielfalt sei es auch, die die Erklärung für den unterschiedlichen Grad, zu dem die Gemeinschaft Maßnahmen ergreife und unterschiedliche Instrumente einsetze, liefere.

Das Grünbuch erklärte, dass seit Mitte der achtziger Jahre eine Reihe von Sektoren, in denen Leistungen der Daseinsvorsorge erbracht werden, schrittweise für den Wettbewerb geöffnet worden seien. Dies treffe insbesondere auf Telekommunikation, Postdienste, Verkehr und Energie zu. Eine erste Analyse habe gezeigt, dass diese Sektoren durch die Liberalisierung, Modernisierung, gegenseitige Vernetzung und Integration entsprechenden Auftrieb erhielten. So sei, insbesondere in den Sektoren und Ländern, in denen die Liberalisierung frühzeitig vollzogen worden sei, die Anzahl der Wettbewerber angestiegen und habe Preissenkungen nach sich gezogen. Zwar gestatte die bisherige Datenlage noch keine umfassende Einschätzung der langfristigen Auswirkungen, die durch die Öffnung der Leistungen der Daseinsvorsorge für den Wettbewerb hervorgerufen worden seien, doch lieferten die vorliegenden Erkenntnisse keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Liberalisierung auf die Gesamtleistung negativ ausgewirkt hätte. Dies lasse sich jedenfalls für die Erschwinglichkeit und die Erbringung des Universaldienstes sagen. Im Rahmen der Vollendung des Binnenmarktes habe die Europäische Union mit der Liberalisierung stets Maßnahmen zum Schutz des Gemeinwohls einhergehen lassen, wobei insbesondere das „Universaldienstkonzept“ den Zugang aller zu einer qualitativ definierten Dienstleistung zu einem erschwinglichen Preis, unabhängig von der wirtschaftlichen, sozialen oder geografischen Lage, habe gewährleisten sollen.

So hätten sich auch ursprüngliche Befürchtungen, wonach sich die Marktöffnung ungünstig auf die Beschäftigung oder auf die Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auswirken könnte, bisher nicht bestätigt. Vielmehr seien die Leistungen durch die Marktöffnung erschwinglicher geworden. Beispielsweise sei in den meisten Mitgliedstaaten im Zeitraum 1996–2002 der Anteil des persönlichen Einkommens, den die einkommensschwächsten Verbraucher für einen Standardkorb von Telefonanrufen oder eine Standardmenge Stromverbrauch aufbringen mussten, zurückgegangen<sup>21</sup>. Die Auswirkungen der Marktöffnung auf die Nettobeschäftigung seien vielfach ebenfalls positiv gewesen. Die entfallenden Arbeitsplätze, insbesondere in den ehemaligen Monopolunternehmen, seien durch das Entstehen neuer Beschäftigungsmöglichkeiten als Folge des Marktwachstums mehr als wettgemacht worden. Den vorliegenden Schätzungen zufolge habe die Liberalisierung der netzgebundenen Wirtschaftszweige unionsweit zum Entstehen von insgesamt fast einer Million neuer Arbeitsplätze geführt<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Achte Telekommunikations-Verordnung sowie Marktberichte, Dezember 2002.

<sup>22</sup> Der Binnenmarkt – Zehn Jahre ohne Grenzen, SEK(2002) 1417 vom 7.1.2003.

Das Grünbuch stellte fest, dass es sicherlich notwendig sei, die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Rahmenbedingungen besser zu erläutern, Verbesserungsmöglichkeiten zu prüfen und gemeinsame allgemeine Normen zu definieren, die auf EU-Ebene einzuhalten wären. Aus diesem Grund folgte es Forderungen des Europäischen Parlaments und des Rates und behandelte die anstehenden Punkte, indem es Fragen zu folgenden Themen aufwarf:

- Umfang möglicher weiterer Maßnahmen der Gemeinschaft zur Umsetzung des Vertrags bei voller Respektierung des Subsidiaritätsprinzips;
- Grundsätze, die in einen möglichen Rechtsrahmen zu den Leistungen der Daseinsvorsorge Eingang finden könnten, und zusätzlicher Nutzen (Mehrwert) eines solchen Instruments;
- Definition verantwortungsvollen Regierens bezogen auf Organisation, Regulierung, Finanzierung und Bewertung von Leistungen der Daseinsvorsorge mit dem Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft zu erhöhen und einen effizienten und fairen Zugang zu hochwertigen und bedarfsgerechten Dienstleistungen für jedermann zu gewährleisten;
- weitere Maßnahmen, die zur Schaffung größerer Rechtssicherheit beitragen könnten sowie zur Sicherstellung eines schlüssigen und harmonischen Ausgleichs zwischen dem Ziel, weiterhin hochwertige Leistungen der Daseinsvorsorge zu erbringen, und der strikten Anwendung der Wettbewerbs- und Binnenmarktvorschriften.

Auf der Grundlage des Grünbuchs leitete die Kommission eine breit angelegte öffentliche Konsultation ein, in der sie alle Interessengruppen zur Stellungnahme aufforderte. Diese Konsultation endete am 15.9.2003.

### **1.3 WEISSBUCH ZU DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM INTERESSE VOM 12.5.2004<sup>23</sup>**

Das vorgelegte Weißbuch versteht sich als Folgemaßnahme zum Grünbuch vom 21.5.2003 über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse<sup>24</sup>, mit welchem die Kommission eine breite öffentliche Debatte über die Rolle der EU in Sachen Sicherstellung der Versorgung mit hochwertigen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Gang gesetzt hatte. Mit dem Grünbuch sollten Stellungnahmen in der Frage des etwaigen Bedarfs an Rahmenvorschriften und des damit erzielten zusätzlichen Nutzens sowie zur globalen Rolle der EU bei der Festlegung des Gemeinwohlauftrags des öffentlichen Dienstes bei der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und über die Organisation, die Finanzierung und die Bewertung der entsprechenden Dienstleistungen eingeholt werden.

<sup>23</sup> KOM(2004) 374 endgültig vom 12.5.2004. Das Weißbuch ist im Volltext zu finden unter: [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).

<sup>24</sup> Siehe Fußnote 20.

Die durch das Grünbuch ausgelöste Debatte stieß auf reges Interesse. Der Kommission gingen an die 300 Stellungnahmen der unterschiedlichsten Interessenten zu<sup>25</sup>. Über die öffentliche Konsultation haben die Dienststellen der Kommission einen Bericht erstellt, der die eingereichten Beiträge analysiert und Hintergrundangaben zum vorgelegten Weißbuch enthält<sup>26</sup>.

Wie vom Europäischen Parlament in seiner Entschließung vom 14.1.2004 zum Grünbuch<sup>27</sup> gefordert wurde, legt die Kommission mit dem Weißbuch ihre Schlussfolgerungen vor, zu denen sie in der anstehenden Problematik gelangt ist. Das Weißbuch stellt in großen Zügen die Vorgehensweise der Kommission vor und zeigt bestimmte Ausrichtungen für eine kohärente Politik bei Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auf.

In dem Papier näher umrissen werden bestimmte Leitprinzipien, die der Politik der Kommission bei Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zugrunde liegen, wie z. B.: die Aufrechterhaltung eines hohen Qualitäts-, Versorgungssicherheits- und Schutzniveaus; Sicherung der Rechte der Verbraucher und Nutzer; Schaffung der Voraussetzungen für bürger- und unternehmensnahe Regulierung; Sicherstellung von Kohäsion und universellem Zugang; Berücksichtigung der Vielfalt; Evaluierung des Leistungsstandes; Transparenz und Rechtssicherheit.

Mit zu den zentralen Fragen, die bei der öffentlichen Debatte zur Diskussion standen, gehört die Frage der etwaigen Notwendigkeit einer Rahmenrichtlinie für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Hierzu gingen in der öffentlichen Konsultation die Meinungen auseinander. Verschiedene Mitgliedstaaten sind in dieser Angelegenheit nach wie vor skeptisch und die Debatten im Europäischen Parlament recht kontrovers.

Aus diesem Grund würde es fraglich bleiben, ob eine Rahmenrichtlinie von ausreichendem zusätzlichem Nutzen wäre. Infolgedessen ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, dass es angezeigt erscheint, davon abzusehen, zum jetzigen Zeitpunkt einen Vorschlag vorzulegen; stattdessen möchte sie die Thematik zu einem späteren Zeitpunkt nochmals aufrollen. Einstweilen wird die Kommission generell den von ihr verfolgten sektoralen Ansatz dahingehend weiter verfolgen und ausbauen, dass sie dort, wo es nötig und angezeigt erscheint, sektorspezifische Regeln vorschlägt, um den besonderen Bedürfnissen und spezifischen Gegebenheiten in den einzelnen Sektoren Rechnung tragen zu können.

Außerdem erachtet die Kommission, ausgehend von den Ergebnissen aus der öffentlichen Konsultation, eine weitere Präzisierung und Vereinfachung des Rechtsrahmens für die Finanzierung von Gemeinwohlaufgaben für erforderlich. Dazu bekundete die Kommission, bis spätestens Juli 2005 ein Maßnahmenpaket anzunehmen (Anmerkung: siehe Teil I, Kapitel 4).

<sup>25</sup> Beiträge im ausführlichen Wortlaut abrufbar auf der Website der Kommission unter: [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/comments/public\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/comments/public_de.htm).

<sup>26</sup> Bericht über die öffentliche Konsultation zum Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, SEK(2004) 326 vom 15.03.2004, abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_de.htm).

<sup>27</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments zum Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, 14.1.2004 (T5-0018/2004).

Darüber hinaus ist in der öffentlichen Debatte die Notwendigkeit präziser, transparenter Rahmenbedingungen für die Auswahl von Unternehmen herausgestellt worden, denen die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auferlegt ist.

## 1.4 VERANKERUNG IM PRIMÄRRECHT?

Im ersten Anlauf zu einer europäischen Verfassung wurde ein Entwurf erarbeitet, welcher bereits explizite Regelungen betreffend die Daseinsvorsorge vorsieht. Dieses Vertragswerk, das die Staats- und Regierungschefs am 29.10.2004 in Rom unterzeichnet haben, ändert den Wortlaut des Artikels 16 EG-Vertrag dahingehend, als dieser nunmehr auch eine Rechtsgrundlage für die Verabschiedung von EU-Recht im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse schafft<sup>28</sup>.

Rechtlich gesehen kann der „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ jedoch nur durch Ratifizierung in allen EU-Staaten in Kraft treten. Da die Volksabstimmung<sup>29</sup> bereits in zwei Mitgliedstaaten (Frankreich und Niederlande) zu einem negativen Ergebnis führte, ist derzeit nicht absehbar, ob es zu einer europäischen Verfassung in der geplanten Form kommen wird. Sollte der Verfassungsvertrag nicht in Kraft treten können, gilt der Vertrag von Nizza weiter, welcher keine Regelungen betreffend die Daseinsvorsorge vorsieht.

Derzeit gehen die Ratifizierungsverfahren in den EU-Mitgliedstaaten weiter und es wird sich am Ende herausstellen, wie viele Staaten die europäische Verfassung ablehnen werden. Sind es fünf Staaten oder weniger, soll ein Europäischer Rat zusammentreten, um Lösungsansätze zu erarbeiten.

<sup>28</sup> Artikel III-6 der Verfassung: „Unbeschadet der Artikel I-5 und III-166, III-167 und III-238 und in Anbetracht des von allen in der Union anerkannten Stellenwerts der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Union und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten im Anwendungsbereich der Verfassung dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Diese Grundsätze und Bedingungen werden durch europäische Gesetze unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten festgelegt, diese Dienste im Einklang mit der Verfassung zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.“

<sup>29</sup> In manchen Mitgliedstaaten (Niederlande, Luxemburg, Polen, Dänemark, Portugal, Irland, Großbritannien, eventuell Tschechien) ist im Rahmen des Ratifikationsprozesses die Abhaltung eines Referendums vorgesehen.

## **DER BEIHILFE- TATBESTAND NACH ARTIKEL 87 ABSATZ 1 EG-VERTRAG**

Nach der Definition in Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag sind staatliche Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn sie vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährt werden, den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, indem sie bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produktionszweige begünstigen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

## 2.1 BEIHILFERECHTLICHE BEWERTUNG VON AUSGLEICHSZAHLUNGEN

Die Bewertung von Ausgleichszahlungen für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse aus dem Blickwinkel des Beihilferechts hat lange Zeit im Wesentlichen zwei Hauptfragen aufgeworfen: Zum einen die Frage nach der **Rechtsnatur** der Ausgleichszahlung, wobei zu klären war, ob eine staatliche Ausgleichszahlung für Leistungen der Daseinsvorsorge generell als Begünstigung und daher immer als Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag anzusehen ist, die lediglich unter der Ausnahmebestimmung des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag genehmigt werden kann (**Beihilfeansatz**), oder ob eine staatliche Ausgleichszahlung im Hinblick darauf, dass sie nur die aus der Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung resultierenden Mehrkosten ausgleichen soll, keine Begünstigung und damit keine Beihilfe darstellt (**Ausgleichsansatz**). Unabhängig von der juristischen Einordnung von staatlichen Ausgleichszahlungen stellt sich die zweite Frage nach der **Berechnung** der aus der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistung resultierenden Mehrkosten, zumal die Überkompensation von Unternehmen jedenfalls eine Beihilfe nach Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt, die nicht gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag genehmigt werden kann.

### 2.1.1 Rechtsnatur der Ausgleichszahlungen

Sowohl die Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes als auch die Meinungen der Generalanwälte in vor dem Gerichtshof anhängigen Verfahren zur beihilferechtlichen Einordnung von Ausgleichszahlungen für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse waren lange Zeit uneinheitlich.

Ursprünglich vertrat die Kommission die Ansicht, welche auf einem Urteil des Gerichts aus dem Jahr 1985 zur Altölbeseitigung<sup>30</sup> aufbaute, dass staatliche Ausgleichszahlungen für Leistungen der Daseinsvorsorge nicht den Tatbestand des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllten, soweit sie nicht über die Mehrkosten hinausgingen. Im Jahr 1997 jedoch entschied das Gericht erster Instanz in einem Fall betreffend die französische Post (FFSA<sup>31</sup>), dass der Ausgleich für Kosten von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (im konkreten Fall Steuererleichterungen) prinzipiell eine Beihilfe darstelle, welche allerdings im konkreten Fall gemäß Artikel 86 (2) EG-Vertrag vereinbar sei, da die Mehrkosten der Aufgabe durch die Beihilfe nicht überschritten wurden.

<sup>30</sup> EuGH 7.2.1985, C-240/83, Procureur de la République gegen Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU).

<sup>31</sup> GEI vom 27.2.1997, T-106/95, Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA).

Im Jahr 2001 wurde das Gericht erster Instanz vom Gerichtshof in seiner Rechtsauffassung korrigiert, indem er in der Rechtssache **Ferring**<sup>32</sup> zum Ausgleichsansatz zurückkehrte und entschied, dass Ausgleichszahlungen, deren Betrag nicht die Kosten der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse übersteigt, dem begünstigten Unternehmen keinen Vorteil verschaffen und daher keine staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen.

Die divergierenden Judikate haben eine erhebliche Kontroverse zwischen den Generalanwälten beim Gerichtshof ausgelöst. So hat Generalanwalt Philippe Léger in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache **Altmark Trans GmbH**<sup>33</sup> für die Rückkehr zum Beihilfeansatz plädiert. Die Rechtsunsicherheit wurde weiter erhöht durch die Schlussanträge von Generalanwalt Francis G. Jacobs in der Rechtssache **GEMO SA**<sup>34</sup>, in welcher er für einen differenzierten Ansatz zwischen Ausgleichs- und Beihilfeansatz plädierte. Diesem Ansatz ist die Frau Generalanwalt Christine Stix-Hackl in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache **Enirisorse SpA**<sup>35</sup> gefolgt.

Die Rechtsdiskussion über die Einstufung der Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen hatte keinerlei Auswirkungen auf das reibungslose Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Im Kern ging es lediglich um die Reichweite der Notifizierungspflicht der Mitgliedstaaten und damit die Ex-ante-(Vorab-)Kontrolle der Kommission über Ausgleichszahlungen der Mitgliedstaaten für Leistungen der Daseinsvorsorge.

Am 24.7.2003 hat der Gerichtshof das Urteil in der Sache **Altmark Trans GmbH**<sup>36</sup> gefällt. Darin führt er aus, dass eine staatliche finanzielle Maßnahme, die als Gegenleistung bzw. Ausgleich für die von einem Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht wird, nicht als Vorteil und somit nicht als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 EG-Vertrag anzusehen ist, wenn die nachstehenden vier Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
2. Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen.
3. Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken.
4. Die Höhe des Ausgleichs ist für den Fall, dass die Auswahl nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt ist, im Vergleich mit den Kosten zu bestimmen,

<sup>32</sup> EuGH 22.11.2001, C-53/00, Ferring S.A und Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS).

<sup>33</sup> Schlussanträge von Generalanwalt Léger vom 19.3.2002, C-280/00, Altmark Trans GmbH.

<sup>34</sup> Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs vom 30.4.2002, C-126/01, GEMO SA.

<sup>35</sup> Schlussanträge von Frau Generalanwalt Stix-Hackl vom 7.11.2002, verbundene Rechtssachen C-34/01 bis C-38/01, Enirisorse SpA.

<sup>36</sup> EuGH 24.7.2003, C-280/00 Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.

die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen im gleichen Sektor zu tragen hätte (unter Berücksichtigung der Einnahmen und des angemessenen Gewinns aus der Erfüllung seiner Verpflichtungen).

Sind diese Voraussetzungen (Altmark-Kriterien) nicht gegeben und ist der Tatbestand des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag auch im Übrigen erfüllt, dann stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährte Ausgleich eine **staatliche Beihilfe** dar, auf die die Artikel 73, 86, 87 und 88 EG-Vertrag Anwendung finden.

Es kann jedoch Fälle geben, bei denen die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen tatsächlich als Grundlage und Voraussetzung für die Erfüllung ihres Auftrages benötigen. **Derartige Beihilfen können gemäß unter den Voraussetzungen des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag<sup>37</sup> mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein.**

### 2.1.2 Überkompensierung

Eine Überkompensierung stellt eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar. Da diese für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht nötig ist, kann sie nicht gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden. Der über das erforderliche Ausmaß hinausgehende Betrag muss in der Regel an den Staat zurückgezahlt werden. Bei nur geringfügiger Überkompensierung kann nach Ansicht der Kommission der zu viel gezahlte Betrag im darauf folgenden Jahr von der geplanten Ausgleichszahlung abgezogen werden.<sup>38</sup>

Erbringt ein Unternehmen mehrere gemeinwirtschaftliche Leistungen, so kann die Überkompensierung einer gemeinwirtschaftlichen Leistung auch zur Finanzierung einer anderen von demselben Unternehmen erbrachten gemeinwirtschaftlichen Leistung verwendet werden, wenn eine solche Mittelübertragung in den Büchern des betreffenden Unternehmens ausgewiesen wird. Auch wenn das Unternehmen neben mehreren gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht gemeinwirtschaftliche Leistungen erbringt, darf eine solche Quersubventionierung zwischen den gemeinwirtschaftlichen Leistungen (aber nur zwischen diesen!) stattfinden, wenn die Finanzströme in den Büchern des betreffenden Unternehmens deutlich ausgewiesen werden.

Eine überhöhte Ausgleichszahlung kann einem Unternehmen nicht mit der Begründung überlassen werden, dass es sich hierbei um eine mit dem EG-Vertrag vereinbare Beihilfe handle (z. B. Umweltbeihilfe, Beschäftigungsbeihilfe, Beihilfe an kleine und mittlere Unternehmen). Beabsichtigt der Mitgliedstaat die Gewährung einer solchen Beihilfe, muss das in Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag vorgesehene Verfahren der Notifizierung eingehalten werden. Die Beihilfe darf erst nach Genehmigung durch die Kommission ausgezahlt werden.

<sup>37</sup> Siehe dazu ausführlich unten 2.2.

<sup>38</sup> Siehe Rz 97 des Non-Papers der Kommission (Fußnote 2).

## 2.2 DIE EINZELNEN VORAUSSETZUNGEN DES ARTIKELS 86 ABSATZ 2 EG-VERTRAG

Nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gelten die Vorschriften des Vertrages, also insbesondere die Wettbewerbsregeln, auch für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beauftragt sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, soweit die Anwendung der Vorschriften des Vertrages nicht die Erfüllung der diesen Unternehmen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Des Weiteren darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Dienstleistungen der Daseinsvorsorge wirtschaftlicher Natur, die grenzüberschreitende Wirkung entfalten, werden vom Anwendungsbereich des gemeinschaftlichen Wettbewerbs-(Beihilfe)rechtes erfasst. Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag ist (ebenso wie Artikel 87 Absatz 2 und 3 EG-Vertrag) als Ausnahmebestimmung zu Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag zu verstehen, d. h. Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag kommt dann zur Anwendung, wenn mangels Erfüllung der Altmark-Kriterien eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag vorliegt.

Die Kommission hat in ihrer Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa<sup>39</sup> die Bestimmung des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag näher interpretiert, um den Anwendungsbereich des Wettbewerbs- und Beihilferechtes auf Dienste der Daseinsvorsorge und die Reichweite der Gestaltungsspielräume in den Mitgliedstaaten zu verdeutlichen.

### 2.2.1 Präzise Definition (öffentlicher Versorgungsauftrag)

Nach Ansicht der Kommission unterscheiden sich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von normalen Dienstleistungen (mit Partikular- oder Gruppeninteressen) dadurch, dass „sie in den Augen des Staates auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt unter Umständen nicht genügend Anreiz dafür gibt“<sup>40</sup>. Entscheidendes Kriterium ist somit, ob die jeweilige Dienstleistung nicht ebenso vom Markt (unter Wettbewerbsbedingungen) erbracht werden könnte.

Ob eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorliegt, ist grundsätzlich von den Mitgliedstaaten auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene in einem öffentlichen Versorgungsauftrag zu bestimmen, welcher präzise festlegt, welche Pflichten die betreffenden Unternehmen und der Staat haben. Im Hinblick auf die Definition einer Daseinsvorsorgeleistung verfügen die Mitgliedstaaten also über eine umfassende Gestaltungsfreiheit, die lediglich einer Missbrauchskontrolle durch die Kommission und den Gerichtshof unterliegt.

So hat der Europäische Gerichtshof beispielsweise ein allgemeines wirtschaftliches Interesse für Elektrizitätsunternehmen, die die ununterbrochene Versorgung aller Abnehmer mit Strom im

<sup>39</sup> KOM(2000) 580 endgültig (ABl. C 17 vom 19.1.2001).

<sup>40</sup> Siehe Fußnote 1.

Konzessionsgebiet sicherzustellen haben, bejaht.<sup>41</sup> Des Weiteren war in der Verteilung von Postsendungen im gesamten staatlichen Hoheitsgebiet zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität<sup>42</sup>, im Betrieb eines öffentlichen Telefonnetzes<sup>43</sup> sowie in der Sicherstellung flächendeckender Notfalltransporte von kranken oder verletzten Personen<sup>44</sup> Allgemeininteresse zu sehen. Umgekehrt können vom allgemeinen Postdienst trennbare Dienstleistungen, die über den herkömmlichen Postdienst hinausgehende Leistungen beinhalten, nicht mehr von allgemeinem Interesse sein.<sup>45</sup>

### 2.2.2 Betrauung (Übertragung des öffentlichen Auftrages)

Das mit der Ausführung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beauftragte Unternehmen muss vom betreffenden Mitgliedstaat mittels eines bindenden Rechtsaktes betraut werden. Hierbei kann es sich um ein Gesetz, eine Verordnung oder um eine vertragliche Vereinbarung handeln. Der Betrauungsakt muss ausdrücklich, bestimmt, verbindlich, unternehmensbezogen sowie auf Anfrage einsehbar sein und hat sowohl die in Rede stehende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse klar zu definieren als auch das Unternehmen, das sie erbringen soll, zu individualisieren.

### 2.2.3 Verhältnismäßigkeitsprüfung

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die dem betrauten Unternehmen zu gewährende staatliche Ausgleichszahlung geht die Kommission davon aus, dass das Unternehmen die staatliche Finanzierung benötigt, um die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auszuführen. Dabei dürfen aber solche staatlichen Ausgleichszahlungen lediglich die aus der Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung entstehenden Nettomehrkosten ausgleichen (wobei auch andere direkte oder indirekte Einnahmen aus dem öffentlichen Auftrag zu berücksichtigen sind), um im Einklang mit dem gemeinschaftsrechtlichen Beihilferecht zu stehen. Übersteigt die staatliche Ausgleichszahlung die Nettomehrkosten der Daseinsvorsorgeleistung, liegt Überkompensation vor, welche mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar ist.<sup>46</sup>

### 2.2.4 Handelsbeeinträchtigung

Aufgabe der Kommission ist es, darüber zu wachen, dass die Freistellung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von der Anwendung der Vertragsvorschriften und die damit verbundene Einschränkung des Wettbewerbs die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem dem Gemeinschaftsinteresse zuwiderlaufenden Ausmaß beeinträchtigt. Diese Abwägung ist das zentrale Instrument, um das Interesse der Mitgliedstaaten an der Verfolgung der Ziele der Daseinsvorsorge und das Interesse der Gemeinschaft an einer freien Marktwirtschaft und dem Wettbewerb miteinander in Einklang zu bringen.

<sup>41</sup> EuGH C-393/92, Almelo; EuGH 23.10.1997, C-157/94, Kommission/Niederlande.

<sup>42</sup> EuGH 17.5.2001; C-340/99, TNT Traco.

<sup>43</sup> EuGH C-18/88, GB-Inno-BM.

<sup>44</sup> EuGH 25.10.2001, C-475/99, Ambulanz Glöckner.

<sup>45</sup> EuGH 19.5.1993, C-320/91, Corbeau.

<sup>46</sup> Siehe ausführlich oben 2.1.

## Kapitel 3

# **PROBLEMBEREICHE IM RAHMEN DER DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEN INTERESSE**

### 3.1 AUSWAHL DES LEISTUNGSERBRINGERS BEI DER VERGABE DER DIENSTLEISTUNG

Grundsätzlich können die Mitgliedstaaten selbst entscheiden, in welcher Form eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbracht wird, d. h. ob der Staat die Versorgung selbst sicherstellt, oder ob er die Aufgabe öffentlichen oder privaten Unternehmen überträgt. Für den Fall der Beauftragung eines Unternehmens müssen die Mitgliedstaaten bei der Auswahl des Dienstleistungserbringers jedoch die einschlägigen EG-Rechtsvorschriften beachten.

Entscheidet sich der Staat dazu, ein Unternehmen mit der Ausführung einer Leistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu betrauen, die in den Anwendungsbereich der **Gemeinschaftsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge**<sup>47</sup> fällt, so sind hierbei die sich aus diesen Richtlinien ergebenden Verpflichtungen zu beachten. Die Vergabe des öffentlichen Auftrages im Sinne dieser Richtlinien muss somit – vor allem im Hinblick auf die Offenheit und Transparenz des Vergabeverfahrens – im Einklang mit den Vorschriften der erwähnten Richtlinien erfolgen.

Ob besondere Verpflichtungen auch bei der Vergabe eines öffentlichen Versorgungsauftrages, der nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge fällt, bestehen, ist Gegenstand von Diskussionen. Laut Rechtsprechung des Gerichtshofes<sup>48</sup> müssen auch in diesen Fällen die einschlägigen Vorschriften und Grundsätze des Vertrages beachtet werden, d. h., die vom Staat bei der Auswahl des Leistungserbringers zu beachtenden Vorschriften ergeben sich unmittelbar aus den Binnenmarktvorschriften des EG-Vertrages. Es sind dies die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit sowie die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit.

Nach dem **Grundsatz der Transparenz** muss im Interesse aller potenziellen Bieter für so viel Publizität gesorgt werden, dass auch auf dem Dienstleistungsmarkt Wettbewerb herrscht und die Neutralität der Vergabeverfahren überprüft werden kann. Der **Grundsatz der Gleichbehandlung** erfordert, dass sich alle Unternehmen in der EU unter gleichen Bedingungen um die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bewerben können. Die Kommission ist der Auffassung, dass die Anwendung dieser Grundsätze sich für die Benutzer wie auch für die Wirtschaftsakteure nur günstig auswirken kann, und wird prüfen, ob zusätzliche Maßnahmen erforderlich sind, um diese Regeln weiter klarzustellen.

Auch wenn die Kommission im Rahmen ihrer **Verhältnismäßigkeitsprüfung** nicht die Effizienz der Ausführung der Daseinsvorsorgeleistung durch das betraute Unternehmen überprüft, ist die Durchführung eines transparenten, echten Wettbewerbs hervorbringenden Ausschreibungsver-

<sup>47</sup> Richtlinie 92/50/EG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209 vom 24. Juli 1992), Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199 vom 9.8.1993), Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199 vom 9.8.1993), Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 99 vom 9.8.1993).

<sup>48</sup> EuGH 7.12.2000, C-324/98, Teleaustria.

fahrens nach Ansicht der Kommission in mehrfacher Hinsicht geeignet, eine beihilfenrechtskonforme Finanzierung von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sicherzustellen.

Sofern die Voraussetzungen für die Durchführung eines solchen Verfahrens vorliegen, nämlich ein wirtschaftlich umkämpfter Markt, eine ausreichende Zahl von Bewerbern und ein so großes Auftragsvolumen, dass sich der Verwaltungsaufwand lohnt, erhält die Vergabe einer gemeinwirtschaftlichen Leistung zum einen amtlichen Charakter und erlaubt die Bekanntgabe der Ausschreibung zum anderen die genaue Festlegung von Inhalt und Umfang der Dienste. Darüber hinaus besteht keine Gefahr der Überkompensierung, da der Zuschlag dem günstigsten Angebot erteilt wird.<sup>49</sup>

Derartige Ausschreibungen kommen insbesondere dann nicht in Betracht, wenn die betreffende Dienstleistung auf dem Markt nicht angeboten wird, was typischerweise dann der Fall ist, wenn die entsprechende Dienstleistung nur unter Verlusten erbracht werden könnte. Aus diesem Grund besteht weder ein Marktpreis noch könnte ein solcher mangels konkurrierender Anbieter durch eine Ausschreibung festgestellt werden.

### 3.2 TRANSPARENZANFORDERUNGEN – QUERSUBVENTIONIERUNG

Die mit der Wahrnehmung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betrauten Unternehmen sind Inhaber ausschließlicher oder besonderer Rechte. Für sie gilt daher die Richtlinie der Kommission 2000/52/EG vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (**Transparenzrichtlinie**)<sup>50</sup>. Danach müssen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die finanziellen Beziehungen zwischen ihnen und den mit einer Leistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen transparent sind. Diese Transparenz wird durch die Offenlegung der Höhe der sowohl unmittelbar von der öffentlichen Hand bereitgestellten Mittel als auch der von der öffentlichen Hand über andere öffentliche Unternehmen oder Finanzinstitute bereitgestellten Mittel und deren tatsächliche Verwendung gewährleistet.<sup>51</sup>

Ist ein mit einer Leistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrautes Unternehmen **gleichzeitig** in anderen, nicht gemeinwirtschaftlichen Bereichen tätig, in welchen es „normale“, kommerzielle Leistungen erbringt und in denen Wettbewerb herrscht, muss eine getrennte Buchführung zwischen diesen beiden Leistungsbereichen erfolgen<sup>52</sup>, d. h., es müssen die mit der Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistung verbundenen Kosten und Einnahmen getrennt von den sich aus den anderen Tätigkeiten ergebenden Kosten und Einnahmen ausgewiesen werden.

<sup>49</sup> Siehe dazu ausführlich oben 2.1.

<sup>50</sup> Richtlinie der Kommission 2000/52/EG vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. L 193 vom 29. Juli 2000, Seite 75.

<sup>51</sup> Siehe Artikel 1 Absatz 1 der konsolidierten Fassung der Transparenzrichtlinie.

<sup>52</sup> Siehe Artikel Artikel 1 Absatz 2 sowie Artikel Artikel 2 Absatz 1 d) der konsolidierten Fassung der Transparenzrichtlinie.

Werden für beide Arten von Tätigkeiten dieselben Ressourcen (Personal, Ausrüstung, ortsfeste Anlagen o. Ä.) eingesetzt, müssen deren Kosten zudem in objektiv gerechtfertigter Weise aufgeschlüsselt werden. Die Bestellung eines unabhängigen Rechnungsprüfers erhöht das Vertrauen in die Richtigkeit der Buchführung des Unternehmens.<sup>53</sup>

Der Grund für die im Wege der letzten Änderung der Transparenzrichtlinie eingeführte Pflicht zu getrennter Buchführung besteht darin, sicherzustellen, dass die für die Erfüllung des öffentlichen Versorgungsauftrages erhaltenen Ausgleichszahlungen nicht zur Finanzierung der im Wettbewerb mit anderen erbrachten Leistungen verwendet werden. Im Hinblick auf die Mittelverwendung der Mitgliedstaaten hat die Kommission keine Kompetenz – unabhängig davon ermöglicht die getrennte Buchführung den Mitgliedstaaten aber auch den entsprechend sparsamen Einsatz der öffentlichen Mittel sowie die nötige Transparenz und Rechenschaft bei deren Verwendung.

Die Bestimmungen der Transparenzrichtlinie gelten nicht für Unternehmen, deren Jahresumsatz weniger als 40 Mio. Euro beträgt bzw. deren Ausgleichszahlungen zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe auf Basis eines transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens festgelegt wurden. Beschränkt sich die Tätigkeit des Unternehmens auf die Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistung oder auf Unternehmenssektoren, die bereits spezifischen Regeln unterworfen wurden (z. B. Post<sup>54</sup> oder Elektrizität<sup>55</sup>), kommt die Richtlinie ebenfalls nicht zur Anwendung.

### 3.3 BERECHNUNG DER NETTOMEHRKOSTEN

Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann ein Ausgleich in Höhe der im Rahmen der Erfüllung des öffentlichen Versorgungsauftrages anfallenden Nettomehrkosten erfolgen, da das betreffende Unternehmen seinen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen nachkommen können muss und somit Anspruch auf eine normale Rendite hat.

Es ist daher auf der Grundlage präziser Zahlen ein Vergleich zwischen den aus der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse resultierenden Mehrkosten und den staatlichen Ausgleichszahlungen vorzunehmen, welcher die Voraussetzung für die Beurteilung des Vorliegens einer Überkompensierung und damit der materiellen Vereinbarkeit (oder Unvereinbarkeit) der staatlichen Ausgleichszahlungen mit Artikel 87 EG-Vertrag darstellt.

Die Kommission unterscheidet dabei zwischen der Vergabe eines öffentlichen Versorgungsauftrages im Rahmen einer Ausschreibung und auf anderem Wege.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Siehe Rz 91 des Non-Papers der Kommission (Fußnote 2).

<sup>54</sup> Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. L 15 vom 21.1.1998.

<sup>55</sup> Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 27 vom 30.1.1997.

<sup>56</sup> Siehe auch 3.1.

### a) Bestimmung der Höhe des Ausgleichs im Wege einer Ausschreibung

Alle Unternehmen, die an einem Ausschreibungsverfahren teilnehmen möchten, müssen die genauen Bedingungen kennen, unter denen die betreffende gemeinwirtschaftliche Leistung erbracht werden soll. Dazu gehören: die im Zuge der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung einzuhaltenden Normen, die von der Vergabebehörde angewandten Auswahlkriterien, die Bedingungen, unter denen der Versorgungsauftrag gekündigt oder geändert werden kann, die Laufzeit des Vertrages, die Vertragsstrafen bei Nichteinhaltung des Vertrages sowie die Tarife, die für die gemeinwirtschaftliche Leistung in Rechnung gestellt werden dürften.<sup>57</sup>

Geht dem Ausschreibungsverfahren eine Vorauswahl und/oder ein Verfahren zur Überprüfung der Erfüllung der Teilnahmebedingungen voraus, muss der Mitgliedstaat dabei angemessene, transparente und diskriminierungsfreie Kriterien anwenden.

Die Höhe des Ausgleichs entspricht dem „Marktpreis“ und führt daher nicht zu einer Überkompensierung, wenn:

- der betreffende Markt de facto wirtschaftlich umkämpft ist, d. h., es gibt noch andere Betreiber, die in der Lage wären, ein ernstzunehmendes Angebot einzureichen,
- das Ausschreibungsverfahren zu einem echten Wettbewerb geführt hat und
- der Zuschlag demjenigen Unternehmen erteilt wurde, das die geringste Ausgleichsleistung verlangt, während die übrigen Vergabebedingungen (Dienstqualität, Beschäftigung, Investitionen usw.) nur in Form von Mindestanforderungen formuliert sind.

Wurde ein Ausschreibungsverfahren auf einem wirtschaftlich nicht umkämpften Markt durchgeführt oder der Zuschlag nicht dem Unternehmen erteilt, das die geringste Ausgleichsleistung verlangt, oder erhält ein Unternehmen den Zuschlag, das eine andere Dienstleistung anbietet als die, die Gegenstand der Bekanntmachung war, so ist davon auszugehen, dass die Höhe der Ausgleichsleistung nicht dem Marktpreis entspricht.<sup>58</sup>

### b) Bestimmung der Höhe des Ausgleichs ohne Ausschreibungsverfahren

Ungeachtet der Verpflichtungen zur Auswahl des Erbringers einer gemeinwirtschaftlichen Leistung im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens kann bisweilen (z. B. wenn die Dienste auf dem Markt nicht angeboten werden und daher kein Marktpreis besteht) die Höhe des Ausgleichs im Voraus festgelegt werden und somit nicht das Ergebnis einer Ausschreibung sein.

<sup>57</sup> Siehe Rz 86 des Non-Papers der Kommission (Fußnote 2).

<sup>58</sup> Siehe Rz 88 des Non-Papers der Kommission (Fußnote 2).

Um in einem solchen Fall das Vorliegen einer Überkompensierung ausschließen zu können, darf die Ausgleichszahlung die Differenz zwischen den dem Unternehmen durch die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung entstehenden Kosten und den mit dieser Tätigkeit erwirtschafteten Einnahmen nicht überschreiten. Dieser Ansatz entspricht dem Konzept der **Nettomehrkosten**, da nur jene Mehrkosten, die nach Abzug aller Einnahmen aus der Erbringung des Dienstes übrig bleiben, ausgeglichen werden dürfen, ohne zu einer Überkompensierung zu führen.

Beschränkt sich die Tätigkeit des Unternehmens auf die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung, bilden dessen Gesamtkosten die Bemessungsgrundlage für die Ausgleichszahlungen. Verfügt das Unternehmen hingegen noch über andere Tätigkeitsfelder, muss es die mit der Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung verbundenen Kosten und Einnahmen getrennt von den sich aus den anderen Tätigkeiten ergebenden Kosten und Einnahmen im Sinne der Grundsätze der Transparenzrichtlinie ausweisen.<sup>59</sup>

Die Mitgliedstaaten können selbst bestimmen, in welchen zeitlichen Abständen sie die Ausgleichszahlungen vornehmen wollen. Mindestvoraussetzung ist jedoch die Vornahme einer Jahresabschlussprüfung, um sicherzugehen, dass keine Überkompensation stattgefunden hat. Ist die Höhe der Kosten und damit auch die Höhe der Ausgleichszahlungen nicht im Vorhinein bekannt, sodass die Kommission im Rahmen der präventiven Beihilfekontrolle ex ante beurteilen muss, ob die angemeldeten staatlichen Maßnahmen die Nettomehrkosten nur ausgleichen oder überschreiten, erwartet die Kommission von den Behörden der Mitgliedstaaten, dass sie sich am Ende des Jahres vergewissern, dass der gezahlte Ausgleich gemessen an den tatsächlich angefallenen Kosten nicht zu hoch bemessen wurde.

---

<sup>59</sup> Siehe dazu ausführlich oben 3.2.

# Kapitel 4

## **MASSNAHMENPAKET**

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Sache **Altmark Trans GmbH**<sup>60</sup> geht hervor, dass Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Sind diese Voraussetzungen jedoch nicht gegeben und ist der Tatbestand des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt, dann stellt der für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährte Ausgleich hingegen eine staatliche Beihilfe dar.

Die Kommission erachtet daher eine Regelung der staatlichen Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden, als zweckmäßig.

In Artikel 86 Absatz 3 EG-Vertrag heißt es: „Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten“. Die Regelung der staatlichen Beihilfen im Zusammenhang mit den Ausgleichszahlungen erfolgt daher in Form eines Ad-hoc-Gemeinschaftsrahmens, einer Entscheidung gemäß Artikel 86 Absatz 3 EG-Vertrag sowie durch die Änderung der Richtlinie 80/723/EWG.

#### 4.1 GEMEINSCHAFTSRAHMEN

Der Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, soll klarstellen, unter welchen Voraussetzungen diese staatlichen Beihilfen gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gelten können.

Beihilfen dieser Art können nur dann als mit dem EG-Vertrag vereinbar erklärt werden, wenn sie die Erbringung von Leistungen sichern, die echte Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag sind. Im Hinblick auf das Fehlen einer Gemeinschaftsregelung in diesem Bereich verfügen die Mitgliedstaaten nach ständiger Rechtsprechung in der Frage, welche Arten von Leistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse angesehen werden, über einen großen Ermessensspielraum. In Anbetracht des Fehlens einer Gemeinschaftsregelung ist es Aufgabe der Kommission, darüber zu wachen, dass dieses Ermessen der Mitgliedstaaten ohne offenkundige Fehler ausgeübt wird. Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag besagt, dass Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, Unternehmen sind, denen eine „besondere Aufgabe“ übertragen wurde.

Die Berechnung und Überprüfung der Höhe der Ausgleichszahlungen lässt sich nur dann ordentlich vornehmen, wenn die Gemeinwohlverpflichtungen, die auf den Unternehmen lasten, und die etwaigen vom Staat zu übernehmenden Verpflichtungen in einem bindenden Rechtsakt genau festgelegt sind. Die Art des Rechtsaktes kann entsprechend der jeweiligen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten variieren, muss aber die Angaben enthalten, die nötig sind, um die von den Unter-

<sup>60</sup> Siehe Fußnote 36.

nehmen zu tragenden besonderen Belastungen zu ermitteln. In jedem Fall sollten aus dem öffentlichen Versorgungsauftrag folgende Angaben hervorgehen: die genaue Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung, die mit der Erfüllung des Auftrags betrauten Unternehmen und der geografische Geltungsbereich, die Art der den Unternehmen gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte, die Parameter für die Berechnung einer etwaigen Ausgleichszahlung sowie die Modalitäten für die Rückerstattung etwaiger überhöhter Ausgleichszahlungen.

Um ungerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen sowie einer angemessenen Rendite ganz oder teilweise abzudecken. Dabei können insbesondere die besonderen Kosten berücksichtigt werden, die Unternehmen in Regionen nach Maßgabe von Artikel 87 Absatz 3 Buchstaben a) und c) EG-Vertrag effektiv entstehen.

Der Gemeinschaftsrahmen gilt für sämtliche vom EG-Vertrag erfassten Wirtschaftssektoren mit Ausnahme des Verkehrssektors und lässt bestehende strengere sektorspezifische EG-Rechtsvorschriften in Bezug auf die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen unberührt. Aus diesem Grund gilt er nicht für öffentliche Rundfunkdienste, auf die die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk anwendbar ist.<sup>61</sup> Auch die für das öffentliche Auftragswesen geltenden Gemeinschaftsvorschriften werden vom Gemeinschaftsrahmen nicht berührt.

## 4.2 ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

Die an die Mitgliedstaaten gerichtete Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden, gibt Aufschluss darüber, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Ausgleichszahlungen mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag vereinbare Beihilfen sind, und stellt diese Beihilfen von der Notifizierungspflicht des Artikels 88 Absatz 3 EG-Vertrag frei.

Im Hinblick auf die **Vereinbarkeit** solcher Beihilfen trifft die Entscheidung dieselben Feststellungen wie der Gemeinschaftsrahmen: Insofern die Ausgleichszahlungen daher an Unternehmen gewährt werden, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, der Betrag den Kosten der Gemeinwohlverpflichtung entspricht und die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft, sind die Zahlungen gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare staatliche Beihilfen.

Im Hinblick auf die **Freistellung von der Notifizierungspflicht** ist bei mit dem Gemeinsamen Markt vereinbaren Ausgleichszahlungen mit Beihilfecharakter zwischen Beihilfen zu unterscheiden, die aufgrund ihrer Höhe zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen können, und solchen, die

<sup>61</sup> ABl. C 320 vom 15.11.2001.

eher bescheiden ausfallen. Im letzteren Fall ist die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung gering, wenn sich die Mitgliedstaaten an die im Voraus definierten Vereinbarkeitskriterien halten. Außerdem gilt es in diesen Fällen, für eine wirksame Anwendung der beihilferechtlichen Vorschriften bei gleichzeitiger Vereinfachung der Verwaltungsverfahren zu sorgen.

#### **a) Unternehmen mit geringem Jahresumsatz**

Ausgleichszahlungen von geringer Höhe, die an mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen gewährt werden, deren Umsatz begrenzt ist und die die vorgenannten Vereinbarkeitsbedingungen erfüllen, sind nicht geeignet, den Wettbewerb spürbar zu verfälschen. Wenn alle in der Entscheidung vorgesehenen Kriterien (siehe in weiterer Folge) erfüllt sind, ist eine vorherige Notifizierung gemäß Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag daher nicht notwendig. Als Kriterien für die Abgrenzung des Geltungsbereichs der Freistellung von der Notifizierungspflicht sollten der Umsatz der Unternehmen, die einen Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erhalten, und die Höhe der Ausgleichszahlungen herangezogen werden.

Die Freistellung von der Notifizierungsverpflichtung soll daher für Unternehmen gelten, deren Jahresumsatz vor Steuern in den beiden der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio. Euro betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. Euro für die erbrachte Dienstleistung erhalten. Für die Ermittlung des letztgenannten Schwellenwertes kann der Jahresdurchschnitt in Form des Gegenwartswertes der während der Laufzeit des Vertrages oder ersatzweise während eines Zeitraumes von fünf Jahren gewährten Ausgleichszahlungen herangezogen werden. Bei Kreditanstalten entspricht dem Schwellenwert von 100 Mio. Euro eine Bilanzsumme von 800 Mio. Euro.

#### **b) Krankenhäuser und Sozialwohnungen**

Krankenhäuser und die für Sozialwohnungen zuständigen Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, weisen Besonderheiten auf, die es zu berücksichtigen gilt. So ist insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sowohl der Umsatz als auch die Ausgleichszahlungen sehr hoch sein können, ohne dass dadurch der Wettbewerb in größerem Maße Gefahr laufe, verfälscht zu werden. Folglich sollen Krankenhäuser und die für Sozialwohnungen zuständigen Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, in den Genuss der Freistellung von der Notifizierungspflicht kommen.

#### **c) Transport**

Im Bereich des Transports soll die vorliegende Entscheidung lediglich auf Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anwendbar sein, die gemäß den sektoriellen Vorschriften der Gemeinschaft gewährt werden und die zu verkehrstechnischen Anbindungen von Inseln mit einem Fahrgastaufkommen von weniger als 100.000 Fahrgästen pro Jahr beitragen.

Ausgleichszahlungen, die staatliche Beihilfen darstellen und nicht in den Anwendungsbereich der Entscheidung der Kommission gemäß Artikel 86 Absatz 3 EG-Vertrag fallen, müssen jedenfalls weiterhin gemäß Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag vorab notifiziert werden.

#### d) Übergangsregelung

Für in der Vergangenheit gewährte Ausgleichszahlungen, welche weder der Kommission notifiziert wurden noch den in der Entscheidung geforderten Voraussetzungen entsprachen und daher in der Regel als illegal und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar anzusehen sind, sieht die Kommission eine Übergangsregelung vor, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen soll, ihre Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse an die neuen Gegebenheiten anzupassen. Danach soll die vorliegende Entscheidung sofort auf alle Ausgleichszahlungen Anwendung finden, die zumindest die folgenden Voraussetzungen erfüllen, welche von der Kommission bereits in den letzten 10 Jahren gefordert wurden und den Mitgliedstaaten wohl vertraut sind.

- Die Art und Dauer der zu erfüllenden Gemeinwohlverpflichtung muss definiert werden.
- Das mit der Erfüllung des Auftrages betraute Unternehmen und der geografische Geltungsbereich müssen identifiziert werden.
- Die geleisteten Ausgleichszahlungen dürfen keine Überkompensation darstellen.

Die weiteren Voraussetzungen, insbesondere die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlung, die Modalitäten für die Rückerstattung etwaiger überhöhter Ausgleichszahlungen oder die Kontrolle etwaiger Überkompensationen, treten erst ein Jahr nach der Veröffentlichung der vorliegenden Entscheidung in Kraft (siehe Artikel 9.2). Diese Vorgangsweise gibt den Mitgliedstaaten ausreichend Zeit, ihr bestehendes System für die Leistung von Ausgleichszahlungen zu adaptieren.

Im Übrigen soll die Entscheidung für sämtliche vom EG-Vertrag erfasste Wirtschaftssektoren gelten, mit Ausnahme des Verkehrssektors im Bereich des Luft- und Seeverkehrs. Sie soll jedoch im Bereich des Seeverkehrs zur Anwendung gelangen, wenn als gemeinwirtschaftliche Dienstleistung die Bedienung von Inseln ein Verkehrsaufkommen von weniger als 100.000 Fahrgästen pro Jahr aufweist. Die Entscheidung lässt bestehende strengere sektorspezifische EG-Rechtsvorschriften in Bezug auf die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen sowie die für das öffentliche Auftragswesen geltenden Gemeinschaftsvorschriften unberührt.

### 4.3 RICHTLINIE DER KOMMISSION ZUR ÄNDERUNG DER RICHTLINIE 80/723/EWG

Gemäß der Richtlinie der Kommission 2000/52/EG vom 26. Juli 2000 (zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG vom 25. Juni 1980) wird die Führung getrennter Bücher nur dann verlangt, wenn die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen staatliche Beihilfen erhalten.<sup>62</sup> In seinem Urteil *Altmark Trans GmbH* hat der Gerichtshof jedoch

<sup>62</sup> ABI. L 193 vom 29.7.2000, Seite 75.

befunden, dass unter bestimmten Voraussetzungen Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen.

Unabhängig von der rechtlichen Würdigung dieser Ausgleichszahlungen ist die Führung getrennter Bücher unerlässlich, wenn die begünstigten Unternehmen auch Tätigkeiten außerhalb der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausüben. Allein die getrennte Buchführung erlaubt es nämlich, die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zuzurechnenden Kosten auszuweisen und die Vergütung korrekt zu berechnen.

Es ist daher angezeigt, die Richtlinie 2000/52/EG zu ändern, um die Verpflichtung zur Führung getrennter Bücher auch auf Unternehmen anzuwenden, die Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erhalten und Tätigkeiten außerhalb dieser Dienstleistungen ausüben, unabhängig von der rechtlichen Würdigung der Vergütung gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag.

Obwohl zwischen der Richtlinie der Kommission 2000/52/EG und der Anwendbarkeit der Entscheidung (siehe 4.2) keine direkte Verbindung besteht, sieht auch Letztere in ihrem Artikel 5.5 eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung vor, um die Kosten der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu rechtfertigen.<sup>63</sup>

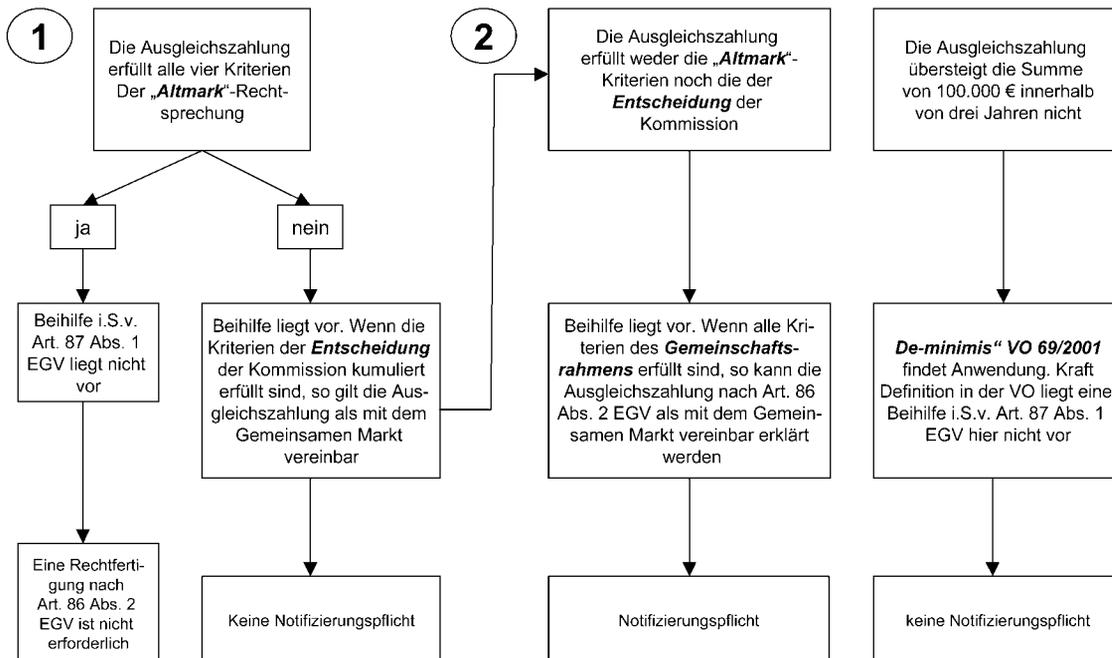


Abbildung 1: Schaubild Systematik

<sup>63</sup> Siehe auch Punkt 16 des Gemeinschaftsrahmens.

## **GEMEINSCHAFTS- RAHMEN FÜR STAATLICHE BEIHILFEN**

Von der Kommission am  
15.7.2005 angenommener Text

## **GEMEINSCHAFTSRAHMEN FÜR STAATLICHE BEIHILFEN, DIE ALS AUSGLEICH FÜR DIE ERBRINGUNG ÖFFENTLICHER DIENSTLEISTUNGEN GEWÄHRT WERDEN**

### **1 ZWECK UND ANWENDUNGSBEREICH**

1. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs<sup>1</sup> geht hervor, dass Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben und ist der Tatbestand des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt, dann stellt der für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährte Ausgleich hingegen eine staatliche Beihilfe dar.
2. Die Entscheidung xxx der Kommission vom ... über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden, gibt Aufschluss darüber, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Ausgleichszahlungen mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag vereinbare Beihilfen sind, und stellt Ausgleichszahlungen, die diese Voraussetzungen erfüllen, von der Pflicht zur Vorabnotifizierung frei. Ausgleichszahlungen, die staatliche Beihilfen darstellen und nicht in den Anwendungsbereich der Entscheidung ... fallen, müssen hingegen weiterhin vorab notifiziert werden. Der vorliegende Gemeinschaftsrahmen soll klarstellen, unter welchen Voraussetzungen diese staatlichen Beihilfen gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gelten können.
3. Der Gemeinschaftsrahmen gilt für Ausgleichszahlungen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, soweit diese den Bestimmungen des EG-Vertrags unterliegen, außer im Verkehrssektor und im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Sinne der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk<sup>2</sup>.
4. Die Bestimmungen des Gemeinschaftsrahmens lassen bestehende strengere sektorspezifische EG-Rechtsvorschriften in Bezug auf die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen unberührt.
5. Die für das öffentliche Auftragswesen und den Wettbewerb (vor allem Artikel 81 und 82 EG-Vertrag) geltenden Gemeinschaftsvorschriften werden von dem vorliegenden Gemeinschaftsrahmen nicht berührt.

<sup>1</sup> Urteil vom 24.7.2003 in der Rechtssache C-280/00, Altmark Trans, sowie Urteil vom 27.11.2003 in den verbundenen Rechtssachen C-34/01 bis C-38/01, Enirirsorse SpA.

<sup>2</sup> ABl. C 320 vom 15.11.2001.

## 2 KRITERIEN FÜR DIE VEREINBARKEIT VON AUSGLEICHSAUHLUNGEN, DIE STAATLICHE BEIHILFEN DARSTELLEN

### 2.1 Allgemeines

6. In seinem Altmark-Urteil vom 24.7.2003<sup>3</sup> führte der Gerichtshof aus, unter welchen Voraussetzungen zum Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse geleistete Zahlungen keine staatliche Beihilfe darstellen: [...] *Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. [...]*

*[...] Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. Gleichet daher ein Mitgliedstaat, ohne dass zuvor die Parameter dafür aufgestellt worden sind, die Verluste eines Unternehmens aus, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, so stellt dies ein finanzielles Eingreifen dar, das unter den Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag fällt.*

*[...] Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken [...]*

*[...] Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, dass die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.“*

7. Sind diese vier Voraussetzungen erfüllt, stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe dar, so dass die Artikel 87 und 88 EG-Vertrag nicht anwendbar sind. Sind diese Voraussetzungen

<sup>3</sup> Urteil vom 24.7.2003 in der Rechtssache C-280/00, Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Slg. 2003, I-7747.

nicht gegeben und ist der Tatbestand des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt, dann stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährte Ausgleich jedoch eine staatliche Beihilfe dar.

8. Die Kommission ist der Auffassung, dass beim aktuellen Entwicklungsstand des Gemeinsamen Marktes derartige staatlichen Beihilfen gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag als mit dem EG-Vertrag vereinbar gelten können, wenn sie für das Funktionieren der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unabdingbar sind und die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Dazu müssen sie jedoch die nachstehenden Voraussetzungen erfüllen.

## **2.2 Echte Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag**

8. Nach ständiger Rechtsprechung verfügen die Mitgliedstaaten in der Frage, welche Arten von Leistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anzusehen sind, über einen großen Ermessensspielraum, es sei denn, es handelt sich um Sektoren, für die es diesbezüglich spezielle Gemeinschaftsvorschriften gibt. Abgesehen von diesen Sektoren ist es daher Aufgabe der Kommission, darüber zu wachen, dass die Anwendung der Vertragsbestimmungen in Bezug auf die Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen ohne offenkundige Fehler erfolgt.

Artikel 86 Absatz 2 besagt, dass die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen Unternehmen<sup>4</sup> sind, denen eine „besondere Aufgabe“ übertragen wurde. Bei der Bestimmung der Gemeinwohlverpflichtungen und der Prüfung der Frage, ob diese Verpflichtungen von den betreffenden Unternehmen erfüllt werden, sollten sich die Mitgliedstaaten auf ein möglichst breit gestreutes Meinungsspektrum unter besonderer Berücksichtigung der Nutzer der Dienstleistungen stützen.

## **2.3 Rechtsverbindliche Niederlegung der Gemeinwohlverpflichtungen und der Art der Berechnung der Ausgleichszahlungen**

9. Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag impliziert, dass die betreffenden Unternehmen vom Staat mit der Erfüllung einer besonderen Aufgabe betraut wurden<sup>5</sup>. Abgesehen von den Sektoren, die diesbezüglich besonderen Gemeinschaftsvorschriften unterliegen, werden die Kriterien und Voraussetzungen

<sup>4</sup> Als Unternehmen gilt jedes Gebilde, das unabhängig von seiner Rechtsstellung und der Art seiner Finanzierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht. Als öffentliches Unternehmen gilt jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b) der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. L 195 vom 29.7.1980, S. 35, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2000/52/EG, ABl. L 193 vom 29.7.2000, S. 75).

<sup>5</sup> Siehe hierzu insbesondere das Urteil des Gerichtshofes vom 21. März 1974 in der Rechtssache C-127/73, BRT gegen SABAM, Slg. 1974, S. 313.

für die Erbringung solcher Leistungen unabhängig von der Rechtsstellung des Dienstleistungserbringers und unabhängig davon, ob die Leistungen unter Wettbewerbsbedingungen erbracht werden oder nicht, vom Staat festgelegt. Zur Bestimmung der wechselseitigen Verpflichtungen der betreffenden Unternehmen und des Staates bedarf es somit eines öffentlichen Auftrages. Unter dem Begriff 'Staat' sind in diesem Zusammenhang der Zentralstaat, die regionalen und die lokalen Gebietskörperschaften zu verstehen.

10. Der öffentliche Auftrag für die Erbringung der Dienstleistung im öffentlichen Interesse muss im Wege eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte erteilt werden, dessen Form von den einzelnen Mitgliedstaaten bestimmt werden kann. Aus ihnen sollte unter anderem Folgendes hervorgehen:

- die genaue Art und die Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen,
- die beauftragten Unternehmen und der geografische Geltungsbereich,
- Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte,
- die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen
- die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw. etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden.

11. Bei der Definition der Gemeinwohlverpflichtungen und der Prüfung der Frage, ob die Verpflichtungen von diesen Unternehmen erfüllt werden, sollten sich die Mitgliedstaaten auf ein möglichst breit gestreutes Meinungsspektrum unter besonderer Berücksichtigung der Nutzer dieser Dienstleistungen stützen.

## 2.4 Höhe des Ausgleichs

12. Die Höhe des Ausgleichs darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen abzudecken. Darin enthalten sind sämtliche vom Staat oder aus staatlichen Mittel in jedweder Form gewährten Vorteile. Die angemessene Rendite kann ganz oder teilweise die Produktivitätsgewinne mit einschließen, die von den betreffenden Unternehmen über einen ganz bestimmten, zuvor festgelegten Zeitraum ohne Abstriche an der vom Staat vorgegebenen Qualität erzielt wurden.

In jedem Fall darf der Ausgleich nur für das Funktionieren der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verwendet werden. Der für das Funktionieren einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährte Ausgleich, der dazu verwendet wird, um auf anderen Märkten tätig zu werden, ist nicht gerechtfertigt und stellt daher eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe dar. Die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erwirtschaftete angemessene Rendite darf von den Unternehmen, die hierfür Ausgleichszahlungen erhalten, jedoch auf ganz normale Weise verwendet werden.

13. Die zu berücksichtigenden Kosten umfassen sämtliche für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erforderlichen Ausgaben. Beschränkt sich die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens auf die Erbringung dieser Dienstleistung, können dessen Gesamtkosten herangezogen werden. Betätigt sich das Unternehmen jedoch daneben noch auf anderen Gebieten, dürfen nur die der betreffenden Dienstleistung zurechenbaren Kosten berücksichtigt werden. Hierzu gehören sämtliche durch die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verursachten variablen Kosten, ein angemessener Beitrag zu den sowohl dienstleistungsbezogenen als auch anderweitig anfallenden Fixkosten und eine der jeweiligen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zurechenbare angemessene Rendite auf das Eigenkapital.<sup>6</sup> Etwaige Investitionen vor allem in die Infrastruktur können berücksichtigt werden, wenn sie für das Funktionieren der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erforderlich sind. Die mit anderen Tätigkeiten als den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verbundenen Kosten müssen alle variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag zu den gemeinsamen Fixkosten und eine angemessene Kapitalrendite abdecken. Diese Kosten dürfen auf keinen Fall der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zugerechnet werden. Die Berechnung der Kosten muss nach zuvor festgelegten Kriterien und anhand gemeinhin akzeptierter Rechnungslegungsgrundsätze erfolgen, die der Kommission bei der Anmeldung nach Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag zur Kenntnis zu bringen sind.
14. Auf der Einnahmenseite sind zumindest sämtliche mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erwirtschafteten Erträge zu berücksichtigen. Verfügt das betreffende Unternehmen über ausschließliche oder besondere Rechte bei der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und werden damit Gewinne erwirtschaftet, die über der angemessenen Rendite liegen, oder wurden dem Unternehmen vom Staat andere Vergünstigungen gewährt, müssen diese unabhängig von ihrer Bewertung nach Maßgabe von Artikel 87 mit berücksichtigt und zu den Einnahmen hinzugerechnet werden. Die Mitgliedstaaten können auch beschließen, dass die Gewinne aus Tätigkeiten, für die kein Versorgungsauftrag erteilt wurde, ganz oder teilweise zur Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse herangezogen müssen.
15. Unter **angemessener Rendite** ist ein angemessener Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos, sofern überhaupt vorhanden, zu verstehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Staat ausschließliche oder besondere Rechte gewährt. In der Regel darf die Rendite die in dem betreffenden Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite nicht übersteigen. In Sektoren, in denen es an Unternehmen fehlt, die als Vergleichsmaßstab für das mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen dienen könnten, können Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten oder gegebenenfalls auch aus anderen Wirtschaftszweigen zu Vergleichszwecken herangezogen werden unter der Voraussetzung, dass die besonderen Charakteristika des jeweiligen Sektors berücksichtigt werden. Bei der Festlegung der angemessenen Rendite können die Mitgliedstaaten auch Kriterien zugrunde

<sup>6</sup> Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 3.6.2003, Chronopost SA, verbundene Rechtssachen C-83/01 P und C-94/01 P.

legen, von denen Anreize für die Qualität der zu erbringenden Dienstleistung und Produktivitätsgewinne ausgehen.

16. Wenn Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nur einen Teil der Tätigkeiten eines Unternehmens ausmachen, müssen die Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit der Erbringung der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und der Ausführung von anderweitigen Leistungen in den Büchern getrennt ausgewiesen werden. Außerdem ist anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Einnahmen und Ausgaben erfolgt. Außerdem sind die Parameter für die Zuordnung der Einnahmen und Ausgaben anzugeben. Ist ein Unternehmen mit der Erbringung verschiedener DAWI betraut, sei es, weil die Vergabebehörde jeweils eine andere ist, sei es, weil die Dienstleistungen ihrer Art nach verschieden sind, muss sich anhand der unternehmensinternen Rechnungslegung für jede Dienstleistung gesondert nachweisen lassen, dass keine Überkompensierung vorliegt. Diese Grundsätze lassen die Vorschriften der Kommissionsrichtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen dort, wo sie Anwendung findet, unberührt.<sup>7</sup>

### 3 ÜBERKOMPENSIERUNG

17. Der Staat muss in regelmäßigen Abständen kontrollieren oder kontrollieren lassen, ob eine Überkompensierung vorliegt. Da eine Überkompensierung für das Funktionieren einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht erforderlich ist, stellt sie eine mit dem Gemeinsamen Markt nicht zu vereinbarende staatliche Beihilfe dar, die an den Staat zurückgezahlt werden muss. In diesem Fall muss eine Aktualisierung der Berechnungsparameter vorgenommen werden.
18. Beläuft sich die Überkompensierung auf höchstens 10% der jährlichen Ausgleichssumme, kann dieser Betrag auf das nächstfolgende Jahr angerechnet werden. Bestimmte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse können erhebliche jährliche Kostenschwankungen aufweisen, vor allem wenn spezifische Investitionen nötig sind. In diesem Fall kann für das Funktionieren der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in bestimmten Jahren ausnahmsweise eine Überkompensierung von über 10% erforderlich sein. Die Umstände, die eine Überkompensierung von mehr als 10% erfordern, sind der Kommission in der Anmeldung darzulegen. Allerdings muss in einem solchen Fall in regelmäßigen Abständen, die anhand der jeweiligen Situation in dem betroffenen Wirtschaftssektor festzulegen sind, aber vier Jahre nicht übersteigen sollten, Bilanz gezogen werden, wobei alle bei dieser Gelegenheit ermittelten zu viel gezahlten Beträge zurückzuzahlen sind.
19. Eine Überkompensierung kann zur Finanzierung einer anderen von demselben Unternehmen erbrachten Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verwendet werden, doch muss die Mittelübertragung in den Büchern des betreffenden Unternehmens ausgewiesen

<sup>7</sup> Richtlinie 80/723/EWG.

und im Einklang mit den Bestimmungen und Grundsätzen dieses Gemeinschaftsrahmens, vor allem in Bezug auf die Vorabanmeldung, vorgenommen werden. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass derartige Mittelübertragungen einer ordentlichen Kontrolle unterzogen werden. Es gelten die Bestimmungen der Richtlinie 80/723/EWG.

21. Eine überhöhte Ausgleichszahlung kann einem Unternehmen nicht mit der Begründung überlassen werden, dass es sich hierbei um eine Beihilfe handelt, die mit dem EG-Vertrag vereinbar ist (z. B. Umweltbeihilfe, Beschäftigungsbeihilfe, Beihilfe an kleine und mittlere Unternehmen usw.). Beabsichtigt der Mitgliedstaat die Gewährung einer solchen Beihilfe, muss das in Artikel 88 Absatz 3 vorgesehene Verfahren der Vorabanmeldung (Notifizierung) eingehalten werden. Die Beihilfe darf erst nach Genehmigung durch die Kommission ausgezahlt werden. Fällt die Beihilfe unter eine Gruppenfreistellungsverordnung, sind die dort genannten Freistellungskriterien einzuhalten.

#### **4 AN KOMMISSIONSENTSCHEIDUNGEN GEKNÜPFTE BEDINGUNGEN UND AUFLAGEN**

22. Gemäß Artikel 7 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags<sup>8</sup> kann die Kommission eine Positiventscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, die ihr ermöglichen, die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären bzw. die Befolgung ihrer Entscheidung zu überwachen. Im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse können solche Bedingungen und Auflagen nötig sein, um sicherzustellen, dass der den Unternehmen gewährte Ausgleich nicht zu einer Überkompensierung führt. Je nach Lage der Dinge können daher im Einzelfall regelmäßige Berichte verlangt oder sonstige Auflagen gemacht werden.

#### **5 ANWENDUNG DES GEMEINSCHAFTSRAHMENS**

23. Der vorliegende Gemeinschaftsrahmen tritt mit seiner Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft und gilt für einen Zeitraum von sechs Jahren. Die Kommission kann nach Absprache mit den Mitgliedstaaten den Gemeinschaftsrahmen aus wichtigen Gründen, die mit der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zusammenhängen, vor seinem Außerkrafttreten ändern. Nach Ablauf von vier Jahren nimmt die Kommission anhand von Fakten und den Ergebnissen umfangreicher Anhörungen, die sie auf der Grundlage vor allem der von den Mitgliedstaaten bereit gestellten Informationen durchführt, eine Folgenabschätzung vor. Die Erkenntnisse werden dem Europäischen Parlament, dem Ausschuss der Regionen, dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Mitgliedstaaten zur Kenntnis gebracht.

<sup>8</sup> ABl. L 83 vom 27.3.1999, S.1.

24. Die Kommission wendet die Bestimmungen des Gemeinschaftsrahmens auf alle ihr gemeldeten Beihilfevorhaben an, über die sie nach Veröffentlichung des Gemeinschaftsrahmens im Amtsblatt der Europäischen Union entscheiden wird, selbst wenn die Notifizierung vor der Veröffentlichung erfolgte. Bei nicht notifizierten Beihilfen kommen folgende Bestimmungen zur Anwendung:

- die Bestimmungen des vorliegenden Gemeinschaftsrahmens, wenn die Beihilfe nach dessen Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union gewährt wurde,
- in allen anderen Fällen die zum Zeitpunkt der Gewährung der Beihilfe geltenden Bestimmungen.

## **6 ZWECKDIENLICHE MASSNAHMEN**

25. Die Kommission schlägt als zweckdienliche Maßnahme gemäß Artikel 88 Absatz 1 EG-Vertrag vor, dass die Mitgliedstaaten ihre jeweiligen Regelungen hinsichtlich des Ausgleichs für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse mit dem vorliegenden Gemeinschaftsrahmen innerhalb von achtzehn Monaten nach dessen Veröffentlichung im Amtsblatt in Einklang bringen. Die Mitgliedstaaten bestätigen binnen eines Monats nach der Veröffentlichung im Amtsblatt, dass sie mit der vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahme einverstanden sind. Das Ausbleiben einer Antwort wird von der Kommission als Ablehnung gewertet.

## **ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION ÜBER DIE ANWENDUNG VON ARTIKEL 86 ABSATZ 2 EG-VERTRAG**

Von der Kommission am  
15.7.2005 angenommener Text

Entwurf

## ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom [...]

**über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden**

### DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN –

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 86 Absatz 3,

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (1) In Artikel 16 EG-Vertrag wird die Gemeinschaft aufgefordert, im Rahmen ihrer Befugnisse und unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 EG-Vertrag dafür Sorge zu tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse so gestaltet sind, dass sie ihre Aufgabe erfüllen.
- (2) Damit die Bedingungen für die Erbringung bestimmter Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse so sind, dass diese ihren Zweck erfüllen können, kann es notwendig werden, dass der Staat für die besonderen Kosten einer Gemeinwohlverpflichtung ganz oder teilweise aufkommt. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften zu Artikel 295 EG-Vertrag ist es dabei aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht unerheblich, ob diese Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von öffentlichen oder privaten Unternehmen erbracht werden.
- (3) Gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften des EG-Vertrages und insbesondere die Wettbewerbsregeln. Allerdings sieht Artikel 86 Absatz 2 eine Ausnahme von dieser Regel für den Fall vor, dass eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt ist. So muss erstens der Staat ein Unternehmen mit der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe offiziell betrauen. Zweitens muss sich der Auftrag auf eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beziehen. Drittens muss die Ausnahme für die Erfüllung der übertragenen Aufgabe erforderlich und dem Zweck angemessen sein („Erforderlichkeitskriterium“). Schließlich darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

- (4) In seinem Urteil in der Rechtssache Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH<sup>1</sup> stellte der Gerichtshof fest, dass der für die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 EG-Vertrag darstellt, wenn die nachstehenden vier Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent festzulegen. Drittens darf der Ausgleich nicht über das Maß hinausgehen, das erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Viertens schließlich ist für den konkreten Fall, dass das Unternehmen, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt wird, mit der sich derjenige Bewerber ermitteln ließe, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen mit Transportmitteln ausgestattetes Unternehmen hätte.
- (5) Sind diese vier Voraussetzungen erfüllt, stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe dar, so dass die Artikel 87 und 88 EG-Vertrag nicht anwendbar sind. Sind diese Voraussetzungen hingegen nicht gegeben und ist der Tatbestand des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt, dann stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährte Ausgleich jedoch eine staatliche Beihilfe dar, auf die die Artikel 73, 86, 87 und 88 EG-Vertrag Anwendung finden. Die vorliegende Entscheidung gilt daher nur für den vom Staat als Gegenleistung für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährten Ausgleich, soweit er eine staatliche Beihilfe darstellt.
- (6) Gemäß Artikel 86 Absatz 3 EG-Vertrag ist die Kommission befugt, Inhalt und Umfang der Ausnahmeregelung nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag zu bestimmen und gegebenenfalls Vorschriften zu erlassen, mit denen sich wirksam überprüfen lässt, ob die in Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Konkret müsste daher erläutert werden, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Ausgleichssysteme mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag vereinbar sind und nicht gemäß Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag im Voraus notifiziert werden müssen.
- (7) Beihilfen dieser Art können nur dann für mit dem EG-Vertrag vereinbar erklärt werden, wenn sie die Erbringung von Leistungen sichern, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag sind. Nach ständiger Rechtsprechung verfügen die Mitgliedstaaten in der Frage, welche Arten von Leistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anzusehen sind, über einen großen Ermessens-

<sup>1</sup> Slg. 2003, I-7747.

spielraum, es sei denn, es handelt sich um Sektoren, für die es spezielle Gemeinschaftsvorschriften gibt. Außer in den Sektoren, für die es eine Gemeinschaftsregelung gibt, ist es daher Aufgabe der Kommission, darüber zu wachen, dass die Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen ohne offenkundige Fehler erfolgt.

- (8) Damit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag anwendbar ist, muss das begünstigte Unternehmen vom Staat mit der Erbringung einer besonderen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut worden sein. Nach der Rechtsprechung zu Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag müssen in dem Verwaltungs- oder Rechtsakt, durch den die besondere Aufgabe übertragen wird, die genaue Art, der Umfang und die Dauer der auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen sowie der Name des beauftragten Unternehmens niedergelegt sein.
- (9) Um sicherzustellen, dass die Voraussetzungen des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag erfüllt sind, müssen die Kriterien präzisiert werden, die bei der Betrauung eines Unternehmens mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu berücksichtigen sind. Die Berechnung und Überprüfung der Höhe der Ausgleichszahlungen lässt sich nämlich nur dann ordentlich vornehmen, wenn die Gemeinwohlverpflichtungen, die auf den Unternehmen lasten, und die etwaigen vom Staat zu übernehmenden Verpflichtungen in einem formalen Akt der zuständigen staatlichen Stellen des jeweiligen Mitgliedstaats genau festgelegt sind. Die Art des Verwaltungs- oder Rechtsaktes kann von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren, doch müssen daraus zumindest die genaue Art, Umfang und Dauer der auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen, der Name des beauftragten Unternehmens und die von ihm zu tragenden Kosten zu entnehmen sein.
- (10) Bei der Definition der Gemeinwohlverpflichtungen und der Prüfung der Frage, ob die Verpflichtungen von diesen Unternehmen erfüllt werden, sollten sich die Mitgliedstaaten auf ein möglichst breit gestreutes Meinungsspektrum unter besonderer Berücksichtigung der Nutzer dieser Dienstleistungen stützen.
- (11) Um ungerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, bestimmt Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag ferner, dass der Ausgleich nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, um die dem Unternehmen durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen entstandenen Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen sowie einer angemessenen Rendite abzudecken. Gemeint sind damit somit die dem betreffenden Unternehmen tatsächlich entstandenen Kosten.
- (12) Ein Ausgleich, der mehr als nur die dem Unternehmen entstandenen Kosten abdeckt, ist für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht erforderlich und stellt daher eine unvereinbare staatliche Beihilfe dar, die zurückgezahlt werden muss. Ein Ausgleich, der für die Bereitstellung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt wird, von dem Unternehmen aber dazu verwendet wird, um sich auf einem anderen Markt zu betätigen, ist ebenfalls für das Funktionieren einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht erforderlich und stellt daher eine unvereinbare und somit rückzahlbare staatliche Beihilfe dar.

- (13) Um sicherzustellen, dass das in Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag verlangte Erforderlichkeitskriterium erfüllt ist, muss mittels Vorschriften geregelt werden, wie der Ausgleichsbetrag berechnet und überprüft werden soll. Die Mitgliedstaaten sollen in regelmäßigen Abständen überprüfen, ob der gewährte Ausgleich nicht zu einer Überkompensierung führt. Damit den Unternehmen und Mitgliedstaaten jedoch ein Mindestmaß an Flexibilität bleibt, darf eine überhöhte Ausgleichszahlung in Höhe von maximal 10% des Jahresbedarfs auf den nächstfolgenden Zahlungszeitraum angerechnet werden. Unternehmen, die im Bereich des sozialen Wohnungsbaus mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, müssen wegen der Gefahr von Mietausfällen wegen Zahlungsunfähigkeit der Mieter unter Umständen starke Einnahmenschwankungen hinnehmen. Wer in diesem Bereich ausschließlich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringt, soll daher den in einem Zahlungszeitraum fälligen Ausgleichsbetrag um bis zu 20% überschreiten und sich den Betrag auf den nächstfolgenden Zeitraum anrechnen lassen dürfen.
- (14) Solange die Ausgleichszahlungen an Unternehmen gewährt werden, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, ihre Höhe die Kosten der Gemeinwohlerpflichtung nicht überschreitet und die in dieser Entscheidung genannten Obergrenzen eingehalten werden, geht die Kommission davon aus, dass die Entwicklung des Handelsverkehrs durch nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. In diesem Fall ist die Kommission der Ansicht, dass der Ausgleich als staatliche Beihilfe anzusehen ist, die gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.
- (15) Kleinere Ausgleichszahlungen an umsatzschwache Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, beeinträchtigen den Handel und den Wettbewerb nicht in einem Ausmaß, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Wenn alle in dieser Entscheidung genannten Voraussetzungen erfüllt sind, kann daher auf eine vorherige Anmeldung verzichtet werden. Als Kriterium für die Freistellung von der Notifizierungspflicht sollten daher der Umsatz der Unternehmen, die einen Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erhalten, und die Höhe der Ausgleichszahlungen herangezogen werden.
- (16) Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, weisen Besonderheiten auf, die es zu berücksichtigen gilt. So ist insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass im jetzigen Entwicklungsstadium des Binnenmarktes die Wettbewerbsverfälschung in diesen Sektoren nicht zwangsläufig in einem direkten Verhältnis zum Umsatz und zur Höhe der Ausgleichszahlungen steht. Daher sollten Krankenhäuser, die medizinische Versorgungsleistungen einschließlich, wo anwendbar, Notfalldienste und unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundene Nebendienstleistungen – vor allem auf dem Gebiet der Forschung – erbringen, sowie Unternehmen, die mit Leistungen im Bereich des sozialen Wohnungsbaus betraut sind und Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial weniger begünstigte Bevölkerungsgruppen bereitstellen, die nicht die Mittel haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen, im Rahmen dieser Entscheidung von der Notifizierungspflicht freigestellt werden, selbst wenn die Höhe des Ausgleichs, den sie erhalten, die in dieser Entscheidung genannten

Obergrenzen überschreiten, vorausgesetzt, die erbrachten Leistungen werden von dem betreffenden Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingestuft.

- (17) Artikel 73 EG-Vertrag ist eine *lex specialis* zu Artikel 86 Absatz 2. Der Artikel regelt den Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Verkehrssektor. Näheres bestimmt die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs<sup>2</sup>, die die allgemeinen Bedingungen festlegt, nach denen Gemeinwohlverpflichtungen in diesem Bereich zu erbringen sind, und die Berechnungsmethoden für die Ausgleichszahlungen vorschreibt. Die Verordnung befreit alle Ausgleichszahlungen für die Beförderung zu Land, welche diese Bedingungen erfüllen, von der Notifizierungspflicht gemäß Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag. Laut dieser Verordnung dürfen die Mitgliedstaaten von den dort genannten Bestimmungen jedoch abweichen, wenn es sich um Unternehmen handelt, die ausschließlich Beförderungsdienste im Stadt-, Nah- oder Regionalverkehr erbringen. In diesem Fall richtet sich die Ausgleichszahlung, sofern sie eine staatliche Beihilfe darstellt, nach der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 des Rates vom 4.6.1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr<sup>3</sup>. Nach dem „Altmark“-Urteil können Ausgleichszahlungen, die im Widerspruch zu Artikel 73 EG-Vertrag stehen, weder auf Grundlage des Artikels 86 Absatz 2 noch einer sonstigen Bestimmung für mit dem EG-Vertrag vereinbar erklärt werden. Folglich fallen diese Ausgleichszahlungen nicht in den Anwendungsbereich dieser Entscheidung.
- (18) Auf den Bereich des Luft- und Seeverkehrs ist anders als bei der Beförderung zu Land Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag anwendbar. Einige für Ausgleichszahlungen in diesen Bereichen geltende Vorschriften finden sich in der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23.7.1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs<sup>4</sup> bzw. der Verordnung (EWG) Nr. 3577/92 vom 7.12.1992 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten (Seekabotage)<sup>5</sup>. Im Gegensatz zu der auf den Landverkehr anwendbaren Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates findet sich in diesen beiden Verordnungen weder ein Hinweis auf die Vereinbarkeit möglicher staatlicher Beihilfeelemente mit dem Gemeinsamen Markt noch auf eine mögliche Freistellung von der Notifizierungspflicht gemäß Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag. Aus diesem Grund erscheint es sinnvoll, die vorliegende Entscheidung auch auf Ausgleichszahlungen im Luft- und Seeverkehr anzuwenden, sofern dabei – abgesehen von der Erfüllung der in dieser Entscheidung genannten Voraussetzungen – auch die sektorspezifischen Bestimmungen der Verordnungen (EWG) Nr. 2408/92 bzw. 3577/92 eingehalten werden.

<sup>2</sup> ABl. L 156 vom 28.6.1969, S.1. Verordnung zuletzt geändert durch Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 (AbI. L 169 vom 29.6.1991, S.1.).

<sup>3</sup> ABl. L 130 vom 15.6.1970, S.1. Verordnung zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 543/97 (AbI. L 84 vom 26.3.1997, S.6.).

<sup>4</sup> ABl. L 240 vom 24.08.1992, S.8. Verordnung zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1882/2993 des Europäischen Parlaments und des Rates (AbI. L 284 vom 31.10.2003, S. 1).

<sup>5</sup> ABl. L 364 vom 12.12.1992, S.7.

Für Ausgleichszahlungen im Luft- und Seeverkehr sollten im Regelfall dieselben Obergrenzen gelten wie sonst auch. Im konkreten Fall der Ausgleichszahlungen für Flug- oder Schiffsverbindungen zu Inseln sowie für Flughäfen und Seeverkehrshäfen sollte, soweit es sich um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 handelt, jedoch auch das durchschnittliche Fahrgastaufkommen als Grenzwert herangezogen werden, da dies unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten realistischer scheint.

- (19) Die vorliegende Entscheidung spezifiziert größtenteils Inhalt und Umfang der Ausnahmeregelung nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz sowie in der Anwendung durch die Kommission. Da sie nicht in diesbezügliches materielles Recht eingreift, ist sie eigentlich sofort anwendbar. Die Entscheidung enthält jedoch auch einige zusätzliche Anforderungen, die eine wirksame Überwachung der Erfüllung der Kriterien gemäß Artikel 86 Absatz 2 ermöglichen sollen, und geht insofern über den status quo hinaus. Um den Mitgliedstaaten Gelegenheit zu geben, sich hierauf einzustellen, ist es daher angebracht, eine Frist von einem Jahr bis zum Inkrafttreten dieser Bestimmungen einzuräumen.
- (20) Die Freistellung bestimmter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von der Pflicht zur Vorabnotifizierung hindert die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran, ein spezifisches Beihilfevorhaben zu notifizieren. Das notifizierte Vorhaben wird dann gemäß den Grundsätzen des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, geprüft<sup>6</sup>.
- (21) Die vorliegende Entscheidung lässt die Vorschriften der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25.6.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen<sup>7</sup> unberührt.
- (22) Die vorliegende Entscheidung gilt ferner unbeschadet der für das öffentliche Auftragswesen geltenden Gemeinschaftsvorschriften und der EG-Wettbewerbsregeln, insbesondere der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag.
- (23) Diese Entscheidung lässt bestehende strengere sektorspezifische EG-Rechtsvorschriften in Bezug auf die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen unberührt –

<sup>6</sup> ABl. ...

<sup>7</sup> ABl. L 195 vom 29.7.1980, S.35. Richtlinie zuletzt geändert durch die Richtlinie. 2000/52/EG (ABl. L 193 vom 29.7.2000, S.75.).

**HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:***Artikel 1***Gegenstand**

Die vorliegende Entscheidung bestimmt, unter welchen Voraussetzungen staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen und dem zufolge von der in Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag verankerten Notifizierungspflicht freigestellt werden können.

*Artikel 2***Geltungsbereich**

1. Die vorliegende Entscheidung gilt für folgende staatliche Beihilfen, die Unternehmen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gewährt werden:

(a) Ausgleichszahlungen an Unternehmen, deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio. EUR betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. EUR für die erbrachte Dienstleistung erhalten,

(b) Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die Tätigkeiten ausführen, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingestuft wurden,

(c) Ausgleichszahlungen für Flug- oder Schiffsverbindungen zu Inseln, bei denen das jährliche Fahrgastaufkommen in den zwei Rechnungsjahren vor Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Schnitt 300 000 Fahrgäste nicht überstieg,

(d) Ausgleichszahlungen für Flug- und Seeverkehrshäfen, bei denen das jährliche Fahrgastaufkommen in den zwei Rechnungsjahren vor Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Schnitt die Zahl von 1 000 000 (Flughäfen) bzw. 300 000 (Seeverkehrshäfen) nicht überstieg.

Für die Ermittlung der in Unterabsatz 1 Buchstabe a) genannten Obergrenze von 30 Mio. EUR kann der Jahresdurchschnitt der während der Laufzeit des Vertrages oder ersatzweise während eines Zeitraumes von fünf Jahren gewährten Ausgleichszahlungen herangezogen werden. Bei Kreditanstalten entspricht dem Schwellenwert von 100 Mio. EUR eine Bilanzsumme von 800 Mio. EUR.

2. Im Bereich des Luft- und Seeverkehrs gilt die vorliegende Entscheidung lediglich für staatliche Beihilfen, die in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gewährt werden, wobei gegebenenfalls die Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 sowie der Verordnung (EWG) Nr. 3577/92 des Rates einzuhalten sind. Die Entscheidung gilt nicht für Beförderungsdienste auf dem Landweg.

### *Artikel 3*

#### **Vereinbarkeit und Freistellung von der Notifizierungspflicht**

Staatliche Beihilfen, die in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden und gleichzeitig die in dieser Entscheidung genannten Voraussetzungen erfüllen, sind mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Notifizierungspflicht gemäß Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag freigestellt, sofern in den sektorspezifischen EG-Rechtsvorschriften in Bezug auf die Gemeinwohlverpflichtungen nichts Anderes bestimmt ist.

### *Artikel 4*

#### **Öffentlicher Auftrag**

Die vorliegende Entscheidung gilt ausschließlich für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, deren Erbringung dem jeweiligen Unternehmen im Wege eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte übertragen wurde. Die Form des Rechts- oder Verwaltungsaktes kann von den Mitgliedstaaten frei gewählt werden. Aus ihm (ihnen) muss unter anderem Folgendes hervorgehen:

- (a) Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen,
- (b) die beauftragten Unternehmen und der geografische Geltungsbereich,
- (c) Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte,
- (d) die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen,
- (e) die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw. etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden.

*Artikel 5***Ausgleichszahlung**

1. Die Ausgleichszahlung darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus dem für die Erfüllung dieser Verpflichtungen eingesetzten Eigenkapital abzudecken. Der Ausgleich darf ausschließlich für das Funktionieren der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verwendet werden unbeschadet der Möglichkeit für das Unternehmen, normalerweise einen angemessenen Gewinn zu erzielen.

Als Ausgleichszahlung gelten alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln jedweder Art gewährten Vorteile. Die angemessene Rendite kann ganz oder teilweise die Produktivitätsgewinne mit einschließen, die die betreffenden Unternehmen über einen ganz bestimmten, zuvor festgelegten Zeitraum ohne Abstriche an der vom Staat vorgegebenen Qualität der Dienstleistung erzielt haben.

2. Die zu berücksichtigenden Kosten umfassen sämtliche mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verbundenen Ausgaben. Ihre Berechnung muss anhand gemeinhin akzeptierter Rechnungslegungsgrundsätze erfolgen. Dabei ist Folgendes zu berücksichtigen:

(a) Beschränkt sich die Tätigkeit des Unternehmens auf die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, können dessen Gesamtkosten herangezogen werden.

(b) Betätigt sich das Unternehmen daneben noch auf anderen Gebieten, dürfen nur die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zurechenbaren Kosten berücksichtigt werden.

(a) Die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zurechenbaren Kosten umfassen sämtliche durch die Erbringung der fraglichen Dienstleistung verursachten variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag zu den sowohl dienstleistungsbezogenen als auch im Rahmen sonstiger Tätigkeiten anfallenden Fixkosten und eine marktübliche Rendite aus dem Kapital, das zur Erfüllung der jeweiligen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingesetzt werden muss.

(b) Die Kosten für etwaige Investitionen vor allem in die Infrastruktur können berücksichtigt werden, wenn sie für das Funktionieren der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erforderlich sind.

3. Auf der Einnahmenseite sind mindestens sämtliche mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erwirtschafteten Erträge zu berücksichtigen. Wurden dem betreffenden Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, die mit einer anderen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zusammenhängen, und wirft dieser Bereich Gewinne ab, die über der angemessenen Rendite liegen, oder wurden dem Unternehmen vom Staat andere Vergünstigungen gewährt, müssen diese unabhängig von

ihrer Bewertung nach Maßgabe von Artikel 87 EG-Vertrag mit berücksichtigt und zu den Einnahmen hinzugerechnet werden. Die Mitgliedstaaten können auch beschließen, dass die Gewinne aus Tätigkeiten, für die kein öffentlicher Auftrag erteilt wurde, ganz oder teilweise zur Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse herangezogen werden müssen.

4. Zum Zwecke dieser Entscheidung ist unter „angemessener Rendite“ ein angemessener Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos bzw. unter Berücksichtigung des fehlenden Risikos zu verstehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Staat ausschließliche oder besondere Rechte gewährt. In der Regel darf die Rendite die in dem betreffenden Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite nicht übersteigen. In Sektoren, in denen es an Unternehmen fehlt, die als Vergleichsmaßstab für das mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen dienen könnten, können Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten oder gegebenenfalls auch aus anderen Wirtschaftszweigen zu Vergleichszwecken herangezogen werden unter der Voraussetzung, dass die Besonderheiten des jeweiligen Sektors berücksichtigt werden. Bei der Bestimmung der angemessenen Rendite können die Mitgliedstaaten auch Kriterien zugrunde legen, die insbesondere an die Qualität der zu erbringenden Dienstleistung und an Produktivitätsgewinne anknüpfen.
5. Wenn Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nur einen Teil der Tätigkeiten eines Unternehmens ausmachen, müssen die Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit der Erbringung der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und der Ausführung von anderweitigen Leistungen in den Büchern getrennt ausgewiesen werden. Außerdem ist anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Einnahmen und Ausgaben erfolgt.

Die mit anderen Tätigkeiten als den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verbundenen Kosten müssen alle variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag zu den gemeinsamen Fixkosten und eine angemessene Kapitalrendite abdecken. Für diese Ausgaben darf kein Ausgleich gewährt werden.

### *Artikel 6*

#### **Vermeidung von Überkompensierung durch Kontrolle**

Die Mitgliedstaaten führen in regelmäßigen Abständen Kontrollen durch oder veranlassen regelmäßige Kontrollen, um sicherzustellen, dass die Unternehmen keine Ausgleichszahlungen erhalten, die über die in Artikel 5 bestimmte Höhe hinausgehen.

Sie fordern das betreffende Unternehmen gegebenenfalls zur Rückzahlung überhöhter Ausgleichszahlungen auf und aktualisieren die Parameter für die künftige Berechnung der Ausgleichszahlungen. Beträgt die Überkompensierung maximal 10% der jährlichen Ausgleichssumme, darf dieser Betrag auf die nächstfolgende jährliche Ausgleichsperiode angerechnet werden.

Im Bereich des sozialen Wohnungsbaus werden alle betreffenden Unternehmen in regelmäßigen Abständen von den Mitgliedstaaten oder auf deren Veranlassung hin kontrolliert, um sicherzustellen, dass sie keine Ausgleichszahlungen über die in Artikel 5 bestimmte Höhe hinaus erhalten. Überhöhte Ausgleichszahlungen können in Höhe von bis zu 20% der jährlichen Ausgleichssumme auf die nächste Ausgleichsperiode angerechnet werden, sofern dass Unternehmen nur Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringt.

#### *Artikel 7*

### **Vorhalten von Unterlagen**

Die Mitgliedstaaten halten sämtliche Unterlagen, anhand deren sich feststellen lässt, ob die Ausgleichszahlungen mit den Bestimmungen dieser Entscheidung vereinbar sind, mindestens für einen Zeitraum von zehn Jahren vor.

Sie übermitteln der Kommission auf deren schriftliches Verlangen hin sämtliche Informationen, die diese für erforderlich erachtet, um festzustellen, ob die geltenden Ausgleichssysteme mit dieser Entscheidung im Einklang stehen.

#### *Artikel 8*

### **Berichte**

Alle drei Jahre legen die Mitgliedstaaten der Kommission einen Bericht über die Umsetzung dieser Entscheidung vor mit einer ausführlichen Schilderung der Anwendungsweise dieser Entscheidung in allen Sektoren und insbesondere im Bereich des sozialen Wohnungsbaus und des Krankenhauswesens. Der erste Bericht dieser Art ist drei Jahre nach Inkrafttreten dieser Entscheidung vorzulegen.

#### *Artikel 9*

### **Folgenabschätzung**

Spätestens nach *[vierjähriger Geltungsdauer]* nimmt die Kommission anhand von Fakten und den Ergebnissen umfangreicher Anhörungen, die sie auf der Grundlage vor allem der von den Mitgliedstaaten gemäß Artikel 8 bereit gestellten Informationen durchführt, eine Folgenabschätzung vor.

Die Erkenntnisse werden dem Europäischen Parlament, dem Ausschuss der Regionen, dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Mitgliedstaaten zur Kenntnis gebracht.

*Artikel 10*

**Inkrafttreten**

Die Entscheidung tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* in Kraft.

Artikel 4, Buchstaben c), d) und e), sowie Artikel 6 gelten erst *[ein Jahr nach dem Datum der Veröffentlichung dieser Entscheidung]*.

*Artikel 11*

**Adressaten**

Diese Entscheidung ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

## **ÄNDERUNG DER TRANSPARENZ- RICHTLINIE**

Von der Kommission am  
15.7.2005 angenommener Text

**Entwurf einer**  
**RICHTLINIE .../.../EG DER KOMMISSION**  
**vom [...]**

**zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen**

**(Text von Bedeutung für den EWR)**

**DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN –**

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 86 Absatz 3,

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (1) Die Richtlinie 80/723/EWG der Kommission<sup>1</sup> verlangt von den Mitgliedstaaten die Gewährleistung der Transparenz in den Finanzbeziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen sowie innerhalb bestimmter Unternehmen. Unternehmen, die verpflichtet sind, getrennte Bücher zu führen, sind Inhaber besonderer oder ausschließlicher von einem Mitgliedstaat gemäß Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag verliehener Rechte. Sie sind beauftragt, eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag zu erbringen und erhalten dafür eine staatliche Beihilfe. Außerdem können sie andere Tätigkeiten ausüben.
- (2) Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, den mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen einen Ausgleich zu gewähren, um die damit verbundenen besonderen Kosten zu decken. Die Ausgleichszahlungen dürfen jedoch nicht den Betrag überschreiten, der für die Funktionsweise dieser Dienstleistungen erforderlich ist. Auch dürfen sie nicht zur Finanzierung von Tätigkeiten außerhalb der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verwendet werden.
- (3) Gemäß der Richtlinie 80/723/EWG wird die Führung getrennter Bücher nur verlangt, wenn die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen staatliche Beihilfen erhalten. In seinem Urteil *Altmark Trans GmbH*<sup>2</sup> hat der Gerichtshof der

<sup>1</sup> ABl. L 195 vom 19.7.1980, S. 35. Richtlinie zuletzt geändert durch Richtlinie 2000/52/EG (ABl. L 193 vom 29.7.2000, S. 75)

<sup>2</sup> Urteil vom 24.7.2003 in der Rechtssache C-280/00, *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, noch nicht veröffentlicht.

Europäischen Gemeinschaften jedoch befunden, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Artikel 82 Absatz 1 EG-Vertrag sind.

- (4) Unabhängig von der rechtlichen Würdigung dieser Ausgleichszahlungen ist die Führung getrennter Bücher unerlässlich, wenn die begünstigten Unternehmen auch Tätigkeiten außerhalb der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausüben. Allein die getrennte Buchführung erlaubt es nämlich, die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zuzurechnenden Kosten auszuweisen und die Vergütung korrekt zu berechnen.
- (5) Es ist deshalb angezeigt, die Richtlinie 80/723/EWG zu ändern, um die Verpflichtung zur Führung getrennter Bücher auch auf Unternehmen anzuwenden, die Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erhalten und Tätigkeiten außerhalb dieser Dienstleistungen ausüben, unabhängig von der rechtlichen Würdigung der Vergütung gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag.

**HAT FOLGENDE RICHTLINIE ERLASSEN:***Artikel 1*

Die Richtlinie 80/723/EWG wird wie folgt geändert:

(1) In Artikel 2 Absatz 1 erhält Buchstabe d) erhält folgende Fassung:

„d) „Unternehmen, die verpflichtet sind, getrennte Bücher zu führen“: Inhaber besonderer oder ausschließlicher von einem Mitgliedstaat gemäß Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag verliehener Rechte, die mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag betraut sind, eine Vergütung in unterschiedlicher Form im Zusammenhang mit dieser Dienstleistung erhalten, und die andere Tätigkeiten ausüben“.

(2) In Artikel 4 Absatz 2 wird Buchstabe c) gestrichen.

*Artikel 2*

Die Mitgliedstaaten setzen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft die erforderlich sind um dieser Richtlinie spätestens ab dem ...[binnen 12 Monaten nach ihrem Inkrafttreten] nachzukommen.

Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen und übermitteln ihr eine Tabelle der Entsprechungen zwischen den Bestimmungen dieser Richtlinie und den von ihnen erlassenen innerstaatlichen Vorschriften.

Wenn die Mitgliedstaaten diese Vorschriften erlassen, nehmen sie in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten der Bezugnahme.

*Artikel 3*

Diese Richtlinie tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften in Kraft.

*Artikel 4*

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

# PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS – AUS DEM BLICK- WINKEL DES EUROPARECHTS

Mag. Angelika Koman\*

\* Die Autorin ist Verwaltungsrat in der Europäischen Kommission in Brüssel und zur Zeit in der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen tätig. Dieser Bericht spiegelt die persönliche Meinung der Verfasserin wider.

*Where there is much desire to learn,  
there of necessity will be much arguing,  
much writing, many opinions;  
for opinions in good men is but knowledge in the making.*

*John Milton  
English poet (1608–1674)*

## Einleitung

PPP sind eine Realität im heutigen Wirtschaftsleben: Weder die öffentliche Hand noch private Wirtschaftstreiber können die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Wichtigkeit solcher Partnerschaften ignorieren: sind dies doch Instrumente, die es dem Staat oder den ihm untergliederten Gebietskörperschaften (Regionen, Länder, Städte, Gemeinden) ermöglichen, mit privaten finanziellen Mitteln oder Know-how ihren Auftrag zu erfüllen, der in der Schaffung einer lebenswerten Umwelt im weitesten Sinn für den Bürger besteht.

Die Gründe für das vermehrte Zurückgreifen des Staates auf die finanziellen Mittel der privaten Wirtschaft liegen generell im Spannungsfeld zwischen einem reduzierten Staatshaushalt oder einer Umverteilung der Mittel auf andere Bereiche, dem jedoch eine nicht geringer werdende Anzahl von Aufgaben gegenübersteht, die der Staat im weitesten Sinn trotz Budgetkürzungen zu erfüllen hat. Dieses Spannungsfeld hat erfinderisch gemacht: wie immer, nämlich dann, wenn neue Fallkonstellationen nicht mehr in einen vorgegebenen Rechtsrahmen passen oder diesen zu sprengen drohen, können mindestens zwei Phänomene beobachtet werden: Rechtsnormen werden so ausgelegt, dass

- neue Fallkonstellationen subsumiert werden können und daher noch in deren Anwendungsbereich fallen können oder
- neue Fallkonstellationen nicht mehr in deren Anwendungsbereich fallen, ja gar nie in den Anwendungsbereich gefallen sind (d. h. aus dem Anwendungsbereich herausfallen).

Betrachtet man die Entwicklungen im Bereich der Public Private Partnerships in Europa in den letzten Jahren, so ist genau das eingetreten.

Aber welche dieser beiden soeben genannten Vorgehensweisen ist denn nun die richtige?

Welche Entscheidung von Auftraggebern stimmt denn nun mit den auf europäischer Ebene geltenden Vergabebestimmungen überein?

Gibt es Grauzonen, in denen weder die eine noch die andere Variante anwendbar ist?

Gibt es noch ungelöste Fallkonstellationen?

Gerade weil Beiträge, wie der hier vorliegende, nicht durch ihre abstrakten rechtlichen Ausführungen, Erkenntnisse und Schlussfolgerungen leben, sondern durch Bezugnahme auf tatsächliche oder fiktive Fallbeispiele, bietet dieser Beitrag Lösungsansätze auf Fragen, wie die soeben gestellten, und versucht sie anhand von exemplarischen Fallkonstellationen<sup>1</sup> zu veranschaulichen. Selbstverständlich wird nur zu Fällen Stellung genommen, zu denen die Europäische Kommission ihre Rechtsmeinung veröffentlicht hat. Fälle, die Gegenstand von Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof waren, werden ausdrücklich als solche ausgewiesen. Alle übrigen Fälle dienen ausschließlich der Veranschaulichung der jeweils anwendbaren Rechtsnormen und werden wertneutral dargestellt.

Keinesfalls kann in diesem kurzen Beitrag der Themenbereich erschöpfend behandelt werden. Was jedoch erreicht werden soll, ist, dass Auftraggeber auf lokaler und regionaler Ebene einen kurzen Abriss über das Gedankengerüst erhalten, das sich die Europäische Kommission erarbeitet hat, um der Lösung vieler offener Fragen im Zusammenhang mit PPP einen Schritt näher zu kommen. Interessierte an der Struktur des Entscheidungsfindungsprozesses, der dem Abschluss eines Vertrages über PPP vorangeht, oder an Musterverträgen und den daran anschließenden zivil- und gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen werden auf die äußerst informativen und detaillierten Leitfäden der nationalen Behörden zu PPP verwiesen<sup>2</sup>, die häufig im Internet abrufbar sind.

Nach reiflicher Überlegung und in Anbetracht des Titels als auch des beruflichen Hintergrundes der Verfasserin des Beitrages, die während eines bestimmten Zeitraumes als Sachbearbeiterin der Europäischen Kommission den in diesem Beitrag zitierten Fall Mödling bearbeitet hat, war es wohl das Naheliegendste, die Gliederung des Beitrages in Anlehnung an den Aufbau des Grünbuches der Europäischen Kommission über PPP<sup>3</sup> zu gestalten. Mit dem Grünbuch, das der Öffentlichkeit zur Stellungnahme vorgelegt, hat die Kommission offiziell zu diesem Thema Position bezogen. Seit dem 3.5.2005 ist auch der Bericht<sup>4</sup> öffentlich erhältlich, in dem die Beiträge Dritter zusammengefasst wurden.

<sup>1</sup> In diesem Beitrag wird nur auf Fallkonstellationen Bezug genommen, die der Öffentlichkeit bekannt sind (sei es aus Printmedien, Positionspapieren von kommunalen Verbänden, Fallbeispielen in Leitfäden oder Presseaussendungen der Europäischen Kommission oder der Mitgliedstaaten). Für die Vollständigkeit der Sachverhaltselemente wird keine Gewähr übernommen.

<sup>2</sup> Leitfäden zu PPP des deutschen Bundesinnenministeriums, des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit etc. Die Skizzen in Kapitel 2 sind ebenfalls diesen Leitfäden entnommen.

<sup>3</sup> Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endg.

<sup>4</sup> Commission staff working paper, Report on the public consultation on the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public contracts and concessions, SEC (2005) 629.

Die größte Aktualität wird diesem Beitrag jedoch durch die neueste Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in Vergaberechtsangelegenheiten verliehen, die eine Klärung des „In-house“-Begriffes in der Rechtssache **Halle**<sup>5</sup> herbeiführt. Mit Spannung kann erwartet werden, ob der EuGH seine Rechtsprechung bestätigen wird und in der noch anhängigen Rechtssache **Mödling**<sup>6</sup>, einem Verfahren, das die Kommission gegen die Republik Österreich eingeleitet hat, zum gleichen Urteil gelangt.

Aber bevor diese komplexen Sach- und Rechtsverhältnisse hier besprochen werden, empfiehlt es sich zum Ausgangspunkt zurückzukehren, nämlich zur Frage, wie denn PPP beschrieben werden können?

<sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rechtssache C-26/03, Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.

<sup>6</sup> Schlussfolgerungen des Generalanwaltes, Rechtssache C-29/04, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich, vom 21.4.2005.

## **PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS (PPP) – PARTNERSCHAFTEN ZWISCHEN ÖFFENT- LICHER HAND UND PRIVATEN**

Anwendungsfelder für PPP finden sich in den Bereichen Städtebau und Stadtentwicklung, Wirtschaftsförderungen, Infrastrukturentwicklung, Forschung und Entwicklung, Technologietransfer, kommunale Ver- und Entsorgung, Umweltschutz, Kulturangebot, Bildungsbereich, Fremdenverkehr, Sozialpolitik.

## 1.1 DIMENSION UND CHARAKTERISIERUNG VON PPP

Sowohl in der Literatur als auch in der Praxis werden unterschiedliche Gliederungen, aber auch Benennungen vorgeschlagen. Die in der Folge gewählte Einteilung ist nicht als vollständig zu erachten und will auch nicht für sich in Anspruch nehmen, die einzig gültige zu sein.

### 1.1.1 Von der Eigenerledigung zur materiellen Privatisierung

Der Bogen, innerhalb dessen sich PPP ansiedeln, spannt sich von der reinen Eigenerledigung bis hin zur materiellen Privatisierung (Aufgabenprivatisierung), das ist die vollständige oder teilweise Entlassung kommunaler Aufgabenbereiche in die alleinige Verantwortung Privater. Bei der formalen Privatisierung (Organisationsprivatisierung) hingegen handelt es sich um keine PPP, denn die öffentliche Hand erfüllt weiterhin öffentliche Aufgaben, bedient sich jedoch der Instrumente des Privatrechts, insbesondere der Unternehmen, die in ihrem Eigentum sind, jedoch mit privater Rechtsform (Bsp.: Stadtwerke).

### 1.1.2 Von Finanzierungs- und Organisationsmodellen

Regelmäßig werden PPP in diese beiden Kategorien gegliedert. Jede einzelne Organisationsform bestimmt die Struktur der Finanzierung sowie der Risikoverteilung. Die exemplarisch genannten Modelle unterscheiden sich auch hinsichtlich des rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentums an den fertig gestellten Objekten mit den naturgemäß daran anschließenden steuerrechtlichen Folgen.

#### 1.1.2.1 Finanzierungsmodelle

Der Begriff der privaten Vorfinanzierung ist der Oberbegriff für gebräuchliche Modelltypen, wie Leasing- und Mietkaufmodelle. Diese Modelle zeichnen sich dadurch aus, dass Planung und Betrieb nicht Leistungsinhalt des Vertrages waren und der Schwerpunkt auf der Finanzierung lag, weil Private neben der Errichtung der Gebäude nach den fest vorgeschriebenen Planungsdaten des Auftraggebers die Finanzierung des Objektes im Rahmen eines Mietkauf- oder Leasingvertrages übernahmen. In der Regel wird das Entgelt an den Auftragnehmer erst ab dem Nutzungsbeginn gezahlt. Diese Vorgehensweise steht im Gegensatz zu konventionellen Finanzierungsmodellen, bei denen typischerweise die Entgeltzahlung in Relation zum Baufortschritt erfolgte.

In den letzten Jahren hat sich jedoch herausgestellt, dass die Finanzierung zwar eine wichtige Komponente eines PPP darstellt, die jedoch in den Gesamtzusammenhang des jeweiligen Projektes gesetzt werden muss, d. h. in Verbindung mit der Planung, der Realisierung und dem Betreiben und Verwerten zu sehen ist.

**a) Kommunalkredite**

Der weitaus überwiegende Teil von Investitionen der Gemeinden erfolgt über die Gemeindegeldentnahmen. Im Vergleich zu anderen Finanzierungsarten fallen dabei die günstigen Zinskonditionen, die schnelle Verfügbarkeit, flexible Tilgungsmodalitäten und Festzinsvereinbarungen besonders positiv ins Gewicht.

**b) Factoring (Forderungskauf)**

Im Bereich der Ver- oder Entsorgung kann eine Investition dadurch finanziert werden, dass ein privates Unternehmen zu Errichtung Kreditmittel einer Bank erhält, der im Gegenzug die künftigen Forderungen der Gemeinde gegenüber den Benutzern der Einrichtung abgetreten werden (forfaiting). Zur Finanzierung der Investition dient dabei der ausbezahlte finanzmathematisch ermittelte Barwert der zukünftigen Forderung.

**c) Leasing, sale and lease back, US Cross border Lease**

Unter Leasing wird die gewerbsmäßige Überlassung oder Vermietung von beweglichen oder nicht beweglichen Gütern verstanden. Der Leasinggeber erhält Raten als Entgelt für die Überlassung. Der Leasinggegenstand fällt nach Ablauf der Vertragslaufzeit normalerweise an den Leasinggeber zurück. Der Leasingvertrag kann jedoch auch Ankaufsrechte oder Verlängerungsrechte beinhalten. Leasingkonstruktionen kommen Gemeinden jedoch häufig teurer als Eigenerstellung der Projekte.

Beim sale and lease back Leasing werden ein öffentliches Gebäude oder eine Einrichtung an einen privaten Eigentümer verkauft und von der öffentlichen Hand wieder rückgemietet. Aus rechtlicher Sicht können solche Vertragskonstruktionen gegen das in den Gemeindeordnungen oft enthaltene Veräußerungsverbot verstoßen. Als Rechtfertigung wird man vermutlich gelten lassen, wenn sale and lease back als schnelle Finanzierungsmöglichkeit für die Sanierung, den Ausbau oder die Modernisierung einer gemeindeeigenen Immobilie gesehen wird.

Wurde diese Finanzierungsart mit einem US-Investor durchgeführt (US cross border leasing), so konnten erhebliche Steuerersparnisse erwartet werden. Die Investoren leasen oder mieten bewegliche oder unbewegliche Güter wie Kläranlagen, Wasserversorgungsanlagen etc. über mehrere Jahrzehnte von Gemeinden in Europa, um sie dann wieder sofort an diese zurückzuvermieten. Der US-Investor konnte dabei steuerliche Vorteile in den USA nutzen und als Barwertvorteile an die Gemeinden überwälzen, wodurch diese Leasingoption attraktiver als das „einfache“ Leasing war. Die Gemeinde blieb während der gesamten Finanzierungsphase zivilrechtlicher Eigentümer des Gutes. Durch Änderungen des amerikanischen Steuerrechts hat diese Finanzierungsoption an Attraktivität verloren.

**Fallbeispiel 1 – Abwasserverband, Österreich<sup>7</sup> – US cross border leasing<sup>8</sup>**

Ein österreichischer Abwasserverband besitzt Kläranlagen und Abwasserkanäle im Wert von 200 Millionen US-Dollar. Diese Infrastruktur assets sollen in ein US Lease-Modell eingebracht werden, wobei die aus dieser Finanzkonstruktion gewonnenen Erträge zum Ausbau des Kanalnetzes verwendet werden sollen. Dazu gründen die amerikanischen Partner eine Einzweckgesellschaft, einen Trust. Die Vertragsbestimmungen legen fest, dass Gläubiger des amerikanischen Investors kein Zugriffsrecht auf das im Trust befindliche Vermögen haben. Dadurch wird der österreichische Abwasserverband vor eventuellen wirtschaftlichen Schwierigkeiten des amerikanischen Investitionspartners geschützt. Der Abwasserverband vermietet langfristig seine Infrastrukturanlagen an den Trust, wobei er weiterhin Eigentümer seiner Anlagen bleibt (head lease). Im Gegenzug überweist der Trust bereits am Tag des Transaktionsabschlusses den Mietzins (meist in Form von Eigenkapital des Investors von mindestens 13% und durch von Banken gewährten Darlehen) für die gesamte Vertragslaufzeit. Bereits am selben Tag least der Abwasserverband in einem zweiten Leasingvertrag (sub-lease) die vermieteten Anlagen zurück. Dieser Leasingvertrag enthält auch die Option, nach Ablauf des sub-lease die gesamte Transaktion zu beenden. Die tatsächliche Laufzeit der gesamten Transaktion ist daher mit der Laufzeit des sub-lease begrenzt. Zur Bezahlung seiner laufenden Leasingraten aus dem sub-lease wird der Abwasserverband bis zu 97% der Mieteinnahmen aus dem head-lease auf einem Bankdepot hinterlegen und davon während der Laufzeit des sub-lease regelmäßig die Raten an den Trust überweisen, der diese Finanzmittel zur Rückzahlung der für den head-lease aufgenommenen Fremdmittel verwendet.

Nach amerikanischem Steuerrecht wird der Trust durch die langfristige Vermietung wirtschaftlicher Eigentümer der eingebrachten Vermögensgegenstände. Der Investor kann die Infrastrukturanlagen steuerlich abschreiben und den mit der Transaktion verbundenen Finanzierungsaufwand steuerlich geltend machen (die steuerliche Behandlung der Anlagengüter in Österreich bleibt unverändert). Den nach amerikanischem Recht zulässigen Steuervorteil teilt der Investor mit dem Abwasserverband. Der für den Verband entstehende Vorteil der zusätzlichen Liquidität kann bis zu 3–7% des Transaktionsvolumens ausmachen.

**d) Miete, Mietkauf**

Der Vorteil von Mietverträgen liegt darin, dass die Gemeinden weder das Sach- noch das Preisrisiko von Objekten tragen, die sie anmieten. Ebenso sind sie nicht verpflichtet, aber auch nicht

<sup>7</sup> Die Tiroler TIWAG Wasserkraft AG hat laut ihrer eigenen Stellungnahme drei Cross-Border-Leasing-Vereinbarungen geschlossen, die die Kraftwerke Sellrain-Silz, Achensee, Imst, Kirchbichl, Amlach, Kalserbach und Heinfels umfassen. Die Tiroler Wasserkraft hat aus den abgeschlossenen Verträgen, die unterschiedliche Laufzeiten haben, einen Netto-barwertvorteil – das ist der der Tiroler Wasserkraft endgültig verbleibende finanzielle Vorteil (nach Berücksichtigung aller Transaktionskosten) – von insgesamt 171 Mio. Euro lukriert. Diese Mittel wurden überwiegend zur Finanzierung der strategischen Partnerschaft zwischen Tiroler Wasserkraft und Innsbrucker Kommunalbetrieben eingesetzt. In sämtlichen Transaktionen ist das Eigentum an den genannten Kraftwerken bei der Tiroler Wasserkraft verblieben. Vertragspartner der Tiroler Wasserkraft in den bereits abgeschlossenen Transaktionen sind renommierte US-amerikanische Unternehmen aus der Versorgungsbranche, Versicherungskonzerne sowie eine Reihe internationaler und österreichischer Banken, Bericht der Finanzdirektion an den Tiroler Landeshauptmann, Landtagsdirektion 30.6.2003.

<sup>8</sup> Platzer, Die Gemeinden im Spannungsfeld zwischen Maastricht-Kriterien und Daseinsvorsorge, Zeitschrift für Gemeinwirtschaft, 39. Jahrgang/2, S. 90.

berechtigt, das Mietobjekt nach Ablauf des Mietvertrages käuflich zu erwerben (wiewohl diese Option in Mietkaufverträgen Vertragsbestandteil sein wird). Bei langfristigen Mietverträgen kann die Anpassung des Mietzinses (Steigerung) an Entwicklungen des Immobilienmarktes eine unerwartete Belastung des Gemeindehaushaltes bewirken.

Die Mietkaufoption wird häufig in Fällen verwendet, in denen private Investoren ein Gebäude errichten, das schließlich von einer Gemeinde nach einer langen (meist 20 oder 30 Jahre) Mietzeit erworben wird: die Mietraten sind tatsächliche Ratenzahlungen im Hinblick auf den Kauf eines Gebäudes.

#### e) Investorenmodell (oder auch Bauen und Finanzieren aus einer Hand)

Wird von der Gemeinde dieses Modell gewählt, dann erstellt sie eine Ausschreibung über die Errichtung eines Gebäudes durch ein Konsortium, das sich aus einem Architekten, einem Bauunternehmen und einer Bank zusammensetzt. Die ausgewählten besten Anbieter gründen eine Investorengesellschaft und vergeben die Erbringung der Bauleistung. Grundstücke werden dem Investor durch Erbbaurechtsbestellung zur Verfügung gestellt. Nach Fertigstellung des Bauwerkes hat die öffentliche Hand die Möglichkeit, dieses zu mieten, zu leasen oder durch Ratenkauf nach längerer Laufzeit (typischerweise 30 Jahre) zu erwerben.

Als Vorteil dieser Finanzierungsstruktur wird gewertet, dass durch die Beteiligung einer Bank im Konsortium eine stabile Finanzierungsgrundlage geschaffen wird.

#### f) Contracting

Contracting-Modelle werden vorwiegend im Bereich der Energiewirtschaft verwendet, wenn es darum geht, die Lieferung einer vereinbarten Leistung, wie beispielsweise Optimierung der Energienutzung, zu sichern. Der private Investor garantiert die Wärme-Energieversorgung eines Gebäudes und erhält im Gegenzug dazu von der Gemeinde ein monatliches Entgelt für die Bereitstellung der Energie und die konsumierten Quantitäten. Auch bei dieser Konstruktion kann vorgesehen werden, dass die Gemeinde nach Ablauf des Vertrages die Anlage vom Contractor unter den zuvor festgelegten Bedingungen erwirbt oder den Vertrag neu ausschreibt oder einfach nur verlängert.

#### 1.1.2.2 Organisationsmodelle

Unter den Begriff Organisationsmodelle im weitesten Sinne fallen die in der Folge genannten Betreiber-, Konzessions-, Kooperations-, Betriebsführungs- und Beteiligungsmodelle. Diese Abgrenzungen umfassen sowohl die gesellschaftsrechtliche Handlungsform als auch die funktionelle Aufgabenzuständigkeit. Es werden in der Folge nur die am häufigsten gewählten Modelle besprochen.

Von den PPP-Organisationsformen müssen all diejenigen Handlungsformen unterschieden werden, bei denen sich die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben der Regie- oder Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften, das sind öffentliche Betriebe in privater Rechtsform (GmbH, AG), bedient.

### a) Betreibermodelle

Ein Betreibermodell zeichnet sich dadurch aus, dass eine Gemeinde eine öffentliche Einrichtung teilweise oder vollständig von einem Dritten betreiben lässt. Dem Dritten werden von der Gemeinde nach öffentlicher Ausschreibung die Finanzierung, der Bau und der Betrieb der öffentlichen Anlage ganz oder teilweise übertragen. Konkret ist es so, dass isoliert oder zusätzlich zu sonstigen Leistungsinhalten der Betrieb, die Instandhaltung, Wartung oder sonstige operationale Managementaufgaben übernommen werden.

Nachdem der Betreibervertrag im Zivilrecht als selbständiger Vertragstyp nicht verankert ist, kann dieser die unterschiedlichsten Formen annehmen, abhängig vom Vertragsgegenstand:

- in Fällen, in denen neben der Betreiberleistung der Bau, die Instandhaltung und die Finanzierung der Anlage Vertragsgegenstand sind, kann der Betreibervertrag entweder Mietkauf-, Leasing- oder Mietvertrags Elemente enthalten (abhängig von den Vertragsbeendigungsklauseln);
- sind weder Bau, Instandhaltung und Finanzierung der Bau- und Instandhaltungskosten Vertragsgegenstand, sondern ausschließlich der Betrieb der öffentlichen Anlage, dann handelt es sich um einen klassischen Dienstleistungsvertrag.

Häufig erhält der Betreiber auch das Eigentum an der errichteten Anlage, entweder durch Übertragung oder durch Eigenerrichtung.

Wird jedoch die Anlage als Gemeindevorrichtung für die Öffentlichkeit betrieben, erteilt der Unternehmer die Zustimmung zur gemeinderechtlichen Widmung. Nach außen und für den Bürger ersichtlich, bleibt die Gemeinde weiterhin die Trägerin und Betreiberin der Einrichtung. Der Unternehmer erhält ein Betreiberentgelt, das sich aus der Vergütung der Betriebskosten, Zinsen, Umsatzsteuer und dem Ausgleich für die Unternehmerrisiken zusammensetzt sowie den Gewinn des Betreibers enthält. Die Gemeinde refinanziert das Betreiberentgelt durch die Benutzungsgebühren und sonstige Beiträge.

Betreiberverträge haben häufig eine lange Laufzeit und enthalten genaueste Beschreibungen – wie sonst auch beispielsweise alle typischen Dienstleistungsverträge über Entsorgungsleistungen – über den Betrieb der zu bauenden Anlage, über die Durchführung der vertraglich vereinbarten Tätigkeiten, die Festlegung der Haupt- und Nebenpflichten der Vertragsparteien, über die Finanzierung und Vergütung, Kontrolle und Haftung, über die Behandlung etwaiger Leistungsstörungen, die Möglichkeit der Einschaltung Dritter und der Vertragsanpassung.

Das Betreibermodell unterscheidet sich von der Konzession dadurch, dass das wesentliche Element der Konzession, nämlich das wirtschaftliche Risiko, das vom Konzessionsnehmer getragen wird, während der Betreiber ein solches Risiko nicht übernimmt. Ein zweiter Unterschied besteht meist darin, dass sich der Konzessionär sein Entgelt über die Benutzungsgebühren der von ihm erbauten/betriebenen Anlage holt, während der Betreiber von der öffentlichen Hand direkt für die Erbringung der Dienstleistung vergütet wird.



Abbildung 1: Betreibermodell

Auf Betreiberverträge wird insbesondere im Bereich der Abfall-/Wasserentsorgung zurückgegriffen:

#### Fallbeispiel 2 – Kläranlage in Rahden, Deutschland<sup>9</sup>

Rahden liegt in Nordrhein-Westfalen und hat 17.000 Einwohner. 75% der Haushalte sind an das öffentliche Kanalnetz angeschlossen, die verbleibenden 25% werden dezentral entsorgt. Anfang der 90er Jahre war die Kläranlage grundlegend sanierungsbedürftig und zusätzlich musste den gesetzlichen Anforderungen nach einer dritten Reinigungsstufe nachgekommen werden. Die Stadt Rahden führte eine öffentliche Ausschreibung durch und ermöglichte durch die Formulierung der Bekanntmachung sowohl Angebote, die nur auf die Errichtung einer neuen Kläranlage gerichtet waren, als auch Angebote, die sich zur Errichtung einer Anlage im Rahmen eines Betreibermodells bereit erklärten:

Der Zuschlag ging an ein Unternehmen, das ein Betreibermodell anbot mit folgenden Vertragsselementen:

- Laufzeit von 25 Jahren
- Übernahme der Altanlage durch den Betreiber
- Erbbaurechtliche Bestimmungen
- Planung, Ausbau und Finanzierung der Erweiterung der Kläranlage
- vollständige private Finanzierung der Baumaßnahmen
- Erbringung der Abwasserreinigung und Entsorgung gegen Betreiberentgelt (gemessen am Zulauf)
- die Abwasserentsorgung und die Unterhaltung des Kanalnetzes obliegt weiterhin der Gemeinde
- die Bürger zahlen der Gemeinde Abwassergebühren.

<sup>9</sup> Deutscher Städte- und Gemeindebund, Dokumentation n° 28, Public Private Partnerships.

Bewertet wurde dieses Projekt von der Stadt Rahden als positiv: insbesondere die schnelle Fertigstellung der Kläranlage durch den Betreiber, der ohne weitere Partner Planung und Bau realisierte.

Auch die sogenannten Build-Operate-Transfer-Modelle fallen in die Gruppe der Betreibermodelle. Diese sind jedoch kurzfristige Verträge, deren Schwerpunkt auf der privaten Planung, Finanzierung und Durchführung der Bauleistung liegt und am Ende der Vertragslaufzeit das Eigentum auf die öffentliche Hand übertragen werden soll. Langfristig soll das Objekt also von der Gemeinde betrieben werden, das bedeutet also, dass die Aufgabenerfüllung weiterhin im Verantwortungsbereich der Gemeinde liegt. Daher ist besonders auf die Vertragsausgestaltung zu achten, damit die Aufgaben auch langfristig ordnungsgemäß wahrgenommen werden können.

**Fallbeispiel 3 – Warnowquerung bei Rostock, Deutschland –  
Baukonzession: das erste Verkehrs-PPP in Deutschland – F-Modell<sup>10</sup>**

Im September 2003 wurde mit der Eröffnung der Warnowquerung die erste privatfinanzierte Mautstraße in Deutschland eröffnet. Bis heute ist die Warnowquerung eines von nur zwei mit Konzessionsvertrag abgeschlossenen F-Modellen. Der Ausschreibung zufolge sollten Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb von einem einzigen Anbieter realisiert werden. Dieses Projekt wurde zusammen mit einem französischen Konzern realisiert. Die Hansestadt Rostock schloss 1996 einen Konzessionsvertrag mit der Warnowquerung VerwaltungsGmbH ab, an der die Bouygues Travaux Publics 30% hielt und 70% von Macquarie, einer australischen Bank, gehalten wurden. Die VerwaltungsGmbH schloss schließlich einen Generalunternehmervertrag mit der Bouygues Travaux Publics SA ab. Rostock behielt sich als Auftraggeberin ein unmittelbares Zugriffsrecht auf die Bauüberwachung, auch wenn das konzessionierte Unternehmen über Ingenieurverträge die Bauüberwachung abgeschlossen hatte.

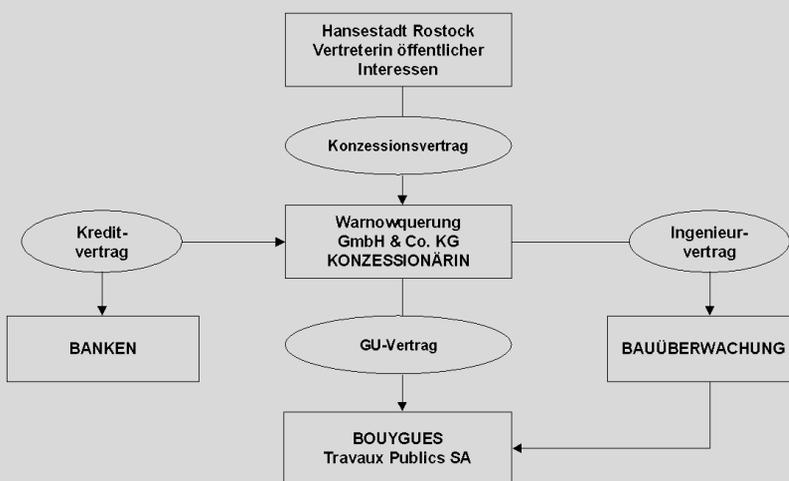


Abbildung 2: Warnowquerung

<sup>10</sup> Dieter Schörken, Warnowquerung – das erste privatfinanzierte Verkehrsprojekt Deutschlands, Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft, Heft 21, S. 89.

Dieses Projekt wurde von Vertretern der Hansestadt als sehr erfolgreich bewertet, insbesondere weil die Finanzierung schneller bewerkstelligt werden konnte, als wenn dieses Projekt ausschließlich von der öffentlichen Hand finanziert worden wäre. Das Projekt, dessen Fertigstellung erst für 2017 geplant war, konnte so schon im Jahr 2003 eröffnet werden.

*Exkurs: Bundesfernstraßenbau: Das A-Modell und das F-Modell – Betreibermodelle unter Benützung eines Konzessionsvertrages*

Beiden Modelle gemeinsam ist, dass es sich um Betreibermodelle handelt und der Vertragsgegenstand den Bau, Instandhaltung, Betrieb und Finanzierung eines Verkehrsinfrastrukturprojektes betreffen. Wie die A-Modelle, so erhalten auch die F-Modelle eine Anschubfinanzierung durch den Bund, die jedoch geringer ist und nur um die 20% der Bauinvestitionskosten beträgt.

Beim *A-Modell* übernehmen Private den Ausbau, Instandhaltung und Betrieb eines bereits vorhandenen Autobahnstreckenabschnittes. Anschubfinanzierung durch den Bund erfolgt bis zu 50% der erwarteten Kosten, zuzüglich der Einnahmen des Bundes aus der Lkw-Maut im betreffenden Autobahnabschnitt. Zusätzlich leitet der Bund die aufgrund des Autobahnmautgesetzes für schwere Lkw zu erhebende Lkw-Maut anteilig über die Vertragslaufzeit an den Betreiber weiter. Dadurch, dass der Bund die Maut selbst einhebt, ist eine gesetzliche Grundlage für den Betrieb des jeweiligen Autobahnstreckenabschnittes durch einen Privaten nicht erforderlich.

Beim *F-Modell* andererseits werden bestimmte Einzelprojekte, wie Tunnel oder Brücken, durch einen Privaten neu errichtet und betrieben. Der wesentliche Unterschied des F-Modells zum A-Modell besteht darin, dass die Refinanzierung beim F-Modell durch die Erhebung von Mautgebühren durch den Betreiber auf Grundlage des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes (FstrPrivFinG) und des Abänderungsgesetzes unmittelbar bei den Nutzern erfolgt und es daher zu einer Beleihung des Privaten durch die öffentliche Hand kommt.<sup>11</sup>

#### b) Konzessionsmodelle

Bei diesem Modell verpflichtet sich der Konzessionsnehmer, eine bestimmte Leistung unmittelbar für den Nutzer/Bürger zu erbringen, und zwar auf eigenes wirtschaftliches Risiko. Im Gegenzug dazu erhält er das Recht, seine Kosten über Entgelte oder Gebühren von den Nutzern zu finanzieren. Die Leistung kann im Bau einer Anlage (Baukonzession) oder in der Erbringung einer Dienstleistung (Dienstleistungskonzession) bestehen.

<sup>11</sup> Zu den neuesten A-Modell-Infrastrukturprojekten des deutschen Bundesverkehrsministeriums und rechtlicher Details bei der Vergabe solcher Projekte siehe Byok/Hansen, Durchbruch für das A-Modell im Fernstraßenbau?, NZBau, 5/2005, S. 241.

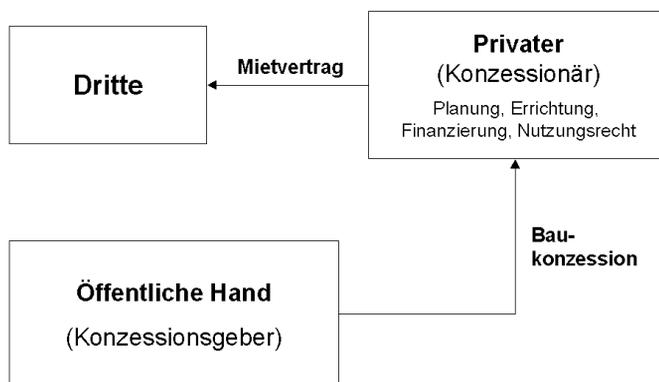


Abbildung 3: Baukonzession

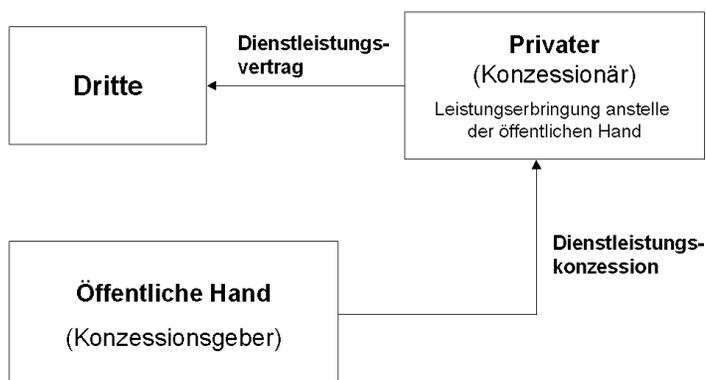


Abbildung 4: Dienstleistungskonzession

**Fallbeispiel 4 – Autobahn A6 in Spanien, Anschlussstellen Segovia und Avila und der Teilstrecke von Villalba nach Adanero<sup>12</sup>**

Die spanischen Behörden haben im Jahr 1999 eine Konzession über den Bau, Instandhaltung und den Betrieb von zwei Anschlussstellen, nämlich der von Segovia und Avila, zur Autobahn A6, und für die Instandhaltung und den Betrieb des Teilstückes von Villalba nach Adanero ausgeschrieben. Die Ausschreibung der spanischen Behörden umfasste lediglich die genannten Arbeiten und Dienstleistungen, nicht jedoch weitere Infrastrukturleistungen, die freihändig vergeben wurden und deren Auftragswert demjenigen für die beiden öffentlich ausgeschriebenene Teile der Konzession entspricht. Die zusätzlichen Infrastrukturleistungen (Bau eines neuen in

<sup>12</sup> Presseaussendung der Europäischen Kommission, IP 02/1154, 25.2.2002.

beide Richtungen nutzbaren Fahrstreifens einschließlich eines neuen Tunnels zwischen San Rafael und El Valle de los Caidos; Bau einer neuen Spur auf zwei anderen Teilstücken; Bau einer neuen Mautstelle sowie sonstige Arbeiten) wurden weder in der ersten noch in einer neuen Bekanntmachung noch im Lastenheft aufgeführt.

Die spanischen Behörden brachten zur Verteidigung vor, dass sich die bei der Konzessionsvergabe vorgenommenen Änderungen auf zwei Klauseln im Lastenheft stützen, wonach die Bieter in ihren Angeboten angeben sollten, welche allgemeinen Verkehrsführungsmaßnahmen in dem vom Bau der neuen Teilstücke betroffenen Abschnitt zu treffen sind.

Die Europäische Kommission war der Ansicht, dass die genannten Klauseln keinesfalls eine erbliche Änderung des Konzessionsgegenstandes rechtfertigen. Dies umso weniger, als diese Klauseln explizit auf den Abschnitt abstellen, der vom Bau der beiden neuen Teilstücke betroffen ist. Im Übrigen lässt nichts in den Lastenheften darauf schließen, dass die Bieter, abgesehen von den beiden genannten Teilstücken, auch Angebote für sonstige Leistungen abgeben konnten.

Daher seien sowohl das Transparenz- als auch das Gleichbehandlungsgebot verletzt worden, weil durch die Nichtveröffentlichung aller Bestandteile der erbrachten Dienstleistungen potentielle Bieter ausgeschlossen waren, die entsprechende Angebote legen hätten können.

Die Kommission muss nun entscheiden, ob die von den spanischen Behörden vorgebrachten Argumente eine ausreichende Rechtfertigung für die Rechtsverletzung darstellen oder nicht.

### **c) Kooperationsmodelle**

*(hier die gesellschaftsrechtliche Kooperation, denn öffentlich rechtliche Kooperationsverträge sind häufig Konzessionsverträge und zivilrechtliche Kooperationsverträge sind entweder Mietkauf-, Leasing- oder auch einfache Lieferverträge oder Dienstleistungsverträge mit kooperativen Elementen)*

Die öffentliche Hand und der private Partner gründen eigens für den Zweck eine Projekt- oder Kooperationsgesellschaft. Auf diese privatrechtliche Gesellschaft werden dann öffentliche Aufgaben übertragen. Die Gemeinde hält regelmäßig die Mehrheit der Anteile an einer solchen Gesellschaft. Diese Gesellschaft kann beispielsweise mit der öffentlichen Hand einen Versorgungsauftrag schließen und mit dem privaten Partner einen Betriebsführungsvertrag. Die Projektgesellschaft kann aber auch ein Gebäude errichten und es schließlich langfristig an die öffentliche Hand vermieten. Diese gesellschaftsrechtliche Kooperation wird regelmäßig durch zusätzliche Vertragsabreden ergänzt, wie Mietkaufbestimmungen, Leasing oder Konzessionsvereinbarungen.

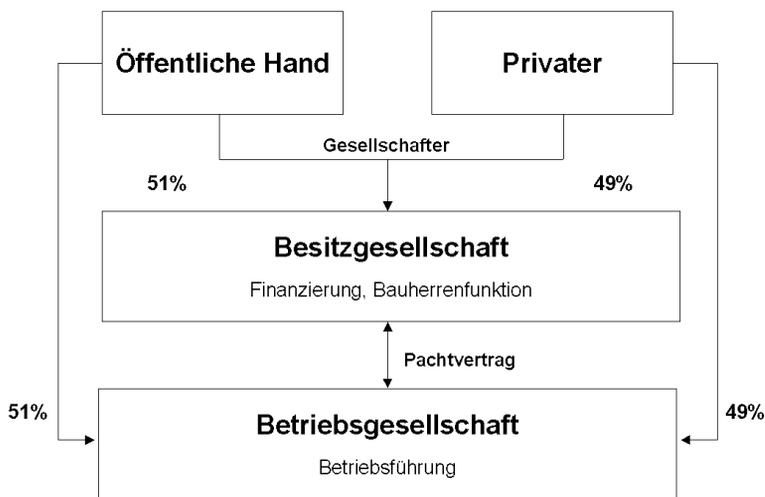


Abbildung 5: Kooperationsmodell 1

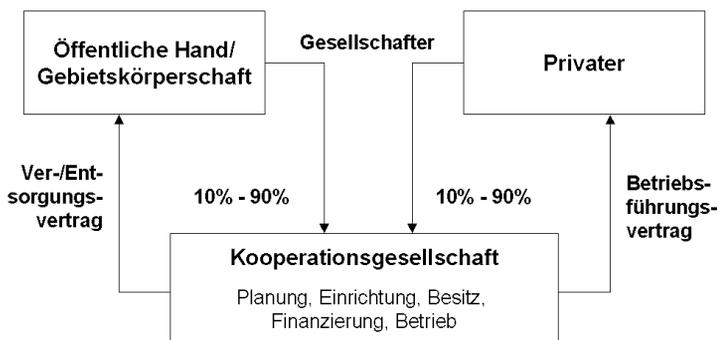


Abbildung 6: Kooperationsmodell 2

Die Abgrenzung zu Betreibermodellen ist einfach, weil schon an einem einzigen Merkmal der Unterschied festzustellen ist, ohne dass eine tiefgreifende Analyse der Vertragsbestimmungen zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Unternehmen vorzunehmen ist: für das Kooperationsmodell ist die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens charakteristisch, während beim Betreibermodell ein Unternehmen, an dem ausschließlich Private beteiligt sind, die Dienstleistung erbringt.

Auch auf Kooperationsmodelle wird mit Vorzug für die Abfallentsorgung, Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zurückgegriffen.

#### d) Beteiligungsmodell

Dieses Modell ermöglicht es einer privaten Finanzierungsgesellschaft, sich als stille Gesellschafterin an einem gemeindeeigenen Unternehmen zu beteiligen. Stille Einlagen sind Teil des Haftungskapitals und werden insbesondere aus Steuerermäßigungsgründen ausgewählt.

##### Fall 5 – Seeflughafen in Cuxhaven/Nordholz, Deutschland<sup>13</sup>

Der Marinefliegerhorst in Nordholz in Niedersachsen befindet sich im Besitz des Bundes. Zu Beginn der 90er Jahre hatte man überlegt, diesen Flughafen auch zu zivilen Zwecken zu nutzen, insbesondere weil die in der nahen Umgebung liegenden Flughäfen Bremen und Hamburg schon ausgelastet waren. Schließlich beschlossen der Landkreis Cuxhaven, die Stadt Cuxhaven und die Gemeinde Nordholz auf eine private Initiative hin im Jahr 1992 sich an der von privater Seite geplanten Flughafenbeteiligungsgesellschaft (FBG) mehrheitlich zu beteiligen. Finanziert wurde die FBG über Gemeindeträger, Zuschüsse des Bundes, des Landes Niedersachsen, der EU und frei finanziertes Kapital. Die Bauleitplanung für das Projekt konnte im Jahr 2000 abgeschlossen werden. Um die FBG solvent zu halten, musste das Stammkapital mehrmals erhöht werden. Schließlich konnten für den Flughafen keine weiteren Betreiber gefunden werden. Der Kreis Cuxhaven kaufte das Flughafengelände, übernahm die Mehrheit der Betreiber-gesellschaft und tätigte Investitionen, um sämtliche Infrastruktur für einen zivilen Flughafen zu errichten. Die Anlaufphase mit finanziellen Verlusten sollte bis zum Jahr 2005 abgeschlossen sein.

Die öffentliche Hand bewertete dieses Projekt als positiv: das Zusammenwirken von öffentlichen und privaten Interessenträgern habe das Projekt entscheidend gefördert. Ausschlaggebend war insbesondere das Einfließen von ökonomischen Prinzipien der Privatwirtschaft in die Beteiligungsgesellschaft über den privaten stillen Partner.

<sup>13</sup> Deutscher Städte- und Gemeindebund, Dokumentation n° 28, Public Private Partnerships.

### e) Betriebsführungsmodell

Bei diesem Modell überträgt die öffentliche Hand auf den Privaten lediglich die Betriebsführung und vergütet diese Tätigkeit mit einem Entgelt.

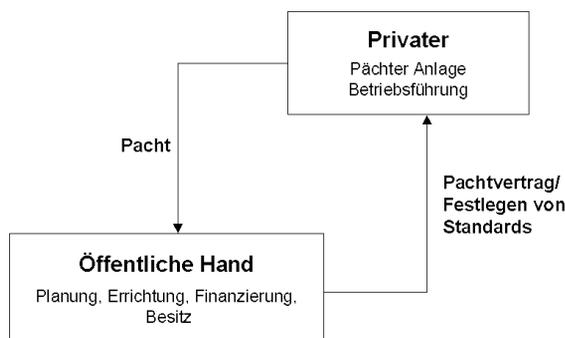


Abbildung 7: Betriebsführungsmodell

### 1.1.3 Von Vertrags-PPP zu institutionellen PPP

In der Literatur<sup>14</sup> wird die Abgrenzung der PPP auch nach ihrer strukturellen Dimension vorgenommen. Dabei geht es um die Frage, wie die Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und dem Privaten organisiert wird und in welchem Rahmen sich die Koordination des Leistungsaustausches vollzieht. Beide unterscheiden sich grundlegend in ihren Strukturen und Zielen. Das Vertrags-PPP erfordert einen kooperativen Anpassungs- und Gestaltungsbedarf aufgrund der Unsicherheit und des Prognoseproblems für Kosten, Leistungen und Risiken sowie aufgrund von Vertragskomplexitäten. Das institutionelle oder Organisations-PPP zielt auf das Management eines Ressourcen-Pools zu gemeinsamer Aufgabenwahrnehmung ab.

Die im Grünbuch der Europäischen Kommission<sup>15</sup> enthaltene Analyse der Problemstellung PPP gliedert sich ebenfalls in diese zwei Formen von PPP.

Die Kommission argumentierte diese Entscheidung damit, dass der Unterscheidung die Erkenntnis zugrunde liegt, dass die vielfältigen PPP-Formen, die in den verschiedenen Mitgliedstaaten anzutreffen sind, zwei übergeordneten Modellen zugeordnet werden können. Beide werfen spezifische Fragen der Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf, die in den nachstehenden Kapiteln separat behandelt werden. Die Unterscheidung berücksichtigt nicht die Rechtsmerkmale dieser institutionellen oder vertraglichen

<sup>14</sup> Budäus, Public Private Partnership – Ansätze, Funktionen, Gestaltungsbedarf, Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft 21, Abbildung S. 16.

<sup>15</sup> Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endg.

Konstruktionen im nationalen Recht und sagt nichts über ihre gemeinschaftsrechtliche Einstufung aus. Zweck der nachstehenden Analyse ist daher lediglich, die gewöhnlich als PPP eingestuft Konstruktionen voneinander zu unterscheiden; sie soll die später zu treffende Entscheidung unterstützen, welche gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen gelten sollen.

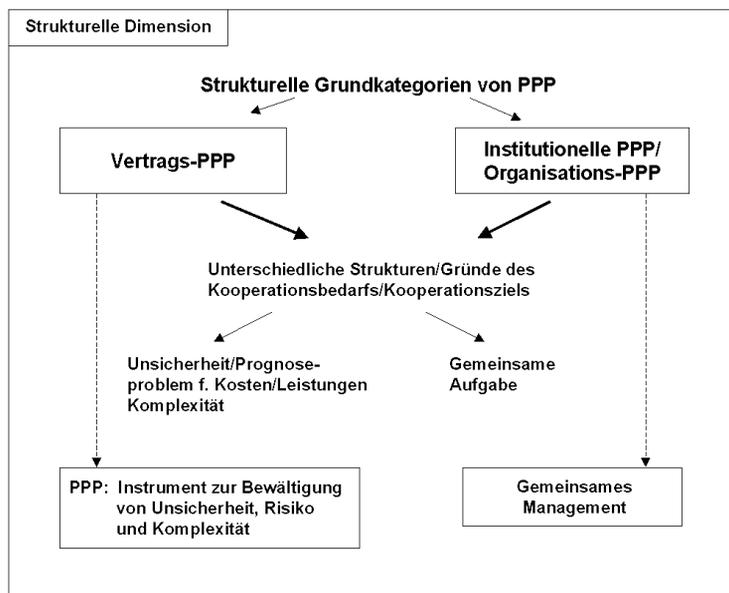


Abbildung 8: Vertrags-PPP – Institutionelle PPP

### 1.1.4 Private Finance Initiative – PFI

In ihrer Antwort auf die im Grünbuch der Europäischen Kommission gestellten ersten Frage nach den im jeweiligen Mitgliedsland bekannten Vertrags-PPP definierte die englische Regierung<sup>16</sup> PFI folgendermaßen: das am häufigsten gewählte Vertrags-PPP ist das PFI, bei dem die öffentliche Hand Verträge vergibt, um Qualitätsdienstleistungen auf langfristiger Grundlage zu erwerben, um die Vorteile aus den Managementfähigkeiten des privaten Sektors zu ziehen durch den Anreiz, dass private Finanzierer das Risiko übernehmen. Diese umfassen Konzessionen und Franchiseverträge, bei denen ein Partner aus dem privaten Sektor die Verantwortung für die Bereitstellung

<sup>16</sup> Antwort der englischen Regierung zu den im Grünbuch gestellten Fragen auf der Homepage der Europäischen Kommission, Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen, [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). Bei der deutschen Übersetzung handelt es sich um keine offizielle Fassung. Der offizielle Beitrag lautet folgendermaßen: "The most commonly used form of contractual PPP in the UK is the Private Finance Initiative (PFI), where the public sector contracts to purchase quality services on a longterm basis so as to take advantage of the private sector management skills incentivised by having private finance at risk. This includes concessions and franchises, where a private partner takes on the responsibility for providing a public service, including maintaining, enhancing or constructing the necessary infrastructure."

der Dienstleistung übernimmt, einschließlich der Instandhaltung, der Verbesserung oder des Baus der nötigen Infrastruktur.

Die PFI haben ihren Ursprung in dem 1994 im Vereinigten Königreich eingerichteten „Private Finance Panel“. In der Zwischenzeit werden 20% aller öffentlichen Investitionen im Vereinigten Königreich über PFI realisiert. PFI-Projekte werden in zwei Kategorien<sup>17</sup> unterteilt: einerseits die Projekte, bei denen die Nutzer einer von einem privaten Investor bereitgestellten Infrastruktur diesem Benutzungsentgelt zahlen (free standing projects, Straßen oder Freizeiteinrichtungen) und andererseits Projekte, bei denen die öffentliche Hand dem privaten Investor das Entgelt für die Nutzung der Infrastruktur zukommen lässt (Strafvollzugsanstalten, Informationstechnologie). Wie auch schon bei früher genannten Finanzierungsmodellen, stellt das Entgelt den Gegenwert für die tatsächlichen Leistungen des privaten Investors in Bezug auf die vereinbarte Dienstleistung dar.

#### Fall 6 – Strafvollzugsanstalt in Bridgend und Fazarkerly, Vereinigtes Königreich – PFI

Das Projekt umfasste den Entwurf, die Planung, den Betrieb und die Finanzierung zweier Strafvollzugsanstalten im Vereinigten Königreich. Die Verträge mit einer 25-jährigen Laufzeit wurden zunächst im nicht offenen Verfahren ausgeschrieben. Nachdem aber keines der eingegangenen Angebote mit den Leistungsspezifikationen übereinstimmte, ging der Auftraggeber zum Verhandlungsverfahren über und konnte schließlich den Auftrag erteilen. Interessant bei diesem ungewöhnlichen Projekt war die Gewichtung der Zuschlagskriterien: die eingegangenen Angebote wurden auf der Grundlage ihrer Erbringbarkeit, des Preises, der Qualität und Innovation beurteilt. Die letztgenannten Kriterien wurden in der Gewichtung wie folgt berücksichtigt: 20% wurden für die sichere Verwahrung der Insassen vergeben, 15% wurden für angemessene Einrichtungen und Vorkehrungen für die Bedürfnisse der Gefangenen erteilt, 15% für ein angemessenes Verwaltungssystem, 12% für ein überzeugendes Regime für Vergehen der Insassen, 12% für die Hilfe für die Wiedereingliederung der Gefangenen in die Gesellschaft und 6% für das Einfühlungsvermögen für die lokale Umgebung der Gefängnisse.

Den Vertragsbestimmungen zufolge sollte nach Vertragsablauf das Gebäude in das Eigentum des Staates übergehen. Die Dienstleistung des Betriebes wird in 25 Jahren neu ausgeschrieben werden.

#### **Anmerkung:**

*Auf den ersten Anblick mutet es ungewöhnlich an, den Betrieb und die Verwaltung einer Strafvollzugsanstalt an einen privaten Dritten zu übertragen. Dennoch hat dieses Beispiel Nachahmer gefunden: In Nordrhein-Westfalen<sup>18</sup> beispielsweise wurde in Aussicht genommen, eine Markterkundung für Justizvollzugsanstalten in Ratingen als PPP durchzuführen.*

<sup>17</sup> Für detaillierte Ausführungen zu PFI und dem Projekt der Strafvollzugsanstalt in Bridgend und Fazarkerly siehe Trybus, PFI – Private Finance Initiative in Großbritannien, Business Circle – Veröffentlichung der Konferenzbeiträge anlässlich des Seminars „Vergaberecht und Beschaffungspraxis“, 23./24.10.2003.

<sup>18</sup> Immobilien Zeitung, Nr. 16 vom 29.7.2004.

**Fall 7 – Schulgebäude Espoo, Finnland – PFI, Konzessionsvertrag<sup>19</sup>**

Espoo war die erste finnische Stadt, die ein PFI-Projekt in Angriff nahm. Ziel waren die Planung, der Bau und die Finanzierung eines Schulgebäudes durch ein privates Unternehmen, während nach Fertigstellung des Projektes die Stadt Espoo das Recht zur Nutzung der Schulräume erwarb und den Betrieb, die Reinigung, die Sicherheit und die Zurverfügungstellung von Mahlzeiten sicherstellte. Im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften wurde eine Bekanntmachung des Projektes veröffentlicht. Die „Vergabeunterlagen“ enthielten beispielsweise schon den Entwurf eines Konzessionsvertrages. Der Vertrag wurde an das wirtschaftlichst günstigste Angebot vergeben. Die Stadt Espoo hat schließlich einen Konzessionsvertrag mit einer Laufzeit von 28 Jahren mit dem Projektunternehmen unterzeichnet (wurde im Verhandlungsverfahren vergeben).

Die Stadt Espoo war mit dem Verlauf des Projektes zufrieden und plant weitere PFI. Dennoch konnte in Finnland festgestellt werden, dass vor allem noch das Vertrauen des Banksektors in Sachen Projekte wachsen muss, da Sicherheiten, die von der öffentlichen Hand gestellt werden, eher Vertrauen entgegen gebracht wird als den von privaten Konsortien gelegten Sicherheiten. Aus diesem Grund können sich finnische Gemeinden billiger am Kapitalmarkt finanzieren als private Konsortien.

<sup>19</sup> Dieses PFI wurde von Leena Karjalainen, Leiterin des juristischen Beirates der Stadt Espoo (Finnland), anlässlich eines Seminars in Brüssel vorgestellt, das am 21.10.2004 unter anderem von der Europäischen Architektenvereinigung zum Thema „Die neuen EU-Vergaberichtlinien: Europäische Harmonisierung von Vergabepraktiken im Bereich von Ingenieurberatungsdienstleistungen und Architektenleistungen“ veranstaltet wurde.

## Kapitel 2

# **DAS GRÜNBUCH DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION ÜBER PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP**

## 2.1 DAS GRÜNBUCH VOM 30.4.2004<sup>20</sup>

Im April 2004 hatte die Kommission das Grünbuch zu PPP veröffentlicht und Interessierte aufgefordert, ihre Erfahrungen und Kenntnisse über PPP mitzuteilen und darüber Auskunft zu geben, ob ein Bedarf an besonderen Rechtsvorschriften für PPP besteht oder ob die geltende Rechtslage ausreichend Rechtssicherheit bietet.

### 2.1.1 Hintergrund

Neben privaten Wirtschaftsteilnehmern hatte auch das Europäische Parlament die Kommission aufgefordert zu prüfen, ob ein Richtlinienentwurf zur einheitlichen Regulierung von Konzessionen und PPP-Formen eine Option darstellen könnte. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss hielt schon im Jahr 2002 eine gesetzgeberische Maßnahme für geboten. Daher hatte die Kommission ein Grünbuch über PPP ursprünglich schon für Ende 2003 in Aussicht genommen, im 1. Umsetzungsbericht über die Binnenmarktstrategie<sup>21</sup> das Veröffentlichungsdatum auf Frühjahr 2004 erstreckt und dieses schließlich am 4.5.2004 der Öffentlichkeit im Internet zur Stellungnahme zugänglich gemacht.

### 2.1.2 PPP – der Versuch einer Begriffsbestimmung auf EU-Ebene

Der Begriff PPP wurde erst Mitte der 80er Jahre in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt.

Das Gemeinschaftsrecht enthält keine spezifische Bestimmung, die allgemeingültig auf die unzähligen Ausformungen der PPP anzuwenden ist. Vielmehr sind auf den jeweiligen Anlassfall entweder die Prinzipien des EGV (Transparenz, Verhältnismäßigkeit, Nichtdiskriminierung), die Binnenmarktfreiheiten oder die Vergaberichtlinien anzuwenden. Dem aufmerksamen und in der Sachmaterie kundigen Leser mag diese Feststellung keiner weiteren Erklärung bedürfen, weil sie unter Vergabespezialisten zum sogenannten „Allgemeinwissen“ gehört.

Dennoch ist an dieser Stelle der Einwurf berechtigt, der um eine **Definition der PPP** ersucht und Klarheit darüber fordert, ob in bestimmten Fällen die geltenden rechtlichen Regelungen auf PPP überhaupt anzuwenden sind und wenn dies der Fall ist, welche dieser Regelungen richtigerweise zu befolgen wären:

Die Kommission war sich der Schwierigkeit des Unterfangens bewusst, mit der ein Versuch, PPP allumfassend und doch inhaltlich sinnvoll zu umschreiben, begleitet sein würde. Insbesondere ist daran zu erinnern, dass die nunmehr 25 Mitgliedstaaten der EU individuell PPP-Typen entwickelt

<sup>20</sup> Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endg.

<sup>21</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM (2004) 22 endg., 21.1.2004.

haben, die auf spezifischen nationalen Rechtsnormen aufbauen. Daher ist wohl der im Grünbuch vorerst getroffene Definitionsversuch sehr ansprechend, weil auf das Wesentliche beschränkt und breit genug, um möglichst viele PPP zu umfassen:

*„Der Terminus bezieht sich im Allgemeinen auf Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zwecks Finanzierung, Bau, Renovierung, Betrieb oder Unterhalt einer Infrastruktur oder die Bereitstellung einer Dienstleistung.“*

Diesem weiten Begriff werden jedoch durch Eckpfeiler Grenzen gesetzt, die von der Kommission als für PPP charakteristisch angesehen werden:

- langfristige Zusammenarbeit zwischen öffentlichem und privatem Partner;
- Finanzierung des Projektes wird teilweise von der Privatwirtschaft getragen;
- der öffentliche Partner konzentriert sich im Wesentlichen auf die Festsetzung der Ziele und kontrolliert deren Einhaltung, die Qualität der angebotenen Leistung, die Preispolitik;
- Risikoteilung zwischen öffentlichem und privatem Partner.

Es handelt sich also um eine Partnerschaft zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft, die darauf gerichtet ist, dass öffentliche Aufgaben effizienter und wirtschaftlicher erbracht werden als bisher.

### 2.1.3 Aufbau des Grünbuches

Ziel dieses Grünbuches ist es nicht, eine Wertung der Frage vorzunehmen, ob die öffentliche Hand die Dienstleistungserbringung an Dritte auslagern kann oder soll. Artikel 295 EGV überlässt diese Entscheidung dem Ermessen der Mitgliedstaaten. Das Grünbuch setzt in der Folgephase an, nämlich dann, wenn die Entscheidung durch den öffentlichen Auftraggeber schon gefallen ist und feststeht, dass eine bestimmte Dienstleistung oder Infrastruktur an Dritte ausgelagert wird. Ziel ist es, die Anwendung des Gemeinschaftsrechts, das für öffentliche Aufträge und Konzessionen in Kraft ist, auf die verschiedenen PPP-Typen zu überdenken.

#### *Exkurs: Die Diskussion um Artikel 295 EGV*

„Der EU-Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“, so der Inhalt des Artikels 295 EGV. Diese Bestimmung garantiert den Mitgliedstaaten, wie auch jedem Privaten, Handlungsautonomie. Die Kommission hat eindeutig kein Recht, in die Eigentumsordnungen einzugreifen.

Der ehemalige Kommissionspräsident Prodi hat in seinem Vortrag am 18.10.2002 an der Universität Paris IX Dauphine<sup>22</sup> zu den öffentlichen Dienstleistungen festgestellt, dass die Kom-

<sup>22</sup> Der Vortragstext ist nur auf Englisch und Französisch verfügbar: “First and foremost, neutrality on the subject of private or public ownership of undertakings (Art. 295 Treaty). Regardless of whether an undertaking is in private or public ownership, it has the same rights and the same obligations. Above all, we do not – we cannot – force the privatisation of public enterprises, nor do we want to.”

mission drei Grundsätze – wovon einer die Einhaltung des Artikels 295 EGV betrifft – absolut einhält:

*„Am wichtigsten ist die Neutralität im Hinblick auf die Person des Eigentümers (privater oder öffentlicher Eigentümer) im Sinne des Artikels 295 EGV. Unabhängig davon, ob ein Unternehmen im privaten oder öffentlichen Eigentum steht, stehen ihm dieselben Rechte und dieselben Pflichten zu. Darüber hinaus erzwingen wir nicht die Privatisierung öffentlicher Unternehmen; wir können dies auch nicht erzwingen.“ (freie deutsche Übersetzung)*

Es wird somit den Mitgliedstaaten überlassen, zu bestimmen, auf welche Art und Weise sie ihre Dienstleistungen vergeben wollen. Das Spektrum ist vielfältig und reicht von der Erbringung einer spezifischen Dienstleistung durch eine Gemeindeabteilung, durch Regie- und Eigenbetriebe bis hin zu Unternehmen des Privatrechts, die zur Gänze oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen.

Unabhängig von der gewählten Rechtskonstruktion ist jedoch vom Mitgliedstaat zu prüfen, welche Regeln auf Gemeinschaftsebene anzuwenden sind. An eben dieser Stelle kommen gegebenenfalls die Vergaberegeln ins Spiel.

In der öffentlichen Diskussion sollten die Kompetenzen der Kommission in Sachen Liberalisierung nicht mit der neutralen Stellung, die sie bei der Privatisierungsentscheidung einzunehmen hat, vermischt werden.

In diesem Sinne hat der ehemalige Kommissar der Europäischen Kommission für Wettbewerbsangelegenheiten, Prof. Monti, im Jahr 2000 zu den beiden Begriffen Privatisierung und Liberalisierung Folgendes ausgeführt<sup>23</sup>: *„Privatisierung und Liberalisierung sind zwei Begriffe, die obwohl sie auf Verfahren hinzielen, die oft eng und unvermeidlich miteinander verbunden sind, nicht synonym sind. [...] Die Europäische Kommission hat die institutionelle Pflicht sicherzustellen, dass die Unternehmen – ob sie nun öffentliche oder private Unternehmen sind – mit Rechten und Pflichten konfrontiert sind, die rigoros identisch zu sein haben, insbesondere was das anwendbare Staatsbeihilfenregime anbelangt. Hinsichtlich des Liberalisierungsprozesses nimmt die Kommission allerdings keine neutrale Stellung ein, sondern sie ermuntert dazu, in den Sektoren, in denen Wettbewerbsbeschränkungen bestehen, die im Hinblick auf Lösungen im Allgemeininteresse entbehrbar sind.“ (freie deutsche Übersetzung)*

<sup>23</sup> Monti, Libéralisation des services publics et croissance économique dans l'Union européenne, Revue du Droit de l'Union européenne, 2/2000, S. 245.

## 2.2 BEITRÄGE UND ANMERKUNGEN DRITTER ZUM GRÜNBUCH: DER ERGEBNISBERICHT DER KOMMISSION VOM 3.5.2005<sup>24</sup>

Der für den Bereich Binnenmarkt und Dienstleistungen zuständige Kommissar Charlie McCreevy stellte den Ergebnisbericht mit folgenden Worten vor:

*„Die Zahl der Reaktionen unterstreicht die wachsende Bedeutung öffentlich-privater Partnerschaften. ÖPP sind bei großen Infrastrukturvorhaben und öffentlichen Dienstleistungen inzwischen weit verbreitet. Sie können einen wesentlichen Beitrag zum Wachstum der EU-Wirtschaft leisten. Die Kommission muss dafür sorgen, dass die Auswahl privater Partner transparent und in fairem Wettbewerb erfolgt, nicht zuletzt, weil dadurch ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis für den Steuerzahler erzielt wird. Die Konsultation lieferte viele Argumente für und gegen EU-Maßnahmen auf diesem Gebiet. Wir werden alles genau prüfen und noch vor Ende 2005 darüber berichten, welche Schritte wir als nächstes einleiten könnten.“*

Insgesamt gingen 195 Beiträge<sup>25</sup> bei der Kommission ein. Die Absender waren Behörden, u. a. die Regierungen von 16 Mitgliedstaaten, ferner Verbände privater und/oder öffentlicher Stellen, öffentliche und private Unternehmen sowie Privatpersonen. Besonders viele Reaktionen kamen aus Deutschland, Frankreich, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Italien. Eine deutliche Mehrheit sprach sich für gesetzgeberische oder sonstige Maßnahmen im Hinblick auf Konzessionen aus, die derzeit von den ausführlichen EU-Vergabevorschriften nicht erfasst werden. Es wurde gewünscht, dass der Begriff „Konzessionen“ sowie die Vorschriften für deren Erteilung klargestellt werden und eine eindeutige Trennlinie zwischen den auf Konzessionen und auf typische Aufträge anwendbaren Rechtsnormen gezogen wird.

In vielen Beiträgen wurde die Frage aufgeworfen, wie die EU-Vorschriften bei der Auswahl der privatwirtschaftlichen Partner „institutionalisierter PPP“ angewandt werden sollten, das sind Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen und an deren Kapital öffentliche und privatwirtschaftliche Partner gemeinsam beteiligt sind.

Viele Einsender interessierten sich für den Unterschied zwischen „In-house“-Partnern und Dritten. Im Allgemeinen sprach sich der öffentliche Sektor für eine Ausweitung der Definition des Begriffs „In-house“ aus, während der Privatsektor an der engen Auslegung festhalten möchte, die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften jüngst in der Rechtssache C-26/03<sup>26</sup>, *Stadt Halle*, bestätigt wurde.

<sup>24</sup> Commission staff working paper, Report on the public consultation on the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public contracts and concessions, SEC (2005) 629.

<sup>25</sup> Der Ergebnisbericht erhält eine detaillierte Liste über alle eingegangenen Beiträge und die Beiträge selbst, insofern sie von den jeweiligen Verfassern nicht als vertraulich qualifiziert wurden.

<sup>26</sup> EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rechtssache C-26/03, *Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.

### 2.3 WAS FOLGT NACH DEM GRÜNBUCH?

Als nächsten Schritt plant die Kommission noch vor Ende 2005 eine Mitteilung zu veröffentlichen.<sup>27</sup> Dies wurde auch am 15.6.2005 von einem Kommissionsvertreter anlässlich einer Podiumsdiskussion zu „Perspektiven für die kommunale Daseinsvorsorge“ im Vertretungsbüro des Landes Baden-Württemberg bei der EU bestätigt.

Die Verbesserung des fairen Wettbewerbs lässt sich auf unterschiedlichen Wegen erreichen: durch Rechtsvorschriften, Auslegungsmitteilungen, Maßnahmen zur Verbesserung der Koordination einzelstaatlicher Praktiken oder den Austausch bewährter Verfahrensweisen zwischen den Mitgliedstaaten. Jetzt, nachdem die Kommission die Beiträge Dritter eingehend studiert und den Ergebnisbericht herausgegeben hat, kann sie auf dessen Grundlage in einer Mitteilung die weitere Vorgehensweise vorschlagen und ihre Präferenzen darlegen.

---

<sup>27</sup> Siehe Ausführungen dazu auf der Internethomepage der Generaldirektion Binnenmarkt der Europäischen Kommission, [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

# **ÜBERLEGUNGEN DER KOMMISSION ZU PPP IM GRÜNBUCH: EINE DETAILANSICHT VOR DEM HINTERGRUND DER ERGEBNISSE DER ÖFFENTLICHEN BEFRAGUNG**

Das Grünbuch gliedert PPP nach zwei Formen: PPP auf Vertragsbasis und institutionalisierten PPP. Das Grünbuch umreißt die Problemkreise um diese zwei PPP-Formen und wirft Fragen zur Stellungnahme auf. In der Folge werden die im Grünbuch dargestellten Ausführungen wieder gegeben, durch sachliche Ausführungen und durch Lehrmeinungen in der Literatur bei Bedarf ergänzt, durch Fallbeispiele veranschaulicht und durch Bezugnahme auf die Beiträge Dritter, die im Anschluss an die Veröffentlichung bei der Kommission eingegangen sind, vervollständigt.

### 3.1 PPP AUF VERTRAGSBASIS

Charakteristisch für dieses Modell von PPP ist, dass die Partnerschaft zwischen öffentlichem und privatem Akteur ausschließlich auf vertraglicher Grundlage eingegangen wird. Ansatzpunkt für die Unterscheidung der verschiedenen PPP, die dieser von der Kommission geschaffenen Kategorie angehören, ist die Art des Vertrages: es wird zwischen dem klassischen öffentlichen Auftrag und der Konzession unterschieden. Der öffentliche Auftraggeber kann seinem Vertragspartner entweder die Konzeption, die Finanzierung, die Ausführung, Renovierung oder Nutzung eines Bauwerkes oder die Bereitstellung einer Dienstleistung auftragen.

#### 3.1.1 Der öffentliche Auftrag

Die europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinien<sup>28</sup> bestimmen die einzelnen Parameter und Verfahrensschritte bei der klassischen Auftragsvergabe, anhand derer der Auftraggeber bei jeder neuen Auftragsvergabe eine „Checkliste“ mit den Elementen erstellen kann, die zu beachten sind. Dasjenige Element eines Vergabeverfahrens, das nicht nur von der Kommission, sondern auch vom Europäischen Gerichtshof als das wesentlichste herausgestrichen wurde, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen öffentlichen Auftrag oder um eine Konzession handelt, ist die Transparenz: diese muss in jeder Phase des Verfahrens sichergestellt sein und soll es jedem Interessierten ermöglichen, an einer Auftragsvergabe teilzunehmen<sup>29</sup>:

*„Zweck der Richtlinie ist es, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt.“*

<sup>28</sup> Die Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG, 93/37/EWG und 93/38/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge und zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor. Die Richtlinien werden ersetzt durch die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114; sowie die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und der Postdienste, ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1.

<sup>29</sup> EuGH, Urteil vom 3.10.2000, Rechtssache C-380/98, *The Queen vs. The University of Cambridge*, Slg. 2000, I-8035.

Schließlich haben die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz doch auch Eingang in die neue gemeinschaftliche EU-Vergaberichtlinie über die klassischen Aufträge, 2004/18/EWG, gefunden, nämlich in ihren Artikel 2:

*„Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen*

*Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nicht-diskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“*

### 3.1.1.1 Offenes, nicht offenes oder Verhandlungsverfahren

Bei der Auswahl des privaten Vertragspartners kann der Auftraggeber im Regelfall zwischen dem offenen und nicht offenen Verfahren wählen. Das **Verhandlungsverfahren** ist nur in Ausnahmefällen zulässig, die ausdrücklich in den Vergaberichtlinien genannt sind<sup>30</sup>, nämlich dann, „*wenn es sich um Arbeiten handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen*“. Dies trifft beispielsweise auf Arbeiten in einer geologisch instabilen oder in einer archäologischen Zone zu, deren Umfang zu Beginn des Verfahrens nicht vorhersehbar ist. Keinesfalls dürfen unter dem Deckmantel des Verhandlungsverfahrens Preisverhandlungen geführt werden, auch dann nicht, wenn es sich um finanztechnisch oder rechtlich komplexe Projekte handelt.

#### Fallbeispiel 8 – Abwasserentsorgung Bockhorn und Müllentsorgung Braunschweig, Deutschland

**EuGH C-20/01 Bockhorn und C-28/01 Braunschweig<sup>31</sup>, verbundene Rechtssachen Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland**

Die Gemeinde Bockhorn schloss mit dem Energieversorgungsunternehmen Weser Ems AG einen 30-jährigen Vertrag über die Ableitung von Abwässern in direkter Verhandlung ab. Die Gemeinde Braunschweig schloss ihrerseits einen langfristigen Vertrag über die thermische Behandlung von Restabfällen mit den Braunschweigischen Kohlenbergwerken ab. Dieser wurde im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben.

Der EuGH stellte fest, dass die Gemeinde Bockhorn eine Rechtsverletzung begangen hat, weil sie den Abwasserentsorgungsvertrag nach den Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EW vergeben hätte sollen. Die Gemeinde Braunschweig ihrerseits hätte nicht auf Artikel 11 Absatz 3 der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG zur Vergabe des Abfallentsorgungsvertrages zurückgreifen dürfen, denn diese Bestimmung, die das Verhandlungsverfahren festlegt, ist eng auszulegen und die Beweislast, dass außergewöhnliche Umstände tatsächlich vorliegen, die die Ausnahme rechtfertigen, demjenigen obliegt, der sich auf sie berufen will.

<sup>30</sup> Artikel 7 der Richtlinie 93/37, Artikel 11 der Richtlinie 92/50, Artikel 30 Absatz 1 (b) der Richtlinie 2004/18 (Verhandlungsverfahren).

<sup>31</sup> EuGH, Urteil vom 10.4.2003, Rechtssache C-20/01 und C-28/01, *Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*.

*Exkurs: Weiterlaufendes Verfahren vor dem EuGH<sup>32</sup>*

Im Oktober 2003 übermittelte die Kommission der Bundesrepublik eine schriftliche Aufforderung zur Äußerung, in der sie um Mitteilung der Maßnahmen bat, die Deutschland ergriffen hatte, um dem Urteil des Gerichtshofs nachzukommen. In ihrer Antwort wiederholten die deutschen Behörden indessen lediglich früher vorgebrachte Argumente, die der Gerichtshof verworfen hatte. Im Urteil wurde festgestellt, dass der Verstoß gegen das Vergaberecht während der Laufzeit des rechtswidrig vergebenen Auftrages fort dauert. Da die gegenwärtigen Verträge noch über Jahrzehnte Wirkung entfalten werden, ist die Kommission der Meinung, dass es nicht genügt, bei künftigen Ausschreibungen Verstöße zu vermeiden. Um dem Urteil nachzukommen, müssen die gegenwärtigen Verstöße beseitigt werden.

Obschon Deutschland in der Folge zusicherte, vergleichbare Verstöße in künftigen Vergabeverfahren zu vermeiden, beharrt es auf seiner Position, dass bei den konkreten Aufträgen in Braunschweig und Bockhorn kein Handlungsbedarf bestehe, da eine Beendigung der Verträge nach deutschem Zivilrecht nicht erforderlich sei. Die Kommission betonte aber wiederholt, dass das Urteil des Gerichtshofs unterstreicht, dass die nachteiligen Auswirkungen auf die Dienstleistungsfreiheit, die sich aus einem Verstoß gegen die Richtlinie 92/50/EWG ergeben, während der gesamten Laufzeit der EU-rechtswidrig geschlossenen Verträge (30 Jahre) weiter bestehen. Deshalb hat die Kommission beschlossen, den Fall erneut an den Gerichtshof zu verweisen. Der Gerichtshof kann gegebenenfalls eine Geldbuße gegen Deutschland verhängen.<sup>33</sup>

*Exkurs: Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen<sup>34</sup>*

Der EuGH hat der Kommission folgend festgestellt, dass der Auftrag in der Rechtssache „Bockhorn“ Mischcharakter hat, nämlich einerseits Dienstleistungen vergeben werden (Abwasserbehandlung), aber auch Anlagen errichtet werden, die die Abwässer ableiten sollen. Die Bauleistungen wären jedoch von untergeordneter Bedeutung und machten nicht Inhalt des Vertrages aus, wodurch der geschlossene Vertrag nicht als öffentlicher Bauauftrag zu qualifizieren ist, sondern als Dienstleistungsauftrag. Diese Rechtsmeinung des EuGH wird in der Literatur mit dem Argument in Frage gestellt, dass sich die Lebenszykluskosten – das sind die Kosten der baulichen Errichtung und der baulichen Reinvestition zu den Betriebskosten – bei einer Kläranlage in einer Relation von 50% zu 50% verhalten. Schwerlich könne daher von der „untergeordneten Bedeutung der Bauleistung“ gesprochen werden: dies würde zur Folge haben, dass es sich bei allen Aufträgen im Zusammenhang mit Bauwerken, bei denen eine entgeltliche Nutzung erfolgt, in Wirklichkeit um Nebenleistungen von Dienstleistungsaufträgen handelt, sofern nicht der Betreiber gleichzeitig öffentlicher Auftraggeber ist.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Presseaussendung der Europäischen Kommission, IP 04/428, 31.3.2004.

<sup>33</sup> Presseaussendung der Europäischen Kommission, IP 04/1294, 25.10.2004.

<sup>34</sup> Prachner, Mögliche Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen bei der Entsorgung von Müll und Abwasser – kritische Anmerkungen, RPA 2003, 117.

<sup>35</sup> Koman, Die Funktionalität des Auftraggeberbegriffes neuerlich bestätigt durch den EuGH, ZfBR, 02/2003, S. 127.

### 3.1.1.2 Der wettbewerbliche Dialog

Nachdem keines der drei soeben genannten Verfahren es dem Auftraggeber ermöglichte, bei fehlender Sach-, Rechts- oder Finanzkenntnis mit Anbietern über Konzeption, Materialnutzung oder innovative Techniken zu diskutieren, wollte die Kommission gerade für komplexe PPP eine erweiterte „Fassung“ des Verhandlungsverfahrens einführen. In Zukunft sind Verhandlungen zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern rechtlich zulässig: der **wettbewerbliche Dialog**<sup>36</sup> erlaubt es den Vergabestellen, mit Bewerbern in einen Dialog zu treten, um bedarfsgerechte Lösungen zu finden. Dieser Dialog kann auch als eine Mischung zwischen nicht offenem Verfahren, das in ein Verhandlungsverfahren übergeht, um wieder in ein nicht offenes Verfahren zu münden, beschrieben werden. Die detaillierten Bestimmungen dazu finden sich in Artikel 29 der Richtlinie 2004/18/EWG:

*(1) Bei besonders komplexen Aufträgen können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass der öffentliche Auftraggeber, falls seines Erachtens die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht möglich ist, den wettbewerblichen Dialog gemäß diesem Artikel anwenden kann.*

*Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags darf ausschließlich nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen.*

*(2) Die öffentlichen Auftraggeber veröffentlichen eine Bekanntmachung, in der sie ihre Bedürfnisse und Anforderungen formulieren, die sie in dieser Bekanntmachung und/oder in einer Beschreibung näher erläutern.*

*(3) Die öffentlichen Auftraggeber eröffnen mit den nach den einschlägigen Bestimmungen der Artikel 44 bis 52 ausgewählten Bewerbern einen Dialog, dessen Ziel es ist, die Mittel, mit denen ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können, zu ermitteln und festzulegen. Bei diesem Dialog können sie mit den ausgewählten Bewerbern alle Aspekte des Auftrags erörtern.*

*Die öffentlichen Auftraggeber tragen dafür Sorge, dass alle Bieter bei dem Dialog gleich behandelt werden. Insbesondere enthalten sie sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Die öffentlichen Auftraggeber dürfen Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines teilnehmenden Bewerbers nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben.*

*(4) Die öffentlichen Auftraggeber können vorsehen, dass das Verfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. In der Bekanntmachung oder in der Beschreibung ist anzugeben, ob diese Möglichkeit in Anspruch genommen wird.*

<sup>36</sup> Detaillierte Darstellung des wettbewerblichen Dialogs, siehe Kullack und Turner, ZfBR 04/2004, S. 348.

*(5) Der öffentliche Auftraggeber setzt den Dialog fort, bis er – erforderlichenfalls nach einem Vergleich – die Lösung bzw. die Lösungen ermitteln kann, mit denen seine Bedürfnisse erfüllt werden können.*

*(6) Nachdem die öffentlichen Auftraggeber den Dialog für abgeschlossen erklären und die Teilnehmer entsprechend informiert haben, fordern sie diese auf, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot einzureichen. Diese Angebote müssen alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten.*

*Auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers können Klarstellungen, Präzisierungen und Feinabstimmungen zu diesen Angeboten gemacht werden. Diese Präzisierungen, Klarstellungen, Feinabstimmungen oder Ergänzungen dürfen jedoch keine Änderung der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben, die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnte.*

*(7) Die öffentlichen Auftraggeber beurteilen die eingereichten Angebote anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung festgelegten Zuschlagskriterien und wählen das wirtschaftlich günstigste Angebot gemäß Artikel 53 aus.*

*Auf Wunsch des öffentlichen Auftraggebers darf der Bieter, dessen Angebot als das wirtschaftlich günstigste ermittelt wurde, ersucht werden, bestimmte Aspekte des Angebots näher zu erläutern oder im Angebot enthaltene Zusagen zu bestätigen, sofern dies nicht dazu führt, dass wesentliche Aspekte des Angebots oder der Ausschreibung geändert werden, und sofern dies nicht die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen oder Diskriminierungen mit sich bringt.*

*(8) Die öffentlichen Auftraggeber können Prämien oder Zahlungen an die Teilnehmer am Dialog vorsehen.*

Voraussetzung für die Inanspruchnahme ist, dass sich der Auftraggeber mit einem sehr komplexen Auftrag konfrontiert sieht. Artikel 1 Absatz 11 c) der Richtlinie 2004/18/EWG enthält einen Hinweis auf den Begriffsinhalt eines komplexen Auftrages:

*Für die Zwecke des Rückgriffs auf das in Unterabsatz 1 genannte Verfahren gilt ein öffentlicher Auftrag als „besonders komplex“, wenn der öffentliche Auftraggeber*

- objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel gemäß Artikel 23 Absatz 3 Buchstaben b, c oder d anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und seine Ziele erfüllt werden können und/oder*
- objektiv nicht in der Lage ist, die rechtlichen und/oder finanziellen Konditionen eines Vorhabens anzugeben.*

Als konkrete Anlassfälle werden in Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2004/18/EWG integrierte Verkehrsinfrastrukturprojekte, große Computernetze und Vorhaben mit komplexer und strukturierter Finanzierung genannt.

Die Tatsache, dass der Auftraggeber innovative Lösungen ermöglichen will oder objektiv nicht in der Lage ist zu beurteilen, was der Markt an technischen Lösungen anbietet, wird wohl auch die Wahl des wettbewerblichen Dialogs rechtfertigen: beispielsweise, wenn der Auftraggeber objektiv nicht von Anfang an entscheiden kann, ob für die wirtschaftlich günstigste Lösung eine Finanzierung durch die öffentliche Hand, ein Modell der Risikoteilung oder eine zur Gänze vom privaten Sektor getragene Lösung vorzusehen wäre.<sup>27</sup>

Trotz eines größeren Ausmaßes an Flexibilität für den Auftraggeber ist auch in diesem Verfahren sicherzustellen, dass der Grundsatz der Transparenz wie auch der Gleichbehandlung während der drei Phasen des Verfahrens beachtet werden: sowohl bei der Einladung zur Dialogphase als auch während der Dialogphase sowie bei der Zuschlagserteilung. Es ist offensichtlich, dass die Flexibilität ihre Grenzen in der bekannten klassischen strukturierten Auswahlmethode findet, die beibehalten wird, da sie Objektivität und Integrität des Verfahrens bei der Auswahl des privaten Vertragspartners garantiert. Besonders zielführend ist der wettbewerbliche Dialog in denjenigen Situationen, in denen dem Auftraggeber noch nicht alle entscheidungsrelevanten Informationen vorliegen, die es ihm ermöglichen, eindeutig zu bestimmen, dass das PPP unter Anwendung der klassischen Vergaberegeln „zu vergeben“ ist: während sich der Auftraggeber heute vor der Bekanntmachung dafür entschieden haben muss, ob er ein PPP als klassischen Auftrag oder als Konzession vergibt, kann der Auftraggeber spätestens ab 31. Januar 2006 die Dialogphase nutzen, die für ihn beste Vertragsoption zu wählen. Heute muss konsequenterweise der einmal gewählte Weg – Vergabe oder Konzession – bis zu Ende gegangen werden oder das Verfahren abgebrochen und ein neues eingeleitet werden, falls der Auftraggeber erkennt, dass er sich in der Vertragsart geirrt hat. Bei der Einleitung eines neuen Verfahrens besteht fast immer die Gefahr, dass das Prinzip der Gleichbehandlung verletzt sein könnte, nachdem diejenigen Bieter, die schon am ersten Verfahren teilgenommen hatten, den neuen Bietern gegenüber einen Wissensvorteil haben.

Will man eine Grenze zum Verhandlungsverfahren ziehen, so wird dies am ehesten mit dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung sinnvoll sein, das in Ausnahmefällen in Spiel gebracht werden kann, wenn es sich um Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige Festlegung des Gesamtpreises nicht zulassen. Man kann davon ausgehen, dass in all denjenigen Fällen, in denen das Element der Komplexität vorherrschendes Charakteristikum der Ausgangslage eines Vergabeverfahrens ist, wohl der wettbewerbliche Dialog den Anwendungsvorrang gegenüber dem Verhandlungsverfahren genießt.

#### Die Ergebnisse der Konsultation durch das Grünbuch

Von vielen wurde der wettbewerbliche Dialog als nützliches Instrumentarium für die Auftragsvergabe bewertet. Eine Mehrheit sprach sich dafür aus, dass die Anwendungsfelder des Verhandlungsverfahrens als auch die des wettbewerblichen Dialogs eindeutig und klar abgegrenzt werden. Von einigen Interessenvertretern wurde ins Treffen geführt, dass die Kommission die auf das Verhandlungsverfahren anwendbaren Regeln zu restriktiv interpretiert (*Bundesrepublik*

<sup>27</sup> Braun, Neue Tendenzen im europäischen Vergaberecht – Ein Ausblick, NZBau 2002, S. 1.

*Deutschland*). Die *Republik Österreich* führte in diesem Zusammenhang aus, dass bei einem sehr komplexen PPP durchaus die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vorliegen können. Dies sei insbesondere dann der Fall, in dem der wettbewerbliche Dialog ganz einfach nicht das bestgeeignetste Verfahren für die Vergabe des Auftrages ist.

Insbesondere wird die Kommission schon zum jetzigen Zeitraum, da der wettbewerbliche Dialog noch nicht zur Verfügung steht, von Dritten in Antizipation möglicher Problemsituationen ersucht, detaillierte Regelungen über dessen Anwendungsbereich, den Komplexitätsbegriff, die Auswirkungen auf die Kosten und die Fragen des geistigen Eigentums zu erarbeiten.

### 3.1.2 Die Konzession

Kennzeichen einer Konzession ist die direkte Verbindung zwischen dem privaten Leistungserbringer und dem Nutznießer der Leistung/des Bauwerkes, dem Endnutzer: der Private stellt der Öffentlichkeit anstelle des öffentlichen Partners, aber unter Aufsicht des letzteren, eine Dienstleistung/ein Bauwerk bereit. Im Gegensatz zu den Verträgen der klassischen Auftragsvergabe besteht die Gegenleistung für die erbrachten Leistungen/das erbrachte Bauwerk im Recht zur Nutzung der Dienstleistung/des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises.<sup>38</sup> Der Private erhält seine Vergütung in Form von Gebühren, die er unmittelbar beim Nutznießer einheben kann. Der Konzessionsgeber kann bei Bedarf ergänzende Zahlungen an den Privaten erbringen und die Differenz zwischen eingehobener Gebühr und Kostendeckung oder marktüblicher finanzieller Gegenleistung für die Erbringung einer speziellen Dienstleistung dadurch ausgleichen.

Mit dem Nutzungsrecht geht aber auch die Verantwortung für die Nutzung einher.<sup>39</sup> Damit trägt der Konzessionär, anders als der klassische Auftragnehmer, die sich aus der Natur der Nutzung ergebenden wirtschaftlichen Risiken. Die Verantwortung bezieht sich sowohl auf die technischen und finanziellen Aspekte als auch auf die Verwaltung der Dienstleistung/des Werks. Der Mitteilung der Kommission zufolge obliegt es dem Konzessionär, die notwendigen Investitionen durchzuführen, damit beispielsweise das Bauwerk den Benutzern ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt werden kann. Er trägt auch das Risiko der Amortisierung des Werks und auch jene Risiken, die sich aus der Natur der Verwaltung und der Auslastung ergeben.

Regelmäßig liegt in der Konzessionsverleihung auch eine Betrauung mit „Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ (im deutschen Sprachgebrauch auch als Dienstleistungen der Daseinsvorsorge bekannt).

<sup>38</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich der Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C 121, 29.4.2000, S. 2.

<sup>39</sup> Weitere Überlegungen zur Auslegung des Begriffes des wirtschaftlichen Risikos, siehe R. Passerieux und J.-M. Thouvenin, *Le Partenariat Public/Privé a la croisée des chemins, entre Marche et Concession*, *Revue du Marche commun et de l'Union européenne*, n° 487, April 2005, S. 232.

### 3.1.2.1 Baukonzession

Auf der Ebene der Sekundärgesetzgebung finden sich ausschließlich Bestimmungen über Baukonzessionen in der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG. Danach steht es dem Konzessionsgeber frei zu entscheiden, nach welchem Verfahren er die Konzession vergeben will, weil die Richtlinie 93/97/EWG darüber keine Feststellung trifft. Dennoch ist der Auftraggeber verpflichtet, ein Minimum an Verfahrenselementen einzuhalten, die auch ein Vergabeverfahren im ursprünglichen Sinn charakterisieren: eine öffentliche Bekanntmachung der Konzession, Einhaltung der dafür vorgesehenen Fristen und die Veröffentlichung über die erfolgreiche *Vergabe* der Baukonzession. Unabhängig davon unterliegen die Auftraggeber natürlich weiterhin allen gemeinschaftlichen Regelungen des EGV im vollen Umfang, insbesondere dem Diskriminierungsverbot (Artikel 12 EGV).

Die Unterscheidung von Bau- und Dienstleistungskonzession ist von Relevanz, weil ein anderes Rechtsregime anwendbar ist, das aber letztendlich in die Verpflichtung beider Konzessionstypen mündet, die Prinzipien des EGV zu beachten.

#### Fallbeispiel 9 – Stintino, Italien – Wasserbauvorhaben<sup>40</sup>

Die Kommission wird Italien vor dem Gerichtshof wegen der Vergabe eines Bauauftrags über eine Reihe von Wasserbauvorhaben in der Gemeinde Stintino (Sassari) verklagen. 1991 wurde in einem freihändigen Verfahren eine Vereinbarung über die Durchführung dieser Arbeiten geschlossen, der im Laufe der Zeit elf weitere Vereinbarungen folgten, die letzte 2001. Nach Auffassung der Kommission verstößt die direkte Vergabe dieses Auftrags ohne vorherige Ausschreibung gegen die Richtlinie 71/305/EWG, die zur Zeit der ursprünglichen Vereinbarung Gültigkeit hatte.

### 3.1.2.2 Dienstleistungskonzession

Die Mitgliedstaaten und nicht die Europäische Kommission – eine Tatsache, die in den oft sehr animiert geführten Diskussionen um eine mögliche Richtlinie über Konzessionen von den Befürwortern eines solchen Instrumentes vergessen wird – konnten sich bekannterweise in letzter Sekunde nicht auf eine Definition der Dienstleistungskonzession einigen und daher finden sich dazu keine Bestimmungen in der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie<sup>41</sup>. Die Kommission hat ihrem Bedauern darüber während des Gesetzgebungsprozesses, der schließlich zur Verabschiedung der Dienstleistungsrichtlinie führte, folgendermaßen Ausdruck verliehen:

*„Der Rat hat beschlossen, die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungskonzessionen in den Artikel [...] und im Anhang V des geänderten Vorschlags nicht anzunehmen, weil die Übertragung der Aufgabe, öffentliche Dienstleistungen zu erbringen, in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr verschieden gehandhabt wird und sehr unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegt. Dies führt zu der Befürchtung, dass die Vorschriften nicht in*

<sup>40</sup> Presseaussendung der Europäischen Kommission, IP 05/314, 16.3.2005.

<sup>41</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament zum gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, SEK (92) 406 endg., 5.3.1992.

*allen Mitgliedstaaten dieselben Wirkungen entfalten und dass sie insbesondere bestimmte Formen der Dienstleistungserbringung durch Dritte, die auf einer Verwaltungsentscheidung und nicht auf einer Konzession beruhen, nicht erfassen. Eine Lösung, die diese Befürchtung ausgeräumt hätte, konnte nicht gefunden werden.*

*Die Kommission bedauert dies, weil der uneingeschränkte Zugang zu öffentlichen Dienstleistungskonzessionen auf diese Weise nicht verwirklicht wird. Obwohl unbestreitbar ist, dass Konzessionen in manchen Mitgliedstaaten mehr als in anderen verwendet werden, ist die Kommission der Ansicht, dass die gegenwärtige Entwicklung bei Konzessionsverträgen dafür sorgen wird, dass in allen Mitgliedstaaten entsprechende Möglichkeiten entstehen.*

*Die Kommission erkennt jedoch an, dass die Sorgen wegen der unterschiedlichen Tragweite von Konzessionen und der unterschiedlichen Formen der Aufgabenübertragung ausgeräumt werden müssen. Aus diesem Grund ist sie mit der Streichung der entsprechenden Vorschriften in ihrem Vorschlag einverstanden. Sie wird zu gegebener Zeit nach weiteren Untersuchungen auf dieses Thema zurückkommen.“*

Die neue Vergaberichtlinie 2004/18/EWG<sup>42</sup> enthält hingegen in Artikel 1 Punkt 4 eine Definition der Dienstleistungskonzession, die vom Diskriminierungsverbot (Artikel 3) erfasst ist, auch wenn diese jedoch wiederum im Artikel 17 vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen wird:

*„Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“*

Auch an dieser Stelle gilt, was schon zu Beginn zum öffentlichen Auftrag hervorgehoben wurde: das Fehlen detaillierter rechtlicher Bestimmungen in den Vergaberichtlinien zur „Vergabe“ von Konzessionen ist nicht dahingehend auszulegen, dass diese „freihändig“ vergeben werden können. Der EuGH hat dazu eindeutig Stellung genommen, indem er den von der Kommission schon in ihrer Mitteilung zu Konzessionen<sup>43</sup> eingeschlagenen Weg ausdrücklich bestätigt hat.

In der Rechtssache *Telaustria*<sup>44</sup> hat er die Feststellung getroffen, dass *„[...] entgeltliche, schriftliche Verträge, die ein Auftraggeber (im gegenständlichen Fall handelte es sich um öffentliches Unternehmen und der a priori Anwendbarkeit der Richtlinie 93/38/EWG) mit einem Unternehmen abschließt und die Gegenleistung des Auftraggebers in der Erteilung des Rechtes zur Verwertung der erbrachten Leistung besteht, nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen. [...] Dennoch haben die Auftraggeber in diesen Fällen die*

<sup>42</sup> Richtlinien 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114.

<sup>43</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich der Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C 121, 29.4.2000, S. 2, insbesondere Ziffer 3.1.2.

<sup>44</sup> EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rechtssache C-324/98, *Telaustria*, Slg. 2000, I-10745.

*Grundregeln des EG-Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten, das insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist. Kraft dieser Verpflichtung [muss] der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen [...], der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.*“ Wenn der EuGH auch in diesem richtungsweisenden Urteil die Grundprinzipien des primärrechtlichen Ausschreibungswesens umrissen hat (Diskriminierungsverbot, Transparenzpflicht und Gebot der Wettbewerbsoffenheit), so enthält es jedoch keine detaillierten Angaben darüber, wie der Begriff Transparenz im Zusammenhang mit Dienstleistungskonzessionen im Detail auszulegen ist. Der Auftraggeber kann sich dazu an den Prinzipien des EGV orientieren und er hat zumindest eine angemessene Bekanntmachung und die Unparteilichkeit während des gesamten Verfahrens zu garantieren.<sup>45</sup>

#### Fallbeispiel 10 – Betrieb öffentlicher Parkplätze Brixen<sup>46</sup> – Italien

##### EuGH C-458/03, Parking Brixen GmbH

Dienstleistungsvertrag/-konzession, In-house

Ein italienisches Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen hat folgenden Sachverhalt und Fragen zur Auslegung dem EuGH vorgelegt:

Die Gemeinde Brixen hat in den Jahren 2001 und 2002 – jeweils ohne öffentliche Ausschreibung – den Betrieb zweier öffentlicher Parkplätze auf ihre Tochtergesellschaft, die Stadtwerke Brixen AG, übertragen. Beide Parkplätze liegen auf verschiedenen Parzellen: für Parzelle 491/11 räumte die Stadt Brixen der Stadtwerke Brixen AG das Baurecht für die Errichtung von Abstellplätzen, aber kein Nutzungsrecht ein, für die Parzelle 491/6, auf der sich 200 Stellplätze befinden, darf die Stadtwerke Brixen AG von den Nutzern ein Entgelt verlangen und erhält zusätzlich für den Betrieb der Parkplätze eine Fixsumme, deren Betrag bei Erhöhung der Parkentgelte anteilig steigt. Die Stadtwerke Brixen AG ist Rechtsnachfolgerin der Stadtwerke Brixen, eines früheren Eigenbetriebs (auch Sonderbetrieb genannt) der Gemeinde Brixen. Dieser Eigenbetrieb besaß bereits seit dem 1.1.1999 Rechtspersönlichkeit sowie unternehmerische Selbständigkeit und wurde im Oktober 2001 von der Gemeinde in Anwendung von Artikel 115 des Decreto legislativo 267/2000 in eine Aktiengesellschaft, die Stadtwerke Brixen AG, umgewandelt. Zu den Aufgaben der Stadtwerke Brixen AG gehören Dienstleistungserbringung in zur Daseinsvorsorge gehörenden Gebieten, insbesondere in den Bereichen der Wasservers- und -entsorgung, der Wärme- und Energieversorgung, des Straßenbaus, der Abfallentsorgung, des Personen- und Gütertransports sowie der Informatik und Telekommunikation tätig

<sup>45</sup> Nachdem diese Grundsätze sogar bei der Vergabe von Leistungen zu beachten sind, die a) unterhalb des Schwellenwertes liegen (EuGH, Urteil vom 3.12.2001, Rechtssache C-59/00, *Vestergaard*, Slg.2001, I-9505; EuGH, Beschluss vom 30.5.2002, Rechtssache C-358/00, *Deutsche Bibliothek*, Slg. 2002, I-4685) und daher von der Anwendung der Vergaberichtlinien ausgenommen sind und die b) nicht prioritäre Dienstleistungen sind, gelten diese mindestens auch für Konzessionen.

<sup>46</sup> Schlussfolgerungen des Generalanwaltes vom 1.3.2005, Rechtssache C-458/03, *Parking Brixen GmbH*.

werden, und zwar jeweils auf lokaler, nationaler und internationaler Ebene. Auch der Betrieb von Parkplätzen und Parkgaragen mit den damit zusammenhängenden Tätigkeiten gehört zu ihren Aufgaben. Alleinige Aktionärin der Stadtwerke Brixen AG war zum Zeitpunkt der Übertragung der beiden Parkplätze und auch darüber hinaus die Gemeinde Brixen.

Verwaltet wird die Stadtwerke Brixen AG von einem Verwaltungsrat, der aus drei bis sieben Mitgliedern besteht und von der Gesellschafterversammlung ernannt wird, wobei die Gemeinde Brixen in jedem Fall die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates benennen darf. Es steht dem Verwaltungsrat die Vollmacht zur ordentlichen Verwaltung der Gesellschaft zu, welche allerdings mehreren Beschränkungen unterliegt und insbesondere in einigen Fällen die Vornahme von Rechtsgeschäften lediglich bis zu einer wertmäßigen Höhe von 5 Mio. Euro je Geschäftsvorfall umfasst. Der Aufsichtsrat besteht aus drei effektiven Mitgliedern und zwei Ersatzmitgliedern, von denen die Gemeinde Brixen mindestens zwei effektive Mitglieder und ein Ersatzmitglied bestellt. Der frühere Sonderbetrieb Stadtwerke Brixen hatte in sachlicher Hinsicht ähnliche Aufgaben wie die jetzige Stadtwerke Brixen AG, allerdings waren diese auf das Zuständigkeitsgebiet der Gemeinde und auf die gebietsüberschreitende Kooperation mit anderen Betrieben beschränkt. Sein Aufgabenkreis umfasste bereits die Führung von Parkplätzen und Parkhäusern, aber beispielsweise noch nicht die Bereiche der Informatik und Telekommunikation. Der Verwaltungsrat der Stadtwerke wurde seinerzeit vom Gemeinderat gewählt und unterlag bei seiner Tätigkeit den vom Gemeinderat aufgestellten Richtlinien.

Das Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen suchte zu ergründen, ob gegenständliche Vergabe über die Führung eines Parkplatzes einen Dienstleistungsvertrag oder eine Konzession darstellt und wenn ja, ob dieser Vertrag freihändig vergeben werden kann, wenn er an eine Aktiengesellschaft vergeben wird, die durch die Umwandlung eines Eigenbetriebs einer Gemeinde entstanden ist und deren Aktienkapital zum Zeitpunkt der Vergabe zu 100% von der Gemeinde selbst gehalten wird, deren Verwaltungsrat jedoch alle weitgehenden Vollmachten der ordentlichen Verwaltung innehat bis zu einem Wert von 5 Mio. Euro pro Geschäftsfall (Frage nach „In-house“-Rechtsverhältnis).

Der Generalanwalt stellte auf der Grundlage dieser Fakten zur ersten Frage fest, dass die Gegenleistung für den Betrieb des Parkhauses auf Parzelle 491/6 ausschließlich in der Erlaubnis für die Stadtwerke Brixen AG besteht, von den Benutzern des Parkplatzes ein Benutzungsentgelt zu erheben. Wirtschaftlich betrachtet kann auf diese Weise die Stadtwerke Brixen AG die Früchte aus den von ihr erbrachten Leistungen ziehen, also aus dem Betrieb und der Unterhaltung des Parkplatzes. Gleichzeitig trägt sie aber auch das wirtschaftliche Risiko des Parkplatzbetriebs, da sie aus den eingenommenen Nutzungsentgelten nicht nur die laufenden Kosten, sondern darüber hinaus auch die Instandhaltung der Parkfläche sowie die an die Gemeinde abzuführende jährliche Entschädigung zu finanzieren hat. All dies spricht gegen die Annahme eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags und für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession.

Zur zweiten Frage führte er aus, dass wenn eine Gemeinde den Betrieb eines öffentlichen entgeltpflichtigen Parkplatzes ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens an eine Aktiengesellschaft vergibt, deren alleinige Aktionärin sie ist, so verstößt sie nicht gegen die Artikel 43 EG, 49 EG und 86 EG verstößt, sofern die Gemeinde über diese Aktiengesellschaft

eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Aktiengesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gemeinde verrichtet.

Die Ausübung einer ähnlichen Kontrolle wie über eigene Dienststellen ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, das Kapital dieser Aktiengesellschaft innerhalb einer bestimmten Frist in der Zukunft für die Beteiligung Dritter zu öffnen oder weil die Organe dieser Aktiengesellschaft weitreichende Befugnisse in der laufenden Geschäftsführung haben.

Eine Tätigkeit im Wesentlichen für die Gemeinde ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil nach der Satzung dieser Aktiengesellschaft ihr mögliches Betätigungsfeld in sachlicher wie örtlicher Hinsicht weit ist; vielmehr kommt es auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit an.

Es bleibt zu erwarten, welches Urteil der EuGH in dieser Sache fällen wird.

#### Fallbeispiel 11 - Konzession für die Verwaltung der öffentlichen Dienstleistung der Gasversorgung<sup>47</sup> – Italien

##### EuGH C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) gegen Comune di Cingia de' Botti

Das Coname hatte mit der Gemeinde Cingia de' Botti einen Vertrag über die Vergabe der Dienstleistung, die in der Wartung, der Leitung und der Überwachung des Methangasnetzes besteht, für die Zeit vom 1.1.1999 bis zum 31.12.2000 geschlossen. Mit Schreiben vom 30.12.1999 teilte die Gemeinde dem Coname mit, dass der Gemeinderat die Dienstleistung der Verwaltung, des Vertriebs und der Wartung der Anlagen für die Methangasversorgung für die Zeit vom 1.1.2000 bis zum 31.12.2005 mit Beschluss vom 21.12.1999 Padania anvertraut habe. Das Stammkapital des letztgenannten Unternehmens ist überwiegend in öffentlicher Hand und wird von der Provinz Cremona und nahezu sämtlichen Gemeinden der Provinz gehalten. Die Gemeinde Cingia de' Botti hält am Stammkapital der Gesellschaft eine Beteiligung von 0,97%. Mit der Dienstleistung, um die es im Ausgangsverfahren geht, wurde Padania im Wege der unmittelbaren Vergabe gemäß Artikel 22 Absatz 3 Buchstabe e des Gesetzes Nr. 142/1990 betraut. Das Coname, das beim vorlegenden Gericht insbesondere die Aufhebung des Beschlusses vom 21.12.1999 beantragt, macht geltend, dass der erwähnte Dienstleistungsauftrag im Wege der Ausschreibung zu vergeben gewesen wäre.

Der Gerichtshof stellte fest, dass an der gegenständlichen Konzession auch ein in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Gemeinde Cingia de' Botti niedergelassenes Unternehmen Interesse haben kann. Daher liegt in der ohne jede Transparenz erfolgten Vergabe dieser Konzession an ein im letztgenannten Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen eine unterschiedliche Behandlung zum Nachteil des in dem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen

<sup>47</sup> EuGH, Urteil vom 21.7.2005, Rechtssache C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) gegen Comune di Cingia de' Botti.

Unternehmens. In Ermangelung jeder Transparenz hat nämlich Coname keine tatsächliche Möglichkeit, sein Interesse am Erhalt der erwähnten Konzession kundzutun. Eine solche unterschiedliche Behandlung, die durch den Ausschluss aller in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen hauptsächlich diese benachteiligt, stellt, sofern sie nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt ist, eine verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Der EuGH folgerte weiter, dass aus den Akten des Ausgangsverfahrens nicht hervorgehe, dass wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung vernünftigerweise angenommen werden könnte, dass ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen niedergelassen ist, dem die Gemeinde Cingia de' Botti angehört, kein Interesse an der in Rede stehenden Konzession hätte und dass die Auswirkungen auf die betreffenden Grundfreiheiten daher zu zufällig und zu mittelbar wären, als dass auf eine Verletzung dieser Freiheiten geschlossen werden könnte. Die Tatsache, dass die Gemeinde Cingia de' Botti eine Beteiligung von 0,97% am Stammkapital von Padania hält, stellt für sich allein keinen objektiven Umstand dar, der eine solche unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte. Selbst wenn man nämlich in der Notwendigkeit für eine Gemeinde, eine Kontrolle über den Konzessionsinhaber auszuüben, der eine öffentliche Dienstleistung verwaltet, einen objektiven Umstand sehen wollte, der geeignet ist, eine mögliche unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen, so ist die Beteiligung von 0,97% doch so geringfügig, dass sie eine solche Kontrolle nicht ermöglichen kann, wie das vorliegende Gericht selbst ausführt.

In der mündlichen Verhandlung hat die italienische Regierung im Kern geltend gemacht, dass die meisten italienischen Gemeinden im Gegensatz zu den Großstädten dieses Landes nicht über die Mittel verfügten, durch interne Strukturen öffentliche Dienstleistungen wie die Gasversorgung in ihrem Gebiet zu gewährleisten, und sich daher gezwungen sähen, auf Strukturen wie Padania zurückzugreifen, an deren Kapital mehrere Gemeinden Beteiligungen hielten. Der Gerichtshof stellte dazu fest, dass eine Struktur wie Padania nicht mit einer Struktur gleichgesetzt werden kann, durch die eine Gemeinde oder eine Stadt intern eine öffentliche Dienstleistung verwaltet. Wie aus den Akten hervorgeht, ist Padania eine Gesellschaft, die zumindest teilweise privatem Kapital offen steht, so dass dieses Unternehmen im Hinblick auf die beteiligten Gemeinden nicht als eine Struktur der „internen“ Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung betrachtet werden kann.

Ein weiterer Aspekt, von dem sich die Kommission eine Klärung auf der Grundlage der eingehenden Antworten erhoffte, ist die Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, Konzessionen demselben Regelwerk zu unterwerfen, das für die Vergabe von PPP auf Vertragsbasis gilt.

Obwohl einerseits Unsicherheit über die bei Konzessionsvergabe anzuwendenden Regeln besteht, hegen nur wenige Mitgliedstaaten den Wunsch nach harmonisierten Regelungen auf europäischer Ebene. Aus dem Bestreben nach einer größeren Rechtssicherheit und im Hinblick auf die Öffnung des Beschaffungsmarktes, die dazu führen soll, dass Europa tatsächlich bis 2010 *zum dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt* werden soll, aber auch im Hinblick auf die optimale Nutzung der vom Steuerzahler in den Staatshaushalt geleisteten Abgaben, soll überlegt werden, ob es nicht doch erstrebenswert wäre, einen Richtlinienvorschlag über die Konzessionserteilung in Erwägung zu ziehen.

### Die Ergebnisse der Konsultation durch das Grünbuch

Die Problematik der Abgrenzung zwischen den verschiedenen öffentlichen Vertragsarten und Konzessionsverträgen und die damit verbundene Rechtsunsicherheit wurde als wesentliches Problem beurteilt. Auch die Diskriminierung von Konzessionsmodellen durch die Regionalpolitik der Europäischen Gemeinschaft und die Vorteile nationaler Unternehmen wurden als schwierig eingestuft. Eine Mehrzahl der Beiträge spricht sich dafür aus, dass Konzessionen unter ein eigenes Rechtsregime fallen sollten. Ein breiter Konsens besteht darüber, dass auf öffentliche Verträge und Konzessionsverträge nicht dieselben Bestimmungen anzuwenden sind. Andererseits gibt es Stimmen, wie diejenige des *Vereinigten Königreiches*, die sich für eine Angleichung der auf die Bau- und Dienstleistungskonzessionen anwendbaren Regelungen aussprechen, ein neues Rechtsinstrument über Konzessionen allgemein aber für entbehrlich halten (so auch *RWE Thames Water*<sup>48</sup>). Die *französische Regierung* spricht sich dafür aus, dass die Kommission Leitlinien für Dienstleistungskonzessionen veröffentlichen sollte, da die anwendbaren Regelungen nicht ausreichend klar und präzise sind. Ein Hauptargument, das jedoch gegen eine Initiative im Bereich der Konzessionen ins Treffen geführt wird, ist die unbedingte Notwendigkeit einer Flexibilität des Verfahrens, das in die Erteilung einer Konzession münden soll. Viele Interessenvertreter sprechen sich schließlich für eine horizontale Maßnahme in diesem Bereich aus, während sich eine geringe Minderheit dagegen ausspricht.

#### 3.1.3 Privat initiierte PPP

In einigen Mitgliedstaaten ist gesetzlich festgelegt, dass der Privatsektor selbst die Initiative zu PPP ergreifen kann, in anderen Staaten hat sich im gesetzleeren Raum eine solche Praxis entwickelt (meist für Bauvorhaben, wie von Parkgaragen, oder den Betrieb von Infrastrukturen etc.). Der private Partner arbeitet mit oder ohne Aufforderung der Verwaltung einen ausführlichen Projektvorschlag aus, wodurch schon frühzeitig die Bereitschaft zu Investitionen und die Entwicklung von technisch innovativen Lösungen am Markt erkannt werden kann.

Auch bei privat initiierten PPP handelt es sich um öffentliche Vorhaben und es sind daher – je nach Ausgestaltung des Vertrages zwischen dem öffentlichen und privaten Partner – entweder die Bestimmungen der Vergabekoordinierungsrichtlinien oder die wesentlichen Schritte für die Erteilung einer Konzession einzuhalten. Wesentlich ist die Einhaltung des Transparenzprinzips, wodurch allen Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit gegeben werden soll, Zugang zu dieser Art von Vorhaben zu erhalten. Die Transparenz wird durch die angemessene Bekanntmachung der Aufforderung zur Konzeption eines Projektes sichergestellt. Hat der Auftraggeber sich dann für einen Projektvorschlag entschieden, muss er unter Teilnahme aller an der Ausführung dieses Projektes interessierten Wirtschaftsteilnehmern ein Verfahren organisieren. Nur dann ist gewährleistet, dass die Zuschlags- oder Konzessionserteilung unparteiisch erfolgt. Die von den Mitgliedstaaten gepflogene Praxis, Anreize für Investoren zu schaffen, findet dort ihre Grenzen, wo die dem Projektinitiator gewährten Wettbewerbsvorteile die Gleichbehandlung aller Bieter gefährdet.

<sup>48</sup> RWE Thames Water ist der weltweit drittgrößte Anbieter von Wasserdienstleistungen und Teil der Energie- und Wassergruppe RWE. Insbesondere ist RWE Thames Water der Eigentümer und Betreiber der Wasser- und Abwasserentsorgungsleistungen in London.

**Fallbeispiel 12 – Parkhäuser Konstanz<sup>49</sup>, Deutschland**

Die Stadt Konstanz beteiligte sich an drei Parkhäusern mit unterschiedlichen Finanzierungsformen, um eine einheitliche Parkraumwirtschaft zu gewährleisten. Die Parkhäuser werden jeweils von privaten Betreibergesellschaften geführt.

1985 wurde das Parkhaus Altstadt nicht nur privat finanziert, sondern es wurde auch die Planung, Finanzierung, Errichtung und der spätere Betrieb von einem Privatunternehmen gewährleistet. In der Folge wurde ein Erbbaurecht für das städtische Grundstück für 40 Jahre bestellt sowie ein Betreibervertrag mit der Betriebsgesellschaft geschlossen. Einige nicht öffentliche Parkplätze stehen der Stadt Konstanz zur Verfügung.

Wiewohl es sich beim Parkhaus Fischmarkt auch um ein Betreibermodell handelt, steht das Grundstück im Eigentum einer privaten Immobiliengesellschaft. Zugunsten der Stadt Konstanz wurde eine Grunddienstbarkeit eingerichtet. Die Stadt wurden prozentual an den Kosten/Einnahmen des Parkhauses beteiligt. Das Parkhaus wurde an eine Betreibergesellschaft verpachtet.

Die Augustinergarage wiederum wurde auf einem städtischen Grundstück errichtet, wobei ein privates Unternehmen an den Kosten beteiligt wurde. Zugunsten des Privaten wurde eine Grunddienstbarkeit eingerichtet, dieses prozentual an den Kosten/Einnahmen beteiligt und das Parkhaus schließlich an eine Betreibergesellschaft verpachtet.

Die Bewertung der Sinnhaftigkeit dieses Modells für die Parkgaragen durch die öffentliche Hand war positiv: das Modell führte zu einer einheitlichen Bewirtschaftung der Parkgaragen, Tarife wurden transparenter für die Kunden und die Beziehungen zwischen Betreibern und Stadtverwaltung waren partnerschaftlich.

**Die Ergebnisse der Konsultation durch das Grünbuch**

Ein breiter Konsens besteht darüber, dass auch nicht nationale Anbieter und Betreiber Zugang zu privat initiierten PPP haben sollten und dass adäquate Werbung erfolgt, um alle interessierten Anbieter über solche Projekte zu informieren. Es besteht offensichtlich kein Bedarf, Wirtschaftsbeteiligte zu privat initiierte PPP zu ermutigen.

Die *Dexia Crédit locale* berichtet von den Erfahrungen im Zusammenhang mit der Finanzierung von PPP über ihr Tochterunternehmen Dexia Credicop in Italien und regt an, dass das Merloni-Gesetz noch verbessert werden kann, um das sehr komplexe Verfahren in Italien zu vereinfachen, dadurch größere Rechtssicherheit zu bewirken und letztendlich die Kosten für Anbieter zu senken.

<sup>49</sup> Deutscher Städte- und Gemeindebund, Dokumentation n° 28, Public Private Partnerships.

### 3.1.4 Zeitraum nach Auswahl des privaten Partners

Im Sekundärrecht finden sich keine harmonisierten Bestimmungen für den Zeitraum nach der Auftragsvergabe/Konzessionserteilung. Auch hier gilt wieder das schon an anderer Stelle Ausgeführte: die im EGV enthaltenen Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verbieten jede Intervention des öffentlichen Partners, nachdem der private Partner ausgewählt wurde.

Häufig treten in der Ausführungsphase Situationen auf, die eine Ausführung des Projektes gefährden können: Zeitabstand zwischen Auswahl des privaten Partners und Unterzeichnung des Vertrages/der Konzession, lange Projektdauer, Vergabe von Unteraufträgen. In diesen Situationen sollte ganz im Rahmen des rechtlich Erlaubten eine sinnvolle Problemlösung erlaubt sein.

#### 3.1.4.1 Vertragsbestimmungen

Grundsätzlich fällt die Ausgestaltung des zivilen Vertragsrechtes in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten. Dennoch dürfen die in einen Vergabevertrag/eine Konzession aufgenommenen Klauseln nicht gegen die Grundprinzipien des EGV verstoßen. Wenn auch nicht in der öffentlichen Bekanntmachung eines PPP die einzelnen Vertragsbestimmungen enthalten sein müssen, so kommt in diesem Zusammenhang gerade den Vergabeunterlagen eine große Bedeutung zu. Diese haben die *Vertragsbedingungen und Modalitäten* als auch deren Erläuterungen zu enthalten, damit sichergestellt wird, dass nicht nur alle interessierten Privaten von den Vertragsbestimmungen Kenntnis erhalten, sondern diese auch gleich ausgelegt werden.

Für PPP gilt dasselbe wie für jedes andere Projekt, sei es ausschließlich öffentlich oder privat finanziert: der Erfolg hängt letztendlich zu einem großen Teil davon ab, ob die vertraglichen Rahmenbedingungen umfassend sind und die für die Ausführung wesentlichen Elemente eindeutig und klar festgelegt wurden. Insbesondere bei der Konzessionserteilung ist die optimale Teilung der *Risiken* zwischen dem öffentlichen und privaten Partner entsprechend der jeweiligen Fähigkeit zur Risikobeherrschung von entscheidender Bedeutung.

Das verantwortliche Umgehen mit den Steuergeldern bedeutet insbesondere bei PPP, die große Auftragsvolumen umfassen, dass die Leistung des privaten Partners regelmäßig *beurteilt* wird und die Fortschritte bei der Projekterstellung gemessen werden.

PPP sind – wie schon einleitend festgestellt – auf eine langfristige Vertragsbeziehung ausgerichtet. Während der Vertrags-/Konzessionsdauer treten häufig *Veränderungen im technischen oder makroökonomischen Umfeld* ein. Ebenso mag sich auch das öffentliche Interesse geändert haben. Solche Entwicklungen können berücksichtigt werden, sofern dies unter Wahrung der Transparenz und der Gleichbehandlung geschieht. Dies ist dann der Fall, wenn Vertragsklauseln so klar formuliert sind, dass sie von allen Wirtschaftsteilnehmern in der Phase der Partnerauswahl gleich ausgelegt werden konnten. Konkret können Vertragsklauseln aufgenommen werden, die a) die automatische Anpassung ermöglichen (zur Preisindexierung, Neufestlegung für Gebühren) oder die b) Revision vorsehen (Bedingungen für die Anpassung der Vertragsbeziehungen).

Kritisch steht die Kommission zu den sogenannten „*Interventionsklauseln*“: diese behalten Finanzinstituten bei bestimmten PPP das Recht vor, das Projektmanagement zu übernehmen

oder neue Projektmanager zu ernennen, wenn es zu Cash-Flow-Schwierigkeiten kommt. In solchen Fällen kann der ursprüngliche private Partner ohne Abhaltung eines neuen Wettbewerbes ausgetauscht werden. Der öffentliche Auftraggeber hätte überhaupt keine Einflussnahmemöglichkeiten bei der Auswahl. Interventionsklauseln sollten genauestens auf ihre Gemeinschaftskonformität geprüft werden.

*Änderungen, die sowohl im Verlauf der Vertragsabschlussphase<sup>50</sup> als auch während des Verlaufes eines PPP vorgenommen werden und nicht durch Vertragsunterlagen gedeckt sind*, werden von der Kommission kritisch beurteilt, da in jedem Fall eine Verletzung der Grundprinzipien des EGV eintreten kann. Beispielsweise ist jede Änderung des Vertragsgegenstandes dem Abschluss eines neuen Vertrages gleichzusetzen, der konsequenterweise erst nach einem neuen Aufruf zum Wettbewerb erfolgen kann. Primärrechtlichen Bestimmungen zufolge sind „nicht gedeckte“ Änderungen nur zulässig, wenn sie durch ein unvorhersehbares Ereignis erforderlich werden oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (Artikel 46 EGV über Einschränkung der Niederlassungsfreiheit). Die Vergaberichtlinien selbst enthalten Ausnahmestimmungen<sup>51</sup>, die eine direkte Übertragung ohne Wettbewerb über ergänzende Arbeiten oder Dienstleistungen zulassen, die nicht im ursprünglich vorgesehenen Projekt oder im zuerst abgeschlossenen Vertrag erwähnt sind. Diese Ausnahmen sind jedoch restriktiv auszulegen: die Verlängerung einer bereits bestehenden Autobahnkonzession zur Deckung der Kosten für den Bau eines neuen Abschnittes ist nicht gestattet; die Praktik „rentable“ und „nicht rentable“ Wirtschaftstätigkeiten auf einen einzigen Konzessionär zu vereinen, darf nicht dazu führen, dass eine neue Wirtschaftstätigkeit ohne Aufruf zum Wettbewerb einem bereits vorhandenen Konzessionär übertragen wird.

Die *Projektlaufzeit* sollte derart im Vertrag festgelegt werden, dass der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt wird, wie erforderlich ist, um die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen. Die Binnenmarktgrundsätze<sup>52</sup> (insbesondere das Proportionalitätsprinzip) und die Wettbewerbsbestimmungen im EGV stehen einer übermäßig langen Laufzeit entgegen.

#### Die Ergebnisse der Konsultation durch das Grünbuch

Wenigen Interessenvertretern sind Fälle bekannt, in denen die Ausführungsbedingungen eine diskriminierende Wirkung oder eine ungerechtfertigte Behinderung der Dienstleistungs- oder der Niederlassungsfreiheit darstellen. Ein breiter Konsens besteht darüber, dass die Vertragsdauer keine Quelle für Diskriminierungen in der gegenwärtigen PPP-Praxis darstellt und dass Anpassungen langfristig abgeschlossener PPP notwendig sind. Diejenigen, die jedoch diskriminierende Auswirkungen feststellen konnten, führen insbesondere die unterschiedliche Behandlung von privaten und öffentlichen Unternehmen ins Treffen. Eintrittsklauseln wurde große Wichtigkeit

<sup>50</sup> EuGH, Urteil vom 5.10.2000, Rechtssache C-337/98, *Kommission v. Frankreich*, Slg. 2000, I-8377.

<sup>51</sup> Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe e der Richtlinie 92/50/EWG, Artikel 7 Absatz 3 Buchstabe d der Richtlinie 93/37/EWG und Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe f der Richtlinie 93/38/EWG. In der neuen Richtlinie 2004/18/EG ist eine ähnliche Ausnahme für Baukonzessionen vorgesehen, vgl. Artikel 61.

<sup>52</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. N° C 121 vom 29.4.2000, S. 2.

beigemessen. Eine Mehrheit ist der Ansicht, dass keine Initiative auf EU-Ebene über die vertraglichen Rahmenbedingungen von Nöten ist; einige erklärende Anmerkungen über solche Bedingungen wären dennoch von Nutzen.

### 3.1.4.2 Subvergabe

Die Vergaberichtlinien stellen es dem Privaten frei, ob er einen Teil oder die Gesamtheit des Auftrages/der Konzession als Unterauftrag vergibt. Eine Einschränkung erhält diese Freiheit darin, dass im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge von den Bietern verlangt werden kann, dass sie in ihrem Angebot angeben, welchen Anteil des Auftrags sie als Unteraufträge an Dritte vergeben wollen.<sup>53</sup> Für Baukonzessionen mit einem Wert von über 50 Mio. Euro kann die Vergabestelle den Konzessionär außerdem dazu verpflichten, Unteraufträge mit einem Mindestwert von 30% des Gesamtkonzessionswertes an Dritte zu vergeben.<sup>54</sup>

Die Vertragsbeziehungen zwischen der Projektgesellschaft, die den Auftrag oder die Konzession übernimmt, und deren Teilhabern wirft erfahrungsgemäß rechtliche Fragen auf:

- Grundsätzlich gilt, dass wenn die Projektgesellschaft selbst die Rolle der Vergabestelle übernimmt, sie die Aufträge oder Konzessionen im Rahmen der geltenden Bestimmung zu vergeben hat, unabhängig davon, ob diese an ihre eigenen Teilhaber gehen oder nicht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Projektgesellschaft ihren Teilhabern eine Leistung überträgt, die vor der Gründung der Projektgesellschaft bereits vom öffentlichen Partner ausgeschrieben wurde.<sup>55</sup>
- Vergibt die Projektgesellschaft hingegen selbst keine Aufträge, steht es ihr im Prinzip beliebig frei, mit Dritten Verträge abzuschließen.

### Die Ergebnisse der Konsultation durch das Grünbuch

Die Vergabe von Unterverträgen wird von einer Mehrheit als problemlos bewertet. Wenn Diskussionen auftreten, dann treten diese in Bezug auf die schwache Position der Unternehmen auf, die Unterverträge erhalten haben und die Unsicherheit in Bezug auf die anwendbaren EU-Rechtsbestimmungen. Neue Initiativen für den Bereich der Untervergabe werden als entbehrlich angesehen, besonders hinsichtlich der möglichen Ausdehnung der Vergabeverpflichtungen auf solche Verträge. Dennoch werden zusätzliche Regelungen in diesem Bereich als sinnvoll erachtet, insbesondere um einen fairen Wettbewerb zu garantieren.

<sup>53</sup> Artikel 17 der Richtlinie 93/36/EWG, Artikel 20 der Richtlinie 93/37/EWG, Artikel 25 der Richtlinie 92/50/EWG und Artikel 27 der Richtlinie 93/38/EWG. Vgl. ebenfalls Artikel 25 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 37 der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>54</sup> Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 92/37/EWG. Vgl. ebenfalls Artikel 60 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>55</sup> In Artikel 13 der Richtlinie 93/38/EWG ist eine Ausnahmeregelung vorgesehen, wenn ein netzbetreibender Auftraggeber Unteraufträge über Dienstleistungen an ein verbundenes Unternehmen vergibt. Artikel 23 der Richtlinie 2004/17/EG weitet diese Ausnahme auf Unterverträge über Lieferungen oder Bauarbeiten aus.

## 3.2 INSTITUTIONALISIERTE PPP

Die Kommission definiert ein institutionalisiertes PPP als „... Einrichtung eines gemeinsam vom öffentlichen und vom privaten Partner unterhaltenen Wirtschaftsgebildes“. Aufgabe dieses gemeinsamen Wirtschaftsgebildes ist es, für die Bereitstellung eines Bauwerks oder einer Dienstleistung zugunsten der Öffentlichkeit zu sorgen. In den letzten 10 Jahren haben öffentliche Auftraggeber vermehrt auf lokaler und regionaler Ebene für die Erbringung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge (Wasserversorgung, Müllabfuhr) auf institutionalisierte PPP zurückgegriffen.

Ein institutionalisiertes PPP findet seine Ausformung laut Grünbuch entweder in der Neugründung eines Wirtschaftsgebildes mit gemischtem Kapital (ex novo) oder in der kapitalmäßigen Beteiligung eines Privaten an einem schon bestehenden öffentlichen Wirtschaftsgebilde (ex post)<sup>56</sup>. Beide Formen werden nicht von den geltenden rechtlichen Bestimmungen über die Auftragsvergabe oder Konzessionserteilung erfasst. Sehr wohl ist jedenfalls das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsbürgerschaft im Allgemeinen und der Grundsatz des freien Kapitalverkehrs im Besonderen zu beachten: Artikel 56 EGV bestimmt, dass alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind. Mit seinen *Golden-Shares*-Urteilen<sup>57</sup> der letzten beiden Jahre hat der EuGH eindeutig dazu Stellung genommen, wann Beteiligungen und die damit verbundenen Rechte der öffentlichen Hand an Wirtschaftsgebilden nicht mehr mit den Grundprinzipien und Freiheiten des EGV vereinbar sind und unter welchen Bedingungen Einschränkungen gerechtfertigt wären.

### 3.2.1 PPP durch Gründung eines gemeinsamen Wirtschaftsgebildes (ex novo)

Wann immer ein öffentlicher und ein privater Partner ein gemeinsames Wirtschaftsgebilde gründen, wird dieses nicht als rechtliche Hülle bestehen, sondern mit einer Aufgabe betraut werden. Die Gründung besteht daher – auch wenn nach außen nicht sofort ersichtlich – aus zwei Abschnitten: der Gesellschaftsgründung an sich und der Übertragung einer Aufgabe auf diese Gesellschaft (Mülltransport, Erstellung eines Bauwerkes, Abwasserentsorgung etc.). Wesentlich ist die zeitliche Abfolge der beiden Abschnitte: selbst wenn die Gründung eines Wirtschaftsgebildes nicht den Regeln über Aufträge/Konzessionen unterstellt ist, so haben die Bedingungen für die Gründung des Wirtschaftsgebildes vor Übertragung der Aufgabe, mit der das Wirtschaftsgebilde befasst wird, festzustehen.

Die Aufgabenübertragung erfolgt schließlich gemäß den dafür geltenden Regeln: Beispielsweise vergibt der öffentliche Partner für die Erbringung der Dienstleistung „Mülltransport“ in seiner Kommune einen Auftrag oder eine Konzession. Der öffentliche Partner darf jedoch den privaten

<sup>56</sup> Die Teilnahme bereits bestehender gemischtwirtschaftlicher Unternehmen an öffentlichen Aufträgen/Konzessionen wird im Grünbuch nicht besprochen. Für diese Unternehmen gelten die jeweils anzuwendenden Rechtsregeln, außer wenn diese Unternehmen die Kriterien erfüllen, die der Teckal-Rechtsprechung des EuGH zufolge eine In-house-Vergabe charakterisieren. In diesem Fall läge nicht einmal ein Auftrag vor.

<sup>57</sup> Vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 4.6.2002, Rechtssache C-367/98, *Kommission v. Portugal*, Slg. I-4731; Rechtssache C-483/99, *Kommission g. Frankreich*, Slg. I-4781; und Urteile vom 13.5.2003, Rechtssache C-463-00, *Kommission g. Spanien*, Slg. I-4581; Rechtssache C-98/01, *Kommission v. Vereinigtes Königreich*, Slg. I-4641. Zu den in diesem Rahmen möglichen Rechtfertigungsgründen vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 4.6.2002, Rechtssache C-503/99, *Kommission g. Belgien*, Slg. I-4809.

Partner, den er für die Erbringung der Dienstleistung ausgewählt hat, nicht ausschließlich auf der Grundlage der Höhe der Kapitaleinlage im gemischtwirtschaftlichen Unternehmen oder dessen technischem Know-how auswählen. Das gelegte Angebot muss nach eindeutigen, klaren und objektiven Kriterien beurteilt werden, widrigenfalls eine Rechtsverletzung erfolgt.

In einigen Mitgliedstaaten ist es jedoch rechtlich erlaubt, dass ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen an einem Verfahren über die Aufgabenübertragung teilnimmt, obwohl es noch nicht abschließend gegründet wurde. Ebenso konnte festgestellt werden, dass öffentliche Auftraggeber die Gründungs- und Vergabephase vermischen und den Auftragsgegenstand beispielsweise mit „Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens und Vergabe eines Müllabtransportvertrages“ umschreiben.<sup>58</sup>

Die Erfahrung der letzten Jahre hat gezeigt, dass der Abschluss dieses PPP-Typs mit großer Rechtsunsicherheit behaftet ist, bei der Gründung des Wirtschaftsgebildes nicht immer ein effektiver Wettbewerb sichergestellt wird und die Aufgaben, die auf das neu gegründete Unternehmen übertragen werden sollen, nicht ausreichend definiert und nicht vertraglich gedeckt sind. Häufig divergiert die Laufzeit des Auftrages/der Konzession mit der Lebensdauer des Wirtschaftsgebildes und Verlängerungen werden freihändig vereinbart.

Schließlich sind öffentliche Partner oft dazu verleitet zu behaupten, dass – nachdem sie an einem gemischtwirtschaftlichen Gebilde beteiligt sind – eine Aufgabenübertragung auf ein solches Unternehmen ohnehin nicht den Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge/Konzessionen unterworfen ist. Die Kommission hat hervorgehoben, dass die Geltung des Gemeinschaftsrechts für öffentliche Aufträge/Konzessionen nicht davon abhängt, ob der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers einen privaten oder gemischtwirtschaftlichen Charakter hat: *immer dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber beschließt, eine Aufgabe einem Dritten, d. h. einer eigenständigen Rechtsperson zu übertragen, gelten die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der öffentliche Auftraggeber über die in Rede stehende Rechtsperson eine Kontrolle ausübt, die der gleichkommt, die sie über ihre eigenen Dienststellen ausübt, und wenn diese Rechtsperson ihre Wirtschaftstätigkeit im Wesentlichen mit der oder den Körperschaften abwickelt, die sie unterhält* (Teckal<sup>59</sup>-Urteil des EuGH). Sind die letzten beiden Bedingungen erfüllt, handelt es sich um das in der Literatur schon extensiv abgehandelte „In-house“-Rechtsverhältnis. Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass diese Rechtsprechung des EuGH nicht nur auf die Lieferrichtlinie, sondern auch auf die Dienstleistungs- und Baurichtlinie Anwendung findet.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Die Standardformulare enthalten keine Rubrik „Unternehmensgründung“. Die Gründung an sich muss nicht in der S-Reihe im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften angekündigt werden. Die Kommission hat dennoch in den meisten Fällen der Veröffentlichung einer Bekanntmachung zugestimmt, weil die Gründung normalerweise mit der Übertragung einer Aufgabe verbunden war (Vermischung von Gründung mit Auftrag/Konzession).

<sup>59</sup> EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rechtssache C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121.

<sup>60</sup> Schlussfolgerungen des Generalanwaltes vom 1.3.2005, Rechtssache C-458/03, Parking Brixen GmbH, Randziffer 45.

**Fallbeispiel 13 – Stadt Halle, Bau einer thermischen Beseitigungs- und Verwertungsanlage für die städtischen Restabfälle – Deutschland****EuGH C-26/03, Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna<sup>61</sup>**

Die Stadt Halle beauftragte die RPL Lochau, eine Gesellschaft, deren Kapital mittelbar mehrheitlich von der Stadt Halle und im Übrigen von einer privaten Gesellschaft gehalten wird, ohne vorherige förmliche Einleitung eines Vergabeverfahrens mit der Ausarbeitung eines Vorhabens für den Bau einer thermischen Beseitigungs- und Verwertungsanlage für ihre städtischen Restabfälle. Die RPL Lochau ist ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen, an dem die Stadt Halle indirekt über eine Tochtergesellschaft (an der sie 100% der Anteile hält) und eine weitere 100%-Tochtergesellschaft der letzteren, 75,1% der Anteile hält. Die verbleibenden Anteile hält ein rein privates Unternehmen. Zugleich beschloss sie, ebenfalls ohne Ausschreibung, Verhandlungen mit der RPL Lochau über den Abschluss eines Vertrages über die Entsorgung dieser Abfälle aufzunehmen.

Die Rechtshandlungen, die vom EuGH unter die Lupe des „In-house“-Tests genommen werden, sind die Entscheidungen der Stadt Halle, an die RPL Lochau sowohl die Planung und Errichtung einer Abfallbeseitigungsanlage als auch die Erbringung der Entsorgungsdienstleistung an sich zu übertragen.

Der EuGH stellte fest, dass in Fällen, in denen auch nur eine minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Einrichtung gegeben ist, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es jedenfalls ausgeschlossen ist, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen (Kriterium, das nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Teckal unbedingt erfüllt sein muss, wenn ein „In-house“-Rechtsverhältnis vorliegen soll). Die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages an ein Unternehmen mit teilweise privatem Kapital stellt unabhängig von der Höhe der Beteiligung daher kein „In-house“-Geschäft dar, das von den Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen ausgenommen ist, und muss daher öffentlich ausgeschrieben werden. Andernfalls würden das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und der Grundsatz der Gleichbehandlung beeinträchtigt, da eine Vergabe ohne Ausschreibung einem am Kapital des betreffenden Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.

*Exkurs: „In-house“-Rechtsverhältnis und die damit verbundene Frage der Anwendung von Vergaberegeln auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen und die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Dienstleistungsverträge<sup>62</sup>*

<sup>61</sup> EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rechtssache C-26/03, *Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.

<sup>62</sup> Koman, Von Teckal zu Halle: Die jüngste Vergaberechtsjudikatur des EuGH und deren Auswirkungen auf die aktuelle Diskussion zu „In-house“-Rechtsverhältnissen und institutionellen Public Private Partnerships, ZfBR 04/2005, S. 349.

Zum „In-house“ gibt es unzählige Literatur, Rechtsmeinungen und Spekulationen darüber, wie viele Anteile die öffentliche Hand in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen halten muss, damit letzteres noch als unselbständige Einrichtung gilt und die Vergaberegeln nicht zur Anwendung kämen.

Weder die EU-Vergaberichtlinien noch die Rechtsprechung des EuGH haben eine Definition von In-house-Rechtsgeschäften hervorgebracht und dennoch weiß jeder, was damit gemeint ist. Überlegungen über den Inhalt dieses Konzeptes sollten am ehesten ihren Anfang bei der wörtlichen Übersetzung finden: es handelt sich dabei um einen Leistungsaustausch zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer *im eigenen Haus*, d. h. der Erbringer ist rechtlich gesehen ein Teil derselben juristischen Person wie der Auftraggeber (Erbringer ist entweder eine Dienststelle derselben Gebietskörperschaft, ein Regiebetrieb oder ein Eigenbetrieb ohne Rechtspersönlichkeit). Zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wird nicht einmal ein Vertrag unterzeichnet.

Bis heute hat der EuGH nie den Begriff In-house-Rechtsgeschäft in einer seiner zu diesem Thema einschlägigen Entscheidungen verwendet. Einen Anhaltspunkt bieten jedoch die Schlussfolgerungen des Generalanwaltes in der Rechtssache *Arnhem*<sup>63</sup>: er war der Ansicht, dass die beiden Gemeinden Arnhem und Rheden, die beschlossen hatten, die kommunale Müllabfuhr zusammenzulegen und sie einer neuen juristischen Person zu übertragen, der ARA Aktiengesellschaft, über die sie ein regelrechtes *Recht des Lebens und des Todes ausübten*. Er beendet seine Überlegungen zur Stellung der ARA, indem er feststellte, dass die ARA kein Dritter in Relation zu den Gemeinden ist. Der gegenständliche Sachverhalt konfrontiere uns mit einer Form der „innerorganischen Delegation“ (In-house also), die den Raum der Verwaltungshandlungen der Gemeinden nicht verlässt. Die Übertragung der Aktivitäten auf die ARA ist in keiner Form von der Intention getragen, diese Aktivitäten zu privatisieren.

Ebenfalls unergiebig im Hinblick auf einen Beitrag zur Begriffsklärung eines In-house-Rechtsgeschäftes ist die Entscheidung in der Rechtssache *RI.SAN. Srl gegen Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA (früher GEPI), Ischia Ambiente SpA*.<sup>64</sup> Wieder ist es der Generalanwalt, der die In-house-Problematik anspricht: im konkreten Fall hatte der Gemeinderat der Gemeinde Ischia beschlossen, eine Gesellschaft mit gemischtem Kapital im Sinne des italienischen Gesetzes über die örtliche Selbstverwaltung zur Müllverwertung zu gründen. Die Anteile dieser Gesellschaft, der Ischia Ambiente, wurden zu 49% von der GEPI und zu 51% von der Gemeinde Ischia gehalten. Die GEPI ist eine nach italienischem Gesetz gegründete Finanzierungsgesellschaft, deren Zweck es ist, zur Stabilisierung und Erhöhung des Beschäftigungszustandes beizutragen. Ihre Anteile werden vollständig vom italienischen Schatzministerium gehalten. Der Generalanwalt stellte fest<sup>65</sup>, dass letztlich das nationale Gericht zu beurteilen hat, welchen Einfluss die öffentliche Verwaltung auf die gegründete Gesellschaft hat. Nach-

<sup>63</sup> EuGH, Schlussfolgerungen des Generalanwaltes, Rechtssache C-360/96, *Arnhem vs. BFI Holding*, Urteil vom 10.11.1998, Slg. 1998, I-06821, Rdz. 35.

<sup>64</sup> EuGH, Rechtssache C-108/98, *RI.SAN. Srl gegen Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA (früher GEPI), Ischia Ambiente SpA*, Urteil vom 9.9.1999, Slg. 1999, I-05219.

<sup>65</sup> Schlussfolgerungen des Generalanwaltes, Rechtssache C-108/98, *RI.SAN. Srl gegen Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA (früher GEPI), Ischia Ambiente SpA*, vom 18.3.1999, Slg. 1999, I-05219.

dem der italienische Staat an der GEPI SpA 100% hält, wird die Schlussfolgerung zugelassen, dass die GEPI einen Teil des italienischen Staates darstellt, auch ohne die vollständige Kenntnis der inneren Organisation der GEPI. Durch die GEPI ist der italienische Staat an der Ischia Ambiente beteiligt. Damit befindet sich die Ischia Ambiente unter der Kontrolle der Gemeinde Ischia und des italienischen Staates. Neben der finanziellen Verflechtung müsste jedoch, um als In-house-Dienst qualifiziert zu werden, eine interorganische Aufgabenübertragung festgestellt werden können (wie beispielsweise, dass die Gemeinde weitere Gelder für die Aktivitäten der „Ischia Ambiente“ zur Verfügung stellt oder dass die Gemeinde die Gebühren für die Abfuhr der Siedlungsabfälle festsetzt).

Letztlich wurde durch die *Halle*-Entscheidung des EuGH den Spekulationen über die Auslegung des *Teckal*-Urteils ein Ende gesetzt, zumindest hinsichtlich der Auslegung des ersten Kriteriums: in 11 knappen und klaren Absätzen stellte der EuGH seine Rechtsmeinung vor. An dieser Stelle muss betont werden, dass der EuGH in seinen Ausführungen kein einziges Mal den Begriff In-house-Rechtsgeschäft verwendet, sondern dieses umschreibt.

Unter dem Hinweis auf das Hauptziel der EU-Vergaberichtlinien, nämlich den freien Dienstleistungsverkehr zu garantieren und den Beschaffungsmarkt für einen unverfälschten Wettbewerb zu öffnen, wies der EuGH auf die Ausschreibungspflicht und auf die restriktive Handhabung des Verhandlungsverfahrens hin. Sogar Vergaben an Einrichtungen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind<sup>66</sup>, fallen generell unter den Auftragsbegriff, sind öffentlich auszuschreiben und bilden daher keine Ausnahme.

Der EuGH trifft auch eine Feststellung über die Zielorientierung privater Investoren, die auf Überlegungen beruht, die mit privaten Interessen zusammenhängen<sup>67</sup>, während die Beziehung einer öffentlichen Stelle in ihrer Funktion als öffentlicher Auftraggeber zu ihren Dienststellen durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

Mit einem Hinweis auf das *Teckal*-Urteil und einer daran anschließenden Schlussfolgerung, dass es jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht ausgeschlossen ist, dass es weitere Umstände gibt, unter denen eine Ausschreibung nicht obligatorisch ist, auch wenn der Vertragspartner eine Einrichtung ist, die sich vom öffentlichen Auftraggeber rechtlich unterscheidet, beendete der EuGH seine Überlegungen und stellte fest, dass in Fällen, in denen auch nur eine minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Einrichtung gegeben ist, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es jedenfalls ausgeschlossen ist, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.

Zum zweiten Kriterium, der hauptsächlichen Tätigkeit, nimmt der EuGH nicht einmal Stellung.

<sup>66</sup> EuGH, Rechtssache C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Urteil vom 7.12.2000, Slg. 2000, I-11037, Rdz. 58.

<sup>67</sup> Siehe dazu auch Vera Gäde-Butzlaff, *PPP im Entsorgungsbereich: Ein interessantes Modell für die Übergangszeit bis zur Herstellung voller Konkurrenzfähigkeit der kommunalen Unternehmen*, S. 143, in *Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft* (Heft 21).

Der Generalanwalt hingegen wirft einen Prozentsatz in die Diskussion um die quantitative Messbarkeit der „hauptsächlichen Tätigkeit“ ein und zwar in der Höhe von 80%. Es führt aus, dass es dem nationalen Richter zusteht, die „Wesentlichkeit der Tätigkeiten“ anhand quantitativer und qualitativer Umstände zu ermitteln. Ein fixer Prozentsatz könnte zwar objektiv oder sachgerecht sein, andererseits auch zu starr für eine sachgerechte Lösung und die Berücksichtigung qualitativer Elemente wäre damit ausgeschlossen. Gegen die Übernahme der 80%-Regel des Artikels 13 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG spräche der Umstand, dass es sich um eine Ausnahmenvorschrift einer nur für bestimmte Sektoren geltenden Richtlinie handelt und zudem die Auftraggeber der Kommission bestimmte Auskünfte erteilen müssen. Eine solche Verpflichtung würde aber vom EuGH in der *Teckal*-Sache nicht ausgesprochen.

#### Fallbeispiel 14 – Kölner Abfallbeseitigung<sup>68</sup>, Deutschland

Bei diesem Fall geht es um einen 33 Jahre laufenden Abfallbeseitigungsauftrag, den die Stadt Köln an die AVGmbH ohne öffentliche Ausschreibung vergeben hat. Die Stadt Köln hält 75% der Anteile an der AVG, 25% werden von Privaten gehalten. Die Europäische Kommission hatte beschlossen, ein Verfahren zu eröffnen, weil die Stadt Köln kein transparentes wettbewerbliches Verfahren durchgeführt hatte. Deutschland vertrat die Ansicht, dass der an die AVG vergebene Auftrag nicht unter das Gemeinschaftsrecht falle, da die Stadt Köln als 75%iger Anteilseigner der AVG eine Kontrolle über dieses Unternehmen ausübe, die einem In-house-Verhältnis entspreche. Dagegen vertrat die Kommission die Auffassung, dass die nach EuGH-Rechtsprechung für eine Ausnahme von den europäischen Vergaberichtlinien erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, da die Kontrolle der Stadt Köln über die AVG nicht mit der Kontrolle vergleichbar ist, die die Stadt über ihre eigenen Abteilungen ausübt. Die direkte Vergabe des Auftrags unter Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrags (Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit) erscheint somit nicht gerechtfertigt. Im Übrigen vergab die AVG im Zeitraum 1992–1993 Abfallbeseitigungsaufträge direkt an drei Unternehmen, die mehrheitlich in privater Hand sind. Da die AVG als öffentlicher Auftraggeber angesehen werden muss, verstoßen auch diese Aufträge gegen Gemeinschaftsrecht.

Es wird an dieser Stelle auch daran erinnert, dass ein gemischtwirtschaftliches Gebilde in seiner Rolle als Vergabestelle auch dazu verpflichtet ist, die Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge/Konzessionen einzuhalten, wenn es dem privaten Partner Aufgaben überträgt, die es vor Unternehmensgründung noch nicht in Erwägung gezogen hatte.

### 3.2.2 PPP durch Übernahme der Kontrolle an einem öffentlichen Unternehmen durch einen Privaten (ex post)

Der Zufluss von privatem Kapital in ein öffentliches Unternehmen wird nicht von den Vergaberegeln erfasst, sondern von den Bestimmungen der Kapitalverkehrsfreiheit und den Wettbewerbsbestimmungen im EGV. Dagegen gelten die Bestimmungen über die Niederlassungs-

<sup>68</sup> Presseaussendung der Europäischen Kommission vom 25.10.2004, IP/04/1294.

freiheit nach Artikel 43 EGV, wenn eine staatliche Stelle beschließt, Dritten Anteile an einem ursprünglich öffentlichen Unternehmen zu übertragen und diesen dadurch Einflussrechte auf dieses Unternehmen gewährt, das Wirtschaftslieferungen erbringt, die ursprünglich ausschließlich von öffentlicher Hand erbracht wurden. Wird bei einer solchen Fallkonstellation der Private mit der Erbringung öffentlicher Aufträge betraut, die zuvor direkt oder indirekt von staatlichen Behörden/ Unternehmen erbracht wurden, sind die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung zu wahren, um allen Interessierten Zugang zur Leistungserbringung zu gewähren.

Wie auch schon bei ex-novo-PPP-Gründungen hat die Kommission Kenntnis darüber, dass Kapitalübertragungen häufig als Deckmantel für die freihändige Übertragung öffentlicher Aufträge oder Konzessionen an private Partner dienen. Eine solche Rechtsumgehung kann insbesondere dann angenommen werden, wenn die zeitliche Abfolge der einzelnen Handlungen eindeutig zur Schlussfolgerung führt, dass vor der Kapitalübertragung einem Wirtschaftsgebilde ohne jegliches Verfahren unmittelbar besondere Aufgaben übertragen wurden, um die Kapitalübertragung attraktiv zu machen.

#### Fallbeispiel 15 – Mödling: Abfallsammlung und Entsorgung<sup>69</sup>, Österreich

##### Generalanwalt beim EuGH C-29/04, Europäische Kommission gegen Republik Österreich<sup>70</sup>

Auf der Grundlage einer Beschwerde hatte die Kommission vom Sachverhalt über die freihändige Vergabe von Abfallentsorgungsdienstleistungen durch die Gemeinde Mödling an die Saubermacher GmbH erfahren. Nachdem alle Stufen des Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Artikel 226 der EGV durchlaufen waren und die rechtlichen Stellungnahmen der Republik Österreich aus Sicht der Kommission keine ausreichende Rechtfertigung für die freihändige Vergabe darstellten, reichte die Kommission beim EuGH Beschwerde ein.

Der Abfallbeseitigungsvertrag wurde am 15.9.1999 über einen unbefristeten Zeitraum mit einem Unternehmen geschlossen, das zuvor von der Gemeinde Mödling gegründet wurde und sich vollständig in deren Besitz befand. Gleichzeitig mit der Vergabe des Dienstleistungsauftrags verkaufte die Gemeinde 49% der Unternehmensanteile an einen privaten Investor. Die österreichischen Behörden argumentierten, dass in diesem Fall die Rechtsprechung des Gerichtshofes über sogenannte „In-house“-Aufträge gelte. Nach dieser Rechtsprechung fällt die Vergabe an Rechtsträger, über die ein Auftraggeber eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, nicht unter das europäische Vergaberecht. Die Kommission vertrat die Ansicht, dass die Gemeinde Mödling keine derartige Kontrolle über das besagte Unternehmen ausübt, an dessen Kapital sie nur zu 51% beteiligt ist. Aus diesem Grund hätte die Gemeinde Mödling den Auftrag gemäß der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (92/50/EWG) ausschreiben müssen.

<sup>69</sup> Presseausendung der Europäischen Kommission vom 18.12.2003, IP/03/1763.

<sup>70</sup> Schlussfolgerungen des Generalanwaltes, Rechtssache C-29/04, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich, vom 21.4.2005.

Der Generalanwalt ist der Ansicht, dass die Tatsache, dass der Beschluss, eine Vereinbarung zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH zu schließen, gefasst wurde, als die AbfallGmbH noch zu 100% im Besitz der Stadtgemeinde Mödling war, nichts daran ändert, dass der betreffende öffentliche Auftrag nach Artikel 8 in Verbindung mit den Artikeln 11 Absatz 1 und 15 Absatz 2 der Richtlinie 92/50/EWG gemäß den Bestimmungen der Abschnitte III bis VI vergeben hätte werden müssen. Denn die Gewissheit, dass die AbfallGmbH von der Stadtgemeinde Mödling den Auftrag erhalten wird, erhöht für einen privaten Interessenten den Anreiz, eine Beteiligung an diesem Unternehmen zu erwerben. Jedoch dürfen derartige Formen der externen Verselbständigung, bei denen die verselbständigte Einrichtung mit einem vorher auf unbestimmte Zeit erhaltenen Auftrag als „Mitgift“ für private Interessenten attraktiv gemacht wird, die Wirksamkeit der Richtlinie 92/50/EWG nicht beeinträchtigen. Auch auf solche Konstruktionen bleibt diese Richtlinie anwendbar.

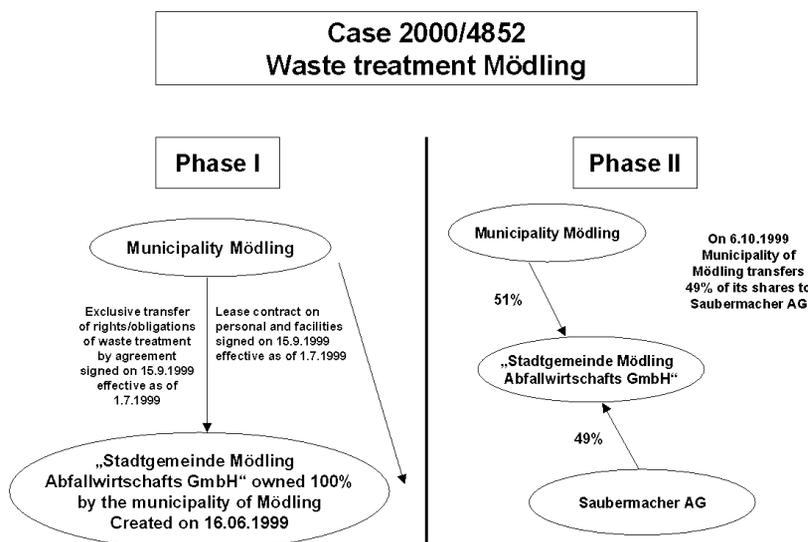


Abbildung 9: Mödling

**Die Ergebnisse der Konsultation durch das Grünbuch**

Interessanterweise besteht keine Übereinstimmung all derjenigen, die Kommentare eingereicht haben darüber, ob die gängige Praxis, bei der auf institutionalisierte PPP zurückgegriffen wird, mit dem EU-Vergaberecht oder mit den auf Konzessionen anwendbaren Bestimmungen übereinstimmt oder nicht. Öffentliche Behörden, öffentliche Unternehmen und Verbände öffentlicher Einrichtungen verschiedener Mitgliedstaaten tendieren zur Meinung, dass die gemeinschaftlichen Rechtsbestimmungen eingehalten werden. Viele Beiträge, die von der Privatwirtschaft eingereicht wurden, behaupten, dass zur Zeit die gemeinschaftlichen Vergaberegeln und die auf Konzessionen anwendbaren Regelungen nicht kohärent angewandt werden und lenken die Aufmerksamkeit auf

die Umgehung derselben und die daraus resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen. Eine eindeutige Mehrheit spricht sich für eine gemeinschaftliche Regelung über institutionalisierte PPP auf EU-Ebene aus, insbesondere im Hinblick auf eine Klärung der anwendbaren Regelungen auf diese Art von PPP. Die französische *Caisse des dépôts et consignations*, die in mehr als 500 gemischtwirtschaftlichen Unternehmen Anteile hält, unterstreicht die Notwendigkeit der Transparenz beim Abschluss institutioneller PPP im Hinblick auf den Schutz der Gebietskörperschaften, die weniger Erfahrungen mit den auf dem Markt herrschenden Regeln haben als ihre privaten Partner. Dennoch wäre es dafür jedoch unangebracht, institutionelle PPP denselben Regeln zu unterwerfen wie vertragliche PPP. Stimmen sprechen sich insbesondere für die Klärung der Begriffsbestimmung „In-house“ aus. Der Vorzug wird Leitlinien oder einer erklärenden Mitteilung gegenüber einer Gesetzgebungsinitiative gegeben. Andererseits sprechen sich aber auch viele gegen eine Initiative auf EU Ebene aus.

Allgemein zum Thema PPP hat sich eine eindeutige Mehrheit gegen zu viele und gegen zu strenge Regelungen ausgesprochen. Die Kommission erhielt beispielsweise auch *3000 Briefe* desselben Inhaltes, in dem klar zum Ausdruck gebracht wurde, dass der bestehende Ordnungsrahmen völlig ausreichend sei und beispielsweise die Grundlage für sichere und nachhaltige und preisgünstige Leistungen im Wassersektor seien.

Hingegen gab es breite Unterstützung für die Idee, sich in regelmäßigen Abständen auf EU-Ebene über best-practices auszutauschen. Viele verwiesen auf das Dokument der Generaldirektion Regionalpolitik, das Fallstudien enthält, und betrachten dieses als gutes Beispiel auf EU-Ebene, den Erfahrungsaustausch über PPP zu fördern.

# Kapitel 4

## **NEUESTE ENTWICKLUNGEN**

Vor Drucklegung dieses Beitrages, nämlich am 8. Juli 2005, hat der deutsche Bundesrat das Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von öffentlich-privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für öffentlich-private Partnerschaften<sup>71</sup> debattiert. Mit dem Gesetz sollen gesetzliche Rahmenbedingungen geschaffen werden, um Hemmnisse und Unklarheiten zu beseitigen, welche die Umsetzung von PPP in Deutschland bisher erschwert haben. Dies betrifft eine Reihe von offenen Fragen bei der Vergabe, der Vertragsgestaltung und der Abwicklung von PPP sowie bestimmte steuerrechtliche Probleme als auch den Finanzmarkt. Änderungen soll es im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Vergabeordnung geben. Als neues eigenständiges Verfahren wird hier der „wettbewerbliche Dialog“ eingeführt. Zudem soll der von der öffentlichen Hand für einen bestimmten Zeitraum im Rahmen eines PPP überlassene Grundbesitz von der Grundsteuer befreit werden. Gleiches soll für die Grunderwerbsteuer gelten, sofern innerhalb eines bestimmten Zeitraumes eine Rückübertragung an die öffentliche Hand vorgesehen wird. Änderungen soll es auch im Investmentgesetz geben, damit Beteiligungen an und von öffentlich-privaten Projektgesellschaften umfangreicher als bisher möglich sind.

*An Ausschussempfehlungen wurden folgende abgegeben:* der federführende Wirtschaftsausschuss, der Finanzausschuss, der Ausschuss für Innere Angelegenheiten und der Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung empfehlen dem Bundesrat, zu dem Gesetz den Vermittlungsausschuss mit dem Ziel der grundlegenden Überarbeitung anzurufen. Angeregt wird, mehrere Artikel des Gesetzes zu streichen. Dies betrifft zum einen Änderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Vergabeverordnung. Die für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehenen Änderungen sind Gegenstand der durch europarechtliche Vorgaben erforderlichen umfassenden Überarbeitung des Vergaberechts. Es mache keinen Sinn, jetzt eine partielle Regelung für PPP-Maßnahmen zu treffen, die in Kürze bereits wieder geändert werden müsste. Die Ausschreibung von PPP-Maßnahmen sei auch nach dem geltenden Vergaberecht möglich. Die Regelungen betreffend die Vergabeverordnung seien gesetzgebungstechnisch verfehlt, da sie das geltende Kaskadensystem im Vergaberecht durchbrechen und damit dem von der Bundesregierung beabsichtigten Systemwechsel im Vergaberecht, der sehr umstritten ist, den Boden bereiten. Die Ausschüsse empfehlen ferner, von der Grunderwerbsteuerbefreiung und der Grundsteuerbefreiung im Rahmen von PPP abzusehen.

Der Verkehrsausschuss empfiehlt dem Bundesrat, dem Gesetz zuzustimmen.

Eine Frage werden sich wohl viele Mitgliedstaaten stellen: Reicht es, die geltenden Vergabebestimmungen abzuändern, oder soll ein neues Rechtsinstrument über PPP verabschiedet werden? In welchem zeitlichen Rahmen soll dies geschehen? Jetzt, oder dann wenn die Europäische Kommission eine endgültige Entscheidung getroffen hat?

<sup>71</sup> Für Details siehe Internethomepage des deutschen Bundesrates, [www.bundesrat.de](http://www.bundesrat.de).

## **GRÜNBUCH ZU ÖFFENTLICH PRIVATEN PARTNERSCHAFTEN UND DEN GEMEIN- SCHAFTLICHEN RECHTSVORSCHRIFTEN FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE UND KONZESSIONEN**

## **GRÜNBUCH DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION ZU ÖFFENTLICH PRIVATEN PARTNERSCHAFTEN UND DEN GEMEINSCHAFTLICHEN RECHTSVORSCHRIFTEN FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE UND KONZESSIONEN**

**30.4.2004, KOM (2004) 327 ENDG.**

### **1 DIE ENTWICKLUNG DER ÖFFENTLICH-PRIVATEN PARTNERSCHAFT: FESTSTELLUNGEN UND HERAUSFORDERUNGEN**

#### **1.1 Was ist unter einer öffentlich-privaten Partnerschaft zu verstehen?**

1. Für den Begriff der öffentlich-privaten Partnerschaft („ÖPP“) gibt es keine gemeinschaftsweit geltende Definition. Der Terminus bezieht sich im Allgemeinen auf Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zwecks Finanzierung, Bau, Renovierung, Betrieb oder Unterhalt einer Infrastruktur oder die Bereitstellung einer Dienstleistung.

2. Charakteristisch für ÖPP-Projekte sind nachstehende Elemente:

- Die Projektbeziehung, die eine Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen und dem privaten Partner in vielerlei Hinsicht umfasst, ist langfristig angelegt.
- Die Finanzierung eines Projekts wird zum Teil von der Privatwirtschaft getragen, manchmal über komplizierte Konstruktionen, an denen verschiedene Akteure beteiligt sind. Eine solche private Finanzierung kann jedoch durch öffentliche Mittel manchmal beträchtlich ergänzt werden.
- Der Wirtschaftsteilnehmer, der sich an verschiedenen Phasen des Projekts (Konzeption, Durchführung, Inbetriebnahme, Finanzierung) beteiligt, spielt eine wichtige Rolle. Der öffentliche Partner konzentriert sich im Wesentlichen auf die Bestimmung der Ziele im Sinne des öffentlichen Interesses, der Qualität der angebotenen Dienstleistungen oder der Preispolitik und wacht über die Einhaltung dieser Ziele.
- Es besteht Risikoteilung; auf den privaten Partner werden Risiken transferiert, die herkömmlicherweise der öffentliche Sektor trägt. Eine ÖPP bedeutet jedoch nicht unbedingt, dass der private Partner sämtliche oder den größten Teil der mit dem Projekt verbundenen Risiken zu tragen hat. Die Teilung des Risikos wird von Fall zu Fall genau festgelegt und hängt im Einzelnen von der Fähigkeit der Beteiligten ab, diese zu beurteilen, zu kontrollieren und zu beherrschen.

3. In den vergangenen zehn Jahren wurden in vielen Zuständigkeitsbereichen der öffentlichen Hand ÖPP eingegangen. Die verstärkte Nutzung von ÖPP ist auf verschiedene Faktoren zurückzuführen. Den Mitgliedstaaten kommt diese Form der Zusammenarbeit angesichts der haushaltspolitischen Sachzwänge entgegen, da dem öffentlichen Sektor Finanzmittel aus der Privatwirtschaft zufließen. Ein weiterer Grund ist der Wille, das Know-how und die Arbeits-

methoden des Privatsektors stärker im öffentlichen Leben zu nutzen. Die Zunahme von ÖPP spiegelt im Übrigen eine allgemeinere Entwicklung hinsichtlich der Rolle des Staates in der Wirtschaft wider: Der Staat nimmt Abstand von seiner Funktion als direkter Akteur und geht zu Organisation, Regulierung und Controlling über.

4. Die öffentlichen Stellen der Mitgliedstaaten greifen häufig auf ÖPP zurück, um Infrastrukturprojekte insbesondere in den Bereichen Verkehr, öffentliche Gesundheit, Bildung und öffentliche Sicherheit durchzuführen. Auf europäischer Ebene hat man erkannt, dass ÖPP zur Verwirklichung der transeuropäischen Verkehrsnetze beitragen können, die – insbesondere aufgrund unzureichender Investitionen – stark im Rückstand sind.<sup>1</sup> Im Rahmen seiner Initiative für mehr Wachstum hat der Rat eine Reihe von Maßnahmen gebilligt, durch die die Investitionen in Infrastrukturprojekte des transeuropäischen Netzes sowie in Innovation, Forschung und Entwicklung insbesondere durch die Einrichtung von ÖPP gesteigert werden sollen.<sup>2</sup>
5. Es ist zwar richtig, dass die Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor mikroökonomische Vorteile bringen kann, wodurch sich ein Projekt mit einem besseren Preis-Leistungs-Verhältnis unter gleichzeitiger Wahrung der öffentlichen Belange realisieren lässt, allerdings sollten ÖPP nicht als Patentlösung für den von Haushaltszwängen geplagten öffentlichen Sektor dargestellt werden.<sup>3</sup> Die Erfahrung zeigt, dass für jedes einzelne Projekt bewertet werden muss, ob diese Art der Partnerschaft einen tatsächlichen Zusatznutzen gegenüber anderen Möglichkeiten bringt, wie etwa der klassischen Vergabe eines öffentlichen Auftrages.<sup>4</sup>
6. Mit Interesse stellt die Kommission im Übrigen fest, dass einige Mitgliedstaaten und Beitrittsländer Instrumente zur Koordinierung und Förderung von ÖPP geschaffen haben, durch die unter anderem bewährte ÖPP-Verfahren in diesen Ländern oder auf europäischer Ebene verbreitet werden sollen. Diese Instrumente (wie z. B. die einschlägigen Task forces im Vereinigten Königreich und Italien) sollen durch die Verbreitung der einschlägigen Erfahrungen dazu beitragen, die Nutzer hinsichtlich der verschiedenen Formen von ÖPP sowie der unterschiedlichen Verfahrensabschnitte zu beraten, egal ob es sich um die konzeptionelle Phase handelt, um die Modalitäten der Auswahl des privaten Partners, eine bessere Risikoverteilung, die angemessene Wahl der Vertragsbestimmungen oder sogar die Einbeziehung von EU-Finanzierungsmitteln.

<sup>1</sup> Vgl. die Mitteilung der Kommission vom 23.4.2003 „Ausbau des transeuropäischen Verkehrsnetzes: Neue Formen der Finanzierung – Interoperable elektronische Mautsysteme“, KOM (2003) 132, und den Bericht der hochrangigen Gruppe für das transeuropäische Verkehrsnetz vom 27.6.2003.

<sup>2</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat (Brüssel) vom 12.12.2003.

<sup>3</sup> Eurostat, das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften, hat am 11.2.2004 (vgl. Pressemitteilung STAT/04/18) eine Entscheidung in der Frage getroffen, wie Verträge staatlicher Einheiten, die im Rahmen von Partnerschaften mit nichtstaatlichen Einheiten abgeschlossen werden, in den Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen zu verbuchen sind. In der Entscheidung werden die Auswirkungen auf das Defizit bzw. den Überschuss des Staates und den öffentlichen Schuldenstand dargelegt. Eurostat empfiehlt, Vermögenswerte, die Gegenstand einer öffentlich-privaten Partnerschaft sind, nicht als Vermögenswerte des Staates zu klassifizieren und folglich nicht in der Bilanz des Sektors Staat zu verbuchen, wenn die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind: 1. der private Partner trägt das Baurisiko, und 2. der private Partner trägt mindestens entweder das Ausfallrisiko oder das Nachfragerisiko.

<sup>4</sup> Vgl. die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament „Öffentliche Finanzen in der WWU – 2003“, veröffentlicht in *European Economy* Nr. 3/2003, KOM (2003) 283 endg.

7. Die staatlichen Stellen nutzen außerdem die Strukturen der Partnerschaft mit dem Privatsektor zur Bereitstellung öffentlicher Dienstleistungen, insbesondere auf lokaler Ebene. So werden öffentliche Dienstleistungen in den Bereichen Abfallwirtschaft, Wasserversorgung oder Energieversorgung immer häufiger öffentlichen, privaten oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen übertragen. Im Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wird in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass eine staatliche Stelle, die die Bereitstellung einer Dienstleistung einem Dritten übertragen will, sich an die Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen halten muss, auch wenn die betreffende Dienstleistung als Leistung von allgemeinem Interesse eingestuft wird.<sup>5</sup> Im Übrigen hat das Europäische Parlament anerkannt, dass die Einhaltung dieser Regeln „ein wirksames Instrument zur Vermeidung unzumutbarer Wettbewerbsbeschränkungen sein kann, das gleichzeitig der öffentlichen Hand erlaubt, die Bedingungen hinsichtlich Qualität, Verfügbarkeit, Sozialstandards und Umweltauflagen selbst zu definieren und zu kontrollieren“<sup>6</sup>.

## **1.2 Der Binnenmarkt als Herausforderung, die Weiterentwicklung von ÖPP auf der Basis effektiven Wettbewerbs und rechtlicher Klarheit zu gewährleisten**

8. In diesem Grünbuch werden ÖPP unter dem Blickwinkel der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen betrachtet. Im Gemeinschaftsrecht gibt es kein besonderes System für ÖPP. Also muss jede vertragliche oder unilaterale Maßnahme, mit der eine öffentliche Stelle die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit einem Dritten überträgt, vor dem Hintergrund der Regelungen und Grundsätze betrachtet werden, die sich aus dem EG-Vertrag ergeben, insbesondere in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 43 und 49 EG-Vertrag).<sup>7</sup> Hierzu zählen vor allem der Grundsatz der Transparenz, der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und der gegenseitigen Anerkennung.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> KOM (2003) 270 endg. Text des Grünbuchs und der Beiträge dazu:  
[http://europa.eu.int/comm.secretariat\\_general/services\\_general\\_interest](http://europa.eu.int/comm.secretariat_general/services_general_interest).

KOM (2003)270 endg. Text des Grünbuchs und der Beiträge dazu:  
[http://europa.eu.int/comm.secretariat\\_general/services\\_general\\_interest](http://europa.eu.int/comm.secretariat_general/services_general_interest).

<sup>6</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, verabschiedet am 14.1.2004.

<sup>7</sup> Das Binnenmarktrecht einschließlich der Vorschriften und Grundsätze für öffentliche Aufträge und Konzessionen gilt für jede Wirtschaftstätigkeit, also für jede Tätigkeit, die darin besteht, Dienstleistungen, Waren oder Arbeiten auf einem Markt anzubieten, auch wenn diese Dienstleistungen, Waren oder Arbeiten dazu dienen, einen „öffentlichen Dienst“ gemäß der entsprechenden Definition eines Mitgliedstaates zu gewährleisten.

<sup>8</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI. C 121 vom 29.4.2000.

Für Fälle, die in den Anwendungsbereich der Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge fallen, gelten zudem detaillierte Bestimmungen.<sup>9, 10</sup> Diese Richtlinien wollen „die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten, und zu diesem Zweck die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter bei einer Auftragsvergabe und zugleich die Möglichkeit ausschließen, dass ein öffentlicher Auftraggeber sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt“<sup>11</sup>. Die einzelnen Bestimmungen dieser Richtlinien gelten jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen und betreffen hauptsächlich die Vertragsabschlussphase.

9. Welche Rechtsvorschriften für die Auswahl eines privaten Partners gelten, hängt zunächst einmal von der Art der vertraglichen Beziehung ab, die diesen an die Vergabestelle bindet.<sup>12</sup> Dem abgeleiteten Gemeinschaftsrecht zufolge gilt jeder entgeltliche schriftliche Vertrag zwischen einer Vergabestelle und einem Akteur als „öffentlicher Bau- oder Dienstleistungsauftrag“, sofern er die Ausführung von Bauarbeiten, die Errichtung eines Bauwerks oder die Bereitstellung einer Dienstleistung zum Gegenstand hat. Der Begriff „Konzession“ wird als Vertrag definiert, der von einem öffentlichen Auftrag nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Arbeiten oder die Dienstleistungen entweder nur in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks bzw. der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

<sup>9</sup> Das heißt die Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG, 93/37/EWG und 93/38/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge und zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor. Die Richtlinien werden ersetzt durch die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge sowie die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und der Postdienste, die in Kürze im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden. Der [vorläufige] Text der neuen Richtlinien ist einzusehen unter der Internetadresse [http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default\\_2003\\_en.htm](http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm).

<sup>10</sup> Außerdem kann die Einrichtung einer ÖPP in bestimmten Sektoren, insbesondere im Transportwesen, spezifischen sektoralen Rechtsvorschriften unterliegen. Vgl. die Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23.7.1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs; Verordnung (EWG) Nr. 3577/92 des Rates vom 7.12.1992 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten (Seekabotage); Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26.6.1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, geändert durch Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 sowie geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen, KOM (2002) 107 endg.

<sup>11</sup> Urteil des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini g. ANAS*, vom 27.11.2001, Randnummer 36; ebenso Rechtssache C-380/98, *University of Cambridge*, Slg. I-8035, sowie Rechtssache C-19/00, *SIAC construction*, Slg. I-7725.

<sup>12</sup> Bei ÖPP-Vereinbarungen sind in erster Linie nationale, regionale oder lokale Behörden die öffentlichen Partner. Partner können auch öffentlich-rechtliche Einrichtungen sein, die zur Erfüllung eines öffentlichen Auftrags unter staatlicher Aufsicht gegründet wurden, oder Betreiberunternehmen netzgebundener Wirtschaftszweige. Zur Vereinfachung werden all diese Stellen in dem Grünbuch als „Vergabestelle“ bezeichnet. Dieser Begriff beinhaltet also die „öffentlichen Auftraggeber“ im Sinne der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG, 93/37/EWG und 2004/18/EG sowie die Auftraggeber „staatliche Behörden“ und „öffentliche Unternehmen“ im Sinne der Richtlinien 93/38/EWG und 2004/17/EG.

10. Die Elemente dieser Begriffsbestimmungen sind dem Gerichtshof zufolge so auszulegen, dass die praktische Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie nicht beeinträchtigt wird.<sup>13</sup> Die formellen Anforderungen an den Vertragsbegriff im nationalen Recht können beispielsweise nicht dazu verwendet werden, die praktische Wirksamkeit der Richtlinie aufzuheben. Gleichermaßen erfordert der Entgeltcharakter des in Rede stehenden Vertrags nicht unbedingt die direkte Zahlung eines Preises durch den öffentlichen Partner; das Entgelt kann auch in wirtschaftlichen Gegenleistungen zugunsten des privaten Partners bestehen.
11. Verträge über öffentliche Bau- oder Dienstleistungsaufträge, die als vorrangig gelten,<sup>14</sup> unterliegen den einzelnen Bestimmungen der Gemeinschaftsrichtlinien. Für Baukonzessionen und öffentliche Dienstleistungsaufträge, die nicht als prioritär eingestuft sind, gelten lediglich vereinzelte Vorschriften des abgeleiteten Rechts. Dann gibt es noch bestimmte Vorhaben, insbesondere Dienstleistungskonzessionen, für die das abgeleitete Recht keinerlei Rechtsgrundlage liefert. Gleiches gilt im Übrigen für Aufträge, die durch eine unilaterale Maßnahme erteilt werden.
12. Der für die Auswahl des privaten Partners geltende Rechtsrahmen ist daher gemeinschaftlich auf verschiedenen Ebenen und in unterschiedlichem Umfang koordiniert worden, was auf nationaler Ebene weiterhin eine große Vielfalt von Ansätzen zulässt, auch wenn jedes Vorhaben, das die Erteilung eines Auftrags an einen Dritten beinhaltet, auf Mindestgrundsätzen beruhen muss, die sich aus den Artikeln 43 bis 49 EG-Vertrag ergeben.
13. Die Kommission hat im Bereich des öffentlichen Vergaberechts bereits auf die Verbreitung von ÖPP reagiert. Im Jahr 2000 hat sie eine Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht<sup>15</sup> veröffentlicht; darin hat sie auf der Grundlage der sich aus dem EG-Vertrag ergebenden Regeln und Grundsätze sowie des geltenden abgeleiteten Rechts den Begriff der Konzession im Gemeinschaftsrecht umrissen, ferner die Verpflichtungen, die den öffentlichen Stellen bei der Auswahl der Wirtschaftsteilnehmer obliegen, denen die Konzessionen gewährt werden. Darüber hinaus wird durch die neuen Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates zur Modernisierung und Vereinfachung des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens ein innovatives Vergabeverfahren eingeführt, das eigens auf die Vergabe „besonders komplexer Aufträge“ und somit auf bestimmte Formen von ÖPP zugeschnitten ist. Dieses neue Verfahren, das als „wettbewerblicher Dialog“ bezeichnet wird, ermöglicht den öffentlichen Stellen, mit den Bewerberunternehmen Gespräche zu führen, um die am besten geeigneten Lösungen zu ermitteln.
14. Dennoch vertreten einige Interessenträger die Auffassung, dass die Gemeinschaftsregeln für die Auswahl von Unternehmen für eine ÖPP sowie die Auswirkungen dieser Regeln auf die Vertragsbeziehungen innerhalb der Partnerschaft nicht klar genug und zwischen den einzelnen

<sup>13</sup> Urteil des Gerichtshofes vom 12.7.2001 in der Rechtssache C-399/98, *Scala*, Slg. I-5409, insbesondere die Randnummern 53–55.

<sup>14</sup> Diejenigen, die in Anhang IA der Richtlinie 92/50/EWG oder in Anhang XVIA der Richtlinie 93/38/EWG aufgeführt sind.

<sup>15</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C 121 vom 29.4.2000.

Mitgliedstaaten uneinheitlich sind. Diese Situation würde die Akteure in der Gemeinschaft verunsichern und könnte damit die Schaffung und das Gelingen von ÖPP behindern und die Finanzierung wichtiger Infrastrukturmaßnahmen und die Bereitstellung qualitativ hochwertiger öffentlicher Dienstleistungen vereiteln.

15. Das Europäische Parlament hat die Kommission aufgefordert zu prüfen, ob ein Richtlinien-vorschlag zur einheitlichen Regulierung von Konzessionen und anderen Formen von ÖPP möglich ist.<sup>16</sup> Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss hält eine gesetzgeberische Maßnahme für geboten.<sup>17</sup>
16. In diesem Zusammenhang kündigte die Kommission im Rahmen ihrer Binnenmarktstrategie 2003–2006<sup>18</sup> an, ein Grünbuch zu ÖPP und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen zu veröffentlichen und so eine Diskussion darüber anzustoßen, wie sich ÖPP am besten auf der Basis effektiven Wettbewerbs und rechtlicher Klarheit weiterentwickeln können. Die Veröffentlichung eines Grünbuchs gehört auch zu den Maßnahmen, die im Rahmen der europäischen Wachstumsinitiative<sup>19</sup> vorgesehen sind. Schließlich entspricht sie damit auch einer Reihe von Forderungen, die bei der öffentlichen Konsultation über das Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erhoben wurden.<sup>20</sup>

### 1.3 Ziel und Struktur des Grünbuchs

17. Mit dem Grünbuch soll eine Diskussion über die Anwendung des Gemeinschaftsrechts für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf ÖPP angestoßen werden. Dabei soll es im Wesentlichen um die Regeln gehen, die nach der Entscheidung gelten, eine Aufgabe an einen Dritten zu übertragen. Es geht hier also um die Phase nach der wirtschaftlichen und organisatorischen Entscheidung einer lokalen oder nationalen Stelle und nicht um eine allgemeine Bewertung der Frage, ob die Bereitstellung von Dienstleistungen der öffentlichen Hand ausgelagert werden soll oder nicht; diese Entscheidung liegt im Ermessen der betreffenden staatlichen Stellen. Die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen nehmen keinen Einfluss auf die Entscheidung der Mitgliedstaaten, eine öffentliche Dienstleistung selbst zu erbringen oder sie Dritten zu übertragen.
18. Genauer gesagt wird mit diesem Grünbuch der Zweck verfolgt, die Tragweite der Gemeinschaftsregeln zu erläutern, die für die Phase der Auswahl des privaten Partners und für die sich daran anschließende Phase gelten; gegebenenfalls bestehende Unsicherheiten sollen

<sup>16</sup> Stellungnahme des Europäischen Parlaments in erster Lesung zum Vorschlag der Kommission KOM (2002) 275 vom 10.5.2002.

<sup>17</sup> Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. C 14 vom 16.1.2002, Berichterstatter Herr Levaux, Ziffer 4.1.3, und Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. C 193 vom 10.7.2001, Berichterstatter Herr B. Green, Ziffer 3.5.

<sup>18</sup> Binnenmarktstrategie – Vorrangige Aufgaben 2003–2006, KOM (2003) 238 endg.

<sup>19</sup> Mitteilung der Kommission „Eine europäische Wachstumsinitiative: Investitionen in Netze und Wissen für Wachstum und Beschäftigung“, KOM (2003) 690 endg. vom 11.11.2003. Der Europäische Rat hat diesen Bericht auf seiner Tagung am 12.12.2003 in Brüssel gebilligt.

<sup>20</sup> Vgl. Bericht über die Ergebnisse der Konsultationen über das Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, vgl. Fußnote 5.

ermittelt werden, ferner soll analysiert werden, ob der Gemeinschaftsrahmen den Herausforderungen und spezifischen Merkmalen von ÖPP gerecht wird. Für etwaige Gemeinschaftsmaßnahmen werden Denkanstöße geliefert. Da mit dem Grünbuch eine Konsultation eröffnet werden soll, enthält es noch keine fertigen Lösungen. Es gibt sehr vielfältige Instrumente, mit denen die Öffnung der ÖPP für den Wettbewerb unter klaren rechtlichen Rahmenbedingungen verbessert werden kann: gemeinschaftliche Rechtsakte, Mitteilungen zu Auslegungsfragen, Maßnahmen zur besseren Koordinierung der nationalen Praktiken oder Austausch bewährter Verfahren zwischen den Mitgliedstaaten.

19. Das Grünbuch konzentriert sich also auf Fragen in Zusammenhang mit den Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen; in anderen Bereichen hat die Kommission bereits Maßnahmen zur Ausschaltung von Hemmfaktoren für ÖPP eingeleitet. So wurde vor kurzem klargestellt, wie Verträge öffentlicher Stellen im Rahmen von Partnerschaften mit privaten Rechtsträgern in den volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen buchungstechnisch zu behandeln sind.<sup>21</sup> Außerdem wird die Einführung des Statuts der Europäischen Gesellschaft die Einrichtung transeuropäischer ÖPP vereinfachen.<sup>22</sup>
20. Zur Analyse dieses Grünbuchs sind zwei ÖPP-Formen zu unterscheiden:
- ÖPP auf Vertragsbasis, bei denen die Partnerschaft zwischen öffentlichem und privatem Sektor nur auf vertraglichen Beziehungen basiert;
  - institutionalisierte ÖPP, bei denen die Zusammenarbeit zwischen öffentlichem und privatem Sektor innerhalb eines eigenständigen Rechtssubjekts erfolgt.

Dieser Unterscheidung liegt die Erkenntnis zugrunde, dass die vielfältigen ÖPP-Formen, die in den verschiedenen Mitgliedstaaten anzutreffen sind, zwei übergeordneten Modellen zugeordnet werden können. Beide werfen spezifische Fragen der Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf, die in den nachstehenden Kapiteln separat behandelt werden.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Vgl. Fußnote 3.

<sup>22</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001.

<sup>23</sup> Die Unterscheidung berücksichtigt nicht die Rechtsmerkmale dieser institutionellen oder vertraglichen Konstruktionen im nationalen Recht und sagt nichts über ihre gemeinschaftsrechtliche Einstufung aus. Zweck der nachstehenden Analyse ist daher lediglich, die gewöhnlich als ÖPP eingestuft Konstruktionen voneinander zu unterscheiden; sie soll die später zu treffende Entscheidung unterstützen, welche gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen gelten sollen.

## 2 ÖPP AUF VERTRAGSBASIS VOR DEM HINTERGRUND DER GEMEINSCHAFTLICHEN RECHTSVORSCHRIFTEN FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE UND KONZESSIONEN

21. Der Begriff „ÖPP auf Vertragsbasis“ bezeichnet eine Partnerschaft, die sich ausschließlich auf vertragliche Beziehungen zwischen den verschiedenen Akteuren stützt. Er steht für unterschiedliche Konstruktionen, mit denen eine oder mehrere mehr oder weniger umfangreiche Aufgaben einem privaten Partner übertragen werden; hierzu gehören Konzeption, Finanzierung, Ausführung, Renovierung oder Nutzung eines Bauwerks oder die Bereitstellung einer Dienstleistung.
22. Merkmal eines der bekanntesten Modelle, das häufig als „Konzessionsmodell“<sup>24</sup> bezeichnet wird, ist die direkte Verbindung zwischen dem privaten Partner und dem Endnutzer: der private Partner stellt der Öffentlichkeit „an Stelle“ des öffentlichen Partners, aber unter dessen Aufsicht, eine Dienstleistung bereit. Ein weiteres Merkmal ist die Art der Vergütung des Auftragnehmers: die Dienstleistungsempfänger zahlen Gebühren, die gegebenenfalls durch Beihilfen der öffentlichen Stellen ergänzt werden.
23. Bei anderen Konstruktionen hat der private Partner die Aufgabe, eine Infrastruktur für die öffentliche Verwaltung aufzubauen und zu betreiben (beispielsweise eine Schule, ein Krankenhaus, eine Strafanstalt, eine Verkehrsinfrastruktur). Typischste Ausprägungsform dieses Modells ist die PFI.<sup>25</sup> Hier werden keine Gebühren beim Nutzer des Bauwerks oder der Dienstleistung erhoben; stattdessen erhält der private Partner regelmäßige Zahlungen vom öffentlichen Partner. Diese Zahlungen können eine feste Höhe haben, sie können aber auch variabel berechnet werden, je nach Verfügbarkeit des Bauwerks oder der entsprechenden Dienstleistungen oder auch nach der Nutzungsfrequenz.<sup>26</sup>

*1. Welche Formen von ÖPP auf Vertragsbasis sind Ihnen bekannt? Gibt es in Ihrem Land spezifische (gesetzliche oder andere) Rahmenbedingungen für derartige Konstruktionen?*

<sup>24</sup> Es sei daran erinnert, dass die Einstufung nach einzelstaatlichem Recht oder durch die Vertragsparteien keinerlei Einfluss auf die rechtliche Einstufung dieser Verträge im Hinblick auf die Anwendung des Gemeinschaftsrechts über öffentliche Aufträge und Konzessionen hat.

<sup>25</sup> Die Abkürzung PFI steht für Private Finance Initiative, ein Programm der britischen Regierung, das die Modernisierung öffentlicher Infrastruktur mittels privater Finanzierung ermöglicht. Dasselbe Modell findet in anderen Mitgliedstaaten Anwendung, manchmal mit beträchtlichen Varianten. Beispielsweise ist in Anlehnung daran das deutsche „Betreibermodell“ entstanden.

<sup>26</sup> Vgl. die „virtuelle Maut“ im Rahmen von Autobahnprojekten insbesondere im Vereinigten Königreich, Portugal, Spanien und Finnland.

## 2.1 Auswahl des privaten Partners

### 2.1.1 Partnerschaft auf Vertragsbasis: als öffentlicher Auftrag eingestufte Beauftragung

24. Die Regelung der Vergabe öffentlicher Bauarbeiten oder von als prioritär eingestuften öffentlichen Dienstleistungen<sup>27</sup> ergibt sich aus den Bestimmungen der Gemeinschaftsrichtlinien, in denen ausführliche Regeln, insbesondere in Bezug auf Bekanntmachung und Teilnahme, festgelegt sind. Wenn es sich bei der öffentlichen Stelle um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, der im Anwendungsbereich der klassischen Richtlinien<sup>28</sup> tätig ist, kann er normalerweise zwecks Auswahl seines privaten Partners zwischen dem offenen und dem nichtoffenen Verfahren wählen. Ausnahmsweise kann unter bestimmten Bedingungen auch das Verhandlungsverfahren gewählt werden. In diesem Zusammenhang möchte die Kommission daran erinnern, dass der Anwendungsbereich der in Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 93/37/EWG vorgesehenen Ausnahmeregelung beschränkt ist; darin ist die Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens vorgesehen, wenn es sich bei dem Auftrag „um Arbeiten handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen“. Die Ausnahmeregelung gilt ausschließlich für Sonderfälle, in denen die Art oder der Umfang der Arbeiten von vornherein unwägbar ist.<sup>29</sup> Sie ist jedoch nicht für Fälle gedacht, in denen andere Unwägbarkeiten auftreten, etwa Probleme mit der vorherigen Preisfestlegung aufgrund der Tatsache, dass die rechtliche und finanztechnische Konstruktion sehr komplex ist.
25. Seit dem Erlass der Richtlinie 2004/18/EG kann ein neues Verfahren, der so genannte wettbewerbliche Dialog, bei der Vergabe von besonders komplizierten Aufträgen gewählt werden.<sup>30</sup> Das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs wird eingeschlagen, wenn der öffentliche Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die für seinen Auftrag und seine Ziele geeigneten technischen Mittel zu bestimmen, oder wenn er objektiv nicht in der Lage ist, ein Projekt rechtlich und/oder finanztechnisch zu konzipieren. Das neue Verfahren erlaubt den Vergabestellen, mit den Bewerbern in einen Dialog einzutreten, in dem es um die Ausarbeitung bedarfsgerechter Lösungen geht. Abschließend werden die Bewerber aufgefordert, ihr endgültiges Angebot auf der Grundlage der Dialog ermittelten Lösung(en) zu unterbreiten. Diese Angebote müssen sämtliche für die Ausführung des Projekts geforderten und notwendigen Elemente enthalten. Die Vergabestellen bewerten die Angebote auf der Grundlage der zuvor festgelegten Zuschlagskriterien. Der Bieter, der das wirtschaftlich günstigste Angebot unterbreitet hat, kann dazu aufgefordert werden, bestimmte Aspekte seines Angebots zu erläutern oder die darin eingegangenen Verpflichtungen zu bestätigen; Voraussetzung hierfür ist, dass die wesentlichen Elemente des Angebots oder der Ausschreibung dadurch nicht verändert werden, der Wettbewerb nicht verfälscht wird oder Diskriminierungen entstehen.

<sup>27</sup> Also diejenigen, die in Anhang IA der Richtlinie 92/50/EWG und in Anhang XVIIA der Richtlinie 93/38/EWG aufgeführt sind.

<sup>28</sup> Also den Richtlinien 93/37/EWG, 92/50/EWG und 2004/18/EG.

<sup>29</sup> Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Arbeiten in einer geologisch instabilen oder einer archäologischen Zone stattfinden und ihr Umfang daher zu Beginn des Verfahrens nicht vorhersehbar ist. Eine ähnliche Ausnahmeregelung ist in Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie 92/50/EWG sowie in Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2004/18/EG vorgesehen.

<sup>30</sup> Artikel 29 der Richtlinie 2004/18/EG.

26. Das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs dürfte gewährleisten, dass die Erörterung sämtlicher Auftragsaspekte mit den Bewerbern im Verlauf der Definitionsphase ausreichend flexibel verlaufen kann, wobei darauf zu achten ist, dass diese Gespräche unter Wahrung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung geführt und die im EG-Vertrag verankerten Rechte der Wirtschaftsteilnehmer nicht gefährdet werden. Das Verfahren gründet auf dem Gedanken, dass strukturierte Auswahlmethoden auf jeden Fall beibehalten werden müssen, da sie Objektivität und Integrität des Verfahrens zur Auswahl eines Akteurs garantieren. Dies gewährleistet eine verantwortungsvolle Nutzung der Steuergelder, mindert die Risiken intransparenter Praktiken und stärkt die Rechtssicherheit, die für die Verwirklichung derartiger Projekte unabdingbar ist.
27. Im Übrigen muss betont werden, dass es bei den neuen Richtlinien im Interesse der Vergabestellen liegt, technische Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen zu formulieren. Neue Bestimmungen vergrößern nämlich den Spielraum der Vergabestellen, unabhängig vom eingeschlagenen Verfahren innovative Lösungen in der Vergabephase zu berücksichtigen.<sup>31</sup>

*2. Nach Auffassung der Kommission wird die Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in einzelstaatliche Rechtsvorschriften den betroffenen Parteien ein Verfahren an die Hand geben, das sich ganz besonders für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Zusammenhang mit der Einrichtung einer ÖPP auf Vertragsbasis eignet und gleichzeitig die Grundrechte der Wirtschaftsteilnehmer wahrt. Stimmen Sie dem zu? Falls nein, warum nicht?*

*3. Sehen Sie in Bezug auf diese Aufträge neben der Wahl des Vergabeverfahrens andere Punkte, die mit dem Gemeinschaftsrecht über öffentliche Aufträge in Konflikt stehen könnten? Wenn ja, nennen Sie diese und begründen Sie!*

### 2.1.2 Partnerschaft auf Vertragsbasis: als Konzession eingestufte Beauftragung

28. Es gibt nur wenige Bestimmungen im abgeleiteten Recht für die Koordinierung der Vergabe von Aufträgen, die dem Gemeinschaftsrecht zufolge als Konzessionen gelten. Bei Baukonzessionen bestehen nur gewisse Verpflichtungen für die Bekanntmachung, durch die sichergestellt werden soll, dass die interessierten Wirtschaftsteilnehmer vorher zum Wettbewerb aufgerufen werden, sowie eine Verpflichtung in Bezug auf den Mindestzeitraum für die Annahme von Bewerbungen.<sup>32</sup> Nach welchem Verfahren der private Partner daraufhin ausgewählt wird, können die Vergabestellen frei entscheiden; sie müssen jedoch bei der Vergabe die sich aus dem EG-Vertrag ergebenden Grundsätze und Regeln uneingeschränkt wahren.
29. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist, abgesehen von der Geltung der Grundsätze der Artikel 43 bis 49 EG-Vertrag, nämlich Transparenz, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit

<sup>31</sup> Artikel 23 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 34 der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>32</sup> Vgl. Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG und Artikel 56 bis 59 der Richtlinie 2004/18/EG.

und gegenseitige Anerkennung, nicht besonders geregelt.<sup>33</sup> In seinem Urteil in der Rechtsache *Telaustria* hat der Gerichtshof Folgendes festgestellt: „Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.“<sup>34</sup>

30. Nach Auffassung der Kommission kann das sich aus den einschlägigen Bestimmungen des EG-Vertrags ergebende Vorgehen wie folgt zusammengefasst werden: Festlegung der Regeln für die Auswahl des privaten Partners; angemessene Bekanntmachung der Absicht der Konzessionserteilung und der Regeln für die Auswahl, damit die Unparteilichkeit während des gesamten Verfahrens kontrolliert werden kann; Aufruf der Wirtschaftsteilnehmer, die gegebenenfalls daran interessiert und/oder dazu in der Lage sind, die in Rede stehenden Aufgaben auszuführen, zur Teilnahme am Wettbewerb; Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Teilnehmer während des gesamten Verfahrens; Vergabe auf der Grundlage objektiver Kriterien, die niemanden benachteiligen.
31. Das für die Erteilung von Konzessionen geltende Gemeinschaftsrecht ergibt sich somit im Wesentlichen aus allgemeinen Verpflichtungen, die keine Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten implizieren. Außerdem hegen nur sehr wenige Mitgliedstaaten den Wunsch, auf nationaler Ebene allgemeine oder ausführliche rechtliche Rahmenbedingungen für die Erteilung von Bau- oder Dienstleistungskonzessionen festzulegen, obgleich sie die Möglichkeit hätten.<sup>35</sup> Daher wird die Auswahl eines Konzessionärs durch eine Vergabestelle zumeist von Fall zu Fall geregelt.
32. Diese Situation könnte für gemeinschaftsweit tätige Akteure problematisch sein. Die Tatsache, dass die einzelstaatlichen Vorschriften nicht koordiniert sind, könnte nämlich einer echten gemeinschaftsweiten Öffnung derartiger Vorhaben im Weg stehen. Darüber hinaus könnte die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit kostentreibend wirken.
33. Im Übrigen wurde von einigen Seiten geltend gemacht, dass die Zielsetzungen des Binnenmarktes in bestimmten Situationen aufs Spiel gesetzt werden könnten, wenn auf dem Markt kein effektiver Wettbewerb herrscht. Die Kommission möchte an dieser Stelle daran erinnern, dass die Richtlinien über öffentliche Aufträge nicht nur die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer gewährleisten sollen, sondern auch sicher-

<sup>33</sup> Obwohl die Kommission vorgeschlagen hatte, Dienstleistungskonzessionen in die Richtlinie 92/50/EWG einzubeziehen, hat der Rat im Verlauf des Rechtsetzungsverfahrens entschieden, sie vom Geltungsbereich auszunehmen.

<sup>34</sup> Rechtssache C-324/98. Vgl. auch den Beschluss des Gerichtshofs vom 30.5.2002 in der Rechtssache C-358/00, *Deutsche Bibliothek*, Slg. I-4685. Diese Grundsätze gelten ebenfalls für andere staatliche Akte, durch die einem Dritten eine wirtschaftliche Leistung übertragen wird, beispielsweise für die Aufträge, die vom Geltungsbereich der Richtlinien ausgenommen sind, weil ihr Auftragswert unterhalb der Schwellen liegt, ab denen das abgeleitete Recht gilt (Beschluss des Gerichtshofs vom 3.12.2001 in der Rechtssache C-59/00, *Vestergaard*, Slg. I-9505), oder für die so genannten nicht prioritären Dienstleistungen.

<sup>35</sup> Spanien (Gesetz vom 23.5.2003 über Baukonzessionen), Italien (Merloni-Gesetz von 1994 in der geänderten Fassung) und Frankreich (Sapin-Gesetz von 1993) haben derartige Rechtsvorschriften erlassen.

stellen sollen, dass eine Mindestzahl von Bewerbern zur Teilnahme an den verschiedenen Verfahren – offene oder nichtoffene Verfahren, Verhandlungsverfahren oder wettbewerblicher Dialog – aufgerufen wird.<sup>36</sup> Es ist zu beurteilen, ob die wirksame Anwendung dieser Bestimmungen ausreicht oder ob weitere Maßnahmen erforderlich sind, um die Schaffung eines stärker vom Wettbewerb geprägten Umfelds zu erleichtern.

34. Außerdem hat die Kommission im Zusammenhang mit den bereits eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren festgestellt, dass es nicht immer einfach ist, von vornherein festzulegen, ob es sich bei dem ausgeschriebenen Vorhaben um einen öffentlichen Auftrag oder um eine Konzession handelt. Bei Verträgen, die zu Beginn des Verfahrens als Konzessionen eingestuft werden, kann im Verlauf des Verfahrens über die Teilung von Risiko und Nutzen verhandelt werden. Dabei kann sich herausstellen, dass der Vertrag letzten Endes als „öffentlicher Auftrag“ einzustufen ist. Eine Umstufung stellt häufig die Rechtmäßigkeit des von der Vergabestelle gewählten Vergabeverfahrens in Frage. Nach Auffassung der betroffenen Parteien belastet diese Rechtsunsicherheit die entsprechenden Vorhaben und beeinträchtigt in hohem Maße ihre Entwicklung.
35. In diesem Zusammenhang könnte die Kommission ergänzend zu den bereits bestehenden Texten über die Vergabe öffentlicher Aufträge einen Legislativvorschlag in Erwägung ziehen, durch den die Verfahren zur Erteilung von Konzessionen in der Europäischen Union koordiniert würden. Dann müssten ausführliche Bestimmungen für die Konzessionsvergabe festgelegt werden.
36. Außerdem müsste geprüft werden, ob objektive Gründe dagegen sprechen, die Erteilung von Konzessionen einem anderen als dem Regelwerk zu unterwerfen, das bereits für die Vergabe von ÖPP-Vorhaben auf Vertragsbasis besteht. Hier sei daran erinnert, dass das Nutzungsrecht und seine natürlichen Folgen, nämlich der Transfer der mit der Nutzung verbundenen Risiken, das Kriterium zur Unterscheidung öffentlicher Aufträge von Konzessionen ist. Sollte sich bestätigen, dass bei der Vergabe bestimmter ÖPP-Vorhaben auf Vertragsbasis häufig Rechtsunsicherheit herrscht, weil es schwierig ist, von vornherein über die Teilung der Nutzungsrisiken zwischen den Partnern zu befinden, könnte die Kommission in Erwägung ziehen, die Vergabe aller ÖPP-Vorhaben auf Vertragsbasis ein und demselben Vergabesystem zu unterwerfen, ob die Vorhaben nun als öffentliche Aufträge oder als Konzessionen eingestuft werden.

*4. Haben Sie bereits einmal ein Verfahren zur Vergabe einer Konzession in der Europäischen Union organisiert, daran teilgenommen bzw. ein solches organisieren oder daran teilnehmen wollen? Welche Erfahrungen haben Sie gemacht?*

*5. Halten Sie das derzeitige Gemeinschaftsrecht für präzise genug, um die konkrete und effektive Teilnahme von Gesellschaften oder Gruppierungen aus anderen Staaten an*

<sup>36</sup> Artikel 19 der Richtlinie 93/36/EWG, Artikel 22 der Richtlinie 93/37/EWG, Artikel 27 der Richtlinie 92/50/EWG und Artikel 31 der Richtlinie 93/38/EWG. Vgl. ebenfalls Artikel 44 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 54 der Richtlinie 2004/17/EG.

*Konzessionsvergabeverfahren sicherzustellen? Sind Sie der Ansicht, dass in dieser Hinsicht normalerweise ein tatsächlicher Wettbewerb herrscht?*

*6. Halten Sie einen Vorschlag für einen gemeinschaftlichen Rechtsakt zur Festlegung eines Verfahrensrahmens für die Konzessionsvergabe für wünschenswert?*

*7. Allgemeiner gefragt: Wenn Sie ein neues Gesetzgebungsvorhaben der Kommission für erforderlich halten, gibt es dann objektive Gründe dafür, in diesem Rechtsakt sämtliche ÖPP auf Vertragsbasis zu behandeln und sie ein und demselben Regelwerk für die Vergabe zu unterwerfen, ganz gleich ob die Vorhaben als öffentliche Aufträge oder als Konzessionen einzustufen sind?*

## **2.2 Fragen in Zusammenhang mit der Auswahl eines Wirtschaftsteilnehmers im Rahmen einer privat initiierten ÖPP**

37. Seit kurzem ist es in einigen Mitgliedstaaten möglich, dass der Privatsektor selbst die Initiative zu einem ÖPP-Vorhaben ergreift.<sup>37</sup> In derartigen Fällen arbeiten die Wirtschaftsteilnehmer, gegebenenfalls auf Aufforderung der Verwaltung, einen ausführlichen Projektvorschlag aus, im Allgemeinen für ein Bauvorhaben oder den Betrieb einer Infrastruktur.
38. So kann bereits frühzeitig die Bereitschaft der Wirtschaftsteilnehmer zu Investitionen in bestimmte Projekte sondiert werden. Außerdem ist es für diese ein Anreiz, technisch innovative Lösungen zu entwickeln oder anzuwenden, die den besonderen Bedürfnissen der Vergabestelle gerecht werden.
39. Die Tatsache, dass ein öffentliches Vorhaben aus einer Privatinitiative hervorgeht, ändert nichts an der Natur der Verträge, die zwischen den Vergabestellen und den Wirtschaftsteilnehmern geschlossen werden. Handelt es sich um entgeltliche Verträge über Leistungen, die dem abgeleiteten Recht unterliegen, müssen sie entweder als öffentlicher Auftrag oder als Konzession das entsprechende Vergabeverfahren durchlaufen.
40. Daher ist darauf zu achten, dass diese Verfahren nicht dazu führen, dass den europäischen Wirtschaftsteilnehmern die in den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge und Konzessionen festgeschriebenen Rechte vorenthalten werden. Vor allem muss nach Auffassung der Kommission – und das ist die Mindestanforderung – allen europäischen Akteuren der Zugang zu dieser Art von Vorhaben gewährleistet werden, insbesondere durch eine angemessene Bekanntmachung der Aufforderung zur Konzeption eines Projekts. Will dann eine staatliche Stelle einen Projektvorschlag in die Tat umsetzen, muss sie unter allen potenziell an der Ausführung des ausgewählten Projekts interessierten Wirtschaftsteilnehmer einen Wettbewerb organisieren, der eine unparteiliche Auswahl gewährleistet.

<sup>37</sup> In einigen Mitgliedstaaten gibt es einen eigenen Rahmen für Privatinitiativen (vgl. Merloni-Gesetz in Italien vom 18.11.1998 und in Spanien die Verordnung über die Dienstleistungen der Gebietskörperschaften von 1955 sowie das Gesetz 13/2003 über Baukonzessionen vom 23.5.2003). In anderen Mitgliedstaaten gibt es in der Praxis ebenfalls ÖPP in privater Initiative.

41. Um das System attraktiv zu gestalten, haben die Mitgliedstaaten zuweilen versucht, Anreize für Initiatoren einzuführen. Eine Belohnung kann beispielsweise so aussehen, dass der Initiator eines Projekts für seine Initiative außerhalb des späteren Vergabeverfahrens entschädigt wird. Eine andere Möglichkeit ist, dem Initiator im Rahmen des Wettbewerbs um das ausgewählte Projekt bestimmte Vorteile einzuräumen. Diese Lösungen müssen daraufhin geprüft werden, ob die dem Projektinitiator gewährten Wettbewerbsvorteile nicht die Gleichbehandlung der Bewerber aushöhlen.

*8. Ist Ihrer Erfahrung nach der Zugang der ausländischen Akteure zu privat initiierten ÖPP gewährleistet? Für den Fall, dass die Vergabestellen zur Initiative aufrufen, wird dieser Aufruf dann angemessen bekannt gemacht, so dass alle interessierten Akteure Kenntnis davon haben können? Wird für die Ausführung des ausgewählten Projekts ein Auswahlverfahren auf Basis eines effektiven Wettbewerbs organisiert?*

*9. Wie könnte Ihrer Auffassung nach die Entwicklung privat initiiertes ÖPP in der Europäischen Union unter Wahrung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung und ohne Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gewährleistet werden?*

## 2.3 Die Phase nach der Auswahl des privaten Partners

42. Das abgeleitete Recht für öffentliche Aufträge und Konzessionen behandelt hauptsächlich die Phase der Auftragsvergabe. Für die Zeit nach der Auswahl eines privaten Partners hingegen bietet das abgeleitete Recht keine globale Grundlage. Die sich aus dem EG-Vertrag ergebenden Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verbieten jedoch allgemein jegliche Intervention des öffentlichen Partners nach Auswahl eines privaten Partners, denn ein solches Eingreifen könnte die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer erneut in Frage stellen.<sup>38</sup>

43. Die häufig komplizierte Natur der fraglichen Konstruktion, der Zeitabstand zwischen Auswahl des privaten Partners und Unterzeichnung des Vertrags, die relativ lange Projektdauer und schließlich die häufige Vergabe von Unteraufträgen lassen die Anwendung dieser Regeln und Grundsätze zu einer heiklen Angelegenheit werden. Nachstehend werden zwei Aspekte näher betrachtet: ÖPP-Verträge und Unteraufträge.

### 2.3.1 Vertraglicher Rahmen

44. Die Vertragsbestimmungen für die Ausführungsphase eines ÖPP-Vorhabens fallen in erster Linie unter einzelstaatliches Recht. Allerdings müssen bei der Formulierung der Vertragsklauseln auch die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften und insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz berücksichtigt werden. Dies beinhaltet vor allem, dass die Bedingungen und Modalitäten für die Ausführung der Verträge klar aus den

<sup>38</sup> Vgl. Rechtssache C-87/94, *Kommission v. Belgien (Bus Wallons)*, Urteil vom 25.4.1994, Randnummer 54. Vgl. außerdem Rechtssache C-243/89, *Kommission g. Dänemark (Storebaelt-Brücke)*, Urteil vom 22.6.1992.

Vergabeunterlagen hervorgehen, damit die verschiedenen Partnerschaftsbewerber sie gleich auslegen und bei der Ausarbeitung ihrer Angebote berücksichtigen. Außerdem dürfen diese Ausführungsbedingungen und -modalitäten weder direkt noch indirekt diskriminierend wirken oder die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit ungerechtfertigt beeinträchtigen.<sup>39</sup>

45. Der Erfolg einer ÖPP hängt zu einem großen Teil davon ab, dass die vertraglichen Rahmenbedingungen für das Projekt möglichst umfassend sind und die für die Ausführung geltenden Elemente optimal festgelegt werden. In diesem Zusammenhang sind eine stichhaltige Bewertung und die optimale Teilung der Risiken zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor entsprechend der jeweiligen Fähigkeit zur Risikobeherrschung von entscheidender Bedeutung. Wichtig erscheint auch, dass Mechanismen zur regelmäßigen Bewertung der Leistung des ÖPP-Auftragnehmers zur Verfügung gestellt werden. In diesem Rahmen gebietet der Grundsatz der Transparenz, dass die zur Bewertung und zur Risikoteilung wie auch zur Leistungsbeurteilung erforderlichen Elemente in den Vergabeunterlagen veröffentlicht werden, damit sie bei der Ausarbeitung der Angebote berücksichtigt werden können.
46. Im Übrigen muss sich der Zeitraum, in dem der private Partner eine Infrastruktur oder eine Dienstleistung betreibt bzw. bereitstellt, nach der Erfordernis richten, das wirtschaftliche und finanzielle Gleichgewicht des Projekts zu gewährleisten. Insbesondere ist die Dauer der partnerschaftlichen Beziehungen so festzulegen, dass der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt wird, wie es erforderlich ist, um die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen. Eine übermäßig lange Laufzeit dürfte sich aufgrund der für den Binnenmarkt geltenden Grundsätze<sup>40</sup> oder der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EG-Vertrags<sup>41</sup> verbieten. Der Grundsatz der Transparenz verlangt ebenfalls, dass die Elemente, auf die sich die Festlegung der Laufzeit stützt, in den Vergabeunterlagen veröffentlicht werden, damit die Bieter sie bei der Ausarbeitung ihres Angebots berücksichtigen können.
47. Da es sich um eine im Zeitverlauf erbrachte Leistung handelt, müssen sich die ÖPP-Beziehungen weiterentwickeln, um sich an Veränderungen des makroökonomischen oder technischen Umfelds sowie an das öffentliche Interesse anzupassen. Allgemein steht das Gemeinschaftsrecht für öffentliche Aufträge der Möglichkeit nicht entgegen, diese Entwicklungen zu berücksichtigen, sofern dies unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz geschieht. So können in die Vergabeunterlagen, die den Bietern oder Bewerbern im Auswahlverfahren übermittelt werden, Klauseln für die automatische Anpassung, etwa zur Preisindexierung, oder Vorkehrungen für eine Neufestlegung der erhobenen Gebühren aufgenommen werden. Außerdem können Revisionsklauseln vorgesehen werden; darin müssen die Umstände und Bedingungen, unter denen die Vertragsbeziehungen angepasst werden

<sup>39</sup> Rechtssache C-19/00, *SIAC Constructions*, Urteil vom 18.10.2001, Randnummern 41–45; Rechtssache C-31/87, *Gebroeders Beentjes v. Nederlande*, Urteil vom 20.9.1988, Randnummern 29–37. Vgl. ebenfalls Artikel 26 der Richtlinie 2000/18/EG und Artikel 38 der Richtlinie 2000/17/EG.

<sup>40</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, insbesondere Ziffer 3.1.3.

<sup>41</sup> Artikel 81, 82 und 86 Absatz 2 EG-Vertrag.

können, präzise dargelegt sein. Allerdings müssen diese Klauseln immer so klar formuliert sein, dass die Wirtschaftsteilnehmer sie in der Phase der Partnerauswahl gleich auslegen.

48. Bei bestimmten Operationen behalten sich die Finanzinstitute das Recht vor, das Projektmanagement zu übernehmen oder einen neuen Projektmanager zu ernennen, wenn der Cash-Flow aus dem Projekt unterhalb ein bestimmtes Niveau fällt. Die Anwendung dieser so genannten Interventionsklauseln kann dazu führen, dass der private Partner ohne erneuten Wettbewerb ausgetauscht wird. Es muss daher besonders geprüft werden, ob ein derartiger Vorgang mit dem Gemeinschaftsrecht für öffentliche Aufträge und Konzessionen vereinbar ist.
49. Ganz allgemein stellen im Verlauf einer ÖPP vorgenommene Änderungen, die nicht von den Vertragsunterlagen gedeckt sind, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer in Frage.<sup>42</sup> Diese nicht gedeckten Änderungen sind nur dann annehmbar, wenn sie durch ein unvorhersehbares Ereignis erforderlich werden oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.<sup>43</sup> Zudem ist jede inhaltliche Änderung in Bezug auf den Vertragsgegenstand selbst dem Abschluss eines neuen Vertrags gleichzusetzen, was einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb impliziert.<sup>44</sup>
50. Schließlich sei auch daran erinnert, dass das abgeleitete Recht die Ausnahmesituationen nennt, in denen eine direkte Übertragung ohne Wettbewerb von ergänzenden Arbeiten oder Dienstleistungen zulässig ist, die nicht im ursprünglich vorgesehenen Projekt oder im zuerst abgeschlossenen Vertrag genannt waren.<sup>45</sup> Diese Ausnahmen sind restriktiv auszulegen. Beispielsweise schließen sie nicht die Verlängerung einer bereits bestehenden Autobahnkonzession zur Deckung der Kosten für den Bau eines neuen Abschnitts ein. Die Praktik, „rentable“ und „nicht rentable“ Wirtschaftstätigkeiten auf einen einzigen Konzessionär zu vereinen, darf nicht dazu führen, dass eine neue Wirtschaftstätigkeit ohne Aufruf zum Wettbewerb einem bereits vorhandenen Konzessionär übertragen wird.

*10. Welche Erfahrungen haben Sie in der Phase im Anschluss an die Auswahl des privaten Partners im Rahmen von ÖPP auf Vertragsbasis gemacht?*

*11. Sind Ihnen Fälle bekannt, in denen die Ausführungsbedingungen, einschließlich der Klauseln zur Anpassung im Zeitverlauf, eine diskriminierende Wirkung entfalten*

<sup>42</sup> Vgl. Rechtssache C-337/98, *Kommission v. Frankreich*, Urteil vom 5.10.2000, Randnummern 44 ff. Ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht stellen ebenfalls Änderungen im Verlauf der Vertragsabschlussphase nach der endgültigen Auswahl des Auftragnehmers dar. Die neuen Bestimmungen für den wettbewerblichen Dialog sehen hierzu vor, dass der ausgewählte Bieter lediglich „einzelne Aspekte seines Angebots (...) erläutern oder die in dem Angebot unternommenen Verpflichtungen (...) bestätigen“ kann, „vorausgesetzt, dass dies nicht zur Änderung wesentlicher Elemente des Angebots oder der Ausschreibung, zur Wettbewerbsverzerrung oder zur Diskriminierung führt“.

<sup>43</sup> Artikel 46 des Vertrags.

<sup>44</sup> Vgl. Rechtssache C-337/98, *Kommission v. Frankreich*, Urteil vom 5.10.2000, Randnummern 44 ff. Die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen stellt hierzu klar, dass die Verlängerung einer bestehenden Konzession über den ursprünglich festgelegten Zeitpunkt hinaus der Gewährung einer neuen Konzession zugunsten desselben Konzessionärs gleichgestellt ist.

<sup>45</sup> Vgl. Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe e der Richtlinie 92/50/EWG, Artikel 7 Absatz 3 Buchstabe d der Richtlinie 93/37/EWG und Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe f der Richtlinie 93/38/EWG. In der neuen Richtlinie 2004/18/EG ist eine ähnliche Ausnahme für Baukonzessionen vorgesehen, vgl. Artikel 61.

*konnten oder eine ungerechtfertigte Behinderung der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit darstellten? Falls ja, bitte beschreiben Sie die Art der aufgetretenen Probleme!*

*12. Sind Ihnen Praktiken oder Mechanismen zur Bewertung von Angeboten bekannt, die eine diskriminierende Wirkung haben?*

*13. Sind Sie wie die Kommission der Auffassung, dass bestimmte Interventionsklauseln in Bezug auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung problematisch sein können? Sind Ihnen andere Typen von Klauseln bekannt, deren Anwendung zu ähnlichen Problemen führen kann?*

*14. Halten Sie es für erforderlich, dass bestimmte Aspekte der vertraglichen Rahmenbedingungen für ÖPP auf Gemeinschaftsebene geklärt werden? Falls ja, was sollte geklärt werden?*

### 2.3.2 Die Vergabe von Unteraufträgen für bestimmte Aufgaben

51. Die Kommission hat die Erfahrung gemacht, dass die Anwendung der Regeln über die Vergabe von Unteraufträgen bei ÖPP-Konstruktionen bisweilen verunsichernd wirkt oder Fragen aufwirft. Von manchen wurde beispielsweise geltend gemacht, dass die Vertragsbeziehungen zwischen der Projektgesellschaft, die den Auftrag oder die Konzession übernimmt, und deren Teilhabern eine Reihe rechtlicher Fragen aufwerfen. Zur Erinnerung: Erfüllt die Projektgesellschaft einmal selbst die Rolle einer Vergabestelle, so muss sie ihre Aufträge oder Konzessionsverträge im Rahmen eines Wettbewerbs vergeben, ob diese nun an ihre eigenen Teilhaber gehen oder nicht. Anders darf es nur dann sein, wenn die Leistungen, die eine Projektgesellschaft ihren Teilhabern überträgt, vor der Bildung der Gesellschaft bereits vom öffentlichen Partner ausgeschrieben worden waren.<sup>46</sup> Vergibt die Projektgesellschaft hingegen selbst keine Aufträge, steht es ihr im Prinzip frei, mit Dritten Verträge abzuschließen, ob es sich dabei um ihre eigenen Teilhaber handelt oder nicht. Ist die Projektgesellschaft „Inhaber einer Baukonzession“, gelten ausnahmsweise bestimmte Bekanntmachungsregeln für die Vergabe von Bauaufträgen, die die Schwelle von 5 Mio. Euro überschreiten; ausgenommen davon sind jedoch Aufträge, die an Unternehmen erteilt wurden, die sich zum Erhalt einer Konzession zusammengeschlossen haben, oder an Unternehmen, die mit diesen verbunden sind.<sup>47</sup>

52. Dem privaten Partner ist es grundsätzlich freigestellt, einen Teil oder die Gesamtheit eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession als Unterauftrag zu vergeben. Allerdings kann im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge von den Bietern verlangt werden, dass sie in ihrem Angebot angeben, welchen Anteil des Auftrags sie als Unteraufträge an Dritte vergeben

<sup>46</sup> In Artikel 13 der Richtlinie 93/38/EWG ist eine Ausnahmeregelung vorgesehen, wenn ein netzbetreibender Auftraggeber Unteraufträge über Dienstleistungen an ein verbundenes Unternehmen vergibt. Artikel 23 der Richtlinie 2004/17/EG weitet diese Ausnahme auf Unterverträge über Lieferungen oder Bauarbeiten aus.

<sup>47</sup> Vgl. Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie 93/37/EWG und Artikel 63 bis 65 der Richtlinie 2004/18/EG. Darin wird die erwähnte Schwelle auf 6 242 000 Euro festgelegt.

wollen.<sup>48</sup> Für Baukonzessionen mit einem Wert von über 50 Mio. Euro kann die Vergabestelle den Konzessionär außerdem dazu verpflichten, Unteraufträge mit einem Mindestwert von 30% des Gesamtkonzessionswerts an Dritte zu vergeben.<sup>49</sup>

*15. Sind Ihnen bei ÖPP-Konstruktionen besondere Probleme mit der Vergabe von Unteraufträgen bekannt? Welche?*

*16. Rechtfertigt die Existenz von ÖPP auf Vertragsbasis, die die Übertragung eines Aufgabenpakets an einen einzigen privaten Partner impliziert, ihrer Auffassung nach, dass ausführlichere Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen eingeführt werden und/oder dass der Anwendungsbereich erweitert wird?*

*17. Halten Sie, allgemeiner gesprochen, eine ergänzende Initiative auf Gemeinschaftsebene zur Klärung oder Umgestaltung der Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen für erforderlich?*

### **3 INSTITUTIONALISIERTE ÖPP VOR DEM HINTERGRUND DER GEMEINSCHAFTLICHEN RECHTSVORSCHRIFTEN FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE UND KONZESSIONEN**

53. Im Sinne dieses Grünbuchs beinhalten institutionalisierte ÖPP die Einrichtung eines gemeinsam vom öffentlichen und vom privaten Partner unterhaltenen Wirtschaftsgebildes.<sup>50</sup> Aufgabe dieses gemeinsamen Gebildes ist es dann, für die Bereitstellung eines Bauwerks oder einer Dienstleistung zugunsten der Öffentlichkeit zu sorgen. In den Mitgliedstaaten greifen die staatlichen Stellen zuweilen auf diese Strukturen zurück, insbesondere für öffentliche Dienstleistungen auf lokaler Ebene (beispielsweise Wasserversorgung oder Müllabfuhr).

54. Die direkte Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen und dem privaten Partner in einem Rahmen mit eigener Rechtspersönlichkeit ermöglicht dem öffentlichen Partner eine weiterhin relativ starke Kontrolle über die Abläufe; Anpassungen kann er im Laufe der Zeit den Umständen entsprechend durch seine Präsenz unter den Teilhabern und in den Entscheidungsgremien dieses gemeinsamen Wirtschaftsgebildes bewirken. Die Zusammenarbeit ermöglicht dem öffentlichen Partner außerdem, seine Erfahrungen mit der Bereitstellung der fraglichen Dienstleistung zu erweitern und sich gleichzeitig von einem privaten Partner unterstützen zu lassen.

<sup>48</sup> Artikel 17 der Richtlinie 93/36/EWG, Artikel 20 der Richtlinie 93/37/EWG, Artikel 25 der Richtlinie 92/50/EWG und Artikel 27 der Richtlinie 93/38/EWG. Vgl. ebenfalls Artikel 25 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 37 der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>49</sup> Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 92/37/EWG. Vgl. ebenfalls Artikel 60 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>50</sup> Terminologie und Systeme der Mitgliedstaaten sind in diesem Bereich verschieden (z. B. Kooperationsmodell, PPP *associatifs*, Joint Ventures).

55. Die Einrichtung einer institutionalisierten ÖPP kann entweder dadurch erfolgen, dass ein gemeinsam vom öffentlichen und vom privaten Sektor unterhaltenes Wirtschaftsgebilde geschaffen (3.1) oder dass die Kontrolle über ein bestehendes öffentliches Unternehmen vom privaten Sektor übernommen wird (3.2).
56. Die nachstehende Erörterung konzentriert sich einzig und allein auf Fragen der Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, die sich auf institutionalisierte ÖPP beziehen. Für eine allgemeinere Diskussion der Wirkungen dieses Rechts bei der Einrichtung und Ausführung dieser ÖPP wird auf die vorigen Kapitel verwiesen.

### **3.1 Einrichtung einer Partnerschaft durch die Gründung eines gemeinsamen Ad-hoc-Wirtschaftsgebildes des öffentlichen und des privaten Sektors<sup>51</sup>**

57. Der Vorgang der Gründung eines Wirtschaftsgebildes mit gemischtem Kapital an sich wird nicht in den Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen behandelt. Allerdings muss sichergestellt werden, dass die sich aus dem EG-Vertrag ergebenden Regeln und Grundsätze (die allgemeinen Vertragsgrundsätze und in bestimmten Fällen die Richtlinienvorschriften) eingehalten werden, wenn es dann um die Übertragung von Aufgaben durch einen Akt geht, der als öffentlicher Auftrag oder als Konzession eingestuft werden kann.<sup>52</sup>
58. Die Wahl eines privaten Partners, der solche Aufgaben im Rahmen eines gemischtwirtschaftlichen Gebildes wahrnehmen soll, darf nicht ausschließlich auf dem Wert des zugeführten Kapitals oder auf seiner Erfahrung basieren, sondern muss die Merkmale seines – wirtschaftlich günstigsten – Angebots in Bezug auf die zu erbringende Leistung berücksichtigen. Gibt es keine klaren und objektiven Kriterien, nach denen ein öffentlicher Auftraggeber das wirtschaftlich günstigste Angebot auszuwählen hat, könnte die Kapitalzuführung einen Verstoß gegen die Vorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen darstellen.
59. Wenn es sich bei einem solchen Wirtschaftsgebilde um eine Modalität der Ausführung der einem privaten Partner vertraglich übertragenen Aufgabe handelt, gerät man bei seiner Gründung im Allgemeinen nicht mit dem geltenden Gemeinschaftsrecht in Konflikt. Die Bedingungen für die Gründung des Wirtschaftsgebildes müssen jedoch klar festgelegt sein, bevor die

<sup>51</sup> Hier geht es um den Fall, dass Wirtschaftsgebilde im Rahmen einer spezifischen rechtlichen Konstruktion *ex novo* geschaffen werden. Nicht eigens behandelt werden hingegen die Fälle, in denen bereits bestehende gemischte Gebilde an Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge oder Konzessionen teilnehmen, da diese Hypothese kaum Fragen zum geltenden Gemeinschaftsrecht aufwirft. Der Mischcharakter eines Wirtschaftsgebildes, das an einem Wettbewerb teilnimmt, beinhaltet keine Ausnahme von den geltenden Regelungen im Falle der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession. Nur dann, wenn das fragliche Gebilde die Merkmale einer „in house“-Einheit im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache *Teckal* aufweist, kann der Auftraggeber von den herkömmlichen Regelungen abweichen.

<sup>52</sup> Es sei daran erinnert, dass die Grundsätze der Rechtsvorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen ebenfalls gelten, wenn die Vergabe eines Auftrags durch eine einseitige Maßnahme erfolgt (beispielsweise einen öffentlichen Rechtsakt).

Aufgaben, die einem privaten Partner übertragen werden sollen, im Wettbewerb vergeben werden.<sup>53</sup>

60. Allerdings hat die Kommission festgestellt, dass es in einigen Mitgliedstaaten rechtlich möglich ist, dass gemischtwirtschaftliche Gebilde, an denen der öffentliche Sektor als Auftraggeber beteiligt ist, an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession teilnehmen, bevor ihre eigentliche Gründung überhaupt abgeschlossen ist. Unter dieser Hypothese besteht das Wirtschaftsgebilde erst endgültig, nachdem ihm der Auftrag auch tatsächlich erteilt wurde. In anderen Ländern werden in der Praxis die Phase der Gründung eines Wirtschaftsgebildes und die Vergabephase vermengt. Gegenstand des vom öffentlichen Auftraggeber eingeleiteten Verfahrens ist dann die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Gebildes, dem bestimmte Aufgaben übertragen werden.
61. Betrachtet man die Bestimmungen für öffentliche Aufträge und Konzessionen, so bieten diese Vorgehensweisen keine zufriedenstellende Lösung.<sup>54</sup> Im erstgenannten Fall droht der effektive Wettbewerb durch eine privilegierte Position der sich bildenden Gesellschaft und damit des daran teilnehmenden privaten Partners verfälscht zu werden. Im zweiten Fall wirft das spezifische Verfahren zur Auswahl des privaten Partners zahlreiche Fragen auf. Einige Probleme hängen damit zusammen, dass die öffentlichen Auftraggeber den Gegenstand des Auftrags oder der Konzession in diesem Rahmen ausreichend klar angeben müssen. Die Kommission hat häufig festgestellt, dass die einer Partnerstruktur übertragenen Aufgaben nicht klar festgelegt und sie in einigen Fällen noch nicht einmal vertraglich gedeckt waren. Dies ist nicht nur im Hinblick auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung problematisch, sondern könnte auch die von der Vergabestelle anvisierten öffentlichen Ziele aufs Spiel setzen. Außerdem ist festzustellen, dass die Lebensdauer des gegründeten Wirtschaftsgebildes gewöhnlich nicht mit der Laufzeit des Auftrags oder der übertragenen Konzession übereinstimmt, was dann zur Verlängerung des Auftrags ohne echten Wettbewerb zu verleiten scheint. Dies läuft bisweilen darauf hinaus, dass die Aufgaben *de facto* für eine unbeschränkte Dauer vergeben werden.
62. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass bei der gemeinsamen Gründung solcher Wirtschaftsgebilde auf jeden Fall das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Allgemeinen und der Grundsatz des freien Kapitalverkehrs im Besonderen zu berücksichtigen ist.<sup>55</sup> So dürfen öffentlichen Auftraggebern aus ihrer Teilhaberposition in einem solchen

<sup>53</sup> Außerdem dürfen diese Bedingungen weder eine Diskriminierung beinhalten noch eine nicht gerechtfertigte Behinderung der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit darstellen oder in Bezug auf das angestrebte Ziel unverhältnismäßige Sachzwänge mit sich bringen.

<sup>54</sup> Bei der Konzeption oder der Konstruktion derartiger Operationen zeigt im Übrigen die probeweise Anwendung der Standardformulare (diese enthalten die unabdingbaren Elemente für eine fundierte Wettbewerbssituation), wie schwierig es sein kann, eine angemessene Bekanntmachungsformel für die Vergabe von Aufträgen zu finden, die in den Geltungsbereich des Rechts für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen oder von Konzessionen fallen.

<sup>55</sup> Die Beteiligung an einem neuen Unternehmen zur Knüpfung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen fällt unter die Bestimmungen des Artikels 56 über den freien Kapitalverkehr. Vgl. Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG, die im Zusammenhang mit dem früheren Artikel 67 erlassen wurde, der die Arten von Operationen enthält, die als Kapitalbewegungen gelten.

Wirtschaftsgebilde normalerweise keine übermäßigen Privilegien erwachsen, die sich nicht auch aus einer normalen Anwendung des Gesellschaftsrechts ergeben hätten.<sup>56</sup>

63. Außerdem möchte die Kommission daran erinnern, dass die Beteiligung der Vergabestelle an einem gemischtwirtschaftlichen Gebilde, das nach Abschluss des Auswahlverfahrens zum Auftragnehmer wird, nicht als Rechtfertigung dafür dienen kann, dass die Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge und Konzessionen bei der Auswahl des privaten Partners nicht berücksichtigt wurden. Die Geltung des Gemeinschaftsrechts über öffentliche Aufträge und Konzessionen hängt nämlich nicht davon ab, ob der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers öffentlichen, privaten oder gemischtwirtschaftlichen Status hat. Wie der Gerichtshof dies in seinem Urteil in der Rechtssache *Teckal* bestätigte, gelten die Vorschriften, sobald ein öffentlicher Auftraggeber beschließt, eine Aufgabe einem Dritten, das heißt einer eigenständigen Rechtsperson, zu übertragen. Ein anderes Vorgehen kommt nur dann in Frage, wenn der öffentliche Auftraggeber über die in Rede stehende Rechtsperson eine *Kontrolle* ausübt, *die der gleichkommt, die sie über ihre eigenen Dienststellen ausübt*, und wenn diese Rechtsperson *ihre Wirtschaftstätigkeit im Wesentlichen* mit der oder den Körperschaften abwickelt, die sie unterhält.<sup>57</sup> Nur die Wirtschaftsgebilde, auf die beide Bedingungen zutreffen, können internen Einheiten des öffentlichen Auftraggebers gleichgestellt werden und können ohne Wettbewerb Aufträge erhalten.<sup>58</sup>
64. Schließlich sei noch daran erinnert, dass ein gemischtwirtschaftliches Gebilde in seiner Rolle als Vergabestelle auch dazu verpflichtet ist, die Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen einzuhalten, wenn es dem privaten Partner Aufgaben überträgt, die der öffentliche Auftraggeber vor Gründung des gemischtwirtschaftlichen Gebildes nicht ausgeschrieben hätte. Der private Partner darf aus seiner privilegierten Position in dem Wirtschaftsgebilde keinen Vorteil ziehen, indem er sich bestimmte Aufgaben ohne vorherigen Wettbewerb vorbehält.

### **3.2 Übernahme der Kontrolle über ein öffentliches Unternehmen durch einen privaten Akteur**

65. Die Einrichtung einer institutionalisierten ÖPP kann auch durch eine Änderung der Teilhaberschaft eines öffentlichen Unternehmens geschehen. Hier muss zunächst betont werden, dass der Übergang eines Unternehmens aus dem öffentlichen in den privaten Sektor eine wirtschaftspolitische Entscheidung ist, die als solche ausschließlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 4.6.2002, Rechtssache C-367/98, *Kommission v. Portugal*, Slg. I-4731; Rechtssache C-483/99, *Kommission g. Frankreich*, Slg. I-4781; und Urteile vom 13.5.2003, Rechtssache C-463/00, *Kommission g. Spanien*, Slg. I-4581; Rechtssache C-98/01, *Kommission v. Vereinigtes Königreich*, Slg. I-4641. Zu den in diesem Rahmen möglichen Rechtfertigungsgründen vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 4.6.2002, Rechtssache C-503/99, *Kommission g. Belgien*, Slg. I-4809.

<sup>57</sup> Rechtssache C-107/98, *Teckal*, Urteil vom 18.11.1999, Randnummer 50.

<sup>58</sup> Der Gerichtshof wurde mit drei Fragen zur Vorabentscheidung befasst (Rechtssachen C-26/03, C-231/03 und C-458/03), in denen es um eine ergänzende Klärung der Reichweite der Kriterien geht, mit denen das Bestehen einer „in house“-Beziehung festgestellt werden kann.

<sup>59</sup> Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Neutralität des Vertrags gegenüber der Eigentumsordnung gemäß Artikel 295 EG-Vertrag.

66. Dann ist daran zu erinnern, dass es an sich nicht Aufgabe der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge ist, Vorgänge zu regeln, bei denen es einfach darum geht, dass ein Geldgeber einem Unternehmen Mittel zufließen lässt, ob dieses Unternehmen nun öffentlich oder privat ist. Diese Vorgänge fallen in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Kapitalverkehr;<sup>60</sup> dies impliziert insbesondere, dass die einzelstaatlichen Regelungen Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten nicht behindern dürfen.<sup>61</sup>
67. Dagegen gelten die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit im Sinne von Artikel 43 EG-Vertrag, wenn eine staatliche Stelle beschließt, über eine Kapitaloperation einem Dritten eine Teilhaberschaft zu übertragen, die es diesem erlauben würde, einen gewissen Einfluss auf eine öffentliche Stelle auszuüben, die Wirtschaftsleistungen erbringt, die normalerweise unter staatlicher Verantwortung stehen.<sup>62</sup>
68. Insbesondere gilt Folgendes: Wenn die Maßnahme, durch die die staatlichen Stellen einem Wirtschaftsteilnehmer einen gewissen Einfluss auf ein Unternehmen gewähren, die Form einer Kapitalübertragung hat und wenn diese Übertragung zur Folge hat, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer mit in das materielle Recht über öffentliche Aufträge fallenden Aufgaben betraut wird, die zuvor direkt oder indirekt von den staatlichen Stellen ausgeführt wurden, dann verlangen die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit, dass die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung gewahrt werden, damit sichergestellt ist, dass jeder potenzielle Akteur gleichen Zugang zu der bis dahin öffentlichen Stellen vorbehaltenen Erbringung dieser Leistungen hat.
69. Zudem zeigt die Praxis, dass man sich vergewissen sollte, dass eine solche Kapitalübertragung in Wirklichkeit nicht als Deckmantel für die Übertragung von öffentlichen Aufträgen oder gar Konzessionen an einen privaten Partner dient. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn dem in Rede stehenden Wirtschaftsgebilde vor der Kapitalübertragung unmittelbar ohne Wettbewerb besondere Aufgaben übertragen werden, um die Kapitalübertragung attraktiv zu machen.

*18. Welche Erfahrungen haben Sie mit der Einrichtung institutionalisierter ÖPP gemacht? Lassen Ihre Erfahrungen Sie zu der Schlussfolgerung gelangen, dass die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen bei institutionalisierten ÖPP-Konstruktionen eingehalten werden? Falls nein, warum nicht?*

*19. Halten Sie eine Initiative auf Gemeinschaftsebene für erforderlich, um die Verpflichtungen zu klären oder zu vertiefen, die die öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf den Wettbewerb zwischen potenziell an einem institutionalisierten ÖPP-Projekt interessierten Wirtschaftsteilnehmern haben? Falls ja, welche Aspekte halten Sie für besonders wichtig und welche Form sollte eine solche Initiative haben? Falls nein, warum nicht?*

<sup>60</sup> Artikel 56 ff. EG-Vertrag

<sup>61</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission über bestimmte rechtliche Aspekte von Investitionen innerhalb der EU, ABl. C 220 vom 19.7.1997, S. 15

<sup>62</sup> Vgl. in diesem Sinne das Urteil des Gerichtshofs vom 13.4.2000, Rechtssache C-251/98, *Baars*, Slg. I-2787.

*Allgemein und unabhängig von den in diesem Grünbuch aufgeworfenen Fragen:*

*20. Welche Maßnahmen oder Verfahren behindern in der Europäischen Union die Einrichtung von ÖPP?*

*21. Kennen Sie andere ÖPP-Formen aus Drittländern? Kennen Sie aus Ihren Erfahrungen in solchen Ländern bewährte Verfahrensweisen, die auch für die EU beispielgebend sein könnten? Falls ja, welche?*

*22. Denken Sie, dass es nützlich wäre, im Hinblick auf den großen Investitionsbedarf einzelner Mitgliedstaaten zum Erreichen einer sozialen und dauerhaften Entwicklung gemeinsam und in regelmäßigen Abständen über diese Fragen unter den betroffenen Akteuren nachzudenken und bewährte Verfahrensweisen auszutauschen? Sollte die Kommission nach Ihrer Auffassung ein derartiges Netzwerk aufbauen?*

**ERGEBNISSE EINER  
KONSULTATION ÜBER  
ÖFFENTLICH-PRIVATE  
PARTNERSCHAFTEN**

## **ÖFFENTLICHES AUFTRAGSWESEN: KONSULTATION ERGIBT KLARSTELLUNGSBEDARF BEI DEN EU-VORSCHRIFTEN FÜR ÖFFENTLICH-PRIVATE PARTNERSCHAFTEN**

Die Europäische Kommission hat einen Bericht über die Ergebnisse einer Konsultation über öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) veröffentlicht, die im April 2004 in Gang gesetzt worden war. Die Konsultation sollte der Erkundung darüber dienen, ob die EU-Rechtsvorschriften auf diesem Gebiet verbessert werden müssen. Wie nicht anders zu erwarten, waren die zu den Fragen geäußerten Meinungen breit gefächert. Die meisten Interessenträger verlangten eine Klarstellung der EU-Vergabevorschriften, die bei der Auswahl des privatwirtschaftlichen Partners einer ÖPP anzuwenden sind. Die Meinungen über die Form und den genauen Inhalt der erforderlichen EU-Maßnahmen waren geteilt.

Der Bericht ist abrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/ppp](http://europa.eu.int/comm/internal_market/ppp)

Der für den Bereich Binnenmarkt und Dienstleistungen zuständige Kommissar Charlie McCreevy sagte anlässlich der Vorstellung des Berichtes: „Die Zahl der Reaktionen unterstreicht die wachsende Bedeutung öffentlich-privater Partnerschaften. ÖPP sind bei großen Infrastrukturvorhaben und öffentlichen Dienstleistungen inzwischen weit verbreitet. Sie können einen wesentlichen Beitrag zum Wachstum der EU-Wirtschaft leisten. Die Kommission muss dafür sorgen, dass die Auswahl privater Partner transparent und in fairem Wettbewerb erfolgt, nicht zuletzt, weil dadurch ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis für den Steuerzahler erzielt wird. Die Konsultation lieferte viele Argumente für und gegen EU-Maßnahmen auf diesem Gebiet. Wir werden alles genau prüfen und noch vor Ende 2005 darüber berichten, welche Schritte wir als nächstes einleiten könnten.“

### **Reaktionen**

Insgesamt gingen 195 Beiträge bei der Kommission ein. Die Absender waren Behörden, u. a. die Regierungen von 16 Mitgliedstaaten, ferner Verbände privater und/oder öffentlicher Stellen, öffentliche und private Unternehmen sowie Privatpersonen. Besonders viele Reaktionen kamen aus Deutschland, Frankreich, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Italien.

Eine deutliche Mehrheit sprach sich für gesetzgeberische oder sonstige Maßnahmen im Hinblick auf Konzessionen aus, die derzeit von den ausführlichen EU-Vergabevorschriften nicht erfasst werden. Es wurde gewünscht, dass der Begriff „Konzessionen“ sowie die Vorschriften für deren Erteilung klargestellt werden.

In vielen Beiträgen wurde die Frage aufgeworfen, wie die EU-Vorschriften bei der Auswahl der privatwirtschaftlichen Partner „institutionalisierter ÖPP“ angewandt werden sollten, das sind Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen und an deren Kapital öffentliche und privatwirtschaftliche Partner gemeinsam beteiligt sind.

Viele Einsender interessierten sich für den Unterschied zwischen ‚in-house‘-Partnern und Dritten. Die EU-Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge und Konzessionen gelten, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Dritten mit der Durchführung eines Auftrags betraut; sie gelten nicht,

wenn die Beziehung zwischen den beiden Parteien so eng ist, dass der Dritte einer ‚in-house‘-Stelle gleichzusetzen ist. Im Allgemeinen sprach sich der öffentliche Sektor für eine Ausweitung der Definition des Begriffs ‚in-house‘ aus, während der Privatsektor an der engen Auslegung festhalten möchte, die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bestätigt wurde (Stadt Halle C-26/03).

### **Nächste Schritte**

Die Kommission plant eine Mitteilung noch vor Ende 2005. Die Verbesserung des fairen Wettbewerbs lässt sich auf unterschiedlichen Wegen erreichen, unter anderem durch Rechtsvorschriften, Auslegungsmitteilungen, Maßnahmen zur Verbesserung der Koordinierung einzelstaatlicher Praktiken oder den Austausch bewährter Verfahrensweisen zwischen den Mitgliedstaaten. In der Mitteilung wird die Kommission ihre Präferenzen darlegen.

### **Hintergrund**

Öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) sind Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zur Verwirklichung von Vorhaben, die im Interesse der Allgemeinheit durchgeführt werden. Sie beinhalten rechtlich und finanztechnisch komplizierte Vereinbarungen über die Ausführung von Infrastrukturvorhaben oder die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen. Partnerschaften dieser Art sind in der EU inzwischen gang und gäbe, vornehmlich in den Bereichen Verkehr, öffentliche Gesundheit, Bildung, öffentliche Sicherheit, Abfallbewirtschaftung und Wasserversorgung.

Quelle: Pressecommuniqué der Europäischen Kommission (IP/05/555 Date: 12/05/2005)

**MITTEILUNG DER  
KOMMISSION ZU  
AUSLEGUNGSFRAGEN  
IM BEREICH  
KONZESSIONEN IM  
GEMEINSCHAFTSRECHT**

**MITTEILUNG DER KOMMISSION ZU AUSLEGUNGSFRAGEN IM BEREICH  
KONZESSIONEN IM GEMEINSCHAFTSRECHT  
AMTSBLATT DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN C 121  
VOM 29.4.2000**

Am 24.2.1999 hat die Kommission einen Entwurf einer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen und gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen zum öffentlichen Auftragswesen<sup>1</sup> angenommen, der danach veröffentlicht wurde. Dieser Entwurf war Gegenstand breit angelegter Konsultationen. Die vorliegende Mitteilung zu Auslegungsfragen hat die Kommission unter Berücksichtigung der zahlreichen Beiträge<sup>2</sup> angenommen, die ihr im Anschluss an die Veröffentlichung des ursprünglichen Entwurfs im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zugegangen sind.

## **1 EINLEITUNG**

1. Konzessionen sind ein in einigen Mitgliedstaaten schon lange genutztes Instrument insbesondere zur Finanzierung und Realisierung der großen Infrastrukturarbeiten wie des Baus der Eisenbahnverbindungen oder großer Teile des Straßennetzes. Seit Mitte der zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts hat die Beteiligung des Privatsektors insofern abgenommen, als die Mitgliedstaaten es vorzogen, Anlagen in eigener Regie zu erstellen und zu verwalten bzw. Dienstleistungen für die Allgemeinheit selbst zu erbringen.
2. Aufgrund der finanziellen Zwänge und der Bestrebungen, die Intervention der öffentlichen Hand zu beschränken sowie den öffentlichen Bereich von den Erfahrungen und Methoden des privaten Bereichs profitieren zu lassen, hat man der Konzession in den letzten Jahren wieder mehr Beachtung geschenkt.
3. Einleitend ist festzuhalten, dass die Gemeinschaft keiner Eigentumsordnung, sei sie nun privat oder öffentlich, den Vorzug gibt. Artikel 295 (ex-Artikel 222) EG-Vertrag steht öffentlichen und privaten Unternehmen neutral gegenüber.
4. Da diese Form der Zusammenarbeit mit den Wirtschaftsteilnehmern immer häufiger, insbesondere im Rahmen der großen Infrastrukturvorhaben aber auch für bestimmte Dienstleistungen, zur Anwendung kommt, hält es die Kommission für erforderlich, die betroffenen Unternehmen und Behörden in dieser Mitteilung über die Bestimmungen zu informieren, die ihrer Meinung nach gemäß dem geltenden Gemeinschaftsrecht auf Konzessionen anzuwenden sind. Im Zusammenhang mit komplexen Vorhaben, bei denen die Behörden auf das Know-how und das Kapital von Wirtschaftsteilnehmern zurückgreifen, erhält die Kommission wiederholt Beschwerden

<sup>1</sup> ABl. C 94 vom 7.4.1999, S. 4.

<sup>2</sup> Die Kommission bedankt sich bei den Wirtschaftsteilnehmern, den Vertretern des öffentlichen Interesses, den staatlichen Behörden und Privatpersonen, deren Beiträge die vorliegende Mitteilung bereichert haben.

wegen Nichteinhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für Konzessionen. Das hat sie dazu veranlasst, das Konzept der „Konzession“ genauer zu untersuchen und die Grundsätze zu umreißen, von denen sie sich bisher bei der Bearbeitung dieser Fälle hat leiten lassen. Im Sinne der notwendigen Transparenz soll die Mitteilung somit den geltenden Rechtsrahmen anhand der Erfahrungen darlegen, die bei der Bearbeitung der Fälle gewonnen werden konnten.

5. Im Entwurf dieser Mitteilung<sup>3</sup> hat die Kommission angekündigt, auch die anderen Formen der Partnerschaft behandeln zu wollen, die verwendet werden, um sich privates Know-how und privates Kapital zunutze zu machen. Sie hat darauf verzichtet, Formen der Partnerschaft einzu beziehen, die gegenüber den Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie keine analogen Merkmale aufweisen. In den Beiträgen, die der Kommission zugekommen sind, hat man sich ebenfalls für einen solchen Ansatz ausgesprochen. Die Vielfalt der Fälle und ihre ständige Entwicklung, die sich in den Reaktionen auf den Entwurf der Mitteilung abgezeichnet haben, machen eine tiefgehende Untersuchung der Merkmale erforderlich, die diesen Phänomenen gemeinsam sind. Die Diskussion über diesen Bereich, die durch die Veröffentlichung des Entwurfs dieser Mitteilung ausgelöst wurde, muss daher fortgesetzt werden.
6. Die Beiträge, die sich mit den Konzessionen beschäftigen, haben es der Kommission ermöglicht, ihre Analyse zielgerichtet zu gestalten und die Merkmale herauszuarbeiten, die typisch für Konzessionen sind und diese von den öffentlichen Aufträgen zu unterscheiden, insbesondere aufgrund der Übertragung von Dienstleistungen des öffentlichen Interesses, die im Rahmen dieser Partnerschaft erfolgt.
7. Die Kommission weist darauf hin, dass die Mitteilung nicht beabsichtigt, spezifische Bestimmungen auszulegen, die sich aus den Richtlinien für bestimmte Bereiche, wie z. B. Energie und Verkehr, ergeben.

Die Mitteilung zu Auslegungsfragen (in der Folge „Mitteilung“ genannt) erläutert einerseits die Bestimmungen und Grundsätze des Vertrags, die für alle Formen der Konzession gelten, und andererseits die besonderen Bestimmungen, die die Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge<sup>4</sup> (in der Folge „Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge“) für öffentliche Baukonzessionen vorsieht.

## 2 KONZESSIONEN – DEFINITION UND ALLGEMEINE PROBLEMATIK

Die Konzessionen werden im EG-Vertrag nicht definiert. Im abgeleiteten Gemeinschaftsrecht findet sich nur eine einzige Definition, und zwar die der „Baukonzession“ in der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge, die dafür spezifische Vorschriften enthält. Die anderen

<sup>3</sup> Vergleiche auch die Mitteilung der Kommission „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“ vom 11.3.1998, KOM (98) 143, Ziffer 2.1.2.4.

<sup>4</sup> Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199 vom 9.8.1993, S. 54).

Arten der Konzessionen werden in den Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen<sup>5</sup> hingegen nicht erwähnt<sup>6</sup>.

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Vorschriften und Grundsätze des Vertrags für die Konzessionen nicht gelten. Soweit den Konzessionen nämlich ein staatlicher Akt zugrunde liegt, der Wirtschaftsleistungen oder die Lieferung von Gütern zum Gegenstand hat, unterliegen sie den entsprechenden Bestimmungen des EG-Vertrags sowie den Grundsätzen, die sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu diesem Bereich herausgebildet haben.

Um den Anwendungsbereich dieser Mitteilung klarzustellen und die Vorschriften darzulegen, die auf Konzessionen anzuwenden sind, müssen zuerst die Unterscheidungsmerkmale dargestellt werden. Zu diesem Zweck wird noch einmal auf den Begriff der „Baukonzession“ gemäß der Definition in der Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge eingegangen.

## 2.1 Die Baukonzession

### 2.1.1 Die Definition gemäß der Richtlinie 93/37/EWG

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat den Begriff der Baukonzession ausgehend vom Begriff der öffentlichen Bauaufträge definiert.

Gemäß der Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge „gelten als öffentliche Bauaufträge die zwischen einem Unternehmer und einem (...) öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks (...) oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“ (Artikel 1 Buchstabe a)).

Artikel 1 Buchstabe d) derselben Richtlinie definiert öffentliche Baukonzessionen als „Verträge, die von den öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“.

Aus dieser Definition ergibt sich, dass das wichtigste Erkennungsmerkmal der Baukonzession darin besteht, dass als Gegenleistung für die Arbeiten das Recht zur Nutzung des Bauwerks gewährt wird; dieses Nutzungsrecht kann auch durch die Zahlung eines Preises ergänzt werden.

<sup>5</sup> Obengenannte Richtlinie 93/37/EWG.

<sup>6</sup> Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209 vom 24.7.1992, S. 1); Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199 vom 9.8.1993, S. 1); Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199 vom 9.8.1993, S. 84).

### 2.1.2 Abgrenzung der Begriffe „öffentlicher Bauauftrag“ und „öffentliche Baukonzession“

Die Kommission ist der Meinung, dass sich aus dem Kriterium des Nutzungsrechts einige Anhaltspunkte ableiten lassen, um eine Baukonzession von einem Bauauftrag zu unterscheiden.

Das Nutzungsrecht erlaubt dem Konzessionär also, von den Nutzern des Bauwerks während eines bestimmten Zeitraums eine Vergütung zu verlangen (z. B. im Wege von Benutzungs- oder sonstigen Gebühren). Die Dauer der Konzession stellt somit für die Entlohnung des Konzessionärs ein wesentliches Element dar. Er erhält seine Entlohnung nicht direkt vom öffentlichen Auftraggeber, sondern wird von diesem ermächtigt, die Erträge, die aus der Nutzung des Bauwerks erzielt werden, einzubehalten<sup>7</sup>

Mit dem Nutzungsrecht wird auch die Verantwortung für die Nutzung übertragen. Diese Verantwortung bezieht sich sowohl auf die technischen und finanziellen Aspekte als auch auf die Verwaltung des Werks. So obliegt es z. B. dem Konzessionär, die notwendigen Investitionen durchzuführen, damit das Werk den Benutzern ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt werden kann. Er trägt auch das Risiko der Amortisation des Werks. Der Konzessionär trägt überdies nicht nur die Risiken, die mit der Errichtung verbunden sind, sondern auch jene Risiken, die sich aus der Natur der Verwaltung und der Auslastung des Bauwerks ergeben<sup>8</sup>

Aus all diesen Überlegungen ergibt sich, dass bei einer Baukonzession die sich aus der Natur der Nutzung ergebenden Risiken dem Konzessionär übertragen werden<sup>9</sup>.

Die Kommission stellt fest, dass öffentliche Bauaufträge immer häufiger Gegenstand komplexer rechtlicher Konstruktionen sind.<sup>10</sup> Die Grenze zwischen diesen Konstruktionen und der öffentlichen Baukonzession ist dabei manchmal sehr schwierig zu ziehen.

<sup>7</sup> Das bekannteste Beispiel für eine öffentliche Baukonzession ist der Vertrag, durch den der Staat eine Gesellschaft dazu ermächtigt, eine Autobahn zu bauen und zu nutzen, und ihr gestattet, als Entlohnung von den Benutzern Gebühren einzuheben.

<sup>8</sup> Die Überprüfung hat für jeden Einzelfall zu erfolgen und verschiedene Elemente wie den Vertragsgegenstand, die Vertragsdauer, die Vertragshöhe, die wirtschaftliche und finanzielle Eignung des Konzessionärs sowie jedes andere Element, das geeignet ist festzustellen, dass der Konzessionär tatsächlich ein Risiko trägt, zu berücksichtigen.

<sup>9</sup> Ist die Erstattung der Finanzierung durch den Auftraggeber gewährleistet, ohne dass ein sich aus der Natur der Verwaltung des Werks ergebendes Risiko besteht, fehlt das Risikoelement; der Vertrag ist daher als Bauauftrag und nicht als Konzession zu behandeln. Darüber hinaus kann ein Vertrag nicht mehr als Konzession behandelt werden, wenn der Konzessionär auf direkte oder indirekte Weise während der Vertragsdauer, oder sogar nach dessen Ablauf, eine andere Entlohnung (in Form einer Erstattung der Kosten oder des Verlusts, etc.) als jene, die mit der Nutzung verbunden ist, erhält. In dieser Situation muss die Vereinbarkeit der späteren Finanzierung im Licht der spezifisch anwendbaren Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts geprüft werden.

<sup>10</sup> So musste die Kommission beispielsweise in folgendem Fall entscheiden: Ein Konsortium von Unternehmern und Banken verpflichtete sich zur Erstellung eines vom Auftraggeber zu nutzenden Bauwerkes gegen Erstattung des Darlehens, das die Unternehmer bei den Banken aufgenommen hatten, durch den Auftraggeber, zuzüglich einer Gewinnspanne für die privaten Partner. Die Kommission sah diesen Fall als öffentlichen Bauauftrag an, weil das Konsortium kein Nutzungsrecht hatte und somit auch kein mit der Nutzung verbundenes Risiko tragen musste. Zu diesem Schluss ist die Kommission auch in einem anderen Fall gekommen: Hier hatte es zwar den Anschein, dass der private Partner, der die Arbeiten ausführte, ein Nutzungsrecht hatte. Tatsächlich bürgte aber die öffentliche Hand für eine Entschädigung, und zwar unter solchen Bedingungen, dass in Wirklichkeit die öffentliche Hand das mit der Nutzung verbundene Risiko zu tragen hatte.

Nach Meinung der Kommission liegt ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne des Gemeinschaftsrechts vor, wenn die Kosten des Werks im Wesentlichen vom Auftraggeber getragen werden und der Auftragnehmer seine Vergütung nicht im Wege von direkt bei den Benutzern des Werks erhobenen Gebühren erlangt.

Die Tatsache, dass laut Richtlinie die Gegenleistung im Nutzungsrecht zuzüglich der Zahlung eines Preises bestehen kann, ändert nichts an dieser Feststellung. Dieser Fall tritt in der Praxis tatsächlich auf. So trägt der Staat zuweilen einen Teil der Nutzungskosten der Konzession, um den Preis für den Benutzer zu senken (Praxis der „sozialen Preise“)<sup>11</sup>. Diese Intervention kann in verschiedenen Formen erfolgen (garantierter Pauschalbetrag, Festbetrag, der entsprechend der Zahl der Benutzer überwiesen wird etc.). Eine solche Intervention ändert nicht notwendigerweise die Natur des Vertrags, wenn der ausbezahlte Betrag nur einen Teil der Kosten der Errichtung und Nutzung des Werks deckt.

Fälle, bei denen der Staat als Gegenleistung für die Arbeiten einen Preis zahlt, fallen unter den Begriff der Konzession, vorausgesetzt, dass dadurch nicht das ungewisse und sich aus der Natur der Nutzung ergebende Risiko beseitigt wird. Aus der Tatsache, dass die Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge klarstellt, dass das Recht zur Nutzung des Werks von einem Preis begleitet werden kann, ergibt sich, dass die Vergütung des Konzessionärs aus der Nutzung erzielt werden muss.

Zwar ist in den meisten Fällen die Herkunft der Einkünfte – direkt beim Benutzer des Werks erhoben – bezeichnend, entscheidend bleibt jedoch das Vorhandensein des Risikos der Nutzung, das mit der getätigten Investition bzw. dem investierten Kapital verbunden ist, insbesondere wenn der öffentliche Auftraggeber einen Preis zahlt.

Es ist richtig, dass auch im Rahmen öffentlicher Aufträge ein Teil des Risikos zu Lasten des Auftragnehmers gehen kann<sup>12</sup>. Jedoch sind die mit der finanziellen Konstruktion verbundenen Gefahren – die man als „wirtschaftliches Risiko“ bezeichnen könnte – nur bei den Konzessionen vorhanden. Diese Art von Risiko, die eng mit den Erträgen verbunden ist, die der Konzessionär aus der Nutzung<sup>13</sup> erzielen kann, stellt nämlich ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichen Konzessionen und öffentlichen Aufträgen dar.

Abschließend ist zu bemerken, dass mit dem Nutzungsrecht die Risiken, die sich aus eben dieser Nutzung ergeben, auf den Konzessionär übertragen werden; die Risikoteilung zwischen Konzessionsgeber und Konzessionär erfolgt je nachdem, wer besser in der Lage ist, mit den entsprechenden Risiken umzugehen.

<sup>11</sup> Legt der Staat zum Beispiel die Höhe einer Autobahnmaut so fest, dass die Kosten der Nutzung nicht gedeckt sind.

<sup>12</sup> Z. B. Risiken im Zusammenhang mit einer Änderung von Rechtsvorschriften, während der Vertragserfüllung (beispielsweise etwa im Bereich des Umweltschutzes, wodurch Änderungen des Werks erforderlich werden oder steuerrechtliche Änderungen, die die finanzielle Ausgewogenheit des Vertrags stören) oder das Risiko des technischen Veralteteins. Diese Art von Risiken ist übrigens besonders geeignet, im Rahmen einer Konzession aufzutreten, da es sich üblicherweise um einen Vertrag mit relativ langer Vertragsdauer handelt (zur Dauer der Konzession siehe Punkt 3.1.3).

<sup>13</sup> Es ist zu beachten, dass auch im Fall einer fiktiven Maut, d. h. bei einer Übernahme durch den Konzessionsgeber, das wirtschaftliche Risiko bestehen bleibt, wenn die Vergütung vom Ausmaß der Nutzung abhängig gemacht wird.

Trägt die öffentliche Hand die Gefahren, die mit der Verwaltung des Werks verbunden sind, indem sie etwa die Erstattung der Finanzierung sicherstellt, so fehlt das Risikoelement. Die Kommission ist der Meinung, dass es sich in einem solchen Fall um einen öffentlichen Bauauftrag, nicht um eine Baukonzession handelt<sup>14</sup>.

## 2.2 Die Dienstleistungskonzession

Die Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (in der Folge „Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge“) gilt für „öffentliche Dienstleistungsaufträge“, die in Artikel 1 definiert werden als „die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, ausgenommen (...)“.

Anders als die Richtlinie über Bauaufträge enthält die Richtlinie über Dienstleistungsaufträge keine Definition der Dienstleistungskonzession<sup>15</sup>.

Um das wirtschaftliche Phänomen der Dienstleistungskonzession vom öffentlichen Dienstleistungsauftrag abgrenzen und dadurch den Anwendungsbereich dieser Mitteilung festlegen zu können, müssen die wesentlichen Elemente dieses Phänomens herausgearbeitet werden.

Zu diesem Zweck scheint es sinnvoll, sich auf den Begriff der Baukonzession sowie die Rechtsprechung des Gerichtshofes<sup>16</sup> und die juristische Lehrmeinung<sup>17</sup> zu stützen.

Der Gegenstand von Baukonzessionen unterscheidet sich naturgemäß von dem der Dienstleistungskonzessionen. Dies kann auch zu Unterschieden zwischen den beiden Arten der Konzession

<sup>14</sup> In einem von der Kommission untersuchten Fall hatte es zwar den Anschein, dass der private Partner ein Nutzungsrecht hatte. Tatsächlich bürgte aber die öffentliche Hand für eine Entschädigung, und zwar unter solchen Bedingungen, dass in Wirklichkeit die öffentliche Hand das mit der Nutzung verbundene Risiko zu tragen hatte.

<sup>15</sup> In der Richtlinie über Dienstleistungsaufträge wird der Begriff „Dienstleistungskonzession“ nicht erwähnt. Dies erfordert einige Bemerkungen. Die Kommission hat anlässlich der vorbereitenden Arbeiten zu dieser Richtlinie vorgeschlagen, für diese Art der Konzession eine Regelung vorzusehen, die den Vorschriften für Baukonzessionen entsprechen sollte. Der Rat hat diesen Vorschlag jedoch nicht angenommen. Es hat sich daher die Frage gestellt, ob die Erteilung einer Dienstleistungskonzession nicht vollständig den Vorschriften der Richtlinie über Dienstleistungsaufträge unterliegt. Diese gilt – abgesehen von mehreren, in der Richtlinie aufgezählten Ausnahmen, unter denen der Konzessionsvertrag jedoch nicht aufscheint – für alle „zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge“ (vergleiche oben). Eine Wortinterpretation dieser Definition, die in der Lehre teilweise vertreten wird, könnte zu einer Einbeziehung des Konzessionsvertrags in den Geltungsbereich der Richtlinie über Dienstleistungsaufträge führen, da es sich dabei um einen entgeltlichen und schriftlichen Vertrag handelt. Ein solcher Ansatz würde bedeuten, dass bei der Erteilung einer Dienstleistungskonzession die in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften einzuhalten wären. Das Verfahren wäre daher viel komplexer als das Verfahren zur Erteilung einer Baukonzession. In den Fällen, die die Kommission zu bearbeiten hatte, ist sie dieser Auslegung mangels Rechtsprechung des Gerichtshofes zu dieser Frage jedoch nicht gefolgt. In einem derzeit beim Gerichtshof anhängigen Vorabentscheidungsverfahren geht es um die Frage der Definition der Dienstleistungskonzession und der darauf anzuwendenden Rechtsvorschriften (Rechtssache C-324/98 Telaustria Verlags Gesellschaft mbH gegen Post & Telekom Austria (Telaustria)).

<sup>16</sup> Urteil des Gerichtshofes vom 26.4.1994, Rechtssache C-272/91, Kommission gegen Italien (Lottomatica) Sammlung I-1409.

<sup>17</sup> Schlussanträge des Generalanwalts La Pergola in der Rechtssache C-360/96, Arnhem. Schlussanträge des Generalanwalts Alber in der Rechtssache C-108/98, RI. SAN Srl. gegen Commune di Ischia.

hinsichtlich der Dauer des Vertrags oder der zu tätigen Investitionen führen. Unter Berücksichtigung der genannten Kriterien weisen Konzessionsverträge jedoch im Allgemeinen unabhängig von ihrem Gegenstand dieselben Charakteristika auf.

So ist das Kriterium der Nutzung sowohl für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession wie auch einer Baukonzession von entscheidender Bedeutung<sup>18</sup>. Entsprechend diesem Kriterium liegt eine Konzession dann vor, wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt (Erbringung der Dienstleistung und deren Nutzung), indem er seine Vergütung, in welcher Form auch immer, über den Benutzer – insbesondere durch die Erhebung von Gebühren – erhält. Die Art der Vergütung, die der Unternehmer erhält, zeigt – wie auch bei der Baukonzession –, wer das Nutzungsrisiko trägt.

Wie die Baukonzession charakterisiert sich die Dienstleistungskonzession durch eine Übertragung der Verantwortung für die Nutzung.

Eine Dienstleistungskonzession hat zudem üblicherweise Tätigkeiten zum Inhalt, die nach ihrer Natur, ihrem Gegenstand und nach den Vorschriften, denen sie unterliegen, in den Verantwortungsbereich des Staates fallen und die Gegenstand von ausschließlichen und besonderen Rechten sein können<sup>19</sup>.

Es ist außerdem daran zu erinnern, dass der Gerichtshof im genannten Urteil *Lottomatica* eine Unterscheidung getroffen hat zwischen der Übertragung von Verantwortlichkeiten für die mit dem Lottospiel verbundenen Operationen auf den Konzessionär, die als Tätigkeiten, die in den Verantwortungsbereich des Staates fallen, qualifiziert werden können, und der einfachen Lieferung eines automatisierten Systems an die Verwaltung. Da keine entsprechende Übertragung stattgefunden hat, ist er zum Schluss gekommen, dass ein öffentlicher Auftrag vorliegt.

### 2.3 Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungskonzessionen

Da nur die Richtlinie 93/37/EWG spezielle Verfahrensbestimmungen für die Erteilung von Baukonzessionen enthält, ist es zweckmäßig, zu bestimmen, wann eine solche vorliegt. Dies gilt insbesondere für gemischte Verträge, die auch das Element der Dienstleistungen beinhalten. In der Praxis handelt es sich fast immer um gemischte Verträge, da der Baukonzessionär für den Benutzer im Zusammenhang mit dem von ihm errichteten Bauwerk meistens eine Dienstleistung erbringt.

Was die Abgrenzung des Geltungsbereichs der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge bzw. öffentlicher Dienstleistungsaufträge angeht, so präzisiert letztere im 16. Erwägungsgrund, dass Bauleistungen, soweit sie lediglich von untergeordneter Bedeutung sind

<sup>18</sup> Im Urteil vom 10.11.1998 in der Rechtssache C-360/95, *Arnhem*, Randnummer 25, hat der Gerichtshof das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession verneint, da das Entgelt ausschließlich einen Preis, nicht aber das Recht zur Gebührenerhebung umfasse.

<sup>19</sup> Schlussfolgerungen des Generalanwalts in der Rechtssache *Arnhem*; Schlussfolgerungen des Generalanwalts in der Rechtssache *RI. SAN Srl. a. a. O.*

und somit nicht den Inhalt des Vertrags ausmachen, nicht zu einer Einordnung des Vertrags als öffentlicher Bauauftrag führen. Der Gerichtshof hat diese Bestimmung in der Rechtssache *Gestión Hotelera Internacional* ausgelegt und erklärt, „dass die gesamte Ausschreibung nicht als öffentlicher Bauauftrag (...) angesehen werden kann, wenn die (...) Bauarbeiten gegenüber dem Hauptgegenstand dieser Ausschreibung von untergeordneter Bedeutung sind“<sup>20</sup>. Der Gerichtshof hat das Problem der gemischten Verträge noch in einem weiteren Urteil behandelt<sup>21</sup>. Daraus ergibt sich, dass, wenn ein Vertrag zwei voneinander trennbare Elemente beinhaltet (z. B. Lieferungen und Dienstleistungen), auf jedes dieser Elemente die jeweiligen spezifischen Regeln anzuwenden sind.

Diese Grundsätze wurden im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen entwickelt. Die Kommission ist jedoch der Ansicht, dass es zweckmäßig wäre, einen analogen Ansatz zu wählen, um zu bestimmen, ob eine Konzession unter die Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge fällt. Der sachliche Anwendungsbereich dieser Richtlinie ist nämlich immer derselbe, ob es sich nun um einen öffentlichen Bauauftrag oder eine Baukonzession handelt<sup>22</sup>.

Nach Ansicht der Kommission geht es daher vor allem darum, festzustellen, ob der Hauptgegenstand des Vertrags die Errichtung eines Bauwerks bzw. die Durchführung von Bauarbeiten für Rechnung des Konzessionsgebers ist, oder ob diese Bauarbeiten bzw. die Errichtung des Bauwerks gegenüber dem Hauptgegenstand des Vertrags lediglich von untergeordneter Bedeutung sind.

Ist der Hauptgegenstand des Vertrags die Errichtung eines Bauwerks für Rechnung des Konzessionsgebers, so liegt nach Auffassung der Kommission eine Baukonzession vor.

In diesem Fall ist, sofern der Schwellenwert (5 Mio. EUR) erreicht ist, die Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge anzuwenden, und zwar auch, wenn Elemente im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen vorhanden sind. Die Tatsache, dass die Arbeiten oder Bauwerke in Wirklichkeit von einem Dritten ausgeführt bzw. errichtet werden, ändert nichts an der Natur des Basisvertrags. Der Vertragsgegenstand bleibt derselbe.

Ist hingegen bei einem Konzessionsvertrag die Ausführung der Bauarbeiten nur von untergeordneter Bedeutung oder geht es dabei nur um die Nutzung eines bereits bestehenden Bauwerks, so liegt eine Dienstleistungskonzession vor.

In der Praxis treten im Übrigen auch Fälle auf, bei denen es gleichzeitig um die Errichtung eines Bauwerks bzw. die Durchführung von Bauarbeiten und um die Erbringung von Dienstleistungen geht. So können am Rande einer Baukonzession Dienstleistungskonzessionen für ergänzende Tätigkeiten vergeben werden, die jedoch unabhängig von der Nutzung des Bauwerks sind. Zum Beispiel können Autobahn-Raststätten Gegenstand einer Dienstleistungskonzession sein, die

<sup>20</sup> Urteil vom 19.4.1994 in der Rechtssache C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, Sammlung I-1329.

<sup>21</sup> Urteil vom 5.12.1989 in der Rechtssache C-3/88, *Data Processing*, Sammlung, S. 4035.

<sup>22</sup> Der Gerichtshof hat diesen Grundsatz im Übrigen in seinem Urteil vom 18.11.1999 in der Rechtssache C-107/98, *Teckal Srl. gegen Gemeinde Viano und AGAC Reggio Emilia (Teckal)* angewendet, um Liefer- und Dienstleistungsaufträge voneinander abzugrenzen.

unabhängig von der Konzession zum Bau oder der Verwaltung der Autobahn ist. Die Kommission ist der Meinung, dass, wenn die Vertragsgegenstände voneinander getrennt werden können, auf jeden dieser Verträge die entsprechenden Regeln anzuwenden sind.

## 2.4 Anwendungsbereich der Mitteilung

Wie bereits ausgeführt, unterliegen Konzessionen, auch wenn sie von den Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen nicht erfasst werden, den Bestimmungen und Grundsätzen des EG-Vertrags, wenn sie durch dem Staat zurechenbare Akte vergeben werden und wirtschaftliche Tätigkeiten zum Gegenstand haben.

Jeder vertragliche oder einseitige staatliche Akt<sup>23</sup> der die Bedingungen für die Erbringung wirtschaftlicher Leistungen festlegt, ist anhand der Bestimmungen und Grundsätze des Vertrags, insbesondere der Artikel 43 bis 55 (ex-Artikel 52 bis 66), zu beurteilen<sup>24</sup>.

Diese Mitteilung bezieht sich daher auf dem Staat zurechenbare Akte, durch die eine Behörde einem Dritten entweder vertraglich oder durch einen einseitigen Akt mit Zustimmung dieses Dritten die vollständige oder teilweise Durchführung von Dienstleistungen überträgt, die grundsätzlich in seine Zuständigkeit fallen und für die der Dritte die Nutzung trägt. In der Mitteilung werden nur solche Dienstleistungen berücksichtigt, die in einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Artikel 43 bis 55 (ex-Artikel 52 bis 66) EG-Vertrag bestehen.

Diese staatlichen Akte werden in der Folge unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifikation in den nationalen Rechtsordnungen als „Konzession“ bezeichnet.

Vorbehaltlich der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, die anwendbar sein könnten, bezieht sich die Mitteilung nicht auf

- Akte, durch die eine Behörde die Genehmigung zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit erteilt, auch wenn sie in einigen Mitgliedstaaten als Konzessionen bezeichnet werden<sup>25</sup>;
- Akte im Zusammenhang mit der Ausübung einer nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit, wie etwa das Pflichtschulwesen oder die Sozialversicherung.

<sup>23</sup> Zu verstehen im weitesten Sinne, nämlich alle Akte, die durch die öffentliche Gewalt vorgenommen werden (Gebietskörperschaften, Länder, Regionen, Kreise, Gemeinden) sowie alle Akte anderer Stellen, die zwar eine andere Rechtsform aufweisen, gleichwohl aber so eng mit dem Staat verbunden sind, dass sie als Teile seiner Organisation angesehen werden müssen. Der Begriff der staatlichen Akte umfasst auch alle dem Staat zuzurechnenden Akte, d. h. Akte, die zwar nicht von den öffentlichen Behörden beschlossen werden, diesen aber dennoch aufgrund ihrer Möglichkeiten, sie zu verhindern oder ihre Änderung zu verlangen, zugerechnet werden können.

<sup>24</sup> Dies gilt analog für Konzessionen, die Lieferungen zum Gegenstand haben. Sie sind anhand der Artikel 28 bis 30 (ex-Artikel 30 bis 36) EG-Vertrag zu beurteilen.

<sup>25</sup> Zum Beispiel Taxikonzessionen oder die Genehmigung zur Sondernutzung öffentlichen Grundes (Zeitschriftenkiosks, Terrassencafés), Erlaubnis zum Betrieb von Apotheken und Tankstellen.

Kommt es nach Beendigung der Laufzeit einer Konzession zu einer Verlängerung, so ist diese der Erteilung einer neuen Konzession gleichzustellen und dementsprechend diese Mitteilung anzuwenden.

Ein besonderes Problem stellt sich, wenn zwischen dem Konzessionsgeber und dem Konzessionär eine innerorganische Übertragung stattfindet, die über den Verwaltungsbereich des Auftraggebers nicht hinausgeht<sup>26</sup>. Der Gerichtshof hat sich zur Frage, ob und inwieweit auf solche Beziehungen das Gemeinschaftsrecht anzuwenden ist, nicht geäußert<sup>27</sup>. Andere derzeit beim Gerichtshof anhängige Verfahren könnten diesbezüglich ergänzende Elemente bringen<sup>28</sup>.

Im Gegensatz dazu werden Beziehungen zwischen Behörden und öffentlichen Unternehmen, die mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, grundsätzlich von der Mitteilung erfasst<sup>29</sup>. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes<sup>30</sup> hindert der Vertrag die Mitgliedstaaten in keiner Weise daran, aus im öffentlichen Interesse liegenden Gründen nicht-wirtschaftlicher Art, bestimmte Dienstleistungen des öffentlichen Interesses dem Wettbewerb zu entziehen, indem sie ausschließliche Rechte verleihen<sup>31</sup>. Der Gerichtshof hat weiter ausgeführt, dass die Modalitäten der Ausgestaltung und der Ausübung eines solchen Monopols weder gegen die Vertragsvorschriften über den freien Warenverkehr und über den freien Dienstleistungsverkehr noch gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen dürfen<sup>32</sup>. Ebenso unterliegen auch die Modalitäten, nach denen diese ausschließlichen Rechte gewährt werden, den Bestimmungen des Vertrags und fallen daher in den Anwendungsbereich dieser Mitteilung.

### 3 FÜR KONZESSIONEN GELTENDE BESTIMMUNGEN

Wie bereits erwähnt, unterliegen nur Baukonzessionen, die den in der Richtlinie 93/37/EWG festgelegten Schwellenwert von 5 Mio. EUR erreichen, besonderen Rechtsvorschriften.

Konzessionen unterliegen wie jeder staatliche Akt zur Festlegung der Bedingungen für die Erbringung von wirtschaftlichen Leistungen den Artikeln 28 bis 30 (ex-Artikel 30, 34, 36) und 43 bis 55

<sup>26</sup> Beziehungen, die dem Phänomen der sogenannten „Inhouse-Dienste“ ähnlich sind. Dieses wurde zuerst von den Generalanwälten La Pergola (Rechtssache Arnhem, a. a. O.), Cosmas (Rechtssache Teckal, a. a. O.) und Alber (Rechtssache RI. SAN, a. a. O.) analysiert.

<sup>27</sup> Im Urteil Teckal hat der Gerichtshof erklärt, dass es für die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/36/EWG grundsätzlich genügt, „dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde“. Er hat hinzugefügt: „Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.“ (Randnummer 50).

<sup>28</sup> Rechtssachen C-94/99 ARGE und C-324/98, Telaustria, a. a. O.

<sup>29</sup> Im audiovisuellen Sektor muss das Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, welches dem Vertrag von Amsterdam, der den Vertrag über die Europäische Union ändert, als Anhang beigefügt ist, berücksichtigt werden (in Kraft getreten am 1.5.1999).

<sup>30</sup> Urteile Sacchi vom 30.4.1974 in der Rechtssache 155/73 und Elliniki Radiophonia vom 18.6.1991 in der Rechtssache C-260/89.

<sup>31</sup> Urteil Elliniki Radiophonia, a. a. O., Randnummer 10.

<sup>32</sup> Urteil Elliniki Radiophonia, a. a. O., Randnummer 12.

(ex-Artikel 52 bis 66) EG-Vertrag sowie den vom Gerichtshof entwickelten Grundsätzen<sup>33</sup>. Insbesondere handelt es sich dabei um die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung, der Transparenz, der gegenseitigen Anerkennung sowie der Verhältnismäßigkeit<sup>34</sup>.

Der EG-Vertrag beschränkt nicht die Freiheit der einzelnen Mitgliedstaaten, sich für eine Konzession zu entscheiden, sofern die Modalitäten der Konzessionserteilung dem Gemeinschaftsrecht entsprechen.

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich, dass, auch wenn die Mitgliedstaaten gemäß EG-Vertrag die materiellen und verfahrensrechtlichen Regeln weiterhin selbst festlegen können, sie dennoch alle entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen zu beachten haben, insbesondere die Verbote, die sich aus den im Vertrag festgelegten Grundsätzen für den Bereich des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben<sup>35</sup>. Der Gerichtshof hat außerdem betont, wie wichtig die Bestimmungen und Grundsätze des EG-Vertrags sind und insbesondere klargestellt, dass die Richtlinien über öffentliche Aufträge einerseits darauf abzielen, die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern und andererseits die Wirksamkeit der im Vertrag im Bereich der öffentlichen Bau- und Lieferaufträge anerkannten Rechte sicherzustellen<sup>36</sup>.

Einige Mitgliedstaaten waren zuweilen der Meinung, dass die Vergabe einer Konzession nicht in den Geltungsbereich des Vertrags falle, da es sich dabei um die Übertragung einer Dienstleistung für die Allgemeinheit handle, die nur auf Basis wechselseitigen Vertrauens erfolgen könne (*intuitu personae*). Aus dem Vertrag und der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich, dass staatliche Akte nur dann vom Verbot gemäß Artikel 43 und 49 (ex-Artikel 52 und 59) EG-Vertrag abweichen dürfen, wenn die Artikel 45 und 55 (ex-Artikel 55 und 66) zur Anwendung kommen. Die vom Gerichtshof erarbeiteten, sehr restriktiven Anwendungsvoraussetzungen werden unten erläutert<sup>37</sup>. Im Vertrag und in der Rechtsprechung des Gerichtshofes weist nichts darauf hin, dass man bei den Konzessionen anders verfahren darf.

<sup>33</sup> Es wird daran erinnert, dass auf dem Gebiet des Verkehrs aufgrund des Verweises in Artikel 51 (ex-Artikel 61) EG-Vertrag für den freien Dienstleistungsverkehr die Artikel 70 bis 80 (ex-Artikel 74 bis 84) EG-Vertrag ausschlaggebend sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes gelten in diesem Bereich die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts (vergleiche Urteile vom 4.4.1974, Rechtssache C-167/73, Kommission/Frankreich, vom 30.4.1986, verbundene Rechtssachen 209/84 bis 213/84, Ministère Public/Asjes und andere, vom 17.5.1994, Rechtssache C 18/93, Corsica ferries, vom 1.10.1998, Rechtssache C-38/97, Autotrasporti Librandi Snc/Cuttica).

Dienstleistungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs unterliegen überdies der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der durch die Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 geänderten Fassung; diese sieht Mechanismen und Verfahren vor, die die Behörden nutzen können, um zu gewährleisten, dass ihre Ziele für den öffentlichen Verkehr erreicht werden.

<sup>34</sup> Es versteht sich von selbst, dass alle Handlungen des Konzessionärs den genannten Vorschriften und Grundsätzen unterliegen, sofern sie im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes dem Staat zugerechnet werden können.

<sup>35</sup> Urteil vom 9.7.1987, verbundene Rechtssachen 27/86, 28/86 und 29/86, Bellini.

<sup>36</sup> Urteile vom 10.3.1987, Rechtssache 199/85, Kommission/Italien und vom 17.11.1993, Rechtssache C-71/92, Kommission/Spanien.

<sup>37</sup> Urteil Lottomatica, a. a. O. Der Gerichtshof war bei diesem Urteil der Ansicht, dass sich in diesem Fall die Pflichten des Konzessionärs auf rein technische Tätigkeiten beschränkten und als solche dem Vertrag unterworfen seien.

In der Folge erinnert die Kommission an die Vorschriften des Vertrags und die von der Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelten Grundsätze, die auf Konzessionen, um die es in der vorliegenden Mitteilung geht, anwendbar sind.

### **3.1 Im EG-Vertrag festgeschriebene Bestimmungen und Grundsätze sowie vom Gerichtshof ausgearbeitete Bestimmungen und Grundsätze**

Wie bereits ausgeführt, werden im EG-Vertrag ausdrücklich weder öffentliche Aufträge noch Konzessionen erwähnt. Einige Vertragsbestimmungen sind jedoch trotzdem anzuwenden. Es handelt sich dabei um die Vorschriften zur Errichtung und zur Sicherstellung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes, nämlich

- die Vorschriften, die jegliche Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbieten (Artikel 12 erster Absatz, ex-Artikel 6 erster Absatz),
- die Vorschriften zum freien Warenverkehr (Artikel 28 ff, ex-Artikel 30), zur Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 ff, ex-Artikel 52) und zur Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 ff, ex-Artikel 59 ff) sowie die entsprechenden Ausnahmeregelungen der Artikel 30, 45 und 46 (ex-Artikel 36, 55 und 56)<sup>38</sup>,
- die Vorschriften des Artikels 86 (ex-Artikel 90), die Anhaltspunkte bieten können, um zu beurteilen, ob die Erteilung von Rechten rechtmäßig erfolgt ist.

Diese Bestimmungen sowie die vom Gerichtshof dazu entwickelten Grundsätze werden in der Folge erläutert.

Die zitierte Rechtsprechung bezieht sich zum Teil auf öffentliche Aufträge. Die Grundsätze, die sich daraus ergeben, haben jedoch häufig einen Anwendungsbereich, der über die öffentlichen Aufträge hinausgeht. Sie sind daher auch auf andere Konstruktionen, wie etwa die Konzessionen, anwendbar.

#### **3.1.1 Gleichbehandlung**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes „gehört der allgemeine Gleichheitssatz, von dem das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nur ein spezifischer Ausdruck ist, zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts. Nach diesem Grundsatz dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre“<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Die Kommission erinnert daran, dass beschränkende, nicht-diskriminierende Maßnahmen gegen Artikel 43 (ex-Artikel 52) und 49 (ex-Artikel 59) verstoßen, wenn sie nicht aus zwingenden schutzwürdigen Gründen des öffentlichen Interesses erfolgen. Ein solcher Verstoß liegt vor, wenn die Maßnahmen zur Erreichung des Ziels weder angemessen noch notwendig sind.

<sup>39</sup> Urteil vom 8.10.1980, Rechtssache 810/79, Überschrär.

Der Gerichtshof hat zudem klargestellt, dass der Gleichheitssatz, von dem die Artikel 52 und 59 EG-Vertrag (Artikel 43 und 49 EG-Vertrag nach der neuen Nummerierung) eine besondere Ausprägung sind, „nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (...), sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung verbietet, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen“<sup>40</sup>.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz bedeutet vor allem, dass die „Spielregeln“ allen potentiellen Konzessionären bekannt sein und auf alle in gleicher Art und Weise angewendet werden müssen. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes – insbesondere aus den Urteilen Roulin<sup>41</sup> und Parlament/Rat<sup>42</sup> – ergibt sich, dass die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht nur die Festlegung von nichtdiskriminierenden Zugangsbedingungen zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit bedeutet, sondern die Behörden gleichfalls verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Ausübung dieser Tätigkeit sicherzustellen.

Die Kommission ist der Meinung, dass sich aus dieser Rechtsprechung ergibt, dass der Grundsatz des offenen Wettbewerbs einzuhalten ist.

In den Urteilen Storebaelt und Wallonische Busse hatte der Gerichtshof Gelegenheit, die Tragweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Bereich des öffentlichen Auftragswesens näher auszuführen. Er bestätigte einerseits, dass die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verlangt, dass alle Angebote den Ausschreibungsunterlagen entsprechen müssen, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu gewährleisten<sup>43</sup>. Andererseits hielt er fest, dass, wenn ein Auftraggeber eine Änderung des ursprünglichen Angebots eines einzelnen Bieters berücksichtigt, dieser gegenüber seinen Mitbewerbern begünstigt ist, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt und die Transparenz des Verfahrens beeinträchtigt. Darüber hinaus erklärte der Gerichtshof: „Das Verfahren zum Vergleich der Angebote (muss) in jedem Abschnitt sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren, damit alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen“<sup>44</sup>.

Der Gerichtshof hat in dieser Rechtsprechung zur Anwendung der Richtlinien somit klargestellt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter nicht von einer eventuellen Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder aufgrund anderer Unterscheidungsmerkmale abhängt.

Die Anwendung dieser Bestimmungen und Grundsätze auf Konzessionen (was jedoch offensichtlich nur möglich ist, wenn der Auftraggeber mit mehr als einem potentiellen Konzessionär verhandelt) bedeutet, dass der Konzessionsgeber das geeignetste Vergabeverfahren, insbesondere nach den Besonderheiten des betroffenen Sektors, und die Anforderungen, die die Bewerber

<sup>40</sup> Urteil vom 13.7.1993, Rechtssache C-330/91, Commerzbank; vergleiche auch Urteil vom 3.2.1982, verbundene Rechtssachen 62 und 63/81, Seco und Desquenne.

<sup>41</sup> Urteil vom 26.2.1992, Rechtssache C-357/89.

<sup>42</sup> Urteil vom 7.7.1992, Rechtssache C-295/90.

<sup>43</sup> Urteil vom 22.6.1993, Rechtssache C-243/89, Storebaelt, Randnummer 37.

<sup>44</sup> Urteil vom 25.4.1996, Rechtssache C-87/94, Wallonische Busse. Vergleiche auch Urteil des Gerichts erster Instanz vom 17.12.1998, T-203/96, Embassy Limousines & Services.

während der verschiedenen Verfahrensstadien erfüllen müssen, frei bestimmen kann<sup>45</sup>. Nichtsdestoweniger bedeutet dies, dass die Wahl der Konzessionäre auf objektiver Grundlage erfolgen muss und dass die Verfahrensbestimmungen sowie die zu Beginn festgelegten grundlegenden Anforderungen eingehalten werden müssen<sup>46</sup>. Für den Fall, dass keine Regeln festgelegt wurden, verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz jedenfalls, dass die Wahl der Kandidaten anhand objektiver Kriterien erfolgt.

Als Verstoß gegen die genannten Vertragsbestimmungen und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sind insbesondere anzusehen: Bestimmungen, die öffentliche Aufträge jenen Unternehmen vorbehalten, die unmittelbar oder mittelbar ganz oder mehrheitlich im Besitz des Staates oder der öffentlichen Hand stehen<sup>47</sup>, Praktiken, die die Annahme von Angeboten erlauben, die nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen oder die nach ihrer Öffnung geändert wurden sowie die Berücksichtigung von Varianten, sofern dies ursprünglich nicht vorgesehen war. Darüber hinaus darf der ursprüngliche Entwurf nicht im Laufe der Verhandlungen hinsichtlich zu Beginn des Verfahrens festgelegter Kriterien und Anforderungen verfälscht werden.

In manchen Fällen hat der Konzessionsgeber keine Möglichkeit, die technischen Erfordernisse hinreichend präzise zu beschreiben. Er wird daher versuchen, alternative Angebote einzuholen, die für ein allgemein formuliertes Problem verschiedene Lösungsmöglichkeiten bieten. Aber auch in einem solchen Fall muss das Lastenheft nichtdiskriminierend und objektiv darlegen, was von den Bewerbern verlangt wird, insbesondere welche Modalitäten sie bei der Vorbereitung der Angebote zu beachten haben. Auf diese Weise weiß jeder Bieter im Voraus, dass verschiedene technische Lösungen angeboten werden können. Allgemeiner ausgedrückt: Das Lastenheft darf keine Punkte beinhalten, die den genannten Vorschriften und Grundsätzen des Vertrags widersprechen. Die Anforderungen des Konzessionsgebers können auch in Zusammenarbeit mit Unternehmen des betreffenden Sektors festgelegt werden, sofern der Wettbewerb dadurch nicht beeinträchtigt wird.

### 3.1.2 Transparenz

Die Kommission erinnert daran, dass der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung den Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der Transparenz und dem Grundsatz der Gleichbehandlung hervorgehoben hat. Der Grundsatz der Transparenz sichert den Zweck des Grundsatzes der Gleichbehandlung indem er unverfälschte Wettbewerbsbedingungen garantiert<sup>48</sup>.

Die Kommission stellt fest, dass es im Bereich der Konzessionen in fast allen Mitgliedstaaten Vorschriften oder eine Verwaltungspraxis gibt, die vorsehen, dass Einrichtungen, die Dritte mit

<sup>45</sup> In diesem Zusammenhang ist zu unterstreichen, dass die Mitteilung nicht die Auslegung von besonderen Regeln im Bereich Transport, die im Vertrag oder in besonderen Verordnungen festgelegt sind oder werden, berührt.

<sup>46</sup> Die Ausschreibungsunterlagen können z. B. zwar vorsehen, dass die Bewerber im Hinblick auf die vom Konzessionsgeber angestrebte Lösung technische Verbesserungen anbringen können (dies ist bei komplexen Infrastrukturprojekten häufig der Fall). Diese Verbesserungen dürfen sich jedoch nicht auf die wesentlichen Elemente eines Projekts beziehen und müssen begrenzt sein.

<sup>47</sup> Urteil *Dataprocessing*, a. a. O., Randnummer 30.

<sup>48</sup> Urteil *Wallonische Busse*, a. a. O., Randnummer 54.

der Durchführung einer Wirtschaftstätigkeit beauftragen wollen, ihre Absicht in geeigneter Art und Weise bekannt geben. Dies dient der Gewährleistung eines Minimums an Transparenz.

In seiner jüngsten Rechtsprechung hat der Gerichtshof bekräftigt, dass das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt, damit der öffentliche Auftraggeber feststellen kann, ob es beachtet wird<sup>49</sup>.

Die Transparenz kann auf jede geeignete Art und Weise sichergestellt werden, auch durch Veröffentlichung, abhängig und unter Berücksichtigung der Besonderheiten der betroffenen Sektoren<sup>50</sup>. Diese Arten der Veröffentlichung enthalten grundsätzlich die notwendigen Informationen, die potentielle Konzessionäre benötigen, um zu entscheiden, ob sie sich am Verfahren beteiligen möchten (z. B. Auswahl- und Zuschlagskriterien, ...). Hierzu zählen der Gegenstand der Konzession sowie Art und Umfang der vom Konzessionär erwarteten Leistungen.

Unter solchen Bedingungen betrachtet die Kommission die Verpflichtung zur Transparenz als gewährleistet.

### 3.1.3 Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes „zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts“<sup>51</sup>. Er gilt auch für nationale Stellen, soweit sie das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben<sup>52</sup>, und zwar selbst dann, wenn ihnen ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung steht<sup>53</sup>.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die gewählten Maßnahmen zur Erreichung des verfolgten Ziels sowohl angemessen als auch erforderlich sind<sup>54</sup>. Dabei haben die Mitgliedstaaten die für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit am wenigsten belastende Maßnahme zu wählen<sup>55</sup>.

Auf Konzessionen angewendet bedeutet dieser Grundsatz, dass die Konzessionsgeber zwar das verfolgte Ziel, insbesondere die technischen Spezifikationen, definieren können, die gewählten Maßnahmen jedoch nicht die Grenzen dessen überschreiten dürfen, was zur Erreichung des Ziels notwendig und geeignet ist.

So darf ein Mitgliedstaat etwa bei der Auswahl der Bewerber keine technischen, fachlichen oder finanziellen Fähigkeiten verlangen, die in Bezug auf den Gegenstand der Konzession unverhältnismäßig oder exzessiv sind.

<sup>49</sup> Urteil vom 18.11.1999, Rechtssache C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, Randnummer 31.

<sup>50</sup> Die Transparenz kann, unter anderem, mittels einer Bekanntmachung oder einer Vorinformation in Tageszeitungen, der Fachpresse oder durch Aushang sichergestellt werden.

<sup>51</sup> Urteil vom 11.7.1989, Rechtssache 265/87, Schröder, Randnummer 21.

<sup>52</sup> Urteil vom 27.10.1993, Rechtssache 127/92, Randnummer 27.

<sup>53</sup> Urteil vom 19.6.1980, verbundene Rechtssachen 41/79, 121/79 und 796/79, Testa und andere, Randnummer 21.

<sup>54</sup> Dies ist z. B. der Fall bei einer Verpflichtung zur Erreichung eines hohen Schutzniveaus der Umwelt und bei der Anwendung der Grundsätze der Vorsorge und Vorbeugung.

<sup>55</sup> Vergleiche z. B. Urteil vom 17.5.1984, Rechtssache 15/83, Denkvit Nederland, oder Urteil des Gerichts erster Instanz vom 19.6.1997, Rechtssache T-260/94, Air Inter SA, Randnummer 14.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit macht es außerdem notwendig, Wettbewerb und finanzielle Ausgewogenheit in Einklang zu bringen; die Laufzeit der Konzession ist daher so festzulegen, dass der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt wird, wie es erforderlich ist, um die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen<sup>56</sup>. Hierbei ist jedoch das mit der Nutzung verbundene Risiko für den Konzessionär beizubehalten.

### 3.1.4 Gegenseitige Anerkennung

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung wurde vom Gerichtshof entwickelt und nach und nach in einer umfangreichen Rechtsprechung zum freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehr präzisiert. Gemäß diesem Grundsatz muss ein Mitgliedstaat die Lieferung von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Wirtschaftsteilnehmer aus einem anderen Gemeinschaftsstaat zulassen, wenn diese Waren und Dienstleistungen den vom Bestimmungsland festgelegten gerechtfertigten Vorgaben entsprechen<sup>57</sup>.

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf Konzessionen bedeutet insbesondere, dass der Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht werden soll, technische Spezifikationen, Kontrollen, aber auch Titel, Bescheinigungen und Qualifikationen, die in einem anderen Mitgliedstaat erforderlich sind, akzeptieren muss, soweit sie in Bezug auf die von ihm festgelegten Erfordernisse als gleichwertig anerkannt sind<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Vergleiche in diesem Zusammenhang die jüngste Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz, nach der der Vertrag anzuwenden ist, „wenn eine von einem Staat getroffene Maßnahme auf seinem Hoheitsgebiet die Niederlassungsfreiheit eines Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats beschränkt und gleichzeitig einem Unternehmen einen Vorteil verschafft, indem es ihm ein ausschließliches Recht verleiht, es sei denn, diese staatliche Maßnahme verfolgt ein rechtmäßiges Ziel, das mit dem Vertrag vereinbar ist und ist dauerhaft durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt“. Im selben Fall hat das Gericht hinzugefügt, „dass die staatliche Maßnahme zudem ausschließlich dazu dienen darf, die Verwirklichung des Ziels zu gewährleisten und nicht über das Maß hinausgehen darf, das zur Erreichung des Ziels erforderlich ist“ (Urteil vom 8.7.1999, Rechtssache T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV, Randnummer 108).

<sup>57</sup> Dieser Grundsatz ergibt sich aus der Rechtsprechung zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (insbesondere Urteile Vlassopoulou vom 7.5.1991, Rechtssache C-340/89, und Denemeyer vom 25.7.1991, Rechtssache C-76/90). Im ersten Urteil stellte der Gerichtshof fest, „dass nationale Qualifikationsvoraussetzungen, selbst wenn sie ohne Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit angewandt werden, sich dahin auswirken können, dass sie die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten in der Ausübung des ihnen durch Artikel 43 (ex-Artikel 52) EWG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsrechts beeinträchtigen. Dies kann der Fall sein, wenn die fraglichen nationalen Vorschriften die von dem Betroffenen in einem anderen Mitgliedstaat bereits erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten unberücksichtigt lassen.“ Im Urteil Denemeyer hat der Gerichtshof Folgendes klargestellt: „Ein Mitgliedstaat darf insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen abhängig machen, die für eine Niederlassung gelten, und damit den Bestimmungen des EWG-Vertrags, deren Ziel es gerade ist, die Dienstleistungsfreiheit zu gewährleisten, jede praktische Wirksamkeit nehmen.“ In der Rechtssache Webb vom 17.12.1981 (Rechtssache 279/80) hat der Gerichtshof noch ergänzt, dass die Dienstleistungsfreiheit verlangt, „dass der Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht werden soll, (...) die Nachweise und Sicherheiten berücksichtigt, die der Leistungserbringer bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit im Mitgliedstaat der Niederlassung beigebracht hat“.

<sup>58</sup> So muss der Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht wird, gleichwertige Qualifikationen hinsichtlich fachlicher, technischer oder finanzieller Leistungsfähigkeit des Dienstleistungserbringers, die der Betroffene in einem anderen Mitgliedstaat erlangt hat, anerkennen. Hinsichtlich der Qualifikation von Unternehmen kann der Beweis der Gleichwertigkeit – abgesehen von der Anwendung der Richtlinien zur technischen Harmonisierung – zum Beispiel auch durch Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von freiwilligen Zertifikatssystemen erfolgen; diese Abkommen können sich auf die Beglaubigung stützen, die die Zuständigkeit der Bewertungsstellen nachweist.

### 3.1.5 Ausnahmebestimmungen im EG-Vertrag

Beschränkungen des freien Warenverkehrs sowie der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sind nur zulässig, wenn einer der Gründe der Artikel 30, 45, 46 oder 55 (ex-Artikel 36, 55, 56 und 66) EG-Vertrag vorliegt.

Insbesondere zu Artikel 45 (ex-Artikel 55) (der Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Zusammenhang mit Tätigkeiten, die, wenn auch nur zeitweise, mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, erlaubt) hat der Gerichtshof mehrmals Folgendes festgestellt<sup>59</sup>: „Artikel 45 (ex-Artikel 55) EWG-Vertrag ist als Ausnahme vom Grundprinzip der Niederlassungsfreiheit so auszulegen, dass sich seine Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist.“ Eine solche Ausnahme muss auf diejenigen in Artikel 43 und 49 (ex-Artikel 52 und 59) bezeichneten Tätigkeiten beschränkt werden, die für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt einschließen<sup>60</sup>.

Die Anwendung der Ausnahmeregelung gemäß Artikel 45 (ex-Artikel 55) ist daher auf solche Fälle zu beschränken, bei denen der Konzessionär unmittelbar und in spezifischer Form an der Ausübung der öffentlichen Gewalt beteiligt ist.

Daher unterliegen Tätigkeiten, die aufgrund einer Verpflichtung oder einer gesetzlich festgelegten Ausschließlichkeit verrichtet oder von nationalen Stellen als öffentlicher Dienst bezeichnet werden, nicht automatisch dieser Ausnahmeregelung<sup>61</sup>. Es ist zwar richtig, dass jede Tätigkeit, die der Staat überträgt, grundsätzlich auch gemeinnützig ist; dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Tätigkeit notwendigerweise zur Ausübung der öffentlichen Gewalt gehört.

Der Gerichtshof hat z. B. die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des Artikels 45 (ex-Artikel 55) aufgrund folgender Feststellungen ausgeschlossen:

- Die öffentliche Gewalt behält die Kontrolle über die übertragenen Tätigkeiten und verfügte über die geeigneten Mittel zur Sicherung der von ihr zu wahren Interessen<sup>62</sup>.
- Die übertragenen Tätigkeiten waren technischer Natur und hatten daher nichts mit einer Ausübung der öffentlichen Gewalt zu tun<sup>63</sup>.

Wie bereits ausgeführt, muss entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jede Maßnahme, durch die die Ausübung der in Artikel 43 und 49 (ex-Artikel 52 und 59) genannten Freiheiten eingeschränkt wird, im Hinblick auf die angestrebten Ziele sowohl erforderlich als auch

<sup>59</sup> Insbesondere Urteil vom 15.3.1988, Rechtssache 147/86, Kommission gegen Griechenland.

<sup>60</sup> Urteil vom 21.6.1974, Rechtssache 2/74, Reyners.

<sup>61</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Mischo in der Rechtssache C-3/88, Dataprocessing, a. a. O.

<sup>62</sup> Urteil vom 15.3.1988, Rechtssache 147/86, a. a. O.

<sup>63</sup> Rechtssachen C-3/88 und C-272/91, Dataprocessing und Lottomatica, a. a. O.

angemessen sein<sup>64</sup>. Das bedeutet insbesondere, dass die Mitgliedstaaten bevorzugt solche Maßnahmen zur Verwirklichung des verfolgten Ziels einzusetzen haben, die die Ausübung der Freiheiten am wenigsten beeinträchtigen<sup>65</sup>.

Außerdem muss der Empfangsstaat im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit prüfen, ob das zu wahrende Interesse nicht bereits durch die Vorschriften im Herkunftsland des Bewerbers, in dem dieser gewöhnlich seine Tätigkeit ausübt, geschützt ist.

### 3.1.6 Schutz der Rechte Einzelner

Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten bekräftigt, dass abschlägige Entscheidungen begründet werden müssen. Zudem muss den Adressaten solcher Entscheidungen der Rechtsweg offenstehen<sup>66</sup>.

Diese Erfordernisse ergeben sich, wie der Gerichtshof festgestellt hat, aus der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten. Sie sind zudem in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert und haben daher allgemeine Gültigkeit<sup>67</sup>.

Sie sind mithin auch auf den Einzelnen anwendbar, der sich anlässlich einer Konzessionsvergabe im Sinne dieser Mitteilung in seinen Rechten verletzt glaubt.

## 3.2 Die besonderen Vorschriften der Richtlinie 93/37/EWG für Baukonzessionen

Die Kommission erinnert daran, dass die oben dargelegten Bestimmungen und Grundsätze auch für Baukonzessionen gelten. Die Richtlinie 93/37/EWG sieht jedoch u. a. für Baukonzessionen besondere Vorschriften vor, insbesondere Vorschriften über die Bekanntmachung.

Selbstverständlich gelten für die Konzessionen, die den in der Richtlinie 93/37/EWG festgesetzten Schwellenwert nicht erreichen, ausschließlich die Vorschriften und Grundsätze des EG-Vertrags.

### 3.2.1 Beginnphase: Auswahl des Konzessionärs

#### a) Vorschriften über Bekanntmachung und Transparenz

Im Fall von Baukonzessionen sind die Auftraggeber verpflichtet, die Konzession entsprechend dem Muster der Richtlinie 93/37/EWG im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bekanntzumachen und somit den Wettbewerb auf europäischer Ebene zu ermöglichen<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Rechtssache T-260/94, Air Inter SA, a. a. O. Zum Beispiel hat der Gerichtshof die Anwendung der Ausnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung abgelehnt, wenn dies nicht hinreichend gerechtfertigt werden kann und das verfolgte Ziel auch durch andere Mittel erreicht werden kann, die die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr nicht einschränken (vergleiche Urteil C-3/88, Dataprocessing, a. a. O., Randnummer 15).

<sup>65</sup> Urteil vom 28.3.1996, Rechtssache C-272/94, Guiot/Climatec.

<sup>66</sup> Urteil vom 7.5.1991, Rechtssache C-340/89, Vlassopoulou, Randnummer 22.

<sup>67</sup> Urteil vom 15.10.1987, Rechtssache 222/86, Heylens, Randnummer 14.

<sup>68</sup> „Die öffentlichen Auftraggeber (müssen) die für jede Ausschreibung geltenden Kriterien und Bedingungen in angemessener Weise bekanntmachen, um dem Ziel der Richtlinie Rechnung zu tragen, die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge sicherzustellen“ (vergleiche Urteil vom 20.9.1988, Rechtssache 31/87, Beentjes, Randnummer 21).

Die Kommission ist im Bereich der Konzessionserteilung zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf ein Problem gestoßen: Einige Mitgliedstaaten scheinen der Meinung zu sein, dass die auf Baukonzessionen anwendbaren Bestimmungen der Richtlinie 93/37/EWG nicht für solche Verträge gelten, die zwischen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft und einer juristischen Person des öffentlichen Rechts geschlossen werden.

Die Richtlinie 93/37/EWG sieht jedoch für die Vergabe sämtlicher öffentlicher Baukonzessionen eine vorangehende Bekanntmachung vor, unabhängig davon, ob der potentielle Konzessionär dem privaten oder dem öffentlichen Bereich angehört. Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie 93/37/EWG berücksichtigt im Übrigen ausdrücklich den Fall, dass der Konzessionär selbst öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie ist. Dies bedeutet, dass einer solchen Geschäftsbeziehung eine Bekanntmachung gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie voranzugehen hat.

#### **b) Wahl des Verfahrenstyps**

Im Rahmen der Baukonzessionen kann der Konzessionsgeber nach Gutdünken das geeignetste Verfahren wählen und insbesondere in das Verhandlungsverfahren eintreten.

#### **3.2.2 Folgephase: Vergabe von Aufträgen durch den Auftragnehmer<sup>69</sup>**

Die Richtlinie 93/37/EWG beinhaltet mehrere Bestimmungen für die Vergabe von Aufträgen durch den Konzessionär, wenn der Auftragswert der Bauarbeiten 5 Mio. EUR oder mehr beträgt. Die Bestimmungen variieren jedoch je nach Typ des Konzessionärs.

Ist der Konzessionär selbst öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie, so müssen die Verträge für die Ausführung der Bauarbeiten unter Einhaltung sämtlicher Bestimmungen der Richtlinie für öffentliche Bauaufträge vergeben werden<sup>70</sup>.

Ist der Konzessionär nicht selbst öffentlicher Auftraggeber, so verlangt die Richtlinie nur die Einhaltung bestimmter Bekanntmachungsvorschriften. Diese Vorschriften sind jedoch nicht anzuwenden, wenn der Konzessionär die Bauaufträge an verbundene Unternehmen im Sinne des Artikels 3 Absatz 4 der Richtlinie vergibt. Die Richtlinie verlangt außerdem, dass der Bewerbung um eine Konzession die vollständige Liste dieser Unternehmen beizufügen ist. Diese Liste muss auf den neuesten Stand gebracht werden, falls sich später in den Beziehungen zwischen den Unternehmen Änderungen ergeben. Da die Liste abschließend ist, kann der Konzessionär sich bei der Vergabe eines Bauauftrags an ein Unternehmen, das in dieser Liste nicht aufscheint, nicht auf die Nichtanwendbarkeit der Bekanntmachungsvorschriften berufen.

Der Konzessionär muss daher seine Absicht, einen Bauauftrag an Dritte zu vergeben, auf Gemeinschaftsebene bekannt geben. Dies gilt unabhängig davon, ob er selbst öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie ist.

<sup>69</sup> Es wird an Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie erinnert, wonach ein öffentlicher Auftraggeber dem Konzessionär vorschreiben kann, einen Mindestsatz des Gesamtwerts der Arbeiten an Dritte zu vergeben. Der öffentliche Auftraggeber kann die potentiellen Konzessionäre auch auffordern, in ihren Angeboten selbst anzugeben, welchen Prozentsatz sie an Dritte vergeben wollen.

<sup>70</sup> Das Gleiche gilt bei Dienstleistungskonzessionen, wenn der Konzessionär öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie ist. Die Bestimmungen dieser Richtlinie gelten für das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen.

Die Kommission vertritt schließlich die Meinung, dass ein Mitgliedstaat gegen die Richtlinie 93/37/EWG hinsichtlich der Bestimmungen über Bauarbeiten, die von Dritten für den Konzessionär ausgeführt werden, verstößt, wenn er eine verbundene Gesellschaft als Vermittler einschaltet, um ohne Ausschreibung Bauaufträge an dritte Unternehmen zu vergeben.

### 3.2.3 Vorschriften für das Nachprüfungsverfahren

Artikel 1 der Richtlinie 89/665/EWG sieht vor, „dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass (...) die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch (...) auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können“. Diese Bestimmung ist auf Baukonzessionen anwendbar<sup>71</sup>.

Die Kommission erinnert zudem auch an Artikel 2 Absatz 7 der Richtlinie 89/665/EWG: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wirksam durchgesetzt werden können.“

Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten keine materiellen oder verfahrensrechtlichen Maßnahmen setzen dürfen, die die Mechanismen, die durch die Richtlinie 89/665/EWG eingeführt wurden, ihrer Wirksamkeit berauben können.

Was Konzessionäre betrifft, die öffentliche Auftraggeber sind, so besteht für sie – abgesehen von den bereits erwähnten Pflichten – im Bereich der öffentlichen Aufträge eine Begründungspflicht: Artikel 8 der Richtlinie 93/37/EWG verpflichtet öffentliche Auftraggeber dazu, ihre Entscheidung innerhalb von 15 Tagen zu begründen. Zudem kommen die in der Richtlinie 89/665/EWG vorgesehenen Nachprüfungsverfahren zur Anwendung.

## 3.3 Die Konzession in besonderen Sektoren

Die Richtlinie 93/38/EWG über öffentliche Aufträge, die von Auftraggebern vergeben werden, die im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor tätig sind (in der Folge „Sektorenrichtlinie“), beinhaltet keine spezifischen Regeln über Bau- oder Dienstleistungskonzessionen.

Entscheidend für die Bestimmung der anwendbaren Vorschriften ist die Rechtspersönlichkeit des Konzessionsgebers sowie seine Tätigkeit. Dabei sind mehrere Fälle denkbar.

<sup>71</sup> In diesem Zusammenhang wird daran erinnert, dass Generalanwalt Elmer in der Sache C-433/93, Kommission/Deutschland, anhand der Rechtsprechung des Gerichtshofes (vergleiche Urteile vom 20.9.1988, Rechtssache 31/87, Beentjes, und vom 22.6.1989, Rechtssache 103/88, Costanzo) festgestellt hat, „dass die Vergaberichtlinien (...) dem einzelnen Rechte verleihen, die er gegenüber der öffentlichen Hand vor den nationalen Gerichten unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar geltend machen kann“. Er war des weiteren der Meinung, dass die Richtlinie 89/665/EWG, die nach dieser Rechtsprechung eingeführt wurde, nicht beabsichtigt, die Rechte, die der einzelne nach dieser Rechtsprechung gegenüber den Behörden hat, zu begrenzen. Im Gegenteil, die Richtlinie diene dazu, „die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene derzeit vorhandenen Mechanismen ..., vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können“, zu stärken (vergleiche den zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 89/665/EWG).

Erteilung einer Konzession durch den Staat oder eine andere Gebietskörperschaft, die in keinem der vier unter die Sektorenrichtlinie fallenden Sektoren tätig sind, für eine Wirtschaftstätigkeit in einem dieser vier Sektoren: Die Erteilung der Konzession unterliegt den oben ausgeführten Bestimmungen und Grundsätzen des EG-Vertrags und, wenn es sich um eine Baukonzession handelt, auch der Richtlinie über Bauaufträge.

Erteilung einer Konzession durch eine öffentliche Stelle, die in einem der unter die Sektorenrichtlinie fallenden Sektoren tätig ist: Sofern der Konzessionsgeber eine öffentliche Stelle ist, gelten die Bestimmungen und Grundsätze des EG-Vertrags. Auch bei Baukonzessionen sind ausschließlich die Bestimmungen und Grundsätze des EG-Vertrags anzuwenden, da die Richtlinie über öffentliche Bauaufträge nicht auf die Erteilung von Konzessionen durch Stellen anzuwenden ist, die in einem der unter die Richtlinie 93/38/EWG fallenden Sektoren tätig sind.

Der Konzessionsgeber ist eine private Einrichtung: Eine solche Einrichtung unterliegt weder den oben erläuterten Bestimmungen noch den genannten Grundsätzen<sup>72</sup>.

Die Kommission ist zuversichtlich, dass die vorliegende Mitteilung zur Klärung der relevanten Vorschriften sowie dazu beiträgt, die Märkte im Bereich der Konzessionen für den Wettbewerb zu öffnen.

Die Kommission möchte außerdem unterstreichen, dass durch das Bemühen um Transparenz, das durch die Veröffentlichung der Mitteilung zum Ausdruck kommt, einem etwaigen Legislativvorschlag im Bereich der Konzessionen keinesfalls vorgegriffen wird, falls sich herausstellen sollte, dass ein solcher erforderlich ist, um die Rechtssicherheit zu verstärken.

Die Elemente, die sich heute aus dem Vertrag, den Richtlinien und der Rechtsprechung ableiten lassen, könnten vom Gerichtshof, bei dem derzeit mehrere Vorabentscheidungsverfahren anhängig sind<sup>73</sup>, noch weiter präzisiert werden. Die vorliegende Mitteilung könnte daher in Zukunft noch ergänzt werden, um diesen neuen Elementen Rechnung zu tragen.

<sup>72</sup> Soweit der Konzessionär jedoch für Tätigkeiten, die unter die Sektorenrichtlinie fallen, besondere oder ausschließliche Rechte genießt, hat er die Vorschriften dieser Richtlinie für öffentliche Aufträge einzuhalten.

<sup>73</sup> Z. B. die Rechtssache Telaustria, a. a. O.

**EU-VERGABERECHTS-  
BESTIMMUNGEN**

## 1 DIE GELTENDEN EU-VERGABERECHTSBESTIMMUNGEN BIS JANUAR 2006

### Die 3 klassischen Richtlinien

- **Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG** des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, abgeändert durch Richtlinie **97/52/EWG**

ABl. N° L 199 vom 9.8.1993, S. 1

ABl. N° L 328 vom 28.11.1997, S. 1

- **Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG** des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, abgeändert durch Richtlinie **97/52/EWG**

ABl. N° L 199 vom 9.8.1993, S. 54

ABl. N° L 328 vom 28.11.1997, S. 1

- **Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG** des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, abgeändert durch Richtlinie **97/52/EWG**

ABl. N° L 209 vom 24.7.1992, S. 1

ABl. N° L 328 vom 28.11.1997, S. 1

Die **Sektorenrichtlinie 93/38/EWG** des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, abgeändert durch Richtlinie **98/4/EWG**

ABl. N° L 199 vom 9.8.1993, S. 84

ABl. N° L 101 vom 1.4.1998, S. 1

**Mitteilung der Kommission gemäß Artikel 8 der Richtlinie 93/38/EWG:** Liste der Dienstleistungen, die unter die Ausnahmeregelung nach Artikel 8 der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor fallen

ABl. N° C 156 vom 3.6.1999, S. 3

## 2 DIE AB JANUAR 2006 GELTENDEN EU-VERGABERECHTSBESTIMMUNGEN

### **Klassische Richtlinie**

Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge

ABl. N° L 134 vom 30.4.2004, S. 114

### **Sektorenrichtlinie**

Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste

ABl. N° L 134 vom 30.4.2004, S. 1

**Entscheidung 2005/15/EG** über die Durchführungsmodalitäten für das Verfahren nach Artikel 30 der 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

ABl. N° L 7 vom 7.1.2005, S. 7

### **Die Rechtsmittelrichtlinien:**

#### **a) Für klassische Aktivitäten:**

Richtlinie des Rates 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge

ABl. N° L 395 vom 31.12.1989, S. 33

#### **b) Für Aktivitäten in den Sektoren:**

Richtlinie des Rates 92/13/EWG vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor

ABl. N° L 76 vom 23.3.1992, S. 14

### 3 KOMMISSIONSMITTEILUNGEN

- Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

ABl. N° C 121 vom 29.4.2000, S. 2

- Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

ABl. N° C 333 vom 28.11.2001, S. 12

- Interpretative communication of the Commission, Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

ABl. N° 333 vom 28.11.2001, S. 27

### 4 DAS ALLGEMEIN GELTENDE PRINZIP

*„Zweck der Richtlinie ist es, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt.“*

(Randziffer 17, EuGH-Urteil in der Rechtssache C-380/98, *The Queen and H.M. Treasury ex parte University of Cambridge*, vom 3.10.2000)

## **EUGH-URTEILE**

- **ZU TECKAL**
- **ZU HALLE**

## **SCHLUSSANTRAG**

- **ZU MÖDLING**

## **1 URTEIL DES GERICHTSHOFES (FÜNFTE KAMMER) 18.11.1999<sup>1</sup>**

„Öffentliche Dienstleistungs- und Lieferaufträge – Richtlinien 92/50/EWG und 93/36/EWG – Vergabe eines Auftrags über die Lieferung bestimmter Waren und die Erbringung bestimmter Dienstleistungen durch eine Gebietskörperschaft an ein Konsortium, dem sie selbst angehört“

In der Rechtssache C-107/98

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG)  
vom Tribunale amministrativo regionale Emilia-Romagna (Italien)  
in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Teckal Srl

gegen

Gemeinde Viano,  
Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) Reggio Emilia

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung des Artikels 6 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten D. A. O. Edward sowie der Richter L. Sevón,  
J.-P. Puissochet, P. Jann (Berichterstatter) und M. Wathelet,

Generalanwalt: G. Cosmas

Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

- der Teckal Srl, vertreten durch Rechtsanwälte A. Soncini und F. Soncini, Parma und P. Adami, Rom,
- der Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) Reggio Emilia, vertreten durch Rechtsanwälte E. G. Di Fava, Reggio Emilia, und G. Cugurra, Parma,
- der italienischen Regierung, vertreten durch Professor U. Leanza, Leiter des Servizio del contenzioso diplomatico im Außenministerium, als Bevollmächtigten, im Beistand von Avvocato dello Stato P. G. Ferri,

<sup>1</sup> Originalsprache: Niederländisch.

- der belgischen Regierung, vertreten durch J. Devadder, Hauptberater im Juristischen Dienst des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, Außenhandel und Entwicklungszusammenarbeit, als Bevollmächtigten,
- der österreichischen Regierung, vertreten durch W. Okresek, Sektionschef im Bundeskanzleramt, als Bevollmächtigten,
- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch P. Stancanelli, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigten,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Teckal Srl, vertreten durch Rechtsanwälte A. Soncini und P. Adami, der Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) Reggio Emilia, vertreten durch Rechtsanwalt G. Cugurra, der italienischen Regierung, vertreten durch P. G. Ferri, der französischen Regierung, vertreten durch A. Bréville-Viéville, Chargé de mission in der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigte, und der Kommission, vertreten durch P. Stancanelli, in der Sitzung vom 6.5.1999,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 1.7.1999,

folgendes

## URTEIL

1. Das Tribunale amministrativo regionale Emilia-Romagna hat mit Beschluss vom 10.3.1998, beim Gerichtshof eingegangen am 14.4.1998, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) eine Frage nach der Auslegung des Artikels 6 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) zur Vorabentscheidung vorgelegt.
2. Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit zwischen der Teckal Srl (Klägerin) und der Gemeinde Viano sowie der Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) Reggio Emilia wegen der Vergabe der Betreuung der Heizungsanlagen in bestimmten öffentlichen Gebäuden durch diese Gemeinde.

### Gemeinschaftsrecht

3. Artikel 1 Buchstaben a und b der Richtlinie 92/50 bestimmt:  
„Im Sinne dieser Richtlinie  
a) gelten als ‚öffentliche Dienstleistungsaufträge‘ die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge ...  
b) gelten als ‚öffentliche Auftraggeber‘ der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen ...“

4. Artikel 2 der Richtlinie 92/50 lautet:  
„Bezieht sich ein öffentlicher Auftrag gleichzeitig auf Erzeugnisse im Sinne der Richtlinie 77/62/EWG und Dienstleistungen gemäß den Anhängen IA und IB dieser Richtlinie, so fällt er unter diese Richtlinie, wenn der Wert der betreffenden Dienstleistungen denjenigen der in den Auftrag einbezogenen Erzeugnisse übersteigt.“
5. Artikel 6 der Richtlinie 92/50 bestimmt:  
„Diese Richtlinie gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b) ist, aufgrund eines ausschließlichen Rechts derselben, das diese gemäß veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat.“
6. Mit der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1) wurde die Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1977, L 13, S. 1) aufgehoben. Bezugnahmen auf die aufgehobene Richtlinie gelten gemäß Artikel 33 der Richtlinie 93/36 als Bezugnahme auf diese.
7. Artikel 1 Buchstaben a und b der Richtlinie 93/36 bestimmt:  
„Im Sinne dieser Richtlinie  
a) gelten als **öffentliche Lieferaufträge** die zwischen einem Lieferanten (einer natürlichen oder juristischen Person) und einem unter Buchstabe b näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren. Diese Lieferung kann auch Nebenarbeiten wie das Verlegen und Anbringen umfassen;  
b) gelten als **öffentliche Auftraggeber** der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen ...“

### Nationales Recht

8. Artikel 22 Absatz 1 des italienischen Gesetzes Nr. 142 vom 8.6.1990 über die Organisation der Autonomie der Gebietskörperschaften (GURI Nr. 135 vom 12.6.1990; im Folgenden: Gesetz Nr. 142/90) bestimmt, dass die Gemeinden für die Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen Sorge tragen, die die Herstellung von Gütern und die Tätigkeiten zum Gegenstand haben, die sozialen Zwecken sowie der Förderung der wirtschaftlichen und zivilen Entwicklung der örtlichen Gemeinschaften dienen.
9. Nach Artikel 22 Absatz 3 des Gesetzes Nr. 142/90 können die Gemeinden diese Dienstleistungen in eigener Regie, durch Erteilung von Konzessionen an Dritte oder durch Beauftragung von besonderen Betrieben, von Einrichtungen ohne Gewinnzweck oder von Aktiengesellschaften, an denen sie eine Kapitalbeteiligung besitzen, erbringen.
10. In Artikel 23 des Gesetzes Nr. 142/90, der die besonderen Betriebe und die Einrichtungen ohne Gewinnzweck definiert, heißt es:

„1. Der besondere Betrieb (azienda speciale) ist ein Unternehmen zur Durchführung der Politik der Gebietskörperschaft, das Rechtspersönlichkeit, unternehmerische Selbständigkeit und eine eigene Satzung besitzt, die vom Gemeinde- oder Provinzialrat genehmigt wird

...“

3. Die Organe des Betriebes und der Einrichtung sind der Verwaltungsrat, der Präsident und der geschäftsführende Direktor. Die Modalitäten der Ernennung und Entlassung der Mitglieder des Verwaltungsrats sind in der Satzung der Gebietskörperschaft geregelt.

4. Der Betrieb und die Einrichtung beachten bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten die Kriterien der Wirksamkeit, der Leistungsfähigkeit und der Rentabilität. Sie sind verpflichtet, durch den Ausgleich der Ausgaben und der Einnahmen einschließlich der Übertragungen zu einem ausgeglichenen Haushalt zu gelangen;

...

6. Die Gebietskörperschaft steuert das Dotationskapital bei, legt die Ziele und die Orientierungen fest, genehmigt die Gründungsakte, übt eine Kontrolle aus, prüft die Ergebnisse der Verwaltung und deckt die eventuellen Sozialkosten.

...

11. Nach Artikel 25 des Gesetzes Nr. 142/90 können die Gemeinden und Provinzen für die gemeinsame Erbringung einer oder mehrerer Dienstleistungen nach den Vorschriften über die besonderen Betriebe im Sinne des Artikels 23 ein Konsortium bilden. Zu diesem Zweck genehmigt jeder Gemeinderat mit der Mehrheit seiner Mitglieder eine Vereinbarung und zugleich die Satzung des Konsortiums. Die Versammlung des Konsortiums besteht aus den Vertretern der zusammengeschlossenen Gemeinden oder Provinzen in der Person des Bürgermeisters bzw. des Vorsitzenden oder ihrer Vertreter. Die Versammlung wählt den Verwaltungsrat und genehmigt seine in der Satzung vorgesehenen Gründungsakte.
12. Die AGAC ist ein aus mehreren Gemeinden – darunter der Gemeinde Viano – bestehendes Konsortium zur Erbringung von Energie- und Umweltdienstleistungen im Sinne des Artikels 25 des Gesetzes Nr. 142/90. Nach Artikel 1 ihrer Satzung (im Folgenden: Satzung) besitzt sie Rechtspersönlichkeit und unternehmerische Selbständigkeit. Nach Artikel 3 Absatz 1 ihrer Satzung besteht ihr Zweck in der direkten Übernahme und der Erbringung bestimmter dort aufgeführter Dienstleistungen, darunter der Lieferung von „Methangas für private und Produktionszwecke, von Wärme für private und Produktionszwecke und in der Ausübung der damit zusammenhängenden und akzessorischen Tätigkeiten“.
13. Nach Artikel 3 Absätze 2 bis 4 der Satzung kann die AGAC ihre Tätigkeiten auf andere mit ihrem Satzungszweck zusammenhängende Dienstleistungen erstrecken, sich für die Ausübung der mit den Dienstleistungen zusammenhängenden und akzessorischen Tätigkeiten an Einrichtungen und/oder Gesellschaften mit öffentlichem oder privatem Kapital beteiligen und schließlich Privatpersonen und anderen öffentlichen Körperschaften als den im Konsortium zusammengeschlossenen Gemeinden Dienstleistungen erbringen oder Waren liefern.

14. Nach den Artikeln 12 und 13 der Satzung werden die wichtigsten Verwaltungshandlungen wie die Aufstellung der Haushaltspläne und der Abschlussbilanzen von der Versammlung der AGAC genehmigt, die aus den Vertretern der Gemeinden besteht. Die anderen Leitungsorgane sind der Rat, der Präsident des Rates und der Generaldirektor. Die Letztgenannten schulden den Gemeinden keine Rechenschaft über ihre Verwaltungstätigkeit. Die natürlichen Personen, die diese Organe bilden, bekleiden keine Dienstposten in den zusammengeschlossenen Gemeinden.
15. Nach Artikel 25 der Satzung muss der Haushalt der AGAC ausgeglichen und die Geschäftsführung rentabel sein. Nach Artikel 27 der Satzung bringen die Gemeinden Geld oder Sachmittel in die AGAC ein, die ihnen Jahreszinsen zahlt. Artikel 28 der Satzung bestimmt, dass in einem Haushaltsjahr eventuell erzielte Überschüsse zwischen den beteiligten Gemeinden aufgeteilt, von der AGAC für die Erhöhung des Reservefonds einbehalten oder in andere Aktivitäten der AGAC reinvestiert werden. Nach Artikel 29 der Satzung kann die Finanzlage im Fall von Verlusten dadurch bereinigt werden, dass die zusammengeschlossenen Gemeinden frisches Kapital einbringen.
16. Nach Artikel 35 der Satzung sieht für die Regelung von Streitigkeiten zwischen den zusammengeschlossenen Gemeinden oder zwischen diesen und der AGAC ein Schiedsverfahren vor.

#### Der Ausgangsrechtsstreit

17. Der Gemeinderat von Viano übertrug der AGAC durch Beschluss Nr. 18 vom 24.5.1997 (im Folgenden: Beschluss) die Betreuung der Heizungsanlagen in bestimmten Gebäuden der Gemeinde. Diesem Beschluss war kein Ausschreibungsverfahren vorausgegangen.
18. Aufgabe der AGAC ist insbesondere die Sicherstellung des Funktionierens und die Wartung der Heizungsanlagen in den betreffenden Gemeindegebäuden einschließlich der erforderlichen Maßnahmen zur Verbesserung dieser Anlagen sowie die Lieferung von Brennstoffen.
19. Die Vergütung der AGAC wurde für den Zeitraum vom 1.6.1997 bis 31.5.1998 auf 122 Millionen ITL festgesetzt. Davon entfallen 86 Millionen ITL auf die Lieferung von Brennstoffen und 36 Millionen ITL auf die Betriebs- und Wartungskosten der Anlagen.
20. Nach Artikel 2 des Beschlusses verpflichtet sich die AGAC bei Ablauf der ursprünglichen Vertragsdauer von einem Jahr, die Dienstleistung auf Ersuchen der Gemeinde Viano nach Anpassung der im Beschluss vorgesehenen Bedingungen für einen weiteren Zeitraum von drei Jahren fortzusetzen. Auch eine weitere Verlängerung ist vorgesehen.
21. Die Klägerin ist ein privates Unternehmen, das Dienstleistungen im Heizungssektor erbringt. Sie beliefert insbesondere Privatpersonen und öffentliche Einrichtungen mit Heizöl, das sie von den Herstellern bezieht. Außerdem wartet sie Öl- und Gasheizungen.
22. Die Klägerin erhob gegen den Beschluss Klage beim Tribunale amministrativo regionale Emilia-Romagna und machte geltend, die Gemeinde Viano hätte die im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge einhalten müssen.

23. Das vorlegende Gericht ist im Zweifel, ob die Richtlinie 92/50 oder die Richtlinie 93/36 anwendbar ist; jedenfalls sei der in beiden Richtlinien auf 200.000 ECU festgesetzte Mindestbetrag für deren Anwendung überschritten.
24. Da es sich bei der der AGAC übertragenen Aufgabe, die in der Erbringung verschiedener Dienstleistungen und in der Lieferung von Brennstoffen besteht, um eine gemischte Aufgabe handelt, meint das vorlegende Gericht, es sei nicht auszuschließen, dass Artikel 6 der Richtlinie 92/50 anwendbar sei.
25. Deshalb hat es das Verfahren ausgesetzt und den Gerichtshof ersucht, Artikel 6 der Richtlinie 92/50 „unter den in der Begründung angegebenen Gesichtspunkten“ auszulegen.

#### Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

26. Die AGAC und die österreichische Regierung halten das Vorabentscheidungsersuchen für unzulässig. Die AGAC macht erstens geltend, der Wert des Auftrags, um den es im Ausgangsverfahren gehe, liege unter dem in den Richtlinien 92/50 und 93/36 festgesetzten Mindestbetrag, denn zum einen müsse der Preis des Brennstoffes von dem geschätzten Auftragswert abgezogen werden, da sich die AGAC, die selbst öffentlicher Auftraggeber sei, Brennstoffe über öffentliche Ausschreibungsverfahren beschaffe, und zum anderen handle es sich nicht um einen Vertrag mit unbestimmter Laufzeit.
27. Zweitens vertritt die AGAC die Auffassung, dass das Vorabentscheidungsersuchen in Wirklichkeit die Auslegung des nationalen Rechts betreffe. Das vorlegende Gericht ersuche den Gerichtshof nämlich, bestimmte Vorschriften des nationalen Rechts auszulegen, um entscheiden zu können, ob der Ausnahmetatbestand des Artikels 6 der Richtlinie 92/50 eingreife.
28. Die österreichische Regierung führt aus, das Vorabentscheidungsersuchen sei unzulässig, da es keine Vorlagefrage enthalte. Im Bereich des Rechts der öffentlichen Aufträge sei eine genaue Formulierung der Fragen besonders wichtig.
29. Hinsichtlich der Frage, ob der Wert des Auftrags, um den es im Ausgangsverfahren geht, den in den Richtlinien 92/50 und 93/36 festgesetzten Mindestbetrag übersteigt, ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag, der auf einer klaren Trennung der Aufgaben zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof beruht, nur befugt ist, sich auf der Grundlage des ihm vom nationalen Gericht unterbreiteten Sachverhalts zur Auslegung oder zur Gültigkeit einer Gemeinschaftsvorschrift zu äußern (vgl. u. a. Urteil vom 2.6.1994 in der Rechtssache C-30/93, AC-ATEL Electronics Vertriebs GmbH, Slg. 1994, I-2305, Randnr. 16).
30. In diesem Rahmen ist es nicht Sache des Gerichtshofes, sondern des nationalen Gerichts, die dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Tatsachen festzustellen und daraus die Schlussfolgerungen für die von ihm zu erlassende Entscheidung zu ziehen (vgl. Urteil AC-ATEL Electronics Vertriebs GmbH, Randnr. 17).

31. Zwar ist die Methode der Berechnung des Auftragswerts in den Gemeinschaftsvorschriften festgelegt, nämlich in Artikel 7 der Richtlinie 92/50 und Artikel 5 der Richtlinie 93/36, zu deren Auslegung das nationale Gericht gegebenenfalls Vorabentscheidungsfragen vorlegen kann; im Rahmen der in Artikel 177 EG-Vertrag festgelegten Aufgabenverteilung ist es jedoch Sache des nationalen Gerichts, die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf einen konkreten Fall anzuwenden. Eine solche Anwendung kann nämlich nicht ohne eine Würdigung des gesamten Sachverhalts der Rechtssache erfolgen (vgl. Urteil vom 8.2.1990 in der Rechtssache C-320/88, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe*, Slg. 1990, I-285, Randnr. 11).
32. Somit kann der Gerichtshof das Vorabentscheidungsersuchen nicht als unzulässig zurückweisen, indem er seine Auffassung von der Berechnung des Auftragswerts an die Stelle derjenigen des vorlegenden Gerichts setzt.
33. Auch ist der Gerichtshof im Rahmen von Artikel 177 EG-Vertrag weder zur Auslegung innerstaatlicher Rechts- oder Verwaltungsvorschriften noch zu Äußerungen über deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht befugt. Er kann indessen dem vorlegenden Gericht Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben, die es diesem ermöglichen, die ihm vorliegende Rechtsfrage zu beantworten (Urteil vom 4.5.1993 in der Rechtssache C-17/92, *Distribuidores Cinematográficos*, Slg. 1993, I-2239, Randnr. 8).
34. Schließlich kann der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung im Fall ungenau formulierter Fragen aus den vom vorlegenden Gericht gemachten Angaben und aus den Akten des Ausgangsverfahrens diejenigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ermitteln, die unter Berücksichtigung des Streitgegenstands einer Auslegung bedürfen (vgl. Urteile vom 13.12.1984 in der Rechtssache 251/83, *Haug-Adrion*, Slg. 1984, 4277, Randnr. 9, und vom 26.9.1996 in der Rechtssache C-168/95, *Arcaro*, Slg. 1996, I-4705, Randnr. 21).
35. Aufgrund der im Vorlagebeschluss enthaltenen Angaben ist davon auszugehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, ob die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts über die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sind, wenn eine Gebietskörperschaft die Lieferung von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen einem Konsortium überträgt, dem sie – wie im Ausgangsverfahren – selbst angehört.
36. Das Vorabentscheidungsersuchen ist somit zulässig.

### Beantwortung des Vorabentscheidungsersuchens

37. Dem Vorlagebeschluss zufolge übertrug die Gemeinde Viano der AGAC durch ein und denselben Rechtsakt sowohl die Erbringung bestimmter Dienstleistungen als auch die Lieferung bestimmter Waren. Dabei übersteigt der Wert der Waren unstreitig den der Dienstleistungen.
38. Aus Artikel 2 der Richtlinie 92/50 ergibt sich *e contrario*, dass ein öffentlicher Auftrag unter die Richtlinie 93/36 fällt, wenn er sich gleichzeitig auf Waren im Sinne der Richtlinie 93/36 und auf Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie 92/50 bezieht und der Wert der betreffenden Waren denjenigen der in den Auftrag einbezogenen Dienstleistungen übersteigt.

39. Um dem Gericht, das ihm eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, eine sachdienliche Antwort zu geben, kann der Gerichtshof auf gemeinschaftsrechtliche Vorschriften eingehen, die das vorlegende Gericht in seiner Frage nicht angeführt hat (Urteile vom 20.3.1986 in der Rechtssache 35/85, Tissier, Slg. 1986, 1207, Randnr. 9, und vom 27.3.1990 in der Rechtssache C-315/88, Bagli Pennacchiotti, Slg. 1990, I-1323, Randnr. 10).
40. Sachdienlich ist nach dem Gesagten eine Auslegung nicht des Artikels 6 der Richtlinie 92/50, sondern der Richtlinie 93/36.
41. Ob die Richtlinie 93/36 ein Ausschreibungsverfahren für den Fall vorschreibt, dass eine Gebietskörperschaft die Lieferung von Waren einem Konsortium überträgt, dem sie selbst angehört, richtet sich danach, ob diese Übertragung einen öffentlichen Lieferauftrag darstellt.
42. Ist dies der Fall und beträgt der geschätzte Auftragswert ohne Mehrwertsteuer mindestens 200.000 ECU, so ist die Richtlinie 93/36 anwendbar. Unerheblich ist insoweit, ob auch der Lieferant öffentlicher Auftraggeber ist.
43. Die Richtlinie 93/36 ist nämlich nur in den Fällen unanwendbar, die in ihr selbst ausdrücklich und abschließend aufgeführt sind (vgl. zur Richtlinie 77/62 das Urteil vom 17.11.1993 in der Rechtssache C-71/92, Kommission/Spanien, Slg. 1993, I-5923, Randnr. 10).
44. Die Richtlinie 93/36 enthält aber keine Bestimmung, die Artikel 6 der Richtlinie 92/50 entspräche, der öffentliche Aufträge, die unter bestimmten Umständen an öffentliche Auftraggeber vergeben werden, von der Anwendung der Richtlinie ausschließt.
45. Diese Feststellung berührt allerdings nicht die Verpflichtung der letztgenannten öffentlichen Auftraggeber, ihrerseits die in der Richtlinie 93/36 vorgesehenen Ausschreibungsverfahren einzuhalten.
46. Die Gemeinde Viano ist als Gebietskörperschaft ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/36. Das vorlegende Gericht hat somit zu prüfen, ob das Verhältnis zwischen ihr und der AGAC die übrigen Voraussetzungen erfüllt, die diese Richtlinie für das Vorliegen eines öffentlichen Lieferauftrags aufstellt.
47. Dies ist nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/36 der Fall, wenn es sich um einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag u. a. über den Kauf von Waren handelt.
48. Im vorliegenden Fall liefert die AGAC der Gemeinde Viano gegen Zahlung eines Entgelts Waren, nämlich Brennstoffe.
49. Zur Beantwortung der Frage, ob ein Vertrag vorliegt, muss das vorlegende Gericht prüfen, ob eine Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Personen getroffen wurde.
50. Dazu genügt es nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/36 grundsätzlich, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen

Person geschlossen wurde. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.

51. Deshalb ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 93/36 anwendbar ist, wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie etwa eine Gebietskörperschaft beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren zu schließen, wobei unerheblich ist, ob diese Einrichtung selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist.

### Kosten

52. Die Auslagen der italienischen, der belgischen, der französischen und der österreichischen Regierung sowie der Kommission, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen hat

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

auf die ihm vom Tribunale amministrativo regionale Emilia-Romagna mit Beschluss vom 10.3.1998 vorgelegte Frage für Recht erkannt:

**Die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge ist anwendbar, wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie etwa eine Gebietskörperschaft beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren zu schließen, wobei unerheblich ist, ob diese Einrichtung selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist.**

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 18.11.1999.

Der Kanzler  
Der Präsident der Fünften Kammer  
R. Grass  
D. A. O. Edward

## 2 URTEIL DES GERICHTSHOFES (ERSTE KAMMER) 11.1.2005<sup>1</sup>

„Richtlinie 92/50/EWG – Öffentliche Dienstleistungsaufträge – Vergabe ohne öffentliche Ausschreibung – Vergabe des Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen – Gerichtlicher Rechtsschutz – Richtlinie 89/665/EWG“

In der Rechtssache C-26/03 betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 234 EG, eingereicht vom Oberlandesgericht Naumburg (Deutschland) mit Entscheidung vom 8.1.2003, beim Gerichtshof eingegangen am 23.1.2003, in dem Verfahren

Stadt Halle,  
RPL Recyclingpark Lochau GmbH

gegen

Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna

erlässt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. Jann sowie der Richter J. N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (Berichterstatter), M. Ilešič und E. Levits,

Generalanwältin: C. Stix-Hackl,

Kanzler: R. Grass,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der Stadt Halle, vertreten durch Rechtsanwältin U. Jasper,
- der Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, vertreten durch Rechtsanwalt K. Heuvels,
- der französischen Regierung, vertreten durch G. de Bergues und D. Petrusch als Bevollmächtigte,
- der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,
- der finnischen Regierung, vertreten durch T. Pynnä als Bevollmächtigte,
- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch K. Wiedner als Bevollmächtigten,

<sup>1</sup> Originalsprache: Niederländisch.

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 23.9.2004,  
folgendes

## URTEIL

1. Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1), diese in der Fassung der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 (ABl. L 328, S. 1) (im Folgenden: Richtlinie 89/665). Ferner betrifft das Vorabentscheidungsersuchen die Auslegung der Artikel 1 Nummer 2 und 13 Absatz 1 der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84) in der Fassung der Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38) (ABl. L 101, S. 1, im Folgenden: Richtlinie 93/38).
2. Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits der Stadt Halle (Deutschland) und der RPL Recyclingpark Lochau GmbH (im Folgenden: RPL Lochau) gegen die Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (im Folgenden: TREA Leuna), bei dem es um die Frage geht, ob es den Gemeinschaftsvorschriften entspricht, dass die Stadt Halle einen Dienstleistungsauftrag im Bereich der Abfallentsorgung ohne öffentliche Ausschreibung an die RPL Lochau vergeben hat, deren Kapital mehrheitlich von der Stadt Halle und minderheitlich von einer privaten Gesellschaft gehalten wird.

## Rechtlicher Rahmen

### Gemeinschaftsrecht

3. Nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 in der Fassung der Richtlinie 97/52 (im Folgenden: Richtlinie 92/50) gelten als „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ „die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge“. Nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie gelten als „öffentliche Auftraggeber“ „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen“. Nach Artikel 1 Buchstabe c wird „Dienstleistungserbringer“ definiert als „natürliche oder juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten“.
4. Nach Artikel 8 der Richtlinie 92/50 werden „Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA sind, ... nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben“. Diese Vorschriften enthalten im Wesentlichen Bestimmungen über die Ausschreibung und die Bekanntmachung Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie bestimmt, dass „die Auftraggeber [für die Vergabe öffentlicher

Dienstleistungsaufträge] die in Artikel 1 Buchstaben d, e und f genannten Verfahren in einer an diese Richtlinie angepassten Form anzuwenden [haben]“. Die Verfahren, auf die sich diese Vorschrift bezieht, sind das „offene Verfahren“, das „nicht offene Verfahren“ und das „Verhandlungsverfahren“.

5. Unter die Kategorie 16 des Anhangs IA der Richtlinie fallen „Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen“.

6. Nach ihrem Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a gilt die Richtlinie 92/50 für öffentliche Dienstleistungsaufträge, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer „mindestens 200.000 ECU beträgt“.

7. Die Richtlinie 89/665 soll nach ihrer zweiten und dritten Begründungserwägung aufgrund der Überlegung, dass die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb eine beträchtliche Verstärkung der Garantien im Bereich der Transparenz und der Nichtdiskriminierung voraussetzt, die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens durch Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung sicherstellen, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können.

8. Zu diesem Zweck bestimmt Artikel 1 Absätze 1 und 3 der Richtlinie 89/665:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien ... fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Artikel 2 Absatz 7, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

...

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen [Auftrag] hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Die Mitgliedstaaten können insbesondere verlangen, dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muss.“

9. Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 lautet:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden,

a) damit so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen oder Maßnahmen der Durchführung jeder sonstigen Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber;

b) damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;

c) damit denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann.

...“

10. Artikel 1 der Richtlinie 93/38 bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie sind:

...

2. öffentliches Unternehmen: jedes Unternehmen, auf das die staatlichen Behörden aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen einschlägigen Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Es wird vermutet, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, wenn die staatlichen Behörden unmittelbar oder mittelbar

- die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzen oder
- über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügen oder
- mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen können;

3. verbundenes Unternehmen: ... diejenigen, auf die der Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss im Sinne der Nummer 2 ausüben kann ...;

...“

11. Artikel 13 der Richtlinie 93/38 sieht vor:

„(1) Diese Richtlinie gilt nicht für Dienstleistungsaufträge,

a) die ein Auftraggeber an ein mit ihm verbundenes Unternehmen vergibt;

...

sofern mindestens 80% des von diesem Unternehmen während der letzten drei Jahre in der Gemeinschaft erzielten durchschnittlichen Umsatzes im Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Dienstleistungen für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen.

...“

## Nationales Recht

12. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass die Nachprüfung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens im deutschen Recht durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt wird. Nach § 102 GWB unterliegt die „Vergabe öffentlicher Aufträge“ der Nachprüfung. Der Bieter oder Bewerber hat einen subjektiven Rechtsanspruch auf die Einhaltung der „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“, der es ihm ermöglicht, die Rechte aus § 97 Absatz 7 GWB, „die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind“, gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber geltend zu machen.

13. Im Vorlagebeschluss wird ausgeführt, dass auf der Grundlage dieser Vorschriften nach Auffassung eines Teils der Rechtsprechung und der Fachliteratur in Deutschland die Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens nur in Betracht komme, wenn das Ziel des Antragstellers darin liege, dem Auftraggeber ein bestimmtes Verhalten in einem laufenden förmlichen Vergabeverfahren aufzugeben, was bedeute, dass die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht möglich sei, wenn der öffentliche Auftraggeber beschlossen habe, keine öffentliche Ausschreibung durchzuführen und nicht förmlich ein Vergabeverfahren einzuleiten. Ein anderer Teil der Rechtsprechung und der Fachliteratur widerspreche jedoch dieser Ansicht.

### Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

14. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass die Stadt Halle der RPL Lochau mit Beschluss des Stadtrats vom 12.12.2001 ohne vorherige förmliche Einleitung eines Vergabeverfahrens den Auftrag zur Ausarbeitung eines Vorhabens erteilte, das auf die Vorbehandlung, Verwertung und Beseitigung ihrer Abfälle gerichtet war. Zugleich beschloss die Stadt Halle, ebenfalls ohne Ausschreibung, Verhandlungen mit der RPL Lochau über den Abschluss eines Vertrages über die Entsorgung der städtischen Restabfälle ab 1. Juni 2005 aufzunehmen. Diese Gesellschaft war der Investor für den Bau der thermischen Abfallbeseitigungs- und Verwertungsanlage.

15. Die RPL Lochau ist eine 1996 gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ihr Kapital wird zu 75,1% von der Stadtwerke Halle GmbH, an deren Alleingesellschafterin, der Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, die Stadt Halle eine 100%ige Beteiligung hält, und zu 24,9% von einer privaten Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehalten. Das vorliegende Gericht bezeichnet die RPL Lochau als „Beteiligungsgesellschaft der öffentlichen Hand“ und stellt fest, dass man die Aufteilung des Kapitals dieser Gesellschaft erst Ende 2001 im Gesellschaftsvertrag vereinbart habe, als die Vergabe des fraglichen Vorhabens beabsichtigt worden sei.

16. Das vorliegende Gericht führt außerdem aus, dass Gegenstand der RPL Lochau der Betrieb von Recycling- und Abfallentsorgungsanlagen sei. Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung würden mit einfacher Mehrheit oder mit einer Mehrheit von 75% der Stimmen gefasst. Die kaufmännische und technische Betriebsführung sei gegenwärtig auf ein drittes Unternehmen übertragen, und die Stadt Halle sei insbesondere zur Rechnungsprüfung befugt.

17. Nachdem die TREA Leuna, die ebenfalls an der Erbringung der betreffenden Dienstleistungen interessiert war, davon erfahren hatte, dass der Auftrag außerhalb des in den Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen vorgesehenen Verfahrens vergeben worden war, wandte sie sich gegen die Entscheidung der Stadt Halle und beantragte bei der Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mit dem Ziel, die Stadt Halle zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung zu verpflichten.

18. Die Stadt Halle machte zu ihrer Verteidigung geltend, dass der Nachprüfungsantrag nach dem in den Randnummern 12 und 13 des vorliegenden Urteils dargestellten nationalen Recht nicht

zulässig sei, weil sie als öffentliche Auftraggeberin nicht förmlich ein Vergabeverfahren eingeleitet habe. Außerdem sei die RPL Lochau eher der Sphäre der Stadt Halle zuzurechnen, da sie von dieser kontrolliert werde. Es handele sich daher um ein In-house-Geschäft, auf das die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen keine Anwendung fänden.

19. Die Vergabekammer gab dem Antrag der TREA Leuna statt, weil die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers auch dann der Nachprüfung zugänglich sein müssten, wenn kein Vergabeverfahren durchgeführt worden sei. Sie stellte ferner fest, dass im vorliegenden Fall keine Rede von einem In-house-Geschäft sein könne, weil die private Minderheitsbeteiligung die Schwelle von 10% überschreite, ab der nach den deutschen Vorschriften über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung eine Minderheit vorliege, die bestimmte Rechte habe. Zudem sei mit hinreichender Sicherheit zu erwarten, dass die RPL Lochau durch ihre Tätigkeit für die Stadt Halle nur zu 61,25% ausgelastet sein werde, so dass sich dieses Unternehmen, um den Rest seiner Kapazitäten abzusetzen, Aufträge auf dem Markt, auf dem es tätig sei, beschaffen müsse.
20. Auf die Beschwerde der Stadt Halle hin hat das Oberlandesgericht Naumburg das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
1. a) Verlangt Artikel 1 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 89/665 von den Mitgliedstaaten die Sicherstellung einer wirksamen und möglichst raschen Nachprüfungsmöglichkeit der Entscheidung der Vergabebehörde, einen öffentlichen Auftrag nicht in einem Verfahren zu vergeben, das den Bestimmungen der Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge angepasst ist?
  - b) Verlangt Artikel 1 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 89/665 von den Mitgliedstaaten auch die Sicherstellung einer wirksamen und möglichst raschen Nachprüfungsmöglichkeit der Entscheidungen der Vergabebehörden im Vorfeld einer förmlichen Ausschreibung, insbesondere der Entscheidung der Vorfragen, ob ein bestimmter Beschaffungsvorgang überhaupt in den persönlichen bzw. sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge fällt bzw. ob ausnahmsweise ein Ausschluss des Vergaberechts vorliegt?
  - c) Für den Fall der Bejahung der Vorlagefrage 1a und der Verneinung der Vorlagefrage 1b: Genügt ein Mitgliedstaat seiner Verpflichtung zur Sicherstellung einer wirksamen und möglichst raschen Nachprüfungsmöglichkeit der Entscheidung der Vergabebehörde, einen öffentlichen Auftrag nicht in einem Verfahren zu vergeben, das den Bestimmungen der Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge angepasst ist, wenn der Zugang zum Nachprüfungsverfahren vom Erreichen eines bestimmten formellen Stadiums des Beschaffungsvorgangs, z. B. vom Beginn mündlicher oder schriftlicher Vertragsverhandlungen mit einem Dritten, abhängig gemacht wird?
2. a) Ausgehend davon, dass ein öffentlicher Auftraggeber, wie etwa eine Gebietskörperschaft, beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet – im Folgenden: der Vertragspartner –, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, der der Richtlinie 92/50 unterfallen würde, und weiter ausgehend davon, dass dieser Vertrag ausnahmsweise dann kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 ist, wenn der Vertragspartner der öffentlichen

Verwaltung bzw. dem Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers zuzurechnen ist – im Folgenden: vergabefreies Eigengeschäft –, möchte der Senat wissen, ob die Einordnung eines solchen Vertrages als vergabefreies Eigengeschäft stets durch die bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Vertragspartner ausgeschlossen ist?

b) Für den Fall der Verneinung der Vorlagefrage 2a:

Unter welchen Voraussetzungen ist ein Vertragspartner mit einer privaten gesellschaftsrechtlichen Beteiligung – im Folgenden: Beteiligungsgesellschaft der öffentlichen Hand – der öffentlichen Verwaltung bzw. dem Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers zuzurechnen?

Hierzu insbesondere:

- Genügt für eine Zurechnung einer Beteiligungsgesellschaft der öffentlichen Hand zum Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers unter dem Aspekt der Ausgestaltung und Intensität der Kontrolle dessen „Beherrschung“ durch den öffentlichen Auftraggeber, etwa im Sinne von Artikel 1 Nummer 2 und Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie 93/38, geändert durch die Beitrittsakte 1994 sowie durch die Richtlinie 98/4?
- Schließt jedwede rechtlich mögliche Einflussnahme des privaten Mitgesellschafters der Beteiligungsgesellschaft der öffentlichen Hand auf die strategischen Zielsetzungen des Vertragspartners und/oder auf die Einzelentscheidungen bei der Leitung des Unternehmens dessen Zurechnung zum Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers aus?
- Genügt für die Zurechnung einer Beteiligungsgesellschaft der öffentlichen Hand zum Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers unter dem Aspekt der Ausgestaltung und Intensität der Kontrolle ein umfassendes Weisungsrecht allein im Hinblick auf die Entscheidungen zum Vertragsabschluss und zur Leistungserbringung betreffend den konkreten Beschaffungsvorgang?
- Genügt für die Zurechnung einer Beteiligungsgesellschaft der öffentlichen Hand zum Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers unter dem Aspekt der Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber, dass mindestens 80 % des von diesem Unternehmen während der letzten drei Jahre in der Gemeinschaft erzielten durchschnittlichen Umsatzes im Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Dienstleistungen für den öffentlichen Auftraggeber bzw. für die mit dem öffentlichen Auftraggeber verbundenen bzw. ihm zuzurechnenden Unternehmen stammen oder – soweit das gemischtwirtschaftliche Unternehmen noch keine dreijährige Geschäftszeit aufweist – im Wege der Prognose eine Erfüllung dieser 80%-Regel zu erwarten ist?

#### Zu den Vorlagefragen

21. Um dem vorlegenden Gericht eine zweckdienliche und kohärente Antwort zu geben, sind die Fragen nach ihrem Inhalt und ihrem Gegenstand in zwei Gruppen aufzuteilen und zu prüfen.

#### Zu den Fragen 1a, 1b und 1c

22. Mit dieser ersten Reihe von Fragen möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass sich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Möglichkeit einer wirksamen und raschen Nachprüfung der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber sicherzustellen, auch auf Entscheidungen außerhalb

eines förmlichen Vergabeverfahrens und im Vorfeld einer förmlichen Ausschreibung erstreckt, insbesondere auf die Entscheidung über die Frage, ob ein bestimmter Auftrag in den persönlichen oder sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fällt, und von welchem Zeitpunkt an im Rahmen eines Beschaffungsvorgangs die Mitgliedstaaten einem Bieter, Bewerber oder Interessenten den Zugang zu einem Nachprüfungsverfahren eröffnen müssen.

23. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Richtlinie 92/50 nach ihrer ersten und zweiten Begründungserwägung im Rahmen der Maßnahmen erlassen wurde, die für die Verwirklichung des Binnenmarktes erforderlich sind, d. h. eines Raumes ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Nach ihrer vierten und ihrer fünften Begründungserwägung soll die Richtlinie, da sie die Öffnung der öffentlichen Auftragsmärkte im Bereich der Dienstleistungen unter Bedingungen der Gleichbehandlung und der Transparenz zum Ziel hat, für alle öffentlichen Auftraggeber gelten.
24. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 die Voraussetzungen klar erkennen lassen, unter denen die Anwendung der Vorschriften der Abschnitte III bis VI der Richtlinie durch alle öffentlichen Auftraggeber obligatorisch ist, wobei die Ausnahmen von der Anwendung dieser Vorschriften in der Richtlinie selbst abschließend aufgeführt sind.
25. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, fällt mit anderen Worten ein Vorgang in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50, so müssen die fraglichen öffentlichen Aufträge daher nach Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie gemäß den Vorschriften der Abschnitte III bis VI der Richtlinie vergeben, d. h. ausgeschrieben und angemessen bekannt gemacht, werden.
26. Diese Verpflichtung obliegt den öffentlichen Auftraggebern, ohne dass zwischen öffentlichen Aufträgen, die sie vergeben, um ihre Aufgabe zu erfüllen, den Erfordernissen des Allgemeininteresses nachzukommen, und Aufträgen, die in keinem Zusammenhang mit dieser Aufgabe stehen, unterschieden wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15.1.1998 in der Rechtssache C 44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Slg. 1998, I 73, Randnr. 32).
27. Um dem vorlegenden Gericht zu antworten, ist der Begriff „Entscheidungen der Vergabebehörden“ in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 zu prüfen. Da der Begriff in dieser Richtlinie nicht ausdrücklich definiert wird, ist seine Tragweite anhand des Wortlauts der einschlägigen Vorschriften der Richtlinie und im Hinblick auf das mit ihr verfolgte Ziel eines wirksamen und raschen gerichtlichen Rechtsschutzes zu bestimmen.
28. Der Wortlaut des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 setzt mit der Wendung „hinsichtlich ... der Verfahren“ voraus, dass jede Entscheidung einer Vergabebehörde, die unter die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen fällt und gegen sie verstoßen kann, der in Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a und b dieser Richtlinie vorgesehenen gerichtlichen Kontrolle unterliegt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18.6.2002 in der Rechtssache C 92/00, HI, Slg. 2002, I 5553, Randnr. 37, und vom 23.1.2003 in der Rechtssache C 57/01, Makedoniko Metro und Michaniki, Slg. 2003, I 1091, Randnr. 68). Er bezieht sich also allgemein auf die Entscheidungen einer Vergabebehörde, ohne sie nach ihrem Inhalt oder dem Zeitpunkt ihres Erlasses zu unterscheiden.

29. Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/665 sieht außerdem die Möglichkeit der Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen der Vergabebehörden im Zusammenhang mit technischen und sonstigen Spezifikationen nicht nur in den Ausschreibungsdokumenten, sondern auch in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vor. Diese Bestimmung kann sich folglich auch auf Dokumente beziehen, die im Vorfeld der Ausschreibung getroffene Entscheidungen enthalten.
30. Diese weite Bedeutung des Begriffes der Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers wird durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes bestätigt. Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 keine Beschränkung in Bezug auf Art und Inhalt der darin genannten Entscheidungen vorsieht (vgl. Urteil vom 28.10.1999 in der Rechtssache C 81/98, Alcatel Austria u. a., Slg. 1999, I 7671, Randnr. 35). Eine solche Beschränkung lässt sich auch nicht dem Wortlaut von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie entnehmen (vgl. in diesem Sinne Urteil Alcatel Austria u. a., Randnr. 32). Im Übrigen wäre eine enge Auslegung des Begriffes der nachprüfaren Entscheidung unvereinbar mit Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten für jede Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vorsehen müssen (vgl. Urteil HI, Randnr. 49).
31. In diesem Geist einer weiten Auslegung des Begriffes der nachprüfaren Entscheidung hat der Gerichtshof entschieden, dass die dem Vertragsabschluss vorausgehende Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers darüber, welchem Bieter der Auftrag erteilt wird, unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsabschluss Schadensersatz zu erlangen, in jedem Fall nachprüfbar sein muss (vgl. Urteil Alcatel Austria u. a., Randnr. 43).
32. Unter Bezugnahme auf das mit der Richtlinie 92/50 verfolgte Ziel der Beseitigung der Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr sowie auf die Ziele, den Wortlaut und die Systematik der Richtlinie 89/665 hat der Gerichtshof ferner entschieden, dass es möglich sein muss, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über den Widerruf der Ausschreibung eines Dienstleistungsauftrags Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens nach Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 ist (vgl. in diesem Sinne Urteil HI, Randnr. 55).
33. Insoweit kann, wie die Generalanwältin in Nummer 23 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, kein Vergabeverfahren einzuleiten, als Pendant zu seiner Entscheidung, ein solches Verfahren zu beenden, angesehen werden. Beschließt ein öffentlicher Auftraggeber, kein Vergabeverfahren einzuleiten, weil der Auftrag seiner Auffassung nach nicht in den Anwendungsbereich der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften fällt, so handelt es sich um die erste Entscheidung, die gerichtlich überprüfbar ist.
34. Angesichts dieser Rechtsprechung sowie der Ziele, der Systematik und des Wortlauts der Richtlinie 89/665 und um die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie zu wahren, stellt also jede Maßnahme eines öffentlichen Auftraggebers, die im Zusammenhang mit einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag getroffen wird, der in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fällt, und die Rechtswirkungen entfalten kann, eine nachprüfbare Entscheidung im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 dar, unabhängig davon, ob diese Maßnahme

- außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder im Rahmen eines solchen Verfahrens getroffen wurde.
35. Nicht nachprüfbar sind Handlungen, die eine bloße Vorstudie des Marktes darstellen oder die rein vorbereitend sind und sich im Rahmen der internen Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags abspielen.
36. Aufgrund dieser Erwägungen kann der Ansicht der Stadt Halle nicht gefolgt werden, dass die Richtlinie 89/665 keinen gerichtlichen Rechtsschutz außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens verlange und die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, kein solches Verfahren einzuleiten, ebenso wenig nachprüfbar sei wie die Entscheidung darüber, ob ein öffentlicher Auftrag in den Anwendungsbereich der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften fällt.
37. Diese Ansicht hätte nämlich zur Folge, dass die Anwendung der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften je nach Belieben des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers fakultativ wäre, obwohl sie zwingend ist, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Eine solche Möglichkeit könnte zu einem ganz beträchtlichen Verstoß eines öffentlichen Auftraggebers gegen das Gemeinschaftsrecht über das öffentliche Auftragswesen führen. Sie würde den mit der Richtlinie 89/665 angestrebten wirksamen und raschen gerichtlichen Rechtsschutz erheblich einschränken und die mit der Richtlinie 92/50 verfolgten Ziele, nämlich die eines freien Dienstleistungsverkehrs und eines offenen, unverfälschten Wettbewerbs in diesem Bereich in allen Mitgliedstaaten, beeinträchtigen.
38. Was den Zeitpunkt angeht, von dem an die Möglichkeit einer Nachprüfung besteht, so ist er in der Richtlinie 89/665 nicht ausdrücklich festgelegt. Angesichts des mit dieser Richtlinie verfolgten Zieles eines wirksamen und raschen gerichtlichen Rechtsschutzes insbesondere auch durch vorläufige Maßnahmen ist jedoch festzustellen, dass Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt, eine solche Möglichkeit davon abhängig zu machen, dass das Vergabeverfahren formal ein bestimmtes Stadium erreicht hat.
39. Aufgrund der Überlegung, dass entsprechend der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften vor allem dann zu gewährleisten ist, wenn Verstöße noch beseitigt werden können, ist festzustellen, dass die Willensäußerung des öffentlichen Auftraggebers im Zusammenhang mit einem Auftrag, die auf irgendeine Weise den interessierten Personen zur Kenntnis gelangt, nachprüfbar ist, wenn sie über das in Randnummer 35 des vorliegenden Urteils genannte Stadium hinausgegangen ist und Rechtswirkungen entfalten kann. Die Aufnahme konkreter Vertragsverhandlungen mit einem Interessenten stellt eine solche Willensäußerung dar. Insoweit ist auf die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Transparenz hinzuweisen, die es ermöglichen soll, die Beachtung der Gemeinschaftsvorschriften zu überprüfen (vgl. Urteil HI, Randnr. 45).
40. Was die Personen angeht, denen ein Nachprüfungsverfahren zugänglich ist, so genügt die Feststellung, dass die Mitgliedstaaten nach Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 sicherstellen müssen, dass das Nachprüfungsverfahren zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte und dem durch einen

behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. Juni 2004 in der Rechtssache C 212/02, Kommission/Österreich, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 24). Die formale Bieter- oder Bewerber-eigenschaft ist daher nicht erforderlich.

41. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist auf die Fragen 1a, 1b und 1c zu antworten, dass Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass sich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Möglichkeit einer wirksamen und raschen Nachprüfung der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber sicherzustellen, auch auf Entscheidungen außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens und im Vorfeld einer förmlichen Ausschreibung erstreckt, insbesondere auf die Entscheidung über die Frage, ob ein bestimmter Auftrag in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fällt. Diese Nachprüfungsmöglichkeit steht jedem, der ein Interesse an dem fraglichen Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, von dem Zeitpunkt an zur Verfügung, zu dem der Wille des öffentlichen Auftraggebers, der Rechtswirkungen entfalten kann, geäußert wird. Die Mitgliedstaaten dürfen daher die Nachprüfungsmöglichkeit nicht davon abhängig machen, dass das fragliche Vergabeverfahren formal ein bestimmtes Stadium erreicht hat.

#### *Zu den Fragen 2a und 2b*

42. Mit dieser zweiten Reihe von Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber beabsichtigt, mit einer privatrechtlichen Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet, an deren Kapital er mehrheitlich beteiligt ist und über die er eine bestimmte Kontrolle ausübt, einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fallen, dieser Auftraggeber stets verpflichtet ist, die in dieser Richtlinie vorgesehenen öffentlichen Ausschreibungsverfahren anzuwenden, nur weil ein privates Unternehmen am Kapital dieser vertragschließenden Gesellschaft, wenn auch minderheitlich, beteiligt ist. Falls diese Frage verneint wird, möchte das vorliegende Gericht wissen, anhand welcher Kriterien festzustellen ist, dass der öffentliche Auftraggeber keine solche Verpflichtung hat.
43. Diese Frage bezieht sich darauf, wie es sich in dem besonderen Fall einer so genannten gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, die nach privatrechtlichen Vorschriften gegründet wurde und tätig ist, mit der Verpflichtung eines öffentlichen Auftraggebers verhält, die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen anzuwenden, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind.
44. Insoweit ist erstens an das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen zu erinnern, wie es im Rahmen der Antwort auf die Frage 1 dargestellt worden ist, nämlich den freien Dienstleistungsverkehr und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten. Das schließt die Verpflichtung für jeden öffentlichen Auftraggeber ein, die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften anzuwenden, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind.

45. Die Verpflichtung, in einem solchen Fall die Gemeinschaftsvorschriften anzuwenden, wird dadurch bestätigt, dass nach Artikel 1 Buchstabe c der Richtlinie 92/50 der Begriff des Dienstleistungserbringers, d. h. des Bieters im Rahmen der Anwendung dieser Richtlinie, auch „öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten“, umfasst (vgl. Urteil vom 7.12.2000 in der Rechtsache C 94/99, ARGE, Slg. 2000, I 11037, Randnr. 28).
46. Jede Ausnahme von der Geltung dieser Verpflichtung ist folglich eng auszulegen. So hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Anwendung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung entschieden, dass Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 92/50, der ein solches Verfahren vorsieht, als Ausnahme von den Vorschriften, die die Wirksamkeit der durch den EG-Vertrag im Bereich der öffentlichen Dienstleistungsaufträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen ist und dass die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, demjenigen obliegt, der sich auf sie berufen will (vgl. Urteil vom 10.4.2003 in den Rechtssachen C 20/01 und C 28/01, Kommission/Deutschland, Slg. 2003, I 3609, Randnr. 58).
47. Im Sinne einer mit den Gemeinschaftsvorschriften bezweckten Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für einen möglichst umfassenden Wettbewerb hat der Gerichtshof in Bezug auf die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1) entschieden, dass diese Richtlinie anwendbar ist, wenn ein öffentlicher Auftraggeber beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich rechtlich von ihm unterscheidet, einen entgeltlichen Vertrag zu schließen, ob diese Einrichtung nun selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist oder nicht (vgl. Urteil vom 18.11.1999 in der Rechtsache C 107/98, Teckal, Slg. 1999, I 8121, Randnrn. 50 und 51). Der Vertragspartner in dieser Rechtssache war ein aus mehreren öffentlichen Auftraggebern bestehendes Konsortium, an dem auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt war.
48. Eine öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, hat die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören. In einem solchen Fall kann von einem entgeltlichen Vertrag mit einer Einrichtung, die sich rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet, nicht die Rede sein. Die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen sind daher nicht anwendbar.
49. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist es nicht ausgeschlossen, dass es weitere Umstände gibt, unter denen eine Ausschreibung nicht obligatorisch ist, auch wenn der Vertragspartner eine Einrichtung ist, die sich vom öffentlichen Auftraggeber rechtlich unterscheidet. Das gilt dann, wenn die öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehaben (vgl. in diesem Sinne Urteil Teckal, Randnr. 50). Es ist daran zu erinnern, dass in dem vorgenannten Fall die Einrichtung zu 100% von öffentlichen Stellen gehalten wurde. Dagegen schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber

beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.

50. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Beziehung zwischen einer öffentlichen Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, und ihren Dienststellen durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruht dagegen auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen, und verfolgt andersartige Ziele.
51. Zweitens würde die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den in der Richtlinie 92/50 genannten Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen, insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.
52. Auf die Fragen 2a und 2b ist daher zu antworten, dass, wenn ein öffentlicher Auftraggeber beabsichtigt, mit einer Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist, einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fallen, die in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stets anzuwenden sind.
53. In Anbetracht dieser Antwort brauchen die übrigen Fragen des nationalen Gerichts nicht mehr beantwortet zu werden.

### Kosten

54. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Erste Kammer) für Recht erkannt:

1. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, diese in der Fassung der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997, ist dahin auszulegen, dass sich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Möglichkeit einer wirksamen und raschen Nachprüfung der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber sicherzustellen, auch auf Entscheidungen außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens und im Vorfeld einer förmlichen Ausschreibung erstreckt, insbesondere auf die Entscheidung über die Frage,

ob ein bestimmter Auftrag in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 in ihrer geänderten Fassung fällt. Diese Nachprüfungsmöglichkeit steht jedem, der ein Interesse an dem fraglichen Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, von dem Zeitpunkt an zur Verfügung, zu dem der Wille des öffentlichen Auftraggebers, der Rechtswirkungen entfalten kann, geäußert wird. Die Mitgliedstaaten dürfen daher die Nachprüfungsmöglichkeit nicht davon abhängig machen, dass das fragliche Vergabeverfahren formal ein bestimmtes Stadium erreicht hat.

2. Beabsichtigt ein öffentlicher Auftraggeber, mit einer Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist, einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 in der Fassung der Richtlinie 97/52 fallen, so sind die in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stets anzuwenden.

### **3 SCHLUSSANTRÄGE VON GENERALANWALT L. A. GEELHOED VOM 21.4.2005<sup>1</sup>**

Rechtssache C 29/04

Kommission der Europäischen Gemeinschaften

gegen

Republik Österreich

„Vertragsverletzung – Artikel 8, 11 Absatz 1 und 15 Absatz 2 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge – Von der Stadtgemeinde Mödling ohne Ausschreibung auf europäischer Ebene geschlossene Vereinbarung über die Erfassung und Entsorgung von Müll“

#### **I Einleitung**

1. In dieser Rechtssache beantragt die Kommission, festzustellen, dass die Republik Österreich dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge<sup>2</sup> verstoßen hat, dass der von der Stadt Mödling abgeschlossene Abfallentsorgungsvertrag ohne Einhaltung der in Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 und Artikel 15 Absatz 2 dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahrens- und Bekanntmachungsvorschriften vergeben wurde.

#### **II Rechtlicher Rahmen**

##### **a) Die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie**

2. Die Kommission macht einen Verstoß gegen die Verpflichtungen aus Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 und Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie geltend. Auch die Definitionen in Artikel 1 Buchstaben a, b und c sind hier von Belang.
3. Nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 gelten als „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ „die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge“. Nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie gelten als „öffentliche Auftraggeber“ „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen“. Artikel 1 Buchstabe c der Richtlinie schließlich definiert „Dienstleistungserbringer“ als „natürliche oder juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten“.

<sup>1</sup> Originalsprache: Niederländisch.

<sup>2</sup> ABl. L 209, S. 1.

4. Artikel 8 der Richtlinie 92/50 bestimmt: „Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben.“ Diese Vorschriften regeln im Wesentlichen den Aufruf zum Wettbewerb und die Bekanntmachung. Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 lautet: „Für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge haben die Auftraggeber die in Artikel 1 Buchstaben d, e und f genannten Verfahren in einer an diese Richtlinie angepassten Form anzuwenden.“ Die genannten Verfahren sind das „offene Verfahren“, das „nicht offene Verfahren“ und das „Verhandlungsverfahren“. Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 bestimmt: „Die Auftraggeber, die einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offenen, eines nicht offenen oder – in den in Artikel 11 genannten Fällen – eines Verhandlungsverfahrens vergeben wollen, teilen ihre Absicht durch Bekanntmachung mit.“
5. Kategorie 16 des Anhangs IA der Richtlinie umfasst „Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen“.

#### b) Nationale Vorschriften

6. Das niederösterreichische Abfallwirtschaftsgesetz (im Folgenden: regionales Abfallgesetz) bestimmt in § 9 Absatz 3, dass die niederösterreichischen Gemeinden nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes für die Erfassung und Behandlung des Abfalls zu sorgen und Einrichtungen zu schaffen oder anzubieten haben. Nach § 11 dieses Gesetzes hat die jeweilige Gemeinde für die Einrichtung und den Betrieb der Müllabfuhr zu sorgen.

### III Sachverhalt

7. Die Stadtgemeinde Mödling beschloss am 21.5.1999, sich zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtungen im Bereich der Abfallwirtschaft einer selbständigen Einrichtung zu bedienen. Hierzu wurde die AbfallwirtschaftsGmbH (im Folgenden: AbfallGmbH) gegründet. Nach dem Protokoll der Gemeinderatssitzung sollten sämtliche Gesellschaftsanteile vorerst von der Stadtgemeinde Mödling gehalten werden. Gegenstand der AbfallGmbH sollte die Erbringung von Dienstleistungen zur Umsetzung der ökologischen Abfallwirtschaft und der damit zusammenhängenden Handelsgeschäfte insbesondere im Bereich der Abfallentsorgung sein, wozu auch die Erstellung und Ausarbeitung von individuellen Abfallwirtschaftskonzepten – in erster Linie für die Stadtgemeinde Mödling – gehören sollten.
8. Am 16.6.1999 wurde die Errichtungserklärung zur Gründung der AbfallGmbH unterfertigt. Das gesamte Stammkapital der Gesellschaft wurde von der einzigen Gesellschafterin, der Stadtgemeinde Mödling, gehalten.
9. Am 25.6.1999 beschloss die Stadtgemeinde Mödling, die Abfallwirtschaft für ihr Gemeindegebiet nach Maßgabe des regionalen Abfallgesetzes, des Abfallwirtschaftsgesetzes des Bundes und der gemeindlichen Abfallwirtschaftsverordnung der AbfallGmbH zu übertragen. Außerdem räumte die Stadtgemeinde Mödling dieser eine Option auf damals noch laufende Verträge im Bereich der Abfallbehandlung ein. Ein Mietvertrag zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH sah die Bereitstellung der für die Abfallbehandlung notwendigen Betriebsmittel und des entsprechenden Personals vor.

10. Die Entsorgungsvereinbarung, mit der die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH die Erfassung und Behandlung von Müll ausschließlich übertrug, wurde am 15.9.1999 geschlossen. Sie wurde für einen unbefristeten Zeitraum geschlossen und trat rückwirkend zum 1.7.1999 in Kraft. Der Vertrag sieht vor, dass die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH ein Entgelt zahlt, das aus einem Fixbetrag pro Müllbehälter oder Tonne als Gegenleistung für die Erfassung und Behandlung von Müll, Sperrmüll, Altstoffen, kompostierbaren Abfällen und Problemstoffen besteht. Die AbfallGmbH hat keine Entsorgungsverträge mit anderen Gemeinden oder Gemeindeverbänden abgeschlossen. Die Müllumladestation der Stadtgemeinde Mödling verrichtet jedoch auch Tätigkeiten für andere private Entsorgungsfirmen im Zusammenhang mit dem Umladen und Pressen von Hausmüll.
11. Am 15.9.1999 wurde auch der Mietvertrag über die für die Abfallbehandlung notwendigen Betriebsmittel und das entsprechende Personal auf unbefristete Zeit geschlossen, der rückwirkend zum 1.7.1999 in Kraft trat. Danach ist die AbfallGmbH verpflichtet, die von der Gemeinde zu benennenden Bediensteten im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung zu beschäftigen. Im Vertrag heißt es, dass die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH das Weisungsrecht über die Bediensteten überträgt.
12. Am 1.10.1999 beschloss der Gemeinderat der Stadtgemeinde Mödling, dass diese als Alleingesellschafterin der AbfallGmbH 49% ihres Geschäftsanteils an das Privatunternehmen Saubermacher Dienstleistungs Aktiengesellschaft (im Folgenden: Saubermacher AG) abtritt. In der Sitzungsvorlage zur Sitzung vom 1.10.1999 wurde ausgeführt, dass nach dem Gemeinderatsbeschluss vom 25.6.1999 mehrere Gespräche mit Interessenten an einer Partnerschaft geführt worden seien, u. a. mit der Saubermacher AG. Schließlich wurden die Vorschläge der Unternehmen der KPMG Corporate Finance & Recovery Ges.m.b.H. unterbreitet, die den Vorschlag der Saubermacher AG als Vorschlag mit der Garantie der besten Auslastung auswies.
13. Am 6.10.1999 wurde die Errichtungserklärung dahingehend geändert, dass die meisten Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst werden können. Außerdem wurde festgelegt, dass die Generalversammlung nur bei Anwesenheit von 51% des Stammkapitals beschlussfähig ist. Die Vertretung der Gesellschaft im Innen- und Außenverhältnis wird durch mindestens zwei Geschäftsführer wahrgenommen, die gemeinsam zeichnungsbefugt sind.
14. Mit Abtretungsvereinbarung vom 13.10.1999 trat die Stadtgemeinde Mödling 49% ihres Geschäftsanteils an die Saubermacher AG ab.
15. Die AbfallGmbH nahm ihre operative Tätigkeit am 1.12.1999 und daher zu einem Zeitpunkt auf, zu dem die Saubermacher AG bereits Gesellschafterin war.
16. Die AbfallGmbH war vom 1.12.1999 bis 31.3.2000 ausschließlich für die Stadtgemeinde Mödling tätig. Nach Inbetriebnahme der Umladestation war sie auch für Dritte tätig. Im ersten Geschäftsjahr ab 1.4.2000 machte die Tätigkeit der AbfallGmbH für die Stadtgemeinde Mödling 70% bis 80% der Umsätze aus.

#### IV Vorverfahren

17. Am 20.3.2002 richtete die Kommission ein Aufforderungsschreiben an die Republik Österreich, in dem sie ausführte, dass die Stadtgemeinde Mödling die Vereinbarung über die Erfassung und Behandlung von Müll nicht ausgeschrieben habe, obwohl es sich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handele, der unter die Richtlinie 92/50 falle. Dies wurde von der Republik Österreich mit Schreiben vom 23.6.2002 bestritten. Ihrer Ansicht nach fällt die Vergabe des Vertrages über die Erfassung und Behandlung von Müll an die AbfallGmbH nicht unter die Vergaberichtlinien, weil es sich um ein „In-house“-Geschäft handele.

18. Da die Kommission diese Antwort für unzureichend hielt, richtete sie am 3.4.2003 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Republik Österreich. Diese beschränkte sich in ihrer Antwort auf die mit Gründen versehene Stellungnahme darauf, ihre in der Antwort auf das Aufforderungsschreiben angeführten Argumente zu wiederholen, weshalb die Kommission am 28.1.2004 die vorliegende Klage erhoben hat.

19. Die Kommission beantragt,

- festzustellen, dass die Republik Österreich dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verstoßen hat, dass der von der Stadt Mödling abgeschlossene Abfallentsorgungsvertrag ohne Einhaltung der in Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 und Artikel 15 Absatz 2 dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahrens- und Bekanntmachungsvorschriften vergeben wurde;
- der Republik Österreich die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

20. Die Republik Österreich beantragt, die Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet abzuweisen.

#### V Vorbringen der Parteien und Beurteilung

##### a) Zulässigkeit

##### 1. Standpunkte der Parteien

21. Die österreichische Regierung bestreitet in ihrer Klagebeantwortung die Zulässigkeit der Klage. Erstens habe die Kommission nicht eindeutig dargelegt, weshalb sie den Abschluss der Entsorgungsvereinbarung als einen Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 ansehe. Sie habe daher gegen den Grundsatz verstoßen, dass der Streitgegenstand klar bestimmt sein müsse. Damit habe die Kommission den Zweck des Vorverfahrens verkannt, der darin bestehe, es dem Mitgliedstaat zu ermöglichen, in sachdienlicher Weise seine Verteidigungsmittel geltend zu machen. Zweitens habe die Kommission gegen die grundlegende Regel verstoßen, wonach sie die Vertragsverletzung zu beweisen habe. Schließlich sei die Klage auf die falsche Rechtsgrundlage gestützt.

22. Nach Ansicht der österreichischen Regierung sind die Ereignisse, die zur Vergabe des Vertrages an die AbfallGmbH geführt haben, unabhängig voneinander zu beurteilen. Bei einer solchen Beurteilung gelange man zu dem Schluss, dass die Richtlinie 92/50 nicht anwendbar sei. Der erste Schritt – die Gründung der AbfallGmbH, die zu 100% im Eigentum der Stadtgemeinde Mödling stehe – stelle nämlich keinen vergaberechtlich relevanten Vorgang dar. Auch der zweite Schritt – der Abschluss der Entsorgungsvereinbarung zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH – stelle keinen Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 dar, da es sich um ein „In-house“-Geschäft handele. Aber auch der dritte Schritt – der Verkauf von 49% der Anteile an der AbfallGmbH durch die Stadtgemeinde Mödling an ein Privatunternehmen – sei vergaberechtlich nicht relevant. Deshalb liege hier kein Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 vor; die Vergabe des Vertrages an die AbfallGmbH hätte vielmehr direkt anhand der (beihilferechtlichen) Bestimmungen des EG-Vertrags geprüft werden müssen.
23. Die Kommission hätte nur dann einen Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 glaubhaft machen können, wenn sie von einer der beiden folgenden Prämissen ausgegangen wäre, nämlich dass die einzelnen Schritte, die zur Gründung der AbfallGmbH mit nachfolgender Beteiligung eines privaten Partners geführt hätten, de facto gewählt worden seien, um die Anwendung der Richtlinie 92/50 zu umgehen, oder dass sich hinter dem Anteilsverkauf tatsächlich die Vergabe eines Vertrages, der als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sei, an einen privaten Partner verberge. Die Kommission habe sich jedoch zu diesen Prämissen nicht geäußert.
24. Außerdem habe die Kommission im Vorverfahren zu keinem Zeitpunkt dargelegt, dass sie die Vergabe des Entsorgungsauftrags einerseits und die Übertragung von 49% der Anteile sowie die Änderung der Satzung andererseits als einheitlichen Vorgang betrachte. Ferner habe die Kommission keine Beweise zur Stützung ihrer Klagegründe beigebracht; insbesondere habe sie nicht dargetan, dass die Stadtgemeinde Mödling in Umgehungsabsicht gehandelt habe. Schließlich habe sie diese Rüge erst in ihrer Erwiderung erhoben.
25. Die Kommission widerspricht dem Standpunkt der österreichischen Regierung. Ihrer Ansicht nach kann die Übertragung der Entsorgungsdienstleistung an die AbfallGmbH unter Beteiligung der Saubermacher AG nicht künstlich in drei Schritte aufgespalten werden. Sie erinnert insofern daran, dass sie in ihrem Aufforderungsschreiben (Nr. 13) ausgeführt habe, dass die Beauftragung der AbfallGmbH in einer ersten Phase als hundertprozentige Eigengesellschaft ein gewolltes Durchgangsstadium zur gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft nach Veräußerung von 49 % der Geschäftsanteile an ein privates Unternehmen darstelle. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass seit dem Gemeinderatsbeschluss vom 25.6.1999 Gespräche mit an einer Partnerschaft interessierten Unternehmen geführt worden seien. Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen dem Abschluss der Vereinbarung mit der AbfallGmbH und dem Beschluss über die Abtretung der Anteile – zwei Wochen – belege, dass die Stadtgemeinde Mödling von Beginn an das Ziel verfolgt habe, die Dienstleistung von einer Gesellschaft durchführen zu lassen, an der ein Privatunternehmen maßgeblich beteiligt sei. Die österreichische Regierung könne daher nicht behaupten, dass sie den Streitgegenstand nicht kenne.

## 2. Beurteilung

26. Nach ständiger Rechtsprechung muss die Kommission in einer nach Artikel 226 EG eingereichten Klageschrift die Rügen, über die der Gerichtshof entscheiden soll, genau angeben und zumindest in gedrängter Form die rechtlichen und tatsächlichen Umstände darlegen, auf die diese Rügen gestützt sind.
27. Ebenso wie das von der Kommission an den Mitgliedstaat gerichtete Mahnschreiben und ihre mit Gründen versehene Stellungnahme, die den Streitgegenstand abgrenzen, muss die Klageschrift den betroffenen Mitgliedstaat in die Lage versetzen, seine Verteidigung wahrzunehmen und sämtliche von der Kommission gegen ihn erhobenen Vorwürfe zurückzuweisen.
28. Diese Rechtsprechung steht Vertragsverletzungsverfahren entgegen, die durch eine Klageschrift eingeleitet worden sind, die wegen der Ungenauigkeit der vorgebrachten Rügen oder des Fehlens einer rechtlichen oder tatsächlichen Begründung die Verteidigungsrechte beeinträchtigt<sup>3</sup>.
29. Im vorliegenden Fall hat die Kommission im Vorverfahren klar dargelegt, weshalb sie der Ansicht ist, dass die österreichische Regierung beim Abschluss der Entsorgungsvereinbarung die Verfahrensvorschriften der Richtlinie 92/50 nicht eingehalten hat. Sie ist ausführlich auf die tatsächlichen Umstände, die zur Vergabe des Entsorgungsvertrags geführt haben, und die rechtlichen Gründe, auf die sie den Verstoß gestützt hat, eingegangen.
30. Insbesondere hat die Kommission aus den Umständen des Zustandekommens des Vertrages und der Art und Weise, wie es zur Beteiligung der Saubermacher AG an der AbfallGmbH kam, abgeleitet, dass es hier um einen Auftrag ging, auf den die Richtlinie 92/50 anwendbar war. Damit ist der Streitgegenstand in dieser Rechtssache hinreichend abgegrenzt.
31. Der Vorwurf der österreichischen Regierung, die Kommission habe den Streitgegenstand nicht abgegrenzt, ist daher unbegründet.
32. Die übrigen Rügen der österreichischen Regierung hinsichtlich der Zulässigkeit sind inhaltlicher Art. Darauf werde ich unten bei der Beurteilung der Begründetheit eingehen.
33. Aus dem Vorstehenden folgt, dass die von der österreichischen Regierung erhobene Einrede der Unzulässigkeit zurückzuweisen ist.

<sup>3</sup> Vgl. u. a. Urteil vom 29.9.1998 in der Rechtssache C 191/95 (Kommission/Deutschland, Slg. 1998, I 5449, Randnr. 55) und Urteil vom 22.4.1999 in der Rechtssache C 340/96 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1999, I 2023, Randnr. 36).

## b) Begründetheit

### 1. Standpunkte der Parteien

34. Die Kommission stellt in ihrer Klageschrift fest, dass die Stadtgemeinde Mödling als Gebietskörperschaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 sei. Die Müllentsorgung sei eine Dienstleistung, die unter Kategorie 16 des Anhangs IA der Richtlinie falle. Der Auftrag, der diese Dienstleistung zum Gegenstand habe, sei daher nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI zu vergeben. Außerdem überschreite der Entsorgungsauftrag den Schwellenwert von 200.000 Sonderziehungsrechten (SDR) im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii der Richtlinie 92/50, geändert durch Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge<sup>4</sup>. Die Verfahrensvorschriften des Artikels 11 Absatz 1 und die Bekanntmachungsvorschriften des Artikels 15 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 seien daher uneingeschränkt anwendbar.
35. Im vorliegenden Fall besteht nach Ansicht der Kommission zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH kein Innenverhältnis mehr. Sie verweist zur Untermauerung dieses Vorbringens auf das Urteil Teckal<sup>5</sup>. In diesem Urteil habe der Gerichtshof festgestellt, dass die Richtlinien über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen keine Anwendung fänden, wenn „die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen“. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber nicht die Absicht habe, einen Dritten mit den ihm obliegenden Aufgaben zu betrauen, sondern diese lediglich intern neu verteilen wolle, seien die Vergaberichtlinien nicht anwendbar. Sobald jedoch ein Privatunternehmen Anteile am Auftragnehmer besitze, könne der Auftraggeber keine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen mehr ausüben. Eine Minderheitsbeteiligung eines Privatunternehmens reiche aus, um das Vorliegen eines Innenverhältnisses auszuschließen.
36. Außerdem seien mit der Minderheitsbeteiligung der Saubermacher AG weitgehende Vetorechte und das Recht auf Ernennung eines von zwei gleichberechtigten Geschäftsführern verbunden:
- Der Saubermacher AG stehe ein Vetorecht über wesentliche Entscheidungen der AbfallGmbH zu, wie über die Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals, die Abänderung des im Gesellschaftsvertrag bezeichneten Unternehmensgegenstands, die Verschmelzung oder die Abtretung von Geschäftsanteilen oder die Teilung von Geschäftsanteilen;
  - durch die Ernennung eines der beiden Geschäftsführer übe die Saubermacher AG einen bestimmenden Einfluss auf die AbfallGmbH aus, da beide Geschäftsführer gemeinsam die Geschäftsführung und die Vertretung im Innen- und Außenverhältnis wahrnahmen und gemeinsam zeichnungsbefugt seien. Darüber hinaus bedürfe die operative Tätigkeit der Geschäftsführer nicht der vorherigen Befassung der Generalversammlung.

<sup>4</sup> ABl. L 328, S. 1.

<sup>5</sup> Urteil vom 18.11.1999 in der Rechtssache C 107/98 (Teckal, Slg. 1999, I 8121, Randnr. 50).

37. Die österreichische Regierung ist der Ansicht, dass der Abschluss der Entsorgungsvereinbarung mit der AbfallGmbH nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 falle, da es sich um ein internes, so genanntes „In-house“-Geschäft handle. Die Beteiligung von Privaten an einem Unternehmen schließe das Vorliegen eines Innenverhältnisses nicht aus. Entscheidend sei das „Ausmaß der Selbständigkeit“ des Vertragspartners, d. h. der AbfallGmbH, und nicht der allfällige Einfluss eines privaten Partners im Unternehmen. Im vorliegenden Fall habe die AbfallGmbH weder zur Zeit des Abschlusses der Vereinbarung über eigene Entscheidungsgehalt verfügt, noch verfüge sie zum jetzigen Zeitpunkt darüber.
38. Ferner liege kein echter Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Dienstleistungserbringer im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 vor, weil der öffentliche Auftraggeber auf die Tätigkeit des Dienstleistenden entscheidenden Einfluss nehmen könne und diesem daher jede Selbständigkeit fehle<sup>6</sup>.
39. Im Übrigen werde mit dem im Urteil Teckal<sup>7</sup> festgelegten Kriterium „Kontrolle ausüben wie über die eigenen Dienststellen“ eine vergleichbare Kontrolle und keine identische Kontrolle verlangt. Um feststellen zu können, ob eine vergleichbare Kontrolle ausgeübt werde, sei eine Gesamtbetrachtung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände erforderlich. Würden alle relevanten Faktoren berücksichtigt, so sei offensichtlich, dass die Stadtgemeinde Mödling auch nach Abtretung von 49% der Anteile eine solche „vergleichbare“ Kontrolle ausüben könne. Hierbei gehe es um folgende Aspekte:
- Die Stadtgemeinde Mödling sei aufgrund ihrer Stimmenmehrheit in der Generalversammlung jederzeit in der Lage, nicht nur die Entsorgungsvereinbarung mit der AbfallGmbH zu kündigen, sondern auch die AbfallGmbH selbst aufzulösen;
  - die Tätigkeit der AbfallGmbH könne in jeder Hinsicht von der Stadtgemeinde Mödling allein bestimmt werden, da die beiden Geschäftsführer an die von der Generalversammlung festgelegten Beschränkungen gebunden seien;
  - nach der Errichtungserklärung könnten sämtliche Beschlüsse über die Tätigkeit der AbfallGmbH mit einfacher Mehrheit gefasst werden, d. h. allein von der Stadtgemeinde Mödling;
  - die Stadtgemeinde Mödling könne mit ihrer einfachen Anteils- und Stimmenmehrheit jederzeit ohne Angabe von Gründen die Geschäftsführer der AbfallGmbH, somit auch den vom privaten Partner nominierten Geschäftsführer, abberufen. Ferner könne sie die Herabsetzung der Entlohnung der Geschäftsführung in der Generalversammlung beschließen.
40. In ihrer Erwiderung weist die Kommission das Vorbringen der österreichischen Regierung zurück, wonach anhand einer Einzelfallbetrachtung unter Abwägung aller Umstände zu bestimmen sei, ob ein internes Aufsichtsverhältnis vorliege. Eine solche Prüfung führe zu Rechtsunsicherheit über die Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Vergaberichtlinien. Mit dem von der Kommission angewandten Kriterium, nämlich der Einflussnahme eines Dritten auf den Auftragnehmer, könne der Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 dagegen einfach und vorhersehbar abgegrenzt werden.

<sup>6</sup> Vgl. auch Schlussanträge von Generalanwalt Léger zum Urteil vom 7.12.2000 in der Rechtssache C 94/99 (ARGE, Slg. 2000, I 11037, Nr. 59).

<sup>7</sup> Zitiert in Fußnote 5.

## 2. Beurteilung

41. Für die Beurteilung der Begründetheit der vorliegenden Klage der Kommission sind die beiden folgenden Fragen zu untersuchen:

a) Ist die AbfallGmbH, an der die Saubermacher AG 49% der Anteile hält, als ein Rechtssubjekt anzusehen, das, obwohl es als eine gesonderte Rechtspersönlichkeit rechtlich selbständig ist, doch weiterhin untrennbar zur Organisation gehört, über die die Stadtgemeinde Mödling zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben, wie z. B. die Müllentsorgung, verfügt? Bei Bejahung dieser Frage ist der von der Stadtgemeinde Mödling an die AbfallGmbH vergebene Entsorgungsauftrag als ein Auftrag anzusehen, der innerhalb der Gemeindeorganisation vergeben worden ist. In diesem Fall liegt kein Auftrag vor, auf den die Vergabevorschriften der Richtlinie 92/50 anzuwenden wären;

b) sind, für den Fall, dass die AbfallGmbH in ihrer heutigen Rechtsform, d. h. mit der Beteiligung der Saubermacher AG und den darauf anwendbaren satzungsmäßigen und gesetzlichen Vorschriften, als eine Einrichtung außerhalb der Organisation der Stadtgemeinde Mödling anzusehen ist, die einschlägigen Vorschriften der Richtlinie 92/50 ordnungsgemäß eingehalten worden?

42. Wie oben ausgeführt, wirft die Klage der Kommission die Frage auf, was unter einem Auftrag zu verstehen ist, der nicht innerhalb der eigenen Befugnisstruktur des öffentlichen Auftraggebers vergeben wird. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Richtlinie 92/50 anwendbar, wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie z. B. eine Gebietskörperschaft beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag zu schließen<sup>8</sup>. Folglich ist davon auszugehen, dass ein Auftragnehmer nicht zur Befugnisstruktur des öffentlichen Auftraggebers gehört, wenn dieser sich rechtlich von ihm unterscheidet. Allerdings können, selbst wenn der Auftragnehmer eine vom öffentlichen Auftraggeber rechtlich verschiedene Einrichtung ist, weitere Umstände vorliegen, unter denen eine Ausschreibung nicht obligatorisch ist<sup>9</sup>. Im Urteil Teckal werden zwei kumulative Kriterien angeführt, anhand deren zu beurteilen ist, ob eine interne Befugnisstruktur vorliegt. Dies ist der Fall, wenn die Kriterien erfüllt sind, dass „die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben“<sup>10</sup>.

43. In dem genannten Urteil Teckal wurde die von dem öffentlichen Auftraggeber zu unterscheidende Einrichtung zu 100% von einer öffentlichen Körperschaft gehalten. Im Urteil Stadt Halle<sup>11</sup>, das nach Abschluss des schriftlichen Verfahrens in der vorliegenden Rechtssache erlassen worden ist, ging es um die Frage, ob ein öffentlicher Auftraggeber über eine „gemischt-wirtschaftliche“ Gesellschaft, d. h. eine Gesellschaft, an deren Kapital auch Privatunternehmen

<sup>8</sup> Vgl. Urteile ARGE, zitiert in Fußnote 6, Randnr. 40, und Urteil Teckal, zitiert in Fußnote 5.

<sup>9</sup> Vgl. Urteil vom 11.1.2005 in der Rechtssache C 26/03 (Stadt Halle, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 49).

<sup>10</sup> Urteil Teckal, zitiert in Fußnote 5.

<sup>11</sup> Zitiert in Fußnote 9.

beteiligt sind, eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausüben kann. Der Gerichtshof hat entschieden, dass „die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es [dagegen] auf jeden Fall aus[schließt], dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen“.

44. In dieser Rechtssache war einer der Faktoren, auf die der Gerichtshof sein Urteil stützte, der, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den in der Richtlinie 92/50 genannten Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigt, insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde<sup>12</sup>.
45. Kurz gesagt, ein Rechtssubjekt, das als eine gesonderte Rechtspersönlichkeit rechtlich selbständig ist, kann nicht als Teil eines öffentlichen Auftraggebers angesehen werden, sobald ein Privatunternehmen am Gesellschaftskapital beteiligt ist.
46. Aus dem oben in den Nummern 7 bis 16 wiedergegebenen Sachverhalt und den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Kommission über die Satzung, die oben in Nummer 36 wiedergegeben sind, ergibt sich Folgendes:
- Die Saubermacher AG hält 49% der Anteile der AbfallGmbH;
  - diese Beteiligung ist mit dem Recht auf Bestellung eines der Geschäftsführer verbunden;
  - diese Geschäftsführer sind für die Geschäftstätigkeit der AbfallGmbH verantwortlich;
  - für wesentliche Entscheidungen, die die Organisation und die Struktur der Gesellschaft betreffen, ist eine qualifizierte Mehrheit der Generalversammlung der Anteilseigner erforderlich.
47. Bereits aufgrund dieser Gegebenheiten erscheint der Schluss gerechtfertigt, dass das Verhältnis zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH kein Innenverhältnis ist, in dem die Gemeinde eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben kann. Daran ändert auch nichts, dass die Gemeinde beschließen kann, die Zusammenarbeit mit der Saubermacher AG zu beenden. Dabei ist sie jedoch an die allgemeinen und besonderen Vorschriften des nationalen Zivilrechts und des Rechts der juristischen Personen gebunden, die die Beziehungen zwischen den in einer Gesellschaft zusammenarbeitenden Parteien regeln, woraus sich ergibt, dass sie jedenfalls den berechtigten Interessen der Saubermacher AG Rechnung tragen muss. Es erscheint nämlich unwahrscheinlich, dass die Saubermacher AG bereit gewesen wäre, durch Übernahme einer – bedeutenden – Beteiligung an der AbfallGmbH eine Kooperationsbeziehung mit der Stadtgemeinde Mödling, die den Rest der Anteile besitzt, einzugehen, wenn die Kontinuität dieser Beziehung allein im freien Ermessen der Gemeinde stünde.
48. Im vorliegenden Fall kann die Umwandlung der internen Dienststelle der Stadtgemeinde Mödling in ein privates Unternehmen in Anbetracht des Ablaufs des Verselbständigungsprozesses und

<sup>12</sup> Urteil Stadt Halle, zitiert in Fußnote 9.

des Verhaltens der AbfallGmbH selbst nicht als ein internes „In-house“ Geschäft angesehen werden.

49. Denn unmittelbar, nachdem die AbfallGmbH am 16.6.1999 durch die Stadtgemeinde Mödling gegründet wurde, hat sie nach dem Gemeinderatsbeschluss vom 25.6. mit der Suche nach einem privaten Partner für das gegründete Unternehmen begonnen. Mit der Beteiligung der Saubermacher AG hat die Stadtgemeinde Mödling die nötige Sachkompetenz für einen gewerbsmäßigen Betrieb der AbfallGmbH erworben.
50. Diese Auslegung des Sachverhalts wird noch durch folgende Umstände bestätigt:
- Mit der Durchführung des zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH geschlossenen Entsorgungsvertrags ist erst nach der Beteiligung der Saubermacher AG an der AbfallGmbH begonnen worden;
  - die AbfallGmbH erbringt 20% bis 30% ihrer Geschäftstätigkeit für Dritte (vgl. oben, Nr. 16).
51. Da die AbfallGmbH in ihrer heutigen Rechtsform, d. h. mit der Beteiligung der Saubermacher AG und den darauf anwendbaren satzungsmäßigen und gesetzlichen Vorschriften, als eine außerhalb der Organisation der Stadtgemeinde Mödling stehende Einrichtung anzusehen ist, ist zu prüfen, ob die Entsorgungsvereinbarung, mit der die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH die Erfassung und Entsorgung von Müll ausschließlich übertragen hat, unter die Richtlinie 92/50 fällt und ob die Vorschriften ordnungsgemäß eingehalten worden sind.
52. Zunächst ist festzustellen, dass die Stadtgemeinde Mödling eine Gebietskörperschaft ist. Dies wird auch von der österreichischen Regierung nicht bestritten. Nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 gelten der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen, als öffentliche Auftraggeber. Demnach ist die Stadtgemeinde Mödling als Gebietskörperschaft ein öffentlicher Auftraggeber und fällt in den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie.
53. Auch die Dienstleistungen, die im Rahmen der betreffenden Beziehung erbracht werden, fallen unter die Richtlinie. Anhang IA der Richtlinie nennt unter den Kategorien der von ihm erfassten Dienstleistungen in Nummer 16 Tätigkeiten der „Abfall- und Abwasserbeseitigung, sanitäre und ähnliche Dienstleistungen“. Wegen des konkreten Inhalts dieser Dienstleistungen verweist Anhang IA auf die Referenznummer der CPC (Central Product Classification, Zentrale Warenomenklatur der Vereinten Nationen), die neben der entsprechenden Kategorie von Dienstleistungen aufgeführt ist. Die Tätigkeit der AbfallGmbH besteht im Wesentlichen aus der Erfassung und Behandlung von Müll, Sperrmüll, Altstoffen, kompostierbaren Abfällen und Problemstoffen. Daraus folgt, dass die Hauptaufgaben der AbfallGmbH zu den in Anhang IA der Richtlinie genannten Dienstleistungen gehören und die Bestimmungen der Richtlinie auf sie anwendbar sind.
54. Der nächste Aspekt, der zu prüfen ist, ist die Art der Beziehung zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH. Nach der achten Begründungserwägung der Richtlinie fällt die „Erbringung von Dienstleistungen ... nur insoweit unter diese Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienstleistung, wie Gesetz oder Verordnungen

oder Arbeitsverträge, werden nicht erfasst.“ Artikel 1 Buchstabe a enthält eine Definition des Begriffes der öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Sinne der Richtlinie, nämlich „die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge“.

55. Um die Beziehung als einen öffentlichen Auftrag qualifizieren zu können, ist zu prüfen, ob der Auftrag in Form eines Vertrages geschlossen wurde und ob eine geldwerte Gegenleistung vereinbart wurde. Dies ist hier der Fall. Es steht unzweifelhaft fest, dass die Entsorgungsvereinbarung, mit der die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH die Erfassung und Entsorgung von Müll ausschließlich übertragen hat, vorsieht, dass die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH ein Entgelt zahlt, das aus einem Fixbetrag pro Müllbehälter oder Tonne als Gegenleistung für die Erfassung und Behandlung von Müll besteht.
56. Außerdem müssen die beiden juristischen Personen, die den Vertrag geschlossen haben, rechtlich voneinander zu unterscheiden sein, da sonst eine „In-house“-Dienstleistung vorliegt. Ich habe bereits in den Nummern 46 bis 50 festgestellt, dass die AbfallGmbH weder rechtlich noch tatsächlich als eine interne Dienststelle der Stadtgemeinde Mödling anzusehen ist.
57. Die Tatsache, dass der Beschluss, eine Vereinbarung zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH zu schließen, gefasst wurde, als die AbfallGmbH noch zu 100% im Besitz der Stadtgemeinde Mödling war, ändert nichts daran, dass der betreffende öffentliche Auftrag nach Artikel 8 in Verbindung mit den Artikeln 11 Absatz 1 und 15 Absatz 2 der Richtlinie gemäß den Bestimmungen der Abschnitte III bis VI der Richtlinie hätte vergeben werden müssen. Denn die Gewissheit, dass die AbfallGmbH von der Stadtgemeinde Mödling den Auftrag erhalten wird, erhöht für einen privaten Interessenten den Anreiz, eine Beteiligung an diesem Unternehmen zu erwerben. Jedoch dürfen derartige Formen der externen Verselbständigung, bei denen die verselbständigte Einrichtung mit einem vorher auf unbestimmte Zeit erhaltenen Auftrag als „Mitgift“ für private Interessenten attraktiv gemacht wird, die Wirksamkeit der Richtlinie 92/50 nicht beeinträchtigen. Auch auf solche Konstruktionen bleibt diese Richtlinie anwendbar.
58. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelange ich zu der Schlussfolgerung, dass die Kommission einen Verstoß gegen Artikel 8 in Verbindung mit den Artikeln 11 Absatz 1 und 15 Absatz 2 der Richtlinie nachgewiesen hat.

## VI Ergebnis

59. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,
- festzustellen, dass die Republik Österreich dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verstoßen hat, dass der von der Stadt Mödling abgeschlossene Abfallentsorgungsvertrag ohne Einhaltung der in Artikel 8 in Verbindung mit den Artikeln 11 Absatz 1 und 15 Absatz 2 dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahrens- und Bekanntmachungsvorschriften vergeben wurde;
  - der Republik Österreich die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

## **BISHER ERSCHIENENE PUBLIKATIONEN IN DER SCHRIFTENREIHE DES ÖSTERREICHISCHEN STÄDTEBUNDES**

- 1. 2003 Bundesvergabegesetz 2002**  
Claus Casati, Michael Holoubek
  
- 2. 2003 Leitfaden zum Fundwesen**
  
- 3. 2003 E-Government – Chance für Österreichs Städte und Gemeinden**  
Elisabeth Dearing, Bernhard Krabina, Alexander Maimer, Otmar Pilgerstorfer,  
Thomas Prorok, Ronald Sallmann
  
- 4. 2003 Statuten des Österreichischen Städtebundes**
  
- 1. 2004 Leitfaden zu den Europäischen Wettbewerbsregeln  
für staatliche Beihilfen**  
Renate Schohaj
  
- 2. 2004 Open Source Software – Einsatz in der öffentlichen Verwaltung**  
Emil Georgiev, Gottfried Haber, Julia Reifensteiner, Ronald Sallmann
  
- 1.2005 Der Österreich-Konvent aus Sicht des Österreichischen Städtebundes**  
Mag. Ulrike Huemer