

An
die Parlamentsdirektion,
alle Bundesministerien,
alle Sektionen des BKA,
die Ämter der Landesregierungen und
die Verbindungsstelle der Bundesländer
den Österreichischen Gemeindebund
den Österreichischen Städtebund
das Präsidium der Finanzprokuratur
die Österreichische Bundesforste AG
die Österreichischen Bundesbahnen
das Bundesvergabeamt
zu Händen Herrn Dr. SACHS
alle unabhängigen Verwaltungssenate
die Wirtschaftskammer Österreich
zu Händen Frau Dr. MILLE
die Bundesarbeitskammer
die Präsidentenkonferenz der
Landwirtschaftskammern Österreichs
die Bundesbeschaffungs Ges.m.b.H.
die Bundesrechenzentrum Ges.m.b.H.

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

Betrifft: Urteil des Gerichtshofs vom 9. Juni 2009 in der Rechtssache C-480/06, Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland; öffentlich-öffentliche Partnerschaften und Kooperationen; Rundschreiben

1. Urteilstenor:

Mit Urteil vom 9. Juni 2009 in der Rechtssache C-480/06, Kommission/Deutschland¹, hat der EuGH eine Klage der Kommission **abgewiesen**, mit der diese die Feststellung begehrte, dass der Abschluss eines Abfallentsorgungsauftrages ohne vorheriges Vergabeverfahren zwischen verschiedenen Landkreisen und der Stadtreinigung Hamburg gegen die Richtlinie 92/50/EWG verstoße.

¹ Abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>

2. Ausgangsverfahren:

Vier niedersächsische Landkreise schlossen am 18. Dezember 1995 mit der Stadtreinigung Hamburg einen Vertrag über die Entsorgung ihrer Abfälle in der neuen Müllverbrennungsanlage Rugenberger Damm, die mit einer Kapazität von 320 000 Tonnen jährlich sowohl Elektrizität als auch Wärme produzieren und am 15. April 1999 fertig gestellt werden sollte. Nach diesem Vertrag reserviert die Stadtreinigung Hamburg den vier Landkreisen eine Kapazität von 120 000 Tonnen zu einem für alle nach der gleichen Formel berechneten Preis. Die Vergütung wird über die Stadtreinigung Hamburg an den Betreiber der Anlage, der ihr Vertragspartner ist, gezahlt. Die Laufzeit des Vertrags beträgt zwanzig Jahre. Die Parteien hatten vereinbart, spätestens fünf Jahre vor dem Ende der Vertragslaufzeit Verhandlungen über eine Verlängerung des Vertrags aufzunehmen. Der Vertrag wurde von den vier Landkreisen ohne Durchführung des in der Richtlinie 92/50 vorgesehenen Ausschreibungsverfahrens direkt mit der Stadtreinigung Hamburg abgeschlossen.

3. Zusammenfassung der Urteilsbegründung

Vorab stellt der EuGH klar, dass die Klage der Kommission nur den Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und vier angrenzenden Landkreisen zum Gegenstand hat, der die Zusammenarbeit bei der Abfallentsorgung gewährleisten soll, und **nicht** den Vertrag zur Regelung des Verhältnisses zwischen der Stadtreinigung Hamburg und dem Betreiber der Müllverwertungsanlage Rugenberger Damm.

Nach einem Hinweis auf den Anwendungsbereich der Richtlinie (Begriff des Dienstleistungsauftrages, Rz 32/33) und die *Teckal* – Ausnahme (Rz 34) weist der Gerichtshof auf sein Erkenntnis in der Rs C-324/07, *Coditel*, hin, in dem er entschieden hat, dass eine Gemeinde, die einer interkommunalen Genossenschaft mit der alleinigen Aufgabe, den angeschlossenen Gemeinden Dienstleistungen zu erbringen, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt hat, die Vergabe an die Genossenschaft rechtmäßig ohne Ausschreibung durchführen konnte, weil die angeschlossenen Gemeinden gemeinsam die Kontrolle über sie ausübten, auch wenn die Leitung der Genossenschaft durch den Verwaltungsrat in mancherlei Hinsicht selbständig erfolgte (Rz 35). Im vorliegenden Fall war es jedoch unstrittig, dass die vier Landkreise weder

über ihren Vertragspartner, die Stadtreinigung Hamburg, noch über den Betreiber der Müllverbrennungsanlage, eine Gesellschaft, deren Kapital teilweise aus Privatvermögen besteht, eine Kontrolle ausüben, die als eine ähnliche Kontrolle wie die über ihre eigenen Dienststellen charakterisiert werden könnte.

In weiterer Folge hebt der Gerichtshof jedoch hervor (Rz 37ff), dass mit dem streitigen Vertrag eine Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe – der Abfallentsorgung – vereinbart wurde, einer Aufgabe die auch gemeinschaftsrechtlich geregelt wird (vgl. Richtlinien 75/442/EWG und 91/156/EWG; Verpflichtung zur Erstellung von Abfallbewirtschaftungsplänen; Förderung der Rationalisierung des Einsammelns, Sortierens und Behandelns von Abfällen; Grundsatz der regionalen Verwertung von Abfällen). Ferner steht nach Auffassung des EuGH fest, dass der Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den betreffenden Landkreisen das Ergebnis einer Initiative der Vertragsparteien zur interkommunalen Zusammenarbeit ist und Anforderungen enthält, mit denen sichergestellt werden kann, dass die Aufgabe der Abfallentsorgung erfüllt wird. Durch den Vertrag soll der Stadt Hamburg die Errichtung und der Betrieb einer Abfallentsorgungsanlage unter den besten wirtschaftlichen Bedingungen ermöglicht werden (Einbringen des Abfalls der benachbarten Landkreise um so eine Kapazität von 320 000 Tonnen zu erreichen).² Aus diesem Grund wurde die Errichtung der Anlage erst beschlossen und durchgeführt, nachdem sich die vier Landkreise dazu verpflichtet hatten, die Anlage zu nutzen. Ferner sieht der Vertrag auch einige Verpflichtungen der vertragsschließenden Gebietskörperschaften vor, die mit dem Gegenstand der öffentlichen Aufgabe unmittelbar im Zusammenhang stehen. Zwar übernimmt die Stadt Hamburg den Hauptanteil der Leistungen, doch stellen die Landkreise ihre nicht selbst genutzten Entsorgungskapazitäten der Stadtreinigung Hamburg zur Verfügung, um Abhilfe für den Mangel an Entsorgungskapazitäten der Stadt Hamburg zu schaffen. Die Landkreise verpflichten sich zudem, den Anteil nicht

² Vertragsgegenstand ist ausdrücklich in erster Linie die Verpflichtung der Stadtreinigung Hamburg, den vier Landkreisen jährlich eine Kapazität von 120 000 Tonnen Abfall zur thermischen Verwertung bei der Müllverwertungsanlage einzuräumen. Die Stadtreinigung Hamburg übernimmt für den Betrieb der Anlage keine Haftung oder Gewähr. Bei Stillständen oder Fehlfunktionen der Anlage ist sie nur dazu verpflichtet, Ersatzkapazitäten anzubieten, und dies auch nur unter zwei Voraussetzungen. Zum einen muss zunächst die Entsorgung der Abfälle der Stadt Hamburg gesichert sein, und zum anderen müssen in anderen der Stadtreinigung Hamburg zugänglichen Anlagen Kapazitäten verfügbar sein. Weiters nimmt die Stadtreinigung Hamburg, wenn gegen den Betreiber der Müllverwertungsanlage Schadensersatzansprüche bestehen und die Landkreise einen Schaden erlitten haben, die Interessen der Landkreise gegenüber dem Betreiber wahr, gegebenenfalls auch auf dem Klageweg.

verwertbarer Müllverbrennungsschlacke zur Entsorgung in ihren Deponiebereichen aufzunehmen, der der von ihnen angelieferten Abfallmenge entspricht. Ferner müssen sich die Vertragsparteien auch in Notfällen Beistand bei der Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Entsorgungspflicht leisten (u.a. Verpflichtung der Landkreise bei temporärer Überlastung der Anlage, die gelieferten Abfallmengen zu reduzieren, und damit eine Beschränkung ihres Zugangsrechts zur Müllverbrennungsanlage zu akzeptieren).

Des weiteren hebt der Gerichtshof hervor, dass die Erbringung von Abfallentsorgungsleistungen nur gegenüber dem Betreiber der Anlage vergütet wird, da gemäß dem Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den vier Landkreisen keine Finanztransfers stattfinden, die über die Erstattung des Teils der Kosten hinausgehen, der von den Landkreisen zu tragen ist, aber von der Stadtreinigung Hamburg an den Betreiber gezahlt wird (Rz 43).

Damit steht für den EuGH fest, dass der beanstandete Vertrag sowohl die Rechtsgrundlage als auch den Rechtsrahmen für die zukünftige Errichtung und den Betrieb einer Anlage bildet, die für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe – der thermischen Abfallverwertung – bestimmt ist. Der Vertrag wurde ausschließlich zwischen öffentlichen Stellen ohne Beteiligung Privater geschlossen, sieht keine Vergabe eventuell erforderlicher Aufträge über den Bau und den Betrieb der Anlage vor und präjudiziert sie auch nicht (Rz 44). In diesem Zusammenhang betont der EuGH, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören (vgl. Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 48 und 49).

Der Gerichtshof verweist ferner auf die Ausführungen der Kommission in der mündlichen Verhandlung, wonach sie - wäre die fragliche Zusammenarbeit in Form der Schaffung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts erfolgt, die von den verschiedenen Körperschaften damit betraut worden wäre, die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe der Abfallentsorgung wahrzunehmen - akzeptiert hätte, dass die Nutzung der Anlage durch die betreffenden Landkreise nicht der Regelung über öffentliche Aufträge unterliege. Die Kommission war jedoch der Auffassung, dass ohne eine solche Einrichtung der interkommunalen Zusammenarbeit der von der Stadtreinigung Hamburg

an die betreffenden Landkreise vergebene Dienstleistungsauftrag hätte ausgeschrieben werden müssen. Diesem Argument hält der EuGH entgegen, dass zum einen das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt. Zum anderen kann eine solche Zusammenarbeit öffentlicher Stellen das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen (freier Dienstleistungsverkehr und Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs) nicht in Frage stellen, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen und der in der Vergaberichtlinie genannte Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber (vgl. Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 50 und 51).

Schließlich betont der Gerichtshof, dass den ihm vorliegenden Akten auch kein Hinweis auf eine Umgehungs konstruktion zu entnehmen ist, sodass die Klage der Kommission abzuweisen war.

4. Bemerkungen des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst zum Erkenntnis des EuGH:

Mit den vorliegenden Erkenntnissen entwickelt der EuGH seine Rechtsprechung fort, in welchen Fällen die Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß den Vorschriften des Gemeinschaftsrechtes nicht erforderlich ist.

Schon bisher befasste sich der EuGH mit diversen Vergabevorgängen im Zusammenhang mit öffentlich – öffentlichen Kooperationen („Public-Public-Partnership“), bislang allerdings ausschließlich in deren „vertikaler“ Dimension (Stichwort: in-house – Judikatur; vgl. dazu das zuletzt ergangene Rundschreiben BKA.VA.C-324/07/0001-V/7/2009). Nunmehr stellt der Gerichtshof mit dem Erkenntnis in der Rs C-480/06 klar, dass auch öffentlich – öffentliche Kooperationen mit einer „horizontalen“ Dimension **unter bestimmten Umständen** von der Anwendung des Gemeinschaftsrechtes befreit sind. Diese besonderen Umstände erblickte der EuGH u.a. darin, dass der beanstandete (verfahrensgegenständliche) Vertrag sowohl die

Rechtsgrundlage als auch den Rechtsrahmen für die zukünftige Errichtung und den Betrieb einer Anlage bildet, die für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe – der thermischen Abfallverwertung – bestimmt ist. Dieses Faktum sowie der Umstand, dass es sich bei der Abfallentsorgung um eine allen beteiligten Landkreisen obliegende (auch unionsrechtlich determinierte) öffentliche Aufgabe gehandelt hat, dürfte für den EuGH zentrale Bedeutung besessen haben, da er mit dieser Argumentationsstruktur auf den möglichen Einwand der fehlende Kontrolle im Sinne der Teckal-Kriterien geantwortet hat. Bemerkenswert ist, dass Generalanwalt *Mazak* in seinen Schlussanträgen vom 19. 2. 2009 (Rz 38ff) noch ausdrücklich auf die Teckal-Kriterien abgestellt und deren Vorliegen im Beschwerdefall verneint hat. Anhand welcher Faktoren der Begriff öffentliche Aufgabe im Sinne des EuGH bestimmt werden kann, ist dem Erkenntnis allerdings nicht zu entnehmen. Weiters war für den EuGH von Bedeutung, dass an dem fraglichen Vertrag kein Privater beteiligt war und durch ihn auch keine Aufträge über den Bau und den Betrieb der Anlage vorgesehen oder bereits festgelegt wird.

Ein weiterer Umstand, der für das Ergebnis des EuGH offenbar relevant gewesen sein dürfte, ist darin zu sehen, dass die vertragsschließenden Gebietskörperschaften durch den verfahrensgegenständlichen Vertrag „nur“ Verpflichtungen übernommen haben, die mit der öffentlichen Aufgabe unmittelbar im Zusammenhang stehen („Organisation der Aufgabenerfüllung“), dass der Vertrag selbst aber keine Aspekte eines Leistungsaustausches der Vertragspartner unter einander regelte. Fraglich ist aber, welche Bedeutung der EuGH dieser spezifischen Vertragsstruktur im Hinblick auf die Gegenleistungen der vier Landkreise sowie der Beistandsverpflichtung konkret beigemessen hat.

Schließlich war – wie zuvor dargestellt – für den EuGH auch entscheidend, dass es durch die gewählte Vorgehensweise zu keiner Gefährdung des Hauptziels der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen gekommen ist (freier Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten).

Aus dem vorliegenden Urteil kann gesichert nur der Schluss gezogen werden, dass unter den skizzierten Voraussetzungen die gemeinsame Wahrnehmung bzw. die gemeinsame Organisation von (ihren) öffentlichen Aufgaben durch öffentliche Stellen (auch ohne Zutreffen der Teckal-Kriterien) nicht dem Vergaberecht unterliegt. Welches

der vorgenannten Kriterien alleine oder in Kombination mit anderen letztlich für die Beurteilung des EuGH entscheidend gewesen ist, lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht beurteilen. Da es sich um das erste derartige Urteil handelt, ist eine Verallgemeinerung der auf den spezifischen Sachverhalt bezogenen Äußerungen des EuGH nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst (noch) nicht möglich. Auch aus diesem Grund ist derzeit noch kein klares Abgrenzungskriterium zwischen der Form der horizontalen Kooperation und einem regulären Leistungsvertrag feststellbar.³

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist ferner darauf hin, dass es sich um eine neue (allein auf die Judikatur des EuGH gründende) Ausnahmekonstellation vom gemeinschaftlichen Vergaberegime handelt, deren Anwendungsvoraussetzungen nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes aber jedenfalls eng auszulegen sind.

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen. Die Nichtbeachtung der oben beschriebenen Grundsätze könnte – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – Haftungsansprüche bzw. Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich auslösen.

26. Mai 2010
Für den Bundeskanzler:
HESSE

Elektronisch gefertigt

³ Weitere noch offene Fragen betreffen etwa den vom Gerichtshof verwendeten Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ bzw. den Aspekt, dass diese Aufgabe allen Beteiligten „gemeinsam obliegt“.