

EUGH-URTEIL ZUM VERGABERECHT

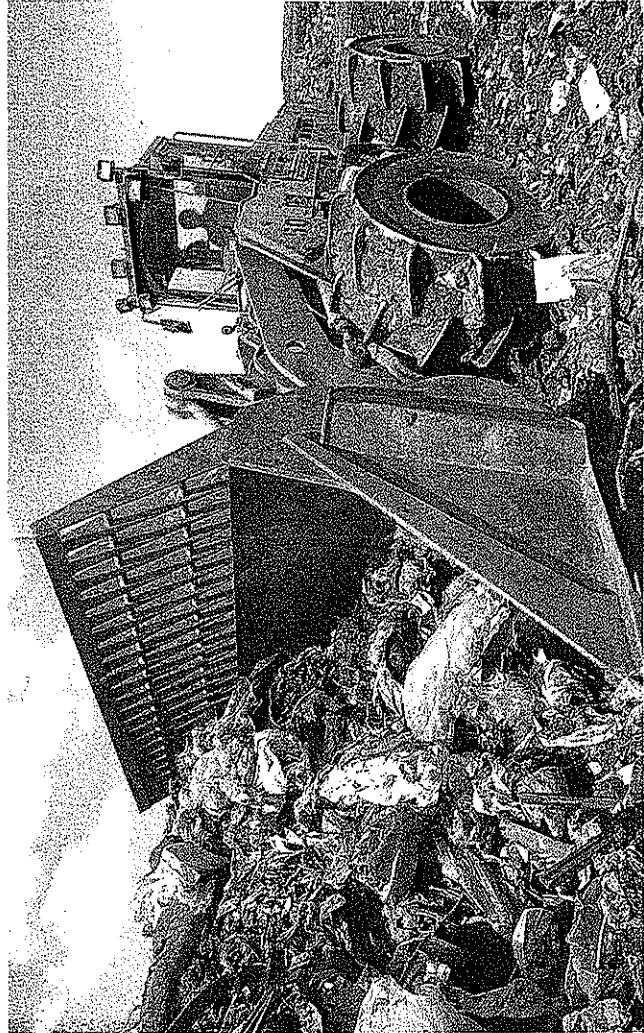
# Bleiben Private bei öffentlichen Aufgaben außen vor?

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat entschieden, dass Kommunen, die sich bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben für eine Kooperation entscheiden, keine Ausschreibung durchführen müssen. Einzige Voraussetzung: Sie müssen sich bei ihrer Zusammenarbeit von „im öffentlichen Interesse liegenden Zielen“ leiten lassen. Das Urteil sorgt in Fachkreisen für erhebliches Aufsehen. Droht dem freien Wettbewerb das Aus? Wie weit dürfen Kommunen gehen? Konsequenzen aus der Entscheidung sind auch für die Immobilienwirtschaft zu erwarten.

„Das Urteil ist sehr bemerkenswert“, kommentiert Vergaberechtler Jakob Steiff von CMS Hasche Sigle in Frankfurt den Richterpruch aus Luxemburg. „Es hat die Rahmenbedingungen für interkommunale Kooperationen deutlich verschoben.“ Will heißen: Die Rechtsprechung hat eine deutliche Kehrtwende vollzogen. Noch 2005 hatte der EuGH Vertragsbeziehungen zwischen Staats- oder Verwaltungseinheiten nicht grundsätzlich vom Vergaberecht ausschließen wollen (Urteil vom 15. November 2005, Az. C-84/03 „Kommission / Spanien“). Auch von den Voraussetzungen für ein so genanntes Inhouse-Geschäft, die der EuGH in seinem „Teckal“-Urteil (vom 18. November 1999, Az. C-107/98) aufgestellt hatte, haben sich die Richter in ihrer neuen Entscheidung gelöst. „Allerdings ohne sich ausdrücklich davon zu distanzieren“, merkt Steiff an. „Dies erzeugt eine erhebliche Rechtsunsicherheit.“

## Kommission / Deutschland

Der Fall: Angefangen hat alles mit einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 des EG-Vertrags, das die EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet hat. Vier niederländische Landkreise hatten mit der Stadt Hamburg einen Abfallentsorgungsvertrag direkt, und ohne europaweite Ausschreibung geschlossen. Die Stadtreinigung verpflichtete sich darin gegenüber den Landkreisen, diesen gegen ein Jahresentgelt für die Müllverbrennung in einer bestimmten Müllverbrennungsanlage eine Kapazität von 120.000 Tonnen/Jahr zur Verfügung zu stellen. Der Vertrag hatte eine Laufzeit von 20 Jahren. In den Augen der Kommission lag hier ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vor, der europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen. Ihre Begrün-



Die kommunale Zusammenarbeit bei der Müllentsorgung fällt nicht unter Vergaberecht, urteilen die EuGH-Richter. Bild: BilderBox.com

sind kommunale Immobilienunternehmen sowie die Landesimmobilienverwalter berechtigt, für andere Kommunen oder Länder Leistungen zu erbringen.“ Für private Projektierer und Facility-Management-Unternehmen werde dies Konsequenzen haben, prophezeit der Anwalt. „Zum einen werden künftig möglicherweise Leistungen ohne Ausschreibung an staatliche Werbewerber vergeben. Zum anderen – und das ist jedenfalls aus Sicht größerer Player positiv zu bewerten – führt eine Konzentration staatlicher Ressourcen zu einer Bündelung auch bei Aufträgen, die staatliche Dienstleister an Private vergeben.“ Schellenberg weist aber vorsorglich darauf hin, dass der Vertrag „eine bestimmte, vom EuGH vorgegebene kooperative Prägung“ besitzen muss.

## Handeln Kommunen subsidiär?

Rechtsanwalt Steiff hat eher Bedenken, was die Immobilienbewirtschaftung bzw. das Facility-Management angeht. Immer mehr Kommunen übernehmen privatwirtschaftliche Dienstleistungen. Vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsgrundsatzes ist dies fragwürdig, so Steiff. Nach diesem Leitprinzip, das im Kommunalverfassungsrecht verankert ist, dürfen Gemeinden nur dann eine kommunalwirtschaftliche Aufgabe in Eigenregie übernehmen, wenn die Leistung nicht ebenso gut durch private Unternehmen erbracht werden kann. Privatbieter könnten sich jetzt darauf berufen, wenn sie sich an den in Rede stehenden Aufträgen beteiligen und eine Marktschutz verhindern wollen. „Eine durch aus realistische Option“, sagt Steiff, „denn der Subsidiaritätsgrundsatz ist nicht nur eine Leerformel, sondern für jeden interessierten Privatbieter bei den Einkaufsverträgen und Vergabekommern einklagbar.“

Steiff mahnt deshalb zur Zurückhaltung. Er rät den Kommunen, sorgfältig zu prüfen, ob eine entsprechende Sachverhaltskonstellation vorliegt. „Kommunen sollten sich nicht blind auf die interkommunale Kooperation stützen, sondern mindestens einen Beschaffungsvarianten-Vergleich durchführen und prüfen, welche Variante kostengünstiger ist“, empfiehlt der Rechtsanwalt. „Es könnte nämlich sein, dass eine Ausschreibung wirtschaftlicher sei – dann sei sie auch haushaltsrechtlich geboten. Rechtsanwalt Steiff: „Das Urteil verführt Kommunen dazu, den Markt nicht abzufragen. Der Zweck des Vergaberechts, einen freien Wettbewerb mit Beteiligung der Privatwirtschaft zu gewährleisten, wird dadurch in den Hintergründ verdrängt.“

Aufgaben konzentrieren und nicht ohne Not in funktionierende Märkte eingreifen“, fordert BDE-Hauptgeschäftsführer Matthias Raith. Entsorgung sei keine primär kommunale, sondern eine wirtschaftliche Aufgabe. „Müssen nun auch Bauunternehmer um ihre Aufträge fürchten? Steiff gibt hierfür Entwarnung. „Bei interkommunalen Kooperationen sind in den meisten Fällen Dienstleistungen betroffen. Will eine Kommune beispielsweise ein neues Verwaltungszentrum bauen, hält sie dafür wohl keine Kapazitäten vor. Solche Aufträge werden immer nach draußen vergeben.“ Schwierig könnte es allenfalls für private Unternehmer werden, die in kleineren Größenordnungen unterwegs sind. „Helfen sich beispielsweise bei Straßenausbesserungsarbeiten künftig Kommunen gegenseitig aus, bleiben Private außen vor“, behauptet Steiff.

Rechtsanwalt Martin Schellenberg aus dem Hamburger Büro von Heuking Kühn Lüer Wojtek bekräftigt: „Die Entscheidung des EuGH hat für die private Immobilienwirtschaft erhebliche Bedeutung. Künftig

liche Stelle über die fragliche öffentliche Einrichtung, die für sie die Leistungen erbringe, eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Einrichtung zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die öffentliche Stelle (Gesellschaftsrechtliche) verrichte (so die Entscheidungen „Teckal“ und „Stadt Halle“). Dieses Kriterium der Kontrolle passt hier allerdings nicht. Denn die Kommunen täten sich nicht zu einer gemeinsamen Einrichtung zusammen, sondern schlossen als gleichberechtigte Partner einen Vertrag. Dass die EuGH-Richter hier trotzdem eine Vergaberechtsfreiheit annehmen, ist ein klares Novum. „Damit hat der EuGH zum ersten Mal eine vertragliche Kooperation vom Vergaberecht ausgeschlossen. Das ist ein deutliches Signal, das wir ausdrücklich begrüßen“, betont Bernd Düsterdick vom Deutschen Städte- und Gemeindebund.

Kritische Töne kommen dagegen vom BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft. „Staat und Kommunen sollen sich auf ihre originären hoheitlichen