

Auf dem Weg zu einer neuen Konzeption der kommunalen Daseinsvorsorge*

Thomas Fuchs**

20. September 2005

Kurzbeschreibung

Der Beitrag zeigt die Politik der Europäischen Kommission im Bereich von Leistungen der Daseinsvorsorge auf und weist anhand der Entscheidung *Stadt Halle* nach, dass sie dabei bereits jetzt vom Europäischen Gerichtshof unterstützt wird.

Inhalt

1 Einleitung	1
2 Kommunale Daseinsvorsorge	2
3 Auf dem Weg zu einer neuen Konzeption	4
3.1 Politik der Europäischen Kommission	5
3.2 Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	7
4 Zusammenfassung	10

1 Einleitung

Kohte/Irion¹ hatten bereits anlässlich der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Altmark Trans*² aufgezeigt, dass sozial- und arbeitspolitische Belange eng mit dem Wirtschaftsrecht verflochten sind. Dieser Ansatz soll im Folgenden auf eine breitere Basis gestellt werden. Ausgehend vom Istzustand der kommunalen Daseinsvorsorge werden dabei die Politik der Europäischen Kommission im Bereich von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und die Rechtsprechung

* (URL: <http://delegibus.com/2005,11.pdf>).

** Rechtsanwalt Dr. iur., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht; tfuchs@lexetius.com.

¹ Kohte/Irion, ZESAR 2004, S. 439 ff.

² EuGH, Lexetius.com 2003, S. 3899.

des Europäischen Gerichtshofs dazu am Beispiel der vergaberechtlichen Entscheidung *Stadt Halle*³ dargestellt. Es ist absehbar, dass diese Entwicklung bei Inkrafttreten des Vertrags über eine Verfassung für Europa⁴ zu einer neuen Konzeption der kommunalen Daseinsvorsorge in Form eines Europäischen Gesetzes führen wird.

2 Kommunale Daseinsvorsorge

Die kommunale Daseinsvorsorge ist verfassungsrechtlich im Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG verankert und wird in den Gemeindeordnungen der Bundesländer konkretisiert.⁵ So stellt etwa nach § 2 Abs. 1 S. 2 GO LSA die Kommune in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen öffentlichen Einrichtungen bereit. Der Begriff "Daseinsvorsorge" beinhaltet die Schaffung, Sicherung und Entwicklung (notwendiger) sozialer Lebensbedingungen der Bürger. Aus dem Zusammenhang von Daseinsvorsorge und Sozialstaatsprinzip folgt, dass Daseinsvorsorge die Umsetzung des Verfassungsauftrags zur staatlichen Fürsorge ist, die sich nicht in der Sicherung des Existenzminimums erschöpft.⁶ Die Daseinsvorsorge hat somit eine mikro- und eine makrosoziale Komponente.⁷ Die vorsorgenden, entschädigenden, helfenden und fördernden Leistungen gegenüber dem Einzelnen werden im Folgenden beiseite gelassen. Im Mittelpunkt der Betrachtung sollen vielmehr die Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips auf die Wirtschaftsordnung stehen. Wichtigstes Teilgebiet der Daseinsvorsorge ist hier der Infrastrukturauftrag.⁸ Die Schaffung, Unterhaltung und Weiterentwicklung der kommunalen Infrastruktur, zum Beispiel in den Bereichen Energie, Wasser und Verkehr⁹, ist die Grundlage jeder Kommunalverwaltung. Sie dient der Grundversorgung der Ortsbevölkerung durch die Bereitstellung öffentlicher Güter und Dienstleistungen.¹⁰

In der Art und Weise der Umsetzung dieses Infrastrukturauftrags sind die Kommunen, wie das Recht auf kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG zeigt, weitgehend frei.¹¹ Weil das Sozialstaatsprinzip eine Subsidiarität der wirtschaftlichen Betätigung des Staats gegenüber der

³EuGH, Lexetius.com 2005, S. 16.

⁴Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29. Oktober 2004, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. C 310 vom 16. Dezember 2004, S. 1.

⁵Articus, Sozialer Bundesstaat 66 [2005], S. 64; Scholz, Sozialer Bundesstaat 66 [2005], S. 20.

⁶Cless/Erdmenger/Gohde, Diakonie im europäischen Wettbewerb, S. 11.

⁷Schwark, Wirtschaftsordnung und Sozialstaatsprinzip, S. 7.

⁸Articus, Sozialer Bundesstaat 66 [2005], S. 64; Stober, Kommunalrecht, S. 165 f.

⁹Schwark, Wirtschaftsordnung und Sozialstaatsprinzip, S. 20.

¹⁰Stober, Kommunalrecht, S. 165 f.

¹¹Articus, Sozialer Bundesstaat 66 [2005], S. 80.

Privatwirtschaft nicht kennt, steht es einer Privatisierung von Infrastrukturleistungen nicht entgegen. Es ist nur das "Was" und nicht das "Wie" vorgegeben.¹² Der Vorteil der privatisierten Infrastruktur wird vor allem in der Entlastung der öffentlichen Haushalte sowie der stärkeren Nutzung des Know-hows und der Arbeitsmethoden des Privatsektors gesehen.¹³ Die Kommunen haben deshalb spätestens seit den achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts in großem Umfang Leistungen der Daseinsvorsorge aus ihren Kernverwaltungen ausgegliedert und auf rechtlich selbständige Organisationseinheiten übertragen. Während diese Unternehmen zunächst noch überwiegend zu 100 % Tochtergesellschaften der Kommunen waren, werden seit Beginn der neunziger Jahre verstärkt auch private Dritte als Anteilseigner in diese Gesellschaften mit einbezogen. Auf diese Weise sind vielfach gemischtwirtschaftliche Unternehmen entstanden.¹⁴ Nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland führte diese Entwicklung schließlich dazu, zur Aufgabenerfüllung in den unterschiedlichsten Konstellationen öffentlich-private Partnerschaften einzusetzen. Der Begriff der öffentlich-privaten Partnerschaft bezieht sich dabei im Allgemeinen auf Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zwecks Finanzierung, Bau, Renovierung, Betrieb oder Unterhaltung einer Infrastruktur oder die Bereitstellung einer Dienstleistung.¹⁵ Diese Entwicklung wird sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene gefördert. Die Europäische Kommission lotet die Möglichkeiten im Bereich öffentlich-privater Partnerschaften zur Zeit mit einem Grünbuch aus.¹⁶ In Deutschland ist erst jüngst am 8. September 2005 ein Artikelgesetz¹⁷ in Kraft getreten, mit dem die Rahmenbedingungen für öffentlich-private Partnerschaften anhand von zweckmäßigen Änderungen in dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der Vergabeverordnung, dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz, der Bundeshaushaltsordnung, dem Grunderwerbsteuergesetz, dem Grundsteuergesetz und dem Investmentgesetz verbessert werden. In der Begründung heißt es, mit öffentlich-privaten Partnerschaften könnten öffentliche Leistungen nicht nur

¹²Schwark, Wirtschaftsordnung und Sozialstaatsprinzip, S. 5, 19; Stober, Kommunalrecht, S. 167.

¹³Stober, Kommunalrecht, S. 167; vergleiche auch Europäische Kommission, KOM (2004) 327 endg., S. 3.

¹⁴Articus, Sozialer Bundesstaat 66 [2005], S. 71.

¹⁵Europäische Kommission, KOM (2004) 327 endg., S. 3.

¹⁶Europäische Kommission, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen. KOM (2004) 327 endgültig.

¹⁷Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1. September 2005, Bundesgesetzblatt I, S. 2676.

mit geringeren Kosten schneller und früher, sondern auch in höherer Qualität bereitgestellt werden.¹⁸

Im geltenden Gemeinschaftsrecht werden Leistungen der Daseinsvorsorge in den Art. 16, 86 Abs. 2 S. 1 EGV mit den Begriffen "Dienste" beziehungsweise "Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" angesprochen. Diese Begriffe werden weder im EG-Vertrag noch im abgeleiteten Recht definiert. In der Gemeinschaftspraxis bezeichnen sie marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von der Gemeinschaft oder den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Gemeinwohlverpflichtungen sind dabei die besonderen Anforderungen der staatlichen Behörden an den Anbieter der betreffenden Dienstleistung, mit denen sichergestellt werden soll, dass bestimmte Gemeinwohlinteressen erfüllt werden. Der Unterschied zwischen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und sonstigen Dienstleistungen besteht darin, dass sie aus Staatssicht auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt nicht genügend Anreize dafür bietet. Als wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit anzusehen, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Die realen Bedingungen, unter denen die — wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen — Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erbracht werden, sind komplexer Natur und in ständiger Entwicklung begriffen. Sie umfassen 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. Sie unterscheiden sich sowohl von ihrem Wirkungsfeld — auf lokaler, regionaler, nationaler, europäischer oder gar globaler Ebene — als auch vom Charakter her (marktbezogen oder nicht marktbezogen) voneinander.¹⁹

3 Auf dem Weg zu einer neuen Konzeption

Das Thema der Dienste beziehungsweise Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hat auch in den Vertrag über eine Verfassung für Europa Eingang gefunden. In dem von der Europäischen Kommission ausdrücklich begrüßten²⁰ Art. III-122 VV heißt es:

Unbeschadet der Artikel I-5, III-166, III-167 und III-238 und in Anbetracht des von allen in der Union anerkannten Stellenwerts der Diens-

¹⁸Deutscher Bundestag, Drucksache 15/5668, S. 1.

¹⁹Europäische Kommission, KOM (2000) 580 endg., S. 9, 42; Europäische Kommission, KOM (2003) 270 endg., S. 6, 8, 17; Cless/Erdmenger/Gohde, *Diakonie im europäischen Wettbewerb*, S. 13.

²⁰Europäische Kommission, KOM (2004) 374 endg., S. 7.

te von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Union und die 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 Europäisches Gesetz unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten festgelegt, diese Dienste im Einklang mit der Verfassung zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.

3.1 Politik der Europäischen Kommission

Für das nach Art. III-122 S. 2 VV vorgesehene Europäische Gesetz hat die Europäische Kommission bereits mittels einer Mitteilung²¹, eines Grünbuchs²² und eines Weißbuchs²³ Sondierungen vorgenommen (damals noch mit dem Ziel, eine Rahmenrichtlinie vorzuschlagen). Einen konkreten Gesetzesvorschlag hat die Kommission zuletzt allerdings vom Inkrafttreten des Verfassungsvertrags abhängig gemacht.²⁴ Anhand dieser Materialien wird jedenfalls deutlich, welcher Konzeption sie dabei gegebenenfalls folgen wird.

Die Europäische Kommission weist zunächst darauf hin, dass ebenso wie in dem neuen Art. III-122 VV bereits in Art. 16 EGV die Rolle, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse für den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt spielen, ausdrücklich anerkannt und der Gemeinschaft die Aufgabe übertragen werde, diesen Diensten die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern.²⁵ Die Bedeutung dieser Aufgabe hätten auch die Staats- und Regierungschefs auf ihrem Gipfeltreffen im März 2000 in Lissabon herausgestellt.²⁶

Der Europäische Rat hält es für wesentlich, dass im Rahmen des Binnenmarkts und einer wissensbasierten Wirtschaft den Vertragsbestimmungen über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und über Unternehmen, die mit solchen Dienstleistungen betraut sind, in vollem Umfang Rechnung getragen wird.

²¹Europäische Kommission, Mitteilung vom 20. September 2000: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa. KOM (2000) 580 endgültig.

²²Europäische Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21. Mai 2003. KOM (2003) 270 endgültig.

²³Europäische Kommission, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12. Mai 2004. KOM (2004) 374 endgültig.

²⁴Europäische Kommission, KOM (2004) 374 endg., S. 13 f.

²⁵Europäische Kommission, KOM (2000) 580 endg., S. 23.

²⁶Europäischer Rat (Lissabon), Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 23. und 24. März 2000. SN 100/00, Nr. 19.

Für die Europäische Kommission legt diese politische Botschaft ein aktiveres Vorgehen im Hinblick auf Leistungen der Daseinsvorsorge nahe, welches den Binnenmarktansatz übernimmt und weiter ausbaut.²⁷

Zum Ausgangspunkt ihrer Überlegungen macht die Europäische Kommission dementsprechend den Markt, der gewöhnlich die Gewähr für eine optimale Allokation der im gesellschaftlichen Interesse stehenden Ressourcen bietet. Manche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse könnten durch die Märkte allein jedoch nicht vollständig bereit gestellt werden, weil entweder ihr Marktpreis für Verbraucher mit niedriger Kaufkraft zu hoch sei oder weil sich ihre Kosten durch den Marktpreis nicht abdecken ließen. Die wichtigste Pflicht der staatlichen Behörden habe daher seit jeher darin bestanden, entsprechend für Abhilfe zu sorgen. Während die Behörden eine Reihe von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse traditionell selbst erbracht hätten, beauftragten sie heute zunehmend öffentliche oder private Unternehmen beziehungsweise öffentlich-private Partnerschaften mit der Leistungserbringung. Ihre eigene Rolle beschränkten sie auf die Festlegung öffentlicher Zielvorgaben sowie die Überwachung, Regulierung und gegebenenfalls Finanzierung der Leistungen. Diese Entwicklung dürfe jedoch nicht darauf hinauslaufen, dass die staatlichen Stellen ihre Zuständigkeit für die Umsetzung von Zielen abgeben, die im Interesse der Allgemeinheit liegen. Über entsprechende ordnungspolitische Instrumente sollten sie in der Lage sein, die nationale, regionale oder lokale Politik im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gestalten und ihre Umsetzung sicherzustellen.²⁸

Die Kommission setzt sich somit auch hier für eine kontrollierte Liberalisierung ein, das heißt eine schrittweise Öffnung des Markts, flankiert von Maßnahmen zum Schutz des Gemeinwohls. Zur Verwirklichung dieses Ansatzes schlägt die Kommission eine Konzeption des verantwortungsvollen Regierens vor. Darin soll dem Transparenzprinzip eine umfassende Schlüsselrolle zukommen. Mit diesem Prinzip werde sichergestellt, dass die Einrichtungen der öffentlichen Hand ihre Verantwortungen wahrnehmen können und dass Entscheidungen nach demokratischen Grundsätzen getroffen und eingehalten werden. Im Einzelnen setzt sich die Konzeption aus drei Aspekten zusammen: Festlegung und Durchsetzung von Gemeinwohlverpflichtungen sowie organisatorische Abwicklung, Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Evaluierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.²⁹

Im Bereich der Festlegung und Durchsetzung von Gemeinwohlverpflichtungen unterscheidet die Europäische Kommission zwischen allgemeinen und besonderen Verpflichtungen. Zu den allgemeinen Verpflichtungen

²⁷ Europäische Kommission, KOM (2000) 580 endg., S. 23 f.

²⁸ Europäische Kommission, KOM (2003) 270 endg., S. 9.

²⁹ Europäische Kommission, KOM (2003) 270 endg., S. 4, 27; Europäische Kommission, KOM (2004) 374 endg., S. 12 f.

tungen zählt sie Universaldienste, Kontinuität, Dienstqualität, Erschwinglichkeit sowie Nutzer- und Verbraucherschutz. Das Konzept des Universaldienstes lege dabei fest, dass jedermann Anspruch auf Zugang zu bestimmten Diensten hat, die als essenzielle Leistungen gelten, und verpflichtete Dienstleister, bestimmte Dienstleistungen unter Berücksichtigung spezifischer Bedingungen anzubieten. Zu den besonderen Verpflichtungen, die nur in bestimmten Sektoren zum Tragen kämen, zählt sie allgemeine und technische Sicherheit, Versorgungssicherheit, Netzzugang und Zusammenschaltbarkeit sowie Medienpluralismus. Im Hinblick auf die organisatorische Abwicklung geht die Kommission davon aus, dass die Festlegung eines konkreten Gemeinwohlaufrags und der zur Erfüllung dieses Auftrags erforderlichen Dienstleistung nicht unbedingt die Festlegung auf eine bestimmte Art der Leistungserbringung bedeute. Art. 295 EGV, wonach der Vertrag die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt lässt, gewährleiste die Neutralität in Bezug auf die Form der Unternehmensorganisation. Die Kommission mache daher — auch unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips — keine Vorgaben dahingehend, dass Leistungen der Daseinsvorsorge von öffentlichen oder privaten Unternehmen zu erbringen sind, und verlange auch nicht die Privatisierung öffentlicher Unternehmen. Hinsichtlich der Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nimmt die Europäische Kommission eine Reihe von Finanzierungsinstrumenten zur Kenntnis. Darunter favorisiert sie Beiträge von Marktteilnehmern, zum Beispiel Universaldienstfonds, und die staatliche Direktfinanzierung über den Haushalt. Diese Finanzierungsformen sorgten hinsichtlich der Kosten der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und der zugrunde liegenden politischen Entscheidungen für mehr Transparenz. Eine Evaluierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse hält die Europäische Kommission für notwendig, um einschätzen zu können, ob die öffentlichen Aufgaben, die Anbietern derartiger Leistungen von öffentlichen Auftraggebern übertragen wurden, wirksam erfüllt werden. Eine umfassende Bewertung erhöhe die Transparenz und liefere die Grundlage für begründete politische Entscheidungen und eine demokratische Diskussion in Kenntnis der Sachlage.³⁰

3.2 Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Auch der Europäische Gerichtshof nimmt Einfluss auf die Liberalisierung von Leistungen der Daseinsvorsorge. Jüngstes Beispiel hierfür ist die Entscheidung *Stadt Halle*³¹ aus dem Bereich des Vergaberechts. Sie betrifft einen Rechtsstreit der Stadt Halle und der RPL Recyclingpark Lochau GmbH (im Folgenden: RPL Lochau) gegen die Arbeitsgemeinschaft Ther-

³⁰ Europäische Kommission, KOM (2000) 580 endg., S. 9, 11; Europäische Kommission, KOM (2003) 270 endg., S. 18 f., 31, 33; Europäische Kommission, KOM (2004) 374 endg., S. 9.

³¹ EuGH, Lexetius.com 2005, S. 16.

mische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (im Folgenden: TREA Leuna).³²

Die Stadt Halle erteilte der RPL Lochau mit Beschluss des Stadtrats vom 12. Dezember 2001 ohne vorherige förmliche Einleitung eines Vergabeverfahrens den Auftrag zur Ausarbeitung eines Vorhabens, 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 Vertrags über die Entsorgung der städtischen Restabfälle ab 1. Juni 2005 aufzunehmen. Diese Gesellschaft war der Investor für den Bau der thermischen Abfallbeseitigungs- und -verwertungsanlage. 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 Beteiligung von 100 % hält, und zu 24,9 % von einer privaten Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehalten. Das Kapital dieser Gesellschaft wurde erst Ende 2001 aufgeteilt, nämlich als die Vergabe des fraglichen Vorhabens anstand. Gegenstand der RPL Lochau ist der Betrieb von Recycling- und Abfallentsorgungsanlagen. Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden mit einfacher Mehrheit oder mit einer Mehrheit von 75 % der Stimmen gefasst. Die kaufmännische und technische Betriebsführung ist gegenwärtig auf ein drittes Unternehmen übertragen, und die Stadt Halle ist insbesondere zur Rechnungsprüfung befugt. 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. Die Stadt Halle machte zu ihrer Verteidigung geltend, dass der Nachprüfungsantrag nach den §§ 97 Abs. 7, 102 GWB 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. Die Vergabekammer gab dem Antrag der TREA Leuna statt. Auf die Beschwerde der Stadt Halle hin hat das Oberlandesgericht Naumburg das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.³³

³²EuGH, Lexetius.com 2005, S. 16, Abs. 3.

³³EuGH, Lexetius.com 2005, S. 16, Abs. 22–28.

Mit der ersten Fragenreihe möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 1 Abs. 1 RL 89/665/EWG³⁴ 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/EWG³⁵ fällt, und von welchem Zeitpunkt an im Rahmen eines Beschaffungsvorgangs die Mitgliedstaaten einem Bieter, Bewerber oder Interessenten den Zugang zu einem Nachprüfungsverfahren eröffnen müssen. Der Europäische Gerichtshof bejaht den ersten Teil dieser Frage. Diese Nachprüfungsmöglichkeit stehe jedem, der ein Interesse an dem fraglichen Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist beziehungsweise zu entstehen droht, von dem Zeitpunkt an zur Verfügung, zu dem der Wille des öffentlichen Auftraggebers, der Rechtswirkungen entfalten kann, geäußert wird. Die Mitgliedstaaten dürften daher die Nachprüfungsmöglichkeit nicht davon abhängig machen, dass das fragliche Vergabeverfahren formal ein bestimmtes Stadium erreicht hat. Angesichts der Ziele, der Systematik und des Wortlauts der Richtlinie 89/665/EWG und um die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie zu wahren, stelle jede Maßnahme eines öffentlichen Auftraggebers, die im Zusammenhang mit einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag getroffen wird, der in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG fällt, und die Rechtswirkungen entfalten kann, eine nachprüfbare Entscheidung im Sinn von Art. 1 Abs. 1 RL 89/665/EWG dar, unabhängig davon, ob diese Maßnahme außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder im Rahmen eines solchen Verfahrens getroffen wurde. Andernfalls stelle sich die Anwendung der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften je nach Belieben des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers als fakultativ dar. Wegen des Zeitpunkts sei Gr. 2 RL 89/665/EWG zu beachten, wonach die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften vor allem dann zu gewährleisten ist, wenn Verstöße noch beseitigt werden können. Die Willensäußerung des öffentlichen Auftraggebers im Zusammenhang mit dem Auftrag sei deshalb nachprüfbar, wenn sie Rechtswirkungen ent-

³⁴Richtlinie 89/665/EWG des Rats vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 33.

³⁵Richtlinie 92/50/EWG des Rats vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 209 vom 24. Juli 1992, S. 1.

falten kann. Hinsichtlich der Personen, denen ein Nachprüfungsverfahren zugänglich ist, sei auf Art. 1 Abs. 3 RL 89/665/EWG zu verweisen.³⁶

Mit der zweiten Fragenreihe möchte das vorlegende Gericht 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/EWG 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. Die Europäische Gerichtshof bejaht auch dies. Bereits in der Rechtssache *Teckal* hatte er entschieden, dass keine Ausschreibung durchgeführt werden müsse, wenn ein öffentlicher Auftraggeber über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der öffentlichen Stelle verrichtet, die ihre Anteile innehat.³⁷ Im Anschluss daran urteilt der Gerichtshof, dass 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 ausschliesse, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen. Die Beziehung zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und seinen Dienststellen werde durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruhe dagegen auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen, und verfolge andersartige Ziele. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung beeinträchtige das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den in der Richtlinie 92/50/EWG genannten Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten, insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffe.³⁸

4 Zusammenfassung

Trotz ihrer Politik der Liberalisierung mit dem Ziel, den Binnenmarkt zu öffnen, erkennt die Europäische Kommission die Grundidee der kommunalen Daseinsvorsorge, die Chance zur öffentlichen Definition von Ge-

³⁶ *EuGH*, Lexetius.com 2005, S. 16, Abs. 39, 51, 54, 56–58.

³⁷ *EuGH*, Lexetius.com 1999, S. 1879, Abs. 51.

³⁸ *EuGH*, Lexetius.com 2005, S. 16, Abs. 59, 66–68.

meinwohlwohlszielen sowie die Existenz eines Dritten Sektors zwischen Markt und Staat an. Allerdings fordert sie ganz im Licht des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregimes eine Modernisierung der Art und Weise der Wahrnehmung beziehungsweise Umsetzung des politisch definierten Gemeinwohls.³⁹ Die Konzeption der Kommission im Bereich von Leistungen der Daseinsvorsorge weist dabei insgesamt in die Richtung, Daseinsvorsorge zu gewährleisten und nicht mehr selbst herzustellen.⁴⁰ Den Kommunen verbliebe dann die Aufgabe, rechtlich selbständige Organisationseinheiten als Aufgabenträger nach einer öffentlichen Ausschreibung auszuwählen, sie zu kontrollieren und auf sie im Interesse einer gerechten und effektiven Verwaltung knapper Ressourcen einzuwirken.⁴¹ In diesem Anliegen wird die Kommission vom Europäischen Gerichtshof unterstützt. Mit seiner Entscheidung *Stadt Halle* verdeutlicht er, dass die Anforderungen von Transparenz und Wettbewerb auch im Bereich von Leistungen der Daseinsvorsorge strengstens zu beachten sind. Die Kommunen werden auf diese Weise dazu gezwungen, Leistungen der Daseinsvorsorge, bei denen der Schwellenwert überschritten ist, auszuschreiben, wenn sie diese nicht vollständig selbst erbringen können oder wollen.

Literatur

- Articus, Stephan:** Sicherung kommunaler Daseinsfürsorge auf dem Prüfstand. Sozialer Bundesstaat, 66 [2005], S. 63–83.
- Berschin, Felix:** Daseinsvorsorge durch Wettbewerb — der öffentliche Verkehr zu Lande im Markt. [URL: http://www.nahverkehrsberatung.de/downloads/DissertationFelixBerschin.pdf](http://www.nahverkehrsberatung.de/downloads/DissertationFelixBerschin.pdf).
- Cless, Gottfried/Erdmenger, Katharina/Gohde, Jürgen:** Diakonie im europäischen Wettbewerb. Über strukturelle Auswirkungen unseres Marktverhaltens in Deutschland und Europa. [URL: http://www.diakonie.de/downloads/DK-06-2000.pdf](http://www.diakonie.de/downloads/DK-06-2000.pdf).
- Kohte, Wolfhard/Irion, Kristina:** Zur Beförderung von arbeits- und sozialpolitischen Belangen durch den gemeinwirtschaftlichen Personennahverkehr — Nach dem „Altmark-Trans“-Urteil des EuGH. ZESAR, 2004, S. 439–442.
- Scholz, Rupert:** Das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip und seine Konkretisierung im Bundesstaat. Sozialer Bundesstaat, 66 [2005], S. 11–37.
- Schulz-Nieswandt, Frank:** Soziale Daseinsvorsorge und Unionsbürgerschaft. [URL: http://www.uni-koeln.de/wiso-fak/soposem/snw/pdf/daseinsvorsorge.pdf](http://www.uni-koeln.de/wiso-fak/soposem/snw/pdf/daseinsvorsorge.pdf).
- Schwark, Eberhard:** Wirtschaftsordnung und Sozialstaatsprinzip. [URL: http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-v1/schwark-eberhard/PDF/Schwark.pdf](http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-v1/schwark-eberhard/PDF/Schwark.pdf).

³⁹Schulz-Nieswandt, Soziale Daseinsvorsorge und Unionsbürgerschaft, S. 33; anderer Ansicht noch Schwark, Wirtschaftsordnung und Sozialstaatsprinzip, S. 22.

⁴⁰Berschin, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb, S. 9.

⁴¹Stober, Kommunalrecht, S. 167.

Stober, Rolf: Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland. 3. Auflage. Stuttgart, 1996.

Rechtsprechung

EuGH: Urteil vom 18. November 1999 — C-107/98 — Teckal. Lexetius.com, 1999, S. 1879, Abs. 1–53 (URL: <http://lexetius.com/1999,1879>).

EuGH: Urteil vom 24. Juli 2003 — C-280/00 — Altmark Trans. Lexetius.com, 2003, S. 3899, Abs. 1–115 (URL: <http://lexetius.com/2003,3899>).

EuGH: Urteil vom 11. Januar 2005 — C-26/03 — Stadt Halle. Lexetius.com, 2005, S. 16, Abs. 1–71 (URL: <http://lexetius.com/2005,16>).

Dokumente

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften. Drucksache 15/5668.

Europäische Kommission: Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21. Mai 2003. KOM (2003) 270 endgültig.

Europäische Kommission: Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen. KOM (2004) 327 endgültig.

Europäische Kommission: Mitteilung vom 20. September 2000: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa. KOM (2000) 580 endgültig.

Europäische Kommission: Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12. Mai 2004. KOM (2004) 374 endgültig.

Europäischer Rat (Lissabon): Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 23. und 24. März 2000. SN 100/00.