

## Aktuelle Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu öffentlichen Dienstleistungen

*Beihilfenrecht; Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse; Dienstleistungskonzessionen; Gerichtshof der Europäischen Union; Grenzüberschreitende Gesundheitsdienstleistungen; In house-Vergabe; Interkommunale Kooperation; Rechtsprechung; Vergaberecht*

*Durch mehrere Urteile hat der Europäische Gerichtshof in den Jahren 2009 und 2010 seine Rechtsprechung zu öffentlichen Dienstleistungen konsolidiert und teilweise weiterentwickelt. Dabei steht das Bemühen im Vordergrund, die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Organisation öffentlicher Dienstleistungen besser in Einklang mit dem EU-Recht zu bringen. Dies gilt insbesondere für den Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit. Eher zurückhaltend ist der EuGH allerdings gegenüber Beschränkungen der Grundfreiheiten, die auch – aber nicht in erster Linie – auf Erwägung der Daseinsvorsorge beruhen. Die bereits im Altmark Trans-Urteil festgelegten Grundsätze der Beurteilung von Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aus beihilfenrechtlicher Sicht wurden nicht modifiziert. Hier gehen wesentliche Impulse von der Kommission aus. Das gilt gleichermaßen für den Bereich Dienstleistungskonzessionen, obwohl dieser auch durch die Rechtsprechung weiterentwickelt wird. Der Gerichtshof sollte sich zukünftig durch die Grundsätze des Protokolls zu Diensten von allgemeinem Interesse leiten lassen, das die Autonomie der Aufgabenträger, Vielfalt der Leistungen, Zugang und Qualitätsgrundsätze und die Nutzerperspektive betont.*

Wer sich praktisch oder wissenschaftlich mit dem Recht öffentlicher Dienstleistungen befasst, wird regelmäßig mit den europarechtlichen Entwicklungen auf diesem Gebiet konfrontiert. Das EU-Recht setzt längst nicht mehr nur Rahmenbedingungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, sondern enthält teilweise detaillierte Vorgaben für Organisations- und Finanzierungsfragen. Das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 hat hieran in der Sache wenig geändert, da die wesentlichen Bestimmungen des EU-Primärrechts beibehalten wurden. Neben den einschlägigen Mitteilungen und Entscheidungen der Kommission wird die Praxis nach wie vor von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union<sup>1</sup> zu den „notorischen Baustellen“ des für öffentliche Dienstleistungen relevanten EU-Rechts bestimmt. Dazu zählen u. a. der Beihilfencharakter von öffentlichen Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen und die vergaberechtliche Bewertung von interkommunalen Kooperationen. Im Folgenden wird diese Rechtsprechung für den Zeitraum zwischen 2009 und 2010

---

1 Der Gerichtshof der Europäischen Union umfasst gem. Art. 19 Abs. 1 AEUV den Gerichtshof (im Folgenden: EuGH), das Gericht (früher: Gericht erster Instanz, im Folgenden: EuG) und Fachgerichte.

nachgezeichnet.<sup>2</sup> Dabei wird aufgezeigt, in welchen Bereichen sich die Rechtsprechung verfestigt und wo neue Entwicklungen zu beobachten sind.

## **I. Beschränkung der Grundfreiheiten aus Gründen der Daseinsvorsorge auf der Grundlage von Art. 106 Abs. 2 AEUV oder nur durch zwingende Erfordernisse?**

Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex Art. 86 Abs. 2 EGV) gelten die Regeln des EU-Rechts auch für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, wenn dadurch die Erfüllung der diesen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe nicht rechtlich oder tatsächlich verhindert wird. Diese Vorschrift hat sich seit Anfang der 1990er Jahre zur Zentralnorm für das Verhältnis von Daseinsvorsorge und europäischem Wirtschaftsrecht entwickelt (Krajewski 2011, S. 81). Sie ermöglicht einen Ausgleich zwischen den Besonderheiten öffentlicher Dienstleistungen und den Prinzipien des Binnenmarkts. Inwieweit sie nicht nur auf das Wettbewerbs- und Beihilfenrecht sondern auch auf die Grundfreiheiten anwendbar ist, ist bislang noch nicht abschließend geklärt und führt immer wieder zu Unsicherheiten (Reese/Koch 2010, S. 1399). In zwei Verfahren wurde dem EuGH diese Frage gestellt. Obwohl der EuGH in beiden Fällen einer klaren Antwort auswich, lassen sich einige Erkenntnisse aus diesen Fällen gewinnen.

### **1. Genehmigungsvorbehalt für grenzüberschreitenden Investitionen von Unternehmen der Daseinsvorsorge (Sint Servatius)**

In einer mit Spannung erwarteten Entscheidung befasste sich der EuGH am 1. Oktober 2009 mit der Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV) auf ein niederländisches Unternehmen des sozialen Wohnungsbaus.<sup>3</sup> *Woningstichting Sint Servatius* (im Folgenden: Servatius), eine Einrichtung des sozialen Wohnungsbaus, beabsichtigte eine Investition in ein Bauprojekt in Lüttich (Belgien). Das zuständige Ministerium verweigerte die hierfür erforderliche Genehmigung, da Servatius nicht dargetan hatte, dass das Vorhaben dem niederländischen Wohnungsmarkt hätte zugutekommen können. Der mit dem darauf folgenden Rechtsstreit befasste Raad van State legte dem EuGH die Frage vor, unter welchen Umständen die Genehmigungsverweigerung als Ausnahme von der Kapitalverkehrsfreiheit gerechtfertigt werden könne. Dabei beschränkte der Raad van State seine Frage nicht nur auf die der Kapitalverkehrsfreiheit innewohnenden Rechtfertigungsgründe des Art. 58 EGV (jetzt Art. 65 AEUV) bzw. der sog. zwingenden Gründe des Allgemeinwohls, sondern wollte ausdrücklich auch wissen, ob eine Recht-

---

2 Die Übersicht beschränkt sich auf Rechtsprechung zum Primärrecht und lässt insbesondere die Rechtsprechung zu sektoralen Harmonisierungsrichtlinien in den Bereichen Telekommunikation, Post, Energie und Verkehr unberücksichtigt.

3 EuGH, Rs C-567/07, Minister voor Wonen, Wijken en Integratie/Woningstichting Sint Servatius, Slg. 2009, I-9021.

Aktuelle Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu öffentlichen Dienstleistungen fertigung auch auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 2 EGV (jetzt Art. 106 Abs. 2 AEUV) möglich sei.<sup>4</sup>

In seiner Antwort erkannte der EuGH an, dass die Sozialwohnungspolitik und ihre Finanzierbarkeit als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen werden und Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigen können.<sup>5</sup> Unter Rückgriff auf seine Rechtsprechung zu Krankenbehandlungen im Ausland,<sup>6</sup> hielt er weiterhin fest, dass auch die erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts einer Sozialpolitik als zwingender Grund des Allgemeininteresses Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigen können.<sup>7</sup> Vor diesem Hintergrund hielt es der EuGH auch für möglich, dass ein System vorheriger Genehmigungen geeignet sein könne, um die zweckkonforme Mittelverwendung von Unternehmen des sozialen Wohnungsbaus sicherzustellen.<sup>8</sup> Zur konkreten Ausgestaltung dieser Genehmigungen erinnerte der EuGH jedoch daran, dass vorherige Genehmigungen auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen müssen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden hinreichende Grenzen gesetzt werden könne.<sup>9</sup> Ob diese Anforderung im Fall *Sint Servatius* gegeben war, ließ der EuGH offen und betraute das vorlegende Gericht mit der Sachentscheidung. Der EuGH machte jedoch deutlich, dass er dem Streitgegenständlichen System von Vorabgenehmigungen skeptisch gegenüber stand.

Während die Ausführungen des EuGH zu den Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit aus Gründen des sozialen Wohnungsbaus eine willkommene Weiterführung der Rechtsprechung darstellen, sind die Urteilspassagen, die Art. 86 Abs. 2 EGV (jetzt Art. 106 Abs. 2 AEUV) betreffen, zunächst wenig erhellend (Tschäpe 2010, S. 20). Der EuGH ließ sich nämlich in der Sache gar nicht auf die Frage ein. Er war vielmehr der Auffassung, dass die erforderliche Genehmigung nicht dem Schutz von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse diene.<sup>10</sup> Weiter führte der EuGH aus, dass es in dem Rechtsstreit „weder um die Übertragung besonderer oder ausschließlicher Rechte auf Servatius noch um die Einstufung ihrer Tätigkeiten als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse [geht], sondern lediglich um die Rechtmäßigkeit einer dieser Einrichtung auferlegten Beschränkung in Gestalt der Verpflichtung, sich einem Verwaltungsverfahren der vorherigen Genehmigung zu unterwerfen.“ Diese Aussage ist nicht nachzuvollziehen, da Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht nur dann einschlägig ist, wenn die Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse streitig ist. Vielmehr steht häufig die Frage im Mittelpunkt, welche Folgen sich hieraus für die Anwendbarkeit des EU-Rechts ergeben. Die Verweigerung der Genehmigung stellte nämlich eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit dar, die ggf. mit Art. 106 Abs. 2 AEUV hätte gerechtfertigt werden können. Genau danach hatte der Raad van State auch gefragt.<sup>11</sup>

---

4 Rs. C-567/07 (o. Fn. 3), Rdnr. 18

5 Rs. C-567/07 (o. Fn. 3), Rdnr. 30.

6 EuGH, Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931; Rs. C-157/99, Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473; Rs. C-385/99, Müller-Fauré und van Riet, Slg. 2003, I-4509; EuGH, Rs. C-372/04, Watts, Slg. 2006, I-4325.

7 Rs. C-567/07 (o. Fn. 3), Rdnr. 31.

8 Rs. C-567/07 (o. Fn. 3), Rdnr. 33-34.

9 Rs. C-567/07 (o. Fn. 3), Rdnr. 35.

10 Rs. C-567/07 (o. Fn. 3), Rdnr. 45-46.

11 Rs. C-567/07 (o. Fn. 3), Rdnr. 18.

Versucht man, aus der knappen und überraschenden Antwort des EuGH gleichwohl Erkenntnisse zu gewinnen, lässt sich folgendes festhalten: Es dürfte auch für den EuGH unstrittig gewesen sein, dass Maßnahmen des sozialen Wohnungsbaus als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden können. Bereits 2005 hatte die Kommission dies in zwei Entscheidungen anerkannt.<sup>12</sup> Hätte der EuGH dies grundsätzlich anders gesehen, hätte er sich intensiver mit diesem Problem auseinandergesetzt. Unklarer dürfte dagegen gewesen sein, ob alle Aktivitäten von Servatius als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen gewesen wären, da niederländische Wohnungsbauunternehmen teilweise auch kommerziellen Aktivitäten nachgehen (Lavrijssen/de Vries 2009, S. 405 f.). Man kann dem Urteil auch eine Bestätigung dafür entnehmen, dass der EuGH die Anwendbarkeit des Art. 106 Abs. 2 AEUV auf die Grundfreiheiten nicht grundsätzlich ausschließt. Dies ist in früherer Rechtsprechung bereits angedeutet worden,<sup>13</sup> wenngleich es an einer ausführlichen Darlegung und direkten Anwendung der Norm auf eine der Grundfreiheiten noch fehlt. Es ist daher zu bedauern, dass der EuGH den *Sint Servatius* Fall nicht genutzt hat, um hier eine grundlegende Klärung herbeizuführen. Der EuGH könnte die Prüfung des Art. 86 Abs. 2 EGV (jetzt Art. 106 Abs. 2 AEUV) abgelehnt haben, weil die Vorschrift auf den Streitgegenstand schlicht nicht passte: Grundlage für die Verweigerung der Genehmigung war nämlich, dass Servatius ihr Geschäftsfeld jenseits des Satzungszwecks erweitern wollte. Eine derartige Erweiterung hätte der Minister im Einzelfall gestatten können, wenn sie im Interesse des Wohnungswesens gelegen hätte.<sup>14</sup> Damit lag ein Fall vor, der von dem Zweck des Art. 106 Abs. 2 AEUV gar nicht erfasst wird: Diese Norm soll Unternehmen der Daseinsvorsorge vor der Anwendbarkeit des EU-Rechts schützen, wenn andernfalls die Aufgabenerfüllung des Unternehmens gefährdet wäre. Typischerweise werden damit Situationen erfasst, in denen die Anwendung des EU-Rechts zu einer Konkurrenzsituation für das mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen führen würde. Art. 106 Abs. 2 AEUV ist damit auf die Abwehr von Wettbewerb und marktformigen Strukturen gerichtet.

## 2. Steuerung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben durch „Goldene Aktien“?

Die Frage, ob Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit mit Hilfe von Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden können, war auch Gegenstand des Verfahrens *Kommission/Portugal* um sog. „Goldene Aktien“, dass der EuGH am 11. November 2010 entschied. Durch eine „Goldene Aktie“ wurde dem portugiesischen Staat ein Vetorecht bei Satzungsänderungen und anderen strategische Entscheidungen bezüglich des überwiegend in privatem Besitz befindlichen Energieunternehmens EDP eingeräumt.<sup>15</sup> In der Rechtsprechung des EuGH ist seit langem geklärt, dass derartige Sonderrechte gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen.<sup>16</sup> Bislang hatte jedoch noch

12 Entscheidung der Kommission vom 7.12.2005, State Aid N 395/2005 und Entscheidung 2005/842/EG der Kommission vom 28.11.2005, ABl. 2005, L 312/67.

13 EuGH Rs. C-157/94, *Kommission/Niederlande*, Slg. 1997, I-5699, Rdnr. 32; Rs. C-266/96, *Corsica Ferries France*, Slg. 1998, I-3949, Rdnr. 59.

14 Rs. C-567/07 (o. Fn. 3), Rdnr. 10.

15 EuGH, Rs. C-543/08, *Kommission/Portugal*, Wertpapier-Mitteilungen (WM) 2010, S. 2262ff.

16 EuGH, verb. Rs. C-282/04 und C-283/04, *Kommission/Niederlande (Golden Share VI)*, Slg. 2006, I-9141.

kein Staat versucht, diese Sonderrechte auf der Grundlage von Art. 106 Abs. 2 AEUV zu rechtfertigen. Ganz fernliegend war dieser Versuch im vorliegenden Fall nicht, da die Energieversorgung in der Rechtsprechung bereits als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen worden war.<sup>17</sup> Allerdings wies der Gerichtshof in seinem Urteil die Berufung auf Art. 106 Abs. 2 AEUV zurück, da er „auf eine Situation wie im vorliegenden Fall keine Anwendung findet“.<sup>18</sup> Ähnlich wie im Fall *Servatius* stellte der EuGH dabei darauf ab, dass sich das Verfahren „nicht auf die Übertragung besonderer oder ausschließlicher Rechte auf EDP und auch nicht auf die Qualifizierung von deren Tätigkeiten als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse [bezieht], sondern es betrifft die Rechtmäßigkeit der Zuweisung von Sonderrechten, die mit vom portugiesischen Staat am Gesellschaftskapital von EDP gehaltenen Sonderaktien verbunden sind, an diesen Staat in seiner Eigenschaft als Aktionär dieser Gesellschaft.“<sup>19</sup>

Auch diese Begründung muss man auslegen. Der EuGH kann so verstanden werden, dass die Sonderrechte, die mit den „Goldenen Aktien“ verbunden waren, nicht der Erfüllung ggf. übertragener besonderer öffentlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge dienten, sondern grundsätzliche Entscheidungen des Unternehmens aller Art betrafen. Dem wird man zustimmen können. Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass „Goldene Aktien“, mit denen der Staat gerade die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sicherstellen will, gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden können.

Da sowohl das *Servatius*- als auch das „Goldene Aktien“-Urteil ohne Schlussanträge des Generalanwalts ergingen, entfällt auch diese sonst zum Teil erhellende Erkenntnisquelle über die Hintergründe eines Urteils. Immerhin lassen sich aus den beiden Urteilen zwei Folgerungen ableiten: Erstens geht der EuGH offenbar davon aus, dass Art. 106 Abs. 2 AEUV auch als Rechtfertigung für Beschränkungen der Grundfreiheiten herangezogen werden kann. Andernfalls hätte er die Erörterung der Vorschrift von vorneherein ablehnen müssen. Zweites wird aus den Entscheidungen deutlich, dass Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht herangezogen werden kann, um jeden staatlichen Einfluss auf bestimmte Unternehmen zu rechtfertigen, sondern nur denjenigen, der für die Sicherstellung der spezifischen Erfüllung der übertragenen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, erforderlich ist. Strategische, unternehmenstaktische Entscheidungen und Maßnahmen, die diese absichern, sind dagegen am EU-Recht zu messen. Die genannten Erkenntnisse revolutionieren das bisherige Verständnis von Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht, tragen aber dazu bei, dass die Vorschrift wieder neu belebt werden kann.

## II. Keine Präzisierung oder Modifikation der Altmark Trans-Kriterien (Fallimento Traghetti del Mediterraneo und Deutsche Post)

Der europarechtliche Rahmen der Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen wird durch das Beihilfenrecht (Art. 107 ff AEUV) geprägt. Die zentrale EuGH-Entscheidung auf diesem Gebiet

17 EuGH, Rs. C-157/94, Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699, Rdnr. 41; C- 159/94, Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Rdnr. 57.

18 Rs. C-543/08 (o. Fn. 15), Rdnr. 96.

19 Rs. C-543/08 (o. Fn. 15), Rdnr. 95.

ist immer noch das Urteil *Altmark Trans* aus dem Jahre 2003. In diesem Urteil hatte der EuGH vier Bedingungen aufgestellt, die erfüllt sein müssen, damit Ausgleichszahlungen an Unternehmen der Daseinsvorsorge für Gemeinwohlverpflichtungen nicht als Beihilfe anzusehen sind:<sup>20</sup> Erstens muss das durch die Ausgleichszahlung begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. Zweitens sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, vor der Ausgleichszahlung objektiv und transparent aufzustellen. Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Viertens ist der Ausgleich auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

In einem viel beachteten Urteil modifizierte das Gericht erster Instanz (jetzt: das Gericht) in der Rechtssache *BUPA* im Februar 2008 das vierte *Altmark Trans*-Kriterium und interpretierte es weniger streng als der EuGH.<sup>21</sup> Ein Vergleich zwischen dem durch die Ausgleichszahlung Begünstigten und einem effizienten Wirtschaftsteilnehmer sei nicht immer erforderlich. Gegen das Urteil wurde kein Rechtsmittel eingelegt, so dass der EuGH hierzu keine Stellung nehmen musste. Auch in den seither ergangenen Urteilen des EuGH hat er sich mit dem Ansatz des EuG sachlich nicht befasst. Das ist insofern bedauerlich, als das *BUPA*-Urteil eine Reihe von praktisch relevanten Fragen aufgeworfen hat, die in der Rechtsprechung bislang noch nicht abschließend geklärt wurden (Hancker/Larouche 2010).

Erstmals hätte sich dem EuGH hierzu in dem am 10. Juni 2010 entschiedenen Urteil in der Sache *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*<sup>22</sup> eine Chance geboten. Der Fall betraf Zuschüsse, die zur Aufrechterhaltung von wirtschaftlich nicht rentablen Fährverbindungen zwischen großen und kleineren italienischen Inseln bestimmt waren. Damit sollte die wirtschaftliche und soziale Entwicklung der betroffenen Regionen, insbesondere des Mezzogiorno, gewährleistet werden. Der EuGH sah in der Erfüllung dieser Aufgabe ohne weiteres eine Gemeinwohlverpflichtung,<sup>23</sup> was der bisherigen Rechtsprechung entspricht.<sup>24</sup> Allerdings waren die Ausgleichszahlungen während des streitrelevanten Zeitraums zwischen 1976 und 1980 nicht auf der Grundlage einer die Einzelheiten der Gemeinwohlverpflichtung regelnden Vereinbarung gezahlt worden, sondern als Abschlagszahlungen auf der Grundlage eines Gesetzes, das lediglich allgemeine Vorgaben enthielt. Der EuGH sah daher keines der vier *Altmark Trans*-Kriterien als erfüllt an und lehnte es ab, die Ausgleichszahlungen nicht als Beihilfe zu qualifizieren.<sup>25</sup>

Aus dem Urteil lassen sich daher keine Erkenntnisse für die weitere Präzisierung der *Altmark Trans*-Kriterien gewinnen. Allerdings macht der EuGH deutlich, dass die Kriterien auch auf Aus-

20 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rn. 90 ff.

21 EuG, Rs. T-289/03, *BUPA u. a./Kommission*, Slg. 2008, II-81, Rn. 246 ff.

22 EuGH, C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, EuZW 2010, 824.

23 Rs. C-140/09 (o. Fn. 22), Rdnr 41.

24 EuG, Rs. T-17/02, *Fred Olsen/Kommission*, Slg. 2005, II-2031, Rdnr. 216 ff.

25 Rs. C-140/09 (o. Fn. 22), Rdnr. 44.

Aktuelle Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu öffentlichen Dienstleistungen gleichzahlungen anzuwenden sind, die vor Erlass des *Altmark Trans*-Urteils gezahlt wurden. Dies hatte des EuG bereits im *BUPA*-Urteil angenommen.<sup>26</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit ist das nicht unbedenklich, da dies einer rückwirkenden Anwendung von Rechtsnormen gleichkommt. Rechtsdogmatisch lässt sich die rückwirkende Anwendung der *Altmark Trans*-Kriterien allenfalls damit rechtfertigen, dass der EuGH in dem Urteil einen Begriff des Primärrechts auslegt hat („Begünstigung“), der seit den Verträgen von Rom Teil des EU-Beihilfenrechts ist.<sup>27</sup> Damit wird kein neues Recht geschaffen, sondern bestehendes präzisiert und konkretisiert. Angesichts der Meinungsverschiedenheiten, die bis zum *Altmark Trans*-Urteil in Praxis und Wissenschaft zur Bewertung von Ausgleichszahlungen bestanden (Nettesheim 2002, S. 258 ff.; Franzius 2003, S. 3030) und angesichts der detaillierten Beschreibung der Kriterien, ist diese Vorverlegung aus praktischer Sicht jedoch problematisch.

Die *Altmark Trans*-Kriterien spielten auch in der EuGH-Entscheidung *Kommission/Deutsche Post* vom 2. September 2010 eine Rolle.<sup>28</sup> Es handelte sich um die Rechtsmittelentscheidung gegen das Urteil des EuG vom 1. Juli 2008, mit dem dieses eine Entscheidung der Kommission gegen die Deutsche Post AG aufgehoben hatte.<sup>29</sup> Diese hatte am 19. Juni 2002 entschieden, dass Transferzahlungen zwischen der Deutschen Telekom und der Deutschen Post AG für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse eine Überkompensation darstellten.<sup>30</sup> Das EuG hatte die Kommissionsentscheidung seinerzeit aufgehoben, da die Kommission eine Reihe von Fragen nicht ausreichend geprüft hatte. Der EuGH hat das Urteil des EuG nunmehr bestätigt. Dabei wies der EuGH nochmals auf die vier *Altmark Trans*-Kriterien hin, die er auch für anwendbar hielt, obwohl das Urteil des EuG bereits 2002 und damit vor dem *Altmark Trans*-Urteil ergangen war. Das Urteil des EuG hatte jedoch Bestand, da es zutreffend auf Mängel in der Sachverhaltsaufklärung der Kommission hingewiesen hatte.<sup>31</sup>

Vor dem Hintergrund der genannten Urteile ist die weitere Entwicklung noch offen. Die Relativierung des vierten *Altmark Trans*-Kriteriums durch das EuG in der Rechtssache *BUPA* harrt weiterhin einer Reaktion durch den EuGH. Im Übrigen bleibt für die Praxis das Maßnahmenpaket der Kommission aus dem Jahre 2005 von zentraler Bedeutung (Jennert/Pauka 2009, S. 326 ff.). Die relativ geringe Zahl an Urteilen, die der EuGH in den vergangenen Jahren zur beihilfenrechtlichen Bewertung von Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen fällen musste, deutet auch darauf hin, dass das Maßnahmenpaket der Kommission eine Reihe von Fragen der Praxis beantwortet hat. Dadurch dürfte sich der Bedarf an gerichtlicher Klärung dieser Fragen verringert haben.

---

26 EuG, *BUPA* u. a./Kommission, T-289/03, Slg. 2008, II-81, Rdnr. 158. Bestätigt durch EuG, T-189/03, *ASM Brescia*/Kommission, 11. Juni 2009, Rn. 125.

27 So auch Schlussanträge GA Jääskinen vom 2.12.2010, Rs. C-148/09, *Belgien/Deutsche Post*, Rdnr. 115.

28 EuGH, C-399/08, *Kommission/Deutsche Post*, im Internet unter <http://curia.europa.eu/>.

29 EuG, T-266/02, Slg. 2008, II-1233.

30 Entscheidung der Kommission vom 19. Juni 2002, ABl 2002, L 247/27.

31 Rs C-399/08 (o. Fn. 28), Rdnr. 48.

### III. Anwendbarkeit des Vergaberechts

Anders als zum Beihilfenrecht hat der EuGH in den Jahren 2009 und 2010 eine Reihe von grundsätzlichen Urteilen zum Vergaberecht gefällt, die in erster Linie die Frage betrafen, unter welchen Umständen das EU-Vergaberecht, insbesondere die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, Anwendung finden.

#### 1. Auftraggebereigenschaft von Sozialversicherungsträgern (Oymanns) und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen (Wall)

Im deutschen Sozialrecht war die Frage, ob das EU-Vergaberecht auf Sozialversicherungsträger Anwendung findet, d. h., ob diese verpflichtet sind, die Vergabe von Leistungsverträgen nach EU-Recht auszuschreiben, lange umstritten. Der EuGH hat diese Frage am 11. Juni 2009 im Urteil *Oymanns* nunmehr bejaht.<sup>32</sup> Das Urteil beruhte auf einer Vorlage des Oberlandesgerichts Düsseldorf in einem Rechtsstreit zwischen einem Hersteller von orthopädischen Schuhen und der AOK Rheinland. Für die Frage, ob Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber im Sinne der Vergaberichtlinie 2004/18/EG anzusehen seien, kam es darauf an, ob die Krankenkassen überwiegend durch den Staat finanziert sind. Nachdem der EuGH sich ausführlich mit dem Finanzierungssystem der Krankenkassen befasste hatte, entschied er, dass eine überwiegende staatliche Finanzierung vorliege, „wenn die Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenkassen hauptsächlich durch Mitgliedsbeiträge finanziert werden, die nach öffentlich-rechtlichen Regeln, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede stehen, auferlegt, berechnet und erhoben werden“.<sup>33</sup> Der EuGH stellte klar, dass Krankenkassen, die diesen Kriterien genügen, als Einrichtungen des öffentlichen Rechts und damit als öffentliche Auftraggeber anzusehen sind. In der sozialrechtlichen Literatur wird die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Krankenkassen nicht unkritisch gesehen (Welti 2011; Kingreen 2009, S. 2419). Sie entspricht jedoch in gewisser Hinsicht der Rechtsprechung, wonach Krankenkassen keine Unternehmen im Sinne des Art. 101 AEUV sind.<sup>34</sup>

Keine Anwendung findet das Vergaberecht auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen, die sich zwar mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand befinden, von den betreffenden Gebietskörperschaften jedoch nicht kontrolliert werden und auch auf dem Markt tätig sind. Dies stellte der EuGH im Urteil *Wall/Stadt Frankfurt* vom 13. April 2010 klar.<sup>35</sup> Die Entscheidung betraf zwar keine Auftragsvergabe, sondern eine Dienstleistungskonzession, der EuGH entschied jedoch, dass die für Dienstleistungskonzessionen geltenden Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz nur auf öffentliche Auftraggeber im Sinne der Vergaberechtsrichtlinien Anwendung fänden, da die genannten Grundsätze und das Vergaberecht die gleichen Ziele verfolgten.<sup>36</sup> In dem Fall ging es u. a. um die Übertragung von Leistungen bei der Bewirtschaftung öffentlicher Toilettenanlagen an privatwirtschaftliche Unternehmen durch den Hauptkonzessio-

32 EuGH, Rs. C-300/07, Slg 2009, I-4779.

33 Rs C-300/07 (o. Fn. 32), Rdnr. 59.

34 Dazu unten IV.

35 EuGH, Rs. C-91/08, *Wall/Stadt Frankfurt*, EWS 2010, 188

36 Rs C-91/08 (o. Fn. 35), Rdnr. 48.



Aktuelle Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu öffentlichen Dienstleistungen nar, die Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH. Das Kapital der FES wird zwar zu 51 Prozent von der Stadt gehalten, Gesellschafterbeschlüsse können jedoch nur mit drei Vierteln der Stimmen der Gesellschafterversammlung getroffen werden und im Aufsichtsrat verfügt die Stadt nur über ein Viertel der Stimmen. Ein derartiges Unternehmen befindet sich nach Meinung des EuGH nicht „unter staatlicher Kontrolle“ und ist daher auch kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts. Das gilt erst recht, wenn das Unternehmen auf dem Markt im Wettbewerb tätig ist.<sup>37</sup>

## 2. Ausschreibungspflicht bei öffentlichen Krankentransportleistungen und betrieblicher Altersvorsorge kommunaler Arbeitgeber

Ebenfalls von grundsätzlicher Bedeutung war die Entscheidung des EuGH vom 29. April 2010 über die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf *öffentliche Krankentransportleistungen*, insbesondere Notfallrettung.<sup>38</sup> Auf die Beschwerde mehrerer Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten erhob die Kommission Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der vergabefreien Übertragung von Krankentransportleistungen an Einrichtungen des Deutschen Roten Kreuzes, des Arbeiter-Samariter-Bundes, der Johanniter-Unfall-Hilfe und anderer in mehreren Bundesländern. Die Bundesrepublik berief sich neben tatsächlichen Einwendungen einerseits auf die Ausnahmevorschrift zu Gunsten von Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Gewalt (Art. 45 i.V.m. 55 EGV, jetzt Art. 51 i.V.m. 62 AEUV) und andererseits auf die Vorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV (jetzt Art. 106 Abs. 2 AEUV).

Der EuGH wies zunächst die Berufung auf die Ausübung hoheitlicher Gewalt zurück. Der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung sei für diese Qualifizierung ebenso wenig geeignet, wie die Ausübung straenverkehrsrechtlicher Sonderrechte (Blaulicht).<sup>39</sup> Mit dieser engen Auslegung des Ausschlussgrunds der Ausübung öffentlicher Gewalt blieb der EuGH seiner bisherigen Rechtsprechung treu. Danach stellte der EuGH fest, dass die Nichtausschreibung der genannten Leistungen gegen die einschlägigen Vergaberichtlinien verstoßen hatte.<sup>40</sup> Anschließend prüfte der EuGH die Rechtfertigung auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 2 EGV und gab damit zu erkennen, dass diese Vorschrift auch Abweichungen vom EU-Vergaberecht rechtfertigen könne.<sup>41</sup> Da in der Rechtsprechung die Qualifizierung von Krankentransportleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bereits anerkannt war,<sup>42</sup> konnte sich der EuGH auf die Prüfung, ob die Einschränkung des EU-Rechts gerechtfertigt war, konzentrieren. Hierzu führte er aus, dass die von Deutschland vorgebrachten Argumente für eine Quersubventionierung und eine möglichst ortsnahe Versorgung zu ermöglichen, legitime Ziele aus Sicht des EU-Rechts sind, dass sie jedoch keine Beschränkung der Ausschreibungspflicht begründen können.<sup>43</sup> Damit ist nunmehr höchst-richterlich entschieden, dass die Kommunen als Träger der örtlichen Rettungsdienste die Erbrin-

37 Rs. C-91/08 (o. Fn. 35), Rdnr. 60.

38 EuGH, C-160/08, Deutschland/Kommission, NVwZ 2010, S. 949.

39 Rs. C-160/08 (o. Fn. 38), Rdnr. 80-81.

40 Rs. C-160/08 (o. Fn. 38), Rdnr. 122.

41 Rs. C-160/08 (o. Fn. 38), Rdnr. 125 ff.

42 EuGH, Rs. C-475/99, AmbulanzGlockner, Slg. 2001, I-8089.

43 Rs. C-160/08 (o. Fn. 38), Rdnr. 128-129.

gung der jeweiligen Leistungen nach den Vorgaben des europäischen Vergaberechts vergeben müssen.

Ein äußerst kontroverses Urteil fällt der EuGH am 15. Juni 2010 zur *betrieblichen Altersversorgung im kommunalen öffentlichen Dienst* in Deutschland.<sup>44</sup> Die kommunalen Arbeitgeber hatten sich tarifvertraglich dazu verpflichtet, die Entgeltumwandlung nach dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung bei öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen, der Sparkassen-Finanzgruppe oder Kommunalversicherern durchzuführen. Auf eine Beschwerde von Konkurrenzunternehmen leitete die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein, da die Vergabe der Versicherungsaufträge ohne europaweite öffentliche Ausschreibungen erfolgte. Die Bundesrepublik Deutschland berief sich darauf, dass die kommunalen Arbeitgeber als Tarifpartner und nicht als öffentliche Auftraggeber im Sinne des europäischen Vergaberechts gehandelt hätten.

Der EuGH begann seine Ausführungen mit grundsätzlichen Erwägungen zur Bedeutung und dem europarechtlichen Schutz des Rechts auf Kollektivverhandlungen und allgemeinen sozialpolitischen Zielsetzungen.<sup>45</sup> Wie bereits in anderen Urteilen mit sozialpolitischen Bezügen und insbesondere unter Hinweis auf die *Laval-* und *Viking-Rechtsprechung*,<sup>46</sup> stellte der EuGH jedoch klar, dass diese grundsätzlichen Erwägungen keineswegs die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten einschränken könnten.<sup>47</sup> Außerdem zählte der EuGH die Vereinbarung über die Festlegung der Unternehmen, bei denen Betriebsrenten abgeschlossen werden sollten, nicht zum Kernbestand eines Tarifvertrags.<sup>48</sup> Sodann prüfte der EuGH, ob das von den Tarifparteien gewählte Verfahren das „rechte Gleichgewicht“ zwischen den sozialpolitischen Zielen auf der einen und den Grundfreiheiten und Prinzipien des Binnenmarktes auf der anderen Seite wahren würde.<sup>49</sup> Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass sich die von den Tarifparteien verfolgten Ziele und eine europaweite Ausschreibung der Betriebsrenten nicht ausschließen würden.<sup>50</sup> Nachdem diese Grundsatzentscheidung getroffen war, konnte der EuGH die Vergabe der in Rede stehenden Betriebsrenten auf ihre Vereinbarkeit mit den Vergaberechtsrichtlinien der EU überprüfen und gelangte – wenig überraschend – zu dem Ergebnis, dass die Vergabe der Betriebsrenten europaweit auszuschreiben gewesen wäre, soweit die Voraussetzungen der Schwellenwerte erreicht worden waren. Der EuGH wies die Klage allerdings teilweise ab, da die Kommission auf bestimmte Einwendung der Bundesrepublik in der Sache nicht substantiiert eingegangen war.<sup>51</sup>

Aus tarifvertragsrechtlicher Sicht stellt das Urteil eine bedeutsame Einschränkung der Tarifautonomie dar. Unklar ist zudem, welche Folgen sich aus dem EuGH-Urteil für bestehende Verträge ergeben. Grundsätzlich dürften die Verträge weiterhin wirksam sein, jedoch einer Kündigungspflicht durch die kommunalen Arbeitgeber unterliegen (Wagner/Weber 2010, S. 2503 ff.). Für das

44 EuGH, Rs. C-271/08, Kommission/Deutschland, EuZW 2010, 659.

45 Rs. C-271/08 (o. Fn. 44), Rdnr. 37-40.

46 EuGH, Rs. C-341/0, *Laval un Partneri*, Slg. 2007, I-11767 und Rs. C-438/05, *The international Transport Worker's Federation and the Finnish Seamen's Union*, Slg. 2007, I-10779.

47 Rs. C-271/08 (o. Fn. 44), Rdnr. 44.

48 Rs. C-271/08 (o. Fn. 44), Rdnr. 49.

49 Rs. C-271/08 (o. Fn. 44), Rdnr. 52.

50 Rs. C-271/08 (o. Fn. 44), Rdnr. 66.

51 Generalanwältin Trstenjak hatte aus diesem Grunde sogar vorgeschlagen, die Klage ganz abzuweisen. In der Bewertung der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die betriebliche Altersversorgung vertrat sie jedoch die gleiche Auffassung wie der EuGH, siehe Schlussanträge Rs. C-271/08 vom 14.4.2010, Rdnr. 85.

Aktuelle Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu öffentlichen Dienstleistungen

Verhältnis zwischen öffentlichen Dienstleistungen und dem europäischen Vergaberecht bestätigt das Urteil einmal mehr, dass es grundsätzlich keine sektorspezifischen Bereichsausnahmen von der Anwendbarkeit des Vergaberechts und der dem Vergaberecht zu Grunde liegenden Grundfreiheiten gibt (Schröder 2010, S. 759). Hier zeigen sich erneut Parallelen zur Rechtsprechung des EuGH zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auf die Krankenversicherung.

### **3. In house-Vergabe bei bloßer Möglichkeit der Öffnung einer Gesellschaft für privates Kapital zulässig (Sea)**

Zu den für das Recht öffentlicher Dienstleistungen nach wie vor zentralen Fragen zählt die europarechtliche Bewertung der sog. *In house*-Vergabe und interkommunaler Kooperationen.<sup>52</sup> Eine wichtige Präzisierung seiner Rechtsprechung zur *In house*-Vergabe nahm der EuGH im Urteil *Sea/Ponte Nossa* vom 10. September 2009 vor.<sup>53</sup> Gegenstand des Verfahrens war die vergaberechtsfreie Übertragung der kommunalen Abfallentsorgung auf eine kommunale Aktiengesellschaft an der mehrere italienische Gemeinden beteiligt waren. Dabei ging es u. a. um die Frage, wie eine mögliche Öffnung eines bislang ausschließlich öffentlichen Unternehmens für privates Kapital zu bewerten sei. Der EuGH hatte in der Rechtssache *Parking Brixen* die in der Satzung vorgesehene Öffnung eines öffentlichen Unternehmens für privates Kapital<sup>54</sup> und in der Rechtssache *Stadt Mödling* die unmittelbar nach Auftragsvergabe erfolgte Beteiligung privaten Kapitals an einem öffentlichen Unternehmen<sup>55</sup> jeweils als Indizien angesehen, die gegen eine vergabefreie Übertragung sprachen. Im Urteil *Sea/Ponte Nossa* stellte er dagegen klar, dass die bloße (theoretische) Möglichkeit der Öffnung eines rein öffentlichen Unternehmens für privates Kapital eine vergabefreie *In house*-Übertragung nicht ausschließt.<sup>56</sup> Dies sei nur dann anders, wenn zum Zeitpunkt der Vergabe „bereits eine konkrete Aussicht auf eine baldige Kapitalöffnung bestehe“.<sup>57</sup> Damit hat der EuGH einen erheblichen Beitrag zur Rechtssicherheit und -klarheit für kommunale Versorgungsträger und die jeweiligen Gemeinden geleistet. Klar ist nunmehr, dass die Rechtsform oder mögliche Bestimmungen in der Satzung eines Unternehmens nicht ausreichen, um eine vergaberechtsfreie *In house*-Übertragung auszuschließen. Entscheidend ist vielmehr eine konkrete Bewertung der Umstände des Einzelfalls. Enthalten diese keine Indizien für eine geplante oder absehbare Kapitalöffnung, bleibt es bei den Grundsätzen der *In house*-Vergabe.

### **4. Erweiterung der Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen (Stadtreinigung Hamburg)**

Noch weitergehend gestaltet sich die Rechtsprechung zur Vergabefreiheit kommunaler Kooperationen. Mit Urteil vom 9. Juni 2009 in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland

---

52 Dazu unten 2.

53 EuGH, Rs. C-573/07, *Sea/ Ponte Nossa*, Slg. 2009, I-8127.

54 EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8612, Rn. 67.

55 EuGH, C-29/04, *Kommission/Österreich (Stadt Mödling)*, Slg. 2005, I-9705, Rdnr. 38 ff.

56 Rs. C-573/07 (o. Fn. 53), Rdnr. 49.

57 Rs. C-573/07 (o. Fn. 53), Rsnr. 50.

stufe der EuGH einen Kooperationsvertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und vier angrenzenden Landkreisen über die Zusammenarbeit bei der Abfallentsorgung als vergabefreien Vorgang im Sinne der sog. *In house*-Rechtsprechung ein.<sup>58</sup> Dabei war für den Gerichtshof entscheidend, dass der Vertrag zu keinen Finanztransfers zwischen den beteiligten öffentlichen Trägern führte, die über die Erstattung der Kosten hinausgingen, die die Stadtreinigung Hamburg an den Betreiber der von den öffentlichen Trägern genutzten Abfallverwertungsanlage gezahlt würden. Zudem sei der Vertrag Rechtsgrundlage und Rechtsrahmen für die Erfüllung einer öffentlichen Anlage und werde ausschließlich zwischen öffentlichen Stellen geschlossen.<sup>59</sup> Weiterhin stellte der EuGH heraus, dass „das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt“ und meinte, dass eine Zusammenarbeit öffentlicher Stellen den freien Dienstleistungsverkehr und den unverfälschten Wettbewerb nicht in Frage stelle, „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 (...) Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.“<sup>60</sup> Mit dem Urteil *Stadtreinigung Hamburg* bestätigt der EuGH die Tendenz seiner jüngeren Rechtsprechung, wonach interkommunale Kooperationen als privilegierte Form der Aufgabenerledigung angesehen werden. Damit geht eine Stärkung der Autonomie der Aufgabenträger einher, die auch in dem neuen Protokoll Nr. 26 zu Diensten von allgemeinem Interesse verankert ist (Krajewski 2010 a, S. 84 ff.).

##### **5. Vergabefreie Übertragung einer Aufgabe auf gemischtwirtschaftliches Unternehmen bei Auswahl des privaten Partners durch Ausschreibung (Acoset)**

Ein weiteres wichtiges Urteil zur Stärkung der Autonomie der Aufgabenträger fällt der EuGH am 15. Oktober 2009 in der Sache *Acoset*.<sup>61</sup> In dem Verfahren wurde dem EuGH unter anderem die Frage vorgelegt, ob die vergaberechtsfreie Übertragung der kommunalen Wasserversorgung an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen dann zulässig ist, wenn der private Kapitalgeber zuvor durch ein europaweites Ausschreibungsverfahren zur Beteiligung an dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ausgewählt worden war. Der EuGH wies darauf hin, dass die vergaberechtsfreie Übertragung an gemischtwirtschaftliche Unternehmen deshalb grundsätzlich ausgeschlossen sei, weil dem beteiligten privaten Unternehmen andernfalls ein Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten entstünde.<sup>62</sup> Allerdings erkannte der EuGH auch, dass eine doppelte Ausschreibung – zunächst für die Beteiligung des Privaten und dann für die Aufgabenübertragung – mit dem Ziel der Verfahrensökonomie, das mit institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaften verfolgt werde, nicht vereinbar sei und zu Rechtsunsicherheit führen würde.<sup>63</sup> Der EuGH war daher der Auffassung, dass es nicht gegen EU-Recht verstoße, wenn eine vergaberechtsfreie

---

58 EuGH, Rs. C-480/06, Kommission/Deutschland (Stadtreinigung Hamburg), Slg. 2009, I-4747.

59 EuGH, Rs. C-480/06 (o. Fn. 58), Rdnr. 43 f.

60 Rs. C-480/06 (o. Fn. 58), Rdnr. 47.

61 EuGH, Rs. C- 196/08, Acoset, Slg. 2009.I-9913.

62 Rs C-196/08 (o. Fn. 61), Rdnr. 56 unter Verweis auf Stadt Halle, Rdnr. 51.

63 Rs C-196/08 (o. Fn. 61), Rdnr. 61.

Aktuelle Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu öffentlichen Dienstleistungen

Übertragung öffentlicher Aufgaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen erfolge, wenn der private Gesellschafter zuvor mittels einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt wurde. Mit diesem Grundsatz bestätigte der EuGH zugleich eine Sicht, die die Kommission bereits in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen zu institutionalisierter öffentlich-private Partnerschaften aus dem Jahre 2008 vertreten hatte (Europäische Kommission 2008).

## IV. Dienstleistungskonzessionen

In den letzten Jahren wurde die Übertragung einer öffentlichen Dienstleistung durch Konzessionen in der Praxis immer beliebter (Nettesheim 2007, S. 146). Für Dienstleistungskonzessionen gelten die EU-Vergaberechtsrichtlinien nicht, da eine Dienstleistungskonzession kein öffentlicher Auftrag im Sinne dieser Richtlinien ist. Vielmehr handelt es sich um einen Vertrag, bei dem die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht der Nutzung der Dienstleistung, einschließlich des Verlangens einer Gebühr oder eines Preises vom Endverbraucher, besteht. Da die Vergaberichtlinien nicht gelten, sind die Aufgabenträger bei der Konzessionsvergabe freier als bei öffentlichen Aufträgen, die auszuschreiben sind. Der EuGH hat allerdings schon vor einigen Jahren klargestellt, dass sich aus den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot des AEUV primärrechtliche Anforderungen an Dienstleistungskonzessionen ergeben. Diese umfassen die transparente Bekanntmachung einer geplanten Konzessionsvergabe und die diskriminierungsfreie Konzessionserteilung.<sup>64</sup> Vor diesem Hintergrund sind in der Praxis vor allem die Abgrenzung von Dienstleistungskonzession und –auftrag von Bedeutung und die Konkretisierung der Modalitäten der Konzessionsvergabe.

### 1. Abgrenzung Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession (Oymanns, Eurawasser, Stadler)

Für die Modalitäten der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen ist die Unterscheidung zwischen Dienstleistungskonzession und Dienstleistungsauftrag von großer Bedeutung. Auf Dienstleistungskonzessionen finden die EU-Vergaberichtlinien keine Anwendung. Zwei Urteile des EuGH aus dem Jahre 2009 haben bezüglich der Abgrenzung von Dienstleistungskonzessionen und Dienstleistungsaufträgen zu Unsicherheiten geführt (Sitsen 2009).

In der bereits erwähnten Rechtssache *Oymanns*<sup>65</sup> wurde dem EuGH neben der Frage der generellen Ausschreibungspflicht auch die Frage vorgelegt, ob der entsprechende Vertrag einen Rahmenvertrag (d. h. einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag) oder eine Dienstleistungskonzession darstelle. Zur Beantwortung dieser Frage stellte der EuGH maßgeblich auf die Übernahme eines betrieblichen Risikos durch das betroffene Unternehmen ab.<sup>66</sup> Im Fall *Oymanns* nahm er keine Dienstleistungskonzession an, da die gesetzliche Krankenkasse die einzige

64 EuGH, Rs. C-324/98, Teleaustria, Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 62 und Rs. C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8612, Rdnr. 49.

65 EuGH, Rs. C-300/07, Oymanns., Slg. 2009, I-4779.

66 Rs. C-300/07 (o.Fn 65), Rdnr. 71ff.

Schuldnerin des Unternehmens sei, es keine Einzelverträge abschließen müsse und die Zahl der zu erbringenden Leistungen vorhersehbar war.<sup>67</sup> Durch die Anwendung dieser Grundsätze würde der Anwendungsbereich für Dienstleistungskonzessionen abnehmen (Sitsen 2009, S. 226).

Zu einer anderen Bewertung gelangte der EuGH in seinem Urteil von 10. September 2009 in der Rechtssache *WAZV Gotha/Eurawasser*. Zwar stellte er ebenfalls auf die Übernahme eines Risikos ab, verwies aber darauf, dass der Umfang des dem Unternehmer übertragenen Risikos nicht abstrakt zu bewerten sei, sondern je nach dem übertragenen Tätigkeitsbereich unterschiedlich hoch ausfallen könne.<sup>68</sup> So sei es üblich, dass im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge, zu dem der EuGH die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zählte, das wirtschaftliche Risiko durch bestehende Regelungen begrenzt werde.<sup>69</sup> Daher könne die Übertragung der Wasserversorgung auf ein Unternehmen auch dann als Dienstleistungskonzession angesehen werden, wenn das wirtschaftliche Risiko nicht besonders hoch sei. Es sei nicht sachgerecht, wenn man von der Behörde verlange, für einen schärferen Wettbewerb zu sorgen, als dies die für den entsprechenden Sektor geltenden Regelungen verlangten.<sup>70</sup> Das OLG Jena, auf dessen Vorlagefragen der EuGH geantwortet hatte, hat sich inzwischen dieser Sicht angeschlossen und festgestellt, dass es für die Annahme einer Dienstleistungskonzession ausreicht, dass der Konzessionsnehmer ein lediglich eingeschränktes Risiko übernimmt.<sup>71</sup>

Der in der Sache *Eurawasser* zu Grunde gelegte Entscheidungsmaßstab ist für die Erbringung und Organisation von Leistungen der Daseinsvorsorge angemessener als die reine Orientierung am wirtschaftlichen Risiko, die sich aus der *Oymanns*-Entscheidung zu ergeben scheint. Der *Eurawasser*-Maßstab ermöglicht öffentlichen Auftraggebern weiterhin eine flexible Nutzung des Instruments der Dienstleistungskonzession bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge. Das hat der EuGH auch ausdrücklich betont, indem er ausführte, dass „es den redlich handelnden öffentlichen Auftraggebern weiterhin freistehen (müsse), Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Leistung so am besten sicherzustellen ist, und zwar selbst dann, wenn das mit der Nutzung verbundene Risiko erheblich eingeschränkt ist.“<sup>72</sup> Diese Ausführungen lassen sich als Konkretisierungen des weiten Ermessens der Auftraggeber bei der Inauftraggabe von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Protokolls Nr. 26 verstehen. Es ist daher zu hoffen, dass der EuGH seine Rechtsprechung zu Dienstleistungskonzessionen in diesem Sinne weiter festigt.

Anlass dazu bietet das in nächster Zeit zu entscheidende Verfahren *Stadler/Zweckverband für Rettungsdienst Passau*.<sup>73</sup> Das Oberlandesgericht München hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob das für den Rettungsdienst in Bayern verwandte Konzessionsmodell tatsächlich eine Dienstleistungskonzession darstelle oder einen öffentlichen Auftrag. Hintergrund der Frage ist, dass die Vergütung der Rettungsdienste nicht durch den öffentlichen Auftraggeber, sondern durch Dritte, nämlich die Sozialversicherungsträger finanziert wird. Generalanwalt *Mazak* hat in seinen

67 Rs. C-300/07 (o.Fn 65), Rdnr. 74.

68 EuGH, Rs. C-206/08, *WAZV Gotha/Eurawasser*, Slg. 2009, I-8377, Rdnr. 66 ff.

69 Rs. C-206/08 (o. Fn. 68), Rdnr. 72.

70 Rs. C-206/08 (o. Fn. 68), Rdnr. 75.

71 OLG Jena, Beschl. v. 11. Dezember 2009, 9 Verg 2/08.

72 Rs. C-206/08 (o. Fn. 68), Rdnr. 74.

73 EuGH, Rs. C-274/09, *Stadler/Zweckverband für Rettungsdienst Passau*.

Aktuelle Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu öffentlichen Dienstleistungen

Schlussanträgen vom 9. September 2010 dem EuGH vorgeschlagen, die Frage zu bejahen und dabei auf das formale Kriterium einer fehlenden unmittelbaren Vergütung des Dienstleistungserbringers abgestellt.<sup>74</sup> Den Umfang des mit der Dienstleistung verbundenen Betriebsrisikos hielt er dagegen nicht für entscheidend.<sup>75</sup>

## 2. Konkretisierung der Anforderungen an die Durchführung von Dienstleistungskonzessionen (Wall)

Der EuGH hat zwar bereits vor einigen Jahren die Grundsätze der transparenten Bekanntmachung und der diskriminierungsfreien Konzessionsvergabe entwickelt; zahlreiche Fragen zur Abwicklung von Dienstleistungskonzessionen sind jedoch noch offen. Dazu zählt z. B. die Frage, unter welchen Umständen die Änderung des Dienstleistungskonzessionsvertrages so wesentlich ist, dass ein neues Vergabeverfahren erforderlich ist. Nach der EuGH-Rechtsprechung ist das der Fall, wenn durch die Veränderung Bedingungen eingeführt werden, die die ursprüngliche Zulassungsentscheidung revidiert hätten, wenn sie bereits Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären. Im bereits erwähnten Fall *Wall/Stadt Frankfurt* wurde in diesem Kontext die Frage erörtert, ob der Wechsel eines Nachunternehmers des Konzessionärs einen derartigen Umstand darstellen könne. Der EuGH hielt dies in Ausnahmefällen für möglich, „wenn die Heranziehung eines Nachunternehmers anstelle eines anderen unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale der betreffenden Leistung ein ausschlaggebendes Element für den Abschluss des Vertrags war“.<sup>76</sup>

Das vorliegende Gericht im Verfahren *Wall* wollte auch wissen, welche Anforderungen sich aus dem EU-Primärrecht für den Rechtsschutz bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ergeben würden, insbesondere ob rechtswidrig geschlossene Konzessionsverträge zu kündigen seien und ob der unterlegene Bieter einen Anspruch auf Unterlassung gegen eine Verletzung des EU-Rechts bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen geltend machen könne. Der EuGH rief diesbezüglich zunächst in Erinnerung, dass es Sache des innerstaatlichen Rechts sei, die Rechtsschutzmöglichkeiten zu bestimmen, die den Schutz der dem Bürger aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen. Diese dürfen nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die entsprechenden innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Eine weitere Konkretisierung nahm der EuGH nicht vor. Er hielt es zwar nicht für ausgeschlossen, dass sich aus einer Rechtsverletzung eine Pflicht zur Kündigung eines Vertrags oder die Möglichkeit von Unterlassungsanordnungen ergeben könnten, überließ die Konkretisierung jedoch dem nationalen Recht und den nationalen Gerichten.<sup>77</sup>

Die weitere Entwicklung auf des Rechts der Dienstleistungskonzessionen wird neben der künftigen Rechtsprechung des EuGH auch von der von der Kommission für 2011 angekündigten

74 SchlAnträge GA Mazak, Stadler/Zweckverband für Rettungsdienst Passau Rs. C-274/09, Rdnr. 31 ff.

75 SchlAnträge GA Mazak (o. Fn. 74) Rdnr. 38. Anders dagegen Ruthig/Zimmermann (2009), S. 489, in einem Beitrag, der vor dem Eurawasser-Urteil verfasst wurde.

76 Rs C-91/08 (o. Fn. 35), Rdnr. 39.

77 Rs C-91/08 (o. Fn. 35), Rdnr. 65.

Rechtssetzungsiniziativa für Dienstleistungskonzessionen abhängen, die Teil der Binnenmarktakte 2010 ist (Europäische Kommission 2010, S. 18). Die Kommission beabsichtigt, Rechtsvorschriften zur Schaffung eines europäischen Rahmens für Dienstleistungskonzessionen vorzulegen, die die Entstehung langfristiger öffentlich-privater Partnerschaften begünstigt, „ohne dass die lokalen Behörden dadurch übermäßig belastet würden“. Um das letztgenannte Ziel zu erreichen, ist insbesondere für die Abgrenzung von Dienstleistungskonzessionen und Dienstleistungsaufträgen ein hohes Maß an Flexibilität erforderlich.

## V. Bestätigung der Grundsätze zur Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf Einrichtungen der sozialen Sicherheit (Kattner Stahlbau und AG2R Prévoyance)

Das europäische Wettbewerbsrecht, insbesondere das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 101 und 102 AEUV, findet nur auf Unternehmen Anwendung. Seit langem ist umstritten, ob und unter welchen Umständen Einrichtungen der sozialen Sicherheit, die häufig durch ein gesetzliches Monopol privilegiert sind, hiervon erfasst werden (Sauter/van de Gronden 2010). In zahlreichen Urteilen hat der EuGH seit den frühen 1990er Jahren hierzu detaillierte Kriterien entwickelt und stellt im Wesentlichen darauf ab, ob das System solidarisch organisiert und unter staatlicher Kontrolle steht.<sup>78</sup> Für die deutschen Krankenkassen hat er die Unternehmenseigenschaften im Grundsatzurteil *AOK Bundesverband* bereits im Jahre 2004 abgelehnt.<sup>79</sup> In seinem Urteil vom 3. März 2009 in der Sache *Kattner Stahlbau* wandte er die bisher entwickelten Kriterien auf die deutschen Berufsgenossenschaften an und kam zu dem Ergebnis, dass diese keine Unternehmen seien.<sup>80</sup> Entscheidend war, dass diese dem Grundsatz der Solidarität verpflichtet sind, der sich darin ausdrückt, dass der Beitrag nicht in erster Linie von dem zu versichernden Risiko sondern auch vom Arbeitsentgelt des Versicherten abhängt. Zudem sind alle Berufsgenossenschaften untereinander zum Ausgleich verpflichtet.

In den nächsten Monaten wird der EuGH sich mit der Unternehmenseigenschaft von Einrichtungen der französischen Zusatzkrankenversicherung befassen müssen. Auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung kam Generalanwalt *Mengozzi* in seinen Schlussanträgen in der Sache *AG2R Prévoyance/Beaudout* am 11. November 2010 zu dem Ergebnis, dass die Einrichtungen der französischen Zusatzkrankenversicherung Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts seien.<sup>81</sup> Zwar erkannte er an, dass diese Unternehmen den Grundsatz der Solidarität umsetzen, das System stehe jedoch nicht unter einer besonderen staatlichen Aufsicht. Sie werden vielmehr ähnlich behandelt wie private Versicherungsunternehmen.<sup>82</sup> Ob der EuGH dem Generalanwalt folgen wird, dürfte maßgeblich davon abhängen, inwieweit er in dem französischen System der Aufsicht über die Zusatzversicherungen Elemente staatlicher Kontrolle erkennen

---

78 EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, Poucet und Pistre, Slg. 1993, I-637; Rs. C-67/96, Albany, Slg. 1999, I-5751, Rs. C-218/00, Cisal, Slg. 2002 I-69, Rs. C-205/03, FENIN/Kommission, Slg. 2006, I-6295.

79 EuGH, Rs. C-264/01, AOK Bundesverband Slg. 2004, I-2493.

80 EuGH, Rs. C-350/07, Kattner Stahlbau, Slg. 2009, I-1513, Rdnr. 44 ff.

81 SchlAnträge GA Mengozzi, Rs. C-437/09, AG2R Prévoyance/Beaudout, Rdnr. 80.

82 SchlAnträge GA Mengozzi, (s. Fn. 81), Rdnr. 78.



Aktuelle Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu öffentlichen Dienstleistungen kann. Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ist jedoch davon auszugehen, dass das Urteil ähnlich wie das Urteil in der Sache *Kattner Stahlbau* eher zur Klärung von Einzelfragen beitragen und nicht zu einer grundsätzlichen Veränderung des Rechts führen wird.

## VI. Präzisierung und Flexibilisierung der bisherigen Rechtsprechung zum Genehmigungserfordernis bei Auslandskrankenaufenthalten

Zu einer Baustelle der besonderen Art hat sich seit gut zehn Jahren die Rechtsprechung zu grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen entwickelt (Krajewski 2010 b). Der EuGH sieht in der Krankenbehandlung im europäischen Ausland eine Ausübung der Dienstleistungsfreiheit und hält mitgliedstaatliche Beschränkungen der Kostenerstattung derartiger Aufenthalte für Einschränkungen dieser Grundfreiheit, die gerechtfertigt werden müssen. Dazu wird auf das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit abgestellt. Der EuGH unterscheidet dabei grundsätzlich zwischen stationären und ambulanten Behandlungen. Für stationäre Behandlungen kann eine vorherige Genehmigungspflicht wegen der besonderen Anforderungen der Krankenhausplanung und –finanzierung gerechtfertigt werden. Allerdings ist die Zulässigkeit der vorherigen Genehmigungspflicht im Einzelfall an zahlreiche Voraussetzungen geknüpft. Für ambulante Behandlungen hält der Gerichtshof die Auswirkungen auf die Finanzierbarkeit eines Systems der sozialen Sicherheit grundsätzlich für so gering, dass eine vorherige Genehmigung nicht gerechtfertigt werden könne. Diese Grundsätze wurden zuletzt noch einmal durch das Urteil in der Sache *Elchinov* vom 5. Oktober 2010<sup>83</sup> bestätigt, in dem der EuGH entschied, dass das bulgarische Recht, wonach die Übernahme der Kosten einer Krankenbehandlung im Ausland ohne vorherige Genehmigung generell ausgeschlossen ist, nicht durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls zu rechtfertigen sei und daher gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoße.<sup>84</sup> Der EuGH hat allerdings durch zwei Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich und Spanien im Jahre 2010 eine wichtige Präzisierung und Ergänzung seiner Rechtsprechung vorgenommen. In einem Verfahren gegen Spanien musste sich der EuGH mit einer Regelung des spanischen Rechts befassen, wonach die Kostenerstattung eines nicht geplanten Krankenhausaufenthaltes in einem anderen als dem Versicherungsstaat auf die Höhe der in Spanien entstandenen Kosten beschränkt bleibt. Der EuGH hatte in seiner früheren Rechtsprechung derartige Regelungen als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit qualifiziert, da sie den Patienten davon abhielten, sich im Ausland behandeln zu lassen. In seinem Urteil vom 15. Juni 2010 (*Kommission/Spanien*)<sup>85</sup> stellte der EuGH nun klar, dass sich diese Bewertung nur auf geplante Krankenhausaufenthalte im Sinne des Art. 22 Abs. 1 lit. c) der Verordnung 1408/71, nicht jedoch auf solche beziehe, die sich z. B. im Rahmen von touristischen oder Studienreisen ins Ausland, als notwendig im Sinne des Art. 22 Abs. 1 lit. a) der Verordnung erweisen würden.<sup>86</sup> Dies sei kein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. Der EuGH begründete dies maßgeblich damit, dass die erhöhte Mobilität

83 EuGH, Rs. C-173/09, *Elchinov*, im Internet unter <http://curia.europa.eu/>.

84 Rs. C-173/09 (s. Fn. 83), Rdnr. 47.

85 EuGH, Rs. C-211/08, *Kommission/Spanien*, EuZW 2010, 671.

86 Rs. C-211/08 (s. Fn. 85), Rdnr. 61 ff.

der Unionsbürger zu einer immer größeren Zahl unerwarteter Krankenhausbehandlungen führen könne, die von den Mitgliedstaaten in keiner Weise zu beherrschen seien.<sup>87</sup>

Während das Urteil *Kommission/Spanien* sich im Wesentlichen auf die Verordnung 1408/71 bezog, betraf das Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich einen wichtigen Grundsatz der bisherigen Rechtsprechung zur primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit. Im Urteil *Kommission/Frankreich* vom 5. Oktober 2010<sup>88</sup> befasste sich der EuGH mit der Genehmigung von Auslandskrankenaufenthalten, für die der Einsatz von bestimmten Großgeräten erforderlich war. Die Kommission hatte gerügt, dass das französische Recht, die Kostenerstattung für eine Reihe von genau bezeichneten Behandlungen, für die hochspezialisierte medizinische Großgeräte benutzt werden, unter einen generellen Erlaubnisvorbehalt gestellt hat und diesen nicht nur auf Krankenaufenthalte beschränkte. Nach der bisherigen Rechtsprechung hätte der EuGH dies beanstanden können, da Genehmigungsvorbehalte bei ambulanten Leistungen generell ausgeschlossen schießen. Nunmehr hat der EuGH klargestellt, dass der Grundsatz, der der Rechtfertigung von Genehmigungsvorbehalten bei stationären Aufenthalten zu Grunde liegt, auch auf ambulante Behandlungen mit Großgeräten übertragen werden kann.<sup>89</sup> Der EuGH stellte ausdrücklich klar, dass Erwägungen in Bezug auf Planungszwänge für den Einsatz medizinischer Großgeräte auch außerhalb eines Krankenhauses relevant sein können.<sup>90</sup> Bei derartigen Großgeräten sei es für den Mitgliedstaat erforderlich, die Zahl der Behandlungen zu planen, um entsprechend kalkulieren zu können. Damit hat sich der EuGH von einer allzu strikten Handhabung der Unterscheidung zwischen stationären und ambulanten Behandlungen verabschiedet und für Argumente, die sich auf das Planungsbedarf bestimmter medizinischer Leistungen beziehen, geöffnet. Etwas ähnliches sah auch der von der Kommission vorgeschlagene Entwurf einer Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung vom Juli 2008 („Patientenmobilitätsrichtlinie“)<sup>91</sup> vor: Danach wurden unter dem Begriff Krankenhausbehandlungen auch ambulante Behandlungen verstanden, die hochspezialisierte und kostenintensive Maßnahmen notwendig machen. Es ist anzunehmen, dass das Urteil *Kommission/Frankreich* den Gesetzgebungsprozess für diese Richtlinie entsprechend beeinflussen wird.

Im Ergebnis können die Urteile in den Sachen *Kommission/Spanien* und *Kommission/Frankreich* als Ausdruck einer stärkeren Betonung der Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Organisation ihrer Gesundheitssysteme angesehen werden.<sup>92</sup> Der EuGH ist allerdings von den in der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen nicht abgewichen und hat insbesondere erneut betont, dass die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Ausland eine Ausübung der Dienstleistungsfreiheit ist. Damit wird deutlich, dass die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Organisation der Gesundheitssysteme aus Sicht des EuGH keine Beeinträchtigung von Grundfreiheiten und Binnenmarkt rechtfertigen kann. Das grundsätzliche Spannungsverhältnis zwischen mitgliedstaatlicher Organisationsautonomie und Binnenmarktintegration bleibt somit bestehen.

87 Rs. C-211/08 (s. Fn. 85), Rdnr. 76.

88 EuGH, Rs. C-512/08, *Kommission/Frankreich*, im Internet unter <http://curia.europa.eu/>.

89 Rs. C-512/08 (s. Fn. 88), Rdnr. 34.

90 Rs. C-512/08 (s. Fn. 88), Rdnr. 36.

91 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM (2008) 414 endg. Dazu auch Krajewski (2010 b).

92 Deutlicher Hinweis darauf in Rs. C-211/08 (Fn. 85), Rdnr. 75.

## VII. Fazit und Ausblick

Der vorstehende Überblick der Rechtsprechung zu öffentlichen Dienstleistungen hinterlässt den Eindruck von Konsolidierung und punktueller Anpassung bzw. Weiterentwicklung. Soweit eine Anpassung und Weiterentwicklung stattfand, ist diese nicht von einer Verstärkung der Logik von Binnenmarkt und Wettbewerb geprägt, sondern von Versuchen, die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Organisation öffentlicher Dienstleistungen besser in Einklang mit dem EU-Recht zu bringen. Dies gilt insbesondere für den Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit. Gleichzeitig zeigt sich jedoch auch, dass in einigen Bereichen wesentliche Impulse von der Kommission und der Gesetzgebung ausgegangen sind. Das ist grundsätzlich zu begrüßen, da die Steuerung der Bearbeitung des Konflikts zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl auf europäischer Ebene nicht der Rechtsprechung überlassen werden kann. Von der Rechtsprechung können zwar Impulse oder Bestätigungen ausgehen, sie kann jedoch wenig gestaltende Vorgaben machen. Vor diesem Hintergrund sind die von der Kommission angekündigten Initiativen im Bereich Vergaberecht und Dienstleistungskonzessionen von Bedeutung. Das gleiche gilt für die sog. Patientenrichtlinie und die von der Kommission für 2011 angekündigte Mitteilung mit Maßnahmenpaket zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Europäische Kommission 2010, Vorschlag Nr. 25). In diesem Zusammenhang scheint die Kommission der Idee eines Rechtsaktes auf der Grundlage der durch den Vertrag von Lissabon neu geschaffenen Gesetzgebungskompetenz für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 14 AEUV) nicht abgeneigt zu sein. Es ist zu hoffen, dass sich sowohl die Kommission als auch der Gerichtshof zukünftig auch durch die Grundsätze des Protokolls zu Diensten von allgemeinem Interesse leiten lässt, dass die Autonomie der Aufgabenträger, Vielfalt der Leistungen, Zugang und Qualitätsgrundsätze und die Nutzerperspektive betont (Krajewski 2010 a).

### Abstract

*Markus Krajewski; Recent caselaw of the European Court of Justice regarding services of general interest*

*Caselaw; Concessions; Court of Justice of the European Union; Cross-border health services; In house procurement; Inter-administrative cooperation; Procurement; State aid law; services of general (economic) interest*

*A number of judgements of the Court of Justice of the European Union have confirmed and further developed the case law concerning services of general interest. These judgements attempt to reconcile the autonomy of the Member States to organise such services with the requirements of European Law. This applies in particular to inter-administrative cooperation. However, the Court is more reluctant towards restrictions of fundamental freedoms which are also, but not exclusively, based on concerns for public services. The general principles of state aid law concerning financial contributions to discharge public service commitments as laid out in the Altmark Trans judgement*

*have not been modified. In this field, the main inputs are based on initiatives of the Commission. This is also true in the area of service concessions even though the Court further refined its relevant caselaw. In the future, the Court should be guided by the general principles of the Protocol on Services of General Interest which include the autonomy of public institutions, diversity of services, access, principles of quality and the perspective of the users.*

## Literaturverzeichnis

- Europäische Kommission (2008), Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften (IÖPP), KOM (2007) 6661 endg.
- Europäische Kommission (2010), Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte. Für eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, KOM (2010) 608 endg.
- Franzius, Claudio (2003), Auf dem Weg zu mehr Wettbewerb im ÖPNV, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), S. 3029-3031.
- Frenz, Walter (2010), Aktuelle europarechtliche Grenzen des Vergaberechts, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 609-613.
- Hancher, Leigh and Pierre Larouche (2010), The Coming of Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest, in: Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Discussion Paper No. 2010-024.
- Jennert, Carsten und Marc Pauka (2009), EU-Beihilfenrechtliche Risiken in der kommunalen Praxis. Einführung und Darstellung typischer Sachverhalte im kommunalen Alltag mit Bezug zum Europäischen Beihilferecht (Teil 1), in: Kommunaljurist, S. 321-329.
- Kingreen, Thorsten (2009), Die Entscheidung des EuGH zur Bindung der Krankenkassen an das Vergaberecht, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), S. 2417- 2419.
- Krajewski, Markus (2010 a), Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Vertrag von Lissabon, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU), S. 75-96.
- Krajewski, Markus (2010 b), Grenzüberschreitende Patientenmobilität in Europa zwischen negativer und positiver Integration der Gesundheitssysteme, in: Europarecht (EuR), S. 165-188.
- Krajewski, Markus (2011), Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Heidelberg.
- Lavrijssen, Saskia and Sybe de Vries (2009), Netherlands, in: The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe, edited by Markus Krajewski, Ulla Neergaard and Johan van de Gronden, The Hague, S. 383-421.
- Nettesheim, Martin (2002), Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), S. 253-263.
- Nettesheim, Martin (2007), Die Dienstleistungskonzession, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), S. 145-154.
- Reese, Moritz und Hans-Joachim Koch (2010), Abfallwirtschaftliche Daseinsvorsorge im Europäischen Binnenmarkt, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), S. 1393-1403.
- Ruthig, Josef und Jochen Zimmermann (2009), Dienstleistungskonzession im Rettungsdienstrecht? In: Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht (NZBau), S. 485-489.
- Sauter, Wolf und Johan van de Gronden (2010), Taking the temperature: A survey of EU law on competition and state aid in the healthcare sector, Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Discussion Paper No. 2010-038.
- Schröder, Holger (2010), Die betriebliche Altersversorgung der Kommunen und das europäische Vergaberecht, in: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (ZfBR), S. 758-762.
- Schwintowski, Hans-Peter (2005), Neue europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU), S. 399-409.
- Sitsen, Michael (2009), Die Dienstleistungskonzession – ein Auslaufmodell?, in: InfrastrukturRecht (IR), S. 223-226.
- Tschäpe, Philipp (2010), Kapitalverkehrsfreiheit und Privilegierung der Daseinsvorsorge bei grenzüberschreitender Verwendung von Mitteln des sozialen Wohnungsbaus – Der EuGH gibt nur die halbe Antwort, in: Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (EWS), S. 19-22.
- Wagner, Olav und Konrad Weber (2010), Vergaberechtswidrige Entgeltumwandlung durch kommunale Arbeitgeber, in: BetriebsBerater (BB), S. 2499-2506.
- Welti, Felix (2011), EU Law and the Organisation of Health Care: Experiences from Germany, in: Health Care and EU Law, edited by Johan van de Gronden, Erika Szyszczak, Ulla Neergaard and Markus Krajewski, Heidelberg.