URTEIL DES GERICHTSHOFES (Erste Kammer)

18. November 2004 *

In der Rechtssache C-126/03

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Artikel 226 EG,

eingegangen am 20. März 2003,

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch K. Wiedner als Bevollmächtigten, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch W.-D. Plessing als Bevollmächtigten, im Beistand von Rechtsanwalt H.-J. Prieß,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. Jann (Berichterstatter), des Richters A. Rosas, der Richterin R. Silva de Lapuerta sowie der Richter K. Lenaerts und K. Schiemann,

Generalanwalt: L. A. Geelhoed,
Kanzler: H. von Holstein, Hilfskanzler,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 26. Mai 2004,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 24. Juni 2004

folgendes

Urteil

1 Mit ihrer Klageschrift beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften beim Gerichtshof, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch

gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) verstoßen hat, dass der Vertrag über den Abfalltransport von den Übergabestellen im Entsorgungsgebiet Donauwald (Deutschland) zum Heizkraftwerk München-Nord von der Stadt München (Deutschland) ohne Einhaltung der in Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahrensvorschriften vergeben wurde.

Rechtlicher Rahmen

2 Nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 gelten als „‚öffentliche Dienstleistungsaufträge' die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge", ausgenommen die in den Ziffern i bis ix dieser Vorschrift genannten Verträge.

3 Nach Artikel 1 Buchstabe b dieser Richtlinie gelten als „‚öffentliche Auftraggeber' der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen".

4 Nach Artikel 8 der Richtlinie 92/50 werden „Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA sind, ... nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben".

5 Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 bestimmt, dass die Auftraggeber für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge die in Artikel 1 Buchstaben d, e und f dieser Richtlinie bezeichneten offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren anzuwenden haben.

Sachverhalt und Vorverfahren

6 1997 schloss die Stadt München, Betreiberin des Heizkraftwerks München-Nord, einen Vertrag mit einem privaten Unternehmen, der Rethmann Entsorgungswirtschaft GmbH & Co. KG (im Folgenden: Rethmann), in dem sie sich verpflichtete, diesem Unternehmen den Transport der Abfälle von den Übergabestellen zum genannten Kraftwerk zu übertragen, falls sie den Zuschlag für den Auftrag zur Entsorgung der Abfälle im Entsorgungsgebiet Donauwald erhalte, den die Abfallwirtschaftsgesellschaft Donau-Wald mbH (im Folgenden: AWG-Donau-Wald) ausgeschrieben hatte und für den die Stadt München sich beworben hatte.

7 Die Stadt München erhielt den genannten Auftrag und übertrug Rethmann gemäß der mit dieser geschlossenen Vereinbarung den Transport der Abfälle, ohne dass die Vergabe dieser Tätigkeit Gegenstand einer nach der Richtlinie 92/50 vorgesehenen Ausschreibung gewesen wäre.

8 Nachdem die Kommission der Bundesrepublik Deutschland Gelegenheit zur Äußerung hierzu gegeben hatte, sandte sie dieser am 25. Juli 2001 eine mit Gründen versehene Stellungnahme, in der ausgeführt wurde, dass der Vertrag über

den Abfalltransport von den Übergabestellen im Entsorgungsgebiet Donauwald zum Heizkraftwerk München-Nord (im Folgenden: streitiger Auftrag) nach der Richtlinie 92/50 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* hätte ausgeschrieben werden müssen. Sie forderte die Bundesrepublik Deutschland auf, ihren Pflichten aus dem Gemeinschaftsrecht innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach der Zustellung dieser Stellungnahme nachzukommen. Nach der Antwort der deutschen Behörden vom 30. Oktober 2001, in der diese die Vertragsverletzung bestritten, hat die Kommission die vorliegende Klage erhoben.

Zur Klage

Zur Vertragsverletzung

9 Zur Begründung ihrer Klage macht die Kommission als einzige Rüge einen Verstoß gegen Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 geltend, weil die Stadt München die Vergabe des streitigen Auftrags nicht ausgeschrieben habe.

10 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass nach Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA sind, nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI dieser Richtlinie in einem offenen Verfahren, einem nicht offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren im Sinne dieser Richtlinie zu vergeben sind.

11 Der Begriff „öffentliche Dienstleistungsaufträge" wird in Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 definiert als die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge.

12 Der Begriff „öffentliche Auftraggeber" wird in Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 definiert als „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen".

13 Folglich sieht Artikel 8 in Verbindung mit den Artikeln 1 Buchstaben a und b sowie 11 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 vor, dass zwischen einem Dienstleistungserbringer und einer Gebietskörperschaft geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge in einem offenen Verfahren, einem nicht offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren im Sinne dieser Richtlinie zu vergeben sind, insoweit als ihr Gegenstand Dienstleistungen ihres Anhangs IA sind.

14 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass der streitige Auftrag ein öffentlicher Auftrag im Sinne der Artikel 8 und 11 der Richtlinie 92/50 ist, der nach den Abschnitten III bis VI dieser Richtlinie hätte vergeben werden müssen.

15 Der zwischen der Stadt München und Rethmann geschlossene Vertrag, mit dem sich diese Gesellschaft dazu verpflichtete, den Abfalltransport von den Übergabestellen im Entsorgungsgebiet Donauwald zum Heizkraftwerk München-Nord durchzuführen, betrifft nämlich eine Dienstleistung nach Anhang IA der genannten Richtlinie, die ein Unternehmen einer Gebietskörperschaft erbringt. Es handelt sich daher um einen zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Vertrag.

16 In diesem Zusammenhang kann dem Vorbringen der deutschen Regierung, der streitige Auftrag sei kein öffentlicher Auftrag im Sinne der Artikel 8 und 11 der Richtlinie 92/50, nicht gefolgt werden.

17 Zunächst macht die deutsche Regierung geltend, dass die Stadt München in Bezug auf den streitigen Auftrag kein „öffentlicher Auftraggeber" im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 sei und dass der Auftrag kein „öffentlicher Auftrag" im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a dieser Richtlinie sei. Der genannte Auftrag füge sich nicht in den Rahmen der im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten der Stadt München ein, sondern in den einer eindeutig davon verschiedenen und dem Wettbewerb unterliegenden unabhängigen wirtschaftlichen Tätigkeit, nämlich den Betrieb des Heizkraftwerks München-Nord.

18 Dem ist entgegenzuhalten, dass die lokalen Gebietskörperschaften nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 per Definition öffentliche Auftraggeber sind. Aus der Rechtsprechung geht hervor, dass Artikel 1 Buchstabe a dieser Richtlinie nicht zwischen jenen Aufträgen unterscheidet, die ein öffentlicher Auftraggeber vergibt, um seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu erfüllen, und jenen Aufträgen, die in keinem Zusammenhang mit derartigen Aufgaben stehen (vgl. entsprechend zur Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [ABl. L 199, S. 54] das Urteil vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Slg. 1998, I-73, Randnr. 32). Ohne Bedeutung ist auch, dass der öffentliche Auftraggeber selbst als Dienstleistungserbringer tätig sein will und dass der betreffende Auftrag in diesem Rahmen die Vergabe eines Teils der Tätigkeiten an einen Subunternehmer darstellt. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Wahl dieses Subunternehmers auf anderen als wirtschaftlichen Überlegungen beruht. Daraus folgt, dass der streitige Auftrag ungeachtet seiner Natur und seines Zusammenhangs einen „öffentlichen Auftrag" im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 darstellt.

19 Zu dem Argument, dass die von Rethmann erbrachte Abfalltransporttätigkeit letztlich Gegenstand einer Doppelausschreibung sei, genügt die Feststellung, dass diese Tätigkeit tatsächlich unter zwei verschiedene öffentliche Aufträge fällt — den von der Stadt München vergebenen und den von der AWG Donau-Wald vergebenen, der in einem weiteren Sinne die Abfallbeseitigung im Entsorgungsgebiet Donauwald betrifft —, die jeder für sich hätten ausgeschrieben werden müssen, und dass die Anwendung der Richtlinie 92/50 daher zwei aufeinander folgende Ausschreibungen der von Rethmann erbrachten Dienstleistungen erforderlich macht.

20 Zu dem Argument, dass im vorliegenden Fall keine öffentlichen Mittel der Stadt München verwendet worden seien, ist festzustellen, dass die Verwendung solcher Mittel kein konstitutives Element für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags im Sinne der Artikel 8 und 11 der Richtlinie 92/50 ist.

21 Die deutsche Regierung trägt ferner vor, dass der streitige Auftrag als Auftrag zum Zweck der Weiterveräußerung an Dritte nach Artikel 1 Buchstabe a Ziffer ii der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit Artikel 7 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84) vom Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 ausgeschlossen sei. Wie der Generalanwalt in Nummer 34 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, ist hierzu festzustellen, dass Artikel 1 Buchstabe a Ziffer ii der Richtlinie 92/50 Aufträge von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt, die einen sachlichen Bezug zur Sektorenrichtlinie 93/38 haben, weil der Gemeinschaftsgesetzgeber wollte, dass diese Aufträge ausschließlich von der Richtlinie 93/38 erfasst werden. Die in Artikel 7 der Sektorenrichtlinie 93/38 vorgesehene Ausnahme ist daher nur anwendbar, wenn der streitige Auftrag in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt. Da dieser Auftrag nicht die in Artikel 2 Absatz 2 der Sektorenrichtlinie 93/38 genannten Tätigkeiten betrifft, kann die in Artikel 7 dieser Richtlinie vorgesehene Ausnahme im vorliegenden Fall aber nicht angewandt werden.

22 Zudem macht die deutsche Regierung geltend, dass es praktisch unmöglich gewesen sei, den streitigen Auftrag nach den Abschnitten III bis VI der Richtlinie 92/50 zu vergeben, da die Stadt München, um ihre Eignung im Sinne von Artikel 32 Absatz 2 Buchstaben c und h dieser Richtlinie im Ausschreibungsverfahren von AWG Donau-Wald nachzuweisen, bei der Hinterlegung des Angebots den Namen des Subunternehmers hätte mitteilen müssen. In der Tat obliegt einem Dienstleistungserbringer, der im Hinblick auf die Zulassung zu einem Vergabeverfahren auf die Leistungsfähigkeit von Einrichtungen oder Unternehmen verweist, mit denen er unmittelbar oder mittelbar verbunden ist, der Nachweis, dass er tatsächlich über die Mittel dieser Einrichtungen oder Unternehmen verfügt, die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind und die nicht ihm selbst gehören (in diesem Sinne Urteile vom 2. Dezember 1999 in der Rechtssache C-176/98, Holst Italia, Slg. 1999, I-8607, Randnr. 29; vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-399/98, Ordine degli Architetti u. a., Slg. 2001, I-5409, Randnr. 92, und vom 18. März 2004 in der Rechtssache C-314/01, Siemens und ARGE Telekom, Slg. 2004, I-2549, Randnr. 44). Im vorliegenden Fall wäre es für die Stadt München aber auf jeden Fall möglich gewesen, ein beschleunigtes nicht offenes Verfahren nach Artikel 20 der Richtlinie 92/50 zwischen der Veröffentlichung der Ausschreibung und der Hinterlegung ihres Angebots durchzuführen.

23 Die deutsche Regierung trägt vor, dass der streitige Auftrag nach Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe d der Richtlinie 92/50 im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung hätte vergeben werden können. Hierzu ist daran zu erinnern, dass Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 92/50 als Ausnahme von den Vorschriften, die die Wirksamkeit der durch den EG-Vertrag im Bereich der öffentlichen Dienstleistungsaufträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen ist und dass die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, demjenigen obliegt, der sich auf sie berufen will (vgl. Urteil vom 10. April 2003 in den Rechtssachen C-20/01 und C-28/01, Kommission/Deutschland, Slg. 2003, I-3609, Randnr. 58). Der genannte Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe d ist daher nur anwendbar, wenn kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind. Es müssen ein unvorhersehbares Ereignis, dringliche und zwingende Gründe, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen, und ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen, zwingenden Gründen gegeben sein (vgl. zur Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe

öffentlicher Bauaufträge [ABl. L 185, S. 5] die Urteile vom 2. August 1993 in der Rechtssache C-107/92, Kommission/Italien, Slg. 1993, I-4655, Randnr. 12, und vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-318/94, Kommission/Deutschland, Slg. 1996, I-1949, Randnr. 14). Im vorliegenden Fall wäre es der Stadt München allerdings möglich gewesen, wie in Randnummer 22 dieses Urteils festgestellt wurde, ein beschleunigtes nicht offenes Verfahren durchzuführen (vgl. zur Richtlinie 71/305 die Urteile vom 18. März 1992 in der Rechtssache C-24/91, Kommission/Spanien, Slg. 1992, I-1989, Randnr. 14, und Kommission/Italien, Randnr. 13). Folglich hat die Bundesrepublik Deutschland nicht nachgewiesen, dass eine zwingende Dringlichkeit vorlag.

24 Nach alledem ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50 verstoßen hat, dass der Vertrag über den Abfalltransport von den Übergabestellen im Entsorgungsgebiet Donauwald zum Heizkraftwerk München-Nord von der Stadt München ohne Einhaltung der in Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahrensvorschriften vergeben wurde.

Zu den Folgen eines eine Vertragsverletzung feststellenden Urteils

25 Die deutsche Regierung trägt vor, dass die Bundesrepublik Deutschland, falls die Vertragsverletzung festgestellt werden sollte, nicht verpflichtet wäre, den bereits geschlossenen Vertrag zu beenden.

26 Hierzu genügt der Hinweis, dass zwar der Gerichtshof im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens nach Artikel 226 EG nur festzustellen hat, dass eine gemeinschaftliche Vorschrift verletzt wurde, dass aber nach Artikel 228 Absatz 1 EG der betreffende Mitgliedstaat die Maßnahmen zu ergreifen hat, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergeben.

Kosten

27 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland beantragt hat und diese mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Erste Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verstoßen, dass der Vertrag über den Abfalltransport von den Übergabestellen im Entsorgungsgebiet Donauwald zum Heizkraftwerk München-Nord von der Stadt München ohne Einhaltung der in Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahrensvorschriften vergeben wurde.**

2. **Die Bundesrepublik Deutschland trägt die Kosten des Verfahrens.**

Unterschriften.