

Zwischen Binnenmarkt und Gemeinwohl: „Dienste von allgemeinem Interesse“

## Die Zukunft der Daseinsvorsorge nach dem Reformvertrag

Nachdem die Europäische Kommission und der Europäische Gerichtshof die Spielräume für die Erbringung der kommunalen Daseinsvorsorge immer restriktiver ausgelegt hatten, richtete sich die Hoffnung auf den neuen Verfassungsvertrag. Mit ihm sollte der inhaltsleere Begriff „Subsidiarität“ zu neuem Leben erweckt und die Kompetenzen zwischen den verschiedenen Ebenen der Europäischen Union (EU – Mitgliedstaat – Region – Kommune) geklärt werden. Tatsächlich war der Verfassungsentwurf ein Schritt nach vorn, auch wenn bei der schwierigen Kompromissbildung einiges ungeklärt blieb. Umso wichtiger ist nun die Frage, was bleibt nach dem Scheitern der Verfassung im neuen Reformvertrag von Lissabon erhalten<sup>1</sup> und welche Konsequenzen zieht daraus die Kommission?

### I. Was ändert sich für die Kommunen durch den EU-Reformvertrag?

#### 1. Geblieben ist die Anerkennung des kommunalen Selbstverwaltungsrechtes

Auch im Europäischen Reformvertrag bleibt die im EU-Verfassungsentwurf erstmals verankerte Anerkennung des kommunalen Selbstverwaltungsrechtes als Bestandteil der nationalen Identität der Mitgliedstaaten erhalten:

*„Der Artikel 3 wird aufgehoben und der folgende Artikel 3a wird eingefügt:*

*(1) Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben gemäß Artikel 3a bei den Mitgliedstaaten.*

*(2) Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.*

*Sie achtet die wesentlichen staatlichen Funktionen der Mitgliedstaaten, darunter die Wahrung der territorialen Integrität des Staates, die Aufrechterhaltung von Recht und Ordnung und die Wahrung der nationalen Sicherheit. Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Zuständigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten.“*

(Vertrag von Lissabon, Allgemeine Bestimmungen TL/de 14, Hervorhebungen H.R.)

Damit kommt der Vertrag von Lissabon erstmals einer Kernforderung der Kommunen nach, die seit langem eine Verankerung der kommunalen Selbstverwaltung in den Europäischen Primärverträgen fordern.

<sup>1</sup> Der neue Reformvertrag wird den Namen „Vertrag von Lissabon“ tragen und aus zwei Verträgen bestehen: der Vertrag über die Europäische Union (EU-Vertrag) wird seinen Titel behalten und nur inhaltlich modifiziert; der bisherige Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) wird in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AUE-Vertrag) umbenannt

## 2. Neu sind klare Definitionen zur Rolle der EU in Fragen der Daseinsvorsorge

Der Europäische Reformvertrag enthält nun erstmals in einer Protokollnotiz eine Auslegung des Art. 16 des EG-Vertrages (neu nun Artikel 14) über die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Daseinsvorsorge). Das Zusatzprotokoll Nr. 9 hat folgenden Wortlaut:

### **"Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse**

*Die Hohen Vertragsparteien – in dem Wunsch, die Bedeutung der Dienste von allgemeinem Interesse hervorzuheben, sind über folgende auslegende Bestimmungen übereingekommen, die dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Union beigefügt sind:*

#### Artikel 1

*Zu den gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem **wirtschaftlichem** Interesse im Sinne von Artikel 16 des EG-Vertrags zählen insbesondere:*

- **die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zu erbringen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind;**
- **die Verschiedenartigkeit der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können;**
- **ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte.**

#### Artikel 2

*Die Bestimmungen der Verträge berühren in keiner Weise die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, **nicht-wirtschaftliche** Dienste von allgemeinem Interesse zu erbringen, in Auftrag zu geben und zu organisieren."*

(Vertrag von Lissabon, Protokoll (Nr. 26) über Dienste von allgemeinem Interesse, Hervorhebungen H.R.)

### **Bewertung von Artikel 1 und Artikel 2 des Protokolls über Dienste von Allgemeinem Interesse:**

- Hier wird zum ersten Mal im europäischen **Primärrecht** die Zuständigkeit und der weite Ermessensspielraum der **nationalen, regionalen und lokalen Behörden** bei der Erbringung, Organisation und dem in Auftrag geben der „Dienste von allgemeinem **wirtschaftlichen** Interesse“ festgehalten. Ein Punkt, der zwischen den Mitgliedstaaten immer umstritten war.
- Außerdem wird der Begriff „**Dienstleistungen im Allgemeinen Interesse**“ erstmals in das europäische Primärrecht eingeführt und betont, dass ihre **Zuständigkeit bei den Mitgliedstaaten** liegt.
- Die enge Definition der **sozialen Dienste** in der Dienstleistungsrichtlinie wird aufgebrochen. Das Protokoll spricht in Zusammenhang mit der Erbringung dieser Dienste nicht mehr von „bedürftigen Nutzern“ (persons in need) sondern den "Bedürfnissen der Nutzer (the needs of the user)".

Kritischer bewerten die deutschen Kommunen, dass mit der grundlegenden Überarbeitung des Artikels 16 EG-Vertrag (Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse), der nun zu Artikel 14 wird, die Rechtssetzungskompetenz der EU für die Dienste im Allgemeinen Wirtschaftlichen Interesse präzisiert wird. Allerdings ist diese Rechtssetzungskompetenz nicht neu, sie war zwar umstritten, doch weder von Kommission noch von EuGH jemals angezweifelt worden. Im Gegenteil, auf dieser Basis wurde die Liberalisierung der großen netzbetriebenen Dienstleistungen durch Sektoren-Richtlinien in den vergangenen Jahren voran getrieben.

### 3. Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit präzisiert

Während das Subsidiaritätsprinzip bisher nur auf das Verhältnis zwischen Europäischer Gemeinschaft und Mitgliedstaaten Anwendung fand, wird es nunmehr auch auf das Verhältnis der Union zu den Kommunen angewendet:

*„Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf **regionaler oder lokaler Ebene** ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.“*

*(Vertrag über die Europäische Union, Artikel 5 (3), Hervorhebung H.R.)*

Die genauen Details der Subsidiaritätskontrolle (unter anderem das Klagerecht des Ausschusses der Regionen) werden in einem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit geregelt.

### 4. Rebalancing des Wettbewerbsrechts

Der "freie unverfälschte Wettbewerb" wird nicht mehr als ein Ziel, sondern als ein **Instrument** der EU zur Herstellung des Europäischen Binnenmarktes definiert. Damit gewinnen aber andere Instrumente, wie der Umwelt- und Verbraucherschutz, soziale Rechte etc. eine ausgleichende Gewichtung. Dies dürfte trotz einer nachträglich eingefügten Protokollnotiz zum Wettbewerbsrecht auch vor dem EuGH Bestand haben.

### 5. Ansatz zur Korrektur des reinen Binnenmarktmodells

Last but not least, die Dominanz des Binnenmarktes wird gelockert. Die Zielsetzung der Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes soll im Europäischen Reformvertrag ausdrücklich um das Ziel einer wettbewerbsfähigen **sozialen und ökologischen** Marktwirtschaft ergänzt werden. Für den EU-Vertrag ist hierfür ein Art. 3 vorgesehen, der folgenden Wortlaut hat:

*(1) Ziel der Union ist es, den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern.*

*(2) Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität der freie Personenverkehr gewährleistet ist.*

*(3) Die Union errichtet einen Binnenmarkt. Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin. Sie fördert den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.*

*Sie bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes. Sie fördert den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten. Sie wahrt den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt und sorgt für den Schutz und die Entwicklung des kulturellen Erbes Europas.“*

*(Vertrag über die Europäische Union, Artikel 3, Hervorhebung H.R.)*

**Soweit so gut – die EU Kommission nimmt allerdings eine völlig andere Wertung der Verträge von Lissabon vor.**

## II. Interpretation der Kommission in den Mitteilungen zu Binnenmarkt

Die Kommission nahm „ihre Interpretation“ der Ergebnisse des Reformvertrages in mehreren Mitteilungen im Rahmen der jährlichen Binnenmarkt Review vor<sup>2</sup>. Daran sind gleich mehrere Dinge problematisch:

- zum einen ist eine **Mitteilung** ein einseitiger Akt der Kommission, die europäischen Gesetzgeber - Rat und Parlament – werden praktisch vor vollendete Tatsachen gestellt, sie können die Mitteilungen zwar kommentieren, nicht aber verändern. Leider stützen sich aber der Europäische Gerichtshof und die nationalen Gerichte bei ihrer Urteilsfindung unter anderem auch auf diese Mitteilungen der Europäischen Kommission. Auf diesem Weg verschafft sich die Kommission Spielräume für Gesetzgebung durch die Hintertür (so genanntes "soft law"). Dies wurde vom Parlament zwar schon mehrmals gerügt, z.B. in einer Plenarentscheidung (Bericht Medina Ortega<sup>3</sup>), aber solange der Rat, das heißt die Regierungen der Mitgliedstaaten, dieses Vorgehen stillschweigend duldet und auch die Mehrheit des EP aus seiner Kritik keine Konsequenzen zieht wird sich daran nicht viel ändern.
- Zum andern wartet die Kommission nicht die Ratifizierung der Verträge ab, die verschiedenen Institutionen wie den nationalen Parlamenten oder dem Ausschuss der Regionen im Rahmen der Subsidiaritätskontrolle neue Rechte zu sprechen, und die Möglichkeiten gegen die einseitige Interpretation der Kommission vorzugehen erhöht hätten.
- Ferner engt es den politischen Spielraum von vorneherein ein, wenn die Definition der Europäischen Kommission zur Daseinsvorsorge im Rahmen einer Revision des Binnenmarktes erfolgt und damit die Daseinsvorsorge dem Binnenmarktprinzip weiterhin unterordnet.
- Und last but not least sie wertet auf der Basis der jetzigen Verträge, neue Ansätze des Reformvertrages von Lissabon werden nicht gleichermaßen gewichtet und abgewogenen.

### Welche Schwerpunkte setzt nun die Kommission?

Zwar betont auch die Kommission in Ihrer Mitteilung über "*Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas Neues Engagement*" die politische Bedeutung der Daseinsvorsorge:

*"diese Dienste sind für den Alltag der Bürger und die tägliche Arbeit der Unternehmen unverzichtbar und sind Ausdruck des europäischen Sozialmodells. Sie tragen wesentlich zur Sicherung des sozialen, wirtschaftlichen und territorialen Zusammenhaltes der Union bei".*

Und sie erklärt ausdrücklich die "Situationsvielfalt" in den Mitgliedstaaten respektieren zu wollen. Das war's dann aber auch. Im Rest der Mitteilung und v.a. auch in den Begleitpapieren der Kommissionsdienststellen werden dann die eigenen Kompetenzen betont und mit eiserner Hand verteidigt.

---

<sup>2</sup> Die Europäische Kommission hat am 20. November 2007 ein Paket von Initiativen zur Modernisierung des Binnenmarktes vorgestellt. Im Mittelpunkt der so genannten Revision der Binnenmarktstrategie steht eine Mitteilung mit dem Titel Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts (KOM(2007) 724 final).

Ergänzt wird das Papier durch eine Mitteilung mit dem Titel: Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement (KOM(2007) 725);- **das ist das erste grundlegende politische Papier zur Daseinsvorsorge, das die Kommission seit ihrem Weißbuch aus dem Jahr 2004 veröffentlicht hat.**

Begleitet werden diese Mitteilungen von **zwei Arbeitspapieren der Kommissionsdienststellen**: Häufig gestellte Fragen Im Zusammenhang mit der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen & . ; und Häufig gestellte Fragen zur Anwendung der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse . (SEK(2007) 1514 und 1516).

<sup>3</sup> A6-0259/2007

## Restriktive Definition der Dienste im Allgemeinen Interesse

In einem Begleitdokument zu ihrer jährlichen Mitteilung über den Binnenmarkt (Binnenmarkt Review) nimmt die Kommission erstmals nach dem Weißbuch zu den Diensten von allgemeinem Interesse Stellung zur Daseinsvorsorge. Darin konstatiert die Kommission einen „weitgehenden Konsens über die Rolle und das prinzipielle Vorgehen der EU bei den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, eine „nahezu zehnjährige Debatte“ sei damit zu einem Abschluss gelangt.

Weiter wird zwar zugestanden dass *Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen* nicht den Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags unterliegen, dann aber kommt die Kommission zum Schluss, dass „abgesehen von den Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt,... die überwiegende Mehrheit der Dienstleistungen als ‚wirtschaftliche Tätigkeiten‘ im Sinne der Binnenmarktvorschriften des EG-Vertrages (Artikel 43 und 49) zu betrachten sind.“<sup>4</sup> Ferner könne jede Tätigkeit einer Einrichtung „sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausüben und somit für einen Teil... den Wettbewerbsregeln unterliegen“. Jede Tätigkeit müsse somit einer gesonderten Prüfung unterzogen werden.

**Die Dienstleistungen im Allgemeinen *wirtschaftlichen* Interesse – auch die sozialen Dienste und die Dienste der Gesundheitsversorgung<sup>5</sup> - werden nun voll dem Binnenmarktprinzip, das heißt der Freizügigkeit und dem Konkurrenzprinzip unterstellt.**

Die Unterwerfung der Daseinsvorsorge unter den Binnenmarkt erfolgt auf zwei Ebenen, zum einen mittels der Beihilfekontrolle und zum anderen durch die Vorschriften der EU über die Auftragsvergabe. Zu beiden hat die Kommission zusätzliche Arbeitspapiere vorgelegt, die häufig gestellte Fragen beantworten und damit Rechtsicherheit schaffen sollen (tatsächlich allerdings leider die Rechtsunsicherheit eher verstärken – siehe unten).

### 1. Teil: Beihilfenkontrolle<sup>6</sup>

Durch die breite Definition von Diensten im allgemeinen *wirtschaftlichen* Interesse werden nun auch die Bereiche gemeinnütziger bzw. karitativer Dienste erfasst:

„Die schlichte Tatsache, dass eine Organisation keinen Erwerbszweck verfolgt, bedeutet nicht automatisch, dass die Tätigkeiten, die sie ausübt nicht-wirtschaftlicher Natur sind“. Nicht die rechtliche Natur einer Organisation ist entscheidend sondern allein die Frage ob in irgendeiner Form eine Entschädigung erfolgt, die auch von Dritten erbracht werden kann. Natürlich betont die Kommission dass hier selbstverständlich die Schwellenwerte der De-minimis-Verordnung erreicht sein müssen, - so muss beispielsweise eine Beihilfe für ein Frauenhaus nicht angemeldet werden, wenn es unter 200.000 Euro innerhalb eines Zeitraumes von drei Jahren liegt. Ausgenommen sind weiterhin Krankenhäuser und Unternehmen des sozialen Wohnungsbaus unabhängig von der Höhe der Subvention.

Nicht ausgenommen sind dagegen unter anderem:

Die Tätigkeit des öffentlichen Beschäftigungsauftragswesens, fakultative Kranken- und/oder Unfallversicherung, Rettungs- und Patiententransportdienste, medizinische Dienstleistungen im oder außerhalb eines Krankenhauses, unentgeltliche Steuerberatung – beispielsweise über Gewerkschaften oder Arbeitgeber, Schülerbeförderung, Regelungen für Mietsubvention für ältere und behinderte Personen und sozial benachteiligte Haushalte.....

<sup>4</sup> Ausnahmen sieht die Kommission in den Bereichen „Polizei, Justiz oder die gesetzliche Sozialversicherung“.

<sup>5</sup>

Mit Ausnahme des „Managements von Pflichtversicherungen, die ein ausschließlich soziales Ziel verfolgen“ und dem „Anbieten staatlicher Ausbildung“, deren Kosten aufgrund einer generellen Regelung vom öffentlichen Haushalt getragen werden, womit einer Staatsaufgabe für die Bevölkerung... nachgekommen wird.“

<sup>6</sup> Siehe SEK (2007)1516 endgültig.

## 2. Teil: Auftragsvergabe<sup>7</sup>:

### Grenzwerte werden nicht akzeptiert

Schwellenwerte, wie sie in den Richtlinien für Auftragsvergabe festgelegt wurden, sind für die Kommission in der Frage europaweiter Ausschreibungen unerheblich, - trotz Klage des Europaparlamentes und einiger Mitgliedstaaten, unter anderem Deutschlands. Ausnahmen vom Binnenmarktpinzip *„kommen nur dann in Betracht, wenn wegen des geringfügigen Wertes (erheblich unter dem Schwellenwert für die Anwendung der Vergaberichtlinie, der derzeit bei 211.000 Euro liegt) und der Besonderheiten der zu vergebenden Dienstleistung (bzw. des Auftrages) sowie des betroffenen Marktes nicht angenommen werden kann, dass Wirtschaftsteilnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat an der Erbringung der Leistung (bzw. des Auftrages) interessiert sein könnten.“* – So wird beispielsweise bei Rechtsberatungsleistungen mit einem Durchschnittswert von 5.000 Euro bzw. bei Planungsleistungen mit Werten zwischen 6.000 und 26.500 Euro angenommen, dass diese keine Relevanz für den Binnenmarkt hätten.

Dass gerade kleinere Aufträge sich durch europaweite Ausschreibungen enorm verteuern – so spricht der zuständige Beamte im Bundeswirtschaftsministerium von dreifachen Kosten gegenüber einer Direktvergabe – spielt bei der Kommission keine Rolle. Sie behauptet weiterhin Kosten würden auf diese Art gesenkt. Gemeinden brauchen aber für diese Ausschreibungen zusätzliche Rechtsberatung, die Ausschreibungen brauchen längere Zeitvorläufe, das Projekt muss in dieser Zeit pausieren. Alles Dinge, die gegen den berechtigten Wunsch nach mehr Transparenz abgewogen sein müssen.

### Verbreiterung der Anwendung: Erfassung von Sozialen Diensten und Gesundheitsdienstleistungen, sowie eine neue Definition gemischter Dienste

In ihrer jüngsten Mitteilung zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erweitert die Kommission die Pflicht zur Ausschreibung auf Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen aus. Zwar seien auf sie nicht alle Verpflichtungen der Richtlinien zur Auftragsvergabe anzuwenden, sondern insbesondere nur die Verpflichtung zur Erstellung technischer Spezifikationen zu Beginn des Vergabeverfahrens und zur Bekanntmachung der Ergebnisse des Vergabeverfahrens, ferner die Transparenz des Verfahrens, d.h. eine hinreichende Bekanntmachung und die Pflicht alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend zu behandeln.

Allerdings schließt das letztere nach Meinung der Kommission aus gemeinnützige Unternehmen („Bewerber ohne Erwerbszweck“) oder lokale Anbieter zu bevorzugen. Als Beispiel werden erwähnt eine Stellenvermittlung für arbeitslose Jugendliche bzw. ein Frauenhaus für eine kulturelle Minderheit – die Bedingung „Vertrautheit mit dem lokalen Kontext“ sei eine unzulässige Diskriminierung gegenüber anderen Bietern.

*„Die Gemeinschaftsbedingungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge sollen einen fairen Wettbewerb zwischen Anbietern aus ganz Europa sicherstellen, damit die öffentliche Verwaltung die bestmögliche Leistung erhält.“*

Ferner sei bei einer Bewertung ob und wie ein Dienst dem Vergaberechtsregime zuzuordnen sei genau zu ermitteln, ob die betreffende Dienstleistung „noch andere in den vollen Anwendungsbereich der Richtlinie fallende Dienstleistungen, wie etwa Verkehrs-, Beratungs- oder Instandhaltungsleistungen“ beinhalte. Nur wenn in diesem Fall der Wert der Sozialdienstleistungen höher sei als der Wert der anderen Dienstleistungen sei nicht die volle Anwendung der Vergaberichtlinie gegeben.

Als Beispiele werden Einsätze von Krankenwagen und Rettungsdienste genannt, bei denen die Verkehrsdienstleistungskomponente eventuell höher bewertet werden müsste als die Gesundheitsdienstleistung und die deshalb der vollständigen Anwendung der Vergaberichtlinie unterliege.

---

<sup>7</sup> Siehe SEK(2007) 1514

### **Einbeziehung der Dienstleistungskonzessionen:**

Zwar muss auch die Kommission anerkennen: „die Vergaberichtlinie ist nicht auf Dienstleistungskonzessionen anwendbar“, dies hatten immerhin die beiden europäischen Gesetzgeber, das Europaparlament und der Rat so festgelegt, unter anderem weil eine für alle akzeptable und verständliche Definition für Dienstleistungskonzessionen nicht zu finden war, – aber:

*„öffentliche Einrichtungen müssen jedoch auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Einhaltung der Vorschriften und Grundsätze des Gemeinschaftsrechtes, wie etwa die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz sicherstellen“. „Wesentlich ist dass alle möglicherweise interessierten Dienstleistungserbringer die Möglichkeit haben, ihr Interesse am Erhalt des Auftrags zu bekunden... wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass deren Wert (der Konzessionen) in der Regel den Schwellenwert für die Anwendung der Vergaberichtlinien erheblich überschreitet, so dass eine Bekanntmachung in einem Medium mit europaweiter Reichweite angezeigt ist.“*

### **In-house - Interkommunale Zusammenarbeit**

Interkommunale Zusammenarbeit, bzw. kommunale Zweckverbände sind für die Kommission weiterhin nur akzeptabel, wenn:

*„a) die öffentliche Verwaltung über die rechtlich selbstständige Einrichtung eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigene Dienststellen“ (was in der Regel kleineren Gemeinden innerhalb einer IKZ schwerfällt, da sie eine Minderheitenbeteiligung haben). Und*

*„b) die rechtlich selbstständige Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentlichen Stellen ausübt, die Kontrolle über sie haben.“ Außerdem*

*„c) kommt eine In-house-Vergabe nicht in Betracht, wenn ein privates Unternehmen auch nur eine geringfügige Beteiligung an einem Verband öffentlicher Einrichtungen hat.“ Es dabei völlig unerheblich ob er/oder ob er nicht die Tätigkeit dieses Unternehmens kontrollieren kann. (Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen SEK(2007)1514*

## **III. Interpretationen des Europäischen Gerichtshofes**

Auch der EuGH greift in seinen jüngsten Urteilen massiv in die kommunale Selbstverwaltung ein – trotz aller Debatten im Rahmen des europäischen Verfassungsprozesses. Hierfür zwei Beispiele:

### **Kommunale Grundstückskaufverträge und Erschließungen**

Zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) bzw. des OLG Düsseldorf haben die Spielräume der öffentlichen Hand erheblich eingeschränkt. So entschied der EuGH in der Rechtssache „Stadt Roanne“ (C-220/05), dass eine Grundstücksveräußerung der öffentlichen Hand dem Vergaberechtsregime unterfalle, wenn die öffentliche Hand dem Erwerber Verpflichtungen aufgrund ihrer eigenen Erfordernisse auferlegt, dabei ist es, wie das OLG Düsseldorf in der Rechtssache „Ahlhorn“ präzisierte unerheblich, ob der Auftraggeber an den Investor irgendein Entgelt zahlt, es genügt bereits ein Interesse das über den reinen Verkauf hinausgeht, - wie beispielsweise an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung. Zur Frage der Schwellenwerte wird davon ausgegangen, dass nicht nur auf den gerade formell zur Vergabe anstehenden Vertrag abzustellen sei, vielmehr müsse eine Gesamtbetrachtung aller „strategisch aufeinander abgestimmten“ Verträge angestellt werden um eine Umgehung des Vergaberechtsregimes zu verhindern. Nach der „Roanne“ Entscheidung des EuGH muss zur Bestimmung des Auftragswertes der Gesamtwert aus der Perspektive eines potentiellen Bieters, einschließlich aller Zahlungen auch von Dritten, herangezogen werden, damit dürfte bei größeren Entwicklungsprojekten der Schwellenwert regelmäßig erreicht werden.

Für die öffentliche Hand werden damit städtebauliche Maßnahmen teurer (Rechtsberatung, europaweite Ausschreibung), sowie schlechter kalkulier- und gestaltbar. Außerdem werden die Zeitabläufe länger. Mehr Bieter wird es dagegen in den meisten Fällen nicht geben, aber die Gemeinden werden in den Verhandlungen gegenüber potentiellen Bietern geschwächt.

Vielleicht sollte man dazu am Rande erwähnen, dass die EU Kommission selbst sich Ausnahmen vom Vergaberegime in ihrer Haushaltsordnung ausbedungen hat – mit dem schönen Argument für ihre Ausschreibungen bei Gebäuden gäbe es keinen europaweiten Markt.

### **Keine Anerkennung der Tarifhoheit**

Wenn Firmen in Deutschland Aufträge der öffentlichen Hand ausführen, müssen sie sich nicht an von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifvereinbarungen halten, dies hat der EuGH – übrigens entgegen den Empfehlungen des Generalanwaltes Yves Bot - in der Rechtssache „Rüffert“ entschieden. Das Gericht verweist stattdessen auf das Entsendegesetz und die Möglichkeit für gesetzlich verordnete Mindestlöhne.

Diese Entscheidung folgt den früheren Urteilen in den Fällen „Laval“ und „Viking“.

Zwar hat die EU keine Kompetenzen in den Fragen Tarifhoheit bzw. Streikrecht, dennoch maßt sich der EuGH an hier zu urteilen und im Rahmen des Binnenmarktes zwischen dem Recht auf Freizügigkeit jedes Unternehmens und den innerstaatlichen Freiheitsrechten der Tarifpartner abzuwägen. Die „Abwägung“ hat einen sozialpolitisch blinden Fleck, aber nicht nur das, sie hat auch einen blinden Fleck hinsichtlich Subsidiarität und was noch gravierender ist hinsichtlich der politischen Legitimation. Politisch legitimiertes Arbeitsrecht wird gegen unternehmerische Freiheit abgewogen und stillschweigend kassiert. Die Antwort darauf kann nicht nur die Forderung nach gesetzlichen Mindestlöhnen in Deutschland sein – auch wenn das eine notwendige Konsequenz darstellt – darüber hinaus muss auch neu über Demokratiedefizite auf der europäischen Ebene, Gewaltenteilung und demokratische Einbindung der europäischen Richter diskutiert werden.