

Rechtssache C-274/09

Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler

gegen

Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau

(Vorabentscheidungsersuchen
des Oberlandesgerichts München)

„Öffentliche Aufträge — Richtlinie 2004/18/EG — Konzession für
Gemeinwohldienstleistungen — Rettungsdienstleistungen — Unterscheidung
zwischen ‚öffentlichem Dienstleistungsauftrag‘ und ‚Dienstleistungskonzession‘“

Schlussanträge des Generalanwalts J. Mazák vom 9. September 2010 I - 1338

Urteil des Gerichtshofs (Dritte Kammer) vom 10. März 2011 I - 1350

Leitsätze des Urteils

1. *Rechtsangleichung — Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge — Richtlinie 2004/18 — Öffentlicher Dienstleistungsauftrag — Dienstleistungskonzession — Unterscheidungskriterien*
(Richtlinie 2004/18 des Europäischen Parlaments und des Rates, Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d und Abs. 4)

2. *Rechtsangleichung — Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge — Richtlinie 2004/18 — Dienstleistungskonzession — Begriff*
 (Art. 49 AEUV und 56 AEUV; Richtlinie 2004/18 des Europäischen Parlaments und des Rates, Art. 1 Abs. 2 Buchst. d und Abs. 4)

1. Aus dem Vergleich der Definitionen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags und der Dienstleistungskonzession in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d bzw. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge geht hervor, dass der Unterschied zwischen einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen liegt. Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die, wenn sie auch nicht die einzige Gegenleistung darstellt, vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Leistungserbringer gezahlt wird, während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises.

Im Fall eines Vertrags über Dienstleistungen genügt der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von

Dritten zu erheben, dem in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Erfordernis einer Gegenleistung. Auch wenn die Art der Vergütung somit eines der ausschlaggebenden Kriterien für die Einordnung als Dienstleistungskonzession darstellt, übernimmt bei einer Dienstleistungskonzession der Konzessionär das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen und weist die fehlende Übertragung des mit der Erbringung der Dienstleistungen verbundenen Risikos auf den Dienstleistungserbringer darauf hin, dass es sich bei dem betreffenden Vorgang um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt und nicht um eine Dienstleistungskonzession. Für die Annahme einer Dienstleistungskonzession ist zu prüfen, ob die vereinbarte Art der Vergütung im Recht des Leistungserbringers besteht, die Dienstleistung zu bewerten, und die Übernahme des mit den fraglichen Dienstleistungen verbundenen Betriebsrisikos durch den Leistungserbringer zur Folge hat. Dieses Risiko kann zwar von Beginn an erheblich eingeschränkt sein; für die Einordnung als Dienstleistungskonzession ist allerdings erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber das volle von ihm getragene Risiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt.

(vgl. Randnrn. 24-26, 29)

2. Art. 1 Abs. 2 Buchst. d und Abs. 4 der Richtlinie 2004 ist dahin auszulegen, dass ein Vertrag über Rettungsdienstleistungen, bei dem die Vergütung des ausgewählten Wirtschaftsteilnehmers vollumfänglich durch Personen sichergestellt wird, die von dem öffentlichen Auftraggeber, der den Vertrag vergeben hat, verschieden sind, und dieser Wirtschaftsteilnehmer insbesondere aufgrund des Umstands, dass die Höhe der Benutzungsentgelte für die betreffenden Dienstleistungen vom Ergebnis jährlicher Verhandlungen mit Dritten abhängt und er keine Gewähr für die vollständige Deckung der im Rahmen seiner nach den Grundsätzen des nationalen Rechts durchgeführten Tätigkeiten angefallenen Kosten hat, einem, wenn auch nur erheblich eingeschränkten, Betriebsrisiko ausgesetzt ist, als vertragliche „Dienstleistungskonzession“ im Sinne von Art. 1 Abs. 4 dieser Richtlinie zu qualifizieren ist.

Die Tatsache, dass die Höhe der Benutzungsentgelte nicht einseitig vom Rettungsdienstleister, sondern im Wege der Vereinbarung mit den Sozialversicherungsträgern festgelegt wird, die ihrerseits öffentliche Auftraggeber sind, und dass diese Entgelte nicht unmittelbar von den Nutzern dieser Dienstleistungen an den ausgewählten Dienstleister gezahlt

werden, sondern durch eine Zentrale Abrechnungsstelle, die mit der Einziehung und Auszahlung dieser Entgelte in regelmäßigen Abschlagszahlungen beauftragt ist, hat keine Auswirkung auf diese Feststellung. Dies ändert nämlich nichts daran, dass sämtliche Entgelte, die an den Dienstleistungserbringer gezahlt werden, von Personen stammen, die von dem öffentlichen Auftraggeber, der den Vertrag an ihn vergeben hat, verschieden sind.

Insoweit werden Verträge über Dienstleistungskonzessionen beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts zwar von keiner der Richtlinien erfasst, mit denen der Unionsgesetzgeber das öffentliche Auftragswesen geregelt hat, die öffentlichen Stellen, die solche Verträge schließen, sind aber gleichwohl verpflichtet, die Grundregeln des AEU-Vertrags, insbesondere die Art. 49 AEUV und 56 AEUV, sowie die daraus fließende Transparenzpflicht zu beachten, wenn — was das vorlegende Gericht zu prüfen hat — an dem betreffenden Vertrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.

(vgl. Randnrn. 28, 48-49 und Tenor)