



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

21. Dezember 2016\*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Art. 4 Abs. 2 EUV — Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, wie sie in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der lokalen und regionalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt — Interne Organisation der Mitgliedstaaten — Gebietskörperschaften — Rechtsinstrument zur Gründung einer neuen Einrichtung des öffentlichen Rechts und zur Regelung der Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben — Öffentliche Aufträge — Richtlinie 2004/18/EG — Art. 1 Abs. 2 Buchst. a — Begriff „öffentlicher Auftrag““

In der Rechtssache C-51/15

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Oberlandesgericht Celle (Deutschland) mit Entscheidung vom 17. Dezember 2014, beim Gerichtshof eingegangen am 6. Februar 2015, in dem Verfahren

**Remondis GmbH & Co. KG Region Nord**

gegen

**Region Hannover,**

Beteiligter:

**Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover,**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten L. Bay Larsen und der Richter M. Vilaras, J. Malenovský, M. Safjan sowie D. Šváby (Berichterstatter),

Generalanwalt: P. Mengozzi,

Kanzler: K. Malacek, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 2016,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Remondis GmbH & Co. KG Region Nord, vertreten durch Rechtsanwälte M. Figger und R. Schäffer,

\* Verfahrenssprache: Deutsch.

- der Region Hannover, vertreten durch Regionspräsident H. Jagau, durch R. Van der Hout, advocaat, sowie durch Rechtsanwälte T. Mühe und M. Fastabend,
  - des Zweckverbands Abfallwirtschaft Region Hannover, vertreten durch Rechtsanwälte W. Siederer und L. Viezens,
  - der französischen Regierung, vertreten durch D. Colas und J. Bousin als Bevollmächtigte,
  - der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,
  - der Europäischen Kommission, vertreten durch A. C. Becker und A. Tokár als Bevollmächtigte,
- nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 30. Juni 2016

folgendes

### Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114, berichtigt im ABl. 2004, L 351, S. 44).
- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Remondis GmbH & Co. KG Region Nord (im Folgenden: Remondis) und der Region Hannover (Deutschland) über die Rechtmäßigkeit der Übertragung von Aufgaben der Abfallentsorgung und -bewirtschaftung, mit denen die Region Hannover betraut war, auf den Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover (im Folgenden: Zweckverband RH).

### Rechtlicher Rahmen

#### *Unionsrecht*

- 3 Nach dem auf den Ausgangsrechtsstreit anwendbaren Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 sind für die Zwecke dieser Richtlinie „öffentliche Aufträge“ ... zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie“.
- 4 Durch die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und die Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65) wurde die Richtlinie 2004/18 mit Wirkung zum 18. April 2016 aufgehoben.
- 5 Im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 heißt es:  
  
„Die zunehmende Vielfalt öffentlicher Tätigkeiten macht es erforderlich, den Begriff der Auftragsvergabe selbst klarer zu definieren. Diese Präzisierung als solche sollte jedoch den Anwendungsbereich dieser Richtlinie im Vergleich zu dem der Richtlinie 2004/18/EG nicht erweitern. Die Vorschriften der Union für die öffentliche Auftragsvergabe sollen nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben abdecken, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden. ...“

...“

6 Art. 1 Abs. 6 dieser Richtlinie bestimmt:

„Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, werden als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und als solche nicht von dieser Richtlinie berührt.“

#### *Deutsches Recht*

- 7 Nach dem Abfallrecht des Bundes und dem Niedersächsischen Abfallgesetz sowohl in seiner zur Zeit der Gründung des Zweckverbands RH (Streithelfer im Ausgangsverfahren) als auch in der derzeit geltenden Fassung obliegt die Abfallbewirtschaftung den durch das Landesgesetz bezeichneten Gebietskörperschaften oder den von diesen Körperschaften gegründeten Zweckverbänden.
- 8 Nach § 1 des zur Zeit der Gründung des Zweckverbands RH geltenden Niedersächsischen Zweckverbandsgesetzes können sich Gemeinden und Gemeindeverbände zur gemeinsamen Erfüllung bestimmter Aufgaben, zu deren Durchführung sie berechtigt oder verpflichtet sind, zu Zweckverbänden zusammenschließen (Freiverbände) oder zu ihnen zusammengeschlossen werden (Pflichtverbände). Im Fall der Gründung eines Zweckverbands gehen gemäß § 2 Abs. 1 dieses Gesetzes die Rechte und Pflichten betreffend die Erfüllung dieser Aufgaben auf den Zweckverband über.
- 9 Gemäß § 4 dieses Gesetzes sind Zweckverbände öffentliche Körperschaften, die sich selbst und unter eigener Verantwortung verwalten.
- 10 Nach § 29 Abs. 1 werden die Mitglieder eines Zweckverbands zu jährlich festzusetzenden Umlagen herangezogen, soweit die sonstigen Einnahmen des Zweckverbands zur Bestreitung der Verbandsausgaben nicht ausreichen.
- 11 Das derzeit geltende Niedersächsische Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit enthält vergleichbare Vorschriften. Es bestimmt u. a., dass Gebietskörperschaften, die eine Aufgabe übertragen haben, insoweit von der Pflicht zur Aufgabenerfüllung befreit sind.

#### **Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**

- 12 Nach dem Abfallrecht sowohl des Bundes als auch des Landes Niedersachsen waren die Region Hannover und die Landeshauptstadt Hannover in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet, nämlich dem ehemaligen Landkreis Hannover und der Landeshauptstadt Hannover, mit der Aufgabe der Abfallentsorgung und -bewirtschaftung beauftragt.
- 13 Im Hinblick auf eine von diesen beiden Gebietskörperschaften beabsichtigte Neuordnung nahm zunächst die Landeshauptstadt Hannover am 29. November 2002 eine Kompetenzübertragung auf die Region Hannover vor. Sodann beschlossen diese Gebietskörperschaften am 19. Dezember 2002 gemeinsam die Verbandsordnung des Zweckverbands Abfallwirtschaft Region Hannover (im Folgenden: Verbandsordnung) zur Regelung der Arbeitsweise dieses Zweckverbands, eines öffentlich-rechtlichen Trägers, den die beiden ihn gründenden Gebietskörperschaften mit verschiedenen Befugnissen ausstatteten. Von diesen Befugnissen waren manche ursprünglich beiden

Gebietskörperschaften zuzuordnen, andere jeweils einer von ihnen. Insbesondere trat der Zweckverband an die Stelle der Region Hannover als Entsorgungsträger. Die Einrichtung wurde zum 1. Januar 2003 gegründet.

- 14 Um dem Zweckverband RH die Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben zu ermöglichen, brachten die Region Hannover und die Landeshauptstadt Hannover nach § 5 der Verbandsordnung ihre jeweiligen zur Aufgabenerfüllung der Abfallentsorgung, der Straßenreinigung und des Winterdienstes dienenden Einrichtungen unentgeltlich in den Verband ein; außerdem übertrug ihm die Region Hannover 94,9 % der Anteile an der bisher zu 100 % von ihr gehaltenen Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover mbH.
- 15 Mit dem gleichen Ziel erlaubt § 4 Abs. 5 der Verbandsordnung dem Zweckverband RH außerdem, sich zur Erfüllung seiner Aufgaben Dritter zu bedienen und sich hierzu an Unternehmen und Einrichtungen zu beteiligen. Diese Beauftragung ist nach § 22 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes zulässig.
- 16 Die Verbandsordnung sieht ferner in ihrem § 4 Abs. 4 vor, dass der Zweckverband RH auch Abfälle zur Verwertung entsorgt und dass er zu diesem Zweck Verträge mit Dualen Systemen zur Sammlung von Verkaufsverpackungen eingehen kann, wobei diese Aufgaben auf die Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover übertragen werden können.
- 17 Nach § 4 Abs. 6 der Verbandsordnung darf der Zweckverband Satzungen und Verordnungen u. a. über die Erhebung von Gebühren erlassen.
- 18 Nach § 7 der Verbandsordnung besteht die Verbandsversammlung des Zweckverbands RH aus den Hauptverwaltungsbeamten der Region Hannover und der Landeshauptstadt Hannover, die den Weisungen des von ihnen vertretenen Verbandsmitglieds unterliegen. Diese Vertreter sind in der Versammlung in Bezug auf die Aufgaben stimmberechtigt, die von dem von ihnen vertretenen Verbandsmitglied übertragen wurden.
- 19 § 8 der Verbandsordnung sieht vor, dass die Verbandsversammlung u. a. zuständig ist für Änderungen der Verbandsordnung und für die Wahl des Geschäftsführers für den Zweckverband RH.
- 20 Gemäß § 16 der Verbandsordnung arbeitet der Zweckverband aufgrund der von ihm erzielten Einnahmen auf Dauer mindestens kostendeckend. Soweit die Einnahmen des Zweckverbands zur Bestreitung der Ausgaben nicht ausreichen, werden die Verbandsmitglieder jedoch zu jährlich festzusetzenden Umlagen herangezogen, um die Verluste auszugleichen.
- 21 Aus dem Vorabentscheidungsersuchen geht hervor, dass die Übertragung von Aufgaben im Zusammenhang mit der Gründung eines Freiverbands oder Pflichtverbands zu einem Kompetenzverlust bei den Verbandsmitgliedern führt.
- 22 Im Jahr 2011, also in seinem neunten Betriebsjahr, erwirtschaftete der Zweckverband RH zusammen mit der Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover einen Umsatz von 189 020 912 Euro, wovon 11 232 173,89 Euro (d. h. ungefähr 6 %) auf gewerbliche Drittumsätze zurückzuführen waren. Nach den Prognosen für 2013 beliefen sich die entsprechenden Beträge auf 188 670 370,92 Euro bzw. 13 085 190,85 Euro.
- 23 Remondis, eine in der Abfallwirtschaft tätige Handelsgesellschaft, stellte einen Antrag auf Nachprüfung der Vergabe, mit dem nun das vorlegende Gericht befasst ist.
- 24 Nach Auffassung von Remondis stellt die Gesamtmaßnahme, bestehend aus der Gründung des Zweckverbands und der damit einhergehenden Übertragung von Aufgaben auf diesen Verband durch die ihm angehörenden Gebietskörperschaften, einen öffentlichen Auftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 dar, selbst wenn diese Maßnahme ursprünglich nicht unter das

Vergaberecht gefallen sei, da sie von der im Urteil vom 18. November 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, Rn. 50) herausgearbeiteten Ausnahme erfasst worden sei. Die beiden Voraussetzungen im Rahmen dieser Ausnahme seien erfüllt, nämlich zum einen, dass die einen Auftrag vergebende öffentliche Einrichtung über die Person, der sie die Durchführung dieses Auftrags übertrage, eine Kontrolle ausübe wie über ihre eigenen Dienststellen, und zum anderen, dass diese Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Einrichtung verrichte. In Anbetracht der Höhe des Umsatzes, den der Zweckverband RH seit dem Jahr 2013 mit Dritten erziele, verrichtet er nach Ansicht von Remondis seine Tätigkeiten nicht mehr im Wesentlichen für die Gebietskörperschaften, die ihn gegründet haben. Somit sei diese Gesamtmaßnahme nunmehr als unzulässige Vergabe eines öffentlichen Auftrags und daher als nichtig anzusehen. Folglich sei die Region Hannover als zuständiger Entsorgungsträger verpflichtet, ein Vergabeverfahren durchzuführen, soweit sie die entsprechenden Aufgaben nicht selbst übernehmen wolle.

- 25 Nach Ansicht der Region Hannover und des Zweckverbands RH fallen die Gründung des Zweckverbands und die Kompetenzübertragung auf diesen nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts.
- 26 Gründung und Übertragung beruhten auf einem Satzungsbeschluss und nicht auf einem Vertrag oder einer Verwaltungsvereinbarung. Außerdem nähmen diese Körperschaften auf die Richtlinie 2014/24 Bezug, insbesondere auf deren Art. 1 Abs. 6, der den Mechanismus der Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffe.
- 27 Das vorliegende Gericht weist darauf hin, dass der Ausgang des Ausgangsverfahrens zunächst von der Frage abhängt, ob es sich bei der Gründung des Zweckverbands RH und der Übertragung bestimmter Aufgaben auf diesen durch die Region Hannover und die Landeshauptstadt Hannover um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 gehandelt habe. Insoweit hat es keinen Zweifel an der Entgeltlichkeit, da zum einen Mittel, die diese beiden Gebietskörperschaften zuvor für die Erfüllung der dem Zweckverband übertragenen Aufgaben genutzt hätten, unentgeltlich auf diesen übertragen worden seien, und zum anderen sich diese Körperschaften verpflichtet hätten, etwaige die Einnahmen des Zweckverbands übersteigende Mehrkosten auszugleichen.
- 28 Das vorliegende Gericht führt aus, dass es sich bei dem Vorgang möglicherweise dennoch nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags gehandelt habe. Denn es bestehe kein Vertrag und es sei auch kein Unternehmen betroffen. Außerdem handele es sich um einen durch die verfassungsrechtlich garantierte kommunale Selbstverwaltung geschützten innerstaatlichen Organisationsakt, nämlich um eine Kompetenzverlagerung zwischen Gebietskörperschaften, durch die die ursprünglich mit der Erfüllung der betreffenden Aufgaben betrauten Körperschaften vollständig von diesen Aufgaben befreit würden.
- 29 Das vorliegende Gericht hat jedoch im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs Zweifel an der Richtigkeit dieser Auffassung, u. a. angesichts des Urteils vom 13. Juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), wonach eine Aufgabenübertragung, durch die die ursprünglich zuständige Körperschaft befreit werde, als solche keine Auswirkung auf die Einstufung als öffentlichen Auftrag habe.
- 30 Außerdem gehe aus jenem Urteil hervor, dass es nur zwei Ausnahmen von der Anwendung des Vergaberechts gebe, die zu berücksichtigen seien, nämlich diejenige, die im Urteil vom 18. November 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), herausgearbeitet worden sei, und die sogenannte „horizontale“ interkommunale Zusammenarbeit. Da die Gründung eines Zweckverbands mit Kompetenzübertragung auf diesen unter keine dieser Ausnahmen falle, sei es somit vertretbar, das Vergaberecht für anwendbar zu halten.



- 31 Umgekehrt führt das vorliegende Gericht jedoch aus, dass zum einen ein solcher Vorgang ausschließlich auf einer horizontalen Vereinbarung zwischen mehreren öffentlichen Einrichtungen beruhe und nicht auf einer Vereinbarung zwischen diesen Einrichtungen und dem Zweckverband.
- 32 Zum anderen könne die Gründung eines Verbands von Gebietskörperschaften nicht nur von diesen frei vereinbart, sondern gegenüber den betroffenen Körperschaften auch von ihrer Aufsichtsbehörde verfügt werden. In einem solchen Fall liege kein Vertrag vor, so dass darin kaum ein öffentlicher Auftrag gesehen werden könne. Dann stelle sich die Frage, ob derselbe Vorgang, also eine Kompetenzübertragung auf einen öffentlich-rechtlichen Zweckverband, je nachdem, ob die Übertragung freiwillig erfolgt oder angeordnet worden sei, anders zu behandeln sei.
- 33 Das vorliegende Gericht möchte außerdem wissen, welche Folgen es hat, wenn festgestellt wird, dass es sich bei einem Gesamtvorgang wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden um einen öffentlichen Auftrag handelt, insbesondere, ob ein solcher Auftrag unter dem Gesichtspunkt der im Urteil vom 18. November 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), herausgearbeiteten Ausnahme zu betrachten ist oder eher als eine Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften im Hinblick auf die Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben angesehen werden muss.
- 34 In diesem Zusammenhang hat das Oberlandesgericht Celle (Deutschland) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Stellt eine Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, auf deren Grundlage die Gebietskörperschaften durch Satzungen einen gemeinsamen Zweckverband mit eigener Rechtspersönlichkeit gründen, der fortan bestimmte Aufgaben, die bislang den beteiligten Gebietskörperschaften obliegen haben, in eigener Zuständigkeit wahrnimmt, einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 dar, wenn dieser Aufgabenübergang Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie betrifft und entgeltlich erfolgt, der Zweckverband über die Wahrnehmung zuvor den beteiligten Körperschaften oblegener Aufgaben hinausgehende Tätigkeiten entfaltet und der Aufgabenübergang nicht zu „den zwei Arten von Aufträgen“ gehört, die, obwohl sie von öffentlichen Einrichtungen vergeben werden, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs (zuletzt Urteil vom 13. Juni 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, Rn. 33 ff.) nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union fallen?
  2. Soweit Frage 1 bejaht wird: Richtet sich die Frage, ob die Bildung eines Zweckverbands und der damit verbundene Aufgabenübergang auf diesen ausnahmsweise nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union fällt, nach den Grundsätzen, die der Gerichtshof betreffend Verträge zwischen einer öffentlichen Einrichtung und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person entwickelt hat, nach denen eine Anwendung des Vergaberechts der Union ausscheidet, wenn die Einrichtung über die betreffende Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und die genannte Person zugleich im Wesentlichen für die Einrichtung oder die Einrichtungen tätig ist, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil vom 18. November 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, Rn. 50), oder finden demgegenüber die Grundsätze Anwendung, die der Gerichtshof betreffend Verträge entwickelt hat, mit denen eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden Gemeinwohlaufgabe vereinbart wird (dazu: Urteil vom 19. Dezember 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a., C-159/11, EU:C:2012:817, Rn. 34 ff.)?

## Zu den Vorlagefragen

### *Zur ersten Frage*

- 35 Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass es sich bei einer Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht und auf deren Grundlage diese eine Satzung über die Gründung eines Zweckverbands – einer juristischen Person des öffentlichen Rechts – erlassen und dieser neuen öffentlichen Einrichtung Kompetenzen zuweisen, die bisher diesen Körperschaften zustanden und fortan zu eigenen Zuständigkeiten des Zweckverbands werden, um einen öffentlichen Auftrag handelt.
- 36 Gemäß Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 ist ein öffentlicher Auftrag ein zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossener schriftlicher entgeltlicher Vertrag über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.
- 37 Bei einem aus mehreren Schritten bestehenden Vorgang ist dieser im Hinblick auf diese Definition für eine etwaige Einstufung als öffentlicher Auftrag in seiner Gesamtheit sowie unter Berücksichtigung seiner Zielsetzung zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. November 2005, Kommission/Österreich, C-29/04, EU:C:2005:670, Rn. 41).
- 38 Folglich sind im vorliegenden Fall die verschiedenen Schritte des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vorgangs in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen. Insoweit geht aus dem Vorlagebeschluss hervor, dass die Region Hannover und die Landeshauptstadt Hannover gemeinsam beschlossen haben, durch Rechtsakt eine neue öffentlich-rechtliche Einrichtung zu gründen, um dieser bestimmte Kompetenzen zu übertragen, von denen manche ursprünglich beiden Gebietskörperschaften zuzuordnen waren, andere jeweils einer von ihnen. Gleichzeitig haben diese Gebietskörperschaften diese neue Einrichtung so ausgestattet, dass ihr die Erfüllung der diesen Kompetenzen entsprechenden Aufgaben ermöglicht wird. So haben sie der Einrichtung die finanziellen Mittel übertragen, die sie zuvor selbst für die Wahrnehmung dieser Kompetenzen genutzt hatten, und sich verpflichtet, etwaige Fehlbeträge in der Bilanz dieser Einrichtung zu decken. Darüber hinaus ist die Einrichtung befugt, Gebühren festzusetzen und zu erheben sowie bestimmte Tätigkeiten auszuüben, bei denen es sich nicht um die Wahrnehmung der ihr übertragenen Kompetenzen handelt, die jedoch bestimmten Tätigkeiten gleichen, die aufgrund dieser Wahrnehmung durchgeführt werden. Schließlich zeichnet sich die neue Einrichtung durch Unabhängigkeit bei ihrer Arbeitsweise aus, muss aber die Entscheidungen einer aus Vertretern ihrer beiden Gründungskörperschaften bestehenden Verbandsversammlung beachten, die ein Organ dieser Einrichtung und u. a. für die Wahl des Verbandsgeschäftsführers zuständig ist.
- 39 In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass durch den Hinweis des vorliegenden Gerichts, wonach es sich bei den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Tätigkeiten um „Dienstleistungen“ im Sinne der Richtlinie 2004/18 handele, nur hervorgehoben werden soll, dass die Anwendung dieser Richtlinie insoweit nicht ausgeschlossen werden könne. Allerdings reicht der Umstand, dass es sich bei einer in die Zuständigkeit einer öffentlichen Stelle fallenden Tätigkeit um eine Dienstleistung im Sinne der Richtlinie handelt, als solcher auch nicht aus, um die Anwendbarkeit der Richtlinie zu begründen, da die öffentlichen Stellen frei entscheiden können, ob sie für die Erfüllung ihrer im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben auf den Markt zurückgreifen oder hiervon absehen wollen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. Juni 2009, Kommission/Deutschland, C-480/06, EU:C:2009:357, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 40 Ferner ist erstens daran zu erinnern, dass die Aufteilung der Zuständigkeiten innerhalb eines Mitgliedstaats unter dem Schutz von Art. 4 Abs. 2 EUV steht, nach dem die Union verpflichtet ist, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der lokalen und regionalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Juni 2014, *Digibet und Albers*, C-156/13, EU:C:2014:1756, Rn. 34).
- 41 Außerdem bezieht sich dieser Schutz nach Art. 4 Abs. 2 EUV, wie der Generalanwalt in den Nrn. 41 und 42 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, auch auf die innerstaatliche Neuordnung der Kompetenzen, da diese Kompetenzaufteilung nicht starr ist. Solche Neuordnungen, etwa in Form von durch eine ranghöhere Behörde angeordnete Kompetenzverlagerungen von einer öffentlichen Stelle auf eine andere oder von freiwilligen Kompetenzübertragungen zwischen öffentlichen Stellen, haben zur Folge, dass eine zuvor zuständige Stelle von ihrer Pflicht zur Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe entlastet wird bzw. ihr Recht darauf verliert oder sich selbst davon entlastet bzw. darauf verzichtet, während fortan einer anderen Stelle diese Pflicht obliegt und dieses Recht zusteht.
- 42 Zweitens ist festzustellen, dass eine solche Kompetenzverlagerung oder -übertragung nicht alle Voraussetzungen erfüllt, die gemäß der Definition des Begriffs „öffentlicher Auftrag“ erforderlich sind.
- 43 Nur ein entgeltlicher Vertrag kann einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18 darstellen, wobei dieser entgeltliche Charakter impliziert, dass der öffentliche Auftraggeber, der einen öffentlichen Auftrag vergibt, gemäß diesem Auftrag gegen eine Gegenleistung eine Leistung erhält, die für den öffentlichen Auftrag<sup>25</sup> März 2010, geber von unmittelbarem wirtschaftlichen Interesse ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, Rn. 47 bis 49). Wie der Generalanwalt in Nr. 36 seiner Schlussanträge ausführt, ist das Synallagma des Vertrags somit ein wesentliches Merkmal eines öffentlichen Auftrags.
- 44 Unabhängig davon, dass eine Entscheidung über die Zuweisung öffentlicher Befugnisse nicht in den Bereich wirtschaftlicher Vorgänge fällt, entfällt durch die bloße Tatsache, dass einer öffentlichen Stelle die ihr zuvor eingeräumte Befugnis entzogen wird, jegliches wirtschaftliche Interesse an der Erfüllung der dieser Befugnis entsprechenden Aufgaben.
- 45 Die Umverteilung der für die Ausübung der Befugnis verwendeten Mittel, die von der bisher zuständigen auf die nunmehr zuständige Stelle übertragen werden, kann nicht als Entrichtung eines Entgelts beurteilt werden, sondern stellt vielmehr eine logische – ja sogar notwendige – Folge der freiwilligen Übertragung oder der angeordneten Kompetenzverlagerung von der einen auf die andere Stelle dar.
- 46 Ebenso wenig stellt die Verpflichtung der Stelle, von der die Kompetenzübertragung ausgeht oder die die Kompetenzverlagerung beschließt, bei der Ausübung dieser Befugnis etwa entstehende die Einnahmen übersteigende Mehrkosten zu übernehmen, ein Entgelt dar. Es handelt sich dabei um eine an Dritte gerichtete Garantie, die im vorliegenden Fall wegen des Grundsatzes, dass über das Vermögen einer öffentlichen Stelle kein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann, erforderlich ist. Das Bestehen eines solchen Grundsatzes fällt als solches unter die interne Organisation eines Mitgliedstaats.
- 47 Jedoch ist drittens darauf hinzuweisen, dass eine Kompetenzübertragung zwischen öffentlichen Stellen bestimmte Voraussetzungen erfüllen muss, um als eine Maßnahme der internen Organisation angesehen werden zu können und damit unter die den Mitgliedstaaten durch Art. 4 Abs. 2 EUV garantierte Freiheit zu fallen.
- 48 Insoweit ist eine Situation wie die des Ausgangsverfahrens zwar nicht mit der Fallgestaltung im Urteil vom 20. Oktober 2005, *Kommission/Frankreich* (C-264/03, EU:C:2005:620), identisch. Denn in jener Rechtssache ging es um die Feststellung, ob es sich bei der betreffenden Art des Auftrags um eine



punktueller Übertragung öffentlicher Gewalt auf eine Einrichtung zur Durchführung eines Vorhabens, für das grundsätzlich eine andere Einrichtung zuständig war, und nicht um eine Übertragung dieser Kompetenz als solcher handelte. Diese verschiedenen Arten von Übertragungen sind jedoch – auch wenn sie einen unterschiedlichen Umfang haben – ihrem Wesen nach vergleichbar, so dass vorliegend aus der wichtigsten Lehre dieses Urteils zu diesem Thema Rückschlüsse gezogen werden können.

- 49 Wie der Generalanwalt in Rn. 53 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, muss eine Kompetenzübertragung, damit sie als solche angesehen werden kann, nicht nur die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten, u. a. die Verpflichtung, den mit dieser Kompetenz verbundenen Aufgaben nachzukommen, sondern auch die damit einhergehenden Befugnisse umfassen. Hierfür ist es erforderlich, dass die öffentliche Stelle, der eine Kompetenz übertragen wird, befugt ist, die Erfüllung der sich aus dieser Kompetenz ergebenden Aufgaben zu organisieren und den diese Aufgaben betreffenden rechtlichen Rahmen zu schaffen. Weiter muss sie über eine finanzielle Unabhängigkeit verfügen, die es erlaubt, die Finanzierung dieser Aufgaben sicherzustellen. Dies ist dagegen nicht der Fall, wenn die ursprünglich zuständige Stelle die Hauptverantwortung für diese Aufgaben behält, sich die finanzielle Kontrolle über diese vorbehält oder den Entscheidungen, die die von ihr hinzugezogene Einrichtung treffen möchte, vorab zustimmen muss.
- 50 Insoweit unterscheidet sich eine Situation wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende klar von der, um die es in der Rechtssache ging, die dem Urteil vom 13. Juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), zugrunde lag, in der sich eine Gebietskörperschaft darauf beschränkte, eine andere Gebietskörperschaft gegen eine finanzielle Entschädigung mit bestimmten Sachaufgaben zu betrauen, und sich dabei gemäß den Feststellungen des Gerichtshofs in Rn. 41 jenes Urteils vorbehielt, die Erfüllung der fraglichen Aufgaben zu kontrollieren.
- 51 Also kann keine Kompetenzübertragung vorliegen, wenn die neuerdings zuständige öffentliche Stelle von der betreffenden Befugnis nicht selbständig und eigenverantwortlich Gebrauch macht.
- 52 Wie der Generalanwalt in Nr. 56 seiner Schlussanträge festgestellt hat, bedeutet eine solche Handlungsfreiheit nicht, dass die neuerdings zuständige Einrichtung jeglicher Einflussnahme durch eine andere öffentliche Einrichtung entzogen sein müsste. Eine Einrichtung, die eine Kompetenz überträgt, kann ein gewisses Überwachungsrecht für die mit dieser öffentlich-rechtlichen Dienstleistung verbundenen Aufgaben behalten. Ein solcher Einfluss schließt jedoch grundsätzlich jede Einmischung in konkrete Modalitäten der Durchführung der Aufgaben, die unter die übertragene Kompetenz fallen, aus. In einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens kann ein solcher Einfluss über ein Organ, etwa eine aus Vertretern der zuvor zuständigen Gebietskörperschaften bestehende Verbandsversammlung, ausgeübt werden.
- 53 Handlungsfreiheit bedeutet auch nicht, dass eine angeordnete Kompetenzverlagerung oder eine freiwillige Kompetenzübertragung unumkehrbar sein muss. Wie in Rn. 41 des vorliegenden Urteils ausgeführt wurde, ist die Kompetenzaufteilung innerhalb eines Mitgliedstaats nicht als starr anzusehen, so dass aufeinanderfolgende Neuordnungen denkbar sind. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den dem Urteil vom 20. Oktober 2005, Kommission/Frankreich (C-264/03, EU:C:2005:620), zugrunde liegenden Sachverhalten nicht um eine dauerhafte, sondern um eine punktueller Übertragung öffentlicher Gewalt auf eine öffentliche Stelle zur Durchführung eines grundsätzlich in die Zuständigkeit einer anderen Einrichtung fallenden Vorhabens handelte, wobei jene Einrichtung ihre grundsätzliche Zuständigkeit behielt. Diese Situationen hätten als nicht unter das Vergaberecht fallend angesehen werden müssen, wenn sie nicht die vom Gerichtshof in Rn. 54 jenes Urteils genannten Merkmale aufgewiesen hätten; diese führten zu der Annahme, dass es in jenem Fall keine echte Kompetenzübertragung gab. Wie der Generalanwalt in Nr. 54 seiner Schlussanträge festhielt, ist daher nicht ausgeschlossen, dass eine Kompetenzübertragung oder -verlagerung im Rahmen einer Neuordnung öffentlich-rechtlicher Dienstleistungen später bei einer nachfolgenden Neuordnung Gegenstand einer erneuten Übertragung oder Verlagerung wird.

54 Schließlich ist, um umfassend auf die vom vorlegenden Gericht angesprochenen Aspekte einzugehen, daran zu erinnern, dass für die öffentlichen Stellen der Mitgliedstaaten oder bestimmte Gruppen davon die Erlaubnis oder das Verbot der Ausübung einer außerhalb ihrer Wahrnehmung von Gemeinwohlaufgaben liegenden Tätigkeit auf dem Markt Teil der internen Ordnung der Mitgliedstaaten ist; diese müssen beurteilen, ob eine solche Tätigkeit mit den institutionellen und satzungsmäßigen Zielen dieser Stellen vereinbar ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 23. Dezember 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, Rn. 48). Die Tatsache, dass die von einer Kompetenzübertragung betroffenen öffentlichen Einrichtungen bestimmte Tätigkeiten auf dem Markt ausüben können oder nicht, fällt also ebenfalls unter die interne Organisation der Mitgliedstaaten und ist im Übrigen für die Frage nach der Rechtsnatur der Übertragung unerheblich, sobald die oben in den Rn. 47 bis 51 des vorliegenden Urteils genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

55 Nach alledem ist die erste Frage wie folgt zu beantworten:

- Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 ist dahin auszulegen, dass es sich bei einer Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht und auf deren Grundlage diese eine Satzung über die Gründung eines Zweckverbands – einer juristischen Person des öffentlichen Rechts – erlassen und dieser neuen öffentlichen Einrichtung Befugnisse zuweisen, die bisher diesen Körperschaften oblagen und fortan zu eigenen Aufgaben dieses Zweckverbands werden, nicht um einen öffentlichen Auftrag handelt.
- Eine solche die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffende Kompetenzübertragung liegt jedoch nur vor, wenn die Übertragung sowohl die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten als auch die damit einhergehenden Befugnisse betrifft, so dass die neuerdings zuständige öffentliche Stelle über eine eigene Entscheidungsbefugnis und eine finanzielle Unabhängigkeit verfügt. Das vorliegende Gericht wird zu prüfen haben, ob dies der Fall ist.

#### *Zur zweiten Frage*

56 Angesichts der Antwort auf die erste Frage ist die zweite Frage nicht zu beantworten.

#### **Kosten**

57 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Dritte Kammer) für Recht erkannt:

**Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass es sich bei einer Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht und auf deren Grundlage diese eine Satzung über die Gründung eines Zweckverbands – einer juristischen Person des öffentlichen Rechts – erlassen und dieser neuen öffentlichen Einrichtung Befugnisse zuweisen, die bisher diesen Körperschaften oblagen und fortan zu eigenen Aufgaben dieses Zweckverbands werden, nicht um einen öffentlichen Auftrag handelt.**

**Eine solche die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffende Kompetenzübertragung liegt jedoch nur vor, wenn die Übertragung sowohl die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten als auch die damit einhergehenden Befugnisse betrifft, so dass die neuerdings zuständige öffentliche Stelle über eine eigene Entscheidungsbefugnis und eine finanzielle Unabhängigkeit verfügt. Das vorliegende Gericht wird zu prüfen haben, ob dies der Fall ist.**

Bay Larsen

Vilaras

Malenovský

Safjan

Šváby

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 21. Dezember 2016.

Der Kanzler  
A. Calot Escobar

Der Präsident der Dritten  
Kammer  
L. Bay Larsen