

Board of Editors

PROF. DR.

CARL BAUDENBACHER
 LUXEMBURG/
 ST. GALLEN (PRÄSIDENT)

PROF. DR. DR.

GENERALDIREKTOR A.D.
 WALTER BARFUß
 WIEN

FÜRSTLICHER RAT

ALT REGIERUNGSCHEF
 HANS BRUNHART
 VADUZ

PROF. DOTT.

ALDO FRIGNANI
 AVVOCATO
 TORINO

RECHTSANWALT

ALFRED-CARL GAEDERTZ
 FRANKFURT AM MAIN

PROF. DR.

CHRISTIAN KOHLER
 LUXEMBURG/
 SAARBRÜCKEN

RECHTSANWALT DR.

FRANK MONTAG
 BRÜSSEL

DR. SVEN NORBERG
 BRÜSSEL

I. DAS BESONDERE URTEIL

Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der
 Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien? 280

II. GRUNDFREIHEITEN

1. The European Court of Justice lets the pharmacist stay in his pharmacy:
 No branch pharmacies for pharmaceutical companies 285
2. Bedarfsprüfungen und Rechtfertigungsbedarf: Selbstständige
 Ambulatorien im Lichte der Niederlassungsfreiheit 291

III. ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Coming of Age: The Justification Test in Age Discrimination 301

IV. RECHTSANGLEICHUNG

1. Parfumimitationen und Duftvergleichslisten im Spannungsfeld von
 Marken- und Lauterkeitsrecht 307
2. Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken–
 Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland 313

V. STEUERRECHT

Quellensteuer bei Dividendenausschüttungen an luxemburgische SICAV
 bedingt Verletzung der Niederlassungsfreiheit 319





I.

Marc Steiner, Bern/Aarau*

Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?

(Kommission *vs.* Bundesrepublik Deutschland, EuGH (Grosse Kammer), Urteil vom 9. Juni 2009, C-480/06)

Die Bundesrepublik dringt mit ihrem Argument durch, wonach der Vertrag von vier niedersächsischen Landkreisen mit der Stadtreinigung Hamburg über die Entsorgung ihrer Abfälle in der Müllverbrennungsanlage Rugenberger Damm als Vereinbarung über die gemeinsame Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben vergaberechtsfrei ist. Demnach wird die seitens der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland angestrebte Vertragsverletzungsklage abgewiesen.

(1) Sachverhalt

Am 18. Dezember 1995 wurde zwischen den niedersächsischen Landkreisen Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. und Stade einerseits und der Stadtreinigung Hamburg andererseits ein **Vertrag betreffend die Entsorgung von Abfällen** der genannten Landkreise geschlossen. Auf die Einleitung eines gemeinschaftsweiten Vergabeverfahrens wurde verzichtet. Die Stadtreinigung Hamburg verpflichtete sich, den Landkreisen für die Müllverbrennung in der **Anlage Rugenberger Damm** (Gesamtkapazität von 320.000 Tonnen) eine Kapazität von 120.000 Tonnen pro Jahr zur Verfügung zu stellen. Die Landkreise verpflichteten sich im Gegenzug, der Stadtreinigung Hamburg eine zum Teil feste und zum Teil mengenabhängige Jahresvergütung zu bezahlen. Das Land Niedersachsen, zu welchem die Landkreise gehören, das Land Schleswig-Holstein sowie die Freie Hansestadt Hamburg bilden die Metropolregion Hamburg.¹ Die Betreiberin der Anlage selbst, die MVR Müllverwertung Rugenberger Damm GmbH & Co. KG, steht nicht mit den Landkreisen, sondern nur mit der Stadtreinigung Hamburg in einer Vertragsbeziehung. Zugleich sind an der MVR nebst der Stadtreinigung Hamburg (25 Prozent) auch die Vattenfall Europe New Energy (55 Prozent) und die EWE Aktiengesellschaft (20 Prozent) beteiligt.² Da die Anlage Rugenberger Damm zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht erstellt war, wurde für den Entsorgungsvertrag eine Laufzeit von 20 Jahren ab dem 15. April 1999 vorgesehen.

Mit Mahnschreiben gemäss Art. 226 Abs. 1 EG vom 30. März 2004 beanstandete die Kommission den direkten **Vertragsschluss ohne ge-**

meinschaftsweite Ausschreibung als möglichen Verstoß gegen Art. 8 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI der Richtlinie 92/50³. Die Bundesrepublik Deutschland vertrat daraufhin namentlich die Ansicht, es handle sich um einen vergabefreien Fall der kommunalen Zusammenarbeit. Nach durchgeführtem aussergerichtlichem Verfahren erhob die Kommission schliesslich **Vertragsverletzungsklage** im Sinne von Art. 226 Abs. 2 EG und beantragte die Feststellung der Vertragsverletzung durch die Bundesrepublik Deutschland unter Kostenfolge. Die Bundesrepublik Deutschland blieb bei ihrer Auffassung, dass der betreffende Vertrag nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 falle, weswegen der direkte Vertragsschluss zwischen den Landkreisen und der Stadtreinigung Hamburg zulässig gewesen sei. Am 11. November 2008 wurde auf Antrag der Bundesrepublik Deutschland eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Nachdem Generalanwalt *Jan Mazák* die Schlussanträge, lautend auf Feststellung der Vertragsverletzung, am 19. Februar 2009 verkündet hatte, erging am 9. Juni 2009 das Urteil des Gerichtshofes.

(2) Urteil

Mit ihrer Klage beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 8 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI der Richtlinie 92/50 verstossen hat, dass die Landkreise Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. und Stade einen Auftrag über Abfallentsorgungsleistungen direkt an die Stadtreinigung Hamburg erteilt haben, ohne dass dieser Dienstleistungsauftrag im förmlichen Verfahren gemeinschaftsweit ausgeschrieben worden ist. Die Klage wird abgewiesen. Die Kommission trägt die Kosten.

Im Rahmen der Begründung wird zunächst der **Streitgegenstand** umschrieben. Der EuGH führt dazu aus, die Klage der Kommission habe nur den zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den vier angrenzenden Landkreisen geschlossenen Vertrag zum Gegenstand, der die Zusammenarbeit bei der Abfallentsorgung gewährleis-





ten soll, nicht aber den Vertrag zur Regelung des Verhältnisses zwischen der Stadtreinigung Hamburg und der Betreiberin der Müllverwertungsanlage Rugenberger Damm.⁴ Weiter wird festgestellt, dass die in Frage stehende Auftraggeberin ebenso wie die Entsorgungsdienstleistung grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fallen.⁵ Der Rechtsprechung des Gerichtshofs sei jedoch zu entnehmen, dass die Ausschreibung im Sinne der sogenannten *Teckal-Kriterien* nicht erforderlich ist, wenn die öffentliche Stelle, die ein *öffentlicher Auftraggeber* ist, über die fragliche Einrichtung eine *ähnliche Kontrolle* ausübt *wie über ihre eigenen Dienststellen*, vorausgesetzt, dass diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit ihr oder mit anderen Gebietskörperschaften verrichtet, die Anteile innehaben.⁶ Ausserdem habe der Gerichtshof im Fall *Coditel Brabant* festgehalten, dass mehrere angeschlossene Gemeinden als Genossenschaftler die verlangte Kontrolle gemeinsam ausüben können, auch wenn die Leitung der Genossenschaft durch den Verwaltungsrat in mancherlei Hinsicht selbständig erfolge.⁷ Im vorliegenden Fall sei jedoch unstrittig, dass die Landkreise weder über die Stadtreinigung Hamburg noch über die Betreiberin der Anlage, an welcher private Unternehmen beteiligt sind, eine Kontrolle ausüben, welche als eine ähnliche Kontrolle wie diejenige über ihre eigenen Dienststellen charakterisiert werden könnte.⁸

Um trotz der nicht erfüllten *Teckal-Kriterien* die Abweisung der Klage zu begründen, stützt sich der Gerichtshof unter anderem auf folgende Argumente: Erstens werde mit dem streitigen Vertrag eine *Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart*. Des Weiteren seien die Mitgliedstaaten von Gemeinschaftsrechts wegen dazu verpflichtet, Abfallbewirtschaftungspläne zu erstellen und zu versuchen, den Abfall in einer so nah wie möglich gelegenen Anlage zu verwerten.⁹ Ausserdem sei der Vertrag das Ergebnis einer Initiative der Vertragsparteien zur interkommunalen Zusammenarbeit und enthalte Anforderungen, mit welchen sichergestellt werden könne, dass die Aufgabe der Abfallentsorgung erfüllt werde. Ziel sei es, der Stadt Hamburg die Errichtung und den Betrieb einer Abfallentsorgungsanlage unter den besten wirtschaftlichen Bedingungen zu ermöglichen, sodass eine Kapazität von 320.000 Tonnen erreicht werden könne.¹⁰ Im Vertrag werde bestimmt, dass die Stadtreinigung Hamburg für den Betrieb der Anlage *keine Haftung oder Ge-*

währ übernehme. Bei Stillständen oder Fehlfunktionen der Anlage sei sie nur dazu verpflichtet, Ersatzkapazitäten anzubieten, und dies auch nur unter zwei Voraussetzungen. Zum einen müsse zunächst die Entsorgung der Abfälle der Stadt Hamburg gesichert sein, und zum anderen müssten in anderen der Stadtreinigung Hamburg zugänglichen Anlagen Kapazitäten verfügbar sein.¹¹ Ausserdem seien im Vertrag auch einige *Verpflichtungen der vertragsschliessenden Gebietskörperschaften* vorgesehen, die mit dem Gegenstand der öffentlichen Aufgabe unmittelbar im Zusammenhang stehen. So übernehme zwar die Stadt Hamburg den Hauptanteil der Leistungen, die den Gegenstand des Vertrags zwischen ihr und den vier Landkreisen bilden, doch stellen die Landkreise ihre nicht selbst genutzten Entsorgungskapazitäten der Stadtreinigung Hamburg zur Verfügung, um Abhilfe für den Mangel an Entsorgungskapazitäten der Stadt Hamburg zu schaffen. Sie seien zudem gehalten, den Anteil nicht verwertbarer Müllverbrennungsschlacke zur Entsorgung in ihren Deponiebereichen aufzunehmen, der von ihnen angelieferten Müllmenge entspreche.¹² Schliesslich seien die Vertragsparteien in Notfällen zu *gegenseitigem Beistand* bei der Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Entsorgungspflicht verpflichtet. So sei unter anderem vorgesehen, dass sich die Landkreise verpflichten, unter bestimmten Umständen, wie z.B. bei temporärer Überlastung der Anlage, die gelieferten Abfallmengen zu reduzieren, und damit eine Beschränkung ihres Zugangsrechts zur Müllverbrennungsanlage akzeptieren.¹³ Damit stehe fest, dass der beanstandete *Vertrag* der rechtliche *Rahmen* für die zukünftige Errichtung und den Betrieb einer Anlage bilde, die *für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe* bestimmt sei. Der Vertrag werde *ausschliesslich zwischen öffentlichen Stellen ohne Beteiligung Privater* geschlossen, sehe keine Vergabe eventuell erforderlicher Aufträge über den Bau und den Betrieb der Anlage vor und präjudiziere sie auch nicht. Aufgrund all dieser Gesichtspunkte habe die Kommission denn auch ausgeführt, dass sie die ausschreibungsfreie Kooperation akzeptiert hätte, wenn die fragliche Zusammenarbeit in Form der Schaffung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts erfolgt wäre.¹⁴ In diesem Zusammenhang sei festzustellen, dass das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibe. Schliesslich gebe es weder Hinweise auf eine Umgehungsabsicht noch seien die einschlägigen Grundsätze des Primärrechts durch das gewählte





Vorgehen in Frage gestellt worden.¹⁵

(3) Kommentar

(a) Bestätigung des Urteils C-324/07 vom 13. November 2008 *Coditel Brabant SA* / Commune d'Uccle

Zunächst ist festzuhalten, dass sowohl der Generalanwalt als auch die Grosse Kammer davon ausgehen, dass der Entscheid *Coditel Brabant* teilweise den Rahmen für die Beurteilung des vorliegenden Falles abgibt. Dies gilt vor allem auch für die in den Schlussanträgen zu *Coditel Brabant* formulierte Zielsetzung, **praktische Konkordanz zwischen europäischem Wirtschaftsrecht und dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung** herzustellen.¹⁶ Einerseits wird mit dem zu besprechenden Urteil erneut betont, dass es **keine** aus europäischem Wirtschaftsrecht ableitbare **Pflicht zur Privatisierung** gibt.¹⁷ Andererseits legen Schlussanträge und Urteil in gleicher Weise die entscheidende Erwägung des Urteils *Coditel Brabant* zugrunde, wonach die interkommunale Zusammenarbeit jedenfalls dann ausschreibungsfrei möglich ist, wenn die im Sinne der *Teckal*-Kriterien verlangte (auch durch mehrere Kommunen gemeinsam mögliche) ähnliche Kontrolle wie über eigene Dienststellen gegeben ist¹⁸. Damit wird der von *Krohn* zu Recht als Meilenstein¹⁹ bezeichnete Entscheid *Coditel Brabant* einerseits **zementiert**. Indem der Gerichtshof im zu besprechenden Urteil hervorhebt, dass gemäss dem im Fall *Coditel Brabant* zugrunde gelegten Sachverhalt die Leitung der in Frage stehenden Genossenschaft durch den Verwaltungsrat in mancherlei Hinsicht selbständig erfolgt,²⁰ was an der Bejahung der hinreichenden Kontrolle nichts geändert habe, deutet er andererseits bereits an, dass er noch einen Schritt weiter zu gehen gewillt ist. Dazu sei immerhin angemerkt, dass der Sachverhalt im Entscheid *Coditel Brabant* dahingehend festgestellt worden ist, dass sich der Verwaltungsrat wie auch die Generalversammlung der Genossenschaft, welcher die Gemeinde Uccle beigetreten ist, ausschliesslich aus Vertretern der angeschlossenen Gemeinden zusammensetzt.²¹ In diesem Sinne stellen denn auch Generalanwalt und Grosse Kammer im Fall *Rugenberger Damm* übereinstimmend fest, dass nicht von einer ähnlichen Kontrolle wie über eigene Dienststellen auszugehen ist.²² Was nun?

(b) Bedeutet das Urteil *Rugenberger Damm* das Ende der *Teckal*-Kriterien?

Wurde schon der Entscheid *Coditel Brabant* als

Lockerung der Spruchpraxis bewertet, erscheint das Urteil *Rugenberger Damm* nach ersten Beurteilungen aus der Lehre als geradezu spektakulär. In diesem Sinne wird etwa festgestellt, der EuGH habe die *Teckal*-Kriterien in seiner neuen Entscheidung ohne viel Federlesens, entgegen dem Schlussantrag des Generalanwalts und insbesondere ohne auf seine eigene frühere Rechtsprechung einzugehen über Bord geworfen.²³ Je nach rechtspolitischer Prädisposition des Beurteilenden kann angesichts dieser Ausgangslage enthusiastisch die Erleichterung der kommunalen Daseinsvorsorge begrüsst oder der Dammbbruch kritisiert werden, der zum Leerlaufen des EG-Vergaberechts führen könnte.²⁴ Aber ist der Damm wirklich gebrochen? Hat der EuGH die interkommunale Kooperation aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts herausgenommen?²⁵ Das hängt letztlich davon ab, welches Begründungselement des EuGH als das entscheidende aufgefasst wird. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die **Schlüsselstelle** in der – allerdings durch die Einleitung mit «im Übrigen» fast beiläufig getroffenen – **Feststellung** zu sehen, dass die **Kommission** anlässlich der öffentlichen Verhandlung vom 11. November 2008 ausgeführt hat, sie **hätte die in Frage stehende Kooperation in Form der Schaffung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts** – quasi unter Vorwegnahme des zwei Tage später verkündeten Entscheides *Coditel Brabant* – **akzeptiert**. Somit brauchte der Gerichtshof nach seinem Verständnis nur noch zu sagen, dass das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt,²⁶ um den Fall zu erledigen. Das heisst im Ergebnis, dass der EuGH hier – zu Recht oder zu Unrecht – eine **Teckal-äquivalente Form der interkommunalen Kooperation angenommen** hat. Was bedeutet das? Nach ein paar Jahren Berufserfahrung wird der Juristin und dem Juristen bewusst, dass die Faktizität der zu beurteilenden Rechtsverhältnisse die im Studium vermittelten Kategorien regelmässig sprengt. So klingt es uns zwar relativ vertraut, wenn wir zwischen blosssem Schuldvertrag und gemäss § 705 BGB durch gemeinsamen Zweck und Förderpflicht gekennzeichnetem Gesellschaftsvertrag unterscheiden. Aber gibt es nicht auch im Bereich der Schuldverträge himmelweite Unterschiede zwischen solchen, die sich im «einfachen» Austausch von Ware gegen Geld erschöpfen und solche, die ein auf langfristige Zusammenarbeit ausgerichtetes komplexes Geflecht bilden, welches beiden Seiten nebst der Zahlung von Geld auch vertragstypische Pflichten etwa im





Dienstleistungsbereich, also eine gemeinsame Verantwortung, auferlegt, was faktisch einer gemeinsamen Zwecksetzung sehr nahekommt und fast schon einen *animus societatis* voraussetzt, auch wenn dadurch keine neue Rechtspersönlichkeit entsteht? Die Übergänge sind fließend. Auch die Formen interkommunaler Kooperation sind sehr vielfältig. Daran knüpft der EuGH an, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

(c) Die Würdigung der zu beurteilenden Vertragsbeziehung

Untersuchen wir also die Sachverhaltselemente, die für oder gegen die als Arbeitshypothese zugrunde gelegte dogmatische Konstruktion sprechen: Zunächst kann die Tatsache, dass sich die betreffenden Landkreise auf der Ebene der Metropolregion Hamburg gegenseitig kontrollieren, wie die Bundesrepublik Deutschland geltend gemacht hat,²⁷ nach der hier vertretenen Auffassung keine Rolle spielen. Der Generalanwalt führt im Anschluss an dieses Argument weiter aus, dass die Stadtreinigung ihre Tätigkeit zugunsten der Landkreise auf der Grundlage eines Vertrags entfalte. Dabei reiche «eine allgemeine Berufung auf gemeinsame Ziele» keineswegs aus, um von einer Kontrolle im Sinne der *Teckal*-Kriterien auszugehen.²⁸ Hier baut nun der EuGH den Sachverhalt anders auf. Unter den Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird darauf hingewiesen, dass das Rechtsverhältnis in der Präambel des Vertrags als «**Regionaler Entsorgungsverbund**» bezeichnet wird²⁹. **Vertragsgegenstand** ist gemäss der Würdigung des EuGH nicht einfach die Bereitstellung von 120.000 Tonnen Entsorgungskapazität durch die Stadtreinigung Hamburg. Vielmehr gehe es darum, der Stadt Hamburg durch eine Art Abnahmegarantie die Errichtung und den **Betrieb einer Abfallentsorgungsanlage unter den besten wirtschaftlichen Bedingungen** überhaupt zu ermöglichen.³⁰ Ausserdem sind im Vertrag offenbar auch einige für die Seite des Dienstleistungserbringers typische Verpflichtungen der Landkreise statuiert. Zwar übernehme die Stadt Hamburg den Hauptanteil der Leistungen, die den (vertragstypischen) Gegenstand der Vereinbarung bilden, doch stellen die Landkreise nach den Feststellungen des EuGH ihre nicht selbst genutzten Entsorgungskapazitäten der Stadtreinigung Hamburg zur Verfügung, um Abhilfe für den Mangel an Kapazitäten der Stadt Hamburg zu schaffen. Die Landkreise verpflichten sich zudem, den Anteil nicht verwertbarer Müllverbrennungsschlacke zur Entsorgung in ihren Deponiebereichen aufzunehmen, der von ihnen angelieferten Abfallmenge entspricht.³¹

Schliesslich ist eine Beistandspflicht in Notfällen vorgesehen, indem sich die Vertragsparteien gegenseitig bei der Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Entsorgungspflicht unterstützen. Ausserdem wird vertraglich festgehalten, dass die Stadtreinigung Hamburg von den Landkreisen nur in dem Umfang entschädigt wird, als sie der Betreiberin der Anlage selbst entgeltspflichtig ist.³² Somit erzielt die Hamburger Stadtreinigung nach den Feststellungen des EuGH keinen Gewinn.³³ Zusammenfassend kommt der EuGH, ohne dies so explizit zu sagen, zum Schluss, dass wenn nicht rechtlich, so doch faktisch eine **fast schon «institutionalisierte» Kooperation** vorliegt, welche **im Ergebnis Teckal-äquivalent** ist, wobei die *Teckal*-Kriterien im Sinne ihrer Präzisierung durch den Entscheid *Coditel Brabant* verstanden werden.

(d) Fazit: Der Dambruch hat so nicht stattgefunden

Nach dem Gesagten lässt sich Folgendes festhalten: Erstens gilt die *Stadt Halle*-Rechtsprechung nach wie vor, wonach die Beteiligung Privater dazu führt, dass Verträge in der Art des geschlossenen ausschreibungspflichtig sind.³⁴ Ja sogar die Öffnung für privates Kapital führt bereits zur Verneinung eines Quasi-*inhouse*-Geschäfts.³⁵ Die Tatsache, dass die Müllverwertungsanlage Rügenberger Damm selbst unbestrittenermassen mit privater Beteiligung betrieben wird, erledigt der EuGH mit der Feststellung, dass die Kommission die **Vertragsbeziehung zwischen Stadtreinigung Hamburg und der Betreiberin nicht zum Gegenstand ihrer Klage** gemacht hat.³⁶ Zweitens – und dieser Punkt ist nach der hier vertretenen Auffassung entscheidend – wird auch das Urteil in der Rechtssache C-84/03 *Kommission v. Spanien*³⁷ nicht in Frage gestellt. Nach dieser Rechtsprechung stellt eine nationale Gesetzesbestimmung, welche Beziehungen gleich welcher Art zwischen den öffentlichen Verwaltungen, ihren öffentlichen Einrichtungen und ganz allgemein den Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die nicht gewerblicher Art sind, von vornherein vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausschliesst, eine nicht ordnungsgemässe Umsetzung der einschlägigen Richtlinien dar. Davon geht übrigens implizit auch die Bundesrepublik Deutschland als Beklagte im Verfahren C-480/06 aus.³⁸ Drittens wird am zweiten *Teckal*-Kriterium, wonach die Beauftragte ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften verrichten muss, die ihre Anteile innehaben³⁹ (bzw. im Sinne der *Rügenberger Damm*-Rechtsprechung in *Te-*





ckal-äquivalenter Weise kooperieren), festgehalten.⁴⁰ Die Tatsache der **Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe reicht** demnach entgegen dem ersten Anschein **allein gerade nicht**, um den seitens der Kommunen gewünschten Zustand der Ausschreibungsfreiheit zu erreichen. Für die Beratungspraxis in Bezug auf die interkommunale Kooperation scheint es daher sachgerecht, Formen der Zusammenarbeit zu empfehlen, welche den zuletzt mit dem Urteil *Coditel Brabant* definierten Anforderungen entsprechen. Auf eine «Äquivalenzbescheinigung» wie im Fall *Rugenberger Damm* sollte man nur dann spekulieren, wenn **Zusammenarbeitsformen** in Frage stehen, **die faktisch einer institutionalisierten Kooperation im Rahmen einer Körperschaft vergleichbar sind**. Wer sich als Auftraggeber seiner Verantwortung (etwa im Rahmen eines Vertrages über die Entsorgung von 120.000 Tonnen Abfall gegen Geld) schlicht entschlagen will, ist auf den Weg der Ausschreibung zu verweisen. Dieses vorsichtige Verständnis des Urteils *Rugenberger Damm* drängt sich auch mit Blick auf die Konsequenzen europarechtswidrigen Verhaltens auf. Der EuGH hat ja bereits betreffend eine Vereinbarung über die thermische Behandlung von Restmüll mit einer Geltungsdauer von 30 Jahren festgestellt, dass sich ein Mitgliedstaat in diesem Zusammenhang nicht auf die Bindung an geschlossene Verträge (*pacta sunt servanda*) berufen kann. Es kann – so der EuGH – nicht die Rede davon sein, dass die Bundesrepublik die sich aus der mit Urteil vom 10. April 2003⁴¹ getroffenen Feststellung der Rechtswidrigkeit ergebenden Massnahmen ergriffen hat.⁴² Uns bleibt, nachdem zunächst der Hoffnung Ausdruck verliehen worden ist, mit dem Entscheid *Coditel Brabant* sei eine gewisse Rechtssicherheit erreicht,⁴³ das gespannte Warten auf das nächste Urteil aus Luxemburg zu den *Teckal*-Kriterien. Erst nach dessen Ergehen wird zu ermassen sein, wie gross der mit dem besprochenen Entscheid verheissene Zugewinn an Spielraum für die Kommunen tatsächlich ist.

* Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht (Abteilung II, Kammer 1, zuständig für Kartell-, Vergabe- und Markenrecht).

¹ Rn. 4 ff. des Urteils, Rn. 10 ff. der Schlussanträge.

² Vgl. Rn. 36 des Urteils und zu den präzisen Beteiligungsverhältnissen www.mvr-hh.de.

³ Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1).

⁴ Rn. 31 des Urteils.

⁵ Rn. 32 f. des Urteils.

⁶ Rn. 34 des Urteils mit Hinweis auf die Urteile EuGH Slg. 1999, I-8121 *Teckal Srl* / *Comune di Viano und Azienda*

Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Rn. 50; und EuGH Slg. 2005, I-1 *Stadt Halle und RPL Lochau* / *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Rn. 49.

⁷ Rn. 35 des Urteils mit Hinweis auf das Urteil C-324/07 vom 13. November 2008 *Coditel Brabant* / *Commune d'Uccle*, Rn. 41; vgl. dazu auch *Krohn*, «In-house»-Fähigkeit kommunaler Gemeinschaftsunternehmen, NZBau 2009, 222 ff., und *Steiner*, In-house und interkommunale Zusammenarbeit: Der EuGH präzisiert seine Rechtsprechung im Sinne praktischer Konkordanz zwischen den Leitgedanken des europäischen Wirtschaftsverwaltungsrechts und dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung, ELR 2009, 52 ff.

⁸ Rn. 36 des Urteils.

⁹ Rn. 37 des Urteils mit Hinweis auf Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 75/442/EWG des Rates vom 15. Juli 1975 über Abfälle (ABl. L 194, S. 39) in der Fassung gemäss der Richtlinie 91/156/EWG des Rates vom 18. März 1991 (ABl. L 78, S. 32).

¹⁰ Rn. 38 des Urteils.

¹¹ Rn. 39 des Urteils.

¹² Rn. 41 des Urteils.

¹³ Rn. 42 des Urteils.

¹⁴ Rn. 46 des Urteils.

¹⁵ Rn. 47 des Urteils.

¹⁶ Rn. 80 ff. der Schlussanträge *Trstenjak* vom 4. Juni 2008 im Fall *Coditel Brabant* (vgl. dazu *Steiner*, a.a.O. [Fn. 7], S. 56).

¹⁷ Rn. 45 des Urteils mit Hinweis auf Rn. 48 f. des Urteils *Coditel Brabant* (Fn. 7). Vgl. zu den sogenannten Subsidiaritätsklauseln, wonach die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nur dann zulässig ist, wenn die Aufgabe nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt werden kann, etwa *Steiff*, Praxisanmerkung zum EuGH-Urteil C-480/06, NZBau 2009, 528, 529.

¹⁸ Rn. 29 und 40 f. der Schlussanträge mit Hinweis auf Rn. 28 des Urteils *Coditel Brabant*; Rn. 35 des Urteils mit Hinweis auf Rn. 41 des Urteils *Coditel Brabant*.

¹⁹ *Krohn*, a.a.O. (Fn. 7), S. 222.

²⁰ Rn. 35 des Urteils mit Hinweis auf Rn. 41 des Urteils *Coditel Brabant*.

²¹ Rn. 33 des Urteils *Coditel Brabant*.

²² Rn. 42 ff. der Schlussanträge und Rn. 36 des Urteils.

²³ *Steiff*, a.a.O. (Fn. 17), S. 529.

²⁴ *Pielow*, Urteilsanmerkung C-480/06, EuZW 2009, 531 f.

²⁵ *So von Donat*, IBR 2009, 2948.

²⁶ Rn. 47 des Urteils.

²⁷ Rn. 42 der Schlussanträge, Rn. 22 des Urteils.

²⁸ Rn. 44 f. der Schlussanträge.

²⁹ Rn. 17 des Urteils.

³⁰ Rn. 38 des Urteils.

³¹ Rn. 41 des Urteils.

³² Rn. 43 des Urteils.

³³ Die Beteiligung der Stadt Hamburg an der Müllverwertungsanlage *Rugenberger Damm* spielt in diesem Zusammenhang nach der Logik des Urteils (Rn. 31) keine Rolle.

³⁴ Rn. 44 des Urteils; vgl. EuGH Slg. 2005, I-1 *Stadt Halle und RPL Lochau* / *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Rn. 49 f.; vgl. auch *Steiff*, a.a.O. (Fn. 17), S. 529.

³⁵ EuGH Slg. 2005, I-7287 *Consorzio Aziende Metano (Coname)* / *Comune di Cingia de' Botti*, Rn. 26, und EuGH Slg. 2006, I-3303 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)* / *Comune di Bari und AMTAB Servizio SpA*, Rn. 32. Vgl. zur Qualifikation des Erfordernisses, wonach die Beteiligung eines privaten Unternehmens einen *in-house*-Vorgang ausschliesst, als «Kriterium mit eigenem Gehalt» *Steiner*, a.a.O. (Fn. 7), S. 55.





³⁶ Rn. 31 des Urteils; vgl. dazu kritisch *Pielow*, a.a.O. (Fn. 24), S. 532.

³⁷ EuGH Slg. 2005, I-139 *Kommission v. Spanien*, Rn. 38 ff.

³⁸ Rn. 20 des Urteils.

³⁹ Vgl. etwa EuGH Slg. 2007, I-2999 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v. Transformación Agraria SA (Tragsa) und Administración del Estado*, Rn. 55 mit Hinweisen.

⁴⁰ Anders wohl *Steff*, a.a.O. (Fn. 17), S. 529; vgl. unter an-

derem zum Verständnis dieses zweiten *Teckal*-Kriteriums ausführlich *Byok/Bormann*, Aktuelle Rechtsfragen zu der öffentlichen Auftragsvergabe in der Entsorgungswirtschaft, NVwZ 2008, 842 ff., insb. S. 844.

⁴¹ EuGH Slg. 2003, I-3609 *Kommission v. Deutschland*.

⁴² EuGH C-503/04 vom 18. Juli 2007 *Kommission v. Deutschland*, insb. Rn. 29 f.

⁴³ Vgl. etwa *Krohn*, a.a.O. (Fn. 7), S. 225.

II.1

Christian Günther, Konstanz*

The European Court of Justice lets the pharmacist stay in his pharmacy: No branch pharmacies for pharmaceutical companies

(Apothekerkammer des Saarlandes and Others v. Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales joined by DocMorris NV, ECJ (Grand Chamber), judgment of 19 May 2009, joined Cases C-171/07 and C-172/07)

After its first decision in 2003¹ the ECJ had to decide for the second time about a case dealing with *DocMorris*. This time, the subject of the proceedings was the attempt of *DocMorris* to expand its field of business by opening a branch pharmacy in Germany even though German law prohibits the operation of pharmacies through companies. The ECJ was asked to consider whether the prohibiting rule constitutes a restriction of the freedom of establishment for capital companies (Articles 43 and 48 EC).

(1) Facts and Procedure

DocMorris NV (*DocMorris*) is a *public limited company* established in the Netherlands, whose business includes the selling of medicinal products by mail order. By decision of 29 June 2006, the *Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales* (Ministry of Justice, Health and Welfare) granted it, with effect from 1 July 2006, a *licence to operate a branch pharmacy* in Saarbrücken (Germany) subject to a condition requiring it to recruit a pharmacist who would be entrusted with managing the pharmacy in question personally and on his own responsibility. On 2 and 18 August 2006, the claimants in the main proceedings brought *actions* before the *Verwaltungsgericht des Saarlandes* (Administrative Court, Saarland) for annulment of the decision of 29 June 2006.

In those actions, they submitted that the decision

of the Ministry breaches the German ApoG (German Pharmacy Law) because it infringes the *«Fremdbesitzverbot»* – that is, the principle, resulting from subparagraph 3 of section 2(1) in conjunction with sections 7 and 8 of the ApoG, under which the *right to own and operate a pharmacy is restricted to pharmacists* alone. The Ministry, supported by *DocMorris*, contended that the decision of 29 June 2006 is valid because the Ministry was obliged to disapply the abovementioned provisions of the ApoG on the ground that they infringe Article 43 EC which guarantees freedom of establishment. They submitted that a capital company lawfully operating a pharmacy in a Member State does not have access to the German pharmacy market and such a restriction is not necessary for achieving the legitimate objective of protection of public health.

By the decision of 1 June 2007 the Verwaltungsgericht des Saarlandes stayed the proceedings and referred to ECJ the following two *questions for a preliminary ruling*:

Are the provisions concerning freedom of establishment for capital companies (Articles 43 EC and 48 EC) to be interpreted as precluding (the rule excluding non-pharmacists), as provided for by subparagraphs 1 to 4 and 7 of section 2(1), the first sentence of section 7 and the first sentence of section 8 of the ApoG?

If the first question is answered in the affirmative:



**Friday, 16 October 2009**

- 09.00 Keynote** **Judicial dialogue – Challenges for counsels**
Marco Bronckers, University of Leiden
- 10.00 Coffee break**
- 10.30 3rd panel** The application of uniform law
Chair: *Franz Werro, University of Fribourg and Georgetown University*
Speakers: *Achim Bender, German Federal Patent Court, Munich*
Alastair Mullis, University of East Anglia
Jacqueline Riffault-Silk, Cour de Cassation, Paris
- 12.15 Lunch break**
- 13.45 4th Panel** **International bankruptcy law**
Chair: *Daniel Hunkeler, Schumacher Baur Huerlimann, Zurich*
Speakers: *Gabriel Moss, Gray's Inn / High Court, London*
Christoph Paulus, Humboldt University, Berlin
Jay Westbrook, University of Texas
- 15.30 Keynote** **Judicial Ping Pong – Conflicts of jurisdiction**
Christelle Chalas, University Paris 8
- 16.30 Concluding remarks**
Carl Baudenbacher, University of St.Gallen / EFTA Court
- 16.45 End**

Registration:
www.sg-disputeresolution.com

Chaired by Prof. Dr. Carl Baudenbacher, President of the EFTA Court, the conference brings together leading scholars and practitioners from Europe and the US. Formerly established in Austin and Salzburg, this year's second St. Gallen edition will deal with 'Judicial Dialogue'.

Attendees from academia and law practice can expect stimulating discussions with leading experts of their fields. The beautiful setting of the historic abbey district offers a splendid atmosphere and the opportunity to get personally in touch with the speakers during coffee and lunch breaks.



GESCHÄFTSLEITUNG

Dr. rer. pol. Doris Baudenbacher-Tandler, Luxemburg

REDAKTION

Ref. iur. Moritz Am Ende (Chefredaktion)
 Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (Immaterialgüterrecht)
 RA Ferdinand Ochs/Univ.-Doz. Mag. Dr. Tina Ehrke-Rabel (Steuerrecht)
 Ass. iur. Jens Hamer (Staatliche Beihilfen/Umweltwirtschaftsrecht)
 Mag. iur. Michael Hofstötter, LL.M. (Rechtsangleichung)
 Dr. Henning Kahlert, LL.M. (Vergaberecht)
 Dr. Vincent Kronenberger (Wettbewerbsrecht)
 Mag. Dr. Klaus Mayr, LL.M. (Arbeits- und Sozialrecht)
 Markus Rübenstahl, Mag. iur. (Justiz und Inneres)
 Dr. Maximilian Schenk (Gemeinschaftsmarke, Marken- und Medienrecht)
 Dr. Myriam Senn, LL.M. (Finanzdienstleistungsrecht)
 Dr. Gabriel N. Toggenburg, LL.M. (Institutionen und Grundfreiheiten)
 Dr. Alexander Wittwer, LL.M. (Europäisches Zivilprozessrecht)
 Dr. Christine Würfel

AUTOREN (INNEN) DIESER AUSGABE

Ref. iur. Hannes Dreher, Konstanz
 Ref. iur. Christian Günther, Konstanz
 Mag. iur. Daniela Krömer, Wien
 RA Dr. Harald Lettner, LL.M., Linz
 Richter am BVGer Marc Steiner, Bern/Aarau
 RA Mag. iur. Eva Strunz, Wien
 Mag. iur. Peter Thalmann, Wien

ABONNEMENTS:

Verlag radical brain S.A.
 L-1024 Luxemburg
 Postfach 2455
 info@elr.lu
 www.elr.lu

ERSCHEINUNGSWEISE:

Monatlich

BEZUGSBEDINGUNGEN:

Der Jahresbezugspreis beträgt Euro 340,- plus MwSt. und anteilige Versandkosten.
 Das Abonnement kann jederzeit ohne Angabe von Gründen gekündigt werden.
 Allfällige Guthaben werden in diesem Fall zurückerstattet.

© EUROPEAN LAW REPORTER ELR:

Vervielfältigungen, insbesondere Kopien und Nachdrucke, nur mit Genehmigung.
 Weiterverbreitung in elektronischen Medien ist untersagt.

ZITIERWEISE: ELR**Der ELR im Internet: www.elr.lu****Impressum**

in
 Zusammenarbeit
 mit dem



Institut
 für
 Europarecht
 an der
 Universität
 St. Gallen HSG