

An  
die Parlamentsdirektion,  
alle Bundesministerien,  
alle Sektionen des BKA,  
die Ämter der Landesregierungen und  
die Verbindungsstelle der Bundesländer  
den Österreichischen Gemeindebund  
den Österreichischen Städtebund  
das Präsidium der Finanzprokuratur  
die Österreichische Bundesforste AG  
die Österreichischen Bundesbahnen  
das Bundesvergabeamt  
zu Händen Herrn Dr. SACHS  
alle unabhängigen Verwaltungssenate  
die Wirtschaftskammer Österreich  
zu Händen Frau Dr. MILLE  
die Bundesarbeitskammer  
die Präsidentenkonferenz der  
Landwirtschaftskammern Österreichs  
die Bundesbeschaffungs Ges.m.b.H.  
die Bundesrechenzentrum Ges.m.b.H.

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

**Betrifft:** Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13. November 2008 in der Rechtssache C-324/07, Coditel Brabant SA; Urteil des Gerichtshofs vom 10. September 2009 in der Rechtssache C-573/07, Sea Srl; In-house-Vergabe; Öffentlich-öffentliche Partnerschaften und Kooperationen; Rundschreiben

## **1. Urteilstenor:**

### **1.1. Rs C-324/07, Coditel:**

Mit Urteil vom 13. November 2008 in der Rechtssache C-324/07, Coditel,<sup>1</sup> hat der EuGH für Recht erkannt, dass Art. 43 und 49 EG (Art. 49 und 56 AEUV), der Gleichheitsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie die daraus folgende Transparenzpflicht einen öffentlichen Auftraggeber nicht

<sup>1</sup> Abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>

daran hindern, eine öffentliche Dienstleistungskonzession ohne Ausschreibung an eine interkommunale Genossenschaft zu vergeben, deren Mitglieder sämtlich öffentliche Stellen sind, wenn diese öffentlichen Stellen über die Genossenschaft eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen und die Genossenschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für diese öffentlichen Stellen verrichtet. Vorbehaltlich der Sachverhalts-ermittlung im Hinblick auf das Maß an Selbständigkeit der in Rede stehenden Genossenschaft durch das vorlegende Gericht kann - wenn die Entscheidungen über die Tätigkeiten einer interkommunalen Genossenschaft, deren Anteile ausschließlich von öffentlichen Stellen gehalten werden, von Satzungsorganen dieser Genossenschaft getroffen werden, die aus Vertretern der angeschlossenen öffentlichen Stellen bestehen - die Kontrolle, die diese Stellen über die betreffenden Entscheidungen ausüben, als Kontrolle dieser Stellen über die Genossenschaft wie über ihre eigenen Dienststellen angesehen werden. Wenn eine öffentliche Stelle einer interkommunalen Genossenschaft, deren Mitglieder sämtlich öffentliche Stellen sind, beiträgt, um ihr die Verwaltung eines gemeinwirtschaftlichen Dienstes zu übertragen, kann die Kontrolle über die Genossenschaft durch die ihr angeschlossenen Stellen, damit sie als eine Kontrolle wie über deren eigene Dienststellen angesehen werden kann, von den angeschlossenen Stellen gemeinsam, gegebenenfalls mit Mehrheitsbeschluss, ausgeübt werden.

### **1.2. Rs C-573/07, Sea:**

Mit Urteil vom 10. September 2009 in der Rechtssache C-573/07, Sea Srl,<sup>2</sup> hat der EuGH für Recht erkannt, dass die Art. 43 und 49 EG (Art. 49 und 56 AEUV), der Grundsatz der Gleichbehandlung, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die daraus folgende Transparenzpflicht der freihändigen Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an eine vollständig in öffentlichem Eigentum stehende Aktiengesellschaft nicht entgegenstehen, wenn die öffentliche Körperschaft, die der öffentliche Auftraggeber ist, über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben, verrichtet. Vorbehaltlich der Prüfung der Frage durch das vorlegende Gericht, ist davon auszugehen, dass die Aktionärskörperschaften mit der Kontrolle, die sie über die genannte Gesellschaft ausüben, eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben, wenn folgende Umstände, gegeben sind: Die

Tätigkeit der genannten Gesellschaft ist auf das Gebiet der genannten Körperschaften begrenzt und wird im Wesentlichen für diese ausgeübt, und diese Körperschaften nehmen durch die satzungsgemäßen Organe, die aus Vertretern dieser Körperschaften bestehen, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss.

## **2. Ausgangsverfahren:**

### **2.1. Rs C-324/07:**

In den Jahren 1969 bis 1999 errichtete und betrieb Coditel mit Zustimmung der Gemeinde Uccle ein Kabelfernsehnetz auf deren Gebiet. 1999 beschloss die Gemeinde den Kauf dieses Netzes mit Wirkung zum 1. Januar 2000. Nachdem ein Verfahren zum Verkauf des Netzes im Jahre 2000 erfolglos blieb, beschloss die Gemeinde am 23. November 2000, vom Verkauf des gemeindlichen Kabelfernsehnetzes abzusehen. Ebenfalls mit Beschluss vom 23. November 2000 beschloss sie den Beitritt zu Brutélé, einer interkommunalen Genossenschaft, und überließ dieser den Betrieb des gemeindlichen Kabelfernsehnetzes.

Begründet wurde dieser Beschluss u.a. mit dem Angebot von Brutélé, der Gemeinde Uccle im Falle ihres Beitritts Entscheidungsautonomie einzuräumen. Diese Autonomie bezieht sich u.a. auf: die Wahl der ausgestrahlten Programme; die Abonnement- und Anschlussstarife; die Investitions- und Ausbaupolitik; die Möglichkeit, Brutélé im gemeindlichen Interesse liegende Leistungen, die ihrem satzungsmäßigen Zweck entsprechen, zu übertragen, wie z.B. die Einrichtung eines Gemeindeintranets und einer Webseite sowie die Aus- und Fortbildung des Personals zu diesem Zweck. Die Gemeinde Uccle würde ein Mitglied des Verwaltungsrats von Brutélé sowie drei Verwaltungsräte im Rat des Brüsseler Betriebszweigs, einen Wirtschaftsprüfer und einen Kommunalexperthen stellen. Die Gemeinde Uccle sollte 76 Geschäftsanteile von Brutélé in Höhe von 200 000 BEF je Anteil zeichnen. Außerdem wurde der Gemeinde auf ihren Wunsch hin von Brutélé die Möglichkeit eines jederzeitigen einseitigen Austritts aus der interkommunalen Genossenschaft eingeräumt.

---

<sup>2</sup> Abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>

Brutélé ist eine interkommunale Genossenschaft, deren Mitglieder Gemeinden sowie ein selbst ausschließlich aus Gemeinden bestehender interkommunaler Zusammenschluss sind. Privaten Mitgliedern steht Brutélé nicht offen. Der Verwaltungsrat - er hat die umfangreichsten Befugnisse - besteht aus Vertretern der Gemeinden, die von der Generalversammlung ernannt werden, die sich selbst aus den Gemeindevertretern zusammensetzt. Die Gemeinden sind in zwei Zweige aufgeteilt, deren einer die Gemeinden der Brüsseler Region umfasst. Innerhalb jedes Zweigs wird ein Zweigrat gebildet, der aus Verwaltungsräten besteht, die auf Vorschlag der Gemeinden ernannt werden. Die weiteren Satzungsorgane von Brutélé sind die Generalversammlung, deren Beschlüsse für alle Mitglieder bindend sind, der Generaldirektor, das Expertenkollegium, das aus kommunalen Beamten besteht und das Kollegium der Kommissare-Revisoren. Der Generaldirektor, die Experten und die Kommissare werden vom Verwaltungsrat bzw. von der Generalversammlung ernannt. Außerdem wird in der Vorlageentscheidung ausgeführt, dass Brutélé ihre Tätigkeit im Wesentlichen für ihre Mitglieder verrichtet.

Coditel erhob Klage beim Conseil d'État (Belgien) u.a. auf Nichtigkeitklärung des Beschlusses vom 23. November 2000 über den Beitritt der Gemeinde Uccle zu Brutélé. In diesem Zusammenhang beanstandete Coditel, dass die Gemeinde Brutélé beigetreten sei und damit gegen das Diskriminierungsverbot und die Transparenzpflicht, die im Gemeinschaftsrecht verankert seien, verstoßen habe.

## **2.2. Rs C-573/07:**

Sea, die aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung den Zuschlag für die Dienstleistung der Sammlung, Beförderung und Beseitigung von festen städtischen und vergleichbaren Abfällen im Gebiet der Gemeinde Ponte Nossa erhalten hatte, erbrachte diese Dienstleistung während des Dreijahreszeitraums vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2006. Setco ist eine Aktiengesellschaft, an der einige Gemeinden des Val Seriana beteiligt sind und deren größte Anteilseignerin die Gemeinde Clusone ist. Mit Entscheidung vom 16. Dezember 2006 beschloss die Gemeinde Ponte Nossa, im Hinblick auf die geplante freihändige Vergabe der genannten Dienstleistung an Setco mit Wirkung vom 1. Januar 2007 Minderheitsgesellschafterin dieser Gesellschaft zu werden. Die Gemeinden, die Aktionäre von Setco waren, darunter die Gemeinde Ponte Nossa, erließen am 23. Dezember 2006 die Satzung dieser Gesellschaft, um sie gemäß der italienischen Gesetzgebung einer Kontrolle wie derjenigen zu unterwerfen, die sie über

ihre eigenen Dienststellen ausübten. Mit Entscheidung vom 30. Dezember 2006 vergab die Gemeinde Ponte Nossa die Dienstleistung der Sammlung, Beförderung und Beseitigung von festen städtischen und vergleichbaren Abfällen in ihrem Gebiet ab 1. Januar 2007 an Setco im Wege der freihändigen Vergabe ohne vorheriges Ausschreibungsverfahren. In der beim Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Verwaltungsgericht für die Region Lombardei) erhobenen Klage von Sea gegen die Entscheidungen der Gemeinde Ponte Nossa machte Sea insbesondere geltend, die Gemeinde Ponte Nossa habe durch die freihändige Vergabe der fraglichen Dienstleistung an Setco gegen die Art. 43, 49 und 86 EG (Art. 49, 56 und 106 AEUV) verstoßen, da sie gegenüber Setco keine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübe.

### **3. Zusammenfassung der Urteilsbegründung**

#### **3.1. Rs C-324/07:**

Der EuGH qualifizierte, unter Hinweis auf das Erkenntnis in der Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 40, die Übertragung des Betriebes des Kabelfernsehnetzes der Gemeinde Uccle an Brutélé (im Wege des Beitrittes der Gemeinde zur interkommunalen Genossenschaft) als öffentliche Dienstleistungskonzession, da das Brutélé zufließende Entgelt nicht von der Gemeinde, sondern aus den Zahlungen der Nutzer dieses Netzes stammt. Der EuGH weist auf seine ständige Rechtsprechung hin, wonach Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG [nunmehr: 2004/18/EG] erfasst werden, gleichwohl aber bei deren Vergabe die Grundregeln des EG-Vertrags, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie die daraus folgende Transparenzpflicht zu beachten sind (vgl. Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 60 bis 62, Rs C-231/03, *Coname*, Rz 16 bis 19). Diese Transparenzpflicht gebietet der konzessionserteilenden Stelle, ohne zwangsläufig eine Verpflichtung zur Ausschreibung zu implizieren, zugunsten der potenziellen Konzessionsnehmer einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der die öffentlichen Dienstleistungskonzessionen dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind (Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 62, Rs C-231/03, *Coname*, Rz 21).

Die Art. 12, 43 und 49 EG (Art. 18, 49 und 56 AEUV) sowie die allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrages kommen jedoch dann nicht zur Anwendung, wenn die konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und zugleich diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle oder die Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben (vgl. Rs C-107/98, *Teckal*, Rz 50, und Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 62).

Da nach dem Vorlagebeschluss das zweite Teckal-Kriterium erfüllt ist, prüft der EuGH ausschließlich das Vorliegen der ersten Voraussetzung, d.h. des „Kontrollkriteriums“.

Er verweist auf die von ihm entwickelte Rechtsprechungsformel, wonach in diesem Zusammenhang alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen sind. Die Prüfung muss zu dem Ergebnis führen, dass die fragliche konzessionsnehmende Einrichtung einer Kontrolle unterworfen ist, die es der konzessionserteilenden öffentlichen Stelle ermöglicht, auf die Entscheidungen dieser Einrichtung einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (sog. „Parking Brixen“ – Formel; vgl. Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 65, und weiters etwa Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 36).

Vor dem Hintergrund des Falles sind iZm der Prüfung des Kontrollkriteriums nach dem EuGH erstens die Beteiligung am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung, zweitens die Zusammensetzung ihrer Beschlussorgane und drittens der Umfang der Befugnisse ihres Verwaltungsrats zu berücksichtigen (Rz 29).

Zum ersten Faktor erinnert der EuGH daran, dass die Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer konzessionsnehmenden Einrichtung das Vorliegen einer Kontrolle iSd Teckal-Judikaturlinie ausschließt (vgl. Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 49). Hingegen deutet – ohne entscheidend zu sein – der Umstand, dass die konzessionserteilende öffentliche Stelle zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer konzessionsnehmenden Gesellschaft hält, darauf hin, dass sie über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt (s. Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 37, und Rs C-295/05, *Asemfo*, Rz 57). Nach der Vorlageentscheidung ist die konzessionsnehmende Einrichtung im Ausgangsverfahren eine interkommunale Genossenschaft, deren Mitglieder Gemeinden sowie ein selbst aus-

schließlich aus Gemeinden bestehender interkommunaler Zusammenschluss sind; ferner steht sie privaten Mitgliedern nicht offen.

Zum zweiten Faktor weist der EuGH darauf hin, dass der Verwaltungsrat von Brutélé aus Vertretern der angeschlossenen Gemeinden besteht, die von der Generalversammlung ernannt werden, die sich selbst aus Gemeindevertretern zusammensetzt. Letztere werden vom Gemeinderat jeder Gemeinde aus dem Kreis der Gemeinderäte, des Bürgermeisters und der Schöffen bestimmt. Der Umstand, dass die Beschlussorgane von Brutélé aus Vertretern der ihr angeschlossenen öffentlichen Stellen bestehen, deutet nach dem EuGH darauf hin, dass diese die Beschlussorgane von Brutélé beherrschen und damit in der Lage sind, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen von Brutélé ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (Rz 34).

Zum dritten Faktor verweist der EuGH darauf, dass der Verwaltungsrat von Brutélé die umfangreichsten Befugnisse hat. Er legt u.a. die Tarife fest. Außerdem kann er – muss aber nicht – den Zweigräten die Entscheidung in bestimmten, sich den betreffenden Zweigen individuell stellenden Fragen übertragen. Diesbezüglich ist zu prüfen, ob Brutélé damit eine Marktausrichtung und ein Maß an Selbständigkeit erworben hat, die eine Kontrolle durch die ihr angeschlossenen öffentlichen Stellen als nicht gesichert erscheinen lassen. Der EuGH weist idZ darauf hin, dass Brutélé nicht die Form einer Aktiengesellschaft hat, die Ziele unabhängig von ihren Anteilseignern verfolgen kann, sondern eine interkommunale Genossenschaft ist, für die das „Gesetz über die Interkommunalen“ gilt. Hinzu kommt, dass nach dieser gesetzlichen Grundlage die Interkommunalen keinen kommerziellen Charakter haben. Aus diesem Gesetz in Verbindung mit der Satzung von Brutélé scheint sich zu ergeben, dass der satzungsmäßige Zweck von Brutélé die Verwirklichung der Aufgabe von gemeindlichem Interesse ist, zu deren Erfüllung sie geschaffen wurde, und dass sie keine anderen Interessen verfolgt als die ihr angeschlossenen öffentlichen Stellen. Vorbehaltlich der Sachverhaltsermittlung durch das vorliegende Gericht folgt nach dem EuGH daraus, dass Brutélé trotz des Umfangs der Befugnisse ihres Verwaltungsrats **nicht** über ein Maß an Selbständigkeit verfügt, das es ausschließt, dass die ihr angeschlossenen Gemeinden über sie eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen. Diese Überlegungen gelten, so der EuGH, erst recht in dem Fall, dass die Entscheidungen im Zusammenhang mit den Tätigkeiten der interkommunalen Genossenschaft von den Zweigräten in den Grenzen der ihnen

vom Verwaltungsrat übertragenen Befugnisse getroffen werden. Wenn nämlich eine oder mehrere Gemeinden als Geschäftszweig dieser Genossenschaft etabliert sind, so ist die Kontrolle, die diese Gemeinden in den an die Zweigräte delegierten Fragen ausüben können, noch straffer als die Kontrolle, die sie gemeinsam mit allen Mitgliedern in den Plenarorganen dieser Genossenschaft ausüben. Vorbehaltlich der Sachverhaltsermittlung im Hinblick auf das Maß an Selbständigkeit der in Rede stehenden interkommunalen Genossenschaft durch das vorlegende Gericht kann - so der EuGH - unter den Umständen des Ausgangsverfahrens die Kontrolle, die die einer solchen interkommunalen Genossenschaft angeschlossenen öffentlichen Stellen durch die Satzungsorgane über die Entscheidungen der Genossenschaft ausüben, als Kontrolle dieser Stellen über die Genossenschaft wie über ihre eigenen Dienststellen angesehen werden.

In weiterer Folge prüft der EuGH, ob in dem Fall, dass eine öffentliche Stelle einer interkommunalen Genossenschaft beiträgt, deren Mitglieder ausschließlich öffentliche Stellen sind, um ihr die Verwaltung eines gemeinwirtschaftlichen Dienstes zu übertragen, die Kontrolle über die Genossenschaft durch die ihr angeschlossenen Stellen (damit sie als Kontrolle iSd Teckal-Judikatur angesehen werden kann), von jeder dieser öffentlichen Stellen individuell ausgeübt werden muss oder ob sie von ihnen gemeinsam, gegebenenfalls mit Mehrheitsbeschluss, ausgeübt werden kann. Der EuGH verweist eingangs auf seine Rechtsprechung zum zweiten Teckal-Kriterium, wonach bei mehreren Anteilshabern einer konzessionsnehmenden Einrichtung auf die Tätigkeit abgestellt werden kann, die sie für alle diese Stellen verrichtet (vgl. Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 70 und 71, und Rs C-295/05, *Asemfo*, Rz 62). Es entspräche, so der EuGH, den dieser Rechtsprechung zugrunde liegenden Überlegungen, dass auch für die Erfüllung der Voraussetzung hinsichtlich der Kontrolle durch die öffentlichen Stellen auf die Kontrolle abgestellt werden kann, die die öffentlichen Stellen, die die Anteile an der konzessionsnehmenden Einrichtung halten, gemeinsam über diese ausüben. Nach der Judikatur muss die konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen, beide Kontrollen müssen sich aber nicht in allen Punkten gleichen (vgl. Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 62). Die Kontrolle über die konzessionsnehmende Einrichtung muss – so der EuGH - **wirksam** sein, **nicht aber unbedingt individuell** ausgeübt werden (Rz 46). Zum anderen ist in dem Fall, in dem sich mehrere öffentliche Stellen dazu



entscheiden, ihrem gemeinwirtschaftlichen Auftrag durch die Einschaltung einer gemeinsamen konzessionsnehmenden Einrichtung nachzukommen, normalerweise ausgeschlossen, dass eine dieser Stellen, sofern sie nicht eine Mehrheitsbeteiligung an dieser Einrichtung hält, allein eine bestimmende Kontrolle über deren Entscheidungen ausübt. Zu verlangen, dass die Kontrolle durch eine öffentliche Stelle in einem solchen Fall individuell sein muss, würde bewirken, in den meisten Fällen, in denen eine öffentliche Stelle einem Zusammenschluss weiterer öffentlicher Stellen wie einer interkommunalen Genossenschaft beitreten möchte, eine Ausschreibung vorzuschreiben. Ein solches Ergebnis wäre aber nach dem EuGH mit der Systematik der Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet des Vergabewesens nicht vereinbar. Eine öffentliche Stelle hat nämlich die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören (s. Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 48). Von dieser Möglichkeit für die öffentlichen Stellen, zur Erfüllung ihres gemeinwirtschaftlichen Auftrags auf ihre eigenen Mittel zurückzugreifen, kann in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen Gebrauch gemacht werden (vgl. Rs C-295/05, *Asemfo*, Rz 65). Deshalb ist nach dem EuGH die Möglichkeit zuzulassen, dass mehrere öffentliche Stellen, wenn sie die Anteile an einer konzessionsnehmenden Einrichtung halten, der sie die Erfüllung eines gemeinwirtschaftlichen Auftrags übertragen, ihre Kontrolle über diese Einrichtung gemeinsam ausüben (Rz 50). Ferner ist bei einem Kollegialorgan das Verfahren zur Beschlussfassung, insbesondere der Rückgriff auf eine Mehrheitsentscheidung, unerheblich (Rz 51).

### **3.2. Rs C-573/07:**

Obwohl der EuGH aufgrund der mangelnden Angaben im Vorlagebeschluss nicht feststellen kann, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag oder um eine Dienstleistungskonzession handelt, und obwohl auch nicht feststellbar ist, ob der Wert des Vertrages die Schwellenwerte der Richtlinien überschreitet oder nicht, hält der EuGH ausdrücklich fest, dass dies jedenfalls keinen Einfluss auf die Beantwortung der Vorlagefrage durch ihn hat. Er weist auf seine ständige Rechtsprechung zum Bereich der in-house Ausnahme hin (Rz 36, 39 und 40). Diese Rechtsprechung ist für die Auslegung sowohl der Richtlinie 2004/18/EG als auch der Art. 12, 43 und 49 EG (Art. 18, 49 und 56 AEUV) als auch der allgemeinen Grundsätze des Vertrages maßgeblich (siehe Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 49, und Rs C-458/03, *Parking Brixen*,

Rz 62). Dass die den Zuschlag erhaltende Einrichtung die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft hat, schließt die Anwendung der in-house - Ausnahme nicht aus (vgl. Rs C-410/04, *ANAV*).

Zur Frage des vorlegenden Gerichts, ob ein öffentlicher Auftraggeber über eine Gesellschaft, deren Anteilseigner er ist und mit der er einen Vertrag schließen will, eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausüben kann, wenn die Möglichkeit einer Beteiligung von privaten Investoren am Grundkapital dieser Gesellschaft besteht, auch wenn sie noch nicht konkretisiert ist, weist der EuGH darauf hin, dass der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Grundkapital einer den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft hält, darauf hindeutet – ohne entscheidend zu sein –, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt (vgl. Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 37, sowie Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 31). Dagegen schließt es eine – auch minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Grundkapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausüben kann wie über seine eigenen Dienststellen (vgl. Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 49, und Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 30). Ob tatsächlich eine Beteiligung Privater am Grundkapital der den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft vorliegt, ist in der Regel zum Zeitpunkt der Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags zu prüfen (vgl. Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 15 und 52).

Ausnahmsweise können jedoch besondere Umstände die Berücksichtigung von nach der Auftragsvergabe eingetretenen Ereignissen erfordern (z.B. Umgehungsstrukturen vgl. Rs C-29/04, *Kommission/Österreich (Mödling)*, Rz 38 bis 41, oder wenn das nationale Recht die baldige Öffnung der Gesellschaft für Fremdkapital vorschreibt, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 67 und 72). Wird jedoch zum Zeitpunkt Auftragsvergabe an eine Gesellschaft deren gesamtes Grundkapital vom öffentlichen Auftraggeber – allein oder mit weiteren öffentlichen Stellen – gehalten, so ist die Möglichkeit einer Öffnung des Kapitals dieser Gesellschaft für private Investoren nur zu berücksichtigen, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits eine konkrete Aussicht auf eine baldige entsprechende Kapitalöffnung besteht (Rz 49 und 50). Daher lässt in einer Situation, in der das Grundkapital der den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft vollständig aus öffentlichem Kapital besteht und kein konkreter Hinweis auf eine baldige Öffnung des

Grundkapitals dieser Gesellschaft für private Teilhaber vorliegt, die bloße Möglichkeit einer Beteiligung von Privatpersonen am Kapital dieser Gesellschaft noch nicht den Schluss zu, dass die Voraussetzung einer Kontrolle durch die öffentliche Stelle nicht erfüllt wäre (Rz 51). Der EuGH führt diesbezüglich weiters aus, dass im Fall der Auftragsvergabe ohne Ausschreibung an eine Gesellschaft mit ausschließlich öffentlichem Kapital, eine spätere (aber immer noch innerhalb der Gültigkeitsdauer des Auftrags) erfolgende Beteiligung von Privatpersonen am Grundkapital der Gesellschaft eine Änderung einer grundlegenden Bedingung dieses Auftrags wäre, die eine Ausschreibung erfordern würde (Rz 53).

In weiterer Folge wiederholt der EuGH seine im Erkenntnis C-324/07, *Coditel*, getätigten Aussagen, wonach in einer Gesellschaft mit vollständig öffentlichem Kapital die Kontrolle (im Sinne der *Teckal*-Rechtsprechung), die die öffentlichen Stellen als Gesellschafter der Gesellschaft über diese ausüben, auch von diesen Stellen gemeinsam ausgeübt werden kann (Rz 54 bis 63). Bei der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft, die den Zuschlag erhält, tatsächlich eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung muss zu dem Ergebnis führen, dass die den Zuschlag erhaltende Gesellschaft einer Kontrolle unterliegt, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf ihre Entscheidungen einzuwirken. Hierbei muss die Möglichkeit gegeben sein, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (sog. „*Parking Brixen* – Formel“). Hinsichtlich der anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften stellt der EuGH fest, dass diese die *Teckal* – Voraussetzungen wörtlich übernehmen. Solche nationalen Rechtsvorschriften entsprechen grundsätzlich dem Gemeinschaftsrecht, wobei klarzustellen ist, dass auch die Auslegung dieser Rechtsvorschriften den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprechen muss (vgl. Rs C-410/04, *ANAV*, Rz 25). Des weiteren ist zu prüfen, ob die fragliche Gesellschaft eine Marktausrichtung hat, die eine Kontrolle durch die Gebietskörperschaften, die ihre Anteilseigner sind, als nicht gesichert erscheinen lässt. Dazu sind die räumliche und die materielle Auswirkung der Tätigkeiten dieser Gesellschaft zu prüfen sowie, ob die Gesellschaft die Möglichkeit hat, Verbindungen zu Unternehmen des Privatsektors zu knüpfen (Rz 73). Nach der nationalen Rechtsordnung führt die beauftragte Gesellschaft (*Setco*) lokale öffentliche Dienstleistungen durch, die ausschließlich jene lokalen Gebietskörperschaften betreffen,

die diese Dienstleistungen vergeben. Außerdem bestimmt die Satzung, dass Setco die Dienstleistungen für die beauftragenden Gesellschafter im Rahmen eines Ausschließlichkeitsverhältnisses im örtlichen Zuständigkeitsbereich der genannten Behörden übernimmt. Beide Aspekte deuten nach Ansicht des EuGH zum einen darauf hin, dass sich der geografische Wirkungsbereich der Tätigkeiten der im Ausgangsverfahren fraglichen, den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft nicht über das Gebiet der Gemeinden, die ihre Aktionäre sind, hinaus erstreckt, und zum anderen, dass diese Gesellschaft ihrem Zweck nach öffentliche Dienstleistungen nur für diese Gemeinden verwalten soll. In weiterer Folge hält der EuGH aber zum letztgenannten Aspekt (Erbringung von Dienstleistungen „nur“ für beteiligte Gemeinden) fest, dass eine Befugnis, Dienstleistungen (auch) an private Wirtschaftsteilnehmer zu erbringen – sofern diese Befugnis ihre wesentliche Tätigkeit nur ergänzt, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist - dem Hauptzweck dieser Gesellschaft, der nach wie vor in der Verwaltung öffentlicher Dienstleistungen besteht, keinen Abbruch tut. Daher genügt das Bestehen einer solchen Befugnis (Tätigkeit auch für Private) nicht für die Feststellung, dass die genannte Gesellschaft eine Marktausrichtung hat, die eine Kontrolle durch die Körperschaften, die ihre Anteile halten, als nicht gesichert erscheinen lässt (Rz 79 und Hinweis auf Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 63).

Hinsichtlich der vorgesehenen Kontrollmechanismen ergibt sich aus den Akten, dass die Gesellschafter mit den am 23. Dezember 2006 vorgenommenen Änderungen dieser Satzung beabsichtigten, der Hauptversammlung und dem Verwaltungsrat im italienischen Gesellschaftsrecht ausdrücklich nicht vorgesehene Entscheidungsstrukturen an die Seite zu stellen, die eine Kontrolle über Setco wie über ihre eigenen Dienststellen gewährleisten sollten. Dabei geht es insbesondere um die Gewährleistung einer verstärkten Kontrolle mittels verschiedener Ausschüsse. Diese Ausschüsse bestehen gemäß der Satzung von Setco aus Vertretern der Körperschaften, die Gesellschafter sind. Jede dieser Körperschaften hat unabhängig von ihrer Größe oder der Zahl ihrer Aktien eine Stimme in diesen Ausschüssen. Des Weiteren weist die Satzung den Ausschüssen weite Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse zu und begrenzt die Befugnisse der Hauptversammlung dadurch, dass er diese dazu verpflichtet, die Leitlinien und etwaigen Weisungen der genannten Ausschüsse zu berücksichtigen, bevor sie die Vornahme bestimmter Handlungen durch die Verwaltungsratsmitglieder der Gesellschaft genehmigen kann. Ebenso beschränkt die Satzung die Entscheidungsautonomie des

Verwaltungsrats, indem er diesen zur Beachtung der den genannten Ausschüssen vorbehaltenen Befugnisse verpflichtet und seine Entscheidungen von der Beachtung der Weisungen dieser Ausschüsse abhängig macht. Derartige Satzungsbestimmungen versetzen, so der EuGH, die Aktionärskörperschaften angesichts des Umfangs der Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse, die sie den auf ihrer Grundlage eingesetzten Ausschüssen zuweisen, sowie des Umstands, dass diese Ausschüsse aus Abgeordneten der Aktionärskörperschaften bestehen, in die Lage, durch diese Ausschüsse sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.

#### **4. Bemerkungen des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst zu den Erkenntnissen des EuGH:**

Mit den vorliegenden Erkenntnissen entwickelt der EuGH seine Rechtsprechung fort, in welchen Fällen die Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß den Vorschriften des Gemeinschaftsrechtes nicht erforderlich ist.

Schon bisher befasste sich der EuGH mit diversen Vergabevorgängen im Zusammenhang mit öffentlich-öffentlichen Kooperationen („Public-Private-Partnership“), bislang allerdings ausschließlich in deren „vertikaler“ Dimension (Stichwort: in-house – Judikatur). Zu öffentlich-öffentlichen Kooperationen mit einer „horizontalen“ Dimension vgl. das ho Rundschreiben GZ BKA-VV.C-480/06/0001-V/7/2010.

Aus Anlass der vorliegenden Erkenntnisse soll die bisherige Rechtsprechung des EuGH – insbesondere im Zusammenhang mit dem ersten *Teckal* – Kriterium (i.e. das „Kontrollkriterium“) – zusammengefasst dargestellt werden.

Der EuGH hat festgehalten, dass vertragliche Leistungsbeziehungen zwischen Gebietskörperschaften, ihren öffentlichen Einrichtungen und ganz allgemein den Einrichtungen des öffentlichen Rechts – somit öffentlich-öffentliche Leistungsbeziehungen – grundsätzlich vom Anwendungsbereich des gemeinschaftlichen Vergaberechts erfasst sind.<sup>3</sup> Daraus folgt u.a. aber auch, dass jede Person oder Einrichtung (somit auch alle Kategorien der öffentlichen Auftraggeber) als Bieter oder Bewerber auftreten darf, selbst

---

<sup>3</sup> Vgl. Rs C-84/03, *Kommission gegen Spanien*, Rz 33ff.

oder unter Rückgriff auf Subunternehmer, unabhängig von ihrem – privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen – Status und der Frage, ob sie auf dem Markt systematisch tätig ist oder nur gelegentlich auftritt oder ob sie aus öffentlichen Mitteln subventioniert wird oder nicht.<sup>4</sup>

Mit der *Teckal* - Rechtsprechungslinie wurde klargestellt, dass bei kumulativem Vorliegen von zwei Bedingungen ein entgeltlicher Leistungsvertrag eines öffentlichen Auftraggebers nicht ausgeschrieben werden muss:

1. der Auftraggeber übt über die (zu beauftragende) Einrichtung eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen aus und
2. die Einrichtung verrichtet ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft oder die Körperschaften, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben.<sup>5</sup>

Unter diesen Bedingungen sind weder das Sekundärrecht (d.h. die Vergaberichtlinien) noch das Primärrecht (AEUV) anwendbar.<sup>6</sup> Nach st Rspr sind diese Kriterien, als Teil einer Ausnahmebestimmung vom Primär- und Sekundärrecht, eng auszulegen und die Beweislast für das Vorliegen dieser außergewöhnlichen Umstände obliegen demjenigen, der sich auf sie berufen will.<sup>7</sup>

Die bisherige Judikaturlinie kann – im Hinblick auf die vorliegenden Erkenntnisse – nunmehr wie folgt zusammengefasst werden:

### **I. Das Kontrollkriterium**

Bei der Beurteilung, ob ein (öffentlicher) Auftraggeber (eines Auftrages/einer Konzession) über die zu beauftragende Einrichtung eine „Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen“ iSd *Teckal* - Erkenntnisses ausübt, sind alle rechtlichen Rahmenbedingungen und faktischen Umstände im Einzelfall zu berücksichtigen.<sup>8</sup> Nach der „*Parking-Brixen*“ – Formel muss aus der Würdigung der genannten Rahmenbedingungen folgen, dass der Auftraggeber die zu beauftragende Einrichtung dergestalt kontrollieren kann, dass er sowohl die strategischen Ziele wie auch alle wichtigen

---

<sup>4</sup> Siehe Rs C-305/08, *CoNISMa*, Rz 42.

<sup>5</sup> Vgl. dazu Rs C-107/98, *Teckal*, Rz 50 und zuletzt Rs C-573/07, *Sea*, Rz 36.

<sup>6</sup> Vgl. Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 49, und Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 62, Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 26.

<sup>7</sup> Vgl. für viele Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 63.

<sup>8</sup> Vgl. etwa Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 65, Rs C-573/07, *Sea*, Rz 65. Erforderlich ist keine „identische“ sondern nur eine „vergleichbare“ Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle; vgl. Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 49.

Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebend beeinflussen kann.<sup>9</sup> Es muss sich um eine wirksame Kontrolle<sup>10</sup> handeln, deren Vorliegen im Einzelfall zu beurteilen ist.<sup>11</sup> Eine wirksame Kontrolle iSd *Teckal* – Rechtsprechung ist a priori ausgeschlossen, wenn der (öffentliche) Auftraggeber nicht an der zu beauftragenden Einrichtung beteiligt ist.<sup>12</sup>

Hinsichtlich der „einschlägigen Rechtsvorschriften“ ist einerseits zu prüfen, ob diese Rechtsvorschriften der *Teckal* – Rechtsprechung entsprechen: nationale Rechtsvorschriften, die die *Teckal* – Ausnahme wörtlich wiedergeben (vgl. dazu die §§ 10 Z 7 und 175 Z 6 BVergG 2006), entsprechen grundsätzlich dem Gemeinschaftsrecht, jedoch muss auch die Auslegung dieser Rechtsvorschriften den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprechen.<sup>13</sup> Ferner sind die einschlägigen Rechtsgrundlagen im Hinblick auf die zu beauftragende Einrichtung (insbesondere daher die einschlägigen nationalen gesellschaftsrechtlichen Regelungen) dahingehend zu prüfen, ob diese eine wirksame Kontrolle ermöglichen,<sup>14, 15</sup> ob die beauftragten Einrichtungen aufgrund ihrer gesetzlichen Grundlagen Ziele unabhängig von ihren Anteilseignern verfolgen können,<sup>16</sup> bzw. ob sie kommerziellen/nicht-kommerziellen Charakter haben.<sup>17</sup>

Ausgehend von den Aussagen des EuGH in den Rs *Coditel* und *Sea* sind nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst drei Kriterien im Hinblick auf die oben erwähnten „maßgebenden Umstände“ zu prüfen und in einer Gesamtbetrachtung<sup>18</sup> zu würdigen:

---

<sup>9</sup> Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 65, Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 36, Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 28.

<sup>10</sup> So der EuGH in der Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 46.

<sup>11</sup> Diese Einzelfallbetrachtung hat ihrerseits unter Berücksichtigung aller einschlägigen Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu erfolgen (siehe Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 65, Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 28). Als maßgebende Umstände kommt dabei alles in Betracht, was für die Stellung bzw. Ausgestaltung der konkreten Konstruktion Relevanz hat. Dies erfasst somit alle im konkreten Fall relevanten rechtlichen und faktischen Gegebenheiten wie insbesondere Satzungen, (Gesellschafts-)Verträge und sonstige Vereinbarungen.

<sup>12</sup> Dies folgt unmittelbar aus dem zweiten *Teckal* - Kriterium (Tätigkeit für den/die Anteilhaber). Vgl. dazu Rs C-295/05, *Asemfo*, Rz 61, SA von GA *Mazák* in der Rs C-480/06, *EK gegen Deutschland*, Rz 43, und das Rundschreiben des BKA-VD GZ BKA-VA.C-220/06/0010-V/7/2007, Pkt. V.2.

<sup>13</sup> So auch ausdrücklich RV 1171 BlgNR 22. GP, 30. In diesem Sinne auch Rs C-410/04, *ANAV*, Rz 25, Rs C-573/07, *Sea*, Rz 68.

<sup>14</sup> So konnte etwa aufgrund der belgischen Rechtslage eine „interkommunale Genossenschaft“ ausschließlich aus Gemeinden bestehen und stand daher a priori privaten Mitgliedern nicht offen (vgl. Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 32 iVm Rz 3ff).

<sup>15</sup> So kann daher in Österreich eine qualifizierte Kontrolle iSd *Teckal* – Rechtsprechung in Bezug auf Aktiengesellschaften nicht bestehen (siehe dazu § 70 AktG; in Italien hingegen ist dies schon möglich, siehe etwa Rs C-573/07, *Sea*, Rz 41), in Bezug auf eine GmbH jedoch schon (siehe dazu § 20 Abs. 1 GmbHG).

<sup>16</sup> Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 37.

<sup>17</sup> Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 37.

<sup>18</sup> Die Aussagen des EuGH werden vom Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst dahin verstanden, dass die zusammenfassende Wertung der nachfolgend genannten Kriterien in der Art eines „beweglichen Systems“ zu erfolgen hat: danach könnte etwa ein größeres Maß an Selbständigkeit (Entscheidungsautonomie) durch eine

1. Welcher Art ist die Beteiligung der zu beauftragenden Einrichtung?
2. Wie sind die konkreten Entscheidungsstrukturen ausgestaltet (insbesondere wie sind die Beschlussorgane der zu beauftragenden Einrichtung zusammengesetzt)?
3. Welche Marktausrichtung hat die zu beauftragende Einrichtung (insbesondere welche Befugnisse haben die ausschlaggebenden Organe bzw. welche Möglichkeiten hat die zu beauftragende Einrichtung)?

Ad 1) Nach ständiger Rechtsprechung schließt jedwede Beteiligung eines privaten Unternehmens an der zu beauftragenden Einrichtung eine „Kontrolle“ iSv *Teckal* kategorisch aus.<sup>19</sup> Damit steht fest, dass ein in-house – Verhältnis zwischen einer Gebietskörperschaft und einer Einrichtung des öffentlichen Rechts mit privater Minderheitsbeteiligung (selbst wenn diese ein öffentlicher Auftraggeber iSd Richtlinien und des BVergG ist) ausgeschlossen ist.<sup>20</sup>

Maßgeblich für die Beurteilung ist hierbei grundsätzlich der Zeitpunkt der Beauftragung.<sup>21</sup> Ergibt sich aber aus den besonderen Umständen des Einzelfalles, dass im Zeitpunkt der Beauftragung (einer 100% „öffentlichen“ Einrichtung) eine Beteiligung eines privaten Unternehmens konkret in Aussicht steht, dann ist dies einer tatsächlichen Beteiligung eines privaten Unternehmens gleichzuhalten und schließt ebenfalls eine Kontrolle iSv *Teckal* aus.<sup>22</sup> Die bloß theoretisch mögliche Beteiligung eines privaten Unternehmens in der Zukunft ist hingegen irrelevant und schließt eine in-house Beauftragung ohne Ausschreibung nicht aus.<sup>23</sup> Eine nachfolgende Privatisierung (d.h. ein Anteilsverkauf an Private) während der Laufzeit des im in-house - Weg erteilten

---

striktere Begrenzung der Marktausrichtung „aufgewogen“ werden (vgl. dazu die Aussagen des EuGH in der Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 36 bis 39).

<sup>19</sup> Vgl. etwa Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 49, Rs C-29/04, *EK gegen Österreich (Mödling)*, Rz 46.

<sup>20</sup> Vgl. dazu Rs C-231/03, *Coname*, Rz 26.

<sup>21</sup> Rs C-29/04, *EK gegen Österreich (Mödling)*, Rz 38, Rs C-371/05, *EK gegen Italien*, Rz 29.

<sup>22</sup> Vgl. dazu Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 67 (gesetzliche Verpflichtung zur Öffnung von Fremdkapital), Rs C-29/04, *EK gegen Österreich (Mödling)*, Rz 38 (Beschluss des Gemeinderates), Rs C-410/04, *ANAV*, Rz 30ff, Rs C-454/06, *pressetext*, Rz 48, Rs C-371/05, *EK gegen Italien*, Rz 30.

<sup>23</sup> IdS Rs C-371/05, *EK gegen Italien*, Rz 27 iVm Rz 29/30, Rs C-454/06, *pressetext*, Rz 48/49, Rs C-573/07, *Sea*, Rz 49/50; Kommission KOM (2007) 6661, Mitteilung IÖPP, Pkt. 2.1. FN 14.



Vertrages verpflichtet den Auftraggeber jedoch zu einer Neuausschreibung des Vertrages.<sup>24</sup>

Hingegen ist bei sog. gemischt-öffentlichen Einrichtungen<sup>25</sup> die ausschließliche Beteiligung von öffentlichen Stellen an der zu beauftragenden Einrichtung ein Indiz dafür, dass eine Kontrolle iSd *Teckal* - Kriteriums ausgeübt werden kann.<sup>26</sup>

Da die ausschließliche Beteiligung von öffentlichen Stellen an der zu beauftragenden Einrichtung ausweislich der Aussagen des EuGH (lediglich) ein „Indiz“ darstellt bzw. dieser Umstand auf die geforderte Qualität der Kontrolle „hindeutet“, reicht das Faktum der 100%igen Beteiligung der öffentlichen Hand für sich noch nicht aus, um eine Kontrolle iSd ersten *Teckal* – Kriteriums bejahen zu können. Andererseits hat der EuGH explizit klargestellt, dass bei rein öffentlichen Beteiligungsverhältnissen (Anteile werden ausschließlich von Gebietskörperschaften gehalten) eine „Kontrolle“ nicht nur bei einer individuellen Kontrollmöglichkeit eines Anteilsinhabers besteht. Alle Anteilsinhaber (somit auch die Minderheitsgesellschafter) können - sofern die sonstigen Bedingungen erfüllt werden - eine qualifizierte Kontrolle iSd *Teckal* – Judikatur ausüben. Daher ist auch bei einem Kollegialorgan das Verfahren zur Beschlussfassung, insbesondere der Rückgriff auf eine Mehrheitsentscheidung, unerheblich.<sup>27</sup>

Es ist in weiterer Folge an Hand der nachfolgenden Kriterien (s. Punkt 2 und 3) zu prüfen, ob die geforderte Qualität der Kontrolle gewährleistet ist oder nicht.

Ad 2) Hinsichtlich der Beurteilung, ob die konkreten Entscheidungsstrukturen der beauftragten Einrichtung einen ausschlaggebenden Einfluss der Anteilsinhaber zulassen oder nicht, verlangt der EuGH stets eine Einzelfallprüfung. Es ist daher zu untersuchen, ob den Entscheidungsgremien der beauftragten Einrichtung Entscheidungsautonomie (in nicht bloß marginalem Ausmaß) zukommt oder nicht.

---

<sup>24</sup> Siehe Rs C-573/07, *Sea*, Rz 53, Rs C-410/04, *ANAV*, Rz 30, Rs C-454/06, *pressetext*, Rz 47.

<sup>25</sup> Darunter werden Einrichtungen verstanden, an denen ausschließlich Gebietskörperschaften oder (im ausschließlichen Eigentum von Gebietskörperschaften stehende) Eigengesellschaften beteiligt sind.

<sup>26</sup> Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 31, Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 37, Rs C-295/05, *Asemfo*, Rz 57.

<sup>27</sup> Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 46ff, Rs C-573/07, *Sea*, Rz 54ff (60).

Der Zusammensetzung der Beschlussorgane kommt hierbei eine wesentliche Bedeutung zu: Organidentität bzw. Entsenderechte<sup>28</sup> bilden Indizien, dass ein ausschlaggebender Einfluss der Anteilsinhaber (uU auch gemeinsam oder auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses, s.o. Punkt 1) entfaltet werden kann. Weitere zu untersuchende Faktoren sind die Ausgestaltung der einschlägigen gesetzlichen Rahmenbedingungen, die Satzung oder sonstige Vereinbarungen betreffend die Entscheidungsstrukturen der beauftragten Gesellschaft.<sup>29, 30</sup> Auch ist dabei zu beachten, wie die Organisationsstrukturen ausgestaltet sind,<sup>31</sup> bzw. ob der Einfluss unmittelbar oder nur mittelbar (z.B. über eine Holding) geltend gemacht werden kann.<sup>32</sup> Insbesondere eine Kombination von oben genannten Kriterien (z.B. Entsenderechte gekoppelt mit verstärkten, über den gesetzlichen Minimalstandard hinausgehenden Kontroll- und Einflussmechanismen<sup>33</sup>) sprechen für eine qualifizierte Kontrolle des/der Anteilsinhaber. Hingegen sprechen eine (wirtschaftliche) Entscheidungsautonomie (wenn auch betraglich begrenzt<sup>34</sup>) gegen eine qualifizierte Kontrolle des/der Anteilsinhaber.

Ad 3) Der Gerichtshof prüft ferner die Marktausrichtung der zu beauftragenden Einrichtung. Danach ist zu prüfen, inwieweit die beauftragte Einrichtung „auf dem Markt“ in einer Wettbewerbs- und Konkurrenzsituation zu Dritten tätig sein kann bzw. tätig ist. Ziel

---

<sup>28</sup> Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 33/34.

<sup>29</sup> In der Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 38, lehnte der EuGH u.a. eine Kontrolle iSd *Teckal* – Rechtsprechung ab, da gemäß der Satzung (der beauftragten Gesellschaft) den Verwaltungsräten umfassende Befugnisse zur ordentlichen und außerordentlichen Leitung der Gesellschaft zukamen. Diese Satzung behielt den Anteilsinhabern keine Kontrollbefugnis und kein besonderes Stimmrecht vor, um die diesen Verwaltungsräten eingeräumte Handlungsfreiheit zu begrenzen. Die von den Anteilsinhabern über die Gesellschaft ausgeübte Kontrolle bestand im Wesentlichen in dem Umfang, den das Gesellschaftsrecht der Gesellschaftermehrheit einräumte, was ihre Befugnis zur Beeinflussung der Entscheidungen dieser Gesellschaft erheblich beschränkte.

<sup>30</sup> In der Rs C-573/07, *Sea*, Rz 81, bejahte der EuGH eine Kontrolle iSd *Teckal* – Rechtsprechung, da über die gesetzlich vorgesehenen Kontrollmechanismen hinaus, die Satzung verstärkte Kontrollmechanismen (diverse Ausschüsse und Lenkungsorgane) vorsah.

<sup>31</sup> Der EuGH führte (nach Bejahung der Kontrolle iSd *Teckal* – Judikatur) in der Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 40, als verstärkendes, zusätzliches Argument („erst recht“, „all the more“, „a fortiori“) den starken Einfluss der Gemeinden in den Unterorganisationen (Zweig- und Unterzweigräten) der Genossenschaft an, der noch straffer als die Kontrolle organisiert war, die die Gemeinden gemeinsam mit allen anderen Genossenschaftsmitgliedern in den Plenarorganen der Genossenschaft ausüben konnten.

<sup>32</sup> In der Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 39, führte der EuGH aus, dass die Einschaltung eines Mittlers (in concreto: einer Holdinggesellschaft) je nach den Umständen des Einzelfalls die Kontrolle schwächen kann, die der öffentliche Auftraggeber allein aufgrund seiner Kapitalbeteiligung an einer Gesellschaft möglicherweise über diese ausübt.

<sup>33</sup> Vgl. dazu etwa Rs C-573/07, *Sea*, Rz 86.

<sup>34</sup> Vgl. dazu Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 68, wonach die Befugnis des Verwaltungsrates, Sicherstellungen bis zu einem Wert von 5 Millionen Euro zu leisten oder andere Geschäfte ohne vorherige Genehmigung der Gesellschafterversammlung durchzuführen, dieser Gesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern weitreichende Selbständigkeit garantierte.

dieses Kriteriums ist es, Wettbewerbsverfälschungen zu verhindern.<sup>35</sup> Auch im Zusammenhang mit diesem Kriterium sind die einschlägigen gesetzlichen Rahmenbedingungen, die Satzung oder sonstige Vereinbarungen aber auch das faktische Verhalten der Einrichtung zu untersuchen.

Der EuGH orientiert sich bei Beantwortung der Frage an der räumlichen und materiellen Auswirkung der Tätigkeiten der Einrichtung sowie daran, ob die Einrichtung Verbindungen zu Unternehmen des Privatsektors knüpfen kann oder nicht (selbständiges Agieren am Markt).<sup>36</sup> Sofern die Einrichtung daher bloß lokal<sup>37</sup> und nur in bestimmten, von den Anteilshabern gemeinsam wahrzunehmenden Aufgaben<sup>38</sup> tätig ist, tendiert der EuGH dazu, das Kontrollkriterium als erfüllt zu betrachten.

Ist eine Einrichtung daher darauf beschränkt, ausschließlich die Interessen ihrer Anteilshaber (somit von Gebietskörperschaften) wahrzunehmen und erbringt sie ihre Leistungen ausschließlich<sup>39</sup> zugunsten ihrer Anteilshaber in deren örtlichem Wirkungsbereich, dann wird eine relevante Marktausrichtung nicht vorliegen.<sup>40</sup>

Der EuGH hielt aber auch fest, dass eine ausschließliche Tätigkeit für die Anteilshaber (somit eine absolute Beschränkung des Marktzuganges) nicht gefordert ist. „Ergänzende“ (bloß untergeordnete) Tätigkeiten für private Wirtschaftsteilnehmer, die den Hauptzweck dieser Gesellschaft (Erbringung von Leistungen für die Anteilshaber) nicht unterlaufen, schaden daher nicht.<sup>41</sup> Hinsichtlich des Ausmaßes der Tätigkeiten für Dritte ist auf die Ausführungen zu Punkt II zu verweisen (s.u.), wobei nochmals auf die restriktive Auslegung aller *Teckal* – Kriterien hinzuweisen ist (siehe dazu bereits oben).

---

<sup>35</sup> Vgl. dazu schon Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 59, iZm dem zweiten *Teckal* – Kriterium. Dass sich in diesem Punkt die Auslegung des ersten und des zweiten *Teckal* – Kriteriums gleichsam treffen, bestätigte der EuGH in der Rs C-573/07, *Sea*, Rz 80.

<sup>36</sup> Rs C-573/07, *Sea*, Rz 73.

<sup>37</sup> Diese örtliche Begrenzung ist restriktiv zu verstehen. In der Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 67, sprach die Ausweitung des geografischen Tätigkeitsbereichs der Gesellschaft auf ganz Italien und das Ausland dafür, dass die fragliche Gesellschaft eine Marktausrichtung erreicht hatte, die eine Kontrolle durch die Anteilshaber ausschloss.

<sup>38</sup> Die signifikante Ausweitung des Gesellschaftszwecks auf „bedeutende neue Bereiche“ sprach in der Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 67, dagegen, dass die Anteilshaber noch eine qualifizierte Kontrolle ausüben konnten.

<sup>39</sup> Die Einräumung eines Ausschließlichkeitsrechtes für die beauftragenden Anteilshaber im Rahmen der Satzung stellt für den EuGH sogar ein Indiz für die Beschränkung der Marktausrichtung und das Vorliegen einer qualifizierten Kontrolle dar (vgl. Rs C-573/07, *Sea*, Rz 75).

<sup>40</sup> Vgl. dazu Rs C-324/07, *Coditel*, Rz 38, Rs C-573/07, *Sea*, Rz 74 bis 76.

<sup>41</sup> So der EuGH Rs C-573/07, *Sea*, Rz 78 bis 80.

## II. Das Tätigkeitskriterium<sup>42</sup>

Das Erfordernis der „wesentlichen“ Tätigkeit für den/die Anteilshaber soll nach dem EuGH sicherstellen, dass das Vergaberecht anwendbar bleibt, wenn eine von einer oder von mehreren Stellen kontrollierte Einrichtung auf dem Markt tätig ist und daher mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann.<sup>43</sup> Denn, so der EuGH, einem Unternehmen fehlt es nicht unbedingt allein deshalb an Handlungsfreiheit, weil die es betreffenden Entscheidungen von der Körperschaft kontrolliert werden, die seine Anteile innehat, sofern es noch einen bedeutenden Teil seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern abwickeln kann.<sup>44</sup>

Das Kriterium wird nur dann erfüllt, wenn die zu beauftragende Einrichtung hauptsächlich für den oder die Auftraggeber tätig wird und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich („marginal“<sup>45</sup>) ist.<sup>46</sup> Wie bereits seitens des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst ausgeführt, ist davon auszugehen, dass der Begriff „hauptsächlich“ im Sinne von „fast ausschließlich“ zu verstehen ist.<sup>47</sup> Ob dies zutrifft, ist stets aufgrund einer Einzelfallbetrachtung in qualitativer wie quantitativer Hinsicht zu beurteilen.<sup>48</sup>

Der EuGH legt, gemäß der bisher ergangenen Judikatur,<sup>49</sup> seiner quantitativen Betrachtung den Umsatz der beauftragten Einrichtung zu Grunde, den diese aufgrund der in-house Beziehung (mit allen<sup>50</sup> Anteilshabern oder mit den Nutzern) erzielt.<sup>51</sup> Zu berücksichtigen sind alle Tätigkeiten, die eine Einrichtung als Auftragnehmer im Rahmen einer Vergabe durch den bzw. die öffentlichen Auftraggeber verrichtet, ohne dass die Person des Begünstigten – sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistungen – bzw. der Ort der Leistungserbringung von Bedeutung wäre.<sup>52</sup>

---

<sup>42</sup> Siehe dazu bereits das Rundschreiben des BKA-VD GZ BKA-VA.C-220/06/0010-V/7/2007, Pkt. V.2.

<sup>43</sup> Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 60, Rs C-220/06, *AP*, Rz 62.

<sup>44</sup> Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 61. Denn nur wenn die Leistungen dieser Einrichtung im Wesentlichen für den/die Anteilshaber erbracht werden, ist es gerechtfertigt, dass die Einrichtung nicht den Zwängen des Vergaberechts unterliegt, da diese durch das Anliegen der Bewahrung eines Wettbewerbs diktiert werden, für das es in dem entsprechenden Fall keinen Grund mehr gibt (aaO Rz 62).

<sup>45</sup> Vgl. dazu die englische und französische Fassung des Erkenntnisses Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 63.

<sup>46</sup> Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 63.

<sup>47</sup> Vgl. dazu das Rundschreiben des BKA-VD GZ BKA-VA.C-340/04/0004-V/A/8/2006, Pkt. 3.2.

<sup>48</sup> Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 64.

<sup>49</sup> Der EuGH betonte die Notwendigkeit einer qualitativ/quantitativen Betrachtungsweise (s.o.), in seiner bisherigen Rechtsprechung äußerte sich der EuGH aber ausschließlich in Bezug auf das quantitative Element.

<sup>50</sup> Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 70, Rs C-295/05, *Asemfo*, Rz 62.

<sup>51</sup> Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 65.

<sup>52</sup> Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 66 und 67.

Aus dem Erkenntnis C-295/05 folgt, dass bei einer rein quantitativen Betrachtungsweise mindestens 90 bzw. 96%<sup>53</sup> des Umsatzes der beauftragten Einrichtung mit seinen Anteilshabern (Nutzern) abgewickelt werden müssen, damit das zweite *Teckal* – Kriterium erfüllt wird.<sup>54</sup> Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst wies im Kontext des zitierten Judikates bereits nachdrücklich darauf hin,<sup>55</sup> dass gemäß dem Sachverhalt der Rs C-295/05 Tragsa nur in einem Ausmaß von 2 bis 3,5% des Gesamtumsatzes „auf dem Markt“ tätig war.

Ist hingegen eine Einrichtung auf dem Markt für eine unbestimmte Anzahl von Kunden tätig und steht sie dabei mit einer Vielzahl an Unternehmen im Wettbewerb,<sup>56</sup> so wird das zweite *Teckal* - Kriterium nicht erfüllt. Diesfalls wird ein Maß der Marktausrichtung erreicht, das eine Handlungsfreiheit der Einrichtung begründet, die nicht den *Teckal* – Kriterien entspricht.<sup>57</sup>

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen. Die Nichtbeachtung der oben beschriebenen Grundsätze könnte – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – Vertragsverletzungsverfahren bzw. Haftungsansprüche gegen die Republik Österreich auslösen.

5. Februar 2010  
Für den Bundeskanzler:  
i.V. ACHLEITNER

### **Elektronisch gefertigt**

---

<sup>53</sup> Diese Unklarheit folgt aus dem Erkenntnis in der Rs C-295/05, *Asemfo*: Es ist nicht erschließbar, warum der EuGH den Umsatz der Tragsa von ca. 5% für andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, wie Gemeinden, nicht in Rz 63 des Erkenntnisses anführte. Sollte es sich dabei um ein Versehen handeln, dann läge die diesbezügliche Umsatzgrenze für die Erfüllung des *Teckal* - Kriteriums bei über 96%.

<sup>54</sup> Wie bereits im Rundschreiben BKA-VD GZ BKA-VA.C-340/04/0004-V/A/8/2006, Pkt. 4, hingewiesen wurde, sind aufgrund der Judikatur des EuGH die Erläuterungen betreffend das erforderliche Umsatzvolumen zu § 10 Z 7 BVergG 2006, 1171 BlgNR XXII. GP, 31, als obsolet zu betrachten.

<sup>55</sup> Siehe dazu das Rundschreiben des BKA-VD GZ BKA-VA.C-220/06/0010-V/7/2007, Pkt. V.2.

<sup>56</sup> In der Rs C-220/06, *AP*, handelte es sich um ca. 2000 Unternehmen allein auf dem spanischen Markt (vgl. Rz 62 des Erkenntnisses).

<sup>57</sup> Vgl. dazu Rs C-220/06, *AP*, Rz 61 bis 63.