

An

Geschäftszahl: BKA-VA.C-26/03/0002-V/A/8/2005  
Abteilungsmail: v@bka.gv.at  
Sachbearbeiter: Herr Mag Dr Michael FRUHMANN  
Pers. E-mail: michael.fruhmann@bka.gv.at  
Telefon : 01/53115/4275  
Ihr Zeichen  
vom:

Antwortschreiben bitte unter Anführung der Geschäftszahl an die  
Abteilungsmail

die Parlandsdirektion  
den Rechnungshof  
den Verfassungsgerichtshof  
den Verwaltungsgerichtshof  
alle Bundesministerien  
alle Sektionen des Bundeskanzleramtes  
alle Ämter der Landesregierungen  
die Verbindungsstelle der österreichischen Bundesländer  
beim Amt der niederösterreichischen Landesregierung  
den Österreichischen Gemeindebund  
den Österreichischen Städtebund  
das Präsidium der Finanzprokurator  
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.  
die Österreichische Vereinigung für das Gas- und Wasserfach

**Betrifft:** Urteil des EuGH in der Rs C-26/03, Stadt Halle;  
Ausschluss von sog. In-house-Verhältnissen bei gemischtwirtschaftlichen  
Unternehmen;  
Rundschreiben

1. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften erließ am 11. Jänner 2005 das  
Urteil in der Rechtssache C-26/03. Dieser Rechtssache liegt ein

Vorabentscheidungsersuchen des OLG Naumburg (Deutschland) zugrunde, das unter anderem Fragen der Auslegung der kumulativen „Teckal“ – Kriterien im Zusammenhang mit sog. „in-house“ – Vergaben betraf. Das vorliegende Gericht wollte insbesondere wissen, ob bereits eine minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens bzw. jedwede mögliche Einflussnahme desselben die Annahme einer „Kontrolle wie über die eigene Dienststelle“ ausschließt oder ob für die „Kontrolle“ ein Weisungsrecht ausreicht. Weiters wurde die Frage vorgelegt, ob für das Kriterium der Tätigkeit „im Wesentlichen“ für den bzw. die Anteilseigner die 80%-Umsatzregel ausschlaggebend ist.

2. Der dem Verfahren zugrunde liegende Sachverhalt stellt sich zusammengefasst wie folgt dar: Die Stadt Halle vergab einen Dienstleistungsauftrag im Bereich der Abfallentsorgung ohne öffentliche Ausschreibung an eine ihrer „Urenkelgesellschaften“, die RPL Lochau GmbH, deren Kapital indirekt (über zwei Gesellschaften, an denen ausschließlich die Stadt Halle beteiligt war) mehrheitlich von der Stadt Halle (zu 75,1%) und minderheitlich (zu 24,9%) von einer privaten Gesellschaft gehalten wird. Die Stadt Halle machte im nationalen Nachprüfungsverfahren insbesondere geltend, dass es sich um ein sog. „in-house“ – Geschäft gehandelt habe, auf das die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen keine Anwendung fänden.
3. Der Gerichtshof weist in seinem Urteil auf die Verpflichtung jedes öffentlichen Auftraggebers hin, die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften anzuwenden, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies werde dadurch bestätigt, dass der Bieter-Begriff der Vergaberichtlinien auch öffentliche Einrichtungen, die (Dienst)Leistungen anbieten, umfasst (vgl dazu bereits Rs C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Rz 28). Der EuGH verweist darauf, dass nach stRspr Ausnahmen eng auszulegen sind. Im Sinne einer mit den Gemeinschaftsvorschriften bezweckten Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für einen möglichst umfassenden Wettbewerb sind daher die Vergaberichtlinien anwendbar, wenn ein öffentlicher Auftraggeber beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich rechtlich von ihm unterscheidet, einen entgeltlichen Vertrag zu schließen. Dies gilt lediglich dann nicht, wenn die „Teckal“ – Kriterien erfüllt sind (*„wenn die öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehaben“*). Der Gerichtshof führt explizit aus, dass ein öffentlicher Auftraggeber nicht gezwungen ist, Leistungen an externe Einrichtungen zu vergeben. Der Auftraggeber hat stets die Möglichkeit, seine Aufgaben mit seinen eigenen

administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, wobei in diesem Fall von einem entgeltlichen Vertrag mit einer rechtlich vom Auftraggeber unterschiedenen Einrichtung nicht die Rede sein kann.

4. In weiterer Folge stellt der Gerichtshof jedoch fest (Rz 49):

*„Dagegen schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es **auf jeden Fall** aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.“* (Hervorhebung nicht im Original)

5. Aufgrund dieser Feststellung sah der Gerichtshof davon ab, auf die anderen vorgelegten Fragen näher einzugehen.

6. Nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst führt diese Aussage des Gerichtshofes zu folgenden Konsequenzen:

6.1. Ein „in-house“ – Verhältnis zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, unabhängig davon, ob letzteres selbst als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist oder nicht, ist kategorisch ausgeschlossen. Jede Beteiligung eines Privaten an einem Unternehmen schließt nach dem EuGH ein „in-house“ – Verhältnis von vornherein aus. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist jedoch darauf hin, dass aufgrund des Sachverhaltes im Ausgangsverfahren der Gerichtshof keine Aussage über die näheren Voraussetzungen für „in-house“ – Verhältnisse zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer Eigengesellschaft (= eine Gesellschaft, die im ausschließlichen Eigentum des öffentlichen Auftraggebers steht) oder einem gemischt-öffentlichen Unternehmen (= eine Gesellschaft an der ausschließlich andere öffentliche Auftraggeber beteiligt sind; vgl. dazu den Sachverhalt in der Rs *Teckal*) getroffen hat.

6.2. Leistungsverträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, die in der Vergangenheit unter der Annahme des Vorliegens einer „in-house“ - Situation keinem transparenten Vergabeverfahren unterworfen wurden, d.h. nicht gemäß dem BVergG ausgeschrieben wurden, sind als gemeinschaftsrechtswidrig zu qualifizieren. Die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit dauert bis zur endgültigen Erfüllung (Abwicklung) des Vertrages an (vgl. dazu – zumindest für Vertragsverletzungsverfahren – Rs C-20/01 und C-28/01, *Kommission gegen*

*Deutschland*, Slg 2003, I-3609, Rz 34 bis 37, C-328/96, *Kommission gegen Österreich*, Slg 1999, I-7479, Rz 44, EuGH 9.9.2004 Rs C- 125/03, *Kommission gegen Deutschland*, noch nicht in Sammlung, Rz 12).

6.3. Die Mitgliedstaaten (und somit auch alle öffentlichen Auftraggeber) sind aufgrund des Art. 10 EG verpflichtet, einen gemeinschaftsrechtskonformen Zustand beizubehalten bzw. herzustellen, falls sich dies aus einem einschlägigen Judikat des EuGH ergeben sollte. Diese Verpflichtung zur Herstellung des gemeinschaftsrechtskonformen Zustandes kann insbesondere auch aus einer Verurteilung im Rahmen eines durch die Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens nach Art 226 EG resultieren. Im zuletzt genannten Fall sind die Mitgliedstaaten überdies nach Art. 228 EG verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem zuvor ergangenen Urteil des EuGH ergeben (so EuGH in der Rs C-126/03, *Kommission gegen Deutschland*, noch nicht in Sammlung, Rz 26). Nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst kann in diesem Zusammenhang nicht ausgeschlossen werden, dass die Europäische Kommission in diesem Zusammenhang davon ausgehen wird, dass die genannten Bestimmungen des Vertrages auch die Verpflichtung beinhalten, in gemeinschaftsrechtswidrig abgeschlossene Verträge einzugreifen (d.h. die Abwicklung dieser Verträge zu beenden) und einen gemeinschaftsrechtskonformen Zustand herzustellen (d.h. die Leistung gegebenenfalls neu auszuschreiben).

7. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist darauf hin, dass die oben wiedergegeben Aussagen des Gerichtshofes die Auslegung des Kontrollkriteriums im Sinne des *Teckal* - Erkenntnisses betreffen (sog. „in-house“ – Ausnahme). Aus gegebenem Anlass bleibt festzustellen, dass das Erkenntnis jedoch nicht die Ausnahmeregelung für Dienstleistungen iZm „verbundenen Unternehmen“ (vgl. § 121 Abs. 2 BVergG) betrifft.

8. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst ersucht nachdrücklich, die dargelegte Auffassung des Europäischen Gerichtshofs bei künftigen Auftragsvergaben entsprechend zu berücksichtigen.

9. Die Bundesministerien und die Länder werden dringend ersucht, alle Dienststellen und ausgliederten Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie - im Landesbereich - alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen. Die Nicht-Beachtung der oben beschriebenen Grundsätze könnte – bei Vorliegen der

sonstigen Voraussetzungen – Haftungsansprüche bzw.  
Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich auslösen.

31. Jänner 2005  
Für den Bundeskanzler:  
Wolf OKRESEK

**Elektronisch gefertigt**