

# AKTUELLER STAND DER IN-HOUSE-VERGABE – DER VERSUCH EINER SYSTEMATISIERUNG

PHILIPP GÖTZL / ADELHEID MÖLLER

## 1. Ausgangslage

Nach der europäischen Rechtsprechung<sup>1)</sup> ist es für eine Anwendung des Vergaberechts grundsätzlich ausreichend, dass eine „Vereinbarung zwischen zwei wirklich verschiedenen Personen getroffen wurde (...) [wobei es] grundsätzlich genügt, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde. Etwas anderes kann indessen nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine **Kontrolle** ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im **Wesentlichen** für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehat/-haben.“<sup>2)</sup>

Vergaberecht umfasst damit nur öffentliche Aufträge iSv zweiseitigen Verträgen über die entgeltliche Erbringung einer Leistung durch Dritte. Erbringt ein öffentlicher Auftraggeber die Leistung selbst („in-house“), d.h. mit seiner eigenen Organisation und seinen eigenen Ressourcen, unterliegt dieser Vorgang nicht dem Vergaberecht.<sup>3)</sup> Aus diesem Grund wird oft versucht, Vergaben als In-House-Vergaben zu gestalten, um den Vergaberegeln zu entkommen. Es stellt sich nun die Frage, unter welchen Voraussetzungen oder Kriterien (noch) von einer vergabefreien In-House-Vergabe gesprochen werden kann.

Der Anwendungsbereich für In-House-Vergaben wurde durch die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere durch zwei restriktive Urteile aus dem Jahr 2005, massiv eingeschränkt<sup>4)</sup>: Die In-House-Vergabe an gemischtwirtschaftliche Unternehmen<sup>5)</sup> ist damit nicht mehr möglich, aber auch für gemischt-öffentliche Unternehmen<sup>6)</sup> wurde diese Form der verfahrensfreien Vergabe wesentlich strengeren Bedingungen unterworfen.<sup>7)</sup>

## 2. Die Kriterien einer In-House-Vergabe

### 2.1 „Teckalkriterien“

Zulässigkeit und Grenzen der In-House-Vergabe werden maßgeblich durch das Gemeinschaftsrecht und die hierzu ergangene Rechtsprechung determiniert. Der EuGH hat mit der RS *Teckal*<sup>8)</sup> die Voraussetzungen für eine gültige In-

House-Vergabe festgelegt. So muss der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer eine **Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle** ausüben (sog „Kontrollkriterium“) und seine Tätigkeit **im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft(en)** verrichten, die seine Anteile innehat(haben) (sog „Wesentlichkeitskriterium“<sup>9)</sup>). Diese „Teckal-Kriterien“ wurden in weiteren Urteilen des EuGH noch präzisiert<sup>10)</sup>. In der RS *Parking Brixen*<sup>11)</sup> hat der EuGH zum Kontrollkriterium festgestellt, dass bei dessen Beurteilung alle Rechtsvorschriften und maßgeblichen Umstände zu berücksichtigen sind. „Diese 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 ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.“<sup>12)</sup> Im österreichischen Vergaberecht wurden die „Teckal-Kriterien“ in § 10 Z 7 BVergG 2006 übernommen, um der EuGH-Judikatur zu entsprechen.<sup>13)</sup>

1) EuGH 18.11.1998, Rs C-107/98, *Teckal*, Rz 50, Slg 1999, I-08121 oder EuGH 7.12.2000, Rs C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Rz 40, Slg 2000, I-11037.

2) SA des GA Leger vom 15.6.2000 in RS C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Rz 53.

3) *Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri*, *Materielles Europarecht* (2005) 374 Anm 702; § 10 Z 7 BVergG 2006.

4) Insbesondere EuGH, 11.01.2005, RS C-26/03, *Stadt Halle*, Slg 2005, I-00001; EuGH, 10.11.2005, RS C-29/04, *Mödling*, Slg 2005, I-09705.

5) Kooperationsform zwischen privaten mit öffentlichen Unternehmen durch Beteiligung eines Privaten am öffentlichen Unternehmen wodurch eine externe, vertragliche Leistungsbeziehung entstehen kann, die zur Anwendung des Vergaberechts führt.

6) Öffentlich rechtliche Kooperationsform verschiedener öffentliche Auftraggeber (gem § 3 Abs 1 BVergG), wodurch eine externe, vertragliche Leistungsbeziehung entstehen kann, die zur Anwendung des Vergaberechts führt.

7) Siehe unten Pkt. 3 f.

8) EuGH, RS C-107/98, *Teckal*, Rz 50.

9) Vgl zur Terminologie auch Schwartz, *Ausgewählte Fragen des Vergaberechts*, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft, Heft 98, 8f.

10) Im *Teckal*-Urteil selbst werden diese Kriterien ohne weitere Erklärung festgestellt.

11) EuGH, 13.10.2005, RS C-458/03, *Parking Brixen*, Slg 2005, I-08585.

12) EuGH, RS C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 65.

13) § 10 Z 7 BVergG 2006 verlangt für eine zulässige In-House-Vergabe, dass der öffentliche Auftraggeber über den Leistungserbringer eine „Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle“ ausübt und diese

## 2.2 Konkretisierung der Teckalkriterien

### 2.2.1 Kontrollkriterium

Bis heute ist nach der Spruchpraxis des EuGH unklar, woran der Terminus „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ konkret festzumachen ist, dennoch lassen sich Indiziengruppen orten, die für die Erfüllung des Kontrollkriteriums sprechen: So deutet etwa die Tatsache, dass der/die öffentliche/n Auftraggeber **sämtliche Gesellschaftsanteile dieser Auftragnehmer-Gesellschaft innehat/haben**<sup>14)</sup> auf ein entsprechendes Kontrollverhältnis hin. Bereits in der RS *Stadt Halle*<sup>15)</sup> wurde richtungsweisend geurteilt, dass die auch nur minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmers am Kapital einer solchen Gesellschaft bereits zwingend ausschließt, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine *Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle* ausübt, da ansonsten der *freie und unverfälschte Wettbewerb* und der *Grundsatz der Gleichbehandlung* der Interessenten beeinträchtigt wird, insbesondere weil dann einem am Kapital des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen ein Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschafft würde.<sup>16)</sup>

In der RS *Kommission/Spanien*<sup>17)</sup> sprach der EuGH zu einer In-House-Vergabe an ein gemischt-öffentliches Unternehmen aus, dass auch Verträge zwischen öffentlichen Rechtsträgern nicht generell und im Vorhinein vom Vergaberecht ausgenommen werden können, was im Umkehrschluss bedeutet, dass Kooperationsvereinbarungen zwischen Verwaltungsträgern grundsätzlich dem Vergaberecht unterfallen<sup>18)</sup>.

Ein häufiges Argument, welches den EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>19)</sup> zur Ablehnung des Kontrollkriteriums veranlasste, war unter anderem der Umstand, dass es sich bei der auftragnehmenden Gesellschaft um eine **Aktiengesellschaft** handelte. Die Natur dieser Gesellschaftsform macht seiner Ansicht nach die Kontrolle durch den Auftraggeber schwierig. Dem ist für das österreichische Aktienrecht zu folgen. In einer österreichischen Aktiengesellschaft besteht in der Regel nur eine geringe Bindung des einzelnen Gesellschafters an die Gesellschaft. Insbesondere liegen „*Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft in der Hand des Vorstandes, der gegenüber den Gesellschaftern weisungsfrei und idR Drittorgan ist. Geldgeber- und Unternehmerfunktion sind hier am deutlichsten getrennt.*“<sup>20)</sup> Eine bloße Mehrheitsbeteiligung des Trägergemeinwesens wird daher in einer Aktiengesellschaft allein nicht ausreichen, um eine entsprechende Kontrolle über die auftragnehmende Gesellschaft zu bejahen. Auf die Geschäftsführung könnte die Gebietskörperschaft als Gesellschafterin daher bloß indirekt Einfluss

nehmen. Diese Ansicht bekräftigt der Gerichtshof in der RS *Carbotermo*<sup>21)</sup> und führt weiter aus, dass die vom Auftraggeber über den Auftragnehmer (Aktiengesellschaft) ausgeübte Kontrolle im Wesentlichen in dem Umfang besteht, den das Gesellschaftsrecht der Gesellschaftermehrheit einräumt, was seine Befugnis zur Beeinflussung der Entscheidungen dieser Gesellschaft erheblich beschränkt.<sup>22)</sup>

Jüngst hat der EuGH in der RS *Asemfo*<sup>23)</sup> seine Rechtsprechung zu In-House-Vergaben an gemischt-öffentliche Unternehmen dahingehend konkretisiert, dass sämtliche auftraggebenden Gesellschafter als eine Einheit hinsichtlich ihrer Möglichkeit zur Kontrollausübung zu betrachten sind. Unabhängig vom Ausmaß der Beteiligung des Einzelnen müssen sie im Gesamten über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben. Es kommt nur dann zu keiner Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien, wenn der Auftragnehmer weder im Hinblick auf die Ausführung eines vom Auftraggeber erteilten Auftrags noch im Hinblick auf die für seine Leistungen geltenden Gebühren über irgendeinen Spielraum verfügt<sup>24)</sup>. In der RS *Asociación Profesional*<sup>25)</sup> wurde die Übertragung eines iS der RL 97/67 nicht reservierten Postdienstes auf eine Aktiengesellschaft (Anbieterin eines postalischen Universaldienstes), die im 100%igen Eigentum der öffentlichen Hand

---

Dienststelle ihre Leistungen „im Wesentlichen“ für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetzt. Die Gesetzesmaterialien betonen, damit nun den präzisen Wortlaut des EuGH-Judikats *Teckal* übernommen zu haben, allerdings wird anstelle von *Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle* der Begriff *Aufsicht* verwendet. „Dies ist aber unverändert im Sinne einer strengen Kontrolle und Einflussmöglichkeit zu verstehen. Der Auftraggeber muss sowohl auf strategische Ziele als auch auf wichtige Entscheidungen des täglichen Geschäfts ausschlaggebenden Einfluss haben.“; *Elsner*, Wichtige Neuerungen im Bundesvergabegesetz 2006, RFG 2006/3 mwN.

14) *Orlowski*, Zulässigkeit und Grenzen der In-House-Vergabe, NZBau 2007,80.

15) EuGH, RS-C-26/03, *Stadt Halle*, RZ 49.

16) EuGH, RS-C-26/03, *Stadt Halle*, RZ 51.

17) EuGH 13.01.2005, RS C-84/03, *Kommission/Spanien*, RZ 40, Slg 2005, I-00139.

18) *Bergmann/Vetter*, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht – Eine differenzierende Betrachtung, NVwZ 2006,497.

19) EuGH, RS C-458/03, *Parking Brixen*, RZ 67.

20) *Mader*, Kapitalgesellschaften<sup>5</sup> 56.

21) EuGH 11.05.2006, RS C-340/04, *Carbotermo*, Slg 2006, I-04137.

22) EuGH, RS C-340/04, *Carbotermo*, RZ 38.

23) EuGH 19.04.2007, RS C-295/05 *Asemfo*, Slg 2007, I-02999.

24) EuGH, RS C-295/05 *Asemfo*, RZ 54.

25) EuGH 18.12.2007, Rs C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 39ff, Slg 2007, I-00000. Gleichzeitig wurde die Übertragung eines iS der RL 97/67 **reservierten** Postdienstes auf eine Aktiengesellschaft, die im 100% Eigentum der öffentlichen Hand steht, als zulässig erachtet; tatsächlich wurde dort aber das Kontrollkriterium nicht diskutiert, da die reservierten Postdienste ohnehin – zulässiger Weise – vergabefrei gestellt werden können. Vergleiche zur Unzulässigkeit der Übertragung auf eine Aktiengesellschaft RZ 88.

steht, als nicht zulässig erachtet, da es bereits am Kontrollkriterium mangelt, wenn keine Leistung für die öffentliche Hand, sondern faktisch eine solche für private Postkunden erbracht wird.<sup>26)</sup>

### 2.2.2 Wesentlichkeitskriterium

Zum Kriterium der Wesentlichkeit hat sich der Gerichtshof erst in der RS *Carbotermo*<sup>27)</sup> konkreter geäußert und sich für eine Bewertung nach qualitativen und quantitativen Umständen des Einzelfalles ausgesprochen, wobei er festlegte, dass bei einem Unternehmen, dessen Anteile von mehreren Körperschaften gehalten werden, auf die Tätigkeit abzustellen ist, die es für alle diese Körperschaften verrichtet. Auch in der RS *Asemfo*<sup>28)</sup> sprach sich der Gerichtshof für eine Gesamtbetrachtung der Auftraggeber, für die die Tätigkeit erbracht wird, aus, stellte aber auf eine Beurteilung anhand eines bestimmten Prozentsatzes (in diesem Fall 90 %) zur Erfüllung der Wesentlichkeit ab. In dem bislang jüngsten Urteil – RS *Asociación Profesional* – wurde judiziert, dass das Wesentlichkeitskriterium insbesondere sicherstellen soll, dass Vergaberecht anwendbar bleibt, wenn ein von einer oder von mehreren Stellen kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt tätig ist und daher mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann<sup>29)</sup>.

## 3. Auswirkung der bisherigen Rechtsprechung auf gemischtwirtschaftliche und gemischt-öffentliche Unternehmen

Zwei eindeutige Richtungen lassen sich der bisherigen Judikatur entnehmen:

- a) Handelt es sich um eine In-House-Vergabe an ein **gemischt-wirtschaftliches Unternehmen**, so hat sich, beginnend mit RS *Stadt Halle*<sup>30)</sup>, eine sehr strikte, rigorose Rechtsprechungslinie verfestigt, wonach eine In-House-Vergabe **praktisch unmöglich** ist.
- b) Handelt es sich um eine In-House-Vergabe an ein **gemischt-öffentliches Unternehmen**, lässt der EuGH eine größere Toleranz erkennen, wobei nach wie vor eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ und „Wesentlichkeit“ vorliegen müssen.

### 3.1 In-House-Vergabe an gemischtwirtschaftliche Unternehmen (Public-Private-Partnerships<sup>31)</sup>)

Mit dem EuGH-Urteil *Stadt Halle*<sup>32)</sup> wurde klargestellt, dass jede – auch noch so geringe – Beteiligung eines Privaten am Auftragnehmer einer In-House-Vergabe entgegensteht und eine solche damit an gemischtwirtschaftliche Unternehmen als Auftragnehmer unmöglich wird. Begründend führt der

EuGH aus, dass die Anlage privaten Kapitals in privaten Unternehmen immer andere Ziele verfolgt, als sie Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern mit ihren nachgeordneten (Dienst-)Stellen vor Auge haben.<sup>33)</sup> Mit dieser Argumentation wird im Endeffekt auf die Definition des öffentlichen Auftraggebers als staatsnahe Einrichtung<sup>34)</sup> rekurriert, wonach die Verpflichtung, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu besorgen, ein wesentlicher Anknüpfungspunkt dafür ist, einen Auftraggeber dem förmlichen Vergaberecht zu unterwerfen.<sup>35)</sup>

Sohin ist die In-House-Vergabe auf gemischt-öffentliche Gesellschaften und Eigengesellschaften (100% Töchter) eingeschränkt. Dies aber mit weit reichenden Konsequenzen: Viele öffentliche Auftraggeber, insbesondere Kommunen, haben in Österreich unter Berufung auf das In-House-Privileg – und nunmehr klar vergabewidrig<sup>36)</sup> – vor allem Dienstleistungsaufträge an gemischtwirtschaftliche Gesellschaften (insbesondere im Bereich der Abwasser- und Abfallentsorgung), vergeben, teilweise mit langen Vertragslaufzeiten. Damit ist der Fortbestand bereits geschlossener In-House-Geschäfte gefährdet. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH wirkt der Verstoß, der durch den Abschluss eines Vertrages unter Verletzung des EG-Vergabe-

26) EuGH, Rs C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 53f, 59, 88. Hinsichtlich der reservierten Postdienste verweist der EuGH auf Art 7 der RL 97/67, welcher die Mitgliedstaaten ermächtigt, bestimmte Postdienste für den (die) Anbieter des Universaldienstes zu reservieren, soweit es für die Aufrechterhaltung dieses Dienstes notwendig ist. Soweit daher Postdienste gemäß dieser Richtlinie einem einzigen Erbringer des postalischen Universaldienstes vorbehalten sind, sind solche Dienste notwendigerweise dem Wettbewerb entzogen, da kein anderer Wirtschaftsteilnehmer diese Dienste anbieten kann (RS C-220/06, RZ 39).

27) EuGH, RS C-340/04, *Carbotermo*, RZ 64, 71.

28) EuGH, RS C-295/05, *Asemfo*, RZ 62, 63.

29) EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 62, 59.

30) EuGH RS C-26/03, *Stadt Halle*.

31) Nach früherem Sprachgebrauch wurde als Überbegriff für alle Organisationsformen zur Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Private der Begriff „Public-Private-Partnership (PPP)“ verwendet. Nach der Definition der Weltbank soll jedoch als Überbegriff für solche Organisationsformen der Begriff „Public-Sector-Participation“ und der Begriff „Public-Private-Partnership“ nur als Überbegriff für Kooperationsmodelle verwendet werden; *Casati/Fuchs/Geyer/Götzl/Holoubek/Rapberger/Rauch/Rohrhofer*, ÖWAV-Arbeitsbehelf 33 – Leitfaden für die Vorgangsweise bei der Auftragsvergabe in der Wasser-, Abwasser- und Abfallwirtschaft, 24.

32) EuGH RS C-26/03, *Stadt Halle*.

33) EuGH RS C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 49.

34) Vgl in Ö § 3 Abs 1 Z 2 lit a BVergG 2006.

35) Vgl *Schwartz*, Ausgewählte Fragen des Vergaberechts, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft, Heft 98, 9.

36) *Oder*, Öffentliche Aufträge: EuGH stärkt private Konkurrenz, *Die Presse* 2005/03/02, vgl auch *Müller-Wrede* in *Schramm-Aicher*, Vergaberecht und PPP IV, 178.

rechts bewirkt wird, bis zum Zeitpunkt des Ablaufes des Vertrages fort.<sup>37)</sup>

Weder das Urteil in der RS *Parking Brixen*<sup>38)</sup>, noch das Urteil in der RS *Mödling*<sup>39)</sup> liefern einen eindeutigen Hinweis dafür, dass die bloße Möglichkeit der Öffnung der Gesellschaft gegenüber Privaten ausreicht, um eine In-House-Vergabe auszuschließen. In der RS *Carbotermo*<sup>40)</sup> geht der EuGH auf diese Problematik nicht näher ein.<sup>41)</sup>

### 3.1.1 Umgehungstatbestand: Nachträgliche Veränderung der Beteiligung

Seit der RS *Mödling* wird judiziert, dass ein Hilfsapparat (die Konstruktion), der zur In-House-Vergabe führen soll, **dauerhaft** einem oder mehreren Rechtsträgern übertragen sein muss.<sup>42)</sup> Soweit von vornherein beabsichtigt ist, nachträglich einen Privaten aufzunehmen, ist eine In-House-Vergabe nicht möglich. Weiters ist die In-House-Vergabe unzulässig, soweit selbst die 100%ige Tochter des öffentlichen Auftraggebers absehbar privatisiert wird; dann wirkt die Privatisierung zurück auf die Auftragsvergabe<sup>43)</sup>.

Offensichtlich wird diese Problematik im Sachverhalt der RS *Mödling*, wonach die öffentliche Hand am 16.6.1999 eine AbfallGmbH im 100% Eigentum gründete, am 15.9.1999 dieser AbfallGmbH mit einer unbefristeten und zum 1.7.1999 rückwirkenden Entsorgungsvereinbarung das ausschließliche Recht zur Sammlung und Behandlung von Müll übertragen und am 13.10.1999 49 % der Anteile an der Abfallgesellschaft an die gemischt wirtschaftliche (somit auch private) AG abtrat. Die nun auch private AbfallGmbH nahm ihre operative Tätigkeit erst am 1.12.1999, also zu einem Zeitpunkt auf, in dem die private AG bereits Gesellschafterin war. Von diesem Zeitpunkt an bis zum 31.3.2000 war die AbfallGmbH ausschließlich für die Stadtgemeinde Mödling tätig. Danach erbrachte sie auch Leistungen an Dritte, insbesondere für Gemeinden des Bezirks.<sup>44)</sup>

Hier stellt der EuGH klar, dass es für die Beurteilung des Vorliegens der Kriterien für eine gerechtfertigte In-House-Vergabe nicht allein auf den Zeitpunkt der Beauftragung ankommt, sondern besondere Umstände es erfordern können, auch die spätere Anteilsveräußerung und die tatsächliche Aufnahme der operativen Tätigkeit zu berücksichtigen<sup>45)</sup>. Der EuGH hält zwar fest, dass der öffentliche Auftraggeber aus Gründen der Rechtssicherheit normalerweise das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags anhand der Bedingungen zu prüfen hat, die zum Zeitpunkt der Vergabe des fraglichen öffentlichen Auftrags vorliegen, von diesem Grundsatz ist aber abzuweichen, wenn ursprünglich vorgesehen wird, spä-

ter zu privatisieren<sup>46)</sup> und durch den Verkauf der Anteile an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen die Gefahr der Verfälschung des Wettbewerbs besteht<sup>47)</sup>.

In ähnlicher Weise urteilte der EuGH in der Rs *Anav*, dass das Öffnen von Kapital eines öffentlichen Unternehmens für private Aktionäre während der Laufzeit eines Vertrages über eine Dienstleistungskonzession dazu führt, dass eine öffentliche Dienstleistungskonzession ohne Ausschreibung einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen erteilt wird, was die Ziele des Gemeinschaftsrechtes beeinträchtigt<sup>48)</sup>. Damit ist die private Beteiligung am In-House-Auftragnehmer nur während der Laufzeit des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags vergabewidrig.

Dass es sich bei der Rechtssache *Mödling* um die Frage eines **Umgehungsgeschäfts** handelt, deutet der EuGH insofern an, als er in Anbetracht des kurzen Zeitraumes zwischen der Gründung der AbfallGmbH, dem Abschluss der Entsorgungsvereinbarung mit ihr und der Abtretung von 49 % ihrer Anteile an die private AG, ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen<sup>49)</sup>, von einer „*künstlichen Konstruktion*“ spricht<sup>50)</sup> sowie davon, dass die Vergabe dieses Auftrages daher „*unter Berücksichtigung der Gesamtheit dieser Schritte sowie ihrer Zielsetzung zu prüfen [sei] und nicht [nur] anhand ihrer rein zeitlichen Abfolge, (...)*“<sup>51)</sup>. Das ist insofern ein Novum, als der

37) Vgl. EuGH, 10.04.2003, RS C-20/01, RS C-28/01, *Kommission Deutschland*, RZ 36,37, Slg 2003, I-03609. Hinsichtlich der Rechtsfolgen, siehe unten Pkt 4.2.

38) EuGH, RS C-458/03, *Parking Brixen*.

39) EuGH, RS C-29/04, *Mödling*.

40) EuGH, RS C-340/04, *Carbotermo*.

41) Vgl. SA GA Stix-Hackl, 12.01.2006, RS C-340/04, *Carbotermo*, RZ 50, Slg 2006, I-04137.

42) EuGH, RS C-29/04, *Mödling*; EuGH, RS C-458/03, *Parking Brixen*; vgl. weiters EuGH 06.04.2006, RS C-410/04, *Anav*, Slg 2006, I-03303.

43) Die Anwendung des Vergaberechts knüpft ua im Falle einer nachträglichen Änderung der Beteiligung an die vorverlagerte Auftragsvergabe. Siehe auch *Hoffer/Innerhofer*, Umgehung des Vergaberechts bei PPP's?, *ecolex* 2006,82; *Eilmansberger*, Vergaberechtliche Schranken von Ausgliederungen und Privatisierungen, *JBl* 2001, 572.

44) Vgl. EuGH, RS C-29/04, *Mödling*, RZ 11 und 12.

45) Vgl. EuGH, RS C-29/04, *Mödling*, RZ 38.

46) Vgl. EuGH, RS C-29/04, *Mödling*, RZ 38.

47) Vgl. EuGH, RS C-29/04, *Mödling*, RZ 48.

48) Vgl. EuGH 06.04.2006, RS C-410/04, *Anav*, RZ 30, Slg 2006, I-03303.

49) In der *Stadt Halle*-Entscheidung hat der EuGH klargestellt, dass der öffentliche Auftraggeber keine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen mehr ausüben könne, sobald ein Privatunternehmen Anteile an der Auftragnehmer-Gesellschaft besitzt, wobei eine Minderheitsbeteiligung eines Privatunternehmers bereits ausreiche, um das Vorliegen eines Innenverhältnisses auszuschließen (EuGH, RS-C-26/03, *Stadt Halle*, RZ 49).

50) Vgl. EuGH, RS C-29/04, *Mödling*, RZ 40.

51) EuGH, RS C-29/04, *Mödling*, RZ 41.

EuGH in der RS *Teckal*<sup>52)</sup> über den zeitlichen Anwendungsbereich der In-House-Vergabe keine Aussage trifft. Tatsächlich bestand ja ein 100-prozentiges Beteiligungsverhältnis der Stadtgemeinde Mödling an der AbfallGmbH zum Zeitpunkt der Auftragserteilung. GA *Geelhoed* schließt in diesem Zusammenhang seinen Schlussantrag sinngemäß mit der Feststellung, dass die Wirksamkeit der RL 92/50/EWG<sup>53)</sup> nicht durch eine externe Verselbständigung des Auftragnehmers, wobei die ausgegliederte Einheit zuvor mit einer *Mitgift* in Form eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Auftrags ausgestattet wurde, beeinträchtigt werden dürfe.<sup>54)</sup> Dem stimmte auch der EuGH zu.<sup>55)</sup>

*Aicher* sieht den Grund für die Erforderlichkeit einer gesamtheitlichen Betrachtung von Gesellschaftsgründungen mit oder ohne Anteilserwerb durch Private und anstehender oder bereits erfolgter Beauftragung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft gerade darin, solchen Umgehungsstrukturen vorzubeugen. Der Zweck der Verwirklichung der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit verlangt nach einem funktionalen Verständnis des Auftragsbegriffes, der all jene Rechtsgeschäfte öffentlicher Auftraggeber erfasst, die ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach Beschaffungen von Marktleistungen sind, die öffentliche Auftraggeber zur Erfüllung der ihrem Verantwortungsbereich unterliegenden Aufgaben benötigen.<sup>56)</sup>

In der RS *Mödling* stellen weder GA *Geelhoed* noch der EuGH auf eine etwaige Umgehungsabsicht ab.

### 3.1.2 Erfordernis von Umgehungsabsicht?

Die hM<sup>57)</sup> im Zivilrecht vertritt die Ansicht, dass eine Umgehungsabsicht nicht notwendige Voraussetzung für ein Umgehungsgeschäft ist. Vertreter dieser so genannten objektiven Theorie berufen sich auf den Zweck der Norm: Da das von den Parteien eigentlich gewollte Geschäft von Nichtigkeit bedroht ist, schließen sie zur Erreichung desselben Zwecks ein anderes. Eine Umgehung liegt nur dann nicht vor, wenn die Vereinbarung andere, anerkannte Ziele verfolgt. „Nach hM ist die „umgangene Norm“ (jene, welche dem primär gewollten Geschäft entgegensteht) auch auf das Umgehungsgeschäft anzuwenden, wenn sonst der Normzweck vereitelt würde. Hierzu wird die direkt anwendbare Norm einschränkend interpretiert bzw. „teleologisch reduziert“ und die umgangene Norm in erweiterter Auslegung oder analog angewendet.“<sup>58)</sup> Auf eine besondere Umgehungsabsicht der Parteien kommt es also nicht an, vielmehr reicht es, dass objektiv Sinn und Zweck der umgangenen Norm vereitelt würden (Verbotszweck). „Vertreter der subjektiven Theorie führen den sittenwidrigen Charakter von Umgehungsgeschäften ins Treffen. Wer gedeckt durch den Buchstaben des Gesetzes dessen Zweck

vereiteln will, handle aus verwerflichen Motiven und müsse dafür „bestraft“ werden. Deshalb verletze nicht schon ein auf Tatbestandsebene manifester Sittenverstoß die Intentionen des Gesetzgebers, sondern erst der die Verletzung erkennende Wille. Die Notwendigkeit von Umgehungsabsicht beim Umgehungsgeschäft findet somit seinen Ursprung in einem als vorwurfsvolle Norm interpretierten § 879 ABGB.“<sup>59)</sup>

Folgende Überlegungen werden von Vertretern der objektiven Theorie den Subjektivisten – nicht unberechtigt – entgegengehalten: Ein Abstellen auf eine Umgehungsabsicht ist sinnlos, wenn der Tatbestand einer Norm in einem konkreten Sachverhalt verwirklicht ist, damit die Norm ohnehin anwendbar ist und der Nachweis einer Umgehungsabsicht überflüssig wird. Ist dagegen der Tatbestand einer umgangenen Norm nicht erfüllt, so ist die Norm eben nicht anwendbar, und die Umgehungsabsicht kann fehlende Tatbestandselemente nicht ersetzen.<sup>60)</sup>

Der OGH nahm in einem Fall<sup>61)</sup>, in dem es um die Durchführung eines Schulbauvorhabens der Republik unter Einschaltung eines Architekten ging, erstmals und ausführlich zum Problem von Umgehungsgeschäften im Vergaberecht Stellung. Obiter spricht sich der OGH gegen die Notwendigkeit des Vorliegens einer Umgehungsabsicht aus: Es genügt, dass das Umgehungsgeschäft objektiv Sinn und Zweck der umgangenen Norm vereitelt. Vielmehr sei stets zu fragen, ob die Parteien ihre rechtlichen Beziehungen zueinander so gestalten, dass sie den vom Gesetz verpönten Erfolg (weitgehend) erreichen. Noch zur Rechtslage des BVergG 1997 befand *Heid*<sup>62)</sup>, dass gerade, im Bereich des Vergaberechts die gewichtigeren Argumente dafür zu finden wären,

52) EuGH, RS C-107/98, *Teckal*.

53) RL 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge.

54) SA GA *Geelhoed* vom 21.4.2005, RS C-29/04, *Mödling*, RZ 57, Slg 2005, I-09705.

55) Vgl. EuGH, RS C-29/04, *Mödling*, RZ 42.

56) *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 1 RZ 29.

57) *Krejci* in *Rummel*<sup>2</sup> Rz 40 zu §879 ABGB; *Gschneider*, Allgemeiner Teil 196; *Thöni*, Vertrags- und Gesetzesumgehung durch Treuhänder an Gesellschaftsanteilen, *ecolex* 1992, 236; *Tamussino*, Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen (1990), 63.

58) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I (2006) 178.

59) *Heid*, *ecolex*-MEMO: Umgehungsgeschäft: Umgehungsabsicht Ja oder Nein? *ecolex* 1992, 552.

60) *Tamussino*, Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, 64.

61) OGH, 28.3.2000, 1 Ob 201/99m, JBl 2000, 519.

62) Noch zum BVergG 1997: *Heid*, Umgehungsgeschäfte im Vergaberecht, *ecolex* 2000, 640.: „So fordern z.B. die für die Schwellenwertberechnung maßgeblichen Bestimmungen des BVergG für das Vorliegen eines Umgehungstatbestandes – gedacht ist vor allem an das unsächliche Splitten von Aufträgen – ausdrücklich das Vorliegen einer Umgehungsabsicht (siehe §§ 5 Abs 7, 6 Abs 3 und 7 Abs 8 BVergG 2002 für Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge). Auch von GA *Jacobs* in seinen Schlussanträgen vom 24.02.2000 in der Rechtssache C-16/98 (Kommission – Frankreich).“

dass die am Umgehungsgeschäft Beteiligten notwendigerweise dolos handeln müssen, um sie durch Anwendung der umgangenen Norm auf das Umgehungsgeschäft zu bestrafen. *Holoubek* hingegen erachtet, dass aus jenen in den VergabeRL enthaltenen Umgehungstatbeständen (wie etwa Art 9 Abs 3 bzw Abs 7 VergRL 2004 bezüglich der Schwellenwertberechnung<sup>63</sup>), die – nahezu inhaltlich deckungsgleich den Bestimmungen des BVergG 1997 – jeweils eine Umgehungsabsicht voraussetzen, nicht automatisch auf das Erfordernis einer Umgehungsabsicht geschlossen werden kann, da diese Bestimmungen ein durch Auftragsplitting, Kalkulation etc mögliches Unterlaufen des sachlichen Anwendungsbereiches auffangen wollen<sup>64</sup>). Auch *Aicher* spricht sich gegen das Erfordernis einer subjektiven Umgehungsabsicht aus.<sup>65</sup>)

Bei nachträglichen Veränderungen der Beteiligung wird auch die Meinung vertreten<sup>66</sup>), dass dann eine Umgehung der Vergabebestimmungen vorliegt, wenn die Auftragserteilung aufgrund der Privilegierung der In-House-Vergabe schon im Hinblick auf die spätere Veräußerung des Auftragnehmers an einen Dritten erfolgt (vgl Rs *Mödling*<sup>67</sup>) weshalb wiederum eine Umgehungsabsicht für notwendig erachtet wird<sup>68</sup>). Als Begründung wird in diesem Zusammenhang insbesondere der Schutz von Altverträgen genannt.<sup>69</sup>) Es sollen nicht Altverträge, die in der Vergangenheit ohne Umgehungsabsicht mit Gesellschaften der öffentlichen Hand im Wege der In-House-Vergabe und somit ohne Ausschreibung abgeschlossen wurden, auch bei nachträglicher Veräußerung von Gesellschaftsanteilen durch die öffentliche Hand an ein privates Unternehmen ausschreibungspflichtig werden.<sup>70</sup>) Diesem Argument ist zunächst zu entgegen, dass der EuGH in der RS *Mödling* nicht von einer generellen Ausschreibungspflicht sämtlicher Verträge spricht, sondern von „besonderen Umständen der vorliegenden Rechtssache (...)“, die es eben in diesem speziellen Fall erfordern, „später eingetretene Ereignisse zu berücksichtigen“<sup>71</sup>). In diesem speziellen Fall spricht der EuGH von einem Auftrag, der über eine mehrere gesonderte Schritte umfassende künstliche Konstruktion an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen vergeben wurde. Schon damit grenzt der EuGH eine generelle Ausschreibungspflicht von Altverträgen bei nachträglicher Anteilsveräußerung ein.

Auch in Anbetracht der neuen Rechtslage nach dem BVergG 2006 ist ein Abstellen auf eine Umgehungsabsicht, zB zum Schutz von Altverträgen nicht erforderlich. Im Sinne der objektiven Theorie kommt als umgangene Norm bzw als jene Norm, deren Zweck vereitelt wurde, eben das BVergG einschließlich des § 132 Abs 3 BVergG, der unter bestimmten Voraussetzungen und erst nach ordnungsgemäß

eingebrochenem Feststellungsantrag (gemäß § 331 Abs 1 Z 4 BVergG) Nichtigkeit der Zuschlagserteilung vorsieht, zur Anwendung. Für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrags sieht das BVergG konkrete Fristen vor<sup>72</sup>), welche verhindern, dass – vorbehaltlich einer sehr weiten Auslegung der RS *Mödling* – Altverträge ausschreibungspflichtig werden würden, da die Frist bereits abgelaufen ist.

UE liegt ein Umgehungsgeschäft daher bereits bei Zuwiderhandeln gegen den Sinn und Zweck eines Gesetzes vor. Insbesondere in Anbetracht der Mittel der teleologischen Auslegung und der analogen Rechtsanwendung ist ein Abstellen auf eine zusätzliche Umgehungsabsicht nicht erforderlich. Gerade in Anbetracht der Rechtslage nach dem BVergG 2006 und der dadurch ermöglichten Nichtigkeitswirkung vergabewidrig abgeschlossener Verträge ist die Forderung nach einer Umgehungsabsicht auch nicht mit dem Hinweis auf den Schutz von Altverträgen zu rechtfertigen.

### 3.2 In-House-Vergabe an gemischt-öffentliche Unternehmen (Public-Public-Partnerships)

In Anbetracht der strikten Judikaturlinie des EuGH<sup>73</sup>) für In-House-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Gesellschaf-

63) Art 9 Abs 3 RL 2004/18/EG: „Ein Bauvorhaben oder ein Beschaffungsvorhaben mit dem Ziel, eine bestimmte Menge von Waren und/oder Dienstleistungen zu beschaffen, darf nicht zu dem Zwecke aufgeteilt werden, das Vorhaben der Anwendung dieser Richtlinie zu entziehen.“ Art 9 Abs 7 RL 2004/18/EG: „(...)Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Wertes eines öffentlichen Auftrags darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen.“

64) *Holoubek* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 20 Z 4 RZ 10.

65) *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 1 RZ 29.

66) *Hoffer/Barbist*, Privatisierung und Vergaberecht, *ecolex* 2004, 246.: „Damit in diesem Zusammenhang von einer Umgehung gesprochen werden kann, wäre jedoch auch zu verlangen, dass die Veräußerung des Auftragnehmers an einen Dritten tatsächlich nur (oder zumindest größtenteils) den Zweck hat, den Auftrag zumindest indirekt dem Dritten zugute kommen zu lassen. Dieser Zusammenhang kann aus den näheren faktischen Umständen als auch aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen ersichtlich sein.“

67) EuGH, RS C-29/04, *Mödling*.

68) *Hoffer/Barbist*, Privatisierung und Vergaberecht, *ecolex* 2004, 246.: „(...) Zudem ist wohl eine Umgehungsabsicht des öffentlichen Auftraggebers zu fordern. Ansonsten könnte man nicht davon sprechen, dass die Auftragserteilung schon „im Hinblick“ auf die spätere Veräußerung des Auftragnehmers erfolgt ist.“

69) *Hoffer/Innerhofer*, Umgehung des Vergaberechts bei PPPs? *ecolex* 2006, 81.

70) *Hoffer/Innerhofer*, Umgehung des Vergaberechts bei PPPs? *ecolex* 2006, 81.

71) EuGH, RS C-29/04, *Mödling*, RZ 38.

72) Der Feststellungsantrag muss binnen einer Frist von dreißig Tagen, ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der rechtswidrigen Zuschlagserteilung, oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hiervon Kenntnis hätte haben können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt wurde, gestellt werden.

73) So etwa EuGH, RS C-84/03, *Kommission/Spainien*; EuGH, RS C-231/03, *Coname*, Slg 2005, I-07287; EuGH, RS C-458/03, *Parking Brixen*; EuGH, RS C-29/04, *Mödling*.

ten (Public-Private-Partnerships) läßt der EuGH<sup>74)</sup> eine gewisse Toleranz für In-House-Vergaben an gemischt öffentliche Unternehmen erkennen. Soweit demnach ein öffentlicher Auftraggeber mit anderen öffentlichen Stellen 100% der Anteile an dem gemischt-öffentlichen Unternehmen hält, ist das ein Indiz für eine ausreichende Erfüllung des Kontrollkriteriums.<sup>75)</sup> Dies ist auch in Anlehnung an die Begründung in der RS *Stadt Halle*<sup>76)</sup> konsequent – wonach die private Anlage von Kapital mit privaten Interessen verbunden ist und die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung droht, werden doch durch die Auftragsvergabe von öffentlichen Stellen an andere öffentliche Stellen gleichartige, nämlich öffentliche Interessen verwirklicht<sup>77)</sup>.

Hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Public-Public-Kooperationen urteilte der EuGH in der RS *Kommission/Spanien*<sup>78)</sup>, dass interkommunale Kooperationen nicht generell und im Vorhinein vom Vergaberecht ausgenommen werden können. Die Motive für rein öffentliche Kooperationen sind andere als bei den Public Private Partnerships: Hier geht es weniger darum, fremdes Kapital für ein Projekt zu gewinnen, als vielmehr um den Zugriff auf das Know-How einer anderen Einrichtung der öffentlichen Hand und – in Österreich gibt es bspw viele sehr kleine Gemeinden – um die Erzielung von Synergieeffekten durch Bündelung gemeinsamer Kräfte.<sup>79)</sup> Einer Ausschreibungspflicht von Public-Public-Partnerships wird entgegengehalten, dass ihre Gründung keine Auftragsvergaben, sondern Organisationsentscheidungen auf der Grundlage der Gesetze für eine kommunale Zusammenarbeit sind und es nicht zur Kompetenz der Gemeinschaft gehöre, die mitgliedstaatliche Organisation zu regeln. Dafür spricht, dass es Ziel des europäischen Vergaberechts ist, Märkte zu öffnen und potentiellen Bietern Chancengleichheit bei ihrer Bewerbung um öffentliche Aufträge zu gewähren.<sup>80)</sup>

In der RS *Asemfo*<sup>81)</sup> wurden Aufträge an die sog. „Tragsa“<sup>82)</sup> in-house vergeben, eine staatliche Gesellschaft, deren Anteilseigner zu 99 % der spanische Staat und zu einem Prozent vier autonome Regionen sind, die je eine Aktie halten. Dabei deutet schon der Umstand, dass die öffentliche Hand – alleine oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen – das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, darauf hin, dass das Kontrollkriterium erfüllt ist.<sup>83)</sup> Hinzu kommt, dass die „Tragsa“ grundsätzlich verpflichtet ist, die Aufträge auszuführen, die ihr von den öffentlichen Stellen, einschließlich der autonomen Regionen, erteilt werden; sie ist gemäß ihrem Statut sowohl dem spanischen Staat gegenüber, als auch im Rahmen ihrer Geschäfte mit den autonomen Regionen als deren **Hilfsmittel und techni-**

**sch**er Dienst eingerichtet und kann die **Gebühren für ihr Tätigwerden nicht frei festlegen**. Ihre Beziehung zur öffentlichen Hand einschließlich der minderbeteiligten Regionen ist **nicht vertraglicher Natur**.<sup>84)</sup> Wie bereits in der RS *Carbotermo*<sup>85)</sup> bekräftigt der EuGH seine Rechtsansicht hinsichtlich der Einheitlichkeit der Kontrollausübung, wonach eine unmittelbare Einflussnahme aller auftraggebenden Gesellschafter auf strategische und wichtige Entscheidungen nicht verlangt wird. Das Kontrollkriterium im engeren Sinne muss nicht bei allen öffentlichen Stellen bejaht werden können, soweit die Abhängigkeit und Unterordnung des Auftragnehmers durch andere Maßnahmen – wie im gegenständlichen Fall durch die staatliche Festlegung des Statuts, von Abnahme- und Ausführungspflichten sowie der Gebühren – gesichert ist.<sup>86)</sup> In einer Art beweglichem System kann daher die Kontrolle im engeren Sinne (als direkte aktive Einflussmöglichkeit) durch staatliche Festlegungen mit Befolgungsverpflichtung substituiert werden, soweit diese Festlegungen zur Gänze an die Stelle einer zivilrechtlichen Vertragsbeziehung zwischen der öffentlichen Hand und dem Hilfsapparat treten. Unter dieser Voraussetzung erfüllt die „Tragsa“ das Kontrollkriterium und ist – im Verhältnis zu den autonomen Regionen, die einen Teil ihres Kapitals halten – nicht als ein Dritter anzusehen.<sup>87)</sup> Anders wurde in der RS *Asociación Profesional*<sup>88)</sup> geurteilt, da der dortige Hilfsdienst („Correos“) im Bereich der (iS RL 97/67) nicht reservierten Postdienste seinen Dienst lediglich zu festen oder jedenfalls zu transparenten und nicht diskriminierenden Tarifen erbringen muss. Ein solches Verhältnis ist als vertragliches zu qualifizieren, wenn kein einseitiger Verwaltungsakt vorliegt, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der Inhalt der Leistung und die Tarife mit dem Ministerium ausverhandelt werden und seitens des Hilfsapparats die Kooperationsvereinbarung aufgekündigt werden kann.<sup>89)</sup>

74) SA GA Stix-Hackl, RS C-340/04, *Carbotermo*, EuGH, RS C-340/04, *Carbotermo*, sowie auch EuGH RS C-295/05 *Asemfo*.

75) EuGH, RS C-340/04 *Carbotermo* u RS C-295/05 *Asemfo*.

76) EuGH, RS C-26/03, *Stadt Halle*, RZ 50.

77) Vgl bereits Müller, *Interkommunale Zusammenarbeit im Wege der In-House-Vergabe?*, ZVB 2007/49 (199f).

78) EuGH, RS C-84/03, *Kommission/Spanien*, RZ 40.

79) Storr, *Public-Public-Partnerships: Grundfragen gemeinsamer Aufgabenerfüllung durch Gemeinden*, wbl 2005, 555.

80) Storr, *Public-Public-Partnerships: Grundfragen gemeinsamer Aufgabenerfüllung durch Gemeinden*, wbl 2005, 555.

81) EuGH, RS C-295/05, *Asemfo*.

82) *Transformación Agraria SA* (in der Folge kurz: *Tragsa*).

83) Vgl EuGH, RS C-295/05, *Asemfo*, RZ 57.

84) Vgl EuGH, RS C-295/05, *Asemfo*, RZ 10 ff, insb 13 und 60.

85) Vgl EuGH, RS C-340/04, *Carbotermo*, RZ 37.

86) Vgl EuGH, RS C-295/05, *Asemfo*, RZ 59.

87) EuGH, RS C-295/05, *Asemfo*, RZ 60.

88) EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 42ff (54).

89) Vgl EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 55, 85.

Sohin ist im Bereich der Vergabe an ein gemischt-öffentliches Unternehmen eine In-House-Vergabe nur dann anzunehmen, wenn auch **faktisch nicht mehr von der Möglichkeit der Vertragsverhandlung** durch das gemischt-öffentliche Unternehmen gesprochen werden kann. Soweit es im Verhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem gemischt-öffentlichen Unternehmen an Entgeltfreiheit fehlt, weiters eine Annahme und Ausführungspflicht für das beauftragte Unternehmen besteht, ist das Kontrollkriterium erfüllt und wird der Hilfsapparat als eigene Dienststelle gesehen. Maßgeblich bleibt dabei, dass auch eine eingehende zivilrechtliche Analyse gar keinen Austausch von Willenserklärungen erkennen lässt (ein solcher kann zB in der RS *Asemfo*<sup>90</sup>) auf Grundlage der Satzungen der „*Tragsa*“ nicht stattfinden), sohin auch zivilrechtlich kein Vertrag vorliegt. Nur dann, wenn diese Vereinbarung in Wirklichkeit ein einseitiger Verwaltungsakt und kein Vertrag ist, ist die In-House-Vergabe gerechtfertigt.<sup>91</sup>) Da Vergaberecht nur auf die Vergabe von zivilrechtlichen Verträgen anzuwenden ist, ist die Ausnahme für Vergaben ohne zivilrechtlichem Vertrag nur sachgerecht.<sup>92</sup>) Damit wird die bisherige Jud seit der Rs *Kommission/Spanien*<sup>93</sup>) fortgeführt, wonach es keine ordnungsgemäße Umsetzung des Gemeinschaftsrechts darstellt, wenn Vereinbarungen zwischen Verwaltungen generell aus der Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung ausgenommen werden. Soweit nun eine Vereinbarung zwischen Gebietskörperschaften vorliegt, die Vertragsqualität hat (öffentlich-rechtlicher Vertrag), ist Vergaberecht anzuwenden. Lediglich einseitige Verwaltungsakte sind vom Vergaberecht ausgenommen.

GA *Geelhoed* vertritt in seinen Schlussanträgen zur RS *Asemfo* die Ansicht, dass das Kontrollkriterium hinsichtlich des spanischen Staates über die „*Tragsa*“, aufgrund des hohen Beteiligungsgrades und der Tatsache, dass sich die aus dem Statut ergebenden Einflussnahmemöglichkeiten ausschließlich auf den spanischen Staat beziehen und das Statut vollständig oder nahezu vollständig durch die Rechtsvorschriften der spanischen Zentralverwaltung bestimmt ist, lediglich für den Spanischen Staat nicht aber für die autonomen Regionen als erfüllt anzusehen ist.<sup>94</sup>) Tatsächlich könnte dieser Umstand aber über das Wesentlichkeitskriterium Relevanz bekommen. Ob dieses auch vorliegt, wenn das gemischt öffentliche Unternehmen als Hilfsapparat im Durchschnitt weniger als 50% seiner Tätigkeit für den eben nur minder-beteiligten Gesellschafter erbringt, scheint auf den ersten Blick mit der RS *Asemfo*<sup>95</sup>) noch nicht geklärt.

Aus der Gesamtsicht der bisher zu dieser Problematik ergangenen Entscheidungen<sup>96</sup>) wird aber klar, dass die ge-

mischt öffentliche Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Körperschaften (als Ganzes) auszuführen hat, die ihre Anteile inne haben. Dann, wenn die gemischt öffentliche Unternehmung (RS *Asociación Profesional: Correos*) ihre Tätigkeit nicht im Wesentlichen für die öffentliche Verwaltung im Allgemeinen<sup>97</sup>) und insbesondere mit der oder den Stellen, die ihre Anteile innehaben<sup>98</sup>), ausführt, sondern etwa Postdienste für eine unbestimmte Anzahl von Kunden dieses Postdienstes erbringt, ist das Wesentlichkeitskriterium nicht erfüllt.

Unzweifelhaft ist weiters, dass der EuGH den in der RS *Teckal* eingeschlagenen Weg konsequent weiter verfolgt.<sup>99</sup>)

## 4. Rechtsschutz

### 4.1 Anfechtungsberechtigung, Schaden

Die RS *Stadt Halle*<sup>100</sup>) behandelt die Frage, ob der gemeinschaftsrechtlich geforderte Rechtsschutz nur bei Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens gilt oder auch Fälle erfasst, in denen der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag gerade ohne ein solches Verfahren vergeben will (In-House-Vergabe). Das Urteil bestätigt die bisher herrschende Auffassung, dass auch In-House-Vergaben der Nachprüfung unterliegen. Nachprüfbar – so der EuGH – sind alle Willensäußerungen des öffentlichen Auftraggebers, welche im Zusammenhang mit einem Auftrag getätigt werden und die den interessierten Personen zur Kenntnis gelangen, „(..), sofern sie über das Stadium Vorbereitung und Sondierung hinausgegangen sind und Rechtswirkungen entfalten können.“<sup>101</sup>) Anfechtungsberechtigt ist also jeder, der ein Interesse an dem Auftrag hat oder hätte und dem durch die (behauptete) Rechtsverletzung ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. *Potacs* vertritt die Auffassung, dass

90) EuGH, RS C-295/05, *Asemfo*.

91) Vgl EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 54

92) Vgl EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 45.

93) EuGH RS C-84/03, *Kommission/Spanien*, insb Rz 40.

94) Schlussanträge des GA *Geelhoed* vom 28.09.2006, RS C-295/05, *Asemfo*, RZ 98, Slg 2007, I-02999.

95) EuGH, RS C-295/05, *Asemfo*.

96) EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 58; EuGH, RS C-107/98, *Teckal*, Rz 50; EuGH, RS C-26/03, *Stadt Halle*, RZ 49; EuGH RS C-340/04, *Carbotermo*, Rz 33 und EuGH, RS C-295/05, *Asemfo*, RZ 55.

97) Vgl EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 59.

98) Vgl EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 61

99) Vgl zuletzt EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*, RZ 58; Müller, Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe?, ZVB 2007/49 (203).

100) EuGH, RS C-26/03, *Stadt Halle*.

101) *Pape/Holz*, Die Voraussetzungen vergabefreier In-House-Geschäfte, NJW 2005, 2267 über EuGH, RS C-26/03, *Stadt Halle*, RZ 35.



als „Schaden“ im Sinne dieser (der Rechtsmittel-RL entnommenen) Formulierung wohl nicht bloß ein Vermögensschaden gemeint ist, sondern auch – wie das Bundesvergabeamt zur Rechtsmittel-RL entschieden hat – „*all jene Nachteile zu verstehen sind, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, liegen.*“<sup>102)</sup>

#### 4.2 Rechtsfolgen unzulässiger In-House-Vergabe

Auf dieser Grundlage lässt sich differenzieren: Die Rechtsfolge einer unzulässigen In-House-Vergabe kann (soweit innerstaatlich vorgesehen) die **(zivilrechtliche) Nichtigkeit** sein; daneben besteht die **europarechtliche Verpflichtung des Mitgliedsstaats, vergabewidrig abgeschlossene Verträge ex nunc zu beenden**:

Soweit eine Beauftragung auf Grundlage einer unzulässigen In-House-Vergabe erfolgt, wird kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt. Es liegt sohin in aller Regel eine unzulässige Direktvergabe vor. Wird der Auftrag direkt (dh unmittelbar an einen Unternehmer) erteilt und dieser Umstand auch von der Vergabekontrollbehörde festgestellt, so wird das Vertragsverhältnis **zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung (ex nunc) nichtig** (§ 132 Abs 3 iVm § 331 Abs 1 Z 4 BVergG 2006).<sup>103)</sup> Im Sinne der Materialien zu § 132 BVergG 2006 greift die Regelung des § 132 Abs 3 BVergG 2006 nicht, wenn an einem Verfahren mehrere Unternehmer (das sind mehr als ein Unternehmer) beteiligt sind. „*In diesem Fall können nämlich zumindest die beteiligten Unternehmer eine allfällige Rechtswidrigkeit der Vorgangsweise des Auftraggebers zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens machen.*“<sup>104)</sup>

Daneben besteht auf nationaler österreichischer Grundlage im Zusammenhang mit unzulässigen Direktvergaben die Möglichkeit, die zivilrechtliche Nichtigkeit<sup>105)</sup> des Vertragschlusses wegen **Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB** geltend zu machen. Das ist allerdings nur bei schwerem und offensichtlichem Rechtsmissbrauch anerkannt. Die Materialien zum BVergG 2006<sup>106)</sup> weisen darauf hin, dass „*in den Fällen, in denen die Voraussetzungen des § 132 Abs. 3 [BVergG 2006] gegeben sind, zumeist ein Fall der Kollusion vorliegen wird, weswegen der jeweilige Vertragspartner weniger schutzwürdig ist, als dies normalerweise der Fall wäre. Die ansonsten maßgeblichen Regelungen des ABGB bleiben von der Regelung des Abs. 3 unberührt*“, sodass eine allgemeine zivilrechtliche Nichtigkeit gerade nicht ausgeschlossen ist und neben einer solchen via § 132 Abs 3 BVergG 2006 bestehen kann.

Ein solcher iS § 879 Abs 1 ABGB relevanter Rechtsmissbrauch liegt allerdings nur dann vor, wenn eine unvertretba-

re Rechtsansicht bei der Bestimmung der In-House-Vergabe seitens des Auftraggebers nachweisbar ist, was insbesondere dann nicht der Fall ist, wenn es zu der Problematik keine höchstgerichtliche Judikatur gibt.<sup>107)</sup> Im Fall der unzulässigen Direktvergabe liegt Sittenwidrigkeit daher nur **bei schwerem Missbrauch** vor, wenn also die Vertragspartner zum Zeitpunkt des **Vertragsabschlusses von der offensichtlichen völligen Missachtung des Vergaberechts wussten bzw wissen mussten.**<sup>108)</sup>

Daneben besteht im Sinne der jüngsten EuGH-Judikatur<sup>109)</sup> die grundsätzliche **Verpflichtung des Mitgliedsstaates, vergaberechtswidrige Verträge zu beenden**. Diese Beendigungspflicht erfolgt nicht aus dem Vergaberecht als solchem, sondern aus dem allgemeinen Gemeinschaftsrecht (Art. 10 und Art 226 bzw. Art 228 Abs 2 EGV).<sup>110)</sup> Damit kann sich nicht der einzelne (übergangene) Bieter auf diese Beendigungspflicht berufen. Sie stellt vielmehr eine allgemeine Verpflichtung des Mitgliedsstaats gegenüber der Gemeinschaft dar, Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht, im besonderen Fall gegen das Vergaberecht, abzustellen. Im Ergebnis besteht daher eine Verpflichtung des Mitgliedsstaats, vergabewidrig abgeschlossene Verträge ex nunc zu beenden, sobald der Vergabeverstöß rechtskräftig festgestellt wurde.

102) Potacs, Neubestimmungen der In-House-Vergabe, ZfV 2005/847, 513; BVA 23. 4. 1998, F-26/97-22.

103) Zur Nichtigkeitserwägung im Zusammenhang mit In-House-Vergabe vergleiche zuletzt Beitenfeld/Ertl, In-House-Vergabe – ein vergaberechtlicher Dauerbrenner, RPA 2007, 110.

104) 1171 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage- Materialien, Zu § 132.

105) Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung vgl 1171 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage- Materialien, zu § 132 BVergG 2006: „*Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von (...) nichtigen Verträgen ist auf den Zweck der die Ungültigkeit bewirkenden Norm (Abs 3) Bedacht zu nehmen. Je nach Lage des Einzelfalles kann Abs. 3 die Rückforderung (Rückabwicklung) gebieten oder ihr entgegenstehen. Ist etwa ein Bauauftrag bereits (teilweise) realisiert oder ist eine gelieferte Ware bereits konsumiert worden, so ist der bisher erfolgte Leistungsaustausch nicht mehr rückabzuwickeln. In diesem Fall erfordert der Zweck der Norm nur, dass die weitere Ausführung des Vertrages unterbleibt.*“

106) 1171 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage-Materialien, Zu § 132.

107) VwGH 26.4.2007, 2005/04/0222, ZVB 2008/10.

108) Vgl Chojnacka, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in Sachs, Schwerpunkte zum BVergG 2002, 287 (334f); Katary, Schlupfloch Direktvergabe? in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht, 59 (77ff); Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2002 RZ 225.

109) Vgl EuGH 18.7.2007, RS-C 503/04, Kommission/Deutschland (Bockhorn und Braunschweig II), Slg 2007, I-00000; Vgl EuGH 10.4.2003 verbundene Rechtssache RS-C-20/01 und C-28/01, Kommission/Deutschland (Bockhorn und Braunschweig I), Slg 2003, I-3609).

110) Jäger, Vertragsbeendigungspflicht bei Vergabeverstößen, ZVB 2007, 271 (275).

Erfolgt keine Beendigung, drohen dem betreffenden Mitgliedsstaat Geldbußen<sup>111</sup>). Es besteht hier aber kein Individualrecht des übergangenen Bieters auf Vertragsbeendigung. Aktiv klageberechtigt vor dem EuGH nach § 226 EGV ist die Kommission, diese hat grundsätzlich jeden ihr bekannt gewordenen Vertragsverstoß zu verfolgen. Allerdings wird ihr hinsichtlich des konkreten Vorgehens Ermessen eingeräumt<sup>112</sup>).

Schließlich sei noch die Möglichkeit erwähnt, bei Dauer-schuldverhältnissen einen Unterlassungs- bzw Beseitigungsanspruch nach UWG geltend zu machen. Der Anspruch kann danach gegenüber dem Auftragnehmer und bei Nachweis der Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, auch gegenüber dem Auftraggeber geltend gemacht werden.<sup>113</sup>)

#### 4.3 Rechtsfolgen beim Umgehungsgeschäft

Wie sich die Rechtsfolgen eines Umgehungsgeschäfts gestalten, hängt davon ab, ob man eine Umgehungsabsicht für erforderlich hält, oder nicht.

Seitens der subjektiven Theorie wird für ein Umgehungsgeschäft eine Umgehungsabsicht gefordert – der Ursprung dafür ist ein als vorwurfsvolle Norm interpretierter § 879 ABGB. Liegt diese Voraussetzung vor, wird von den Vertretern dieser Theorie als Rechtsfolge generell Nichtigkeit des Geschäfts angenommen. „Geschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, sind nichtig“<sup>114</sup>). Geht man bei einer nachträglichen Beteiligungsveräußerung davon aus, dass es sich um ein Umgehungsgeschäft handelt, welches mit der Absicht abgeschlossen wurde, das Vergaberecht zu umgehen, tritt gemäß der subjektiven Theorie in solchen Fällen eben Nichtigkeit hinsichtlich des vor Veräußerung der Anteile der AbfallGmbH abgeschlossenen Entsorgungsvtrags ein.

Aber auch Vertreter der objektiven Theorie würden via § 132 Abs 3 BVergG 2006 zu einer Nichtigkeit des vergabewidrigen In-House-Vertrages gelangen, da es „*letztlich* (...)“

*eine Frage der Grenzen des Normzweckes [ist], ob und inwieweit ein Gesetzesverbot auch gegenüber Rechtsgeschäften gilt, die gegen das Verbot zwar nicht „dem Buchstaben des Gesetzes nach“ verstoßen, im Ergebnis aber doch den Zweck des Gesetzesverbotes vereiteln (...). Nicht jedes Umgehungsgeschäft ist also nichtig: Es unterliegt vielmehr denjenigen Rechtsnormen, die auf das in Wahrheit beabsichtigte Rechtsgeschäft anzuwenden sind, (...) das Umgehungsgeschäft muss vom Verbotszweck erfasst sein (...).“<sup>115</sup>*

Im Fall der Stadt Mödling wäre etwa der Zweck der ordnungsgemäßen Vergabe nach BVergG einschließlich der Sanktion des § 132 Abs 3 BVergG vereitelt, da dieser darin besteht, unzulässige Direktvergaben – wie in diesem Fall vom EuGH festgestellt wurde, wobei zur Beurteilung eben nicht ausschließlich auf den Zeitpunkt der Anteilsveräußerung abzustellen ist, sondern eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Ereignisse zu erfolgen hat<sup>116</sup>) – zu sanktionieren. Es sind also die Rechtsnormen des in Wahrheit beabsichtigten Geschäfts anzuwenden<sup>117</sup>). Das beabsichtigte Geschäft war eine Vergabe, welche faktisch dem BVergG unterliegt. Es ist daher das BVergG einschließlich des § 132 Abs 3 BVergG anzuwenden, weshalb das abgeschlossene Geschäft unter den dort angesprochenen Voraussetzungen nichtig sein kann. Eine Umgehungsabsicht ist – wie bereits ausgeführt – uE nicht zu fordern.

111) Vgl EuGH, 10.01.2008, RS C-70/06, Kommission/Portugal, RZ 30, Slg 2008, I-00000.

112) Streinz, Europarecht<sup>7</sup>, 118, RZ 341.

113) Vgl OGH 23.05.2006, 4 Ob 23/06w in ZVB 2006/88.

114) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I, 163.

115) Krejci in Rummel<sup>3</sup> zu § 879 RZ 37.

116) Vgl EuGH, RS C-29/04, Mödling, RZ 40.

117) So auch Eilmansberger, Vergaberechtliche Schranken von Ausgliederungen und Privatisierungen, JBl 2001, 572.: „Für jene Fälle einer Beauftragung eines Unternehmens (als In-House-Dienst) vor einer Vermögensprivatisierung, die als Umgehung der Vergabevorschriften qualifiziert wird, treten jene Rechtsfolgen ein, die sich ergeben würden, wenn der Verstoß nicht auf diese Weise verschleiert worden wäre, wenn also nicht die Reihenfolge der relevanten Vorgänge (Beauftragung des Unternehmens und Vermögensprivatisierung) bewusst umgekehrt worden wäre.“



**Blawg Austria**  
Juristisches Tagebuch

Täglich ein kritischer Kommentar zur aktuellen Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltungspraxis und Berufsbildung:

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

## ERGEBNIS

Die In-House-Vergabe und die dazu ergehende Judikatur des EuGH ist ein ständig aktuelles Thema, wie sich jüngst mit dem Urteil des EuGH in der RS *Asociación Profesional*<sup>118)</sup> gezeigt hat. Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer In-House-Vergabe bedient sich der EuGH seiner in der RS *Teckal*<sup>119)</sup> entwickelten Kriterien, die durch die darauf folgenden Urteile<sup>120)</sup> noch konkretisiert wurden. Während der Anwendungsbereich der In-House-Vergabe noch nach dem Urteil *Teckal* relativ weit gefasst war, ist dieser insbesondere durch die RS *Stadt Halle*<sup>121)</sup> restriktiv eingeschränkt worden. Eine In-House-Vergabe für gemischtwirtschaftliche Unternehmen wird grundsätzlich ausgeschlossen, denn jede auch nur minderheitliche Beteiligung eines privaten an einem öffentlichen Auftragnehmer stellt eine Beeinträchtigung des freien und lautereren Wettbewerbs dar. In-House-Vergaben an gemischt-öffentlichen Gesellschaften sind nach wie vor – eingeschränkt – möglich, und zwar dann, wenn eine Vereinbarung zur Erbringung eines Auftrags faktisch einen einseitigen Verwaltungsakt und keinen Vertrag zweier unterschiedlicher Rechtspersonen darstellt. Seit der RS *Mödling*<sup>122)</sup> ist klar gestellt, dass eine Beeinträchtigung des fairen und lautereren

Wettbewerbs nicht nur dann gegeben ist, wenn Auftragsvergabe und Anteilsveräußerung an einen Privaten zeitlich zusammenfallen, sondern auch, wenn die Auftragsvergabe zeitlich vorverlagert wurde, mit dem Ziel, mit einer späteren Anteilsveräußerung an einen Privaten, der strengen Judikatur des EuGH zu entkommen. Soweit im gegenständlichen Zusammenhang auf ein Umgehungsgeschäft zu schließen ist, ist uE eine Umgehungsabsicht nicht zu fordern. Die Rechtsfolge einer unzulässigen In-House-Vergabe kann die (zivilrechtliche) Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages sein; daneben besteht die europarechtliche Verpflichtung des Mitgliedsstaats, vergabewidrig abgeschlossene Verträge ex nunc zu beenden.



118) EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*.

119) EuGH, RS C-107/98, *Teckal*.

120) Vgl. EuGH, RS C-26/03, *Stadt Halle*; EuGH, RS C-458/03, *Parking Brixen*; EuGH, RS C-29/04, *Mödling*; EuGH, RS C-340/04, *Carbotermo*; EuGH, RS C-295/05, *Asemfo*; EuGH, RS C-220/06, *Asociación Profesional*.

121) EuGH, RS C-26/03, *Stadt Halle*.

122) Vgl. EuGH, RS C-29/04, *Mödling*, RZ 38.

G. Marx

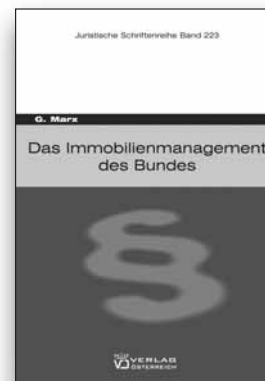
## Das Immobilienmanagement des Bundes

2008, 240 Seiten, broschiert, 3-7046-4954-6, € 49,-

Das Werk nimmt erstmals eine umfassende Darstellung des Immobilienmanagements des Bundes vor. Die Einrichtung und Entwicklung der **Bundesimmobiliengesellschaft (BIG)**, die Bedeutung dieser als Instrument der Liegenschaftsverwaltung des Bundes, sowie das aktuelle **System der gesamten Organisation** der Liegenschaftsverwaltung des Bundes werden erörtert.

Insbesondere wird auf die Organisationsprivatisierung des Liegenschaftsmanagements an die Bundesimmobiliengesellschaft, die Vermögensprivatisierung auf dem Sektor "Bundeswohnungen", sowie auf diverse weitere **Privatisierungen im Liegenschaftssektor** eingegangen.

**Dr. Gerda Marx** ist Universitäts-Assistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589  
order@erlagoesterreich.at  
www.verlagoesterreich.at

VERLAG  
ÖSTERREICH