


Anmerkung zu:	EuGH 4. Kammer, Urteil vom 05.10.2017 - C-567/15
Autoren:	Dr. Pascal Friton, RA, LL.M., Leonard Freiherr von Rummel, RA, LL.M.
Erscheinungsdatum:	12.12.2017
Quelle:	
Normen:	EUV 1251/2011, EURL 24/2014, EGRL 18/2004
Fundstelle:	jurisPR-VergR 12/2017 Anm. 1
Herausgeber:	Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Freiherr von Rummel, jurisPR-VergR 12/2017 Anm. 1

EuGH konkretisiert Kriterien für "Einrichtungen des öffentlichen Rechts"

Leitsatz

Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass eine Gesellschaft, die zum einen im Alleineigentum eines öffentlichen Auftraggebers steht, dessen Tätigkeit darin besteht, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die zum anderen sowohl Geschäfte für diesen öffentlichen Auftraggeber als auch Geschäfte auf dem wettbewerbsorientierten Markt abwickelt, als "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist, sofern die Tätigkeiten dieser Gesellschaft erforderlich sind, damit dieser öffentliche Auftraggeber seine Tätigkeit ausüben kann, und sich diese Gesellschaft zur Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist. Dabei ist es unerheblich, dass der Wert der In-House-Geschäfte in Zukunft möglicherweise weniger als 90% oder nicht den Hauptteil des gesamten Umsatzes dieser Gesellschaft darstellt.

A. Problemstellung

Der EuGH beschäftigt sich in dem Vorabentscheidungsersuchen mit der Auslegung des Begriffes der Einrichtung des öffentlichen Rechts, insbesondere mit dem Tatbestandsmerkmal „im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art“.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Beklagte des dem Vorabentscheidungsverfahrens zugrunde liegenden Rechtsstreits ist VLRD, eine einhundertprozentige Tochter der litauischen Eisenbahngesellschaft. Zweck der Gesellschaft ist insbesondere die Herstellung und Instandhaltung von Lokomotiven, Waggons und elektrischen Triebfahrzeugen – mithin Dienstleistungen, die dazu bestimmt sind, die Fahrgast- und Frachtbeförderung der litauischen Eisenbahngesellschaft sicherzustellen. Die Aufträge der litauischen Ei-

senbahngesellschaft an ihre Tochter machten im maßgeblichen Zeitraum 90% der Umsätze von VLRD aus.

VLRD nahm eine nicht den EU-Vergaberichtlinien entsprechende Vergabe zur Beschaffung von Eisenmetallstäben vor, auf die die Klägerin antwortete, aber letztlich nur für einen Teil des Auftrages den Zuschlag erhielt. Die Klägerin beantragte die Nichtigerklärung der Vergabe und die Bekanntmachung einer neuen Ausschreibung im Einklang mit den Vorschriften des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen der Republik Litauen, da VLRD ein öffentlicher Auftraggeber sei.

Das litauische Gericht befasste den EuGH mit der Vorlagefrage, ob ein einhundertprozentiges Tochterunternehmen der staatseigenen Eisenbahngesellschaft bei seinen Beschaffungen die Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen zu beachten habe. Insbesondere stellte sich dem Gericht die Frage nach der Auslegung des Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18, worin es heißt, dass Unternehmen als Einrichtungen des öffentlichen Rechts gelten, wenn sie „zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen“.

Zunächst stellte der EuGH fest, dass ein Unternehmen nicht bereits dann als öffentlicher Auftraggeber einzuordnen ist, wenn es von einem öffentlichen Auftraggeber gegründet wurde und mit Geldmitteln finanziert wird, die aus Tätigkeiten des öffentlichen Auftraggebers kommen. Vielmehr müssten die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. a bis c der Richtlinie 2004/18 – im Allgemeininteresse liegende Aufgabe, Rechtspersönlichkeit und Staatsgebundenheit – kumulativ vorliegen. Da VLRD unstreitig eigene Rechtspersönlichkeit aufwies und von einem öffentlichen Auftraggeber kontrolliert wurde, verengte sich die Prüfung des EuGH auf die Frage, ob VLRD „zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen“.

Der EuGH hat entschieden, dass im Rahmen der Prüfung des Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 zunächst zu prüfen sei, ob VLRD eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfülle, bevor man in einem zweiten Schritt prüfen müsse, ob die Aufgabe nicht gewerblicher Art sei.

Bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals müsse beachtet werden, dass der Begriff des öffentlichen Auftraggebers, einschließlich des Begriffs der Einrichtung des öffentlichen Rechts funktional und weit auszulegen sei. Zudem müsse auf die tatsächliche Situation und nicht auf den Gründungszweck abgestellt werden. In diesem Sinn genügte es dem EuGH für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „im Allgemeininteresse liegende Aufgabe“, dass VLRD Tätigkeiten ausführe, die die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben der Muttergesellschaft ermöglichen. Die Tätigkeiten von VLRD seien nämlich die Voraussetzung dafür, dass die litauische Eisenbahngesellschaft ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllen könne. Dabei sei unschädlich, dass VLRD nicht nur Tätigkeiten, die der Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben der Muttergesellschaft dienen, sondern auch andere Tätigkeiten mit Gewinnerzielungsabsicht ausübe.

Hinsichtlich der Frage, ob die Tätigkeit nicht gewerblicher Art sei, müssten alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände, die auch zur Gründung des Unternehmens geführt haben, berücksichtigt werden. Maßgebliche Hinweise auf eine nicht gewerbliche Tätigkeit seien das Fehlen eines Wettbewerbs auf dem Markt, das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit den Tätigkeiten verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung dieser Tätigkeiten aus öffentlichen Mitteln. Nach Ansicht des EuGH sei es Aufgabe des vorliegenden Gerichts zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

C. Kontext der Entscheidung

Der EuGH hat mit der Entscheidung den Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe weiter konkretisiert. Nachdem der EuGH in der Vergangenheit das Tatbestandsmerkmal der „im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblicher Art“ meist einheitlich geprüft hat (EuGH, Urt. v. 15.01.1998 - C-44/96 Rn. 20 „Mannesmann Anlagenbau Austria“), bestätigt er mit diesem Urteil seine Rechtsprechung (EuGH, Urt. v. 22.05.2003 - C-18/01 Rn. 40 „Korhonen“), dass die Merkmale „im Allgemeininteresse liegende Aufgabe“ und „nicht gewerblicher Art“ zwei eigenständige Tatbestandsmerkmale darstellen, die separat und sequentiell zu prüfen sind. In der Vergangenheit hat der EuGH zudem entschieden, dass es bei der Prüfung, ob eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe vorliegt – entgegen dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 – nicht auf den Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens ankommt, sondern auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit (EuGH, Urt. v. 12.12.2002 - C-470/99 Rn. 140 „Universale-Bau AG“). Wie bereits in früheren Entscheidungen enthielt der EuGH sich jedoch im Urteil einer allgemeingültigen Definition des Begriffes der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe, sondern betrachtete den konkreten Einzelfall.

Die Entscheidung befasst sich mit der praxisrelevanten Frage, wann private Unternehmen als öffentliche Auftraggeber anzusehen sind. Die Prüfung der öffentlichen Auftraggebereigenschaft wird geprägt von dem funktionalen Ansatz des EuGH (Urt. v. 15.05.2003 - C-214/00 Rn. 53 „Kommission/Spanien“), wonach der Begriff des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich weit ausulegen ist. Hintergrund des Ansatzes ist das Ziel, eine Bevorzugung einheimischer Bieter bei der Auftragsvergabe zu verhindern und die Möglichkeit auszuschließen, dass sich eine von öffentlichen Auftraggebern finanzierte oder kontrollierte Stelle bei Beschaffungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt. Als Abgrenzungskriterium gegenüber anderen Privatunternehmen dienen also insbesondere die Tätigkeit des Unternehmens (Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18) sowie der Einfluss der öffentlichen Hand (Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18). Denn nur wenn ein Privatunternehmen eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art wahrnimmt und dabei von einem öffentlichen Auftraggeber kontrolliert oder finanziert wird, ist die Anwendung des Vergaberechts gerechtfertigt.

Im Lichte des funktionalen Ansatzes legt der EuGH nun auch das Merkmal „im Allgemeininteresse liegende Aufgabe“ sehr weit aus. Demnach sind auch Tätigkeiten von Unternehmen umfasst, die zwar nicht selbst eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllen, aber indirekt die Ausübung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben eines öffentlichen Auftraggebers ermöglichen.

Die Entscheidung des EuGH kann nur bedingt überzeugen. Zwar führt die Einbeziehung von indirekten Tätigkeiten, die lediglich die Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse ermöglichen, dazu, dass Versuche von öffentlichen Auftraggebern, das Vergaberecht zu umgehen, verhindert werden. Um allerdings solche Umgehungsversuche zu unterbinden, löst sich der EuGH mehr und mehr vom Wortlaut der Vorschrift. Richtigerweise wird bei der Prüfung, ob das Unternehmen eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe wahrnimmt, auf die tatsächliche Situation abgestellt und nicht auf den Gründungszweck. Wenn nun aber auch das betreffende Unternehmen nicht einmal selbst eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe wahrnehmen muss, sondern indirekte Unterstützungshandlungen zur Erfüllung dieser Aufgabe ausreichen, bietet das Tatbestandsmerkmal kaum eine Möglichkeit zur Abgrenzung gegenüber anderen Unternehmen in Privatrechtsform mehr. Letztlich entwertet der EuGH mit seiner weiten Auslegung das Tatbestandsmerkmal der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nahezu vollkommen.

Das gilt umso mehr, wenn man die vom EuGH entwickelte (EuGH, Urt. v. 15.01.1998 - C-44/96 Rn. 25 „Mannesmann Anlagenbau Austria“; EuGH, Urt. v. 10.04.2008 - C-393/06 Rn. 47 „Aigner“) und

im vorliegenden Urteil bestätigte „Infizierungstheorie“ mit in die Betrachtung einbezieht. Nach der „Infizierungstheorie“ ist es unerheblich, welchen Umfang die Ausübung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe hat. Schon eine teilweise Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben genügt, um aus vergaberechtlicher Sicht die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals zu bejahen. Da der EuGH sich bislang nicht dazu geäußert hat, ob eine gewisse Erheblichkeitsschwelle in Bezug auf die Tätigkeit im Allgemeininteresse vorliegen muss (in diese Richtung Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, *GWB-Vergaberecht*, 4. Aufl., § 99 Rn. 69 m.w.N.), führt das Urteil des EuGH in letzter Konsequenz dazu, dass Unternehmen bereits dann im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnehmen, wenn ein kleiner Teil ihrer Tätigkeiten die Erfüllung solcher Aufgaben ermöglicht. Das führt zu einer äußerst weitgehenden Anwendung des Tatbestandsmerkmals, da letztlich fast alle Beschaffungen eines öffentlichen Auftraggebers dazu dienen, seine im Allgemeininteresse liegende Aufgabenerfüllung zu ermöglichen. Der – grundsätzlich zu begrüßende – funktionale Ansatz des EuGH muss in diesem Fall als zu weitgehend kritisiert werden.

Hinsichtlich der Bestimmung der Nichtgewerblichkeit bewegt sich der EuGH auf der bisherigen Linie seiner Rechtsprechung. Er knüpft dabei an drei seiner Entscheidungen aus dem Jahre 2003 an (EuGH, *Urt. v. 27.02.2003 - C-373/00 Rn. 58 „Adolf Truley GmbH/Bestattung Wien GmbH“*; EuGH, *Urt. v. 22.05.2003 - C-18/01 Rn. 51 „Korhonen/Taitotalo“*; EuGH, *Urt. v. 16.10.2003 - C-283/00 Rn. 81/82 „Kommission/Spanien“*). In letzterem Urteil verwendete der EuGH bereits die Kriterien, welche er auch in dieser Entscheidung zur Beurteilung der Nichtgewerblichkeit zugrunde legt, nämlich das Fehlen eines Wettbewerbs auf dem Markt, das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit den Tätigkeiten verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung dieser Tätigkeiten aus öffentlichen Mitteln. Der EuGH verdeutlicht aber auch, dass das Vorliegen von Wettbewerb alleine nicht ausreicht, damit eine Aufgabe gewerblicher Art ist.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des EuGH wird dazu führen, dass sich die Prüfung der öffentlichen Auftraggeberschaft von Privatunternehmen nahezu ausschließlich auf die Frage der Nichtgewerblichkeit und der besonderen Staatsgebundenheit konzentrieren wird. Im Fall von Tochterunternehmen von öffentlichen Auftraggebern, die gleich in welchem Umfang für diesen tätig sind, bleibt sogar nur die Nichtgewerblichkeit als Abgrenzungskriterium gegenüber anderen Privatunternehmen. Zwar erhalten die nationalen Gerichte durch die grundsätzliche Bestätigung der Prüfungskriterien der Nichtgewerblichkeit etwas Rechtssicherheit, letztlich kommt es aber auf die konkrete Prüfung im Einzelfall an. Entscheidend bei der Prüfung der Nichtgewerblichkeit ist, ob sich das Unternehmen bei seinen Beschaffungsentscheidungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen kann. Dazu müssen alle rechtlichen und tatsächlichen Umstände betrachtet werden.

Dass die dem Urteil zugrundeliegende Richtlinie bereits durch die Vergaberichtlinie 2014/24/EU ersetzt wurde, ist unschädlich, da Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a der Richtlinie 2014/24/EU wortgleich mit Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 ist. Die Entscheidung kann somit weiterhin zur Auslegung des Begriffes des Allgemeininteresses herangezogen werden.