

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN  
JULIANE KOKOTT  
vom 1. März 2005<sup>1</sup>

I – Einleitung

1. Eine der zentralen Fragen im Recht der öffentlichen Aufträge ist die Abgrenzung von ausschreibungspflichtigen und nicht ausschreibungspflichtigen Vergabevorgängen. Von besonderer Aktualität ist in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen der Fremdvergabe von Aufträgen und dem so genannten hausinternen Geschäft, auch als „In-House-Geschäft“ bezeichnet.

2. *In-House-Geschäfte im engeren Sinn* sind Vorgänge, bei denen eine Einrichtung des öffentlichen Rechts einer ihrer Dienststellen ohne eigene Rechtspersönlichkeit einen Auftrag erteilt. *Im weiteren Sinne* können zu den In-House-Geschäften aber auch bestimmte Situationen gezählt werden, in denen öffentliche Auftraggeber mit von ihnen kontrollierten Gesellschaften, die über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, Verträge abschließen. Während die In-House-Geschäfte im engeren Sinne von vornherein nicht vergaberechtlich relevant sind, da es sich

um rein verwaltungsinterne Vorgänge handelt<sup>2</sup>, stellt sich bei In-House-Geschäften im weiteren Sinne (teilweise auch Quasi-In-House-Geschäfte genannt<sup>3</sup>) regelmäßig die schwierige Abgrenzungsfrage, ob für sie eine Ausschreibungspflicht besteht oder nicht. Mit dieser Problematik ist der Gerichtshof im vorliegenden Fall zum wiederholten Male<sup>4</sup> befasst.

3. Die Gemeinde Brixen hat ohne vorheriges Vergabeverfahren den Betrieb zweier entgeltpflichtiger öffentlicher Parkplätze an ihre Tochtergesellschaft Stadtwerke Brixen AG vergeben. Hiergegen wendet sich die private Gesellschaft Parking Brixen GmbH. Ein italienisches Gericht, das Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen (im Folgenden auch: das vorlegende Gericht), hat dem Gerichtshof zwei Fragen zur Vorabent-

2 – Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98 (Teckal, Slg. 1999, I-8121, Randnrn. 49 und 50), bezogen auf die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1, im Folgenden: Richtlinie 93/36).

3 – Vgl. dazu Nr. 49 der Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl vom 23. September 2004 in der Rechtssache C-26/03 (Stadt Halle, Slg. 2005, I-1).

4 – Vgl. grundlegend das Urteil Teckal (zitiert in Fußnote 2). Erst kürzlich, am 11. Januar 2005, erging das Urteil in der Rechtssache C-26/03 (Stadt Halle u. a., Noch anhängig ist derzeit die Rechtssache). Vgl. die Rechtssachen C-231/03 (Coname, Urteil vom 21. Juli 2005, Slg. 2005, I-7287) und, C-29/04 (Kommission/Österreich, Urteil vom 10. November 2005, Slg. 2005, I-9705), C-216/04 (Saba Italia).

1 – Originalsprache: Deutsch.

scheidung vorgelegt, deren wesentlicher Gegenstand zum einen die Abgrenzung zwischen öffentlichen Dienstleistungskonzessionen und öffentlichen Dienstleistungsaufträgen ist, zum anderen die Abgrenzung zwischen ausschreibungspflichtigen externen Vergaben und nicht ausschreibungspflichtigen In-House-Geschäften.

- a) gelten als „*öffentliche Dienstleistungsaufträge*“ die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, ...
- b) gelten als „*öffentliche Auftraggeber*“ (im Folgenden „Auftraggeber“ genannt) der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

## II — Rechtlicher Rahmen

### A — *Gemeinschaftsrecht*

4. Den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen dieses Falles bilden zum einen die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge<sup>5</sup> (im Folgenden: Richtlinie 92/50), zum anderen die Artikel 43 EG, 49 EG und 86 Absatz 1 EG.

5. Artikel 1 Buchstaben a und b der Richtlinie 92/50 lauten auszugsweise:

...“

6. In Artikel 43 EG ist die Niederlassungsfreiheit, in Artikel 49 EG die Dienstleistungsfreiheit verbürgt. Nach Artikel 48 Absatz 1 EG und Artikel 55 EG stehen im Hinblick auf diese beiden Grundfreiheiten die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

### „Im Sinne dieser Richtlinie

5 — Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1). Diese Richtlinie wurde aufgehoben und ersetzt durch die 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 (ABl. L 134, S. 114, im Folgenden: Richtlinie 2004/18). In zeitlicher Hinsicht bleibt aber auf den vorliegenden Fall die Richtlinie 92/50 anwendbar.

7. Schließlich ist in den ersten beiden Absätzen des Artikels 86 EG Folgendes vorgesehen:

„(1) Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unter-

nehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

Zeit vor der Umwandlung und übernehmen alle Aktiva und Passiva der ursprünglichen Sonderbetriebe. Die jeweilige Gebietskörperschaft kann nach dieser Vorschrift einzige Aktionärin einer solchen Gesellschaft bleiben, allerdings für nicht mehr als zwei Jahre ab der Umwandlung.

(2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“

9. Der koordinierte Text der Ordnung der Gemeinden der Autonomen Region Trentino-Südtirol (im Folgenden: Gemeindeordnung) bestimmt in Artikel 88 Absatz 6:

B — *Nationales Recht*

„Die Gemeinden regeln mit Verordnung die Verfahren und die Kriterien für die Auswahl der nachstehend angeführten Organisationsformen der öffentlichen Dienste, die eine wirtschaftliche und unternehmerische Bedeutung haben:

8. In Italien erlaubt es Artikel 115 Absatz 1 des Decreto legislativo<sup>6</sup> Nr. 267 des Präsidenten der Republik vom 18. August 2000 (im Folgenden: Decreto legislativo 267/2000)<sup>7</sup> den Gemeinden und sonstigen Gebietskörperschaften, durch einseitigen Rechtsakt ihre Eigenbetriebe (auch Sonderbetriebe genannt) in Aktiengesellschaften umzuwandeln. Dabei behalten diese Gesellschaften die Rechte und Pflichten aus der

a) Errichtung von Sonderbetrieben;

6 — Gesetzesvertretende Verordnung oder Legislativdekret.

7 — Das Decreto legislativo 267/2000 trägt den Titel „Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali“ (Einheitstext der Bestimmungen über die Gebietskörperschaften) und ist veröffentlicht in GURI Nr. 227 vom 28. September 2000, Ordentliches Beiblatt Nr. 162.

b) Errichtung oder Beteiligung an geeigneten Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit überwiegend öffentlicher Einflussnahme;

c) Anvertraung der Führung von öffentlichen Diensten an Dritte, wobei geeignete Wettbewerbsverfahren für ihre Ermittlung vorgesehen werden sollen. ...<sup>8</sup>

diese Parkplätze aber nicht ausschließlich von Besuchern des Schwimmbads benutzt.

10. Außerdem sieht Artikel 88 Absatz 18 der Gemeindeordnung vor, dass den im Sinne des Absatzes 6 errichteten Gesellschaften — unter bestimmten, dort näher definierten Voraussetzungen — von den an ihnen beteiligten örtlichen Gebietskörperschaften jederzeit die Abwicklung weiterer öffentlicher Dienste anvertraut werden kann, welche mit den Zielsetzungen der Gesellschaft vereinbar sind.

12. Nach den Angaben des vorliegenden Gerichts liegen diese Parkplätze auf zwei verschiedenen Grundparzellen mit den Nummern 491/6 und 491/11.

### III — Tatsächlicher Rahmen

#### *Sachverhalt und Ausgangsverfahren*

11. Die in der italienischen Autonomen Region Trentino-Südtirol gelegene Gemeinde Brixen übertrug in den Jahren 2001 und 2002 — jeweils ohne vorheriges Vergabeverfahren — den Betrieb zweier öffentlicher Parkplätze auf die Stadtwerke Brixen AG. Beide Parkplätze stehen im Zusammenhang mit dem kommunalen öffentlichen Schwimmbad, dessen Bau und Betrieb bereits zuvor, im Jahr 2000, den Stadtwerken Brixen übertragen worden war. Wie die mündliche Verhandlung ergeben hat, werden

13. Für die Parzelle 491/11 räumte die Gemeinde<sup>9</sup> der Stadtwerke Brixen AG im Dezember 2001 das ober- und unterirdische Baurecht für die Errichtung von Autostellplätzen ein. Bis zur Fertigstellung der geplanten Tiefgarage war dort zunächst ein provisorischer oberirdischer Parkplatz vorgesehen. Zu diesem Zweck wurde das Areal (bis dahin ein Fußballfeld) provisorisch befestigt und zu einem Parkplatz mit etwa 200 Stellplätzen umgestaltet.

14. Um zusätzlichen Parkraum bereitzustellen, wurde der Stadtwerke Brixen AG im November 2002 für die Dauer von neun Jahren auch die Führung des benachbarten oberirdischen Parkplatzes auf der Parzelle

8 — Diese Vorschrift geht hervor aus Artikel 44 des Regionalgesetzes Nr. 1 vom 4. Januar 1993 (*Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol* Nr. 3 vom 19. Januar 1993, *Ordentliches Beiblatt* Nr. 1), geändert durch Artikel 10 des Regionalgesetzes Nr. 10 vom 23. Oktober 1998 (*Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol* Nr. 45 vom 27. Oktober 1998, *Beiblatt* Nr. 2).

9 — Gemeinderatsbeschluss Nr. 118 vom 18. Dezember 2001.

491/6 übertragen<sup>10</sup>. Dieser Parkplatz, der ebenfalls etwa 200 Stellplätze umfasst, war zuvor über zehn Jahre lang von der Gemeinde Brixen direkt verwaltet worden.

hingegen nach den Angaben des vorlegenden Gerichts keine entsprechende Vereinbarung geschlossen.

15. Für die Benutzung des letzteren, auf der Parzelle 491/6 belegenden Parkplatzes darf die Stadtwerke Brixen AG gemäß einer mit der Gemeinde Brixen am 19. Dezember 2002 geschlossenen Vereinbarung von den Nutzern ein Entgelt verlangen. Im Gegenzug verpflichtete sie sich dazu, der Gemeinde eine jährliche Entschädigung in Höhe von 151 700 Euro zu zahlen, welche im Fall einer Erhöhung der Parkentgelte noch anteilig ansteigt<sup>11</sup>. Daneben beschäftigte die Stadtwerke Brixen AG das zuvor bei der Gemeinde Brixen angestellte Betriebspersonal dieses Parkplatzes weiter, verpflichtete sich zur ordentlichen und außerordentlichen Instandhaltung des Geländes und übernahm hierfür jegliche Haftung. Ferner erklärte sich die Stadtwerke Brixen AG bereit, den zuvor von der Gemeinde Brixen auf dem Parkplatz unterhaltenen Fahrradverleih fortzuführen und dort auch die Abhaltung des Wochenmarktes weiter zu gestatten.

17. Gegen die Vergabe des Parkplatzbetriebs an die Stadtwerke Brixen AG wendet sich die Parking Brixen GmbH, welche bereits an anderer Stelle in Brixen ein Parkhaus betreibt und ebenfalls am Betrieb der beiden hier im Streit stehenden Parkplätze interessiert ist. Sie hat am 17. Januar 2003 beim vorlegenden Gericht einen so genannten Rekurs eingelegt und begehrt die Aufhebung der auf die Vergabe gerichteten Rechtsakte.

*Ergänzende Angaben zur Stadtwerke Brixen AG und zum früheren Eigenbetrieb*

16. Über die Nutzung des oberirdischen Parkplatzes auf der Parzelle 491/11 wurde

18. Die Stadtwerke Brixen AG ist Rechtsnachfolgerin der Stadtwerke Brixen, eines früheren Eigenbetriebs (auch Sonderbetrieb genannt) der Gemeinde Brixen. Dieser Eigenbetrieb besaß bereits seit dem 1. Januar 1999 Rechtspersönlichkeit sowie unternehmerische Selbständigkeit und wurde im Oktober 2001 von der Gemeinde in Anwendung von Artikel 115 des Decreto legislativo 267/2000 in eine Aktiengesellschaft, die Stadtwerke Brixen AG, umgewandelt<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> — Gemeinderatsbeschluss Nr. 107 vom 28. November 2002.

<sup>11</sup> — Laut Vorlagebeschluss folgt aus einer Anhebung des Parkentgelts eine Erhöhung der jährlichen Entschädigung „im Ausmaß von 80 % der entsprechenden prozentuellen Preissteigerung“.

<sup>12</sup> — Gemeinderatsbeschluss Nr. 97 vom 25. Oktober 2001.

19. Die Aufgaben der Stadtwerke Brixen AG ergeben sich aus Artikel 4 ihrer Satzung; danach darf sie auf zahlreichen, im weitesten Sinne zur Daseinsvorsorge gehörenden Gebieten, insbesondere in den Bereichen der Wasserver- und -entsorgung, der Wärme- und Energieversorgung, des Straßenbaus, der Abfallentsorgung, des Personen- und Gütertransports sowie der Informatik und Telekommunikation tätig werden, und zwar jeweils auf lokaler, nationaler und internationaler Ebene. Auch der Betrieb von Parkplätzen und Parkgaragen mit den damit zusammenhängenden Tätigkeiten gehört zu ihren Aufgaben.

20. Alleinige Aktionärin der Stadtwerke Brixen AG war zum Zeitpunkt der Übertragung der beiden Parkplätze und auch darüber hinaus die Gemeinde Brixen. Artikel 5 Absatz 2 der Satzung der Stadtwerke Brixen AG bestimmt, dass die Beteiligung der Gemeinde Brixen am Stammkapital der Gesellschaft in keinem Fall die absolute Mehrheit der Stammaktien unterschreiten darf.

21. Verwaltet wird die Stadtwerke Brixen AG gemäß Artikel 17 ihrer Satzung von einem Verwaltungsrat, der aus drei bis sieben Mitgliedern besteht und von der Gesellschafterversammlung ernannt wird, wobei die Gemeinde Brixen<sup>13</sup> in jedem Fall die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates benennen darf. Nach Artikel 18 der Satzung steht dem Verwaltungsrat die Vollmacht zur ordentlichen Verwaltung der

Gesellschaft zu, welche allerdings mehreren Beschränkungen unterliegt und insbesondere in einigen Fällen die Vornahme von Rechtsgeschäften lediglich bis zu einer wertmäßigen Höhe von 5 000 000 Euro je Geschäftsvorfall umfasst. Daneben besteht gemäß Artikel 24 der Satzung ein Aufsichtsrat aus drei effektiven Mitgliedern und zwei Ersatzmitgliedern, von denen die Gemeinde Brixen mindestens zwei effektive Mitglieder und ein Ersatzmitglied bestellt.

22. Der frühere Sonderbetrieb Stadtwerke Brixen hatte in sachlicher Hinsicht ähnliche Aufgaben wie die jetzige Stadtwerke Brixen AG, allerdings waren diese auf das Zuständigkeitsgebiet der Gemeinde und auf die gebietsüberschreitende Kooperation mit anderen Betrieben beschränkt. Sein Aufgabenkreis umfasste bereits die Führung von Parkplätzen und Parkhäusern, aber beispielsweise noch nicht die Bereiche der Informatik und Telekommunikation. Der Verwaltungsrat der Stadtwerke wurde seinerzeit vom Gemeinderat gewählt und unterlag bei seiner Tätigkeit den vom Gemeinderat aufgestellten Richtlinien.

#### **IV — Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof**

23. Das vorliegende Gericht hat mit Beschluss vom 23. Juli 2003 sein Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof zwei Fragen

<sup>13</sup> — Zuständig ist, wie sich in der mündlichen Verhandlung ergab, der Gemeinderat.

zur Vorabentscheidung vorgelegt. Mit diesen Vorlagefragen, in deren Einleitung auch auf die Artikel 43 ff. EG, 49 ff. EG und 86 EG Bezug genommen wird, begehrt es Auskunft darüber,

- 1) ob es sich bei der Vergabe der Führung der gegenständlichen gebührenpflichtigen öffentlichen Parkplätze um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Richtlinie 92/50/EWG oder um eine öffentliche Dienstleistungskonzession handelt, auf [welche] die Wettbewerbsregeln der EG, insbesondere die Verpflichtung zur Gleichbehandlung und Transparenz, anzuwenden sind;
  
- 2) ob — sollte es sich tatsächlich um eine Dienstleistungskonzession betreffend die Führung eines öffentlichen örtlichen Dienstes handeln — die Vergabe der Führung gebührenpflichtiger öffentlicher Parkplätze, die gemäß Artikel 44 Absatz 6 Buchstabe b des Regionalgesetzes Nr. 1 vom 4 Januar 1993, geändert durch Artikel 10 des Regionalgesetzes Nr. 10 vom 23. Januar 1998, und gemäß Artikel 88 Absatz 6 Buchstabe a und Buchstabe b der Gemeindeordnung ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung erfolgen kann, mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit den Grundsätzen der Dienstleistungs- und Wettbewerbsfreiheit, des Diskriminierungsverbots und den daraus sich ergebenden Verpflichtungen zur Gleichbehandlung und zur Transparenz sowie der Verhältnismäßigkeit, vereinbar ist, wenn es sich um eine Aktiengesellschaft handelt, die gemäß Artikel 115 des gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 267/2000 durch Umwandlung eines Eigenbetriebs einer Gemeinde entstanden ist, deren Aktien-

kapital zum Zeitpunkt der Vergabe zu 100 % von der Gemeinde selbst gehalten wird, deren Verwaltungsrat jedoch alle weitgehenden Vollmachten der ordentlichen Verwaltung inne hat bis zu einem Wert von 5 000 000 Euro pro Geschäftsfall.

24. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2004 hat die Kanzlei des Gerichtshofes die Verfahrensbeteiligten auf die für den 11. Januar 2005 terminierte Verkündung des Urteils Stadt Halle<sup>14</sup> hingewiesen, um ihnen Gelegenheit zu geben, am 13. Januar 2005 während der mündlichen Verhandlung im vorliegenden Verfahren zu jenem Urteil Stellung zu nehmen.

25. Im Verfahren vor dem Gerichtshof haben die Parking Brixen AG, die Stadtwerke Brixen AG, die Gemeinde Brixen, die italienische Regierung, die österreichische Regierung und die Kommission schriftliche und mündliche Erklärungen abgegeben. Außerdem hat sich die niederländische Regierung in der mündlichen Verhandlung geäußert.

## V — Rechtliche Würdigung

26. Das Vorabentscheidungsersuchen zielt im Kern darauf ab, zu klären, ob und welche

<sup>14</sup> — Zitiert in Fußnote 4.

Vorgaben das Gemeinschaftsrecht für Transaktionen zwischen öffentlichen Auftraggebern und ihren Tochtergesellschaften macht; dies ist Gegenstand der zweiten Frage des vorliegenden Gerichts. Vorab wird jedoch im Rahmen der ersten Vorlagefrage zu erörtern sein, welchen Rechtsnormen des Gemeinschaftsrechts etwaige Vorgaben überhaupt zu entnehmen sind — der Richtlinie 92/50 oder allgemeinen, im EG-Vertrag enthaltenen Rechtsgrundsätzen; zu diesem Zweck ist es erforderlich, zwischen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen abzugrenzen.

*A — Zur ersten Frage: Abgrenzung zwischen öffentlichem Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession*

27. Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob es einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Richtlinie 92/50 oder aber eine Dienstleistungskonzession darstellt, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Unternehmer mit dem Betrieb eines öffentlichen Parkplatzes beauftragt, dieser Unternehmer für die Benutzung des Parkplatzes ein Entgelt erheben darf und sich im Gegenzug dazu verpflichtet, der Gemeinde eine jährliche Entschädigung zu zahlen.

28. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es noch gar nicht auf die eingangs erwähnte Grenzziehung zwischen ausschreibungspflichtigen Fremdvergaben und nicht

ausschreibungspflichtigen In-House-Geschäften<sup>15</sup> an. Vielmehr genügt es an dieser Stelle, zu prüfen, ob der bloße *Gegenstand* einer Transaktion, wie sie im vorliegenden Fall zwischen der Gemeinde Brixen und der Stadtwerke Brixen AG zustande kam, überhaupt von der Richtlinie 92/50 erfasst sein kann. Dies wäre zu bejahen, falls es sich bei dieser Transaktion um einen öffentlichen *Dienstleistungsauftrag* handelt, hingegen zu verneinen, falls eine *Dienstleistungskonzession* vergeben wurde. Denn nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, die zunächst für die so genannte Sektorenrichtlinie 93/38/EWG<sup>16</sup> entwickelt und sodann auf den Bereich der Dienstleistungsrichtlinie 92/50 übertragen wurde, sind solche Konzessionen keine *entgeltlichen schriftlichen Verträge* im Sinne dieser beiden Richtlinien<sup>17</sup>, und zwar selbst dann nicht, wenn sie die in den Anhängen der jeweiligen Richtlinie aufgeführten Tätigkeitsbereiche betreffen. Dies bestätigt im Übrigen auch ein Umkehrschluss zur künftig geltenden Richtlinie 2004/18, in welcher erstmals Dienstleistungskonzessionen ausdrücklich Erwähnung finden<sup>18</sup>.

29. Im Gegensatz zum öffentlichen *Dienstleistungsauftrag* zeichnet sich die *Dienstleistungskonzession*

15 — Vgl. dazu Nrn. 1 und 2 dieser Schlussanträge.

16 — Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84), inzwischen aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134, S. 1).

17 — Zu Artikel 1 Buchstabe a der Dienstleistungsrichtlinie 92/50 vgl. den Beschluss vom 30. Mai 2002 in der Rechtssache C-358/00 (Buchhändler-Vereinigung, Slg. 2002, I-4685, Randnrn. 29 und 30); zu Artikel 1 Nummer 4 der Sektorenrichtlinie 93/38 vgl. das Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-324/98 (Tele Austria und Telefonadress, Slg. 2000, I-10745, Randnrn. 57 und 58).

18 — Artikel 1 Absatz 4 der Richtlinie 2004/18.



tungskonzession dadurch aus, dass der Erbringer der in Frage stehenden Dienstleistung als Gegenleistung für sie vom öffentlichen Auftraggeber *das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung* erhält<sup>19</sup>.

30. Wie die Kommission, die österreichische und die italienische Regierung zutreffend ausführen, trägt nämlich im Fall einer *Dienstleistungskonzession* der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken und erhält seine Vergütung — zumindest teilweise — vom Nutzer der Dienstleistung, etwa durch die Entrichtung eines Entgelts<sup>20</sup>. Es besteht also ein Dreiecksverhältnis zwischen dem Auftraggeber, dem Erbringer der Dienstleistung und ihrem Nutzer. Demgegenüber führt ein öffentlicher *Dienstleistungsauftrag* lediglich zu einer bilateralen Rechtsbeziehung, in der das Entgelt für die erbrachte Dienstleistung vom öffentlichen Auftraggeber selbst aufgebracht wird, welcher im Übrigen auch das Beschaffungsrisiko trägt.

31. Nach dem hier bekannten Sachverhalt besteht im vorliegenden Fall die Gegenleistung, welche die Gemeinde Brixen der Stadtwerke Brixen AG für den Betrieb des Parkplatzes auf der Grundparzelle 491/6 gewährt, ausschließlich in der Erlaubnis für die Stadtwerke Brixen AG, von den Benut-

zern des Parkplatzes ein Nutzungsentgelt zu erheben. Wirtschaftlich betrachtet kann auf diese Weise die Stadtwerke Brixen AG die Früchte aus den von ihr erbrachten Leistungen ziehen, also aus dem Betrieb und der Unterhaltung des Parkplatzes. Gleichzeitig trägt sie aber auch das wirtschaftliche Risiko des Parkplatzbetriebs, da sie aus den eingenommenen Nutzungsentgelten nicht nur die laufenden Kosten, sondern darüber hinaus auch die Instandhaltung der Parkfläche sowie die an die Gemeinde abzuführende jährliche Entschädigung zu finanzieren hat. All dies spricht gegen die Annahme eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags und für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession.

32. Ob Entsprechendes auch für den Parkplatz auf der Grundparzelle 491/11 gilt, kann anhand der vorliegenden Informationen nicht abschließend beurteilt werden. Ohnehin obliegt aber die Anwendung der vom Gemeinschaftsrecht vorgegebenen Kriterien auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht dem Gerichtshof, sondern ist Sache des vorlegenden Gerichts<sup>21</sup>. Dieses Gericht wird insbesondere zu klären haben, ob die Gegenleistung, welche die Gemeinde Brixen der Stadtwerke Brixen AG für den Betrieb des Parkplatzes gewährt, in der Erlaubnis zur Erhebung eines Nutzungsentgelts von den Parkplatzbenutzern liegt.

19 — Urteil Telaustria und Telefonadress (Randnr. 58, zweiter Gedankenstrich) und Beschluss Buchhändler-Vereinigung (Randnr. 27), beide zitiert in Fußnote 17. In diesem Sinne auch die künftig anwendbare Legaldefinition in Artikel 1 Absatz 4 der Richtlinie 2004/18.

20 — In diesem Zusammenhang verweist die Kommission auch auf ihre Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (ABl. 2000, C 121, S. 2); vgl. dort insbesondere Abschnitt 2.2.

21 — Vgl. in diesem Sinne, statt vieler, das Urteil vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-235/95 (Dumon und Froment, Slg. 1998, I-4531, Randnr. 25); ähnlich das Urteil Telaustria und Telefonadress (zitiert in Fußnote 17, Randnr. 63).

33. Im Ergebnis bin ich mir jedenfalls mit der Parking Brixen GmbH, der österreichischen und der italienischen Regierung sowie der Kommission darin einig<sup>22</sup>, dass es sich nicht um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Richtlinie 92/50 handelt, sondern um eine von dieser Richtlinie nicht erfasste Dienstleistungskonzession, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Unternehmer mit dem Betrieb eines öffentlichen Parkplatzes beauftragt, dieser Unternehmer für die Benutzung des Parkplatzes ein Entgelt erheben darf und er sich im Gegenzug dazu verpflichtet, dem öffentlichen Auftraggeber eine jährliche Entschädigung zu zahlen.

*B — Zur zweiten Frage: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen an Tochtergesellschaften öffentlicher Auftraggeber*

34. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, unter welchen Voraussetzungen ein öffentlicher Auftraggeber einer seiner Tochtergesellschaften ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens eine Dienstleistungskonzession wie die im Ausgangsverfahren streitige Befugnis zum Betrieb öffentlicher entgeltpflichtiger Parkplätze erteilen darf.

22 — Die anderen am Verfahren Beteiligten haben sich nicht näher zu der hier erörterten Problematik geäußert. Vielmehr verneinen die Gemeinde Brixen und die Stadtwerke Brixen AG das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession deshalb, weil es sich bei der Stadtwerke Brixen AG im Verhältnis zur Gemeinde Brixen nicht um einen Dritten handle.

1. Gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot und Transparenzgebot auch außerhalb des Anwendungsbereichs der vergaberechtlichen Richtlinien

35. Entgegen der Auffassung der niederländischen Regierung ist in der Rechtsprechung bereits geklärt, dass öffentliche Auftraggeber auch außerhalb des jeweiligen Anwendungsbereichs der vergaberechtlichen Richtlinien<sup>23</sup> gemeinschaftsrechtlichen Bindungen unterliegen, die sich aus den Grundregeln des EG-Vertrags, insbesondere aus den Grundfreiheiten<sup>24</sup> und dem in ihnen enthaltenen Diskriminierungsverbot ergeben<sup>25</sup>.

36. Mit dem Diskriminierungsverbot geht eine Verpflichtung zur Transparenz einher. Denn nur wenn die Vergabe eines Auftrags oder einer Konzession transparent durchgeführt wird, kann überhaupt festgestellt werden, ob im Einzelfall der Grundsatz der Nichtdiskriminierung beachtet oder aber eine willkürliche Entscheidung für bzw.

23 — Zur Unanwendbarkeit der Richtlinie 92/50 in einem Fall wie dem vorliegenden vgl. die Ausführungen zur ersten Frage (Nrn. 27 bis 33 dieser Schlussanträge).

24 — In einem Fall wie dem vorliegenden können die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 EG) und — soweit ein ausländischer Bieter gedenkt, sich zum Zweck des Betriebs der Parkplätze in Italien niederzulassen — auch die Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 EG) relevant werden.

25 — So — speziell für den Fall einer Dienstleistungskonzession — das Urteil *Telaustria und Telefonadress* (zitiert in Fußnote 17, Randnr. 60); vgl. ferner das Urteil vom 23. Januar 2003 in der Rechtssache C-57/01 (*Makedoniko Metro und Michaniki*, Slg. 2003, I-1091, Randnr. 69) und den Beschluss vom 3. Dezember 2001 in der Rechtssache C-59/00 (*Vestergaard*, Slg. 2001, I-9505, Randnrn. 20 und 21); ähnlich das Urteil vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-92/00 (*HI*, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 47).

gegen einen bestimmten Bewerber getroffen wurde<sup>26</sup>.

37. All dies bedeutet zwar keineswegs, dass ein den vergaberechtlichen Richtlinien in allen Einzelheiten vergleichbares Verfahren zur Anwendung gelangen müsste. Wie aber der Gerichtshof im Urteil *Telaustria* und *Telefonadress* ausgeführt hat, muss der Auftraggeber kraft seiner Verpflichtung zur Transparenz

„zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden“<sup>27</sup>.

38. Nur am Rande sei erwähnt, dass die Stadtwerke Brixen AG in diesem Zusammenhang einwendet, die Artikel 43 ff. EG fänden auf den vorliegenden Fall gar keine Anwendung, weil es dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens an einem grenzüberschreitenden Bezug mangle. Alle am Ausgangsverfahren Beteiligten hätten ihren Sitz in Italien.

39. Dazu ist anzumerken, dass die Grundfreiheiten zwar in der Tat nicht auf rein innerstaatliche Sachverhalte anwendbar

26 – Urteile *Telaustria* und *Telefonadress* (zitiert in Fußnote 17, Randnr. 61) und *H1* (zitiert in Fußnote 25, Randnr. 45); Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-275/98 (*Unitron Scandinavia* und 3-S, Slg. 1999, I-8291, Randnr. 31).

27 – Urteil *Telaustria* und *Telefonadress* (zitiert in Fußnote 17, Randnr. 62).

sind<sup>28</sup>. Wie jedoch die Kommission, die *Parking Brixen GmbH* und die österreichische Regierung zutreffend bemerkt haben, wirkt sich im öffentlichen Auftragsrecht eine etwaige Verletzung des Transparenzgebots nicht nur auf inländische Unternehmen wie die *Parking Brixen GmbH*, sondern auf alle potenziellen Interessenten aus, auch auf mögliche Bieter aus anderen Mitgliedstaaten<sup>29</sup>. Ein etwaiger Mangel an Öffentlichkeit berührt damit immer zugleich auch potenzielle Interessenten aus anderen Mitgliedstaaten in ihren Grundfreiheiten.

## 2. Mögliche Ausnahme für Geschäfte mit eigenen Tochtergesellschaften: die Teckal-Rechtsprechung

40. Zu erörtern bleibt allerdings, ob ein öffentlicher Auftraggeber von den beschriebenen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht ausnahmsweise befreit sein kann, wenn er Leistungen durch von ihm selbst kontrollierte Stellen erbringen lässt.

28 – Ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt das Urteil vom 16. Dezember 2004 in der Rechtssache C-293/03 (*My*, Slg. 2004, I-12013, Randnr. 40). Speziell zur Niederlassungs- und zur Dienstleistungsfreiheit vgl. bereits das Urteil vom 7. Februar 1979 in der Rechtssache 115/78 (*Knoors*, Slg. 1979, 399, Randnr. 24, erster Halbsatz).

29 – Vgl. auch das Urteil vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94 (*Kommission/Belgien*, Slg. 1996, I-2043, Randnr. 33), wonach in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen von der Vergabe eines Auftrags unmittelbar oder mittelbar betroffen sein könnten. Dementsprechend müssen Anforderungen an das Vergabeverfahren unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder dem Ort der Niederlassung der Bieter eingehalten werden. Diese Überlegung trifft nicht nur auf die Anforderungen der vergaberechtlichen Richtlinien zu, sondern lässt sich auch auf Fälle wie den vorliegenden übertragen, in denen allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts Anwendung finden sollen.

41. Beabsichtigt der öffentliche Auftraggeber hierzu die Einschaltung eines organisatorisch verselbständigten öffentlichen Unternehmens, namentlich einer seiner Tochtergesellschaften, so scheint die Antwort zunächst klar auf der Hand zu liegen: Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen, der insbesondere in Artikel 86 Absatz 1 EG zum Ausdruck kommt, dürfen öffentliche Unternehmen — vorbehaltlich der in Artikel 86 Absatz 2 EG enthaltenen Ausnahmen — nicht besser behandelt werden als die private Konkurrenz. Ein öffentlicher Auftraggeber darf also nicht kurzerhand ein von ihm selbst kontrolliertes Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen betrauen, ohne zuvor andere mögliche Bewerber überhaupt in Erwägung zu ziehen und zu diesem Zweck ein transparentes Auswahlverfahren durchzuführen.

42. Andererseits steht es der öffentlichen Hand selbstverständlich auch frei, die ihr obliegenden Aufgaben gänzlich *mit eigenen Mitteln*, d. h. hausintern zu erfüllen, ohne überhaupt auf Leistungen rechtlich selbständiger — öffentlicher oder privater — Unternehmen zurückzugreifen. Dann unterliegt sie auch nicht den Bindungen des Vergaberechts<sup>30</sup> und des Artikels 86 EG.

43. Wie bereits eingangs erwähnt, bereitet die Abgrenzung zwischen solchen In-House-Geschäften und externen Vergabevorgängen im Einzelfall nicht selten Schwierigkeiten. Hierzu hat sich der Gerichtshof — im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/36 —

in seinem Urteil in der Rechtssache Teckal<sup>31</sup> grundlegend geäußert. Jenem Urteil kann entnommen werden, dass das Vergaberecht grundsätzlich zur Anwendung kommt, sobald *eine Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Personen*<sup>32</sup> getroffen wird, sobald also ein *Vertrag* vorliegt.

44. Ausschlaggebend für die Anwendung des Vergaberechts sind aber nicht nur rein formale Gesichtspunkte, sondern auch eine wertende Betrachtungsweise. Selbst wenn nämlich beide Partner eines Rechtsgeschäfts der Form nach jeweils eigene Rechtspersönlichkeit haben, kann die zwischen ihnen durchgeführte Transaktion gleichwohl ausnahmsweise einem hausinternen Geschäft gleichgestellt werden, und zwar sofern zwei von der Rechtsprechung entwickelte, kumulative Kriterien erfüllt sind<sup>33</sup>:

— Der öffentliche Auftraggeber<sup>34</sup> muss über seinen Geschäftspartner<sup>35</sup> eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über seine eigenen Dienststellen (*erstes Teckal-Kriterium*) und

31 — Urteil Teckal (zitiert in Fußnote 2, Randnrn. 46, 49 und 50).

32 — Was den persönlichen Anwendungsbereich betrifft, so ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass ein Vertragspartner ein öffentlicher Auftraggeber ist (Urteile Teckal, zitiert in Fußnote 2, Randnr. 42, zweiter Satz, und Stadt Halle, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 47; vgl. ferner Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-94/99, ARGE, Slg. 2000, I-11037, Randnr. 40).

33 — Die Kriterien in ihrer ursprünglichen Fassung finden sich in Randnr. 50, zweiter Satz, des Urteils Teckal (zitiert in Fußnote 2) und werden auch im Urteil vom 13. Januar 2005 in der Rechtssache C-84/03 (Kommission/Spanien, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 38) erwähnt. Im Urteil Stadt Halle (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 49, zweiter Satz) werden diese Kriterien fortgeführt, jedoch in sprachlich leicht veränderter Fassung. Letztere Fassung liegt den folgenden Ausführungen zugrunde, sofern nicht anders gekennzeichnet.

34 — Wörtlich benutzt das Urteil Stadt Halle die schwerfällige Formulierung „öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist“, das Urteil Teckal spricht — zugeschnitten auf den dortigen Sachverhalt — von einer „Gebietskörperschaft“.

35 — Wörtlich wird der Geschäftspartner im Urteil Teckal als „fragliche Person“, im Urteil Stadt Halle als „fragliche Einrichtung“ bezeichnet.

30 — Urteil Stadt Halle (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 48).

— dieser Geschäftspartner muss seinerseits seine Tätigkeit im Wesentlichen für<sup>36</sup> den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichten, die seine Anteile innehaben (*zweites Teckal-Kriterium*).

sinnige Ergebnis, dass öffentliche Auftraggeber *außerhalb* des Anwendungsbereichs der Richtlinien strengerer Anforderungen unterlägen als innerhalb, nämlich einer dann *ausnahmslos* geltenden Pflicht zur Herstellung von Transparenz und Öffentlichkeit.

45. Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof inzwischen nicht nur auf die Richtlinie 93/36, sondern auch auf die Richtlinien 92/50 und 93/37/EWG<sup>37</sup> angewandt<sup>38</sup>.

46. Ebenso sind die Teckal-Kriterien auf Fälle wie den vorliegenden zu übertragen, die keiner der Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen unterliegen<sup>39</sup>. Denn wenn schon die vergaberechtlichen Richtlinien mit ihren detaillierten Anforderungen an das Vergabeverfahren Ausnahmen für In-House-Geschäfte zulassen, so muss dies erst recht auch dort gelten, wo ohnehin weniger detaillierte Verfahrensanforderungen — lediglich allgemeine, aus dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot folgende Anforderungen — zur Anwendung kommen. Andernfalls entstünde das wider-

47. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die vergaberechtlichen Richtlinien ihrerseits lediglich der Verwirklichung von Grundregeln des EG-Vertrags dienen, wie sie sich insbesondere aus den Grundfreiheiten ergeben<sup>40</sup>. Ausnahmen von den Richtlinien sind also letztlich Ausnahmen von jenen Grundsätzen. Auch dies spricht für eine Übertragung der Teckal-Rechtsprechung auf Fälle, in denen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot sich unmittelbar aus den Grundfreiheiten ableiten und nicht erst durch die vergaberechtlichen Richtlinien konkretisiert werden.

48. Ob allerdings die beiden Teckal-Kriterien in einem konkreten Fall wie dem vorliegenden erfüllt sein können, so dass die von der Gemeinde Brixen, der Stadtwerke Brixen AG und der italienischen Regierung behauptete Befreiung des öffentlichen

36 — Der Gebrauch des Wortes „mit“ im Urteil Stadt Halle und in den meisten Sprachfassungen des Urteils Teckal ist sprachlich ungewöhnlich, wenn man bedenkt, dass es sich regelmäßig nicht um ein Zusammenwirken zweier Unternehmen, sondern um eine Beziehung handelt, in der ein öffentliches Unternehmen *für* die hinter ihm stehende öffentliche Einrichtung, im Normalfall eine Gebietskörperschaft, bestimmte Aufgaben erfüllt oder Leistungen erbringt.

37 — Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54), zwischenzeitlich aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie 2004/18.

38 — Zur Richtlinie 92/50 vgl. das Urteil Stadt Halle (zitiert in Fußnote 4, Randnrn. 47 und 49); eine Andeutung im selben Sinne fand sich auch bereits im Urteil ARGE (zitiert in Fußnote 32, Randnr. 40). Zur Richtlinie 93/37 vgl. das Urteil Kommission/Spanien (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 39).

39 — Zur Unanwendbarkeit der Richtlinie 92/50 in einem Fall wie dem vorliegenden vgl. die Ausführungen zur ersten Frage (Nrn. 27 bis 33 dieser Schlussanträge).

40 — Vgl. dazu etwa die sechste Begründungserwägung der Richtlinie 92/50 und die zweite Begründungserwägung der Richtlinie 2004/18 sowie die Urteile vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-380/98 (University of Cambridge, Slg. 2000, I-8035, Randnr. 16) und vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-470/99 (Universale-Bau u. a., Slg. 2002, I-11617, Randnr. 51). Vgl. ferner Nrn. 35 bis 37 dieser Schlussanträge.

Auftraggebers von den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts eintreten kann, hängt von einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls ab.

a) Erstes Teckal-Kriterium: Ähnliche Kontrolle wie über eigene Dienststellen

49. Gemäß dem ersten Teckal-Kriterium setzt die Gleichstellung mit einem hausinternen Geschäft voraus, dass der öffentliche Auftraggeber über seinen Geschäftspartner eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.

50. Ob dies mit Blick auf ein Unternehmen wie die Stadtwerke Brixen AG bejaht werden kann, wird von der Kommission aus zweierlei Gründen bezweifelt: Erstens muss das Kapital der Stadtwerke Brixen AG in der Zukunft kraft gesetzlicher Verpflichtung möglicherweise für die Beteiligung Dritter geöffnet werden, und zweitens können die Organe dieser Aktiengesellschaft die laufenden Geschäfte weitgehend eigenständig führen. Den zweiten Gesichtspunkt haben auch die Parking Brixen GmbH und die österreichische Regierung angesprochen.

i) Der Ausschluss einer ähnlichen Kontrolle wie über eigene Dienststellen bei Beteiligung Privater

51. Ausgangspunkt der Überlegungen sollte das kürzlich ergangene Urteil in der Rechts-

sache Stadt Halle sein. In ihm hat der Gerichtshof das erste Teckal-Kriterium dahin gehend präzisiert, dass bei jeglicher Beteiligung von Privaten, selbst im Fall einer bloßen Minderheitsbeteiligung, eine *Kontrolle ähnlich wie über eigene Dienststellen* ausgeschlossen ist<sup>41</sup>.

52. Diese Klarstellung zeigt, dass die Rechtsprechung mit dem Kriterium der Kontrolle *ähnlich wie über eigene Dienststellen* einen strengeren Maßstab anlegt als etwa im Wettbewerbsrecht üblich. Dass also der öffentliche Auftraggeber über eine Mehrheitsbeteiligung am Kapital seiner Tochtergesellschaft verfügt, dass er die Mehrheit der Stimmrechte ausübt und die Mehrheit der Vertreter in den Organen dieses Unternehmens stellt, all dies mag — ebenso wie etwaige Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern — Rückschlüsse auf das Bestehen von Kontrolle im Sinne des Wettbewerbsrechts zulassen<sup>42</sup> und die Tochtergesellschaft zu einem öffentlichen Unternehmen im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 EG machen<sup>43</sup>; für die Annahme einer weitergehenden Kontrolle *ähnlich wie über eigene Dienststellen* reichen derartige Anhaltspunkte jedoch noch nicht aus.

53. Schon die bloße Präsenz eines privaten Dritten, und sei es nur in Form einer

41 — Urteil Stadt Halle (zitiert in Fußnote 4, Randnrn. 49 und 52).

42 — Vgl. dazu etwa — hinsichtlich des Begriffs der Kontrolle bei Unternehmenszusammenschlüssen — die Randnrn. 13, 14 und 18 ff. der Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 1998, C 66, S. 5).

43 — Vgl. auch Artikel 2 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. L 195, S. 35; zuletzt geändert durch die Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000, ABl. L 193, S. 75).

Minderheitsbeteiligung ohne Vetorechte, verhindert nämlich, dass der öffentliche Auftraggeber eine Kontrolle *ähnlich wie über eigene Dienststellen* ausüben kann. Denn die Präsenz eines privaten Dritten setzt stets ein Mindestmaß an Rücksichtnahme der öffentlichen Hand auf dessen wirtschaftliche Interessen voraus — nur dann wird nämlich ein privater Dritter der öffentlichen Hand sein Know-how oder seine Finanzkraft überhaupt zur Verfügung stellen. Wird also ein privater Dritter — gegebenenfalls nach Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung — an einem Unternehmen beteiligt, so kann die Rücksichtnahme auf dessen wirtschaftliche Interessen die öffentliche Hand von einer vollen Durchsetzung ihrer öffentlich-rechtlichen Interessen abhalten, mag diese auch rein rechtlich möglich sein. Durch diese Verbindung öffentlicher und privater Interessen unterscheiden sich so genannte gemischtwirtschaftliche Unternehmen wesentlich von bloßen Dienststellen der Verwaltung<sup>44</sup>.

54. Da also gemischtwirtschaftliche Unternehmen von der öffentlichen Hand *nicht* ähnlich wie eigene Dienststellen kontrolliert werden können, unterliegen alle Rechtsgeschäfte öffentlicher Auftraggeber mit ihren gemischtwirtschaftlichen Tochtergesellschaften grundsätzlich den Vorgaben des Rechts der öffentlichen Aufträge, insbesondere dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot.

44 — Dies wird auch im Urteil Stadt Halle (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 50) angedeutet. Zum Begriff des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens vgl. etwa Nr. 58 der Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl in der Rechtssache Stadt Halle (zitiert in Fußnote 3).

ii) Die künftige Öffnung des Gesellschaftskapitals für die Beteiligung Dritter

55. Die Stadtwerke Brixen AG war zum Zeitpunkt der Übernahme der beiden Parkplätze und auch darüber hinaus *kein* solches gemischtwirtschaftliches Unternehmen, sondern eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Gemeinde Brixen. Jedoch sollte die Gemeinde ihre Stellung als alleinige Aktionärin bis spätestens zwei Jahre nach der Umwandlung des ehemaligen Eigenbetriebs zugunsten einer bloßen Mehrheitsbeteiligung aufgeben<sup>45</sup>.

56. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens stets *ex ante*, also zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zu beurteilen. Denn sowohl aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers und seines Geschäftspartners als auch aus der Sicht nicht berücksichtigter Wettbewerber muss bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststellbar sein, ob ein Vergabeverfahren durchzuführen war oder nicht. Die Berücksichtigung späterer Umstände kommt allenfalls dann in Betracht, wenn ihr Eintreten bereits zum Zeitpunkt der Vergabe sicher vorhersehbar war.

45 — Vgl. Artikel 115 des Decreto legislativo 267/2000 einerseits und Artikel 88 Absatz 6 Buchstabe b der Gemeindeordnung sowie Artikel 5 Absatz 2 der Satzung der Stadtwerke Brixen AG andererseits.

57. Sicher vorhersehbar wäre der Verlust der 100 %igen Beteiligung der Gemeinde an ihrer Tochtergesellschaft jedenfalls dann gewesen, wenn der Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung durch einen *konkreten Dritten* bereits *unmittelbar bevorgestanden hätte*.

58. Noch weiter gehend meint allerdings die Kommission, dass in einem Fall wie dem vorliegenden allein schon aufgrund der bestehenden Gesetzeslage der Verlust der 100%-igen Beteiligung der Gemeinde hinreichend vorhersehbar war und deshalb bereits zum Zeitpunkt der Übertragung der Parkplätze hätte Berücksichtigung finden müssen.

59. Aus einer gesetzlichen Bestimmung wie Artikel 115 des Decreto legislativo 267/2000 folgt jedoch — wenn überhaupt<sup>46</sup> — lediglich eine *Verpflichtung*, innerhalb einer bestimmten Frist Aktien zu verkaufen. Ob und wann es aber *tatsächlich* zu einem derartigen Verkauf und zur Übertragung der Gesellschaftsanteile an einen Dritten kommt, hängt von zahlreichen weiteren Umständen ab, über deren Eintritt die bloße Existenz dieser gesetzlichen Verpflichtung noch nichts aussagt. Insbesondere kann es keineswegs ausgeschlossen werden, dass sich gar kein Interessent findet, der bereit wäre, sich zu den ihm angebotenen Konditionen an dem

betreffenden Unternehmen zu beteiligen. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch im vorliegenden Fall besonders anschaulich: Nach den Angaben der Gemeinde Brixen und der Stadtwerke Brixen AG in der mündlichen Verhandlung ist bis heute kein Dritter am Kapital der Stadtwerke Brixen AG beteiligt.

60. Auch die Interessenlage der Beteiligten ist zu jenem Zeitpunkt noch nicht mit der in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vergleichbar. Denn solange lediglich eine Verpflichtung zur *späteren* Öffnung des Kapitals der Tochtergesellschaft besteht, sich aber noch kein konkreter Dritter als Partner gefunden hat, ist der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen bzw. Konzessionen an seine Tochtergesellschaft noch nicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen dieses privaten Investors veranlasst.

61. Die Kommission äußert die Besorgnis, dass *während der Laufzeit* einer erteilten (ggf. langfristigen<sup>47</sup>) Konzession ein Dritter in die Aktiengesellschaft eintreten und dann über seine Unternehmensbeteiligung auch am wirtschaftlichen Ertrag der Konzession partizipieren könnte. Der hiermit zusammenhängenden Gefahr einer Bevorzugung des späteren privaten Investors gegenüber anderen privaten Unternehmern<sup>48</sup> muss aber nicht schon zum Zeitpunkt der Vergabe der Konzession selbst an die kommunale Tochtergesellschaft begegnet werden, sondern es genügen entsprechende *Vorkehrun-*

46 — Wie sich in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof gezeigt hat, besteht im vorliegenden Fall zwischen den Verfahrensbeteiligten Streit darüber, ob Artikel 115 des Decreto legislativo 267/2000 überhaupt eine gesetzliche *Verpflichtung* der Gemeinde zur Öffnung des Gesellschaftskapitals der Stadtwerke Brixen AG begründet oder aber die Gemeinde auch dauerhaft einzige Aktionärin bleiben darf. Die Gemeinde Brixen beruft sich insoweit auf Artikel 2362 des italienischen Zivilgesetzbuchs (Codice civile, in der Fassung des Decreto legislativo Nr. 6 des Präsidenten der Republik vom 17. Januar 2003, veröffentlicht in GURI Nr. 17 vom 22. Januar 2003, Ordentliches Beiblatt Nr. 8), wonach in Italien Aktiengesellschaften auch aus einem einzigen Aktionär bestehen können.

47 — Im vorliegenden Fall wurde hinsichtlich des Parkplatzes auf der Parzelle 491/6 eine Laufzeit von neun Jahren vereinbart, vgl. Nr. 14 dieser Schlussanträge.

48 — Urteil Stadt Halle (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 51).



gen zum Zeitpunkt der Auswahl des Dritten, d. h. vor der Übertragung des Gesellschaftsanteils an ihn. Denn die Grundfreiheiten<sup>49</sup> verlangen bei der Beteiligung eines privaten Dritten an einem öffentlichen Unternehmen die Einhaltung des Diskriminierungsverbots und des Transparenzgebots, insbesondere die Herstellung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit<sup>50</sup>.

62. Aus den vorstehenden Gründen kann allein die gesetzliche Verpflichtung, das Kapital einer Gesellschaft innerhalb einer bestimmten Frist für die Beteiligung Dritter zu öffnen, noch nicht ausschließen, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt.

iii) Die Befugnis der Organe einer Aktiengesellschaft, die laufenden Geschäfte eigenständig zu führen

63. Zweifel am Bestehen einer ähnlichen Kontrolle wie über eigene Dienststellen können aber, ganz abgesehen von den Beteiligungsverhältnissen, auch allgemein aus der Tatsache folgen, dass es sich bei einem Unternehmen wie der Stadtwerke Brixen AG um eine Aktiengesellschaft handelt, deren Organe die laufenden Geschäfte

weitgehend eigenständig führen dürfen<sup>51</sup>. Diese Zweifel haben nicht nur die Parking Brixen GmbH, die österreichische Regierung und die Kommission geäußert, sondern auch das vorliegende Gericht.

64. In diesem Zusammenhang sollte zwischen dem Außenverhältnis des öffentlichen Unternehmens zu anderen Marktteilnehmern und seinem Innenverhältnis zur Gemeinde unterschieden werden.

65. Das Bestehen weitgehender Handlungsvollmachten der Organe eines öffentlichen Unternehmens *im Außenverhältnis* schließt noch keineswegs aus, dass dieses Unternehmen von der Gemeinde ähnlich wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wird. Derartige Befugnisse im Außenverhältnis sind vielmehr in aller Regel erforderlich, um Handlungsfähigkeit zu gewährleisten, die Führung der laufenden Geschäfte nicht zu beeinträchtigen und nicht zuletzt auch die Interessen Dritter zu schützen<sup>52</sup>. Es ist auch in der Verwaltung selbst durchaus nicht unüblich, dass einzelnen Amtsträgern, etwa dem Bürgermeister einer Gemeinde, dem Landrat eines Kreises oder den Leitern staatlicher Behörden relativ weitreichende Befugnisse zukommen, die jeweilige Körperschaft *nach außen* zu vertreten.

51 — Wie das vorliegende Gericht in seiner zweiten Frage betont, hat der Verwaltungsrat der Stadtwerke Brixen AG „alle weitgehenden Vollmachten der ordentlichen Verwaltung inne ... bis zu einem Wert von 5 000 000 Euro pro Geschäftsfall“.

52 — Vgl. Artikel 9 und die zweite Begründungserwägung der Ersten Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl. L 65, S. 8, im Folgenden: Richtlinie 68/151).

49 — Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 EG) bzw. freier Kapitalverkehr (Artikel 56 Absatz 1 EG).

50 — Vgl. dazu die Nrn. 35 bis 39 dieser Schlussanträge.

66. Bedeutsamer für die hier interessierende Frage der *Kontrolle* ist deshalb das *Innenverhältnis* zwischen einer Gemeinde und einem Unternehmen wie der Stadtwerke Brixen AG. Hierzu äußert das vorlegende Gericht die Ansicht, dass die Stadtwerke Brixen AG im Vergleich zu ihrem Rechtsvorgänger, dem Eigenbetrieb Stadtwerke Brixen, einen deutlichen Zuwachs an Autonomie erlangt habe. Während nämlich der Eigenbetrieb der direkten Kontrolle und Einflussnahme des Gemeinderats unterlegen habe, stünden der Gemeinde gegenüber der Aktiengesellschaft lediglich die Mittel des Gesellschaftsrechts zur Verfügung. Ähnlich argumentieren die Kommission und die Parking Brixen GmbH.

67. Die Kontrolle der öffentlichen Hand über ihre eigenen Dienststellen ist rechtlich zumeist durch Weisungsrechte und Aufsichtsbefugnisse gekennzeichnet. Innerhalb derselben Behörde hat etwa die Behördenleitung regelmäßig das Weisungsrecht gegenüber den ihr unterstehenden Dienststellen. Im Verhältnis zu nachgeordneten Behörden besteht normalerweise ebenfalls ein Weisungsrecht oder jedenfalls die Möglichkeit der Kontrolle und Korrektur von Entscheidungen mit Hilfe von Aufsichtsbefugnissen.

68. Weisungs- oder Aufsichtsbefugnisse dieser Art dürften im Verhältnis zu den Leistungsorganen öffentlicher Unternehmen, jedenfalls wenn diese in Form einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiert sind, die Ausnahme darstellen. Verlangte man also,

dass der öffentlich-rechtliche Anteilseigner gegenüber seinem Geschäftspartner dieselben *rechtlichen* Möglichkeiten der Einflussnahme hat wie gegenüber eigenen Dienststellen, so wäre das erste Teckal-Kriterium im Verhältnis zu privatrechtlich organisierten Kapitalgesellschaften kaum jemals zu erfüllen. Öffentliche Auftraggeber müssten dann vor dem Abschluss von Verträgen mit ihren als Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung organisierten Tochtergesellschaften, *selbst als deren einzige Gesellschafter*, stets die Vorgaben des Vergaberechts beachten und müssten die Erfüllung ihrer Aufgaben möglicherweise an besser bietende private Dritte vergeben. Unter diesen Umständen käme schon die bloße Übertragung von Aufgaben auf solche Gesellschaften, und dies auch in so sensiblen Bereichen wie beispielsweise der Wasserversorgung, letztlich dem zwangsweisen *Einstieg in die Privatisierung dieser Aufgaben* gleich.

69. Zwar mag in bestimmten Fällen die Umwandlung von Eigenbetrieben in Aktiengesellschaften oder in Gesellschaften mit beschränkter Haftung tatsächlich als erster Schritt zur Privatisierung der jeweiligen Aufgaben gedacht sein. Dies ist jedoch nicht zwangsläufig so. Ebenso gut kann es sich auch um eine bloße interne Maßnahme der Reorganisation handeln, mit der etwa eine effizientere, da kostengünstigere Leistungserbringung sowie ein flexibleres Dienstrecht für die Beschäftigten angestrebt werden, ohne dass die betreffende Körperschaft damit notwendigerweise auch gleich die Erfüllung ihrer Aufgaben aus der Hand geben möchte. Wegen der anwendbaren bilanzrechtlichen Vorschriften kann außerdem die Wahl der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haf-

tung zu einem begrüßenswerten Zuwachs an Transparenz führen<sup>53</sup>.

70. Würde man nun die Vorgaben des Vergaberechts auch auf Rechtsgeschäfte zwischen öffentlichen Auftraggebern und ihren 100 %igen Tochtergesellschaften zur Anwendung bringen, so könnte die private Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung fortan nicht mehr zum Zweck einer rein internen Reorganisation eingesetzt werden. Der jeweiligen Körperschaft bliebe dann im Wesentlichen nur noch die Wahl zwischen der Privatisierung ihrer Aufgaben<sup>54</sup> und der hausinternen Erfüllung ihrer Aufgaben durch Dienststellen der Verwaltung oder durch Eigenbetriebe, welche in die Verwaltungshierarchie eingebunden sind und keine nennenswerte Eigenständigkeit haben. Bestehende Tochtergesellschaften könnten in einigen Fällen gar in einer Rückwärtsbewegung wieder in Eigenbetriebe umgewandelt werden.

71. Ein derart weitgehender Eingriff in die Organisationshoheit der Mitgliedstaaten und insbesondere in die Selbstverwaltung vieler

Gemeinden<sup>55</sup> wäre jedoch — auch mit Blick auf die Marktöffnungsfunktion des Vergaberechts — gar nicht erforderlich. Das Vergaberecht zielt nämlich darauf ab, eine transparente und diskriminierungsfreie Auswahl von Vertragspartnern überall dort sicherzustellen, wo sich die öffentliche Hand entschieden hat, Aufgaben mit Hilfe Dritter zu erfüllen. Hingegen ist es nicht Sinn und Zweck des Vergaberechts, „durch die Hintertür“ die Privatisierung auch solcher öffentlicher Aufgaben herbeizuführen, welche die öffentliche Hand weiterhin mit eigenen Mitteln erfüllen möchte<sup>56</sup>; dazu bedürfte es vielmehr konkreter Liberalisierungsschritte des Gesetzgebers<sup>57</sup>.

72. Ohnehin indiziert die Teckal-Rechtsprechung mit der Formulierung „eine ähnliche

55 — Als Anhaltspunkt hierzu kann die von den meisten Mitgliedstaaten im Rahmen des Europarats ratifizierte Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 15. Oktober 1985 gelten (SEV-Nr. 122). Deren Artikel 6 Absatz 1 verlangt, die kommunalen Gebietskörperschaften müssten „in der Lage sein, ihre internen Verwaltungsstrukturen selbst zu bestimmen, um sie den örtlichen Bedürfnissen anpassen und eine wirksame Geschäftsabwicklung gewährleisten zu können“. Die Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung wird überdies durch ihre ausdrückliche Erwähnung in Artikel 1-5 Absatz 1 des Vertrages über eine Verfassung für Europa unterstrichen (unterzeichnet in Rom am 29. Oktober 2004, ABl. C 310, S. 1).

56 — Vgl. dazu auch Nr. 42 dieser Schlussanträge.

57 — In diesem Zusammenhang sei etwa an die Liberalisierungsschritte im Telekommunikationssektor erinnert, vgl. zuletzt die Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. L 249, S. 21). Vgl. außerdem den geänderten Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen (KOM[2002] 107 endg., ABl. 2002, C 151 E, S. 146).

53 — Vgl. insbesondere die Artikel 2 ff. der Richtlinie 68/151 sowie die Artikel 2 und 47 der Vierten Richtlinie 78/660/EWG vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (ABl. L 222, S. 11).

54 — Ein von der öffentlichen Hand kontrolliertes Unternehmen in Form der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung müsste sich gegebenenfalls als einer von mehreren potenziellen Bietern um den fraglichen Auftrag oder die fragliche Konzession bewerben.

Kontrolle ... wie<sup>58</sup>, dass die Möglichkeiten der Einflussnahme auf eigene Dienststellen und auf öffentliche Unternehmen nicht identisch sein müssen. Entscheidend für die Vergleichbarkeit eines Unternehmens mit einer Verwaltungsdienststelle oder aber mit anderen Marktteilnehmern ist nicht, ob die öffentliche Hand *formal betrachtet* dieselben *rechtlichen* Einflussmöglichkeiten hat wie gegenüber ihren eigenen Dienststellen, beispielsweise ein Weisungsrecht im Einzelfall. Entscheidend ist vielmehr, ob der öffentliche Auftraggeber *tatsächlich* jederzeit in der Lage ist, in jenem Unternehmen seinen im öffentlichen Interesse liegenden Zielen in vollem Umfang Geltung zu verschaffen. Nur wenn ein Unternehmen in Wirklichkeit so weit *verselbständigt* (autonom)<sup>59</sup> ist, dass der öffentliche Auftraggeber nicht mehr in der Lage ist, innerhalb dieses Unternehmens seinen Interessen in vollem Umfang Geltung zu verschaffen, kann von einer Kontrolle ähnlich wie über eigene Dienststellen nicht mehr gesprochen werden.

73. Diese interessenorientierte Sichtweise wird besonders im Urteil Stadt Halle deutlich<sup>60</sup>, wo zur Auslegung des ersten Teckal-Kriteriums ganz maßgeblich auf die *Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen* Bezug genommen wird. Im Sinne des Urteils Stadt Halle diktiert das Erfordernis, diese öffentlichen Interessen durchzusetzen, welche Möglichkeiten der Einflussnahme die

öffentliche Hand gegenüber ihren Dienststellen tatsächlich benötigt<sup>61</sup>.

74. Was nun diese tatsächlichen Einflussmöglichkeiten anbelangt, so gilt das in Nummer 53 dieser Schlussanträge Gesagte entsprechend: Ist ein privater Dritter an einem Unternehmen beteiligt, und sei es auch nur in Form einer bloßen Minderheitsbeteiligung, so kann die Rücksichtnahme auf dessen wirtschaftliche Interessen die öffentliche Hand von einer vollen Durchsetzung ihrer im öffentlichen Interesse liegenden Ziele abhalten, mag diese auch rein rechtlich möglich sein. Ist hingegen der öffentliche Auftraggeber der alleinige Anteilseigner seiner Tochtergesellschaft, so können seine Interessen und die der Tochtergesellschaft normalerweise als im Wesentlichen deckungsgleich angesehen werden, selbst wenn die Tochtergesellschaft in Form einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiert ist. Insbesondere partizipiert der alleinige Anteilseigner wirtschaftlich zu 100 % an den erzielten Gewinnen und kann allein über deren Verwendung entscheiden.

75. Ist aber eine Rücksichtnahme auf wirtschaftliche Interessen privater Dritter nicht erforderlich, weil die öffentliche Hand 100 % der Gesellschaftsanteile hält, so lässt sich die Durchsetzung öffentlicher Interessen in der Gesellschaft auch ohne eine Weisungsbefugnis im technischen Sinne bereits mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts und insbesondere durch die Präsenz ausschließlich

58 — Hervorhebung von mir. Anders als in den meisten Sprachfassungen des Urteils Teckal fehlte in der deutschen Version dort noch das Wort „ähnlich“. Diese Unstimmigkeit wurde im Urteil Stadt Halle bereinigt.

59 — Im Urteil Teckal (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 51) findet sich dazu der Begriff der *eigenen Entscheidungsgewalt* gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber (in der französischen Sprachfassung wird das Adjektiv *autonome* gebraucht, in der Verfahrenssprache Italienisch das Adjektiv *autonomo*).

60 — Urteil Stadt Halle (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 50).

61 — Wörtlich heißt es im Urteil Stadt Halle (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 50): „[D]ie Beziehung zwischen einer öffentlichen Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, und ihren Dienststellen [wird] durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt ..., die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.“

von der öffentlichen Hand benannter Vertreter in den Organen der Gesellschaft hinreichend sicherstellen. Es erschiene äußerst fernliegend, dass diese Organe, die sich im Normalfall zudem durch eine enge personelle Verflechtung mit der öffentlichen Hand auszeichnen, bei der laufenden Geschäftsführung in einem Maß von den Vorstellungen der sie entsendenden Gebietskörperschaft abweichen, welches die Durchsetzung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen vereiteln könnte. Auch müssten die betreffenden Mandatsträger dann für die Zukunft befürchten, abberufen bzw. jedenfalls nicht wieder ernannt zu werden.

76. Aus dem Umstand allein, dass es sich bei einer Gesellschaft wie der Stadtwerke Brixen AG um eine Aktiengesellschaft handelt, deren Organe weitreichende Befugnisse in der laufenden Geschäftsführung haben, kann jedenfalls nicht gefolgert werden, dass diese Gesellschaft gegenüber ihrem öffentlich-rechtlichen Anteilseigner autonom sei und dieser über sie keine ähnliche Kontrolle mehr hätte wie über seine eigenen Dienststellen.

b) Zweites Teckal-Kriterium: Tätigkeit des Geschäftspartners im Wesentlichen für seinen oder seine öffentlich-rechtlichen Anteilseigner

77. Gemäß dem zweiten Teckal-Kriterium setzt die Gleichstellung mit einem hausinternen Geschäft überdies voraus, dass der Geschäftspartner des öffentlichen Auftraggebers seine Tätigkeit im Wesentlichen für

den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichtet, die seine Anteile innehaben.

78. Im Vorabentscheidungsersuchen zitiert das vorlegende Gericht lediglich aus den Bestimmungen der Satzung der Stadtwerke Brixen AG. Danach besteht der sachliche Wirkungsbereich dieser Gesellschaft aus einer umfangreichen Liste von Tätigkeiten, die im Wesentlichen der Daseinsvorsorge zugerechnet werden können, wobei diese Tätigkeiten auf lokaler, nationaler und internationaler Ebene ausgeübt werden können<sup>62</sup>.

79. Die Aussagekraft derartiger Satzungsbestimmungen ist indes gering. Denn zum einen zeichnen sich Satzungsbestimmungen nicht selten durch eine besonders weite Formulierung aus, die nicht notwendigerweise nur gegenwärtige, sondern auch mögliche künftige Aktivitäten der Gesellschaft abdecken soll. Zum anderen könnten selbst satzungsmäßige *Beschränkungen* des Betätigungsfeldes einer Aktiengesellschaft nicht Dritten entgegengehalten werden<sup>63</sup> — mit der Satzung geben die Aktionäre der Gesellschaft lediglich im Innenverhältnis den Rahmen vor, innerhalb dessen sich ihre Tätigkeit bewegen darf.

80. Hielte man also die rein rechtlich (nach dem Gesetz und der Satzung der Gesellschaft) zulässigen, in der Regel relativ weiten

62 — Vgl. dazu im Einzelnen Nr. 19 dieser Schlussanträge.

63 — Artikel 9 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 68/151.

Betätigungsfelder einer Aktiengesellschaft oder auch einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für maßgeblich, so wäre es praktisch ausgeschlossen, dass solche Unternehmen das zweite Teckal-Kriterium erfüllen. Öffentliche Auftraggeber müssten dann vor dem Abschluss von Verträgen mit ihren Tochtergesellschaften stets die Vorgaben des Vergaberechts beachten, sofern diese als Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung organisiert wären. Dies würde die Wahl der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung deutlich weniger attraktiv machen<sup>64</sup>. Ein derart weit gehender Eingriff in die Organisationshoheit der Mitgliedstaaten und insbesondere in die Selbstverwaltung vieler Gemeinden wäre mit Blick auf die Marktöffnungsfunktion des öffentlichen Auftragsrechts nicht erforderlich.

81. Vielmehr reicht es aus, sich an der *tatsächlichen Betätigung* des jeweiligen Unternehmens zu orientieren<sup>65</sup>. Denn unabhängig von seiner rechtlichen Organisationsform gibt die tatsächliche Betätigung eines Unternehmens am besten Aufschluss darüber, ob dieses Unternehmen sich wie andere auf dem Markt bewegt oder aber so stark mit der öffentlichen Hand verflochten ist, dass Verträge zwischen ihm und dem öffentlichen Auftraggeber hausinternen Vorgängen gleichgestellt werden können und deshalb eine Ausnahme von den Vorgaben des Vergaberechts rechtfertigen.

82. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass eine Ausnahme von den Vorgaben des Vergaberechts nach dem zweiten Teckal-Kriterium bereits dann möglich ist, wenn das betreffende Unternehmen seine Tätigkeit *im Wesentlichen* für den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichtet, die seine Anteile innehaben. Ein etwaiges Tätigwerden im Auftrag von Dritten ist also unschädlich, sofern es lediglich von untergeordneter Bedeutung ist.

83. Um dies zu beurteilen, kommt es, wie schon einleitend ausgeführt, auf eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls an. Soll eine Transaktion einem hausinternen Vorgang entsprechen, so muss der Geschäftspartner des öffentlichen Auftraggebers seine Tätigkeit sowohl in *quantitativer* als auch in *qualitativer* Hinsicht im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichten, die seine Anteile innehaben<sup>66</sup>. Ein erster Anhaltspunkt kann insoweit der Anteil des Umsatzes sein, welchen dieses Unternehmen mit den Aufträgen seiner öffentlich-rechtlichen Anteilseigner erzielt. Hat ein Unternehmen — wie etwa die Stadtwerke Brixen AG — mehrere Betätigungsfelder, so ist ferner in Rechnung zu stellen, in wie vielen dieser Geschäftsbereiche das Unternehmen im Wesentlichen für öffentlich-rechtliche Anteilseigner tätig wird und welches Ge-

64 — Vgl. dazu auch die Nrn. 68 bis 71 dieser Schlussanträge.

65 — Auch Generalanwältin Stix-Hackl betont in Nr. 83 ihrer Schlussanträge in der Rechtssache Stadt Halle (zitiert in Fußnote 3), dass es auf die tatsächlichen Tätigkeiten ankommt und nicht auf die nach Gesetz oder Unternehmenssatzung möglichen Tätigkeiten.

66 — So auch Generalanwältin Stix-Hackl in Nr. 89 ihrer Schlussanträge in der Rechtssache Stadt Halle (zitiert in Fußnote 3).

wicht jeweils diese Geschäftsbereiche für das Unternehmen haben<sup>67</sup>.

c) Zwischenergebnis

86. Zusammenfassend gilt also:

84. Einer vertieften Untersuchung bedarf auch der örtliche Aktionsradius von Unternehmen wie der Stadtwerke Brixen AG. Denn der bloße Umstand, dass ein kommunales öffentliches Unternehmen über die Grenzen einer Gemeinde hinaus aktiv wird oder aktiv werden kann, schließt nicht notwendigerweise aus, dass es seine Tätigkeit *im Wesentlichen für diese Gemeinde* verrichtet. Vielmehr wäre zu prüfen, welchen Stellenwert in quantitativer und in qualitativer Hinsicht ein etwaiges Tätigwerden des Unternehmens außerhalb der Gemeindegrenzen im Vergleich zur Tätigkeit für seinen oder seine öffentlich-rechtlichen Anteilseigner hat.

Vergibt eine Gemeinde den Betrieb eines öffentlichen entgeltspflichtigen Parkplatzes ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens an eine Aktiengesellschaft, deren alleinige Aktionärin sie ist, so verstößt dies nicht gegen die Artikel 43 EG, 49 EG und 86 EG, sofern die Gemeinde über diese Aktiengesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Aktiengesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gemeinde verrichtet.

85. Der Umstand allein, dass das satzungsmäßige Betätigungsfeld einer Aktiengesellschaft wie der Stadtwerke Brixen AG in sachlicher Hinsicht weit ist und in örtlicher Hinsicht auch ein Tätigwerden über die Gemeindegrenzen hinaus erlaubt, schließt jedenfalls nicht aus, dass diese Aktiengesellschaft ihre Tätigkeit tatsächlich im Wesentlichen für die Gemeinde verrichtet, die ihre Anteile innehat.

Die Ausübung einer ähnlichen Kontrolle wie über eigene Dienststellen ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, das Kapital dieser Aktiengesellschaft innerhalb einer bestimmten Frist in der Zukunft für die Beteiligung Dritter zu öffnen oder weil die Organe dieser Aktiengesellschaft weitreichende Befugnisse in der laufenden Geschäftsführung haben.

Eine Tätigkeit im Wesentlichen für die Gemeinde ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil nach der Satzung dieser Aktiengesellschaft ihr mögliches Betätigungsfeld in sachlicher wie örtlicher Hinsicht weit ist; vielmehr kommt es auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit an.

67 — In einem Fall wie dem vorliegenden wäre beispielsweise auch zu prüfen, welchen Stellenwert für die Tätigkeit des Unternehmens die neuen Arbeitsbereiche haben, die der Stadtwerke Brixen AG in ihrer Satzung zusätzlich zu denen des früheren Sonderbetriebs zugewiesen wurden (namentlich Informatik und Telekommunikation) und in wessen Auftrag das Unternehmen insoweit tätig wird.

## VI — Ergebnis

87. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des Verwaltungsgerichts Autonome Sektion für die Provinz Bozen wie folgt zu antworten:

- 1) Es handelt sich nicht um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, sondern um eine von dieser Richtlinie nicht erfasste Dienstleistungskonzession, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Unternehmer mit dem Betrieb eines öffentlichen Parkplatzes beauftragt, dieser Unternehmer für die Benutzung des Parkplatzes ein Entgelt erheben darf und er sich im Gegenzug dazu verpflichtet, dem öffentlichen Auftraggeber eine jährliche Entschädigung zu zahlen.
- 2) Vergibt eine Gemeinde den Betrieb eines öffentlichen entgeltpflichtigen Parkplatzes ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens an eine Aktiengesellschaft, deren alleinige Aktionärin sie ist, so verstößt dies nicht gegen die Artikel 43 EG, 49 EG und 86 EG, sofern die Gemeinde über diese Aktiengesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Aktiengesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gemeinde verrichtet.

Die Ausübung einer ähnlichen Kontrolle wie über eigene Dienststellen ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, das Kapital dieser Aktiengesellschaft innerhalb einer bestimmten Frist in der Zukunft für die Beteiligung Dritter zu öffnen oder weil die Organe dieser Aktiengesellschaft weitreichende Befugnisse in der laufenden Geschäftsführung haben.

Eine Tätigkeit im Wesentlichen für die Gemeinde ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil nach der Satzung dieser Aktiengesellschaft ihr mögliches Betätigungsfeld in sachlicher wie örtlicher Hinsicht weit ist; vielmehr kommt es auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit an.