

Bundeskanzleramt

An das  
Bundesministerium für  
Verkehr, Innovation und  
Technologie  
zu Handen Dr. HARTIG

Geschäftszahl: 600.883/066-V/A/8/2003  
Abteilungsmail: slv@bka.gv.at  
Sachbearbeiter: Herr Mag Dr Michael FRUHMANN  
Pers. E-mail: michael.fruhmann@bka.gv.at  
Telefon : 01/53115/4275  
Ihr Zeichen  
vom:

Radetzkystraße 2  
1030 Wien

Antwortschreiben bitte unter Anführung der Geschäftszahl an die  
Abteilungsmaill

Per FAX: (01) 711 62-2099

Betrifft: ÖBB Reform; Gesetzesbegutachtung;  
Vergaberechtliche Aspekte

Im Nachhang zu ho GZ 600.025/011-V/A/5/2003 vom 3. November 2003 nimmt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst zu den vergaberechtlichen Aspekten des vom do Ressort übermittelten Entwurfes eines Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 (Stand: 2. Oktober 2003) wie folgt Stellung:

#### I) Einleitende Bemerkungen

Wie bereits in der o.z. Stellungnahme erwähnt, tagte am 4./5. November d.J. der Vermittlungsausschuss zwischen dem Rat und dem Europäischen Parlament hinsichtlich der neuen Vergaberichtlinien der Gemeinschaften. Obwohl eine endgültige Einigung noch aussteht, geht das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst aufgrund des Sitzungsverlaufes davon aus, dass die Beschlussfassung über das Richtlinienpaket in Kürze erfolgen wird. Im Hinblick darauf, dass laut Auskunft des BMVIT die im Entwurf angedachten Maßnahmen (erst) im Jahr 2005 implementiert werden, erfolgt die

Begutachtung des Entwurfes des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 am Maßstab des bislang akkordierten Textes des Richtlinienpakete. Eine Begutachtung anhand des geltenden Rechts (insbes. BVergG 2002 und Richtlinie 93/38/EWG) scheint daher insbesondere vor dem Hintergrund nicht sinnvoll, dass zum Zeitpunkt der Umsetzung der angedachten Strukturmaßnahmen, die neue Struktur der neuen (und nicht den bislang geltenden) Rechtslage entsprechen sollte. Es

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit des Inhalts kann jedoch keine Gewähr übernommen werden.

wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass gemäß der derzeit geltenden Rechtslage, die angedachten Strukturen in mehrfacher Hinsicht in einem evidenten Spannungsverhältnis zum BVergG und zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen (insbes. der Richtlinie 93/38/EWG) stehen würden.

## II) Der zukünftige Rechtsrahmen der Gemeinschaft

Maßstab der Begutachtung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst hinsichtlich des Gesetzesentwurfes sind insbesondere folgende Bestimmungen der „neuen“ Sektorenrichtlinie (der Wortlaut der zitierten Artikel kann sich noch aufgrund der juristischen Sprachexperten ändern, inhaltlich sind die Artikel bereits akkordiert):

### Artikel 5

#### *Verkehrsleistungen*

(1) *Unter diese Richtlinie fallen die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Schiene, automatische Systeme, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel.*

*Im Verkehrsbereich gilt ein Netz als vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß den von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats festgelegten Bedingungen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne.*

(2) *Die vorliegende Richtlinie gilt nicht für Stellen, die Busverkehrsleistungen für die Allgemeinheit erbringen, die nach Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 93/38/EWG von dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen worden sind.*

### Artikel 23

*Aufträge, die an ein verbundenes Unternehmen, ein gemeinsames Unternehmen oder an einen Auftraggeber vergeben werden, der an einem gemeinsamen Unternehmen beteiligt ist*

(1) *Ein „verbundenes Unternehmen“ im Sinne dieses Artikels ist jedes Unternehmen, dessen Jahresabschluss gemäß der Siebenten Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrags über den konsolidierten Abschluss mit demjenigen des Auftraggebers konsolidiert wird; im Fall von Auftraggebern, die nicht unter diese Richtlinie fallen, sind verbundene Unternehmen diejenigen, auf die der Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b ausüben kann oder die einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber ausüben können oder die ebenso wie der Auftraggeber dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen, sei es aufgrund einer Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften.*

*Dieses Dokument und seine Inhalten sind urheberrechtlich geschützt. Die Nutzung, Vervielfältigung, Weitergabe und Verbreitung sowie die öffentliche Wiedergabe des Dokuments und seiner Inhalten ist ausdrücklich untersagt, es sei denn, dass dies ausdrücklich und schriftlich von der Parlamentsdirektion genehmigt wurde. Die Güte und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.*

(2) Gemäß den in Absatz 3 festgelegten Bedingungen gilt diese Richtlinie nicht für Aufträge,

- a) die ein Auftraggeber an ein mit ihm verbundenes Unternehmen vergibt oder
- b) die ein gemeinsames Unternehmen, das mehrere Auftraggeber ausschließlich zur Durchführung von Tätigkeiten im Sinne der Artikel 3 bis 7 gebildet haben, an ein Unternehmen vergibt, das mit einem dieser Auftraggeber verbunden ist.

(3) Absatz 2 gilt

- a) für Dienstleistungsaufträge, sofern mindestens 80 % des von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre erzielten durchschnittlichen Umsatzes im Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Dienstleistungen für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen;
- b) für Lieferaufträge, sofern mindestens 80 % des von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre mit Lieferaufträgen erzielten durchschnittlichen Umsatzes aus der Erbringung von Lieferungen für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen;
- c) für Bauaufträge, sofern mindestens 80 % des von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre mit Bauaufträgen erzielten durchschnittlichen Umsatzes aus der Erbringung von Bauleistungen für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen.

Liegen für die ersten drei Jahre keine Umsatzzahlen vor, weil das verbundene Unternehmen gerade gegründet wurde oder erst vor kurzem seine Tätigkeit aufgenommen hat, genügt es, wenn das Unternehmen, vor allem durch Prognosen über die Tätigkeitsentwicklung, glaubhaft macht, dass die Erreichung des vorstehend unter Buchstabe a, b oder c genannten Umsatzzieles wahrscheinlich ist.

Werden gleiche oder gleichartige Dienstleistungen, Lieferungen oder Bauarbeiten von mehr als einem mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen erbracht, so werden die oben genannten Prozentsätze unter Berücksichtigung des Gesamtumsatzes errechnet, den diese verbundenen Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen, Lieferungen beziehungsweise Bauarbeiten erzielen.

(4) Diese Richtlinie gilt nicht für Aufträge,

- a) die ein gemeinsames Unternehmen, das mehrere Auftraggeber ausschließlich zur Durchführung von Tätigkeiten im Sinne der Artikel 3 bis 7 gebildet haben, an einen dieser Auftraggeber vergibt oder
- b) die ein Auftraggeber an ein solches gemeinsames Unternehmen vergibt, an dem er beteiligt ist,

sofern das gemeinsame Unternehmen errichtet wurde, um die betreffende Tätigkeit während eines Zeitraums von mindestens drei Jahren durchzuführen, und in dem Rechtsakt zur Gründung des gemeinsamen Unternehmens festgelegt wird, dass die

*dieses Unternehmen bildenden Auftraggeber dem Unternehmen zumindest während des gleichen Zeitraums angehören werden.*

(5) *Die Auftraggeber teilen der Kommission auf deren Verlangen zur Anwendung der Absätze 2, 3 und 4 folgende Auskünfte:*

- a) *Namen der betreffenden Unternehmen oder gemeinsamen Unternehmen,*
- b) *Art und Wert der jeweiligen Aufträge,*
- c) *Angaben, die nach Auffassung der Kommission erforderlich sind, um zu belegen, dass die Beziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmen oder gemeinsamen Unternehmen, an das die Aufträge vergeben werden, den Anforderungen dieses Artikels genügen.*

### III) Zur Qualifikation der einzelnen Gesellschaften

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der äußerst rudimentären und nicht präzisen Angaben zum Aufgabenbereich der Gesellschaften - sowohl im Entwurf des Gesetzes, aber auch im Entwurf der Erläuterungen – eine abschließende Beurteilung der Verhältnisse im Konzern aus vergaberechtlicher Sicht nicht möglich ist.

Die Auftraggebereigenschaft (sowohl als sog. „klassischer“ wie auch als Sektorenauftraggeber) hängt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH von einer Einzelfallbetrachtung aller **juristischen und faktischen** Rahmenbedingungen (z.B. Gesellschaftsvertrag, Gründungsurkunden, spezielle gesetzliche Normen, tatsächliches Betätigungsfeld, eingegangene vertragliche Bindungen usw.) der zu beurteilenden Entität ab (vgl. etwa Rs C-223/99, C-470/99, C-373/00, C-18/01). Dem Sektorenbereich unterliegen als Sektorenauftraggeber jene Entitäten, die eine – in den Richtlinien (und im BVerG) exakt umschriebene Sektorentätigkeit entfalten. Durch den Entwurf des Bundesbahnstrukturgesetzes entstehen mehrere Gesellschaften (GmbH's und AG's), die unter einer Holding die Aufgaben der bisherigen ÖBB übernehmen.

Es wird empfohlen, im Gesetz selbst oder zumindest in den Erläuterungen Hinweise (keine taxative Aufzählung!) auf die von den Gesellschaften zu erbringenden Tätigkeiten aufzunehmen (etwa analog der Aufgabenumschreibung in § 20 Abs. 1 des Entwurfes). So bleibt etwa aufgrund des Wortlautes des § 14 Abs. 1 im Dunkeln, was der Entwurf unter „Traktionsleistungen einschließlich der dafür erforderlichen Serviceleistungen“ versteht; auch die Erläuterungen geben darüber keine Auskunft. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist darauf hin, dass aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen insbesondere auch nicht beurteilt werden kann, ob nicht einzelne Gesellschaften – obgleich sie grundsätzlich als Sektorenauftraggeber

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

anzusehen wären – außerhalb ihrer Entfaltung als Sektorenauftraggeber auch als klassische Auftraggeber eingestuft werden müssten. In der Folge wird daher allein der Aspekt der Einordnung als Sektorenauftraggeber untersucht, die Frage der Einstufung als klassischer Auftraggeber wird – mangels Information – von der Begutachtung ausgeklammert. (Auf die daraus resultierende Konsequenz der Einhaltung des strengen „klassischen Vergaberegimes“ sei jedoch ausdrücklich hingewiesen.)

Im Folgenden wird bei der Beurteilung von einer Aufgabenbeschreibung der einzelnen Gesellschaften ausgegangen, die das do Ressort am 27.10.2003 iKW zur Verfügung gestellt hat.

#### a) ÖBB-Holding AG

Deren Aufgabenbereich wird in § 4 des Entwurfes umschrieben. Da die Holding AG keinerlei Tätigkeiten in Bezug auf „die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen“ entfaltet, geht das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst davon aus, dass die ÖBB-Holding AG nicht als Sektorenauftraggeber zu qualifizieren ist.

#### b) ÖBB-Personenverkehr AG

Deren Aufgabenbereich wird in § 6 des Entwurfes umfasst und umfasst nach den Angaben des do Ressorts folgende Tätigkeiten: *Tarife festlegen, öffentlichen Personenverkehr nach einem Fahrplan betreiben (auch Busverkehr), Fahrkarten verkaufen, Gepäck entgegennehmen, Personenkassen betreuen, Zugbegleiter (Schaffner) stellen, Züge zusammenstellen, Waggons reinigen, Schlaf- und Liegewagenverkehr, Autoreisezüge, Speisen und Getränke für Fahrgäste anbieten, Fahrgäste betreuen, Personenwaggons besitzen und einkaufen, Triebzüge besitzen, einkaufen und fahren (keine Loks, siehe ÖBB Traktion GmbH), Teilnahme an Verkehrsverbünden, der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen des Bundes (Tarifbestellung) nachkommen. Grundangebot im Personennahverkehr sicherstellen - gegen Bezahlung durch den Bund (gemeinwirtschaftliche Leistungen), Schülerfreifahrten abwickeln - gegen Bezahlung und Bestellung durch den Bund.*

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die ÖBB-Personenverkehr AG als Sektorenauftraggeber zu qualifizieren ist. Obwohl der (reine) Einkauf von Waggons und Triebzügen keine Sektorentätigkeit im engeren Sinne des Art. 5 der neuen Sektorenrichtlinie darstellt, geht das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst davon aus, dass bei einer funktionalen

Betrachtungsweise (vgl. dazu bereits Rs 31/87 sowie die oz. Folgejudikatur des EuGH nach dem Erkenntnis C-44/96; spezifisch zum Sektorenbereich vgl. C-247/89) derartige Lieferaufträge als Verträge für die Ausübung einer Sektorentätigkeit qualifiziert werden könnten und dem gemäß dem Sektorenregime zu unterstellen wären.

c) Rail Cargo Austria AG:

Deren Aufgabenbereich wird in § 10 des Entwurfes umschrieben und umfasst nach den Angaben des do Ressorts folgende Tätigkeiten: *Tarife festlegen, Öffentlichen Güterverkehr nach einem Fahrplan, aber auch dispositiv betreiben, Anschlussbahnen betreuen, speditionsgewerbliche Tätigkeiten, Kundenbetreuung etc., Logistikcenters und Terminals führen, Güterwagen besitzen und einkaufen, Verladetätigkeiten durchführen, Waggonreinigung, Container bereitstellen, vermieten, reinigen; der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen des Bundes (Tarifbestellung RoLa und Gefahrgüter) nachkommen.*

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die Rail Cargo Austria AG als Sektorenaufraggeber zu qualifizieren ist. (Zur Qualifikation des „Einkaufes der Güterwagen“ als Sektorentätigkeit vgl. oben die Ausführungen unter b)).

d) ÖBB-Traktion GmbH

Deren Aufgabenbereich wird im Entwurf nicht umschrieben, umfasst aber nach den Angaben des do Ressorts folgende Tätigkeiten: *zur-Verfügung-stellen von Traktionsleistung für Güter- und Personenverkehr gegen Entgelt, Loks besitzen und einkaufen, Lokführer stellen und ausbilden, Loks zur Verfügung stellen und fahren und führen, Züge mit Loks führen, Lokleistung auch an Dritte vermieten (in geringem Umfang).*

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass aufgrund der Tätigkeiten „Loks ... fahren und führen“ und „Züge mit Loks führen“ die ÖBB-Traktion GmbH in diesen Bereichen als Sektorenaufraggeber zu qualifizieren ist (zur Qualifikation des „Einkaufes von Loks“ als Sektorentätigkeit vgl. oben die Ausführungen unter b)). Nicht beurteilt werden kann, ob das „Vermieten von Lokleistungen an Dritte“ als Sektorentätigkeit anzusehen ist: dies wäre nur dann der Fall, wenn auch Personal zum Führen der Lok zur Verfügung gestellt wird (ein reines Vermieten oder Verleasen einer Lokleistung ohne Personal ist – ebenso wie das Ausbilden von Lokführern nicht als Sektorentätigkeit zu qualifizieren).  
Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit Ausbilden von Lokführern nicht als Sektorentätigkeit zu qualifizieren)

Im Übrigen wird dringend angeregt, den letzten Satz des § 13 präziser zu fassen (ist die Dauer der Beteiligung – zeitlich – begrenzt?; können Dritte – analog zu § 16 I. HS – Anteile erwerben? – der derzeitige Wortlaut schließt dies nicht aus; was verbirgt sich hinter dem unklaren Konzept, dass die Muttergesellschaften „für eine einvernehmliche Geschäftsführung zu sorgen haben“?).

#### e) ÖBB-Technische Services-GmbH

Deren Aufgabenbereich wird in § 17 des Entwurfes (sehr rudimentär) umschrieben und umfasst nach den Angaben des do Ressorts folgende Tätigkeiten:

*Werkstättenleistungen für Güter- und Personenverkehr, Service für das Rollmaterial, Waggons, Loks etc. reparieren, refurbischen, modernisieren etc. Radsätze tauschen, Drehgestelle erneuern usw., Versuchs-, Mess- und Probefahrten durchführen, Assembling von Eisenbahnfahrzeugen (Waggons, Loks) für Güter- und Personenverkehr.*

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die ÖBB-Technische Services-GmbH nicht als Sektorenauftraggeber zu qualifizieren ist. (Zur allfälligen Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber können – mangels Informationen - keine Aussagen getroffen werden.)

Im Übrigen wird dringend angeregt, den letzten Satz des § 16 präziser zu fassen (ist die Dauer der Beteiligung – zeitlich – begrenzt?; was verbirgt sich hinter dem unklaren Konzept, dass die Muttergesellschaften „für eine einvernehmliche Geschäftsführung zu sorgen haben“?).

#### f) ÖBB-Personalmanagement und –service GmbH

Deren Aufgabenbereich wird in § 20 des Entwurfes (sehr ausführlich) umschrieben und umfasst nach den Angaben des do Ressorts folgende Tätigkeiten:

*Personalverrechnung, Personalausbildung inkl. Lehrlinge, Personalumschulung, Personalbetreuung, Betreuung der Pensionsparteien der ÖBB ( wie eine PVA! ), Betreuung der verschiedenen Dienstrechte der ÖBB ( inkl. der Eisenbahn"beamten").*

Laut Angaben des do Ressorts werden alle diese Tätigkeiten nur im Dienste des ÖBB-Konzerns und nur für die Konzerntöchter und –enkel erbracht.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die ÖBB-Personalmanagement und –service GmbH nicht als Sektorenauftraggeber zu qualifizieren ist. (Zur allfälligen Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber können – mangels Informationen - keine Aussagen getroffen werden.)

Hinzuweisen ist darauf, dass die in § 20 Abs. 2 verankerte Verpflichtung der Konzerntöchter und –enkel zur Inanspruchnahme der Dienste der Gesellschaft in einem evidenten Widerspruch zu Art. 86 EGV steht. Es fällt ferner auf, dass das in Aussicht genommene Dienstleistungsmonopol nur demonstrativ (arg. „insbesondere“) umschrieben ist und damit auch in einem Spannungsverhältnis zu Art. 18 B-VG steht. Ferner wird auf folgendes Problem hingewiesen: gemäß § 16 I. HS können sich auch Dritte an der ÖBB-Technische Services-GesmbH beteiligen. Der Wortlaut des Gesetzes schließt nicht aus, dass die Beteiligung Dritter in einer bestimmten Hinsicht (etwa prozent-mäßig) begrenzt ist, d.h. die ÖBB-Muttergesellschaften könnten auch Mindergesellschafter werden. In diesem Fall wäre es jedoch nicht gerechtfertigt, die Verpflichtung des § 20 Abs. 2 weiterhin beizubehalten.

#### g) ÖBB-Immobilienmanagement GmbH

Deren Aufgabenbereich wird in § 24 des Entwurfes umschrieben und umfasst nach den Angaben des do Ressorts folgende Tätigkeiten: *Management der Verwertung ( Verkauf, Vermieten, etc. ) nicht mehr benötigter Liegenschaften.*

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH nicht als Sektorenauftraggeber zu qualifizieren ist. (Zur allfälligen Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber können – mangels Informationen - keine Aussagen getroffen werden.)

#### h) ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG

Deren Aufgabenbereich wird in § 26 des Entwurfes (sehr rudimentär) umschrieben und umfasst nach den Angaben des do Ressorts folgende Tätigkeiten: *Betrieb und Steuern des Netzes, Fahrdienstleiter, Stellwerker, Sicherheitspersonal, Betriebsleiter, Verschubtätigkeiten, Wagenmeistereien, Netzplanung und -Optimierung, Festlegung von Qualitätsstandards im Netz, Feststellen von Kapazitätsengpässen, Instandhaltungstätigkeiten, Trassenzuweisung, Einheben des Infrastrukturbenutzungsentgeltes, Bestellen von Ersatz-, Rationalisierungs- und Sicherheitsinvestitionen bei der Bau AG, Durchführung von elektrotechnischer Streckenausrüstung (Sicherungsdienst, Fernmeldetechnik und Energie).*

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit der Inhalte kann der Verfasser keine Haftung übernehmen.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG als Sektorenauftraggeber zu qualifizieren ist.

#### i) ÖBB-Infrastruktur Bau AG

Deren Aufgabenbereich wird in § 31 des Entwurfes umschrieben und umfasst nach den Angaben des do Ressorts folgende Tätigkeiten: *Durchführung von Aus- und Neubauten (via indirekte Bestellung durch den Bund), Umsetzung der Ersatz-, Rationalisierungs- und Sicherheitsinvestitionen auf Bestellung der Betrieb AG, Besitz und Verwaltung der Infrastruktur und des Anlagevermögens, Festlegung der Pacht, Schuldenmanagement.*

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Sektorenauftraggeber zu qualifizieren ist.

#### IV) Vergaberechtliche Beurteilung der Leistungsströme innerhalb der in Aussicht genommenen Konzernstruktur

Aufgrund der Kürze der für die Begutachtung zur Verfügung stehenden Zeit, beschränkt sich das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst auf eine Kurzdarstellung der wesentlichsten vergaberechtlichen Aspekte. Eine umfassende Analyse war vor diesem Hintergrund nicht möglich.

Laut Angaben des do Ressorts wird mit dem vorliegenden Entwurf u.a. auch das Ziel verfolgt, die bisherigen (nicht ausschreibepflichtigen) Leistungsströme innerhalb des Konzerns auch weiterhin nicht dem Vergaberecht zu unterwerfen.

Aufgrund der (zukünftigen) europarechtlichen Vorgaben sind Leistungsströme innerhalb des zukünftigen Konzerns **allein in zwei Fällen** vom Anwendungsbereich des Vergaberechtes befreit:

- 1) es handelt sich um „konzerninterne“ Vergaben gemäß Art. 23 der neuen Sektoren-RL oder
- 2) es liegt ein sog. in-house-Verhältnis im Sinne des Erkenntnisses des EuGH in der Rs C-107/98, Teckal, vor (vgl. dazu auch § 6 Abs. 1 Z 6 BVergG 2002).

Ad 1) „Konzerninterne“ Vergabe gemäß Art. 23 der Sektoren-RL:

Die Neufassung der Bestimmung erfasst – im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage – nicht mehr allein Dienstleistungen, sondern auch Bau- und Lieferleistungen unter der Voraussetzung, dass bei allen Leistungsbeziehungen zwischen den verbundenen Unternehmen (vgl. dazu die Definition in Art. 23 Abs. 1 und § 20 Z 34 BVerG 2002) die Umsatzschwelle von 80% erreicht wird.

Gemäß Art. 23 Abs. 2 lit a werden alle Leistungsvergaben (Bedingung 80%-Umsatz) von einem Sektorenauftraggeber an ein mit diesem verbundenes Unternehmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen.

Unter der Voraussetzung, dass ein konsolidierter Jahresabschluss aller Konzerntöchter (mit der Holding) im Sinne der Richtlinie 83/349/EWG vorliegt, stehen die Konzerntöchter zueinander im Verhältnis von „verbundenen Unternehmen“. In diesem Fall kann die Ausnahmeregelung des Art. 23 Abs. 2 lit a der neuen Sektoren-RL Anwendung finden.

Unter der soeben genannten Voraussetzung können gemäß Art. 23 Abs. 2 lit b der Richtlinie auch Leistungen zwischen der ÖBB-Traktion GmbH und den Konzerntöchtern von der Richtlinie ausgenommen sein, sofern die ÖBB-Traktion GmbH **ausschließlich** (!) zur Erfüllung einer Sektorentätigkeit gegründet wird (zur Analyse des in Aussicht genommenen Tätigkeitsbereiches s.o. III d)). In diesem Zusammenhang könnte auch die „Joint-venture“-Ausnahme des Art. 23 Abs. 4 leg. cit. Anwendung finden.

Die Anwendung der Ausnahme des Art. 23 Abs. 2 lit b der Richtlinie bei Leistungen der ÖBB-Technische Services-GmbH an die anderen Konzerntöchter scheidet aufgrund des vorliegenden Entwurfes jedenfalls aus.

Ad 2) „In-house Vergaben“:

Zum Verständnis dieses Begriffes wird einleitend auf die Erläuterungen in 1118 BlgNR XXI.GP verwiesen. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH scheidet ein in-house Verhältnis in folgenden Fallkonstellationen aus:

- Als „Mutter – Tochter – Verhältnis“ im gesellschaftsrechtlichen Sinn wird folgende Struktur bezeichnet: Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das

herrschende und das abhängige Unternehmen als Konzern (vgl. § 15 AktG). Wird ein Unternehmen von einem anderen beherrscht, so wird die beherrschende Obergesellschaft als „Muttergesellschaft“, die abhängige Untergesellschaft als „Tochtergesellschaft“ bezeichnet. Die Abhängigkeit kann insbesondere durch Beteiligung, aber auch in anderer Weise z.B. durch Personalunion in den Organen hergestellt sein. Der Konzernbegriff des GmbHG setzt eine „einheitliche Leitung“ oder eine unmittelbare Beteiligung von mehr als 50% voraus (vgl. § 29 Abs. 2 Z 1 GmbHG). Daraus folgt, dass ein Tochterunternehmen ein Mutterunternehmen per definitionem nicht im Sinne der Teckal-Judikatur „beherrschen“ kann. Daher kann ein Tochterunternehmen keinesfalls das Mutterunternehmen „in-house“ beauftragen.

- Mangels „Beherrschung“ im Sinne der Teckal-Judikatur kann daher auch niemals ein „in-house“ Verhältnis zwischen Tochtergesellschaften derselben Muttergesellschaft existieren (etwa zwischen ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG und ÖBB-Infrastruktur Bau AG), da nach der Judikatur des EuGH eine mittelbare „Beherrschung“ („Durchgriff“ über die Muttergesellschaft) nicht ausreichend ist.
- Vor dem Hintergrund der vom EuGH geforderten qualifizierten Kontrollmöglichkeiten („Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle“) ist das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst der Ansicht, dass bei einer AG eine derartige Kontrollmöglichkeit (anders als bei einer GmbH) nicht vorliegen kann. Im Falle einer AG ist der Vorstand gemäß § 70 AktG weisungsfrei, d.h. die Gesellschafter können das operative tägliche Geschäft nicht beeinflussen (vgl. demgegenüber das Weisungsrecht gemäß § 20 GmbHG).

Vor diesem Hintergrund wären daher „in-house“ Verhältnisse nur zwischen der ÖBB-Holding AG und der ÖBB-Personalmanagement und -service GmbH, zwischen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG und der ÖBB-Immobilienmanagement GmbH sowie – bei entsprechender Aufteilung der Gesellschaftsanteile (die §§ 13 und 16 geben dazu keine Auskunft) - zwischen der ÖBB-Personenverkehr AG bzw. der Rail Cargo Aistria AG und der ÖBB-Trakion GmbH bzw. der ÖBB-Technische Services-GmbH denkbar.

Hingewiesen wird auch auf die Möglichkeit, die Bauagenden von der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG und von der ÖBB-Infrastruktur Bau AG auf ein gemeinsames Unternehmen zu übertragen und dort zu konzentrieren. Nach der neuen Ausnahmebestimmung des Art. 23 Abs. 4 der Sektoren-RL wären alle Leistungsvergaben an das (gemeinsame) Unternehmen und vom (gemeinsamen) Unternehmen an die „Mütter“ vom Vergaberegime ausgenommen.

Im Widerspruch zu den einschlägigen Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst (abrufbar unter <http://www.austria.gv.at/regierung/VD/legistik.htm>) finden sich im Gesetzesentwurf nur rudimentäre und nicht nachvollziehbare Aussagen hinsichtlich der (finanziellen) Auswirkungen. Insbesondere fehlen daher auch Aussagen über die Effekte, die sich durch die „Dezentralisierung“ der Beschaffungsaktivitäten ergeben (durch die in Aussicht genommene Struktur des Konzerns wird das bisher bestehende zentrale Einkaufssystem der ÖBB aufgelöst. Erfahrungen zeigen, dass derartige spezialisierte Einrichtungen hohe Einsparungspotentiale bei Beschaffungen aktivieren können, vgl. dazu auch die Beweggründe des Bundes zur Einrichtung der BBG). Es wird daher dringend angeregt, in die Erläuterungen entsprechende (aussagekräftigen) Ausführungen aufzunehmen.

10. November 2003  
Für den Bundeskanzler:  
OKRESEK