

An

die Österreichische Präsidentschaftskanzlei,
die Parlamentsdirektion,
den Rechnungshof,
die Volksanwaltschaft,
den Verfassungsgerichtshof,
den Verwaltungsgerichtshof,
das Bundesverwaltungsgericht,
das Bundesfinanzgericht,
alle Landesverwaltungsgerichte,
alle Bundesministerien,
alle Sektionen und Stabsstellen des BMJ,
den Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt,
alle Ämter der Landesregierungen,
die Verbindungsstelle der Bundesländer,
die Bundeswettbewerbsbehörde,
die Datenschutzbehörde,
den Rat für Forschung und Technologieentwicklung,
die Kommunikationsbehörde Austria,
das Präsidium der Finanzprokuratur,
die Bundesgeschäftsstelle des
Arbeitsmarktservice Österreich,
den Dachverband der Sozialversicherungsträger,
die Telekom-Control-Kommission,
die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH,
die Finanzmarktaufsicht,
den österreichischen Statistikrat,
die Bundesanstalt „Statistik Österreich“,
die Buchhaltungsagentur des Bundes,
die Österreichische Bundesfinanzierungsagentur,
den Österreichischen Gemeindebund,
den Österreichischen Städtebund,
die Wirtschaftskammer Österreich,
die Bundesarbeitskammer,
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern
Österreichs (Landwirtschaftskammer Österreich – LKÖ),
den Österreichischen Landarbeiterkammertag,
den Österreichischen Rechtsanwaltskammertag,

Mag. Claudia Simon
Mag. Dr. Michael Fruhmann

claudia.simon@bmj.gv.at
+43 1 521 52-302167
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte
unter Anführung der Geschäftszahl an
vergaberecht@bmj.gv.at zu richten.

die Österreichische Notariatskammer,
die Österreichische Patentanwaltskammer,
die Österreichische Ärztekammer,
die Österreichische Zahnärztekammer,
die Bundeskammer der Tierärzte Österreichs,
die Österreichische Apothekerkammer,
die Bundeskammer der Architekten und
Ingenieurkonsulenten,
die Kammer der Wirtschaftstreuhandler,
den Verband der Öffentlichen Wirtschaft und
Gemeinwirtschaft Österreichs,
das Austrian Standards Institute,
die Gesellschaft des Österreichischen Roten Kreuzes,
die ASFINAG,
die Bundesbeschaffung GmbH,
die Bundestheater-Holding GmbH,
die ÖBB-Holding AG,
die Österreichische Bundesforste AG,
die Österreichische Post AG,
den Österreichischen Rundfunk,
die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H – BIG,
den Verband der Elektrizitätswerke Österreichs,
den Österreichischen Wasser- und Abfallwirtschaftsverband,
den Verband österreichischer Entsorgungsbetriebe,
die Bundesrechenzentrum GmbH,
die Via Donau – Österreichische Wasserstraßen-
Gesellschaft mbH,
die AIT Austrian Institute of Technology GmbH,
die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft
mbH und
die Austro Control GmbH

Geschäftszahl: 2021-0.087.381

Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 3. Februar 2021 in den verbundenen Rechtssachen C-155/19 und C-156/19, Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) et Consorzio Ge.Se.Av.S.c.arl; Sportverbände als öffentliche Auftraggeber; Rundschreiben

Aus Anlass des gegenständlichen Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union teilt die Stabsstelle für Vergaberecht im Bundesministerium für Justiz mit:

1. Ausgangsverfahren

Die Federazione Italiana Giuoco Calcio (Italienischer Fußballverband, im Folgenden: FIGC) führte ein Verhandlungsverfahren durch, um Trägerdienstleistungen, die im Rahmen der Begleitung der nationalen Fußballmannschaften und im Lager der FIGC zu erbringen waren, für eine Dauer von drei Jahren zu vergeben. Nach Abschluss dieses Verfahrens focht ein Bieter, der zwar zur Teilnahme aufgefordert worden war, den Auftrag aber nicht erhielt, die Modalitäten der Durchführung dieses Verfahrens beim regionalen Verwaltungsgericht an. Seiner Ansicht nach sei die FIGC als Einrichtung des öffentlichen Rechts anzusehen, so dass sie die in der Regelung für die Vergabe öffentlicher Aufträge vorgesehenen Bekanntmachungsregeln hätte einhalten müssen.

Da das regionale Verwaltungsgericht der Klage stattgab und die Vergabe des betreffenden Auftrags aufhob, haben die FIGC und der Auftragnehmer beim Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) jeweils Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts eingelegt. Vor dem Staatsrat haben sie u.a. die Prämisse beanstandet, dass die FIGC als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ einzustufen sei.

In diesem Zusammenhang hat der Consiglio di Stato beschlossen, dem Gerichtshof zwei Fragen nach der Auslegung der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe,¹ im Besonderen von Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 der Richtlinie 2014/24/EU zur Vorabentscheidung vorzulegen. Das vorlegende Gericht möchte – zusammenfassend - wissen, ob die FIGC bestimmte Voraussetzungen erfüllt, um als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ eingestuft werden zu können und damit verpflichtet wäre, die vergaberechtlichen Vorschriften zu befolgen. Zum einen geht es um die Auslegung der Voraussetzung, dass eine „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein muss, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,² und zum anderen, dass die Leitung einer solchen Einrichtung der „Aufsicht“ eines öffentlichen Auftraggebers unterstehen muss.³

2. Zusammenfassung der Urteilsbegründung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) stellt fest, dass die im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit, die der Sport darstellt, in Italien von den nationalen Sportverbänden im Rahmen

¹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

² Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a der Richtlinie 2014/24/EU.

³ Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. c der Richtlinie 2014/24/EU.

der öffentlichen Aufgaben ausgeübt wird, die ihnen durch eine nationale Regelung ausdrücklich zugewiesen sind; der Gerichtshof weist hier auch darauf hin, dass mehrere dieser Aufgaben⁴ nicht gewerblicher Art zu sein scheinen.

Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die betroffene Einrichtung die Rechtsform eines privatrechtlichen Vereins hat, da Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 der RL 2014/24/EU weder einen Verweis auf die Modalitäten der Gründung der Einrichtung noch auf ihre Rechtsform enthält. Der Begriff der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ ist unabhängig von den formalen Modalitäten seiner Anwendung funktionell auszulegen, was es verbietet, nach der Rechtsform der Einrichtung und deren Status gemäß dem nationalen Recht oder nach der Rechtsform der Bestimmungen zu unterscheiden (Rz 40 ff.). Auch ist es unerheblich, ob eine Einrichtung neben den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben noch andere Tätigkeiten ausübt und ob die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben tatsächlich nur einen relativ geringen Teil ihrer Tätigkeiten ausmacht, solange sie weiterhin die Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat (Rz 42 ff.).⁵

Der Gerichtshof schließt daraus, dass bei einem nationalen Sportverband wie dem FIGC davon auszugehen ist, dass er zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen.

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der „Aufsicht über die Leitung“ der betreffenden Einrichtung iSd Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. c der RL 2014/24/EU führt der Europäische Gerichtshof aus, dass dieses Kriterium erfüllt ist, wenn festgestellt werden kann, dass eine gleichwertige Verbindung mit der öffentlichen Hand geschaffen wird, wie es die beiden anderen alternativen Merkmale des Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. c der RL 2014/24/EU vorsehen.⁶ Diese Verbindung muss es der öffentlichen Hand ermöglichen, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen (Rz 50 ff.).⁷ Eine öffentliche Verwaltungsstelle (in concreto: das italienische Nationale Olympische Komitee – CONI, das selbst öffentlicher Auftraggeber ist), die im Wesentlichen zur Aufgabe hat, auf dem Gebiet des Sports Regeln aufzustellen, deren ordnungsgemäße Anwendung zu prüfen und nur auf der Ebene der Organisation von Wettkämpfen und der

⁴ Kontrolle des ordnungsgemäßen Ablaufs von Wettkämpfen und Meisterschaften, die Dopingprävention und -bekämpfung sowie die Vorbereitung auf die Olympischen Spiele und Wettkämpfe auf hohem Niveau.

⁵ Vgl. dazu schon EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96, *Mannesmann*, Rz 25, und EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*, Rz 55. Irrelevant ist im Kontext der Beurteilung, ob Aufgaben im Allgemeininteresse ausgeübt werden, ebenfalls, ob die betreffende Einrichtung sich selbst finanziert.

⁶ Vgl. EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*, Rz 68 ff mwN.

⁷ Eine reine ex post Kontrolle erfüllt daher dieses Tatbestandsmerkmal nicht; vgl. etwa EuGH 12.9.2013, Rs C-526/11, *IVD*, Rz 29 mwN.

Vorbereitung auf die Olympischen Spiele einzugreifen, ohne die Organisation und die alltägliche Ausübung der verschiedenen Sportdisziplinen im Einzelnen zu regeln, kann – so der Europäische Gerichtshof - nach dem ersten Anschein nicht als hierarchisches Organ angesehen werden, das befähigt ist, die Leitung der nationalen Sportverbände zu kontrollieren und zu führen. Die den nationalen Sportverbänden in Italien gewährte Leitungsautonomie scheint, so der Europäische Gerichtshof weiter, a priori gegen eine aktive Aufsicht des CONI zu sprechen, die so weit ginge, dass das CONI in der Lage wäre, die Leitung eines nationalen Sportverbandes wie der FIGC insbesondere im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen.

Allerdings kann eine solche Vermutung widerlegt werden, wenn nachgewiesen wird, dass die verschiedenen Befugnisse des CONI gegenüber der FIGC faktisch eine solche Verbindung dieses Verbands mit dem CONI bewirken, dass das CONI die Entscheidungen der FIGC im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge beeinflussen kann. Deswegen seien die verschiedenen Befugnisse des CONI nicht in einem zu technischen Sinne zu verstehen, sondern sie sind eher inhaltlich als formal auszulegen (Rz 58).

Unter Hinweis darauf, dass es Sache des vorlegenden Gerichts ist, zu prüfen, ob eine Verbindung, die mit einer solchen Einflussmöglichkeit einhergeht, besteht, gibt der Gerichtshof sachdienliche Hinweise für diese Entscheidung. Er weist u.a. darauf hin, dass zur Beurteilung der Frage, ob eine aktive Aufsicht des CONI über die Leitung der FIGC und eine Möglichkeit der Einflussnahme des CONI auf die Entscheidungen der FIGC im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge vorliegen, die verschiedenen Befugnisse des CONI gegenüber der FIGC im Wege einer Gesamtwürdigung zu prüfen sind, wobei es in der Regel ein Bündel von Indizien sein wird, aus dem sich diese Aufsicht und diese Möglichkeit ergeben (Rz 73).⁸

Für den Fall, dass das vorlegende Gericht eine Aufsicht des CONI über die Leitung der nationalen Sportverbände bejaht, hält der Gerichtshof weiters fest: der Umstand, dass diese Verbände die Tätigkeit des CONI dadurch beeinflussen können, dass sie mehrheitlich an dessen wichtigsten Organen beteiligt sind, wäre nur dann maßgeblich, wenn sich feststellen ließe, dass jeder dieser nationalen Sportverbände für sich genommen in der Lage wäre, einen so erheblichen Einfluss auf die vom CONI über seine (eigene) Leitung geführte Aufsicht auszuüben, dass diese Aufsicht neutralisiert und er damit die Entscheidungshoheit

⁸ Vgl. in diesem Sinne schon EuGH 1.2.2001, Rs C-237/99, *Kommission gegen Frankreich*, Rz 59.

über seine Leitung wiedererlangen würde und zwar ungeachtet des Einflusses der anderen nationalen Sportverbände, die sich in einer ähnlichen Lage befinden.

3. Beantwortung der Vorlagefragen

Vor diesem Hintergrund beantwortet der Gerichtshof die Vorlagefragen wie folgt:

- 1. Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a der Richtlinie 2014/24/EU ist dahin auszulegen, dass bei einer Einrichtung, die mit im nationalen Recht abschließend festgelegten öffentlichen Aufgaben betraut ist, auch dann angenommen werden kann, dass sie im Sinne dieser Bestimmung zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, wenn sie nicht in der Form einer öffentlichen Verwaltungsstelle, sondern in der Form eines privatrechtlichen Vereins gegründet wurde und bestimmte ihrer Tätigkeiten, hinsichtlich deren sie über Eigenfinanzierungskapazität verfügt, keinen öffentlichen Charakter haben.*
- 2. Die zweite der in Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. c der Richtlinie 2014/24/EU angeführte Tatbestandsvariante ist dahin auszulegen, dass in dem Fall, dass ein nationaler Sportverband nach dem nationalen Recht über Leitungsautonomie verfügt, nur dann anzunehmen ist, dass die Leitung dieses Verbands der Aufsicht einer öffentlichen Einrichtung untersteht, wenn sich aus einer Gesamtwürdigung der Befugnisse dieser Einrichtung gegenüber dem Verband ergibt, dass eine aktive Aufsicht über die Leitung vorliegt, die diese Autonomie faktisch so sehr in Frage stellt, dass sie es der Einrichtung ermöglicht, die Entscheidungen des Verbands im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen. Der Umstand, dass die verschiedenen nationalen Sportverbände die Tätigkeit der betreffenden öffentlichen Einrichtung dadurch beeinflussen, dass sie mehrheitlich an deren wichtigsten beratenden Kollegialorganen beteiligt sind, ist nur dann maßgeblich, wenn sich feststellen lässt, dass jeder dieser Verbände für sich genommen in der Lage ist, einen so erheblichen Einfluss auf die von dieser Einrichtung ihm gegenüber geführte öffentliche Aufsicht auszuüben, dass diese Aufsicht neutralisiert und er damit die Entscheidungshoheit über seine Leitung wiedererlangen würde, und zwar ungeachtet des Einflusses der anderen nationalen Sportverbände, die sich in einer ähnlichen Lage befinden.*

4. Schlussfolgerungen des Bundesministeriums für Justiz

Mit dem vorliegenden Urteil hat der Europäische Gerichtshof erstmals klargestellt, dass Einrichtungen wie nationale Sportverbände, die in Form eines privatrechtlichen Vereines geführt werden, grundsätzlich die Voraussetzungen einer Einrichtung des öffentlichen

Rechts iSd Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 der RL 2014/24/EU (= § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018) erfüllen können.⁹

Der Gerichtshof betont zwar, dass seine Ausführungen vor dem Hintergrund der spezifischen italienischen Rechtslage erfolgen und dass gerade das Sportrecht von einer Vielzahl unterschiedlicher Konstruktionen im Recht der Mitgliedstaaten geprägt ist. Seitens des Bundesministeriums für Justiz wird dennoch darauf hingewiesen, dass das gegenständliche Urteil des Europäischen Gerichtshofes potentiell weitreichende allgemeine Auswirkungen und insbesondere Auswirkungen auf Sportorganisationen in allen Mitgliedstaaten und – neben dem hier gegenständlichen Bereich des Fußballs – auf weitere Sportbereiche haben kann.

4.1. Sportliche Tätigkeit als eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe

Bemerkenswert ist, dass der Europäische Gerichtshof hinsichtlich des Kriteriums „Ausübung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art“ (vgl. § 4 Abs. 1 Z 2 lit. a BVergG 2018) seine Prüfung darauf konzentriert, ob eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe – in welchem Umfang auch immer – ausgeübt wird. Dies war nach italienischer Rechtslage¹⁰ und Rechtsprechung¹¹ klar zu bejahen. Das BMJ geht davon aus, dass auch in Österreich sportliche Tätigkeiten und deren Förderung Aufgaben im Allgemeininteresse darstellen,¹² weshalb die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes zur Auftraggebereigenschaft grundsätzlich auch von Relevanz für österreichische Sportverbände sind.

⁹ Vgl. allgemein zu „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ etwa EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*; EuGH 15.5.2003, Rs C-214/00, *Kommission/Spanien*; EuGH 12.9.2013, Rs C-526/11, *IVD*.

¹⁰ Das vorliegende Gericht leitet aus dem Decreto legislativo Nr. 242/1999 (Art. 15 Abs. 1) ab, dass die italienischen Sportverbände „öffentliche Aufgaben“ erfüllen. Art. 15 Abs. 1 leg. cit. lautet auszugsweise: „*Die nationalen Sportverbände ... üben die sportliche Aktivität im Einklang mit den Entscheidungen und Richtlinien des IOC [Internationalen Olympischen Komitees], der internationalen Verbände und des CONI aus, wobei sie auch die öffentliche Dimension bestimmter Kategorien von Aktivitäten berücksichtigen, die in der Satzung des CONI genannt sind. ...*“ Hinzuweisen ist darauf, dass die Übersetzungen dieser Gesetzesstelle in den SA und im Urteil divergieren.

¹¹ Vgl. die im Vorlagebeschluss zitierte Judikatur des Consiglio di Stato, Cons. Stato V vom 22. Juni 2017, Nr. 3065.

¹² Vgl. dazu insbes. § 1 („Gesellschaftliche Bedeutung des Sports“) des Bundesgesetzes betreffend die Förderung des Sports (Bundes-Sportförderungsgesetz 2017 – BSFG 2017), BGBl I Nr. 100/2017 idgF.

In seiner bisherigen Judikatur¹³ hat der Gerichtshof weiter gesondert geprüft, ob diese Aufgaben in „nicht gewerblicher Art“ erfüllt werden.¹⁴ Der Generalanwalt bejahte dieses Tatbestandsmerkmal, da das CONI den nationalen Sportverbänden die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben im Rahmen eines Monopols übertragen hat.¹⁵ Im Urteil selbst nimmt der Gerichtshof dazu weder Stellung noch verweist er auf die Schlussanträge des Generalanwaltes. Daraus ist zu schließen, dass der Europäische Gerichtshof die Erfüllung dieses Merkmals im vorliegenden Fall als offenkundig gegeben erachtet hat.^{16, 17}

4.2. Aufsichtskontrolle

Für die Qualifikation als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ iSd Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 der RL 2014/24/EU bzw. des § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 muss neben der (Teil)Rechtsfähigkeit der Einrichtung, die gegenständlich unstrittig war, zusätzlich eines der alternativen Kriterien des Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. c der RL 2014/24/EU bzw. des § 4 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG 2018 erfüllt sein. Aufgrund der Vorlagefragen konzentrierten sich die Aussagen des Gerichtshofes auf den Tatbestand der „Aufsichtskontrolle“.¹⁸

Das Bundesministerium für Justiz hebt in diesem Zusammenhang eingangs besonders hervor, dass der Gerichtshof eine Prüfung hinsichtlich des Beherrschungskriteriums der Aufsichtskontrolle vornahm, obwohl gemäß den Angaben im Ausgangsverfahren den italienischen Sportverbänden eine „Leitungsautonomie“ zuerkannt worden war.¹⁹

¹³ Vgl. EuGH 5.10.2017, Rs C-567/15, *LitSpecMet*, Rz 42; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale-Bau u.a.*, Rz 60.

¹⁴ Danach wird, verkürzt dargestellt, geprüft, ob eine Einrichtung unter normalen oder unter privilegierten Marktbedingungen tätig ist. Vgl. dazu insb. die Materialien zum BVergG 2018 Erläut RV 69 BlgNR XXVI. GP, S. 23f (mit weiteren Nachweisen der Rspr des EuGH).

¹⁵ Vgl. SA von GA *Sánchez-Bordona*, Rz 46.

¹⁶ Dass der Gerichtshof die Erfüllung als gegeben erachtete, ergibt sich nach Auffassung des BMJ aus der umformulierten Frage und der dazu erstatteten Antwort (Rz 33 und 48 sowie Tenor Pkt 1 des Urteils). An diesen Stellen des Urteiles bejaht der Gerichtshof die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a der RL 2014/24/EU unter expliziter Bezugnahme auf „Aufgaben nicht gewerblicher Art“.

¹⁷ Leider sind die Gründe für diese „Offenkundigkeit“ im Urteil nicht offengelegt worden.

¹⁸ Ob daher die (italienischen) Sportverbände überwiegend durch die öffentliche Hand finanziert oder ob die Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane überwiegend durch andere öffentliche Auftraggeber bestellt werden, wäre gesondert zu prüfen.

¹⁹ Vgl. dazu auch § 2 Abs. 2 BSFG 2017 der die Autonomie der österreichischen Sportverbände und Sportorganisationen anerkennt.

Unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung²⁰ betont der Gerichtshof den Grundsatz, dass alle alternativen Kriterien eine „enge Verbindung“ zu anderen öffentlichen Auftraggebern widerspiegeln müssen – es wird somit auch für das Beherrschungskriterium des Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. c der RL 2014/24/EU bzw. des § 4 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG 2018 auf eine Beherrschung durch andere öffentliche Auftraggeber abgestellt. Fallbezogen kam als derartiger – den FIGC beherrschender – öffentlicher Auftraggeber das CONI in Betracht.

Nur eine „aktive Aufsicht“, die es der öffentlichen Hand, in einem weiten funktionalen Sinn verstanden, ermöglicht, die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu beeinflussen, ist im Kontext des Vergaberechts relevant. Eine sportliche Dachorganisation, die eine bloße Koordinierungsfunktion ausübt und für Sportverbände gemeinsame sportliche, ethische und strukturelle Vorschriften aufstellt, dürfte dieses Kriterium nicht erfüllen. Besteht hingegen die Möglichkeit, die Ausübung des Sports im Einzelnen zu regeln oder in die konkrete Leitung von Sportverbänden (und deren Beziehungen zu Clubs, Vereinen, privaten Einrichtungen oder Einzelpersonen) einzugreifen, dann kann das Kriterium erfüllt sein.

Besonders hervorzuheben, weil in dieser Deutlichkeit in der bisherigen Rechtsprechung neu, sind die Aussagen des Gerichtshofes, wonach bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände, neben den rechtlichen Grundlagen insbesondere auch die faktischen Umstände zu würdigen sind. Die zu überprüfenden Aufsichtsbefugnisse sind nicht bloß technisch formal, sondern „eher inhaltlich“²¹ danach zu werten, ob sie die qualifizierte Aufsichtsmöglichkeit vermitteln oder nicht. Auch Indizien können hier eine wesentliche Rolle spielen.²² Daraus lässt sich erschließen, dass im konkreten Einzelfall etwa zu prüfen wäre, ob etwa einzelne Organwalter (z.B. Funktionäre) de facto in der Gesamtstruktur eine so wesentliche Rolle einnehmen, dass sie in der Lage sind, wesentliche (vergaberelevante) Entscheidungen der beaufsichtigten Verbände beeinflussen zu können, obwohl dies rechtlich (nach den Verbandsvorschriften, Statuten udglm.) gar nicht vorgesehen ist.

In weiterer Folge sind auch die Aussagen des Gerichtshofes zu einzelnen Befugnissen zu erwähnen, die im Rahmen der Gesamtwürdigung zu werten sind:

- Befugnis zur Anerkennung (hier: von Sportvereinen): Sofern sich diese (notwendige) Anerkennung auf die Prüfung allgemeiner Voraussetzungen und die Einhaltung grundlegender Vorschriften und Grundprinzipien (z.B. Geschlechtergleichstellung,

²⁰ Vgl. EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, *University of Cambridge*, Rz 20; EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley GmbH*, Rz 68.

²¹ So explizit Rz 58 des Urteiles.

²² Vgl. dazu die Aussagen des Gerichtshofes in den Rz 58 und 73.

interne Demokratie) bezieht und nicht die Möglichkeit umfasst, detaillierte, weitreichende Leitungsregelungen vorgeben zu können, ermöglicht diese Befugnis für sich keine aktive Aufsicht.

- Befugnis zur Erlassung von Leitlinien, Entscheidungen, Richtlinien und Anweisungen hinsichtlich der Ausübung der von einer Einrichtung betreuten Aktivität: Sofern es sich hierbei nur um allgemeine, weitgefasste und abstrakte Regeln bzw. allgemeine Leitlinien (hier: für die Organisation des Sports) handelt, vermittelt diese Befugnis ebenfalls keine „aktive Aufsicht“. Ermöglicht hingegen diese Befugnis die Vorgabe detaillierter Leitungsregeln oder die Vorgabe bestimmter Leitungsprofile – insbesondere bei der Vergabe von Aufträgen – dann bestünde eine „aktive Aufsicht“.²³
- Befugnis zur Genehmigung der Satzungen: Bezieht sich diese Prüfung nur auf die Vereinbarkeit einer Satzung mit den gesetzlichen Vorgaben, mit der Satzung der übergeordneten (Dach-)Organisation und allgemeinen Grundprinzipien, liegt noch keine „aktive Aufsicht“ vor. Können hingegen anlässlich der Genehmigung Änderungen der Satzung vorgeschrieben werden (bzw. die Genehmigung widerrufen werden falls die Änderungen nicht angenommen werden) oder der geprüften Einrichtung ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben werden, wäre das Kriterium erfüllt.
- Befugnis zur Genehmigung von Jahresabschlüssen und Jahreshaushalten: Eine rein buchhalterische ex post Kontrolle gewährt keine „aktive Aufsicht“,²⁴ eine Überprüfung der laufenden Gebarung auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit hingegen schon.²⁵ In diesem Zusammenhang ist auch relevant, welche Sanktionen eine Nicht-Genehmigung auslöst: bestehen diese lediglich in der Nichtveröffentlichung eines

²³ In diesem Zusammenhang weist das BMJ etwa auf das UEFA Stadioninfrastruktur-Reglement 2018 (abrufbar unter: https://editorial.uefa.com/resources/025d-0f842d77275e-2626ba68a049-1000/uefa-stadioninfrastruktur-reglement_ausgabe_2018.pdf) hin, welches präzise infrastrukturelle Mindestkriterien festlegt, die ein Stadion erfüllen muss, um als Stadion der Kategorie 1, 2, 3 bzw. 4 klassifiziert zu werden (als Voraussetzung für die Durchführung bestimmter Spiele ist). Auch das FIFA-Reglement für Stadionsicherheit enthält bauliche und technische Vorgaben für Stadien (abrufbar etwa unter: <https://www.oefb.at/oefb/FIFA-Sicherheitsrichtlinien.pdf>). Für den Bereich des Motorsports ist etwa auf die Regeln der FIA (abrufbar unter: <https://www.fia.com/regulations>) hinzuweisen, die auch detaillierte Vorgaben bezüglich der Ausstattung als Voraussetzung für eine Lizenzierung einer Rennstrecke enthalten (vgl. dazu etwa <https://www.fia.com/circuit-safety>). Ob diese Vorgaben ausreichen, um die o.g. „aktive Aufsicht“ zu vermitteln, wäre jeweils im Einzelfall zu untersuchen. In der Rs C-237/99 hielt der Gerichtshof fest, dass schon die bloße Überwachung der Einhaltung von sehr detaillierten Regeln für die Führung der Geschäfte (inklusive technischer Merkmale) dazu führt, dass der öffentlichen Hand ein bedeutender Einfluss eingeräumt wird (aaO Rz 51/52).

²⁴ Vgl. dazu schon EuGH 1.2.2001, Rs C-237/99, *Kommission gegen Frankreich*, Rz 53; EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*, Rz 70; EuGH 12.9.2013, Rs C-526/11, *IVD*, Rz 29.

²⁵ Vgl. EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*, Rz 73; VwGH 12.4.2018, Ra 2015/04/0054.

Abschlusses oder kann letztlich die Beschlussfassung des Haushaltes nicht verhindert werden, so spricht dies gegen eine „aktive Aufsicht“. E contrario ist daraus nach Auffassung des BMJ zu schließen, dass gravierende Sanktionen, die letztlich eine zwangsweise Änderung des Verhaltens der geprüften Einrichtung in eine vorgegebene Richtung erwirken können, eine vergaberechtlich relevante Aufsicht begründen würden.

- Befugnis, finanzielle Zuschüsse und deren Verwendungszweck festzulegen: Hier ist auf das Ausmaß der finanziellen Zuwendungen (mehr- oder minderheitliche Finanzierung) und der Auswirkungen der Befugnis abzustellen. Erfolgt die Mittelzuweisung in sehr allgemeiner Weise (hier: z.B. Förderung des Jugendsports), kann trotz Festlegung des Verwendungszweckes die Einrichtung eigenverantwortlich über die Vergabe von Aufträgen entscheiden und stellen die Zuschüsse nur einen minderheitlichen Anteil am Budget der Einrichtung dar, so liegt keine „aktive Aufsicht“ vor. E contrario kann daraus nach Auffassung des BMJ geschlossen werden, dass je größer und je spezifizierter eine Mittelzuweisung erfolgt (insbes. im Hinblick auf einzelne vergaberelevante Vorhaben) und je unmittelbarer eine Auftragsvergabe beeinflusst werden kann, desto eher von einer „aktiven Aufsicht“ auszugehen ist.
- Befugnis zur Ernennung der Rechnungsprüfer: Haben diese Rechnungsprüfer weder ein Vetorecht noch Vertretungs- oder Leitungsbefugnis, stellt deren Ernennung keine „aktive Aufsicht“ dar. Anderes gilt hingegen, falls die Rechnungsprüfer die Vergabe von Aufträgen beeinflussen können.
- Befugnis zur Kontrolle der Tätigkeiten und der ordnungsgemäßen Arbeitsweise: Hier ist zu prüfen, welche Auswirkungen diese Kontrollbefugnisse auf die Einrichtung und insbesondere deren Entscheidungen bei der Vergabe von Aufträgen haben; handelt es sich hierbei um eine Kontrolle mit konkreten Einflussmöglichkeiten, oder erstreckt sich diese Kontrolle lediglich auf die allgemeinen Tätigkeiten der Einrichtung (hier: Vorbereitung und Durchführung von Wettkämpfen etc.) und die Verwendung finanzieller Zuschüsse (siehe dazu aber oben).
- Befugnis, bei schwerwiegenden Unregelmäßigkeiten eine Einrichtung unter eine kommissarische Leitung zu stellen: hier ist entscheidend, ob diese Befugnis ein Ausfluss der Kontrolle der Rechtmäßigkeit ist oder ob diese Befugnis Teil einer Leitungspolitik ist und ob die Ausübung dieser Befugnis nicht eine ständige Aufsicht über die Leitung impliziert.²⁶ In den zuletzt genannten Fällen kann eine „aktive Aufsicht“ vorliegen.

²⁶ Vgl. dazu EuGH 1.2.2001, Rs C-237/99, *Kommission gegen Frankreich*, Rz 54 bis 56.

Abschließend weist das Bundesministerium für Justiz darauf hin, dass die oben dargestellten Aussagen des Europäischen Gerichtshofes über den Einzelfall hinausgehend horizontale Bedeutung für die Beurteilung der Auftraggebereignschaft von juristischen Personen, insbesondere von Vereinen, haben.

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen.

Für die Bundesministerin:

Mag. Dr. Michael FRUHMANN

Elektronisch gefertigt