

Rechtssache C-214/21

Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 98 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs

Eingangsdatum:

6. April 2021

Vorlegendes Gericht:

Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien)

Datum der Vorlageentscheidung:

3. März 2021

Klägerin und Rechtsmittelführerin:

Italien Emergenza Cooperativa Sociale

Beklagte und Rechtsmittelgegnerin:

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza

Beteiligte:

ANPAS – Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze Odv

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Anfechtung des Urteils des Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Calabria (Regionales Verwaltungsgericht Kalabrien, im Folgenden: TAR), mit dem die Klage der Rechtsmittelführerin gegen die Unterlagen des von der Rechtsmittelgegnerin eingeleiteten Auswahlverfahrens zur Vergabe des Notfallkrankentransportdienstes auf dauerhafter Grundlage an Freiwilligenorganisationen und das Italienische Rote Kreuz unter Ausschluss anderer gemeinnütziger Organisationen, insbesondere von Sozialgenossenschaften wie der Rechtsmittelführerin, abgewiesen wurde.

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Auslegung von Art. 10 Buchst. h und des 28. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24/EU; Art. 267 AEUV

Vorlagefrage

Steht Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24/EU – und damit deren 28. Erwägungsgrund – einer nationalen Regelung entgegen, nach der Notfallkrankentransportdienste vorrangig durch Vereinbarung nur an Freiwilligenorganisationen vergeben werden können – sofern diese seit mindestens sechs Monaten in dem einheitlichen nationalen Register des Dritten Sektors eingetragen sind, einem Netzwerk von Vereinigungen angehören und nach den gegebenenfalls bestehenden regionalen Vorschriften in diesem Bereich akkreditiert sind sowie unter der Bedingung, dass diese Vergabe die Bereitstellung des Dienstes innerhalb eines Systems sicherstellt, das wirksam sozialen Zwecken dient und Ziele der Solidarität verfolgt, und zwar unter wirtschaftlich effizienten und geeigneten Bedingungen sowie unter Wahrung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung –, ohne dass als mögliche Zuschlagsempfänger andere gemeinnützige Organisationen und insbesondere Sozialgenossenschaften als gemeinnützige Sozialunternehmen, einschließlich Sozialgenossenschaften, die die Aufteilung von Rückvergütungen im Zusammenhang mit Tätigkeiten von allgemeinem Interesse an die Gesellschafter gemäß Art. 3 Abs. 2-bis des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 112 von 2017 vornehmen, in Betracht gezogen werden müssten?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften

Art. 10 Buchst. h und 28. Erwägungsgrund der 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 (ABl. 2014, L 94, S. 65)

Angeführte nationale Vorschriften

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 vom 18. April 2016 [Gesetzbuch über das öffentliche Auftragswesen]), Art. 17, „Besondere Ausnahmen für öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen“: „1. Die Bestimmungen des vorliegenden Gesetzbuchs gelten nicht für öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen, die Folgendes zum Gegenstand haben: / ... / h) Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden ... mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung; / ...“

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore) (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 117 vom 3. Juli 2017 [Kodex des Dritten Sektors])

Art. 4 („Einrichtungen des Dritten Sektors“): „1. Einrichtungen des Dritten Sektors sind Freiwilligenorganisationen, Vereinigungen zur sozialen Förderung, philanthropische Einrichtungen, Sozialunternehmen einschließlich Sozialgenossenschaften ... und andere private Einrichtungen mit Ausnahme von Gesellschaften, die gegründet wurden, um ohne Gewinnerzielungsabsicht bürgerliche, solidarische und gemeinnützige Zwecke zu verfolgen, indem sie ausschließlich oder hauptsächlich eine oder mehrere Tätigkeiten von allgemeinem Interesse in Form von Freiwilligenarbeit oder der unentgeltlichen Bereitstellung von Geld, Gütern oder Dienstleistungen oder in Form von Gegenseitigkeit oder der Herstellung oder des Austauschs von Gütern oder Dienstleistungen ausüben, und die in das einheitliche nationale Register des Dritten Sektors eingetragen sind.“

Art. 56 („Vereinbarungen“): „1. Die öffentlichen Verwaltungen ... können mit Freiwilligenorganisationen und Vereinigungen zur sozialen Förderung, die seit mindestens sechs Monaten im einheitlichen nationalen Register des Dritten Sektors eingetragen sind, Vereinbarungen über die Erbringung sozialer Tätigkeiten oder Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zugunsten Dritter abschließen, wenn sie günstiger sind als der Rückgriff auf den Markt.“

Art. 57 („Notfallkrankentransportdienst“): „1. „Notfallkrankentransportdienste dürfen vorrangig durch Vereinbarung an Freiwilligenorganisationen vergeben werden, die seit mindestens sechs Monaten im einheitlichen nationalen Register des Dritten Sektors eingetragen sind, einem Netzwerk von Vereinigungen gemäß Art. 41 Abs. 2 angehören und nach den gegebenenfalls bestehenden regionalen Vorschriften in diesem Bereich akkreditiert sind, wenn die unmittelbare Vergabe aufgrund der besonderen Art des Dienstes die Bereitstellung eines Dienstes von allgemeinem Interesse innerhalb eines Systems sicherstellt, das wirksam sozialen Zwecken dient und Ziele der Solidarität verfolgt, und zwar unter wirtschaftlich effizienten und geeigneten Bedingungen sowie unter Wahrung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung.“

2. Für Vereinbarungen über die in Abs. 1 genannten Dienstleistungen gilt Art. 56 Abs. 2, 3, 3-bis und 4.“

Codice civile (Zivilgesetzbuch), Art. 2514, „Erfordernisse für Genossenschaften auf überwiegender Gegenseitigkeit“: „Genossenschaften auf überwiegender Gegenseitigkeit haben in ihren Satzungen vorzusehen: a) das Verbot der Ausschüttung von Dividenden in einem Ausmaß, das den Höchstzinssatz für verzinsliche Schuldverschreibungen der Post um mehr als zweieinhalb Prozentpunkte übersteigt, wobei vom tatsächlich eingezahlten Kapital auszugehen ist; ...“

Legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali) (Gesetz Nr. 381 vom 8. November 1991 (Regelung der Sozialgenossenschaften), Art. 1 („Definition“): „1. Sozialgenossenschaften verfolgen das allgemeine Interesse der Gemeinschaft an der Förderung des Menschen und der sozialen Integration der

Bürger durch: / a) die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Soziales und Gesundheit sowie Bildung ... / 2. Für die Sozialgenossenschaften gelten, soweit mit dem vorliegenden Gesetz vereinbar, die Bestimmungen über den Bereich, in dem sie tätig sind“.

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 (Revisione della disciplina in materia di impresa sociale) (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 112 vom 3. Juli 2017 [Reform der Regelung für Sozialunternehmen]), Art. 3, „Gemeinnützigkeit“:
„2-bis. Für die Zwecke der Abs. 1 und 2 gilt nicht als – auch indirekte – Ausschüttung von Gewinnen und Geschäftsüberschüssen die Aufteilung von Rückvergütungen im Zusammenhang mit Tätigkeiten von allgemeinem Interesse gemäß Art. 2 unter den Gesellschaftern, die als Genossenschaften gegründete Sozialunternehmen gemäß Art. 2545-sexies des Zivilgesetzbuchs und unter Einhaltung der durch Gesetz oder Satzung festgelegten Bedingungen und Grenzen vornehmen, sofern die Satzung oder der Gründungsakt die Kriterien für die Aufteilung der Rückvergütungen unter den Gesellschaftern nach dem Verhältnis der Menge und der Beschaffenheit des auf Gegenseitigkeit ausgerichteten Leistungsaustausches bestimmt und ein Überschuss aus dem auf Gegenseitigkeit ausgerichteten Geschäft zu verzeichnen ist.“

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Italy Emergenza ist eine zu einem Netzwerk von Vereinigungen gehörende gemeinnützige Genossenschaft, deren Zweck es ist, das allgemeine Interesse der Gemeinschaft an der Förderung des Menschen und der sozialen Integration zu verfolgen. Sie hat sich u. a. auf Krankentransportdienste spezialisiert und ist als Sozialunternehmen im Handelsregister eingetragen.
- 2 Mit am 26. Februar 2020 veröffentlichter Bekanntmachung leitete die Azienda Sanitaria Provinciale (ASP) di Cosenza (Provinzgesundheitsamt Cosenza, im Folgenden: ASP Cosenza) ein Auswahlverfahren zur Vergabe des Notfallkrankentransportdienstes auf dauerhafter Grundlage an Freiwilligenorganisationen und das Italienische Rote Kreuz ein.
- 3 Mit einer Klage beim TAR Kalabrien machte Italy Emergenza geltend, dass die Entscheidung der ASP Cosenza, die benötigten Krankentransportdienste ohne öffentliche Ausschreibung zu vergeben, rechtswidrig sei, und hilfsweise, dass die Klauseln der Bekanntmachung rechtswidrig seien, die andere gemeinnützige Organisationen, wie Genossenschaften nach italienischem Recht, ohne Weiteres von der fraglichen Vergabe ausschlossen. Sie rügte insbesondere, dass die von der ASP Cosenza angewandte Regelung der Art. 56 und 57 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 117/2017 von Art. 10 Buchst. h und dem 28. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 abweiche, die im Hinblick auf die Direktvergabe von Notfalldiensten eine vollständige Gleichstellung der Sozialgenossenschaften mit den Freiwilligenvereinigungen vorsähen, da die einen wie die anderen gemeinnützig seien.

- 4 Die Klage wurde abgewiesen. Zunächst stellte das TAR fest, dass die fragliche Dienstleistung unter die Ausnahme – von der Anwendung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe – falle, die in Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 vorgesehen und in Art. 17 Abs. 1 Buchst. h des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 50/2016 übernommen worden sei. Da es sich um einen Notfalldienst handle, sei die Vergabe durch Vereinbarung insbesondere in Art. 57 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 117/2017 als *lex specialis* geregelt. Folglich brauche die entsprechende Vereinbarung nicht günstiger zu sein als bei einem Rückgriff auf den Markt (Art. 56 als *lex generalis*), die vertragschließende Vereinigung müsse aber notwendigerweise alle in Art. 57 aufgeführten Bedingungen erfüllen (Eintragung im einheitlichen nationalen Register, Zugehörigkeit zu einem Netzwerk, sozialer Zweck, wirtschaftliche Effizienz und Geeignetheit usw.).

Sodann vertrat das TAR die Auffassung, dass es zulässig sei, die Sozialgenossenschaften von der Möglichkeit einer Vergabe durch Vereinbarung auszuschließen, da sie eine unternehmerische – wenn auch auf Gegenseitigkeit ausgerichtete – Zielsetzung hätten, was die unterschiedliche Behandlung in Art. 57 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 117/2017 im Vergleich zu Freiwilligenvereinigungen (den einzigen Einrichtungen des Dritten Sektors, die zur Teilnahme an diesem Verfahren berechtigt seien) rechtfertige; insoweit verwies es im vorliegenden Fall auf Art. 5 der Satzung der Klägerin, der die Möglichkeit einer Dividendenausschüttung mit einem Aufschlag von bis zu 2,5 % auf die Zinssätze der Postanleihen vorsehe.

- 5 Gegen das Urteil des TAR legte die Genossenschaft ein Rechtsmittel beim Consiglio di Stato (Staatsrat) ein.

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 6 In ihrer Rechtsmittelschrift wirft die Genossenschaft erneut die Frage nach der Vereinbarkeit der Art. 56 und 57 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 117/2017 mit dem Unionsrecht auf. Im angefochtenen Urteil werde nicht berücksichtigt, dass die Sozialgenossenschaften als „Sozial“-Unternehmen einen gemeinnützigen Zweck verfolgten und die Gewinne zur Erreichung dieses Zwecks reinvestieren müssten.
- 7 Die Rechtsmittelgegnerin entgegnet, dass die von der Genossenschaft angeführten unionsrechtlichen Vorschriften sich darauf beschränkten, den objektiven Umfang des Ausschlusses bestimmter Dienstleistungsaufträge zu definieren, ohne eine Gleichstellung zwischen Freiwilligenvereinigungen und Sozialgenossenschaften in Bezug auf die Auftragsvergabe nach den Art. 56 und 57 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 117/2017 festzulegen.

In diesem Zusammenhang sei der Vorbehalt der Vergabe an Freiwilligenorganisationen für die öffentlichen Verwaltungen nicht zwingend und obligatorisch, sondern nur fakultativ und bevorzugt („*dürfen vorrangig*“). Der

Gesetzgeber habe sich damit für die Einrichtungen ausgesprochen, deren Tätigkeit auf dem freiwilligen, spontanen und notwendigerweise unentgeltlichen Charakter der Arbeit ihrer Mitglieder beruhe und die den Grundsatz der Solidarität umsetzen. Die Sozialgenossenschaften hingegen stützten sich auf eine Form der gemeinsamen Arbeit, die darauf abziele, ihren Mitgliedern einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen. Daher erziele nur die Freiwilligenorganisation mit ihren Dienstleistungen keinen Gewinn und erfülle die sich aus den Urteilen des Gerichtshofs in den Rechtssachen C-113/13 und C-50/14 ergebende Voraussetzung, dass sie nicht einmal mittelbar einen wirtschaftlichen Vorteil für ihre Mitglieder erstrebe.

- 8 Die dem Rechtsstreit zur Unterstützung der Anträge der Rechtsmittelgegnerin beigetretene ANPAS, das nationale assoziative Netzwerk der Freiwilligenorganisationen, wies darauf hin, dass Sozialgenossenschaften nach nationalem Recht nicht nur Dividenden in dem durch Art. 2514 des Zivilgesetzbuchs festgelegten Umfang ausschütten, sondern auch, ohne gesetzliche Beschränkungen, Gewinne in Form von Rückvergütungen verteilen dürften (wenn die Erträge aus dem auf Gegenseitigkeit ausgerichteten Geschäft die Aufwendungen überstiegen), was dazu führen könnte, dass bei den Sozialgenossenschaften automatisch die Gemeinnützigkeit zu verneinen sei.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 9 Der Staatsrat stellt einleitend fest, dass sich keine der von der Rechtsmittelführerin angeführten Entscheidungen des Gerichtshofs wirklich mit dem spezifischen Problem befasst, dass die Sozialgenossenschaften nicht unter den Einrichtungen aufgeführt sind, an die der Notfallkrankentransportdienst direkt durch Vereinbarung vergeben werden kann. Beide Urteile sind vor dem Inkrafttreten des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 117/2017 ergangen und beziehen sich daher auf andere interne Vorschriften als Art. 57 dieses Dekrets, der aber die den angefochtenen Ausschreibungsunterlagen zugrunde liegende Bestimmung ist. Auch die in den Urteilen angewandte Richtlinie (Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates) ist nicht diejenige, gegen die im vorliegenden Fall verstoßen worden sein soll.
- 10 Er weist allerdings auf die Entscheidungserheblichkeit des neueren Urteils Falck Rettungsdienste (Rechtssache C-465/17) hin, nach dem bei Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 darauf abzustellen ist, dass keine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt und die Gewinne reinvestiert werden. Dass eine Gewinnerzielungsabsicht fehlt, kennzeichnet die Rechtsmittelführerin zweifellos, wie in Art. 6 ihrer Satzung ausdrücklich festgestellt ist, und die Regelung bezüglich der Dividenden in Art. 5 dieser Satzung ist lediglich ein indirektes Zitat von Art. 2514 des Zivilgesetzbuchs.
- 11 Sicherlich unterscheiden sich Sozialgenossenschaften auf organisatorischer und funktionaler Ebene von Freiwilligenvereinigungen, da zwar bei beiden die

Gewinnerzielungsabsicht fehlt, aber nur Ersthörer den ihnen angehörenden Personen einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen, während Letztere sich durch die „bürgerlichen, solidarischen und gemeinnützigen Zwecke“ der ausgeübten Tätigkeiten von allgemeinem Interesse auszeichnen (Art. 5 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 117/2017).

- 12 Allerdings spricht Art. 10 Buchst. h – wie auch der 28. Erwägungsgrund – der Richtlinie 2014/24 schlicht und einfach von „gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen“, ohne sich auf Freiwilligenvereinigungen zu beschränken (Wortlautargument), und der Begriff des Unternehmers (und damit die Beteiligung an öffentlichen Aufträgen) setzt im Unionsrecht nicht voraus, dass auch eine Gewinnerzielungsabsicht des Unternehmens besteht (logisch-systematisches Argument).
- 13 Wenn man sich also die Möglichkeit vorbehält, den Notfallkrankentransportdienst „vorrangig“ durch Vereinbarung an nur eine der in der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen Arten von „gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen“ zu vergeben, ohne auch Sozialunternehmen in Betracht zu ziehen, lässt dies Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelung in Art. 57 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 117/2017 mit dem Unionsrecht aufkommen. Ein solcher Vorbehalt würde nämlich bedeuten, dass – ungeachtet der im 28. Erwägungsgrund und in Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 festgelegten weit formulierten Ausnahmeregelung – Freiwilligenvereinigungen nur dann einer öffentlichen Ausschreibung unterliegen würden, wenn die „vorrangige“ Vergabe durch Vereinbarung aus welchen Gründen auch immer nicht möglich ist, während alle anderen gemeinnützigen Organisationen stets ein Ausschreibungsverfahren durchlaufen müssten, damit die gleiche Dienstleistung an sie vergeben werden kann. Die Zweifel lassen sich auch nicht durch den Verweis darauf ausräumen, dass die Auftragsvergabe nach den nationalen Rechtsvorschriften nur fakultativ ist, da die Sozialgenossenschaften in keinem Fall zu den möglichen Zuschlagsempfängern gehören.
- 14 Der Gerichtshof hat kürzlich in der Rechtssache C-367/19 entschieden, dass der Begriff des öffentlichen Auftrags als entgeltlicher Vertrag auch Verträge umfasst, die als Gegenleistung lediglich die Erstattung der entstandenen Kosten vorsehen. Damit würde auch das vom TAR und der Rechtsmittelgegnerin hervorgehobene Merkmal – nämlich dass es nur bei Freiwilligenvereinigungen an einem wirtschaftlichen Vorteil für deren Mitglieder, denen nur die Kosten erstattet werden, fehlt – seinen Wert im Hinblick auf die unionsrechtliche Rechtfertigung der günstigeren Behandlung solcher Vereinigungen im Vergleich zu Sozialgenossenschaften verlieren.
- 15 Die Unterschiede zwischen den beiden Arten von gemeinnützigen Einrichtungen können auch dadurch verwischt werden, dass – ebenso wie Freiwilligenvereinigungen innerhalb der für ihre Arbeit notwendigen Grenzen auf Arbeitnehmer zurückgreifen können – Sozialgenossenschaften freiwillige

Mitglieder haben können, die ihre Tätigkeit unentgeltlich erbringen und lediglich eine Aufwandsentschädigung erhalten (Art. 2 des Gesetzes Nr. 381/1991).

- 16 Der Staatsrat stellt fest, dass er diese Zweifel an der Vereinbarkeit der streitigen Regelung mit dem Unionsrecht bereits vor kurzem dem Gerichtshof unterbreitet hat, und verweist hierfür auf die Vorlagefrage in der anhängigen Rechtssache C-213/21 sowie auf die entsprechende Begründung. Diese Vorlagefrage wird am Ende wie folgt ergänzt: „*einschließlich Sozialgenossenschaften, die die Verteilung von Erstattungen im Zusammenhang mit Tätigkeiten von allgemeinem Interesse an die Mitglieder verwalten, gemäß Art. 3 Abs. 2bis des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 112 von 2017*“.

Auf diese Weise will der Staatsrat klären lassen, ob die in der Satzung geregelte Möglichkeit für Sozialgenossenschaften, einen Teil des Gewinns in Form von Rückvergütungen unter den Gesellschaftern aufzuteilen, nicht ihren Ausschluss vom Kreis der gemeinnützigen Vereinigungen und damit vom Kreis der Vereinigungen, an die nach Art. 57 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 117/2017 Dienstleistungen durch Vereinbarung vergeben werden können, zur Folge hat. Denn die Leistung der Rückvergütungen – entweder durch Kosteneinsparung oder durch Aufstockung der Vergütung für die geleistete Tätigkeit – könnte eine verdeckte Verteilung von Dividenden oder Vermögenswerten an die Gesellschafter darstellen, während nach dem oben zitierten Urteil Falck Rettungsdienste die Reinvestition der Gewinne eine unabdingbare Voraussetzung für die Zwecke des Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 zu sein scheint.

- 17 Aus Art. 3 Abs. 2-bis des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 112/2017 und Art. 2525-sexies des Zivilgesetzbuchs ergibt sich, dass bei Sozialunternehmen in der Form einer Gesellschaft (wie bei der Rechtsmittelführerin) die Aufteilung von Rückvergütungen im Zusammenhang mit Tätigkeiten von allgemeinem Interesse unter bestimmten Bedingungen und in bestimmten Grenzen zulässig ist. Zunächst einmal gilt die Grenze eines ausgeglichenen Haushalts. Zweitens muss sichergestellt sein, dass das Unternehmen weiterbesteht und dank nicht aufteilbarer Rücklagen und Rückstellungen in der Lage ist, den Gegenseitigkeitszweck in den kommenden Jahren zu erfüllen. Eine dritte Einschränkung ist, dass nur die Nettoergebnisse verteilt werden dürfen, die aus mit den Gesellschaftern ausgeübten Tätigkeiten herrühren. Die Genossenschaft muss daher getrennte Konten für die Tätigkeiten mit den Gesellschaftern führen, und die Aufteilung erfolgt im Verhältnis zum Wert des Leistungsaustauschs der einzelnen Gesellschafter mit der Gesellschaft. Dabei besteht jedenfalls kein subjektives Recht des Gesellschafters auf Rückvergütung; diese wird vielmehr von der Gesellschafterversammlung in dem durch Gesetz oder Satzung festgelegten Umfang beschlossen, da ein hypothetisches Recht auf Vorzugsbedingungen (z. B. auf eine höhere Vergütung für die geleistete Arbeit) dem Schutz des sozialen Interesses zuwiderlaufen und die Gesellschafter dazu verleiten könnte, eine Position einzunehmen, die sich von derjenigen der Genossenschaft unterscheidet oder ihr entgegensteht.

- 18 Nachdem der Staatsrat den Regelungskontext von Rückvergütungen im Allgemeinen dargelegt hat, verweist er im Hinblick auf die Feststellung der „Gemeinnützigkeit“ der Rechtsmittelführerin schließlich auf Art. 34 („Rückvergütungen“) ihrer Satzung, in dem es heißt:

„Die Gesellschafterversammlung kann auf Vorschlag des Verwaltungsorgans die Zahlung von Rückvergütungen beschließen, die 30 % der Gesamtvergütung der tätigen Gesellschafter nicht überschreiten dürfen.

Die Rückvergütungen müssen nach dem Verhältnis der Menge und/oder Beschaffenheit der von den Gesellschaftern erbrachten Arbeitsleistungen auf der Grundlage der Bestimmungen der Geschäftsordnung aufgeteilt werden.

Die Zahlung kann auf der Grundlage der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung erfolgen durch: – Aufstockung der Vergütung – kostenfreie Erhöhung des Gesellschaftskapitals.

Die an die Gesellschafter rückvergüteten Beträge können auch zur Aktivierung des Gesellschafterdarlehens verwendet werden.

In jedem Fall muss die Zuweisung der Rückvergütung die Rückstellung und die Zahlung gemäß den Buchst. a) [nicht aufteilbare gesetzliche Rücklagen in Höhe von mindestens 30 %] und b) [Zahlung an den Fonds auf Gegenseitigkeit zur Förderung und Entwicklung der Zusammenarbeit im gesetzlich vorgesehenen Umfang] ermöglichen.“

- 19 Unter diesen Umständen setzt der Staatsrat das Verfahren aus und befasst den Gerichtshof mit der Frage, ob es zulässig ist, Sozialgenossenschaften wie die Rechtsmittelführerin, die nicht alle Gewinne reinvestieren und Rückvergütungen vornehmen, von der Direktvergabe von Notfallkrankentransportdiensten auszuschließen.