

# Neue Grenzen bei Inhouse-Geschäften

Die ausschreibungsfreie Beauftragung von Tochterunternehmen wird immer schwieriger

von Dr. Ute Jasper, Rechtsanwältin und Partnerin Dr. Isabel Niedergöcker, Mag. rer. publ., Rechtsanwältin beide HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK, Düsseldorf

Neue Urteile schränken die Möglichkeiten von Inhouse-Geschäften für Kommunen und kommunale Unternehmen immer weiter ein. Die Rechtsprechung legt dabei ihr Augenmerk vor allem auf das Wesentlichkeitskriterium. Nicht allein maßgeblich ist nunmehr die Rechtsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Vermehrt tritt die Beziehung zwischen dem Auftragnehmer und (privaten) Dritten in den Vordergrund.

Inhouse-Geschäfte sind nach wie vor gefragt. Viele Kommunen beauftragen im Wege dieser vergaberechtlichen Ausnahme ihre kommunalen (Eigen-)gesellschaften. Gängig sind Auftragsvergaben oder die Vergabe von Konzessionen von einer Kommunen an eine von dieser beherrschte Gesellschaft, ein Kommunalunternehmen oder einen rein kommunalen Zweckverband.

Seit der Teckal-Entscheidung des EuGH stehen Inhouse-Geschäfte im Fokus der Rechtsprechung. Dennoch ist diese Rechtsfigur nach wie vor nicht in allen ihren Facetten abschließend geklärt. Dies zeigen wieder einmal neue Urteile verschiedener Oberlandesgerichte, insbesondere die neuen Urteile des Oberlandesgerichtes Hamburg vom 14.12.2010 (Az. I Verg 5/10) und die neuste Entscheidung des Vergabesenates des Oberlandesgerichtes Düsseldorf vom 28.07.2011 (VII-Verg 20/11).

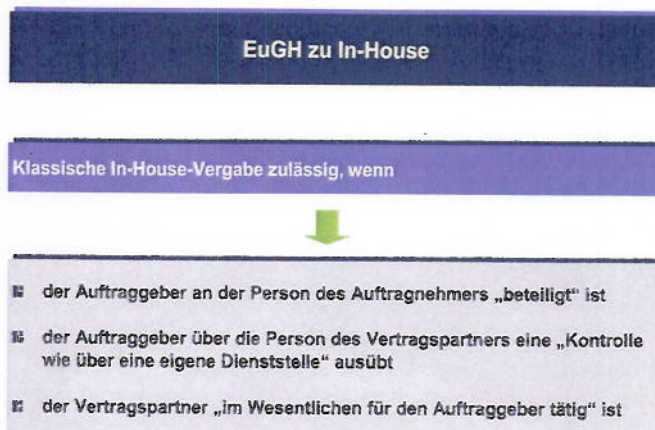
Die Inhouse-Frage wird an § 99 GWB und die Definition des öffentlichen Auftrages geknüpft. Ein öffentlicher Auftrag ist ein Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen. Demnach fordert das Vergaberecht zwei von einander verschiedene Rechtssubjekte. Der Gedanke hinter der Inhouse-Rechtsprechung liegt darin, dass innerhalb eines Rechtssubjektes, also bei internen Vorgängen, eben kein öffentlicher Auftrag vorliegt. Das Gleiche muss auch dann gelten, wenn durch eine organisatorische Ausgliederung aus der Kommune eine neue Rechtspersönlichkeit geschaffen wird. Es soll gerade keinen Unterschied machen, ob ein Amt für die Kommune handelt oder eine kommunale Gesellschaft, die dazu gegründet wurde, dieselben Aufgaben zu erfüllen. In beiden Fällen besteht kein Marktbezug, weil unter dem Dach der Kommune, also „im Hause“ beauftragt wird. Der Wettbewerb wird nicht gefährdet. Eine öffentliche Ausschreibung, mit der Begründung zwei Rechtspersönlichkeiten würden handeln, wäre hier reiner Formalismus.

Die Grundkonstellation ist klar. Rechtlich von Interesse sind aber die Fälle, in denen zum Beispiel mehrere Gemeinden Anteile am Auftragnehmer halten oder ein oder mehrere Private an diesem beteiligt sind.

Der EuGH hat dazu bereits im Jahr 1999 in der Teckal-Entscheidung Stellung genommen. Nach seiner Rechtsprechung reicht allein die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer juristischen Person des Privat- oder des öffentlichen Rechts nicht aus, um ein Geschäft dem Anwendungsbereich des Vergaberechts zu entziehen. Grundsätzlich sind nach der Rechtsprechung des EuGH daher auch alle Geschäfte mit diesen anderen Rechtssubjekten zu-nächst dem Vergaberecht zu unterwerfen.

Der EuGH hat aber in seiner Teckal-Entscheidung Kriterien aufgestellt, bei deren Vorliegen er eine Ausnahme zulassen will. Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Literatur auch heute insoweit, dass die vom EuGH entwickelten Kriterien,

ein Kontrollkriterium und ein Wesentlichkeitskriterium, für ein vergabefreies Inhouse-Geschäft erfüllt sein müssen. Der EuGH hatte folgende Voraussetzungen aufgestellt:



Die Teckal-Kriterien lassen Raum für die gegensätzlichsten Auslegungen und Meinungen. Sie geben den Kommunen einen gewissen Spielraum. Zahlreiche Konstellationen wurden dem EuGH in der Folge zur Entscheidung vorgelegt. Maßgebliche Einschränkungen bestehen aus den ergangenen Urteilen bereits seit Jahren. Die Entscheidungen des EuGH sind quasi zu Klassikern geworden:

Die folgende Übersicht stellt eine Auswahl der bekanntesten Entscheidungen dar:



Die Urteile betreffen sowohl Fragen zum Kontroll- als auch zum Wesentlichkeitskriterium. Heute entscheiden auch vermehrt die Oberlandesgerichte auf nationaler Ebene weitere Anforderungen und Feinheiten, die bei einem Inhouse-Geschäft zu berücksichtigen sind - beziehungsweise einem solchen entgegenstehen. Sowohl das Oberlandesgericht Hamburg (Entscheidung vom 14.12.2010 – Az.: I Verg 5/10) als auch der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf (Entscheidung vom 28.07.2011 – Az.: VII-Verg 20/11) haben sich mit der Frage beschäftigt, welche Rolle Rechtsbeziehungen mit (privaten) Dritten bei der Beurteilung eines vergabefreien Inhouse-Geschäftes spielen. Das Oberlandesgericht Hamburg entschied folgenden Fall:

Die Stadt Hamburg hatte ihre kommunale Stadtwerke-GmbH, an der sie mittelbar (Enkelgesellschaft) vollständig beteiligt war, ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit verschiedenen energiewirtschaftlichen Leistungen beauftragt. Die Gesellschaft erzielte nach den Feststellungen des Gerichtes 90,5 % ihres Gesamtumsatzes innerhalb des Hoheitsgebietes der Stadt Hamburg, wovon wiederum ca. 15,91 % der Umsätze durch die Stromlieferungen an Privatkunden erzielt wurde.

Die Stadt Hamburg vertrat die Ansicht, dass der Umsatz aus Stromlieferungen innerhalb des Stadtgebietes kein inhouse-schädliches Drittgeschäft darstellen könne. Denn die Leistungen seien als Teil der Daseinsvorsorge der Stadt Hamburg zuzurechnen. Die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft für private Dritte und der hieraus generierte Umsatz in Höhe von 15,91 % sei daher eine Tätigkeit des öffentlichen Auftraggebers. Dies ergebe sich daraus, weil die Gesellschaft gerade zur Sicherung der kommunalen Daseinsvorsorge gegründet worden sei. Die Energieversorgung gehöre seit je her zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben. Aus diesem Grund müsse auch der mit der Stromlieferung an private Dritte erzielte Umsatz als Tätigkeit des öffentlichen Auftraggebers, also der Stadt Hamburg, gewertet werden.

Ein Wettbewerber beanstandete das Inhouse-Geschäft, weil die Voraussetzungen dafür seiner Meinung nach nicht vorgelegen hätten.

Das Oberlandesgericht Hamburg hat in dem Verfahren entschieden, dass in dieser Konstellation ein inhouse-schädliches Drittgeschäft vorliegt. Denn der Stadt könnten nur solche Umsätze zugerechnet werden, deren Erzielung sie auch tatsächlich herbeigeführt habe. Die Beauftragung der Gesellschaft zur Erbringung von Energiedienstleistungen erfolge aber gerade nicht durch sie als öffentlichen Auftraggeber, sondern unmittelbar durch die jeweiligen Privatkunden selbst. Deshalb seien diese im Verhältnis zum öffentlichen Auftraggeber „Dritte“. Die Umsätze mit den Stromlieferungsverträgen seien folglich als Drittumsatz zu qualifizieren.

Außerdem hat das OLG Hamburg ausgeführt, dass die Stromversorgung den Kommunen auch nicht mehr exklusiv zugewiesen sei, weil auch private Dienstleister am Markt tätig seien. Auch eine Rekommunalisierung ändere nichts daran, dass für die Stromlieferung ein Wettbewerbsmarkt besteht. Gerade dieser Wettbewerb würde durch Inhouse-Geschäfte, wie das vorliegende verfälscht. Solche Geschäfte müssten daher eingegrenzt werden.

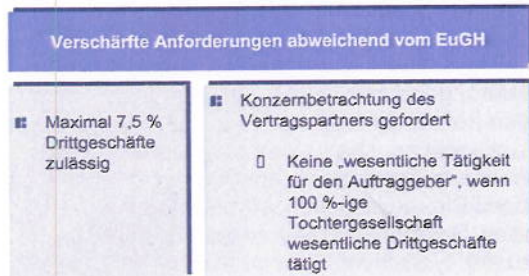
Für Kommunen, ihre Stadtwerke und andere kommunale Unternehmen bedeutet die Entscheidung:

Konzessionen für Strom- und Gasversorger oder für Verkehrsunternehmen dürfen nicht mehr ohne Wettbewerb an die kommunalen Stadtwerke vergeben werden, wenn diese auch ein Drittgeschäft mit privaten Endkunden machen. Dies ist in der Regel der Fall, denn die Verbraucher schließen ihrerseits die Verträge ab – und zwar mit den Stadtwerken und nicht mit der Stadt selbst.

Vor kurzer Zeit ist nun das aktuellste Urteil durch den Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf gefällt worden. In der Entscheidung hat sich das Gericht ebenfalls zur Problematik des Wesentlichkeitskriteriums im Rahmen von Inhouse-Geschäften geäußert. Auch hier waren die Drittgeschäfte der entscheidende Punkt bei der Bewertung. Das Oberlandesgericht Düsseldorf stellte in seiner Entscheidung ebenfalls auf die Umsätze mit Endverbrauchern oder Unternehmen ab und schloss sich insoweit der Rechtsprechung des EuGH und des Oberlandesgerichtes Hamburg an.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf verneinte im dem Fall ein zulässiges Inhouse-Geschäft, weil das beauftragte Unternehmen nicht im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig war. Das Unternehmen hatte einen Drittgeschäftsanteil von 9,7 %. Eigentlich lag es damit unter der 10%-Grenze, die der EuGH in der Entscheidung *Asfemo* vom 19.04.2007 festgelegt hatte. Leider ließen die Düsseldorfer Richter die Frage nach einer konkreten Quote offen und teilten nicht mit, wann ihrer Ansicht nach die Schwelle zur Inhouse-Schädlichkeit überschritten wurde.

Das OLG Düsseldorf fokussierte sich auf einen anderen Punkt. Es stellte auf einen zusätzlichen Aspekt bei der Prüfung von Drittgeschäften im Rahmen von Inhouse-Konstellationen ab. Die Überlegung ist nicht ganz neu: denn das Gericht rechnete als weiteren Posten auch Drittgeschäfte anderer Unternehmen hinzu. Bekannt ist diese Betrachtung schon aus dem Urteil des OLG Celle vom 29.10.2009 (Az. 13 Verg 8/09).



Neu ist aber Folgendes: Zusätzlich zum dem eigenen Fremdgeschäft des Unternehmens beachtete der Vergabesenat auch die Umsätze des Zweckverbandes, dem das Unternehmen angehörte. Dieser Zweckverband wurde selbst gewerblich tätig und erzielte 38,5 % der Umsätze durch Geschäfte mit Dritten. Aus diesem Grund sei die zulässige Grenze für Drittgeschäfte überschritten.

Kommunale Unternehmen müssen nach der Entscheidung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf nun bei der Berechnung des Fremdotsatzes nicht nur den Anteil der Geschäfte

des jeweiligen Tochterunternehmens mit Dritten beachten, sondern auch sämtliche weitere Drittgeschäfte. Denn nach der Entscheidung der Düsseldorfer Richter stehen Geschäfte mit Dritten einem Inhouse-Geschäft nicht nur dann entgegen, wenn das kommunale Unternehmen selbst am Markt auftritt. Das Gericht hält unter bestimmten Umständen auch die Drittgeschäfte von Vertragspartnern und verbundenen Unternehmen für ein Hindernis.

Am Rande hat das Oberlandesgericht Düsseldorf auch noch zu einem weiteren Klassiker des Vergaberechts Stellung genommen: das Oberlandesgericht äußerte sich zu Vertragsänderungen im Vergaberecht. Das Gericht hat klar formuliert, dass eine „allgemeine Anpassungsklausel“ keine ausschreibungsfreie Vergabe weiterer Leistungen auf der Grundlage eines bestehenden Vertrages rechtfertigen kann. Enthält der Vertrag keine weiteren Angaben, müssen die neuen Leistungen ausgeschrieben werden. Nur wenn der ursprünglich geschlossene Vertrag schon die Umstände und die Richtung für den Fall einer Vertragsänderung vorgibt, können die kommunalen Unternehmen auf ein Vergabeverfahren verzichten.

Die Einschränkungen für Direktvergaben an kommunale Unternehmen werden also immer enger. Nicht nur neue sondern auch laufende Verträge müssen schnell dem neuen Recht angepasst werden.