

# Zweifelhafte Umwege sind nicht mehr nötig

ZfK - Zeitung für kommunale Wirtschaft

**Vergaberecht** Das OLG Düsseldorf hat den Rahmen für Inhouse-Aufträge neu gezogen – nicht nur für den klassischen Nahverkehrsauftrag, sondern auch bei neuen Geschäftsfeldern

**Ute Jasper**, Düsseldorf

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat den Rahmen für Aufträge an kommunale Verkehrsunternehmen neu gezogen. Danach dürfen Kommunen ihre Verkehrstochter in vielen Fällen ohne Wettbewerb direkt beauftragen. Die umständlichen Konstruktionen, Betrauungen und Gesellschafterweisungen, mit denen in der Vergangenheit versucht wurde, das Vergaberecht zu umgehen, sind nicht mehr erforderlich. Denn das Vergaberecht selbst erlaubt meist Inhouse-Aufträge. Das gilt nicht nur für klassische Nahverkehrs-Aufträge, sondern auch für neue Aufgaben, die nicht kostendeckend sind, beispielsweise On-Demand-Verkehre oder Bike-Sharing.

Wenn die Kommune eine Vergütung an ihre Nahverkehrs-Tochter zahlt oder die ÖPNV-Verluste direkt oder über Quersubventionen aus dem Energiegeschäft ausgleicht, ist das Vergaberecht anwendbar, nicht die Verordnung (EG) 1370/2007. Die vergaberechtlichen Anforderungen an Inhouse-Geschäfte gelten. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist kein Wettbewerb erforderlich.

Auch wenn der Auftraggeber ÖPNV-Tarifbefugnisse auf einen Zweckverband übertragen hat, ist ein Inhouse-Geschäft möglich. Der Tarifverbund steht der Kontrolle durch die Kommune, die für ein Inhouse-Geschäft erforderlich ist, nicht entgegen.

Die Kommune darf nicht nur ihr Tochterunternehmen, sondern auch eine Enkel-Aktiengesellschaft ohne Wettbewerb beauftragen, wenn sie deren Kontrolle über einen Ergebnis- und Gewinnabführungsvertrag sichergestellt hat. Dann ist auch die Enkelgesellschaft Inhouse-fähig.

**Offene Fragen zu Drittgeschäften** | Zu den Drittgeschäften ist noch nicht jede Frage geklärt: Fest steht, dass Fahrgeldeinnahmen nicht als Drittgeschäfte anzusehen sind. Direktvergaben steht also nicht entgegen, dass das kommunale Verkehrsunternehmen Umsätze mit den eigenen Fahrgästen erzielt. Unschädlich sind auch Einnahmen aus Betrauungen des Verkehrsunternehmens mit der Bewirtschaftung von Parkhäusern und Parkplätzen, weil – so das OLG Düsseldorf – diese Umsätze auf dem Auftrag der Kommunen beruhen und nicht auf einer eigenen unternehmerischen Entscheidung des Verkehrsunternehmens.

Eine Direktvergabe im ÖPNV verstößt nicht gegen das vergaberechtliche Gebot, Lose zu bilden. Das OLG Düsseldorf hält das Gebot der Losvergabe bei Inhouse-Vergaben nicht für anwendbar. Auch das Kartellrecht könne der Direktvergabe nicht entgegenstehen, weil bei einer Inhouse-Vergabe kein kartellrechtswidriges Ausnutzen der Marktposition in Betracht komme. Das Beihilferecht sei im Nachprüfungsverfahren nicht zu prüfen.

Damit haben sich etliche Nebel gelichtet. Zu einem sehr wichtigen Thema fehlt allerdings noch eine Antwort: Sind Drittumsätze aus der Energieversorgung schädlich? Wenn Verkehr und Energie in einem einzigen Unternehmen zusammengefasst sind, verkauft das mit dem ÖPNV beauftragte Unternehmen zugleich Strom, Gas oder Fernwärme. Das OLG Düsseldorf hat sich bisher widersprüchlich dazu geäußert, ob die Umsätze daraus Inhouse-Aufträge verhindern, weil das Unternehmen nicht im Wesentlichen für die Kommune, sondern für Dritte tätig ist. Im zuletzt veröffentlichten Beschluss (Verg 1/19) hält das OLG Gas- und Wasserumsätze generell für schädlich. Zuvor hatte es auf Leistungen im Stadtgebiet abgestellt (Verg 2/19) und Energieversorgungsumsätze als Umsätze für die Kommune, also nicht als Drittgeschäft angesehen.

Konsequent wäre es wohl, die Umsätze in liberalisierten Märkten wie Strom als Drittgeschäfte anzusehen, weil sie nicht auf Aufträgen der Kommune beruhen, bei Wasser aber eher auf Leistungen auf Basis des kommunalen Auftrags abzustellen, weil die Bürger hier keinen Auswahlspielraum haben. Jedenfalls müssen sich die Stadtwerke mit Energie- und ÖPNV-Sparten in derselben Gesellschaft auf neue Strukturen einstellen.

**Ute Jasper** ist Partnerin der Kanzlei Heuning Kühn Luer Wojtek