

„Die Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der In-House-Vergabe“

- Bedeutung und Konsequenzen des Asemfo-Urteils des EuGH -

*Dr. Ute Jasper, Rechtsanwältin, Düsseldorf1**

*Dr. Kristina Daroussis, Rechtsanwältin, Düsseldorf**

Der EuGH hat am 19.04.2007 in der Rechtssache Asemfo (C-295/05) erstmals über den zulässigen Anteil von Drittgeschäften bei In-House-Vergaben entschieden:

Ein In-House-Geschäft ist ohne Vergabeverfahren zulässig, wenn

- öffentliche Auftraggeber am Auftragnehmer zu 100 % beteiligt sind,
- der Auftragnehmer zu 10 % für Dritte tätig ist.

*Die Autorinnen sind Rechtsanwältinnen im Düsseldorfer Büro der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek.

Der Fall betrifft eine staatliche Regionalentwicklungsgesellschaft, deren Gesellschaftskapital der spanische Staat zu 99 % und vier autonome Regionen zu 1 % halten. Im Durchschnitt verrichtet die Gesellschaft - so der vom EuGH beurteilte Sachverhalt - 55 % ihrer Tätigkeiten für die autonomen Regionen und 35 % für den Staat.

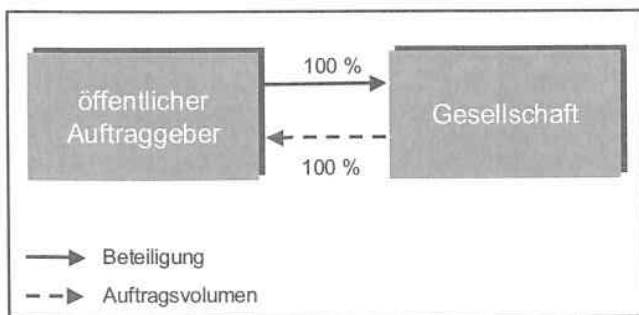
Damit ist die Entscheidung des OLG Celle, die schon 7,5 % Drittgeschäfte als unzulässig betrachtete, überholt. Offen bleibt weiterhin, ob auch mehr als 10 % Drittgeschäft zulässig sein können.

1 Hintergrund

Öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB werden durch europaweite förmliche Ausschreibung vergeben, wenn die öffentliche Hand und ein von dieser verschiedener Dritter einen Vertrag schließen. Verträge zwischen Teilen der öffentlichen Hand unterfallen dagegen nicht dem Vergaberecht. In diesen Fällen erscheint die Auftragsvergabe mehr als organisationsinterne Maßnahme und nicht als Vertrag zwischen der öffentlichen Hand und einer von dieser verschiedenen Rechtspersönlichkeit. Ein unproblematischer Fall eines In-House-Geschäfts liegt vor, wenn die öffentliche Hand einen Auftrag an eine „eigenen Dienststelle“ vergibt.

Schwieriger wird es, wenn die öffentliche Hand den Auftrag an ein Unternehmen vergibt, an welchem sie beteiligt ist. Eine solche Beteiligung ist in verschiedenen Formen denkbar. Zum einen kann die öffentliche Hand eine kommunale Eigengesellschaft, zum Beispiel eine Stadtwerke GmbH, gründen. An dieser ist nur sie allein beteiligt. Zum anderen kann sie sich an Unternehmen beteiligen, an welchen auch Private beteiligt sind.

Bildlich lässt sich der Fall einer kommunalen Eigengesellschaft wie folgt darstellen:



Grundsätzlich unterliegt ein solches Geschäft, zumindest bei einem Auftragsvolumen oberhalb der Schwellenwerte, dem Vergaberecht. Der öffentliche Auftraggeber muss den Auftrag ordnungsgemäß nach den Regeln des Vergaberechts ausschreiben. Sind jedoch bestimmte Voraussetzungen erfüllt, aus denen sich eine Nähe der beauftragten Gesellschaft zum öffentlichen Auftraggeber ergibt, dann ist das Geschäft vergaberechtsfrei.

Wie diese Nähe zu bestimmen ist, ist Gegenstand aller In-House-Entscheidungen des EuGH. Erstmals hat der EuGH in der grundlegenden „Teckal“-Entscheidung Kriterien aufgestellt, deren Vorliegen ein In-House-Geschäft begründen. Nach der „Teckal-Entscheidung“ ist ein Auftrag der öffentlichen Hand an eine Gesellschaft dann ein In-House-Geschäft, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- der öffentliche Auftraggeber übt über den selbständigen Rechtsträger eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus;
- der selbständige Rechtsträger verrichtet seine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber.

Diese Kriterien hat der EuGH in vielen nachfolgenden Entscheidungen bestätigt und präzisiert.

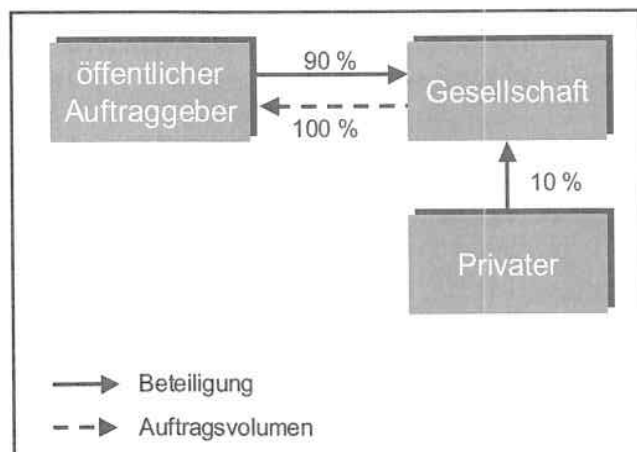
Übersicht über die bedeutendsten In-House-Entscheidungen des EuGH:

„Teckal“, EuGH, Rs. C-107/98 v. 18.11.1999
 „Stadt Halle“, Rs. C-26/03 v. 11.01.2005
 „Parking Brixen“, Rs. C-458/03 v. 13.10.2005
 „Stadtgemeinde Mödling“, Rs. C-29/04 v. 10.11.2005
 „Carbotermo“, Rs. C-340/04 v. 11.05.2006
 „ANAV“, Rs. C-410/04 v. 11.05.2006
 „Asemfo“, Rs. C-295/05 v. 19.04.2007

1.1 Kontrolle des Auftraggebers über den Vertragspartner wie über eine eigene Dienststelle

Für das Bestehen eines In-House-Geschäfts muss der öffentliche Auftraggeber über die von ihm beauftragte Gesellschaft „eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ ausüben. Die Gesellschaft ist nach dem Urteil „Parking Brixen“ einer solchen Kontrolle dann unterworfen, wenn der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.

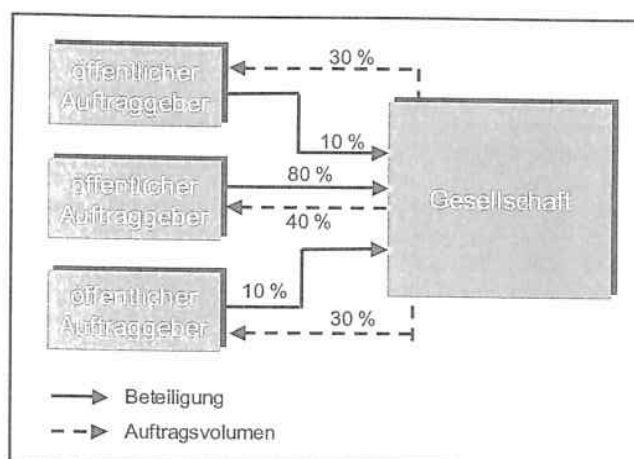
In der Entscheidung „Stadt Halle“ hat der EuGH entschieden, dass ein solcher Einfluss bei einer auch nur minderheitlichen Beteiligung eines privaten Unternehmens an dem Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers, nicht gewährleistet ist. Diese Rechtsprechung hat der EuGH in den Entscheidungen „Stadtgemeinde Mödling“ und „ANAV“ bestätigt. Bildlich lässt sich diese unzulässige Konstellation wie folgt darstellen:



Der EuGH spricht dem öffentlichen Auftraggeber im Urteil „Carbotermo“ auch dann einen hinreichenden Einfluss auf die Gesellschaft ab, wenn zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe zwar noch kein Privater an der Gesellschaft beteiligt ist, eine Beteiligung jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits beabsichtigt ist und später umgesetzt wird.

In der Rechtssache „Parking Brixen“ hat der EuGH überdies deutlich gemacht, dass ein hinreichender Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft auch bei 100 %iger Beteiligung der öffentlichen Hand nicht zwingend ist. Maßgeblich sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls. Dies bestätigt auch das Urteil „Carbotermo“. Nach diesen Entscheidungen muss immer konkret untersucht werden, ob die maßgeblichen Rechtsvorschriften und die konkrete Ausgestaltung der Satzung der betreffenden Gesellschaft eine hinreichende Kontrolle gewährleisten.

Die Kontrolle über eine Gesellschaft wie über eine eigene Dienststelle ist auch dann möglich, wenn an der Gesellschaft mehrere öffentliche Stellen beteiligt sind. Grund dafür ist, dass im Rahmen von Unternehmen, an denen mehrere öffentliche Auftraggeber beteiligt sind, alle Beteiligten öffentliche Interessen verfolgen. Überdies laufen diese im Rahmen des Unternehmenszwecks weitgehend parallel. Diese zulässige Konstellation lässt sich wie folgt darstellen:



1.2 Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber

Die Gesellschaft muss im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig werden.

In der Rechtssache „Carbotermo“ hat der EuGH klargestellt, dass das Wesentlichkeitskriterium erfüllt ist, wenn das Unternehmen hauptsächlich für die betreffende Körperschaft tätig ist und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist. Ausschlaggebend ist dabei der Umsatz, den das fragliche Unternehmen auf Grund des konkreten Auftrags erzielt. Hierbei sind alle Tätigkeiten zu berücksichtigen, die das beauftragte Unternehmen aufgrund des Auftrags für den öffentlichen Auftraggeber verrichtet. Dabei kommt es nicht darauf an, wem gegenüber das Unternehmen die Leistungen erbringt. Unerheblich ist, wer der Begünstigte der Leistungen ist, sei es der öffentliche Auftraggeber oder die Nutzer der Leistungen. Unerheblich ist auch, ob das Unternehmen seine Vergütung vom öffentlichen Auftraggeber oder von Dritten als Nutzern der von dem Unternehmen erbrachten Dienstleistungen erhält.

Hat das von einem öffentlichen Anteilseigner beauftragte Unternehmen neben diesem noch andere öffentliche Anteilseigner, schadet es nicht, wenn die Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber selbst sehr gering ausfällt. Maßgeblich ist, dass die Tätigkeit für alle öffentlichen Anteilseigner zusammen die Wesentlichkeitsschwelle überschreitet.

2 „Asemfo“-Entscheidung des EuGH

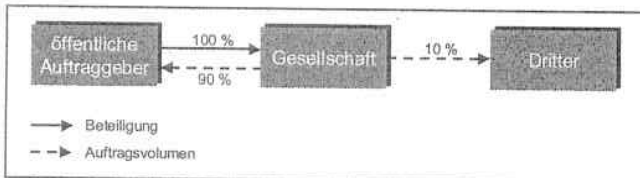
Im „Asemfo“-Urteil ging es unter anderem um die Frage, ob eine staatliche Gesellschaft (Tragsa) Arbeiten für einen öffent-

lichen Auftraggeber durchführen darf, ohne dass die Aufträge vergaberechtlich ausgeschrieben wurden. Bei der Tragsa handelt es sich um eine staatliche Gesellschaft, deren Gesellschaftskapital zu 99 % vom spanischen Staat selbst sowie über eine Holding-Gesellschaft und einen Garantiefonds gehalten wurde. Vier autonome Regionen, die jeweils über eine Aktie verfügen, hielten 1 % des Gesellschaftskapitals der Tragsa.

Nach der „Asemfo“-Entscheidung des EuGH lag die erste Voraussetzung der Teckal-Entscheidung, also die Kontrolle durch die öffentliche Stelle wie über eine eigene Dienststelle, vor. Dies begründet der EuGH damit, dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital der Tragsa hält, was darauf hindeutet, dass über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie bei über eine eigene Dienststelle ausübt.

Der EuGH erteilt der Auffassung eine Absage, nach welcher das Kontrollkriterium nur bei den vom spanischen Staat erteilten Aufträgen erfüllt sei, nicht jedoch bei den von den autonomen Regionen erteilten Aufträgen. Obwohl die autonomen Regionen gemeinsam lediglich 1 % des Kapitals der Tragsa halten, liegen die erforderlichen Steuerungsrechte vor. Auch das Wesentlichkeitskriterium sieht der EuGH im vorliegenden Fall als gegeben an. Der EuGH bestätigt noch einmal, dass die Wesentlichkeitsvoraussetzung auch dann erfüllt ist, wenn die Anteile an einem Unternehmen von mehreren Körperschaften gehalten werden und das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für diese Körperschaften insgesamt verrichtet.

Sodann stellt der EuGH fest, dass die Tragsa im Durchschnitt über 55 % ihrer Tätigkeit für die autonomen Regionen und



knapp 35 % für den Staat tätig ist. Der EuGH sieht in dieser 90 %igen Tätigkeit für die öffentlichen Auftraggeber insgesamt eine wesentliche Tätigkeit. Diese zulässige Konstellation ist wie folgt darstellbar:

3 Konsequenzen

Der EuGH nennt in der „Asemfo“-Entscheidung erstmalig eine konkrete Zahl, um zu bestimmen, ob die Tätigkeit für die öffentlichen Auftraggeber wesentlich ist oder nicht. In der „Asemfo“-Entscheidung stellt der EuGH fest, dass eine 90

%ige Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber eine wesentliche Tätigkeit darstellt.

Der EuGH trifft jedoch keine Aussage darüber, ob eine Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber von unter 90 % nicht mehr wesentlich ist.

Mit dem „Asemfo-Urteil ist die Entscheidung, des OLG Celle vom 14.09.2006 (13 Verg 2/06), die bereits eine Tätigkeit von 7,5 % als nicht unerheblich einstuft, überholt.

Für die Praxis bedeutet dies, dass Tätigkeiten von über 90 % für den oder die öffentlichen Auftraggeber in jedem Fall wesentliche Tätigkeiten sind. Unternehmen sollten also darauf achten, ihre Drittgeschäfte auf ein Maß von höchstens 10 % zu beschränken.

Zwar ist nicht auszuschließen, dass der EuGH im Einzelfall auch ein Anteil von 15 % oder gar 20 % für zulässig erachtet. Dies ist jedoch mit dem Risiko behaftet, dass der EuGH in einer zukünftigen Entscheidung eine die 10 %-Grenze überschreitende Tätigkeit für nicht mehr nebensächlich erachtet und damit entsprechende Geschäfte aus dem In-House-Bereich fallen.

Weiterhin bestätigt der EuGH in der „Asemfo“-Entscheidung die Rechtsprechung, nach der auch mehrere öffentliche Auftraggeber über die beauftragte Gesellschaft eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben können. Dies gilt selbst für den öffentlichen Auftraggeber, dessen Beteiligung nur sehr gering ausfällt. Zudem bestätigt der EuGH, dass auch das Wesentlichkeitskriterium erfüllt ist, wenn die beauftragte Gesellschaft mit ihrer Tätigkeit für alle öffentlichen Auftraggeber zusammen die Wesentlichkeitsschwelle überschreitet.

Folgende Grafik fasst die oben dargestellten Fälle zusammen:

