

BGH zieht „Schlinge des Vergaberechts“ noch enger

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat die „Schlinge des Vergaberechts“ noch enger gezogen. Bund, Länder und Gemeinden könnten ihre Tochterunternehmen kaum noch direkt beauftragen, äußerte sich die Düsseldorfer Anwaltssozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, zu einem BGH-Urteil vom 3. Juli 2008 (AZ: I ZR 145/05). Zum Beispiel sei es nicht mehr ohne Weiteres möglich, dass eine Stadt Strom und Gas für Rathäuser und Schulen direkt bei ihrer Stadtwerktochter bezieht, wenn diese eine Aktiengesellschaft ist. Konkret sei es vor dem BGH zwar um kommunale Versicherungsvereine gegangen. Der erste Zivilsenat habe seine Aussagen aber generell auf so genannte In-House-Geschäfte mit Aktiengesellschaften übertragen. Seiner Ansicht nach werden Aktiengesellschaften, auch wenn sie zu 100 Prozent der öffentlichen Hand gehören, von den Anteilseignern nicht direkt gesteuert, weil die Mitgliederversammlung dem Vorstand „weder übergeordnet noch weisungsberechtigt“ ist. Deshalb seien die Anforderungen des Europäischen Gerichtshofes an Direktvergaben nicht erfüllt. Das heißt, auch rein kommunale Aktiengesellschaften müssen sich künftig in der eigenen Stadt dem Wettbewerb stellen.

„Diese Entscheidung stellt zwar hohe Anforderungen auf, schließt aber In-House-Geschäfte mit Aktiengesellschaften nicht völlig aus“, kommentierte Ute Jasper, Partnerin der Anwaltssozietät. Der BGH habe sich aber noch nicht mit Ausnahmen, zum Beispiel Kontrollen durch Beherrschungsverträge, beschäftigt. Hier bleibe Spielraum für Direktvergaben, auch an Aktiengesellschaften.

In einem anderen Punkt habe der BGH sogar ausdrücklich neue Ausnahmen zugelassen. Der erste Zivilsenat halte es nicht für ausgeschlossen, dass Direktvergaben auch möglich seien, wenn ein privates Unternehmen mittelbar am Auftragnehmer beteiligt sei. Bisher sei die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes immer so interpretiert worden, dass jede private Beteiligung ohne Rücksicht auf die tatsächliche Kontrolle ein In-House-Geschäft ausschließe. Ausdrücklich halte der BGH nun private Beteiligungen für unschädlich, wenn der „öffentliche Gesellschafter ohne Berücksichtigung der Interessen privater Partner“ seine Stimmrechte ausüben kann.

Als Ergebnis kristallisiert sich, so Jasper, heraus: Grundsätzlich gelten zwar strenge Anforderungen an Direktvergaben. Diese seien jedoch nicht formal und kategorisch, sondern bezogen auf den jeweiligen Auftrag und die beherrschte Gesellschaft zu prüfen. Entscheidend sei, ob die Gesell-

schaft im Einzelfall, auch als Aktiengesellschaft oder mit privater Beteiligung, direkt von der öffentlichen Hand gesteuert und kontrolliert wird. □