

## Vergaberecht

Die öffentliche Hand kann Aufträge an ein öffentliches Unternehmen nur dann ohne Ausschreibung vergeben, wenn dieses nicht nach den Grundsätzen des Aktienrechts organisiert ist. Außerdem darf an dem öffentlichem Unternehmen keine private Beteiligung bestehen.

BGH, Az. I ZR 145/05

Rechtsanwalt  
Dr. Martin  
Schellenberg von  
Heuking Kühn Lüer  
Wojtek, Hamburg



### Der Fall

Ein kommunaler Sachversicherungsverein nimmt Versicherungsaufträge seiner Mitglieder ohne Ausschreibung entgegen. Ein Versicherungsmakler klagte hiergegen und bekam vor dem BGH Recht: Der Versicherungsverein sei nicht dazu berechtigt, ausschreibungsfreie Aufträge seiner Mitglieder anzunehmen. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Be-

auftragung einen verwaltungsinternen Vorgang, ein „Inhouse-Geschäft“ darstelle. Die Gründe: Dem Versicherungsverein als Mitglieder beitreten können auch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen. Außerdem sei der Versicherungsverein einer Aktiengesellschaft vergleichbar verfasst. Dort genießen die Organe jedoch strukturelle Unabhängigkeit.

### Die Folgen

Erstmals hat sich der BGH mit der Frage der Ausschreibungspflicht der interkommunalen Kooperation befasst. Inhaltlich bewegt er sich auf der Linie der Rechtsprechung des EuGH, der in einer ganzen Reihe von Entscheidungen die Dogmatik der Inhouse-Vergabe geprägt hat. Vom EuGH stammt auch die Anforderung, dass eine Inhouse-Vergabe nur zulässig sei, wenn der Auftraggeber das zu beauftragende Unternehmen „wie eine eigene Dienststelle“ beherrscht. Der BGH hat nun klargestellt, dass sich weder Versicherungsvereine noch Aktiengesellschaften in

der Regel „wie eine eigene Dienststelle“ beherrschen lassen. Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn ein Beherrschungsvertrag zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber abgeschlossen ist. Mit der anstehenden Reform des Vergaberechts will der Gesetzgeber dieses Thema aufgreifen. Der aktuelle Entwurf sieht das oben genannte Beherrschungskriterium für öffentlich-öffentliche Kooperationen nicht mehr vor. Es genügt, wenn kein privates Kapital beteiligt ist und der Auftragnehmer im Wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig wird.

### Was ist zu tun?

Aus Sicht eines privaten Wettbewerbers kann derzeit gegen die Direktbeauftragung eines konkurrierenden öffentlichen Unternehmens dann vorgegangen werden, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen: Entweder an dem öffentlichen Unternehmen ist ein Privater beteiligt, es handelt sich also um ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen. Ist kein Privater beteiligt, ist die Direktbeauftragung unzu-

zulässig, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer nicht vollständig beherrscht. Sollte der vorliegende Entwurf allerdings Gesetz werden, spielt die Frage der Beherrschung keine Rolle mehr. Schließlich scheidet ein Inhouse-Geschäft auch dann aus, wenn das öffentliche Unternehmen so viel „Drittgeschäft“ tätigt, dass es nicht mehr „im Wesentlichen“ für seine Muttergesellschaft tätig ist. (bre)