

Das Inhouse-Privileg im Vergaberecht

Monika Sekara, Rechtsanwältin in Hannover

No. 269 – 09/2008

Zunehmend begegnen öffentliche Körperschaften den sich laufend verändernden Herausforderungen durch Kooperationen, mit denen sie im Bereich öffentlicher Aufträge übergreifend Kompetenzen bündeln und Synergieeffekte schaffen. Europaweit üblich ist bereits jetzt die Zusammenarbeit verschiedener Kommunen eines Landes. Vor allem die Wasserver- und Abwasserentsorgung wird oft durch gemeinsam gegründete kommunale Zweckverbände geregelt. Neben diesen öffentlich-öffentlichen Partnerschaften (ÖÖP) entstanden im vergangenen Jahrzehnt zunehmend auch öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP). Hier arbeitet die öffentliche Hand mit privaten Beteiligten zusammen. Zur Durchführung der öffentlichen Aufträge oder Konzessionen werden oft gemischtwirtschaftliche Unternehmen gegründet (sog. institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften – IÖPP). Die Einbindung von Finanzmitteln und Fachkräften der Privatwirtschaft in eine IÖPP sollen die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung gewährleisten.

Ausschreibungsfreie Vergabe

Die Übertragung der öffentlichen Aufgabe oder Konzession auf eine der Kooperationsformen ist weder gemeinschaftsweit noch bundesweit gesetzlich eindeutig und abschließend geregelt. Die Rechtslage folgt vielmehr aus der Rechtsprechung, insbesondere der Auslegung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Bisher hat die Rechtsprechung äußerst strenge Kriterien postuliert, nach denen die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder Konzession ohne Ausschreibung auf eine ÖÖP oder IÖPP erlaubt ist. Nur unter bestimmten engen Umständen gilt für die Kooperationen nämlich das so genannte Inhouse-Privileg. Die Rechtsprechungspra-

xis zu Inhouse-Geschäften ist allerdings zunehmender Kritik ausgesetzt.

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt sind vor dem EuGH zwei Klagen der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Verletzung des EG-Vertrages anhängig. In beiden Fällen ist die Kommission der Ansicht, wegen des Vertragsschlusses mit anderen öffentlichen Einheiten habe ein Vergabeverfahren mit vorheriger europaweiter Ausschreibung stattfinden müssen. Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung berechtige nicht zur Missachtung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe.

Voraussetzungen der Ausschreibungsfreiheit

Ein öffentlicher Auftraggeber muss Waren und Dienstleistungen im Rahmen eines öffentlichen Auftrags grundsätzlich im Wege transparenter Vergabeverfahren beschaffen (§ 97 Abs. 1 GWB). Eine Ausschreibung ist nicht erforderlich, wenn sich die privatwirtschaftlich organisierte Kooperationseinheit (z. B. eine GmbH) nicht von der öffentlichen Hand unterscheidet und Tätigkeiten im Allgemeininteresse wahrnimmt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH hat ein öffentlicher Auftraggeber die Möglichkeit, seine im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit den eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen. Er ist nicht gezwungen, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu seinen Dienststellen gehören. Vielmehr gelten für diese sog. Inhouse-Geschäfte die Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen nicht. Ein solches Inhouse-Geschäft kann jedoch nach der Rechtsprechung nur ausnahmsweise unter besonders strengen Kriterien angenommen werden. Das

Hauptziel des Gemeinschaftsrechts besteht nämlich darin, einen freien Dienstleistungsverkehr und einen umfassenden Wettbewerb in allen Mitgliedsstaaten zu gewährleisten. Marktbestimmte staatliche Interventionen können den Wettbewerb verfälschen. Aus diesem Grund sollen öffentliche Stellen möglichst auf ihre Aufgabenerfüllung im hoheitlichen Bereich und auf die Förderung der Daseinsvorsorge beschränkt bleiben und sind dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterworfen, wenn sie sich am Wettbewerb als Marktteilnehmer beteiligen. Eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht kann ausschließlich unter der Maßgabe bestehen, dass eine öffentliche Stelle den Auftragnehmer wie eine eigene Dienststelle kontrolliert (sog. Kontrollkriterium) und der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Stelle verrichtet (sog. Wesentlichkeitskriterium), so dass jede andere Tätigkeit des Auftragnehmers somit rein nebensächlich ist. Dabei kommt es darauf an, dass die Tätigkeit für diejenigen öffentlichen Stellen erfolgt, die die Anteile des Unternehmens innehaben. Grundsätzlich müssen diese außergewöhnlichen Umstände, die eine solche Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich und jederzeit vorliegen und sind gegebenenfalls nachzuweisen. Nicht erforderlich ist eine ausschließliche Beteiligung nur eines einzigen öffentlichen Trägers. Grundsätzlich möglich sind vielmehr auch Beteiligungen mehrerer öffentlich-rechtlicher Körperschaften im Rahmen einer ÖÖP oder IÖPP.

Das Kontrollkriterium

Kontrolle „wie über eigene Dienststelle“

Bei der Feststellung, inwiefern ein öffentlicher Träger die eigene ÖÖP oder IÖPP wie eine eigene Dienststelle kontrollieren kann, sind vor allem folgende Umstände genau zu prüfen:

- die Beteiligungsverhältnisse an dem neu zu gründenden Rechtssubjekt,
- die jeweilige Zusammensetzung der Mitbegründer bzw. Mitgesellschafter bzw. die Beteiligungsverhältnisse bezogen auf die teilnehmenden Einheiten,
- die gemeinsame Zielverfolgung durch das neu zu gründende Rechtssubjekt,
- alle Rechtsvorschriften und sonstigen maßgebenden Bestimmungsgründe.

Beteiligungsverhältnisse an der Kooperationseinheit

Die Kontrolle durch die öffentliche Hand muss über entsprechende Beteiligungsverhältnisse an der ÖÖP

oder IÖPP sowie durch die finanzielle Abhängigkeit derselben von einer Gebietskörperschaft gesichert sein. Dabei hat die Rechtsprechung anhand von Fällen gemischtwirtschaftlicher Unternehmen (IÖPP) bestimmte Grundsätze entwickelt. Das für eine Inhouse-Vergabe notwendige Kontrollkriterium wird grundsätzlich durch eine Kette ausschließlicher Beteiligungen erfüllt. Danach gilt die Ausnahme vom Grundsatz der Auftragsvergabe, wenn die öffentlichen Stellen auf die strategischen Ziele und wichtigen Entscheidungen der zu beauftragenden Kooperationsform (z. B. eines privatwirtschaftlichen Unternehmens) einwirken können. Dies kann angenommen werden, solange die öffentlichen Stellen an einem zu beauftragenden Unternehmen alle Anteile zu 100% besitzen.

Jedwede Beteiligung oder Möglichkeit zur Beteiligung eines anderen rein privaten Unternehmens am Kapital der Auftragnehmergesellschaft – auch nur mittelbar oder in Form einer Minderheitsbeteiligung – führt dagegen nach Ansicht des EuGH zum Verlust der Kontrolle der öffentlichen Hand. Die Anlage von privatem Kapital in einer Gesellschaft beruht auf Überlegungen, die nicht mit der Verfolgung öffentlicher Interessen, sondern allein mit privaten Zielen zusammenhängen. Eine solche Gesellschaft entzieht sich daher der Kontrolle durch die öffentliche Hand und kann nicht mit einer eigenen Dienststelle des öffentlichen Auftraggebers gleichgesetzt werden. Damit schließt der EuGH die Inhouse-Privilegien für öffentliche Aufträge an gemischtwirtschaftliche Unternehmen kategorisch aus; dies hat der Bundesgerichtshof kürzlich bestätigt.

Vergaberechtswidrig kann eine Auftragsvergabe allerdings auch dann sein, wenn mehrere öffentlich-rechtliche Stellen sich die Anteile der zu beauftragenden Gesellschaft teilen, ohne dass privates Kapital unmittelbar beteiligt ist. In einer aktuellen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof (BGH) im Falle eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit ein Inhouse-Geschäft ausgeschlossen. Mitglieder des Vereins waren neben öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten insbesondere auch wirtschaftliche Vereinigungen. Nach Ansicht des BGH schließt die mitgliedschaftliche Teilhabemöglichkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmen an dem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit es aus, dass dieser von öffentlichen Auftraggebern wie eine eigene Dienststelle kontrolliert werde. Der Einfluss des öffentlichen Auftraggebers sei nicht sichergestellt, wenn gemischtwirtschaftliche Unternehmen in der Mitgliederversammlung Stimmrechte erwerben können und keine Vorkehrungen getroffen seien, dass ihr Stimmrecht jeweils ausschließlich durch die jeweiligen öffentlichen Gesellschafter ohne Berücksichti-

gung der Interessen der privaten Partner ausgeübt werde. Zweifelhaft sei bereits, ob sich solche Vorkehrungen überhaupt wirksam treffen ließen. Bei einer substantiellen privaten Beteiligung sei die Geschäftsführung einer gemischtwirtschaftlichen Vereinigung jedenfalls stets verpflichtet, auch die Interessen der privaten Partner zu berücksichtigen.

Kontrollverlust durch evtl. künftige Beteiligungen

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein Inhouse-Geschäft nicht nur bei bereits bestehender Beteiligung privaten Kapitals am öffentlichen Unternehmen ausgeschlossen. Vielmehr soll bereits die Absicht eines öffentlichen Auftraggebers, z. B. das Kapital einer Tochtergesellschaft für private Dritte zu öffnen, Ausschlusskriterium für eine Inhouse-Vergabe darstellen. Folglich sollen öffentliche Aufträge oder Konzessionen nicht „inhouse“ an öffentliche Unternehmen vergeben werden können, deren Kapital während der Laufzeit der betreffenden öffentlichen Aufträge oder Konzessionen gegenüber Privaten geöffnet werden soll.

Es ist daher stets sicherzustellen, dass keine Öffnung einer ÖÖP oder IÖPP für private Beteiligungen stattfinden kann (z. B. über die Satzung). Im Gegensatz zum EuGH steht nach Ansicht der Europäischen Kommission allein die theoretische Möglichkeit der Beteiligung eines Privaten am Kapital eines öffentlichen Unternehmens dem Inhouse-Verhältnis dieses Unternehmens zu einem öffentlichen Auftraggeber nicht entgegen. Diese Einschätzung bietet aber keine Rechtssicherheit wie die derzeit anhängigen Verfahren zeigen. Kann die Einflussnahme auf eine öffentliche Stelle durch private Unternehmen nicht gänzlich ausgeschlossen werden, kommt sie für eine Kooperation grundsätzlich nicht in Frage. Zwar können vor der Kooperationsentscheidung bestimmte Vorkehrungen ergriffen werden, z. B. entsprechende Regelungen in der Satzung, die eine Privatbeteiligung ausschließen. Es verbleibt jedoch die Gefahr, dass das für ein Inhouse-Geschäft erforderliche Kontrollkriterium nicht erfüllt ist.

Kontrollverlust durch Rechtsform

Selbst bei einer ausschließlichen Beteiligung der öffentlichen Hand kann das Kontrollkriterium nach der Rechtsprechung ausgeschlossen sein. Zu beachten ist hier insbesondere die spezifische Kooperationsform und die Struktur der beteiligten öffentlich-rechtlichen Einheiten. Bei einer juristischen Person entfällt eine Anwendung des Vergaberechts nur, wenn die öffentliche Stelle die Möglichkeit hat, auf

die unternehmerischen Entscheidungen der von ihr zu kontrollierenden juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts Einfluss zu nehmen und die strategisch wichtigen Entscheidungen zu steuern. Verfügt die Gesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern über weitreichende Selbständigkeit, ist das Kontrollkriterium nicht erfüllt.

Auch die gesellschaftsrechtliche Rechtsform einer neuen Kooperationseinheit oder einer an ihr beteiligten öffentlich-rechtlichen Einheit kann problematisch sein. Aktiengesellschaften (AG) sind nach der Rechtsprechung des EuGH nicht geeignet. Der Vorstand einer AG ist gegenüber seinen Gesellschaftern nicht weisungsgebunden und leitet die AG eigenverantwortlich. Die Hauptversammlung ist dem Vorstand weder übergeordnet noch weisungsberechtigt. Die Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten der Aktionäre beschränken sich grundsätzlich auf die Wahl des Aufsichtsrats. Damit verfügt eine AG über weitreichende Selbständigkeit, die es ausschließt, dass ihre Aktionäre sie wie eine eigene Dienststelle kontrollieren. Im Fall einer Gemeinde hat der EuGH daher ein Inhouse-Geschäft abgelehnt, weil die Gemeinde nur mittelbar über eine Holding an einer AG beteiligt war.

Beteiligung verschiedener Körperschaften

In Literatur und Rechtsprechung ist die gemeinsame Beteiligung unterschiedlicher öffentlicher Träger umstritten. Hier besteht wegen der unterschiedlichen Interessenlagen der einzelnen Beteiligten nämlich die Gefahr von Interessenkollisionen. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine solche gemeinsame Beteiligung – auch wenn eine andere öffentliche Stelle nur einen geringfügigen Anteil besitzt – dazu führen, dass es an der für eine eigene Dienststelle notwendigen Kontrollmöglichkeit durch den öffentlichen Auftraggeber fehlt. Die Frage ist noch nicht abschließend geklärt. Teilweise wird vertreten, ein solcher Kontrollverlust ließe sich ausschließen, wenn die unterschiedlichen öffentlichen Stellen im Rahmen der Beteiligung einvernehmlich gemeinsame Zielsetzungen verfolgen. Danach darf aufgrund der Gemeinwohlzielsetzung von einer abstrakten Interessenparallelität der einzelnen öffentlich-rechtlichen Anteilsinhaber ausgegangen werden. D. h. es darf vermutet werden, dass ein Mehrheitsgesellschafter sein an sich bestehendes Entscheidungsrecht aufgrund der starken gemeinsamen Interessen nicht gegen die anderen Gesellschafter ausüben würde, sondern die Interessengleichheit zu einer Gleichrichtung der Entscheidungen führt. Ein Interessenkonflikt mit der Folge einer vergaberechtswidrigen Wettbewerbsverzerrung wäre nur anzunehmen, wenn die gemeinsame Beteiligung der verschiedenen öffentlich-rechtlichen

Träger unternehmerischen (und nicht ausschließlich öffentlichen) Charakter tragen würde. Wichtig ist hierbei, dass die Kooperationseinheit Ziele im gemeinsamen Interesse der beteiligten öffentlich-rechtlichen Einheiten verfolgt. Bei der Verfolgung der gleichen Gemeinwohlziele wird eine aus mehreren z. B. Gebietskörperschaften bestehende Kooperationseinheit zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe tätig und tritt nicht als Marktteilnehmer im Wettbewerb auf.

Bei der Gestaltung einer solchen Kooperationseinheit sollte folglich sichergestellt werden, dass die Tätigkeiten der Kooperationseinheit streng am gemeinsamen Ziel aller öffentlich-rechtlichen Beteiligten ausgerichtet ist und kein Beteiligter mittels eigener Stimmrechte über die jeweils anderen hinweg allein maßgeblich die Ziele und Entscheidungen der Kooperationseinheit bestimmen kann. Anderenfalls könnten die Kontrollmöglichkeiten in einem gerichtlichen Verfahren als zu gering eingestuft und die Auftragsvergabe an die Kooperationseinheit mithin als nicht interner Vorgang bewertet werden. Darüber hinaus wäre sicherzustellen, dass auch in Bezug auf die Zusammensetzung der einzelnen beteiligten öffentlich-rechtlichen Einheiten selbst diese Erfordernisse erfüllt sind.

Tätigkeiten „im Wesentlichen“ für die öffentliche Hand

Nach den in der Rechtsprechung des EuGH aufgestellten Kriterien muss die ÖÖP oder IÖPP ihre Geschäftstätigkeit „im Wesentlichen“ für die öffentlichen Stellen verrichten, die ihre Anteile innehaben. Dabei geht es um die Umsetzung des politischen Willens ohne eine eigene kommerzielle Tätigkeit zu übernehmen. Damit soll verhindert werden, dass ein staatlich kontrolliertes Unternehmen in Wettbewerb zu anderen Unternehmen tritt und durch die unmittelbare Beauftragung Wettbewerbsvorteile erlangt, die Mitbewerber benachteiligen. Die Kooperationseinheit darf daher nicht unter normalen Marktbedingungen mit Gewinnerzielungsabsicht tätig werden.

Die Finanzierung der Grundkosten der Tätigkeit der Kooperationseinheit muss aus Haushaltsmitteln der beteiligten öffentlichen Stellen erfolgen. Sofern über die ausgeübte Tätigkeit der Kooperationseinheit Einnahmen erzielt werden, ist dies aber zulässig.

Geht eine der öffentlich-rechtlichen Beteiligten zugunsten des eigenen Erwerbsinteresses vorrangig einer gewinnorientierten Tätigkeit nach, kann dies einer Tätigkeit „im Wesentlichen“ für die öffentliche Hand entgegenstehen. Die erwirtschafteten Umsätze

und Gewinne der einzelnen Beteiligten müssen grundsätzlich einem bestimmten öffentlichen Auftrag zugeordnet werden können. Allenfalls dann dürfte eine Gewinnorientierung unschädlich sein. In jedem Fall sollte in einer Einzelabwägung darauf geachtet werden, dass sich die Tätigkeit der Kooperationseinheit nicht wettbewerbsverzerrend auswirkt, indem beispielsweise in einem Marktsegment ein hoher Marktanteil erreicht wird.

www.caston.info

Mehrere tausend Beiträge zu Recht & Wirtschaft International finden Sie kostenfrei im Internet bei caston.info. Dort können Sie nach Schlagwort und Sachgebieten recherchieren.

Unsere Titelliste erhalten Sie auch per Fax.

HERAUSGEBER

HERFURTH & PARTNER,
Rechtsanwälte GBR - German & International Lawyers
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover
Fon 0511-30756-0 Fax 0511-30756-10
Mail info@herfurth.de, Web www.herfurth.de

Hannover · Göttingen · Brüssel · München
Member of the ALLIURIS GROUP, Brussels

REDAKTION / HANNOVER

Redaktion: Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt, zugelassen in Hannover und Brüssel (verantw.), Sibyll Hollunder-Reese, M.B.L., Rechtsanwältin (D); Philipp Neddermeyer, Rechtsanwalt (D); unter Mitarbeit von Kenneth S. Kilimnik, LL.M., M.IUR., Attorney at Law (USA); Angelika Herfurth, Rechtsanwältin (D); Jens-Uwe Heuer, Rechtsanwalt (D); Dr. jur. Konstadinos Massuras, Rechtsanwalt (D) und Dikigoros (GR); Thomas Gabriel, Rechtsanwalt (D); JUDr. Yvona Rampáková, Juristin (CR); Egbert Dittmar, Rechtsanwalt (D); Metin Demirkaya, Rechtsanwalt (D); Dr. Jona Aravind Dohrmann, Rechtsanwalt (D); Marc-André Delp, M.L.E., Rechtsanwalt (D); Tatiana Getman, Rechtsanwältin (D); Monika Sekara, Rechtsanwältin (D); Kornelia Winnicka, Rechtsanwältin (D); Dr. jur. Wolf Christian Böttcher, Rechtsanwalt (D); Adeline Maler Berger, Advocate and Solicitor (GB/ SG), Peh-Wen Lin, Rechtsanwältin (D); Maimiti Cohen-Solal, Avocat (France), Attorney at Law (USA), Alexia Calleja Cabeza, Abogada (ES).

KORRESPONDENTEN / AUSLAND

u.a. Amsterdam, Athen, Barcelona, Brüssel, Budapest, Bukarest, Helsinki, Kiew, Kopenhagen, Lissabon, London, Luxemburg, Mailand, Madrid, Oslo, Paris, Prag, Stockholm, Warschau, Wien, Zürich, New York, Moskau, Peking, Tokio, Bombay, Bangkok, Singapur, Sydney.

VERLAG

CASTON GmbH, Law & Business Information
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover,
Fon 0511 - 30756-50, Fax 0511 - 30756-60
Mail info@caston.info; Web www.caston.info

Alle Angaben erfolgen nach bestem Wissen; die Haftung ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung der Herausgeber.