

Das In-house-Geschäft im Vergaberecht – Ende gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen

ZHR 172 (2008) 1–7

I. Kommunen sind als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB grundsätzlich verpflichtet, zur Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen ein europaweites Vergabeverfahren nach Maßgabe des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durchzuführen. Für Bauaufträge gilt dies ab einem Nettoauftragswert von 5 150 000,00 €, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge bereits ab 206 000,00 €. ¹ Diese Verpflichtung beruht auf den Vorgaben des europäischen Vergaberechts. ²

Eine Ausnahme gilt nach der Rechtsprechung des EuGH für sog. In-house-Geschäfte. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass eine Verpflichtung zur Beachtung des Vergaberechts grundsätzlich nur dann besteht, wenn sich eine Kommune entscheidet, die benötigte Leistung nicht selbst zu erbringen, sondern am Markt einzukaufen. Wird die benötigte Leistung von einem Eigenbetrieb der Kommune erbracht, der keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, fehlt es bereits am Vorliegen eines Vertrages und damit an einem öffentlichen Auftrag. Soll die Leistung dagegen von einem kommunalen Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit erbracht werden, liegt zwar formal ein Vertrag und damit ein öffentlicher Auftrag vor. Da dem Vergaberecht ein funktionaler Auftragsbegriff zugrunde liegt, besteht jedoch dann keine Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts, wenn es sich funktional betrachtet nicht um einen öffentlichen Auftrag, sondern um eine Eigenleistung der Kommune handelt. ³

II. Die Voraussetzungen eines solchen In-house-Geschäftes hat der EuGH erstmals in der *Teckal*-Entscheidung aus dem Jahr 1999 bestimmt. ⁴ Erforderlich ist danach, dass die Kommune über das zu beauftragende (rechtlich selbst-

1 Die Schwellenwerte wurden durch Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. 12. 2007 (ABl. L 317 vom 5. 12. 2007, S. 34 f.) geändert. § 2 VgV muss noch entsprechend angepasst werden. Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung besteht eine Verpflichtung erst ab einem Nettoauftragswert in Höhe von 412 000,00 €.

2 Vergabekoordinierungsrichtlinie (RiL 2004/18/EG, ABl. L 134 vom 30. 4. 2004, S. 114 ff.), Sektorenkoordinierungsrichtlinie (RiL 2004/17/EG, ABl. L 134 vom 30. 4. 2004, S. 1 ff.) sowie die Rechtsmittelrichtlinien.

3 *Bergmann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft, S. 173 ff.; *Ziekow*, VergabeR 2005, 145.

4 EuGH, Urt. v. 18. 11. 1999, Rs. C-107/98, (*Teckal*), NZBau 2000, 90.

ständige) Unternehmen eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium) und dass das Unternehmen seine Tätigkeiten im Wesentlichen für die Kommune verrichtet (Wesentlichkeitskriterium). Die Anwendung dieser beiden Kriterien im Einzelfall war in der Folgezeit umstritten. Der Versuch, das In-house-Geschäft im Zuge der Novellierung des europäischen Vergaberechts in der neuen Vergabekoordinierungsrichtlinie zu normieren, scheiterte an unterschiedlichen Vorstellungen des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission. Inzwischen sind die Voraussetzungen durch sechs weitere Urteile des EuGH weitestgehend geklärt.⁵ Dabei ist zu beachten, dass die Voraussetzungen eines In-house-Geschäftes als Ausnahme von der Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts eng auszulegen sind. Die Kommunen tragen die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen vorliegen.⁶

III. Der EuGH hat vor allem das Kontrollkriterium weiter präzisiert.

1. Die Annahme eines In-house-Geschäfts scheidet nach der Rechtsprechung des EuGH aus, wenn am Kapital des zu beauftragenden Unternehmens neben der Kommune auch ein privates Unternehmen beteiligt ist (sog. gemischt-wirtschaftliche Unternehmen). Dies gilt unabhängig von der Höhe der Beteiligung des privaten Unternehmens. Nach Ansicht des EuGH ist es auch bei einer nur minderheitlichen Beteiligung eines privaten Unternehmens ausgeschlossen, dass die Kommune über das kommunale Unternehmen eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen. Der EuGH begründet dies zum einen mit der unterschiedlichen Ausrichtung öffentlicher und privater Interessen. Kennzeichnend für die Beziehung einer Kommune zu ihren Dienststellen sei, dass im öffentlichen Interesse liegende Zielen verfolgt werden. Dagegen würden mit der Entscheidung, privates Kapital in einem Unternehmen anzulegen, private Interessen und damit andersartige Ziele verfolgt. Der EuGH ist zum anderen der Ansicht, die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens beeinträchtigt den Wettbewerb und den Gleichbehandlungsgrundsatz, weil dies dem an dem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.⁷

5 EuGH, Urt. v. 11. 1. 2005, Rs. C-26/03, (*Stadt Halle*), NZBau 2005, 111; EuGH, Urt. v. 21. 7. 2005, Rs. C-231/03, (*Coname*), NVwZ 2005, 1052; EuGH, Urt. v. 13. 10. 2005, Rs. C-458/03, (*Parking Brixen*), NZBau 2005, 644; EuGH, Urt. v. 10. 11. 2005, Rs. C-29/04, (*Stadt Mödling*), NZBau 2005, 704; EuGH, Urt. v. 6. 4. 2006, Rs. C-410/04, (*ANAV/Bari*), NVwZ 2006, 555; EuGH, Urt. v. 11. 5. 2006, Rs. C-340/04, (*Carbotermo*), NZBau 2006, 452; EuGH, Urt. v. 19. 4. 2007, Rs. C-295/05, (*Tragsa*), NZBau 2007, 381.

6 EuGH, NZBau 2005, 111, 114 (*Stadt Halle*).

7 EuGH, NZBau 2005, 111, 114f. (*Stadt Halle*); bestätigt durch EuGH, Rs. C-410/04, (*ANAV/Bari*); EuGH, NZBau 2005, 704, 706 (*Stadt Mödling*).

2. Nicht erforderlich ist dagegen nach der Rechtsprechung des EuGH, dass die den Auftrag vergebende Kommune alleiniger Anteilseigner des zu beauftragenden Unternehmens ist.⁸ Das Kontrollkriterium kann auch dann erfüllt sein, wenn neben der Kommune weitere öffentliche Körperschaften beteiligt sind. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass bei öffentlichen Anteilseignern grundsätzlich ein Interessengleichklang besteht. Zwar sind auch bei öffentlich-rechtlichen Anteilseignern unterschiedliche Interessen denkbar. Diese müssen jedoch – sofern es sich nicht um eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit handelt – auf die Erfüllung von Gemeinwohlzielen gerichtet sein.⁹ Entscheidend ist danach, dass entweder alle öffentlich-rechtlichen Anteilseigner zusammen oder einer von diesen über das zu beauftragende Unternehmen eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt.¹⁰

3. In der Rechtsprechung des EuGH ist ferner geklärt, dass ein vergabefreies In-house-Geschäft nicht nur bei der Beauftragung eines Tochterunternehmens, sondern auch bei der Beauftragung eines sog. Enkelunternehmens vorliegen kann. Entscheidend ist auch in diesem Fall, ob die Kommune über das zu beauftragende Unternehmen eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt. Voraussetzung hierfür ist, dass die Kommune sowohl auf strategische Ziele als auch auf wichtige Entscheidungen des Unternehmens ausschlaggebenden Einfluss nehmen kann und damit die Entscheidungen des Unternehmens steuert. Dabei liegt es auf der Hand, dass es bei einem Enkelunternehmen schwieriger als bei einem Tochterunternehmen ist, eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen sicherzustellen.¹¹

4. Ob eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen vorliegt, muss in jedem Einzelfall geprüft werden. Maßgebend ist dabei sowohl die Rechtsform des zu beauftragenden Unternehmens als auch die konkrete Ausgestaltung des Gesellschafts- bzw. Beherrschungsvertrages. Bei einem kommunalen Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH wird das Kontrollkriterium in der Regel bereits deshalb erfüllt sein, weil die Geschäftsführer nach § 37 Abs. 1 GmbHG an interne Beschränkungen durch Gesellschafterbeschlüsse gebunden sind, die auch für Angelegenheiten der Geschäftsführung bindende Weisungen enthalten können. Die Gesellschafter bestimmen nach § 46 Nr. 6 GmbHG ferner die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung. Zudem besteht nach § 37 GmbHG die Möglichkeit, die Befugnis der Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschaft zu beschränken. Die Rechtsform der GmbH bietet damit den Gesellschaftern umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten.¹² Dies gilt auch dann, wenn die Einflussmöglichkeiten der Kom-

8 EuGH, NZBau 2006, 452 (*Carbotermo*); bestätigt durch EuGH, NZBau 2007, 381, 386 (*Tragsa*).

9 Frenz, VergabeR 2007 – Sonderheft 2 a, 304, 305.

10 Dreber, NZBau 2004, 14, 17.

11 Vgl. hierzu EuGH, NZBau 2006, 452 (*Carbotermo*).

12 BGH, NZBau 2001, 517, 519.

mune durch zwingende gesetzliche Regelungen der betrieblichen Mitbestimmung erschwert werden, da die Gesellschafter trotz der paritätischen Besetzung des Aufsichtsrates nach den zwingenden Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes ein leichtes Übergewicht haben.¹³

5. Dagegen ermöglicht die Rechtsform der AG den Aktionären grundsätzlich keine für ein In-house-Geschäft ausreichenden Kontrollbefugnisse, da der Vorstand nach §§ 76 Abs. 1, 119 Abs. 2 AktG die Gesellschaft unter eigener Verantwortung leitet. Dies schließt eine Weisungsgebundenheit des Vorstands aus.¹⁴ Eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen kann bei einer AG nur durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages erreicht werden, der nach § 308 Abs. 1 AktG eine Weisungsbefugnis begründet, die § 76 Abs. 1 AktG verdrängt.¹⁵

III. Mit dem Wesentlichkeitskriterium als zweiter Voraussetzung eines vergabefreien In-house-Geschäftes soll nach der Rechtsprechung des EuGH sichergestellt werden, dass das Vergaberecht anwendbar bleibt, wenn ein von einer oder mehreren öffentlich-rechtlichen Körperschaften kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt tätig ist und daher mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann. Ein In-house-Geschäft liegt daher nur dann vor, wenn das zu beauftragende Unternehmen seine Leistungen im Wesentlichen nur für seine Anteilseigner erbringt. Dies ist nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann der Fall, wenn das Unternehmen hauptsächlich für seine Anteilseigner tätig wird und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist. Dabei sind alle qualitativen und quantitativen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Zu den Tätigkeiten für die Anteilseigner zählen alle Tätigkeiten, die das Unternehmen aufgrund einer Beauftragung durch die Anteilseigner erbringt. Es kommt nicht darauf an, in welchem Territorium diese Leistungen erbracht werden.¹⁶

Da nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müssen, hat der EuGH konsequenterweise darauf verzichtet, eine Quote zu nennen, ab der ein Unternehmen nicht mehr im Wesentlichen für seine Anteilseigner tätig ist. Der EuGH schloss jedoch aus dem Umstand, dass das zu beauftragende Unternehmen insgesamt ca. 90 % seiner Tätigkeit für seine Anteilseigner erbringt, dass das Unternehmen im Wesentlichen für diese tätig ist.¹⁷

V. Der EuGH hat mit seiner Rechtsprechung zum In-house-Geschäft das Ende gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen eingeläutet.

13 Vgl. § 27 Abs. 1 und 2, § 29 MitbestG; *Bergmann* (Fn. 3), S. 207.

14 Vgl. dazu EuGH, NZBau 2005, 644, 649 (*Parking Brixen*).

15 *Bergmann* (Fn. 3), S. 212 ff.; *Orłowski*, NZBau 2007, 80, 81.

16 EuGH, NZBau 2006, 452 (*Carbotermo*).

17 EuGH, NZBau 2007, 381 (*Tragsa*). Damit ist die Entscheidung des OLG Celle (Beschl. v. 14. 9. 2006, 13 Verg 2/06) überholt, wonach ein In-house-Geschäft ausscheiden soll, wenn das zu beauftragende Unternehmen 92,5 % seines Umsatzes aus Geschäften mit seinen Anteilseignern erzielt.

1. Die Öffnung kommunaler Unternehmen für privates Kapital wird stark eingeschränkt. Die Direktbeauftragung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens als In-house-Geschäft ist nicht möglich. Bei bestehenden Verträgen stellt sich die Frage, welche Folgen eine (Teil-)Privatisierung nach Vertragsschluss hat.

Der EuGH hat entschieden, dass die bei der Beauftragung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens bestehende Verpflichtung zur Beachtung des Vergaberechts nicht dadurch umgangen werden kann, dass eine Kommune zunächst eine Eigengesellschaft gründet, dieser ein ausschließliches und unbefristetes Recht zur Erbringung einer Dienstleistung überträgt und anschließend 49 % der Anteile der Eigengesellschaft an ein privates Unternehmen überträgt. Der EuGH meint, bei dieser Gesamtkonstruktion handelt es sich funktional betrachtet um einen dem Vergaberecht unterfallenden öffentlichen Dienstleistungsauftrag.¹⁸ Dies ist gerechtfertigt, sofern eine solche Konstruktion – wie in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt – nur gewählt wird, um eine ansonsten bestehende Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts zu umgehen. Gleiches gilt, wenn das zu beauftragende kommunale Unternehmen schon bei Auftragsvergabe aufgrund des Gesellschaftsvertrages oder sonstiger Regelungen verpflichtet ist, sich für die Beteiligung privater Unternehmen zu öffnen.¹⁹

Problematisch sind die Fälle, in denen die Umgehungsabsicht nicht auf der Hand liegt. Es ginge zu weit, allein auf die rechtliche Möglichkeit abzustellen, nach der Beauftragung Anteile an private Unternehmen zu veräußern.²⁰ Der EuGH berücksichtigt in der *ANAV/Bari*-Entscheidung, dass die Kommune während des Vertragsverletzungsverfahrens erklärte, ihren zunächst gefassten Beschluss zur Teilprivatisierung nicht weiter zu verfolgen. Nach Ansicht des EuGH musste daher das vorlegende Gericht entscheiden, ob die Kommune beabsichtigt, das kommunale Unternehmen (teilweise) privatem Kapital zu öffnen.²¹

Ein vergabefreies In-house-Geschäft ist daher auch dann ausgeschlossen, wenn mit der späteren (Teil-)Privatisierung die Verpflichtung zur Beachtung des Vergaberechts umgangen werden soll oder wenn bereits zum Zeitpunkt der Auftragserteilung feststeht, dass Anteile an ein privates Unternehmen abgetreten werden sollen.

2. Bestehende gemischt-wirtschaftliche Unternehmen können nach Ende der Vertragslaufzeit nicht erneut von ihren Anteilseignern im Rahmen eines In-house-Geschäftes ohne Durchführung eines europaweiten Vergabeverfah-

18 EuGH, NZBau 2005, 704, 706 (*Stadt Mödling*).

19 Vgl. hierzu EuGH, NZBau 2005, 644, 649 (*Parking Prixen*).

20 Europäische Kommission, Mitteilungsentwurf „Mögliche Inhalte einer Kommissionsmitteilung zur Anwendung des Vergaberechts auf Institutionalisierte ÖPP“ vom 6. 6. 2007, S. 4f.; *Ziekow*, VergabeR 2006 – Sonderheft 4 a, 608, 611f.; a. A. wohl OLG Köln, Urt. v. 15. 7. 2005 – 6 U 17/05, VergabeR 2006, 105, 107.

21 EuGH, NZBau 2006, 555, 556 (*ANAV/Bari*).

rens beauftragt werden. Ihnen verbleibt nur, sich an dem Vergabeverfahren zu beteiligen. Die Erfolgsaussichten sind naturgemäß ungewiss. Sofern Kommunen weiterhin bestimmte Leistungen durch kommunale Unternehmen ohne europaweites Vergabeverfahren erbringen wollen, sind sie gezwungen, die Anteile des privaten Unternehmens zurückzuerwerben.

3. Als Alternative verbleibt den Kommunen, von einer Leistungserbringung durch kommunale Unternehmen abzusehen und das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen vollständig zu privatisieren, d.h. alle Anteile zu veräußern. Hierbei ist die Kommune ebenfalls nicht völlig frei. Zwar unterfällt die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht.²² Werden die Anteile während der Vertragslaufzeit veräußert, erwirbt das private Unternehmen funktional betrachtet nicht nur einen Gesellschaftsanteil, sondern mittelbar auch einen öffentlichen Auftrag. In der Literatur²³ wird dies anschaulich als Veräußerung eines „Gesellschaftsanteils mit eingekapseltem Beschaffungsverhältnis“ bezeichnet, die – wohl auch nach Auffassung des EuGH²⁴ – grundsätzlich ebenfalls dem Vergaberecht unterfällt. Eine vergaberechtsfreie Veräußerung der Gesellschaftsanteile ist erst nach Beendigung der öffentlichen Aufträge der Gemeinde möglich.

4. Die Fortführung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen über die Laufzeit eines erteilten Auftrages hinaus ist wirtschaftlich wenig interessant. Nach Ende der Vertragslaufzeit kann das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen wegen Nichterfüllung des Kontrollkriteriums nicht mehr im Rahmen eines vergabefreien In-house-Geschäfts beauftragt werden. Der Auftrag muss im

22 Die Verpflichtung zur Durchführung eines transparenten Verfahrens kann sich allerdings aus europarechtlichen Vorgaben wie beispielsweise dem Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG, den Grundfreiheiten sowie dem in Art. 87 EG verankerten Verbot unzulässiger staatlicher Beihilfen ergeben. Der EuGH hat bereits mehrfach anerkannt, dass sich aus den Grundfreiheiten, insbesondere aus Art. 43 EG verfahrensrechtliche Anforderungen für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungskonzessionen ergeben, vgl. beispielsweise EuGH, NVwZ 2005, 1052 (*Coname*). Daneben können verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG, haushaltsrechtliche Vorgaben sowie das in § 20 Abs. 1 GWB normierte kartellrechtliche Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot zur Durchführung eines transparenten Verfahrens verpflichten, vgl. hierzu *Klein*, VergabeR 2005, 22 ff.; *Eggers/Malmendier*, NJW 2003, 780 ff.

23 *Dreher*, NZBau 2002, 245, 249. *Orlowski*, NZBau 2007, 80, 85, meint zu Unrecht, die Kommune sei verpflichtet, den erteilten Auftrag zu kündigen und in einem europaweiten Verfahren neu zu erteilen.

24 Nach Ansicht des EuGH werden die Ziele des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigt, wenn ein kommunales Unternehmen während der Laufzeit einer öffentlichen Dienstleistungskonzession privatem Kapital geöffnet wird, da dies dazu führen würde, dass eine öffentliche Dienstleistungskonzession einem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen ohne Durchführung einer Ausschreibung erteilt wird, EuGH, NVwZ 2006, 555, 556 (*ANAV/Bari*). Die Entscheidung, die sich auf eine nicht dem Vergaberecht unterfallende Dienstleistungskonzession bezieht, ist auf öffentliche Aufträge übertragbar.

Rahmen eines europaweiten Vergabeverfahrens vergeben werden. An diesem kann sich das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen zwar beteiligen. Bleibt es erfolglos, dürfte das regelmäßig das Ende des gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens bedeuten. Der Beteiligung an Vergabeverfahren anderer Kommunen können kommunalrechtliche Vorgaben entgegenstehen, die die wirtschaftliche Betätigung des gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens außerhalb des Gemeindegebiets einschränken.²⁵ Dies kann dazu führen, dass sich das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen nur an Vergabeverfahren „seiner“ kommunalen Gesellschafter beteiligen kann. Die Beteiligung eines Privaten an einem kommunalen Unternehmen ist im Ergebnis nur für die Laufzeit bestehender öffentlicher Aufträge wirtschaftlich interessant. Vergaberecht und Kommunalrecht sind somit geeignet, das Ende gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen und damit eines Teils der Public-Private-Partnership²⁶ zu bewirken. Hierdurch wird den Kommunen privates Kapital und Know-how entzogen. Dass dieses Ergebnis misslich ist, hat auch die Bundesregierung erkannt. Nach Ansicht der Bundesregierung²⁷ soll eine gewisse Minderheitsbeteiligung privater Unternehmen, z. B. bis zu 20 % der Stimmrechte für ein In-house-Geschäft unschädlich sein. Das Wesentlichkeitskriterium stellt die Bundesregierung nicht in Frage. Abhilfe könnte nur eine Regelung des In-house-Geschäftes in den Vergabekoordinierungsrichtlinien schaffen. Es bleibt zu hoffen, dass die Bundesregierung in Brüssel Gehör findet.

Klaus-Peter Dolde

25 Vgl. beispielsweise § 107 Abs. 3 GO NRW, § 102 Abs. 7 GemO BW, hierzu *Dolde*, ZHR 166 (2002), 515 ff.; *Jarass*, DVBl. 2006, 1 ff.; *Guckelberger*, BayVBl. 2006, 293 ff.

26 Vgl. dazu das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen nicht betreffende Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlichen Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentliche Private *Uebtritz/Otting*, NVwZ 2005, 1105.

27 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion, BT-Drs. 16/6112 v. 23. 7. 2007.