

## “Eine künstliche Konstruktion”

EuGH zu Anteilsverkäufen und Ausschreibungspflicht

(BS/Ute Jasper/Hans Arnold). Der EuGH konkretisiert seine strenge Rechtsprechung zu vergabefreien Geschäften erneut. Am 10.11.2005 hat er in seinem Urteil “Stadt Mödling” (C-29/04) die Anforderungen an Inhouse-Geschäfte präzisiert und die in Deutschland bereits gefestigte Rechtslage bestätigt. Öffentliche Auftraggeber dürfen – so der EuGH – nicht ohne Vergabeverfahren eine 100-prozentige Tochtergesellschaft beauftragen und wenig später Teile der Gesellschaft an einen Privaten veräußern. Das Vergaberecht ist zwingend anzuwenden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber den Auftrag und die anschließende Anteilsübertragung künstlich aufteilt, obwohl ein zeitlicher und inhaltlicher Zusammenhang besteht. Im Umkehrschluss bringt das Urteil allerdings auch eine Vereinfachung, die in Deutschland bisher umstritten war: Anteilsverkäufe, die nicht mit Auftragsvergaben verbunden sind, unterfallen nicht dem Vergaberecht.

Die österreichische Stadt Mödling gründete am 16.06.1999 eine 100-prozentige Tochtergesellschaft und übertrug ihr am 15.09.1999 das ausschließliche Recht zur Sonderbehandlung von Müll. Der unbefristete Vertrag sah ein Entgelt vor, das sich als Fixbetrag pro Müllbehälter oder Tonne berechnete, und welches die Stadt der Abfallgesellschaft zu zahlen hatte. Ende Juni 1999 führte die Stadt mehrere Gespräche mit Interessenten an einer Partnerschaft mit der Abfall GmbH. Sie wählte die Saubermacher AG als Mitgesellschafterin aus und änderte im Folgenden den Gesellschaftsvertrag dahingehend, dass sie sich weitreichende Einflussrechte auf die Gesellschaft vorbehielt. Am 13.10.1999 trat Mödling dann 49 Prozent der Anteile an der Gesellschaft an die Saubermacher AG ab. Die Gesellschaft nahm ihre Tätigkeit erst am 01.12.1999 auf, als der private Gesellschafter schon beteiligt war. Zunächst war sie nur für die Stadtgemeinde Mödling, anschließend auch für andere Gemeinden tätig.

Der EuGH verlangt, dass öffentliche Auftraggeber Anteilsabtretungen zusammen mit Aufträgen ausschreiben, wenn beide zeitlich und inhaltlich zusammenhängen. Die Stadt hätte die Abfallentsorgung und Teilprivatisierung in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge vergeben müssen. Die besonderen Umstände des Falles machten es erforderlich, den Anteilsverkauf zu berücksichtigen, als sie den Auftrag erteilte. Dabei macht der EuGH eine Ausnahme vom Grundsatz, dass öffentliche Auftraggeber stets nur auf den Vergabezeitpunkt abstellen müssen, wenn sie prüfen, ob sie einen Auftrag ausschreiben müssen. Denn bei rein formaler Betrachtung in zwei Stufen wären die Verträge nicht vom Vergaberecht erfasst worden:

Als die Gemeinde die Gesellschaft beauftragte, bestand zwischen den Vertragsparteien noch ein Inhouse-Verhältnis. Die Gesellschaft war eine 100-prozentige Tochtergesellschaft, auf die die Stadt wesentlichen Einfluss wie auf eine eigene Dienststelle ausübte und die ausschließlich Leistungen an die Stadt Mödling erbrachte. Die Kriterien des EuGH aus den Entscheidungen “Teckal” (C-107/98) und “Stadt Halle und RPL Lochau” (C-26/03) waren erfüllt. Ebenso war es vergaberechtlich zulässig, ansch-

ließend die Anteile an die Saubermacher AG abzutreten. Denn Anteilsveräußerungen sind grundsätzlich vergaberechtsfrei, weil sie kein Beschaffungselement enthalten.

Diese formale Sichtweise hält der EuGH aber für falsch. Wenn öffentliche Auftraggeber Anteile abtreten, müssen sie genau prüfen, ob die Voraussetzungen des EuGH für eine Gesamtbetrachtung von Anteilsveräußerung und Beauftragung vorliegen. Der EuGH verbietet, das Verfahren so zu gestalten, dass es die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge an gemischtwirtschaftliche Unter-



Die Müllentsorgung biete immer wieder neue Nuancen in Sachen Inhouse- und Kommunalkooperation.

nehmen verschleiert. Denn in diesem Fall würde nach Ansicht des EuGH das Ziel der Richtlinie gefährdet, Dienstleistungsfreiheit und Öffnung der Märkte für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten zu erreichen.

In dem konkreten Fall von Mödling war es erforderlich, Verkauf und Auftrag zusammen zu betrachten, weil ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang bestand. So hatte die Abfallgesellschaft ihre operative Tätigkeit erst aufgenommen, nachdem die Stadt Mödling ihre Anteile an die Saubermacher AG übertragen hatte. Es handelte sich – so der EuGH – um “eine künstliche Konstruktion”, die mehrere Schritte umfasste.

Die Gemeinde Mödling erteilte der Abfallgesellschaft den Auftrag vier Wochen bevor sie ihre Gesellschaftsanteile an die Saubermacher AG übertrug. Die operative Tätigkeit nahm die Gesellschaft sogar erst nach der Anteilsübertragung auf. Für eine künstliche Konstruktion sprach auch, dass die Stadt Mödling schon begann, den privaten Partner auszu-

wählen, bevor sie die Aufgaben übertrug.

### Bedeutung für die Praxis

In Zukunft müssen öffentliche Auftraggeber genau prüfen, ob Indizien auf eine künstliche Konstruktion und eine Umgehung des Vergaberechts hinweisen. In diesen Fällen müssen sie Verkauf und Anteilsabtretung vergaberechtlich zusammen betrachten und “im Paket” ausschreiben. Für die Realisierung neuer PPP-Modelle ist die Ausschreibungspflicht keine Neuigkeit. Öffentliche Auftraggeber müssen ausschreiben, wenn sie eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gründen und diese mit Leistungen beauftragen (vgl. Beschluss der Vergabekammer Düsseldorf vom 07.07.2000, VK 12/00-L, NZBau 2001, 46).

Verkauft die öffentliche Hand allerdings später Anteile ohne zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhang, so sind diese Verträge grundsätzlich vergaberechtsfrei, weil es sich nicht um Beschaffungen handelt. Allerdings müssen diese Vermögensverkäufe in der Regel in transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren umgesetzt werden, um Verstöße gegen EU-Primärrecht, Beihilfe- und Haushaltsrecht zu vermeiden. Der EuGH hat in der Sache “Mödling” gerade nicht festgestellt, dass jeder Anteilsverkauf, der im Ergebnis zu einer mittelbaren Beauftragung eines privaten Unternehmens führt, dem Vergaberecht unterliegt. In der Rechtssache “Stadt Halle” hatte der EuGH noch ausgeführt, dass kein vergaberechtsfreier Auftrag vorliegt, wenn an dem Auftragnehmer ein Privater beteiligt ist.

### Im Ergebnis identisch

Nach diesem Ansatz hätte der EuGH auch die Sache “Stadt Mödling” dem Vergaberecht mit der Begründung unterwerfen können, dass durch den Anteilsverkauf ein Auftrag an eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft verlagert wird. Denn in der Sache “Stadt Halle” war es vergaberechtlich unzulässig, ein bestehendes gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Vergabeverfahren zu beauftragen. Die Stadt Mödling führte das gleiche Ergebnis herbei. Sie beauftragte hingegen erst die Gesellschaft und trat dann Anteile an ihr ab. Unter wettbewerblichen Gesichtspunkten sind die Vorgänge vom

Ergebnis her identisch zu bewerten: Ein privates Unternehmen ist an einer Gesellschaft beteiligt, die Leistungen für einen öffentlichen Auftraggeber erbringt, ohne dass der öffentliche Auftraggeber ein Vergabeverfahren durchgeführt hat.

Es hätte sich deshalb für den EuGH also angeboten, die Entscheidung wesentlich einfacher zu begründen, und zwar damit, dass Anteilsverkäufe immer dann dem Vergaberecht unterfallen, wenn das Unternehmen, dessen Anteile verkauft werden, öffentliche Aufträge erfüllt.

Diesen Weg ist der EuGH aber nicht gegangen. Sondern er verlangte besondere Umstände, die eine Umgehungsabsicht und damit Abweichung vom Grundsatz der Beurteilung eines öffentlichen Auftrages im

Vergabezeitpunkt rechtfertigen. Es kommt also nicht auf das Ergebnis an, dass ein Privater an einer Gesellschaft beteiligt werden soll, die Leistungen für einen öffentlichen Auftraggeber erbringt. Der öffentliche Auftraggeber muss vielmehr im Einzelfall prüfen, ob zwischen Anteilsverkauf und Auftrag ein zeitlicher Zusammenhang besteht und es sich um eine künstliche Konstruktion handelt, die dazu dient, ein Vergabeverfahren zu umgehen.

### Die Abfolge entscheidet

Fallen Auftrag und Anteilsverkauf zeitlich nicht zusammen, muss ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich kein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchführen. Unstreitig müssen öffentliche Auftrag-

geber bei Anteilsveräußerungen aber die Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz bei der Auswahl des neuen Gesellschafters berücksichtigen. Ebenso sind sie an Haushaltsrecht, die Grundrechte und ggf. an kommunalrechtliche Vorschriften gebunden (vgl. hierzu Eggers/Malmendier, NJW 2003, 780). Nur wenn öffentliche Auftraggeber erst beauftragen und in zeitlichem Zusammenhang Gesellschaftsanteile abtreten, um die Vorschriften des Vergaberechts zu umgehen, ist der Vorgang einheitlich als öffentlicher Auftrag zu bewerten. Der öffentliche Auftraggeber muss die Leistungen dann ausschreiben.

Dr. Ute Jasper und Dr. Hans Arnold sind Rechtsanwälte in Düsseldorf