

Wie die Tochter, so der Enkel

In-House-Geschäfte im "Konzern Kommune"

(BS/Ute Jasper/Stefan Pooth) Das OLG Düsseldorf macht den Weg für vergabefreie In-House-Geschäfte im "Konzern der öffentlichen Hand" frei (Beschluss vom 15.10.2003 - VII Verg 50/03 -). Nach dieser Entscheidung dürfen öffentliche Auftraggeber nicht nur Tochterunternehmen, sondern auch Enkelgesellschaften mit Leistungen beauftragen, ohne das Vergaberecht anzuwenden zu müssen

Wegen der leeren Kassen geht die öffentliche Hand schon seit Jahren dazu über, Regie- und/oder Eigenbetriebe auszugliedern und sich in privater Rechtsform am Wirtschaftsleben zu beteiligen. Viele Kommunen, aber auch der Bund und die Länder haben private Gesellschaften gegründet, um Kosten zu senken und die öffentlichen Haushalte zu entlasten.

Diese Unternehmen haben in vielen Fällen wiederum selbst Beteiligungsunternehmen errichtet und Konzernstrukturen entwickelt. Ausgründungen öffentlicher Betriebe sind jedoch nur sinnvoll, wenn die öffentliche Hand ihre Tochter- bzw. Enkelgesellschaften vergabefrei mit Leistungen beauftragen kann. Andernfalls besteht die Gefahr, dass sich private Wettbewerber bei der Auftragsvergabe durchsetzen und so die öffentlichen Beteiligungsgesellschaften verdrängen, die dann ohne Aufträge auf hohen Kosten für Personal und Betriebsmitteln "sitzen bleiben".

Aufträge an unmittelbare Tochtergesellschaften können schon seit 1999 rechtssicher ohne Vergabeverfahren erteilt werden. Dies hat der Europäische Gerichtshof in seinem Teckal-Urteil (18.11.1999 - C-107/98 -, NZ-Bau 2000, 90 f.) richtungsweisend entschieden. Vergabefrei sind danach Beschaffungsvorgänge mit Unternehmen,

- an denen ein öffentlicher Auftraggeber beteiligt ist,
- über die der öffentliche Auftraggeber eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt, so dass dem Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber keine eigene Entscheidungsgewalt zukommt, und
- die ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile inne haben.

Der EuGH ließ jedoch offen, ob vergabefreie In-House-Geschäfte auch innerhalb des Konzerns zulässig sind, also etwa dann, wenn eine Kommune ihr Enkelunternehmen beauftragen will. Dies war bisher nach § 10 VgV nur in den Sektorenbereichen möglich, wenn der Vertrag mit einem verbundenen Unternehmen im handelsrechtlichen Sinn geschlossen wurde und das Unternehmen nicht mehr als 20% Drittumsätze erzielte. Für Konzern-Geschäfte außerhalb der Sektoren hat der Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf nun ebenfalls Rechtsklarheit geschaffen.

Gestufte vergabefreie Auftragserteilung?

Anlass für das Verfahren war der Auftrag der Gemeinde Fröndenberg an ihre Enkelgesellschaft, Abfall zu sammeln und zu transportieren. Die

gesellschaftsrechtliche Struktur stellte sich wie folgt dar: Die Gemeinde war alleinige Gesellschafterin ihrer Stadtwerkegesellschaft und wollte sie mit der Hausmüllabfuhr beauftragen. Die Stadtwerke sollten ihrerseits ein 100%iges Tochterunternehmen gründen und den städtischen Auftrag in einem zweiten Schritt an das zu gründende Unternehmen übertragen. Beabsichtigt war eine gestufte vergabefreie Auftragsvergabe der Stadt an ihr Enkelunternehmen.



Dr. Ute Jasper und Stefan Pooth, Rechtsanwälte in Düsseldorf: "Wenn das Entsorgungsunternehmen eines Stadtwerke-Konzerns seine Fahrzeuge von der Werkstatt-GmbH desselben Konzerns - einem Schwesterunternehmen - reparieren lässt, kann nichts anderes gelten, als für Aufträge an Enkelgesellschaften.

§ 10 VgV ist hier analog anzuwenden."

Foto: BS/Aechiv

Im Nachprüfungsverfahren stritten die Parteien darüber, ob Beschaffungsvorgänge zwischen der Stadt und ihrem Enkelunternehmen den Bestimmungen des Vergaberechts unterliegen. Die Vergabekammer Arnberg meinte, der Anwendungsbereich des Vergaberechts sei eröffnet, da die Stadt einen Beschaffungsvorgang mit einem von ihr personenverschiedenen Unternehmen realisieren wolle und aus diesem Grund die In-House-Kriterien nicht anwendbar seien. Ein vergabefreies In-House-Geschäft scheidet schon deshalb aus, weil die Stadt als öffentlicher Auftraggeber nur eine mittelbare Kontrolle über die zu gründende Enkelgesellschaft ausüben könne. Nach Ansicht der Vergabekammer sind vergabefreie In-House-Geschäfte allein zwischen öffentlichen Auftraggebern und ihren unmittelbaren Tochtergesellschaften möglich.

Dieser restriktiven Auslegung ist das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 15.10.2003 entgegengetreten. Der Vergabesenat hat bestätigt, dass ein vergabefreies In-House-Geschäft nicht schon deswegen ausscheidet, weil die Stadt nur mittelbare Anteilseignerin der Enkelgesellschaft ist. Die Stadtwerkegesellschaft vermittele als direkte städtische Tochter den Anteilsbesitz zwi-

schen der Stadt und ihrer Enkelgesellschaft. Ein öffentlicher Auftraggeber könne deshalb auch über seine Enkelgesellschaft eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben. Entscheidend sei die Verteilung der Geschäftsanteile und die gesellschaftsvertragliche Gestaltung der Aufsichts- und Kontrollbefugnisse.

Ein vergabefreies In-House-Geschäft ist nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf jetzt also jedenfalls dann rechtssicher anzunehmen, wenn auf gesellschaftsvertraglicher Ebene sichergestellt ist, dass der öffentliche Auftraggeber umfangreiche Befugnisse gegenüber seinen Tochter- und Enkelgesellschaften besitzt. Die mittelbare Beteiligung und der mittelbare Einfluss genügt. Allerdings muss das Enkelunternehmen auch das dritte Teckal-Kriterium erfüllen und seine Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen.

Funktion zählt, nicht Rechtsform

Es ist zu begrüßen, dass das OLG Düsseldorf die Möglichkeit vergabefreier In-House-Geschäfte zwischen der öffentlichen Hand und ihren Enkelgesellschaften anerkannt hat. Der Vergabesenat zeigt damit Praxisnähe und Augenmaß. Denn es kann für den Begriff des In-House-Geschäfts und die Vergabefreiheit nicht darauf ankommen, welche gesellschaftsrechtliche Organisationsform - ob in rechtlich unselbstständigen Unternehmenssparten oder in selbstständigen Enkelgesellschaften - ein staatlich beherrschtes Unternehmen wählt. Auch hier muss der funktionale Auftraggeber-/Auftragnehmerbegriff gelten. Auf die Rechtsform bzw. die Zahl der rechtlich selbstständigen Einheiten lässt sich nicht abstellen. Das OLG hat zu Recht auf die faktische Beherrschung und Zuordnung zum Auftraggeber abgestellt.

Umstrukturierungen und Privatisierungen werden damit erleichtert. Die Konzerngesellschaften der öffentlichen Hand gehen nicht mehr das Risiko ein; zwar Personal und Vermögen übernehmen zu müssen, die Aufträge aber im Wettbewerb zu verlieren. Dies darf aber nicht nur für Aufträge von Konzernmüttern an Tochter- und Enkelgesellschaften gelten, sondern die Leistungsbeziehungen im Konzern eines öffentlichen Auftraggebers müssen grundsätzlich vom Vergaberecht freigestellt werden, soweit es sich um verbundene Unternehmen handelt und keine wesentlichen Drittgeschäfte gemacht werden.

(Überschrift und Zwischenzeilen durch die Redaktion)

Behörden Spiegel

Dezember 2003

Beschaffung Vergaberecht

Seite 22