

(BS/Ute Jasper/Stefan Pooth) In seinem mit Spannung erwarteten Urteil vom 11.01.2005 (C-26/03) hat der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung zu Inhouse-Geschäften ohne Ausschreibung konkretisiert und die Anforderungen verschärft. Die Entscheidung lässt an Klarheit nichts zu wünschen übrig: Inhouse-Geschäfte sind nur dann vergabefrei, wenn die Leistungsbeziehungen ausschließlich innerhalb der öffentlichen Hand abgewickelt werden. Jede auch noch so geringe Beteiligung eines privaten Unternehmens schadet. Die öffentliche Hand muss also alle Aufträge an gemischtwirtschaftliche Tochtergesellschaften ausschreiben, auch wenn sie diese Gesellschaften mit großer Mehrheit beherrscht.

Der EuGH hatte erstmals im "Teckal-Urteil" vom 18.11.1999 (C-107/98) entschieden, dass Leistungsbeziehungen, die die öffentliche Hand ausschließlich innerhalb ihrer eigenen Sphäre abwickelt, vergabefrei sind, weil in diesem Fall kein markt- und wettbewerbsrelevantes Auftragsverhältnis vorliegt. Der Auftraggeber darf auf ein Vergabeverfahren verzichten, wenn er am Auftragnehmer gesellschaftsrechtlich beteiligt ist, über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und der Auftragnehmer im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig ist.

Die Teckal-Kriterien

Die Auslegung dieser sogenannten "Teckal-Kriterien" war im Anschluss an das Urteil vom 18.11.1999 umstritten, so dass nicht selten Rechtsunsicherheit bestand, ob ein vergabefreies Inhouse-Geschäft vorliegt und eine gemischtwirtschaftliche Tochtergesellschaft ohne ein Vergabeverfahren beauftragt werden darf. Nach bisher herrschender Ansicht scheiterte ein Inhouse-Geschäft nicht schon daran, dass ein Privater zu einem geringen Anteil am Auftragnehmer beteiligt war.

Zwar wurde im Einzelnen diskutiert, ob für das Kriterium der "Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle" auf die Höhe der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des Privaten abzustellen war oder auf seinen konkreten gesellschaftsrechtlichen Einfluss. Im Grundsatz bestand jedoch Einigkeit, dass nicht jede Beteiligung privaten Kapitals automatisch zur Vergabepflicht führt. Diese Argumentation hatte auch die Generalanwältin beim EuGH, Stix-Hackl vertreten. Sie hatte in ihren Schlussanträgen vom 23.09.2004 die Abgrenzung zwischen Vergabepflicht und Inhouse-Geschäften von den Umständen des Einzelfalls abhängig gemacht und vertreten, "dass die Teckal-Ausnahme nicht nur für Eigengesellschaften, sondern auch für gemischt-wirtschaftliche Gesellschaften gilt. Die Hereinnahme privater Unternehmen schadet also grundsätzlich nicht."

Nicht unter 100 Prozent

Die Bundesregierung hält in ihrem Arbeitsentwurf zur Neuregelung des Vergaberechts vom 08.10.2004 eine private Beteiligung ebenfalls für zulässig. Sie hat in § 99 Abs. 1 GWB eine gesetzliche Definition von Inhouse-Geschäften oder, wie es dort heißt, "Eigenleistungen" vorgeschlagen, die sich an der Beherrschung im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB orientiert und die somit zu einer begrüßenswerten einheitlichen Schnittstelle zwischen öffentlicher Hand einerseits und Beschaffung am Markt andererseits geführt hätte.

Dieser Interpretation seiner Teckal-Entscheidung ist der EuGH mit Urteil vom 11.01.2005 entgegengetreten. Er erinnert daran, dass in dem der Teckal-Entscheidung zugrunde liegenden Fall der Auftragnehmer zu 100 Prozent von öffentlichen Stellen gehalten wurde und führt aus: "Dagegen schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen." Damit hat das Gericht den Anwendungsbereich von Inhouse-Geschäften unerwartet und über das von der Generalanwältin geforderte Maß hinaus eingeschränkt.

Zwei Ausschreibungen

Mit seiner restriktiven Interpretation der eigenen Teckal-Kriterien liegt der EuGH ganz auf Linie der Europäischen Kommission, die in ihrer

Stellungnahme vom 11.06.2003 geäußert hatte, "dass die Einordnung eines Dienstleistungsvertrages als vergabefreies Eigengeschäft stets durch die bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Vertragspartner ausgeschlossen ist."

Dogmatisch ist die Argumentation des EuGH und der Kommission nur schwer nachzuvollziehen. Sie führt zu einer doppelten Ausschreibungspflicht. Von nun an ist nicht nur der Auftrag an die gemischtwirtschaftliche, aber öffentlich beherrschte Gesellschaft auszuschreiben (beispielsweise über die Abfallentsorgung), sondern diese Gesellschaft ist ihrer-



Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper, Rechtsanwalt Stefan Pooth, Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf:



"Rein öffentlich-rechtliche Kooperationsstrukturen sind durch die Entscheidung des EuGH nicht berührt. Gemeinsame Tochtergesellschaften der öffentlichen Hand dürfen weiterhin Aufträge ihrer rein öffentlichen Mütter vergabefrei erhalten."

Fotos: BSJ/Archiv

seits verpflichtet, nochmals europaweite Vergabeverfahren durchzuführen, wenn sie selbst Entsorgungsaufträge beispielsweise an Subunternehmer vergibt. Richtigerweise gibt es aber nicht zwei, sondern nur eine Schnittstelle zwischen öffentlicher Hand und Markt, die einer Regelung durch das Vergaberecht bedarf.

Handlungszwänge

Kritik hilft jedoch in der Praxis nicht weiter. Hier ist entscheidend, welche Handlungszwänge sich aus dem Urteil ergeben und welche Spielräume bleiben:

- Inhouse-Geschäfte sind weiterhin grundsätzlich zulässig. Allerdings schadet jede Beteiligung privaten Kapitals – egal in welcher Höhe. Insofern herrscht nun Rechtssicherheit, wenn auch zu Lasten ökonomischer Gestaltungsspielräume in den "Konzernstrukturen" der öffentlichen Hand.

- Der Arbeitsentwurf zur Neuregelung des Vergaberechts ist hinsichtlich des Kriteriums der "Beherrschung" zu überarbeiten. Eine Bezugnahme auf § 98 Nr. 2 GWB ist in Anbetracht der EuGH-Rechtsprechung nicht mehr zulässig.

- Demgegenüber wirkt sich die restriktive EuGH-Entscheidung im Sektorenbereich nicht aus. Denn in der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie im Verkehr geht § 10 VgV der Inhouse-Rechtsprechung vor und befreit bestimmte verbundene Unternehmen vom Vergaberecht. Hier schadet eine geringe private Beteiligung auf Auftragnehmerseite nicht. Praktisch heißt das: Versorgungs- und Verkehrsunternehmen – wie zum Beispiel Stadtwerke – dürfen ihre Beteiligungsunternehmen weiterhin ohne Vergabeverfahren beauftragen, auch wenn die Anforderungen des EuGH nicht erfüllt werden, soweit wenigstens die Voraussetzungen des § 10 VgV vorliegen. Allerdings gilt dies nur für Aufträge von den, nicht aber für Aufträge an die Sektorenauftraggeber. Wenn beispielsweise eine Kommune ihre Stadtwerke-Tochter beauftragen will, gilt § 10 VgV nicht. Hier führt jede private Beteiligung in die Ausschreibungspflicht.

- Rein öffentlich-rechtliche Kooperationsstrukturen sind durch die Entscheidung des EuGH ebenfalls nicht

berührt. Gemeinsame Tochtergesellschaften der öffentlichen Hand dürfen weiterhin Aufträge ihrer rein öffentlichen Mütter vergabefrei erhalten. Dies gilt etwa für gemeinsame Gesellschaften mehrerer Kommunen oder rein kommunaler Tochterunternehmen. Auch Leistungsbeziehungen zwischen Kommunen und ihren Zweckverbänden sind von den EuGH-Urteilen nicht betroffen und vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen. Allerdings unterliegt eine Drittbeauftragung zwischen zwei Kommunen nach einem weiteren neuen Urteil des EuGH vom 13.01.2005 (C-84/03) dem Vergaberecht, sofern es sich nicht um eine vollständige Übertragung der Aufgaben handelt.

- Problematisch bleiben die Drittgeschäfte. Leider hat das Gericht das dritte Teckal-Kriterium nicht konkretisiert und nicht festgelegt, wann der Auftragnehmer "im Wesentlichen" für den Auftraggeber tätig ist. Für die Zukunft besteht jedoch Hoffnung, auch für dieses Kriterium mit der Reform des Vergaberechts Rechtssicherheit zu erhalten. Denn im Gegensatz zu den Schlussanträgen der Generalanwältin, die eine einzelfallbezogene Beurteilung anhand quantitativer und qualitativer Umstände vorschlägt, sieht der Reformentwurf der Bundesregierung eine klare Regelung vor: 20 Prozent des Umsatzes dürfen im Drittgeschäft erwirtschaftet werden. Diese Regelung ist uneingeschränkt zu begrüßen, weil sie in der Rechtspraxis einfach zu handhaben ist und zu interessengerechten Ergebnissen führt.

Wettbewerb der Modelle

Insgesamt kann man bedauern, dass die EU-Kommission und der EuGH das Netz des Vergaberechts immer feiner und fester knüpfen und so die Bewegungsfreiheit der öffentlichen Hand einschränken.

Dadurch werden effizientere Strukturen und größere Einheiten oft erschwert, weil der drohende europaweite Wettbewerb Entscheidungen verzögert oder gar verhindert. Vielleicht gibt aber die Rechtsprechung auch Anstoß, endlich größere Schritte zu wagen und die verschiedenen Organisationsformen von der Eigenleistung über PPP-Modelle und interkommunale Kooperationen bis zur Fremdvergabe in einen Wettbewerb der Modelle zu stellen. Dazu lässt das Vergaberecht mit kreativ gestalteten Verhandlungsverfahren ausreichend Spielraum.