

WIRTSCHAFT / RECHT UND UNRECHT

Inhouse-Geschäfte

Einzelkämpfer bei der Verschärfung

Laut OLG Celle dürfen auch Töchter praktisch nur für Auftraggeber tätig sein

Von Dr. Ute Jasper und Barbara v. der Recke, Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

Das Oberlandesgericht (OLG) Celle schreit wieder einmal forsch voran bei neuen strengen Anforderungen an Direktvergaben im Konzern. Schon in der Vergangenheit hat es die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und anderer nationaler Gerichte zu sog. Inhouse-Geschäften verschärft. In einem Beschluss vom 29. Okt. (Az.: 13 Verg 08/09) stellt es höhere Hürden für die Vergabefreiheit dieser Geschäfte auf, als bislang aus Luxemburg bekannt. Wenn man dem OLG Celle folgen will, liegen Inhouse-Vergaben nur noch in seltenen Ausnahmekonstellationen vor. Hiergegen sprechen aber gewichtige Argumente.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Aufgabenübertragungen und der Einkauf von Leistungen ausnahmsweise nicht auszuschreiben, wenn die einkaufende Stelle, der Auftraggeber,

- an der Person des Vertragspartners „beteiligt“ ist,
- über die Person des Vertragspartners eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ ausübt, so dass dem Vertragspartner keine eigene Entscheidungsgewalt zukommt und
- der Vertragspartner seine Tätigkeit „im Wesentlichen für den Auftraggeber“ verrichtet, der seine Anteile innehat.

Aufträge, bei denen diese Voraussetzungen erfüllt werden, können direkt und ohne Wettbewerb vergeben werden. Denn nach Sinn und Zweck des Vergaberichts unterfallen nur solche Aufträge dem Vergabericht, die zwischen einer öffentlichen Stelle und einem privaten Wirtschaftsteilnehmer geschlossen werden. Konsequenterweise sind daher Verträge, die im Innenbereich der öffentlichen Hand geschlossen werden, von dem Vergabericht ausgenommen.

Das OLG Celle hatte in der Vergangenheit bereits verschärfte Anforderungen an die Zulässigkeit von Drittgeschäften aufgestellt, die maximal zulässig sind, um das zweite Inhouse-Kriterium, die Kontrolle über den Vertragspartner wie über eine eigene Dienststelle, noch bejahen zu können. Der EuGH erklärte 10% Drittgeschäfte für unschädlich. Das OLG Celle ließ hingegen maximal 7,5% Drittgeschäfte zu.

Nunmehr fordert das OLG auch eine modifizierte Betrachtung bei der Frage, ob der Vertragspartner „im Wesentlichen für den Auftraggeber“ tätig ist. Hierbei soll es nicht nur auf die Tätigkeit des Vertragspartners ankommen. Berücksichtigt werden sollen auch die Umsätze von 100%igen Tochtergesellschaften des Vertragspartners, wenn für Mutter und Tochter (bzw. Tochter und Enkelin) ein gemeinsamer konsolidierter Abschluss

vorliegt, der Geschäftsbericht die Ertragslage beider Gesellschaften zusammenfasst und gruppeninterne Vorgänge eliminiert sowie die Tochter nur mit personeller und sachlicher Ausstattung der Mutter arbeitsfähig ist.

Der Entscheidung lag ein Auftrag an ein kreiseigenes Unternehmen über das Einsammeln von Altpapier mittels „blauer Tonne“ zugrunde. Eine europaweite Ausschreibung fand nicht statt. Der Vertragspartner wurde zwar nur zu ca. 4% für Dritte tätig. Eine 100%ige Tochtergesellschaft erzielte jedoch Umsätze für Leistungen an Dritte, die weit über das zulässige Maß hinausgingen. Das OLG Celle verneinte ein Inhouse-Geschäft. Der Kreis wurde verpflichtet, die Leistungen in einem europaweiten Vergabeverfahren zu vergeben.

Nicht von anderen Urteilen gedeckt

Das OLG Celle führt hierin eine Einzelkämpferstellung. Die verschärfte Anforderungen werden weder von den europäischen Vorgaben noch der zu Inhouse-Vergaben erlangten Rechtsprechung des EuGH und nationaler Gerichte gedeckt. Eine Konzernbetrachtung scheint das erforderliche Prüfmaß auch bei weitem zu übersteigen. Die Anforderungen an Inhouse-Geschäfte sind bereits streng gesetzt. Die Vergaberichtlinien enthalten keinerlei Anhaltspunkte für eine Konzernbetrachtung. Auch der EuGH hat bei der Frage, ob der Vertragspartner „im Wesentlichen für den Auftraggeber“ tätig ist, immer nur die Umsätze und Drittgeschäfte des kontrollierten Unternehmens, nicht aber von dessen Tochter oder sonstiger konzernverbundener Unternehmen geprüft.

Auch das Urteil des EuGH zu der Vergabefreiheit von interkommunalen Kooperationen („Stadtreinigung Hamburg“, ZfK 7/09, 29) spricht gegen die Celle'schen Richterstimmen. Würde der EuGH verlangen, dass auch die Drittgeschäfte von Tochter- bzw. Enkelgesellschaften in die Gesamtbetrachtung einzustellen sind, wären interkommunale Kooperationen aufgrund der vielfältigen kommunalen wirtschaftlichen Betätigung geradezu ausgeschlossen. Jegliche Formen von öffentlich-privaten Partnerschaften der Kommunen stünden einer vergabefreien interkommunalen Kooperation entgegen. Dies kann sicher nicht gewollt sein.

Der Beschluss aus Celle erscheint daher etwas forsch und darf vorerst als Einzelfall betrachtet werden. Hierfür sprechen nicht zuletzt die detaillierten fallbezogenen Anforderungen an die Konzernbetrachtung. Diese sind ohne Weiteres nicht verallgemeinerungsfähig. Kommunen sollten aber wachsam sein und ihr Augenmerk umso mehr auf

Luxemburg richten. Die nächste Entscheidung des EuGH zu Inhouse-Vergaben lässt sicher nicht lange auf sich warten.

Von erheblicher Brisanz sind allerdings noch zwei weitere Äußerungen in dem Beschluss, die bei laufenden oder künftigen Aufträgen unbedingt beachtet werden sollten: Eine Vertragsänderung ist erneut ausschreibungspflichtig, wenn sie einen Mehrbedarf (hier an Personal und Fahrzeugen) auslöst sowie eine Mehrvergütung von über 10% zur Folge hat, die bereits für sich genommen den maßgeblichen Schwellenwert für europaweite Vergaben übersteigt. Ferner ist ein Nachprüfungsantrag so lange nicht verwirkt, wie der Auftrag mangels kommunalrechtlich ordnungsgemäßer Beschlusslage nicht wirksam zustande gekommen ist. Diese beiden Leitsätze konkretisieren die europäische und nationale Rechtsprechung in vertretbarer Weise. Sie sollten in der kommunalen Praxis unbedingt berücksichtigt werden. Andernfalls droht, noch Jahre später, die Nichtigkeit derartig geschlossener Verträge und Vertragsänderungen.

Industrielle Kunden

Konzessionsabgaben falsch berechnet

Das Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart hat nach Angaben des VIK Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft festgestellt, dass Konzessionsabgaben von Netzbetreibern für industrielle Stromkunden bisher zu deren Nachteil falsch berechnet worden sind. Für Unternehmen gibt es eine Sonderregelung in der Konzessionsabgabenverordnung. Danach müssen sie nur dann Konzessionsabgaben von 1,1 €/MWh zahlen, wenn ihr individueller Strompreis über dem vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten mittleren Strompreis – dem Grenzpreis – liegt.

Erstmals habe nun ein OLG die Frage entschieden, wie die Stromsteuer und die Stromsteuererstattung dabei zu berücksichtigen sind. Gerade diese umstrittene Frage habe in den letzten Jahren dazu geführt, dass die Zusatzbelastung der Konzessionsabgaben immer mehr Unternehmen getroffen hat, beklagt der Verband. Das OLG Stuttgart habe nun largestellt: Stromsteuerrückerstattungen sind bei der Berechnung des individuellen Strompreises zu berücksichtigen und haben damit eine positive Wirkung auf die mögliche Befreiung von der Konzessionsabgabepflicht.