

# Inhouse-Geschäfte

(vergabefreie Eigengeschäfte öffentlicher Auftraggeber)

## EuGH-Urteil vom 11.01.2005 zur Zulässigkeit von Inhouse-Geschäften bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und zur Reichweite von Nachprüfungsanträgen im Vorfeld von Auftragsvergaben

- Kommunen dürfen gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, an denen Private beteiligt sind, nicht formlos ohne Ausschreibung und Durchführung eines Vergabeverfahrens beauftragen. Die Höhe der Kapitalbeteiligung ist dabei unabhängig
- Auch kommunale Kooperationen sollen – wenn überhaupt – nur noch unter ganz bestimmten Voraussetzungen vergaberechtsfrei möglich sein.
- Die Europäische Kommission nimmt verstärkt vergaberechtswidrig geschlossene Altverträge sowie Auftragsvergaben von Zweckverbänden ins Visier. Beschließt ein öffentlicher Auftraggeber, kein Vergabeverfahren einzuleiten, so ist diese Entscheidung gerichtlich überprüfbar.

Die Beziehung zwischen einer öffentlichen Stelle als öffentlicher Auftraggeber und ihren Dienststellen wird durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung öffentlicher Interessen zusammenhängen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruht dagegen auf Überlegungen, die private Interessen widerspiegeln und verfolgt somit andersartige Ziele.

Das Gericht stellt fest, dass ein entgeltlicher Vertrag über Dienstleistungen, den ein öffentlicher Auftraggeber mit einer Gesellschaft schließen möchte, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist, in jedem Fall dem Vergaberecht für öffentliche Aufträge unterfällt.

Maßgeblicher Dreh- und Angelpunkt sind die folgenden zwei Kriterien:

### **Ausmaß der ausgeübten Kontrolle**

- Für ein zulässiges vergabefreies Inhouse-Geschäft muss ein öffentlicher Auftraggeber über seinen Geschäftspartner eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über seine eigenen Dienststellen
- Bei jeglicher Beteiligung von Privaten – auch bei einer bloßen Minderheitsbeteiligung – ist eine Kontrolle ähnlich wie über eine eigene Dienststelle grundsätzlich ausgeschlossen

### **Ausmaß der Verrichtung der Tätigkeit**

- Die Gleichsetzung eines Auftrags mit einem Inhouse-Geschäft setzt voraus, dass der Geschäftspartner (Gesellschaft) des öffentlichen Auftraggebers seine Tätigkeit "im Wesentlichen" für den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichtet, die seine Anteile innehaben
- Rein rechtlich gesehen haben die Rechtsformen GmbH und AG ein weites Betätigungsfeld, so dass es – wiederum reich rechtlich gesehen – praktisch ausgeschlossen ist, zulässige, vergabefreie Inhouse-Geschäfte abzuschließen. Die Wahl einer Rechtsform wie der einer AG oder GmbH verliert somit an Attraktivität
- Geht man von der rein rechtlichen Perspektive weg, ist der jeweilige Einzelfall zu betrachten. Der Umstand allein, dass ein satzungsmäßiges Betätigungsfeld einer AG oder GmbH in sachlicher Hinsicht weit sei und in örtlicher Hinsicht auch ein Tätigwerden über die Gemeindegrenzen hinaus erlaube, schließe jedenfalls nicht aus, dass diese AG bzw. GmbH ihre Tätigkeit tatsächlich im Wesentlichen für die Gemeinde verrichte, die ihre Anteile innehat.

Der EuGH hat mit seiner am 11.01.2005 getroffenen Entscheidung klargestellt, dass selbst bei einer privaten Minderheitsbeteiligung von wenigen Prozent und einer gesellschaftsrechtlich ausgeübten Kontrolle der Kommunen über die gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft, der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich die Pflicht hat, bei der Gründung und Beauftragung einer derartigen Gesellschaft das Vergaberecht anzuwenden.

### Was das Urteil nicht betrifft:

- Die Voraussetzungen zur Errichtung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen
- Mit gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sind nur die institutionalisierten und nicht die vertraglich vereinbarten PPP betroffen
- Das Urteil lässt die Auftragsvergabe im Rahmen von Inhouse-Geschäften an private Unternehmen, an denen die Kommunen 100% der Anteile halten, unberührt.
- Das Urteil betrifft nicht die Zulässigkeit der interkommunalen Zusammenarbeit durch Übertragung einer wahrzunehmenden Aufgabe bspw. auf einen Zweckverband (siehe dazu jüngst Ur. des EuGH v. 13.01.2005, Az.: C-84/03)
- Das Vergaberecht umfasst nicht den Abschluss von Dienstleistungskonzessionen, d.h. die Erbringung von Dienstleistungen durch Private, nicht gegen Entgelt, sondern gegen Einräumung eines Nutzungsrechts. Diese Gestaltung, gerade bei der Beteiligung Privater an der Erbringung von Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber, kann eine bedenkenswerte Alternative darstellen

### Quelle:

- Ruge, Kay (2005): "Europäische Vorgaben bei Inhouse-Geschäften." In: Der Landkreis 3/2005, S. 150-151
- DStGB-Aktuell (Nr. 1005, 11.03.2005): "EuGH: Generalanwalt zu den Voraussetzungen eines vergabefreien In-House-Geschäfts". In: NACHRICHTEN des Städteverbandes Schleswig-Holstein 2-3/2005, S. 84-85

### Weiterführende Literatur

- Die Gemeinde (2006): "Schwerpunkthema ÖPP – Öffentlich-Private Partnerschaften". In: Die Gemeinde – Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein 2/2006
- Die Gemeinde (2005): "Schwerpunkthema Vergaberecht". In: Die Gemeinde – Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein 6/2005
- Die Öffentliche Verwaltung (2005): "Rechtsprechung RL 89/665/EWG Vergabe öffentlicher Aufträge, Inhouse-Geschäfte" In: Die Öffentliche Verwaltung 5/2005, S. 427-430
- DStGB-Aktuell (Nr. 14/1605, 08./22.04.2005): "BMWA legt Gesetzentwürfe zur Novelle des Vergaberechts vor". In: NACHRICHTEN des Städteverbandes Schleswig-Holstein 4/2005, S. 34-36
- DStGB-Aktuell (Nr. 1405, 08.04.2005): "Ergänzende Stellungnahme der Bundesregierung zum Grünbuch ÖPP: Vergaberecht und Privatisierung". In: NACHRICHTEN des Städteverbandes Schleswig-Holstein 4/2005, S. 36-37
- DStGB-Aktuell (Nr. 1905, 13.05.2005): "Leitlinien des DStGB-Präsidiums zur Vergaberechtsform". In: NACHRICHTEN des Städteverbandes Schleswig-Holstein 5/2005, S. 27-30
- EuGH, Urteil der Ersten Kammer vom 10.11.2005: "Umgehung bei In-house-Geschäften". In: DVBL, 15.01.2006, S. 101-103
- Fleckenstein, Martin (2006): "Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz." In: DVBL, 15.01.2006, S. 75-82
- Kersting, Andreas und Siems, Thomas (2005): "Ausschreibungspflicht für staatliche Kooperationen?" In: DVBL, 15.04.2005, S. 477-481
- Köster, Bernd und Klein, Benjamin (2006): "Speyer Vergaberechtstage 2005". In: DVBL, 15.01.2006, S. 89-92
- OLG Naumburg, Beschluss vom 03.11.2005 – 1 Vg 9/05 – : "Anwendbarkeit des Vergaberechts bei innerkommunaler Kooperation". In: DVBL, 15.01.2006, S. 121-126
- Schultz, Christian (2005): "Vergaberecht: EuGH-Urteile contra effiziente Verwaltung?" In der Städtetag 3/2005, S. 35-38