
Die EuGH-Rechtsprechung zur „Inhouse-Vergabe“ öffentlicher Aufträge und ihre neueren Entwicklungen

*Professor Dr. Christian Koenig und Julia Wetzel, Bonn**

Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Wege sog. „Inhouse-Geschäfte“ erfreute sich wegen der damit verbundenen weitgehenden „Vergaberechtsfreiheit“ bislang großer Beliebtheit. In jüngerer Rechtsprechung hat der EuGH nunmehr die Voraussetzungen für eine solche ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe, welche sich im Wesentlichen aus seinem Teckal-Urteil aus dem Jahr 1999 ergeben, verschärft.

I. „Teckal“

Nach „Teckal“¹ muss ein Beschaffungsvorgang immer dann nicht öffentlich ausgeschrieben werden, wenn ihn

der öffentliche Auftraggeber „im eigenen Haus“, also mit Hilfe eigener administrativer, technischer und sonstiger Mittel erfüllen kann. Ein solches Inhouse-Geschäft liegt vor, wenn

- der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und
- der Auftragnehmer seine wirtschaftliche Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Stelle verrichtet, die seine Anteile hält.

Insbesondere die Auslegung des ersten Kriteriums bereitete Schwierigkeiten. Nach herrschender Meinung sollte eine Beteiligung Privater an dem auftragnehmenden Unternehmen die Eigenschaft als Inhouse-Geschäft nicht entfallen lassen. Eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ sollte vielmehr auch bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen bejaht werden können – Uneinigkeit herrschte einzig über die zulässige Höhe der privaten Beteiligung.

II. „Stadt Halle“

Dieser Auffassung erteilte der *EuGH* in seinem Urteil „Stadt Halle“² aus dem Jahr 2005 und in zahlreichen Folgeurteilen eine Absage und erhöhte damit die Hürden für die Vergaberechtsfreiheit von Inhouse-Geschäften.

Grundlage der „Stadt Halle“-Entscheidung war die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags durch die Stadt Halle an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen, an welchem die Stadt über eine kommunale Beteiligungsgesellschaft 75,1 % der Kapitalanteile hielt (die restlichen 24,9 % hielt ein privater Partner).

Ein förmliches Vergabeverfahren hatte nicht stattgefunden. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens entschied der *EuGH*, dass es sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an gemischtwirtschaftliche Unternehmen nicht um vergaberechtsfreie Inhouse-Geschäfte handele. Jede auch nur minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital der auftragnehmenden Gesellschaft schließe ein solches Inhouse-Geschäft aus. Die Beteiligungsquote des privaten Mitgesellschafters sei unerheblich.

Jede Beteiligung eines privaten Mitgesellschafters führe unweigerlich zu einem Interessenwiderspruch, welcher die Kontrollmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers im Sinne der Teckal-Rechtsprechung ausschliesse. Während der öffentliche Auftraggeber seine Tätigkeit am öffentlichen Interesse ausrichten müsse, verfolge ein privater Investor allein privatnützige und damit gegenläufige Ziele. Außerdem verschaffe eine Inhouse-Vergabe an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen dem privaten Mitgesellschaftler Wettbewerbsvorteile, was

dem Gemeinschaftsziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten zuwiderlaufe. Dieser Wettbewerbsvorteil beruhe darauf, dass der an dem auftragnehmenden Unternehmen beteiligte Private mit den Inhouse-Verträgen über ein festes, nicht dem Wettbewerbsdruck unterworfenen Stammgeschäft verfüge. Bei betriebswirtschaftlicher Betrachtungsweise bedeute dies eine Senkung des unternehmerischen Risikos. Eine Senkung des unternehmerischen Risikos für einzelne Marktteilnehmer könne wettbewerbsverfälschende Wirkung entfalten. Ein Marktteilnehmer, der nicht den gleichen Grad eines unternehmerischen Risikos zu tragen hat wie seine Konkurrenten, könne seine Leistungen zu niedrigeren Preisen anbieten, da er in seiner Kalkulation nicht ein vergleichbar hohes Wagnis berücksichtigen müsse. Zudem werde ein Teil der Fixkosten kalkulatorisch ausgeglichen³.

III. „Parking Brixen“

Mit der Entscheidung in der Rechtssache „Parking Brixen“⁴ verschärfte der *EuGH* die Teckal-Kriterien weiter. Danach kann im Einzelfall sogar eine Inhouse-Vergabe an eine Gesellschaft unzulässig sein, die sich im alleinigen Anteilsbesitz des öffentlichen Auftraggebers befindet, wenn die Geschäftsführung bzw. der Vorstand selbstständig handelt und die Gesellschaft durch Tätigkeit, Zweck und Finanzierungs-konzept „auf den Markt ausgerichtet“ ist.

Die Gemeinde Brixen vergab ohne vorheriges Vergabeverfahren den Betrieb zweier öffentlicher Parkplätze an ihre 100%ige Tochtergesellschaft, die Stadtwerke Brixen AG. Die Gemeinde begründete dies damit, dass der Auftrag eine Dienstleistungskonzession sei, welche nicht ausgeschrieben werden müsse. Der *EuGH* bestätigte, dass es sich im vorliegenden Fall in der Tat um eine Dienstleistungskonzession gehandelt habe, wies aber darauf hin, dass auch bei Dienstleistungskonzessionen nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz ausgeschrieben werden müsse. Das ergäbe sich aus den primärrechtlichen Grundsätzen der Wettbewerbsfreiheit, der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und der Nichtdiskriminierung. Damit stelle sich auch für die Dienstleistungskonzession die Frage nach den Kriterien für eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe.

Nach Ansicht des *EuGH* scheitert eine Inhouse-Vergabe im Fall Brixen bereits am Fehlen des ersten Teckal-Kriteriums. Die Stadtwerke Brixen AG habe aufgrund ihrer konkreten Geschäftsausformung eine Marktausrichtung erreicht, die eine für eine Inhouse-Vergabe erforderliche Kontrolle durch die Stadt Brixen schwierig macht. Die besondere Marktausrichtung werde zum einen durch die Gesellschaftsform der beauftragten Gesellschaft als Aktiengesellschaft und zum anderen durch die satzungsmäßig vorgesehene Ausweitung des Gesellschaftszwecks, der vorgeschriebenen baldigen Öffnung der Gesellschaft für Fremdkapital, der vorgesehenen Ausweitung des geografischen Tätigkeitsbereichs der

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn; die Zweitautorin ist dort wissenschaftliche Referentin.

1 *EuGH*, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, NZBau 2000, 90 – Teckal.

2 *EuGH*, Urt. v. 11.1.2005, Rs. C-26/03, NZBau 2005, 111 – Stadt Halle.

3 *EuGH*, Urt. v. 11.1.2005, Rs. C-26/03, NZBau 2005, 111 (115, Erwägungsgrund 51).

4 *EuGH*, Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03, EuZW 2005, 727 – Parking Brixen; im Anschluss daran und mit Bezugnahme auf die Entscheidungsfindung im Fall Brixen erging das Urteil in der Rechtssache Bari (*EuGH*, Urt. v. 6.4.2006, Rs. C-410/04, NVwZ 2006, 555 – Bari).

Gesellschaft über die Gemeindegrenzen hinaus und schließlich durch die beträchtlichen Vollmachten des Verwaltungsrats erreicht.

Die Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe ist also regelmäßig abzulehnen, wenn sich aus der Gesamtschau aller Umstände der Auftragsvergabe ergibt, dass die zu beauftragende Gesellschaft – auch wenn sie in ausschließlich öffentlichem Anteilsbesitz steht – durch die Wahl ihrer Gesellschaftsform und die wettbewerbliche Ausrichtung ihrer Tätigkeiten weitgehende Entscheidungsfreiheit gegenüber ihrem öffentlichen Anteilseigner hat.

IV. „Stadt Mödling“

Dem Urteil vom 10.11.2005 in der Sache „Stadt Mödling“⁵ kommt eine die Brixen-Rechtsprechung ergänzende Funktion zu und bestätigt, was in vielen Mitgliedstaaten bereits gängige Rechtspraxis ist: Aufgabenübertragung und Anteilsveräußerung durch die öffentliche Hand sind vergaberechtlich als Einheit zu betrachten, zumindest wenn dazwischen ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht.

Die Stadt Mödling hatte innerhalb weniger Monate zunächst eine Abfallwirtschafts-GmbH gegründet, die sich zu 100% in ihrem Eigentum befand. Dieser GmbH wurde ohne vorherige Ausschreibung ein unbefristeter Dienstleistungsauftrag erteilt. Anschließend wurden 49% der Anteile an eine private AG übertragen. Erst danach nahm die GmbH das operative Geschäft auf. Im zugrunde liegenden Vertragsverletzungsverfahren wurde zunächst argumentiert, dass diese Schritte jeweils gesondert rechtlich zu bewerten seien und eine Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags aus diesen Gründen nicht erforderlich gewesen wäre. Der *EuGH* befand dazu Folgendes: Zwar hätten zum Zeitpunkt der Beauftragung die Voraussetzungen für ein vergaberechtfreies Inhouse-Geschäft noch vorgelegen. Auch habe der öffentliche Auftraggeber aus Gründen der Rechtssicherheit normalerweise das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags anhand der Bedingungen zu prüfen, die zum Zeitpunkt der Vergabe des fraglichen öffentlichen Auftrags vorliegen. Jedoch müsse in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation von diesem Grundsatz abgewichen werden. Nach Ansicht des *EuGH* hat die Stadt Mödling nämlich eine vergaberechtlich unzulässige „künstliche Konstruktion“ gewählt, um in mehreren Schritten einen einheitlichen vergaberechtlichen Vorgang aufzuspalten. Auf diese Weise habe die Stadt einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag ohne Anwendung der Vergaberichtlinien an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen erteilt, über welches sie keine Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ gehabt hatte. Ob die Teckal-Kriterien im Einzelfall vorlägen und eine Inhouse-Vergabe damit möglich sei, müsse jeweils unter Heranziehung aller Umstände im Wege einer Gesamtschau geprüft werden, um den Eintritt einer Wettbewerbsverfälschung weitgehend ausschließen zu können.

V. „Carbotermo“

Anlässlich der Rechtssache „Carbotermo“⁶ beschäftigte sich der *EuGH* schließlich mit der Auslegung beider Teckal-Kriterien. Die Möglichkeiten einer ausschreibungsfreien Inhouse-Vergabe wurden dabei in Fortführung der „Stadt Halle“- , „Brixen“- und „Mödling“-Rechtsprechung weiter beschränkt: Nicht nur Direktvergaben an gemischtwirtschaftliche Gesellschaften sowie an rein öffentlichrechtliche Gesellschaften, die sich im Wettbewerb betätigen, sind nunmehr ausgeschlossen. Vielmehr kann es einer Kommune nach Ansicht des *EuGH* auch dann an der Kontrolle über eine zu beauftragenden Gesellschaft „wie über eine eigene Dienststelle“ fehlen, wenn sie 100% der Anteile an der zu beauftragenden Gesellschaft hält.

Grundlage des Falls Carbotermo war die Direktvergabe eines Auftrags an eine Gesellschaft, die zu 100% von einer Aktiengesellschaft kontrolliert wird, deren Grundkapital wiederum zu 99,98% im Eigentum der vergabenden Gemeinde steht. Die restlichen Anteile werden von Nachbargemeinden derselben Provinz gehalten.

Der *EuGH* nutzte die vorliegende Rechtssache zunächst, um in Anknüpfung an seine Brixen- und Mödling-Rechtsprechung erneut zu betonen, dass bei der Beurteilung, ob im Einzelfall das Teckal-Kontrollkriterium vorliegt, regelmäßig alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen seien.

Grundsätzlich müsse es einem öffentlichen Auftraggeber möglich sein, auf die Entscheidungen einer Gesellschaft maßgeblich einzuwirken. Der öffentliche Auftraggeber müsse befähigt sein, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der jeweiligen Gesellschaft „ausschlaggebenden Einfluss“ zu nehmen.

Dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Auftraggebern das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft halte, deute – ohne entscheidend zu sein – darauf hin, dass er im Sinne der Teckal-Rechtsprechung über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübe.

Im konkreten Fall „Carbotermo“ lehnte der *EuGH* das Vorliegen des ersten Teckal-Kriteriums ab, da die anteilshaltende Kommune auf ihre gesetzlichen Gesellschafterrechte beschränkt war, ohne über solche besonderen Stimmrechte oder Kontrollbefugnisse zu verfügen, die sie berechtigt hätten, die Handlungsfreiheiten der Leitungsorgane der beauftragten Gesellschaft zu beschränken. Dabei sprach nach Ansicht des *EuGH* insbesondere auch die Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber seinen Einfluss als Anteilseigner nur über eine

5 *EuGH*, Urt. v. 10.11.2005, Rs. C-29/04, NZBau 2005, 704 – Stadt Mödling.

6 *EuGH*, Urt. v. 11.5.2006, Rs. C-340/04, NZBau 2006, 452 – Carbotermo.

Mittlergesellschaft ausübte, gegen das Vorliegen einer Kontrollmöglichkeit im Sinne der ersten Teckal-Voraussetzung.

Zur Auslegung der zweiten Teckal-Voraussetzung führte der *EuGH* anlässlich der Entscheidung *Carbotermo* Folgendes aus: Bei der Beurteilung einer „Tätigkeit des Auftragnehmers im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber“ sei vor allem von Bedeutung, ob ein beauftragtes Unternehmen trotz der Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber noch einen bedeutenden Teil seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern abwickeln könne. Maßgeblich sei damit, ob das Unternehmen hauptsächlich für die beauftragende Körperschaft tätig werde und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich sei. Ausschlaggebend sei der Umsatz, den das fragliche Unternehmen aufgrund der Vergabeentscheidung der kontrollierenden Körperschaft erziele, wobei sämtliche Tätigkeiten zu berücksichtigen seien, die das Unternehmen als Auftragnehmer im Rahmen einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichte. Auch hier sei zur Vermeidung potenzieller Wettbewerbsverfälschungen ein strenger Maßstab anzuwenden und eine Gesamtbetrachtung aller Umstände der Auftragsvergabe vorzunehmen.

Energie

OLG Düsseldorf: Bestätigung Netzentgelt-Nachberechnungsklausel

Das OLG Düsseldorf bestätigt die Rechtmäßigkeit von sog. „Netzentgelt-Nachberechnungsklauseln“, über die Netzentgelte nach Abschluss eines Rechtsmittelverfahrens gegen eine Netzentgelt-Genehmigung für vergangene Zeiträume auf vertraglicher Basis nachberechnet werden können.

Problemstellung: Die *BNetzA* hatte es Netzbetreibern untersagt, Netzentgelt-Nachberechnungsklauseln zum Gegenstand von Lieferantenrahmenverträgen zu machen, da die Verwendung dieser Klausel eine unangemessene Benachteiligung der Lieferanten darstelle (vgl. IR 2006, 213 f.). Das *OLG Düsseldorf* hatte im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes über die Rechtmäßigkeit des untersagenden Beschlusses der *BNetzA* zu entscheiden.

Maßgebliche Gründe: Das *OLG Düsseldorf* hat die aufschiebende Wirkung der Rechtsmittel der Netzbetreiber gegen den Beschluss der *BNetzA* angeordnet. Das Gericht teilt die Annahme der *BNetzA* nicht, dass die Netzentgelt-Nachberechnungsklausel die Lieferanten einem unnötigen Schadensrisiko aussetzt. Eine Untersagung könne vielmehr nur in Betracht kommen, wenn den Netzbetreibern alternativ eine sichere Möglichkeit aufgezeigt werden könne, wie sie nachträglich die sich aus einer rückwirkenden Genehmigungsertei-

lung zu ihren Gunsten bzw. nach erfolgreichen Rechtsmitteln gegen die Netzentgelt-Genehmigung ergebenden Differenzen zwischen dem ursprünglich genehmigten und dem rechtmäßigen Netzentgelt realisieren können. Das geltende Recht ermöglicht dies den Netzbetreibern nicht. Dem Netzbetreiber müsse es aber möglich sein, Netzentgelte in rechtmäßiger Höhe verlangen zu können bzw. im umgekehrten Fall dürften einem Lieferant nicht höhere als die abschließend festgestellten Netzentgelte berechnet werden. Anders als über eine schuldrechtliche Vereinbarung sei ein Ausgleich jedoch nicht zu erreichen. Die streitgegenständliche Klausel stellt eine solche rückwirkende Anpassung der Netzentgeltabrechnung sicher und setzt schuldrechtlich das rückwirkende Ergebnis des Rechtsmittelverfahrens gegen die Netzentgelt-Genehmigung um.

Der von der *BNetzA* vorgesehenen Lösung einer Berücksichtigung über die periodenübergreifende Saldierung erteilt das *OLG Düsseldorf* eine Absage. Eine periodenübergreifende Saldierung ist nach § 11 StromNEV nur ein Ausgleich solcher Mehr- oder Mindererlöse, die auf Prognosefehlern beruhen, also auf Abweichungen der tatsächlichen von den prognostizierten Energiemengen, jedenfalls nicht auf Netzentgelt-Nachberechnungen. Die periodenübergreifende Saldierung ist zudem zeitlich beschränkt, so dass ein nachträglicher Ansatz von Netznutzungsentgelten nicht mehr erfolgen kann, wenn dieser Zeitraum überschritten ist. Rechtliche Zweifel hat das Gericht daneben hinsichtlich der Annahme der *BNetzA*, dass es sich bei den aus einer Netzentgelt-Nachberechnung ergebenden Differenzen um „außerordentliche Aufwendungen bzw. Erträge [...] nach § 5 StromNEV“ handeln könne und hegt damit auch Bedenken gegen eine Berücksichtigung von Netzentgelt-Nachberechnungen im Rahmen der Anreizregulierung.

Das Gericht schließt mit der Aussage, dass idealerweise der Gesetz- und Verordnungsgeber oder die *BNetzA* im Rahmen ihrer Festlegungskompetenz tätig werden müsse, um Netzentgelt-Nachberechnungen in der Zukunft berücksichtigen zu können. So lange dies jedoch nicht rechtssicher festgeschrieben ist, ist eine Untersagung einer vertraglichen Vereinbarung über mögliche Netzentgelt-Nachberechnungen im Falle erfolgreicher Rechtsmittel gegen die Netzentgelt-Genehmigung rechtswidrig.

Unter heutiger Rechtslage besteht keine rechtssichere Möglichkeit für die Netzbetreiber, für den Fall des erfolgreichen Rechtsschutzes gegen rechtswidrige behördliche Netzentgelt-Genehmigung eine Nachberechnung zwischen Netzbetreiber und Lieferant gemäß dem Ergebnis der gerichtlichen Entscheidung vorzunehmen. Damit ist auf andere Weise als über eine vertragliche Klausel nicht sichergestellt, dass zwischen Netzbetreiber und Lieferant abschließend das rechtskräftige Netznutzungsentgelt zur Anwendung kommt.