

Der Europäische Gerichtshof beendet die Inhouse-Diskussion

Ausschreibungspflicht bei Vergabe an PPP – Ausnahme für öffentliche Kooperationen ?

Von Dr. Carsten Jennert, LL.M., Essen

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in einem allseits mit Spannung erwarteten Grundsatzurteil vom 11. Januar 2005 die vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe an eine PPP-Gesellschaft ausgeschlossen und damit die seit seinem Teckal-Urteil vom November 1999 bestehende Rechtsunsicherheit beendet. Das Vergaberecht ist danach unabhängig von der Beteiligungshöhe des privaten Partners anzuwenden. Eine Ausnahme scheint der Gerichtshof aber unter bestimmten Voraussetzungen für Gesellschaften mit ausschließlich öffentlichen Anteilseignern zuzulassen. Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung und Kommissionspraxis zur Ausschreibungspflichtigkeit interkommunaler Vereinbarungen sorgt er damit für neuen Diskussionsstoff. Darüber hinaus enthält die nachfolgend zusammengefasste und einer ersten Bewertung unterzogene Entscheidung wichtige Aussagen zum vergaberechtlichen Rechtsschutz.

Zur Erinnerung: Der Europäische Gerichtshof entschied 1999 im so genannten Teckal-Urteil, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftraggebers dann nicht dem Vergaberecht unterliege, wenn Auftragnehmer eine Gesellschaft sei, über die der Auftraggeber eine Kontrolle wie über eine Dienststelle ausübe und wenn diese Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die beauftragenden Anteilseigner erbringe. In diesem Falle könne bei funktionaler Betrachtung nicht von einem Vertrag zwischen zwei rechtlich verschiedenen Personen ausgegangen werden. Anteilseigner der beauftragten Gesellschaft waren im „Fall Teckal“ allerdings – ebenso wie in einer bestätigenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs - ausschließlich öffentliche Stellen. In der Folgezeit entwickelte sich deshalb vor dem Hintergrund der einsetzenden Privatisierungswelle in der Versorgungswirtschaft eine intensive Diskussion darüber, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen diese Inhouse-Grundsätze auch dann gelten würden, wenn an der zu beauftragenden Gesellschaft ein privater Partner beteiligt sei und/oder diese Gesellschaft nicht nur für ihre(n) Anteilseigner, sondern auch für dritte Auftraggeber Aufträge ausführte (so genanntes Fremdgeschäft).

Diese Frage stellte sich auch in dem Sachverhalt, der dem nunmehr ergangenen Urteil in der Rechtssache C-26/03 zugrunde lag: Die Stadt Halle hatte im Dezember 2001 ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens Verhandlungen mit der RPL Recyclingpark Lochau GmbH über den Abschluss eines Entsorgungsvertrages aufgenommen. An der RPL sind die Stadt Halle mittelbar zu 75,1 % sowie die RWE Umwelt Sachsen Anhalt GmbH zu 24,9 % beteiligt; Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bedurften höchstens einer Mehrheit von 75 % der Stimmen. Aufgrund dieser Konstellation ging die Stadt Halle in Anbetracht der Teckal-Entscheidung des EuGH davon aus, dass eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe des Entsorgungsauftrages an die RPL zulässig sei. Die TREA Leuna GmbH, eine 100%-tige Tochter der Mannheimer MVV Energie AG und Betreiberin einer Restabfall- und Energieverwertungsanlage, erhielt Kenntnis von der Absicht der Stadt Halle und beantragte bei der Vergabekammer die Verpflichtung der Stadt Halle zur Durchführung einer

öffentlichen Ausschreibung. Die Vergabekammer gab dem Antrag statt, das OLG Naumburg als Beschwerdeinstanz hatte indes bereits Zweifel an der Zulässigkeit des Antrages: Es ging insoweit - entgegen der überwiegenden Rechtsprechung - davon aus, dass die Bieter Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren nur in Fällen eines förmlichen Vergabeverfahrens, also nach Absendung einer Vergabebekanntmachung, erlangen könnten. Die Stadt Halle habe jedoch rein tatsächlich Verhandlungen mit der TREA Leuna GmbH aufgenommen, so dass es an einer angreifbaren Handlung „in einem Vergabeverfahren“ fehle. Im Hinblick auf die Ausschreibungspflichtigkeit des Auftrages hielt es das Gericht für möglich, dass die vom EuGH aufgestellten Inhouse-Kriterien auch bei der Auftragsvergabe an eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft anwendbar sein könnten. Zur Bestimmung der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ in einer solchen Konstellation zog es verschiedene Anknüpfungspunkte wie etwa die Beherrschung nach § 17 des Aktiengesetzes in Betracht, war sich letztlich aber nicht sicher und legte dem Europäischen Gerichtshof die Sache gemäß Artikel 234 EG-Vertrag zur Vorabentscheidung vor.

Dieser fällte nun eine ebenso kurze wie eindeutige Entscheidung:

Zunächst bestätigte er seine bisherige Rechtsprechung, dass jede Entscheidung einer Vergabebehörde der gerichtlichen Kontrolle unterliege. Die Entscheidung der Vergabestelle, überhaupt kein Vergabeverfahren durchzuführen – etwa weil vermeintlich keine Ausschreibungspflicht bestehe – sei dabei die erste gerichtlich überprüfbare Entscheidung. Eines förmlichen Vergabeverfahrens bedürfe es für den Vergaberechtsschutz ebenso wenig wie einer formalen Stellung als Bieter, allenfalls reine Vorbereitungshandlungen des Auftraggebers, die keine Rechtswirkungen entfalten könnten – etwa Marktstudien – seien hiervon ausgenommen.

Bezüglich der Anforderungen an eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe nahm der EuGH ebenfalls eine überaus restriktive Haltung ein und lehnte - entgegen etwa seiner Generalanwältin und der Bundesregierung – eine Einzelfallbeurteilung der jeweiligen Gesellschafts-Konstellation ab: Jede Beteiligung eines privaten Partners am Kapital einer öffentlichen Gesellschaft schließe die Kontrolle des Auftraggebers über diese Gesellschaft „wie über eine Dienststelle“ aus. Eine solche Beteiligung führe deshalb stets dazu, dass die Vergabe von Aufträgen an dieses Unternehmen in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie falle und damit grundsätzlich ausschreibungspflichtig sei. Im Rahmen seiner Begründung erinnerte der Gerichtshof zunächst daran, dass die fragliche Gesellschaft in seiner Teckal-Entscheidung als Ausgangspunkt der Inhouse-Diskussion ausschließlich öffentliche Anteilseigner hatte. Die Beziehung zwischen einer öffentlichen Stelle als Auftraggeber und ihrer Dienststelle werde aber maßgeblich durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die sich aus der Verfolgung im öffentlichen Interesse liegender Ziele ergäben. Dagegen beruhe die Kapitalanlage eines privaten Partners auf „privaten Interessen“, womit wohl Renditeüberlegungen gemeint sein dürften. Diese unterschiedliche, möglicherweise sogar gegensätzliche Interessenlage, so offensichtlich der Schluss des Gerichts, mache eine Kontrolle des Auftraggebers über das PPP-Unternehmen in dem erforderlichen Maße unmöglich. Zudem bedeute die Beauftragung der Kooperationsgesellschaft ohne Ausschreibung einen Wettbewerbsvorteil des privaten Anteilseigners vor seinen Konkurrenten. Eine Ausnahme vom Vergaberecht komme daher nicht in Betracht.

Jenseits der Bewertung im Einzelnen ist die Rechtssicherheit, die die unmissverständliche Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs mit sich bringen wird, sehr zu begrüßen. Die Unsicherheiten über die Ausschreibungspflichtigkeit der Beauftragung von PPP-Gesellschaften haben zahlreiche Privatisierungsvorhaben in den vergangenen Jahren nachhaltig belastet. Nunmehr wissen die beteiligten Kommunen und Unternehmen, woran sie sind: Jeder Auftrag, der an eine wie auch immer konstruierte Gesellschaft mit privater Beteiligung vergeben wird, unterliegt dem Vergaberecht und den entsprechenden Ausschreibungspflichten. Die direkte Auswahl eines privaten Investors in Verbindung mit dem Abschluss eines Dienstleistungsauftrags wird damit in Zukunft nicht mehr möglich sein.

Der vom Gerichtshof bei dieser Gelegenheit auch auf Entscheidungen der Auftraggeber außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens ausgedehnte Bieterrechtsschutz kann dabei nicht überraschen: Die Auffassung des OLG Naumburg hätte zu dem paradoxen Ergebnis geführt, dass es die Vergabestelle durch Unterlassen einer förmlichen Vergabebekanntmachung in der Hand gehabt hätte, interessierten Bietern den Zugang zum Nachprüfungsverfahren zu verwehren. Dies wäre mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes, wie ihn die zugrunde liegenden Rechtsmittelrichtlinien vorsehen, nicht zu vereinbaren gewesen. Ob daraus allerdings auch eine Überprüfbarkeit so genannter „De-facto“-Vergaben folgt, wie teilweise bereits behauptet wird, erscheint zweifelhaft. Bei diesen geht es weniger darum, dass es sich nicht um eine Entscheidung in einem förmlichen Vergabeverfahren handelt – dies war Gegenstand der Ausführungen des EuGH – als vielmehr um die Kenntnis interessierter Bieter von der Auftragserteilung erst nach erfolgtem Zuschlag; insofern war der rechtzeitige Nachprüfungsantrag der TREA Leuna GmbH sicherlich eine Ausnahme. Dass aber auch ein einmal erteilter „De-facto“-Zuschlag der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, kann der Entscheidung nicht ohne weiteres entnommen werden. Vielmehr verweist der EuGH auch darauf, dass Rechtsschutzmöglichkeiten vor allem dann zu gewährleisten sind, *„wenn Verstöße noch beseitigt werden können“*. Angesichts der in zwei weiteren, kürzlich ergangenen Entscheidungen ausgesprochenen Pflicht zur Beendigung vergaberechtswidrig abgeschlossener Verträge dürfte sich letztlich allerdings – von der ohnehin geplanten gesetzlichen Regelung einmal abgesehen – kein wesentlicher Unterschied ergeben: Im Ergebnis werden die staatlichen Spielräume zur freien Vergabe von Aufträgen jedenfalls geringer.

Indes hält der Europäische Gerichtshof nicht nur Unannehmlichkeiten für die öffentlichen Auftraggeber bereit. Auf ihrer „Haben-Seite“ ist zunächst die deutliche Stärkung der Organisationshoheit der Kommunen durch die Entscheidung vom 11. Januar 2005 zu beachten. Der EuGH betont darin ausdrücklich das Recht der öffentlichen Stellen auf Eigenerfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben der Daseinsvorsorge: Eine Pflicht zur Einbeziehung außenstehender (privater) Dritter besteht nicht. Dies gilt auch dann, wenn die öffentliche Hand – etwa im Rahmen einer so genannten Organisationsprivatisierung – die Aufgabenerfüllung auf Dienststellen mit eigener Rechtspersönlichkeit auslagert. Von einem entgeltlichen Vertrag als Gegenstand einer Ausschreibungspflicht könne in diesem Fall, so die wiederum funktionale Betrachtung des Gerichtshofs, nicht die Rede sein.

Das Recht auf Eigenerfüllung ohne Einschränkung durch das Vergaberecht scheint der EuGH dabei in einem sehr umfassenden Sinne zu verstehen: Der Verweis auf den

Sachverhalt in der Teckal-Entscheidung sowie die Unterscheidung zwischen den unterschiedlichen Interessen öffentlicher und privater Anteilseigner deuten nachhaltig darauf hin, dass auch die Auftragsvergabe an eine Gesellschaft, an der die Vergabestelle gemeinsam mit anderen ausschließlich öffentlichen Gesellschaftern beteiligt ist, grundsätzlich weiterhin von den Inhouse-Grundsätzen erfasst werden und folglich keiner Ausschreibungspflicht unterliegen soll. Offen bleiben muss einstweilen freilich, ob dies auch bei einer erheblichen Zahl von Anteilseignern, deren räumliche Zuständigkeitsbereiche weit auseinander liegen, gelten kann. Indes dürfte die „funktionale Differenzierung“ zwischen privaten und öffentlichen Interessen zugleich auch die Grenze der erläuterten Ausnahme vom Vergaberecht darstellen: Dann nämlich, wenn die öffentliche Gesellschaft – etwa durch Beteiligung an Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber, die nicht zu ihren Anteilseignern zählen – sich selbst am Markt betätigt und also „private“ Interessen verfolgt, dürfte eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle und also ihre ausschreibungsfreie Direktbeauftragung nach der jetzt ergangenen Entscheidung ausscheiden. Ob die Gesellschaft ungeachtet ihrer öffentlichen Anteilseigner „private Interessen“ verfolgt, wäre wohl anhand des zweiten Kriteriums zu beurteilen sein, das der EuGH seinerzeit für die Bejahung einer Inhouse-Vergabe aufgestellt hatte und welches so – obwohl in der vorliegenden Entscheidung überhaupt nicht zum Tragen gekommen - seine Bedeutung behielte: Die Tätigkeit im Wesentlichen für die (öffentlichen) Anteilseigner. Nur dann, wenn die öffentliche Kooperationsgesellschaft in nicht unwesentlichem Umfang Drittaufträge ausführte – der aktuelle Arbeitsentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums zur Reform des Vergaberechts geht von 20 % und mehr aus – wäre folglich eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe der Gesellschafteraufträge an das Gemeinschaftsunternehmen ausgeschlossen.

Eine besondere Bedeutung erhalten diese Überlegungen mit Blick auf die aktuellen Entscheidungen der Oberlandesgerichte Düsseldorf und Frankfurt/Main zur Ausschreibungspflichtigkeit interkommunaler Vereinbarungen sowie der Stellungnahme der Europäischen Kommission im Fall der Gemeinde Hinte, welche die Übertragung der Abwasserentsorgung auf einen Zweckverband als im Wettbewerb zu vergebende Dienstleistungskonzession einstufte: Ein vergaberechtlich wesentlicher Unterschied zwischen einer GmbH mit ausschließlich öffentlichen Anteilseignern und einem Zweckverband ist nicht ohne weiteres zu erkennen, so dass der EuGH in den genannten Fällen eine Ausschreibungspflicht – sofern die Verfolgung öffentlicher Interessen gewahrt gewesen wäre – wohl verneint hätte. Im Ergebnis könnte sich das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-26/03 daher noch als gewichtige Rückendeckung für die Kommunen und ihre Unternehmen in der derzeit geführten Diskussion um die Grenze zwischen privatwirtschaftlichem Wettbewerb und öffentlicher Daseinsvorsorge entpuppen. Die Erschwerung von Privatisierungsprojekten durch die umfassende Ausschreibungspflicht bei Beteiligung privater Partner ist vor diesem Hintergrund für die Kommunen und ihre Unternehmen möglicherweise leichter zu verschmerzen.