

# Auf den Kopf gestellt

von Thomas Noelle

**Ein Urteil des Oberlandesgerichts Celle hat weitreichende Folgen für Kommunen, die In-House-Geschäfte mit Tochtergesellschaften tätigen. Die Grundannahme, dass öffentliche Wettbewerber quersubventioniert werden, ist allerdings zu bezweifeln.**

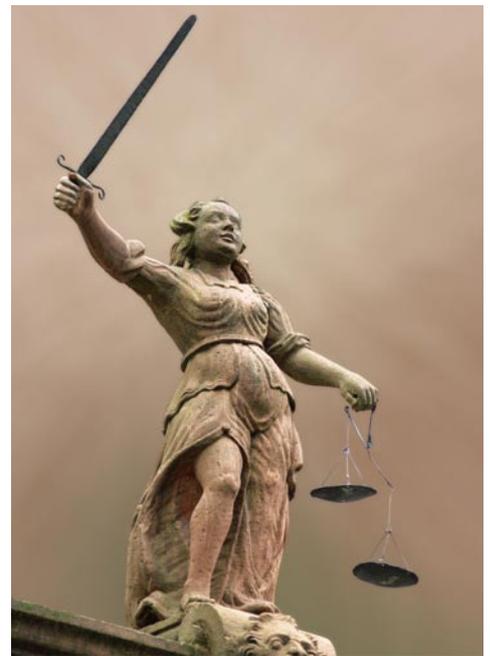
In einem am 14. September 2006 entschiedenen Fall stellte das OLG Celle fest, dass eine In-House-Beauftragung ausscheidet, wenn der Beauftragte neben der Erledigung von In-House-Aufträgen planvoll auch für Dritte tätig wird und diese Tätigkeit nicht „rein nebensächlich“ ist. Im konkreten Fall machten Geschäfte mit Dritten etwa 7,5 Prozent des Umsatzes aus. Das Gericht hielt es dabei ausdrücklich für unerheblich, dass es sich bei diesen Dritten um Kommunen und sonstige Einrichtungen der Öffentlichen Hand handelte. Die Entscheidung hat weitreichende Folgen für Kommunen. Wenn Kommunen Tochtergesellschaften ohne förmliches Vergabeverfahren Aufträge erteilen (so genannte In-House-Geschäfte) und diese Tochtergesellschaften neben ihrem hauptsächlichen Geschäft mit der Trägerkommune noch Drittgeschäfte betreiben, droht die zivilrechtliche Nichtigkeit aller mit der Kommune geschlossenen Verträge, deren Auftragswerte über den maßgeblichen EU-Schwellenwerten liegen.

Zum rechtlichen Hintergrund der In-House-Geschäfte: Kommunen sind öffentliche Auftraggeber und haben Aufträge grundsätzlich unter Beachtung des Vergaberechts zu

erteilen. Missachten sie diese Verpflichtung bei Aufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte (so genannte De-facto-Vergaben) droht analog § 13 VgV die Nichtigkeit dieser Verträge. Die Frage ist, ob das auch im Verhältnis zu Tochtergesellschaften gilt. Zweifel am Vorliegen eines öffentlichen Auftrags, der die Beachtung des Vergaberechts erfordert, ergeben sich sofort, wenn man sich den Regelungszweck des Vergaberechts vor Augen führt.

Zweck des Kartellvergaberechts ist es, für mehr Wettbewerb auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten zu sorgen. Eine Auftragsvergabe im Wettbewerb soll sichergestellt werden, sofern sich der öffentliche Auftraggeber entschieden hat, seinen Bedarf am Markt zu decken, also einen Dritten mit der Erfüllung seines Bedarfs zu beauftragen. Das Vergaberecht ist nicht anwendbar, sofern der öffentliche Auftraggeber den Bedarf organisationsintern mit eigenen Mitteln decken will. Regelt wird durch das Vergaberecht nicht die Frage des „Ob“ sondern nur das „Wie“ nach der Entscheidung für eine externe Aufgabenerledigung.

In Rechtsprechung und Literatur ist daher anerkannt, dass es eine ungeschriebene Ausnahme vom



Justitia muss über Vergabe entscheiden.

Anwendungsbereich des Vergaberechts gibt, wenn die Beschaffung bei der erforderlichen wertenden Betrachtung nicht am Markt erfolgt, sondern eine Eigenleistung darstellt. In der so genannten Teckal-Entscheidung definierte der EuGH dazu drei Kriterien. Wenn diese drei Kriterien erfüllt sind, darf eine Kommune Aufträge intern, das heißt ohne Beachtung des Vergaberechts erteilen:

- Der Auftraggeber ist Träger des Auftragnehmers.
- Der Auftraggeber übt über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus.

- Der Auftragnehmer wird im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig.

In der Rechtssache Teckal gab der EuGH noch keine weiterführenden Hinweise, wann eine Tätigkeit des In-House-Beauftragten „im Wesentlichen“ für den Träger erfolgt. Das OLG Düsseldorf befasste sich 2004 eingehend mit dieser Frage. Der EuGH äußerte sich 2006 in der Sache „Carbotermo“ dazu. Das OLG Celle bezieht sich in seinem hier besprochenen Beschluss auf diese beiden Entscheidungen. Der Beschluss des OLG Celle ist kritikwürdig.

Das Gericht sieht schon allein darin eine Verfälschung des Wettbewerbs, dass ein öffentliches Unternehmen auf dem Markt tätig ist und zugleich In-House-Aufträge erhält. Es meint ausdrücklich, dass dies durch die Rechtsordnung vermieden werden soll. In dieser Absolutheit gibt das Argument aber keinen Sinn. Würden dem öffentlichen Unternehmen nämlich keine In-House-Aufträge erteilt, sondern die entsprechenden Bedarfe behördenintern gedeckt, stünde der private Wettbewerb in keiner Weise anders da. Das Argument trägt nur dann, wenn die Vergabe von In-House-Aufträgen nicht nach wettbewerblichen Grundsätzen erfolgt. Davon geht das Gericht – unausgesprochen – aber wohl aus. Wenn das so unterstellt wird, ist es folgerichtig, Wettbewerbsverfälschungen für den Fall zu befürchten, dass ein Marktteilnehmer – bildlich gesprochen – zwischen den Welten wandert. Wer durch auskömmliche In-House-Aufträge von der Öffentlichen Hand über Wasser gehalten wird, der soll nicht Privatunternehmen Konkurrenz machen dürfen,

die über eine solche Rückendeckung nicht verfügen.

Ob diese Grundannahme der Realität entspricht, darf aber bezweifelt werden. Das OLG Celle geht unausgesprochen davon aus, der öffentliche Wettbewerber könne regelmäßig bessere Angebote abgeben als die private Konkurrenz, weil es zu einer Quersubventionierung aus dem Bereich der In-House-Aufträge komme. Diese Annahme ist in aller Regel schlicht falsch und darf daher einer typisierenden Betrachtung nicht zugrunde gelegt werden. Unternehmen der Öffentlichen Hand können es sich wohl nur in Ausnahmefällen leisten, unwirtschaftlich zu arbeiten. Es ist vollkommen unerfindlich, warum eine öffentliche Stelle ein grundsätzliches Interesse daran haben sollte, ihrem Unternehmen einen wettbewerbsverfälschenden Auftritt am Markt zu finanzieren. Öffentliche Unternehmen haben sich dem Wettbewerb zu stellen. Die Öffentliche Hand kann es sich gerade nicht erlauben, für jede Leistung jeden Preis zu zahlen. Das Auslagern von Unterstützungsfunktionen bei der Beschaffung entspringt in aller Regel der Erkenntnis, dass die Beschaffung über markteingebundene Tochtergesellschaften zu einer günstigeren Beschaffungssituation für die Kommunen führt.

Das OLG Celle stellt die Dinge damit auf den Kopf. Öffentliche Unternehmen sind keine Gebilde, die aus Steuermitteln mit einer satten Kriegskasse ausgerüstet werden, um der Privatwirtschaft einen ruinösen Preiswettbewerb zu liefern. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Das Auslagern

#### Link-Tipp

Das Urteil ist auf der Webiste des OLG Celle zu finden:

- [www.olg-celle.de](http://www.olg-celle.de)

Den Deep Link finden Sie unter [www.kommune21.de](http://www.kommune21.de).

wirtschaftlicher Aktivitäten auf markteingebundene öffentliche Unternehmen erfolgt gerade vor dem Hintergrund, dass diese sich am Markt behaupten müssen, um die Beschaffungssituation für ihre Träger zu verbessern. Die Quersubventionierung läuft in der Realität regelmäßig genau entgegen der vom OLG Celle unterstellten Richtung. Nicht die öffentlichen Aufträge unterstützen den privaten Marktauftritt, sondern die Markteinbindung stützt die Erfüllung der öffentlichen Aufträge.

Nichts anderes gilt im Ergebnis hinsichtlich der Vermarktung von Spitzenkapazitäten. Denn auch im Fall der Vermarktung von Spitzenkapazitäten steht das öffentliche Unternehmen nicht anders da als mögliche private Konkurrenten. Auch private Anbieter vermarkten Spitzenkapazitäten zu günstigen Konditionen. Das OLG Celle muss sich also fragen lassen, warum es hier öffentliche Unternehmen schlechter stellen will als private.

Trotz dieser möglichen Gegenargumente ist die Entscheidung des OLG Celle vom 14. September 2006 in der kommunalen Beschaffungspraxis zu berücksichtigen. Der Beschluss des OLG Celle fußt auf einer klaren Tendenz in der Rechtsprechung, die In-House-Vergaben weiter zu begrenzen.

*Dr. Thomas Noelle ist Partner bei SERVATIUS Rechtsanwälte in Hamburg.*