

Nachgefragt



Ute Jasper

Was muß die öffentliche Hand bei Aufträgen an eigene Aktiengesellschaften beachten?

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in der Sache „Parking Brixen“ ein weiteres strenges Urteil zu Aufträgen der öffentlichen Hand verkündet. Danach sind interne Geschäfte mit Tochtergesellschaften („In-house-Geschäfte“) nicht nur dann unzulässig, wenn die Gesellschaft wesentliche Leistungen für Dritte erbringt oder ein privater Partner beteiligt ist. Jetzt kann sogar dann ein Vergabeverfahren erforderlich sein, wenn das Unternehmen zwar zu 100 Prozent der öffentlichen Hand gehört, es aber weitgehend selbständig handelt (Urteil vom 13. Oktober 2005 – C-458/03; F.A.Z. vom 14. Oktober).

Der EuGH hatte über eine typische Fallkonstellation zu entscheiden: Die Gemeinde Brixen in Italien wollte ihrem alleinigen Tochterunternehmen, einer Aktiengesellschaft, bestimmte Aufgaben ohne einen Wettbewerb übertragen. Konkret wollte sie ihr das Recht einräumen, Parkplätze und Garagen zu bauen und auf eigenes wirtschaftliches Risiko zu betreiben. Dagegen wandte sich ein privater Konkurrent, die Parking Brixen GmbH, mit dem Argument, die Gemeinde hätte nicht auf eine Ausschreibung verzichten dürfen. Der EuGH gestand zwar zu, daß es sich nicht um einen öffentlichen Auftrag, sondern um eine Dienstleistungskonzession handelte, weil die Gemeinde kein Entgelt an ihre Tochter zahlte, sondern diese auf eigenes wirtschaftliches Risiko handelte. Deshalb sei kein Vergabeverfahren erforder-

lich gewesen. Gleichwohl hielt das Gericht die direkte Beauftragung für rechtswidrig und verlangte einen transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb.

Die Gemeinde Brixen durfte nach Ansicht des EuGH nicht auf einen Wettbewerb verzichten, weil die Voraussetzungen eines In-house-Geschäftes nicht vorlagen. Das Gericht bezog seine Auffassung nicht nur auf Konzessionen, sondern machte deutlich, daß seine Abgrenzung zwischen In-house-Geschäften und Wettbewerb auch für entgeltliche Aufträge und das Vergaberecht gilt. So sprachen gegen eine In-house-Vergabe etwa die Rechtsform des Tochterunternehmens als Aktiengesellschaft, die weitreichenden Befugnisse des Geschäftsführungsorgans, der weit ausgedehnte Gesellschaftszweck, ein national oder sogar international ausgerichteter Tätigkeitsbereich sowie eine vorgesehene Öffnung für Fremdkapital.

Aufträge an Aktiengesellschaften und an sehr selbständig organisierte GmbH-Töchter sind somit künftig sogar dann riskant, wenn kein Privater beteiligt ist. Praktisch relevant ist dies vor allem für Geschäfte zwischen Kommunen und ihren Stadtwerke-Töchtern, die jetzt nur noch mit besonderen Argumenten – zum Beispiel mit strengen Weisungs- und Kontrollrechten oder mit einem Beherrschungsvertrag – ohne Wettbewerb geschlossen werden dürfen. In der Tendenz folgt das Urteil anderen EuGH-Entscheidungen aus diesem Jahr, aber auch der Position der Europäischen Kommission.

Gericht und Kommission unterscheiden zwei Fallgruppen: Die Unternehmen der öffentlichen Hand dürfen nur dann ohne Wettbewerb Aufträge und Konzessionen erhalten, wenn sie nahezu ausschließlich als verlängerter Arm arbeiten, von ihrem öffentlichen Gesellschafter direkt gesteuert werden und ihre Tätigkeit auf dessen örtliche und sachliche Zuständigkeit beschränken. Sobald die Unternehmen organisatorisch oder operativ selbständig arbeiten, dürfen sie keine vergabefreien In-house-Geschäfte mehr machen. Vor allem die Kommunen sollen sich entscheiden: Entweder sie erfüllen mit ihren Tochtergesellschaften nur ihre örtlichen Aufgaben, dann dürfen sie auf Wettbewerb verzichten. Wenn sie aber den Töchtern die „lange Leine“ gewähren und Selbständigkeit sowie Drittgeschäfte erlauben, dann sind auch „zu Hause“ Ausschreibungen nicht zu vermeiden.

Die Autorin ist Anwältin der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf. Foto Archiv