

RECHTLICHE STELLUNGNAHME

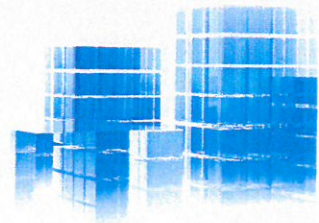
ZUR BETEILIGUNG AN DER MVGMEINRAD GMBH
ZUM BETRIEB EINES FAHRRAD-VERLEIHSYSTEMS

ERSTELLT IM OKTOBER 2015

IM AUFTRAG DER

 **IESWE**
VERKEHR

ERSTELLT DURCH
RECHTSANWÄLTIN DR. UTE JASPER
RECHTSANWALT DR. JENS BIEMANN



Diese Rechtliche Stellungnahme ist durch das Urheberrecht geschützt. Eine Weitergabe - auch nur auszugsweise - ist ohne Zustimmung der Autoren unzulässig.

INHALTSVERZEICHNIS

1	Sachverhalt	4
2	Frage	4
3	Rechtslage	4
3.1	Kauf des Geschäftsanteils vergaberechtsfrei	5
3.2	Ausschließlichkeitsrecht	6
3.3	Inhouse-Vergabe zulässig	7
3.3.1	Beteiligungskriterium	9
3.3.2	Kontrollkriterium	10
3.3.3	Wesentlichkeitskriterium	11
4	Ergebnis	13

1 Sachverhalt

Die Landeshauptstädte Mainz und Wiesbaden wollen ein gemeinsames Fahrrad-Verleihsystem aufbauen. Derzeit betreibt eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Mainzer Verkehrsgesellschaft mbH (MVG), die MVGmeinRad GmbH (MVGmeinRad), das Fahrrad-Verleihsystem in der Landeshauptstadt Mainz. Dies soll auf die Landeshauptstadt Wiesbaden ausgedehnt werden.

Die MVG ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Stadtwerke Mainz AG, deren einzige Aktionärin die Landeshauptstadt Mainz ist.

Für die Kooperation der beiden Landeshauptstädte soll sich die ESWE Verkehrsgesellschaft mbH (ESWE Verkehr) an der MVGmeinRad zu 50 % beteiligen. Gesellschafter der ESWE Verkehr ist mit 94,87 % die WVV Wiesbaden Holding GmbH, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Landeshauptstadt Wiesbaden. Die übrigen 5,13 % der Geschäftsanteile hält die Landeshauptstadt Wiesbaden unmittelbar selbst.

Die MVGmeinRad soll anschließend gemäß ihrem Unternehmensgegenstand das Fahrrad-Verleihsystem betreiben, welches dann auf die Landeshauptstadt Wiesbaden ausgedehnt wird. Der Unternehmensgegenstand der MVGmeinRad ist gemäß § 2 Abs. 1 ihres Gesellschaftsvertrags der Betrieb eines Fahrrad-Verleihsystems sowie alle dazugehörigen Aufgaben und Dienstleistungen.

Nach den erforderlichen Anfangsinvestitionen soll die MVGmeinRad perspektivisch Gewinne erzielen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich für die ESWE Verkehr folgende Frage:

2 Frage

Muss die ESWE Verkehr für die Beteiligung an der MVGmeinRad mit anschließendem Betrieb des Fahrrad-Verleihsystems in der Landeshauptstadt Wiesbaden ein förmliches Vergabeverfahren durchführen?

3 Rechtslage

Die ESWE Verkehr muss für die Beteiligung an der MVGmeinRad mit anschließendem Betrieb des Fahrrad-Verleihsystems in der Landeshauptstadt Wiesbaden kein förmliches

Vergabeverfahren durchführen. Der Kauf eines Gesellschaftsanteils unterliegt grundsätzlich nicht den vergaberechtlichen Bestimmungen. Zudem übernimmt die MVGmeinRad den Betrieb des Fahrrad-Verleihsystems gemäß ihrem Unternehmensgegenstand, ohne dass ein separater öffentlicher Auftrag vorliegt (siehe dazu 3.1).

Selbst wenn ein öffentlicher Auftrag oder eine Dienstleistungskonzession vorliegen sollte, dürfte sich die ESWE Verkehr auf ein Ausschließlichkeitsrecht berufen, da nur die MVG die Beteiligung an der MVGmeinRad anbieten kann (siehe dazu 3.2).

Ferner würden die Grundsätze zur Inhouse-Vergabe – argumentativ sehr gut vertretbar – die möglichen Auftragsvergaben der ESWE Verkehr an die MVGmeinRad erlauben (siehe dazu 3.3).

Im Einzelnen:

3.1 Kauf des Geschäftsanteils vergaberechtsfrei

Der Kauf eines Gesellschaftsanteils unterliegt grundsätzlich nicht den vergaberechtlichen Bestimmungen. Zudem übernimmt die MVGmeinRad den Betrieb des Fahrrad-Verleihsystems gemäß ihrem Unternehmensgegenstand, ohne dass ein separater öffentlicher Auftrag vorliegt.

Der Kauf und Verkauf von Geschäftsanteilen ist grundsätzlich vergaberechtsfrei, es sei denn, dass mit dem Geschäft ein zusätzlicher Beschaffungsvorgang verbunden ist.

- Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 29.04.2010, 1 Verg 2/10; siehe dazu auch EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs. C-29/04 – „Stadt Mödling“; vgl. Schotten/Hüttinger, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl., 2013, § 99 GWB, Rdnr. 23 ff.

Ein zusätzlicher Beschaffungsvorgang mit einem öffentlichen Auftrag liegt im vorliegenden Fall durch die Beteiligung an der MVGmeinRad nicht vor. Die MVGmeinRad soll das Fahrrad-Verleihsystem gemäß ihrem Unternehmensgegenstand eigenständig betreiben.

Die ESWE Verkehr wird keinen separaten Dienstleistungsauftrag für den Betrieb an die MVGmeinRad vergeben, da ein öffentlicher Auftrag eine Entgeltlichkeit der Leistung voraussetzt. § 99 Abs. 1 GBW definiert öffentliche Aufträge nämlich als „entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen“. Hier soll

die MVGmeinRad das Fahrrad-Verleihsystem auf eigenes Risiko und ohne konkrete Vereinbarung über ein Entgelt für den Betrieb übernehmen, weshalb kein öffentlicher Auftrag, sondern allenfalls eine Dienstleistungskonzession vorliegt. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unterfällt aktuell noch nicht dem Kartellvergaberecht, weshalb kein förmliches Vergabeverfahren erforderlich ist.

3.2 Ausschließlichkeitsrecht

Selbst wenn ein öffentlicher Auftrag oder eine Dienstleistungskonzession vorliegen sollte, dürfte sich die ESWE Verkehr auf ein Ausschließlichkeitsrecht berufen, da nur die MVG die Beteiligung an der MVGmeinRad anbieten kann.

Für förmliche Vergabeverfahren sind solche Ausschließlichkeitsrechte anerkannt, die einem Wettbewerb unter mehreren Bietern entgegenstehen. Zu diesen vergaberechtlichen Ausschließlichkeitsrechten im Sinne der §§ 3 Abs. 4 lit. c) EG VOL/A, 3 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 EG VOB/A, 6 Abs. 2 Nr. 3 SektVO zählen auch das Eigentum und eigentumsähnliche Rechte.

- Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.08.2011, 11 Verg 3/11; Schneider, in: Kappellmann/Messerschmidt, VOB, 5. Aufl., 2015, § 3 EG VOB/A, Rdnr. 109 ff.; Kabelle, in: Müller-Wrede, VOL/A, 3. Aufl., 2010, § 3 EG VOL/A, Rdnr. 138; Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 18. Aufl., 2013, § 3 EG VOB/A, Rdnr. 31.

Im vorliegenden Fall kann nur die MVG die Beteiligung an der MVGmeinRad anbieten, da sie alleiniger Gesellschafter der MVGmeinRad ist. Eine Kooperation zwischen den Landeshauptstädten Wiesbaden und Mainz ist zudem nur dann sinnvoll, wenn die jeweiligen Verkehrsbetriebe mit ihren Grundstücksflächen und Nutzungsrechten gemeinsam in der MVGmeinRad zusammenarbeiten. Ein anderes Unternehmen, das diese Alleinstellungsmerkmale aufweist, gibt es nicht. Zudem würde die MVG ihre Anteile an der MVGmeinRad nicht an einen privaten Dritten verkaufen, da die MVG gerade die Zusammenarbeit mit der ESWE Verkehr im Gegenzug für den Anteilsverkauf wünscht.

Die Ausnahmetatbestände, die in den vergaberechtlichen EU-Richtlinien angelegt bzw. durch die EuGH-Rechtsprechung entwickelt worden sind, sind auch auf Dienstleistungskonzessionen übertragbar. Der EuGH hatte dies bereits in seiner Entscheidung „Parking Brixen“ festgestellt.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03 – „Parking Brixen“.

Auch die neuen EU-Vergaberichtlinien (z.B. die EU-Richtlinie für Konzessionsvergaben in Art. 31 Abs. 4 RL 2014/23/EU) enthalten eine entsprechende Vorschrift für Ausschließlichkeitsrechte.

Die EU-Kommission bestätigte diese Ausschließlichkeitsrechte ausdrücklich. In ihrer „Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ vom 23.06.2006 führte sie unter der Überschrift „Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung“ auf Seite 8 wie folgt aus:

„Die Vergaberichtlinien enthalten Ausnahmeregelungen, nach denen unter bestimmten Bedingungen Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zulässig sind. Die wichtigsten Ausnahmen betreffen hierbei Situationen, in denen aufgrund nicht voraussehbarer Ereignisse dringendes Handeln geboten ist, sowie Aufträge, die aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden können.“

Nach Auffassung der Kommission können die entsprechenden Ausnahmeregelungen auch bei der Vergabe von nicht unter die Richtlinien fallenden Aufträgen zur Anwendung kommen. Daher können Auftraggeber solche Aufträge ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben, sofern die in den Richtlinien festgelegten Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmeregelungen erfüllt sind.“

(Hervorhebungen eingefügt)

3.3 Inhouse-Vergabe zulässig

Ferner würden die Grundsätze zur Inhouse-Vergabe – argumentativ sehr gut vertretbar – die möglichen Auftragsvergaben der ESWE Verkehr an die MVGmeinRad erlauben.

Für Inhouse-Vergaben ist nach ständiger Rechtsprechung neben der ausschließlichen Beteiligung öffentlicher Auftraggeber an dem Auftragnehmer („Beteiligungskriterium“) und der wesentlichen Tätigkeit des Auftragnehmers für diese Auftraggeber („Wesentlichkeitskriterium“) die Kontrolle der beteiligten Auftraggeber über den Auftragnehmer wie über eine eigene Dienststelle („Kontrollkriterium“) erforderlich.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98 – „Teckal“; Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03 – „Stadt Halle“; Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03 – „Parking Brixen“; Urteil vom 10.11.2005, Rs. C-29/04 – „Stadt Mödling“; Urteil vom 11.05.2006, Rs. C-340/04 – „Carbotermo“; Urteil vom 19.04.2007, Rs. C-295/05 – „Asemfo“; Urteil vom 29.11.2012, Rs. C-182/11, C-183/11 – „Econord“; EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Rs. C-386/11 – „Piepenbrock“; Urteil vom 08.05.2014, Rs. C-15/13 – „Technische Universität Hamburg-Harburg“; Urteil vom 19.06.2014, Rs. C-574/12 – „SUCH“.

Die neue EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe RL 2014/24/EU vom 26.02.2014 normiert erstmalig in Art. 12 die Voraussetzungen für Inhouse-Vergaben. § 108 Abs. 1 des Entwurfes eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts der Bundesregierung (VergRModG) vom 08.07.2015 übernimmt diese Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit und lautet wörtlich wie folgt:

„Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn

- 1. der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,*
- 2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, beauftragt wurde, und*
- 3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.“*

Für den vorliegenden Fall, bei dem mehrere öffentliche Auftraggeber nach der Beteiligung der ESWE Verkehr eine juristische Person (hier die MVGmeinRad) kontrollieren, enthält § 108 Abs. 4 VergRModG eine vergleichbare Regelung, die wie folgt lautet:

„Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen der öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 über eine

juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts zwar keine Kontrolle im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 ausübt, aber

- 1. der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen,*
- 2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde, und*
- 3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht; Absatz 1 Nummer 3 zweiter Halbsatz gilt entsprechend.“*

Gemäß § 108 Abs. 8 VergRModG gelten die vorhergehenden Absätze 1 bis 7 des § 108 VergRModG entsprechend für Sektorenauftraggeber und Konzessionsvergaben.

Im Einzelnen:

3.3.1 Beteiligungskriterium

Das Beteiligungskriterium wäre nach der Beteiligung der ESWE Verkehr an der MVGmeinRad erfüllt. An der MVGmeinRad bestände keine direkte private Beteiligung. Nur öffentliche Auftraggeber (MVG sowie ESWE Verkehr) würden die Anteile halten.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist für eine Befreiung vom Vergaberecht erforderlich, dass ausschließlich öffentliche Auftraggeber an dem Auftragnehmer beteiligt sind. Das Beteiligungskriterium, welches in der Rechtsprechung regelmäßig als Teil des Kontrollkriteriums geprüft wird, verbietet daher jede auch scheinbar unbedeutende Beteiligung Privater an dem Auftragnehmer.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 21.07.2005, Rs. C-231/03 – „Coname“; Urteil vom 06.04.2006, Rs. C-410/04 – „Anav“; Urteil vom 11.01.2005, C-26/03 – „Stadt Halle“.

Vorliegend wäre das Beteiligungskriterium erfüllt. An der MVGmeinRad wären keine Privaten beteiligt, sondern nur öffentliche Auftraggeber.

3.3.2 Kontrollkriterium

Das Kontrollkriterium wäre ebenfalls erfüllt. Die öffentlichen Auftraggeber MVG und ESWE Verkehr als Gesellschafter der MVGmeinRad würden gemeinsam über die MVGmeinRad die für Inhouse-Vergaben erforderliche Kontrolle ausüben.

Eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn der betreffende Auftragnehmer einer Kontrolle unterliegt, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf Entscheidungen des Auftragnehmers Einfluss zu nehmen. Der Auftraggeber muss die Möglichkeit haben, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des Auftragnehmers ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 29.11.2012, Rs. C-182/11, C-183/11 – „Econord“.

Die nationale Rechtsprechung wendet diese Grundsätze entsprechend an. Selbst bei einer geringen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung kann eine für Inhouse-Vergaben ausreichende Kontrolle bestehen. Das OLG Düsseldorf führt dazu wörtlich aus:

„Der Bejahung einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle steht nicht entgegen, dass die Ag. an der B-GmbH und damit mittelbar an der Beigel. nur einen Anteil von 0,94 % hält. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist das Kontrollkriterium erfüllt, wenn die betreffende Einrichtung einer Kontrolle unterliegt, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf ihre Entscheidungen einzuwirken. Hierbei muss die Möglichkeit gegeben sein, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (vgl. EuGH, NZBau 2005, 644 [649 Rdnr. 65] – „Parking Brixen“; NZBau 2009, 54 [56 Rdnr. 28] – „Coditel Brabant“; NZBau 2009, 797 [802 Rdnr. 65] – „Se.T. Co. SpA“).

Mit anderen Worten muss der öffentliche Auftraggeber in der Lage sein, eine strukturelle und funktionelle Kontrolle über diese Einrichtung auszuüben (EuGH, NZBau 2013, 55 [57 Rdnr. 27] – „Econord Spa“). Die Kontrolle muss wirksam sein (EuGH, NZBau 2009, 54 [57 Rdnr. 46] – „Coditel Brabant“). Bei Einschaltung einer von mehreren öffentlichen Stellen gemeinsam gehaltenen Einrichtung kann die Kontrolle wie über die eigenen Dienststellen von diesen Stellen gemeinsam ausgeübt werden, ohne dass es notwendig wäre, dass diese Kontrolle von jeder von ihnen einzeln ausgeübt wird (vgl. EuGH, NZBau 2009, 54 [57 f. Rdnrn. 47 u. 50] – „Coditel Brabant“; NZBau 2009, 797 [802 Rdnr. 59] – „Se.T. Co. SpA“, und NZBau 2013, 55 [57 Rdnr. 27] – „Econord Spa“). So hat der EuGH im Fall

Teckal die Beteiligung von 45 Einrichtungen an dem Auftragnehmer und einen Anteil der Gemeinde Viano von nur 0,9 % für das Kontrollkriterium genügen lassen (zum Sachverhalt vgl. Schlussanträge – Opinion of Advocate General Cosmas – vom 1. 7. 1999, Rdnr. 61). Danach reicht auch eine Minderheitsbeteiligung der Ag. an der B-GmbH von nur 0,94 % für eine Kontrolle aus.“

- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.01.2013, VII-Verg 56/12.

Die aktuelle RL 2014/24/EU enthält in Art. 12 Abs. 3 eine detaillierte Regelung, in welchen Fällen mehrere öffentliche Auftraggeber gemeinsam die geforderte Kontrolle ausüben. Die entsprechend in § 108 Abs. 5 VergRModG übernommene Regelung lautet wörtlich wie folgt:

„Eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von Absatz 4 Nummer 1 besteht, wenn

- 1. sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen; ein einzelner Vertreter kann mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten,*
- 2. die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können und*
- 3. die juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.“*

Die MVG und die ESWE Verkehr müssten diese Vorgaben bei der Umsetzung beachten, wovon bei einer gleichberechtigten Beteiligung von jeweils 50 % der Geschäftsanteile auszugehen ist.

3.3.3 Wesentlichkeitskriterium

Schließlich wäre – argumentativ sehr gut vertretbar – auch das Wesentlichkeitskriterium erfüllt.

Der EuGH verlangt als drittes Kriterium für vergaberechtsfreie Auftragserteilungen, dass der Auftragnehmer, hier die MVGmeinRad, im Wesentlichen für die ihn kontrollierende Stelle tätig ist. Denn wenn ein öffentliches Unternehmen auf dem Markt tätig ist und oh-

ne Ausschreibung Aufträge erhält, die grundsätzlich dem Vergaberecht unterliegen, tritt eine Verfälschung des Wettbewerbs ein.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 11.05.2006, Rs. C-340/04 – „Carbotermo“; EuGH, Urteil vom 19.04.2007, Rs. C-295/05 – „Asemfo“; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2004, VII-Verg 71/03 und OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009, 13 Verg 8/09.

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss jede andere Tätigkeit des Auftragnehmers für Dritte rein nebensächlich sein. Um dies zu beurteilen, müssen die qualitativen wie quantitativen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. Nicht unter den Begriff des Drittgeschäfts fällt danach der gesamte Umsatz,

„den das fragliche Unternehmen aufgrund einer Vergabeentscheidung der kontrollierenden Körperschaft erzielt, und zwar einschließlich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Tätigkeiten mit Nutzern erzielt wird.“

- Vgl. EuGH, Urteil vom 11.05.2006, Rs. C-340/04 – „Carbotermo“.

Nur dieser Umsatz ist nicht als Drittgeschäft einzuordnen.

In quantitativer Hinsicht gilt für die Bestimmung der Wesentlichkeit nach der bisherigen EuGH-Rechtsprechung eine Schwelle von 10 %, die nicht überschritten werden darf.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 19.04.2007, Rs. C-295/05 – „Asemfo“; eher kritisch BGH, Urteil vom 03.07.2008, I ZR 145/05.

Das OLG Celle hat die Anforderungen des EuGH sogar verschärft. Nach dessen früherer Auffassung ist ein Drittgeschäft in Höhe von maximal 7,5 % zulässig.

- Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 14.09.2006, 13 Verg 2/06 und Beschluss vom 29.10.2009, 13 Verg 8/09.

In einer neueren Entscheidung neigt das OLG Celle dazu, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH nunmehr grundsätzlich von einer Grenze von 10 % auszugehen.

- Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014, 13 Verg 3/13.

Die neue EU-Richtlinie lässt sogar in Art. 12 Abs. 1, 3 RL 2014/24/EU einen höheren Anteil an Drittgeschäft zu. Danach sind sogar Drittgeschäfte in Höhe von bis zu 20 % des Umsatzes unschädlich.

Die entsprechende Vorschrift in § 108 Abs. 4 Nr. 2 VergRModG fordert, dass „mehr als 80 % der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde“.

Für den vorliegenden Fall lässt sich sehr gut vertreten, dass die MVGmeinRad ihre Umsätze aufgrund der Aufgaben, mit denen sie von ihren Gesellschaftern betraut würde, erzielen würde. Allerdings ist diese Ansicht nicht völlig rechtssicher, da derzeit unklar ist, welche Umsätze als inhouse-schädliche Drittgeschäfte zu qualifizieren sind. Nach der bisherigen Rechtslage hatte beispielsweise das OLG Hamburg die Energielieferung an Privatkunden als inhouse-schädliches Drittgeschäft qualifiziert.

- Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2010, 1 Verg 5/10.

Die neuen EU-Richtlinien sowie das VergRModG erweitern nach ihrem Wortlaut die zulässigen Drittgeschäfte allerdings, da sie lediglich Umsätze mit der Ausführung von Aufgaben fordern, mit denen sie von ihren öffentlichen Gesellschaftern betraut worden sind.

Auf eine Vorwirkung der bis zum 18.04.2016 in nationales Recht umzusetzenden EU-Vergaberichtlinien kann sich die ESWE Verkehr zwar nicht rechtssicher berufen. Allerdings sieht der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 08.07.2015 bereits die erforderlichen Regelungen vor.

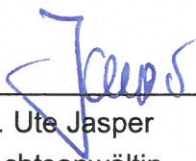
4 Ergebnis

Die ESWE Verkehr muss für die Beteiligung an der MVGmeinRad mit anschließendem Betrieb des Fahrrad-Verleihsystems in der Landeshauptstadt Wiesbaden kein förmliches Vergabeverfahren durchführen. Der Kauf eines Gesellschaftsanteils unterliegt grundsätzlich nicht den vergaberechtlichen Bestimmungen. Zudem übernimmt die MVGmeinRad den Betrieb des Fahrrad-Verleihsystems gemäß ihrem Unternehmensgegenstand, ohne dass ein separater öffentlicher Auftrag vorliegt.

Selbst wenn ein öffentlicher Auftrag oder eine Dienstleistungskonzession vorliegen sollte, dürfte sich die ESWE Verkehr auf ein Ausschließlichkeitsrecht berufen, da nur die MVG die Beteiligung an der MVGmeinRad anbieten kann.

Ferner würden die Grundsätze zur Inhouse-Vergabe – argumentativ sehr gut vertretbar – die möglichen Auftragsvergaben der ESWE Verkehr an die MVGmeinRad erlauben.

Düsseldorf, den 22.10.2015



Dr. Ute Jasper
Rechtsanwältin



Dr. Jens Biemann
Rechtsanwalt