



Das **Vergaberecht** hat die Zielrichtung, den freien Wettbewerb zu ermöglichen und zu schützen. Dieser Aufgabe hat sich insbesondere auch die Europäische Kommission angenommen:

So ist Anfang des Jahres 2014 ein neues EU-Richtlinienpaket in Kraft getreten, das spätestens ab April 2016 bei öffentlichen Auftragsvergaben zu beachten ist. Doch schon heute gelten sowohl nationale als auch unionsrechtliche Vorgaben, die bei Missachtung zu weitreichenden Konsequenzen führen können. Dies gilt beispielsweise für die Ausschreibung von Aufträgen:

Schwellenwerte in Europa

Die Verpflichtung von Kommunen zur Ausschreibung von Aufträgen, deren geschätztes Auftragsvolumen einen bestimmten Schwellenwert übersteigt, ist sicherlich bekannt. Sobald eine Kommune einem Dritten aber einen **Dienstleistungsauftrag** erteilen will, der auch den unionsrechtlichen **Schwellenwert** von 207.000 € (bis 2013:200.000 €) übersteigt, ist sie darüber hinaus gezwungen, diesen Auftrag europaweit auszuschreiben. Die Nichtbeachtung der Ausschreibungsverpflichtung – etwa durch eine unzulässige Direktvergabe an ein lokales Unternehmen – kann im Fall der Rüge durch eine Aufsichtsbehörde oder einen Mitbewerber erhebliche Konsequenzen nach sich ziehen: **Ein noch laufender Vertrag, der gegen die unionsrechtlichen Vergabevorschriften verstößt**, muss zwingend aufgehoben werden.

Der EuGH hat hierzu festgestellt, dass weder die Grundsätze der Vertragstreue, des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit, das Prinzip pacta sunt servanda noch die Gewährleistung des Eigentums noch sonstige Umstände es rechtfertigen, dass ein Mitgliedstaat seiner Verpflichtung zur Beendigung eines gemeinschaftsrechtswidrigen Zustands nicht nachkommt.

Zur Durchsetzung der Vertragsaufhebung ist die Europäische Kommission auch berechtigt, Strafge­lder festzusetzen. Die unionsrechtliche Pflicht zur Vertragsaufhebung gibt dem öffentlichen Auftraggeber allerdings nicht automatisch ein Sonderkündigungsrecht. Der bisherige Auftragnehmer kann sich daher weiterhin auf den Bestand des öffentlichen Auftrags berufen. Gelingt einem Mitbewerber schließlich der Beweis, dass er bei ordnungsgemäßer Ausschreibung den Auftrag erhalten hätte, so kann sein Schadensersatzanspruch auch den ihm entgangenen Gewinn umfassen.

Vergaben im Stadtmarketing

Insbesondere bei Aufträgen im Bereich des Stadtmarketings oder der Tourismusförderung widerstrebt es den lokalen Akteuren jedoch häufig, die Gestaltung und Umsetzung von Projekten an fremde Dritte zu vergeben. Gerade aus diesem Grunde betei­ligen sich Kommunen und lokale Akteure der privaten Wirtschaft, aber auch Kammern und Verbände als Gesellschafter einer GmbH oder als Mitglieder in Genossenschaften und Vereinen. Gemeinsames Ziel ist das Betreiben des Stadt- und Tourismusmarketings zum Wohle der „eigenen“ Stadt und deren Bewohner und Besucher.

Und trotz dieses inhaltlich und strategisch nachvollziehbaren Anliegens sind auch in den Bereichen Stadtmarketing und Tourismusförderung die Anforderungen des europäischen und nationalen Vergaberechts zu beachten.

Königsweg Inhouse-Vergabe?

Ausnahmen gibt es jedoch, so z.B. die sogenannte „**Inhouse-Vergabe**“. Entsprechend ihres Namens liegt eine solche „Inhouse-Vergabe“ vor, wenn der Auftrag innerhalb desselben Hauses erfolgt. Einfachste Konstellation ist hier z.B. die Auftragsvergabe der Kommune an den eigenen Eigenbetrieb.

Doch wie verhält es sich, wenn eine Kommune eine Stadtmarketing- Gesellschaft, an der sie ggf. nur mitbeteiligt ist, mit der Durchführung einer größeren Veranstaltung oder der Dauerbegleitung im Bereich Stadtmarketing beauftragen will?

Bei Überschreiten der nationalen oder unionsrechtlichen europäischen Schwellenwerte ist dies vergaberechtlich bedenklich und eine Direktvergabe ohnehin nicht möglich.

Unter bestimmten Voraussetzungen kann aber auch die Vergabe eines solchen Auftrags an einen Dritten eine „Inhouse-Vergabe“ darstellen.

Mindestbedingungen der Inhouse-Vergabe

Die Bedingungen, die hierfür vorliegen müssen, sind von der Rechtsprechung allerdings bislang nicht abschließend geklärt. Zwar wenden die Gerichte grundsätzlich dieselben Kriterien an. Aber es werden **unterschiedliche Anforderungen** an die „**Dichte**“ bzw. den „**Grad**“ ihres Vorliegens gestellt.

Zusammenfassend kann man sagen, dass mindestens die beiden nachfolgend beschriebenen Voraussetzungen* vorliegen müssen. (* Diese werden auch „Teckal-Kriterien“ genannt, was vom Namen des Klägers herrührt, in dessen Rechtsstreit der EuGH im Jahr 1999 das leitgebende Grundsatzurteil fällte.)

Das sog. „**Kontroll-Kriterium**“ verlangt zunächst, dass ein öffentlicher Auftraggeber über den Dritten als „seinen“ Vertragspartner eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben muss. Hierbei wird in erster Linie darauf abgestellt, dass ausschließlich der öffentliche Auftraggeber Inhaber des beauftragten Dritten ist. Bereits die Beteiligung eines privaten Akteurs von 1 % wäre also nach strenger Auslegung „kontrollschädlich“. Zum anderen muss der öffentliche Auftraggeber tatsächlich entscheidenden Einfluss auf die strategischen Ziele und auf die wesentlichen Entscheidungen des Dritten ausüben.

Das sog. „**Wesentlichkeits-Kriterium**“ erfordert daneben, dass der Dritte seine Tätigkeit im Wesentlichen für den ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber verrichtet, wobei als „wesentlich“ derzeit eine Tätigkeit in Höhe von mindestens 90 %, zukünftig von mindestens 80 % gilt. Umgekehrt dürfen also die Drittsätze nicht höher sein als 10 % bzw. 20 %.

Fazit

Für eine Vergabe an die „eigene“ Stadtmarketingorganisation sollte die Kommune **beide Mindestvoraussetzungen** einer Inhouse-Vergabe beachten. Ein nomineller Anteilsbesitz der Kommune von 100 % an der eigenen Gesellschaft ist für sich gesehen nicht hinreichend für eine rechtswirksame Inhouse-Vergabe. Die Wesentlichkeitsgrenze ist in der Stadt- und Tourismusmarketingpraxis allerdings latent „bestandsbedroht“, denn die Abnehmer der Produkte und Dienstleistungen der eigenen Marketingorganisation machen regelmäßig einen höheren Grad aus. Hier ist also besondere Vorsicht geboten.

Herausgeber:

anwaltsKontor Schriefers Rechtsanwälte
Reisholzer Werftstr. 29a
40589 Düsseldorf

Texte und Beiträge:

RA Andreas Schriefers, RA Alexandra Schriefers, RA Markus Degen

Alle Beiträge sind nach bestem Wissen und Kenntnisstand zusammengestellt worden. Die Komplexität und der ständige Wandel der Rechtsmaterie machen es bei aller Sorgfalt jedoch notwendig, Haftung und Gewähr für deren Inhalt auszuschließen. Die Ausführungen können nicht eine eigenverantwortliche Prüfung im Einzelfall durch rechtliche und steuerliche Berater ersetzen. Alle Rechte vorbehalten.

Impressum: <http://www.anwaltskontor-schriefers.de/impressum>