

Der Spielraum wird enger

In-House-Geschäfte mit Aktiengesellschaften

(BS/Ute Jasper*) Der Bundesgerichtshof hat am 03.07.2008 (I ZR 145/05) ein Urteil verkündet, das sich auf den ersten Blick nur mit Vergaben an kommunale Versicherungsvereine beschäftigt. Auf den zweiten Blick enthält die Entscheidung aber weit mehr: Der erste Zivilsenat nimmt mit hoher Praxisrelevanz zu Inhouse-Geschäften Stellung. Er hält einerseits vergabefreie Geschäfte mit Aktiengesellschaften für grundsätzlich unzulässig. Andererseits schließt er Inhouse-Geschäfte trotz mittelbarer Beteiligung von Privaten nicht kategorisch aus.

Der BGH hatte über den Umweg des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb darüber zu entscheiden, ob Kommunen Versicherungsleistungen bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit beziehen dürfen, deren Mitglieder sie selbst sind. Der BGH hält diese Praxis für nicht mit dem Vergaberecht vereinbar. Er begründete seine Entscheidung wie folgt: Im konkreten Fall seien auch Private mittelbar über gemischtwirtschaftliche Unternehmen an dem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit "beteiligt". Außerdem werde der Versicherungsverein allein vom Vorstand geleitet, ohne dass den Mitgliedern neben der Bestellung des Aufsichtsrates wesentliche Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten zustünden.

Direktvergaben in Sondersituationen

Deshalb sei das Inhouse-Kriterium "Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle" nicht erfüllt. Noch wichtiger sind die allgemeinen Ausführungen des BGH zu Inhouse-Ges-



Trotz der Entscheidung des Bundesgerichtshofes sieht Dr. Ute Jasper noch Spielräume.

Foto: BS/Archiv

schäften. Der Spielraum für Direktvergaben an kommunale Aktiengesellschaften – z. B. an Stadtwerke – wird enger. Der erste Zivilsenat verweist auf die Entscheidung des EuGH in Sachen Parking Brixen (Rs. C-458/03 vom 13.10.2005) und vertritt allgemein die Auffassung, die "eigenverantwortliche Leitung durch den Vorstand" führe dazu, dass "insbesondere bei Aktiengesellschaften" ... "das Kontrollkriterium nicht erfüllt" sei. Zur Begründung führt der BGH an, eine Aktiengesellschaft verfüge gegenüber ihren Anteilseignern über weitreichende Selbstständigkeit, insbeson-

dere deshalb, weil die Mitgliederversammlung dem Vorstand "weder übergeordnet noch weisungsberechtigt" sei. Diese Machtkonstellation erlaube nach Ansicht des BGH nicht, "dass ihre Mitglieder sie [Anm. die Aktiengesellschaft] wie eine eigene Dienststelle kontrollieren".

Es wird zwar schwierig werden, nach dieser Entscheidung noch Inhouse-Vergaben an Aktiengesellschaften generell zuzulassen, nur weil alle Aktien dem Auftraggeber gehören. Da der BGH sich aber nicht mit Ausnahmefällen auseinandersetzen musste, bleiben Direktvergaben in Sondersituationen weiter denkbar. Allerdings müssen dafür Ausnahmetatbestände vorliegen, die dem öffentlichen Auftraggeber und Aktionär unmittelbare Sonderrechte, beispielsweise über einen Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG) einräumen.

Der tatsächliche Einfluss entscheidet

Das Urteil beschränkt so zwar einerseits die Spielräume für Direktvergaben an Aktiengesellschaften auf Sonderfälle. Andererseits eröffnet es aber an einer anderen Stelle Möglichkeiten, die bisher kategorisch ausgeschlossen schienen. Seit dem EuGH-Urteil Stadt Halle (Rs. C-26/03 vom 11.01.2005) schien jede – auch mittelbare – Beteiligung Privater Inhouse-Geschäfte zu verbieten.

Nun lässt der BGH bei der mittelbaren Beteiligung privater Unternehmen eine einzelfallbezogene Abwägung zu. Er schließt nicht jede untergeordnete Beteiligung Privater in mehrstufigen Konzernen prinzipiell aus.

Der BGH schließt die Möglichkeit einer mittelbaren privaten Beteiligung jedenfalls in den Fällen nicht völlig aus, wenn "Vorkehrungen dafür getroffen sind", dass das Stimmrecht der mittelbaren privaten Gesellschafter "jedenfalls ausschließlich durch den oder die jeweiligen öffentlichen Gesellschafter ohne Berücksichtigung der Interessen privater Partner ausgeübt wird". Damit stellt der erste Zivilsenat richtigerweise auf den tatsächlichen Einfluss und nicht auf die formale Beteiligung ab.

In der Satzung absichern

Hier bietet sich Gestaltungsspielraum für eine Fallgruppe von Inhouse-Geschäften, die in der Praxis häufig vorkommt. Oft will eine Kommune eine Einzelgesellschaft in ihrem mehrheitlich beherrschten Stadtwerkekonzern direkt – beispielsweise mit Telekommunikations- oder IT-Leistungen – beauftragen.

In der Vergangenheit war jedoch zweifelhaft, ob solche Aufträge zulässig sind, wenn an der Muttergesellschaft auch Private – oft Energiekonzerne – Minderheitsanteile halten. Das Urteil des ersten Zivilsenats eröffnet nun die Möglichkeit, solche Inhouse-Geschäfte dann zuzulassen, wenn die Stadt sich in der Satzung den unmittelbaren und ausschließlichen Einfluss auf die Tochtergesellschaft absichern lässt.

*Dr. Ute Jasper, Rechtsanwältin, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf