

RECHTSGUTACHTEN

**zu der Frage, ob
die Moderne Stadt GmbH von der Stadt Köln
direkt und ohne Durchführung eines
Vergabeverfahrens
mit Dienstleistungen des Projektmanagements
im Zusammenhang mit einer
Quartiersentwicklung beauftragt werden darf,**

erstattet im Auftrag

**der Moderne Stadt,
Gesellschaft zur Förderung des Städtebaues
und der Gemeindeentwicklung mbH,
Brückenstraße 17, 50667 Köln,**

durch:

**Rechtsanwalt Professor Dr. Stefan Hertwig
Fachanwalt für Vergaberecht
CBH Rechtsanwälte,
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB,
Bismarckstraße 11-13, 50672 Köln.**

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Sachverhalt.....	2
II.	Fragestellung.....	2
III.	Rechtslage.....	2
	1. Öffentlicher Auftrag	2
	2. Vertragliche Zusammenarbeit zur Erfüllung gemeinsamer öffentlicher Aufgaben?	3
	a) Moderne Stadt als „öffentliche Auftraggeberin“	3
	b) Gemeinsame Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe?	4
	c) Zwischenergebnis:	4
	3. Vertikales Inhouse-Geschäft?.....	4
	a) Kontrolle der Stadt Köln über die Moderne Stadt GmbH.....	5
	b) Tätigkeit der Moderne Stadt für die Stadt Köln.	6
	c) Keine private Beteiligung an der Moderne Stadt GmbH.....	8
IV.	Ergebnis.....	8

I. Sachverhalt

Die Stadt Köln möchte die Moderne Stadt GmbH mit Leistungen des Projektmanagements im Zusammenhang mit der Entwicklung des Quartiers „Parkstadt – Süd“ in Köln beauftragen.

Die Moderne Stadt GmbH steht zu 49 % im unmittelbaren Anteilseigentum der Stadt Köln. 51 % der Gesellschaftsanteile an der Moderne Stadt GmbH werden von der Stadtwerke Köln GmbH gehalten, die wiederum zu 100 % im Anteilseigentum der Stadt Köln steht.

Die geplanten Beauftragungen überschreiten mit ihren Auftragswerten die Schwellenwerte des Europäischen Vergaberechts.

II. Fragestellung

Darf die Stadt Köln die Moderne Stadt GmbH direkt und ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit Leistungen des Projektmanagements im Rahmen der Entwicklung des Quartiers „Parkstadt-Süd“ beauftragen?

III. Rechtslage

Da der vermutliche Auftragswert des Dienstleistungsauftrages die Schwellenwerte des Europäischen Vergaberechts überschreitet, ist die Rechtslage anhand des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu beurteilen.

Eine direkte Beauftragung der Moderne Stadt durch die Stadt Köln käme danach in Betracht, wenn die Voraussetzungen eines vertikalen „Inhouse-Geschäftes“ im Verhältnis zwischen der Stadt Köln als Anteilseignerin und der Moderne Stadt GmbH gegeben wären. Außerdem könnte eine vertragliche Zusammenarbeit zur Erfüllung gemeinsamer öffentlicher Aufgaben (§ 108 Abs. 6 GWB) eine direkte Vergabe rechtfertigen. Andere Privilegierungstatbestände, die ein Absehen von der Anwendung des Europäischen Vergaberechts rechtfertigen würden – etwa: Konzernprivilegien von Sektorenauftraggebern (§§ 138 f GWB), – sind vorliegend nicht ersichtlich.

1. Öffentlicher Auftrag

Die Frage nach der Anwendbarkeit des Europäischen Vergaberechts stellt sich nur, wenn zwischen der Stadt Köln und der Moderne Stadt GmbH ein „öffentlicher Auftrag“ i. S. v. § 103 GWB in Rede steht. Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die

Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Die Stadt Köln ist als Gebietskörperschaft immer eine „öffentliche Auftraggeberin“ im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB. Sie will im vorliegenden Fall die Moderne Stadt GmbH als Unternehmen mit Leistungen des Projektmanagements im Rahmen der Entwicklung eines Stadtquartiers beauftragen. Es steht mithin ein öffentlicher Auftrag in der Form eines „Dienstleistungsauftrags“ i. S. v. § 103 Abs. 4 GWB in Rede.

2. Vertragliche Zusammenarbeit zur Erfüllung gemeinsamer öffentlicher Aufgaben?

§ 108 Abs. 6 GWB erlaubt ein Absehen von einem Vergabeverfahren, wenn zwei öffentliche Auftraggeber zur Erfüllung ihnen beiden obliegender öffentlicher Aufgabe auf vertraglicher Basis zusammenarbeiten. Die Vorschrift setzt dabei voraus, dass beide Vertragsparteien kraft Gesetzes oder kraft eines anderen hoheitlichen Aktes jeweils „öffentliche Aufgaben“ zu erbringen haben, die sie gemeinsam im Rahmen eines kooperativen Konzeptes erfüllen wollen. Es reicht danach nicht aus, dass nur einem der beiden beteiligten Vertragspartner eine öffentliche Aufgabe obliegt, deren Erfüllung er mit dem Vertrag auf den anderen Vertragspartner übertragen will (vgl. VK Münster, Beschl. V. 22.07.2011 – VK 7/11). Die Vorschrift ist damit nicht anwendbar, wenn einer der beiden Vertragspartner lediglich als Auftragnehmer des anderen handelt, ohne gleichzeitig eine eigene, ihm originär obliegende Aufgabe wahrzunehmen (so auch bereits EuGH, Urt. v. 13.06.2013, Az.: C-3 – Piepenbrock -, Rn. 39).

a) Moderne Stadt als „öffentliche Auftraggeberin“

Um diesen Privilegierungstatbestand zu erfüllen, müsste es sich zunächst sowohl bei der Stadt Köln wie bei der Moderne Stadt GmbH jeweils um „öffentliche Auftraggeberinnen“ handeln.

Im Hinblick auf die Stadt Köln wurde dies bereits bejaht. Fraglich ist jedoch, ob auch die Moderne Stadt GmbH eine öffentliche Auftraggeberin darstellt. Bei dieser könnte es sich allenfalls gemäß § 99 Nr. 2 GWB um eine öffentliche Auftraggeberin handeln. Dazu gehören

andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern

a) sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,

b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder

c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind;

dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat,

Nach dieser Vorschrift liegt mithin ein „öffentlicher Auftraggeber“ vor, wenn eine juristische Person des privaten Rechts zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen und diese juristische Person von einer Gebietskörperschaft (= Auftraggeberin gem. § 99 Nr. 1 GWB) überwiegend geleitet oder finanziert wird.

Die unter Umständen schwierig zu beurteilende Frage, ob es sich auch bei der Moderne Stadt GmbH um eine öffentliche Auftraggeberin handelt, könnte dahinstehen, wenn schon gar keine gemeinsame Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben vorläge, sondern die Moderne Stadt GmbH als bloße Auftragnehmerin der Stadt Köln handeln würde. Diesem Punkt soll deshalb im Folgenden zunächst nachgegangen werden.

b) Gemeinsame Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe?

Vorliegend gehört die Entwicklung eines Stadtquartiers in Köln unzweifelhaft zu den öffentlichen Aufgaben der Stadt Köln. Der Moderne Stadt GmbH wurde demgegenüber weder durch Gesetz noch durch einen anderen Hoheitsakt diese öffentliche Aufgabe übertragen. Wenn die Moderne Stadt in diesem Zusammenhang Dienstleistungen des Projektmanagements erbringt, dann handelt sie insoweit nicht in Wahrnehmung einer ihr selbst obliegenden öffentlichen Aufgabe, sondern als Auftragnehmerin der Stadt Köln.

c) Zwischenergebnis:

Die Voraussetzungen des Privilegierungstatbestandes des § 108 Abs. 6 GWB sind mithin nicht erfüllt.

3. Vertikales Inhouse-Geschäft?

Eine vergaberechtsfreie Beauftragung der Moderne Stadt GmbH durch die Stadt Köln könnte aber nach den Grundsätzen einer „Inhouse-Vergabe“ zulässig sein.

Das Europäische Vergaberecht ist nämlich auch nicht anwendbar auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen die von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 GWB 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, betraut 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.

Dass es sich bei der Stadt Köln um eine „öffentliche Auftraggeberin“ handelt, wurde oben bereits festgestellt. Diese kann öffentliche Aufträge vergaberechtsfrei an eine juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechts erteilen, wenn drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Kontrolle der Stadt Köln über die Moderne Stadt GmbH
- Tätigkeit der Moderne Stadt GmbH für die Stadt Köln und
- keine private Beteiligung an der Moderne Stadt GmbH.

a) Kontrolle der Stadt Köln über die Moderne Stadt GmbH

Die Gesellschaftsanteile an der Moderne Stadt GmbH stehen zu 49 % im unmittelbaren Anteilseigentum der Stadt Köln. Mit diesen Anteilen könnte die Stadt Köln noch keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Moderne Stadt GmbH ausüben.

Gemäß § 108 Abs. 2 Satz 2 GWB kann die relevante Kontrolle aber auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die von dem öffentlichen Auftraggeber, hier: der Stadt Köln, auf gleiche Weise kontrolliert wird. Diese „andere juristische Person“ wäre vorliegend die Stadtwerke Köln GmbH, die die verbleibenden 51 % an der Moderne Stadt GmbH hält. Die Stadtwerke Köln GmbH steht zu 100 % im Anteilseigentum der Stadt Köln. Die Geschäftsführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung unterliegt in vollem Umfang dem Weisungsrecht ihrer Gesellschafter (vgl. § 37 GmbHG). Damit kann die Stadt Köln einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die

wesentlichen Entscheidungen der Stadtwerke Köln GmbH ausüben und auf diese Weise mittelbar auch die Moderne Stadt GmbH in vollem Umfang kontrollieren.

Bei der Moderne Stadt GmbH handelt es sich mithin um eine von der Stadt Köln kontrollierte juristische Person i. S. v. § 108 Abs. 3 Satz 1 GWB.

b) Tätigkeit der Moderne Stadt GmbH für die Stadt Köln

Der Europäische Gerichtshof hatte für die Zulässigkeit einer Inhouse- Vergabe ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens in ständiger Rechtsprechung verlangt, dass die auftragnehmende juristische Person ihre Tätigkeit „im Wesentlichen“ für die Gebietskörperschaft verrichten müsse, die ihre Anteile innehat (vgl. Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98 – Teckal -, Rn. 49-51, seither ständige Rechtsprechung).

Dieses Tatbestandsmerkmal hat der Europäische Gesetzgeber in der Vergaberichtlinie 2014/24/EU modifiziert. In Art. 12 dieser Richtlinie heißt es nunmehr im Abs. 1 lit. b), dass

„mehr als 80 % der Tätigkeiten der juristischen Personen der Ausführung von Aufgaben dienen (müssen, d. Unterz.), mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde“.

Diese Voraussetzung hat § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB wortgleich übernommen.

Diese Formulierung erlaubt allerdings eine größere Freiheit bei der Inhouse-Vergabe als dies im Rahmen der durch den Europäischen Gerichtshof gewählten Formulierung der Fall gewesen ist. Es ist nunmehr nicht mehr jeder Umsatz mit Dritten schädlich, solange sich die Gesellschaft damit im Rahmen ihrer Betrauung durch die Gebietskörperschaft hält.

Im Folgenden muss somit geprüft werden, ob die Moderne Stadt GmbH das in dieser Form neu formulierte „Wesentlichkeitskriterium“ aus § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt.

Gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB müssen mehr als 80 % der Tätigkeiten der Moderne Stadt GmbH der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von der Stadt Köln oder einer anderen juristischen Person, die von der Stadt Köln kontrolliert wird, betraut wurde.

Mit dieser Anforderung soll verhindert werden, dass ein Unternehmen, welches von einem öffentlichen Auftraggeber direkt und ohne Durchlaufen eines

wettbewerblichen Verfahrens Aufträge erhält, im Übrigen noch in erheblichem Umfange auf dem Markt tätig ist, um Wettbewerbsverzerrungen zulasten Privater zu vermeiden.

Der in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB verwendete Begriff der „Betrachtung“ stammt ursprünglich aus dem Beihilfenrecht. Dort wird die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse einem Unternehmen im Wege eines oder mehrerer Betrachtungsakte übertragen, deren Form von den einzelnen Mitgliedstaaten bestimmt werden kann (vgl. etwa Art. 4 des Beschlusses der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV [ABl. L7/3 vom 11.01.2012]).

Im vorliegenden Fall kommt als „Betrachtungsakt“ der Stadt Köln der Gesellschaftsvertrag der Moderne Stadt GmbH in Betracht, mit welchem deren Gesellschafter festgelegt haben, zu welchem Zweck die Moderne Stadt GmbH gegründet wurde.

Im Gesellschaftsvertrag der Moderne Stadt GmbH heißt es unter § 2:

„(1) Gegenstand des Unternehmens ist die Entwicklung eigener und im Eigentum der Gesellschafter - inklusive Tochterunternehmen – befindlicher Liegenschaften zum Zwecke der Förderung der Wohnungsversorgung und der wirtschaftlichen Entwicklung der Stadt Köln. Zur Verwirklichung dieser Zwecksetzung stellt die Gesellschaft geeignete Grundstücke bereit und betreibt die vollständige Projektplanung und –entwicklung.

(2) Die Gesellschaft ist auch berechtigt, die Aufgaben eines Sanierungs- oder Entwicklungsträgers zu übernehmen.

(3) Die Gesellschaft ist ferner berechtigt, Tochtergesellschaften mit ähnlicher Zweckbestimmung zu gründen und sich an anderen Unternehmen zu beteiligen, deren Gegenstand und Zweck mit dem der Gesellschaft in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.“

Gemäß § 108 Abs. 1 Ziff. 2 GWB muss die Moderne Stadt GmbH zu mehr als 80 % diese Tätigkeiten ausführen. Nach Aktenlage ist die Moderne Stadt GmbH zu 100 % mit Aufgaben i. S. v. § 2 Abs. 1 und Abs. 2 ihres Gesellschaftsvertrages befasst.

Es gibt in der Literatur Stimmen, die einen spezielleren Betrachtungsakt im Einzelfall verlangen, weil dieses Tatbestandsmerkmal „konturlos“ werden würde, wenn man die bloße Eröffnung eines Betätigungsfeldes für ein von einem öffentlichen Auftraggeber kontrolliertes Unternehmen durch dessen Gesellschaftszweck ausreichen lassen wollte (so: Ganske, a.a.O., Rnr. 27 m. Nachw. zum

Meinungsstand). Ganske räumt aber selbst ein (ebenda., Rn 28), dass es angesichts des breiten Meinungsspektrums nur „schwer vorhersehbar“ sei, wie der Begriff der „Betrachtung“ zukünftig auszulegen sein wird. Zu konstatieren sei allerdings, dass der neue Begriff der Betrachtung für eine normative Absicht des Gesetzgebers spreche, die Zurechnung von Drittsätzen zu erleichtern.

Vorliegend werden nach Aktenlage von der Moderne Stadt GmbH keine Drittsätze erzielt. Die Moderne Stadt GmbH führt keine Projektmanagementleistungen oder Grundstücksentwicklungen im Auftrag Dritter, die außerhalb des Stadtwerke Konzerns oder der Stadt Köln stehen, durch. Der Meinungsstreit kann deshalb dahinstehen. Sollte sich die Rechtsprechung einmal auf den Standpunkt stellen, eine „Betrachtung“ im Gesellschaftsvertrag reiche im Vergaberecht – im Gegensatz zum Beihilfenrecht – nicht aus, kann ein solcher konkreter Betrachtungsakt jeweils noch nachgeholt werden.

Die Voraussetzung, dass die Moderne Stadt GmbH in diesem Sinne für die Stadt Köln tätig sein muss, wäre mithin ebenfalls erfüllt.

c) Keine private Beteiligung an der Moderne Stadt GmbH

§ 108 Abs. 3 Satz 2 GWB verlangt weiter, dass keine direkte private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person besteht, die den öffentlichen Auftrag erhalten soll. An der Moderne Stadt GmbH sind – wie ausgeführt – lediglich die Stadt Köln und die Stadtwerke Köln GmbH direkt beteiligt. Ein Unternehmen im Anteilsbesitz Privater ist an der Moderne Stadt nicht beteiligt.

IV. Ergebnis

Die Stadt Köln kann die Moderne Stadt GmbH direkt und ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit Dienstleistungen des Projektmanagements im Rahmen einer Quartiersentwicklung beauftragen. Die Voraussetzungen eines vertikalen Inhouse-Geschäfts i. S. v. § 108 Abs. 1 GWB sind erfüllt.

Köln, den 19. Mai 2020


Prof. Dr. Stefan Hertwig
Rechtsanwalt