

# Vergaberecht

## OLG Düsseldorf: Unwirksamkeit der In-House-Vergabe zur Einführung der Wertstofftonne in Bochum

*Dr. Henning Holz, LL.M.*

Das OLG Düsseldorf hat mit nunmehr veröffentlichtem Beschluss vom 28.07.2011 (VII-Verg 20/11) entschieden, dass die Stadt Bochum die Entsorgungsleistungen zur Einführung einer kombinierten Wertstofftonne in einem wettbewerblichen Verfahren hätte vergeben müssen. Das OLG Düsseldorf trifft dabei u. a. grundlegende Aussagen zu den Voraussetzungen eines vergabefreien In-House-Geschäfts und zur Vergaberelevanz von Vertragsänderungen.

### I. Der Fall

Die Stadt Bochum hatte 1994 mit der städtischen Abfallgesellschaft Umweltservice Bochum GmbH (USB), deren Anteile sich mittelbar über die Stadtwerke Bochum GmbH und eine Holding sämtlich in öffentlicher Hand befinden, einen umfassenden Entsorgungsvertrag geschlossen. Im November 2010 schloss die Stadt mit der USB eine Zusatzvereinbarung über die Einführung der kommunalen Wertstofftonne im Rahmen eines Modellversuchs von 2011 bis 2013 und die Erfassung von sog. stoffgleichen Nichtverpackungen (stNVP) über die gelben Tonnen. Die Stadt verzichtete auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens, weil es sich nach ihrer Ansicht nicht um eine vergaberelevante, wesentliche Vertragsänderung handele und überdies die Voraussetzungen des In-House-Geschäfts erfüllt seien. Ein privates Entsorgungsunternehmen versuchte, die Einführung der kommunalen Wertstofftonne in Bochum durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu verhindern.

### II. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Mit Erfolg. Anders als die Vergabekammer Arnsberg in der Vorinstanz gab das OLG Düsseldorf dem Nachprüfungsantrag statt.

#### 1. Kein vergabefreies In-House-Geschäft

Der Vergabesenat hat die Voraussetzungen eines vergabefreien In-House-Geschäfts verneint. Die Vergabe eines Auftrags von einem öffentlichen Auftraggeber an ein von ihm beherrschtes Unternehmen unterliegt dann nicht dem förmlichen Vergaberecht, wenn der öffentliche Auftraggeber eine andere juristische Person beauftragt, über die er eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt und der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber verrichtet. Zwar sei nach Ansicht des OLG Düsseldorf davon auszugehen, dass die Stadt Bochum im Zusammenwirken mit den Städten Herne und Witten, die ebenfalls an der zwischengeschalteten Holding beteiligt sind, die USB beherrsche. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf führt die USB ihre Tätigkeit jedoch nicht im Wesentlichen für die Stadt aus. Neben dem Anteil von rund 10%, der auch nach Auffassung der Stadt und der USB unmittelbar

auf Geschäfte der USB mit Dritten entfällt, sei auch der erhebliche Umsatz der USB mit dem Abfallzweckverband „EKOCity“ von 28,5% (Geschäftsführungsvergütung) als Fremdotsatz zu berücksichtigen. Selbst wenn man eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit mit dem Zweckverband grundsätzlich zuließe, setze dies voraus, dass diese Zusammenarbeit im Wesentlichen öffentliche Aufgaben betrifft. Der Senat geht jedoch davon aus, dass der Zweckverband in nicht unerheblichem Umfang im Wettbewerb tätig ist und von Dritten Aufträge akquiriert. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass auch qualitative Aspekte bei der Frage, ob die USB im Wesentlichen für die Stadt tätig ist, zu berücksichtigen sind. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass sowohl die USB als auch der Zweckverband dessen Dienstleistungen gegenüber Dritten bewerben und dadurch zu erkennen geben, dass sie auch auf diesem Gebiet in nicht unerheblichem Umfang tätig werden wollen.

## 2. Keine nur unwesentliche Vertragsänderung

Ferner hat das OLG Düsseldorf festgestellt, dass der Entsorgungsvertrag aus dem Jahr 1994 die Erfassung, Sortierung und Vermarktung von stNVP nicht umfasse. Die zusätzliche Beauftragung mit diesen Leistungen stelle daher eine wesentliche Vertragsänderung dar, die dem Vergaberecht unterliegt. Es spricht nach Ansicht des Senats einiges dafür, dass bereits die stärkere Marktausrichtung der USB als Grund für eine wesentliche Änderung des Vertrages aus dem Jahre 1994 anzusehen ist. Es liege auch deshalb eine vergaberelevante Vertragsänderung vor, weil der Auftrag in größerem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert werde. Zwar habe sich bereits der ursprüngliche Vertrag auch auf die Erfassung von stNVP bezogen. Deren Erfassung sollte jedoch nicht mehr mit dem Restabfall in der „grauen Tonne“, sondern davon gesondert in der „gelben Tonne“ erfolgen, deren Abholung erstmals (auch) als kommunale Aufgabe erfolgen sollte. Hinzu kam erstmals die Aufgabe der Verwertung der stNVP. Diese Änderungen führten zu einer jährlichen Mehrbelastung der Stadt von 1,159 Mio. € im Jahr. Das übersteige den Schwellenwert erheblich und sei auch angesichts des jährlichen Gesamtvolumens für Tätigkeiten der USB „im Bereich der gebührenrelevanten Abfallwirtschaft“ rund 31,4 Mio. € nicht unbedeutend.

Die Änderung sei auch nicht deshalb unwesentlich, weil sie bereits in allgemeiner Form in dem ur-

sprünglichen Vertrag aus dem Jahre 1994 vorgesehen war. Nach Auffassung des Senats kommt einer Änderungsklausel jedenfalls dann eine nur untergeordnete Bedeutung zu, wenn sie - wie hier - zum einen sehr allgemein gehalten ist und die Änderung zum anderen auf der freien Entscheidung des Auftraggebers beruht. In diesem Fall könne die auch vom EuGH hervorgehobene Transparenz und Gleichbehandlung der am Auftrag interessierten Unternehmen nicht gewährleistet werden. Gehe dagegen bereits aus der ursprünglichen Ausschreibung (bzw. aus dem ursprünglichen Text) klar hervor, unter welchen Umständen der Vertrag und in welche Richtung geändert werden soll, sei diese Transparenz bereits bei der Vergabe des Erstauftrags gewährleistet. So aber bestehe die besondere Gefahr, dass der öffentliche Auftraggeber seine - vermeintliche - Freiheit nutzt, Aufträge am Vergaberecht vorbei zu vergeben.

Das OLG Düsseldorf hat folglich die Unwirksamkeit der Zusatzvereinbarung festgestellt und der Stadt Bochum untersagt, die USB außerhalb eines wettbewerblichen Verfahrens mit der getrennten Erfassung von stNVP zu beauftragen.

## III. Bewertung

Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 28.07.2011 die Voraussetzungen vergabefreier In-House-Geschäfte weiter konkretisiert. Bemerkenswert ist, dass das OLG Düsseldorf sich kritisch zur Zulässigkeit einer In-House-Vergabe an eine in der Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) organisierte Gesellschaft äußert. Der Senat bezieht sich dabei auf eine Entscheidung des BGH vom 3. Juli 2008, dass eine In-House-Vergabe an eine AG ohne Vorliegen eines Beherrschungsvertrags unzulässig sei. Wegen der eigenverantwortlichen Leitung durch den Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG sei bei einer AG das Kontrollkriterium nicht erfüllt. Ferner ist zu beachten, dass im Einzelfall auch die Marktausrichtung die In-House-Fähigkeit einer Gesellschaft gefährden kann.

Darüber hinaus zeigt diese Entscheidung exemplarisch, dass Wettbewerber eines im Wege des In-House-Geschäfts beauftragten kommunalen Unternehmens mittlerweile sehr genau prüfen, ob der Auftragnehmer seine Tätigkeit tatsächlich im Wesentlichen für den Auftraggeber verrichtet. Jedenfalls ab einem Fremdotsatz von über 10 % - nach der Rechtsprechung des OLG Celle bereits ab 7,5 % - ist diese Voraussetzung nicht mehr erfüllt.

Als Fremdotsatz definiert das OLG Düsseldorf auch den Umsatz für öffentliche Unternehmen oder - wie hier - für öffentliche Zweckverbände, wenn diese eine nicht nur unerhebliche Marktausrichtung erreicht haben. Die Voraussetzungen eines vergabefreien In-House-Geschäfts sollten somit in jedem Einzelfall sorgfältig - und zwar dauerhaft - geprüft werden.

Schließlich ist nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf davon auszugehen, dass das Vergaberecht die Einführung einer Wertstofftonne auf Basis eines bereits bestehenden Leistungsvertrags mit einem Entsorger ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens in der Regel ausschließt.

## Ansprechpartner



**Dr. Henning Holz, LL.M.**  
Rechtsanwalt

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Sophienstraße 5  
30159 Hannover

Telefon +49 511 5458 17645  
Telefax +49 511 5458 110  
henning.holz@luther-lawfirm.com

## Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
12.09.2011	3. Schleswig-Holsteinischer Vergaberechtstag „Vergaberecht in der Praxis - fit für die elektronische Vergabe“ (Dr. Bernhardine Kleinhenz)	bi medien GmbH, Neumünster
29.09.2011	Der neue Markt für Verteidigung in Europa „Freihändige und einsatzbedingte Sofortvergabe im EU-Ausland; Geltungsbereich der Ausnahmetatbestände; Aktuelle Rechtsprechung“ (Ulf-Dieter Pape)	Studiengesellschaft der Deutschen Gesellschaft für Wehrtechnik mbH, Bonn

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH finden Sie auf unserer Homepage unter dem Stichwort „Termine“.

## Regionale Ansprechpartner zum Vergaberecht

### Düsseldorf

**Dr. Michael Fritzsche**  
michael.fritzsche@luther-lawfirm.com

**Stefan Hitter**  
stefan.hitter@luther-lawfirm.com

Telefon +49 211 5660 0

### Essen

**Achim Meier**  
achim.meier@luther-lawfirm.com

**Henner Puppel**  
henner.puppel@luther-lawfirm.com

Telefon +49 201 9220 0

### Hamburg / Berlin

**Dr. Bernhardine Kleinhenz**  
bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com

**Stephan Birko**  
stephan.birko@luther-lawfirm.com

Telefon +49 40 18067 0

### Hannover

**Ulf-Dieter Pape**  
ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

**Dr. Henning Holz, LL.M.**  
henning.holz@luther-lawfirm.com

Telefon +49 511 5458 0

### Leipzig

**Dr. Thomas Gohrke**  
thomas.gohrke@luther-lawfirm.com

**Karsten Köhler**  
karsten.koehler@luther-lawfirm.com

Telefon +49 341 5299 0

### Luxemburg

**Thomas Michaelis**  
Thomas.michaelis@luther-lawfirm.com

Telefon +49 352 27484 1

Als zentraler Kontakt für allgemeine Fragen zu unserem Beratungsfeld Vergaberecht steht Ihnen Herr Ulf-Dieter Pape, Telefon +49 511 5458 17627, ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com zur Verfügung.

### Copyright

Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

### Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0, Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

V.i.S.d.P.: Ulf-Dieter Pape, Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Sophienstraße 5, 30159 Hannover, Telefon +49 511 5458 0, Telefax +49 511 5458 110, ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

### Haftungsausschluss

Ogleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Luxemburg, Shanghai, Singapur