

08.01.2012

## Kurzgutachten II

### Vergaberecht bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen

#### Hier: Auftragsvergaben

#### 1. Öffentlicher Auftraggeber?

Von Gesetzes wegen unterliegen nur "öffentliche Auftraggeber" dem Vergaberecht. Wer als „öffentlicher Auftraggeber“ in Betracht kommt, ist in § 98 GWB („Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“) geregelt:

#### **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) § 98 Auftraggeber**

Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind:

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
2. andere **juristische Personen** des öffentlichen und **des privaten Rechts**, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise **überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben**. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die **einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat**, unter Satz 1 fällt,
3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, wenn diese Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt werden, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder wenn Auftraggeber, die unter Nummern 1 bis 3 fallen, auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können; besondere oder ausschließliche Rechte sind Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeiten einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs sind solche, die in der Anlage aufgeführt sind,
5. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren von Stellen, die unter Nummern 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 vom Hundert finanziert werden,
6. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen, die unter die Nummern 1 bis 3 fallen, einen Vertrag über eine **Baukonzession** abgeschlossen haben, hinsichtlich der Aufträge an Dritte.

### a) § 98 Nr. 2 GWB

Unter **§ 98 Nr. 1 GWB** fallen zunächst die Gebietskörperschaften und damit vor allem der Bund, die Länder, die Landkreise und Gemeinden.

Daneben können gemäß **§ 98 Nr. 2 GWB** auch sonstige juristische Personen öffentlicher Auftraggeber sein. In Betracht kommen juristische Personen des öffentlichen Rechts, wie Anstalten des öffentlichen Rechts (AöR), öffentliche Stiftungen, Zweckverbände oder Körperschaften. Daneben können auch **juristische Personen des privaten Rechts**, insbesondere Kapitalgesellschaften (GmbH, AG) und eingetragene Vereine (e.V.) dem Vergaberecht unterliegen.

**Voraussetzung** ist aber, dass die juristische Person zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

Nach der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass eine im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art vorliegt, wenn die Erfüllung der Aufgabe der Wahrnehmung der Belange des Staates dient und damit letztlich Aufgaben betroffen sind, welche der Staat entweder selbst erfüllen will oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte. (Als öffentlicher Auftraggeber wurde beispielsweise die Messegesellschaft einer Stadt angesehen).

Beispiel: Der Gesellschaftsvertrag eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens regelt hierzu, wie folgt, in

#### § 2

#### Gegenstand des Unternehmens

Gegenstand des Unternehmens ist der Erwerb und die Veräußerung, die Bebauung und Nutzung sowie die Bewirtschaftung und Verwaltung des Grundstücks einer Gemeinde XY, mit dem Ziel der Erhaltung bzw. Errichtung und wirtschaftlichen Nutzung städtebaulich bedeutsamer Bausubstanz. Die Gesellschaft kann zur Erfüllung dieses Zwecks Grundstücke und Bauwerke jeder Art erwerben und veräußern, bebauen, pachten und wieder verpachten sowie Erbbaurechte erwerben, bestellen und veräußern. Die Gesellschaft führt selbst keine handwerklichen Tätigkeiten oder Bautätigkeiten durch.

Die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft ist als Projektgesellschaft zu verstehen, mit dem Ziel, das im Vertrag genannte Grundstück zur gemischten Wohn- und Gewerbenutzung zu entwickeln, umzubauen und zu vermarkten. Hierzu schließt sie möglichst langfristige Miet- bzw. Pachtverträge mit Bewohnern und Nutzern der jeweiligen Einheiten, die nach dem WEG geteilt und veräußert werden sollen, in der Gesamtheit oder Einzel, je nach Marktlage, mit Gewinnerzielungsabsicht. Die Projektgesellschaft hat nach erfolgter Errichtung, Vermietung und Veräußerung des Objektes ihren Gesellschaftszweck erreicht und wird entweder liquidiert oder sie übernimmt ein neues, gleichartiges Projekt zur Entwicklung und Vermarktung. Sie verfolgt mit dieser Tätigkeit rein private und keine öffentlichen Interessen.

Sie steht bei Ausübung ihrer Tätigkeiten auf dem Markt im Wettbewerb und ist damit schon **kein öffentlicher Auftraggeber**.

Selbst wenn es hierüber Zweifel gäbe, die unberechtigt sind, so müsste diese juristische Person, also die Projektgesellschaft durch die öffentliche Hand (Gemeinde) beherrscht sein.

Dies wird

- i) bei einer überwiegenden Finanzierung, insbesondere Beteiligung an der Gesellschaft, angenommen und
- ii) durch Ausübung der Aufsicht über die Unternehmensleitung oder wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder der Geschäftsleitungsorgane (z.B. Vorstand) oder Aufsichtsorgane (z.B. Aufsichtsrat) von der öffentlichen Hand berufen werden. Dabei genügt es, wenn die Projektgesellschaft durch eine ebensolche Gesellschaft, die diese Merkmale aufweist, beherrscht wird, wie dies z.B. bei einer 100%- Gesellschaft der Gemeinde der Fall anzunehmen wäre.

#### **Hierzu:**

Die Gemeinde übt keinerlei unmittelbare Einflussnahme auf die Geschäfte der Projektgesellschaft aus. Das gleiche gilt aber auch für die Entwicklungsgesellschaft der Gemeinde (Gesellschaft der Gemeinde):

Die Projektgesellschaft ist eine juristische Person des Privatrechts, (Rechtsform GmbH), deren Gesellschafter eine Entwicklungsgesellschaft (eine zu 100% der Gemeinde gehörenden Gesellschaft des privaten Rechts in der Rechtsform einer GmbH) und eine Immobilienverwaltungsgesellschaft (eine rein privat beherrschte juristische Person in der Rechtsform einer GmbH) zu jeweils 50% sind.

Die Entwicklungsgesellschaft als 100%-Gesellschaft der Gemeinde hält 50 %-Anteile an der Projektgesellschaft. Daneben werden die übrigen 50 % an der GmbH durch ein privates Unternehmen (Immobilienverwaltungsgesellschaft) gehalten.

Diese Konstruktion ermöglicht der Entwicklungsgesellschaft nicht, die Geschäftsführung der Projektgesellschaft tatsächlich zu kontrollieren. Der Gesellschaftsvertrag regelt diesbezüglich in § 16 Nr. 1 eine insgesamt paritätische Beherrschung der Gesellschaftsgeschäfte, wonach grundsätzlich die Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst werden müssen (Ausnahmen betreffend das Gesellschaftervermögen mit Dreivierteln der Stimmenanteile). Einen Aufsichtsrat besitzt die Projektgesellschaft nicht, so dass die Gesellschaftsgeschäfte stets von den Gesellschaftern gemeinsam beschlossen werden müssen.

Die Gesellschaft hat 2 gleichberechtigte Geschäftsführer, die jeweils von der Entwicklungs- und von der Immobilienverwaltungsgesellschaft gestellt sind. Einer „Beherrschung“ durch die Gemeinde oder die Entwicklungsgesellschaft ist nicht begründbar.

Letztlich liegt auch keine überwiegende Finanzierung der Geschäfte der Projektgesellschaft durch eine „Gebietskörperschaft oder deren Sondervermögen“ vor. Die Projektgesellschaft benötigt Darlehn, um das vorbezeichnete Projekt zu realisieren. Darlehnsgeber sind zum einen die Entwicklungsgesellschaft und zum anderen eine Sparkasse. In beiden Fällen werden hierfür marktübliche Zinsen gezahlt. Das von der Entwicklungsgesellschaft gewährte Darlehn entspricht der Höhe des von der Sparkasse gewährten Darlehns. Eine „überwiegenden Finanzierung“ der Projektgesellschaft durch die öffentliche Hand (Gemeinde) oder deren „Tochterunternehmen“ (Entwicklungsgesellschaft) erfolgt nicht.

Unter Berücksichtigung des § 98 Nr. 5 GWB gilt überdies:

Nr. 5 des § 98 GWB setzt etwas missverständlich Art. 8 Verbraucherkreditrichtlinie um, der nicht von Finanzierung sondern von Subventionierung spricht. Der Begriff der "Finanzierung" kann deshalb nicht verstanden werden als Darlehnsvergabe zu marktüblichen Konditionen, sondern ausschließlich als das Zurverfügungstellen von Mitteln, die in der einen oder anderen Form Subventionscharakter haben, sei es auch nur in Bezug auf günstige Zinsen.

"Finanzieren" ist also hier im Sinne von „Subventionieren“ zu verstehen.  
Ein Subventionieren der Projektgesellschaft erfolgt nicht.

## b) § 98 Nr. 6 GWB

Öffentliche Auftraggeber sind nach § 98 Nr. 6 GWB auch die so genannten **Baukonzessionäre**. Das sind natürliche oder juristische Personen, die mit Stellen nach Nr. 1-3 einen Vertrag über die Erbringung von Bauleistungen abgeschlossen haben, bei dem die Gegenleistung für die Bauleistungen statt in einer Vergütung in dem Recht auf Nutzung der baulichen Anlage gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (Baukonzession), soweit diese im Rahmen des betreffenden Bauvorhabensaufträge an Dritte vergeben.

Auch diese Voraussetzungen sind, wie oben bereits dargelegt, nicht erfüllt.

Die Projektgesellschaft ist mit dem Ziel, das betreffende Grundstück der Gemeinde XY zur gemischten Wohn- und Gewerbenutzung zu entwickeln, umzubauen und zu vermarkten. Hierzu schließt sie möglichst langfristige Miet- bzw. Pachtverträge mit Bewohnern und Nutzern der jeweiligen Einheiten, die nach dem WEG geteilt und veräußert werden sollen, in der Gesamtheit oder Einzelnen, je nach Marktlage, mit Gewinnerzielungsabsicht. Die Projektgesellschaft hat nach erfolgter Errichtung, Vermietung und Veräußerung des Objektes ihren Gesellschaftszweck erreicht und wird entweder liquidiert oder sie übernimmt ein neues, gleichartiges Projekt zur Entwicklung und Vermarktung. Die Projektgesellschaft verfolgt mit dieser Tätigkeit rein private und keine öffentlichen Interessen.

## 2. Ergebnis

Die Projektgesellschaft ist aus keinerlei Gesichtspunkten als „öffentlicher Auftraggeber“ im Sinne des § 98 GWB zu qualifizieren.

Bei den von der Projektgesellschaft im Zusammenhang mit der Projektentwicklung und Vermarktung des Grundstücks vorzunehmenden Auftragsvergaben ist kein Vergabeverfahren durchzuführen.

**RA Thomas Stritter**  
**Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**

**Rechtsanwälte Stritter & Partner GbR**  
Rheinstraße 194C  
55218 Ingelheim am Rhein  
<http://www.kanzlei-stritter.de>  
<http://www.baurecht-anwaelte.de>