

Kurzgutachten I

Vergaberecht bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen

Hier: Gründung

1. Institutionelle PPP

Die Zusammenarbeit im Rahmen eines PPP-Modells erfolgt in der Regel auf der Grundlage eines Projektvertrages, mit dem der private Partner mit der langfristigen Aufgabenerfüllung beauftragt wird. Die Durchführung des Auftrags oder der Konzession kann jedoch auch an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen übertragen werden, an dem der öffentliche Auftraggeber direkt und indirekt als Gesellschafter des Unternehmens beteiligt ist (**so genannte institutionelle PPP beziehungsweise institutionalisierte PPP**).

Die EU-Kommission hat in einer Auslegungsmitteilung vom 5. Februar 2008 Leitlinien für die Behandlung solcher Gesellschaften veröffentlicht. Durch die Mitteilung werden keine neuen rechtlichen Vorschriften geschaffen, sondern lediglich die Auffassung der Kommission dargelegt. Die verbindliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts bleibt weiterhin uneingeschränkt Sache des EuGH.

Die Gründung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens ist grundsätzlich kein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang, da die öffentliche Hand beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages oder der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen keine Liefer-, Bau oder Dienstleistungen einkauft oder beauftragt:

Beispiel: Eine 100%-eigene Entwicklungsgesellschaft einer Gemeinde will eine Projektgesellschaft zur Entwicklung und Vermarktung einer bebauten Liegenschaft, die sich in städtischem Eigentum befindet, gründen. An dieser Projektgesellschaft sollen die Entwicklungsgesellschaft der Gemeinde mit 50% Anteilen und eine Immobilienverwaltungsgesellschaft gleichfalls mit 50%-Anteilen beteiligt sein. Die zu begründende Projektgesellschaft wird paritätisch (50/50) strukturiert sein und erhält die Liegenschaft im Wege eines Erbbaurechts zur Projektentwicklung und Vermarktung. Der Erbauzins wird in marktüblicher Höhe vereinbart. Sie übernimmt das alleinige Risiko der Projektentwicklung, mit dem Ziel der vollständigen Vermarktung. Die Immobilienverwaltungsgesellschaft erteilt überdies eine Patronatserklärung zur Sicherung der hälftigen Risikoübernahme über ihre gesellschaftsrechtliche Haftung hinaus. Entgeltzahlungen erfolgen weder seitens der Gemeinde, noch der Entwicklungsgesellschaft.

2. Grundstücksübertragung im Erbbaurecht und Vermarktung/Weiterveräußerung an Dritte

Ein förmliches Vergabeverfahren ist gemäß der Auslegungsmitteilung unter Hinweis auf die EuGH-Rechtsprechung dann durchzuführen, wenn die Auswahl des privaten Partners im Zusammenhang mit der Vergabe eines ausschreibungspflichtigen Auftrags erfolgt¹.

Die Veräußerung eines Grundstücks an die PPP-Gesellschaft unterfällt ebenso wie eine Übertragung im Erbbaurecht bei isolierter Betrachtung gemäß § 100 Abs. 2 lit. h. GWB nicht dem Vergaberecht. Nach dieser Vorschrift gilt das Vergaberecht nicht für Verträge über Erwerb oder Rechte an

¹ EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs-C 29/04, Mödling

Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderen unbeweglichen Vermögen ungeachtet ihrer Finanzierung.

Bei der Veräußerung des Grundstücks beziehungsweise der Einräumung eines Erbbaurechts fehlt es zudem bereits am Beschaffungsmerkmal des öffentlichen Auftrags gemäß § 99 Abs. 6 GWB².

Weder die Gemeinde, noch die Entwicklungsgesellschaft kaufen im zu vorigen Beispielsfall bei der Projektgesellschaft eine Leistung ein, sondern übertragen vielmehr im Wege des Erbbaurechts einen Vermögensgegenstand. Der Verkauf eines Grundstücks als solcher unterliegt nicht den vergaberechtlichen Vorschriften³, wie der BGH im vergangenen Jahr ausdrücklich klargestellt hat⁴. Dies wird auch vom OLG Düsseldorf in seiner "Ahlhorn"-Rechtsprechung nicht infrage gestellt⁵, was allerdings in jüngster Vergangenheit häufig verkannt wurde.

In obergerichtlichen Entscheidungen, zuletzt durch den EuGH mit Urteil vom 25.03.10⁶, wurde schließlich bestätigt, dass derartige Grundstücksgeschäfte ausschreibungsfrei sind und bleiben. Dies gilt ebenso für die Übertragung eines Grundstücks im Wege des Erbbaurechts.

Etwas anderes wäre anzunehmen, wenn die Gemeinde oder die Entwicklungsgesellschaft der Projektgesellschaft einen Bauauftrag erteilen würde und letztere für die Erbringung von Bauleistungen ein Entgelt von der Gemeinde und/oder der Entwicklungsgesellschaft erhielte; § 99 Abs. 3 GWB.

Aber auch dies ist hier nicht der Fall: die Projektgesellschaft wird mit dem Zweck der Projektentwicklung auf eigenes Wirtschaften und auf eigenes Risiko gegründet. Gemeinde und/oder Entwicklungsgesellschaft sind an diesem Risiko, wie auch am Erfolg hälftig beteiligt. Die Ausstattung der Projektgesellschaft mit Eigenkapital ändert hieran nichts, es handelt sich hierbei nur um eine reine unternehmerische Beteiligung und nicht um ein Entgelt für zu beauftragende Leistungen (Werklohn). Schließlich enthalten die Konditionen des Erbaurechtsvertrages weder unzulässige Beihilfen, noch Entgeltleisten im Sinne eines versteckten Nachlasses im Gegenzug für zu erbringende Bauleistungen, denn der Erbbauzins ist marktüblich ermittelt und festgesetzt.

Ein Bauauftrag im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB, der ausschreibungspflichtig sein könnte, wird der Projektgesellschaft folglich nicht erteilt.

3. Ergebnis

Es ist mithin bei der Gründung der Projektgesellschaft kein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen, denn die Auswahl der Immobilienverwaltungsgesellschaft als privaten Partner steht nicht im Zusammenhang mit der Vergabe eines ausschreibungspflichtigen Auftrags⁷.

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>

² Dreher, in: Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht, Auszug aus Immengau/ Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2008, § 99 GWB Rn. 11

³ Allgemeine Ansicht, vergleiche Dreher, in: Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht, Auszug aus Immengau/ Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2008, § 99 GWB Rn. 12

⁴ BGH, Urteil vom 22.02.2008 - V ZR 56/07-, VergabeR 2008,649.

⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.2008-VergabeR 37/07-, NZBau 2008,271; Beschluss vom 2.10.2008-VergabeR 25/08-, NZBau 2008,727; dies ausdrücklich auch klarstellend auch im Beschluss vom 12.1.2009 - VergabeR 67/08

⁶ EuGH, Urteil vom 25.03.2010 - [Rs. C-451/08](#) *vorhergehend: OLG Düsseldorf, 02.10.2008 - [Verg 25/08](#)*

⁷ EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs-C 29/04, Mödling