

Rechtsreferendar Christoph Schauenburg, LL. M.,
Berlin

Ausschreibungspflicht und Privilegien für In-house-Geschäfte

Ergänzend zu dem in der Printversion des NZ-Bau-Maihefts, 2002, 259, veröffentlichten Aufsatz von Dreher, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, bieten wir Ihnen den nachfolgenden Beitrag in einer Online-Version an. Anregungen unserer Nutzerinnen und Nutzer zu dieser Publikationsform sind willkommen.

I. Darstellung der Problematik

Öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB dürfen Waren, Bau- oder Dienstleistungen nur nach Durchführung eines Vergabeverfahrens gem. §§ 97 ff. GWB beschaffen (§ 97 I GWB). Ein ausschreibungspflichtiger „öffentlicher Auftrag“ ist dabei jeder entgeltliche Vertrag zwischen einem solchen Auftraggeber und einer anderen Rechtspersönlichkeit (§ 99 I GWB).

Ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, dessen Vorgabe die Durchführung eines Vergabeverfahrens erfordert, ist in den Fällen problematisch, in denen die öffentliche Hand Verwaltungsaufgaben durch privatrechtlich organisierte juristische Personen wahrnimmt. Diese Organisationsform führt zu einer Personenverschiedenheit zwischen der öffentlichen Hand (als Gesellschafter/Aktionär) und der Gesellschaft (§§ 13 I GmbHG, 1 I AktG). Die Beauftragung der Gesellschaft erfolgt dann über den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags im Sinne des BGB, der als „Auftrag“ im Sinne von § 99 I GWB bei dessen wortlautgetreuer Anwendung angesehen werden muss.

Dennoch beabsichtigt Staat, Land oder Gemeinde bei der Wahl der Organisationsform regelmäßig nicht, jeden dieser „Aufträge“ öffentlich ausschreiben zu müssen und mit privatrechtlichen Unternehmen in Wettbewerb zu treten. Bezweckt ist lediglich die formale Ausgliederung von Verwaltungstätigkeit aus dem Staatsbetrieb und deren Übertragung auf eine privatrechtlich organisierte Rechtspersönlichkeit aus Gründen der Verwaltungseffizienz. Die öffentliche Hand will hierbei nicht das Risiko eingehen, den Auftrag an einen anderen Bieter vergeben zu müssen, falls ihre Gesellschaft nicht das wirtschaftlichste Angebot im Sinne von § 97 V GWB abgibt.

Geschriebene Ausnahmen von einer Ausschreibungspflicht liegen regelmäßig nicht vor. Insbesondere eine Anwendung des § 102 g GWB scheidet regelmäßig am Fehlen eines exklusiven Rechts zur Leistungserbringung für die Gesellschaft. Eine ungeschriebene Ausnahme von der Ausschreibungspflicht durch eine restriktive Auslegung des Vergaberechts könnte hier angebracht sein. Grund hierfür ist gegeben, wenn die Ratio des Vergaberechts eine Ausschreibung nicht erforderlich macht (*Prieß*: Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 111). Eine solche Ausnahme wäre gegebenenfalls auch rechtspolitisch erwünscht, um die Durchführung von Verwaltungsaufgaben in privatrechtlich organisierter Form als besonders effiziente Struktur nicht unnötig zu erschweren.

Komplizierter wird die Beantwortung der Frage dadurch, dass die öffentliche Hand oft nicht Alleingesellschafterin ist, sondern private Investoren als Mitgesellschafter oder –aktionäre vorhanden sind (Public Private Partnerships). Oft bestehen zudem vertragliche Abreden

zwischen den Beteiligten, die in die Betrachtung mit einzubeziehen sind.

Ausgehend von der neuesten Rechtsprechung zu dieser Frage möchte dieser Beitrag aufzeigen, ob und wann eine Ausschreibungsfreiheit auch bei einer Public Private Partnership gegeben sein kann und welche Faktoren hierfür als maßgeblich herangezogen werden müssen.

II. Derzeitiger Stand der Rechtsprechung

Der *EuGH* hat im Urteil der Rechtssache „Teckal“ (*EuGH* v. 18. 11. 1999 – Rs. C 107/98, abgedruckt in: NZBau 2000, 90 f.) für Lieferaufträge (Richtlinie 93/36/EWG) und „ARGE Gewässerschutz“ (*EuGH* v. 7. 12. 2000 – Rs. C-94/99, abgedruckt in: NZBau 2001, 99 ff.) für Dienstleistungen (Richtlinie 92/50/EWG) die Existenz ausschreibungsfreier Geschäfte akzeptiert. Dies soll dann vorliegen, wenn die öffentliche Hand über eine Gesellschaft eine Kontrolle ausübt, die der über eine eigene Dienststelle entspricht und die Gesellschaft im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft tätig ist, die ihre Anteile hält (*EuGH*, in: NZBau 2000, 90 [91]).

Der *BGH* hat am 12. 6. 2001 zu diesem Problem Stellung genommen (abgedruckt in: NZBau 2001, 517 ff.) und unter ausdrücklicher Anwendung der im Teckal-Urteil aufgestellten Grundsätze eine Ausschreibungspflicht für Verträge zwischen einer GmbH, deren Anteile zu 100% in Besitz einer Gemeinde sind, und dieser Gemeinde verneint (*BGH* v. 12. 6. 2001, X ZB 10/01, Amtl. Umdruck S. 13). Dies soll unabhängig davon gelten, ob es sich um Liefer- oder Dienstleistungsverträge handle (*BGH*, ebda., 12).

Neben der Tatsache, dass alle Anteile von der öffentlichen Hand gehalten wurden, nannte der *erkennende Senat* als wichtige Kriterien für die Ausschreibungsfreiheit, dass satzungsgemäß ein Aufsichtsrat aus Mitgliedern der öffentlichen Hand gebildet worden war, dem die Geschäftsführer der GmbH regelmäßig zu berichten hatten und dessen Zustimmung für die Vornahme bestimmter Geschäfte erforderlich war (*BGH*, ebda., 13/14).

Ob diese Auslegung einen Fall von richtlinienkonformer Auslegung im technischen Sinn oder einen Fall einfacher nationaler Auslegung des GWB unter historisch-systematischen Aspekten darstellt (s. hierzu: *Reidt*, in: ZVgR 2000, 289 [290]) ist praktisch irrelevant. Entscheidend ist, dass der *BGH* der Argumentation des *EuGH* gefolgt ist und die Teckal-Grundsätze angewendet sehen möchte.

Ausdrücklich hat der *erkennende Senat* festgestellt, dass das vorliegende Urteil keine abschließende Beurteilung des in-house-Geschäft sein soll (*BGH*, ebda., 15).

III. Anwendung der Argumentation der Rechtsprechung auf Beteiligungsgesellschaften in Form der Public Private Partnership

Auf der Basis dieses Urteils ist nun auch durch die nationale höchstrichterliche Rechtsprechung die Existenz ausschreibungsfreier in-house-Geschäfte akzeptiert.

Die Voraussetzung, dass die Gesellschaft im Wesentlichen für die sie betreibende Gebietskörperschaft tätig ist, wird in den hier zu prüfenden Fällen der Public Private Partnerships regelmäßig erfüllt sein.

Man kann nun – ausgehend vom *BGH*-Urteil und der Teckal-Formel – überlegen, ob auch bei einer Beteiligung privater Investoren an der Gesellschaft eine Kontrolle der öffentlichen Hand über die Gesellschaft im Sinne des Teckal-Urteils gegeben sein kann.

Bejaht man diese Frage grundsätzlich, dann muss man sich weiterhin fragen, ab welchem Anteil des privaten Investors, bzw. bei welcher Gestaltung der Satzung oder Gestaltung sonstiger vertraglicher Beziehungen zwischen den Beteiligten oder unter welchen sonstigen Voraussetzungen dies nicht mehr gegeben sein wird und damit der Auftrag auszuschreiben ist.

Die Lösung ist unter Anwendung der Teckal-Formel dadurch zu finden, dass man die verwaltungsrechtliche (als übergeordnete Behörde) und die gesellschaftsrechtliche Kontrolle (als Gesellschafter) miteinander vergleicht und untersucht, unter welchen genauen Voraussetzungen die verwaltungsrechtliche Kontrolle hinter der gesellschaftsrechtlichen zurückbleibt.

1. Kontrolle über eigene Dienststellen

Die Verwaltung ist hierarchisch strukturiert. Für die übergeordneten Behörden bestehen Aufsichts- und Weisungsbefugnisse gegenüber untergeordneten Behörden (*Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, 13. Aufl., § 22 Rdnr. 31), durch die sie die im Teckal-Urteil beschriebene Kontrolle ausüben.

Innerhalb einer Behörde geschieht dies in Form der Dienstaufsicht. Diese umfasst die innere Ordnung der Behörde, die allgemeine Geschäftsführung und Personalangelegenheiten (*Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, 13. Aufl., § 22 Rdnr. 32). Sie wird vom jeweils Vorgesetzten ausgeübt (*Püttner*, Verwaltungslehre, 3. Aufl., Rdnr. 353).

Zwischen den Behörden erfolgt die Kontrolle im Wege der Rechts- und Fachaufsicht. Die übergeordnete Behörde ist befugt, alle Handlungen der untergeordneten Behörde auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit zu überprüfen (*Rudolf*, in: *Erichsen* (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, § 52 IV 2, Rdnr. 48). Die übergeordnete Behörde hat ein Weisungs- und ggf. auch ein Substitutions- und Selbsttrittsrecht, d. h. kann eigene Entscheidungen treffen und die der untergeordneten Behörde ersetzen (*Becker*, Die öffentliche Verwaltung, § 48, S. 875). Der Bürger hat verschiedene Möglichkeiten, um die Ausübung dieser Kontrollmöglichkeiten anzuregen. Neben der Möglichkeit eines Widerspruchs im Falle des § 68 I 1 VwGO kann er insbesondere eine Gegenvorstellung, eine Aufsichts- oder Dienstaufsichtsbeschwerde einlegen (*Becker*, Die öffentliche Verwaltung, § 48, S. 881).

Auch die Finanzausstattung einer Behörde erfolgt durch Bewilligung der betreffenden Mittel durch die übergeordnete Behörde, nachdem die unteren Behörden ihren jeweiligen Bedarf angemeldet haben (*Püttner*, ebda., Rdnr. 134).

2. Kontrolle über Kapitalgesellschaften

Der Begriff der Kontrolle ist im deutschen Gesellschaftsrecht nicht technisch besetzt und damit primär gemäß seinem natürlichen Wortsinn als Überwachung, Überprüfung, Gewalt, Aufsicht (Brockhaus Enzyklopädie) zu verstehen.

Die Kontrolle über eine Gesellschaft üben die Aktionäre bzw. Gesellschafter aus. Sie bestimmen insbesondere durch Regelung in der Satzung über das Stammkapital der Gesellschaft und über deren Zweck. Die Geschäftsführung im engeren Sinne, die auch als Kontrollinstrument angesehen werden muss, obliegt den Geschäftsführern bzw. dem Vorstand. Bei der GmbH bestellen die Gesellschafter den Geschäftsführer und berufen ihn ab (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Sie sind ihm gegenüber grundsätzlich weisungsbefugt (*Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 37 Rdnr. 10), wobei Beschränkungen der Vertretungs-

macht im Außenverhältnis wirkungslos sind (§ 37 II 1 GmbHG).

Bei der AG kontrollieren die Aktionäre den Vorstand (nur) mittelbar über das Gremium des Aufsichtsrats, das sie wählen (§ 119 I Nr. 1 AktG). Die Leitung der Aktiengesellschaft hat der Vorstand eigenverantwortlich inne (§ 76 I AktG), den der Aufsichtsrat bestellt (§ 84 I 1 AktG).

Beschlüsse werden in der Regel durch die Mehrheit der Gesellschafter bzw. Aktionäre gefasst, wobei Schutzmechanismen für Minderheiten (insbesondere durch besondere Mehrheitserfordernisse) bestehen.

3. Vergleich der verwaltungsrechtlichen und der gesellschaftsrechtlichen Kontrolle

Unter welchen Voraussetzungen die gesellschaftsrechtlichen Kontrollbefugnisse den verwaltungsrechtlichen entsprechen und welche Parameter hierfür entscheidend sein sollen, ist und war Gegenstand verschiedener Überlegungen und Diskussionen.

a. Wegfall der Kontrolle durch bloße Beteiligung Privater

Nach einer Ansicht, vertreten insbesondere von der *Vergabekammer Düsseldorf* (Beschl. v. 7. 7. 2000 – VK 12/2000, abgedruckt in: NZBau 2001, 46 ff.) soll schon die bloße Beteiligung eines privaten Investors als Mitgesellschafter bzw. –aktionär an der Gesellschaft eine Kontrolle der öffentlichen Hand im Sinne des Teckal-Urteils verhindern.

Begründet wird dies mit dem Hinweis auf die zwischen Gesellschaftern bestehenden gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten. Schon die Beachtung dieser Pflichten würde dazu führen, dass die öffentliche Hand keine Kontrolle über die Gesellschaft habe, die der über eine Dienststelle entspreche, da übergeordnete Behörden bei der Ausübung von Dienst- oder Fachaufsicht solche Pflichten nicht zu beachten hätten.

Insbesondere bei der GmbH, die einer Personengesellschaft angenähert sei, sei die öffentliche Hand als Mehrheitsgesellschafter durch den Grundsatz von Treu und Glauben in ihren Handlungen beschränkt. Zum Beispiel könnten keine Entscheidungen gefällt werden, die die wirtschaftlichen Ertragschancen der Gesellschaft und damit den Gewinnanteil des Mitgeschafters mindern würden (NZBau 2001, 46 [48]). Solche Entscheidungen seien jedoch im Rahmen einer Fachaufsicht gegenüber einer untergeordneten Behörde mitunter erforderlich und auch möglich. Somit sei eine Kontrolle über die Gesellschaft wie über eine Dienststelle nicht gegeben.

Zwar bezog sich die Entscheidung der *Vergabekammer* auf eine Kooperation, in der der private Investor 49% der Anteile hielt, jedoch können die Treuepflichten zwischen den Gesellschaftern unabhängig von der Größe der jeweils betroffenen Anteile bestehen. Deshalb würde die Vergabekammer ihre Argumentation wohl nicht auf solche Gesellschaften beschränkt sehen wollen, in denen der Anteil des privaten Investors knapp unter 50% liegt.

Die Frage, ob solche Treuepflichten eine Kontrolle ausschließen, muss aus gesellschaftsrechtlicher Sicht geprüft werden, d. h. es ist zu prüfen, ob diese Pflichten in den Fällen der Public Private Partnerships tatsächlich zu einer Einschränkung der öffentlichen Hand führen.

Es ist heute grundsätzlich anerkannt, dass auch zwischen den Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften die Pflicht besteht, Mitgeschafters und insbesondere die Minderheitsgeschafters nicht treuwidrig zu benachteiligen (Für die GmbH: ITT, *BGHZ* 65, 15, 18 [19]; für die AG: „Linotype“, *BGHZ* 103, 184 [194/195]). Inhalt der Pflicht ist, sich gegenüber Gesellschaft und Geschaft-

tern loyal zu verhalten und den Gesellschaftszweck zu fördern, wobei der Umfang der Pflicht über den von § 242 BGB hinausgeht (*Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 13 Rdnrn. 21, 22 und 29).

Der *BGH* betonte dabei, dass die Existenz dieser Pflichten erfordere, dass eine Kapitalgesellschaft hierfür eine innere Struktur haben müsse, die der einer Personengesellschaft entspreche (*BGHZ* 98, 276 [279 f.]; 103, 184 [195]). Es besteht heute jedoch Einigkeit, dass dieses Erfordernis nur für den Umfang der Pflichten, nicht jedoch für deren Existenz entscheidend ist (*Münchener Handbuch der GmbH*, § 32, Rdnr. 13).

Diese Frage wird jedoch in den vorliegend zu prüfenden Fällen nicht entscheidend sein, da eine solche personalisierte Struktur in den entscheidenden Fällen regelmäßig gegeben sein wird: Es werden jeweils wenige Investoren beteiligt sein, die ihre Anteile relativ lange halten und mit dem Staat kooperieren wollten. Ein rein anonymes „Investment“ wird regelmäßig nicht vorliegen.

Zwar beschränken somit die Treupflichten die Ausübung von Gesellschafterrechten (*Emmerich*, in: *Scholz*, GmbHG, § 13 Rdnr. 40), stehen jedoch als solche der Möglichkeit einer Kontrolle der öffentlichen Hand über die Gesellschaft entsprechend einer eigenen Dienststelle nicht entgegen.

Zwar können diese Pflichten nicht in der Satzung nicht von vornherein abbedungen werden (*Hüffner*, AktG, § 53 a Rdnr. 18), jedoch sind Inhalt und Grenzen der Treupflichten anhand der Abrede festzulegen, die die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag getroffen haben (*OLG Düsseldorf*, in: *ZIP* 1996, 1083 [1087]). Die Reichweite der Pflichten ist somit einer Einzelfallbetrachtung zugänglich (*Winter*, in: *Scholz*, GmbH, § 14 Rdnr. 55) und erfordert eine Abwägung der beteiligten Interessen (*Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, Rdnr. 24 zu § 13).

Im Fall einer Public Private Partnership gibt es dabei hinsichtlich der beteiligten Interessen Abweichungen von einer normalen GmbH oder AG:

Die öffentliche Hand will zwar grundsätzlich wirtschaftlich arbeiten, ist jedoch zusätzlich anderen, spezifisch verwaltungsrechtlichen Zielen verpflichtet (z. B. Annahme von nicht lukrativen Aufträgen, um die Grundversorgung der Bevölkerung zu sichern und so ihrer Pflicht zur Daseinsvorsorge nachzukommen).

In Kenntnis dessen wählt sich der private Investor die öffentliche Hand als Mehrheitsgesellschafter zum Partner, da er sich von dieser Konstellation bestimmte Vorteile erhofft (z. B. einen gesicherten Markt für die Abnahme der Leistungen der Gesellschaft).

Demzufolge arrangiert sich der Investor bereits anfanglich bewusst damit, dass der Staat mit der Gesellschaft auch Zwecke abseits bloßer wirtschaftlicher Betätigung verfolgt. Dies ist gewissermaßen (meist ungeschriebene) Geschäftsgrundlage für die Gründung der Gesellschaft, die die Treupflichten limitiert.

Somit stehen der Einflussnahme der öffentlichen Hand unter Beachtung des Gesellschaftszwecks Treupflichten nicht entgegen.

Im Gegenteil kann man argumentieren, dass die Minderheit, die ihrerseits auch Treupflichten unterliegt (*Winter*, in: *Scholz*, GmbHG, § 14 Rdnr. 54), gerade die Pflicht hat, sich auch dem vereinbarten verwaltungsspezifischen Gesellschaftszweck gegenüber loyal zu verhalten und eine Kontrolle des Staats nicht zu verhindern, wenn dieser die Erfüllung dieser Ziele durchsetzen möchte.

Zum Teil wird vertreten, dass Treupflichten erst dann eine „Kontrolle“ ausschließen würden, wenn der Privat-

investor einen Anteil über „einigen wenigen zu vernachlässigenden Prozent, also von mindestens 10%“, hält (*Jaeger*, in: NZBau 2001, 6 [9]). Dies ist inkonsequent und mit dem Konzept der Treuepflichten nicht vereinbar, wonach diese gerade Minderheiten mit minimalen Anteilen schützen sollen. (Im Fall Linotype betrug der Anteil der Kläger z. B. 4% (*BGHZ* 103, 184).

In diesem Zusammenhang wird ferner argumentiert, dass der *EuGH* in der Teckal-Entscheidung wörtlich „Kontrolle“ und nicht lediglich eine „Beherrschung“ im gesellschaftsrechtlichen Sinne fordere (*Jaeger*, in: NZBau 2001, 6 [9]).

Aus der Wortwahl des *EuGH* kann jedoch nicht geschlossen werden, dass er bewusst mehr als eine „Beherrschung“ im Sinne des deutschen Gesellschafts- bzw. Konzernrechts für erforderlich hält. Insbesondere ist eine ausgefeilte technische Begrifflichkeit im Bereich des Konzernrechts zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich bzw. unterschiedlich stark entwickelt. Der Terminus ist daher vielmehr untechnisch zu verstehen und die genaue Intensität der geforderten Kontrolle durch Vergleich von verwaltungsrechtlichem und gesellschaftsrechtlichem Konzept zu ermitteln.

Zwar würde die Verknüpfung der Ausschreibungspflicht mit einer Mindestbeteiligung des Investors die Rechtsanwendung erleichtern und die Rechtssicherheit erhöhen.

Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert jedoch im Hinblick auf die Position des Privatinvestors, dass die Tätigkeit der Gesellschaft nur insoweit reglementiert wird, wie dies Sinn und Zweck des Vergaberechts erfordern (zu einer teleologischen Betrachtung s. u.). Ähnliches gilt im Hinblick auf Art. 28 II 1 GG und die Gemeinden.

b. Weitergehende Ansichten: Kontrolle auch möglich bei Public Private Partnership

Andere Stimmen halten es für die Verneinung einer Ausschreibungspflicht nicht für erforderlich, dass die öffentliche Hand 100% der Anteile an der Gesellschaft hält (Überblick über die vertretenen Ansichten bei *Boesen*, *VergabeR*, § 100, Rdnrn. 86 ff.). Das Gesellschaftsrecht sehe grundsätzlich vor, dass die Mehrheit über das Schicksal der Gesellschaft entscheide. Somit könne eine Kontrolle im Sinne der Teckal-Entscheidung auch dann gegeben sein, wenn der Staat nicht Alleingesellschafter sei. Ferner könnten die Kontrollbefugnisse per Satzung oder auf Grund anderer Verträge sichergestellt werden.

Akzeptiert man diese Argumentation grundsätzlich, ergibt sich eine Vielzahl rechtlicher Möglichkeiten der Kontrollausgestaltung und -intensität unter Berücksichtigung verschiedener Parameter wie Anteilsverhältnissen, Satzungsausgestaltung, vertragliche Abreden außerhalb der Satzung und tatsächlichen Gegebenheiten. Auf Grund der Komplexität dieser Gestaltungsmöglichkeiten ist keine generelle Aussage darüber möglich, wann die Kontrollbefugnisse den Teck-Grundsätzen genügen (*Gnittke/Siederer*, *ZVgR* 2000, 236 [238]). Dies ist aus primär gesellschaftsrechtlicher Sicht im Wege einer Einzelfallentscheidung zu beurteilen.

aa. Gesellschaftsrechtliche Minderheitsrechte

Die gesetzlich normierten Rechte zum Schutz der Minderheitsgesellschafter und -aktionäre könnten dazu führen, dass die öffentliche Hand als Mehrheitsaktionär die nach der Teckal-Entscheidung erforderliche Kontrolle über die Gesellschaft verliert.

Minderheitsrechte gewähren Gesellschaftern bzw. Aktionären, die 5–10% des Kapitals vertreten besondere

Rechte auf Auskunft, Einsicht und die Herbeiführung einer Entscheidung durch Gesellschafterversammlung (§§ 52 I und II, 51 a, 61 II, 66 II GmbHG, 120, 122, 137, 142 IV, 147, 320 AktG).

Zum Teil wird vertreten, dass diese Rechte die Kontrollmöglichkeiten der öffentlichen Hand im Vergleich zur Kontrolle im Verwaltungsapparat einschränken, da die übergeordnete Behörde solchen Rechten der untergeordneten Behörde nicht ausgesetzt sei (*Jaeger*, NZBau 2001, 6 [10]).

Dabei wird jedoch übersehen, dass diese Rechte den Privatinvestor nicht befähigen, die Zielsetzungen oder die Tagespolitik der Gesellschaft zu bestimmen. Er kann den materiellen Gehalt von Entscheidungen nicht beeinflussen (mit Ausnahme von § 147 AktG), sondern sich lediglich informieren und formelle Entscheidungen zu bestimmten Themen erzwingen, die aber letztlich auf Grund von Mehrheitsentscheidungen – und damit durch die öffentliche Hand als Mehrheitsaktionär – getroffen werden.

Die Minderheitsrechte sind mit Rechten Dritter bei staatlichem Verwaltungshandeln durch eine eigene Dienststelle vergleichbar: Auch hier hat der Bürger als Außenstehender die Möglichkeit, durch Gegenvorstellung, Dienst- und Fachaufsichtsbeschwerde, den Staat anzuregen, seine Entscheidungen zu überdenken und zu kontrollieren.

Ferner wäre es zu einem gewissen Grade zweckwidrig, eine Ausschreibungspflicht mit den den privaten Minderheitsgesellschafter schützenden Rechten zu begründen. Der Privatinvestor ist gerade daran interessiert, dass eine solche nicht besteht, da vor allem durch die Ausschreibungsfreiheit bewirkt wird, dass die Gesellschaft einen gesicherten Abnehmer für ihre Leistungen hat.

Gesetzliche Regelungen zum Schutz der Minderheit bestehen zudem darin, für bestimmte Entscheidungen qualifizierte Mehrheiten bei Abstimmungen zu erfordern. Hier sind insbesondere die Regelungen über die Kapitalerhöhungen und die Regelungen über die Änderung des Gesellschaftszweck relevant, da hier der Mehrheitsgesellschafter nicht uneingeschränkt agieren kann. Die Fähigkeit, die Finanzausstattung der Gesellschaft festzulegen und die Zielvorgaben für sie zu definieren, sind grundlegend für eine Kontrolle über die Gesellschaft.

Das GmbH-Recht sieht folgende gesetzliche Regelung vor: Eine Kapitalerhöhung erfordert eine Mehrheit von 75% der abgegebenen Stimmen (§ 53 II 1 GmbHG). Diese Mehrheit kann nicht durch die Satzung abbedungen werden (*Priester*, in: *Scholz*, GmbHG, § 53 Rdnr. 78). Allerdings ist es möglich, Gesellschaftsanteile ohne Stimmrecht auszugeben sowie Höchst- und Mehrfachstimmrechte zu vereinbaren (*Fischer*, in: Münchener Handbuch GmbH, § 4 Rdnr. 81). Hierdurch kann das genannte Mehrheitserfordernis abgeschwächt werden (*Priester*, in: *Scholz*, GmbHG, § 53 Rdnr. 86).

Gleiches gilt für eine Änderung des Unternehmensgegenstands (§ 53 II 1 GmbHG). Davon zu unterscheiden ist die Änderung des (weitergehenden) Unternehmenszwecks. Dieser ist normalerweise nur einstimmig möglich (§ 33 BGB), was aber in der Satzung abweichend geregelt werden kann.

Für eine AG gilt folgendes: Eine Kapitalerhöhung kann gem. § 182 I 1 AktG nur mit einer Mehrheit von 75% des vertretenen Grundkapitals beschlossen werden. Dabei sind jedoch stimmrechtslose Vorzugsaktien nicht zu berücksichtigen (*Krieger*, in: Münchener Handbuch AG, § 56, Rdnr. 13). Eine Herabsetzung dieses Erfordernisses ist bis zur einfachen Kapitalmehrheit möglich (§ 182 I 2 AktG), jedoch nicht tiefer (*Krieger*, in: MüHB AG, § 56

Rdnr. 14). Gem. § 182 II 2 AktG muss jede Aktiengattung einzeln zustimmen. Mehrstimmrechte sind gem. § 12 II AktG nicht (mehr) zulässig, Höchststimmrechte nur dann, wenn die Gesellschaft nicht börsennotiert ist (*Heider*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 12 Rdnr. 33).

Die Änderung der Satzung bedarf bei der AG ebenfalls einer Mehrheit gem. § 179 II 2 AktG. Dies kann bis zur einfachen Stimmen- und Kapitalmehrheit herabgesetzt werden (*Semler*, in: Münchener Handbuch AG, § 39 Rdnr. 67). Weitere Einschränkungen können sich z. B. aus § 53 a AktG ergeben.

Kann nur der Staat eine Änderung des Unternehmenszwecks oder des Stammkapitals nicht allein durchsetzen, dann liegt es nahe, eine Kontrolle über die Gesellschaft wie über eine eigene Dienststelle zu verneinen, da er Kapitalausschüttung und Zweck einer solchen frei regeln könnte. Zwar kann die Kapitalausstattung einer Gesellschaft auch über Darlehen finanziert werden, über deren Aufnahme der Vorstand frei entscheidet. Insoweit könnte der Staat per Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand doch über die Kapitalausstattung der Gesellschaft entscheiden. Die Aufnahme von Darlehen ist jedoch nicht in jeder Lage ein gleichwertiger und praktikabler Ersatz für eine Kapitalerhöhung.

Es bleiben daher gewichtige Zweifel am Bestehen einer Kontrollbefugnis im Sinne der Teckal-Grundsätze, wenn der Privatinvestor Kapitalerhöhungen oder Satzungsänderungen faktisch verhindern kann, da beides sowohl für die Tagespolitik als auch für die langfristige Strategie einer Gesellschaft wichtige Faktoren sind.

bb. Konzernrecht

Es bietet sich ferner an, den konzernrechtlichen Begriff der Abhängigkeit (§ 17 I AktG) zu nutzen, um festzustellen, ob eine Kontrolle des Staats über die Gesellschaft wie über eine Dienststelle besteht.

Regeln über miteinander verbundene Unternehmen und insbesondere Konzerne finden sich im AktG für die Fälle, in denen mindestens eine der beteiligten Gesellschaften eine Aktiengesellschaft ist. Für reine GmbH-Konzerne werden diese Regeln im Wesentlichen analog angewandt, da die Interessenlage der bei Aktiengesellschaften entspricht (*Emmerich*, in: *Scholz*, GmbHG, Anh. KonzernR, Rdnr. 12).

Auch das Aktiengesetz geht in diesen Fällen davon aus, dass eine abhängige Gesellschaft nicht autonom handelt, sondern ihre Aktionen am Markt von der Muttergesellschaft bestimmt sind. Infolgedessen müssen Minderheitsaktionäre und Gläubiger in verschiedener Hinsicht geschützt werden.

Eine Auslegung des Begriffs der „Kontrolle“ im Sinne von „Abhängigkeit“ gem. § 17 AktG hat den Vorteil dass bekannte Strukturen verwendet werden und die „Einheit der Rechtsordnung“ berücksichtigt wird, indem Kategorien des Vergaberechts mit denen des Gesellschaftsrechts in Einklang gebracht werden.

Die Qualifikation des Staates bzw. einer Gemeinde als konzernrechtliches Mutterunternehmen ist von der Rechtsprechung akzeptiert worden. Entscheidend dafür, ob ein Aktionär ein Unternehmen im Sinne des § 17 AktG ist, sei eine teleologische Betrachtung der jeweiligen Vorschrift des Konzernrechts (*BGH*, in: *NJW* 1978, 104). Ausreichend sei, dass ein Aktionär mit seiner Beteiligung neben dem Wohl der Gesellschaft Interessen verfolge, die es besorgen lassen, dass er seine Leitungsmacht zu deren Nachteil ausüben könnte (*BGHZ* 69, 334, 336 f.). Dies sei für die öffentliche Hand grundsätzlich möglich (*BGH*, ebda.) und ist auch in den hier relevanten Vergabekonstel-

lationen der Fall, da die jeweilige Gebietskörperschaft mit ihrer Beteiligung das Interesse verfolgt, durch die Gesellschaft ihre Verpflichtungen, z. B. zur Daseinsvorsorge, zu erfüllen.

Ob ein beherrschender Einfluss der öffentlichen Hand über die Gesellschaft im Sinne des § 17 I AktG gegeben ist, ist im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung anhand von § 17 II AktG auszulegen. Es muss hierfür eine Situation bestehen, wie sie regelmäßig für den Mehrheitsaktionär besteht (*Hüffer*, AktG, § 17 Rdnr. 2). Eine Mehrheitsbeteiligung bewirkt daher auch eine diesbezügliche (widerlegliche) Vermutung (*Hüffer*, AktG, § 17 Rdnr. 5). Ferner kann ein beherrschender Einfluss über einen Beherrschungsvertrag ausgeübt werden (*Hüffer*, AktG, § 17 Rdnr. 6). Die Herrschaftsmacht muss jedoch gesellschaftsrechtlich vermittelt sein, insbesondere eine bloße wirtschaftliche Abhängigkeit genügt nicht.

Eine Beschränkung der Kontrolle über die Gesellschaft könnte in § 311 AktG enthalten sein. Dieser verbietet eine Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft, um sie zum Abschluss eines für sie nachteiligen Rechtsgeschäfts zu veranlassen, soweit der hierdurch entstehende Schaden nicht ausgeglichen wird. Bei der Erteilung von Weisungen an untergeordnete Dienststellen besteht eine solche Einschränkung nicht. Wendet man § 311 AktG auf die Public Private Partnership an, ist die Kontrollbeschränkung ein gewichtiges Argument gegen die Teckal-Kriterien.

cc. Vertragliche Regelungen

Kontrollbefugnisse im Sinne des Teckal-Urteils lassen sich durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages im Sinne des § 291 AktG sicherstellen. Dies erfordert einen Vertrag, der hinsichtlich einen Inhalt hat, der den Vorgaben des § 76 I AktG ähnlich ist (*Hüffer*, AktG, § 291 Rdnr. 10).

Ist die öffentliche Hand zugleich Mehrheitsaktionär und als beherrschendes Unternehmen Gläubigerin eines solchen Vertrags, hat sie sowohl die Einflussmöglichkeiten bzgl. der Geschäftsführung auf den Vorstand als auch die Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung. In diesen Fällen dürfte es schwer fallen, eine Kontrolle über die Gesellschaft im Sinne der Teckal-Grundsätze zu verneinen, da der Inhalt des Vertrags die selbe Situation schafft wie ein Dienst- oder Fachaufsichtsrecht: Insbesondere besteht dann ein Weisungsrecht bzgl. der Tagespolitik der Gesellschaft. (Dies gilt vorbehaltlich des oben dargestellten Ergebnisses hinsichtlich Kapitalerhöhungen und Satzungsänderungen.).

dd. Parallele zum Kartellrecht

Eine Lösung bzw. eine Eingrenzung des Problems der Kontrolle könnte über eine vergleichende Betrachtung mit dem Kartellrecht möglich sein.

Gründe für diese Parallele sind vor allem die Ähnlichkeit in der Schutzrichtung beider Gesetze: Beide beabsichtigen einerseits den Schutz des einzelnen Wettbewerbers vor ungleichen Wettbewerbsbedingungen und andererseits den Schutz des Wettbewerbs als Institution (*Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., Vorb. §§ 97 ff. Rdnr. 2; *Reidt/Stickler/Glahs*: Vergaberecht, Kommentar, § 97 Rdnr. 5, s. ferner § 97 I GWB).

Dies ist den Begründungen der umzusetzenden Richtlinien zu entnehmen (z. B. Richtlinie 93/36 vom 14. 6. 1993 ABIEG L 199, 1 [2]). Und auch der Bundesgesetzgeber begründete seine Entscheidung, die Vergaberichtlinien im GWB umzusetzen damit, dass der wettbewerbsrechtlichen Dimension des Vergaberechts Rechnung getragen werden solle (BT-Dr 13/9340 S. 12 [13]). Ein Rückgriff auf kartellrechtliche Begriffe zur Beurteilung ver-

gaberechtlicher Fragestellungen soll grundsätzlich zulässig und nützlich sein (*Vergabeausschuss des Bundes* v. 12. 4. 1995 1 VÜ 1/95, in: WuW/E Verg AB S. 27 [30]; *Kämpfer/Hefshaus*, Städtetag 2000, 36 [39]).

Das Kartellrecht verbietet Verträge zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb spürbar beeinträchtigen sollen oder können (§ 1 GWB, Art. 81, EGV, Sec. 1 Sherman Act). Inwieweit dies auch für Verträge innerhalb von Konzernstrukturen gilt, ist umstritten. Konzerninterne Verträge können als Spiegelbild von in-house-Geschäften begriffen werden (*Gnitke/Siederer*, ZVgR 2000, 236 [237]), da beiden die Außenwirkung, d. h. die Wirkung auf den Markt, fehlen kann.

Eine kartellrechtliche Privilegierung von Verträgen innerhalb von Konzernen wird damit begründet, dass ein konzerninterner Wettbewerb nicht bestehe und somit auch nicht beeinträchtigt werden könne. Der *EuGH* hat sich zu dieser Problematik in verschiedenen Urteilen geäußert: Im ICI-Urteil (Slg. 72, 619, 665 Rdnrn. 132/135, 136/141) wurden erstmals der Begriff der wirtschaftlichen Einheit entwickelt und geurteilt, dass innerhalb solcher Einheiten durch den Abschluss von Vereinbarungen ein Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 81 EGV nicht möglich sei.

Dieser Begriff wurde im *Viho*-Urteil dahingehend weiterentwickelt, dass Verträge zwischen Muttergesellschaften und deren 100%igen Töchtern nicht unter Art. 81 EGV fallen, wenn die Töchter nicht eigenmächtig auf dem Markt agieren (Slg. 1996, I-5482 [5495], Rdnrn. 15/16). Dies war im zu entscheidenden Fall insbesondere auf Grund umfassender Weisungen durch die Mutter gegeben. Das früher diskutierte Kriterium, dass eine Arbeitsteilung zwischen Mutter und Tochter gegeben sein müsste, wurde nicht weiterverfolgt.

Dieses „Konzernprivileg“ wird zum Teil dadurch legitimiert, dass ein „Vertrag“ im Sinne von Art. 81 EGV nicht gegeben sei (Tatbestandslösung). Ferner bestehe innerhalb des Konzerns kein Wettbewerb, so dass dieser auch nicht beeinträchtigt werden könne (Rechtsfolgenlösung – *Gleiss/Hirsch*, Art. 85 Rdnrn. 190 ff.).

Damit steht die Rechtsprechung des *EuGH* zum Konzernprivileg derzeit an einem ähnlichen Punkt wie die des *BGH* für das in-house-Geschäft.

Auch im Kartellrecht wird die Frage nach der Rechtslage in den Fällen diskutiert, in denen die Muttergesellschaft nicht 100% der Anteile an der Tochter hält. Entscheidend für ein „Konzernprivileg“ ist nach allgemeiner Meinung die Kontrolle über die Gesellschaft (*Gleiss/Hirsch*, Art. 85 Rdnr. 194). Dies wird im Wege einer Einzelfallbetrachtung unter Verwendung gesellschaftsrechtlicher Perspektive bewertet.

Besteht ein Beherrschungsvertrag im aktienrechtlichen Sinne, wird überwiegend ein Binnenwettbewerb verneint und damit das Konzernprivileg bejaht (*Fleischer*, AG 1997, 491 [498]; *Langen/Bunte*, GWB, § 1 Rdnr. 146). Dies überzeugt, da ein solcher Vertrag Binnenwettbewerb regelmäßig verhindern will, indem die Muttergesellschaft befähigt wird, eine gewisse Arbeitsteilung zu erzwingen.

Für den Betrieb des GWB wird ein Konzernprivileg auch im faktischen Konzern zugelassen, falls die betreffende Vereinbarung lediglich die Folge der Konzernbindung sei (*OLG Frankfurt a. M.*, WuW/E OLG 3600 [3601]; *Huber*, ZHR 131 (1968, 193 [234])). Andere Stimmen verneinen dies mit Hinweis auf die Regelungen der §§ 311 ff. AktG, die sehr wohl zu einem Binnenwettbewerb führen würden (*Langen/Bunte*, GWB, § 1 Rdnr. 146).

Eine bloße Stimmenmehrheit der Muttergesellschaft in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung der Tochter wird unterschiedlich bewertet.

Die einfache Mehrheit soll für ein Konzernprivileg regelmäßig ausreichen. Zum Teil wird eine Vermutung für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit in diesen Fällen angenommen. Der *EuGH* stützt diese Annahme in den Urteilen *Suiker Unie* und *Commercial Solvents*. Ferner ist auch im Bereich der europäischen Fusionskontrolle der Erwerb einer einfachen Mehrheit eine Konzentration im Sinne der Fusionskontrollverordnung, weshalb eine ausreichende Kontrolle im Sinne des Konzernprivilegs vermutet wird (*Fleischer, AG 1997, 491 [499]*).

Eine qualifizierte Mehrheit soll jedenfalls dann ausreichen, wenn sie dazu führt, dass die Organisation und Willensbildung bestimmt werden kann (*Fleischer, AG 1997, 491 [498]*; *Glöss/Hirsch, Art. 85 Rdnr. 194*).

Eine Minderheitsbeteiligung wird in der Regel als nicht ausreichend angesehen, wenn sie nicht durch schuldrechtliche Verpflichtungen oder faktischen Umständen zu einer Kontrolle führt.

Ob die vergaberechtliche Situation eine Public Private Partnership parallel zu diesen Erkenntnissen beurteilt werden kann und soll, ist umstritten:

Eine Ansicht lehnt eine Verwendung der Erkenntnisse des Kartellrechts für das Vergaberecht ab: Für eine teleologische Reduktion des Vergaberechts sei kein Raum, da dieses nicht nur auf den wettbewerbsrechtlichen Telos reduziert werden könne. Insbesondere sei ein effizientes und transparentes Vorgehen i.S. des § 97 I GWB beabsichtigt. Dieses erfordere auch innerhalb konzernähnlicher Strukturen eine Ausschreibung (*Reidt, ZVgR 2000, 289 [290]*). Dem lässt sich entgegenhalten, dass sich das klassische Kartellrecht von vornherein nur an wirtschaftliche Einheiten wendet. Innerhalb dieser ist es nicht Gesetzeszweck des GWB, die Bildung effizienter Strukturen zu verhindern (*Fleischer, AG 1997, 491 [495/496]*). Ebenso kann es nicht Sinn und Zweck des Vergaberechts sein, den Staat zur Aufgabenerfüllung durch eigene Dienststellen zu zwingen, obwohl die Erledigung über Eigen- bzw. Beteiligungsgesellschaften effizienter wäre.

Auch bestehen Bedenken, den Telos des Vergaberechts leichtfertig auf wettbewerbsfremde Ziele auszuweiten, da die Rechte der Gemeinde aus Art. 28 GG und die der privaten Investoren aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit so verletzt werden können.

Zudem kann den Grundsätzen des § 97 I GWB dadurch Rechnung getragen werden, dass die Ausschreibungspflicht auf die Suche nach dem Privatinvestor vorverlagert wird

Zum Teil wird sogar ausdrücklich gefordert, eine Marktanalyse in Anlehnung an das Kartellrecht auch im Vergaberecht durchzuführen. Eine rein gesellschaftsrechtliche Betrachtung werde dem Zweck des Vergaberechts nicht gerecht. Eine solche Analyse sei zwar nur in der Richtlinie über Sektorenauftraggeber formuliert, aber als allgemeines Prinzip im gesamten Vergaberecht heranzuziehen (*Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 99 Rdnrn. 57 und 60*).

Im Ergebnis ist eine vergaberechtliche Behandlung des in-house-Problems parallel zum Konzernprivileg zu befürworten.

ee. Lösungsmöglichkeit über den Begriff der Auftraggeberreigenschaft in § 98 GWB

Eine weitere, in Literatur und Rechtsprechung bislang nicht diskutierte Lösungsmöglichkeit wäre eine Beurteilung danach, ob das Vergaberecht die Beteiligungsgesell-

schaft selbst als öffentlichen Auftraggeber einstuft oder nicht.

Bei einer Einstufung als öffentlichen Auftraggeber geht das Vergaberecht davon aus, dass es sich bei der Gesellschaft um einen (ausgelagerten) Teil der Verwaltung handelt. Verträge zwischen diesem und dem Staat ließen sich als verwaltungsinterne Vorgänge ansehen und wären vergaberechtlich nicht relevant. Dies entspricht der Dogmatik des Konzernprivilegs im Kartellrecht.

Dennoch hat der *EuGH* diese Überlegung im Urteil „ARGE Gewässerschutz“ ohne nähere Begründung abgelehnt (NZBau 2001, 99 [101]).

Vorteile einer solchen Lösung liegen jedoch auf der Hand: § 98 Nr. 2 GWB würde für die Ausschreibungspflicht konkrete und leicht nachprüfbare Kriterien liefern, die für alle Beteiligten Klarheit und Rechtssicherheit schaffen würden. Diese würden regelmäßig übereinstimmen mit den kartellrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Wertungen und sind zudem in § 98 GWB standardisiert, wodurch eine einfache und gleichmäßige Rechtsanwendung ermöglicht wird. Allerdings kann diese Pauschalisierung die materielle Einzelfallgerechtigkeit reduzieren.

IV. Zusammenfassung des Ergebnisses

Der *BGH* lässt unter Anwendung des Teckal-Urteils eine Vergabefreiheit zu, wenn die öffentliche Hand 100% der Anteile hält, die private Gesellschaft im Wesentlichen für ihn tätig ist und sie auch sonst Kontrolle über die Gesellschaft inne hat.

Die Frage nach der Rechtslage bei Beteiligung eines privaten Investors wurde ausdrücklich offen gelassen, der *BGH* scheint sich aber streng an den Vorgaben des *EuGH* zu orientieren. Entscheidend ist dann, ob der Staat eine Kontrolle über die Gesellschaft „wie über eine eigene Dienststelle“ ausübt.

Am vielversprechendsten erscheint hierbei, die Lösung in der Übernahme konzernrechtlicher Wertungen zu suchen. Dies wird regelmäßig auch zur Übereinstimmung mit Wertungen des klassischen Kartellrechts, insbesondere des so genannten Konzernprivilegs führen, aber eine umfassende wirtschaftliche Analyse des Marktes erfordern.

Eine Alternative dazu könnte eine Unterscheidung danach sein, ob die Beteiligungsgesellschaft selbst als öffentlicher Auftraggeber anzusehen ist oder nicht. Dies würde regelmäßig zu gesellschaftsrechtlich und kartellrechtlich annehmbaren Ergebnissen führen, hätte den Vorteil einfacherer Rechtsanwendung mit Hilfe klarer gesetzlicher Kriterien. Diese Rechtssicherheit würde aber in Grenzfällen auf Kosten materieller Gerechtigkeit erlangt.