

## Vergaberecht

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben und erläutert von Prof. Dr. Jan Ziekow, und Uwe-Carsten Völlink, Rechtsanwalt,  
Bearbeiterverzeichnis: Dr. Clemens Antweiler, Rechtsanwalt, Dr. Eick Busz, Rechtsanwalt, Jens Bernhardt,  
Rechtsanwalt, Dr. Christian Braun, Rechtsanwalt, Dr. Alfred G. Debus, Heinz-Peter Dicks, Vorsitzender  
Richter am Oberlandesgericht, Dr. Kerstin Dittmann, Anne-Christin Frister, Richterin am Oberlandesgericht,  
Dr. Klaus Greb, Dipl.-Verwaltungswirt (FH), Rechtsanwalt, Dr. Tobias Hänsel, Rechtsanwalt, Dr. Alexander  
Herrmann, Rechtsanwalt, Dr. Norbert Huber, Rechtsanwalt, Dr. Philipp Kraus, Rechtsanwalt, Dr. Alexandra  
Losch, Rechtsanwältin, Dr. Moritz Püstow, Rechtsanwalt, Dr. Annette Rosenkötter, Rechtsanwältin, Prof.  
Dr. Thorsten Siegel, Matthias Steck, Bernhard Stolz, Rechtsanwalt, Brigitta Trutzel, Rechtsanwältin, Prof.  
Dr. Alexander Wichmann, Rechtsanwalt, und Prof. Dr. Holger Zuck, Rechtsanwalt

3. Auflage 2018. Buch. XXXVI, 2396 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 69504 9

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht, Vergaberecht > Vergaberecht](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Schriftlichkeit des zwischen Auftraggeber und Unternehmen geschlossenen Vertrags. Eine unionskonforme Auslegung des § 103 Abs. 1 GWB ist insofern weder geboten noch zulässig. Es ist dem nationalen Gesetzgeber unbenommen, den Anwendungsbereich vergaberechtlicher Regelungen **weiter zu fassen als vom EU-Recht vorgegeben**. § 103 Abs. 1 GWB erfasst daher auch solche Verträge über eine Beschaffung, die in anderer als schriftlicher Form geschlossen werden.<sup>44</sup> Die Einzelheiten der Formanforderungen an die Abgabe und Übermittlung von Angeboten sowie die Zuschlagserteilung sind im untergesetzlichen Recht geregelt (vgl. §§ 53, 62 VgV).

**ff) Entgeltlichkeit.** Ein öffentlicher Auftrag i. S. v. § 103 Abs. 1 GWB liegt nur vor, wenn es sich um einen entgeltlichen Vertrag handelt. Mit Blick darauf, dass die Entgeltlichkeit auch Kriterium der Konzession i. S. v. § 105 Abs. 1 GWB ist, muss der Begriff der Entgeltlichkeit in einer Weise verstanden werden, die der **Form des öffentlichen Auftrags** ebenso gerecht wird wie der der Konzession. Danach wird das Kriterium der Entgeltlichkeit durch zwei Elemente näher ausgeformt: das Element der Art der Leistung und das des Zahlungsflusses. Während das **Element der Art der Leistung** sich gleichermaßen auf Aufträge wie Konzessionen bezieht, hat die **Frage der Zahlungsströme** für Aufträge und Konzessionen unterschiedliche – und abgrenzende – Bedeutung.

Inhaltlich ist der Begriff der Entgeltlichkeit weit zu verstehen und nicht auf die **Zahlung eines Geldbetrags beschränkt**.<sup>45</sup> Ausreichend ist vielmehr jeder vom Unternehmer für seine Leistung erlangte geldwerte Vorteil.<sup>46</sup> Entgeltlich i. S. v. § 103 Abs. 1 GWB ist daher z. B. auch ein Vertrag, durch den sich der Auftraggeber zur Überlassung von Gütern oder Grundstücken an den Unternehmer verpflichtet, wenn der Unternehmer durch die Verwertung dieser Güter Einnahmen zu erzielen beabsichtigt.<sup>47</sup> Gleches gilt für die verbilligte Überlassung eines Grundstücks an den Auftragnehmer<sup>48</sup> oder den Verzicht des Auftraggebers auf die Geltendmachung einer Forderung gegen den Auftragnehmer, z. B. auf Zahlung von Erschließungsbeiträgen.<sup>49</sup>

Kein konstitutives Merkmal der Entgeltlichkeit ist eine **Gewinnerzielungsabsicht des Auftragnehmers**.<sup>50</sup> Daher sind auch Verträge, die dem Auftragnehmer eine **bloße Kostenerstattung** gewähren, entgeltlich, und zwar auch dann, wenn die Erstattung nicht alle Kosten abdeckt.<sup>51</sup> Allerdings muss sich die Kostenerstattung auf die Erbringung einer Bau-, Dienst- oder Lieferleistung und nicht auf ein anderes Rechtsverhältnis wie z. B. eine wegerechtliche Belastung beziehen.<sup>52</sup> Die Grenze zur Unentgeltlichkeit wird erst dann überschritten, wenn der Unternehmer seine Leistung ohne Gewährung einer geldwerten Gegenleistung oder zumindest die Einräumung der Möglichkeit, sich anderweitig zu refinanzieren, erbringt.

Der Entgeltlichkeitsbegriff ist auch deshalb weit zu fassen, weil er weder eine **synallagmatische Verknüpfung** der Gegenleistung mit der Leistung des Auftrag-

<sup>44</sup> BayObLG VergabeR 2001, 55, 57 ff.; OLG Naumburg NZBau 2012, 258, 259.

<sup>45</sup> A. M. Werner/Köster NZBau 2003, 420, 421 ff.

<sup>46</sup> BayObLG VergabeR 2003, 329, 330 ff.; OLG Celle NZBau 2005, 51, 52; OLG Celle VergabeR 2015, 50, 52; OLG Düsseldorf NZBau 2004, 398, 399; OLG Düsseldorf NZBau 2005, 652; OLG Naumburg NZBau 2006, 58, 62; OLG Naumburg NZBau 2012, 258, 260.

<sup>47</sup> BGH NZBau 2005, 290, 293.

<sup>48</sup> OLG Schleswig VergabeR 2013, 577, 585.

<sup>49</sup> EuGH Slg. 2001, I-5409 Rn. 81 ff. – Teatro alla Bicocca.

<sup>50</sup> EuGH VergabeR 2013, 686 Rn. 29 – Piepenbrock; EuGH NZBau 2016, 177 Rn. 52 – CASTA; OLG Naumburg NZBau 2006, 58, 62.

<sup>51</sup> EuGH NZBau 2013, 114 Rn. 29 – Lecce. EuGH VergabeR 2013, 686 Rn. 31 – Piepenbrock; EuGH NZBau 2015, 377 Rn. 37 – Spezzino; OLG Düsseldorf VergabeR 2014, 169, 170.

<sup>52</sup> OLG Schleswig VergabeR 2013, 577, 584.

nehmers<sup>53</sup> noch eine Leistungsgewährung unmittelbar aus eigenen (Haushalts-)Mitteln des öffentlichen Auftraggebers<sup>54</sup> voraussetzt. Es kommt nicht darauf an, ob der Unternehmer die Gegenleistung für die von ihm auftragsgemäß erbrachte Leistung von dem Auftraggeber oder Dritten erhält.<sup>55</sup> Es reicht vielmehr aus, dass die von einem Dritten erbrachte Leistung dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen ist.<sup>56</sup> Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Entgeltlichkeit einer Dienstleistung nach Art. 57 AEUV.<sup>57</sup> Von Bedeutung ist die Frage der Herkunft und des Flusses der Mittel für die Gegenleistung aber für die Unterscheidung zwischen öffentlichem Auftrag und Konzession.

- 42 (1) **Öffentliche Aufträge.** Ein öffentlicher Auftrag i. S. d. § 103 GWB liegt in Abgrenzung zur Konzession nur vor, wenn die **Gegenleistung**, die der Unternehmer erhält, im Wesentlichen **vom Auftraggeber** stammt. Das hat die Kommission bereits in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht aus dem Jahre 2000 klargestellt.<sup>58</sup> In Übereinstimmung damit hat der EuGH ausgeführt: „Der entgeltliche Charakter des Vertrages bezieht sich auf die Gegenleistung der öffentlichen Verwaltung für die Ausführung von Bauvorhaben“.<sup>59</sup> Allerdings liegt eine dem Auftraggeber zuzurechnende, das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags begründende Gegenleistung auch dann vor, wenn diese Leistung rechtlich in Erfüllung einer Verpflichtung des Auftraggebers gegenüber Dritten erfolgt, denen gegenüber der Auftragnehmer die Leistung tatsächlich erbracht hat. Denn auch in diesem Fall stammen die dem Auftragnehmer zufließenden Mittel vom Auftraggeber.<sup>60</sup>

- 43 (2) **Konzessionen.** Im Unterschied zum öffentlichen Auftrag stammt bei der Konzession die Gegenleistung gerade nicht vom öffentlichen Auftraggeber, jedenfalls nicht in einem Umfang, der dem Konzessionär das Betriebsrisiko (dazu § 105 GWB Rn. 24 ff.) abnehmen würde. Während die Entgeltlichkeit beim öffentlichen Auftrag durch eine Leistung des Auftraggebers an den Auftragnehmer im Rahmen eines zweipoligen „Entgeltlichkeitsverhältnisses“ hergestellt wird, liegt bei der Konzession strukturell ein dreipoliges „Entgeltlichkeitsverhältnis“ zwischen Auftraggeber, Auftragnehmer und einem an den Auftragnehmer leistenden Dritten vor<sup>61</sup> (im Einzelnen § 105 GWB Rn. 14 ff.).

- 44 b) **Verfolgung eines Beschaffungszwecks.** aa) **Grundsätze.** Bereits der Zwecksetzung des Vergaberechts nach liegt ein seinen Regelungen unterfallender öffentlicher Auftrag nicht schon immer dann vor, wenn eine dem Staat zuzurechnende Organisationseinheit am Markt tätig wird. Ausweislich des Erwägungsgrundes 1 der VRL zielt das EU-Vergabegesetz darauf ab, die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb zu garantieren. **Vorgänge, die nicht dem Beschaffungswesen zuzuordnen sind**, unterfallen mithin von vornherein nicht den

<sup>53</sup> BayObLG VergabeR 2003, 329, 331; OLG Celle VergabeR 2015, 50, 52.

<sup>54</sup> EuGH NVwZ 2005, 74 Rn. 20; KG NZBau 2005, 538, 541; OLG Celle VergabeR 2015, 50, 52. A. M. Rindtorff/Gabriel VergabeR 2004, 16, 23.

<sup>55</sup> EuGH NVwZ 2007, 316 Rn. 45 – Stadt Roanne; OLG Düsseldorf NZBau 2007, 530, 532 – Ahlhorn; Pieper DVBL 2000, 160, 165. A. M. Stickler in Reidt/Stickler/Glahs, § 99 Rn. 5; Wilke ZfBR 2002, 231, 232.

<sup>56</sup> Dreher in Immenga/Mestmäcker, § 99 Rn. 52.

<sup>57</sup> Dazu EuGH Slg. 1988, 2085 Rn. 16 – Bond van Adverteerders; EuGH Slg. 2000, I-2549 Rn. 56 – Delière.

<sup>58</sup> ABl. Nr. C 121/2 v. 29.4.2000, dort sub 2.1.2. Ebenso Stickler in Reidt/Stickler/Glahs, § 99 Rn. 5.

<sup>59</sup> EuGH Slg. 2001, I-5409 Rn. 77 – Teatro alla Bicocca (Hervorhebung durch den Verf.).

<sup>60</sup> OLG Düsseldorf VergabeR 2012, 469, 471 f.

<sup>61</sup> Vgl. EuGH NZBau 2012, 193 Rn. 41 – Norma A.

sekundärrechtlichen Vergaberichtlinien. Lücken der Anwendbarkeit des Unionsrechts können daraus nicht entstehen, unterliegen doch auch alle Vorgänge, die keinen Beschaffungscharakter aufweisen, dem Primärrecht des AEUV, insbesondere den Grundfreiheiten und den aus diesen abzuleitenden Anforderungen an Gleichbehandlung und Transparenz (vgl. Einleitung vor § 97 GWB Rn. 11 ff.).

Das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags setzt daher gemäß § 103 Abs. 1 GWB 45 voraus, dass das fragliche **Rechtsgeschäft einen Beschaffungscharakter aufweist**. Der öffentliche Auftraggeber muss gerade zum Zwecke der Beschaffung als Nachfrager einer Ware oder Leistung am Markt tätig werden. Dass der Staat durch das EU-Vergaberecht **nur in seiner Rolle als Nachfrager** erfasst wird, bestätigt die Rechtsprechung des EuGH, wenn der Gerichtshof auf die Schutzrichtung der Koordinierungsrichtlinien hinweist, Wirtschaftsteilnehmer zu schützen, „die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten“.<sup>62</sup>

Gleichwohl ist die **Notwendigkeit des Vorliegens eines Beschaffungszwecks** 46 vom OLG Düsseldorf in Frage gezogen worden<sup>63</sup> – einer These, der man bei näherer Betrachtung nicht wird zustimmen können.<sup>64</sup> Beschaffungen ohne Beschaffungszweck gibt es nicht. Betrachtet man das öffentliche Beschaffungswesen strukturell, so wirkt es subsidiarisch: Der – sekundäre – Beschaffungsakt soll dem Auftraggeber die Mittel dafür verschaffen, eine – primäre – Aufgabe zu erfüllen. Eine Beschaffung ohne diese **subsidiarische Beziehung zu einer Primäraufgabe** gibt es im Bereich des öffentlichen Auftragwesens nicht. Welcher Gestalt die Primäraufgabe ist, ist allerdings unerheblich. Der EuGH hat immer wieder betont, dass es nicht darauf ankommt, ob es sich bei der Primäraufgabe um eine im Allgemeininteresse liegende oder um eine andere, nämlich eine der wirtschaftlichen Betätigung des Auftraggebers zuzurechnende, Aufgabe handelt.<sup>65</sup> Dass der EuGH auch Vorgänge ohne jeden Bezug zur Erfüllung einer Aufgabe der Anwendung des EU-Vergaberechts unterwerfen wollte, dürfte ein Missverständnis sein. Die vom OLG Düsseldorf in Bezug genommene **Passage** der „Stadt Roanne“-Entscheidung, in der der EuGH ausgeführt habe, dass es auf die Erwerbs- und Nutzungsabsichten des Auftraggebers nicht ankomme,<sup>66</sup> bezog sich nicht auf die Erforderlichkeit eines Beschaffungszwecks, sondern auf die davon verschiedene Frage, ob sich der Bau nach den Erfordernissen des Auftraggebers richtet.<sup>67</sup>

Wenn es also keine Beschaffungen ohne Beschaffungszweck gibt, so besteht die entscheidende Frage darin, **welcher Gestalt der Beschaffungszweck** sein muss. Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH kommt es zunächst nicht darauf an, ob der Auftraggeber mit dem Vertrag seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben erfüllt oder nicht;<sup>68</sup> die für den Auftraggeberbegriff nach § 99 Nr. 2 GWB geltende Abgrenzung ist nicht auf den Begriff des öffentlichen Auftrags übertragbar. Für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags ist es unerheblich, ob der öffentliche Auftraggeber mit diesem Auftrag seine im Allgemeininteresse liegenden oder andere Aufgaben erfüllen bzw. eingegangenen Verpflichtungen nachkommen will.<sup>69</sup>

<sup>62</sup> EuGH NZBau 2008, 130 Rn. 38 – Bayerischer Rundfunk.

<sup>63</sup> OLG Düsseldorf NZBau 2007, 530, 531 ff.; OLG Düsseldorf VergabeR 2008, 99, 101; OLG Düsseldorf NZBau 2008, 271, 274.

<sup>64</sup> Krohn ZfBR 2008, 27, 28 ff. Dem OLG Düsseldorf zustimmend hingegen wohl Vetter/Bergmann NVwZ 2008, 133, 135.

<sup>65</sup> EuGH Slg. 1998, I-73 Rn. 32 – Mannesmann; EuGH Slg. 2004, I-11197 Rn. 18; EuGH Slg. 2005, I-1 Rn. 26 – Stadt Halle; EuGH NVwZ 2005, 74 Rn. 18 – Donauwald.

<sup>66</sup> OLG Düsseldorf NZBau 2007, 530, 531.

<sup>67</sup> EuGH NVwZ 2007, 316 Rn. 39 ff. – Roanne.

<sup>68</sup> EuGH NZBau 2010, 574 Rn. 73.

<sup>69</sup> EuGH EuZW 2011, 257 Rn. 30 – Oulun kaupunki. A. M. wohl OLG München NZBau 2011, 380, 382.

- 48** Der Beschaffungszweck besteht vielmehr darin, dass der öffentliche Auftraggeber eine **Leistung** erhält, die im **unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des Auftraggebers** liegt.<sup>70</sup> Für das Bestehen eines derartigen wirtschaftlichen Interesses des Auftraggebers ist es zwar in jedem Falle ausreichend, dass der Auftraggeber Eigentümer der betreffenden Leistung wird, ohne dass dies jedoch zwingend erforderlich wäre. Ein wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers ist vielmehr auch dann anzunehmen, wenn er zur Realisierung der öffentlichen Zweckbestimmung des Leistungsgegenstands eine rechtlich abgesicherte Verfügungsbefugnis über die Leistung erhält oder der öffentliche Auftraggeber wirtschaftliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Leistungsgegenstands ziehen kann, er an der Leistungserstellung finanziell beteiligt ist oder er im Fall eines wirtschaftlichen Fehlschlages der Leistung Risiken trägt.<sup>71</sup> Darüber hinaus besteht ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers auch dann, wenn der fragliche Vertrag dazu dient, dass der öffentliche Auftraggeber seine gegenüber Dritten – nicht aber gegenüber der Gesamtbevölkerung obliegende öffentliche Aufgaben<sup>72</sup> – bestehende Verpflichtung erfüllt (Bsp.: Abschluss eines Gruppenversicherungsvertrags mit einem gewerblichen Versicherer gegen Zahlung einer Versicherungsprämie durch kommunalen Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Verpflichtung zur Sicherstellung von Versorgungsleistungen durch Entgeltumwandlung seiner Arbeitnehmer).<sup>73</sup>
- 49** Aus dem Erfordernis, dass es sich um „ein **unmittelbares wirtschaftliches Interesse**“ des Auftraggebers an der Leistung, „die Gegenstand des **Auftrags** ist“, handeln muss,<sup>74</sup> ist zu schließen, dass ein nur mittelbares Interesse des Auftraggebers für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht ausreicht. Dass der private Vertragspartner Leistungen erbringt, die der **Verwirklichung öffentlicher Interessen**, z. B. an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung, dienen, genügt insoweit nicht.<sup>75</sup> Dementsprechend liegt auch ein den Anforderungen des § 103 Abs. 1 GWB genügender öffentlicher Auftrag nicht bereits dann in Gestalt einer sog. **mittelbaren Beschaffung** vor, wenn „die Gegenleistung den öffentlichen Auftraggeber bei der Wahrnehmung ihm obliegender Aufgaben, insbesondere der Daseinsvorsorge, nennenswert unterstützt“.<sup>76</sup> Erforderlich ist vielmehr zumindest die Erzielung eines unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteils durch den Auftraggeber (vgl. § 103 GWB Rn. 48). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Auftragnehmer durch den Auftraggeber vertraglich dazu verpflichtet wird, Parkraum für die Allgemeinheit zu beschaffen.<sup>77</sup>
- 50 bb) Veräußerungsgeschäfte der öffentlichen Hand.** Da ein öffentlicher Auftrag i. S. v. § 103 Abs. 1 GWB nur vorliegt wenn ein öffentlicher Auftraggeber in Verfolgung eines Beschaffungszwecks als Nachfrager einer Leistung auftritt, fällt die Veräußerung von Vermögensgegenständen durch die öffentliche Hand grundsätzlich

<sup>70</sup> EuGH NVwZ 2010, 565 Rn. 48 f. – Müller; EuGH NZBau 2010, 574 Rn. 75; EuGH NZBau 2017, 105 Rn. 43 – Remondis.

<sup>71</sup> EuGH NVwZ 2010, 565 Rn. 50 ff. – Müller.

<sup>72</sup> A. M. OLG München NZBau 2011, 380, 382.

<sup>73</sup> EuGH NZBau 2010, 574 Rn. 75 ff.

<sup>74</sup> EuGH NVwZ 2010, 565 Rn. 49, 54 – Müller (Hervorhebungen durch den Verf.).

<sup>75</sup> EuGH NVwZ 2010, 565 Rn. 57 – Müller; BayObLG NZBau 2002, 108; VGH Kassel ZFBR 2006, 806, 807. A. M. die sog. Ahlhorn-Rechtsprechung: OLG Düsseldorf NZBau 2007, 530, 531 ff.; OLG Düsseldorf VergabeR 2007, 634, 637; OLG Düsseldorf NZBau 2008, 138, 140; OLG Düsseldorf NZBau 2008, 271, 273 ff.; OLG Bremen VergabeR 2008, 558, 559 ff.; OLG Karlsruhe NZBau 2008, 537, 538. Aufgegeben durch OLG Düsseldorf NZBau 2010, 580.

<sup>76</sup> So aber OLG München VergabeR 2012, 496, 498. Ebenso schon OLG München NZBau 2011, 380, 382.

<sup>77</sup> OLG Düsseldorf NZBau 2010, 580, 581.

**nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts.**<sup>78</sup> Eine Ausnahme gilt allerdings, wenn das Veräußerungsgeschäft mit einem Beschaffungsvorgang verbunden ist. Die in der Praxis wichtigsten Fallgruppen solcher **Veräußerungsgeschäfte mit Beschaffungsbezug** finden sich in den Bereichen der Veräußerung von Grundstücken (vgl. § 103 GWB Rn. 51 ff.) und dem Verkauf von Gesellschaftsanteilen (vgl. § 103 GWB Rn. 54 ff.).

**(1) Veräußerung von Grundstücken/Investorenauswahlverfahren.** Die Veräußerung von im kommunalen oder staatlichen Eigentum stehenden Grundstücken stellt in der Regel **keinen öffentlichen Auftrag** i. S. v. § 103 Abs. 1 GWB dar.<sup>79</sup> Zu beachten ist, dass die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht für die Veräußerung von Grundstücken gilt (vgl. § 107 GWB Rn. 31). Gleiches gilt für die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken (vgl. § 107 GWB Rn. 31). Unabhängig von der Anwendbarkeit vergaberechtlicher Regelungen unterliegt allerdings auch die Grundstücksveräußerung den Anforderungen des AEUV. So kann der Verkauf eines Grundstücks an ein Unternehmen durch die öffentliche Hand **unter Marktpreis eine Beihilfe** i. S. v. Art. 107 AEUV darstellen.<sup>80</sup> Deshalb ist bei Grundstücksverkäufen die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV<sup>81</sup> zu beachten. Sie sieht zur Ermittlung eines Marktpreises zwei Verfahrensalternativen vor, nämlich einen Verkauf durch ein transparentes, diskriminierungsfreies bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren – vorzugsweise unter Beachtung der Vorschriften der Vergaberichtlinien – (Beihilfekanntmachung Rn. 89 ff.) und eine Wertermittlung durch einen unabhängigen Sachverständigen, um auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktpreis zu ermitteln (Beihilfekanntmachung Rn. 103). Die unter Marktpreis erfolgende Veräußerung stellt dabei auch nicht dann einen zum wirtschaftlichen Vorteil des öffentlichen Auftraggebers erfolgenden Beschaffungsvorgang dar, wenn der Auftraggeber damit öffentliche Aufgaben wie z. B. den sozialen Wohnungsbau fördert.<sup>82</sup> Zusätzlich ist auch insoweit das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zu beachten, dessen Beachtung ebenfalls durch ein **geordnetes Bieterverfahren** sichergestellt werden kann.

Allerdings kann eine **Grundstücksveräußerung ein öffentlicher Auftrag** sein, <sup>52</sup> wenn sie in Verfolgung eines Beschaffungszwecks erfolgt. Hierfür reicht es zwar nicht aus, dass ein öffentlicher Auftraggeber das Grundstück im Interesse an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung<sup>83</sup> an einen Investor veräußert, wohl aber beispielsweise, dass sich der Letztere zur Erbringung und Verwertung der Bauleistung unter Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an den wirtschaftlichen Vorteilen verpflichtet. Unproblematisch erfüllt sind die Kriterien eines öffentlichen Auftrags, wenn das Grundstück als Entgelt für eine vom Erwerber zu erbringende Leistung hingegeben wird oder ein Preisnachlass erfolgt.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> EuGH NVwZ 2010, 565 Rn. 41 – Müller.

<sup>79</sup> EuGH NVwZ 2010, 565 Rn. 41 – Müller; BGH VergabeR 2008, 649, 650.

<sup>80</sup> EuG Slg. 2002, II-1275 Rn. 73 – Territorio Histórico de Álava; Slg. 2004, II-3145 Rn. 45 – Valmont.

<sup>81</sup> ABl. Nr. C 262/1 vom 19.7.2016.

<sup>82</sup> OLG München NZBau 2012, 134, 136.

<sup>83</sup> EuGH NVwZ 2010, 565 Rn. 57 – Müller; BayObLG NZBau 2002, 108; VGH Kassel ZfBR 2006, 806, 807. A. M. die sog. Ahlhorn-Rechtsprechung OLG Düsseldorf NZBau 2007, 530, 531 ff.; OLG Düsseldorf VergabeR 2007, 634, 637; OLG Düsseldorf NZBau 2008, 138, 140; OLG Düsseldorf VergabeR 2008, 99, 101; OLG Düsseldorf NZBau 2008, 271, 273 ff.; OLG Bremen VergabeR 2008, 558, 559 ff.; OLG Karlsruhe NZBau 2008, 537, 538. Aufgegeben durch OLG Düsseldorf NZBau 2010, 580.

<sup>84</sup> Vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2010, 580, 581 f.

- 53 Die Frage, ob die **Veräußerung eines Grundstücks zusammen mit der späteren Vergabe eines Bauauftrags** in Bezug auf dieses Grundstück unter vergaberechtlichem Blickwinkel als Einheit zu behandeln ist, so dass auch schon die Veräußerung des Grundstücks ausschreibungspflichtig ist, hat der EuGH offen gelassen. Allerdings wird man aus dem Hinweis, es sei „vernünftig“, eine solche Bewertung „nicht von vornherein auszuschließen“,<sup>85</sup> entnehmen können, dass die **Behandlung als einheitlicher Vorgang** unter bestimmten Voraussetzungen geboten ist. Erforderlich dafür ist in jedem Fall, dass sich ein solcher Zusammenhang aus den von den Beteiligten rechtsverbindlich eingegangenen Verpflichtungen ergibt. Bloße Absichtserklärungen reichen hingegen selbst dann nicht aus, wenn sie in schriftlicher Form vorliegen sollten.<sup>86</sup>
- 54 (2) **Gründung von Organisationen, Verkauf von Gesellschaftsanteilen.** Gründen öffentliche Auftraggeber mit anderen öffentlichen Auftraggebern und/oder Privaten eine Organisation, sei es wie ein Zweckverband öffentlich-rechtlicher, sei es wie eine GmbH privatrechtlicher Natur, so ist dieser Vorgang zunächst als vergaberechtlich unbedacht anzusehen. Die **Schaffung einer Organisation** ist keine Beschaffung von Lieferungen oder Leistungen. Anders kann es sich jedoch verhalten, wenn der Organisation die Erfüllung von Aufgaben der gründenden öffentlichen Auftraggeber und die Erbringung damit verbundener Leistungen übertragen werden. In solchen Fällen eines **mehrschrittigen Vorgangs** bedarf es einer gesamtheitlichen Bewertung des Vorgangs und seiner Zielsetzung unter dem Gesichtspunkt, ob der Vorgang in seiner Gesamtheit als öffentlicher Auftrag i.S.v § 103 Abs. 1 GWB einzustufen ist.<sup>87</sup>
- 55 Der bloße Verkauf von Anteilen, die ein öffentlicher Auftraggeber an einer Gesellschaft hält, ist nicht als öffentlicher Auftrag i. S. v. § 103 Abs. 1 GWB zu bewerten.<sup>88</sup> Der Auftraggeber tritt insoweit **nicht als Nachfrager** in Verfolgung eines Beschaffungszwecks, sondern als Anbieter auf. Anderes gilt aber, wenn der **Verkauf der Gesellschaftsanteile mit einem Beschaffungsgeschäft verbunden** ist. Insoweit kommen im Wesentlichen folgende Konstellationen in Betracht:
- Die Gesellschaft, deren Anteile bisher vollständig in der Hand eines oder mehrerer öffentlicher Auftraggeber waren, ist im Wege eines der Anwendung des Vergaberechts entzogenen Inhouse-Geschäfts i. S. v. § 108 GWB **mit der Leistungserbringung beauftragt** worden. Später sollen **Anteile an dieser Gesellschaft an einen Privaten veräußert** werden. – Konstellation 1.
  - **Anteile** einer bisher im Alleinbesitz eines oder mehrerer öffentlicher Auftraggeber stehenden Gesellschaft, die bisher nicht mit der Erbringung von Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen gegenüber den Auftraggebern betraut war, sollen **an Private verkauft** werden. Erst nach dem Verkauf soll die **Gesellschaft mit der Erbringung solcher Leistungen beauftragt** werden. – Konstellation 2.
  - Der öffentliche Auftraggeber und ein privates Unternehmen **gründen eine gemischtirtschaftliche Gesellschaft**, die bestimmte Leistungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber erbringen soll. – Konstellation 3.
- 56 Bei **isolierter Betrachtung** handelt es sich in beiden Konstellationen nicht um ein Auftreten eines öffentlichen Auftraggebers als Nachfrager – wie von § 103 Abs. 1 GWB gefordert –, sondern um ein **Angebotsverhalten in Form des Verkaufs der Gesellschaftsanteile**. Ein Beschaffungsbezug könnte dieser Veräußerung nur insofern anhaften, als die Gesellschaft vor (Konstellation 1) bzw. nach (Konstellation 2) dem Anteilsverkauf mit der Erbringung von Leistungen i. S. v. § 103 GWB beauftragt wurde bzw. werden soll. In Konstellation 1 besteht zusätzlich die Besonderheit,

<sup>85</sup> EuGH NVwZ 2010, 565 Rn. 82 – Müller.

<sup>86</sup> EuGH NVwZ 2010, 565 Rn. 84 ff. – Müller.

<sup>87</sup> EuGH NZBau 2017, 105 Rn. 37 – Remondis.

<sup>88</sup> OLG Brandenburg NZBau 2001, 645, 646.

dass bei isolierter Betrachtung auch die Beauftragung der Gesellschaft durch den oder die öffentlichen Auftraggeber als Inhouse-Geschäft vergaberechtsfrei war.

- Gleichwohl lautet die Gleichung in Konstellation 1 nicht zwingend: vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft + vergaberechtsfreier Anteilsverkauf = vergaberechtsfreier Gesamtvorgang. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann es sich vielmehr um eine **gestreckte Auftragsvergabe** handeln, wenn der betreffende Auftrag über eine mehrere gesonderte Schritte umfassende **künstliche Konstruktion**, nämlich die Gründung der Gesellschaft, deren Beauftragung durch den öffentlichen Auftraggeber und den Anteilsverkauf, an eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft vergeben wurde. Um die praktische Wirksamkeit des unionsrechtlichen Vergabekoordinierungsrechts zu gewährleisten, kommt es daher nicht auf die rein zeitliche Abfolge der Schritte, sondern eine Betrachtung der Gesamtheit der Schritte sowie ihrer Zielsetzung an.<sup>89</sup> Für die Bewertung maßgebende Gesichtspunkte sind u. a. der zeitliche Abstand zwischen den verschiedenen Schritten und die zu Beginn des Prozesses bestehende Motivlage.<sup>90</sup> Die Behandlung dieses Problems richtet sich nach den Grundsätzen über den für die Beurteilung des Vorliegens eines vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäfts maßgebenden Zeitpunkt (dazu § 108 GWB Rn. 54 ff.).
- In Konstellation 2 liegt in der Beauftragung der zuvor entstandenen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, die nicht inhouse-fähig ist (vgl. § 108 GWB Rn. 46 ff.), unzweifelhaft die Vergabe eines öffentlichen Auftrags i. S. v. § 103 Abs. 1 GWB. Fraglich kann allenfalls sein, ob wegen eines **Gesamtzusammenhang von Auftragserteilung und vorangehender Gesellschaftsgründung bzw. Anteilsveräußerung** die letztere *zusätzlich* als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren und auszuschreiben ist. Hierfür besteht allerdings kein Bedürfnis, weil die Schwelle zu einem vergaberechtlich relevanten Verhalten erst durch die Erteilung des Auftrags überschritten wird. Die gemeinsame Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens durch die öffentliche Hand und private Unternehmen fällt nicht unter das Vergaberecht.<sup>91</sup> Allerdings darf die Gesellschaftsgründung nicht dazu dienen, die Übertragung von öffentlichen Aufträgen an den privaten Partner zu verschleiern.<sup>92</sup> **Spätere Veräußerungen von Anteilen** durch öffentlich-rechtlich verfasste Gesellschafter unterliegen nicht dem Vergaberecht.<sup>93</sup>
- Während die Gründung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft in Konstellation 3 nicht dem Vergaberecht unterliegt,<sup>94</sup> würde die Verpflichtung dieser Gesellschaft zur Erbringung der Leistungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber bei isolierter Betrachtung ausschreibungspflichtig sein. Für die **Beurteilung eines beider Elemente umschließenden Vertrags** gelten die allgemeinen **Grundsätze für die Behandlung gemischter Verträge** (§ 111 GWB Rn. 7 ff.),<sup>95</sup> so dass zunächst die Trennbarkeit der einzelnen Vertragsbestandteile zu prüfen ist. Ist diese gegeben, so bleibt der sich auf die Gesellschaftsgründung als solche beziehende Teil ausschreibungsfrei, während der die Leistungserbringung durch die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft betreffende Teil dem Vergaberecht unterliegt.<sup>96</sup> Bildet der Gesamtvertrag hingegen ein unteilbares Ganzes, so ist weiter zu untersuchen, welcher Teil den Hauptgegenstand darstellt.<sup>97</sup> Ist die Gesell-

<sup>89</sup> EuGH NVwZ 2006, 70 Rn. 40 f. – Gemeinde Mödling.

<sup>90</sup> OLG Naumburg VergabeR 2010, 979, 990.

<sup>91</sup> EuGH EuZW 2011, 257 Rn. 30 – Oulun kaupunki.

<sup>92</sup> EuGH EuZW 2011, 257 Rn. 34 – Oulun kaupunki.

<sup>93</sup> Scharf/Dierkes VergabeR 2011, 543, 544.

<sup>94</sup> EuGH EuZW 2011, 257 Rn. 33 – Oulun kaupunki.

<sup>95</sup> EuGH EuZW 2011, 257 Rn. 36 f. – Oulun kaupunki.

<sup>96</sup> EuGH EuZW 2011, 257 Rn. 46 – Oulun kaupunki.

<sup>97</sup> EuGH EuZW 2011, 257 Rn. 36 – Oulun kaupunki.

schaftsgründung als Hauptgegenstand anzusehen, so bleibt auch die Übertragung der Leistungserbringung an die Gesellschaft dem Vergaberecht entzogen.

- 60 In Fällen des Verkaufs von Gesellschaftsanteilen, in denen weder der in Konstellation 1 noch der in Konstellation 2 gegebene Beschaffungsbezug vorliegt, ist zu beachten, dass der (grenzüberschreitende) Erwerb von Geschäftsanteilen entweder in Ausübung des Niederlassungsrechts der Art. 49 ff. AEUV (wenn der private Investor durch den Erwerb die Kontrolle über das Unternehmen erlangt) oder der Kapitalverkehrsfreiheit der Art. 63 ff. AEUV erfolgt.<sup>98</sup> Insoweit gelten die aus den Grundfreiheiten des AEUV abgeleiteten **Gleichbehandlungs- und Transparenzpflichten** (zu ihnen § 97 GWB Rn. 9 ff.). Darüber hinaus drängt die beihilferechtlich bestehende Notwendigkeit, die Gesellschaftsanteile zum Marktpreis zu verkaufen, auf die Durchführung eines Bieterverfahrens.<sup>99</sup>

- 61    **cc) Organisationsmaßnahmen öffentlicher Auftraggeber, insbesondere Privatisierungen.** Ohne **Beschaffungsbezug** bleiben rein organisationsbezogene Maßnahmen öffentlicher Auftraggeber wie die **formelle Privatisierung** durch Gründung einer Eigengesellschaft. Allerdings darf die Wirksamkeit des Vergaberechts nicht durch eine originär organisatorisch veranlasste Maßnahme beeinträchtigt werden. Ist deshalb **in eine organisatorische Maßnahme ein Beschaffungsvorgang eingeschlossen** oder steht damit in engem funktionalen Zusammenhang, so liegt ein öffentlicher Auftrag i. S. v. § 103 Abs. 1 GWB vor.<sup>100</sup> **Materielle Privatisierungen**, bei denen sich der Träger hoheitlicher Gewalt von der bisher bei ihm liegenden Aufgabenverantwortung zurückzieht, sind nach den für die Anteilsveräußerung entwickelten Grundsätzen zu behandeln<sup>101</sup> (vgl. § 103 GWB Rn. 54 ff.). Die Vergaberechtspflichtigkeit interkommunaler Kooperationen unterfällt § 108 GWB (vgl. § 108 GWB Rn. 72 ff.).

- 62    Bei einer **in Gesellschaftsform institutionalisierten Public Private Partnership** bedarf es keiner Ausschreibung sowohl des Auftrags als auch der Suche des Partners für die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft. Vielmehr ist die Beauftragung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ausschreibungs frei, wenn erstens die Erbringung der beauftragten Leistungen alleiniger Zweck der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ist und zweitens der private Gesellschafter in einem den anzulegenden Gleichbehandlungs- und Transparenzmaßstäben genügenden Verfahren unter Prüfung seiner Eignung auch für die konkreten Leistungen ausgewählt worden ist (siehe § 108 GWB Rn. 55).<sup>102</sup> Allerdings kann sich der öffentliche Auftraggeber auch dafür entscheiden, sowohl die Hinzunahme eines privaten Partners als Gesellschafter als auch die Auftragsvergabe in zwei getrennten Schritten auszuschreiben.<sup>103</sup>

#### 4. Vertragspartner

- 63    Ein öffentlicher Auftrag i. S. v. § 103 Abs. 1 GWB liegt nur vor, wenn er zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggeber/n auf der einen und einem oder mehreren Unternehmen auf der anderen Seite geschlossen wird. Für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 103 Abs. 1 GWB kommt es nicht darauf an, ob der öffentliche Auftraggeber seinen Vertragspartner frei wählen kann oder ob die Auswahl des Vertragspartners durch gesetzliche Regelungen determiniert ist.<sup>104</sup>

<sup>98</sup> Vgl. Müller-Graff in Streinz, Art. 49 AEUV Rn. 15.

<sup>99</sup> Zum Ganzen Braun VergabeR 2006, 657, 664.

<sup>100</sup> Vgl. Dreher NZBau 2002, 245, 246 f.

<sup>101</sup> Siehe auch Behr VergabeR 2009, 136, 137.

<sup>102</sup> EuGH EuZW 2009, 849 Rn. 58 ff. – Acoset.

<sup>103</sup> OLG Düsseldorf DVBl. 2013, 600, 601.

<sup>104</sup> EuGH Slg. 2001, I-5409 Rn. 71 – Teatro alla Bicocca.