

Rechtsanwalt Ralf Rittwage, Berlin [*]

Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge bei öffentlichen Aufträgen

Der Aufsatz setzt sich mit der Frage auseinander, nach welchen Regeln ein auf Grund öffentlicher Ausschreibung zustande gekommener Vertrag bei Restrukturierungs-, Merger- und Demerger-Vorhaben aufseiten des Auftragnehmers sowie im Falle seiner Insolvenz weitergeführt werden kann, ohne dass ein erneutes Vergabeverfahren durchgeführt werden muss – eine Problemstellung, die bisher in der Praxis regelmäßig über eine Vertragsübernahme gemäß § 415 Abs. 1 BGB gelöst wurde. Trotz der nach dieser Norm erforderlichen Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers sah die Rechtsprechung und die herrschende Lehre in der Vergangenheit § 415 Abs. 1 BGB als Ausnahmevorschrift zu § 99 GWB an, sodass die Vertragsübernahme

grundsätzlich nicht dem Kartellvergaberecht unterstellt wurde.

Der Verfasser vertritt hingegen die Ansicht, dass in der Vertragsübernahme unter Mitwirkung des Auftraggebers nach § 415 BGB grundsätzlich eine De-facto-Vergabe liegt. Dieser Ansicht ist die 3. Vergabekammer des Bundes mit Beschluss vom 29. 6. 2005 gefolgt und hat einen Übernahmevertrag für nichtig erklärt. Auf die Beschwerde des öffentlichen Auftraggebers schloss sich auch der Vergabesenat beim OLG Düsseldorf der hier vertre-

[*] Sozietät P & L Pietschmann Lill.
Der Verfasser hat die Antragstellerin in dem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer des Bundes (- VK 3-52/05 -) sowie im Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf (- VII Verg 46/05 -) vertreten.

tenen Rechtsauffassung an; der öffentliche Auftraggeber nahm daraufhin seine Beschwerde zurück.

Im Folgenden werden zunächst die grundsätzliche Anwendbarkeit des Konzernvergaberechts auf eine Vertragsübernahme nach § 415 BGB und sodann die Anforderungen an Ausnahmen von diesem Grundsatz auf Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) dargestellt. In einem zweiten Teil werden Gestaltungsmöglichkeiten ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers als Alternativen zur Vertragsübernahme aufgezeigt und einige in der Praxis wichtige Fallgruppen unter die hier vertretene Ansicht subsumiert.

I. Vertragsübernahme gemäß § 415 Abs. 1 BGB

1. Rückblick

Bereits im Jahre 1999 lag der Vergabekammer des Bundes ein Nachprüfungsantrag vor, der sich gegen eine Vertragsübernahme nach § 415 BGB wandte [1]. Im Rahmen einer Umstrukturierung aufseiten der Auftragnehmerin wurden die abgeschlossenen Lieferverträge auf eine Tochtergesellschaft übertragen. Der öffentliche Auftraggeber war hiermit einverstanden und übersandte der Tochtergesellschaft neue Verträge zu identischen Bedingungen über die noch nicht erbrachten Lieferleistungen. Die Vergabekammer wies den Antrag als unbegründet zurück, weil ein neuer öffentlicher Auftrag nicht vorliege.

Die Vergabekammer war der Auffassung, dass die Vertragsübernahme gemäß § 415 Abs. 1 BGB schon nicht vom Wortlaut des § 1 Abs. 1 VOL/A-SKR erfasst sei. Auch nach dem Sinn und Zweck der Vergabevorschriften sei keine erneute Auftragsvergabe erforderlich. Die Zielsetzung des Vergaberechtes, in hinreichendem Maße Marktzugang und Marktfreiheit sicherzustellen, sei nämlich bereits durch die ursprüngliche Vergabe des Auftrages, an der sich zahlreiche Unternehmen beteiligt hatten und deren Rechtmäßigkeit von der Antragstellerin nicht in Zweifel gezogen worden war, gewährleistet. Schließlich stellte die Vergabekammer des Bundes darauf ab, dass bei Annahme eines erneuten öffentlichen Auftrages ein zivilrechtlich durch

§ 415 BGB anerkanntes Rechtsinstitut für einen nicht unbedeutenden Anwendungsbereich undurchführbar gemacht würde, was mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung unvereinbar wäre.

Vier Jahre später lag dem OLG Frankfurt wiederum ein Fall gesellschaftlicher Umstrukturierungen des Auftragnehmers vor, in deren Zuge alle bestehenden Verträge mit Behörden auf eine neue Gesellschaft übertragen wurden. Der öffentliche Auftraggeber hatte einer entsprechenden Übertragung zugestimmt, der Vertrag wurde inhaltlich und preislich unverändert, mit demselben sachlichen und personellen Know-how sowie der entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Beteiligung unter Verbleib in der bisherigen Geschäftsgruppe fortgeführt. Das Oberlandesgericht hielt den Nachprüfungsantrag eines Mitbewerbers im ursprünglichen Vergabeverfahren deswegen für unbegründet, weil nach dem detaillierten Vorbringen der öffentlichen Auftraggeberin eine Vertragsübernahme nach § 415 Abs. 1 BGB anzunehmen sei, die grundsätzlich keine De-facto-Vergabe darstelle und keine Neuvergabe des Auftrages erfordere [2]. Der Vergabesenat stellte darauf ab, dass die Antragstellerin der Behauptung einer Vertragsübernahme gemäß § 415 Abs. 1 BGB nicht ausreichend entgegengetreten sei.

Die Kommentierungen zum GWB sind dieser Rechtsprechung bisher grundsätzlich gefolgt. Teilweise wird „die nach § 415 Abs. 1 BGB mögliche Vertragsübernahme, d. h. die Überleitung von erteilten Aufträgen vom ursprünglichen auf einen neuen Bieter“ grundsätzlich nicht dem Vergaberechtsregime unterstellt [3]. Teilweise wird eine Einschränkung nur dort angenommen, wo die Übernahme einem Unternehmen den Auftrag verschaffen könnte, das im Wege des Zuschlags nie zu dem Auftrag hätte kommen können; ein Bedürfnis für eine Einstufung als Auftrag nach einer ersten Vergabe gemäß dem Kartellvergaberecht sei hingegen nicht erkennbar [4].

[1] VK Bund, Beschluss v. 7.4.1999 – VK A-19/99 – „Imprägnierte Holzmasten“, WuW 2000, 109.

[2] Urteil v. 5.8.2003 – Verg 2/02 –; VergabeE C-7-2/02.

[3] Heiermann/Riedel/Rusam, 10. Aufl., § 99 GWB Rdnr. 8.

[4] Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 99 Rdnr. 17; differenzierter und auf den Wechsel der Anteilseigner bei rechtlich unverändertem Vertragspartner abstellend: Priß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl., S. 117.

2. Neue Rechtsprechung

In dem von der dritten Vergabekammer des Bundes mit Beschluss vom 29.6.2005 entschiedenen Fall [5] hatte der öffentliche Auftraggeber im offenen Verfahren Sanierungs- und Umbauarbeiten an einem Museum ausgeschrieben. Der erstplatzierte Bieter erhielt im Dezember 2003 den Zuschlag und stellte im Februar 2004 noch vor Beginn der Bauarbeiten einen Insolvenzantrag. Daraufhin verhandelte der öffentliche Auftraggeber die Fortführung der Arbeiten mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter und einer dritten Baufirma und übertrug sodann den Auftrag mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters auf eine ARGE, bestehend aus der dritten Baufirma und einer vom vorläufigen Insolvenzverwalter gegründeten Auffanggesellschaft. Die Vergabekammer des Bundes schloss sich der Rechtsauffassung des im vorangegangenen offenen Verfahren zweitplatzierten Bieters an, wonach die Vertragsüberleitung eine nichtige De-facto-Vergabe darstelle. Infolge der Entscheidung des Insolvenzverwalters gegen eine Vertragsfortführung sei beim öffentlichen Auftraggeber erneut ein Beschaffungsbedarf entstanden, den er mit der Vertragsübernahme gedeckt habe. Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb sei nicht erforderlich, denn im Falle einer vom Auftraggeber unverschuldeten Eilbedürftigkeit biete § 3 a Nr. 5 lit. d) VOB/A die Möglichkeit, ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung durchzuführen. Unter Beachtung des Gleichheits- und Wettbewerbsgrundsatzes seien die ursprünglichen Bieter des vorangegangenen Vergabeverfahrens zu beteiligen. Allein wenn der Vertrag auf ein Unternehmen desselben Konzerns übergeleitet werde, könne hiervon eine Ausnahme gemacht werden. Offen ließ die Vergabekammer, welche konkreten Anforderungen der Konzernverbund erfüllen müsste.

3. Stellungnahme

Bevor unter I. 3. b) die einzige Ausnahme, nämlich die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit zwischen altem und neuem Auftragnehmer untersucht wird, soll zunächst auf die bisherige Rechtsprechung, die § 415 BGB grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausnahm, eingegangen werden.

a) Sachlicher Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts

Die Norm des § 99 Abs. 1 GWB geht oberhalb der Schwellenwerte der §§ 100 Abs. 1, 127 GWB i. V. m. § 2 VgV grundsätzlich davon aus, dass Beschaffungsvorhaben des öffentlichen Auftraggebers im Wettbewerb vergeben werden. Für die Definition des Begriffes „Vergabeverfahren“ ist kein formales, sondern ein materiell-funktionales Verständnis erforderlich; der Beginn eines konkreten Vergabeverfahrens ist dann anzunehmen, wenn der öffentliche Auftraggeber zur Deckung eines akuten Bedarfs oder eines zukünftigen Bedarfs an Waren, Bau- oder Dienstleistungen Kontakt zu möglichen Anbietern aufgenommen hat mit dem Ziel, dass am Ende dieser organisatorischen Schritte ein Vertragsschluss steht [6].

aa) Wortlaut des § 99 GWB

Die bisherige Rechtsprechung stellte zunächst darauf ab, dass eine ausdrückliche Regelung zur Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Vertragsübernahmen nach § 415 Abs. 1 BGB fehle.

Gegen diese Ansicht spricht, dass das erforderliche materiell-funktionale Verständnis des Begriffes „Vergabeverfahren“ ein ebensolches Verständnis des Begriffes „öffentlicher Auftrag“ voraussetzt. Es kann also nicht darauf ankommen, dass § 99 Abs. 1 GWB die Vertragsübernahme gemäß § 415 Abs. 1 BGB nicht ausdrücklich erwähnt. Ganz im Gegenteil ist entscheidend, dass insoweit ein ausdrücklicher Ausnahmetatbestand im Wortlaut des § 99 GWB fehlt.

bb) Zielsetzungen des Vergaberechts

Auch ist die Zielsetzung des Vergaberechts, in hinreichendem Maße Marktzugang und Marktfreiheit sicherzustellen, nicht schon dadurch erfüllt, dass einmal ein rechtmäßiges Vergabeverfahren durchgeführt wurde. Das einmal durchgeführte Vergabeverfahren ist nämlich untrennbar verbunden mit der Per-

[5] – VK 3-52/05 –.

[6] BGH, Beschluss v. 1.2.2005 – X ZB 27/04 –; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.3.2002 – VerG 43/01 –, NZBau 2003, 55; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.6.2001 – VerG 3/01 –, NZBau 2001, 696; BayObLG, Beschluss v. 22.1.2002 – VerG 18/01 –, NZBau 2002, 397; Thüringer OLG, Beschluss v. 14.10.2003 – 6 VerG 5/03 –, VergabeR 2004, 113.

son des Auftragnehmers. Es besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass jedenfalls solche Abänderungen schon bestehender Vertragsbeziehungen dem Kartellvergaberecht unterliegen, die in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen bei wertender Betrachtung einer Neuvergabe gleich kommen; dies ist anzunehmen, wenn durch die getroffene Vereinbarung der bisherige Vertragsinhalt nicht unerheblich abgeändert wird [7]. Gerade der Vertragspartner gehört neben der Beschaffenheit der Leistung und dem Preis zu den essenziellen Vertragsbestandteilen [8], sodass eine Änderung der Person des Leistenden stets einer Neuvergabe gleichkommt. Auch sind die subjektiven Rechte der Bewerber nicht auf die einmalige Gelegenheit zur Abgabe eines Angebotes beschränkt. Nach § 97 Abs. 7, Abs. 5 GWB i. V. m. dem Gleichheitsgrundsatz und dem Wettbewerbsprinzip hat das wirtschaftlichste Angebot aus dem Kreis der Bewerber Anspruch auf den Zuschlag.

Schließlich spricht auch die Entscheidung des EuGH zur In-House-Vergabe vom 10.11.2005 für eine zeitlich über den Zuschlag hinausgehende Betrachtungsweise [9]. Zwar ist für die Beurteilung des Anwendungsbereiches des Vergaberechts grundsätzlich der Zeitpunkt der tatsächlichen Vergabe des öffentlichen Auftrags maßgeblich. Eine Umgehung des Vergaberechtes aber liegt vor, wenn der Auftrag an eine hundertprozentige Tochter des öffentlichen Auftraggebers vergeben wird, deren Geschäftsanteile sodann (teilweise) auf ein privates Unternehmen übertragen werden. Der EuGH hat das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags mit Hinweis auf den engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Vergabe und der Übertragung der Geschäftsanteile bejaht [10].

Im Übrigen beschränkt sich die Zielsetzung des Vergaberechtes nicht allein auf die Gewährleistung eines allgemeinen Marktzugangs; die Bewerber haben Anspruch auf ein faires Verfahren. Mit der Überleitung des Vertrages auf einen neuen Rechtsträger ohne nochmalige Durchführung eines Vergabeverfahrens bevorzugt der Auftraggeber einen Marktteilnehmer und benachteiligt zwangsläufig alle anderen Interessenten für den Auftrag.

cc) Einheit der Rechtsordnung

Auch die „Einheit der Rechtsordnung“ ist nicht betroffen. Zunächst ist § 415 BGB genauso wie § 99 GWB dem Zivilrecht zuzuordnen [11]. Es ist auch weder ein Normwiderspruch, noch ein Wertungswiderspruch zu erkennen [12].

Vielmehr handelt sich um eine Frage der Spezialität des Kartellvergaberechts, welches infolge seiner europäischen Herkunft im Rahmen seines (sehr eingeschränkten) Anwendungsbereiches Vorrang vor den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten hat [13].

Es geht also nicht darum, ob ein bestimmtes Verhalten innerhalb derselben Rechtsordnung in einem ihrer Teilbereiche als rechtmäßig, in einem anderen als rechtswidrig beurteilt wird, denn § 99 GWB behandelt allein die Beschaffungsvorhaben öffentlicher Auftraggeber oberhalb der Schwellenwerte der §§ 100 Abs. 1, 127 GWB i. V. m. § 2 VgV. Hierzu trifft § 415 BGB überhaupt keine Aussage. Vielmehr betrifft § 415 BGB nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der Übertragung, also nicht die Übertragbarkeit, sondern den Übertragungsvorgang [14]. Im Übrigen bleibt § 415 BGB im Rahmen der vergaberechtlichen Voraussetzungen anwendbar; vgl. hierzu unten I. 3. b).

dd) Geheimer Wettbewerb

Schließlich spricht gegen den Vorrang des § 415 BGB das Prinzip des geheimen Wettbewerbs. Dieses wesentliche und unverzichtbare Prinzip der Vergabe im Wettbewerb ist nur dann gewahrt, wenn jeder Bieter die ausge-

[7] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.1.2004 – Verg 71/03 –.

[8] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 24.5.2005 – Verg 28/05 –.

[9] EuGH, Urteil v. 10.11.2005 – Rs. C-29/04 –.

[10] In seinen Schlussanträgen v. 21.4.2005 führte Generalanwalt L. A. GEELHOED aus (Rdnr. 57): „... dürfen derartige Formen der externen Verselbstständigung, bei denen die verselbstständigte Einrichtung mit einem vorher auf unbestimmte Zeit erhaltenen Auftrag als „Mitgift“ für private Interessenten attraktiv gemacht wird, die Wirksamkeit der Richtlinie 92/50 nicht beeinträchtigen.“

[11] Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Vor §§ 97 ff. Rdnr. 96 m. w. N.

[12] Zur Abgrenzung der einzelnen Erscheinungsformen, die in der Rechtsdogmatik allgemein unter das nicht näher entfaltete Argument der „Einheit der Rechtsordnung“ gefasst werden, vgl. Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, Jus Publicum 117, Mohr Siebeck 2004.

[13] Zur Unterscheidung des Lex-specialis-Grundsatzes vom Lex-posterior-Grundsatz vgl. Bumke, a. a. O., S. 37 ff., 47.

[14] Begründung zu § 132, BT-Drucks. 12/6699, S. 121; Kallmeyer, in: Kallmeyer, UmwG, § 132 Rdnr. 11.

schriebene Leistung in Unkenntnis der Angebote, Angebotsgrundlagen und Angebotskalkulation seiner Mitbewerber anbietet [15]. Nach §415 BGB könnte der neue Auftragnehmer faktisch ein Angebot in Kenntnis des Zuschlagspreises abgeben. Die Folge wäre eine Ungleichbehandlung aller anderen Bieter: Denkbar ist zum Beispiel, dass der Erstplatzierte mit Zustimmung des Auftraggebers ein Angebot an den Drittplatzierten weiterleitet. Es ist aber nicht auszuschließen, dass zumindest der Zweitplatzierte (und grundsätzlich auch alle anderen Bieter) in Kenntnis des Zuschlagspreises regelmäßig zu einer Modifizierung ihres alten Angebotes bereit sind.

b) Ausnahme des Konzernverbundes

Überzeugend ist allein das letzte, bisher kaum beachtete Argument für die ausnahmsweise Zulässigkeit einer Vertragsübernahme nach §415 BGB, nämlich die gesellschaftsrechtlich enge Verflechtung zwischen dem alten und dem neuen Auftragnehmer. Nur dieser Ansatz verfolgt die entscheidende Frage, ob sich die Person des Vertragspartners und damit der wesentliche Inhalt des Vertrages ändert.

Die Frage, wann die Einzelrechtsnachfolge nach §415 BGB innerhalb eines Konzerns ausnahmsweise nicht als öffentlicher Auftrag anzusehen ist, betrifft die Auslegung des §99 GWB. Der Europäische Gerichtshof hat sich zu dieser Frage bisher nicht geäußert. Jedoch könnten verschiedene Erwägungen, die der Gerichtshof in anderem Zusammenhang angestellt hat, auf die Einzelrechtsnachfolge übertragen werden. Ausgangspunkt ist wiederum der Begriff des öffentlichen Auftrags.

aa) Vergleichbarkeit mit In-House-Geschäft

Naheliegender erscheint der Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH zum In-House-Geschäft. Dort wird der Begriff des öffentlichen Auftrags mit dem Vorliegen eines wirtschaftlichen Austauschverhältnisses definiert, an dem es bei einer In-House-Vergabe gerade fehlen soll. Die Überleitung eines erteilten Zuschlags auf einen konzernverbundenen Rechtsträger ist strukturell mit der In-House-Vergabe vergleichbar, denn in beiden Fällen besteht unter besonderen Umständen bei funktionaler Betrachtung eine wirtschaftli-

che Kontinuität; es findet kein (neuer) Leistungsaustausch mit (neuen) privaten Marktteilnehmern statt.

Nunmehr hat der EuGH mit Urteil vom 10.11.2005 [16] den Anwendungsbereich des Vergaberechts in Abgrenzung zur In-House-Vergabe ausdrücklich auch auf Transaktionen erstreckt, die zeitlich nach der ursprünglichen Vergabe liegen (vgl. hierzu oben I. 3. a) bb)); auch diese Betrachtung des EuGH spricht für eine parallele Anwendung der Rechtsprechung zum In-House-Geschäft auf die nachträgliche Einzelrechtsnachfolge in den Zuschlag.

Lange umstritten war die Frage, ob jede auch nur untergeordnete gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Marktteilnehmers dem Vorliegen einer In-House-Vergabe entgegensteht [17]. In „Teckal/Gemeinde Viano“ [18] sah es der EuGH als Voraussetzung eines vergaberechtlich relevanten Vertrages an, dass eine Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Personen geschlossen wird.

Entscheidend ist danach, ob der öffentliche Auftraggeber beabsichtigt, eine Einrichtung zu beauftragen, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt. Auf die Vorlage des OLG Naumburg stellte der EuGH in „Stadt Halle“ [19] klar, dass die Auftragsvergabe an ein Unternehmen der öffentlichen Hand schon dann dem Vergaberecht unterfällt, wenn eine (auch nur untergeordnete) Beteiligung eines privaten Dritten an diesem Unternehmen besteht. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.

[15] Thüringer OLG, Beschluss v. 19.4.2004 – 6 Verg 3/04 –; VK Schleswig-Holstein beim Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr, Beschluss v. 26.10.2004 – VK-SH 26/04 –.

[16] EuGH, Urteil v. 10.11.2005 – Rs. C-29/04 –.

[17] Für eine hundertprozentige Beteiligung: Burgi, NVwZ 2001, 601 ff.; Jaeger, NZBau 2001, 6 ff.; für eine Beherrschung auf Grund einer Beteiligung von mehr als 50% oder Gesellschaftsvertrag: Jasper/Pooth, VergabeR 2003, 613 ff.

[18] EuGH, Urteil v. 18.11.1999 – Rs. C-107/98 –, Slg. 1999, 8121.

[19] EuGH, Urteil v. 11.1.2005 – Rs. C-26/03 –.

bb) Zugriff auf Ressourcen des ursprünglichen Auftragnehmers

Zur Begründung einer Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechtes wird in der Praxis regelmäßig das Argument vorgebracht, der Vertrag werde mit demselben sachlichen und personellen Know-how, nämlich den Arbeitnehmern und dem Management des ursprünglichen Auftragnehmers weitergeführt.

Zwar besteht im Rahmen des Wettbewerbs, also während der Durchführung eines Vergabeverfahrens, eine Tendenz zur Gleichstellung der tatsächlichen und gesellschaftsrechtlichen Zugriffsmöglichkeit auf die Ressourcen Dritter. So sah der EuGH in „Teatro alla Biccoca“ [20] die Möglichkeit, sich der Leistungen Dritter zu bedienen, wenn der Bieter die Leistungen veranlassen kann und hierfür die erforderlichen Garantien bietet. Mit Urteil vom 2.12.1999 [21] hat der Gerichtshof diesen Ansatz auf die Zurechnung von Referenzen verwendet und spricht ganz allgemein von „Ressourcen Dritter“.

Die neuere Entscheidung „Siemens und ARGE Telekom“ [22] hat die Gleichstellung gesellschaftsrechtlicher und tatsächlicher Verfügungsgewalt im Rahmen des Wettbewerbs bekräftigt. Diese Rechtsprechung fand auch Eingang in die Richtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004 [23].

cc) Anwendbarkeit der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB

Teilweise wird die Auffassung vertreten, die Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB sei auf den vierten Teil des GWB übertragbar, sodass sämtliche abhängigen und herrschenden Unternehmen i. S. der §§ 17, 18 AktG als wirtschaftliche Einheit behandelt werden müssen [24].

In der Sache „Euro-Münzplättchen“ setzten sich die 2. Vergabekammer des Bundes [25] und das OLG Düsseldorf [26] mit Frage auseinander, ob die in der Fusionskontrolle geregelte Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB auf eine in der Ausschreibung vorgesehene Loslimitierung übertragbar sei, was von der Vergabekammer verneint und vom Oberlandesgericht bejaht wurde.

dd) Unternehmensbegriff des Art. 81 EG

Jedoch könnte man auch die Rechtsprechung des EuGH zur Unanwendbarkeit des Kartellverbots des Art. 81 EG auf unternehmensinterne Wettbewerbsbeschränkungen auf die Einzelrechtsnachfolge in den Zuschlag entsprechend anwenden, wenn der Zuschlag innerhalb des „Unternehmens“ des Bieters verbleibt.

Den Begriff des „Unternehmens“ i. S. des Art. 81 Abs. 1 EG hat der EuGH in „Mannesmann/Haute Autorité“ [27] definiert als eine einheitliche, einem selbstständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren, mit welcher auf Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Ein einzelnes Unternehmen könne nicht mit sich selbst wettbewerbswidrige Vereinbarungen zur Zusammenarbeit treffen, sodass auf Vereinbarungen innerhalb eines Unternehmens das Kartellrecht unanwendbar bleibe [28].

Die Maßnahmen zwischen dem herrschenden und dem beherrschten Konzernunternehmen sollen dann nicht dem Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 unterfallen, wenn die beherrschte Gesellschaft ihr Marktverhalten nicht eigenständig ausrichten kann, sondern die herrschende Gesellschaft mittels Weisungen ein einheitliches Marktverhalten bestimmt [29]. Ein abhängiges Marktverhalten sei danach auch ohne eine konkrete Weisung jedenfalls bei einer hundertprozentigen Beteiligung anzunehmen. Bei einer geringeren Beteiligung des herrschenden Unternehmens hat der EuGH nur dann eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Kartellrechts angenommen, wenn es sich nicht nur um eine potenzielle Kontrolle handelt, sondern eine kon-

[20] EuGH, Urteil v. 12.7.2001 – Rs. C-399/98 –, Slg. 2001, 5409, Rdnr. 90.

[21] – Rs. C-176/98 –.

[22] EuGH, Urteil v. 18.3.2004 – Rs. C 314/01 –.

[23] Der deutsche Gesetzgeber hat diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (teilweise) durch Art. 2 des am 8.9.2005 in Kraft getretenen ÖPP-Beschleunigungsgesetzes in die neuen §§ 4 Abs. 4 und 6 Abs. 2 Nr. 2 VgV umgesetzt.

[24] Vgl. Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 36 Rdnr. 37, 40.

[25] 2. VK Bund, Beschluss v. 30.3.2000.

[26] Beschluss v. 15.6.2000 – Verg 6/00 –, VergabeE C-10-6/00 –.

[27] EuGH, Urteil v. 13.7.1962, Slg. 1962, 675, 705.

[28] „ICI/Kommission“; Slg. 1972, 619 ff.

[29] „Hydrotherm/Compact“; Slg. 1984, 2999 ff.

krete Weisung des herrschenden Unternehmens nachgewiesen werden kann [30]. Allerdings scheint nach der neueren Rechtsprechung des EuGH eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Art.81 Abs.1 EG bereits dann vorzuliegen, wenn verschiedene Unternehmen ohne klare gesellschaftsrechtliche Beziehungen *de facto* nachweislich unter gemeinsamer Kontrolle agieren und ein gemeinsames Ziel verfolgen [31]. Auf etwaige nachteilige Auswirkungen einer innerhalb einer Unternehmungsgruppe getroffenen Vereinbarung für dritte (außenstehende) Marktteilnehmer soll es nicht ankommen [32].

ee) **Stellungnahme**

Nicht übertragbar auf die Übernahme erteilter Zuschläge erscheint die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Zurechnung von Referenzen und sonstigen Ressourcen Dritter. Denn diese Rechtsprechung betrifft nicht den Anwendungsbereich des Kartellverbot, sondern die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens, sie setzt demnach bereits das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags, also das Vorliegen eines vergaberechtlich relevanten wirtschaftlichen Austauschverhältnisses, voraus. Anders als in den Nachunternehmer- und Referenzfällen ist bei Abschluss eines Übernahmevertrages das vorangegangene Vergabeverfahren bereits abgeschlossen.

Auch die Regelung des §36 Abs.2 GWB ist auf den Bieterbegriff des Vergaberechtes nicht übertragbar, denn der spezifische Zweck der in der Fusionskontrolle geregelten Verbundklausel verbietet ihre Übertragbarkeit in den Kontext des Vergaberechts [33]. Selbst wenn aber Konzernunternehmen stets als ein „Bieterkonzern“ behandelt werden müssten, so betrifft dies nicht die Vertragsüberleitung innerhalb des Konzerns.

Denn die Verbundklausel des §36 Abs.2 GWB will es den Konzernunternehmen gerade verwehren, unter Berufung auf ihre formaljuristische Eigenständigkeit Vorteile im Wettbewerb zu erlangen; ein bevorzugter Zugang zu öffentlichen Aufträgen ist gerade nicht bezweckt.

Die verbleibenden Ansätze (In-House-Vergabe und Art.81 Abs.1 EG) betreffen allgemein

den Anwendungsbereich wettbewerblicher Vorschriften. Sie unterscheiden sich dahingehend, dass einmal auf formale Beteiligungsverhältnisse und zum anderen auf eine faktische wirtschaftliche Verbundenheit abgestellt wird. Vorzugswürdig erscheint die formale Betrachtung des EuGH zum In-House-Geschäft aus folgenden Gründen:

Die neuere Rechtsprechung des EuGH zum In-House-Geschäft betrifft speziell die Frage des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechtes und weist deshalb eine größere Sachnähe zur Einzelrechtsnachfolge in den Zuschlag auf als das Kartellverbot. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die öffentliche Hand im Vergaberecht – anders als im allgemeinen Kartellrecht – selbst Vertragspartner ist, sodass durch die Einbeziehung des öffentlichen Auftraggebers im Falle der Einzelrechtsnachfolge ein „wettbewerbliches Dreiecksverhältnis“ entsteht. Der formale Ansatz beim In-House-Geschäft soll eine Ungleichbehandlung verhindern, die sich für dritte (außenstehende) Marktteilnehmer aus der (Minderheits-) Beteiligung ihrer Konkurrenten am öffentlichen Auftraggeber ergeben kann. Diese Gefahr besteht auch bei der Einzelrechtsnachfolge nach §415 BGB mit Zustimmung des Auftraggebers. Der bloß faktisch-wirtschaftliche Ansatz des Unternehmensbegriffs i.S. des Art.81 EG wird dem ebenso wenig gerecht wie die Unbeachtlichkeit etwaiger nachteiliger Auswirkungen einer „internen Vereinbarung“ für dritte (außenstehende) Wettbewerber.

Im Ergebnis müssen die Anforderungen der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum In-House-Geschäft allgemein bei der vergaberechtlichen Definition der Begriffe „öffentlicher Auftrag“ und „wirtschaftliches Austauschverhältnis“ beachtet werden, also auch bei der Einzelrechtsnachfolge in Zuschläge

[30] „Commercial Solvents“, Slg. 1974, 223ff.

[31] EuGH, Urteil v. 20.3.2002 – Rs. T-9/99 – „HFB Holding/Kommission“; Slg. 2002, II-1487; Gippini-Fournier, in: Loewenheim/Messen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 1, S. 61.

[32] EuGH „AEG“, Slg. 1983, 3151ff.; EuG „Viho“, Slg. 1995 II 17.

[33] Diese Ansicht hat auch die 2. Vergabekammer des Bundes in der Sache „Euro-Münzplättchen“ vertreten (Beschluss v. 30.3.2000); Das OLG Düsseldorf hob die Entscheidung zwar auf, wollte jedoch nur den Rechtsgedanken des §36 Abs.2 GWB auf das spezielle Problem der Loslimitierung anwenden und ließ ausdrücklich dahinstehen, ob die Verbundklausel für das gesamte Vergaberecht gilt (Beschluss v. 15.6.2000 – Verg 6/00 –; VergabeE C-10-6/00).

mit Zustimmung des Auftraggebers. Der Auftraggeber beendet nämlich das ursprüngliche Vertragsverhältnis und beginnt ein anderes, wenn auch zu gleichen Konditionen. Wenn außer dem ursprünglichen Auftragnehmer noch ein dritter Rechtsträger an dem neuen Auftragnehmer gesellschaftsrechtlich beteiligt ist, wird mit der Überleitung des Zuschlags ein neues wirtschaftliches Austauschverhältnis zwischen dem Auftraggeber und diesem Dritten begründet.

(1) Beteiligungsverhältnisse

Nach der hier vertretenen Ansicht erfordert die Zulässigkeit der Überleitung ohne erneutes Vergabeverfahren die hundertprozentige Beteiligung des ursprünglichen Auftragnehmers am neuen Auftragnehmer. Die umgekehrte Konstellation, dass der neue Auftragnehmer 100% der Anteile des ursprünglichen Auftragnehmers hält, unterfällt nur dann nicht dem Vergaberecht, wenn sich die wirtschaftliche Betätigung der Muttergesellschaft auf die Beteiligung am Auftragnehmer beschränkt.

Wenn die Muttergesellschaft auch Beteiligungen an dritten Marktteilnehmern hält, wird bei einer Vertragsüberleitung gemäß § 415 BGB stets ein wirtschaftliches Austauschverhältnis – mittelbar auch zu diesen dritten Marktteilnehmern – begründet. Dann liegt in der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers – wenn der noch verbleibende Teil des öffentlichen Auftrags die Schwellenwerte gemäß §§ 100 Abs. 1, 127 GWB i.V.m. § 2 VgV erreicht – eine nichtige De-facto-Vergabe.

(2) Weitere Voraussetzungen

Allein die hundertprozentige Beteiligung des neuen am alten Auftragnehmer reicht jedoch zur Begründung einer Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht aus.

Entscheidend ist darüber hinaus die Kontrollmöglichkeit und das Erfordernis, dass der neue Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den alten Auftragnehmer ausübt. Hier sind ebenfalls die Anforderungen an die In-House-Vergabe zu beachten, insbesondere das jüngste EuGH-Urteil vom 13.10.2005 „Parking Brixen“ [34]: Schwierig-

keiten bei der Kontrolle einer hundertprozentigen Tochter können sich bereits aus der Natur der Gesellschaftsform Aktiengesellschaft sowie aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (Ausweitung des Gesellschaftszwecks auf bedeutende neue Bereiche, vorgesehene baldige Öffnung der AG für Fremdkapital usw.) ergeben.

ff) Allgemeine Umgehungs- und Missbrauchsschranken

Selbstverständlich gelten auch bei der Einzelrechtsnachfolge die allgemeinen Grenzen der stets schädlichen Missbrauchs- und Umgehungsvarianten, die eine Nichtigkeit der Transaktion bereits wegen Verstoßes gegen § 138 BGB bewirken [35]. So erkannte zum Beispiel das Thüringer OLG:

„Sieht eine Vergabestelle von der Durchführung eines öffentlichen Teilnahmewettbewerbs ab, wird sie in einem nach Zuschlagserteilung eingeleiteten Nachprüfungsverfahren schlüssig die Gründe hierfür offen zu legen haben. Fehlt es insoweit an einem hinreichend schlüssigen Vortrag, werden die Nachprüfungsinstanzen das zum Anlass zu nehmen haben, eine mögliche Umgehung des Vergaberechts – mit der Konsequenz einer Vertragsnichtigkeit i.S. des § 138 BGB – vertieft zu prüfen“ [36].

II. Andere Gestaltungsmöglichkeiten

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass die praktisch wichtigste Frage darin besteht, ob eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung aufseiten des Auftragnehmers nur mit oder auch ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers möglich ist. Das Gesellschaftsrecht bietet eine Reihe verschiedener Wege für Zusammenschlüsse, Auseinandersetzungen und Neustrukturierungen von Unternehmen und Unternehmensteilen. In der Praxis besteht ein erhebliches Bedürfnis der beteiligten Rechtsträger an einer möglichst einfachen und kostengünstigen Restrukturierung unter Erhaltung der wirtschaftlichen Unternehmenskontinui-

[34] – Rs. C-458/03 – „Parking Brixen“.

[35] VK Bund, Beschluss v. 7.4.1999 – VK A-19/99 –.

[36] Beschluss v. 28.1.2004 – 6VerG 11/03 –.

tät. Zunächst lassen sich die einzelnen Konzepte danach untergliedern, ob der ursprüngliche Rechtsträger (des Auftragnehmers) erhalten bleibt oder untergeht.

1. Erhalt der Rechtspersönlichkeit des Auftragnehmers

Die bloße Unternehmenskooperation lässt zu meist die Rechtspersönlichkeit der beteiligten Rechtsträger bestehen, so zum Beispiel bei den Kooperationsformen des Jointventure, des Wirtschaftsverbandes, des Konsortiums, der Bau-Arge usw. Eine Vertragsübernahme i. S. des § 415 BGB ist nicht erforderlich, § 99 GWB ist grundsätzlich nicht berührt. Gleiches gilt für die konzernmäßige Akquisition des Auftragnehmers, sofern der Auftragnehmer als Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers in seiner Rechtspersönlichkeit bestehen bleibt. So können die Gesellschafter den alten Auftragnehmer unter Beibehaltung seiner Rechtspersönlichkeit auf einen neuen Rechtsträger übertragen (sog. Eingliederung). Durch die Eingliederung entsteht ein Konzern i. S. des § 18 AktG.

In Betracht kommt auch der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages gemäß § 291 Abs. 1 AktG. Der Auftraggeber hat in diesem Fall keine Mitsprachemöglichkeiten. Denn ein wirtschaftliches Austauschverhältnis besteht allein zwischen den alten und neuen Gesellschaftern des Auftragnehmers, nicht aber zum Auftraggeber, sodass kein (neuer) öffentlicher Auftrag i. S. des § 99 GWB anzunehmen ist.

2. Gestaltungsmöglichkeiten nach dem Umwandlungsgesetz

Das Umwandlungsgesetz (UmwG) bietet für abschließend regelte Rechtsgestaltungen bestimmten Gesellschaftsformen die Möglichkeit, Vertragsverhältnisse ohne Zustimmung des Vertragspartners auf einen neuen Rechtsträger zu übertragen. Eine solche vereinfachte Umwandlung im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge ist nach § 1 Abs. 1 UmwG in vier verschiedenen Varianten möglich, nämlich durch Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und durch Formenwechsel.

a) Formenwechsel (§§ 190 bis 304 UmwG)

Beim Formenwechsel ändert der Rechtsträger lediglich seine Rechtsform und damit ändert sich auch die Rechtsqualität der Anteilshaberschaft. Vermögen wird allerdings nicht übertragen; der Rechtsträger bleibt wirtschaftlich identisch [37]. Dies ergibt sich aus der Verwendung der Formulierung „ein Rechtsträger“ in § 190 Abs. 1 UmwG sowie in § 202 Abs. 1 UmwG [38], in dem es heißt:

„Die Eintragung der neuen Rechtsform in das Register hat folgende Wirkungen:

1. Der formwechselnde Rechtsträger besteht in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter..

Eine Zustimmung der Gläubiger ist – anders als bei der Einzelrechtsnachfolge – deshalb nicht erforderlich [39].

Der wesentliche Unterschied des Formenwechsels gegenüber den anderen Arten der Umwandlung liegt in dieser wirtschaftlichen Kontinuität des Rechtsträgers vor und nach dem Formenwechsel. Diese Kontinuität beruht auch auf einer fast ausnahmslosen Identität des Personenkreises, der vor und nach der Umwandlung an dem Rechtsträger beteiligt ist. Das Vermögen des Rechtsträgers soll weder wie bei der Verschmelzung oder der Vermögensübertragung mit einem anderen Unternehmensvermögen vereinigt noch wie in den drei Fällen der Spaltung in irgendeiner Weise aufgeteilt werden; es ändert sich allein die rechtliche Organisation des Unternehmensträgers [40].

Gemäß § 204 UmwG findet auf den Schutz der Gläubiger des alten Rechtsträgers § 22 UmwG entsprechende Anwendung. Diese Vorschrift gewährt den Gläubigern bei Gefährdung der Erfüllung ihrer Forderungen ein Recht auf Sicherheitsleistung, hat allerdings beim Formenwechsel eine geringere Bedeutung, weil – anders als bei der Verschmelzung und der Spaltung – kein Vermögensübergang erfolgt, sodass der Gläubiger eine

[37] Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 1.

[38] Kallmeyer, in: Kallmeyer, Umwandlungsgesetz, § 1 Rdnr. 3.

[39] Kallmeyer, a. a. O.; Hörtnagl, a. a. O., § 1 Rdnr. 20.

[40] Begründung zum RegE zum 5. Buch des Umwandlungsgesetzes, BR-Drucks. 75/94.

Gefährdung seiner Forderung substantiiert darlegen muss [41].

Vergaberechtlich ist das Ergebnis eines Firmenwechsels also vergleichbar mit der Eingliederung. Es ist keine Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an der Transaktion erforderlich, insbesondere nicht dessen Zustimmung. Außerdem verbleibt der öffentliche Auftrag wirtschaftlich bei den identischen Vertragsparteien und wird weitergeführt, ohne dass der öffentliche Auftraggeber ein wirtschaftliches Austauschverhältnis zu einem bisher nicht beteiligten Marktteilnehmer begründet.

b) Verschmelzung (§§ 2 bis 122 UmwG)

Die Verschmelzung, die Spaltung und die Vermögensübertragung haben gemeinsam, dass ein oder mehrere Rechtsträger Vermögen durch Gesamtrechtsnachfolge auf andere Rechtsträger übertragen und hierfür eine Gegenleistung erhalten.

Bei der Verschmelzung geht das gesamte Vermögen des so genannten übertragenden Rechtsträgers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge als Einheit kraft Gesetzes mit der Eintragung der Verschmelzung in das Register des so genannten übernehmenden Rechtsträgers auf diesen über (§§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 36 Abs. 1 UmwG). Der Begriff des Vermögens erfasst gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auch alle Verbindlichkeiten, sodass eine Zustimmung der Gläubiger nicht erforderlich ist [42]. Der übertragende Rechtsträger wird ohne Abwicklung aufgelöst. § 2 UmwG differenziert danach, ob es sich bei dem übernehmenden Rechtsträger um einen bereits bestehenden Rechtsträger (Verschmelzung durch Aufnahme) oder einen neu gegründeten Rechtsträger (Verschmelzung durch Neugründung) handelt.

Sollen einzelne Vermögensgegenstände nicht mit übergehen, müssen sie vor dem Wirksamwerden der Verschmelzung mit dinglicher Wirkung aus dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers ausgeschieden werden [43].

Auch eine Verschmelzung führt nicht zur Anwendbarkeit des Kartellvergaberechtes. Auch

wenn der ursprüngliche Rechtsträger des Auftragnehmers sein Vermögen überträgt, liegt er hierzu ohne Zustimmung des Vertragspartners in der Lage ist. Der öffentliche Auftraggeber wird also in den Verschmelzungsvorgang nicht eingebunden, er begründet kein neues wirtschaftliches Austauschverhältnis. Im Übrigen bleibt – anders als bei der Spaltung (vgl. hierzu II. 2. c) – der Auftragnehmer jedenfalls wirtschaftlich auch nach der Verschmelzung erhalten.

c) Spaltung (§§ 123 bis 173 UmwG)

Die Spaltung eines Rechtsträgers wird nach dem Umwandlungsgesetz in drei Formen zugelassen, nämlich als Aufspaltung, als Abspaltung und als Ausgliederung [44]. Die Aufspaltung entspricht spiegelbildlich der Verschmelzung; es wird das gesamte Vermögen des Rechtsträgers ohne Abwicklung übertragen und die Vermögensteile gehen als Gesamtheit im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf mindestens zwei andere, bereits bestehende oder neu zu gründende Rechtsträger über. Hingegen bleibt bei der Abspaltung der alte Rechtsträger bestehen und überträgt im Wege der Sonderrechtsnachfolge Vermögensteile auf einen oder mehrere andere bereits bestehende oder neu gegründete Rechtsträger.

Bei der Ausgliederung schließlich werden ebenfalls Vermögensteile durch Sonderrechtsnachfolge auf bestehende oder neu zu gründende Rechtsträger dergestalt übertragen, dass ein Mutter-Tochter-Verhältnis begründet wird.

Auf Grund der Sonderrechtsnachfolge nach § 131 UmwG bedarf die Vertragsübernahme keiner Mitwirkung des Vertragspartners [45]. Jedoch muss der Spaltungsvertrag festlegen, welche Vertragsverhältnisse übertragen werden sollen. Die Vertragsverhältnisse müssen so eindeutig bezeichnet werden, dass eine Bestimmbarkeit gewährleistet ist. Im Regelfall wird eine Bestimmung nach der Art, der Per-

[41] Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz, § 20 Rdnr. 1.

[42] Kallmeyer, a. a. O.; Hörtnagl, a. a. O.

[43] Marsch-Barner, in: Kallmeyer, § 2 Rdnr. 9 m. w. N.

[44] Hörtnagl, a. a. O., § 1 Rdnr. 12.

[45] Hörtnagl, a. a. O., § 126 Rdnr. 97 und § 131 Rdnr. 43.

son des Vertragspartners und dem Datum des Vertragschlusses genügen [46]. Dem Bestimmtheitserfordernis genügen allerdings auch so genannte „All-Klauseln“, mit denen sämtliche zu einem bestimmten Bereich gehörende Gegenstände erfasst werden [47]. Besondere darüber hinausgehende Bestimmtheitsanforderungen des Wettbewerbsrechtes sind nicht erkennbar.

Im Ergebnis gehen mit Spaltung die Schuldverhältnisse nach Maßgabe der Bestimmungen des Spaltungsvertrages auf die neuen Rechtsträger über.

Allerdings ergibt sich eine entscheidende Abweichung zum Formenwechsel und zur Verschmelzung aus §131 Abs.1 Nr.1 Satz2 UmwG i.V.m. §132 UmwG: Nach §132 UmwG bleiben diejenigen „Allgemeinen Vorschriften“ unberührt, welche die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstands ausschließen, an bestimmte Voraussetzungen knüpfen oder von einer staatlichen Genehmigung abhängig machen. Die „Allgemeinen Vorschriften“ können anordnen, dass ein Gegenstand i.S. des §131 Abs.1 Nr.1 Satz2 UmwG grundsätzlich „nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden kann“. In diesem Fall kann dieser Gegenstand gemäß §132 UmwG auch nicht infolge der Spaltung auf einen neuen Rechtsträger übergehen und verbleibt folglich trotz Abspaltung oder Ausgliederung beim übertragenden Rechtsträger.

Fraglich ist nun, ob der auf Grund öffentlicher Ausschreibung zustande gekommene Vertrag ein nicht übertragbares Recht i.S. des §131 Abs.1 Nr.1 Satz2 UmwG darstellt. Einigkeit besteht dahingehend, dass §415 Abs.1 BGB nicht als „Allgemeine Vorschrift“ i.S. des §132 UmwG anzusehen ist und folglich nicht als Rechtsgrundlage für ein Zustimmungserfordernis in Betracht kommt [48].

Allerdings stellt sich die Frage, ob §99 GWB eine „Allgemeine Vorschrift“ i.S. des §132 UmwG enthält. Für die Definition der „Allgemeinen Vorschrift“ bietet sich grundsätzlich eine Abgrenzung nach dem Regel-Ausnahme-Verhältnis dahingehend an, ob die jeweilige Vorschrift die freie Übertragbarkeit eines Rechtes i.d.R. erlaubt oder eben verbietet [49]. Nach den obigen Ausführungen (vgl. I.)

geht §99 GWB grundsätzlich von einer Kontinuität des Vertragspartners des öffentlichen Auftraggebers aus, die Änderung des Vertragspartners kommt einer Neuvergabe gleich. Folglich regelt §99 GWB – anders als §415 Abs.1 BGB [50] – nicht lediglich das „Wie“ (also den Übertragungs- bzw. Vergabevorgang), sondern das „Ob“ der Anwendung des Kartellvergaberechts und enthält somit eine grundsätzliche Einschränkung der Privatautonomie. Damit knüpft §99 GWB die Übertragbarkeit eines öffentlichen Auftrages an bestimmte Voraussetzungen, nämlich die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens. Die strenge Rechtsprechung des EuGH zum In-House-Geschäft steht einer freien Übertragung des öffentlichen Auftrages auf einen neuen Rechtsträger grundsätzlich entgegen.

Gegen eine Einordnung des §99 GWB als „Allgemeine Vorschrift“ spricht aber der Sinn und Zweck des §132 UmwG, der teilweise im Umgehungsschutz gesehen wird [51] und teilweise im Ausgleich zwischen den Interessen der Rechtsträger an einer Umwandlung unter Beibehaltung der wirtschaftlichen Unternehmenskontinuität und den Interessen derjenigen, die in Rechtsbeziehungen zu den Rechtsträgern stehen [52]. Die wirtschaftliche Unternehmenskontinuität findet im Kartellvergaberecht allein dort ihre Grenze, wo der öffentliche Auftraggeber eine Änderung des Vertrages vornimmt oder unterstützt, die einer Neuvergabe gleichkommt (vgl. oben I.). Ohne Einbeziehung des öffentlichen Auftraggebers kommt ein neues Vergabeverfahren nicht in Betracht. Wenn sich der öffentliche Auftraggeber hingegen aktiv in Verhandlungen zum neuen Rechtsträger begibt, richtet sich die sich dies nach den Grundsätzen über die Defacto-Vergabe, unabhängig von der Frage der Wirksamkeit der Spaltung gemäß §§132, 131 UmwG.

[46] Hörtnagl, a.a.O.

[47] BAG, Beschluss v. 22.2.2005 – 3 AZR 499/03 –; II.2. lit.a) aa), m.w.N.; BGH, Urteil v. 8.10.2003 – XII ZR 50/02 –, NJW-RR 2004, 123.

[48] Kallmeyer, in: Kallmeyer, UmwG, §132 Rdnr.1, 11; Hörtnagl, a.a.O., §132 Rdnr.46.

[49] Hörtnagl, a.a.O., Rdnr.14.

[50] Begründung zu §132, BT-Drucks. 12/6699, S.121; Kallmeyer, in: Kallmeyer, UmwG, §132 Rdnr.11.

[51] Lutter/Teichmann, UmwG, §22 Rdnr.3.

[52] Hörtnagl, a.a.O., §132 Rdnr.4 m.w.N.

§ 99 GWB ist demnach keine „Allgemeine Vorschrift“ i. S. des § 132 UmwG. Zu beachten ist aber, dass gerade bei der Spaltung häufig Anlass für ein Tätigwerden des Auftraggebers besteht, zum Beispiel, wenn es im Wege der Spaltung zu einer Aufteilung der einzelnen Leistungspositionen bzw. zur Aufteilung von Leistung und Gegenleistung des öffentlichen Auftrags kommt. Auch die Frage, ob die Zuverlässigkeit des abgespaltenen Teils des Auftragnehmers noch gegeben ist, steht im Raum. Darüber hinaus haften über § 133 UmwG i. V. m. §§ 404 ff. BGB sämtliche Rechtsträger gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zunächst für die Verbindlichkeiten aus dem Schuldverhältnis als Gesamtschuldner; auch hier ergeben sich Berührungspunkte für eine Beteiligung des Auftraggebers an Verhandlungen.

Schließlich gibt § 22 UmwG, der gemäß §§ 135, 125 UmwG auch auf die Spaltung und die Ausgliederung zur Neugründung Anwendung findet, dem Auftraggeber bei Gefährdung der Erfüllung seiner Forderungen ein Recht auf Sicherheitsleistung; hier konkurrieren die Gläubiger der übertragenen Rechtsträger nach der Verschmelzung mit den Gläubigern des übernehmenden Rechtsträgers, da eine Trennung der Vermögensmassen nicht (mehr) vorgesehen ist [53]. Gleichgültig, ob der übertragene oder der übernehmende Rechtsträger den Zuschlag erhalten hat, ist aufseiten des öffentlichen Auftraggebers zur Vermeidung einer De-facto-Vergabe bei Verhandlungen mit dritten Rechtsträgern zum Zweck der akuten Bedarfsdeckung [54] Vorsicht geboten.

d) Vermögensübertragung (§§ 174 bis 189 UmwG)

Das Umwandlungsgesetz unterscheidet zwischen der Vollübertragung (§ 174 Abs. 1, vergleichbar der Verschmelzung) und der Teilübertragung (§ 174 Abs. 2, vergleichbar der Spaltung) [55]. Die Vorschriften des UmwG zur Vermögensübertragung verweisen auch grundsätzlich auf die Verschmelzung bzw. Spaltung. Der Unterschied besteht im Wesentlichen in der Gegenleistung: Die Anteilshaber werden nicht an den übernehmenden bzw. neu gegründeten Rechtsträgern beteiligt, sondern erhalten eine Gegenleistung an-

derer Art, regelmäßig eine Geldleistung. Wir nehmen deshalb Bezug auf die obigen Ausführungen zur Verschmelzung und Spaltung.

3. Insolvenz des Auftragnehmers

a) Fortführung des Auftrags durch den Insolvenzverwalter

Eine Anwendung des § 415 BGB und des § 99 GWB scheidet aus, denn der Insolvenzverwalter tritt kraft Gesetzes in den Aufgabenbereich des in Insolvenz gefallenen Unternehmens ein. Die Rechtsfolge im Hinblick auf den vergebenen Auftrag ergibt sich aus § 103 InsO. Demnach hat der Insolvenzverwalter auch im Hinblick auf den öffentlichen Auftrag ein Wahlrecht, ob er erfüllen oder die Erfüllung ablehnen möchte. Dem vorläufigen Insolvenzverwalter steht ein solches Wahlrecht nicht zu. Erklärungen des vorläufigen Insolvenzverwalters im Hinblick auf eine Erfüllung oder Ablehnung des öffentlichen Auftrages stellen demnach kein rechtlich verbindliches Erfüllungsverlangen i. S. des § 103 InsO dar [56]. Dies ist für die Frage entscheidend, wann ein neuer Beschaffungsbedarf beim öffentlichen Auftraggeber entsteht und wie lange bloße Verhandlungen über die Vertragsfortführung durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zulässig sind (vgl. hierzu II. 3. c).

b) Fortführung durch Umwandlung des insolventen Unternehmens

Die Problemkonstellation ist vergleichbar mit den oben unter II. 2. dargestellten Übernahme- und Restrukturierungsinstrumenten. Entscheidend ist auch hier die Frage, ob ein Betriebs- teil des insolventen Unternehmens den öffentlichen Auftrag mit oder ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers fortführen kann.

Ohne Zustimmung des Auftraggebers ist auch im Insolvenzverfahren das UmwG eingeschränkt anwendbar, nämlich dann, wenn die Umwandlung in einen neuen Rechtsträger der Sanierung des in Insolvenz gefallenen Unternehmens dient bzw. die Insolvenz durch die Übertragung auf ein gesundes Unternehmen aufgehoben wird.

[53] Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 22 Rdnr. 1.

[54] Vgl. Fußn. 7.

[55] Hörtnagl, a. a. O., § 1 Rdnr. 15.

[56] MünchKomm.-Huber, InsO, § 103 Rdnr. 151.

Nicht zulässig hingegen soll nach h.M. (und dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 UmwG, der sich nur auf übertragende Rechtsträger bezieht) die Übernahme eines gesunden durch ein insolventes Unternehmen sein, da das Gesetz reine Abwicklungsfusionen nicht ermöglichen wolle [57].

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt zur Auflösung der AG (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG), der KGaA (§ 289 Abs. 1 AktG, §§ 161, 131 Nr. 3 HGB, § 289 Abs. 1 Nr. 1 AktG), der GmbH (§ 60 Abs. 1 Nr. 4, 5 GmbHG), der e.G. (§ 101 GenG) des VVaG (§ 42 Nr. 3 VAG) und der Personenhandelsgesellschaften (§§ 131 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB), sodass in diesen Fällen gemäß § 3 Abs. 3 UmwG deren Verschmelzung als übertragende Rechtsträger möglich ist, wenn auch deren Fortsetzung beschlossen werden könnte [58]. Gleiches gilt nach § 191 Abs. 3 UmwG für den Formenwechsel. Damit sollen vor allem Verschmelzungen zum Zwecke der Sanierung erleichtert werden [59]. Zur Umwandlung ist die Aufhebung des Insolvenzverfahrens oder die Zustimmung des Insolvenzverwalters erforderlich.

c) Bloße Verhandlungen zwischen öffentlichem Auftraggeber und Insolvenzverwalter

Abschließend ist anzumerken, dass bloße Verhandlungen zwischen öffentlichem Auftraggeber und dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter über die Weiterführung des Auftrags nicht dem Anwendungsbereich des § 99 GWB unterfallen [60]. Sobald allerdings klar ist, dass der Insolvenzverwalter das Bauvorhaben nicht ausführen wird, liegt in den Verhandlungen (jedenfalls, sofern abgespaltene Betriebsteile des insolventen Auftragnehmers oder sogar dritte Rechtsträger hieran beteiligt werden) die gezielte Suche des Auftraggebers nach einem neuen Vertragspartner zur Deckung seines Beschaffungsbedarfs.

III. Zusammenfassung

In einer Überleitung erteilter Zuschläge gemäß § 415 Abs. 1 BGB unter Beteiligung eines neuen Rechtsträgers liegt grundsätzlich eine De-facto-Vergabe. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt nach der hier vertrete-

nen Ansicht nur bei Erfüllung der Anforderungen an eine In-House-Vergabe in Betracht, d.h. bei einer hundertprozentigen Konzernverbundenheit zwischen altem und neuem Auftragnehmer. Darüber hinaus muss der alte den neuen Auftragnehmer umfassend kontrollieren können; zu beachten sind dabei auch die Natur der Gesellschaftsform und die gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen. Die vollständige Beherrschung des übernehmenden Unternehmens rechtfertigt es von der „vergaberechtlichen Identität“ des Auftrages auszugehen.

Dies muss der öffentliche Auftraggeber in Erwägung ziehen, bevor er – ohne neues Vergabeverfahren – seine Zustimmung zur Einzelrechtsnachfolge gemäß § 415 BGB gibt.

Hingegen stehen dem Auftragnehmer andere Möglichkeiten zur Umstrukturierung seines Unternehmens zur Verfügung, die wirtschaftlich denselben Erfolg wie eine Vertragsübernahme herbeiführen können:

Unter Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit des Auftragnehmer kann dessen Unternehmensträger wirtschaftlich eine Umstrukturierung ohne Einbeziehung des öffentlichen Auftraggebers erreichen, zum Beispiel mittels Eingliederung in einen Konzern i.S. des § 18 AktG, mittels Abschlusses eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages gemäß § 291 Abs. 1 AktG oder durch die Kooperationsformen des Jointventure, des Wirtschaftsverbandes, des Konsortiums oder der Bau-Arge. Eine Übertragung des Vertrages nach § 415 BGB ist nicht erforderlich; § 99 GWB ist grundsätzlich nicht berührt.

Das Umwandlungsgesetz ermöglicht ferner die Übertragung des Zuschlages auf einen neuen Rechtsträger ohne die Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers. Vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist die Möglichkeit des Auftragnehmers, (im Anwendungsbereich des UmwG) einen Formenwechsel, eine Verschmelzung und eine voll-

[57] Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 11 Rdnr. 156 m. w. N.

[58] Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 3 Rdnr. 57.

[59] Hirte, a. a. O., m. w. N.

[60] VK Bund, Beschluss v. 12.10.2004 – VK 2-187/04 –.

ständige Vermögensübertragung durchzuführen. Weniger zu empfehlen ist hingegen ist die Spaltung und die teilweise Vermögensübertragung nach dem Umwandlungsgesetz. Denn hier gelten die §§ 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, 132 UmwG, sodass – obgleich nach der hier vertretenen Ansicht § 99 GWB im Ergebnis nicht als „Allgemeine Vorschrift“ i.S. des § 132 UmwG anzusehen ist – auch gute Gründe gegen eine Übertragbarkeit öffentlicher Aufträge sprechen. Jedenfalls besteht die Gefahr, dass der öffentliche Auftragnehmer im Falle einer beabsichtigten Übertragung des Auftrages auf einen abgespaltenen Betriebsteil die Voraussetzungen der Zuschlagerteilung als entfallen ansieht. Für den Auftragnehmer wie für den Auftraggeber entsteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

Auch in der Insolvenz ist das UmwG mit Einschränkungen anwendbar und bietet die Möglichkeit einer Fortführung des öffentlichen Auftrages mittels der Fusion mit einem wirtschaftlich gesunden Unternehmen ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers und somit ohne Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens.

Stets – auch im Rahmen der Kooperationsmodelle, der Eingliederung, des Umwandlungsgesetzes und des Insolvenzverfahrens – gilt aber: Wenn der Auftraggeber tatsächlich aktiv in das Geschehen eingreift und konkrete Vertragsverhandlungen nicht nur mit seinem Auftragnehmer, sondern mit dritten Rechtsträgern führt, ist der Anwendungsbereich des § 99 GWB eröffnet.