

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Clemens Antweiler, Mag.rer.publ., Köln

## Öffentliche Unternehmen als Bieter im Vergabeverfahren

Ziel des Vergaberechts ist es, öffentliche Auftraggeber zu einer Beschaffung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verpflichten und das öffentliche Auftragswesen für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb zu öffnen [1]. Die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge richten sich an die öffentliche Hand als Auftraggeber. Im Vergabeverfahren kann die öffentliche Hand nicht nur als Auftraggeber, sondern auch als Bieter beteiligt sein: Öffentliche Unternehmen treten vor allem in Bereichen, in denen sie früher über örtliche Monopole verfügten – insbesondere in der Abfallentsorgung und der Energieversorgung – in Konkurrenz zu Unternehmen der Privatwirtschaft; sie müssen sich die früheren Monopolmärkte mit privaten Unternehmen teilen [2]. Deshalb sind öffentliche Unternehmen verstärkt dazu bereit, sich ebenso wie private Unternehmen um die Erteilung öffentlicher Aufträge zu bewerben.

### I. Öffentliche Unternehmen

Der Begriff des öffentlichen Unternehmens ist im deutschen Recht nicht definiert [3]. Zu Recht wird angenommen, der Begriff sei in einem weiten, funktionalen Sinn zu verstehen: Entscheidend sei, daß zwischen dem Unternehmen und dem Staat eine Sonderbeziehung bestehe, die es dem Staat ermögliche, auf die Willensbildung und Entscheidung des Unternehmens maßgeblichen Einfluß auszuüben [4]. Anhaltspunkte für eine Begriffsbestimmung liefert die Transparenzrichtlinie [5]. Deren Definitionen beschränken sich zwar unmittelbar auf die Zwecke der Richtlinie; sie können aber im innerstaatlichen Recht ergänzend herangezogen werden [6]. Nach Art. 2 Abs. 1 b der Transparenzrichtlinie sind öffentliche Unternehmen solche Unternehmen, auf die die öffentliche Hand auf Grund

Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Die Rechtsform des Unternehmens spielt dabei keine Rolle. Neben privatrechtlich organisierten Unternehmen sind auch Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform (z. B. Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts) erfaßt [7].

### II. Zulässigkeit der Beteiligung öffentlicher Unternehmen als Bieter im Vergabeverfahren

#### 1. Europäisches Vergaberecht

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 7.12.2000 in der Sache „ARGE Gewässerschutz“ festgestellt, daß Einrichtungen, die mit öffentlichen Mitteln finanziert sind, grundsätzlich an einem Vergabeverfahren teilnehmen können [8]. Gegenstand des Urteils waren Fragen zur Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie. Diese Fragen hatte das österreichische Bundesvergabeamt dem Eu-

[1] Vgl. EuGH, Urteil v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 –, EuZW 1999, 16, 19, Rdnr. 62 („Gemeente Arnhem u. Gemeente Rheden/BFI Holding BV“); Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427, 444f.; Thieme/Correll, DVBl. 1999, 884, 885.

[2] Vgl. zu den neueren Entwicklungen im Kommunalwirtschaftsrecht Britz, NVwZ 2001, 380ff.; Pagenkopf, GewArch 2000, 177ff.; Hübschle, GewArch 2000, 186ff.; David, NVwZ 2000, 738ff.; Heintzen, NVwZ 2000, 743ff.; Oebbecke, ZHR 164 (2000), 375ff.; zu den Privatisierungsfolgen Burgi, NVwZ 2001, 601ff.

[3] Vgl. Gusy, JA 1995, 166, 167; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 1985, S. 23ff.

[4] R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, 2. Aufl. 2000, S. 87f.

[5] Richtlinie 80/723/EWG des Rates über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen v. 25.6.1980 (ABl. EG Nr. L 195, S. 35), zuletzt geändert durch die Richtlinie 2000/52/EG (ABl. EG Nr. L 193, S. 75).

[6] Vgl. Britz, NVwZ 2001, 380.

[7] Vgl. Britz, NVwZ 2001, 380.

[8] EuGH, Urteil v. 7.12.2000 – Rs. C-94/99 –, VergabeR 2001, 28; EuZW 2001, 94, 96, Rdnr. 28 („ARGE Gewässerschutz“).

ropäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt. In dem österreichischen Ausgangsverfahren hatte sich ein privatwirtschaftlicher Bieter – die ARGE Gewässerschutz – gegen die Teilnahme zweier halböffentlicher Bieter – der Österreichische Forschungszentrum Seibersdorf GmbH und der Österreichische Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH – an einem Vergabeverfahren gewehrt. Die halböffentlichen Bieter erhielten hohe staatliche Subventionszahlungen ohne konkrete Projektbindungen. Darin sah die ARGE Gewässerschutz einen Verstoß gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs sowie gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter: Eine Beteiligung von Bietern, die öffentliche Zuwendungen erhielten, führe zwingend zu einer Ungleichbehandlung und Benachteiligung der nicht subventionierten Bieter. Das österreichische Bundesvergabeamt war der Auffassung, die Entscheidung des Rechtsstreits hänge von der Auslegung des Gemeinschaftsrechts ab. Deshalb setzte es das Verfahren aus und rief den Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung an.

Der Europäische Gerichtshof entschied, der Grundsatz der Gleichbehandlung sei nicht schon dadurch verletzt, daß die Auftraggeber zu einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge Einrichtungen zulassen, die Zuwendungen erhalten. Dies gelte auch dann, wenn es diese Zuwendungen den Bietern ermöglichen, Preise anzubieten, die erheblich unter denen ihrer nicht subventionierten Mitbewerber liegen. Hätte nämlich der Gemeinschaftsgesetzgeber die öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichtet wollen, solche Bieter auszuschließen, so hätte er dies ausdrücklich angeordnet. Er habe zwar in den Art. 23 und 29 bis 37 der Dienstleistungskoordinierrichtlinie [9] (DKR) eingehend die Bedingungen für die Auswahl der zur Abgabe eines Angebots zugelassenen Dienstleistungserbringer sowie die Zulassungsvoraussetzungen geregelt. Allerdings sei in keiner dieser Bestimmungen vorgesehen, daß ein Bieter allein deshalb grundsätzlich auszuschließen oder sein Angebot abzulehnen wäre, weil er öffentliche Zuwendungen erhalte [10]. Gegen einen Ausschluß öffentlicher Unternehmen vom Vergabeverfahren spreche auch Art. 1c DKR: Einrichtungen, die mit öffentlichen Mit-

teln finanziert sein können, sei es nach dieser Vorschrift ausdrücklich gestattet, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen [11].

Die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs haben Folgen für alle öffentlichen Unternehmen. Art. 1c DKR läßt nicht nur mit öffentlichen Mitteln finanzierte Unternehmen, sondern sämtliche öffentliche Einrichtungen als Bieter im Vergabeverfahren zu. Nach Art. 1c DKR ist unter Bieter der Dienstleistungserbringer zu verstehen, der ein Angebot eingereicht hat; als Dienstleistungserbringer wiederum gelten natürliche und juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten. Daraus folgt, daß sich öffentliche Unternehmen grundsätzlich als Bieter um die Vergabe öffentlicher Aufträge bewerben können.

Ob die Baukoordinierungsrichtlinie [12] (BKR) und die Lieferkoordinierungsrichtlinie [13] (LKR) die Beteiligung öffentlicher Unternehmen als Bieter zulassen, hatte der Europäische Gerichtshof nicht zu entscheiden. Im Ergebnis ist diese Frage zu bejahen: Beide Richtlinien enthalten ausführliche Regelungen über die Kriterien für die Auswahl der Angebote [14]; ein Ausschluß der Angebote öffentlicher Unternehmen ist nicht bestimmt. Auch aus den Definitionen für öffentliche Bau- und Lieferaufträge folgt, daß Angebote öffentlicher Unternehmen grundsätzlich zulässig sind. Nach Art. 1a BKR gelten als öffentliche Bauaufträge die zwischen einem „Unternehmer“ und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über die Ausführung oder die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben. Art. 1a LKR definiert öffentliche Lieferaufträge als die zwischen einem „Lieferanten

[9] Richtlinie 92/50/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge v. 18. 6. 1992 (ABl. EG Nr. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1), geändert durch die Richtlinie 97/52/EG v. 13. 10. 1997 (ABl. EG Nr. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1).

[10] EuGH, Urteil v. 7. 12. 2000 – Rs. C-94/99 –, VergabeR 2001, 28; EuZW 2001, 94, 95f., Rdnr. 24–27 („ARGE Gewässerschutz“).

[11] EuGH, Urteil v. 7. 12. 2000 – Rs. C-94/99 –, VergabeR 2001, 28; EuZW 2001, 94, 96, Rdnr. 28 („ARGE Gewässerschutz“).

[12] Richtlinie 93/37/EWG des Rates zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge v. 14. 6. 1993 (ABl. EG Nr. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54), geändert durch die Richtlinie 97/52/EG v. 13. 10. 1997 (ABl. EG Nr. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1).

[13] Richtlinie 93/36/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge v. 14. 6. 1993 (ABl. EG Nr. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1), geändert durch die Richtlinie 97/52/EG v. 13. 10. 1997 (ABl. EG Nr. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1).

[14] Art. 18 und Art. 24 bis 29 BKR; Art. 15 und Art. 20 bis 25 LKR.

(einer natürlichen oder juristischen Person)“ und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren. Die Begriffe des Unternehmers und des Lieferanten sind weit zu verstehen [15]; sie erfassen auch öffentliche Unternehmen.

## 2. Deutsches Vergaberecht

Nach §97 Abs.1 GWB beschaffen öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren. Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gemäß §97 Abs.2 GWB gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet. Dieses Gebot gilt für alle Phasen des Vergabeverfahrens; es ist nicht auf die Zuschlagserteilung beschränkt [16]. Da der Auftraggeber alle Teilnehmer am Vergabeverfahren gleich behandeln muß, darf er einzelne Unternehmen nicht allein deshalb ausschließen, weil die öffentliche Hand mehrheitlich an ihnen beteiligt ist. Etwas anderes gilt nach §97 Abs.2 GWB nur dann, wenn eine Ungleichbehandlung auf Grund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet ist.

Ausnahmetatbestände enthalten §8 Nr.6 VOB/A und §7 Nr.6 VOL/A. Gemäß §8 Nr.6 VOB/A sind Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnliche Einrichtungen sowie Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen. §7 Nr.6 VOL/A schreibt vor, daß Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten oder ähnliche Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen sind. Ziel dieser Ausschlußtatbestände ist es, eine Verdrängung privater erwerbswirtschaftlich betriebener Unternehmen durch die genannten öffentlichen Einrichtungen zu verhindern [17]. Kennzeichnend für diese öffentlichen Einrichtungen ist, daß sie keine erwerbswirtschaftlichen Zwecke verfolgen, sondern bestimmte Leistungen aus sozialpolitischen Gründen erbringen. Die Zulassung nicht erwerbswirtschaftlich orientierter öffentlicher Einrichtun-

gen könnte den Wettbewerb verfälschen; daher sollen diese Einrichtungen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen sein.

§8 Nr.6 VOB/A und §7 Nr.6 VOL/A gelten nicht nur für Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe sowie Aus- und Fortbildungsstätten, sondern auch für „ähnliche Einrichtungen“. Damit stellt sich die Frage, ob erwerbswirtschaftlich tätige öffentliche Unternehmen ebenfalls von den Ausschlußtatbeständen erfaßt sind. Dagegen spricht der Zweck dieser Vorschriften: Sie sollen nur für nicht erwerbswirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtungen gelten, da diese nicht dem Druck des Wettbewerbs ausgesetzt sind. Der pauschale Ausschluß öffentlicher Unternehmen vom Vergabeverfahren ist nicht bezweckt [18]. Das bedeutet, daß öffentliche Unternehmen nach deutschem Vergaberecht grundsätzlich als Bieter am Vergabeverfahren teilnehmen können.

## III. Grenzen der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen

Für die Teilnahme öffentlicher Unternehmen am Wettbewerb gibt es Grenzen. Diese folgen insbesondere aus dem Grundgesetz, dem Haushaltsrecht, dem Kommunalwirtschaftsrecht und dem Wettbewerbsrecht.

### 1. Europarecht

Europarechtlich ist die wirtschaftliche Betätigung öffentlicher Unternehmen im Grundsatz erlaubt. Dies ergibt sich schon aus Art.86 Abs.1 EGV [19]. Danach werden die Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem Vertrag und insbesondere dessen Art.12 und 81 bis 89 widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten.

[15] Vgl. Boesen, VergabeR 2000, §97 Rdnr.54 zum Unternehmerbegriff i. S. des §97 Abs.4 GWB.

[16] Bechtold, GWB, 2. Aufl. 1999, §97 Rdnr. 8.

[17] Zdzieblo, in: Daub/Eberstein, Kommentar zu VOL/A, 5. Aufl. 2000, §7 Rdnr.72; Schranner, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl. 2001, A §8 Nr. 2 Rdnr.22.

[18] Vgl. Schranner, in: Ingenstau/Korbion, a. a. O., A §8 Nr.6 Rdnr.22; Zdzieblo, in: Daub/Eberstein, a. a. O., §7 Rdnr. 74.

[19] Vgl. Burgi, EuR 1997, 260, 274; Schneider, DVBl. 2000, 1250, 1253; Britz, NVwZ 2001, 380, 381.

Wenn öffentliche Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen, unterliegt ihr Verhalten grundsätzlich den für alle Unternehmen geltenden europarechtlichen Schranken. So sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art nach Art. 87 EGV mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn sie durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der Beihilfebegriff ist weit zu verstehen. Erfasst sind nicht nur Subventionen im engeren Sinne, sondern alle Maßnahmen, die Subventionen nach Art und Wirkung gleichstehen [20]. Maßgebend für das Vorliegen einer Beihilfe sind nicht Grund und Zweck der staatlichen Begünstigung, sondern deren Wirkungen [21]. Daher kommt es nicht darauf an, in welcher Form die Beihilfe gewährt wird. So ist die Eigenkapitalzuführung an Unternehmen der öffentlichen Hand eine Beihilfe, wenn sich der öffentliche Investor davon langfristig keine Rentabilität verspricht [22]. Auch Unterstützungsmaßnahmen eines öffentlichen Unternehmens gegenüber seinen Tochtergesellschaften können verbotene Beihilfen sein [23]. Art. 87 Abs. 1 EGV gilt für öffentliche Unternehmen ebenso wie für private Unternehmen. Folge eines Verstoßes gegen Art. 87 Abs. 1 EGV ist das Verbot der Beihilfe [24]. Untersagt wird nicht die wirtschaftliche Betätigung des betroffenen Unternehmens, sondern nur die europarechtswidrige Beihilfegewährung.

Der Europäische Gerichtshof hat in der Sache „ARGE Gewässerschutz“ nicht abschließend entschieden, ob und unter welchen Voraussetzungen die europarechtswidrige Zahlung von Beihilfen an einen Bieter zu dessen Ausschluß vom Vergabeverfahren führen kann. Er hat angenommen, auch wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter für sich genommen der Teilnahme öffentlicher Einrichtungen an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge nicht entgegenstehe, sei nicht auszuschließen, daß die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie die öffentlichen Auftraggeber unter bestimmten Umständen im Einzelfall dazu verpflichte oder ihnen zumindest gestatte, Zuwendungen – insbesondere nicht vertragskonforme Beihil-

fen – zu berücksichtigen, um gegebenenfalls die Bieter auszuschließen, denen sie zugute kommen [25]. Für die Beantwortung der im Ausgangsrechtsstreit gestellten grundsätzlichen Fragen sei es jedoch weder erforderlich noch möglich, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen öffentliche Auftraggeber verpflichtet oder berechtigt wären, Bieter auszuschließen, die Zuwendungen erhalten haben [26].

## 2. Verfassungsrecht

### a) Selbstverwaltungsgarantie

Die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates wird durch das Grundgesetz nicht verboten [27]. Den Gemeinden gewährleistet Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Unter welchen Voraussetzungen die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zu den Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft i.S. des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gehört, ist im einzelnen umstritten. Die Normen des Grundgesetzes sind wirtschaftspolitisch neutral. Durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG wird die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden jedenfalls nicht untersagt [28].

Das Bundesverfassungsgericht hat nicht aus Art. 28 Abs. 2 GG, sondern aus den Gemeindeordnungen der Länder abgeleitet, daß die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden grundsätzlich an einen öffentlichen Zweck gebunden ist [29]. Das Unternehmen müsse unmittelbar durch seine Leistung – d.h. nicht nur mittelbar durch seine Erträge – dem Wohl der Gemeindebürger dienen. Rein erwerbs-

[20] EuGH, Urteil v. 11.7.1996 – Rs. C-39/94 –, EuZW 1996, 564 („SFEI“).

[21] Vgl. zum Beihilfebegriff Oldiges, NVwZ 2001, 280, 281; Koenig, ZIP 2001, 629 ff.

[22] Vgl. Koenig/Kühling, NJW 2000, 1065, 1066; Oldiges, NVwZ 2001, 280, 282.

[23] Vgl. Koenig, ZIP 2001, 629 ff.

[24] EuGH, Urteil v. 22.3.1977 – Rs. C-78/76 –, NJW 1977, 1005.

[25] EuGH, Urteil v. 7.12.2000 – Rs. C-94/99 –, VergabeR 2001, 28; EuZW 1999, 16, 19, Rdnr. 29, („ARGE Gewässerschutz“).

[26] EuGH, Urteil v. 7.12.2000 – Rs. C-94/99 –, VergabeR 2001, 28; EuZW 1999, 16, 19, Rdnr. 31, („ARGE-Gewässerschutz“).

[27] Vgl. Britz, NVwZ 2001, 380, 381 f.; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 178 und 183; Moraing, WIVerw 1998, 264, 269.

[28] Vgl. Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 178; Heintzen, NVwZ 2000, 743.

[29] BVerfGE 61, 82, 107.

wirtschaftlich-fiskalische Unternehmen seien den Gemeinden untersagt [30]. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können öffentliche Zwecke ein wirtschaftliches Unternehmen auch dann rechtfertigen, wenn damit keine Daseinsvorsorge betrieben wird [31]. Die Gemeinde sei verpflichtet, das gemeinsame Wohl ihrer Einwohnerschaft zu fördern. Diese Aufgabe könne auch durch wirtschaftliche Betätigung erfüllt werden. Worin die Gemeinde eine Förderung des allgemeinen Wohls erblicke, sei hauptsächlich den Anschauungen und Entscheidungen ihrer maßgebenden Organe überlassen und hänge von den örtlichen Verhältnissen, finanziellen Möglichkeiten der Gemeinde, Bedürfnissen der Einwohnerschaft und anderen Faktoren ab. Damit ist das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks für die Errichtung und Fortführung eines Gemeindeunternehmens der Beurteilung durch den Richter weitgehend entzogen.

Umstritten ist, inwieweit die wirtschaftliche Tätigkeit kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG vereinbar ist. Teilweise wird vertreten, die Wirtschaftstätigkeit sei auf das Gebiet der jeweiligen Gemeinde begrenzt. Daher sei eine über das Gemeindegebiet hinausgehende wirtschaftliche Betätigung in der Regel unzulässig. Ein mittelbarer Nutzen für die Gemeindeglieder – z.B. die Steigerung der Rentabilität kommunaler Unternehmen oder die bessere Auslastung – genüge nicht, um eine Gebietsüberschreitung zu rechtfertigen [32]. Die Selbstverwaltungsgarantie sei Ermächtigung und Beschränkung zugleich. Eine Gebietsüberschreitung ohne oder gegen den Willen der betroffenen Körperschaft beeinträchtigt deren Selbstverwaltungsrecht [33].

Nach anderer Ansicht folgt aus Art. 28 Abs. 2 GG keine Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung kommunaler Unternehmen auf das Gebiet der jeweiligen Gemeinde [34]. Für die wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen gelte kein strenges Örtlichkeitsprinzip [35]. Art. 28 Abs. 2 GG hindere den Gesetzgeber nicht, die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde außerhalb ihres Gemeindegebiets zuzulassen [36]. Dem ist zuzustimmen. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ver-

langt keine Beschränkung der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit auf das jeweilige Gemeindegebiet. Eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft kann auch bei einer wirtschaftlichen Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets vorliegen. Entscheidend ist, daß die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde an ein Bedürfnis der Einwohner und damit im Ergebnis an ein öffentliches Bedürfnis anknüpft. Das kann auch dann der Fall sein, wenn ein kommunales Unternehmen mit der Leistungserbringung außerhalb des Gemeindegebiets die Voraussetzungen für die Erhaltung oder Erhöhung der Wirtschaftlichkeit und Effektivität gleichartiger Leistungen innerhalb des Gemeindegebiets schafft [37].

### b) Berufsfreiheit

Die Normen des Grundgesetzes sind wirtschaftspolitisch neutral. Es gibt kein verfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip im Sinne eines Vorrangs der Privatwirtschaft gegenüber der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand [38]. Zentraler verfassungsrechtlicher Maßstab für die staatliche Wirtschaftstätigkeit ist das Grundrecht der Berufsfreiheit [39]. Art. 12 Abs. 1 GG enthält ein einheitliches Grundrecht, das die Wahl des Berufs und dessen Ausübung schützt [40]. Das Verhalten der Unternehmer im Wettbewerb ist Bestandteil ihrer Berufsausübung. Daher ist die Wettbewerbsfreiheit vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfaßt [41]. Sie garantiert den freien und gleichen Zugang zum Markt sowie die Freiheit des Unternehmers auf dem Markt.

Da die Berufsfreiheit den Wettbewerb fördern soll, schützt sie grundsätzlich nicht vor der

[30] BVerfGE 61, 82, 107.

[31] BVerwGE 39, 329, 332 f.

[32] Vgl. Ehlers, NwVBl. 2000, 1, 6; Lux, NwVBl. 2000, 7, 9 f.

[33] Vgl. Ehlers, NwVBl. 2000, 1, 6; Ehlers, DVBl. 1998, 497, 504.

[34] Moraing, WiVerw 1998, 233, 243 ff.; Wieland/Hellermann, DVBl. 1996, 401, 406 f.

[35] Vgl. Pielow, NwVBl. 1999, 369, 373; Pünder, DVBl. 1997, 1953, 1959; Köhler, BayVBl. 2000, 1, 9.

[36] Vgl. Heintzen, NVwZ 2000, 743, 744.

[37] Vgl. Pielow, NwVBl. 1999, 369, 373; Schultz, BayVBl. 1998, 449, 451.

[38] BVerfGE 50, 296, 336.

[39] Vgl. Schneider, DVBl. 2000, 1250, 1255.

[40] BVerfGE 7, 377, 401 f.; 95, 267, 302.

[41] BVerfGE 32, 311, 317; 46, 120, 137; Kluth, ZHR 162 (1998), 657, 666; Scholz, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Stand: März 2001, Art. 12 Rdnr. 115.

Zulassung von Konkurrenten. Aus Art. 12 Abs. 1 GG folgt auch kein Recht auf Erhaltung eines bestimmten Geschäftsumfangs oder auf Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten [42]. Allerdings wird vertreten, dies gelte nicht gegenüber staatlicher Konkurrenz [43]: Aus den Wirtschaftsgrundrechten folge ein Vorrang der Privatwirtschaft. Die wirtschaftliche Betätigung öffentlicher Unternehmen am Markt sei grundrechtsrelevant; sie beeinträchtige den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG und bedürfe einer Rechtfertigung [44].

Dagegen geht die in Rechtsprechung und Literatur herrschende Ansicht zutreffend davon aus, daß Art. 12 Abs. 1 GG nur unter eingeschränkten Voraussetzungen Grundrechtsschutz gegen öffentliche Unternehmen bietet. Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand [45]. Die Normen des Grundgesetzes sind wirtschaftspolitisch neutral [46]. Weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt noch eine bestimmte Wirtschaftsordnung werden durch das Grundgesetz garantiert. Die Privatwirtschaft hat im Verhältnis zur Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand keinen generellen Vorrang [47]. Das Grundgesetz garantiert privaten Unternehmen keine Ausschließlichkeit wirtschaftlichen Handelns. Verhalten sich öffentliche Unternehmen marktkonform, werden nur die Gewinnerwartungen privater Unternehmer durch die Konkurrenz der öffentlichen Hand verkürzt. Vor diesen Auswirkungen schützt Art. 12 Abs. 1 GG nicht.

Schutz gegen die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand bietet Art. 12 Abs. 1 GG nur dann, wenn sich ein öffentliches Unternehmen im Wettbewerb nicht mehr wie ein anderer, privater Wettbewerber verhält, sondern von hoheitlichen Befugnissen Gebrauch macht. Dies kann der Fall sein, wenn ein öffentliches Unternehmen seine Monopolstellung ausnutzt [48]. Entsprechendes gilt, wenn die Konkurrenz der öffentlichen Hand die Wettbewerbsmöglichkeiten privater Unternehmen unzumutbar schädigt oder deren Wettbewerbsfreiheit in unerträglichem Maße einschränkt, z. B. bei einem Verdrängungswettbewerb oder bei dem gezielten Einsatz amtlicher Autorität bzw. amtlicher Beziehun-

gen zur Erzielung eines Wettbewerbsvorteils [49]. Nur in diesen Fällen liegt in der wirtschaftlichen Tätigkeit öffentlicher Unternehmen eine Beeinträchtigung des Grundrechts der Berufsfreiheit, die einer Rechtfertigung bedarf.

### c) Eigentumsgarantie

Die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) wird durch die wirtschaftliche Tätigkeit öffentlicher Unternehmen nicht berührt. Dadurch können nur künftige Verdienstmöglichkeiten oder Erwerbschancen privater Unternehmen betroffen werden. Diese Positionen sind durch Art. 14 Abs. 1 GG nicht geschützt [50].

### d) Allgemeine Handlungsfreiheit

Art. 2 Abs. 1 GG garantiert die allgemeine Handlungsfreiheit. Dazu zählen u. a. die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Unternehmerinitiative [51]. Der Schutz der Wettbewerbsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG geht aber nicht weiter als der Schutz der Wettbewerbsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG. Denn gegenüber anderen Freiheitsrechten ist Art. 2 Abs. 1 GG subsidiär [52].

## 3. Haushaltsrecht

Das Haushaltsrecht begrenzt die Beteiligung der öffentlichen Hand an privatrechtlich organisierten Unternehmen. Nach § 65 Abs. 1 BHO soll sich der Bund an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn vier Voraussetzungen erfüllt

[42] BVerfGE 34, 252, 256; 93, 363, 370; 94, 373, 395; Tettinger, in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 12 Rdnr. 9.

[43] Vgl. Tettinger, in: Sachs, a. a. O., Art. 12 Rdnr. 73; Pielow, NwVBl. 1999, 369, 375; Hösch, DÖV 2000, 393, 396 ff.; Sodan, DÖV 2000, 361, 371.

[44] Vgl. Tettinger, NJW 1998, 3473, 3474; Pielow, NwVBl. 1999, 369, 375 f.

[45] Vgl. BVerwGE 39, 329, 336; 71, 183, 193; VerfGH Rheinland-Pfalz, DVBl. 2000, 992, 993; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 12 Rdnr. 16; Kittler, NJW 2000, 122; Moraing, WIVerw 1998, 233, 243.

[46] BVerfGE 4, 7, 17 ff.; 87, 363, 388; Britz, NVwZ 2001, 380, 381 f.; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 179.

[47] Vgl. Britz, NVwZ 2001, 380, 382.

[48] BVerfGE 39, 329, 337; BVerfG, NJW 1995, 2938, 2939.

[49] Vgl. dazu BGHZ 19, 299, 304 f.; BGH, NJW 1981, 2184, 2186.

[50] BVerfGE 58, 300, 353; Papier, in: Maunz/Dürig, a. a. O., Art. 14 Rdnr. 100.

[51] BVerfGE 65, 196, 210.

[52] BVerfGE 89, 1, 13.

sind: Erstens ist erforderlich, daß ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt und sich der vom Bund angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen läßt. Zweitens ist die Einzahlungsverpflichtung des Bundes auf einen bestimmten Betrag zu begrenzen. Drittens muß der Bund einen angemessenen Einfluß – insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan – erhalten. Viertens ist zu gewährleisten, daß der Jahresabschluß und der Lagebericht nach den Vorschriften des HGB für große Kapitalgesellschaften geprüft werden. Entsprechende Regelungen enthalten die Landeshaushaltsordnungen der Länder (vgl. § 65 LHO NW).

Beteiligen sich Bund oder Länder an Unternehmen, ohne daß die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind, können private Konkurrenten daraus keine Abwehrrechte ableiten. Denn Haushaltsrecht ist Innenrecht der Verwaltung; es begründet keine subjektiven Rechte Dritter [53].

#### 4. Kommunalwirtschaftsrecht

Schranken für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ergeben sich aus den Gemeindeordnungen der Länder. Danach ist es erforderlich, daß die Gemeinde mit der wirtschaftlichen Betätigung einen öffentlichen Zweck verfolgt (z. B. § 107 Abs. 1 GO NW) [54]. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein öffentlicher Zweck vorliegt, hat die Gemeinde eine Einschätzungsprärogative [55]. Ein öffentlicher Zweck kann ein kommunales Wirtschaftsunternehmen auch dann rechtfertigen, wenn damit keine Daseinsvorsorge betrieben wird [56].

Die Bindung an den öffentlichen Zweck verbietet kommunalen Unternehmen nicht, Gewinne zu erzielen [57]. Dies folgt schon daraus, das kommunale Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen sollen, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird (§ 109 Abs. 2 GO NW). Außerdem soll der Jahresgewinn der wirtschaftlichen Unternehmen so hoch sein, daß außer den für die technische und wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens notwendigen Rücklagen mindestens eine marktübliche Verzinsung des eige-

nen Kapitals erwirtschaftet wird (§ 109 Abs. 2 GO NW). Unzulässig ist die kommunalwirtschaftliche Betätigung nur dann, wenn sie ausschließlich der Gewinnerzielung dient. In der bloßen Gewinnerzielung liegt kein ausreichender öffentlicher Zweck [58].

Die Gemeindeordnungen enthalten für die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung regelmäßig eine Subsidiaritätsklausel: Der öffentliche Zweck darf durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden können [59]. Wann diese Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen, läßt sich praktisch kaum zuverlässig beurteilen. Die Subsidiaritätsklauseln der Gemeindeordnungen werden daher zu Recht in Frage gestellt [60].

#### 5. Wettbewerbsrecht

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der privatwirtschaftlichen Betätigung öffentlicher Unternehmen ist zwischen der generellen Zulässigkeit dieser Betätigung und deren wettbewerbsrechtlichen Anforderungen zu unterscheiden. Ob und unter welchen Umständen die öffentliche Hand sich am Wettbewerb beteiligen darf, beurteilt sich nach öffentlichem Recht. Das Wettbewerbsrecht regelt nicht den Zugang zum Wettbewerb, sondern die Art und Weise der Beteiligung am Wettbewerb, d. h. wie die öffentliche Hand ihren Wettbewerb gestaltet [61]. Nimmt ein öffentliches Unternehmen am Wirtschaftsleben teil, unterliegt sein Handeln den für alle privaten Wettbewerber geltenden Verhaltensregeln des Wettbewerbsrechts [62].

[53] Vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1 UWG Rdnr. 932.

[54] Näher dazu Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 ff.; Ehlers, NwVBl. 2000, 1 ff.; Lux, NwVBl. 2000, 7 ff.; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 179 ff.

[55] BVerwGE 39, 329, 333; OLG Celle, VergabeR 2001, 207, 209; Ruffert, VerwArch 92 (2001), 27, 37, 39 f.; Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, Band II, Stand: März 2001, § 107 GO Rdnr. III.2; Schmahl, LKV 2000, 47, 49.

[56] BVerwGE 39, 329, 333; Moraing, WiVerw 1998, 233, 252; Hill, BB 1997, 425, 427.

[57] OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, 111, 112; OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, 714, 715; Britz, NVwZ 2001, 380, 382.

[58] Ruffert, VerwArch 92 (2001), 27, 41; Beckmann/David, DVBl. 1998, 1041, 1044.

[59] Z. B. § 107 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GO NW; § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO BW.

[60] Vgl. Held, WiVerw 1998, 264, 279; Rehn/Cronauge, a. a. O., § 107 Rdnr. V.1.

[61] BGHZ 82, 375, 397; BGH, NVwZ-RR 1995, 259; OLG Karlsruhe, NVwZ 2001, 712; vgl. Tomerius, LKV 2000, 41, 44; Kaltenborn, WuW 2000, 488, 494.

[62] Baumbach/Hefermehl, a. a. O., 2001, § 1 UWG Rdnr. 928; Cronauge, Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 1995, Rdnr. 501.

Nach § 1 UWG kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen. Das OLG Düsseldorf und das OLG Hamm haben angenommen, bei Verstößen der Gemeinden gegen die Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts könnten privaten Mitbewerbern Unterlassungsansprüche nach § 1 UWG zustehen. Voraussetzung dafür sei, daß die jeweiligen gesetzlichen Vorschriften die entsprechende Betätigung gerade zum Schutz der privaten Mitbewerber verbieten. § 107 GO NW bezwecke auch den Schutz der Privatwirtschaft gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Deshalb hätten Verstöße gegen § 107 GO NW Unterlassungsansprüche privater Mitbewerber zur Folge [63].

Dagegen spricht, daß die Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts grundsätzlich keine subjektiv-öffentlichen Abwehrrechte privater Konkurrenten begründen. Ob solche Abwehrrechte bestehen, beurteilt sich nach Landesrecht. Entscheidend ist, welche Zielsetzung die die Wirtschaftstätigkeit der Gemeinde beschränkenden Vorschriften verfolgen. In der Regel dienen sie dazu, die Risiken und Gefahren einer wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand im öffentlichen Interesse zu begrenzen; der Schutz privater Mitbewerber ist nicht bezweckt [64]. Dem widerspräche es, wenn private Konkurrenten über § 1 UWG einen Anspruch auf Einhaltung der Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts hätten [65]. Das OLG München hat versucht, diesen Widerspruch dadurch aufzulösen, daß es zwischen öffentlich-rechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Abwehransprüchen trennt: Die Bayerische Gemeindeordnung räume dem einzelnen Konkurrenten zwar kein subjektiv-öffentliches Recht ein, könne jedoch gleichzeitig einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch begründen [66]. Das überzeugt nicht. Es gibt keinen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch. Dieser kann auch nicht über § 1 UWG geschaffen werden.

Daraus folgt: Nicht jede Verletzung haushaltsrechtlicher oder kommunalwirtschaftsrechtlicher Vorschriften führt zu einem Wettbewerbsverstoß i.S. des § 1 UWG. Wettbe-

werbswidrig handelt die öffentliche Hand nur dann, wenn zu dem Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzutreten, die ihr Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen [67]. Die Verquickung öffentlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen kann im Einzelfall unzulässig sein [68]. Allerdings bestehen für einen Wettbewerbsverstoß hohe Anforderungen. Der Bundesgerichtshof hat z.B. angenommen, es sei ohne weitere, die Sittenwidrigkeit begründende Umstände wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn eine Gemeinde im Bereich des Bestattungswesens privatwirtschaftliche Aufgaben in demselben Gebäude wahrnehme, in dem auch die Bestattungshoheitsverwaltung sowie das Sterbefall- und Standesamt untergebracht sind [69]. An anderer Stelle hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, eine Gemeinde handle gegenüber privaten Anbietern von Krankentransporten nicht wettbewerbswidrig, wenn sie die im Bereich ihrer Krankenhäuser anfallenden Transportaufträge nach einer innerbehördlichen Anweisung ausschließlich an die örtliche Rettungsleitstelle weiterleite und sich dadurch Wettbewerbsvorteile verschaffe [70].

Auch wenn ein öffentliches Unternehmen die Preise privater Konkurrenten unterbietet, führt dies noch nicht ohne weiteres zu einem Wettbewerbsverstoß. Denn Preisunterbietungen sind im Wettbewerb grundsätzlich zulässig [71]. Etwas anderes gilt bei einer zweckwidrigen Verwendung öffentlicher Mittel. So hat der Bundesgerichtshof entschieden, eine Ersatzkasse als Trägerin der gesetzlichen Krankenversicherung handle wettbewerbswidrig, wenn sie im Wettbewerb mit Privatversicherern ihre Beiträge für freiwillig Versicherte unter bestimmungswidriger Verwendung des öf-

[63] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1470, 1471; OLG Hamm, NJW 1998, 3504, 3505; vgl. Badura, DÖV 1998, 818, 821; Schmahl, LKV 2000, 47, 51.

[64] Vgl. BVerwGE 39, 329, 336; Ehlers, DVBl. 1998, 497; Lux, NWVBl. 2000, 1, 8; Kaltenborn, WuW 2000, 488, 494; Köhler, BayVBl. 2000, 1, 11; Tettinger, NJW 1998, 3473, 3474.

[65] Vgl. Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 184.

[66] OLG München, Urteil v. 20. 4. 2000, GewArch 2000, 279, 280; in diesem Sinne auch Hübschle, GewArch 2000, 186, 188 f.

[67] BGH, NJW 1982, 2125, 2127; BGH, NJW 1987, 60, 61; OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, 111, 112; VGH Mannheim, DÖV 1995, 120, 121.

[68] Vgl. Baumbach/Hefermehl, a. a. O., § 1 UWG Rdnr. 937 ff.

[69] BGH, NJW 1987, 60 f.; BGH, NJW 1995, 2352; ebenso OLG Karlsruhe, NVwZ 2001, 712, 713; Köhler, WRP 1999, 1205, 1206; Tomerius, LKV 2000, 41, 44 ff.; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 184.

[70] BGH, NJW 1988, 772.

[71] Vgl. Baumbach/Hefermehl, a. a. O., § 1 UWG Rdnr. 944.



fentlich-rechtlichen Beitragsaufkommens von Pflichtversicherten erheblich senke, so daß sie gegenüber den Beiträgen der Pflichtversicherer den Charakter von Dumpingpreisen erhielten [72].

#### **IV. Berücksichtigung der Grenzen wirtschaftlicher Betätigung bei der Auftragsvergabe**

Beteiligen sich öffentliche Unternehmen als Bieter in einem Vergabeverfahren, stellt sich für den Auftraggeber die Frage, ob er Verstöße gegen die die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand begrenzenden Vorschriften bei der Entscheidung über die Zuschlagserteilung zu berücksichtigen hat. Dies kann auf Grund des Wettbewerbsgrundsatzes, des Diskriminierungsverbotes und des Gebotes der Auftragsvergabe an leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen erforderlich sein.

##### **1. Wettbewerbsgrundsatz**

Nach §97 Abs.1 GWB beschaffen öffentliche Auftraggeber Waren-, Bau- und Dienstleistungen im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren. Der Wettbewerbsgrundsatz hat zentrale Bedeutung für die Auftragsvergabe; er ist in allen Phasen des Vergabeverfahrens zu beachten [73]. In zahlreichen Vorschriften der Verdingungsordnungen wird der Wettbewerbsgrundsatz näher konkretisiert. Dennoch hat er eigenständige Bedeutung. Bieter können eine Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes selbständig geltend machen [74].

Zu den Spezialvorschriften, die den Wettbewerbsgrundsatz konkretisieren, zählen §2 Nr.1 Abs.2 VOL/A, §2 Nr.1 Satz3 VOB/A und §4 Abs.3 VOF. Nach §2 Nr.1 Abs.2 VOL/A sind wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen. §2 Nr.1 Satz3 VOB/A verlangt die Bekämpfung ungesunder Begleiterscheinungen, z.B. wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen. Gemäß §4 Abs.3 VOF sind unlautere und wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen unzulässig. Bei diesen Vorschriften handelt es sich um Generalklauseln, die nur klarstellend festhalten, was bereits nach anderen Vorschriften – z.B. nach dem GWB oder dem UWG – verboten ist [75].

Das OLG Düsseldorf hat sich auf den Standpunkt gestellt, aus §2 Nr.1 Abs.2 VOL/A folge, daß der Auftraggeber zu prüfen habe, ob die Bieter die Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts eingehalten hätten [76]. Der Zusammenhang mit §2 Nr.1 Abs.1 VOL/A, wonach Leistungen in der Regel im Wettbewerb zu vergeben seien, schränke diese Pflicht nur insoweit ein, als die abzuwehrende Handlung geeignet sein müsse, den Wettbewerb im Vergabeverfahren zu beeinflussen. Letzteres könne bei dem Verstoß einer Gemeinde gegen §107 GO NW der Fall sein. §107 GO NW sei eine Vorschrift, die zum Schutz der Wettbewerbsordnung und der Lauterkeit im Wettbewerb im Rahmen des §97 Abs.1 GWB und des §2 Nr.1 Abs.2 VOL/A zu beachten sei. Privatwirtschaftliche Unternehmen, die durch eine gegen §107 GO NW verstoßende Ausweitung kommunaler Wirtschaftstätigkeit beeinträchtigt würden, seien in den Schutzbereich der Norm einbezogen.

Damit hat das OLG Düsseldorf im Ergebnis die Rechtsprechung, die Konkurrenten bei Verstößen gegen das Kommunalwirtschaftsrecht Unterlassungsansprüche nach §1 UWG einräumt [77], auf das Vergaberecht übertragen. Dagegen bestehen Bedenken. Das kommunale Wirtschaftsrecht regelt nur die Zulässigkeit der Teilnahme am Wettbewerb, nicht aber das Verhalten im Wettbewerb. Entgegen der Auffassung des OLG Düsseldorf dienen die Vorschriften der Gemeindeordnungen über die wirtschaftliche Betätigung in der Regel nicht dem Schutz privater Konkurrenten. Diese haben daher keinen Anspruch auf Einhaltung des Kommunalwirtschaftsrechts [78]. Da das Kommunalwirtschaftsrecht nur für die Gemeinden und nicht für ihre privaten Mitbewerber gilt, können sich die Gemeinden durch einen Gesetzesverstoß keinen unlauteren

[72] BGH, NJW 1982, 2125, 2127.

[73] Boesen, a. a. O., §97 Rdnr. 10.

[74] Vgl. OLG Stuttgart, NZBau 2000, 301; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, §97 Rdnr. 4.

[75] Marx, in: Müller-Wrede, Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen, 1999, §4 Rdnr. 7.

[76] OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 155; zustimmend Müller, in: Daub/Eberstein, a. a. O., §2 Rdnr. 14; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., §97 Rdnr. 33; vgl. auch Köhler, WRP 1999, 1209 ff. Offen gelassen von OLG Celle, VergabeR 2001, 207, 208.

[77] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1417, 1471; OLG Hamm, NJW 1998, 3504, 3505.

[78] BVerfG, DVBl. 1996, 152, 153; VGH Mannheim, DÖV 1995, 120f.; Tomerius, LKV 2000, 41, 46; Köhler, BayVBl. 2000, 1, 11.

ren Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen [79]. Daher ist der Wettbewerbsgrundsatz (Art.97 Abs.1 GWB) in der Regel nicht verletzt, wenn sich kommunale Unternehmen unter Verstoß gegen die Vorschriften der Gemeindeordnung über die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung an einem Vergabeverfahren beteiligen. Eine Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes scheidet auch deshalb aus, weil sich die Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts nicht an die öffentlichen Unternehmen selbst, sondern an die Gemeinden wenden [80].

## 2. Gleichbehandlungsgebot

Gemäß §97 Abs.3 GWB sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet. In den Verdingungsordnungen wird das Gleichbehandlungsgebot an verschiedenen Stellen ausdrücklich wiederholt [81]. Der Wettbewerbsgrundsatz und das Gleichbehandlungsgebot ergänzen sich gegenseitig [82]. Durch eine umfassende Gleichbehandlung aller Bieter soll der Wettbewerb gefördert und zugleich verhindert werden, daß unsachliche Kriterien die Vergabeentscheidung bestimmen [83]. Das Gleichbehandlungsgebot gilt auch zugunsten öffentlicher Unternehmen. Diese dürfen im Vergabeverfahren gegenüber privaten Unternehmen nicht deshalb benachteiligt werden, weil ihre Finanzierung durch die öffentliche Hand erfolgt.

Anders kann es liegen, wenn diese Finanzierung eine europarechtlich verbotene Beihilfe ist. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Sache „ARGE Gewässerschutz“ ist die Gewährung staatlicher Beihilfen an einen Bieter zwar grundsätzlich mit dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar, und zwar auch dann, wenn der Bieter auf Grund der Beihilfe erheblich niedrigere Preise anbieten kann als seine Konkurrenten [84]. Allerdings hält es der Europäische Gerichtshof nicht für ausgeschlossen, daß die Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie die öffentlichen Auftraggeber unter bestimmten Umständen im Einzelfall dazu verpflichtet oder ihnen zumindest gestattet, Zuwendungen – insbesondere nicht vertragskonforme Beihilfen – zu berücksichtigen, um gegebenenfalls

diejenigen Bieter auszuschließen, denen sie zugute kommen [85]. Für Bieter, die europarechtswidrige Beihilfen erhalten, besteht nun die Gefahr, daß der Auftraggeber ihre Angebote vom Vergabeverfahren ausschließt. Das gilt für öffentliche Unternehmen ebenso wie für private Unternehmen. Ob der Ausschluß von Bieter, die europarechtswidrige Beihilfen erhalten, auf das Gleichbehandlungsgebot gestützt werden kann, hat der Europäische Gerichtshof nicht entschieden. Der Ausschluß dürfte in diesem Fall nur dann gerechtfertigt sein, wenn es dem Bieter auf Grund der europarechtswidrigen Beihilfegewährung möglich ist, im Verhältnis zu seinen Konkurrenten wesentlich niedrigere Angebote abzugeben [86].

## 3. Gebot der Zuschlagserteilung an leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen

Bei der Frage, ob die europarechtswidrige Zahlung von Beihilfen an einen Bieter zum Ausschluß vom Vergabeverfahren führen kann, hat der Europäische Gerichtshof in seinem „ARGE Gewässerschutz“-Urteil nicht auf das Gleichbehandlungsgebot abgestellt. Er hat stattdessen ausgeführt, die Kommission mache zu recht geltend, daß ein Bieter im Rahmen eines Auswahlverfahrens ausgeschlossen werden könne, wenn der öffentliche Auftraggeber der Ansicht sei, daß er eine nicht vertragskonforme Beihilfe erhalten habe und die Verpflichtung zur Rückzahlung der rechtswidrig gewährten Beihilfe seine finanzielle Leistungsfähigkeit gefährde, so daß er als Bieter angesehen werden könne, der nicht die notwendigen finanziellen und wirtschaftlichen Sicherheiten biete [87].

[79] Baumbach/Hefermehl, a. a. O., § 1 UWG Rdnr. 932.

[80] Vgl. Potthast, NZBau 2000, 181, 182.

[81] §§ 2 Nr. 2 und 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/A; §§ 2 Nr. 2 und 7 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A; § 4 Abs. 2 VOF.

[82] Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., § 97 Rdnr. 11.

[83] Boesen, a. a. O., § 97 Rdnr. 30.

[84] EuGH, Urteil v. 7.12.2000 – Rs. C-94/99 –, VergabeR 2001, 28; EuZW 2001, 94, 95, Rdnr. 25 („ARGE Gewässerschutz“).

[85] EuGH, Urteil v. 7.12.2000 – Rs. C-94/99 –, VergabeR 2001, 28; EuZW 2001, 94, 96, Rdnr. 29 („ARGE Gewässerschutz“).

[86] In diesem Sinne Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., § 97 Rdnr. 68.

[87] EuGH, Urteil v. 7.12.2000 – Rs. C-94/99 –, VergabeR 2001, 28; EuZW 1999, 96, Rdnr. 30 („ARGE Gewässerschutz“).

Aus Art.31 Abs.1 DKR folgt, daß die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters ein Eignungskriterium ist. Für das deutsche Vergaberecht schreibt §97 Abs.4 GWB vor, daß Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu vergeben sind. §25 Nr.2 Abs.1 VOL/A und §25 Nr.2 Abs.1 VOB/A enthalten entsprechende Regelungen. Ziel der Eignungsprüfung ist es, die Angebote solcher Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet. Sie müssen u. a. über die für die Durchführung des Auftrags erforderlichen wirtschaftlichen Mittel verfügen [88].

Die finanzielle Leistungsfähigkeit setzt voraus, daß der Bieter über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, um seinen laufenden Verpflichtungen gegenüber seinem Personal, dem Staat und sonstigen Gläubigern nachzukommen [89]. Ist ein Bieter zur Rückzahlung europarechtswidrig erhaltener Beihilfen in großem Umfang verpflichtet, kann dies seine finanzielle Leistungsfähigkeit in Frage stellen. Dann fehlt es an der erforderlichen Eignung des Bieters; er ist bei der Entscheidung über die Zuschlagserteilung nicht zu berücksichtigen.

Für den Ausschluß von Bietern wegen des Empfangs europarechtswidriger Beihilfen dürfte in der Praxis kein allzu großer Raum bleiben. Denn die Zuständigkeit für die Beihilfekontrolle liegt nach dem EG-Vertrag bei der Kommission. Die Mitgliedstaaten müssen die Kommission über die beabsichtigte Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichten, daß sie sich dazu äußern kann (Art.88 Abs.2 Satz1 EGV). Damit soll sichergestellt werden, daß die Kommission die Vereinbarkeit von Beihilfen mit Gemeinschaftsrecht bereits vor deren Einführung prüft. Bis zu einer Genehmigung der Beihilfe durch die Kommission darf der Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen (Art.88 Abs.3 Satz3 EGV). Diese Sperrwirkung hängt nicht davon ab, ob die Beihilfe nach Art.87 Abs.3 EGV genehmigungsfähig ist. Allein die Verletzung der Notifizierungspflicht führt dazu, daß der Mitgliedstaat die Beihilfe nicht gewähren darf. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs

können sich nationale Gerichte nicht zu der Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt äußern; für die Beurteilung dieser Frage sei ausschließlich die Kommission zuständig, die der Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof unterliegt [90]. Deshalb ist der Prüfungsumfang für nationale Gerichte begrenzt; sie haben nur zu untersuchen, ob eine Beihilfe i. S. des Art.87 Abs.1 EGV vorliegt und ob die Notifizierungspflicht verletzt wurde. Hat ein nationales Gericht Zweifel, ob eine Maßnahme als staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist, kann es die Kommission um entsprechende Erklärungen bitten oder die Frage im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens dem Europäischen Gerichtshof vorlegen [91]. Auch der Auftraggeber kann bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht entscheiden, ob eine Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt vereinbar ist. Er kann allenfalls prüfen, ob die Beihilfe ohne die erforderliche Genehmigung der Kommission gewährt wurde und ob die Notifizierungspflicht nach Art.88 Abs.2 Satz1 EGV verletzt ist.

Im Einzelfall kann auch aus Verstößen öffentlicher Unternehmen gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung die Unzuverlässigkeit dieser Unternehmen folgen. Zwar ergibt sich aus dem Gesetzesverstoß noch nicht ohne weiteres die Unzuverlässigkeit. Die Verdingungsordnungen gehen ohnehin davon aus, daß bestimmte Gesetzesverstöße der Bieter – z. B. die nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung – nicht zwingend zu einem Ausschluß des Angebots führen, sondern den Ausschluß nur fakultativ eröffnen [92]. Zweifel an der Zuverlässigkeit eines öffentlichen Unternehmens können aber dann bestehen, wenn konkret mit erfolgreichen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungs-

[88] Kratzenberg, in: Ingenstau/Korbion, a. a. O., A §25 Rdnr. 48; Kulartz, in: Daub/Eberstein, a. a. O., §25 Rdnr. 34.

[89] Boesen, a. a. O., §97 Rdnr. 82; Kulartz, in: Daub/Eberstein, a. a. O., §25 Rdnr. 34.

[90] EuGH, Urteil v. 17.6.1999 – Rs. C-295/97 –, EuZW 1999, 530, 532 („Iffitalia“).

[91] EuGH, Urteil v. 17.6.1999 – Rs. C-295/97 –, EuZW 1999, 530, 532 („Iffitalia“).

[92] §25 Nr.1 Abs.2 b i. V. m. §7 Nr.5 d VOL/A; §25 Nr.1 Abs.2 i. V. m. §8 Nr.5 d VOB/A; vgl. OLG Celle, NJW 1999, 3787; OLG Stuttgart, ZVgR 2000, 165, 167.

klagen gerechnet werden muß [93]. Das wird allerdings nur selten der Fall sein, z. B. bei einem Verdrängungswettbewerb oder bei Dumping-Angeboten [94].

#### **V. Fazit**

Öffentliche Unternehmen können grundsätzlich als Bieter im Vergabeverfahren teilnehmen. Verstoßen sie dabei gegen Vorschriften, die die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung begrenzen, bedeutet das nicht zwingend, daß der Auftraggeber ihre Angebote nicht berücksichtigen darf. Die Vorschriften des Haushaltsrechts und des Kommunalwirtschaftsrechts dienen allein öffentlichen Zwecken; der Schutz privater Konkurrenten wird nicht beabsichtigt. Daraus folgt, daß in diesen Fällen in der Regel kein Verstoß gegen § 1 UWG vorliegt. Auch der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz ist regelmäßig nicht

verletzt. Ausnahmen kommen z. B. bei einem Verdrängungswettbewerb öffentlicher Unternehmen in Betracht. Sofern dann mit erfolgreichen Unterlassungsklagen privater Mitbewerber gegen das öffentliche Unternehmen konkret gerechnet werden muß, können Zweifel an der Zuverlässigkeit dieses Unternehmens bestehen.

Die Zuschlagserteilung an einen Bieter, der staatliche Subventionen erhält, ist zulässig. Etwas anderes kann gelten, wenn die Subventionen gegen das Beihilfeverbot des EG-Vertrages verstoßen. Dann kann die Vergabe des Auftrags an den Beihilfeempfänger dem Gleichbehandlungsgebot und dem Gebot der Zuschlagserteilung an leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen widersprechen.

[93] Beckmann/David, DVBl. 1998, 1041, 1048.

[94] S.o., III 2.) b) und III. 5.).