



Sebastian Schnitzler LL.M. (UK),
Rechtsanwalt, Counsel, Public Procurement Law, Fachanwalt für Vergaberecht, Mediator und
Stephanie Otto,
Rechtsanwältin, Associate, Public Procurement Law, Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Die Gewinnerzielungsabsicht als Kriterium für die öffentliche Auftraggebereigenschaft juristischer Personen

I. EINLEITUNG

Das Vergaberecht stellt Strukturen und Mechanismen für eine transparente, diskriminierungsfreie und wettbewerbliche Beschaffung bereit, auf Basis derer ein identifizierter Bedarf zu wirtschaftlichen Konditionen und unter Ausschöpfung bestehender Innovationspotentiale gedeckt werden kann. Der Gewinn liegt im Einkauf. Richtig angewandtes Vergaberecht bestätigt diese alte Kaufmannsregel durch Hebung von Einsparungspotentialen. Dies setzt allerdings eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Klaviatur des europäischen, nationalen und länderspezifischen Vergaberechts und das Tätigen der damit korrelierenden Investitionen voraus.

Zugleich entfaltet die Komplexität des Vergaberechts oftmals abschreckende Wirkung. Neben dem vergaberechtlichen Kernbereich – mithin den Anforderungen an die Ausgestaltung von Vergabeverfahren – führen die im Vergaberecht zunehmend verorteten strategischen Ziele – stellvertretend seien hier Mittelstands- und Innovationsförderung, Umwelt- und Sozialschutz oder die Korruptionsprävention genannt – zu einer nicht unwesentlichen Aufwandserhöhung bei der eigenen Beschaffung.

Für viele Unternehmen – gleich ob Abfallwirtschafts-, F&E-, Infrastruktur-, IT-, Messe-, Nahverkehrs-, Holding-, ÖPP-, Projektentwicklung-, Stadtwerke- oder Wohnungsbaugesellschaft – stellt sich die Frage, ob sie überhaupt Adressat vergaberechtlicher Ausschreibungspflichten sind. Vergaberechtliche Ausschreibungspflichten greifen dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag zu vergeben beabsichtigt. Das Erreichen einschlägiger

Schwellenwerte und Wertgrenzen entscheidet dann nachgelagert über die jeweils einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften.

Während Gebietskörperschaften, wie der Bund, die Länder, Landkreise oder Kommunen als originäre öffentliche Auftraggeber dem Vergaberecht unterfallen, bedarf es bei der Beurteilung der Adressatenstellung juristischer Personen des privaten oder öffentlichen Rechts einer sorgfältigen Beurteilung der tatbestandlichen Voraussetzungen der funktionalen öffentlichen Auftraggebereigenschaft. Insbesondere das Kriterium der Nichtgewerblichkeit bereitet dabei in der Praxis zunehmend Schwierigkeiten.

II. JURISTISCHE PERSONEN DES PRIVATRECHTS ALS ÖFFENTLICHE AUFTRAGGEBER

Gemäß §§ 98, 99 Nr. 2 GWB ist eine juristische Person des Privatrechts als öffentlicher Auftraggeber zu klassifizieren, wenn sie eine besondere Staatsnähe aufweist und zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

Abweichungen können sich außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts dann ergeben, wenn die Geltung des funktionalen öffentlichen Auftraggeberbegriffs nicht explizit – etwa mittels Haushalts- und/oder Landesvergaberechts – auf den Unterschwellenbereich ausgeweitet oder der Anwendungsbefehl zur Einhaltung vergaberechtlicher Ausschreibungspflichten – wie im Zuwendungsrecht mittels Zuwendungsbescheid und/oder ent-

sprechender Nebenbestimmungen zu der jeweiligen Verwaltungsvorschrift der Haushaltsordnung – unabhängig von der öffentlichen Auftraggebereigenschaft postuliert wird.

Eine Staatsnähe liegt vor, wenn öffentliche Auftraggeber gemäß §§ 98, 99 Nr. 1 bis 3 GWB die juristische Person einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.

Wann im Allgemeininteresse liegende Aufgaben vorliegen, ist weder durch die Rechtsprechung des EuGH abschließend geklärt, noch durch das europäische Primär- oder Sekundärrecht präzisiert. Auch auf innerstaatlicher Ebene existiert bisher keine konkrete Definition. Anerkannt ist, dass jedenfalls solche Aufgaben im Allgemeininteresse liegen, die die jeweilige staatliche Stelle selbst erfüllt und im Rahmen derer sie entscheidenden Einfluss behalten möchte. Eine Aufgabe liegt zudem auch dann im Allgemeininteresse, wenn sie mehreren Personen zugutekommt und im Dienste der allgemeinen Öffentlichkeit wahrgenommen wird. Der Auftraggeber muss also über die Interessen eines bestimmten Personenkreises hinaus für die Allgemeinheit insgesamt tätig werden.

Das Kriterium der „nichtgewerblichen Art“ stellt dabei eine einschränkende Ergänzung zum Tatbestandsmerkmal der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben dar.¹ Da also die konkrete Aufgabe präzisiert wird², kommt es auf die Nichtgewerblichkeit des Rechtsträgers, der diese Aufgabe erfüllt, nicht an.³ Relevant

¹ EuGH, Urteil vom 10. November 1998, C-360/96; EuGH, Urteil vom 22. Mai 2003, C-18/01.

² EuGH, Urteil vom 10. November 1998, C-360/96, Rn. 32.

³ OLG Brandenburg, Beschluss vom 06. Dezember 2016, 6 Verg 4/16, Rn. 57; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 5. Auflage 2014, § 98 Rn. 75.



ist die Art und Weise, mit der die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe durch die juristische Person wahrgenommen wird und wie sich diese im Vergleich zum Markt und Wettbewerb verhält.

Als Indizien wurden in der Rechtsprechung konkrete Bewertungsparameter entwickelt. Dabei sind „[...] *das Fehlen von Wettbewerbfähigkeit auf dem Markt, das Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung der Tätigkeiten aus öffentlicher Hand zu berücksichtigen*.“⁴

Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2014/24/EU fasst die ergangene Rechtsprechung zusammen und stellt klar, dass eine Einrichtung, die unter marktüblichen Bedingungen arbeitet, gewinnorientiert ist und die mit der Ausübung ihrer Tätigkeit einhergehende Verluste trägt, nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts angesehen wird.

Nichtgewerblichkeit bezieht sich damit faktisch also immer auf eine staatlich begründete Sonderstellung auf dem Markt, die den betreffenden Rechtsträger in Bezug auf die konkrete Tätigkeit zumindest teilweise von den Wirkungen eines Wettbewerbs unter Gleichen befreit; gewerblich ist eine Tätigkeit, wenn sie in jeder Hinsicht dem Druck des Wettbewerbs im Binnenmarkt ausgesetzt ist. Sofern eines der vorgenannten Kriterien vorliegt, führt dies regelmäßig zur Annahme von Nichtgewerblichkeit, da sich die Vergabe außerhalb der üblichen Marktmechanismen vollzieht.

III. DIE GEWINNERZIELUNGS-ABSICHT

Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich in der Praxis oftmals bei der Beurteilung der Gewinnerzielungsabsicht. Beachtung erlangte das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht in diesem Jahr zudem durch eine Entscheidung des OLG Hamburg, in der das Gericht die öffentliche Auftraggebereigenschaft eines städtischen Wohnungsbaunternehmens insbesondere mit „*der konkreten Gestaltung der Geschäftstätigkeit*“ negierte.⁵

Auch wenn die Gewinnerzielungsabsicht in der Vergangenheit vielfach Gegenstand der Prüfung der öffentlichen Auftraggebereigenschaft von Unternehmen war, besteht weiterhin keine einheitliche Rechtsprechung. Dies führt im Einzelfall zu erheblichen Rechtsunsicherheiten.

Während der EuGH für die Beurteilung der Nichtgewerblichkeit nicht auf die Gewinnerzielungsabsicht des Unternehmens insgesamt, sondern auf das Gewinnstreben des Unternehmens in Bezug auf die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe abstellt,⁶ – und zugleich klarstellt, dass es in diesem Zusammenhang nicht darauf ankommt, welchen Anteil die in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeiten an den Gesamttätigkeiten dieser Einrichtung ausmachen⁷ – verfolgt der Vergabesenat des OLG Hamburg mit seiner jüngsten Entscheidung zu einer städtischen Wohnungsbau-gesellschaft einen ganzheitlicheren Ansatz.

Das Gericht bejahte die Gewinnerzielungsabsicht des Unternehmens unter Betrachtung seines wirtschaftlichen Handelns insgesamt.⁸ Der Nachweis einer Gewinnerzielungsabsicht sei geführt, da „*es schlicht nicht plausibel [sei], dass das Unternehmen über erhebliche Zeiträume Gewinne erwirtschaftet haben könnte, ohne dass dies beabsichtigt gewesen sei – Gewinnerzielung durch Unternehmen ist kein Zufall, sondern, zumal wenn erhebliche Gewinne und diese über lange Zeiträume erzielt werden, nur als Ergebnis planvollen unternehmerischen Handelns denkbar*.“⁹ Der Vergabesenat begründete die Gewinnerzielungsabsicht damit, dass das Wohnungsbaunternehmen nicht auf öffentliche Mittel angewiesen war, beabsichtige, künftig Gewinne auszuschütten und in der

Vergangenheit tatsächlich erhebliche Gewinne erwirtschaftet hat. Die Geschäftstätigkeit der Wohnungsbaugesellschaft in Bezug auf die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe – dort der soziale Wohnungsbau – blieb in dem Beschluss unerwähnt.¹⁰

Für sich genommen erscheint die Herleitung des OLG Hamburg zur Bejahung der Gewinnerzielungsabsicht des Unternehmens so schlicht wie zutreffend. Im Ergebnis ist der vom Vergabesenat vertretenen Auffassung dennoch nicht zu folgen. Wie bereits dargestellt, stellt das Kriterium der nichtgewerblichen Art eine Einschränkung des Tatbestandsmerkmals der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben dar. Entscheidend ist demnach nicht die Gewerblichkeit bzw. Gewinnerzielungsabsicht des Rechtsträgers, sondern die Art und Weise, mit der die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe durch die juristische Person wahrgenommen wird und wie sich diese im Vergleich zum Markt und Wettbewerb verhält.¹¹ Der erzielte Gesamtumsatz einer juristischen Person kann demnach für die Beurteilung der Gewerblichkeit nicht – jedenfalls nicht in EU-rechtskonformer Weise – herangezogen werden.

IV. FAZIT

Die Entscheidung des OLG Hamburg führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Nach geltender EuGH-Rechtsprechung gilt, dass das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht nicht einer Betrachtung der Geschäftstätigkeiten eines Unternehmens, sondern einer Bewertung in Bezug auf die im Allgemeininteresse liegende(n) Aufgabe(n) bedarf. Ein Unternehmen, das dauerhaft Gewinne generiert, kann auch dadurch eine Sonderstellung auf dem Markt genießen, dass es in Bezug auf die im Allgemeininteresse liegende(n) Aufgabe(n) ohne Gewinnstreben agiert. Die weitere Konkretisierung der im Falle des Nichtvorliegens zu vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten führenden Gewinnerzielungsabsicht bedarf letztlich aber einer klarstellenden Entscheidung auf europäischer Ebene. ■

4 EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2001, C-283/00 (SIEPSA), Rn. 81; OLG Hamburg, Beschluss vom 11. Februar 2019, 1 Verg 3/15, Rn. 149.

5 OLG Hamburg, Beschluss vom 11. Februar 2019, 1 Verg 3/15.

6 EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2003 - C 283/00 (SIEPSA), Rn. 81; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2015, VII - Verg 11/15, Rn. 26; OLG Brandenburg, Beschluss vom 06. Dezember 2016, 6 Verg 4/16, Rn. 46.

7 EuGH, Urteil vom 15. Januar 1998, C-44-96; EuGH, Urteil vom 10. November 1998, C-360/96; OLG Brandenburg, Beschluss vom 06. Dezember 2016, 6 Verg 4/16.

8 OLG Hamburg, Beschluss vom 11. Februar 2019, 1 Verg 3/15.

9 OLG Hamburg, Beschluss vom 11. Februar 2019, 1 Verg 3/15.

10 OLG Hamburg, Beschluss vom 11. Februar 2019, 1 Verg 3/15, Rn. 194, 201.

11 OLG Brandenburg, Beschluss vom 06. Dezember 2016, 6 Verg 4/16, Rn. 57; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 5. Auflage 2014, § 98 Rn. 75.