

GPA-Mitteilung Bau 1/2004

Az. 600.530

01.07.2004

VOB-Anwendung durch kommunale Unternehmen in privater Rechtsform

1 Einführung

Bei Anwendung der VOB durch Unternehmen in privater Rechtsform ist zu unterscheiden zwischen Bauauftragsvergaben ab dem EG-Schwellenwert von 5 Mio. Euro¹ und unterhalb dieses Schwellenwerts.

2 Bauauftragsvergaben ab dem EG-Schwellenwert

2.1 Vergabevorschriften

Bei Vergabe von Bauaufträgen bzw. Baumaßnahmen ab 5 Mio. Euro gelten die EG-Baukoordinierungsrichtlinie für die Nichtsektorenauftraggeber und die EG-Sektorenrichtlinie für die Sektorenauftraggeber sowie die vom Bund in nationales Recht umgesetzten Vergabevorschriften, nämlich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - **GWB** - vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2546), zuletzt geändert am 25.11.2003 (BGBl. I S. 2304), und die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - **VgV** -) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.02.2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert am 25.11.2003 (BGBl. I S. 2304).

Die §§ 6 und 7 VgV regeln, welche Auftraggeber i.S. des § 98 GWB die VOB/A - 2., 3. oder 4. Abschnitt - anzuwenden haben.

¹ Zur Schwellenwertberechnung vgl. GPA-Mitt. Bau 2/2001 Az. 600.502 und 2/2002 Az. 600.502.

Die Bestimmungen des **§ 98 Abs. 1 bis 4 GWB** haben folgenden Wortlaut (Auszug):

„**Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind:**

**(1) Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
(2) andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie 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.**

... ,

**(3) Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
(4) natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs oder der Telekommunikation tätig sind, wenn diese Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt werden, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder wenn Auftraggeber, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können,“**

Bei Anwendung des § 98 GWB bereiten Probleme insbesondere die Auslegung des Begriffs „**im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art**“ in § 98 Nr. 2 GWB sowie die Abgrenzung der Bestimmungen des **§ 98 Nr. 2 und Nr. 4 GWB** bei den Sektorauftraggebern.

2.2 Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art

Zur Beurteilung, ob ein Unternehmen in privater Rechtsform Auftraggebereigenschaft i.S. des § 98 Nr. 2 GWB hat, bedarf es insbesondere einer Auslegung des Begriffs „**im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art**“, der aus dem EG-Vergaberecht unverändert in das GWB übernommen wurde und dementsprechend nach gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen auszulegen ist.

Aus bisher bekannt gewordenen Entscheidungen des EuGH und der Vergabekammern/-senate (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2003, ZfBR 2003, 605 oder KG Berlin, Beschl. v. 06.02.2003, NZBau 2003, 346) sowie zahlreichen Schrifttumshinweisen¹ lässt sich bisher leider keine für die Praxis vereinfachte Handhabung zur Beurteilung der Auftraggebereigenschaft i.S. des § 98 Nr. 2 GWB entwickeln.

¹ Vgl. u.a. Dietlein in NZBau 2002, 136; Portz in BWGZ 2000, 191; Kulartz in NZBau 2001, 173; Prieß in BauR 1999, 1354; Noch in DÖV 1998, 623; Ziekow in VergabeR 2003, 483; Eschenbruch/Hunger in NZBau 2003, 471; Wagner/Wiegand in NZBau 2003, 369; Hertwig in NZBau 2003, 545 oder Roth in VergabeR 2003, 397.

Die Prüfung, ob ein Unternehmen Auftraggebereigenschaft hat, erfordert vielmehr jeweils **eine umfassende Bewertung des Einzelfalls**, wobei hier „dem Normanwender ein beträchtliches Maß an Souveränität abverlangt“ wird (Zitat von Ziekow in BauR 2003, 483). Erst aufgrund einer umfassenden **Prüfung des Gründungszwecks** und **verschiedener Umstände, Kriterien und Indizien** lässt sich im Ergebnis beurteilen, ob eine Auftraggebereigenschaft i.S. von § 98 Nr. 2 GWB gegeben ist: Z.B. Art und Umfang der Unternehmenstätigkeiten, Maß des öffentlichen Interesses an den ausgeübten Tätigkeiten, Träger des wirtschaftlichen Risikos, Gewinnerzielungsabsicht, geographische Beschränkung der ausgeübten Tätigkeiten, Tätigkeit in einem wettbewerblich begründeten Umfeld, etwaige staatliche Zuwendungen, Art und Umfang der Einflussnahme der öffentlichen Hand auf das Unternehmen. Steht ein Unternehmen in einem vollständig **entwickelten Wettbewerb**¹, ist das ein wesentlicher Umstand für die Annahme einer „Aufgabenerfüllung gewerblicher Art“ und damit für die Nichtannahme einer Auftraggebereigenschaft i.S. des § 98 Nr. 2 GWB.

Für eine erste Beurteilung hilfreich ist auch der in Anhang I der EG-Baukoordinierungsrichtlinie aufgenommene Katalog von Unternehmen, die öffentliche Auftraggeber sind. Genannt werden dort beispielsweise Krankenhäuser, Theater, Museen, Erholungseinrichtungen, Kinder- und Jugendheime, Schwimmbäder, Sportanlagen und -einrichtungen, Abfallbeseitigung und Wohnungsunternehmen. Dieser Katalog beinhaltet ein erstes Indiz bzw. eine Vermutung für die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber (vgl. u.a. KG, Beschl. v. 06.02.2003, NZBau 2003, 346; BayObLG, Beschl. v. 05.11.2002, VergabeR 2003, 187).

Nach derzeitigen Erkenntnissen aus Rechtsprechung und Schrifttum können die kommunalen Körperschaften davon ausgehen, dass ihre Eigen- und Mehrheitsgesellschaften in der Regel unter § 98 Nr. 2 GWB fallen, Sektorenauftraggeber ggf. auch nur unter § 98 Nr. 4 GWB (z.B. Strom- und Gasversorgungsunternehmen). Für die kommunalen Körperschaften von Interesse sind z.Z. folgende bekannt gewordenen Entscheidungen:

Öffentliche Auftraggebereigenschaft i.S. des § 98 Nr. 2 GWB haben **Wohnungsbaugesellschaften** (KG Berlin, Beschl. v. 06.02.2003, NZBau 2003, 346 = VergabeR 2003, 355 = IBR 2003, 560; vgl. dazu auch die gt-Info 436/99 v. 05.06.1999), **Wasserversorgungsunternehmen** (VG Koblenz, Urt. v. 08.07.1997, nicht veröffentlicht), **Parkhausunternehmen** (VK Münster, Beschl. v. 17.07.2001, IBR 2002, 31), **Großmarktunternehmen** (VK Bremen, Beschl. v. 23.08.2001, NZBau 2002, 406); **Bestattungsunternehmen** (EuGH, Urt. v. 27.02.2003, VergabeR 2003, 296 = IBR 5/2003); **Verkehrsunternehmen, z.B. auch U-Bahn-Netzbetreiber** (BayObLG, Beschl. v. 05.11.2002, VergabeR 2003, 186 = NZBau 2003, 342); **Wirtschaftsförderungsgesell-**

¹ Der Begriff wurde bisher häufig verwendet, aber noch nicht näher definiert.

schaffen (EuGH, Urt. v. 22.05.2003, VergabeR 2003, 420 = IBR 2003, 490; VK Stuttgart, Beschl. v. 06.06.2001, NZBau 2002, 173).

Keine öffentliche Auftraggebereigenschaft haben **Messegesellschaften** (EuGH, Urt. v. 10.05.2001, VergabeR 2001, 281 = IBR 2001, 438 = Vergabe-Rechtsreport 7/2001, 4; die Entscheidungsbegründung wurde im Schrifttum kritisch beurteilt, u.a. durch Schabel in VergabeR 2001, 285).

Umstritten ist noch die Auftraggebereigenschaft der **kommunalen Sparkassen** (bejahend VK Münster, Beschl. v. 24.06.2002, IBR 2002, 498 oder Eichner in BauR 2001, 1666 unter Hinweis auf die Gewährträgerschaft der Kommunen; verneinend Portz in BWGZ 2000, 191 oder der Bund in Bt-Drucksache 12/4636).

2.3 Abgrenzung zwischen § 98 Nr. 2 und Nr. 4 GWB bei Sektorenauftraggebern

Umstritten ist die Anwendung der Bestimmungen des § 98 Nr. 2 und Nr. 4 GWB bei den Sektorenauftraggebern. Die Rechtsprechung geht z.Z. davon aus, dass § 98 Nr. 2 GWB dem § 98 Nr. 4 GWB als **speziellere Norm** vorgeht (vgl. u.a. BayObLG, Beschl. v. 05.11.2002, VergabeR 2003, 186), was bedeutet, dass die Auftraggebereigenschaft der kommunalen Sektorenauftraggeber zunächst nach § 98 Nr. 2 GWB zu beurteilen ist. Danach sind beispielsweise Wasserversorgungsunternehmen oder Verkehrsunternehmen Auftraggeber i.S. von § 98 Nr. 2 GWB (und nicht i.S. von § 98 Nr. 4 GWB), weil sie „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art“ wahrnehmen.¹

Dagegen wird im Schrifttum mit beachtlichen Argumenten die Auffassung vertreten, dass für die Sektorenauftraggeber nicht § 98 Nr. 2 GWB, sondern ausschließlich die EG-Sektorenrichtlinie bzw. § 98 Nr. 4 GWB gelten soll² bzw. dass eine **doppelte Zuordnung** der Sektorenauftraggeber zu § 98 Nr. 2 und Nr. 4 GWB nicht im Einklang mit dem EG-Vergaberecht steht (vgl. dazu u.a. Hertwig in NZBau 2003, 545 oder Schabel in VergabeR 2003, 194, die die derzeitige Umsetzung der EG-Sektorenrichtlinie in § 98 GWB und § 7 VgV nicht für EG-konform halten).

¹ Sie stehen nicht in einem entwickelten Wettbewerb.

² Insbesondere deswegen, weil die Vorschrift des § 98 Nr. 2 GWB aus der EG-Baukoordinierungsrichtlinie und nicht aus der EG-Sektorenrichtlinie stammt.

Dieser Meinungsstreit hat praktische Bedeutung, weil die Sektorenauftraggeber bei einer Zuordnung zu § 98 Nr. 2 GWB die VOB/A - 3. Abschnitt - anwenden müssen (und damit sog. VOB-Vollanwender sind), während sie bei einer Zuordnung zu § 98 Nr. 4 GWB lediglich die VOB/A - 4. Abschnitt (VOB-SKR) - anwenden müssten, wonach sie mit wesentlich größeren Vergabefreiheiten ausgestattet wären.¹

Es bleibt festzuhalten, dass nach derzeitiger Rechtsauffassung fast alle Sektorenauftraggeber zugleich auch die Auftraggebereigenschaft i.S. des § 98 Nr. 2 GWB besitzen (Ausnahme u.a. die Strom- und Gasversorgungsunternehmen), weil sie „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art“ wahrnehmen und nicht in einem entwickelten Wettbewerb stehen. Die derzeitige Rechtsauffassung hat für die Sektorenauftraggeber auch bei den Bauauftragsvergaben unterhalb des EG-Schwellenwerts Bedeutung, weil § 106b GemO auf § 98 Nr. 2 GWB verweist (s. nachfolgenden Abschn. 3).

Hinsichtlich der Anwendung der VOB/A - 3. oder 4. Abschnitt - sind bis auf weiteres die Bestimmungen der §§ 7 und 8 VgV zu beachten, wonach lediglich die Sektorenauftraggeber in den Bereichen Elektrizitäts-, Gas- und Wärmeversorgung und Flugverkehr die VOB-SKR anwenden dürfen.

Abschließend bleibt noch festzustellen, dass Nichtsektorenauftraggeber wie z.B. Messegesellschaften von EG-Ausschreibungen bzw. von der VOB-Anwendung gänzlich befreit sind, solange deren Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 2 GWB verneint wird, dagegen Strom- und Gasversorgungsunternehmen, die unter § 98 Nr. 4 GWB fallen, Bauaufträge ab dem EG-Schwellenwert zumindest nach der VOB-SKR ausschreiben müssen.

3 Bauauftragsvergaben unterhalb des EG-Schwellenwerts

Bei Bauauftragsvergaben unterhalb des EG-Schwellenwerts gelten für die Unternehmen in privater Rechtsform weder die haushaltsrechtlichen Vergabebestimmungen des § 31 GemHVO noch die VergabeVwV des IM vom 08.11.2000 (GABl. S. 414), zuletzt geändert am 06.08.2003 (GABl. S. 591).

¹ Hinsichtlich der Anwendung der VOB-SKR vgl. das Sonderheft 1/2003 der GPA-Mitteilungen Bau.

Die Kommunen haben hinsichtlich ihrer Unternehmen in privater Rechtsform jedoch die Bestimmungen des **§ 106b GemO** zu beachten (Auszug):

„(1) Die Gemeinde ist verpflichtet, ihre Gesellschafterrechte in Unternehmen des privaten Rechts, auf die sie durch mehrheitliche Beteiligung oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen kann, so auszuüben, dass

1. diese die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) sowie § 22 Abs. 1 bis 4 des Mittelstandsförderungsgesetzes anwenden

... ,

wenn diese Unternehmen öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind. Satz 1 gilt für Einrichtungen im Sinne des § 102 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 in einer Rechtsform des privaten Rechts entsprechend.

(2) Die Verpflichtung nach Absatz 1 entfällt in der Regel

1. bei wirtschaftlichen Unternehmen, soweit sie

- a) mit ihrer gesamten Tätigkeit an einem entwickelten Wettbewerb teilnehmen und ihre Aufwendungen ohne Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten zu decken vermögen oder**
- b) mit der gesamten Tätigkeit einzelner Geschäftsbereiche an einem entwickelten Wettbewerb teilnehmen und dabei ihre Aufwendungen ohne Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten zu decken vermögen,**

2. bei Aufträgen der in § 100 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Art,

3. bei Aufträgen, deren Wert voraussichtlich weniger als 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) beträgt.

Auch bei Vorliegen der Ausnahmeveraussetzungen nach Satz 1 besteht die Verpflichtung nach Absatz 1, soweit die Unternehmen Aufträge für ein Vorhaben vergeben, für das sie öffentliche Mittel in Höhe von mindestens 30.000 Euro in Anspruch nehmen.“

Nach § 106b Abs. 1 GemO sind die Kommunen verpflichtet, ihre Rechte gegenüber den Eigen- und Mehrheitsgesellschaften so auszuüben, dass die wirtschaftlichen Unternehmen oder Einrichtungen i.S. des § 102 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GemO in privater Rechtsform bei Bauauftragsvergaben die VOB anwenden (**Ingerenzpflicht der Gemeinden**).

Grundvoraussetzung ist, dass die Unternehmen oder Einrichtungen **Auftraggebereigenschaft i.S. von § 98 Nr. 2 GWB** besitzen (vgl. dazu die Ausführungen in Abschn. 2). Insofern besteht Identität zwischen Bauauftragsvergaben ab dem EG-Schwellenwert und unterhalb dieses Wertes. Fehlt die Auftraggebereigenschaft i.S. des § 98 Nr. 2 GWB, weil wirtschaftliche Unternehmen oder einzelne Geschäftsbereiche solcher Unternehmen an einem **entwickelten Wettbewerb** teilnehmen und können die Unternehmen ihre Aufwendungen ohne Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten decken (§ 106b Abs. 2 Nr. 1 GemO), entfällt die Ingerenzpflicht des § 106b Abs. 1 GemO. Dies betrifft nach derzeitigen Erkenntnissen nur die **Messegesellschaften und die Strom- und Gasversorgungsunternehmen**.

§ 106b GemO regelt nicht, welcher Abschnitt der VOB/A bei Vergaben anzuwenden ist. Es ist aber davon auszugehen, dass unterhalb des EG-Schwellenwerts allgemein die **VOB/A - 1. Abschnitt** - gilt.

Alle kommunalen Eigen- und Mehrheitsgesellschaften sind nach § 106b Abs. 2 Nr. 3 GemO von der VOB-Anwendung befreit bei Vergabe von **Kleinaufträgen** (Baufauftragsvergaben mit einem geschätzten Auftragswert von weniger als 30.000 Euro netto). Die Regelung gilt aber nur bei Bauauftragsvergaben unterhalb des EG-Schwellenwerts. Bei Vergaben ab dem EG-Schwellenwert müssen ggf. auch Fachlose im Wert von weniger als 30.000 Euro EG-weit ausgeschrieben werden, wenn sie nicht innerhalb des 20 v.H.-Kontingents i.S. des § 2 Nr. 7 VgV liegen, was aber wohl in selteneren Fällen gegeben ist.

Alle kommunalen Eigen- und Mehrheitsgesellschaften, auch diejenigen, bei denen die Ausnahmevoraussetzungen nach § 106b Abs. 2 Nr. 1 GemO vorliegen, sind nach § 106b Abs. 2 Satz 2 GemO im Einzelfall stets dann zur Anwendung der VOB/A - 1. Abschnitt - verpflichtet, wenn sie öffentliche Mittel bzw. Zuwendungen in Höhe von mindestens 30.000 Euro in Anspruch nehmen. Die Folgen einer etwaigen Nichtbeachtung dieser Bestimmung ergeben sich aus den jeweiligen Zuwendungsbedingungen.

Die Gemeinde übt ihre Gesellschafterrechte zur Durchsetzung der VOB-Anwendung bei ihren Unternehmen durch eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafterversammlung aus. Die Änderung des Gesellschaftsvertrags bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen der Gesellschafter. Bei einem Beschluss der Gesellschafterversammlung genügt die einfache Mehrheit. Ist die Verpflichtung zur Anwendung der VOB eingeführt, hat die Gemeinde im Rahmen ihrer Rechte als Gesellschafterin auch den entsprechenden Vollzug zu überwachen.