

Beiträge zum Vergaberecht

Band 3

**Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen
und die Auswirkungen auf die Vergabe
öffentlicher Aufträge**

Von

Fabian Meiß



Duncker & Humblot · Berlin

Fabian Meiß

Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen und
die Auswirkungen auf die Vergabe öffentlicher Aufträge

Beiträge zum Vergaberecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Berlin
Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

Band 3

Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen und die Auswirkungen auf die Vergabe öffentlicher Aufträge

Von

Fabian Meiß



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer
hat diese Arbeit im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2364-8724
ISBN 978-3-428-15572-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55572-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85572-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinem Vater

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einführung	17
A. Einleitung	17
B. Einführung in die Problematik	19
I. Kollision von Prinzipien des Gesellschaftsrechts mit denen des Vergaberechts	19
II. Der Ablauf der Angebotsfrist als maßgeblicher Zeitpunkt	20
III. Die diskussionswürdigen Problembereiche im Einzelnen	21
1. Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen als vergaberechtliche Änderung in der Person des Bieters	21
2. Vereinbarkeit mit den Grundsätzen und Zielen des Vergaberechts	22
3. Möglicher Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot	23
4. Auswirkungen auf die Eignung des Bieters	23
IV. Abgrenzungsfragen, Gang der Darstellung, Thesen	24
1. Abgrenzung der Problematik zur Frage der Zulässigkeit einer Veränderung von Bietergemeinschaften während der Teilnahme an Vergabeverfahren	24
2. Abgrenzung der Problematik zur Frage gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierung <i>nach</i> Zuschlagserteilung	25
3. Abgrenzung zur Problematik der sog. „Inhouse-Vergaben“ und „Interkommunale Kooperationen“	26
4. Abgrenzung zur Problematik der Gründung und Beauftragung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen	28
5. Eingrenzung der Darstellung	29
6. Thesen und Fragestellungen	30

2. Teil

Rechtliche Grundlagen	32
A. Grundlagen des Vergaberechts	32
I. Begriff, Rechtsgrundlagen und Sinn und Zweck des Vergaberechts	32
II. Die Grundprinzipien des Vergaberechts	34
1. Der Wettbewerbsgrundsatz	35
2. Der Gleichbehandlungsgrundsatz	35
3. Der Transparenzgrundsatz	36

III. Die verschiedenen Vergabeverfahren	36
1. Das offene Verfahren nach § 119 Abs. 3 GWB, § 15 VgV	37
2. Das nicht offene Verfahren nach § 119 Abs.4 GWB, § 16 VgV	38
3. Das Verhandlungsverfahren § 119 Abs. 5 GWB, § 17 VgV	39
IV. Ausschluss von Bietern und Angeboten	40
1. Zwingender Ausschluss von Bietern (§ 123 GWB)	40
2. Fakultativer Ausschluss von Bietern (§ 124 GWB)	41
3. Ausschluss von Angeboten (§ 57 VgV)	42
V. Eignung und Eignungsprüfung	42
1. Historie zu § 122 GWB	43
2. Begriff der Eignung, Eignungskriterien und Nachweise	44
a) Begriff der Eignung	44
b) Festlegung der Eignungskriterien, insbesondere Mindestanforderungen	44
c) Festlegung der Eignungsnachweise	45
aa) Formlose Eigenerklärungen	45
bb) Präqualifizierungssystem	46
cc) Einheitliche Europäische Eigenerklärung	46
d) Eignungskriterien und Nachweise im Einzelnen	47
aa) Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (§ 122 Abs. 2 Nr. 1)	47
bb) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 Nr. 2 GWB)	47
cc) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB)	48
3. Eignungsprüfung	48
a) Beurteilungsspielraum und Prognoseentscheidung	49
b) Zeitpunkt der Vornahme der Eignungsprüfung	49
c) Zeitpunkt des Vorliegens der Eignungsvoraussetzungen	50
d) Bindung des Auftraggebers an die Eignungsentscheidung	50
e) Nachforderung fehlender Nachweise	52
4. Verhältnis der Eignungsprüfung zu der Zuschlagsentscheidung – „Kein Mehr an Eignung“	53
VI. Die nachträgliche Änderung des Angebotsinhalts	54
VII. Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit (§ 132 GWB)	58
1. Die Presstext-Entscheidung des EuGH	59
2. Kodifizierung durch § 132 GWB	61
3. Begriff der Wesentlichkeit	62
4. Grundsatz: Ersetzung des Auftragnehmers als wesentliche Vertragsänderung (§ 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GWB)	62
5. Rückausnahmen des § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB	64

a) Überprüfungs Klausel als Ersetzungsgrund	64
aa) Überprüfungs klauseln	64
bb) Optionen	65
cc) Keine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags	66
b) Unternehmensumstrukturierung als Ersetzungsgrund (Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. b GWB)	67
B. Grundlagen des allgemeinen Gesellschaftsrechts	69
I. Die Begriffe „Gesellschaft“ und „Unternehmen“ – Ist vergaberechtlich eine rechtliche oder eine ökonomische Betrachtungsweise maßgeblich?	69
1. Der Begriff der „Gesellschaft“	70
2. Der Begriff des „Unternehmens“	71
3. Der Unternehmensbegriff in der Rechtsanwendung	72
II. Das Gesellschaftsrecht als kodifiziertes Handlungsinstrumentarium	74
III. Die verschiedenen Gesellschaftsformen – Begriffe und Bedeutung	75
1. Personengesellschaften	76
a) Die personalistische Struktur als Leitbild einer Personengesellschaft	77
b) Die Personengesellschaft als Rechtsperson	77
c) Die Personengesellschaft als Trägerin des Gesellschaftsvermögens	78
d) Die Mitgliedschaft einer Personengesellschaft – Der Gesellschaftsanteil	81
e) Erwerb und Übertragung der Mitgliedschaft an einer Personen- gesellschaft	82
f) Die Haftungsverfassung bei Personengesellschaften	82
2. Körperschaften	83
a) Allgemeine Merkmale der privatrechtlichen Körperschaft	84
b) Die Mitgliedschaft in einer Körperschaft	85
c) Kapitalgesellschaften – GmbH und AG	86
aa) Die GmbH	86
bb) Die AG	87
3. Sonderkonstellationen und Ausformungen gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsfreiheit	88
a) Typenvermischung und Typenverformung	88
aa) Die GmbH & Co. KG	89
bb) Die Publikumpersonengesellschaft	90
cc) Die Ein-Mann-Gesellschaft	91
dd) Vorgründungs- und Vorgesellschaften	92
(1) Die Vorgründungsgesellschaft	93
(2) Die Vorgesellschaft	94
ee) Gesellschaften in Konzernverhältnissen	95
C. Grundlagen der gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen	96

I.	Begriffsbestimmungen und Abgrenzungs-/Einordnungsfragen	97
1.	Der Begriff der „gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung“	97
2.	Gründe gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierung	99
3.	Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Umstrukturierungen	99
4.	Die Begriffe „Asset Deal“ und „Share Deal“	100
5.	Die Anwendung des Umwandlungsgesetzes als Alternative zu Liquidation und Neugründung nach allgemeinem Gesellschaftsrecht	102
6.	Umstrukturierung mit und ohne Vermögensübertragung	103
7.	Rechtsfolgenorientierte Betrachtungsweise	103
II.	Umstrukturierungen ohne Anwendung des Umwandlungsgesetzes	104
1.	Anwachsung als Rechtsfolge des Austritts eines oder mehrerer Gesellschafter	104
2.	Vermögensübertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge	106
3.	Der Rechtsformwechsel kraft Gesetzes bei Personengesellschaften	107
III.	Umstrukturierung unter Anwendung des Umwandlungsgesetzes	107
1.	Zweck des UmwG	107
2.	Systematik des UmwG	109
3.	Die Gesamtrechtsnachfolge als wesentliches Prinzip des Umwandlungsrechts	109
a)	Erbrechtliche Universal- und Singularsukzession	109
b)	Gesamtrechtsnachfolge im Umwandlungsrecht	111
aa)	Einordnung als gewillkürte Gesamtrechtsnachfolge	111
bb)	Totale und partielle Gesamtrechtsnachfolge	111
c)	Gesamtrechtsnachfolge im Rahmen des § 45 AO	113
d)	Im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergangsfähige Rechte und Pflichten	114
4.	Einzelne Umwandlungsformen nach dem UmwG	119
a)	Verschmelzung	119
aa)	Verschmelzungsfähige Rechtsträger	120
bb)	Verschmelzungsformen	120
cc)	Vorbereitung der Verschmelzung – insbesondere Durchführung einer kartellrechtlichen Prüfung	121
dd)	Verfahren und Ablauf der Verschmelzung	122
(1)	Abschluss des Verschmelzungsvertrags	122
(2)	Verschmelzungsstichtag	123
(3)	Verschmelzungsbericht	123
(4)	Verschmelzungsprüfung	124
(5)	Zuleitung an den Betriebsrat	124
(6)	Bekanntmachungen	124
(7)	Einberufung der Versammlungen der Anteilseigner, Offenlegung und Beschlussfassung	125
(8)	Anmeldung beim Handelsregister	125

e)	Rechtsfolgen der Verschmelzung	126
(1)	Vermögensübergang (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG)	126
(2)	Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG)	127
(3)	Gegenleistung durch Anteilsgewährung	127
b)	Spaltung	128
aa)	Gründe für die Durchführung einer Spaltung	128
bb)	Vergleich mit der Verschmelzung – Übertragung von Vermögensteilen „als Gesamtheit“	129
c)	Arten der Spaltung	129
(1)	Aufspaltung	129
(2)	Abspaltung	130
(3)	Ausgliederung	130
dd)	Spaltungsfähige Rechtsträger	130
e)	Ablauf/Voraussetzungen der Spaltung	131
(1)	Spaltungsvertrag und Spaltungsplan	131
(2)	Besonderheiten zur Kapitalerhaltung und möglichen Kapitalerhöhung	132
(3)	Spaltungsbericht und Spaltungsprüfung	132
(4)	Beschluss der Anteilsinhaber nach §§ 125, 13 UmwG ...	133
(5)	Eintragung ins Handelsregister der beteiligten Rechtsträger	133
ff)	Besonderheiten bei der Spaltung und Ausgliederung zur Neugründung	133
gg)	Rechtsfolgen; Eintragungswirkungen	134
(1)	Aufspaltung	135
(2)	Abspaltung	135
(3)	Ausgliederung	135
c)	Vermögensübertragung	135
d)	Formwechsel	136
aa)	Arten und beteiligte Rechtsträger	136
bb)	Verfahren und Ablauf	137
(1)	Umwandlungsbericht (§ 192 UmwG)	137
(2)	Umwandlungsbeschluss	138
(3)	Anmeldung zum Handelsregister (§§ 198, 199 UmwG) .	138
(4)	Eintragung und Bekanntmachung (§§ 202, 201 UmwG) .	139
c)	Wirkung und Rechtsfolgen des Formwechsels (§ 202 UmwG)	139
(1)	Identitätsgrundsatz	139
(2)	Austausch des gesellschaftsrechtlichen Normsystems ...	140
(3)	Organstellung und Anstellungsverträge	140
(4)	Beteiligung der Anteilsinhaber	140
(5)	Heilung von Formmängeln	140

D. Die kartellrechtliche Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB	141
---	-----

3. Teil

Vergaberechtliche Würdigung	143
------------------------------------	-----

A. Zivilrechtliche Wirksamkeit des Angebots als Ausgangspunkt	143
--	-----

B. Vergaberechtlich relevante Änderung	145
---	-----

I. Vergaberechtlich relevante Änderung in der Person des Bieters	146
--	-----

1. Notwendigkeit einer Begriffsdefinition der Bieteridentität	147
---	-----

2. Der Begriff der „Identität“	148
--------------------------------------	-----

a) Der Identitätsbegriff im Allgemeinen	149
---	-----

b) Der rechtliche Identitätsbegriff	149
---	-----

c) Der formelle und materielle Begriff der Bieteridentität nach vergaberechtlichen Maßstäben	151
---	-----

aa) Der formelle Begriff der Bieteridentität	151
--	-----

bb) Der materielle Begriff der Bieteridentität	152
--	-----

3. Identitätswahrende und identitätsändernde Umstrukturierungen	155
--	-----

a) Auswirkung auf die Person des Bieters oder seine Eignung?	156
---	-----

b) Rein interner Vorgang oder Vorgang mit Außenwirkung?	156
---	-----

c) Identitätswahrung trotz Außenwirkung?	158
--	-----

d) Vermögensübertragung als maßgebliches Abgrenzungskriterium?	158
--	-----

4. Gesamtrechtsnachfolge und Anwachsung als Lösung des Kontinuitätsproblems?	159
---	-----

II. Änderungen hinsichtlich der Gewähr für eine erfolgreiche Auftrags- durchführung	161
--	-----

III. Zusammenfassung und Zwischenergebnis	162
---	-----

C. Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Vergaberechts	163
---	-----

I. Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsgrundsatz	163
---	-----

II. Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz	165
--	-----

III. Vereinbarkeit mit dem Transparenzgrundsatz	167
---	-----

D. Kein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot	169
---	-----

I. Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung – keine Frage des Nach- verhandlungsverbots	169
--	-----

1. Vertragsparteien und „essentialia negotii“ im allgemeinen Zivilrecht	170
---	-----

2. Vertragsparteien als Gegenstand des vergaberechtlichen Nach- verhandlungsverbots	173
--	-----

a) Die teilweise in der Literatur vertretene Auffassung	173
---	-----

b) Die Gegenauffassung der Rechtsprechung	174
---	-----

3. Stellungnahme und Ergebnis	175
-------------------------------------	-----

II.	Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen kein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot	177
1.	Rein interne Umstrukturierungen per se kein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot	177
2.	Heilung der Änderung in der Person des Bieters durch gesellschaftsrechtliche/umwandlungsrechtliche Rechtsfolgen	178
3.	Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung als grundsätzlich zulässige Ausnahme zum Nachverhandlungsverbot	178
E.	Relevanz der gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung im Rahmen der Eignung und Eignungsprüfung	180
I.	Weitergeltung und Übertragbarkeit eingereichter Eignungsnachweise	180
II.	Nachreichen von Nachweisen und Erklärungen durch den Bieter; Obliegenheit zur Aufklärung	181
III.	Nachforderung von Nachweisen	182
IV.	Maßgeblicher Zeitpunkt, Verlängerung der Zuschlagsfrist	183
V.	Bedeutung und Folgen für die Bewertung einzelner Eignungskriterien ..	184
1.	Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung	184
2.	Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit	186
3.	Technische und berufliche Leistungsfähigkeit	186
4.	Zuverlässigkeit (Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB)	187
F.	Übertragbarkeit der Wertungen bei Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit (§ 132 GWB)	188
I.	Keine analoge Anwendung des § 132 GWB auf gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen während des laufenden Vergabeverfahrens	188
II.	Übertragbare Grundgedanken/Wertungen; Erst-recht-Schluss	190
1.	Berücksichtigung von personellen Änderungen des Bieters/ Auftragnehmers in Ausschreibungsunterlagen	191
2.	Zulässigkeit rein bieterinterner Vorgänge	191
3.	Erfüllung der Eignungsanforderungen durch „neues“ Unternehmen; keine weiteren wesentlichen Änderungen	193
G.	Verbleibende Risiken und Grenzen für die Beurteilung	193
I.	Der Faktor Zeit	194
II.	Verlust personeller Fachkompetenz	194
III.	Hinzugewinn von personeller und technischer Qualität	195
	<i>4. Teil</i>	
	Zusammenfassung und Schluss	197
	Literaturverzeichnis	200
	Sachwortverzeichnis	206

Abkürzungsverzeichnis

a. A./A. A.	anderer Ansicht/andere Auffassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
BB	Betriebs Berater
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB AT	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen in Zivilsachen des Bundesgerichtshofes
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
CISG	Convention of International Sale of Goods
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende, für
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung

i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JS	Juristische Schulung
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
Nr.	Nummer
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
oHG/OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer
S.	Satz, Seite
sog.	sogenannt
StPO	Strafprozessordnung
u. a.	unter anderem
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
VergabeR	Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VOB/A (VOB/A EG bzw. EU)	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (Vergabebe- stimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU)
VOL/A (VOL/A EG bzw. EU)	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU)
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

I. Teil

Einführung

A. Einleitung

Öffentliche Aufträge werden im Bereich oberhalb der Schwellenwerte nach den Voraussetzungen des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹) sowie den jeweils einschlägigen Verdingungsordnungen vergeben. Die nationalen Vergaberegeln beruhen auf den europäischen Vergaberichtlinien.²

Obwohl die Vergaberichtlinien neutral und rechtsformunabhängig von dem Abschluss eines Vertrages zwischen öffentlichen Auftraggebern und „Wirtschaftsteilnehmern“³ sprechen, so dass grundsätzlich sowohl gesellschaftsrechtliche Konstrukte als auch natürliche Personen Teilnehmer eines Vergabeverfahrens sein können, beteiligen sich an Ausschreibungen in der Regel Unternehmen, die in einer der möglichen Rechtsformen des Gesellschaftsrechts organisiert sind. Insbesondere im Bereich der Bauvergaben ist die Beteiligung mit einer eigenen, nur für das ausgeschriebene Bauvorhaben eingesetzten Objektgesellschaft herkömmliche Praxis.⁴

Die vollständige Durchführung eines Vergabeverfahrens braucht Zeit. Beschaffungen durch die öffentliche Hand müssen aufgrund der vergaberechtlichen Vorgaben des Wettbewerbs, der Transparenz und Gleichbehandlung grundsätz-

¹ Im Folgenden: GWB.

² Insbesondere die sog. klassische Richtlinie 2014/24 über die öffentliche Auftragsvergabe (RL 2014/24/EU vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe, ABl. L 94/65; im Folgenden: VRL), die Sektorenrichtlinie (RL 2014/25/EU vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 94/243; im Folgenden: SRL) und die Konzessionsrichtlinie (RL 2014/23/EU vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94/1; im Folgenden: KRL).

³ Vgl. VRL, SRL und KRL sowie die hierdurch aufgehobene Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, EG-Abl. L 134 v. 30.4.2004, S. 114; Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, EG Abl. L 134 v. 30.04.2004, S. 1; zum Begriff: Egger, Rn. 555 ff.

⁴ Vgl. hierzu insbesondere Burbulla, NZBau 2010, 145 ff.

lich in einem gestreckten Prozess zahlreiche Schritte durchlaufen. Der Gesamtvergabeprozess – von der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs über die Bekanntmachung und Durchführung des eigentlichen Vergabeverfahrens bis hin zur Erteilung des Zuschlags – kann dabei je nach Umfang des zu vergebenden Auftrags und sich eventuell einschubenden Rechtstreitigkeiten durchaus die Dauer von einem Jahr und mehr erreichen.

Während eines laufenden Vergabeverfahrens steht das übrige Wirtschaftsleben selbstredend nicht still. Aufgrund dessen Schnelllebigkeit und der stetig wachsenden Globalisierung besteht eine ständige Notwendigkeit organisatorischer Anpassungen der Unternehmen und damit ein Bedürfnis nach unternehmerischer Flexibilität.

Die Motivation für gesellschaftsrechtliche Veränderungen kann dabei unterschiedlichster Natur sein. So ist denkbar, dass eine Umstrukturierung als Reaktion auf gesetzliche Änderungen vorgenommen wird oder aber betriebswirtschaftlich eine Anpassung der Organisationsstruktur erforderlich ist. Letztlich können auch rein tatsächliche Ereignisse zu einer Änderung der gesellschaftsrechtlichen Struktur führen, wenn beispielsweise der Gesellschafter einer zweigliedrigen Personengesellschaft verstirbt. Meist spielen aber steuerorientierte Gestaltungen und vor allem Haftungsbegrenzungen eine entscheidende Rolle für die Umstrukturierung eines Unternehmens. Nicht zu vernachlässigen ist zudem der Druck der Unternehmen, im internationalen Wettbewerb zu bestehen, welcher sie dazu zwingt, ihre strategische Ausrichtung ständig zu überdenken und beispielsweise durch die Übernahme von oder die Kooperation mit anderen Gesellschaften wertvolle Synergien zu erzielen und dadurch neue Märkte zu erschließen oder durch den Hinzuerwerb von know-how, die eigene Marktposition zu stärken.

Gesellschaftsrechtliche Veränderungen von Unternehmen im Laufe ihrer Existenz (insbesondere innerhalb eines Konzernverbunds) sind demnach beinahe an der Tagesordnung. Da diese gesellschaftsrechtlichen Veränderungen nicht immer auf eine mögliche Teilnahme des betreffenden Unternehmens an einem Vergabeverfahren abgestimmt werden können, stellt sich die Frage, wie das Vergaberecht auf die teils notgedrungenen gesellschaftsrechtlichen Veränderungen von Bietern reagiert und welche Folgen damit für die Bieter und die öffentlichen Auftraggeber verbunden sind.

Diese Fragestellung soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit näher untersucht werden.

B. Einführung in die Problematik

I. Kollision von Prinzipien des Gesellschaftsrechts mit denen des Vergaberechts

Den Unternehmensinhabern steht es grundsätzlich frei, ihr Unternehmen zu jeder Zeit im Rahmen der gesetzlich gegebenen Möglichkeiten organisatorisch zu verändern. Die Ausübung dieser Freiheit wird jedoch dann problematisch, wenn die beabsichtigte Umstrukturierung in den Zeitraum eines laufenden Vergabeverfahrens fällt. Hat sich das Unternehmen nämlich durch Abgabe eines Angebots um die Erteilung eines öffentlichen Auftrags bemüht und ist damit Teilnehmer eines bzw. Bieter in einem Vergabeverfahren geworden, gelten besondere vergaberechtliche Regelungen und Prinzipien, welche der Ausübung der unternehmerischen Umwandlungs- und Gestaltungsfreiheit entgegenstehen könnten.

Bei abstrakter Betrachtungsweise treffen in der geschilderten Konstellation Prinzipien und Grundsätze zweier unterschiedlicher Rechtsgebiete aufeinander. Einerseits ist hier das vom Grundsatz der Privatautonomie getragene und von der Vereinigungsfreiheit grundrechtlich geschützte Recht eines jeden Unternehmens sich zu organisieren und zu verändern, wie es dies für richtig hält und wie es die Marktgegebenheiten gegebenenfalls erfordern, auf der anderen Seite wird diese unternehmerische Organisationsfreiheit nun durch europarechtlich geprägte, vergaberechtliche Bestimmungen eingeschränkt. Unter Berufung auf die Vergabegrundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung sowie des übergeordneten Wettbewerbsprinzips werden Unternehmen, die sich gesellschaftsrechtlich verändert haben vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Es kollidiert hier insofern die grundrechtlich geschützte gesellschaftsrechtliche Gründungs- und Umwandlungsfreiheit mit den tragenden Prinzipien des europäischen Kartellvergaberechts.

Ein strikter, undifferenzierter Ausschluss eines Angebots von einem laufenden Vergabeverfahren in Folge einer vorgenommenen gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung käme demnach einem faktischen (vergaberechtlichen) Verbot von gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen und folglich einem umfassenden „Zurücktreten“ der gesellschaftsrechtlichen Freiheiten hinter die Regelungen des Vergaberechts gleich. Es stellt sich demnach die übergeordnete Frage nach dem Verhältnis der beiden Rechtsbereiche zueinander. Sind beide Rechtsbereiche miteinander vereinbar – und wenn ja, unter welchen Bedingungen – oder müssen die Regelungen und Prinzipien des einen denen des anderen weichen?