



**Gesellschaftsrecht und Vergaberecht  
Veranstaltung am 10.11.2011 in Frankfurt/Raunheim**

**Thesen**

**erstellt vom forum vergabe**

**1. Gesellschaftsrechtliche Änderungen bei Bietern**

Richter Dr. Johannes Lux, Berlin

- Wechsel im Gesellschafterkreis einer GbR sind mangels vergaberechtlicher Sondervorschriften nach dem Gesellschaftsrecht zu beurteilen. Dabei darf das Hinzutreten eines Unternehmens nach Abgabe der Bewerbung bzw. des Angebotes nicht zu einer Verbesserung der Eignung führen. Negative Auswirkungen etwa auf die Zuverlässigkeit sind jedoch zu prüfen.
- Nur wenn sich die Identität einer GbR ändert (z.B. bei Ausscheiden eines von nur zwei Gesellschaftern), ist sie zwingend vom Verfahren auszuschließen.
- Es bestehen unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten, den Ausschluss einer GbR bei Gesellschafterwechsel zu verhindern. Dies können sein die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles in einem Zug oder die Fortführung auf Grundlage einer entsprechenden Regelung des Gesellschaftsvertrages.
- Die Verschmelzung des Bieters auf ein anderes Unternehmen führt regelmäßig zum Ausschluss des Angebotes, eine identitätswahrende Umwandlung hingegen nicht.
- Eine Ausnahme kann möglicherweise für einen transparent ausgestalteten Identitätswechsel vorliegen, wobei die Voraussetzungen für diese Ausnahme noch unscharf erscheinen.

**2. Anteilsveräußerung und Vergaberecht**

Rechtsanwalt Dr. Moritz Püstow, D.E.A. (Sorbonne), KPMG  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin

- Die Anteilsveräußerung und die Auftragserteilung sind grundsätzlich unterschiedliche Verträge und vergaberechtlich getrennt zu werten.
- Werden Anteilsveräußerung und Auftragserteilung künstlich zur Vermeidung eines Vergabeverfahrens getrennt, so unterfällt die

Auftragserteilung den Regeln des Vergaberechts, nicht aber der Anteilsverkauf.

- Für die Prüfung nach Beihilferecht ist maßgeblich, ob für die Leistung des Auftraggebers der Marktpreis erzielt wird. Dieser Marktpreis kann durch Gutachten oder in einem diskriminierungsfreien, transparenten und bedingungslosen Wettbewerbsverfahren ermittelt werden.
- Für die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen ergeben sich bereits aus allgemeinen Grundsätzen Anforderungen hinsichtlich Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung.
- Ein Wechsel des Auftragnehmers ist eine wesentliche Vertragsänderung und führt zur Ausschreibungspflicht, nicht aber ein Wechsel im Gesellschafterkreis des Auftragnehmers.
- Führt der Gesellschafterwechsel beim Auftragnehmer dazu, dass keine Inhouse-Situation mehr besteht, ist der vergebene Vertrag auszuschreiben.
- Zur Ermöglichung einer Privatisierung können Anteilsveräußerung und Auftragsvergabe in einem einheitlichen Vergabeverfahren erfolgen.

### **3. Organgesellschaften : Ausscheiden des Minderheitsgesellschafters, Auftragserweiterungen und -ergänzungen**

Mike Thiede, Referatsleiter Finanzen, Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg

- Die Bündelung von Aufgaben in einer Servicegesellschaft bietet zahlreiche Vorteile und hat sich als Modell in der Praxis bewährt.
- Die Ermittlung des strategischen Partners erfolgte in einem Ausschreibungsverfahren.
- Das Vertragswerk zwischen Auftraggeber, Servicegesellschaft und strategischem Partner muss für eine langfristig erfolgreiche Zusammenarbeit unbedingt die erforderliche Flexibilität haben.

### **4. Auftragnehmer-Wechsel nach Vergabe: Möglichkeiten der Vertragsgestaltung; Ausschreibungspflichten**

Steffen Hantschick, Deutsche Bahn AG, Berlin

- Der Wechsel des Auftragnehmers nach Auftragserteilung ist regelmäßig eine wesentliche Änderung des Vertrages und führt dazu, dass eine Neuvergabe durchgeführt werden muss.
- Eine Ausnahme liegt u.a. dann vor, wenn der Wechsel im ursprünglichen Auftrag angelegt ist oder eine rein interne Neuorganisation vorliegt.

- Eine Regelung zum Auftragnehmerwechsel muss konkret gefasst sein und sachlich begründbar sein.
- Auch eine im Vertrag angelegte Änderung des Auftragnehmers oder der beauftragten Leistung ist regelmäßig dann nicht ohne Neuvergabe möglich, wenn die Änderung allein auf der freien Entscheidung des Auftraggebers beruht. Eine vom Auftraggeber zwingend zu beachtende Gesetzesänderung kann zur Zulässigkeit einer ausschreibungsfreien Änderung führen.
- Im Falle der Insolvenz eines Auftraggebers ist, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt oder der Vertrag vom Auftraggeber gekündigt wird, regelmäßig ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung unter Einbeziehung von mindestens drei Bietern des ursprünglichen Vergabeverfahrens durchzuführen.
- Bei einer ordentlichen Kündigung des Vertrages durch den Auftraggeber ist hinsichtlich der gekündigten Restleistungen ein erneutes Vergabeverfahren durchzuführen. Bei einer Kündigung aus wichtigem Grund kann ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung zulässig sein.
- Eine Interimsvergabe ist unter den Voraussetzungen der Unvorhersehbarkeit und Dringlichkeit der Leistung, Befristung des Auftrages und Einbeziehung sämtlicher Bieter eines ggf. vorausgegangenen Vergabeverfahrens zulässig. Eine Dringlichkeit kann bei Leistungen der Daseinsvorsorge auch vorliegen, wenn die Gründe für die Interimsvergabe in der Sphäre des Auftraggebers liegen.

## 5. Subunternehmer-Wechsel vor und nach Vergabe

Rechtsanwältin Dunja Bergs, Zentralverband des Deutschen Baugewerbes,  
Berlin

- Verlangt der Auftraggeber Angaben zu den selbst ausgeführten Leistungen und zu den Nachunternehmern, können diese nicht in einem Aufklärungsgespräch nachgereicht werden.
- Eine Änderung der Angebotsleistungen kann darin liegen, dass der Bieter im Nachhinein erklärt, eine Leistung selber auszuführen. Beim Austausch eines Nachunternehmers während des Vergabeverfahrens kann es darauf ankommen, ob und inwieweit die Identität des Nachunternehmers angesichts kritischer Leistungsteile für den Auftraggeber relevant ist.
- Das Auswechseln eines Nachunternehmers kann eine wesentliche Änderung mit der Folge einer Neuvergabe darstellen, nämlich dann, wenn die Identität des Nachunternehmers ein wesentliches Kriterium für die Zuschlagserteilung war.