FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

Rechtsgutachten

Rechtliche Rahmenbedingungen für die „Partnerschaften Deutschland Gesellschaft (PDG)“

Dr. Matthias Benecke

Dr. Friedrich Ludwig Hausmann

Dr. Michael Schäfer

Berlin, Hamburg, den 5. Juli 2007

INHALTSVERZEICHNIS

A. AUSGANGSLAGE UND ZIELSETZUNG 11

B. EXECUTIVE SUMMARY 13

C. VERGABERECHTLICHE RELEVANZ DER VON DER PDG ZU ERBRINGENDEN BERATUNGSLEISTUNGEN 18

I. GRUNDSÄTZLICHE AUSSCHREIBUNGSPFLICHTIGKEIT DER BERATUNGSAUFTRÄGE 18

II. LÖSUNGSMODELLE 19

1. Modell "Sole Provider Act" 19

a) Voraussetzungen für einen „Sole Provider Act" 20

b) Anforderungen aus dem EG-Vertrag 20

c) Einschätzung 21

2. „In-house-Modell" 22

a) Gesellschaftsstruktur der PDG bei einem In-house-Modell 22

b) Möglichkeiten für eine private Beteiligung an der PDG 23

c) Einschätzung 23

3. „Ausschreibungsmodell" 24

D. BESCHREIBUNG DES AUSSCHREIBUNGSMODELLS 25

I. GRAFISCHE DARSTELLUNG DES AUSSCHREIBUNGSMODELLS 25

II. STRUKTUREN UND AUSGESTALTUNG DES AUSSCHREIBUNGSMODELLS 25

1. Mehrstufiges Vorgehen: 26

a) Gründung der PDG als 100 %ige Tochter der öffentlichen Auftraggeber und In-house-Vergabe der Rahmenvereinbarung 26

b) Gründung der BTG und Beteiligung an der PDG (49-51 %) 26

c) Ausschreibung der Beteiligungen an der BTG nebst Rahmenvereinbarung 26

2. Einstufiges Vorgehen: Vergabe der Rahmenvereinbarung gleichzeitig mit der gemischtwirtschaftlichen Gründung der PDG/BTG 27

3. Neuausschreibung der Beteiligung an der BTG nach vier Jahren 27

E. RECHTLICHE BEWERTUNG DES AUSSCHREIBUNGSMODELLS 28

I. VERGABERECHT 28

1. Kombinierte/integrierte Vergaben der Beratungsleistungen an die PDG 28
a) Vergaberechtliche Zulässigkeit einer kombinierten/integrierten Vergabe 28
b) Überschreiten der Schwellenwerte 30
c) Zwischenergebnis 31
2. Vergaberechtliche Anforderungen an die ausschreibungsfreie *In-house*-Vergabe der Rahmenvereinbarung an die PDG 31
a) Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie In-house-Vergabe an die PDG 31
aa) Kontrolle der öffentlichen Auftraggeber über die PDG „wie über eine eigene Dienststelle" 32
bb) Hauptsächliche Tätigkeit für den/die kontrollierenden Gesellschafter 33
b) Zwischenergebnis zur In-house-Vergabe der Rahmenvereinbarung 34
3. Vergaberechtliche Anforderungen an eine Rahmenvereinbarung zur ausschreibungsfreien Vergabe von Einzelaufträgen 34
a) Vergaberechtliche Anforderungen an die Vergabe von Rahmenvereinbarungen und ihre Ausgestaltung 35
aa) Zum Begriff der Rahmenvereinbarung 35
bb) Funktion einer Rahmenvereinbarung 36
cc) Zulässige Parteien von Rahmenvereinbarungen 36
dd) Grundbedingungen für die zulässige Vergabe einer Rahmenvereinbarung 37
b) Voraussetzungen der Einzelbeauftragung 49
c) Einbeziehung weiterer öffentlicher Auftraggeber in die bestehende Rahmenvereinbarung 50
aa) Rahmenvereinbarung als „Geschlossenes System" 50
bb) Keine Einbeziehung von öffentlichen Auftraggebern über Öffnungsklausel 51
cc) Einbeziehung in die Rahmenvereinbarung über Beitritt eines Stellvertreters 52

4. Zulässige und sachgerechte Verfahrensart für das Vergabeverfahren 56
a) Verhältnis der Verfahrensarten zueinander 57
aa) Nichtanwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens 58
bb) Anwendbarkeit des Nichtoffenen Verfahrens 59
cc) Anwendbarkeit des Offenen Verfahrens 62
b) Ablauf des Offenen und des Nichtoffenen Vergabeverfahrens 62
aa) Ablauf des Offenen Verfahrens 62
bb) Ablauf des Nichtoffenen Verfahrens 62
c) Zwischenergebnis 63
d) Möglicher Ablauf der kombinierten Vergabe im Rahmen eines Nichtoffenen Verfahrens 64
aa) Vergabestelle 64
bb) Markterkundung 64
cc) Ausgestaltung des Vergabeverfahrens 65
5. Neuausschreibung der Beteiligung an der BTG 73
6. Auftraggeberstellung der PDG? 73
a) Aufgaben im Allgemeininteresse 74
b) Nichtgewerblichkeit 74
c) Öffentliche Beherrschung oder Finanzierung 75
d) Zwischenergebnis 76
7. Interessenkonflikte/Projektantenproblematik für Private als mittelbare oder unmittelbare Gesellschafter der PDG 76
a) Mögliche Projektantenstellung der an der PDG bzw. der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen 76
aa) Vorliegen einer unzulässigen Projektantenstellung 77
bb) Mögliche Maßnahmen zum Ausgleich eines Wertbewerbsvorteils aufgrund einer Projektantenstellung 81
b) Mitwirkungsverbot bei Entscheidungen des Auftraggebers nach § 16 VgV 82
aa) Erfasste Formen der Mitwirkung 84
bb) Ausgeschlossene Personen 86
c) Weitere Anforderungen zur Vermeidung eines unzulässigen Interessenkonflikts 94

d) Zusammenfassung der erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten 94
e) Zwischenergebnis 95

II. GESELLSCHAFTSRECHT 96
1. Gesellschaftsrechtliche Vorgaben 96
2. Mögliche Rechtsformen der PDG 97
a) Aktiengesellschaft 97
aa) Corporate Governance 97
bb) Aktionärsstruktur 101
cc) Gewinnbeteiligung 103
dd) Verschiedenes 104
ee) Bewertung 104
b) GmbH 105
aa) Corporate Governance 105
bb) Gesellschafterstruktur 108
cc) Gewinnbeteiligung 110
dd) Verschiedenes 110
ee) Bewertung 111
c) GmbH & Co. KG 111
aa) Corporate Governance 111
bb) Gestaltung der Gesellschafterstruktur 113
cc) Verschiedenes 114
dd) Bewertung 114
d) Gründung der PDG als GmbH (& Co. KG) und spätere Umwandlung in AG 114
3. Mögliche Rechtsformen der BTG 115
a) Stiftung 115
b) GmbH 116
aa) Strukturierung 116
bb) Zeitliche Begrenzung der Gesellschafterstellung 117
cc) Bewertung 118
c) GmbH & Co. KG 118
aa) Strukturierung 118
bb) Zeitliche Begrenzung der Gesellschafterstellung 119
cc) Bewertung 119
d) Stille Beteiligung der Privaten an der BTG 120
4. Finanzierung der PDG durch die Gesellschafter der BTG 122

III. STEUERRECHT 123
1. Mögliche Rechtsformen der PDG 123
a) Kapitalgesellschaft (Aktiengesellschaft und GmbH) 123

aa) Besteuerung der Kapitalgesellschaft 123
bb) Besteuerung der Gesellschafter 124
b) Personengesellschaft (GmbH& Co. KG) 125
aa) Besteuerung der GmbH& Co. KG 125
bb) Besteuerung der Gesellschafter 126
2. Mögliche Rechtsformen der BTG 126
a) GmbH 126
b) Personengesellschaft (GmbH& Co. KG) 126
aa) Besteuerung der GmbH& Co. KG 126
bb) Besteuerung der privaten Investoren als Gesellschafter 127
cc) Besteuerung der öffentlichen Hand als Gesellschafter 127
c) Stille Beteiligung der privaten Investoren an der BTG 128
aa) Besteuerung der typisch stillen Gesellschaft 128
bb) Besteuerung der atypisch stillen Gesellschaft 128
cc) Zwischenergebnis 129
3. Steuerrechtliche Implikationen im Zusammenhang mit dem Ausschreibungsmodell 129
a) Etablierung der Struktur 129
b) Laufende Besteuerung 130
c) Neuausschreibung der Rahmenvereinbarung 130
d) Neuausschreibung der privaten Beteiligung an der BTG 130
4. Vorlaufkosten 130
5. Bewertung 130
IV. VERFASSUNGSRECHT/ÖFFENTLICHES RECHT 131
1. Verfassungsrechtlicher und einfachgesetzliche Grenzen 131
a) Schranken für eine gemeinsame Bund-/Länderinstitution unter Beteiligung Privater 131
aa) Zulässigkeit einer gemeinsamen Gesellschaft von Bund und Ländern 132
bb) Zulässigkeit einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft 136
b) Grenzen der erwerbswirtschaftlichen Betätigung für Bund und Länder 138
aa) Erwerbswirtschaftliche Betätigung der PDG 138

bb) Zulässigkeit des erwerbswirtschaftlichen Handelns 140
cc) Zwischenergebnis 150
c) Weitere verfassungsrechtliche Voraussetzungen 151
aa) Demokratieprinzip, Art. 20 GG 151
bb) Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 GG 152
d) Zwischenergebnis 153
2. Haushaltsrechtliche Grenzen und Bindungen 153
a) Beteiligung an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, § 65 BHO 154
aa) Wichtiges Bundesinteresse, § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO 154
bb) Begrenzung der Einzahlungsverpflichtung, 65 Abs. 1 Nr. 2 BHO 157
cc) Angemessener Einfluss auf die Gesellschaft, § 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO 157
dd) Verpflichtungen hinsichtlich der Rechnungslegung, § 65 Abs. 1 Nr. 4 BHO 158
b) Weitere haushaltsrechtliche Vorschriften 159
3. Möglichkeiten zur Beteiligung der Kommunen an der PDG 160
a) Direkte Beteiligung der Kommunen an der PDG 160
aa) Freiwillige Beteiligung der Kommunen 161
bb) Verpflichtung der Kommunen zur Beteiligung an der PDG 166
b) Indirekte Beteiligung der Kommunen über die kommunalen Spitzenverbände 167
c) Keine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der kommunalen Ebene, sondern nur Einbindung über einen Kommunalen Beirat 169
4. Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergütungen der Beratungsleistungen der PDG und für die Bezahlung der Mitarbeiter der PDG 171
a) Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergütung der Beratungsleistungen der PDG 171
b) Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen für die Bezahlung der Mitarbeiter 173

5. Einbindung von Mitarbeitern der PPP Task Forces und der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen 175
a) Entsendung von Mitarbeitern der PPP Task Forces 176
aa) Zur Entsendung von Beamten 176
bb) Zur Entsendung von Angestellten des öffentlichen Dienstes 178
cc) Keine versteckte Subventionierung der PDG 180
b) Einbindung von Mitarbeitern der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen 182
6. Bund-/Länderstelle zur Wahrnehmung der Gesellschafterstellung und der Anteilsausschreibung 183
a) Gründung einer Interessengesellschaft 184
b) Einrichtung eines informellen Organs („Ministerkonferenz") 184
c) Bevollmächtigung durch Konsortial-Staatsvertrag 185
7. Mögliche Zertifizierungsfunktionen für die PDG 185
a) Zertifizierungswirkung gegenüber Privaten 186
aa) Informelle Zertifizierungswirkung 186
bb) Offizielle Zertifizierungswirkung 186
b) Zertifizierungswirkung gegenüber der öffentlichen Hand 188
aa) Zertifizierungswirkung gegenüber den Rechnungshöfen 188
bb) Zertifizierungswirkung gegenüber der Kommunalaufsicht 189
cc) Verbindlichkeit der Wirtschaftlichkeitsberechnung auf Bundes- und Landesebene 191
dd) Vorgaben für die Haushaltsführung der Kommunen 193
c) Zwischenergebnis 196
8. Berufsrecht 196
a) Rechtsberatung de lege lata 197
aa) Grundsatz der Erlaubnispflicht von Rechtsberatungsleistungen 197
bb) Ausnahme für Angestellte, Art. 1 § 6 RBerG 198
cc) Ausnahme für berufsstandsähnliche Vereinigungen Art. 1 § 7 RBerG 199
dd) Ausnahmetatbestand nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG 200

ee) Ausnahmetatbestand nach Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG 201
ff) Ausnahmevorschriften nach Art. 1 § 3 Nr. 1 RBerG 201
gg) Ausnahmevorschriften nach Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG 201
hh) Kooperationsverbot aus § 59a BRAO 202
ii) Beteiligungsfähigkeit an Rechtsanwaltsgesellschaften, § 59c ff BRAO 203
jj) Zwischenergebnis 203
b) Rechtslage de lege ferenda 203
aa) Qualifizierung als Rechtsdienstleistung, § 2 RDG 203
bb) Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit anderen Tätigkeiten 204
c) Steuerberatung 205
d) Zwischenergebnis 206

V. EUROPÄISCHES BEIHILFE- UND PRIMÄRRECHT 207
1. Beihilferechtliche Vorgaben für die Vergabe von Beratungsleistungen 207
a) Unternehmen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 GWB 207
b) Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag 208
c) Der „Private Investor Test" als Mittel der Beihilfenkontrolle 209
d) Anwendung des „Private-Investor-Test" auf die Vergabe öffentlicher Aufträge 209
e) Zwischenergebnis 213
2. Vorgaben an die Vergabe von Beratungsleistungen aus dem EG-Primärrecht 213
a) Zur Anwendung des EG-Primärrechts 213
b) Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes des EG-Vertrages nicht gegeben 214
c) Maßgaben des EG-Primärrechts für die Vergabe von Aufträgen 215
d) Verfahren zur Vergabe des Rahmenvertrags nach Maßgabe des EG-Primärrechts 217

VI. FUSIONSKONTROLLE UND KARTELLRECHT 218
1. Zuständige Kartellbehörde 219
a) Zuständigkeit des Bundeskartellamts 219
aa) Zusammenschlusstatbestand 219

bb) Umsatzschwellen 220
cc) Zwischenergebnis 221
b) Zuständigkeit der Europäischen Kommission 221
aa) Zusammenschlusstatbestand 221
bb) Umsatzschwellen 222
cc) Verweisung 223
2. Verfahren 223
a) Bundeskartellamt 223
b) Europäische Kommission 223
3. Materielle Beurteilung 223
a) Bundeskartellamt 223
b) Europäische Kommission 224
c) Vorläufige Bewertung der Erfolgsaussichten 225
F. UMSETZUNGSPLAN FÜR DAS EMPFOHLENE MODELL 228

A. AUSGANGSLAGE UND ZIELSETZUNG

Die Initiativgruppe PDG im Rahmen der „Initiative Finanzplatz Deutschland" (IFD) prüft die Errichtung einer PPP-Beratungsgesellschaft „Partnerschaften Deutschland Gesellschaft (PDG)". Die PDG soll für die öffentliche Hand verschiedene Beratungsleistungen erbringen, die im Zusammenhang mit PPP-Projekten anfallen. Grund für die Schaffung der PDG ist zunächst die Erkenntnis, dass das Potential für PPP-Projekte in Deutschland am besten zu heben ist, indem die aktuell vorzufindende Landschaft der PPP-Institutionen in geeigneter Weise fortentwickelt und ergänzt wird. Die IFD will die sich in jüngerer Zeit in Deutschland abzeichnende stärkere Nachfrage und Dynamik zugunsten der Nutzung von PPP nachdrücklich und nachhaltig unterstützen und hat in Anlehnung an die in England bereits seit 2000 institutionalisierten „Partnerships UK plc" (PUK) auch in Deutschland die Gründung einer PPP-Beratungsgesellschaft ausschließlich zur Nutzung durch die öffentliche Hand in Aussicht genommen.

Nach den Vorstellungen der IFD soll die PDG als neutrale, glaubwürdige und der öffentlichen Hand nahe stehende Institution selbst als PPP konzipiert werden und die im Rahmen des Lebenszyklus eines PPP-Projekts erforderlichen Beratungs- und Unterstützungsleistungen für öffentliche Stellen erbringen. Wesentliche Aufgabe der PDG soll es sein, als so genannter Senior Advisor der öffentlichen Hand mit Fachwissen und umfangreicher, spezifischer PPP-Projekterfahrung zur Verfügung zu stehen. Diese Beratung soll von der umfassenden und kontinuierlichen Management- und Projektberatung bis hin zu einem Helpline-Support für Einzelfragen reichen. Die PDG soll aus der Projektpraxis heraus ferner PPP-Standards entwickeln bzw. fortschreiben und breit in der Praxis durchsetzen. Gleichzeitig soll sie systematisch und kontinuierlich die Vereinfachung bzw. Standardisierung von PPP-Prozessen im Auftrag der öffentlichen Hand vorantreiben und andere Grundlagen- und Koordinationsarbeiten übernehmen. Ein weiterer Aufgabenschwerpunkt der PDG soll darin liegen, PPP-Prioritätenfelder zu bestimmen und Initiativen für neue PPP-Sektoren zu übernehmen. Auf diese Weise soll im Ergebnis bei der öffentlichen Hand eine PPP-Beschaffungskompetenz weiter aufgebaut und eine PPP-Beschaffungskultur etabliert werden.

Die Refinanzierung der PDG soll durch Entgelte für die Beratungsleistungen durch die jeweiligen Auftraggeber erfolgen. Dabei soll die PDG nicht primär gewinnorientiert, sondern kostendeckend arbeiten. Die Entgelte sollen sich jedoch nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten, also insbesondere nach der Höhe üblicher Beraterhonorare richten. Insbesondere soll sichergestellt werden, dass die PDG ein anspruchsvolles Gehaltsniveau gewährleisten kann, um im Hinblick auf die Einstellung von fachlich hoch qualifizierten Beratern mit dem privaten Beratungsmarkt kon-

kurrieren zu können. Durch eine vom privaten Sektor und von der öffentlichen Hand gemeinsam gewährleistete Finanzierung soll eine ausreichende Kapitalausstattung der PDG sichergestellt werden. Die Vergütung der Beratungsleistungen soll zeitbasiert erfolgen, eventuell ergänzt durch eine erfolgsabhängige Komponente.

Die PDG soll grundsätzlich für sämtliche öffentlichen Auftraggeber von PPP-Projekten, d. h. insbesondere für Bund, Länder und Kommunen als Berater bei PPP-Projekten zur Verfügung stehen. Dabei soll die PDG nicht bei jedem PPP-Projekt einzeln im Wege eines aufwändigen und langwierigen Vergabeverfahrens von der öffentlichen Hand ausgesucht werden müssen, sondern die öffentliche Hand soll bei der Beratung von PPP-Modellen möglichst unkompliziert und u. U. sehr schnell ohne vorherige, ggf. europaweite Ausschreibung der Beraterleistung auf die PDG zurückgreifen können. Der Erfolg des Vorhabens wäre dagegen gefährdet, wenn für die jeweils zu erbringenden Beraterleistungen stets ein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt werden müsste. Denn hiermit wäre ein nicht unerheblicher Zeit- und Kostenaufwand verbunden. Die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens würde im Einzelfall zudem dazu führen, dass sich die PDG bei jeder einzelnen Ausschreibung gegenüber möglichen Wettbewerbern auf dem Beratungsmarkt durchsetzen müsste. Die PDG kann die ihr zugedachte Vorreiterrolle auf dem PPP-Beratungsmarkt jedoch nur einnehmen, wenn gesichert ist, dass sie eine große Anzahl der PPP-Projekte der öffentlichen Hand beratend betreut. Eine kontinuierliche Vereinfachung und Standardisierung von PPP-Prozessen durch die PDG setzt zudem voraus, dass sie als „bevorzugter" Vertragspartner der öffentlichen Auftraggeber unkompliziert beauftragt werden kann und aufgrund ihrer umfangreichen Erfahrung über entsprechend umfangreiches *know how* verfügt.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Darstellung in der Anlage „Partnerschaften Deutschland Gesellschaft (PDG) – Empfehlungen der Initiativgruppe zur Gründung" verwiesen.

B. EXECUTIVE SUMMARY

- Erteilen öffentliche Auftraggeber öffentliche Aufträge, müssen diese grundsätzlich ausgeschrieben werden. Das gilt auch für Beratungsaufträge, wie sie für die PDG vorgesehen sind. Die Ausschreibung einzelner öffentlicher Beratungsaufträge ist dann nicht erforderlich, wenn der betreffende Auftrag

  - den maßgeblichen Schwellenwert nicht erreicht, oder
  - auf der Grundlage eines bestimmten Gesetzes oder einer Verordnung einem anderen öffentlichen Auftraggeber erteilt wird, oder
  - als sog. *In-house-Geschäft* zu qualifizieren ist, oder
  - der Einzelauftrag auf der Grundlage eines vergaberechtskonformen ausgeschriebenen Rahmenvertrages vergeben wird.

- Der maßgebliche Schwellenwert für eine vergaberechtsfreie Einzelbeauftragung der PDG beträgt grundsätzlich EUR 211.000. Für oberste oder obere Bundesbehörden sowie vergleichbare Bundeseinrichtungen liegt dieser Schwellenwert grundsätzlich bei EUR 137.000. Unterhalb dieser Schwellenwerte unterliegen Einzelaufträge nicht den Vorschriften des GWB-Vergaberechts und müssen deshalb grundsätzlich nicht europaweit ausgeschrieben werden. In diesem Fall sind im wesentlichen nur die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und Anforderungen des EG-Primärrechts zu beachten.

- Die Beauftragung der PDG durch öffentliche Körperschaften mit PPP-Beratungsleistungen auf der Grundlage einer bestimmten Vorschrift (*Sole Provider Act*) setzt ein entsprechendes Gesetz- oder Verordnungsgebungsverfahren auf Bundes- und Länderebene voraus. Der damit verbundene Zeitaufwand erscheint für das Vorhaben PDG allerdings sehr nachteilig. Ferner müsste der Beratungsauftrag der PDG aus verfassungsrechtlichen Gründen sehr eng gefasst werden. Auch das steht den Gründungszielen einer PDG entgegen.

- Da eine *In-house*-Beauftragung der PDG durch die öffentliche Hand voraussetzt, dass die Anteile an der PDG ausschließlich von der öffentlichen Hand gehalten werden, und eine private Beteiligung an der PDG dadurch unmöglich ist, erscheint eine solche *In-house*-Variante zur Verwirklichung der Ziele der PDG nicht geeignet. Wir sind deshalb von den Auftraggebern des Gutachtens

gebeten worden, weder die Variante einer gesetzlichen Zuweisung noch das sog. *In-house*-Modell in diesem Gutachten weiter zu vertiefen.

- Die Veräußerung der Anteile der an der PDG beteiligten Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaft (BTG) und die damit mittelbar verbundene Vergabe der Rahmenvereinbarung ist als sog. *kombinierte Vergabe* ausschreibungspflichtig. Zwar unterfällt die Veräußerung von Anteilen staatlicher Gesellschaften für sich genommen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht. Ein öffentlicher Auftrag liegt jedoch vor, wenn die zu veräußernde Gesellschaft bereits (ausschreibungspflichtige) öffentliche Aufträge erhalten hat oder im Zuge der Privatisierung erhält und der Erwerber insoweit durch den Anteilserwerb eine Position erlangt, die mit der eines Auftragnehmers vergleichbar ist.

- Voraussetzung für eine ausschreibungsfreie Vergabe von Einzelaufträgen auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung ist, dass bereits in der Rahmenvereinbarung die wesentlichen Bedingungen für die Inanspruchnahme der Beratungsleistungen der PDG festgelegt sind. Zu den wesentlichen Bedingungen für das Tätigwerden der PDG gehören das Spektrum der von der PDG angebotenen Beratungsleistungen und das anzubietende *Know-how* der PDG sowie das an die PDG zu leistende Beratungsentgelt.

- Der Abruf von Leistungen auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung ist vergaberechtlich nur für diejenigen öffentlichen Auftraggeber zulässig, die von Anfang an als Auftraggeber an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind. Gleichwohl ist es unserer Einschätzung nach grundsätzlich möglich, dass Kommunen, die der Rahmenvereinbarung nicht von Anfang an angehören, der Rahmenvereinbarung nachträglich auf der Seite der öffentlichen Auftraggeber beitreten, indem z.B. ein kommunaler Spitzenverband namens aller Kommunen, jedoch ohne deren Vollmacht, Partei der Rahmenvereinbarung wird. Kommunen, die Leistungen aus der Rahmenvereinbarung abrufen wollen, könnten den vom Verband – schwebend unwirksam – vollzogenen Beitritt mit Wirkung *ex tunc* genehmigen (§ 184 BGB). Aus vergaberechtlicher Sicht ist von wesentlicher Bedeutung, dass die Möglichkeit aller Kommunen, Leistungen in dieser Weise von der PDG abzurufen, im Rahmen der Ausschreibung der Beteiligung an der PDG/BTG transparent (bekannt) gemacht wird. Zur Herstellung größtmöglicher Rechtssicherheit sollten jedoch von Anfang an möglichst viele Kommunen als ursprüngliche (Mit-) Auftraggeber der Rahmenvereinbarung gewonnen werden.

- Das Verfahren zur Veräußerung der Anteile an der PDG/BTG kann als Nichtoffenes Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb oder als Offenes Verfahren ausgestaltet werden. Vorzugswürdig erscheint das Nichtoffene Verfahren, da der Aufwand für die Durchführung eines Offenen Verfahrens in einem Missverhältnis zu dem damit verbundenen möglichen Vorteilen steht. In dem Nichtoffenen Verfahren können sich die im vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb nach Eignungskriterien ausgewählten Unternehmen um eine Beteiligung an der BTG und damit mittelbar an der PDG bewerben und ein entsprechendes Angebot abgeben.

- Als Kriterien zur Auswahl der Bewerber könnten z.B. Vorgaben in Bezug auf erforderliche PPP-Erfahrungen, Qualitätsstandards und Mindestkapitalausstattung festgesetzt werden. Ferner könnten bestimmte Quoren („Lose") für die Beteiligung der unterschiedlichen Unternehmensgruppen und PPP-relevanten Branchen vorgegeben werden. Als Zuschlagskriterien kommen insbesondere der gebotene Preis pro Anteil und die Qualität des Beteiligungskonzepts in Betracht.

- Im Rahmen des Ausschreibungsmodells kann gewährleistet werden, dass es in Bezug auf die Beratung der PDG bei der Vorbereitung und Durchführung einzelner PPP-Vorhaben nicht zu wettbewerbsverzerrenden Informationsvorsprüngen und Interessenkonflikten der an der BTG beteiligten Unternehmen kommt. Durch die Konstruktion des Ausschreibungsmodells mit Zwischenschaltung der BTG wird die Problematik der Vorbefasstheit von am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen (sog. Projektantenproblematik) und des Vorliegens von Ausschlussgründen gem. § 16 VgV dadurch gelöst, dass nur eine mittelbare gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen der PDG und potentiellen Bieterunternehmen in zukünftigen PPP-Ausschreibungen besteht. Eine direkte Beteiligung von Organen und Angestellten der Gesellschafter der PDG sollte vermieden werden.

- Durch die vergaberechtliche Ausschreibung der Veräußerung der Anteile an der BTG im Offenen Verfahren oder Nichtoffenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb wird sichergestellt, dass auf Seiten der PDG durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung über die Erbringung von Beratungsleistungen auf dem Gebiet der Planung und Durchführung von PPP-Projekten keine Begünstigung und damit keine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag vorliegt. Auch die Anforderungen an ein Ausschreibungsverfahren nach dem EG-Primärrecht werden durch die vergaberechtliche Ausschreibung erfüllt.

Im Hinblick auf die beabsichtigte Eigenständigkeit der PDG von politischen und Unternehmensinteressen bei der Beratung von PPP-Vorhaben erscheint die **Aktiengesellschaft** als geeignete Rechtsform der PDG. Denn anders als bei der GmbH, bei der die Gesellschafterversammlung das oberste Organ der Gesellschaft ist und der Geschäftsführung Weisungen erteilen kann, ist bei der Aktiengesellschaft eine weitgehende Unabhängigkeit des Vorstandes gegenüber den Anteilseignern gewährleistet. Damit ist in einer Aktiengesellschaft sichergestellt, dass die unternehmerischen Entscheidungen des Tagesgeschäftes auf der Ebene der PDG frei von Einflüssen der öffentlichen und privaten Investoren getroffen und umgesetzt werden.

- Die Gründung der PDG als gemeinsames Unternehmen von Bund und Ländern begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken und verstößt insbesondere nicht gegen das Verbot der Mischverwaltung. Auch die Beteiligung der Privatwirtschaft über die BTG an der PDG als gemischtwirtschaftliches Unternehmen ist verfassungsrechtlich zulässig.

- Die Tätigkeit der PDG ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als erwerbswirtschaftlich zu qualifizieren. Die Grenzen, welche für die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand gelten, können jedoch voraussichtlich eingehalten werden. Insbesondere kann ein Verstoß gegen Art. 12 GG (Wettbewerbsfreiheit) verneint werden, sofern die Gründung der PDG nicht zu einer Monopolisierung des PPP-Beratermarktes führt. Anhaltspunkte für wettbewerbsrechtliche Bedenken sind aus dem Konzept für die PDG nicht ersichtlich. Insbesondere führt auch eine wettbewerbsorientierte Preisgestaltung in der Anfangsphase nicht zu wettbewerbsrechtlichen Problemen, sofern die PDG nicht mit Verdrängungsabsicht gegenüber Wettbewerbern vorgeht.

- Haushaltsrechtliche Gründe sprechen nicht gegen die Beteiligung des Bundes und der Länder an der PDG. Insbesondere verfolgt die Gründung der PDG einen haushaltsrechtlich erforderlichen „wichtiger Zweck", nämlich Effizienzsteigerungen im Beschaffungswesen und Entlastung der Haushalte. Ferner ist die Einzahlungspflicht der öffentlichen Hand bei der Rechtsform der Kapitalgesellschaft begrenzt, und es ist vorgesehen, der öffentlichen Hand einen angemessenen Einfluss in der PDG zu sichern.

- Eine freiwillige Beteiligung der Kommunen an der PDG wird aus kommunalwirtschaftlichen Gründen regelmäßig zulässig sein. Eine Verpflichtung zur Beteiligung an der PDG oder zur Inanspruchnahme der Rahmenvereinbarung dürfte als Verstoß gegen die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen zu

werten sein. Wegen der großen Zahl der Kommunen wird von einer gesellschaftlichen Beteiligung der Kommunen abgeraten. Alternativen:

  - Indirekte Beteiligung der Kommunen über kommunale Spitzenverbände
  - Einbindung der Kommunen ohne Beteiligung, sondern über die Bildung eines „Kommunalen Beirats" bei der PDG

- Konkrete öffentlich-rechtliche Grenzen für die Vergütung der Beratungsleistungen der PDG bestehen nicht. Es sind die allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen und der haushaltsrechtliche Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu beachten.

- Mitarbeiter der bestehenden PPP-Task-Forces können in verschiedener Form an die PDG entsandt werden.

- Die Tätigkeit der PDG kann sowohl gegenüber Privaten als auch der öffentlichen Hand Zertifizierungswirkung entfalten. Die Einführung „offizieller" Zertifizierungsmechanismen unmittelbar zugunsten der PDG auf gesetzlicher oder untergesetzlicher Ebene ist jedoch mit erheblichen rechtlichen Schwierigkeiten behaftet. Aufgrund dieser rechtlichen Hindernisse ist u.U. der Verzicht auf eine förmliche Zertifizierungsfunktion der PDG zu empfehlen und vielmehr auf ein „faktisches Qualitätssiegel" für jedes Projekt, an dem die PDG beteiligt ist, zu setzen (Marktstandards, Qualität).

C. VERGABERECHTLICHE RELEVANZ DER VON DER PDG ZU ERBRINGENDEN BERATUNGSLEISTUNGEN

Die PDG soll für die öffentliche Hand verschiedene im Lebenszyklus eines PPP–Projektes erforderlichen Beratungsleistungen erbringen. Dazu gehört u.a. die Beratung bei der Bedarfsanalyse für PPP-Projekte, ebenso wie die Beratung in Finanzierungsfragen und in technischen Fragen. In vergaberechtlicher Hinsicht ist daher zunächst zu klären, ob die von der PDG für die öffentliche Hand zu erbringenden Beratungsleistungen dem Vergaberecht unterliegen und deshalb grundsätzlich öffentlich auszuschreiben sind. Ferner soll die PDG im Auftrag des Bundes und der Länder Grundlagenarbeit im Hinblick auf PPP leisten (z.B. Gutachten, Mustervorlagen, Vorschläge für gesetzliche Änderungen, Markterkundungen etc.).

I. GRUNDSÄTZLICHE AUSSCHREIBUNGSPFLICHTIGKEIT DER BERATUNGSAUFTRÄGE

Als entgeltliche Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen über Dienstleistungen unterliegen die zu vergebenden Beratungsaufträge grundsätzlich dem GWB-Vergaberecht (öffentlicher Dienstleistungsauftrag, § 99 Abs. 1 und 4 GWB) und sind damit in einem Vergabeverfahren europaweit auszuschreiben, sofern sie den Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge (§ 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV) erreichen oder überschreiten. Dieser Schwellenwert beträgt gem. § 2 Nr. 3 VgV derzeit grundsätzlich EUR 211.000. Für oberste oder obere Bundesbehörden sowie vergleichbare Bundeseinrichtungen beträgt der Schwellenwert allerdings regelmäßig nur EUR 137.000 (§ 2 Nr. 2 VgV).

Da Beratungsaufträge an die PDG, die die Realisierung größerer PPP-Projekte oder die Erarbeitung von PPP-Grundlagen betreffen, eine Überschreitung des Schwellenwertes von EUR 211.000 bzw. EUR 137.000 erwarten lassen, unterläge die Vergabe jedes einzelnen umfangreicheren Auftrages für Beratungsleistungen an die PDG grundsätzlich einer vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht. Wenn ein einzelner Beratungsauftrag in seinem Umfang den Schwellenwertes von EUR 211.000 bzw. EUR 137.000 nicht übersteigt, gilt die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht hingegen nicht. In diesem Fall sind im wesentlichen die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, ggf. in Verbindung mit Abschnitt 1 VOL/A sowie den Anforderungen des EG-Primärrechts zu beachten.

Bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen oberhalb der maßgeblichen Schwellenwerte sind öffentliche Auftraggeber nach § 4 Abs. 1 VgV grundsätzlich zur Anwendung der Bestimmungen der VOL/A oder der VOF verpflichtet. Die VOL/A enthält spezifische Vorgaben für die Ausschreibung von (Beratungs-) Dienstleistun-

gen und die Durchführung der erforderlichen Vergabeverfahren. Danach ist grundsätzlich ein offenes oder nichtoffenes Verfahren durchzuführen, sofern keine besonderen Gründe vorliegen, die die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens oder Wettbewerblichen Dialogs rechtfertigen. Sofern es sich bei den Beratungsleistungen der PDG im Einzelfall um typischerweise freiberufliche Tätigkeiten handelt, kommt auch ein Verhandlungsverfahren nach Maßgabe der VOF in Betracht. Die Vorschriften der VOF sind gemäß § 5 S. 2 VgV, § 2 Abs. 2 VOF, § 1 VOL/A allerdings nur anwendbar, wenn die zu vergebenden freiberuflichen Leistungen vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können. Für die Anwendbarkeit der VOF besteht daher kein Raum, wenn es nicht um die Herbeiführung eines vorab nicht eindeutig beschreibbaren Erfolges geht, sondern eine Dienstleistung geschuldet wird, die als solche genau beschrieben werden kann

> (vgl. VK Saarland, Beschl. v. 19.05.2006, 3 VK 3/2006; VK Südbayern, Beschl. v. 31.10.2002, 42-10/02; VK Brandenburg, Beschl. v. 23.11.2004, VK 58/04).

II. LÖSUNGSMODELLE

Vor diesem Hintergrund ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen oberhalb der maßgeblichen Schwellenwerte eine Beauftragung der PDG durch PPP-Auftraggeber vergaberechtskonform möglich ist, die im Vergleich zu einer einzelprojektbezogenen Ausschreibung die Zutrittsbarrieren für die Umsetzung von PPP-Projekten seitens der öffentlichen Hand deutlich verringert und daher künftig deutlich mehr Öffentlich-Private-Partnerschaften erwarten lässt. Durch eine möglichst breite Einbeziehung der PDG in die Vorbereitung und Durchführung von PPP-Vorhaben soll der PPP-Markt in Deutschland durch Qualitätssicherung und Standardisierung zugleich vereinfacht, erweitert und weiter geöffnet werden.

1. Modell "Sole Provider Act"

Eine vergaberechtliche Freistellung von Beratungsaufträgen an eine auch von privaten Gesellschaftern gehaltene PDG kommt grundsätzlich in Betracht, wenn der besondere Beratungsauftrag der PDG per Gesetz („Sole Provider Act") zugewiesen würde. Gemäß § 100 Abs. 2 lit. g) GWB (im Einklang mit der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie) sind solche Aufträge generell von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen, die an Personen vergeben werden, die ihrerseits öffentliche Auftraggeber sind und ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistungen haben. Für die Erfüllung dieses Ausnahmetatbestandes sind vorliegend zwei Hürden zu nehmen: Zum einen müsste die PDG selbst öffentlicher Auftraggeber sein, und zum anderen müsste die PDG aufgrund von Gesetz oder

Verordnung mit dem ausschließlichen Recht zur Erbringung der entsprechenden Rechtsberatungsleistungen ermächtigt worden sein. Während die erste Hürde noch relativ einfach zu nehmen wäre, da die PDG als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB anzusehen sein könnte, erscheint die Überwindung der zweiten Hürde allein wegen praktischer Probleme sehr schwierig.

a) Voraussetzungen für einen „Sole Provider Act"

Bei der Verleihung des Exklusivitätsrechts durch Gesetz oder Verordnung an die PDG stellt sich aufgrund der Zielsetzung der PDG zunächst die Frage, welcher Gesetz- bzw. Verordnungsgeber vorliegend im Rahmen der Föderalstruktur für den Erlass eines solchen Gesetzes bzw. einer solchen Verordnung zuständig wäre. Der Bund wäre grundsätzlich nur berechtigt, Regelungen für seine eigenen Behörden zu treffen. Wohl nicht von der verfassungsrechtlichen Regelungskompetenz des Bundes umfasst wäre das Recht, auch die Länder oder die Kommunen zur exklusiven Beauftragung der PDG zu ermächtigen. Deshalb müssten Bund und Länder eine solche Regelung ggf. sukzessive treffen, ggf. auch in der Weise, dass zunächst der Bund eine Verordnung erlässt und die Länder ggf. nach und nach gleiche oder ähnliche Regelungen treffen. Allerdings könnte eine entsprechende Regelung ggf. auch durch einen Staatsvertrag zwischen allen 16 Bundesländern und der Bundesrepublik Deutschland getroffen werden, der wiederum durch entsprechende Ratifizierungsgesetze oder -verordnungen in den Bundesländern und für den Bund umgesetzt werden würde. Die Realisierung eines solchen Staatsvertrages unter Einbindung aller Bundesländer erscheint zumindest aus derzeitiger Perspektive zweifelhaft und würde jedenfalls einen erheblichen Zeitraum in Anspruch nehmen. Erleichtern könnte man dieses Verfahren dadurch, dass der Staatsvertrag offen gestaltet wird, und Bundesländer auch später noch dem Vertrag „beitreten" können. Die Kommunen könnten mangels „Staatseigenschaft" diesem Vertrag nicht beitreten. Denkbar wäre jedoch eine entsprechende Regelung auf Landesebene, die auch die Gemeinden und Landkreise berechtigt, ausschreibungsfrei auf die Kompetenz der PDG zurückzugreifen. Damit könnte – unabhängig von der politischen Praktikabilität – eine verfassungsrechtlich wohl zulässige Lösung des föderalen Strukturproblems gefunden werden.

b) Anforderungen aus dem EG-Vertrag

Im Zusammenhang mit der Ausnahmevorschrift des § 100 Abs. 2 lit. g GWB wäre weiter jedoch zu beachten, dass diese Vorschrift nur teilweise die europarechtlichen Vorgaben des Art. 18 VKR umsetzt. Nach Art. 18 VKR muss das ausschließliche Recht auf einer Rechts- und Verwaltungsvorschrift beruhen, die mit dem EG-Vertrag vereinbar ist. Diese Beschränkung auf mit dem EG-Vertrag vereinbarte Vorschriften hat der EuGH in seiner Entscheidung „Gemeente Arnhem" ausdrücklich betont. Sie

wird als ungeschriebener Grundsatz allgemein auch im deutschen Vergaberecht für maßgeblich gehalten. Zu den zu beachtenden EG-Vorschriften gehören insbesondere die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages.

Mit diesen Wettbewerbsregeln müssten der oben beschriebene Staatsvertrag und die entsprechenden Ratifizierungsgesetze oder -verordnungen vereinbar sein. Problematisch ist insoweit, dass durch das Sonderrecht für die PDG die Wettbewerbschancen dritter Beratungsunternehmen für PPP-Projekte in Deutschland verschlechtert werden. Das EG-Recht gewährt grundsätzlich die Dienstleistungsfreiheit innerhalb des europäischen Binnenmarktes. Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind gemäß Art. 49 EGV grundsätzlich verboten. Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit wäre allerdings wohl vor dem Hintergrund zwingender Allgemeininteressen zu rechtfertigen. Als Argumente kommen insoweit etwa die Förderung allgemeiner, bundeseinheitlicher PPP-Standards oder die einheitliche Berücksichtigung und Sicherstellung bestimmter haushaltsrechtlicher Vorgaben in Betracht. Insoweit wäre es erforderlich, dass der durch Gesetz oder Verordnung geregelte Beratungsauftrag der PDG im einzelnen und auch abschließend festgelegt und abgegrenzt wird und eine besondere Rechtfertigung vor dem Hintergrund des Allgemeininteresses hat.

c) Einschätzung

Ein „Sole Provider Act"-Modell ließe sich grundsätzlich vergaberechtskonform realisieren. Die PDG könnte mit einer dauerhaften, rechtssicheren und stabilen Beratungsaufgabe versehen werden. Die Beauftragung der PDG mit Beratungsleistungen für PPP-Projekte wäre innerhalb der durch Gesetz oder Verordnung auf Bundes- und Landesebene geregelten Grenzen dauerhaft nicht ausschreibungspflichtig. Allerdings müssten die entsprechenden Bundes- und Landesregelungen vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten des EG-Vertrages den Beratungsauftrag im Rahmen der besonderen staatlichen Rechtfertigung für den Entzug der betreffenden Beratungsleistungen aus dem allgemeinen Markt klar begrenzt und begründet werden. Ein umfassender Beratungsauftrag der PDG erscheint kaum realisierbar, der PDG wären eher besondere Aufgaben zuzuordnen, die am Markt nicht allgemein verfügbar sind (z.B. Standardisierung). Damit wäre eines der vordringlichsten Ziele der PDG, die Erbringung umfassender Beratungsdienstleistungen zur nachhaltigen Erweiterung des PPP-Marktes in Deutschland, kaum zu erreichen.

Ferner birgt die Umsetzung dieses Modells erhebliche praktische und zeitliche Risiken, denn es müssten auf Bundesebene und in allen 16 Länder u.U. aufwendige und politisch möglicherweise umstrittene Gesetz- bzw. Verordnungsgebungsverfahren durchgeführt werden. Der private Einfluss bliebe auf eine Minderheitsbeteiligung begrenzt. Bei der Auswahl der privaten Gesellschafter müssten auf verfassungs- und eu-

roparechtlicher Grundlage wettbewerbliche und nichtdiskriminierende Kriterien zur Anwendung kommen. Eine Lösung im Sinne des „Sole Provider Act"-Modells würde außerdem zwingend zur Folge haben, dass die PDG selbst öffentlicher Auftraggeber ist und die Untervergabe von Beratungsleistungen an ihre Gesellschafter und Dritte damit dem Vergaberecht unterliegen würde.

Bei einer Gesamtschau der Argumente erscheint das „Sole Provider Act"-Modell daher insbesondere wegen der absehbaren Umsetzungsprobleme und wegen des aus wettbewerbsrechtlichen Gründen beschränkten Beratungsauftrages der PDG unserer Einschätzung nach nicht als ein geeignetes Modell zur Erreichung der mit der PDG angestrebten Ziele.

2. „In-house-Modell"

Eine weiteres mögliches Modell zur vergaberechtskonformen aber ausschreibungsfreien Vergabe von Beratungsaufträgen an die PDG liegt in der Inanspruchnahme der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den sog. *In-house*-Geschäften. Nach den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen gelten „verwaltungsinterne" *In-house*-Geschäfte nicht als öffentliche Aufträge und sind deshalb vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen. Ein solches *In-house*-Geschäft setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass

1. der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle" ausübt und

2. dass der Auftragnehmer seine Tätigkeit „im wesentlichen für den Auftraggeber" ausführt.

Nach der Rechtsprechung reicht auch eine nur minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, aus, um in jedem Fall auszuschließen, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigene Dienststelle. Die Annahme einer ausschreibungsfreien *In-house*-Vergabe kommt demnach bei jeglicher Beteiligung eines Privaten an einer zu beauftragenden gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft nicht in Betracht.

a) Gesellschaftsstruktur der PDG bei einem In-house-Modell

Unter Anwendung der von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze würde ein *In-house*-Modell für die Gründung der PDG voraussetzen, dass die Anteile an der PDG zu 100 % von der öffentlichen Hand gehalten werden. Unschädlich wäre dabei wohl, dass die PDG als gemeinsame „Dienststelle" mehrerer öffentlicher Stellen

gehalten würde. Vor dem Hintergrund vergleichbarer europäischer Rechtsprechung zu einer gemeinsamen Einkaufsgesellschaft einer Vielzahl von öffentlichen Stellen erscheint es denkbar, dass ein *In-house*-Verhältnis zu einem Gesellschafterkreis aus Bund, Ländern und Gemeinden entsteht. Um eine unübersichtliche Vielzahl von Einzelgesellschaftern auf kommunaler Ebene zu vermeiden, erscheint es auch nicht ausgeschlossen, wenn die kommunale Beteiligung vermittels eines öffentlichen Kommunalverbands hergestellt wird.

b) Möglichkeiten für eine private Beteiligung an der PDG

Da nach der Rechtsprechung des EuGH auch geringfügige minderheitliche Beteiligungen privater Unternehmen dazu führen würden, dass die PDG nicht mehr als „eigene Dienststelle" anzusehen wäre, besteht nach diesem Modell keinerlei Möglichkeit für eine aktive gesellschaftsrechtliche Beteiligung der privaten Initiatoren der PDG. Für diese würde lediglich eine Rolle als Fremdkapitalgeber bzw. als beratende Mitglieder eines „Beirats" der PDG in Betracht kommen. Ein „Beirat" könnte jedoch allenfalls beratend „Anmerkungen" zur Tätigkeit der PDG machen, nicht jedoch die Ausrichtung und die allgemeine geschäftliche Tätigkeit der PDG unternehmerisch maßgeblich beeinflussen.

c) Einschätzung

Durch das skizzierte *In-house*-Modell könnte gewährleistet werden, dass die PDG auf Dauer angelegt und auf lange Sicht stabil installiert ist. Die PDG könnte für die ihr von öffentlichen Auftraggebern zu erteilenden Beratungsaufträge von dem ungeschriebenen vergaberechtlichen Ausnahmetatbestand des *In-house*-Geschäfts profitieren, wenn die PDG allein von Bund, Ländern und Kommunen als Gesellschafter (und Auftraggeber) gehalten wird. Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung und Mitwirkung privater Unternehmen oder Verbände als Gesellschafter ist jedoch nach diesem Modell ausgeschlossen. Die PDG wäre somit nach diesem Modell dem unternehmerischen Einfluss privater Initiatoren vollständig entzogen. Mehr als beratende Funktionen Privater sind nicht möglich. Dieser Punkt stellt nach unserer Einschätzung eine gravierende Abweichung von den seitens der IFD mit der PDG verfolgten Zielen dar. Der privatwirtschaftliche Charakter der PDG ist damit durch das *In-house*-Modell kaum zu verwirklichen. Zweifelhaft erscheint, ob sich eine *In-house*-PDG auf eine öffentliche Beratungsaufgabe konzentrieren und von politischen Einflüssen im Tagesgeschäft frei gehalten werden könnte. Die PDG könnte zudem nicht institutionell einen abgewogenen Ausgleich der öffentlichen und privatwirtschaftlichen Interessen an PPP-Vorhaben und –Grundlagen, verbunden mit einem durch hochqualifizierte selbständige Beraterpersönlichkeiten gewährleisteten Qualitätsversprechen herbeiführen und garantieren. Aufgrund ihrer unmittelbaren „Staatsnähe" dürfte die PDG zwar eine

positive Akzeptanz bei der öffentlichen Hand genießen. Es fragt sich allerdings, ob die Rolle der PDG insoweit über eine föderale Task Force hinausgehen kann. Die Beratungsaufträge könnten sowohl standardisiert als auch individuell gestaltet werden und grundsätzlich das gesamte Beratungsspektrum für PPP-Vorhaben umfassen. Rechtliche (vergaberechtliche) Risiken bestehen allenfalls im Hinblick auf die weiter im Fluss befindliche Rechtsprechung zum *In-house*-Geschäft, die insbesondere im Hinblick auf die Beteiligung mehrerer öffentlicher Auftraggeber an einer gemeinsamen *In-house*-Gesellschaft noch keine abschließende Entscheidung getroffen hat. In zeitlicher Hinsicht ließe sich eine PDG sehr kurzfristig ins Leben rufen. Der spätere Beitritt weiterer, jetzt eventuell noch nicht interessierter Bundesländer wäre wohl ohne weiteres möglich.

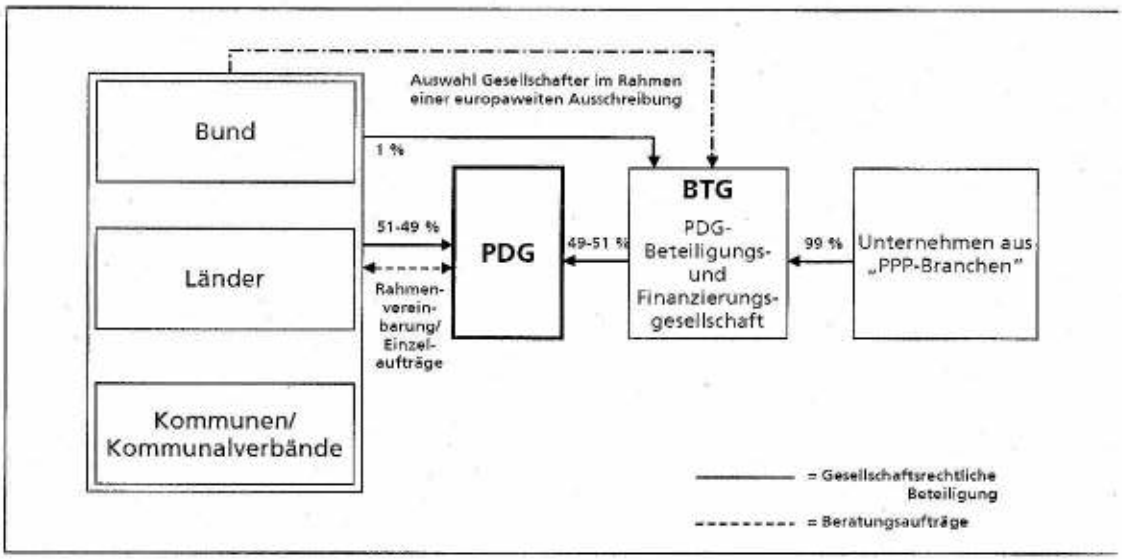
Aufgrund der Kontrolle der PDG durch eine Vielzahl von öffentlichen Auftraggebern und ihrer Aufgabenstellung als Berater ausschließlich öffentlicher Stellen dürfte davon auszugehen sein, dass die PDG selbst auch öffentlicher Auftraggeber würde und Aufträge an Dritte oberhalb der Schwellenwerte europaweit auszuschreiben hätte.

3. „Ausschreibungsmodell"

Eine weitere Lösung zur vergaberechtskonformen Erteilung der einzelnen Beratungsaufträge der öffentlichen Auftraggeber an die PDG erscheint denkbar, wenn die private Beteiligung an der PDG zusammen mit dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung in einer integrierten Ausschreibung vergeben würde.

D. BESCHREIBUNG DES AUSSCHREIBUNGSMODELLS

I. GRAFISCHE DARSTELLUNG DES AUSSCHREIBUNGSMODELLS



II. STRUKTUREN UND AUSGESTALTUNG DES AUSSCHREIBUNGSMODELLS

Durch das Ausschreibungsmodell soll erreicht werden, dass die PDG für die öffentliche Hand (Bund, Länder und Kommunen) Beratungsleistungen bei der Planung und Umsetzung von PPP-Projekten erbringen kann, ohne dass jeder Einzelauftrag in einem förmlichen vergaberechtlichen Verfahren ausgeschrieben werden muss. Eine solche Lösung kann dann zulässig sein, wenn die öffentliche Hand, bestehend aus Bund, Ländern und Gemeinden, mit der PDG eine Rahmenvereinbarung abschließt, die im vorhinein das Spektrum der zu erbringenden Beratungsleistungen erfasst. Die Vergabe der Rahmenvereinbarung kann mit der Gründung der PDG und der gleichzeitigen bzw. anschließenden Veräußerung der Anteile an ihr verbunden werden (so genannte kombinierte bzw. integrierte Vergabe). Bei einer kombinierten oder auch integrierten Vergabe werden bestehende oder noch zu gründende öffentliche Unternehmen, die für den (bisherigen) öffentlichen Gesellschafter Leistungen erbringen, im Rahmen eines Vergabeverfahrens (teil-)privatisiert.

Im Hinblick auf die PDG könnte eine derartige kombinierte Vergabe wie folgt ausgestaltet werden:

1. Mehrstufiges Vorgehen:

a) Gründung der PDG als 100 %ige Tochter der öffentlichen Auftraggeber und **In-house-***Vergabe der Rahmenvereinbarung*

Es besteht die Möglichkeit, dass die öffentlichen Auftraggeber Bund, Länder und Kommunen zunächst gemeinsam die PDG gründen. Sie halten die Anteile an der PDG anfangs zu 100 % selbst. Die Veräußerung eines Teils der Anteile an der PDG würde dann erst nach dem Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der PDG erfolgen.

Zugleich mit der oder im Anschluss an die Gründung der PDG könnte der Abschluss einer Rahmenvereinbarung zwischen der PDG einerseits und dem Bund, Ländern und Gemeinden andererseits erfolgen. Die öffentlichen Auftraggeber können die Rahmenvereinbarung ausschreibungsfrei im Wege eines *In-house*-Geschäfts vergeben. Die PDG erfüllt vor der Veräußerung der Geschäftsanteile an private Unternehmen die Voraussetzungen eines *In-house*-Geschäfts, da sie zu diesem Zeitpunkt als eine eigene Dienststelle der öffentlichen Auftraggeber anzusehen ist, die im wesentlichen für diese Auftraggeber tätig wird.

b) Gründung der BTG und Beteiligung an der PDG (49-51 %)

Die öffentlichen Auftraggeber gründen im Zusammenhang mit dem Abschluss der Rahmenvereinbarung und der Gründung der PDG die Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaft (BTG). Deren Gesellschaftsanteile hält die öffentliche Hand zunächst gleichfalls zu 100 %. Die BTG übernimmt 49-51 % der Anteile an der PDG. Zum Zweck der BTG siehe unten unter E.I.7.

c) Ausschreibung der Beteiligungen an der BTG nebst Rahmenvereinbarung

Im Anschluss an die Gründung der PDG und der BTG schreiben die auch an der Rahmenvereinbarung beteiligten öffentlichen Gesellschafter der PDG bzw. BTG (Bund, Länder, Kommunen) die Veräußerung der Anteile an der BTG im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens aus. Die Anteile der öffentlichen Hand an der BTG sollen zu 99 % an private Unternehmen veräußert werden und zu 1 % im Eigentum der öffentlichen Hand verbleiben. Zwar kann die bloße Veräußerung von Geschäftsanteilen vergaberechtsfrei durchgeführt werden. Im vorliegenden Fall ist jedoch eine Ausschreibung im Sinne des Vergaberechts erforderlich, weil die Veräußerung der Anteile in Verbindung mit der bereits mit der PDG geschlossenen Rahmenvereinbarung auf der Grundlage der nach der Rechtsprechung anzustellenden Gesamtbetrachtung vergaberechtlich als ausschreibungspflichtige Beschaffung zu qualifizieren ist. Das Vergabeverfahren kann als Offenes oder Nichtoffenes Verfahren ausgestaltet werden. Es könnte gemeinsam von den jeweils zuständigen Verwaltungseinheiten o-

der von einer Institution stellvertretend für alle anderen Beteiligten abgewickelt werden.

2. Einstufiges Vorgehen: Vergabe der Rahmenvereinbarung gleichzeitig mit der gemischtwirtschaftlichen Gründung der PDG/BTG

Alternativ zu dem vorstehend genannten mehrstufigen Ablauf des Ausschreibungsmodells besteht auch die Möglichkeit, die Gründung der PDG/BTG zeitgleich mit der Vergabe der Rahmenvereinbarung an die PDG durchzuführen.

3. Neuausschreibung der Beteiligung an der BTG nach vier Jahren

Vergaberechtlich ist grundsätzlich nach Ablauf von vier Jahren eine Neuausschreibung der Rahmenvereinbarung erforderlich. Rahmenvereinbarungen dürfen grundsätzlich lediglich für einen Zeitraum von vier Jahren vergeben werden (Art. 32 VKR, § 3a Nr. 4 Abs. 8 VOL/A). Es ist allerdings zulässig, die Rahmenvereinbarung bei Vorliegen von sachlichen Gründen auch für einen längeren Zeitraum zu vergeben.

Anstelle der Neuausschreibung der Rahmenvereinbarung könnte unserer Einschätzung nach auch die private Beteiligung an der BTG und damit auch indirekt die Beteiligung an der die Rahmenvereinbarung innehabenden PDG alle vier Jahre oder nach einem längeren Zeitraum neu ausgeschrieben werden. Die Rahmenvereinbarung kann im Zusammenhang mit der Neuausschreibung jeweils angepasst und verändert werden. Diese Vorgaben wären bei der Ausschreibung zu beachten.

E. RECHTLICHE BEWERTUNG DES AUSSCHREIBUNGSMODELLS

I. VERGABERECHT

Erteilen öffentliche Auftraggeber öffentliche Aufträge, müssen diese im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens europaweit ausgeschrieben werden. Das gilt auch für Beratungsaufträge für PPP-Vorhaben, die von Bund, Ländern und Gemeinden an die PDG erteilt werden sollen. Es wurde bereits festgestellt (siehe oben, Ziffer C.), dass es sich bei den an die PDG zu vergebenden Beratungsaufträgen der öffentlichen Hand grundsätzlich um ausschreibungspflichtige Dienstleistungsverträge handelt.

Die Ausschreibung jedes einzelnen Beratungsauftrags wäre jedoch dann nicht erforderlich, wenn die betreffenden Aufträge auf der Grundlage einer mit den genannten öffentlich-rechtlichen Körperschaften bestehenden Rahmenvereinbarung erteilt werden könnten. Hierbei ist es denkbar, die Rahmenvereinbarung mit der Veräußerung von Anteilen an der PDG zu kombinieren. Fraglich ist, ob der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit der PDG und die Veräußerung der Anteile an der BTG als kombinierte Vergabe im konkreten Fall vergaberechtlich zulässig sind.

1. Kombinierte/integrierte Vergaben der Beratungsleistungen an die PDG

Der Abschluss der Rahmenvereinbarung könnte mit der Gründung der PDG/BTG und der anschließenden Veräußerung der Anteile an der BTG verbunden werden (sog. kombinierte bzw. integrierte Vergabe). Bei einer kombinierten Vergabe werden bestehende oder noch zu gründende öffentliche Unternehmen, die für den (bisherigen) öffentlichen Gesellschafter Leistungen erbringen, im Rahmen eines Vergabeverfahrens (teil-)privatisiert.

a) Vergaberechtliche Zulässigkeit einer kombinierten/integrierten Vergabe

Bei kombinierten/integrierten Vergaben handelt es sich um Vergaben, die gleichzeitig oder sukzessive mit der teilweisen oder vollständigen Privatisierung des Unternehmens erfolgen, das die zu vergebenden Leistungen erbringen soll. Derartige Vergabeverfahren entsprechen gängiger Praxis im Bereich von PPP- und *Outsourcing*-Modellen

> (*Hausmann/Mutschler-Siebert*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, Praxishandbuch Public Private Partnership, 1. Aufl. 2006, S. 249).

Die Anwendbarkeit des Vergaberechts kann mit einer derartigen Verfahrensgestaltung allerdings nicht umgangen werden. Denn nach der Rechtsprechung liegt ein öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 GWB auch dann vor, wenn mit der Gründung einer

Gesellschaft durch die öffentliche Hand und einem privaten Unternehmen oder dem Verkauf von Unternehmensanteilen eines öffentlichen Auftraggebers an einen Privaten die Vergabe von Leistungsbeziehungen an das private oder das mit der Verbindung neu entstehende Unternehmen verbunden ist, die ansonsten nach den Regeln des Vergaberechts europaweit hätten ausgeschrieben werden müssen

> (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.04.2003, Verg 66/03; VK Düsseldorf, Beschl. v. 07.07.2000, VK-12/2000-L, Umdruck nach Veris S. 10, m. w. Nachw.).

Anderenfalls könnte durch die Kombination von Gesellschaftsgründung und/oder Anteilsverkauf mit einer Aufgabenübertragung die umfassende Leistungsbeschaffung im Wettbewerb beliebig unterlaufen werden. Für die Anwendbarkeit des Vergaberechts kommt es deshalb wesentlich darauf an, ob der private Partner entsprechend seinem gesellschaftsrechtlichen Anteil an den Aufträgen und Geschäftsbeziehungen der neu gegründeten oder bereits bestehenden Gesellschaft partizipiert und so durch den Anteilserwerb gleichsam mitbeauftragt wird

> (VK Düsseldorf, Beschl. v. 04.05.2004, VK-7/005-L / VK-8/2004-L, Umdruck nach Veris, S. 22 f.; VK Düsseldorf, Beschl. v. 07.07.2000, VK-12/2000-L, Umdruck nach Veris S. 10).

Die Gründung eines Unternehmens mit öffentlicher und privater Beteiligung ist daher dann ausschreibungspflichtig, wenn ein Bezug zur Beschaffung von Leistungen durch einen an diesem Unternehmen beteiligten öffentlichen Auftraggeber besteht. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Unternehmen zu dem Zweck gegründet wird, Leistungen für den öffentlichen Auftraggeber zu erbringen

> (VK Thüringen, Beschl. v. 17.02.2006, 360-4003.20-001/06-G-S; 1. VK Sachsen, Beschl. v. 29.12.2004, 1/SVK/123-04; VK Lüneburg, Beschl. v. 05.11.2004, 203-VgK-48/2004; VK Brandenburg, Beschl. v. 30.08.2004, VK 34/04; Beschl. v. 17.09.2002, VK 50/02).

Auch die Übertragung von Anteilen an einer bereits bestehenden Gesellschaft auf private Mitgesellschafter ist ausschreibungspflichtig, wenn die privaten Gesellschafter dadurch indirekt an einem öffentlichen Auftrag beteiligt werden, der der Gesellschaft zu einem früheren Zeitpunkt erteilt wurde

> (OLG Brandenburg, Beschl. v. 03.08.2001, Verg 3/01).

Diese Gesichtspunkte lassen sich dahingehend verallgemeinern, dass die Gründung eines Unternehmens mit öffentlicher und privater Beteiligung bzw. die Veräußerung

von Geschäftsanteilen dem Vergaberecht unterliegen, wenn das Vorhaben auf die Beschaffung von Leistungen im Sinne von § 99 GWB zielt

> (vgl. VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 17.08.2004, VK-SH 20/04, Umdruck nach Veris, S. 16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.04.2003, Verg 66/02).

Vor diesem Hintergrund unterliegt eine kombinierte bzw. integrierte Vergabe im Rahmen des beabsichtigten Vorhabens mit hoher Wahrscheinlichkeit dem Vergaberecht. Denn mit dieser wird nicht nur die entgeltliche Veräußerung der Geschäftsanteile der BTG bezweckt, sondern auch die Gründung der PDG und die Erbringung von Beratungsleistungen durch diese. Den an dem Vorhaben beteiligten öffentlichen Auftraggebern (Bund, Ländern und Kommunen) geht es insbesondere um die Suche nach strategischen Geschäftspartnern, die als (künftige) Anteilseigner der BTG und als mittelbare Anteilseigner an der Leistungsbeziehung der PDG zu den beteiligten öffentlichen Auftraggebern für die Dauer der Rahmenvereinbarung partizipieren.

b) Überschreiten der Schwellenwerte

Der Wert der Dienstleistungen, die von den Erwerbern der Geschäftsanteile im Rahmen der vorgesehenen Kooperation zu erbringen sind, überschreitet auch den maßgeblichen Schwellenwert des § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VgV. Der jeweilige Wert eines Auftrags ist vom öffentlichen Auftraggeber nach den Vorgaben des § 3 VgV bei Einleitung des konkreten Vergabeverfahrens umsichtig und sachkundig zu schätzen

> (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.05.2002, Verg 5/02).

Die zukünftig von der PDG zu erbringenden Beratungsleistungen sind als Dienstleistungen und die dafür erteilten Aufträge somit als Dienstleistungsaufträge i.S.d § 99 Abs. 4 GWB einzuordnen. Wird eine zukünftige Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung als Dienstleistungsauftrag einzuordnen sein, gilt auch die Rahmenvereinbarung als Dienstleistungsauftrag, dessen Schwellenwert gem. § 2 Nr. 3 VgV 211.000 € beträgt

> (vgl. *Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 46; *Hailbronner*, in: *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, § 99 GWB, Rn. 505).

Bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen i.e.S. richtet sich die Schätzung des Auftragswertes nach § 3 Abs. 8 VgV. Der Wert der Rahmenvereinbarung wird auf der Grundlage des geschätzten Höchstwertes aller für diesen Zeitraum geplanten Aufträge berechnet. Das bedeutet, dass sich der Gesamtauftragswert der Rahmenvereinbarung aus der Summe der Auftragswerte der geplanten Einzelaufträge ergibt.

Zwar steht vorliegend noch nicht fest, wie viele Einzelaufträge von den öffentlichen Auftraggebern auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung mit der PDG abgeschlossen werden. Auch ist noch nicht absehbar, welchen Umfang der einzelne Beratungsauftrag der PDG haben wird. Jedenfalls kann jedoch mit relativer Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Summe des Beratungsentgeltes über die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung den maßgeblichen Schwellenwert von 211.000 € überschreitet und somit europaweit auszuschreiben ist.

c) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist somit, dass der Abschluss der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarung an die PDG *uno actu* bzw. sukzessive mit ihrer Privatisierung vergaberechtlich zulässig ist. Die kombinierte Vergabe, bestehend aus dem Verkauf von Geschäftsanteilen an der neu zu gründenden BTG und dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit der PDG, ist allerdings nach den Vorschriften des Vergaberechts grundsätzlich öffentlich auszuschreiben. Denn auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung können dem Vergaberecht unterliegende Einzelaufträge an die PDG nur dann ausschreibungsfrei vergeben werden, wenn das Vorhaben insgesamt öffentlich ausgeschrieben wurde.

2. Vergaberechtliche Anforderungen an die ausschreibungsfreie *In-house*-Vergabe der Rahmenvereinbarung an die PDG

Es ist denkbar, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der PDG nicht *uno actu* mit der Veräußerung der Anteile an der BTG erfolgen soll, sondern die Rahmenvereinbarung zunächst an die PDG als 100 %ige Tochtergesellschaft der öffentlichen Auftraggeber Bund, Länder und Gemeinden vergeben werden soll.

Die beabsichtigte Vergabe der Rahmenvereinbarung an die PDG unterliegt jedoch dann nicht dem Vergaberecht, wenn es sich um ein so genanntes *In-house*-Geschäft handelt. Die Vergabe der Rahmenvereinbarung wäre dann nicht als eine Beschaffung am Markt zu beurteilen, sondern als verwaltungsinterner Akt. Die Voraussetzungen für eine *In-house*-Vergabe sind erfüllt, wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung keine privaten Unternehmen an der PDG/BTG beteiligt sind und die PDG im Wesentlichen für die öffentlichen Gesellschafter tätig wird, in deren Eigentum sie steht.

a) Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie **In-house-***Vergabe an die PDG*

Öffentliche Auftraggeber können nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) öffentliche Aufträge an eine von ihnen verschiedene, rechtlich selbständige juristische Person ohne vorherige Durchführung eines ord-

nungsgemäßen Vergabeverfahrens im Sinne der §§ 97 ff. GWB unten den Voraussetzungen eines *In-house*-Geschäfts vergeben. Im einzelnen ist dafür erforderlich, dass

- der öffentliche Auftraggeber über die betreffende Rechtsperson eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und
- diese Rechtsperson im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist

(Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/98 „Teckal", NZBau 2000, 90, 91; Urt. v. 11.01.2005, Rs. C-26/03 „Stadt Halle", NVwZ 2005, 187, 190; Urt. v. 13.01. 2005, Rs. C-84/03 „Königreich Spanien", NZBau 2005, 232, 233; Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03 „Parking Brixen", NVwZ 2005, 1407; Urt. v. 10.11.2005, Rs. C-29/04 „Kommune Mödling"; NZBau 2005, 704; Urt. v. 11.05.2006, Rs. C-340/04 „Carbotermo", NZBau 2006, 452).

aa) Kontrolle der öffentlichen Auftraggeber über die PDG „wie über eine eigene Dienststelle"

Bei der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber eine Kontrolle wie über seine eigene Dienststelle ausübt, sind alle Rechtsvorschriften und maßgeblichen Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung muss dem EuGH nach zu dem Ergebnis führen, dass die Gesellschaft, an die der Auftrag vergeben wird, einer Kontrolle unterworfen ist, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft maßgeblich einzuwirken. Es muss die Möglichkeit gegeben sein, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der betreffenden Rechtsperson ausschlaggebend Einfluss zu nehmen

(Zuletzt EuGH, Urt. v. 11.05.2006, Rs. C-340/04, „Carbotermo", Rn. 36, NZBau 2006, 452 ff.; EuGH, Rs. C-458/03, Urt. v. 13.10.2005 „Parking Brixen", Slg. 2005, I-0000, Rn. 65).

Ob ein öffentlicher Auftraggeber über ein bestimmtes anderes Unternehmen eine Kontrolle ausüben kann, die es ihm ermöglicht, auf ihre Entscheidungen im Sinne der *In-house*-Voraussetzungen einzuwirken, hängt bei gestuften bzw. Holding-Konstruktionen von den Umständen des Einzelfalls ab, das heißt von der jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Konstruktion und den auf dieser Grundlage bestehenden Befugnissen der „Obergesellschaft".

Eine Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle" ist damit jedenfalls dann nicht mehr gegeben, wenn neben dem öffentlichen Auftraggeber auch ein privates Unternehmen am Kapital der betroffenen Gesellschaft beteilig ist. Der EuGH begründet das

damit, dass dem privaten Unternehmen durch die ausschreibungsfreie Vergabe eines öffentlichen Auftrags ein Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschafft werden würde. Dadurch würden die vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung beeinträchtigt

> (EuGH, Urt. v. 06.04.2006, Rs. C-410/04; EuGH Urt. v. 10.11.2005, Rs. C-29/04 „Kommune Mödling", NZBau 2005, 704; EuGH Urt. v. 11.01.2005, Rs. C-26/03 „Stadt Halle", NVwZ 2005, 187).

Festzuhalten ist somit, dass die *In-house*-Vergabe der Rahmenvereinbarung an die PDG voraussetzt, dass die Anteile an der PDG zu 100 % von der öffentlichen Hand gehalten werden. Der Annahme eines *In-house*-Geschäfts stünde wohl nicht entgegen, wenn die PDG gemeinsame „Dienststelle" mehrerer öffentlicher Stellen wäre. Das ergibt sich insbesondere vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zu Einkaufsgesellschaften der öffentlichen Hand. Diese beschaffen Leistungen für eine Vielzahl von öffentlichen Stellen und sind insofern mit dem vorliegend in Aussicht genommenen PPP-Modell vergleichbar. Denkbar ist somit, dass ein *In-house*-Verhältnis zu einem Gesellschafterkreis aus Bund, Ländern und Kommunen möglich ist.

Zu berücksichtigen wäre allerdings, dass der *In-house*-Tatbestand für einen vorgezogenen Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der PDG nur für die öffentlichen Auftraggeber herangezogen werden kann, die auch Gesellschafter der PDG sind, da nur dann das Vorliegen einer „eigenen Dienststelle" angenommen werden kann.

bb) Hauptsächliche Tätigkeit für den/die kontrollierenden Gesellschafter

Voraussetzung einer *In-house*-Vergabe der Rahmenvereinbarung an die PDG ist darüber hinaus, dass die PDG „im Wesentlichen für die beteiligten öffentlichen Auftraggeber tätig" wird. Der EuGH verlangt dafür, dass alle anderen Tätigkeiten des Unternehmens nebensächlich sind. Dafür sind alle Tätigkeiten des betreffenden Unternehmens zu berücksichtigen, die auf Grund einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet werden, unabhängig davon, wer diese Tätigkeit vergütet

> (EuGH, Urt. v. 11.05.2006, Rs.- C-340/04 „Carbotermo", NZBau 2006, 452, 456, Rn. 71).

Eine Tätigkeit gilt nach der Rechtsprechung dann als „im Wesentlichen" für den öffentlichen Auftraggeber erbracht, wenn der Auftragnehmer nahezu ausschließlich seine geschäftliche Tätigkeit für den Auftraggeber erbringt

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.01.2004, VII Verg 71/03; NVwZ 2004, S. 510, 512; VK Niedersachsen, Beschl. v. 30.06.2006, Vgk-12/2006, Umdruck nach Veris S. 11).

Festzuhalten ist somit: Der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der PDG als *In-house*-Vergabe setzt damit voraus, dass die PDG jedenfalls im Zeitpunkt der Vergabe der Rahmenvereinbarung nahezu ausschließlich für ihren (öffentlichen) Gesellschafterkreis tätig wird und ihre Tätigkeit nicht allgemein am Markt anbietet. Zudem darf die PDG zu diesem Zeitpunkt weder teil- noch vollprivatisiert sein. Die *In-house*-Vergabe der Rahmenvereinbarung schließt jedoch nicht aus, dass die PDG zu einem späteren Zeitpunkt (nach Ausschreibung der Anteile an der BTG nebst der Rahmenvereinbarung) ihre Beratungsleistung allen Auftraggebern der Rahmenvereinbarung bzw. am Markt anbieten kann.

b) Zwischenergebnis zur In-house-*Vergabe der Rahmenvereinbarung*

Bei dem Abschluss der Rahmenvereinbarung über Beratungsaufträge mit der PDG handelt es sich dann um ein ausschreibungsfreies *In-house*-Geschäft, solange die Anteile an der PDG allein von der öffentlichen Hand als Gesellschafter (und Auftraggeber) gehalten werden und zudem die PDG ihre Leistungen im Wesentlichen für die an ihr beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringt. Rein formal betrachtet gilt das *In-house*-Privileg nur für die Gesellschafter der PDG. Kommunen und Länder, die initial nicht Gesellschafter der PDG werden, könnten damit auch nicht Auftraggeber der aus dem Rahmenvertrag abrufbaren Leistungen sein.

Angesichts der dem Vergaberecht eigenen funktionalen Gesamtbetrachtung ausschreibungspflichtiger Vorhaben dürfte es allerdings nicht maßgeblich darauf ankommen, dass tatsächlich der Abschluss der Rahmenvereinbarung und der Vollzug des Verkaufs der Gesellschaftsanteile zusammenfallen. Es genügt, dass diese Vorgänge grundsätzlich in einem zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang erfolgen und der Zusammenhang auch in der Ausschreibung der Beteiligung transparent gemacht wurde. Die formale Zwischenschaltung eines *In-house*-Geschäfts erscheint uns deshalb insgesamt und im zeitlichen Ablauf irrelevant, solange im Rahmen der kombinierten Vergabe bekannt gemacht wird, welche öffentlichen Stellen Auftraggeber des Rahmenvertrags sind, unabhängig davon, ob sie Gesellschafter der PDG sind bzw. werden oder nicht.

3. Vergaberechtliche Anforderungen an eine Rahmenvereinbarung zur ausschreibungsfreien Vergabe von Einzelaufträgen

Die vergaberechtskonforme aber ausschreibungsfreie Vergabe der einzelnen Beratungsaufträge durch die öffentlichen Auftraggeber an die PDG setzt voraus, dass die

vergaberechtlichen Anforderungen an den Abschluss von Rahmenvereinbarungen eingehalten werden.

a) Vergaberechtliche Anforderungen an die Vergabe von Rahmenvereinbarungen und ihre Ausgestaltung

aa) Zum Begriff der Rahmenvereinbarung

Bei Rahmenvereinbarungen handelt es sich um

> *„öffentliche Aufträge, die die Auftraggeber an ein oder mehrere Unternehmen vergeben können, um die Bedingungen für Einzelaufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis"* (§ 3a Nr. 4 Abs. 1 S. 1 VOL/A in der Fassung der VOL/A v. 06.04.2006, in Kraft getreten am 01.11.2006).

Die in § 3a Nr. 4 VOL/A enthaltenen Vorschriften über Rahmenvereinbarungen gehen auf entsprechende Bestimmungen der EG-Vergaberichtlinien zurück und sind deshalb unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts auszulegen

> (Art. 1 Abs. 5 und *Art.* 32 der Richtlinie 2004/18/EG, nachfolgend Vergabekoordinierungsrichtlinie, VKR).

Zu unterscheiden sind zwei Varianten von Rahmenvereinbarungen: Rahmenvereinbarungen, in denen alle Bedingungen festgelegt sind, und solche, bei denen das nicht der Fall ist. Im Folgenden wird entsprechend der von der Europäischen Kommission verwendeten Terminologie der Begriff „Rahmenvertrag" für erstere und der Begriff „Rahmenvereinbarung i.e.S." für letztere verwendet

> (Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarungen – Klassische Richtlinie, v. 14.07.2005, Dok. CC/2005/03, S. 3).

Nach dem Verständnis der Kommission führt der Abschluss eines Rahmenvertrags dazu, dass keine weiteren Vereinbarungen zwischen den Parteien getroffen werden müssen. Insbesondere sind im Zusammenhang mit dem Abschluss von Einzelaufträgen keine neuen Angebote oder Verhandlungen erforderlich. Dagegen müssen bei einer Rahmenvereinbarung i.e.S. die Bedingungen der Einzelaufträge erst noch festgelegt bzw. konkretisiert werden.

Das bedeutet allerdings nicht, dass die auf einer Rahmenvereinbarung i.e.S. beruhenden Einzelaufträge stets ausgeschrieben werden müssten. Die Ausschreibungspflicht richtet sich nach § 3a Nr. 4 VOL/A bzw. Art. 32 VKR. Die Kommission hat darauf

hingewiesen, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Rahmenvereinbarungen grundsätzlich auf beide Formen von Rahmenvereinbarungen anwendbar sind

> (Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarungen – Klassische Richtlinie, v. 14.07.2005, Dok. CC/2005/03, S. 3f.).

bb) Funktion einer Rahmenvereinbarung

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung handelt es sich um einen zweistufigen Vorgang: Auf der 1. Stufe werden zunächst im Wege einer Ausschreibung nach §§ 97 ff. GWB ein oder mehrere Unternehmen als Partner der Rahmenvereinbarung ausgewählt. Auf der 2. Stufe werden sodann die jeweiligen Einzelaufträge an den oder die Partner der Rahmenvereinbarung – ausschreibungsfrei – vergeben. Ein bindender Vertrag über die Erbringung der Leistung kommt allein durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht zustande

> (*Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 11; *Graef*, in: NZBau 2005, 561, 563).

Der Vertrag über die konkrete Leistungserbringung wird vielmehr erst durch die auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung erteilten Einzelaufträge geschlossen, das heißt dann, wenn im Bedarfsfall tatsächlich eine Leistung von dem öffentlichen Auftraggeber abgerufen wird.

cc) Zulässige Parteien von Rahmenvereinbarungen

Parteien von Rahmenvereinbarungen können grundsätzlich alle Arten von öffentlichen Auftraggebern sein. Auch so genannte klassische öffentlich Auftraggeber, das heißt Bund, Länder und Gemeinden, dürfen nunmehr im Wege von Rahmenvereinbarungen beschaffen. Das ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 VKR. Diese Regelung ist mittlerweile im Zuge der Neufassung des § 3a Nr. 4 VOL/A in das deutsche Recht umgesetzt worden.

Die PDG kann Auftragnehmer einer Rahmenvereinbarung sein. Bei der PDG wird es sich um ein Unternehmen im Sinne von § 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A handeln. Der Unternehmensbegriff entspricht dem in § 99 GWB. Der Begriff „Unternehmen" ist in Entsprechung zu dem des öffentlichen Auftraggebers „funktional" zu verstehen. Unternehmen im Sinne des § 99 GWB sind alle sich wirtschaftlich betätigenden Rechtsträger, unabhängig davon, ob diese selbst Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB sein können oder sind:

> „Auszugehen ist von einem weiten, namentlich funktional zu verstehenden Unternehmerbegriff. Er bezeichnet einen Rechtsträger gleich welcher Rechtsform, der sich wirtschaftlich betätigt. Dazu gehören auch Rechtsträger, die ihrerseits die öffentlichen Auftraggebereigenschaften nach § 98 GWB erfüllen, sich jedoch im konkreten Fall gewerbsmäßig mit der Erstellung der betreffenden Leitung befassen." (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.05.2004, VII Verg 78/05, NZBau 2004, 298, 399).

> „[...] *Dabei ist von einem weiten, funktionell zu verstehenden Unternehmensbegriff auszugehen. Er bezeichnet einen Rechtsträger, gleichgültig in welcher Rechtsform, der sich wirtschaftlich betätigt. Dazu gehören auch Rechtsträger, die ihrerseits die öffentlichen Auftraggebereigenschaften nach § 98 GWB erfüllen, sich jedoch im konkreten Fall gewerbsmäßig mit der Erstellung der betreffenden Leistung befassen.*", (OLG Frankfurt, Beschl. v. 07.09.2004, 11 Verg 11/04, NZBau 2004, 692, 694).

So liegt es hier. Die PDG bietet Beratungsleistungen im Zusammenhang mit PPP - Projekten der öffentlichen Hand an. Die PDG wird sich für Bund, Länder und Gemeinden betätigen und damit als Unternehmen im Sinne von § 99 GWB. Dem steht weder entgegen, dass die PDG zunächst nur öffentlich-rechtlich organisierte Mitglieder hat. Denn selbst – reine – Organisationseinheiten der öffentlichen Hand können „Unternehmen" im Sinne der Vergaberichtlinien und damit des § 99 GWB sein. Die Vergaberichtlinien gelten unabhängig davon, ob ein Auftrag an ein privates oder öffentliches Unternehmen vergeben werden soll

> (EuGH, Urt. v. 07.12.2000, Rs. C-94/99 „ARGE Gewässerschutz", VergabeR 2001, 28, 31; EuGH, Urt. v. 03.03.2005, verb. Rs. C-21/03 und Rs. C-34/03 „Fabricom", VergabeR 2005, 319, 325).

Festzuhalten ist somit, dass sowohl die öffentlichen Auftraggeber Bund, Länder und Kommunen als auch die PDG als gemischtwirtschaftliche Gesellschaft zulässige Partner von Rahmenvereinbarungen im Sinne des § 3a Nr. 4 VOL/A sein können.

dd) Grundbedingungen für die zulässige Vergabe einer Rahmenvereinbarung

Die – zulässige – Vergabe einer Rahmenvereinbarung erfordert die Einhaltung bestimmter vergaberechtlicher Grundbedingungen. Das gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass die Einzelaufträge, die nach der Teil-/Privatisierung der PDG an diese vergeben werden sollen, nicht mehr ausgeschrieben werden sollen, um die erwünschten Vereinfachungseffekte für PPP-Vorhaben zu realisieren.

Für den Abschluss von Rahmenvereinbarungen i.e.S. gelten grundsätzlich die allgemeinen vergaberechtlichen Vorschriften. Danach ist die zu vergebende Leistung gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können und die Vergabestelle die Angebote zum Zwecke ihrer Bewertung miteinander vergleichen kann

> (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.03.2005, VII - Verg 40/04; *Graef*, in: NZBau 2005, 561, 564; *Haak/Degen*, in: VergabeR 2005, 164, 166; *Weyand*, Vergaberechtskommentar, IBR-online, Stand 02.01.2007, Rn. 1207).

> *„Entweder ergeben sich die Bedingungen, zu denen die Aufträge vergeben werden, aus der Rahmenvereinbarung* [...], *oder aber der Auftraggeber hat das Verfahren nach Art. 32 Abs. 4 lit. a) bis d)* [VKR] *einzuhalten, das seinerseits wieder der vergaberechtlichen Kontrolle unterliegt. Dass sich die wirtschaftlich relevante Entscheidung über den ´tatsächlichen Zuschlag´, nämlich die Erteilung des Lieferauftrags, außerhalb jeder vergaberechtlichen Prüfung und Kontrolle vollzieht, sieht die* [VKR] *nicht vor."* (KG, Beschl. v. 15.04.2004, 2 Verg 22/03, VergabeR 2004, 762 ff. 767).

> *„Die Leistungsbeschreibung muss daher Art und Umfang der vom Auftragnehmer anzubietenden und nach Vertragsschluss zu erbringenden Leistungen ihrem Inhalt und Umfang nach eindeutig und erschöpfend konkretisieren. Die Leistungsbeschreibung muss die Vorstellungen des Auftraggebers von der gewünschten Leistung in Bezug auf technische Merkmale oder Funktionen, Menge und Qualität für den Auftragnehmer daher so deutlich werden lassen, dass dieser Gegenstand, Art und Umfang der geforderten Leistung zweifelsfrei erkennen kann. Die Leistungsbeschreibung muss so konkret wie möglich, darf aber auch nur so konkret wie erforderlich sein.", Prieß*, Die Leistungsbeschreibung, Kernstück des Vergabeverfahrens, in: NZBau 2004, 20 ff.; 87 ff.).

Im Falle des Abschlusses eines Rahmenvertrages sind die Bedingungen der Leistungserbringung deshalb bereits von vornherein im Rahmenvertrag abschließend festgelegt, wobei hinsichtlich des Preises die Angabe von Richtpreisen genügt

> (VK Bund, Beschl. v. 20.05.2003, VK 1 - 35/03; *Keldungs*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB, 15. Aufl., 2004, § 5b Rn. 3; a.A. *Sterner*, in: *Motzke/Pietzker/Prieß*, VOB/A, 2001, § 5b Rn. 19).

Für Rahmenvereinbarungen i.e.S. gilt der strenge Maßstab des § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A an die Leistungsbeschreibung nur eingeschränkt. Die einzelnen Vertragselemente, insbesondere die Menge / der Umfang der zu beschaffenden Leistung, können und müssen in der Regel nicht so konkret festgelegt werden wie bei der Vergabe von

Einzelaufträgen. Es ist für Rahmenvereinbarungen i.e.S. gerade typisch und ihrem sinnvollen Einsatz in der Rechtspraxis notwendig, dass bestimmte Punkte, die später beim Einzelabruf konkretisiert werden, zunächst offen bleiben. Genau darin unterscheidet sich auch die Rahmenvereinbarung i.e.S. von dem Rahmenvertrag.

Bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen i.e.S. müssen lediglich die wesentlichen Bedingungen für die später auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung zu vergebenden Einzelaufträge festgelegt werden, soweit das bereits möglich ist. Das ergibt sich im Umkehrschluss aus § 3a Nr. 4 Abs. 4 S. 2 bzw. Abs. 6 lit. b) VOL/A. Danach sind die Angebote vor Beauftragung der Einzelleistung zu vervollständigen, soweit nicht sämtliche Bedingungen in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind. Die Unvollständigkeit bewirkt deshalb nicht die Vergaberechtswidrigkeit der Rahmenvereinbarung, sondern führt zur Konkretisierungs- bzw. Angebotsüberarbeitungspflicht

> (Ähnlich *Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 12 f.).

Die Rechtsprechung, die vor dem Inkrafttreten des § 3a Nr. 4 VOL/A (01.11.2006) zu beachten war, wonach es nach überwiegender Auffassung erforderlich war, auch bei Rahmenvereinbarungen i.e.S. bereits sämtliche Bedingungen für die Einzelaufträge (einschließlich des Preises) genau festzulegen

> (VK Berlin, Beschl. v. 10.02.2005, VK - B2 - 74/04, unter Hinweis auf BGH, NJW 2000, 137, 139; vgl. hinsichtlich des Abschlusses von Rahmenvereinbarungen i.e.S. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.03.2005, VII - Verg 40/04;*Graef*, in: NZBau 2005, 561, 564; *Haak/Degen*, in: VergabeR 2005, 164, 166f.),

ist deshalb nunmehr überholt

> (*Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 12).

Die Zulässigkeit der Vergabe von Rahmenvereinbarungen i.e.S., ohne die Bedingungen für die später zu vergebenden Einzelaufträge schon bei der Vergabe der Rahmenvereinbarung i.e.S. genau festzulegen, ergibt sich unmittelbar aus § 3a Nr. 4 Abs. 4 VOL/A, wonach die Vergabestelle vor der Beauftragung einer Einzelleistung verlangen kann, dass die Angebote erforderlichenfalls zu vervollständigen sind.

Zu den in der Rahmenvereinbarung anzugebenden wesentlichen Bedingungen für die Vergabe von Einzelleistungen gehören gemäß § 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A Angaben über:

- den Leistungsgegenstand,

- das Auftragsvolumen,
- den Preis und
- den Leistungszeitraum.

(zum Ganzen *Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 13).

(1) Bezeichnung des Leistungsgegenstandes

Zu den wesentlichen Bestandteilen einer Rahmenvereinbarung gehört zunächst der Leistungsgegenstand. Der Leistungsgegenstand muss grundsätzlich so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden, dass den Bietern eine einwandfreie Preisermittlung möglich ist und dem siegreichen Bieter keine ungewöhnlichen Wagnisse im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A in Bezug auf Umstände aufgebürdet werden, auf die er keinen Einfluss hat. Das bedeutet, dass grundsätzlich bereits bei der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung festgelegt werden muss, welche Art von Beratungsleistungen von der PDG für die Dauer der Rahmenvereinbarung erbracht werden sollen.

Eine weniger konkrete Beschreibung der zu vergebenden Leistungen ist dann zulässig, wenn der Ausschreibung eine funktionale Leistungsbeschreibung zu Grunde gelegt wird. D.h. es wäre bei der Vergabe einer Rahmenvereinbarung i.e.S. zulässig, dass die Vergabestelle lediglich die gewünschte Funktionalität und Verwendung der zu beschaffenden Leistungen beschreibt bzw. die zu erreichenden Beratungsergebnisse beschreibt/angibt. Die Europäische Kommission weist in ihren Erläuterungen zu Rahmenvereinbarungen ausdrücklich auf die Möglichkeit einer funktionalen Leistungsbeschreibung hin, um dem neuesten Stand der Technik Rechnung tragen zu können:

> *„Hat beispielsweise eine Rahmenvereinbarung die Lieferung von Computern zum Gegenstand, wäre es sinnvoll, in der Leistungsbeschreibung Leistungen und (Mindest) Funktionalitäten festzulegen, um dafür zu sorgen, dass sich die Angebote bei den erneuten Aufrufen zum Wettbewerb jeweils auf die neuesten Modelle beziehen können."* (EU-Kommission, Dok. CC/2005/03, S. 7, Fußnote 19).

Die in der Rahmenvereinbarung angegebenen Bedingungen können deshalb durchaus weit formuliert sein, um hinsichtlich der Vergabe von Einzelaufträgen eine ausreichende Flexibilität zu gewährleisten. Die Bedingungen müssen lediglich so bestimmt gefasst sein, dass auf der ersten Stufe der Wertung eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist.

Nicht möglich ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung über nicht näher bestimmte Sachgesamtheiten (z.B. „künftige Beschaffungen im Bereich ...")

(*Knauff*, VergabeR 2006, 24, 29).

(2) Notwendige Angaben zu dem in Aussicht genommenen Auftragsvolumen

Das Volumen der zu vergebenden Einzelaufträge muss bei der Vergabe der Rahmenvereinbarung noch nicht konkret und abschließend beziffert werden. Der öffentliche Auftraggeber muss die Auftragsvergabe jedoch gleichwohl mit Sorgfalt planen und ist deshalb gem. § 3a Nr. 4 Abs. 1 Satz 2 VOL/A dazu verpflichtet, das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau, wie es zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung i.e.S. möglich ist, zu ermitteln und anzugeben. Das folgt aus dem Wortlaut des § 3a Nr. 4 Abs. 1 Satz 2 VOL/A:

> „Das in Aussicht genommene Auftragsvolumen ist so genau wie möglich zu ermitteln und zu beschreiben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden."
>
> (so *Weyand*, Vergaberechtskommentar, IBR-online, Stand 02.01.2007, Rn. 1205; *Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 17).

Zur Erfüllung dieser Anforderung genügt es unserer Einschätzung nach, wenn die Bieter sich auf der Grundlage der Angaben in der Leistungsbeschreibung zur Art der zu erbringenden Leistungen sowie ihrem Sinn und Zweck ein Bild vom Umfang der Leistung bzw. vom Bedarf des Auftraggebers machen können. Die Angaben zum Auftragsvolumen in der Leistungsbeschreibung müssen insbesondere ausreichend dafür sein, die Bieter in die Lage zu versetzen, den Angebotspreis bzw. den Preis der ausschlaggebenden Komponenten zu kalkulieren sowie rechtzeitig und sachgerecht Vorsorge in Bezug auf die zur Erbringung der Leistungen benötigten Arbeitskräfte, das Material und sonstige Kapazitäten zu treffen

> (*Franke/Mertens*, in: *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, VOB, A § 5b, Rn. 2; *Keldungs*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB, A § 5b, Rn. 3; *Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 19).

Nicht jeder Umstand, der möglicherweise Einfluss auf den Inhalt einer Rahmenvereinbarung hat, und somit nicht jede potenzielle Veränderung des Auftragsvolumens kann antizipiert und bereits in der Rahmenvereinbarung berücksichtigt bzw. eingeplant werden

(OLG Celle, Beschl. v. 12.05.2005, BeckRS 2005, 06221; *Prieß*, NZBau 2004, 87, 91).

Für das der Ausschreibung zu Grunde gelegte Volumen einer Rahmenvereinbarung i.e.S. lässt sich aber allgemein sagen, dass zumindest die durchschnittlich zu erwartende Leistung oder entsprechende Vergleichswerte aus der Vergangenheit (Referenzmengen) benannt werden müssen

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.03.2005, VII - Verg 40/04; *Graef*, in: NZBau 2005, 561, 564).

Entscheidend ist, dass der Wert objektiv ermittelt wurde und den Bietern die Kalkulation bzw. Erstellung ihres Angebotes ermöglicht.

Festzuhalten ist somit: Das in Aussicht genommene Auftragsvolumen ist so genau wie möglich zu ermitteln und zu beschreiben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden.

(3) Notwendige Angaben zum Preis der Einzelleistungen

Nach § 3a Nr. 4 Abs. 1 Satz 1 VOL/A ist in der Rahmenvereinbarung i.e.S. der für die Beschaffung der Einzelleistungen in Aussicht genommene Preis festzulegen. Das bedeutet, dass der Preis für die später abzurufenden Einzelleistungen bereits bei dem Abschluss der Rahmenvereinbarung festgelegt werden muss. Dafür reicht es grundsätzlich aus, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung die Berechnungsgrundlagen für den bei der Erteilung der Einzelaufträge anzusetzenden Preis angegeben werden bzw. die Rahmenvereinbarung eine Preisgleitklausel enthält

(VK Bund, Beschl. v. 20.5.2003, VK 1-35/03; *Weyand*, Vergaberechtskommentar, IBR-online, Stand 02.01.2007, Rn. 1203; Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarungen – Klassische Richtlinie, v. 14.07.2005, Dok. CC/2005/03, S. 6 Fn. 18; *Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 14; vgl. auch LG Düsseldorf, Urt. v. 27.05.2005, 300 (Kart) 54/03).

Insgesamt ist nicht abschließend geklärt, welche Angaben zu dem in Aussicht genommenen Preis für Einzelleistungen letztlich notwendig sind bzw. wie genau diese sein müssen. Insbesondere steht nicht fest, ob die Angabe der Berechnungsart (Einheitspreis, Pauschalpreis, Stundenpreis) ausreichend ist, oder ob zumindest alle preisbildenden Kriterien anzugeben sind

(*Franke/Grünhagen*, in: *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, VOB, A § 5b, Rn. 2; *Keldungs*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB, A § 5b, Rn. 3; *Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 14).

Zum Teil wird im vergaberechtlichen Schrifttum jedoch verlangt, dass der für die späteren Einzelaufträge geforderte Preis bereits in der Rahmenvereinbarung verbindlich festgelegt werden muss

(*Knauff*, VergabeR 2006, 24, 29).

Festzuhalten ist somit, dass der Preis für die auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung zu vergebenden Einzelaufträge grundsätzlich bereits beim Abschluss der Rahmenvereinbarung festzulegen ist. Das bedeutet unserer Einschätzung nach jedoch nicht, dass der Preis der Einzelleistungen bereits zu diesem Zeitpunkt genau beziffert werden muss. Vielmehr sprechen vor dem Hintergrund der Unterscheidung von Rahmenvertrag und Rahmenvereinbarung i.e.S. gute Gründe dafür, dass es bei der Vergabe einer Rahmenvereinbarung i.e.S. ausreicht, die preisbestimmenden Faktoren zu nennen, so dass sich Bieter auf dieser Grundlage eine Vorstellung von dem erzielbaren Preis machen können. Zulässig ist darüber hinaus, als Preis für die zu erbringenden Leistungen eine feste Bandbreite anzugeben. Darüber hinaus dürfte es vor dem Hintergrund des Charakters der Rahmenvereinbarung i.e.S. auch zulässig sein, einen in der Rahmenvereinbarung festgelegten Preis innerhalb einer gewissen Spanne zu ändern.

Bezogen auf die vorliegend in Frage stehenden Vergütungsregelungen für die Beratungsleistungen der PDG bedeutet die Anforderung, die preisbestimmenden Faktoren für die Leistung in der Rahmenvereinbarung zu nennen, noch keine Festlegung auf ein bestimmtes Vergütungsmodell. Als Vergütungsmodell für die Beratungsleistungen der PDG ist sowohl die Vergütung auf Stunden- bzw. Tagessatzbasis denkbar. Ebenso sind pauschalierte Vergütungen für bestimmte Beratungsleistungen möglich wie auch Erfolgshonorare. Denkbar erscheint auch eine Kombination verschiedener Vergütungsmodelle (z.B. Tagessätze oder Pauschalen kombiniert mit Erfolgshonorar). Zu beachten ist allerdings, dass sämtliche in Erwägung zu ziehenden Vergütungsmodelle und ihre preisbestimmenden Faktoren ausdrücklich in der Rahmenvereinbarung genannt werden müssen.

(4) Zur zulässigen Laufzeit einer Rahmenvereinbarung

(a) Zur Grundlaufzeit von Rahmenvereinbarungen und den Voraussetzungen ihrer Überschreitung

§ 3a Nr. 4 Abs. 1 Satz 1 VOL/A verlangt, dass in der Rahmenvereinbarung festgelegt sein muss, über welchen Zeitraum aus ihr abgerufen werden kann. Das ergibt sich aus der Passage, dass „Bedingungen für Einzelaufträge, die während eines bestimmten Zeitraums" vergeben werden sollen, festzulegen sind

> (*Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 16; KG, Beschl. v. 19.04.2000, KartVerg 6/00; *Kulartz*, in: NZBau 2001, 173, 179).

Hingegen müssen in Bezug auf die auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung zu erteilenden Einzelaufträge in der Rahmenvereinbarung noch keine Vertragslaufzeiten festgelegt werden. Diese können vielmehr individuell nach Bedarf gestaltet werden. Zudem ist die Laufzeit eines Einzelauftrags nicht durch die Laufzeit der Rahmenvereinbarung begrenzt. Beispielsweise kann auch kurz vor dem Ende der Laufzeit der Rahmenvereinbarung noch auf ihrer Grundlage ein Einzelauftrag abgeschlossen werden, der die Laufzeit der Rahmenvereinbarung deutlich überschreitet

> (Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarungen – Klassische Richtlinie, v. 14.07.2005, Dok. CC/2005/03, S. 5 Fn. 16).

Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung ist gemäß § 3a Nr. 4 Abs. 8 VOL/A grundsätzlich auf vier Jahre begrenzt, sofern keine besonderen Umstände vorliegen, die eine längere Laufzeit rechtfertigen. Die zeitliche Begrenzung geht auf Art. 32 Abs. 2 U-Abs. 4 VKR zurück. Längere Laufzeiten sind nach dieser Bestimmung nur in „Sonderfällen", in denen das „insbesondere aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung" gerechtfertigt ist, erlaubt. Konkrete Voraussetzungen für eine längere Laufzeit als vier Jahre legt Art. 32 VKR nicht fest. Bei der Festlegung der zulässigen Laufzeit ist der allgemeine Grundsatz zu beachten, dass die Rahmenvereinbarung auf Grund ihrer Laufzeit bzw. den sich daraus in Verbindung mit anderen Faktoren ergebenden Konsequenzen nicht gegen das Wettbewerbs- und Kartellrecht verstoßen darf, Art. 32 Abs. 2 UAbs. 5 VKR. Das bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber das Instrument der Rahmenvereinbarung in Bezug auf ihre Laufzeit nicht missbräuchlich oder in einer Weise anwenden darf, durch die der Wettbewerb auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird, 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A. Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung muss deshalb so bemessen sein, dass die betreffenden Leistungen nicht auf Dauer dem Wettbewerb entzogen werden

> (EuGH, Urt. v. 07.10.2004, Rs.-C 247/02 – Sintesi; *Franke*, in: ZfBR 2006, 546, 547; *Weyand*, Vergaberechtskommentar, Stand 02.01.2007, Rn. 1214).

Die Notwendigkeit der Überschreitung der Höchstlaufzeit kann sich aus dem Auftragsgegenstand oder anderen besonderen Umständen rechtfertigen. Eine längere Laufzeit der Rahmenvereinbarung kann beispielsweise dann gerechtfertigt sein, wenn Investitionen mit einem Amortisierungszeitraum von mehr als vier Jahren erbracht werden sollen

> (Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarungen – Klassische Richtlinie, v. 14.07.2005, Dok. CC/2005/03, S. 6; VK Arnsberg, Beschl. v. 21.02.2006, VK 29/05; *Graef*, in: NZBau 2005, 561, 567).

Die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen haben bislang noch nicht abschließend über die Frage der konkret zulässigen Laufzeit entschieden. Es gibt lediglich Einzelfallentscheidungen. So ist beispielsweise entschieden worden, dass jedenfalls eine Festlegung über 25 Jahre und mehr im Rahmen eines Vertrages wettbewerblich nicht ohne stichhaltigen Grund hinnehmbar ist.

> („*Eine so langfristige Festlegung im Rahmen eines Vertrages ist wettbewerblich mithin ohne stichhaltigen Grund nicht hinnehmbar. Die von der Antragstellerin insoweit vorgetragenen Begründungen bezüglich der Rechtfertigung der 30jährigen Laufzeit können nicht als stichhaltig herangezogen werden.*", VK Arnsberg, Beschl. v. 21.02.2006, Umdruck nach Veris, S. 22; „*Nach Kenntnissen der Kammer wurden Laufzeiten von bis zu acht Jahren üblicherweise als vergaberechtskonform angesehen.*" VK Hamburg, Beschl. v. 27.04.2006, VgK FB 2/06).

Die „alten" Vergaberichtlinien

> (Dienstleistungsrichtlinie, 92/50/EWB; Lieferrichtlinie 93/36/EWG; Baurichtlinie, 93/37/EWG)

gaben keine bestimmte Höchstlaufzeit vor. Auf ihrer Grundlage wurden von der Rechtsprechung für Rahmenvereinbarungen Laufzeiten auch längere Laufzeiten als vier Jahre für zulässig gehalten. Maßgeblich war nach der Rechtsprechung und Literatur zu den alten Vergaberichtlinien die Einzelfallbetrachtung

> (*Sterner*, in: *Motzke/Pietzcker/Prieß*, VOB Teil A, 2001, § 5 b Rn. 23 ff.; *Keldungs*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB, 15. Aufl. 2004, § 5 b VOB/A Rn. 9; *Müller*, in: *Daub/Eberstein*, VOL/A, 5. Aufl. 2000, § 5 b Rn. 9; *Schaller*, VOL Teile A und B, 3. Aufl. 2004, § 5 b VOL/A Rn. 3; *Arrowsmith*, a.a.O., 141).

Diese Einzelfallbetrachtung gilt unserer Einschätzung auch auf der Grundlage der VKR. Die gewählte Laufzeit muss insbesondere für den öffentlichen Auftraggeber

notwendig sein, das heißt, den Erfordernissen der zu erbringenden Leistung entsprechen und auf dem betreffenden Markt üblich sein. Die Laufzeit darf also nicht willkürlich festgelegt sein. Die zulässige Höchstdauer einer Rahmenvereinbarung hängt darüber hinaus davon ab, ob bzw. in welchem Maße es den beteiligten Unternehmen möglich ist, über ihre Verpflichtungen aus der Rahmenvereinbarung hinaus selbständig auf dem Markt zu agieren und Verträge mit anderen Auftraggebern zu schließen.

Eine lange Laufzeit konnte beispielsweise nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass eine solche bei vergleichbaren Dienstleistungsaufträgen üblich sei. Eine Rechtfertigung war ferner auch nicht durch den Hinweis auf mit der Laufzeit zusammenhängende Finanzierungsvorteile zulässig, sofern diese nicht genau beziffert werden konnten.

Festzuhalten ist vor diesem Hintergrund: Die zulässige Höchstlaufzeit von Rahmenvereinbarungen i.e.S. beträgt grundsätzlich vier Jahre. Im Einzelfall ist auch eine wesentlich längere Laufzeit zulässig. In Bezug auf die an die PDG zu vergebende Rahmenvereinbarung lassen sich gute Argumente dafür anführen, dass die Rahmenvereinbarung auf ca. bis zu 8 Jahre abgeschlossen werden darf. Denn Gegenstand der Rahmenvereinbarung sind hochqualitative Beratungsleistungen bei der Planung und Umsetzung komplexer PPP-Vorhaben. Auf Grund des Umfangs und der Realisierungszeiten für komplexe PPP-Projekte und der für diese sicherzustellenden Beratungskontinuität sowie in Hinsicht auf die Amortisierungszeiten der in Bezug auf die Beratung von Großprojekten einzusetzenden Ressourcen, beispielsweise den Bau von Autobahnen, die Errichtung von Brücken und anderen Großbauwerken, lassen sich wesentlich längere Laufzeiten als vier Jahre rechtfertigen. Es ist davon auszugehen, dass die PDG bereits vom ersten Tag der Geltung der Rahmenvereinbarung voll „beratungsfähig" sein und damit auch von Anfang an hochqualifiziertes und auf dem Gebiet der Beratung von PPP-Projekten erfahrenes Personal vorhalten muss. Es ist abzusehen, dass die Nachfrage von Beratungsleistungen durch die öffentlichen Auftraggeber von der PDG nicht vom ersten Tag der Geltung der Rahmenvereinbarung so hoch sein wird, dass diese ausreichen würde, um allein die laufenden Kosten der PDG zu decken.

Ein weiteres Argument für eine längere Laufzeit könnte sein, dass sich in der PDG zunächst *know-how* akkumulieren muss, bevor der Zweck der Gründung der PDG erreicht wird. Es ist wohl davon auszugehen, dass die Qualität der Beratungsleistung der PDG, auch wenn man bereits am Anfang der Geltung der Rahmenvereinbarung ein hohes Beratungsniveau annimmt, erst durch jahrelange Erfahrungen im Bereich von PPP-Projekten und Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Stellen das Niveau erreichen kann, zu welchem Zweck die PDG eigentlich gegründet werden soll. Auch aus diesem Grund ist somit eine über die Grundlaufzeit von 4 Jahren hinausgehende

Laufzeit der Rahmenvereinbarung gut zu begründen und dürfte damit auch zulässig sein.

Unter Umständen ist es auch möglich, die Laufzeit der Rahmenvereinbarung selbst nicht zu begrenzen. Anstatt oder mit einer Neuregelung der Rahmenvereinbarung ist es unserer Einschätzung nach auch zulässig, die Beteiligungsdauer an der BTG zu begrenzen und die Beteiligungen an der BTG zusammen mit der Rahmenvereinbarung im Wege einer kombinierten Vergabe turnusmäßig neu auszuschreiben (vgl. dazu unten 5.).

(b) Zur Möglichkeit der Verlängerung der Laufzeit von Rahmenvereinbarungen durch Optionen

Die Laufzeit von Rahmenvereinbarungen kann über die Einbeziehung von Optionen verlängert werden. Bei einer Optionsvereinbarung gibt der Bieter ein ihn bindendes Angebot zur Erbringung bestimmter Leistungen ab, das der Auftraggeber im Bedarfsfall annehmen kann. Die Verlängerung der (Grund-) Laufzeit von Rahmenvereinbarungen durch Ausübung von Optionen ist grundsätzlich zulässig

> (EuGH, Rs. C-79/94, Kommission/Griechenland, Slg. 1995, I-1071, 1082 f.; in Bezug auf eine Verlängerung um ein bzw. zwei Jahre; vgl. *Arrowsmith*, Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives: part I, PPLR 1999, 115, 139).

Optionen auf Verlängerung von Verträgen sind vergaberechtlich grundsätzlich wie Festbestellungen zu behandeln und deshalb auszuschreiben

> (*Prieß*, The First Decision of the Federal Procurement Supervisory Committee, PPLR 1995, CS 26, 31; *Marx*, a.a.O., 312; VÜA Bund, 1 VÜ 1/94 „Rollbehälter" WuW/E Verg AB 1, 8).

Die Ausübung einer Option ist keine ausschreibungspflichtige Auftragserteilung, wenn der zu Grunde liegende Vertrag in der Leistungsbeschreibung so genau wie möglich festgelegt ist und den Anforderungen des Vergaberechts genügt

> (*Boesen*, Vergaberecht, 2000, § 99 Rn. 49).

Erforderlich ist dafür, dass die Möglichkeit und die Modalitäten der Vertragsverlängerung bereits in der Ausschreibung bekannt gemacht und bei der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden. Denn nur dann ist unter Transparenzgesichtspunkten sichergestellt, dass die Verlängerung des Vertrages noch als Bestandteil des ursprünglichen

Auftrags anzusehen ist, so dass über die gesamte Laufzeit ein einheitlicher Vertrag und keine Umgehung des Vergaberechts vorliegt

> (*Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl. 2001, § 99 Rn. 15; *Stickler*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2003, § 99 Rn. 4 b; OLG Jena, Beschl. v. 14.10.2003, 6 Verg 5/03, Leitsatz 1, „Trinkwasserversorgung", VergabeR 2004, 113; Europäische Kommission, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004), 327 endg. v. 30.4.2004, Nr. 47 ff.).

Auch Optionen auf eine wiederholte Vertragsverlängerung über einen Zeitraum von mehreren Jahren sind zulässig

> (VK Bund, Beschl. v. 12.12.2002, VK 1 - 83/02, bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2003, Verg 67/02 „Kampfstiefel", Leitsatz 1, NZBau 2003, 400, in Bezug auf eine Grundlaufdauer von 12 Jahren mit einer Option auf Verlängerung um zwei Mal zwei Jahre; OLG Dresden, Beschl. v. 17.08.2001, WVerg 0005/01, Umdruck, S. 8 f., in Bezug auf eine Grundlaufdauer von vier Jahren mit einer Option auf Verlängerung um vier Jahre).

Etwas anderes gilt, wenn die Verlängerungsoption dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis auferlegt

> (VK Bund, Beschl. v. 19.04.2004, VK 3 - 44/04, Leitsatz 2, in Bezug auf eine Verlängerungsoption über ein Jahr).

Mit ungewöhnlichen Wagnissen sind die Risiken gemeint, die von dem hergebrachten Bild der zu erbringenden Leistungen abweichen und nach der Art der Vertragsgestaltung und dem geplanten Ablauf der Leistungserbringung nicht zu erwarten sind. Die Auftragnehmern aufgebürdeten Wagnisse dürfen – unter Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten des Auftrags – nach Art und Umfang also nicht ungewöhnlich sein. Als gewöhnliche Wagnisse gelten solche, die zum leistungstypischen Risiko eines Unternehmers, zu seiner Sphäre gehören. Darunter fallen Risiken wie die Beschaffbarkeit und Finanzierbarkeit von Materialien oder technische Schwierigkeiten. Allerdings gibt es keinen Rechtsgrundsatz, dass Bieter keine riskanten Leistungen übernehmen dürfen.

In zeitlicher Hinsicht ergibt sich eine Grenze für die Vertragsverlängerung durch Ausübung von Optionen aus dem Grundsatz, dass die zusätzliche Vertragsdauer insgesamt nicht länger als die Grundvertragsdauer sein darf. Darüber hinaus darf die Op-

tion für das zur Leistung verpflichtete Unternehmen nicht zu einer einseitigen, eigenständigen und dauerhaften Pflichtenanspannung führen

> (*Kulartz*, in: *Daub/Eberstein*, VOL/A, 5. Aufl. 2000, § 25 Rn. 47; KG Berlin, Beschl. v. 15.04.2004, 2 Verg 22/03, VergabeR 2004, 762, 766 f.).

Festzuhalten ist somit, dass die Grundlaufzeit der zwischen den öffentlichen Auftraggebern und der DPG in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungen grundsätzlich vier Jahre betragen und in begründeten Fällen länger sein darf. Die Grundlaufzeit darf unserer Einschätzung um bis zu vier Jahre, beispielsweise zwei Mal um jeweils zwei Jahre verlängert werden. Die Verlängerung der Rahmenvereinbarung ist nicht erneut ausschreibungspflichtig. Das gilt jedenfalls dann, wenn in der Ausschreibung auf diese Möglichkeit/Option hingewiesen worden ist und die Option einseitig (und nicht durch Zusammenwirken beider Vertragsparteien) ausgeübt werden kann. Voraussetzung für die Zulässigkeit der genannten Laufzeiten ist in allen Fällen, dass die Möglichkeit der Verlängerung des Grundvertrages über Optionen bereits bei der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung so konkret wie möglich bekannt gemacht und ausgeschrieben wird.

Auch die Abwicklung eines Beratungsauftrages, der über die Geltungsdauer der Rahmenvereinbarung hinaus reicht, ist nach unserer Einschätzung unproblematisch. Wie bereits dargestellt, wird dieser „ganz normal" abgewickelt. Eine Geschäfts-Instabilität der PDG wird durch die Neuausschreibung der Beteiligung an der BTG und dem damit verbundenen Gesellschafterwechsel bei der PDG nicht ausgelöst. Die PDG bleibt jedenfalls weiterhin Partei der Nachfolgerahmenvereinbarung. Ein personelles Auseinanderfallen der PDG ist nicht zu befürchten. Um dieses zu dokumentieren, sollte in der Rahmenvereinbarung festgehalten werden, dass die öffentlichen Auftraggeber den Bestand der PDG über die Laufzeit der einzelnen Rahmenvereinbarung hinaus sicherstellen.

b) Voraussetzungen der Einzelbeauftragung

Auf der Grundlage der zwischen den öffentlichen Auftraggebern und der PDG geschlossenen Rahmenvereinbarung kann die PDG mit der Erbringung von Beratungsleistungen beauftragt werden, ohne dass diese von den an der Rahmenvereinbarung beteiligten öffentlichen Auftraggebern erneut ausgeschrieben werden müssen. Insoweit ist allerdings § 3a Nr. 4 Abs. 4 VOL/A zu beachten:

> *„Wird eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen geschlossen, so werden die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Einzelaufträge entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben. Vor der Vergabe der Einzelaufträge kann die Vergabestelle das an der*

Rahmenvereinbarung beteiligte Unternehmen in Textform konsultieren und dabei auffordern, sein Angebot erforderlichenfalls zu vervollständigen." (Hervorhebung hinzugesetzt).

c) *Einbeziehung weiterer öffentlicher Auftraggeber in die bestehende Rahmenvereinbarung*

Eine wesentliche Erfolgsvoraussetzung für die PDG ist eine möglichst breite Basis im Kreis der potentiellen öffentlichen Auftraggebern. Daher wird angestrebt, bereits beim Abschluss der Rahmenvereinbarung möglichst viele öffentliche Auftraggeber aus Ländern und Kommunen neben dem Bund als Vertragspartner zu gewinnen. Daneben stellt sich die Frage, ob und in welcher Form Länder und Kommunen, sofern sie sich nicht schon direkt an der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung beteiligen, der Rahmenvereinbarung nach Durchführung des Vergabeverfahrens als Auftraggeber beitreten können.

aa) *Rahmenvereinbarung als „Geschlossenes System"*

Bei Rahmenvereinbarungen handelt es sich grundsätzlich um ein sog. geschlossenes System. Das ergibt sich aus Art. 32 Abs. 2 Satz 4 i. V. m. Abs. 3 und 4 VKR sowie der Mitteilung der Europäischen Kommission zu Rahmenvereinbarungen. Der Beitritt öffentlicher Auftraggeber, die zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung nicht auf „Auftraggeberseite" standen, ermöglicht nach dem Abschluss der Rahmenvereinbarung grundsätzlich nicht, dass auch diese Auftraggeber auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung Einzelaufträge vergaberechtsfrei vergeben bzw. auf dieser Grundlage Leistungen abrufen können. Denn nach § 3a Nr. 4 Abs. 3 S. 2 VOL/A sind Einzelaufträge

„nur zwischen den von Anbeginn an der Rahmenvereinbarung beteiligten Auftraggebern und Unternehmen zulässig".

Eine entsprechende Regelung trifft Art. 32 Abs. 2 UAbs. 2 VKR. Die Kommission vertritt insoweit die Auffassung, dass es sich bei einer Rahmenvereinbarung um ein „geschlossenes System" handele, zu dem niemand nachträglich „Zutritt" erhalten könne. Das gelte auch für die nicht von Anfang an an der Rahmenvereinbarung beteiligten Auftraggeber. In der Mitteilung der Kommission heißt es ausdrücklich:

„Soll eine Rahmenvereinbarung von mehreren öffentlichen Auftraggebern verwendet werden, müssen diese mithin in der Bekanntmachung klar angegeben werden, [...]. Die Rahmenvereinbarungen sind ein geschlossenes System, zu dem niemand nachträglich Zutritt erhält, weder auf Seiten der Käufer noch auf Seiten der Lieferanten." (Europäische Kommission, Erläuterungen –

Rahmenvereinbarungen – Klassische Richtlinie, v. 14.07.2005, Dok. CC/2005/03, S. 5)

Das bedeutet, dass der Abruf von Leistungen auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung vergaberechtlich nur durch die öffentlichen Auftraggeber zulässig ist, die von Anfang an an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind. Ein späterer Eintritt in die Rahmenvereinbarung auf Auftraggeber oder Auftragnehmerseite ist damit nicht ohne erneute Ausschreibung zulässig.

bb) Keine Einbeziehung von öffentlichen Auftraggebern über Öffnungsklausel

Die Vereinbarung einer Öffnungsklausel in der Rahmenvereinbarung zugunsten derjenigen Länder und Kommunen, die an der ursprünglichen Ausschreibung nicht beteiligt waren, besitzt zunächst keine vergaberechtliche, sondern lediglich eine schuldrechtliche Wirkung. Denn bei ihr handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 Abs. 1 BGB zwischen den bei der Ausschreibung beteiligten Auftraggebern und der PDG. Die Öffnungsklausel der Rahmenvereinbarung wirkt deshalb lediglich im Rechtsverhältnis zwischen diesen Auftraggebern und der PDG. Sie entbindet die übrigen Länder und Kommunen nicht von ihren vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten nach §§ 97 ff. GWB. Denn die nicht am Vergabeverfahren beteiligten Länder und Kommunen waren bei der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung und der anschließenden Vergabeentscheidung, die Rahmenvereinbarung mit der DPG zu schließen, in keiner Weise beteiligt. Das wäre jedoch für eine Beschaffung aus der Rahmenvereinbarung erforderlich gewesen. Würden nicht von Anfang an beteiligte Länder und Kommunen gleichwohl aus der Rahmenvereinbarung beschaffen, widerspräche das § 2 VOL/A, wonach der Auftraggeber in einem Vergabeverfahren die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss. Denn die betreffenden Auftraggeber hätten die im Vorfeld der Beschaffung zu treffenden Entscheidungen in diesem Fall nicht selbst getroffen, sondern würden vielmehr diejenigen anderer Auftraggeber akzeptieren.

Aus diesem Grund ist bereits in der Vergabebekanntmachung der Rahmenvereinbarung klar und eindeutig anzugeben, welche öffentlichen Auftraggeber die Rahmenvereinbarung konkret abschließen werden. Die beteiligten Auftraggeber müssen in der Bekanntmachung selbst nicht vollzählig namentlich benannt werden. Ausreichend ist vielmehr ein Verweis auf andere Unterlagen, etwa auf die Verdingungsunterlagen oder auf Auftraggeberverzeichnisse, die bei einem der beteiligten Auftraggeber einsehbar sind. Dabei müssen die Auftraggeber zudem nicht im Einzelnen benannt werden, sondern könnten auch zusammengefasst werden, sofern eine hinreichende Identifizierbarkeit gewährleistet ist:

> *„Im Falle einer Rahmenvereinbarung, die eine zentrale Beschaffungsstelle als Mittler und nicht als „Großhändler" abschließt, würde beispielsweise der Hinweis, dass die Vereinbarung von im betreffenden Mitgliedstaat niedergelassenen „öffentlichen Auftraggebern verwendet werden kann, nicht ausreichen. Anhand des Hinweises wäre es nämlich nicht möglich, die Stellen zu identifizieren, die Teil der Vereinbarung sind, da es schwierig sein kann zu ermitteln, ob eine Stelle der Definition der Einrichtung des öffentlichen Rechts entspricht oder nicht. Hingegen kann anhand einer Beschreibung, die eine unmittelbare Identifizierung der betreffenden öffentlichen Auftraggeber ermöglicht – beispielsweise „die Gemeinden der Provinz X oder der Region Y" – festgestellt werden, dass die Bestimmung des Art. 32 Abs. 2 Unterabs. 2 eingehalten wird."* (Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarungen – Klassische Richtlinie, v. 14.07.2005, Dok. CC/2005/03, S. 5, Fn. 14, Hervorhebung hinzugesetzt).

Vor diesem Hintergrund sollten alle Stellen der öffentlichen Hand, an die auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung Leistungen der PDG erbracht werden sollen, bereits in der Bekanntmachung der Ausschreibung angegeben werden. Zu diesem Zweck sollten insbesondere alle Kommunen über den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung informiert werden und Gelegenheit erhalten, in ein Auftraggeberverzeichnis eingetragen zu werden.

cc) Einbeziehung in die Rahmenvereinbarung über Beitritt eines Stellvertreters

Die Voraussetzung der Einhaltung des geschlossenen Systems ist unserer Einschätzung nach jedoch auch dann erfüllt, wenn beispielsweise Kommunen oder Länder der Rahmenvereinbarung nicht sofort auf der Seite der öffentlichen Auftraggeber beitreten, sondern z.B. ein kommunaler Spitzenverband namens dieser Kommunen, jedoch ohne deren Vollmacht, Partei der Rahmenvereinbarung wird, so dass die betreffenden Kommunen den schwebend unwirksamen Beitritt mit *ex tunc* Wirkung genehmigen können (§ 184 BGB).

Gemäß §§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB ist es zulässig, dass ein Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Verrag schließt. Die Wirksamkeit des Vertrages für oder gegen den Vertretenen hängt dann von dessen Genehmigung ab. Bis zur Erklärung des Vertretenen ist das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft schwebend unwirksam. Mit Erklärung der Genehmigung wird jedoch die Unwirksamkeit mit rückwirkender Kraft (*ex tunc*) behoben und das Rechtsgeschäft kommt zustande, so wie wenn der Vertreter von Anfang an Vertretungsmacht gehabt hätte. Die Entscheidung des Zustimmungsberechtigten, das Rechtsgeschäft zu genehmigen, ist grundsätzlich unbefristet und kann damit grundsätzlich auch noch nach langer Zeit

erfolgen. Allerdings kann im Einzelfall das Recht zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung auch verwirkt werden, wenn der Genehmigungsberechtigte in Kenntnis der Erforderlichkeit der Genehmigung unangemessen lange untätig bliebe. Eine Verwirkung kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn der Vertragspartner die schwebende Unwirksamkeit nicht kennt, da er sich anderenfalls auf die Rechtslage einstellen kann und eine Klärung nach § 177 Abs. 2 BGB(Aufforderung zur Genehmigungserteilung) herbeiführen kann

> (vgl. zum Ganzen *Schramm*, in: Münchner Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 177, Rn. 14ff., § 184, Rn. 1ff.; *Palm*, in: *Erman*, BGB, Band 1, 10. Aufl., § 177, Rn. 12ff.; *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, 66. Aufl. 2007, Vorb. Zu §§ 177-180, Rn. 5ff, § 184, Rn. 1ff.).

Vorliegend wäre es also denkbar, dass ein zunächst durch einen vollmachtlosen Vertreter vollzogener Abschluss der Rahmenvereinbarung nachträglich durch die einzelnen Kommunen rückwirkend genehmigt werden könnte. Grundsätzlich wäre eine solche Genehmigung auch noch lange Zeit nach Abschluss der Rahmenvereinbarung möglich. Insbesondere kommt eine Verwirkung des Genehmigungsrechts wohl kaum in Betracht, da die PDG als Partei der Rahmenvereinbarung Kenntnis von der schwebenden Unwirksamkeit *in puncto* der Kommunen hätte und somit nicht schutzbedürftig ist. Auch die grundsätzliche Anwendbarkeit des Rechtsgedankens der rückwirkenden Genehmigung im Sinne des § 184 Abs. 1 BGB auf vergaberechtliche Sachverhalte ist von den vergaberechtlichen Spruchkörpern allgemein anerkannt

> (BayObLG, Beschl. v. 10.10.2000, Verg 05/00, Umdruck nach Veris S. 6 f.; OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 01.06.1999, 6 Verg 1/99, Umdruck nach Veris S. 4; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.03.2001, Verg 30/00, Umdruck nach Veris S. 6; VK Brandenburg, Beschl. v. 09.04.2001, 2 VK 18/01. Umdruck nach Veris S. 7; VK Brandenburg, Beschl. v. 23.08.2001, 2 VK 82/01, Umdruck nach Veris S. 8).

Andererseits gilt zu beachten, dass sich diese Rechtsprechung ausschließlich mit der Frage befasst, wie sich eine fehlerhafte Bevollmächtigung eines Vertragsteils bei der Zuschlagserteilung auf die Wirksamkeit der Vergabe auswirkt. Dabei wird davon ausgegangen, dass auch eine spätere Genehmigung durch den nicht ordnungsgemäß Vertretenen auf den Zeitpunkt der Erklärung zurückwirkt und damit der schwebend unwirksame Vertrag rückwirkend wirksam wird

> (OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 01.06.1999, 6 Verg 1/99, Umdruck nach Veris S. 4).

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Rückwirkung der Genehmigung gem. § 184 Abs. 2 BGB unter anderem solche Verfügungen nicht unwirksam macht, die vor der Genehmigung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung vorgenommen worden sind. Auch diese Einschränkung der *ex tunc*-Wirkung der Genehmigung wird von der Rechtsprechung auf vergaberechtliche Sachverhalte übertragen. Da auch das gesetzliche Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB eine mit den in § 184 Abs. 2 BGB genannten Maßnahmen vergleichbare Zwangsmaßnahme darstellt, kann auch unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 184 Abs. 2 BGB eine spätere Genehmigung nach Zustellung eines Nachprüfungsantrages die Wirkung des Zuschlagsverbots nicht beseitigen

> (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.03.2001, Verg 30/00, Umdruck nach Veris S. 6f.).

Die Anwendung dieser Rechtsprechung auf die vorliegende Konstellation führt dazu, dass eine Genehmigung durch eine Gemeinde jedenfalls dann nicht mehr zur Wirksamkeit der Rahmenvereinbarung in Bezug auf die Gemeinde führen kann, wenn zuvor ein Nachprüfungsantrag wirksam zugestellt worden ist. Diese Einschränkung der Rückwirkung der Genehmigung gem. § 184 Abs. 1 BGB zeigt, dass auch hierdurch nicht mit Sicherheit gewährleistet werden kann, dass eine große Zahl von Gemeinden die tatsächliche Möglichkeit zur nachträglichen Genehmigung erhalten werden.

Allerdings steht wohl nicht zu befürchten, dass wegen des möglichen Nichtbeitritts der bei Abschluss der Rahmenvereinbarung durch den kommunalen Spitzenverband vertretenen Gemeinden der gesamte Rahmenvertrag unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 139 BGB unwirksam werden könnte. Nach § 139 BGB ist das gesamte Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig ist und nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Diese Regelung, die nach dem Wortlaut des Gesetzes nur für ein teilweise nichtiges Geschäft zu gelten hat, gilt im Übrigen auch für ein Geschäft, das zum Teil schwebend unwirksam ist

> (BGHZ 53, 174, 179, NJW 1970, 752, 753; Busche, in: Münchner Kommentar, 5. Aufl. 2006, § 139, Rn. 3, Fn. 15 m.w.N.).

Auf die vorliegend mögliche nachträgliche Genehmigung der Gemeinden bezogen, bedeutet diese Rechtsprechung, dass die Rahmenvereinbarung zwischen den von Anfang an ordentlich vertretenen öffentlichen Auftraggebern und der PDG nicht allein deshalb gänzlich unwirksam werden könnte, weil der Genehmigung der durch den kommunalen Spitzenverband vertretenen Gemeinden nicht oder zu spät erfolgt. Denn nach § 139 BGB ist die Gesamtunwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nur dann ange-

sagt, wenn anzunehmen ist, dass es ohne den unwirksamen Teil nicht vorgenommen worden wäre. Dabei kommt es auf die Feststellung des geäußerten oder angenommenen Parteiwillens an. Es ist daher zu empfehlen, dass die von Anfang an beteiligten öffentlichen Auftraggeber ihren Willen ausdrücklich in der Rahmenvereinbarung kundtun, dass sie auch bei Nichtbeitritt einer großen Anzahl von Gemeinden an der teilweisen Wirksamkeit der Rahmvereinbarung festhalten wollen.

Somit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Rahmenvereinbarung der öffentlichen Auftraggeber für die Kommunen stellvertretend von einem kommunalen Spitzenverband als Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen werden kann und im Anschluss von den einzelnen Kommunen rückwirkend genehmigt werden kann. Allerdings sollte diese Vorgehensweise in der Rahmenvereinbarung transparent gemacht werden, um sich nicht dem Vorwurf aussetzen zu müssen, dass nachträglich zuvor unbenannte Vertragspartner in das geschlossene System der Rahmenvereinbarung eingedrungen sind. Weiterhin sollte festgehalten werden, dass die Rahmenvereinbarung in Bezug auf den Bund und die Länder auch vor der (möglichen) Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch eine bestimmte Anzahl an Gemeinden vollständig gültig sein sollen. Ansonsten könnten Zweifel an der Gesamtwirksamkeit der Rahmenvereinbarung bestehen.

Letztlich kann jedoch nicht ganz von der Hand gewiesen werden, dass die vorliegende Vertreter-Konstruktion von vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen als Umgehung des „geschlossenen Systems" angesehen werden könnte. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sich die „Geschlossenheit" einer Rahmenvereinbarung aus Sicht der Europäischen Kommission nicht aus formellen Gesichtspunkten herleitet, sondern insbesondere der Umsetzung des Transparenzgrundsatzes dient. Dem könnte dadurch auch bei der Konstruktion des vollmachtlosen Vertreters Rechnung getragen werden, dass sowohl diese Gestaltung als auch die davon erfassten öffentlichen Stellen in der oben beschriebenen Art und Weise in der Bekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen offengelegt und dargestellt werden. Auch könnte der Vorwurf erhoben werden, dass durch die Vertreterkonstellation die Gemeinden als Vergabestellen nicht alle wesentlichen Vergabeentscheidungen selbst treffen und die Zulässigkeit der Vertreterregelung auch daher in Frage steht. Diesem Vorwurf könnte zwar entgegengehalten werden, dass die Gemeinde mit der nachträglichen Genehmigung als Vergabestelle sämtliche wesentlichen Vergabeentscheidungen willentlich und bewusst nachvollzieht.

Die aufgezeigten Fragestellungen zeigen, dass die Konstruktion des vollmachtlosen Vertreters wohl mit rechtlichen (Rest-) Unsicherheiten verbunden sein wird. Zwar ist die grundsätzliche Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Genehmigung gem. § 184 BGB auch für vergaberechtlich relevante Sachverhalte anerkannt. Die hier angestrebte

Konstellation der nachträglichen Genehmigung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, wurde jedoch noch nicht von der Rechtsprechung beurteilt. Allerdings hat uns gegenüber ein dazu befragter Vertreter der Generaldirektion Binnenmarkt der Europäischen Kommission bestätigt, dass aus Sicht der Kommission eine solche Gestaltung rechtlich zulässig sein sollte, soweit in der beschriebenen Art und Weise dem Transparenzgrundsatz genüge getan wird. Er gehe nicht davon aus, dass die Kommission eine derartige Gestaltung als europarechtswidrig verfolgen würde.

Festzuhalten ist damit, dass zwar der Abschluss der Rahmenvereinbarung durch einen vollmachtlosen Vertreter der Gemeinden und deren nachträgliche Genehmigung des Rechtsgeschäfts zulässig ist. Jedoch kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, wie vergaberechtliche Nachprüfungsinstanzen diese Konstruktion beurteilen würde. Die Einbeziehung vollmachtloser Vertreter führt nicht automatisch zu einer umfassenden Beteiligung aller vertretenen Gemeinden an der Rahmenvereinbarung, da diesen die nachträgliche Genehmigung weiterhin frei steht. Bei allen mit dieser Konstruktion verbundenen Unsicherheiten ist jedoch festzuhalten, dass jedenfalls die Gesamt-Rahmenvereinbarung nicht rückwirkend unwirksam oder nichtig werden kann, auch wenn die Konstruktion des vollmachtslosen Vertreters rechtlich angegriffen würde. Um dieses Ergebnis zu unterstreichen, erscheint es sinnvoll, dass die ursprünglichen Vertragspartner der Rahmenvereinbarung (Bund und Länder) ihr Interesse am Festhalten an der Gesamt-Rahmenvereinbarung ausdrücklich in der Vereinbarung festhalten.

Die Frage, ob bereits erfolgte ordnungsgemäße Beitritte einer, mehrerer oder vieler Kommunen zur Rahmenvereinbarung (durch nachträgliche Genehmigungen) rückwirkend unwirksam würden, wenn in der Folge die vergaberechtliche Unzulässigkeit der „Vertreterregelung" festgestellt würde, kann wohl nicht abschließend beantwortet werden. Letztlich gilt aber auch hier der Grundsatz *pacta sunt servanda*, so dass unserer Einschätzung nach wohl grundsätzlich von der Wirksamkeit der bereits erfolgten, unangefochtenen Beitritte auszugehen ist.

Im Ergebnis scheint uns die beschriebene Vertreterregelung damit als vor dem Hintergrund der positiven Aussage aus der Europäischen Kommission gut vertretbar und nicht mit generellen Risiken behaftet.

4. Zulässige und sachgerechte Verfahrensart für das Vergabeverfahren

Für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte (vgl. § 100 Abs. 1 GWB, § 2 VgV) muss dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß Art. 32 Abs. 2 RL 2004/18 stets ein förmliches Vergabeverfahren vorausgehen. Wegen der gebotenen Gesamtbetrachtung der Veräußerung der Anteile an der BTG und dem Abschluss der Rahmenvereinba-

rung ist vorliegend die kombinierte Vergabe vergaberechtlich ausschreibungspflichtig (s.o.).

Gemäß § 101 Abs. 1 GWB stehen staatlichen Auftraggebern für die Vergabe von Aufträgen vier Verfahrensarten zur Verfügung: das Offene Verfahren, das Nichtoffene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und der Wettbewerbliche Dialog. Bei dieser Aufzählung handelt es sich um eine abschließende Nennung der zur Verfügung stehenden Alternativen für die Ausschreibung. Der Wettbewerbliche Dialog steht gem. § 101 Abs. 5 GWB, § 6a Abs. 1 VgV allerdings nur für die Vergabe besonders komplexer Aufträge zur Verfügung. Die geforderte besondere Komplexität ist nur dann gegeben, wenn es dem Auftraggeber objektiv unmöglich ist, die erforderlichen technischen Mittel oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen anzugeben, mit denen sich seine Bedürfnisse erfüllen lassen. Da jedoch vorliegend lediglich die Geschäftsanteile an der BTG veräußert werden sollen und die mit der PDG abgeschlossene Rahmenvereinbarung bereits feststeht, ist es fernliegend eine besonderen Komplexität anzunehmen und den Wettbewerblichen Dialog hier als mögliche Verfahrensart näher in Erwägung zu ziehen. Die Untersuchung wird sich somit auf die übrigen drei Verfahrensarten fokussieren.

a) Verhältnis der Verfahrensarten zueinander

Die genannten Vergabeverfahrensarten stehen insgesamt in einem Stufenverhältnis: Das Offene Verfahren ist nicht nur vorrangig vor dem Nichtoffenen, sondern auch das Nichtoffene vor dem Verhandlungsverfahren

> (*Hausmann/Mutschler-Siebert*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, Praxishandbuch PPP, S. 258; *Kaelble*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3a, Rn. 10; *Kulartz*, in: *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz*, § 101, Rn. 37; *Bechthold*, GWB, § 101, Rn. 12).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB fordert nicht nur die gleichen Chancen im Wettbewerb, sondern auch die gleichen Chancen beim Zugang zum Wettbewerb. Daher kommt dem in § 101 Abs. 6 GWB normierten Vorrang des Offenen Verfahrens und damit umgekehrt dem Ausnahmecharakter des Verhandlungsverfahrens ein hoher Stellenwert zu

> (VK Sachsen, Beschl. v. 20.08.2004 - 1/SVK/067-04; VK Düsseldorf, Beschl. v. 30.9.2002 - VK-26/2002-L).

Der Vergabestelle steht allerdings bei der Entscheidung, ein Nichtoffenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren durchzuführen, ein durch die Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Die Nachprüfungsinstanzen

sind daher lediglich befugt, die Einhaltung der Grenzen dieses Beurteilungsspielraums und dabei insbesondere zu überprüfen, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, die Vergabestelle von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum zutreffend interpretiert hat und ob die Einschätzung auf unsachgemäßen bzw. willkürlichen Erwägungen beruht. Dabei dürfen die Nachprüfungsinstanzen ihre Wertung jedoch grundsätzlich nicht an die Stelle der Vergabestelle setzen

(VK Bund, Beschl. v. 01.09.2005 - VK 2-99/05).

Für die vorliegend in Frage stehende kombinierte Vergabe sind für die Wahl der richtigen Verfahrensart verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Zum einen kommt es darauf an, ob sämtliche Auftragsbedingungen bereits vorab festgelegt werden können und somit weder eine Notwendigkeit noch die Möglichkeit für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens besteht. Zum anderen ist entscheidend, ob ein valider Grund für die Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens gefunden werden kann. Weiterhin könnte die Art der zu erbringenden Leistungen eine wichtige Rolle spielen, da beispielsweise für die Erbringung von Rechtsberatungsleistungen die VOF die einschlägige Verdingungsordnung ist, nach der gem. § 5 Abs. 1 VOF Aufträge über freiberufliche Leistungen grundsätzlich im Verhandlungsverfahren zu vergeben sind.

aa) Nichtanwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens

Von der Anwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens ist vorliegend nicht auszugehen. Bei der vorliegend durchzuführenden kombinierten Vergabe in Form der Anteilsveräußerungen und der gleichzeitigen Ausschreibung der Rahmenvereinbarung besteht weder die Notwendigkeit für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens noch ist einer der Ausnahmetatbestände für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens in § 3a Nr. 1 Abs. 5 und Nr. 2 VOL/A eröffnet.

Das Verhandlungsverfahren wird dadurch charakterisiert, dass nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs mit den ausgewählten Teilnehmern Verhandlungen über den Auftrag aufgenommen werden, in welchen die Bedingungen der Beschaffung festgelegt werden:

> *„Verhandeln heißt in diesem Zusammenhang, dass Auftraggeber und potentielle Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen solange besprechen bis klar ist, wie die Leistung ganz konkret beschaffen sein soll, zu welchen Konditionen der Auftragnehmer diese liefert und grundsätzlich insbesondere auch, zu welchem Preis geliefert wird"* (OLG Celle, Beschl. v. 16.01.2002 - 13 Verg 1/02).

Hinsichtlich der kombinierten Vergabe der Rahmenvereinbarung und der Veräußerung der Anteile an der BTG ist nicht zu erkennen, aus welchem Grund die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens notwendig sein sollte. Es besteht kein Verhandlungsbedarf, da die Beschaffenheit der von der PDG zu erbringenden Beratungsleistungen bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens festgelegt werden kann. Einzelne Punkte der Rahmenvereinbarung sollen nicht zur Disposition gestellt werden. Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens erscheint auch deshalb unvorteilhaft, weil die Verhandlungsphase erfahrungsgemäß langwierig ist und somit das Vergabeverfahren unnötig in die Länge gezogen würde. Dies erscheint hinderlich für die Verwirklichung des angestrebten Zeitplans.

Da auch keine Anhaltspunkte für die Eröffnung der sonstigen Ausnahmevorschriften für die Anwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens in § 3a Nr. 1 Abs. 5 und Nr. 2 VOL/A erkennbar sind, kommt ein Verhandlungsverfahren für die Ausschreibung der Rahmenvereinbarung nicht in Betracht.

bb) Anwendbarkeit des Nichtoffenen Verfahrens

Das Nichtoffene Verfahren ist möglicherweise auf die Veräußerung der Geschäftsanteile an der BTG und auf gleichzeitige Ausschreibung der Rahmenvereinbarung anwendbar. Denn wegen der Eigenart des Auftrags könnten nur wenige Unternehmen geeignet sein, diesen auszuführen. Außerdem könnte die Durchführung eines Offenen Verfahrens mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden sein.

Gem. §§ 3a Nr. 1 Abs. 1 i. V. m. 3 Nr. 3 lit. a) VOL/A kommt ein Nichtoffenes Verfahren in Betracht, wenn die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise durchgeführt werden kann. Danach muss für die Leistungserbringung eine außergewöhnliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit, die nur von wenigen spezialisierten Unternehmen erfüllt werden kann, nach der Eigenart der Leistung zwingend erforderlich sein. Der Auftraggeber muss prognostizieren, dass wegen der Eigenart des Auftrags nur wenige Unternehmen geeignet sind, um diesen auszuführen

(*Kaelble*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3, Rn. 28ff.).

Vorliegend sollen von der PDG nach der Rahmenvereinbarung für die öffentlichen Auftraggeber qualitativ hochwertige Beratungsdienstleistungen auf dem Gebiet der Realisierung von PPP-Projekten in Deutschland erbracht werden. Bei dieser Art von Beratungsdienstleistung kann argumentiert werden, dass sie nur von hochqualifizierten Spezialisten erbracht werden kann. Es erscheint aus der Sicht der öffentlichen Auftraggeber vertretbar, dass für die Erbringung der Beratungsleistung eine so außergewöhnliche Fachkunde zwingend erforderlich ist, dass die Anwendbarkeit des

Nichtoffenen Verfahrens aus diesem Grund bejaht werden könnte. Allerdings ist zu beachten, dass es bei dem vorliegend zur beurteilenden Vergabeverfahren in erster Linie um die Veräußerung der Geschäftsanteile der BTG an private Wirtschaftsunternehmen geht. Die von der PDG zu erbringenden Beratungsdienstleistungen werden wohl hauptsächlich von eigenem, hochqualifiziertem Personal der PDG (wegen der sog. Projektantenproblematik, vgl. dazu unten Ziffer I. 7.) und nicht durch Personal der potentiellen Bieter im Vergabeverfahren erbracht werden. Somit kann die Anwendung des Nichtoffenen Verfahrens wohl nicht allein damit begründet, dass die zu vergebende Leistung nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise im Sinne des §§ 3a Nr. 1 Abs. 1 i. V. m. 3 Nr. 3 lit. a) VOL/A durchgeführt werden kann.

Weiterhin kommt die Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens wegen eines Missverhältnisses zwischen Aufwand der Ausschreibung und dem zu erreichenden Vorteil gem. §§ 3a Nr. 1 Abs. 1 i. V. m. 3 Nr. 3 lit. b) VOL/A in Betracht. Ein Missverhältnis kann dann angenommen werden, wenn der Aufwand des Verfahrens für eine der beiden am Verfahren beteiligten Seiten durch die erreichbaren Vorteile nicht mehr gedeckt ist oder wenn der Aufwand den zu erwartenden Vorteil erheblich schmälert

> (OLG Naumburg, Beschl. v. 10.11.2003 – 1 Verg 14/03; *Müller-Wrede*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB/A, § 3, Rn. 22; *Kaelble*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3, Rn. 38).

Für das vorliegende Vergabeverfahren könnte die durchzuführende Prognose zu dem Ergebnis führen, dass zwischen den Vorteilen des Offenen Verfahrens für den Auftraggeber und den mit der Durchführung eines Offenen Verfahrens verbundenen Mehrkosten ein Missverhältnis besteht. Es könnte argumentiert werden, dass die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Prognose zu dem Ergebnis gekommen sind, dass die Durchführung eines Offenen Verfahrens unverhältnismäßig ist. Nach unserer Einschätzung ist die Durchführung eines Offenen Verfahrens mit erheblich mehr Aufwand verbunden als die Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens. Insbesondere die Bearbeitung und Wertung der Angebote stellt sich im Offenen Verfahren allein wegen der zu erwartenden großen Anzahl der Teilnehmer an einem solchen Verfahren als sehr aufwändig dar, so dass schon aus diesem Grund die Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens zweckmäßig erscheint. Weiterhin ist wohl nicht anzunehmen, dass bei den zu veräußernden Anteilen an der BTG durch die Durchführung eines Offenen Verfahrens so erheblich höhere Preise erzielt werden können, dass dieser mögliche Preisvorteil den Aufwand und die Kosten für die Durchführung eines Offenen Verfahrens aufwiegen könnte. Zwar ist im Nichtoffenen Verfahren ein (zusätzlicher) vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb durchzuführen, der insbesondere

einen zeitlichen Aufwand darstellt. Die mit dem Teilnahmewettbewerb verbundene Reduzierung der Verfahrensteilnehmer wiegt aber den zeitlichen Aufwand für die Durchführung des Teilnahmewettbewerbs bei weitem auf. Somit erscheint uns vorliegend die Durchführung des Nichtoffenen Verfahrens wegen unverhältnismäßigen Aufwands der Durchführung eines Offenen Verfahrens und dem daraus folgenden Missverhältnis zwischen Aufwand der Ausschreibung und dem zu erreichenden Vorteil gem. §§ 3a Nr. 1 Abs. 1 i. V. m. § 3 Nr. 3 lit. b) VOL/A gerechtfertigt.

Die Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens könnte weiter möglich sein, wenn die Durchführung eines Offenen Verfahrens gem. §§ 3a Nr. 1 Abs. 1 i. V. m. 3 Nr. 3 lit. d) VOL/A aus anderen Gründen unzweckmäßig ist. Unzweckmäßigkeit im Sinne der Vorschrift liegt beispielsweise vor, wenn Gründe der Dringlichkeit oder Geheimhaltung für die Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens sprechen. Die Unzweckmäßigkeit des Offenen Verfahrens kann jedoch nur bejaht werden, wenn sie gerade durch Vergabe in einem Nichtoffenen Verfahren behoben werden kann

(Kaelble, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 3, Rn. 47).

Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn durch den reduzierten Aufwand der Angebotswertung im Nichtoffenen Verfahren ein zeitlicher Vorteil erlangt werden kann und die Beschaffung besonders dringlich ist, da den Auftraggeber externe, im Zusammenhang mit der Leistung stehende Gründe zu einer zeitnahen Beschaffung zwingen

(vgl. VK Bund, Beschl. v. 31.05.2002 – VK 2-20/02).

Es ist fraglich, ob vorliegend überzeugend argumentiert werden kann, dass externe, im Zusammenhang mit der Leistung stehende Gründe zu einer zeitnahen Beschaffung zwingen und daher die Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens zulässig ist. Zwar ist es aus Sicht der öffentlichen Auftraggeber erstrebenswert, das Vergabeverfahren für die Veräußerung der Anteile an der BTG möglichst zügig durchzuführen. Dies allein reicht jedoch wohl nicht aus, um zwingende Gründe für eine zeitnahe Beschaffung und die Unzweckmäßigkeit eines Offenen Verfahrens darzulegen. Vielmehr ist vorliegend nicht von vornherein klar, dass die Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens einen wesentlichen zeitlichen Vorteil erbringt, da auch die Durchführung des Teilnahmewettbewerbs im Nichtoffenen Verfahren Zeit in Anspruch nimmt und nicht sicher vorhergesagt werden kann, ob die Durchführung der Angebotswertung im vorliegenden Fall im Offenen Verfahren soviel aufwendiger wäre als im Nichtoffenen Verfahren.

cc) Anwendbarkeit des Offenen Verfahrens

Neben der möglichen Anwendbarkeit des Nichtoffenen Verfahrens verbleibt für die Ausschreibung der Anteilsveräußerung in Verbindung mit der Rahmenvereinbarung jedenfalls das Offene Verfahren als das gem. § 101 Abs. 6 GWB, § 3a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A einschlägige Regelverfahren.

b) Ablauf des Offenen und des Nichtoffenen Vergabeverfahrens

aa) Ablauf des Offenen Verfahrens

Das Offene Verfahren richtet sich an eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen und beginnt mit der Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, für die ein einheitliches Muster zu verwenden ist (§§ 3a Nr. 1 Abs. 4 und 17a Nr. 1 VOL/A). Für die Absendung der Vergabebekanntmachung wurde eigens eine Internetseite der EU (SIMAP) eingerichtet, mithilfe derer die Veröffentlichung erfolgen kann. In der Bekanntmachung ist stets die Frist anzugeben, innerhalb derer Angebote eingereicht werden können. Diese Angebotsfrist beträgt beim Offenen Verfahren mindestens 52 Tage, gerechnet vom Tage der Absendung der Bekanntmachung an (§ 18a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A). Auf die Angebotsfrist folgt die Zuschlags- und Bindefrist im Sinne von § 19 VOL/A. Sie ist nicht länger zu bemessen, als der Auftraggeber für eine zügige Prüfung und Wertung der Angebote benötigt. Im Rahmen der Angebotswertung ermittelt die Vergabestelle von denjenigen Angeboten, die rechtzeitig eingegangen sind und alle geforderten Nachweise und Erklärungen enthalten, anhand der vorab bekannt gegebenen Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot (§§ 25, 25a VOL/A). Diejenigen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, sind über den Namen des erfolgreichen Bieters und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes gemäß § 13 VgV mindestens 14 Kalendertage vor der Zuschlagserteilung zu informieren. Innerhalb von 48 Tagen nach Vergabe des Auftrags muss der öffentliche Auftraggeber dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften das Ergebnis der Ausschreibung mitteilen (§ 28a Nr. 1 Abs. 1). Dabei ist das im Anhang III der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 enthaltene Mitteilungsmuster zu verwenden.

bb) Ablauf des Nichtoffenen Verfahrens

Das Nichtoffene Verfahren unterscheidet sich vom Offenen Verfahren vor allem durch den vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb. Ansonsten ähneln sich beide Verfahrensarten stark, da auch das Nichtoffene Verfahren durch einen strukturierten Verfahrensablauf gekennzeichnet ist, der im Einzelnen in §§ 16 bis 28 VOL/A geregelt ist. Insbesondere bestehen keine Unterschiede hinsichtlich des Ermessens des Auftraggebers bei der Festlegung seines Beschaffungsbedarfs und hinsichtlich der Pflicht

zur Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (vgl. §§ 3a Nr. 1 Abs. 4 und 17a Nr. 1 VOL/A). Die an dem Auftrag interessierten Unternehmen können auf der Grundlage der in der Bekanntmachung veröffentlichten Kriterien Teilnahmeanträge stellen. Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs müssen die Bewerber nachweisen, dass sie sowohl in persönlicher Hinsicht zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen geeignet sind, als auch die erforderliche wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit besitzen. Die Frist zur Einreichung der Teilnahmeanträge darf grundsätzlich nicht weniger als 37 Tage betragen, kann aber bei besonderer Dringlichkeit auf 15 Tage und bei elektronischer Übermittlung sogar auf 10 Tage verringert werden (§ 18a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A). Der Auftraggeber prüft die rechtzeitig eingegangenen Teilnahmeanträge auf ihre Vollständigkeit und sodann hinsichtlich der Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Bewerber, wobei ihm im Rahmen dieser Eignungsprüfung ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt. Der Auftraggeber wählt eine angemessene Anzahl geeigneter Bewerber aus, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden (mindestens 5, vgl. § 3a Nr. 1 Abs. 2 S. 3 VOL/A).

Die Angebote sind innerhalb der Angebotsfrist abzugeben, die gemäß § 18a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A mindestens 40 Tage, gerechnet vom Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an, beträgt. Sie kann aber wegen besonderer Dringlichkeit verkürzt werden. Fristverkürzend wirken sich zudem die Veröffentlichung einer Vorinformation sowie elektronisch erstellte und übermittelte Bekanntmachungen aus. Der weitere Verfahrensablauf entspricht dem des Offenen Verfahrens.

c) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist damit, dass für die Durchführung der kombinierten Vergabe ein Nichtoffenes Verfahren vorzugswürdig und zulässig erscheint. Insbesondere der zusätzliche Aufwand der Angebotsbearbeitung und –wertung im Offenen Verfahren (mit einer großen Bieteranzahl) und die Prognose, dass durch die Durchführung eines Offenen Verfahrens nennenswerte (Preis-) Vorteile erzielt werden können, führen zu dem Ergebnis, dass der Aufwand für die Durchführung eines Offenen Verfahrens vorliegend in einem Missverhältnis zu den damit verbundenen Vorteilen stehen würde. Bei Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens besteht hingegen die Möglichkeit, bereits im vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb durch eine Eignungsprüfung die Anzahl der Verfahrensteilnehmer sinnvoll zu reduzieren, ohne damit den Wettbewerb übermäßig einzuschränken.

d) Möglicher Ablauf der kombinierten Vergabe im Rahmen eines Nichtoffenen Verfahrens

aa) Vergabestelle

Die künftigen öffentlichen Gesellschafter der BTG und der PDG (Bund, Länder, Kommunen) könnten gemeinsam die Beteiligung an der BTG ausschreiben. Das Vergabeverfahren könnte gemeinsam von den jeweils zuständigen Verwaltungseinheiten oder von einer Institution stellvertretend für alle anderen Beteiligten abgewickelt werden. Wichtig ist jedoch, dass die Ausschreibung im Namen aller Rahmenvereinbarungspartner durchgeführt und veröffentlicht wird. Wie eine solche gemeinsame „Beschaffungsstelle" konkret ausgestaltet werden könnte, wird im öffentlich-rechtlichen Teil des Gutachtens näher erörtert (vgl. unten Ziffer IV. 1. a)).

Von Bedeutung ist ferner, dass die maßgeblichen Vergabeentscheidungen (insbes. die inhaltliche Ausgestaltung der Vergabeunterlagen und die Zuschlagsentscheidung) von allen Auftraggebern gemeinsam getroffen werden (vgl. § 2 Nr. 3 VOL/A).

bb) Markterkundung

Vor der Durchführung des Vergabeverfahrens zur Ausschreibung der Anteile an der BTG/PDG soll im Wege einer Markterkundung erschlossen werden, ob bei potentiellen Bieterunternehmen aus der PPP-Branche ein ausreichendes Interesse an einer Beteiligung an der BTG/PDG besteht. Hierzu ist zu klären, ob eine solche Vorgehensweise vergaberechtlich zulässig ist.

Die Durchführung eines Vergabeverfahrens und eine Markterkundung sind scharf voneinander abzugrenzen

> *(Weyand*, Vergaberechtskommentar, IBR-online, Stand 02.01.2007, Rn. 6368).

Markterkundungen erfolgen nicht mit dem Ziel einer Beschaffung, sondern zur Gewinnung einer Marktübersicht. Die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit dem Zweck der Markterkundung verfolgt vergabefremden Zwecke und ist unzulässig, vgl. § 16 Nr. 2 VOL/A. Führt eine Vergabestelle einen Teilnahmewettbewerb lediglich in der Absicht einer solchen Übersichtsgewinnung durch, ohne darauf in der Bekanntmachung zu verweisen, würde sie das Vertrauen der Teilnehmer enttäuschen und sich selbst schadensersatzpflichtig machen.

Markterkundungen sind jedoch nicht *per se* unzulässig. Sie sind in vielen Fällen sogar erforderlich, um eine geordnete, wettbewerbliche Ausschreibung durchzuführen. Oh-

ne hinreichende Marktkenntnis ist eine Aufstellung fairer und angemessener Vergabebedingungen und eine ordnungsgemäße Prüfung und Wertung der Angebote im Vergabeverfahren nicht möglich. So verlangt auch § 4 Nr. 1 VOL/A, dass der öffentliche Auftraggeber vor einer beschränkten Ausschreibung oder einer freihändigen Vergabe den Bewerberkreis erkunden soll, wenn ihm die Marktübersicht fehlt.

Eine der späteren Vergabe vorausgehende Markterkundung ist mithin zulässig. Sie unterliegt nicht dem Vergaberechtsregime und geschieht mit dem Ziel, Marktkenntnisse zu erwerben und Kontakt mit Marktteilnehmern aufzunehmen

> (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 07.09.2004, 11 Verg 11/04 und 12/04; *Weyand*, Vergaberechtskommentar, IBR-online, Stand 02.01.2007, Rn. 1530).

Die dem Vergabeverfahren vorgeschaltete Markterkundung zur Sondierung des Marktes für die nachfolgende Veräußerung der Anteile an der BTG/PDG ist somit vergaberechtlich zulässig. Sie erscheint auch insbesondere unter dem Gesichtspunkt sinnvoll, dass möglicherweise vor dem eigentlichen Beginn des Vergabeverfahrens eine Preisspanne für die zu erwerbenden Anteile an der PDG (siehe dazu unten Ziffer I. 4. d) cc) (3)) festgelegt werden soll. Die Festlegung einer Preisspanne ist auf der Grundlage umfassender Marktkenntnis einfacher und besser zu treffen. Die Markterkundung kann somit auch zum Wohle der Bieter verhindern, dass die Ausschreibung „am Markt vorbei" geplant wird.

Bei der Markterkundung ist aber im Sinne der Grundsätze des § 97 GWB sicherzustellen, dass an der Erkundung beteiligte Unternehmen keinen maßgeblichen Wettbewerbsvorteil vor solchen Unternehmen erhalten, die nicht befragt wurden. Deshalb sollte der Umfang der den angesprochenen Marktkreisen im Rahmen der Markterkundung zur Verfügung gestellten Informationen auf allgemeine Rahmendaten der PDG/BTG begrenzt werden. Insbesondere sind alle maßgeblichen Informationen auch später im Rahmen der Ausschreibung allen Bietern bzw. Bewerbern zu übermitteln.

cc) Ausgestaltung des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren für die Veräußerung der Anteile an der BTG und die damit verbundene Ausschreibung der Rahmenvereinbarung der öffentlichen Auftraggeber mit der PDG bedarf einer gründlichen Vorbereitung. Gemäß § 16 VOL/A soll ein Auftraggeber ein Projekt nach Erreichen der „Vergabereife" ausschreiben. Die Verdingungsunterlagen und dabei insbesondere die Leistungsbeschreibung müssen vollständig sein und so formuliert sein, dass sie den Bewerbern ausgehändigt werden können und diese in der Lage sind, ein den Vorstellungen des Auftraggebers entsprechendes Angebot abzugeben.

Vorliegend soll durch die Vergabe der Rahmenvereinbarung erreicht werden, die zukünftigen Einzelberatungsaufträge ausschreibungsfrei mit der PDG abschließen zu können. Die Rahmenvereinbarung müsste daher die wesentlichen Bedingungen für die Inanspruchnahme der Beratungsleistungen der PDG beinhalten (vgl. oben Ziffer I. 3. a) dd).

Gerade wegen der angestrebten Ausschreibungsfreiheit der Einzelaufträge an die PDG sollte im Vergabeverfahren darauf geachtet werden, dass die Vergabeunterlagen und der Text der Rahmenvereinbarung besonders sorgfältig gestaltet werden. Denn hiermit werden bereits auch die Bedingungen für die späteren Einzelaufträge festgelegt, die gemäß § 3a Nr. 4 Abs. 3 S. 3 VOL/A (Art. 32 Abs. 2 UAbs. 3 VKR) im Nachhinein nicht mehr in wesentlichen Punkten geändert werden dürfen. Nach Auffassung der Kommission muss in den Verdingungsunterlagen für den Abschluss der Rahmenvereinbarung zudem angegeben werden, ob die Auftraggeber für den Abschluss der Einzelaufträge auf einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb verzichten wollen

> (Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarungen – Klassische Richtlinie, v. 14.07.2005, Dok. CC/2005/03, S. 7, Fn. 21).

Für die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung gelten im Übrigen die gleichen vergaberechtlichen Grundsätze wie für die Vergabe eines Einzelauftrags. Zu beachten sind insbesondere das Transparenzgebot, die Pflicht zur Dokumentation des Vergabeverfahrens und die Vorschriften über die Angebotswertung. Der Zuschlag ist auf dasjenige Angebot erteilen, welches unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste erscheint

> (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.07.2002, Verg 28/02).

Bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen sind zudem die weiteren Bestimmungen und vergaberechtlichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts und des Vierten Teils des GWB zu beachten. Das gilt auch für die Formulierung der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie für die Durchführung der Angebotswertung. Während die Eignungskriterien grundsätzlich nicht variabel bzw. ergänzbar, sondern nur konkretisierbar sind, dürfen die Zuschlagskriterien entsprechend ihrer konkreten Anforderungen ergänzt und ausgestaltet werden. Sie sind jedoch objektiv zu formulieren und anzuwenden, im Einzelnen:

(1) „Losweise" Vergabe zur Sicherstellung der Beteiligung unterschiedlicher Branchen

Die Veräußerung der Anteile an der BTG kommt eine Aufteilung in „Lose" in Betracht. Damit kann sichergestellt werden, dass sich an der BTG und damit auch mit-

telbar an der PDG unterschiedliche Branchen mit unterschiedlichem PPP-relevanten *know-how* beteiligen.

(a) Vergaberechtliche Zulässigkeit der „losweisen" Vergabe

Zur Berücksichtigung der Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eröffnet § 97 Abs. 3 GWB nicht nur die Möglichkeit, sondern statuiert sogar die Pflicht der Vergabestelle, die Leistung nach Losen zu vergeben. Das Gebot der losweisen Aufteilung eines Auftrages soll kleine und mittelständische Unternehmen befähigen, Angebote abzugeben, zu deren Durchführung ihr Unternehmen - noch - in der Lage ist.

Die losweise Vergabe der Leistung ist von der Vergabestelle eindeutig und unmissverständlich zu benennen. Bereits in der Vergabebekanntmachung muss der Auftraggeber angeben, ob der Dienstleistungserbringer Bewerbungen für einen Teil der betreffenden Leistung abgeben kann. Es spricht nichts dagegen, eine Losaufteilung auch bei einer kombinierten Vergabe vorzunehmen und die zu erwerbende Beteiligung so aufzuteilen, dass verschiedene Branchen und in den verschiedenen Branchen auch mehrere Unternehmen zum Zuge kommen.

(b) Bemessung der Einzellose

Die Anzahl und die Größe der Lose sollte sich grundsätzlich daran orientieren, dass sich tatsächlich kleine und mittlere Unternehmen um die einzelnen Lose bewerben können.

Solange ein effektiver Wettbewerb und die Auftragsbewerbung kleiner und mittlerer Unternehmen möglich bleibt, ist der Auftraggeber bei der Entscheidung, ob und nach welchen Kriterien er eine Losaufteilung vornimmt, grundsätzlich frei

(Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 04.05.2001, 6 Verg 2/2001).

Bei der vorliegend in Frage stehenden kombinierten Vergabe stehen zwei Gesichtspunkte im Mittelpunkt, die mit einer losweisen Vergabe der Leistung erreicht werden sollen: Zum einen soll durch die Aufteilung in Lose erreicht werden, dass der Kreis der Gesellschafter an der BTG eine gewisse Größe und Diversifizierung erreicht, da der Erfolg der PDG nur auf einer breiten Basis sowohl auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber wie auch auf Seiten der Privatwirtschaft möglich erscheint. Zum zweiten dient die Diversifizierung unter den Gesellschaftern dem Ziel, der PDG mittelbar ein möglichst breites Spektrum an PPP-relevantem *know-how* über den Kreis der Gesellschafter an der BTG zur Verfügung zu stellen. Zur Vermeidung von Interessenskonflikten wird jedoch nicht angestrebt, dass die Gesellschafter der BTG sich

unmittelbar mit eigenem Personal an den Beratungsleistungen der PDG beteiligen. Es ist ihnen jedoch nicht verwehrt und sogar wünschenswert, wenn die Gesellschafter ihr *know-how* und ihre Erfahrungen der PDG in abstrakter Form zur Verfügung stellen und ihre Kenntnisse in die strategische Leitung (mittelbar) einfließen lassen.

Die vorstehenden Erwägungen machen deutlich, dass eine Aufteilung der Leistung bei der kombinierten Vergabe durchaus sinnvoll erscheint. Da durch die angestrebte Losbildung ein effektiver Wettbewerb und die Auftragsbewerbung kleiner und mittlerer Unternehmen möglich bleibt, bestehen nach unserer Einschätzung auch keine Zweifel an der vergaberechtlichen Zulässigkeit dieser Vorgehensweise. Als mögliche Kriterien für die einzelnen Fachlose kommen insbesondere eine bestimmte Branchenzugehörigkeit und Qualitäten der Bewerber in Betracht, die sich auf deren Erfahrungen und *know-how* im PPP-relevanten Bereich beziehen. Folgende Kriterien für die Losbildung erscheinen hier möglich und sinnvoll:

- Branchenzugehörigkeit (z.B. Banken, Bauindustrie, Baugewerbe, IT, Facility Management, PPP-Beratung)
- Verbände

(c) Loslimitierungen

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Auftraggeber eine „Loslimitierung" festlegt, um eine wirtschaftliche Abhängigkeit von nur einem Hersteller vermeiden und die Vielfalt konkurrierender Anbieter erhalten zu können

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.06.2000, Verg 6/00, ZVgR 2000, 227, 228f.).

Hierzu teilt die Vergabestelle den ausgeschriebenen Auftrag in Lose und bestimmt in den Vergabeunterlagen eine Höchstzahl der Teilleistungen, für die sich ein Bieter bewerben kann.

Vorliegend erscheint eine solche Loslimitierung auf eine Beteiligung an einem Los pro Unternehmen sinnvoll. So kann eine zahlenmäßig große und diversifizierte Gruppe von Anteilseignern an der BTG beteiligt werden.

(2) Eignungskriterien

Nach § 97 Abs. 4 GWB werden Aufträge nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen grundsätzlich nicht gestellt werden. Hinsichtlich der Fachkunde ist maßgeblich, dass der Bieter die erforderlichen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten besitzt, um die zu vergebende Leistung auszuführen. Das Kriterium der Leistungsfähigkeit ist erfüllt,

wenn das sich bewerbende Unternehmen in technischer, kaufmännischer und finanzieller Hinsicht so ausgestattet ist, dass die Ausführung des Auftrages gewährleistet erscheint. Die Zuverlässigkeit ist gegeben, wenn das betreffende Unternehmen Gewähr dafür bietet, den Auftrag in sorgfältiger Art und Weise auszuführen.

Der zukünftige Auftraggeber darf in Bezug auf den Nachweis der in § 97 Abs. 4 GWB genannten Kriterien seine Erkenntnismittel frei bestimmen und von den Bietern entsprechende Eignungsnachweise (Referenzen) verlangen.

Vorliegend ist die Eignungsprüfung an den besonderen Umständen der „kombinierten Vergabe" sowie der vorzunehmenden losweisen Ausschreibung der Beteiligung an der PDG bzw. der BTG zu orientieren. Insoweit ist von Bedeutung, dass die im Vergabeverfahren auszuwählenden Unternehmen nicht selbst die Beratungsleistungen erbringen sollen. Dennoch ist für die qualifizierte Beteiligung an der unternehmerischen Leitung und Kontrolle der PDG (vermittels der BTG) eine umfassende Qualifikation in den betreffenden PPP-Märkten von maßgeblicher Bedeutung. Diese Fachkunde sollten die Bewerber durch entsprechende Referenzen auf dem das jeweilige Los betreffenden PPP-Markt nachweisen. Ferner sollten die Qualifikation und PPP-Erfahrung der für die Mitwirkung in der Leitung der BTG vorgesehenen Personen berücksichtigt werden. Im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit müssen die Unternehmen nachweisen, dass sie zur Leistung des Eigenkapitalbeitrags für die BTG bzw. PDG in der Lage sind. Die Zuverlässigkeit kann durch übliche Anforderungen wie Bundeszentralregisterauszug und Sozialversicherungsnachweise überprüft werden.

Im Rahmen eines Nichtoffenen Verfahrens wird die Eignung im Teilnahmewettbewerb geprüft. Unter den grundsätzlich geeigneten Bewerbern werden anhand der Eignungskriterien die Unternehmen ausgewählt, die in den jeweiligen Losen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Dabei wir anhand einer Bewertungsmatrix jeweils eine qualitative Wertung vorgenommen, welche Unternehmen die Eignungskriterien in den Losen jeweils am besten erfüllen.

(3) Zuschlagskriterien

Die Angebote werden auf Grundlage von Zuschlagskriterien gewertet. Als Zuschlagskriterien sieht das Vergaberecht alternativ allein den Preis oder das „wirtschaftlichste Angebot" vor. Bei letzterem kommen neben dem Preis eine Reihe weiterer Kriterien in Betracht. Im Rahmen des dem öffentlichen Auftraggeber bei der Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots eingeräumten Ermessens können für die Auswahlentscheidung Zuschlagskriterien herangezogen werden, die den Anforderungen des konkret zu vergebenden Auftrags entsprechen. Unzulässig sind solche Kriterien oder Konkretisierungen von zulässigen Kriterien, die in keinem sachlichen Zusammenhang

mit dem zu vergebenden Auftrag stehen, dem Auftraggeber unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen und wesentlichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Diskriminierungsverbot nicht gerecht werden. Aufgrund des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgebotes muss zudem eine effektive Kontrolle der Zuschlagskriterien durch den Auftraggeber dahingehend möglich sein, ob sie tatsächlich objektiv und einheitlich auf alle Bieter angewandt worden sind

> (EuGH, Rs. C-513/99, Concordia Bus Finland, Slg. 2002, I-7213, Rn. 69; EuGH, Rs. C-448/01, Wienstrom, VergabeR 2004, 36, 41 Rn. 33 und 49).

Darüber hinaus darf die Vergabestelle die Zuschlagskriterien nicht so zuschneiden, dass offensichtlich von vornherein nur ein bestimmtes Unternehmen für die Leistungserbringung in Frage kommt

> (vgl. dazu *Prieß*, Die Leistungsbeschreibung, Kernstück des Vergabeverfahrens, in: NZBau 2004, 20, 22).

Die zu verwendenden Zuschlagskriterien sind gem. § 9 a VOL/A in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen der Ausschreibung anzugeben. Denn dem Auftraggeber ist bei seiner Entscheidung, welchem Angebot er den Zuschlag erteilen möchte, der Rückgriff auf solche Anforderungen verwehrt, die er in der Ausschreibung und den an die Bieter übermittelten Angebotsprofilen nicht angegeben hat

> (BGH, NJW 2000, 137, 139; OLG Hamburg, NVwZ 2001, 714, 715).

Die Kriterien sind mit ihrer Gewichtung im Rahmen einer Bewertungsmatrix in den Vergabeunterlagen zu nennen (§ 9a Nr. 1 lit. c) VOL/A).

Die Auswahl der Zuschlagskriterien muss im Hinblick auf die „kombinierte Vergabe" des PDG-Vorhabens erfolgen. Zudem ist vorzusehen, pro Los mehreren Bietern den Zuschlag zu erteilen. Eine Orientierung am gebotenen Preis für die Beratungsleistungen in der Rahmenvereinbarung erscheint angesichts der vorgesehenen Festlegungen ungeeignet.

Auch die Berücksichtigung allein des höchstens Preises pro Gesellschaftsanteil an der BTG erscheint problematisch, da dann mehrere Unternehmen innerhalb eines Loses Anteile zu unterschiedlichen Preisen erwerben würden. Für die Festlegung der Anteilspreise erscheinen daher insbesondere zwei Alternativen denkbar:

- Zum einen ist für die Preisbildung ein „Bookbuilding-Verfahren" denkbar. Der tatsächliche Anteilspreis wird letztlich für alle Bieter, die den Zuschlag erhalten, auf der Grundlage des „markträumenden Preises", d.h. des Preises

gebildet, der von dem letzten noch berücksichtigten Bieter geboten wurde. Durch das Bookbuilding-Verfahren werden die Investoren somit direkt in die Preisfindung miteinbezogen. Für die Reihenfolge der Zuschlagserteilung innerhalb der Lose bleibt (unabhängig vom markträumenden Preis) entscheidend, welche Bieter die höchsten Gebote abgegeben haben. Den Angeboten kann auch ein verpflichtender Mindestpreis in den Vergabeunterlagen zugrundegelegt werden.

- Nach der anderen Alternative wird im Voraus ein Mindestpreis für die zu veräußernden Anteile an der BTG festgelegt, zu dem alle Investoren die Anteile erwerben können. Bei der Wertung der Gebote bekommen dennoch die Gebote den Zuschlag, die den höchsten Gesamtbetrag geboten haben. Der Anteil des Gebots der Investoren, der über dem geforderten Mindestpreis liegt, könnte dann als nachrangiges Fremdkapital der BTG zur Verfügung gestellt werden. Die ungleichen über den Mindestpreis hinausgehenden Beträge wären damit grundsätzlich rückzahlbar und könnten angemessen verzinst werden, sofern ein Überschuss bei der PDG/BTG entsteht. Dadurch würden die ungleichen Mehrbeträge zumindest der Höhe nach angemessen berücksichtigt. Der eigentliche Anteilspreis bliebe für alle Bieter dennoch gleich.

Die Höhe des finanziellen Engagements –sollte jedenfalls mit 50 % bewertet werden. Ggf. ist auch eine höhere Gewichtung (z.B. 80 %) sachgerecht.

Ergänzend oder alternativ zu dem Preis für die zu erwerbenden Anteile können andere, mit dem Leistungsgegenstand verbundene qualitative Zuschlagskriterien herangezogen werden. Dafür ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung eine nochmalige Wertung von bereits im Teilnahmewettbewerb maßgeblichen Eignungskriterien (z.B. PPP-Erfahrung des Bieters) bei der Zuschlagserteilung unzulässig ist

(vgl. BGH, ZR 109-96, NJW 1998, 3644, Leitsatz).

Zuschlagskriterium könnte allerdings die Qualität des unternehmerischen Konzepts und Engagements sein, dass der Bieter mit seinem Erwerb von Anteilen an der BTG (und damit mittelbar an der PDG) zu realisieren sucht. Die Bieter müssten in diesem Fall aufgefordert werden, mit ihrem Angebot entsprechende Konzepte nach bestimmten Vorgaben vorzulegen, die möglichst anhand von Unterkriterien (mit „Schulnoten") zu bewerten wären.

Es erscheint uns vergaberechtlich und auch vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes unproblematisch, dass mit den jeweiligen Losen insbesondere nach der o.g. 1. Alternative ungleiche Preisniveaus für die Beteiligung entstehen können. Denn die Lose bilden unterschiedliche Märkte ab vor dem Hintergrund, dass die Be-

teiligung an der BTG/PDG nur äußerlich finanziellen Charakter hat, tatsächlich aber jedenfalls auch die Einbringung von PPP-Know-how und –Interessen verschiedener Branchen sicherstellen soll. Insoweit bestehen klare Unterschiede zwischen den Branchen, die durch die Lose sachgerecht abgebildet werden.

Im Ergebnis erscheint eine sowohl den Preis, d.h. das finanzielle Engagement, als auch die „Qualität" der Beteiligung berücksichtigende Zuschlagswertung empfehlenswert. Denn so könnten sowohl Anreize für eine attraktive Kapitalausstattung als auch inhaltliche Anreize für die Angebote gesetzt werden.

Als Alternative erscheint es vergaberechtlich auch möglich, jedem im Teilnahmewettbewerb als geeignet ausgewählten Unternehmen in dem jeweiligen Los eine Beteiligung zu ermöglichen, sofern es bestimmte Mindestanforderungen zu erfüllen bereit ist (Zahlung eines bestimmten Kaufpreises bzw. einer bestimmten Einlage in die Gesellschaft, Akzeptanz der vorgegebenen Verträge und Satzungen, bestimmtes unternehmerisches Engagement). Ein echter Wettbewerb um die Anteile sowie die damit verbundenen Anreize lassen sich so allerdings nicht erzielen. Auch fehlt es bei einer solchen Gestaltung an einer qualitativen und quantitativen Auswahl im Wettbewerb.

(4) Zwischenergebnis

In dem Vergabeverfahren könnten sich interessierte Unternehmen um eine Beteiligung an der BTG und damit mittelbar an der PDG bewerben und ein entsprechendes Angebot abgeben. Wegen der angestrebten Ausschreibungsfreiheit der an die PDG zu vergebenden Einzelberatungsaufträge ist besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass die Rahmenvereinbarung bereits die wesentlichen Bedingungen für die Inanspruchnahme der Beratungsleistungen der PDG beinhaltet (s.o.).

Grundsätzlich ist die vorliegende Leistung der Rahmenvereinbarung auf der Grundlage der Eignungskriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu vergeben. Der Katalog der Zuschlagskriterien kann sich an der Qualität der Beteiligung und dem finanziellen Engagement orientieren.

In dem Vergabeverfahren erscheint sowohl die Ausschreibung einer begrenzten Anzahl von Gesellschaftern an der BTG, die nach bestimmten Kriterien ausgewählt werden, als auch einer zunächst unbegrenzten Anzahl von Anteilspositionen für alle Bewerber, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, möglich.

5. Neuausschreibung der Beteiligung an der BTG

Wie bereits dargestellt, machen es die europarechtlichen Vorgaben für den Abschluss von Rahmenvereinbarungen erforderlich, dass diese grundsätzlich nach einer Laufzeit von vier Jahren neu ausgeschrieben werden müssen (vgl. § 3a Nr. 4 Abs. 8 VOL/A und Art. 32 Abs. 2 UA. 4 VKR). Eine längere Laufzeit kann nur unter besonderen Umständen gerechtfertigt werden (vgl. oben 3.a) dd) (4)). Damit soll erreicht werden, dass der öffentliche Auftraggeber das Instrument der Rahmenvereinbarung in Bezug auf ihre Laufzeit nicht missbräuchlich gebraucht und sich daraus keine dauerhafte Marktabschottung ergibt. Die einer Rahmenvereinbarung unterstellten Aufträge dürfen nicht auf Dauer dem Wettbewerb entzogen werden.

Neben der Neuausschreibung der Rahmenvereinbarung besteht auch die Möglichkeit, die Anteile an der BTG in bestimmten zeitlichen Abständen neu zu veräußern. Da mit der Anteilseignerschaft an der BTG mittelbar auch die Beteiligung an der PDG und damit auch an der mit den öffentlichen Auftraggebern abgeschlossenen Rahmenvereinbarung über die Erbringung von PPP-relevanten Beratungsleistungen verbunden ist, kann auch die Beteiligung an der BTG regelmäßig neu vergeben werden. Wegen der gebotenen Gesamtbetrachtung der Anteilsveräußerung mit der gleichzeitig in den Wettbewerb gestellten Rahmenvereinbarung ist auch eine Neuausschreibung der Beteiligung an der BTG jeweils wieder ein dem Vergaberechtsregime unterfallendes ausschreibungspflichtiges Vorhaben.

Eine Neuausschreibung der Beteiligung an der BTG wäre damit nach genau demselben Muster zu vollziehen, wie die bereits dargelegte Erstausschreibung der Beteiligung an der BTG und der gleichzeitigen Vergabe der Rahmenvereinbarung mit der PDG (vgl. oben Ziffer I. 4. d)). Durch diese Vorgehensweise werden die mit den Regelungen zur Laufzeit von Rahmenvereinbarungen in § 3a Nr. 4 Abs. 8 VOL/A und Art. 32 Abs. 2 UAbs. 4 VKR gewahrt, da auch die Rahmenvereinbarung durch Neuausschreibung der Beteiligung an der BTG neu in den Wettbewerb gestellt wird. Eine dauerhafte Marktabschottung durch den Abschluss einer zeitlich unbegrenzten Rahmenvereinbarung liegt somit nicht vor. Die genaue Strukturierung des „Rückfalls" der Beteiligung an der BTG ist unter gesellschaftsrechtlichen Anforderungen zu klären (vgl. dazu unten Ziffer II.).

6. Auftraggeberstellung der PDG?

Zu klaren ist weiterhin, ob die PDG selbst als öffentlicher Auftraggeber anzusehen ist und bei der Vergabe von eigenen (Beratungs-)Aufträgen an Dritte das Vergaberecht Anwendung findet.

Voraussetzung für die Qualifizierung der PDG als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB ist, dass die PDG als privatrechtliches Unternehmen zu dem besonderen Zweck gegründet ist, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen.

a) Aufgaben im Allgemeininteresse

Der Begriff des Allgemeininteresses i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB ist nicht legal definiert, er dürfte jedoch am ehesten mit dem deutschen verwaltungsrechtlichen Begriff des öffentlichen Interesses gleichzusetzen sein. Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben sind daher solche, welche hoheitliche Befugnisse, die Wahrnehmung der Belange des Staates und damit letztlich Aufgaben betreffen, welche der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte

> (OLG München, Beschl. v. 07.06.2005, Verg 4/05; KG Berlin, Beschl. v. 27.07.2006, 2 Verg 5/06; VK Lüneburg, Beschl. v. 30.06.2006, VgK-13/2006; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 19.04.2005, 1 VK 11/05; VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 01.02.2005, VK 1/05).

Zwar soll die PDG vorliegend keine genuin staatlichen Aufgaben übernehmen, wie z. B. solche der Daseinsvorsorge im Bereich des Gesundheitswesens, der sozialen Sicherheit, der Wissenschaft sowie der Bildung und Kultur. Allerdings soll die PDG das Ziel verfolgen, die öffentliche Hand bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu unterstützen und zu beraten. Insoweit begründet wohl der Auftrag der PDG, dass diese im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten ausübt, auch wenn die konkreten Beratungsleistungen grundsätzlich als marktübliche („private") Dienstleistungen einzuordnen wären.

b) Nichtgewerblichkeit

Weiterhin müssten die von der PDG wahrgenommenen Aufgaben auch „nicht gewerblicher Art" sein. Der Gewerbegriff des europäischen Vergaberechts folgt weder dem deutschen gewerberechtlichen noch den steuerrechtlichen Vorgaben. Vielmehr ist für die Frage der Nichtgewerblichkeit eine Gesamtbetrachtung entscheidend, anhand derer festzustellen ist, ob die objektive Gefahr besteht, dass sich das Unternehmen von anderen als rein wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt

> (OLG München, Beschl. v. 07.06.2005, Verg 4/05; VK Bremen, Beschl. v. 23.08.2001, VK 3/01).

Die Gewerblichkeit ist daher nur anzunehmen, wenn nichtwirtschaftliche Sondereinflüsse ausgeschlossen sind und das jeweilige Unternehmen sich strategisch und opera-

tiv wie ein normaler Marktteilnehmer, u. a. mit der primären Absicht, Gewinne zu erzielen, in einem entwickelten Wettbewerb bewegt. Nichtgewerblichkeit ist hingegen gegeben, wenn das Unternehmen zumindest teilweise außerhalb marktmäßiger Mechanismen operiert. Allerdings erfüllen auch Einrichtungen, die keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, deren Geschäftsführung aber an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien auszurichten ist, und die in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig werden, Aufgaben gewerblicher Art; sie sind damit kein öffentlicher Auftraggeber

> (EuGH, Urt. v. 10.05.2001, C-223/99 und C-260/99, Slg. 2001, I-03605, EuZW 2001, 382).

Für die Gewerblichkeit der PDG könnte vorliegend die vorgesehene Gewinnerzielungsabsicht sprechen. Die PDG soll ihr Geschäftsgebaren an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien ausrichten. Außerdem führt die Existenz der Rahmenvereinbarung nicht dazu, dass die PDG außerhalb marktmäßiger Mechanismen operiert. Die Rahmenvereinbarung verpflichtet öffentliche Auftraggeber nicht dazu, sich Beratungsleistungen für PPP-Vorhaben bei der PDG zu beschaffen. Die PDG wird sich dadurch – und das ist auch so vorgesehen – am Beratermarkt etablieren und im Wettbewerb durchsetzen müssen. Andererseits soll die PDG in einem typisch staatlichen Bereich tätig werden. Sie soll neben der Projektbegleitung auch den staatlichen Institutionen als Wegbereiter für die Verbreiterung des PPP-Marktes diesen und „den Staat" im Hinblick auf die Verbesserung der Rahmenbedingungen für PPP beraten und unterstützen. Es spricht deshalb einiges dafür, dass die PDG jedenfalls zum Teil in „genuin staatlichen" Aufgabenbereichen tätig sein wird, was nach der Rechtsprechung des EuGH für das Vorliegen der Nichtgewerblichkeit ausreicht

> (EuGH, Urteil v. 15.01.1998, Rs. C-44/96 „Mannesmann/Strohal").

c) Öffentliche Beherrschung oder Finanzierung

Für die Annahme einer Stellung als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB müsste die PDG überwiegend öffentlich beherrscht oder finanziert sein. Dazu müsste entweder die öffentlichen Hand unmittelbar die Mehrheitsanteile an der PDG halten oder durch entsprechende gesellschaftsrechtliche Regelungen Beherrschungsrechte über die PDG erhalten

> (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.07.2006, Verg 13/06; OLG Naumburg, Beschl. v. 17.03.2005, 1 Verg 3/05).

Aufgrund der Kontrolle der PDG durch eine Vielzahl von öffentlichen Auftraggebern und als Berater ausschließlich öffentlicher Stellen dürfte davon auszugehen sein, dass

die PDG in der Phase ihrer Gründung auch öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB sein würde und Aufträge an Dritte oberhalb der Schwellenwerte europaweit auszuschreiben hätte. Nach Ausschreibung der privaten Beteiligung an der PDG (über die BTG) kommt es für die Auftraggeberstellung der PDG maßgeblich darauf an, ob die öffentlichen Gesellschafter Mehrheitsgesellschafter der PDG bleiben bzw. sonst die PDG, etwa durch eine entsprechende Stimmrechtsverteilung kontrollieren. Behalten die öffentlichen Auftraggeber mehr als 50 % der Anteile an bzw. des Einflusses in der PDG, ist wohl auch für die Zukunft von der Einordnung der PDG als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB auszugehen,

d) Zwischenergebnis

Nur wenn die bei der öffentlichen Hand verbleibende Beteiligung an bzw. der verbleibende Einfluss in der PDG die Grenze von 50 % nicht übersteigt, ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass die PDG nicht als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB anzusehen ist und somit Aufträge an Dritte oberhalb der Schwellenwerte nicht europaweit auszuschreiben hätte. Bleibt die öffentliche Hand beherrschender Gesellschafter, wird die PDG voraussichtlich öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB sein.

7. Interessenkonflikte/Projektantenproblematik für Private als mittelbare oder unmittelbare Gesellschafter der PDG

Die Beteiligung privater Unternehmen an der PDG, sei es durch Gesellschaftsanteile oder (nur) durch eine Mitwirkung an den Beratungsleistungen, ist wegen möglicher Interessenkonflikte im Hinblick auf einzelne PPP-Vorhaben vergaberechtlich problematisch. Insbesondere könnten Banken, Bauunternehmen und Beratungsfirmen, die gleichzeitig Kapitalgeber bzw. Gesellschafter der PDG sind, von der Beteiligung an PPP-Projekten auf Bieterseite ausgeschlossen sein, wenn sie zugleich als PDG-Berater auf Seiten der öffentlichen Hand tätig sind (sog. Projektantenstellung). Aus vergaberechtlicher Sicht ist darüber hinaus zu beachten, dass nach § 16 VgV ausgeschlossene Personen im Rahmen eines Vergabeverfahrens nicht auf Auftraggeberseite mitwirken dürfen.

a) Mögliche Projektantenstellung der an der PDG bzw. der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen

Die Teilnahme der an der PDG beteiligten privaten Unternehmen als Bieter an einem Vergabeverfahren für ein einzelnes PPP-Projekt kann den Wettbewerb verfälschen, wenn diese Unternehmen einen vergaberechtswidrigen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Unternehmen haben. Ein derartiger Wettbewerbsvorteil kann sich insbesondere dann ergeben, wenn von der PDG Beratungsleistungen für das konkrete PPP-

Projekt erbracht wurden und die beteiligten Unternehmen deshalb (zumindest mittelbar) als Projektanten anzusehen sind. Zur Gewährleistung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 2 GWB, § 2 Nr. 2 VOL/A) sind öffentliche Auftraggeber in diesem Fall nach § 4 Abs. 5 VgV verpflichtet, die sich aus der Beratung des Auftraggebers ergebenden Informations- und Wettbewerbsvorteile zur Gewährleistung der Chancengleichheit unter den Bietern auszugleichen:

> *„Hat ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber beraten oder sonst unterstützt, so hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird."* (§ 4 Abs. 5 VgV)

Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs. Dem Wortlaut nach erfasst die Vorschrift nur Bieter oder Bewerber. Sie gilt jedoch auch für solche Projektanten, die nach einer „Vorbefassung" auf Auftraggeberseite später auf Bieterseite als Berater oder in anderer Form (z. B. als Nachunternehmer) tätig werden.

aa) Vorliegen einer unzulässigen Projektantenstellung

Eine Projektantenstellung liegt dann vor, wenn ein als Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmendes Unternehmen bereits vor dessen Durchführung in beratender Tätigkeit für die Vergabestelle mit dem Ausschreibungsgegenstand befasst war (Projektant). Ein Unternehmen, das in die Vorbereitungen eines Vergabeverfahrens wesentlich einbezogen war, hat als Bieter regelmäßig den Vorteil, dass es die an die ausgeschriebene Leistung gestellten Anforderungen besser beurteilen kann und sein Vertragsangebot deshalb leichter an die Bedürfnisse des Auftraggebers anzupassen vermag als andere – vorher unbeteiligte – Bieter. Die Beteiligung von Projektanten gefährdet zudem die Neutralität des Vergabeverfahrens.

Zwar dürfen öffentliche Auftraggeber grundsätzlich Rat einholen, der bei der Vorbereitung einer Ausschreibung verwendet werden kann

> (EuGH, Urt. v. 03.03.2005, verb. Rs. C-21/03 und C-34/03 „Fabricom", Slg. 2005, I-1559).

Voraussetzung ist aber, dass einzelne Bieter durch eine Mitwirkung an den Vorarbeiten für eine Ausschreibung keinen wettbewerbsverzerrenden Informationsvorsprung erhalten

> (Schlussanträge des GA Léger v. 11.11.2004, verb. Rs. C-21/03 und 34/03 Fabricom, Rn. 30, Slg. 2005, I-1559).

Für die Frage, wann ein Verstoß gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegt, ist die Schwere der potentiellen Wettbewerbsverzerrung ausschlaggebend

> (VK Lüneburg, Beschl. v. 17.10.2003, 203-VgK-23/2003; VK Lüneburg, Beschl. v. 14.01.2002, 203-VgK-22/02001; VK Lüneburg, Beschl. v. 21.01.2003, 203-VgK-30/2002; VK Stuttgart, Beschl. v. 29.11.2002, 1 VK 62/02; Beschl. v. 03.07.2002, 1 VK 20/02; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 03.06.2002, VK 20/02; VK Bund, Beschl. v. 11.09.2002, VK 2-42/02).

Für die Zulässigkeit der Teilnahme eines Projektanten-Unternehmen als Bieter an einem Vergabeverfahren ist nach § 4 Abs. 5 VgV entscheidend, dass der auf der Vorbefasstheit beruhende Wettbewerbsvorteil durch die Vergabestelle ausgeglichen werden kann

> (VK Lüneburg, Beschl. v. 21.01.2003, 203-VgK-30/2002; VK Lüneburg, Beschl. v. 17.10.2003, 203-VgK-23/2003; VK Lüneburg, Beschl. v. 14.01.2002, 203-VgK-22/02001; VK Stuttgart, Beschl. v. 29.11.2002, 1 VK 62/02; Beschl. v. 03.07.2002 - 1 VK 20/02; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 03.06.2002, VK 20/02; VK Bund, Beschl. v. 11.09.2002, VK 2-42/02).

Sofern der Wettbewerbsvorteil ausgeglichen werden kann, dürfen Projektanten grundsätzlich nicht von dem betreffenden Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Der EuGH hat insoweit klargestellt, dass ein grundsätzliches Beteiligungsverbot für Projektanten EG-vergaberechtswidrig ist

> (EuGH, Urt. v. 03.03.2005, verb. Rs. C-21/03 u. C-34/03, „Fabricom"; ähnlich VK Lüneburg, Beschl. v. 21.01.2003, 203-VgK-30/2002; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.11.2002 - 1 VK 62/02).

Ein Ausschluss darf nur unter der Voraussetzung der Prüfung des Einzelfalls im Sinne einer *ultima ratio* erfolgen

> (so ausdrücklich auch die Begründung zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz in BT-Drs. 15/5668, S. 20 f.; die deutsche Rechtsprechung zu dieser Frage war bislang uneinheitlich, vgl. statt vieler OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.10.2003, VII Verg 57/03, VergabeR 2004, 236 und OLG Jena, Beschl. v. 08.04.2003, 6 Verg 9/02, NZBau 2003, 624).

Der Ausschluss eines vorbefassten Unternehmens ist grundsätzlich erforderlich, wenn die Chancengleichheit der Bewerber so erheblich gefährdet ist, dass ein objektives Verfahren nicht mehr garantiert werden kann

> *„Um einen Ausschluss annehmen zu können, muss die Chancengleichheit der Bewerber dermaßen gefährdet sein, dass ein objektives Verfahren nicht mehr garantiert werden kann. Im Ergebnis ist daran festzuhalten, dass sich deutliche Hinweise auf rechtswidrige Vorteile zeigen müssen, die aus der Beziehung zwischen den Projektanten und den Bietern resultieren.* [...] *Ein den Wettbewerb verzerrender Informationsvorsprung, der einen Ausschluss des Bieters aus dem Wettbewerb rechtfertigt, könnte zu vermuten sein, wenn er zu einem in preislicher Hinsicht überlegenen Angebot führt und dieses Angebot eine größere Chance auf den Zuschlag hat."* (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.10.2003, 1 VK 60/03, Umdruck nach Veris, S. 22, Hervorhebungen hinzugefügt; VK Südbayern, Beschl. v. 21.04.2004, 24-04/04).

Bei einer unmittelbaren Mitwirkung des Projektanten an den Vorarbeiten für eine Ausschreibung, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen, wird grundsätzlich ein wettbewerbsverzerrender Informationsvorsprung vermutet. Hat ein Unternehmen an der Erstellung der Verdingungsunterlagen mitgewirkt, werden an die Kompensation des Wettbewerbsvorteils des vorbefassten Unternehmens von der Rechtsprechung erhöhte Anforderungen gestellt. Unter Umständen ist eine Kompensation in diesen Fällen nicht möglich

> (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.10.2003, VII Verg 57/03, VergabeR 2004, 236, 237; OLG Jena, Beschl. v. 08.04.2003, 6 Verg 9/02, NZBau 2003, 624, 625; GA *Mischo,* Schlussanträge in der Rs. C-513/99 „Concordia Bus Finland", Slg. 2002, 7213, 7248, Rn. 159 ff., Slg. 2002, I-7213; *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl. 2001, § 97 Rn. 50).

Das Vorliegen eines wettbewerbsverzerrenden Informationsvorsprungs kann hingegen regelmäßig ausgeglichen werden, wenn der Projektant lediglich an den Planungs- und Entwurfsarbeiten oder informellen Markterforschungsanfragen beteiligt war

> (vgl. VK Bund, Beschl. v. 10.07.2002, VK 2-34/02).

Die Problematik der Projektantenstellung gilt nicht nur für unmittelbar vorbefasste Unternehmen, sondern kann auch mittelbare Projektanten betreffen. Beispielsweise können auch konzernverbundene Unternehmen aus der Vorbefassung eines mit ihnen verbundenen Unternehmens Wettbewerbsvorteile ziehen

> (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. 25.10.2005, Verg 67/05; *Müller-Wrede*, ÖPP-Beschleunigungsgesetz, S. 90; *Müller-Wrede/Lux*, ZfBR 2006, 327, 329).

Allerdings kann nicht jede noch so entfernte gesellschaftsrechtliche Verbindung genügen, um eine Wettbewerbsverzerrung durch die Beteiligung eines konzernverbundenen, mittelbaren Projektanten anzunehmen.

> (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 10.08.2000, 1 Verg 2/00, NZBau 2000, 534; OLG Saarbrücken NZBau 2000, 158, 160)

In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall bestand Personenidentität zwischen den Gesellschaftern der vorbefassten Tochtergesellschaft und den Gesellschaftern und Geschäftsführern der sich am Auslobungsverfahren beteiligenden Muttergesellschaft. Diese Konstellation führte dazu, dass die Muttergesellschaft über die gleichen Informationen verfügte wie die Tochtergesellschaft. Daher wäre eine unterschiedliche Behandlung von Tochter- und Muttergesellschaft hinsichtlich einer potentiellen Wettbewerbsverzerrung durch die Vorbefassung der einen nicht möglich gewesen

> (vgl. *Müller-Wrede/Lux*, ZfBR 2006, 327, 329).

In anders gelagerten Fällen, in denen keine Personenidentität zwischen den auf Seiten des Mutter- und Tochterunternehmens am Vergabeverfahren beteiligten Handelnden besteht, kann hingegen nicht ohne weiteres eine Wettbewerbsverzerrung angenommen werden. In so gelagerten Fällen ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass das mitbietende Konzernunternehmen über die gleichen wettbewerbsrelevanten Informationen verfügt wie das vorbefasste Konzernunternehmen. Erforderlich ist vielmehr, dass es in dem konkreten Vergabeverfahren zu einer Wettbewerbsverzerrung durch Nichteinhaltung des vergaberechtlichen Neutralitätsgebotes gekommen und deshalb die Chancengleichheit aller Bieter nicht gewährleistet ist.

Für die vorliegend in Frage stehende Konstellation des Ausschreibungsmodells ist unter den vorstehend genannten Voraussetzungen eine Projektantenstellung der an der BTG beteiligten Privatunternehmen aller Wahrscheinlichkeit nach ausschließbar. Als vorbefasstes Unternehmen und damit als Projektant kommt in erster Linie die PDG als Erbringer von Beratungsdienstleistungen im Vorfeld der einzelnen PPP-Vergabeverfahren in Frage. Möglicherweise könnte die BTG als mittelbarer Projektant angesehen werden, wenn deren Geschäftsführer oder Personal selbst mit den zu erbringenden Beratungsdienstleistungen befasst sind und somit ein Informationsvorsprung der BTG angenommen werden könnte. Das kann jedoch für folgende Konstellationen ausgeschlossen werden:

1. Die Beratungsdienstleistungen der PDG werden nicht von Personen erbracht, die auch Funktionen in der BTG einnehmen.

2. Ein möglicher Projektantenstatus der BTG für das vorliegende Modell ist ferner irrelevant, weil die BTG sich keinesfalls als Bieterin an einem Vergabeverfahren beteiligen wird.

Allenfalls die an der BTG beteiligten privaten Unternehmen kommen als potentielle Bieter bei der Vergabe von PPP-Projekten in Betracht. Sofern sie nicht selbst bzw. ihre Mitarbeiter an der Erbringung der Beratungsdienstleistungen mitwirken, ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass sie durch ihre gesellschaftsrechtliche Verbindung mit der PDG über vergaberechtlich relevante Informationen verfügen, die zu einer Wettbewerbsverzerrung im Vergabeverfahren führen können. Diesbezüglich sollte aber möglichst durch eine entsprechende gesellschaftsrechtliche Gestaltung auf Seiten der BTG und auf Seiten der PDG sichergestellt werden, dass Informationen über einzelne Beratungsprojekte der PDG nicht den Gesellschaftern der BTG übermittelt werden oder von diesen aufgrund ihrer Gesellschafterstellung eingesehen oder beschafft werden können. Darüber hinaus bietet auch die Personentrennung zwischen den Gesellschaftervertretern in der BTG und den von dieser in die Organe der PDG entsandten Personen einen Schutz vor dem „Durchfluss" von Projektinformationen an die privaten Gesellschafter.

bb) Mögliche Maßnahmen zum Ausgleich eines Wertbewerbsvorteils aufgrund einer Projektantenstellung

Die Einbeziehung von Mitarbeitern der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen in die Beratungstätigkeit der PDG ist nur unter bestimmten, eng begrenzten Umständen vergaberechtlich zulässig und unschädlich. Für den Fall, dass die an der BTG beteiligten Privatunternehmen bzw. deren Mitarbeiter im Zuge ihrer Einbeziehung in die beratende Tätigkeit der PDG wettbewerbsrelevante Informationen erlangen würden, müssten diese durch bestimmte Maßnahmen im Rahmen des betreffenden PPP-Vergabeverfahrens ausgeglichen werden.

Ein durch Vorbefassung möglicherweise entstandener Wissensvorsprung eines Bieters kann im Allgemeinen dadurch ausgeglichen werden, dass der Auftraggeber die gewonnenen Erkenntnisse in den Vergabeunterlagen allen Bietern gleichmäßig zugänglich macht. Zudem müssen die Verdingungsunterlagen eindeutig und unmissverständlich abgefasst sein und es darf zu keiner Bevorzugung bei der Beurteilung des Angebots des vorbefassten Unternehmens kommen

> (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.10.2003, 1 VK 60/03, Umdruck nach Veris, S. 21).

Ein Ausgleich des Wettbewerbsvorteils kann insbesondere durch folgende Maßnahmen erreicht werden:

- Bekanntmachung sämtlicher im Rahmen der Vorbefassung des Projektanten erlangten spezifischen, wettbewerbsrelevanten Informationen für alle am Verfahren beteiligten Bieter.

- Berücksichtigung der Vorbefassung bei der zeitlichen Gestaltung des Vergabeverfahrens.

- Eindeutige, klare und unmissverständliche Abfassung der Verdingungsunterlagen, damit alle nicht vorbefassten Unternehmen sie genau so gut wie der Projektant als bereits mit bestimmten Thematiken vertrautes Unternehmen verstehen können.

Im Rahmen der vorliegenden gesellschaftsrechtlichen Struktur für die PDG/BTG kann eine vergaberechtlich unzulässige Projektantenstellung von privaten Unternehmen grundsätzlich erst dann entstehen, wenn Funktionsträger bzw. Mitarbeiter dieser Unternehmen in einem bestimmten PPP-Projekt bereits auf Seiten der PDG Beratungsdienstleistungen erbracht haben. Für diesen Fall sind die genannten Maßnahmen zu ergreifen, um einen entstandenen unzulässigen Wissensvorsprung auszugleichen.

Eine zumindest theoretisch effektive Möglichkeit zu verhindern, dass überhaupt vergaberechtlich unzulässige Wettbewerbsvorteile für Bieterunternehmen entstehen, ist die Errichtung von *„Chinese Walls"* innerhalb der PDG. Dafür ist bereits im Vorfeld eines PPP-Projektes zu klären, welche Unternehmen für die Erbringung der im Rahmen des PPP-Projektes zu vergebenden Leistungen in Frage kommen, so dass Mitarbeiter, die mit diesen Unternehmen arbeitsrechtlich oder anders verbunden sind, nicht in die Erbringung der PDG-Leistungen einbezogen werden. Durch effektive Chinese Walls kann ausgeschlossen werden, dass die von den Mitarbeitern der PDG erlangten projektrelevanten Informationen Bieterunternehmen zur Verfügung gestellt werden. Auch durch die arbeitsrechtliche Gestaltung der Übernahme / der Freistellung von Mitarbeitern potentieller Bieterunternehmen für die Tätigkeit bei der PDG kann erreicht werden, dass die durch die Vorbefassung der Mitarbeiter erlangten Informationen sich nicht in einer vergaberechtlich unzulässigen Weise auswirken bzw. ein Informationsfluss unterbunden wird.

b) Mitwirkungsverbot bei Entscheidungen des Auftraggebers nach § 16 VgV

Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens für PPP-Projekte, für die die PDG Beratungsleistungen erbracht hat bzw. erbringt, ist neben der Projektantenproblematik auch § 16 VgV zu beachten. § 16 VgV verbietet die Einbeziehung bestimmter natürlicher Personen, die eine Doppelfunktion in dem Vergabeverfahren innehaben, das heißt sowohl auf Auftraggeberseite als auch auf Bieterseite mitwirken: Während § 4 Abs. 5 VgV („Projektantenproblematik") Handlungen im Vorfeld eines Beschaf-

fungsprojekts erfasst, betrifft § 16 VgV Tätigkeiten im Rahmen eines Vergabeverfahrens. Nach § 16 Abs. 1 VgV dürfen als

> *„Organmitglied oder Mitarbeiter eines Auftraggebers oder als Beauftragter oder als Mitarbeiter eines Beauftragten eines Auftraggebers [...] bei Entscheidungen in einem Vergabeverfahren für einen Auftraggeber als voreingenommen geltende natürliche Personen nicht mitwirken, soweit sie in diesem Verfahren:*
>
> *1. Bieter oder Bewerber sind,*
>
> *2. einen Bieter oder Bewerber beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzlicher Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten,*
>
> *3. a) bei einem Bieter oder Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder gleichartigen Organs tätig sind, oder*
>
> *b) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig sind, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat,*
>
> *es sei denn, dass dadurch für die Personen kein Interessenkonflikt besteht oder dass sich die Tätigkeiten nicht auf die Entscheidungen in dem Vergabeverfahren auswirken."* (Hervorhebung hinzugesetzt).

Nach § 16 Abs. 2 VgV wird das Mitwirkungsverbot auf Angehörige der von § 16 Abs. 1 VgV erfassten Personen erstreckt. Mit dieser Vorschrift soll in Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB und das daraus folgende Neutralitätsgebot sichergestellt werden,

> *„dass für den Auftraggeber nur Personen tätig werden, die in ihren Interessen weder mit einem Bieter noch einem Beauftragten des Bieters verknüpft sind"* (Reg.-Begr. zu § 16 VgV, BR-Drs. 455/00 v. 02.08.2000, S. 19 f.).

Da § 16 VgV lediglich ein Tätigkeitsverbot für natürliche Personen auf Auftraggeberseite regelt, ergeben sich für mögliche Bieter keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Verletzungen des Mitwirkungsverbots auf Auftraggeberseite wirken sich jedoch auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens insgesamt aus, so dass zur Vermeidung solcher Verstöße auch Maßnahmen auf der Bieterseite zweckmäßig sein können.

aa) Erfasste Formen der Mitwirkung

(1) Betätigung natürlicher Personen auf Seiten des Auftraggebers

Die Ausschlussregelung des § 16 VgV betrifft nur die Tätigkeit natürlicher Personen auf Seiten des Auftraggebers. Die Vorschrift zielt darauf ab, die ausgeschlossenen Personen von der Mitwirkung an der Vergabeentscheidung fernzuhalten.

(2) Als Organmitglied, Mitarbeiter, Beauftragter oder Mitarbeiter eines Beauftragten

§ 16 VgV erfasst die Tätigkeit als Organmitglied, Mitarbeiter, Beauftragter oder Mitarbeiter eines Beauftragten des Auftraggebers. Diese Aufzählung ist umfassend und dient vor allem der Klarstellung, dass auch Externe, d.h. insbesondere Berater und deren Mitarbeiter, im Fall einer Tätigkeit für den Auftraggeber von der Vorschrift erfasst werden.

(3) Mitwirkung bei Entscheidungen im Vergabeverfahren

§ 16 Abs. 1 VgV bezieht sich auf die Mitwirkung natürlicher Personen bei Entscheidungen „in einem Vergabeverfahren". Die Anwendung des § 16 VgV setzt folglich voraus, dass bereits ein konkretes Vergabeverfahren in Gang ist. Im Vorfeld eines Beschaffungsprojekts liegende Handlungen eines Projektanten fallen deshalb grundsätzlich nicht in den Geltungsbereich des § 16 VgV. Eine frühere Tätigkeit eines Projektanten für den Auftraggeber vermag grundsätzlich keine von § 16 VgV erfasste Interessenkollision zu begründen, wenn die betreffende Tätigkeit vor Beginn des Vergabeverfahrens beendet worden ist

> (VK Bund, Beschl. v. 06.06.2005, VK 2-33/05; OLG Jena, Beschl. v. 08.04.2003, 6 Verg 9/03; VK Lüneburg, Beschl. v. 17.10.2003, 203-VgK-23/2003; OLG Koblenz, Beschl. v. 5.09.2002, 1 Verg 2/02).

Der Anwendungsbereich des § 16 VgV ist zudem auf „Entscheidungen" im Vergabeverfahren begrenzt. Der Wortlaut der Bestimmung ist insoweit enger als der der Parallelvorschrift des § 20 VwVfG („Tätigkeit in einem Verwaltungsverfahren"). Zu den erfassten Entscheidungen gehört allerdings nicht nur der das Vergabeverfahren abschließende Zuschlag, sondern grundsätzlich jede für das Vergabeverfahren relevante Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers

> (vgl. Reg.-Begr. zu § 16 VgV, BR-Drs. 455/00 v. 02.08.2000, S. 20).

Erfasst werden folglich auch alle materiellen und verfahrenstechnischen Vorentscheidungen, die für die Auswahl des Zuschlagsempfänger von Bedeutung sind, beispielsweise die Verabschiedung der Leistungsbeschreibung

> (so ausdrücklich die Reg.-Begr. zu § 16, BR-Drs. 455/00 v. 02.08.2000, S. 20),

die Auswahl der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber, der Ausschluss von Angeboten oder die Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter. Im Einzelfall können aber auch wesentliche Verfahrensfragen wie zum Beispiel die Wahl der Verfahrensart und die Festlegung von Fristen unter § 16 VgV fallen.

Die Entscheidung, ein Beschaffungsprojekt in ein Vergabeverfahren überzuleiten, also die Ausschreibung nicht nur zu konzipieren, sondern sie nach außen zu veröffentlichen (vgl. § 17 VOL/A, § 5 Abs. 1 VOF), mag zwar ebenfalls eine „Entscheidung in einem Vergabeverfahren" sein. Sie fällt aber nicht in den Geltungsbereich des § 16 VgV, weil es an Bietern fehlt, die an dieser Entscheidung mitgewirkt haben können

> (OLG Jena, Beschl. v. 08.04.2003, 6 Verg 9/02).

Als Entscheidungen im Geltungsbereich des § 16 VgV werden zum Teil allerdings auch Handlungen im Vorfeld der Ausschreibung angesehen, wie z.B. die Erarbeitung der technischen Leistungsbeschreibung

> (OLG Hamburg, Beschl. v. 04.11.2002, 1 Verg 3/02; VK Brandenburg, Beschl. v. 19.09.2001, 1 VK 85/01).

Erfasst werden schließlich nur solche Personen, die bei den Entscheidungen des Auftraggebers mitwirken. Eine „Mitwirkung" im Sinne von § 16 VgV liegt grundsätzlich bereits dann vor, wenn die betreffende Person einen maßgeblichen Beitrag zur Meinungsbildung des Auftraggebers leistet. Erfasst wird jede mitgestaltende Tätigkeit oder inhaltliche Einwirkung, die den Verlauf des Verfahrens oder das Ergebnis oder den Inhalt der abschließenden Entscheidung beeinflussen kann. Darunter fallen auch die Beteiligung an der Verfahrensplanung, der Erstellung der Leistungsbeschreibung, der Auswahl von Bewerbern, der Angebotsprüfung und die Mitarbeit an allen internen Sacherörterungen, insbesondere im Rahmen der Angebotswertung. Eine Einflussnahme im Sinne des § 16 VgV kann je nach Arbeitsumfeld bereits durch physische Anwesenheit bei Diskussionen und Abstimmungen möglich sein.

Der Wortlaut des § 16 Abs. 1 VgV lässt allerdings auch erkennen, dass der Gesetzgeber nicht davon ausgeht, dass die Mitarbeiter eines Beauftragten des Auftraggebers bereits *per se* als am Vergabeverfahren bzw. den darin getroffenen Entscheidungen

beteiligt gelten. Zur unmittelbaren oder mittelbaren Beauftragung muss also eine echte, persönliche Mitwirkung am Verfahren kommen. Werden also beispielsweise der Beauftragte bzw. die Mitarbeiter des Beauftragten des Auftraggebers nicht unmittelbar in das Vergabeverfahren und die darin zu treffenden Entscheidungen einbezogen, ist eine etwaige "Doppelstellung" vergaberechtlich unschädlich

(Reg.-Begr. zu § 16 VgV, BR-Drs. 455/00 v. 02.08.2000, S. 20).

Festzuhalten ist somit, dass eine Mitwirkung an Entscheidungen im Vergabeverfahren dann vorliegt, wenn eine von § 16 VgV erfasste Person an entscheidenden materiellen und verfahrenstechnischen Weichenstellungen beteiligt ist und diese maßgeblich beeinflusst. Das betrifft in jedem Fall die Bewerberauswahl, die Angebotswertung und die eigentliche Zuschlagsentscheidung, aber auch bereits die Vorbereitung dieser Entscheidungen. Es betrifft auch die materielle Einflussnahme auf den Inhalt des Vergabeverfahrens, insbesondere die Festlegung von Leistungsanforderungen und Auswahlkriterien (zumindest soweit diese nach der Veröffentlichung der EU-weiten Bekanntmachung erfolgen) und die Beantwortung von Bieterfragen im laufenden Verfahren. Es dürfte danach davon auszugehen sein, dass Mitarbeiter der PDG bei der Beratung von PPP-Projekten durchaus „Mitwirkende" an Entscheidungen im Vergabeverfahren sein können.

bb) Ausgeschlossene Personen

Als ausgeschlossene Personen im Sinne von § 16 VgV gelten grundsätzlich Organmitglieder und Beschäftigte von Bietern. Anknüpfungspunkt des Ausschlusses nach § 16 Abs. 1 VgV ist die Voreingenommenheit der betroffenen Personen. Wer als voreingenommen anzusehen ist, ergibt sich aus den in § 16 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 VgV aufgeführten – teils unwiderleglichen, teils widerleglichen – Vermutungen. Ausgeschlossen sind danach natürliche Personen, die als Bieter bzw. Bewerber oder als dessen Berater, Unterstützer oder Vertreter an dem Vergabeverfahren teilnehmen. Insoweit kann die Vermutung der Voreingenommenheit nicht widerlegt werden. Etwas anderes gilt dagegen für natürliche Personen, die gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV

> *„a) bei einem Bieter oder Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder gleichartigen Organs tätig sind, oder*
>
> *b) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig sind, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat".*

Insoweit kann die Vermutung der Voreingenommenheit durch den Nachweis widerlegt werden, dass kein Interessenkonflikt besteht oder sich die Tätigkeit nicht auf die Entscheidungen des Auftraggebers auswirkt (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 a.E. VgV).

Vor diesem Hintergrund müssen die jeweiligen Berater der PDG weitgehend unabhängig sein und dürfen nicht gleichzeitig bei einem potentiellen Bieter in entsprechenden Positionen (als Vorstand, Aufsichtsrat oder Angestellter) tätig werden. Sollte eine entsprechende Trennung nicht möglich oder nicht erwünscht sein, müsste sichergestellt werden, dass die entsprechenden Berater nicht an den Entscheidungen des jeweiligen Auftraggebers des konkreten PPP-Projekts mitwirken. Zur Vermeidung der Anfechtbarkeit des Verfahrens müsste dies auch entsprechend dokumentiert werden.

(1) Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) VgV ausgeschlossene Personen

Der Einbeziehung von Mitarbeitern der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen in die Beratungstätigkeit der PDG könnte § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) VgV entgegenstehen, wenn sich ein privater Gesellschafter der PDG/BTG an einem Vergabeverfahren als Bieter beteiligen will. Nach dieser Regelung darf für einen Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht tätig sein, wer bei einem Bieter gegen Entgelt beschäftigt ist oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs tätig ist. Von der Vorschrift erfasst sind alle typischen Anstellungsverhältnisse im weitesten Sinne. Unerheblich ist, ob es sich um eine Voll- oder Teilzeitbeschäftigung handelt, welche konkrete Funktion die betreffende Person ausübt und auf welche Tätigkeitsbereichte in einem Unternehmen sich die Beschäftigung erstreckt

> *(Reidt*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2003, § 16 VgV, Rn. 21).

Sofern beabsichtigt ist, Beschäftigte der privaten Gesellschafter der BTG/PDG, die sich zugleich an von der PDG beratenen PPP-Vergabeverfahren beteiligen wollen, in die Beratungstätigkeit der PDG zu integrieren, besteht gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) VgV die widerlegliche Vermutung der Voreingenommenheit dieser Personen. Diese wären somit von der Mitwirkung bei Entscheidungen in den konkreten Vergabeverfahren grundsätzlich auszuschließen.

(2) Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) VgV ausgeschlossene Personen

Der Erbringung von Beratungsleistungen durch die PDG und der gleichzeitigen Bewerbung um einen Auftrag durch ein an der BTG beteiligtes Unternehmen könnte weiterhin § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) VgV entgegenstehen. Denn nach dieser Bestimmung sind grundsätzlich alle Angehörigen eines Unternehmens, das neben der Ein-

schaltung auf Seiten des Auftraggebers auch geschäftliche Beziehungen zu einem Bieter unterhält, von der Mitwirkung an einem Verfahren ausgeschlossen.

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) VgV stellt zunächst auf Unternehmen ab, die in das Vergabeverfahren auf Auftraggeberseite „eingeschaltet" sind, d.h. vom Auftraggeber in die Betreuung von Vergabeverfahren einbezogen werden. Das eingeschaltete Unternehmen muss zugleich geschäftliche Beziehungen zum Bieter oder Bewerber haben. Der Begriff der geschäftlichen Beziehungen ist bislang von der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt und wohl grundsätzlich weit auszulegen. Allerdings wird nicht jeder Geschäftskontakt als geschäftliche Beziehung zu verstehen sein. Vielmehr muss die geschäftliche Beziehung, schon um eine uferlose und unvorhersehbare Anwendung des § 16 VgV zu vermeiden, auf konkrete Geschäftsbeziehungen eingegrenzt werden. Entscheidend für die Beurteilung, ob eine geschäftliche Beziehung vorliegt, ist nach dem Sinn und Zweck des § 16 VgV zudem, dass der Kontakt überhaupt einen Interessenkonflikt auslösen kann. Das ist nur dann der Fall, wenn das mit dem Auftraggeber vertraglich verbundene Unternehmen dem Bieter in irgendeiner Weise konkretisierbar und seine Interessen beeinflussend zugewandt ist. Letztlich müssen sich für den Berater oder sonstige Geschäftspartner aus dem bestehenden Kontakt heraus Interessen zugunsten des Bieters ergeben. Solche Interessen zugunsten des Geschäftspartners erwachsen typischerweise aus dem Akquisitionswillen bei der Anbahnung eines für den Berater günstigen Geschäftsverhältnisses oder aus dem möglichen Potential zur Aufrechterhaltung oder Verbesserung des bestehenden Geschäftsverhältnisses. Mithin gilt nicht jeder Kontakt als Geschäftsbeziehung, sondern es werden wohl nur solche Situationen erfasst, bei denen bereits ein Vertragsverhältnis besteht oder konkret angebahnt wird.

Sofern zwischen der PDG und dem betreffenden Bieter oder Bewerber allein eine gesellschaftsrechtliche Verbindung besteht, stellt sich die Frage, ob auch diese als geschäftliche Beziehung im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) VgV anzusehen ist. Diese Frage wurde von der Rechtsprechung und der vergaberechtlichen Literatur bisher nicht geklärt und ist daher als offen zu betrachten.

Der Interessenkonflikt eines „doppelseitig tätigen" Unternehmens erwächst typischerweise aus dem Umstand, dass ein solches Unternehmen aufgrund vertraglicher Pflichtbindung oder geschäftspolitischer Gründe an einem Wettbewerbserfolg des von ihm beratenen Bieters interessiert ist. Bei einem bloßen Tochterunternehmen eines Bieters fehlt es strenggenommen an einem solchen Eigeninteresse. Allerdings ist beim abhängigen, beherrschten Unternehmen eine gewisse Konzernloyalität zu unterstellen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Aufteilung zwischen Konzernmutter und Tochterunternehmen häufig nicht mit dem Zweck vorgenommen wird, selbständige und unabhängig von einander agierende Einheiten zu schaffen. Konzerne stehen

unter einheitlicher Leitung (§ 18 AktG), die insbesondere die finanzielle und planerische Leitung umfasst; sie bilden insoweit eine wirtschaftliche Einheit

> (*Koppensteiner,* in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 1988, § 18 Rn. 15 und 20; vgl. auch - allerdings in anderem Zusammenhang - OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2000, Verg 6/00, Münzplättchen III, NZBau 2000, 440, 443).

Unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Interessen lässt sich daher mitunter nur schwer zwischen dem eigentlichen Bieter und den mit ihm verbundenen Konzerngesellschaften unterscheiden. Dies gilt insbesondere und jedenfalls bei Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags oder im qualifiziert faktischen Konzern.

Insoweit ist nicht zu übersehen, dass die Vorschrift nach Sinn und Zweck wie auch der erklärten gesetzgeberischen Absicht auf die "Interessenverknüpfung" als zentralen Aspekt der gleichheitswidrigen Voreingenommenheit abstellt. Es wäre realitätsfern anzunehmen, dass sich eine solche nicht auch aus wirtschaftlichen und damit im Ergebnis auch konzernrechtlichen Verflechtungen ergeben kann. Der Angestellte einer Tochtergesellschaft im Konzern ist mindestens in der gleichen Weise an die Interessen seiner abhängigen Arbeitgeberin und damit über die Leitungsbefugnisse der Muttergesellschaft auch an deren Interessen gebunden, wie der Angestellte eines Beraters. Handelt er gegen die Konzerninteressen, kann das negative Folgen für seine persönlichen Aussichten haben. Vor diesem Hintergrund dürfte angesichts des offenen Tatbestands der „Voreingenommenheit" zumindest eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) VgV auf konzerninterne Verhältnisse sachgerecht sein.

(3) Widerlegung der Vermutung bei fehlendem Interessenkonflikt oder fehlender Auswirkung auf die Entscheidungen im Verfahren

Die Ausschlussgründe des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV gelten nicht, wenn „dadurch für die Personen kein Interessenkonflikt besteht" oder „sich die Tätigkeit nicht auf die Entscheidungen in dem Vergabeverfahren auswirkt". Bei den Ausschlussgründen des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV handelt es sich damit um widerlegliche Vermutungen. Aus dem Wortlaut der Vorschrift („es sei denn ...") ergibt sich, dass der Auftraggeber im Zweifelsfall die Vermutung der Voreingenommenheit widerlegen und dafür beweisen muss, dass kein Interessenkonflikt bestanden hat oder sich keine Auswirkungen auf das Verfahren ergeben haben.

(a) Fehlender Interessenkonflikt

Beschäftigte und Organmitglieder eines Bieters oder Bewerbers sind entweder aufgrund ihrer Pflichtenstellung oder aufgrund eines wirtschaftlichen Eigeninteresses am wirtschaftlichen Erfolg ihres Unternehmens interessiert. Das gilt auch dann, wenn der

Bieter die betreffenden Personen im Einzelfall – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – von ihrer etwaigen Treue- oder Geschäftsförderungspflicht entbindet. Eine gedankliche „Persönlichkeitsspaltung" in unterschiedliche Verantwortungsbereiche wird bei echten Pflichtenkollisionen von der herrschenden Meinung abgelehnt:

> *„Die Spaltung einer Person mit kollidierenden Pflichten in solche Verhaltensweisen, die nur dem einen, nicht aber zugleich dem anderen Verantwortungsbereich zugeordnet werden könnten, ist, wenn tatsächlich beide Bereiche betroffen sind, nicht möglich"* (BGH Urt. v. 21.12.1979, NJW 1980, 1629, 1630).

Selbst wenn es dem im Konflikt befangenen Entscheidungsträger im Einzelfall möglich sein sollte, neutral zu handeln, bleibt der Konflikt als solcher bestehen. Ausnahmen können sich allenfalls ergeben, wenn der Konflikt im Verhältnis zu allen Bietern gleichermaßen besteht, etwa wenn sich nur zwei Bieter bewerben, und der Entscheidungsträger mit beiden Unternehmen gleichermaßen verbunden ist.

Die Widerlegung eines vermuteten Interessenkonflikts ist in den Fällen des § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) und b) VgV jedoch grundsätzlich möglich. Der Umstand, dass ein für den Auftraggeber tätiges Beratungsunternehmen auch Kontakte zu einem Bieter unterhält oder dass ein bei einem Bieter Beschäftigter Mitarbeiter eines Beauftragten des Auftraggebers beratend tätig ist, führt nicht zwangsläufig dazu, dass seine Beschäftigten ausnahmslos einem Interessenkonflikt ausgesetzt sind. Es ist allerdings erforderlich, im Einzelfall nachzuweisen, dass innerhalb des Unternehmens insoweit kein Einfluss auf die potentiell ausgeschlossenen Person genommen wird oder wurde. Hier bietet sich ein Ansatzpunkt für unternehmensinterne „Abschottungsmaßnahmen". Die Regierungsbegründung verweist insoweit ausdrücklich auf die aus dem Wertpapierhandelsgesetz bekannten Organisationsmaßnahmen zur Schaffung unabhängiger Vertraulichkeitsbereiche (*"Chinese Walls"*)

> (Reg.-Begr. zu § 16 VgV, BR-Drs. 455/00 v. 02.08.2000, S. 19 f.).

Wie die Abschottungsmaßnahmen und die unternehmensinternen Kontrollverfahren für ihre Einhaltung genau auszugestalten sind, lässt sich allerdings nicht zuverlässig beurteilen, weil insoweit keine vergaberechtliche Entscheidungspraxis besteht. Es sollte jedoch sichergestellt werden, dass die Personen, die für die PDG tätig sind, weder einer direkten Einflussnahme zugunsten eines an einem PPP-Vorhaben interessierten Unternehmens ausgesetzt sind, noch aufgrund anderer Umstände Loyalitätspflichten gegenüber einem Bieter in einem Vergabeverfahren, das sie beraten, unterliegen.

(b) Fehlende Auswirkung auf die Entscheidungen im Vergabeverfahren

Von einem Ausschluss einer vom Regelungsbereich des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV erfassten Person wird ferner abgesehen, wenn sich deren Tätigkeit „nicht auf die Entscheidungen in dem Vergabeverfahren auswirkt". Insoweit kommt es auf die Kausalität der Tätigkeit an. An einer Auswirkung fehlt es deshalb, wenn die Entscheidungen ohne Beteiligung der ausgeschlossenen Person oder bei fehlendem Interessenkonflikt ebenso ergangen wären. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn etwa in einem Entscheidungsgremium eine Entscheidung einstimmig oder mit so großer Mehrheit getroffen wird, dass der voreingenommen Mitwirkende auch anders hätte entscheiden können, ohne dass es zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. Darüber hinaus werden Entscheidungen, die unter Mitwirkung einer ansonsten ausgeschlossenen Person getroffen werden, einem Beweis der objektiven Sachrichtigkeit zugänglich gemacht:

> *„Eine hypothetische Betrachtung, bei der das Mandat der [nach Ansicht der Beschwerdeführerin in einem Interessenkonflikt befindlichen] Anwaltskanzlei hinweggedacht wird, ergibt, dass die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin nicht anders hätte ausfallen können, als sie unter Mitwirkung der Rechtsanwältin Dr. V. tatsächlich ausgefallen ist"* (OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.03.2000, 2 Verg 2/99, Rn. 84.).

Ein solcher Nachweis setzt jedoch voraus, dass die Entscheidung, an der die von dem Interessenkonflikt betroffene Person mitgewirkt hat, ordnungsgemäß dokumentiert und begründet wird. Anderenfalls wird sich ein solcher Nachweis kaum führen lassen. Damit gilt jedoch nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV im Wesentlichen nichts anderes als im Vergabeverfahren ohnehin vorgeschrieben ist. Auswahl- und Zuschlagsentscheidungen sind umfassend und nachvollziehbar zu dokumentieren und zu begründen. Die Auswahl- und Zuschlagskriterien sollen im Übrigen dem Auftraggeber auch kein für die Bieter unvorhersehbares Entscheidungsermessen einräumen, sondern vielmehr so gestaltet sein, dass sie zu vorhersehbaren Entscheidungen führen. Damit besteht für diese Entscheidungen regelmäßig ohnehin kein subjektiver Entscheidungsspielraum. Ist ein solcher Beurteilungsspielraum (etwa bei der Entscheidung in Wettbewerben nach VOL/A und VOF oder über die Vergabe kreativer, auch nach ästhetischen Gesichtspunkten zu bewertender Leistungen) unumgänglich, so wird sich auch die Kausalität des Interessenkonfliktes für die Entscheidung in geringerem Maße widerlegen lassen

> (vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 29.09.1999, 17 W (Verg) 1/99, VersR 1999, 1511, 1513).

Auf eine vereinfachende Formel gebracht ist die Mitwirkung einer voreingenommenen Person an Entscheidungen im Vergabeverfahren dann unschädlich, wenn die Ent-

scheidung rechtmäßig und sachlich zutreffend getroffen wurde und auch in der Weise dokumentiert worden ist, dass der Nachweis der ordnungsgemäßen Entscheidung durch den Auftraggeber ohne weiteres möglich ist. Überall da, wo Vergabeverfahren, wie ohnehin im Regelfall rechtlich vorgesehen, aufgrund nachvollziehbarer hinreichend dokumentierter und zutreffender Entscheidungen geführt werden, lässt sich damit die Vermutung der Voreingenommenheit für die betroffenen Personen widerlegen. Auch bisher galt bereits nach der Rechtsprechung (zumindest nach Einführung subjektiver Rechte in das nationale Vergaberecht mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz), dass eine nicht ordnungsgemäß dokumentierte und damit im Hinblick auf ihre Nachvollziehbarkeit, sachliche und rechtliche Richtigkeit nicht überprüfbare Entscheidung im Vergabeverfahren die Aufhebung und Wiederholung dieser Entscheidung zur Konsequenz haben

> (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 03.08.1999, 6 Verg 1/99 "Flughafen Berlin-Brandenburg International", Umdruck nach Veris, S. 34 ff.).

Fraglich ist allerdings, ob eine Widerlegung der Voreingenommenheit auch dann möglich ist, wenn die betreffenden Personen bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens, insbesondere der Erstellung von Leistungsverzeichnissen mitgewirkt haben. Problematisch ist insoweit, dass die Bestimmung des Beschaffungsvorhabens in Form der Leistungsbeschreibung abgesehen von Formvorschriften und dem Gebot der Eindeutigkeit der Beschreibung im Rahmen der planungsrechtlichen und anderen Randbedingungen dem Ermessen des Auftraggebers und damit auch der von ihm beauftragten Mitwirkenden überlassen ist. Eine unmittelbare Überprüfbarkeit im Hinblick auf die Richtigkeit einer Leistungsbeschreibung besteht wohl nicht. Gerade bei der Leistungsbeschreibung besteht deshalb grundsätzlich die Gefahr, dass die im Lager eines Bieters stehende Person verdeckte Vorteile für diesen Bieter in die Leistungsbeschreibung integrieren kann.

Diese Vermutung lässt sich wohl nur dann widerlegen, wenn sich der bestehende Interessenkonflikt deshalb nicht auswirken kann, weil der Mitwirkende auf Auftraggeberseite die möglichen „Präferenzen" des ihm nahestehenden Bieters nicht kennt. Insoweit lassen sich die Auswirkungen des objektiv bestehenden Interessenkonflikts dann vermeiden, wenn zwischen dem Mitwirkenden und dem mit ihm verbundenen potentiellen Bieter strenge Informationsschranken errichtet werden. Das setzt voraus, dass eine Person, die auf Auftraggeberseite an der Planung und der Erstellung der Leistungsbeschreibung beteiligt ist, über die möglichen besonderen Interessen der mit ihr verbundenen Unternehmen in keiner Weise informiert wird und diese auch nicht aus Erfahrungen aus vergleichbaren Vorhaben kennt.

Für die Gestaltung der Beziehungen zwischen den öffentlichen Auftraggebern, der PDG, der BTG und den privaten Unternehmen sind die vorstehenden Ausführungen zum Ausschluss von Personen vom Vergabeverfahren gem. § 16 VgV zu beachten. Durch den Aufbau des Ausschreibungsmodells, das die Zwischenschaltung der BTG als Anteilseigner an der PDG vorsieht, soll erreicht werden, dass in den Organen der PDG nur Vertreter der öffentlichen Auftraggeber und Vertreter der BTG tätig werden. Indem die private Beteiligung an einer PDG nicht direkt durch im PPP Markt tätige Unternehmen, sondern durch die BTG gehalten wird, die einem bestimmten, nicht partikularen Zweck gewidmet ist, kann grundsätzlich sichergestellt werden, dass die operative Tätigkeit der PDG nicht durch partikulare Interessen ihrer einzelnen Gesellschafter im Hinblick auf den PPP-Markt beeinflusst wird.

Mögliches Konfliktpotential bieten vorliegend lediglich die Ausschlussgründe des § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) und b) VgV. Danach dürfen auf Seiten des Auftraggebers keine Personen an Entscheidungen im Vergabeverfahren mitwirken, soweit sie bei einem Bieter gegen Entgelt beschäftigt sind oder für ein in diesem Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig sind, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter hat. Daraus folgt, dass auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber Personen von einzelnen Vergabeverfahren auszuschließen sein können, wenn diese für die PDG tätig geworden und gleichzeitig bei einem Bieterunternehmen gegen Entgelt beschäftigt sind. Außerdem könnten Personen auszuschließen sein, wenn diese für die PDG tätig geworden sind und die PDG sowohl geschäftliche Beziehungen zu den öffentlichen Auftraggebern wie zu Bieterunternehmen hat. Dabei kommt es darauf an, ob die gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen den potentiellen Bieterunternehmen und der PDG als geschäftliche Beziehung i.S.d. § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) VgV zu definieren ist. Dieser Fall wurde von der Rechtsprechung noch nicht entschieden. Es kann jedoch nicht ganz von der Hand gewiesen werden, dass bei direkter Beteiligung von Vertretern der potentiellen Bieterunternehmen an den Beratungsdienstleistungen der PDG im einzelnen Vergabeverfahren ein Interessenkonflikt und somit ein Ausschlussgrund für ebenfalls für die PDG tätige Vertreter der öffentlichen Auftraggeber gem. § 16 VgV ausgelöst werden könnte.

Zwar besteht die Möglichkeit die Vermutung der Voreingenommenheit von Personen auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber dadurch zu widerlegen, indem dargelegt wird, dass kein Interessenkonflikt besteht oder sich die Tätigkeiten nicht auf Entscheidungen in dem Vergabeverfahren auswirken. Dieser Nachweis kann insbesondere durch hinreichende Dokumentation der Vergabeentscheidungen der Auftraggeber geführt werden.

Mit weniger Risiko ist es aber verbunden, wenn von vornherein sichergestellt wird, dass keine Personenidentität zwischen Vertretern der Gesellschafter der PDG bzw.

BTG und solchen der potentiellen Bieterunternehmen besteht. Für den Fall, dass Beschäftigte der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen in die Beratungstätigkeit der PDG eingebunden werden sollen, ist es sinnvoll, durch entsprechende arbeitsrechtliche Konstruktionen sicherzustellen, dass die Vermutung der Voreingenommenheit erst gar nicht aufkommt oder zumindest widerlegt werden kann.

Ist eine Personenidentität nicht gegeben, kommt für ein Eingreifen von § 16 VgV nur die gesellschaftsrechtliche Verbindung der potentiellen Bieterunternehmen durch deren Beteiligung an der BTG, die wiederum an der PDG beteiligt ist, in Betracht. Diesbezüglich kann mit guten Argumenten davon ausgegangen werden, dass die rein formale gesellschaftsrechtliche Verbindung nicht ausreicht, um in Bezug auf die Beratungstätigkeit der PDG einen Interessenkonflikt auszulösen. Damit bestünde keine Gefahr, dass auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber Personen gem. § 16 VgV auszuschließen sind und damit die Rechtmäßigkeit eines von der PDG beratenen Vergabeverfahrens in Frage steht.

c) *Weitere Anforderungen zur Vermeidung eines unzulässigen Interessenkonflikts*

Auch das verwaltungsrechtliche Neutralitätsgebot verbietet grundsätzlich eine Beeinflussung von Entscheidungen der öffentlichen Hand durch private Interessenträger. Ähnliche Einschränkungen ergeben sich aus dem Gebot der Wettbewerbsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, dem Gebot der Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG sowie dem Verbot des unlauteren Wettbewerbs gemäß §§ 3, 4 UWG. Alle Vorschriften in Zusammenschau mit den entsprechenden standesrechtlichen Bestimmungen der einzelnen Beratergruppen führen dazu, dass die Tätigkeiten der Berater der PDG streng von den Tätigkeiten ihrer Gesellschafter bzw. Kapitalgeber im Rahmen der Bewerbung um PPP-Verfahren zu trennen sind.

d) *Zusammenfassung der erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten*

Um möglichen Verstößen vorzubeugen, müsste das Vergabeverfahren den vorstehend angeführten Grundsätzen gerecht werden. Es muss daher insbesondere sichergestellt werden, dass sämtliche Bieter bei der Ausschreibung von PPP-Projekten dieselben Informationen erhalten, an die Bieter die gleichen Anforderungen gestellt werden und die jeweiligen Anträge der Bieter gleich behandelt und bewertet werden. Ferner dürfen sich den einzelnen Bietern auch keine sonstigen wirtschaftlichen oder anderweitigen Vorteile aus der Parallelstellung als Berater ergeben. Wichtig ist es, durch entsprechende Mechanismen und Aufklärung den obengenannten Verstößen vorzu-

beugen. Dies kann insbesondere durch die Einhaltung der folgenden Sicherheitsmaßnahmen erreicht werden:

- Vermeidung einer Personenidentität, das heißt einer Einbeziehung von Personen, die auf Seiten der Gesellschafter der BTG und damit bei potentiellen Bietern beschäftigt sind, und zugleich als Berater für die PDG tätig werden. Bei Einbindung von Personen, die auf Seiten der potentiellen Bietern beschäftigt sind, in die Beratungstätigkeit der PDG müssen besondere Vorsichtsmaßnahmen ergriffen werden, um zumindest die Vermutung der Voreingenommenheit widerlegen zu können.

- Einrichtung sog. „Chinese Walls", mit denen der Zugriff auf Informationen durch Dritte bei der PDG streng limitiert wird. Dazu sind entsprechende EDV-technische und räumliche Vorkehrungen zu treffen, insbesondere Zugriffsrechte auf die entsprechenden Daten der PDG zu beschränken. Außerdem sollten die Berater und sonstigen Mitarbeiter der PDG eine entsprechende Vertraulichkeitserklärung abgeben, dass sie Informationen, die sie über die einzelnen Verfahren bzw. über die allgemeine Strategie der öffentlichen Hand in bezug auf PPP-Projekte erlangen, nicht an Dritte weitergeben und dass sie sich an die entsprechenden Vertraulichkeitsregeln halten werden.

- Dokumentation aller Schritte und Vorgänge, so dass im Falle einer gerichtlichen Überprüfung nachgewiesen werden kann, dass bestimmte Bieter nicht bevorzugt wurden und keine personelle und anderweitige Verflechtung zwischen der PDG und dem Bieter vorliegt. Sollten dennoch Informationen weitergegeben werden, so ist darauf zu achten, dass alle Teilnehmer an den entsprechenden Bietverfahren für PPP-Projekte gleichfalls über diese Tatsachen informiert werden und nicht nur ein entsprechender Bieter den Vorteil einer „amtlichen" Information genießen kann (§ 4 Abs. 5 VgV).

*e) **Zwischenergebnis***

Auf der Grundlage dieses Ausschreibungsmodells könnte der PDG mit hoher vergaberechtlicher Rechtssicherheit ein umfassendes, nur durch die Leistungsbeschreibung der Rahmenvereinbarung begrenztes Beratungsspektrum übertragen werden. Der PDG steht es zudem jederzeit frei, sich im Einzelfall an Vergabeverfahren der Öffentlichen Hand für Berateraufträge zu beteiligen. Der besondere wettbewerbliche Auswahlprozess der Gesellschafter der BTG dürfte zur allgemeinen politischen Akzeptanz des möglichen privaten Einflusses auf die PDG beitragen. Eine strikte Personentrennung und die Zwischenschaltung der BTG kann die Projektantenproblematik sowie die Gefahr von Informationspflichten wirksam vermeiden. Die PDG selbst

wird bei der Beschaffung von Leistungen oberhalb der EG-Schwellenwerte nach dem GWB-Vergaberecht ausschreiben müssen, wenn die öffentliche Hand Mehrheitsgesellschafter bleibt.

II. GESELLSCHAFTSRECHT

1. Gesellschaftsrechtliche Vorgaben

Nach den derzeitigen Vorstellungen sollen sich die Öffentlichen Auftraggeber unmittelbar, d.h. als direkte Gesellschafter, an der PDG beteiligen. Während sich in der Phase der Gründung der PDG zunächst nur wenige Gesellschafter aus dem Kreis des Bundes und der Länder an der PDG beteiligen werden, soll mittel- bis langfristig die Möglichkeit einer Aufnahme der übrigen Länder sowie einer Vielzahl von Kommunen als weitere (unmittelbare) Gesellschafter der PDG bestehen. Die Privaten sollen sich demgegenüber lediglich mittelbar an der PDG beteiligen, indem diese sich an einer Zwischengesellschaft, der BTG, die selbst Gesellschafter der PDG ist, beteiligen.

Durch ein solches „Pooling" der Privaten in der BTG lässt sich erreichen, dass die Beteiligungs- bzw. Stimmrechtsverhältnisse von Öffentlichen Auftraggebern und privaten Investoren auf der Ebene der PDG in dem einmal bestimmten Verhältnis (50/50, 49/51 oder 51/49) kontinuierlich erhalten bleiben, ohne von einem Wechsel auf Seiten der privaten Investoren berührt zu werden. Zugleich lassen sich dadurch die Beteiligungsverhältnisse auf der Ebene der BTG derart flexibel gestalten, dass die (vergaberechtlich geforderte) Neuausschreibung der Beteiligungen der privaten Investoren an der BTG im 4-Jahres-Turnus oder möglicherweise einen längeren Turnus umgesetzt werden kann.

Die Stimmrechtsverhältnisse sollen auf der Ebene der PDG gegebenenfalls abweichend von der kapitalmäßigen Beteiligung ausgestaltet werden, um den öffentlichen Auftraggebern den (öffentlich-rechtlich geforderten und politisch möglicherweise auch gewünschten) Einfluss auch dann zu sichern, wenn die quotale Kapitalbeteiligung der privaten Investoren, die im Einzelnen noch festzulegenden Mehrheitsverhältnisse (50/50, 49/51 oder 51/49) übersteigt. Zudem ist zu erwägen, dass dasjenige Gesellschaftsorgan (Aufsichtsrat/Beirat), welchem die maßgeblichen unternehmerischen Entscheidungen übertragen sind, entsprechend den gewünschten Mehrheitsverhältnissen durch Vertreter der Öffentlichen Auftraggeber einerseits und der privaten Investoren andererseits (z.B. 3/3, 4/5 oder 5/4) besetzt wird.

Im Hinblick auf die Corporate Governance auf der Ebene der PDG wird derzeit eine weitgehende Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit des verantwortlichen Leitungsorgans angestrebt. Andererseits soll für die Öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit einer hinreichenden Einflussnahme auf die unternehmerischen

Entscheidungen der PDG bestehen. Auf der Ebene der BTG verlangen die (vergaberechtlichen) Vorgaben eine weitgehende personelle und institutionelle Trennung zwischen privaten Investoren (Gesellschaftern) einerseits und der Geschäftsleitung der BTG andererseits. Insofern erscheint die Wahl oder Entsendung von externen, nicht aus dem Gesellschafterkreis stammenden Organmitgliedern durch die Gesellschafter in das verantwortliche Leitungsorgan der BTG denkbar.

Die Finanzierung der PDG soll nach den derzeitigen Vorstellungen im Wesentlichen durch die privaten Investoren dergestalt erfolgen, dass diese im Zusammenhang mit der Übernahme ihrer Beteiligung an der BTG (Eigen-) Kapital aufbringen, welches letztlich der PDG zur Verfügung gestellt werden soll. Darüber hinaus sollen die privaten Investoren gegebenenfalls (nachrangiges) Fremdkapital der PDG zur Verfügung stellen.

Zur Umsetzung dieser Vorgaben und Zielvorstellungen kommen als geeignete Rechtsformen auf der Ebene der PDG in erster Linie eine Aktiengesellschaft, eine GmbH oder eine GmbH & Co. KG (zur PDG 2.) und auf der Ebene der BTG eine GmbH und GmbH & Co. KG sowie eine stille Beteiligung der privaten Investoren an einer in der Rechtsform der GmbH verfassten BTG in Betracht. Darüber hinaus wird als Rechtsform der BTG auch eine Stiftung erwogen (zur BTG 3.). Die Strukturierung der Finanzierung der PDG durch die privaten Investoren ist dabei im Wesentlichen von den im Einzelnen gewählten Rechtsformen der PDG und BTG unabhängig (zur Finanzierung 4.).

2. Mögliche Rechtsformen der PDG

a) Aktiengesellschaft

Insbesondere um die Eigenverantwortlichkeit des Leitungsorgans der PDG sowie die notwendige Offenheit des Gesellschafterkreises zur Aufnahme weiterer Gesellschafter (Kommunen) zu realisieren, erscheint die Aktiengesellschaft als eine geeignete Rechtsform der PDG.

aa) Corporate Governance

(1) Grundsätzliche Struktur

Die Corporate Governance der Aktiengesellschaft ist durch die grundsätzliche Zuweisung der eigenverantwortlichen Leitung des Unternehmens an den Vorstand als Leitungsorgan geprägt: Gemäß § 76 Abs. 1 AktG leitet der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung, wobei ihm nach der sog. „business judgement rule" ein unternehmerischer Ermessensspielraum zusteht. Diese Leitungsmacht ist unveräußer-

lich und kann nur durch Unternehmensverträge auf Dritte verlagert werden. Im Gegensatz zum Geschäftsführer einer GmbH ist der Vorstand damit nicht an Weisungen der Kapitaleigner gebunden. Der Vorstand hat stattdessen seine Entscheidungen und die Ausübung seines unternehmerischen Ermessens an den in der Aktiengesellschaft und ihrem Unternehmen zusammengefassten Interessen („Unternehmensinteresse") der Aktionäre und Arbeitnehmer sowie des Gemeinwohls auszurichten

(Einzelheiten bei *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 28 II 1.; *Hüffer*, Aktiengesetz, 7. Aufl., 2006, § 76 Rn. 10 ff.).

Die Überwachung des Vorstandes und dessen Unternehmensleitung ist dem Aufsichtsrat zugewiesen, § 111 Abs. 1 AktG. Ausfluss dieser Überwachungsaufgabe ist zunächst die Verantwortung des Aufsichtsrates für die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern, § 84 AktG. Inhalt der Überwachungspflicht ist weiterhin die Kontrolle der vom Vorstand in der Vergangenheit entfalteten Tätigkeit (insbesondere Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichtes, § 171 Abs. 1 Satz 1 AktG). Aber auch die in die Zukunft gerichtete Beratung des Vorstandes in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung ist Bestandteil der Überwachungspflicht des Aufsichtrates

(BGHZ NJW 1991, 1830 (1831); *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 28 II 2., III 1.).

Der Hauptversammlung und den in ihr zusammengefassten Aktionären kommt demgegenüber nur eine begrenzte Kompetenz zu. Im Gegensatz zu den Gesellschaftern einer GmbH sind die Aktionäre der Unternehmensleitung nicht übergeordnet, sondern die Zuständigkeit ist geteilt: Über Fragen der Geschäftsleitung entscheidet die Hauptversammlung nur, wenn es der Vorstand verlangt, § 119 Abs. 2 AktG. Darüber hinaus entscheidet die Hauptversammlung (lediglich) in den im Gesetz und gegebenenfalls in der Satzung bestimmten Fällen, namentlich über die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder, die Verwendung des Bilanzgewinns, die Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, die Bestellung des Abschlussprüfers, Satzungsänderungen und andere Grundlagenbeschlüsse wie beispielsweise Maßnahmen der Kapitalbeschaffung oder die Auflösung der Gesellschaft, § 119 Abs. 1 AktG. Ergänzt werden diese Kompetenzen durch Auskunfts- und Informationsrechte des einzelnen Aktionärs, die diesem die notwendigen Informationen zur Verfügung stellen sollen, um seine Rechte in der Hauptversammlung sinnvoll ausüben zu können

(*Henn*, Handbuch des Aktienrechts, 7. Aufl., 2002, § 26 Rn. 869 ff.; *Hüffer*, Aktiengesetz, 7. Aufl., 2006, § 131 Rn. 1; *Kubis*, in: Münchener Kommentar

zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2004, § 131 Rn. 1; *Semmler*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, AG, 2. Aufl., 1999, § 37 Rn. 1.).

(2) Gestaltbarkeit der Kompetenzen

Abweichende Gestaltungen der vorstehend beschriebenen Struktur der Aktiengesellschaft durch Satzungsregelungen sind möglich, soweit die grundsätzliche Machtbalance zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung gewahrt bleibt.

So kann etwa die Zusammensetzung (z.B. Anzahl) und Organisation (z.B. Vetorecht des Vorstandsvorsitzenden) des Vorstandes weitgehend frei gestaltet werden. Die Satzung kann darüber hinaus persönliche Mindestanforderungen an die Vorstandsmitglieder jedenfalls insoweit stellen, als sachbezogene Kriterien vorgegeben werden und das Auswahlermessen des Aufsichtsrates nicht unverhältnismäßig eingeengt wird

(*Hefermehl/Spindler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2004, § 76 Rn. 89. In der Literatur umstritten ist teilweise, inwieweit sich der Aufsichtsrat über entsprechende Satzungsregelungen hinwegsetzen darf; bejahend *Hommelhoff*, BB 1977, 322, 324 f.; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., 2002, § 7 Rn. 340; *Mertens*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1988, § 76 Rn. 117; dagegen *Geßler*, in: Festschrift Luther, 1976, S. 82; *Hüffer*, Aktiengesetz, 7. Aufl., 2006, § 76 Rn. 26; *Kort*, in: Großkommentar zum AktG, 2003, § 76 Rn. 225; *Thüsing*, in: Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 4 Rn. 14; *Wiesner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 2. Aufl., 1999, § 20 Rn. 5).

Unzulässig dürften hingegen Regelungen sein, die einem Aktionär faktisch ein Entsenderecht gewähren, indem beispielsweise die Zugehörigkeit eines Vorstandsmitglieds zu einem bestimmten Aktionär als Eignungsvoraussetzung vorgeschrieben wird. Denn dem Aufsichtsrat darf das ausschließliche Recht zur Bestellung der Vorstandsmitglieder nicht dadurch genommen werden, dass der Kreis der in Betracht kommenden Personen durch satzungsmäßige Eignungsvoraussetzungen so eng begrenzt ist, dass ihm praktisch keine Wahlmöglichkeit und somit keine Ermessensausübung mehr verbleibt

(*Hefermehl/Spindler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2004, § 76 Rn. 89, mit weiteren Nachweisen in Fn. 307, § 84 Rn. 23).

Durch Satzungsregelung weitgehend gestaltbar sind auch die Zusammensetzung und Organisation des Aufsichtsrates (zu Mindest- und Höchstzahlen der Aufsichtsratsmitglieder vgl. jedoch § 95 Satz 1 bis 4 AktG). Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie vor-

liegend – die Zahl der Arbeitnehmer 500 nicht übersteigt und damit die mitbestimmungsrechtlichen Regelungen keine Geltung entfalten, §§ 1 Abs. 1, 4 DrittelbG (vgl. darüber hinaus §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 7 MitbestG für mehr als 2000 Arbeitnehmer; § 4 MontanMitbestG und § 5 MontanMitbestErgG). Insbesondere kann einzelnen Aktionären gemäß § 101 Abs. 2 AktG das Recht eingeräumt werden, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Die Zahl der durch Entsendung zu besetzenden Aufsichtsratsmandate darf dabei allerdings ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder nicht übersteigen.

> (Der Entsendungsberechtigte muss entweder in der Satzung namentlich bezeichnet werden oder durch nähere Bestimmung der Aktien, mit denen das Entsendungsrecht verknüpft ist, angegeben werden. Der zweite Weg erfordert die Ausgestaltung der Aktien als Namensaktien, § 101 Abs. 2 Satz 2 AktG. Einzelheiten bei *Hüffer*, Aktiengesetz, 7. Aufl., 2006, § 101 Rn. 8 ff.; allgemein zur Gestaltbarkeit der Zusammensetzung und Organisation des Aufsichtsrats *Hüffer*, Aktiengesetz, 7. Aufl., 2006, § 97 Rn. 12 m.w.N.)

Derartige Entsenderechte könnten vorliegend vorgesehen werden, um einzelnen Öffentlichen Auftraggebern eine etwaige gewünschte unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrates einzuräumen, ohne dabei auf die Mehrheit in der Hauptversammlung angewiesen zu sein.

Soweit beabsichtigt ist, die Gesellschafterstruktur der BTG im Aufsichtsrat der PDG anteilig zu „spiegeln", indem beispielsweise die BTG berechtigt sein soll, eine ihrer Beteiligungsquote an der PDG entsprechende Anzahl an Aufsichtsratsmitgliedern zu bestimmen und die von der BTG zu bestimmenden einzelnen Aufsichtsratsmitglieder zudem jeweils den in der BTG vertretenen Gesellschaftergruppen („Losen") entstammen sollen, lässt sich dies durch die Vereinbarung von Wahlabreden auf Ebene der Aktionäre der PDG und/oder der Ebene der BTG erreichen: Die Aktionäre der PDG könnten Wahlabreden bezüglich der Wahlen der Aufsichtsratsmitglieder treffen. Ergänzend könnte auf der Ebene der BTG (etwa durch eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung) vorgesehen werden, dass die BTG ihr Stimmrecht in der Hauptversammlung der PDG bei Wahlen von Aufsichtsratsmitgliedern so ausübt, dass für jede einzelne Gesellschaftergruppe der BTG („Lose") ein Aufsichtsratsmitglied in den Aufsichtsrat der PDG gewählt wird.

Auch das Kompetenzgefüge zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ist satzungsrechtlichen Gestaltungen innerhalb enger Grenzen zugänglich. Zwar dürfen Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden, § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG. Einschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis ergeben sich jedoch daraus, dass in der Satzung und durch den Aufsichtsrat Maßnahmen festzulegen sind, die der

Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Allerdings muss die Festlegung solcher Zustimmungsvorbehalte auf bestimmte bedeutsame Arten von Geschäften beschränkt bleiben: Die Geschäftsführungsautonomie des Vorstands darf nicht durch eine Überzahl von Zustimmungsvorbehalten beseitigt oder auch nur gewichtig beeinträchtigt werden

> (*Hopt/Roth*, in: Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., 2005, § 111 Rn. 638 f.; *Hüffer*, Aktiengesetz, 7. Aufl., 2006, § 111 Rn. 18; *Semler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2004, § 111 Rn. 372).

Kaum Gestaltungsspielraum besteht schließlich hinsichtlich einer Ausweitung der Kompetenz der Hauptversammlung. Zwar setzt § 119 Abs. 1 AktG voraus, dass die Satzung weitergehende als die gesetzlich genannten Beschlusszuständigkeiten durch ausdrückliche Bestimmung begründen kann. Wegen der zwingenden Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft (§ 23 Abs. 5 AktG) verbleibt jedoch kaum Regelungsspielraum. Möglich erscheint beispielsweise die Einsetzung von Beiräten oder sonstigen gesetzlich nicht vorgeschriebenen Organen. Keinesfalls kann die Satzung jedoch Zuständigkeiten des Vorstandes oder des Aufsichtsrates (etwa die Wahl der Vorstandsmitglieder) auf die Hauptversammlung verlagern

> (*Hüffer*, Aktiengesetz, 7. Aufl., 2006, § 119 Rn. 10; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 28 IV 1. c)).

bb) Aktionärsstruktur

(1) Stimmrechtsverteilung

Grundsätzlich richtet sich die Stimmkraft eines Aktionärs nach den Nennbeträgen, bei Stückaktien nach der Zahl der von ihm gehaltenen Aktien und entspricht damit der quotalen Beteiligung am Grundkapital. Abweichende Gestaltungen sind jedoch möglich.

So können zum einen bis zur Hälfte des Grundkapitals Vorzugsaktien ohne Stimmrecht ausgegeben werden, § 139 AktG. Hierbei handelt es sich um Aktien, die mit einer Vorzugsdividende ausgestattet sind, dafür aber kein Stimmrecht gewähren. Zum anderen kann die Satzung bei nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften Höchststimmrechte vorsehen, § 134 Abs. 1 Satz 2 bis 6 AktG. So kann die Satzung beispielsweise bestimmen, dass ein Aktionär, dem mehrere Aktien gehören, sein Stimmrecht nur in Höhe von x % des Grundkapitals ausüben darf. Abstufungen sind möglich, indem etwa nur eine begrenzte Stückzahl von Aktien die volle Stimmenzahl gewährt, während auf eine weitere Stückzahl eine gekürzte Stimmenzahl entfällt (ab 1000 Aktien gewähren 10 Aktien nur eine Stimme)

(*Hüffer*, in: Aktiengesetz, 7. Aufl., 2006, § 134 Rn. 6; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 28 IV 4. b.; *Volhard*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2004, § 134 Rn. 8 ff.).

Die Ausgabe von Vorzugsaktien und das Vorsehen von Höchststimmrechten kann damit das geeignete Gestaltungsmittel darstellen, um den Öffentlichen Auftraggebern oder einzelnen von ihnen unabhängig von ihrer Kapitalbeteiligung den gewünschten Einfluss innerhalb der Hauptversammlung zu sichern.

(2) Flexibilität zur Aufnahme neuer Aktionäre

Die gewünschte Offenheit der Aktionärsstruktur im Hinblick auf die Möglichkeit zur Aufnahme weiterer Aktionäre (Länder, Kommunen) lässt sich bei der Aktiengesellschaft durch die Ausgabe einer entsprechend hohen Anzahl Aktien zu Beginn erzielen. Die Seite der Öffentlichen Auftraggeber könnte eine entsprechende Anzahl von Aktien bei Gründung der PDG übernehmen, um diese dann später an etwaige beitrittswillige Kommunen zu übertragen. Dabei wären die geringen Anforderungen, die bei der Übertragung von Aktien gelten, von Vorteil: Die Übertragung von Aktien erfolgt grundsätzlich nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen, d.h. bei Inhaberaktien durch Einigung und Übergabe, bei Namensaktien durch Einigung, Übergabe und Indossament. Lediglich bei vinkulierten Namensaktien, § 68 Abs. 2 AktG, bedarf die Übertragung der Zustimmung der Gesellschaft und die Übertragung erfordert eine Umschreibung im Aktienbuch. Für alle Übertragungsvarianten gelten jedoch keine Formerfordernisse.

Alternativ käme eine Kapitalerhöhung und die Übernahme der jungen Aktien durch etwaige beitrittswillige Kommunen in Betracht. Dies würde allerdings erhöhten Anforderungen begegnen: So bedürfte es eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses, der mit der Dreiviertel-Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals gefasst werden müsste. Vor allem aber wäre, da die jungen Aktien von Nicht-Aktionären übernommen werden würden, ein Ausschluss des Bezugsrechts erforderlich, § 186 AktG. Dies würde u.a. neben dem entsprechenden Hauptversammlungsbeschluss (Drei-Viertel-Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals) Berichtspflichten des Vorstandes bzgl. der Gründe des Bezugsrechtsausschlusses begründen, § 186 Abs. 4 AktG. Zudem wären bei der Bestimmung des Ausgabebetrages der jungen Aktien Einschränkungen zu beachten: Während bei der Übertragung der Aktien der von den Übernehmern (Erwerbern) zu zahlende Kaufpreis frei bestimmt werden kann, darf demgegenüber im Falle einer mit einem Bezugsrechtsausschluss versehenen Kapitalerhöhung der Ausgabebetrag nicht unangemessen niedrig sein, § 255 Abs. 2 AktG. Dies bedeutet, dass der Ausgabebetrag den auf der Grundlage des sogenannten wirklichen Wertes des Unternehmens zu bestim-

menden Wertes der Aktien nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung nicht unterschreiten darf (zu einem – zulässigen – Überschreiten des Ausgabebetrages vgl. unten 4.).

> (*Pfeiffer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2004, § 182, Rn. 47; *Hüffer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2004, § 255, Rn. 15).

Eine dritte Variante kann schließlich in einer durch die Hauptversammlung erteilten Ermächtigung des Vorstandes zur Ausgabe neuer Aktien gesehen werden („genehmigtes Kapital"). Gemäß § 202 AktG kann der Vorstand durch entsprechenden Beschluss der Hauptversammlung (Drei-Viertel-Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals) für die Dauer von fünf Jahren ermächtigt werden, das Grundkapital durch Ausgabe neuer Aktien zu erhöhen. Dabei darf der Nennbetrag des genehmigten Kapitals die Hälfte des zur Zeit der Ermächtigung vorhandenen Grundkapitals nicht übersteigen, § 202 Abs. 3 Satz 1 AktG. Inhaltlich stellt sich auch hier indessen das Erfordernis eines Bezugsrechtsausschlusses, um den (bisherigen) Nicht-Aktionären eine Übernahme der jungen Aktien zu ermöglichen. Gemäß § 203 Abs. 2 AktG kann bereits der Vorstand ermächtigt werden, das Bezugsrecht der Aktionäre durch eigene Entscheidung auszuschließen. Dabei stellen sich indessen die gleichen Anforderungen wie im Falle der Kapitalerhöhung (u. a. Hauptversammlungsbeschluss, Berichtspflichten, Grenzen bei der Bestimmung des Ausgabebetrages)

> (*Bayer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2004, § 203 Rn. 53 ff.; *Hirte*, Bezugsrecht, Berichtspflicht, genehmigtes Kapital und europäisches Recht, DStR 2001, 577, 578; *Hüffer*, in: Aktiengesetz, 7. Aufl., 2006, § 203 Rn. 23 ff.; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2005, Rn. 558 ff.).

cc) Gewinnbeteiligung

Die Anteile am Gewinn der Aktiengesellschaft bestimmen sich grundsätzlich nach dem Verhältnis der Aktiennennbeträge. Gem. § 60 AktG sind jedoch abweichende Satzungsregelungen weitgehend zulässig.

So kann die Satzung insbesondere die Ausgabe von Vorzugsaktien, d.h. Aktien besonderer Gattung mit einem Vorrecht bei der Gewinnverteilung vorsehen. Ein Teil der Aktionäre genießt in diesem Fall bei der Gewinnausschüttung Priorität: Entweder kann der Vorzug in einem höheren Anteil am Gewinn (z.B. „doppelt soviel wie die Stammaktien") oder in einem Vorweganteil (einem prozentualen Voraus: „vorweg 10 %") bestehen. In Betracht kommt aber auch ein absoluter Vorausempfang („vorweg die Hälfte des auszuschüttenden Bilanzgewinns") oder ein anrechenbarer Voraus-

Anteil („zunächst 6 % des auszuschüttenden Bilanzgewinns, aus dem weiteren Bilanzgewinn erhalten die Stammaktionäre ebenfalls 6 %; der Rest ist unter alle Aktionäre gleichmäßig zu verteilen"). In der Regel – aber nicht zwingend – werden solche Vorzugsaktien nach Maßgabe der §§ 139 ff. AktG als stimmrechtslose Vorzugsaktien ausgegeben (vgl. bereits oben Ziffer II. 2. a) bb) (1)). Darüber hinaus kommen vielfältige andere Gewinnverteilungsregelungen in Betracht. So kann z. B. der Verteilungsmaßstab geändert werden oder Aktionäre mit größeren Aktienpaketen können auf eine Gewinnobergrenze beschränkt werden

> (Einzelheiten bei *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2003, § 60 Rn. 20 f.).

Damit bestehen in der Aktiengesellschaft vielfältige Möglichkeiten, die Gewinnverteilung abweichend von der Beteiligung am Grundkapital auszugestalten.

dd) Verschiedenes

Kennzeichnend für die Aktiengesellschaft sind die strengen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregelungen. Vorschriften über die Einlagenleistung sichern die tatsächliche Aufbringung eines der Grundkapitalziffer (mindestens EUR 50.000) entsprechenden Vermögens. Die Erhaltung dieses Kapitals sichern das Verbot jeglicher Einlagenrückgewähr (§ 57 Abs. 1 u. 2 AktG), das prinzipielle Verbot, eigene Aktien zu erwerben (§§ 71 bis 71 e AktG), sowie das Verbot, vor Auflösung der Aktiengesellschaft mehr Dividende auszuschütten, als dem Bilanzgewinn entspricht (§ 57 Abs. 3 AktG). Damit haben die Aktionäre nur Anspruch auf Auszahlung der von der Hauptversammlung auf Vorschlag des Vorstandes beschlossenen Dividende. Ein weitergehendes Entnahmerecht besteht nicht.

Ohne Belang für die Wahl der Rechtsform der PDG sind hingegen die bei der Aktiengesellschaft bestehenden, grundsätzlich weitgehenden Rechnungslegungs- und Publizitätspflichten, §§ 242 ff., 264 HGB. Gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 4 BHO gelten vorliegend nämlich unabhängig von der gewählten Rechtsform die für große Kapitalgesellschaften geltenden Rechnungslegungsvorschriften (vgl. öffentlich-rechtlicher Teil des Gutachtens).

ee) Bewertung

Die Aktiengesellschaft zeichnet sich als geeignete Rechtsform für die PDG vor allem durch die Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes aus: Die Leitungsmacht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft kann zwar mittels Zustimmungserfordernissen etc. der verstärkten Überwachung und Kontrolle des Aufsichtsrates unterworfen werden, ist jedoch grundsätzlich unentziehbar. Insoweit gewährleistet die rechtliche Struktur

der Aktiengesellschaft die Unabhängigkeit des Vorstandes und kann damit gewährleisten, dass die unternehmerischen Entscheidungen jedenfalls des Tagesgeschäftes frei von Einflüssen der privaten Investoren getroffen und umgesetzt werden.

Hinzu kommt die leichte Übertragbarkeit von Aktien. Wenn der Bund oder ein anderer Öffentlicher Auftraggeber bei Gründung der PDG eine ausreichend hohe Anzahl an Aktien erwirbt, kann er durch Übertragung von Aktien die Aufnahme einer Vielzahl neuer Aktionäre (Länder, Kommunen) ermöglichen.

Zu bedenken ist – insbesondere im Hinblick auf die Gründungsphase – als Kehrseite der Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes die Unmöglichkeit der Aktionäre, das Tagesgeschäft unmittelbar zu beeinflussen. Insoweit kennzeichnet die Aktiengesellschaft sicherlich eine gewisse Inflexibilität, die insbesondere in der Gründungs- und Anlaufphase der PDG ein nicht zu vernachlässigendes Hindernis darstellen kann.

b) GmbH

Kennzeichnend für die GmbH sind die Stellung der Gesellschafter als grundsätzlich höchstes Organ der Gesellschaft sowie die weitgehende Satzungsfreiheit, die die Gestaltung der Innenorganisation der GmbH weitgehend in das Ermessen der Gesellschafter stellt.

aa) Corporate Governance

Die wichtigste Besonderheit des Organisationsrechts der GmbH besteht in der grundsätzlichen Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführer. Während der Vorstand der Aktiengesellschaft unter eigener Verantwortung und damit ohne Weisungsabhängigkeit die Gesellschaft leitet (§ 76 Abs. 1 AktG), sind in der GmbH die Gesellschafter das höchste Organ. Ihnen obliegt nicht nur die Bestellung, Abberufung und Entlastung der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 5 GmbHG), sondern auch die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 6 GmbHG). Die Herrschaft über die GmbH liegt damit bei den Anteilseignern, die nicht nur „ihren Mann" zum Geschäftsführer bestellen, sondern ihm sogar Weisungen erteilen können

> (*Altmeppen*, in *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 37 Rn. 3 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, in: *dieselben*, GmbHG, 16. Aufl., 2004, § 37 Rn. 1; *Schmidt*, in: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2004, § 36 I. 2. a; *Schmidt*, in: *Achilles/Ensthaler/Schmidt*, GmbHG, 2005, § 37 Rn. 7).

Dabei besteht zugleich eine weitgehende Satzungsfreiheit. Nicht nur ist die Zusammensetzung und Organisation der Geschäftsführung weitgehenden Satzungsregelungen und -gestaltungen zugänglich, sondern auch das grundsätzliche Kompetenzgefüge

zwischen Geschäftsführung und Gesellschaftern kann weitgehend abweichend von der gesetzlichen Grundkonzeption gestaltet werden. So kann beispielsweise die Satzung die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführer einem anderen Gesellschaftsorgan übertragen, z. B. einem Gesellschafterausschuss, einem fakultativen Aufsichtsrat oder einem Beirat

> (*Lutter/Hommelhoff*, in: *dieselben*, GmbHG, 16. Aufl., 2004, § 46 Rn. 17 f; *Roth*, in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 46 Rn. 47; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 46 Rn. 51).

Die Satzung kann umgekehrt der Überwachung der Geschäftsführer Grenzen ziehen und damit die Geschäftsführer auch von Weisungen der Gesellschafter freistellen, sodass diese eine ähnliche Stellung wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft erhalten. Dies erfährt (lediglich) insoweit Grenzen, als die Kontrolle über die Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung nicht in dem Sinne abgeschafft werden darf, dass die Geschäftsführer ohne Aufsicht schalten und walten dürfen und damit die Letztzuständigkeit der Gesellschafterversammlung beseitigt wird. Das wäre mit der Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der Gesellschaft (§§ 45 GmbHG) unvereinbar

> (*Lutter/Hommelhoff*, in: *dieselben*, GmbHG, 16. Aufl., 2004, § 46 Rn. 17 f.; *Hüffer*, in: *Hachenburg*, GmbHG, Großkommentar, Band 2, 8. Aufl., 1997, § 46 Rn. 80; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 46 Rn. 51).

Stets in die Zuständigkeit der Gesellschafter fallen auch Grundlagenentscheidungen. Nicht möglich ist daher eine Kompetenzübertragung auf die Geschäftsführung in Bezug auf Satzungsänderungen einschließlich Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen, für alle Arten der Umwandlung sowie die Auflösung der Gesellschaft, für die Bestellung, Abberufung und Entlastung von etwaigen Mitgliedern des Aufsichtsrates und anderer Gremien, soweit diese für die Bestellung etc. oder Kontrolle der Geschäftsführer zuständig sind. Umgekehrt kann den Geschäftsführern jedoch die Feststellung des Jahresabschlusses (§ 46 Nr. 1 GmbH), die Einforderung von Einzahlungen auf Stammeinlagen (§ 46 Nr. 2 GmbHG), die Entscheidung über Teilung und Einziehung von Geschäftsanteilen (§ 46 Nr. 4 GmbHG) sowie ferner über die Bestellung von Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten übertragen werden (§ 46 Nr. 7 GmbHG)

> (*Lutter/Hommelhoff*, in: *dieselben*, GmbHG, 16. Aufl., 2004, § 46 Rn. 7, 19; *Roth*, in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 46 Rn. 11; *Schmidt*, in:

Achilles/Ensthaler/Schmidt, GmbHG, 2005, § 46 Rn. 8, 11, 16, 33; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 46 Rn. 93).

Ist damit das Organisationsrecht der GmbH einer weitgehenden Gestaltung durch Satzungsregelungen bis hin zur Weisungsfreiheit der Geschäftsführer zugänglich, ist gleichwohl zu bedenken, dass der Grundsatz der Verbandsouveränität, der eine „Allzuständigkeit" bzw. Rückfallzuständigkeit der Gesellschafterversammlung postuliert, jedenfalls in Zweifelsfällen stets Bedeutung entfalten wird. Fehlen etwa ausdrückliche Regelungen hinsichtlich einer bestimmten Frage in der Satzung oder entsteht Streit um die Auslegung entsprechender Satzungsregelungen, wird ausgehend von dem Grundsatz der Verbandsouveränität „im Zweifel" stets von einer Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung auszugehen sein

(*Hüffer*, in: *Hachenburg*, GmbHG, Großkommentar, Band 2, 8. Aufl., 1997, § 45 Rn. 13, 23, 117).

Weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten bestehen damit nicht nur hinsichtlich der Größe und Zusammensetzung der Geschäftsführung (z. B. Entsenderechte zugunsten von einzelnen Gesellschaftern oder Gesellschaftergruppen („Losen")), sondern auch hinsichtlich der Gremienbildung. Aufsichtsrat, Beirat, Verwaltungsrat, Gesellschafterausschuss – das GmbHG ist für alle diese Formen grundsätzlich offen und lässt eine nahezu beliebige Ausgestaltung zu. Im Einzelnen kommen folgende Funktionen für solche Gremien in Betracht: Beratungsorgan für die Geschäftsführung und/oder die Gesellschafter, teilweise Übernahme von Geschäftsführungsfunktionen, Übernahme von Gesellschafterfunktionen als Gesellschafterausschuss oder zur Vertretung von Gesellschaftergruppen

(*Altmeppen*, in *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 52 Rn. 2 ff., 48 ff; *Lutter/Hommelhoff*, in: *dieselben*, GmbHG, 16. Aufl., 2004, § 52 Rn. 3 ff., 62 ff.).

Sowohl Beiräte wie auch Aufsichtsräte können mit Nichtgesellschaftern besetzt werden. Werden auf solche Gremien allerdings Kompetenzen der Gesellschafter verlagert, wie dies insbesondere bei Gesellschafterausschüssen gehandhabt wird, sind der Besetzung mit Nichtgesellschaftern Grenzen gesetzt. Es muss sichergestellt sein, dass Entscheidungen, die wie Grundlagenentscheidungen in die ausschließliche Kompetenz der Gesellschafter fallen, nicht Nichtgesellschaftern übertragen werden

(*Müller*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 3. Auflage, 2002, § 6 Rn. 22; *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1990, S. 119).

Zweifelhaft ist im Einzelnen auch, inwieweit einem mit Nichtgesellschaftern besetzten Beirat Geschäftsführungsaufgaben übertragen werden können. Jedenfalls müssen die gesellschaftsfremden Mitglieder von der Gesellschafterversammlung unter zumutbaren Bedingungen abberufen werden können oder es muss der Gesellschafterversammlung die Befugnis zustehen, Beiratsentscheidungen abzuändern oder aufzuheben, um eine – unzulässige – vollständige Fremdsteuerung der GmbH über den Beirat zu verhindern

> (*Koppensteiner*, in: *Rowedder*, GmbHG, 4. Aufl., 2002, § 45 Rn. 10; *Müller*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 3. Aufl., 2002, § 6 Rn. 22; *Raiser*, in: *Hachenburg*, GmbHG, Großkommentar, Band 2, 8. Aufl., 1997, § 52 Rn. 318).

bb) Gesellschafterstruktur

(1) Stimmrechtsverteilung

In der GmbH richtet sich die Stimmkraft eines Gesellschafters grundsätzlich nach der Höhe seiner Beteiligung. Abweichende Satzungsregelungen sind jedoch weitgehend möglich. So kann die Satzung das Stimmrecht von der Leistung der Einlage abhängig machen, an die Höhe der Einlagenleistung anbinden, Stimmrechte nach Köpfen vorsehen, einzelnen Geschäftsanteilen mehr Stimmrechte verleihen, ein Stimmkraftmaximum vorschreiben (Höchststimmrecht: z.B. kein Gesellschafter kann mehr als hundert Stimmen innehaben) oder auch stimmrechtslose Geschäftsanteile vorsehen. Dabei gilt bei der Schaffung stimmrechtsloser Gesellschaftsanteile keine Begrenzung auf die Hälfte des Stammkapitals wie in § 139 Abs. 2 AktG bei der Aktiengesellschaft. Stimmlose Geschäftsanteile brauchen auch nicht mit Gewinnvorzug ausgestattet werden (anders § 139 Abs. 1 AktG). Nicht möglich ist lediglich die Entziehung des Stimmrechts für sämtliche Geschäftsanteile, weil sonst ein entscheidungsfähiges Gesellschaftergremium fehlen würde

> (*Roth*, in *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 47 Rn. 24; *Schmidt*, in: *Achilles/Ensthaler/Schmidt*, GmbHG, 2005, § 47 Rn. 43; *Wolff*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, GmbH, 2. Aufl., 2003, § 38 Rn. 4, 28 f.; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 47 Rn. 71 ff.).

Damit sind gerade in der GmbH umfangreiche Gestaltungen innerhalb der PDG erreichbar, die den Öffentlichen Auftraggebern oder einzelnen von ihnen unabhängig von ihrer Kapitalbeteiligung den alleinigen bzw. einen überwiegenden unternehmerischen Einfluss innerhalb der Gesellschafterversammlung sichern.

(2) Flexibilität zur Aufnahme neuer Gesellschafter

Die Aufnahme neuer Gesellschafter ist ähnlich wie bei der Aktiengesellschaft zum Einen durch die Übertragung bestehender Gesellschaftsanteile möglich. Im Unterschied zur Aktiengesellschaft kann dabei zwar ein Gesellschafter nicht mehrere Gesellschaftsanteile erwerben, mit der Zielsetzung diese später an neu eintretende Gesellschafter (Länder, Kommunen) zu übertragen, § 5 Abs. 2 GmbHG. Möglich ist jedoch die Teilung von Geschäftsanteilen mit Genehmigung der Gesellschaft, § 17 GmbHG. Damit könnte beispielsweise ein Gesellschafter aus dem Kreise der Öffentlichen Auftraggeber bei Gründung der Gesellschaft einen betragsmäßig großen Geschäftsanteil erwerben und diesen später nach Teilung in mehrere kleinere Geschäftsanteile an neu eintretende Gesellschafter (Länder, Kommunen) veräußern. Indessen unterliegt die Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen erhöhten Formanforderungen. Sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft als auch die Abtretung eines Geschäftsanteiles bedürfen der notariellen Beurkundung, § 15 Abs. 3, 4 GmbHG.

Alternativ kommt ebenso wie bei der Aktiengesellschaft eine Aufnahme neuer Gesellschafter im Zuge einer Kapitalerhöhung in Betracht. Erforderlich ist hierfür ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, der einer Drei-Viertel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedarf. Auch bei der GmbH steht den bisherigen Gesellschaftern ein Bezugsrecht auf neue Geschäftsanteile bei Kapitalerhöhungen zu, so dass für die Aufnahme neuer Gesellschafter ein Bezugsrechtsausschluss erforderlich ist. Ein solcher Bezugsrechtsausschluss kann zum einen bereits im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden. Zum anderen kann dieser im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung vorgesehen werden, wobei hierzu ein Beschluss mit Drei-Viertel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich ist. Da ein Ausschluss des Bezugsrechts einen Eingriff in die Mitgliedschaft darstellt, ist er gegen den Willen der Minderheit indessen nur zulässig, wenn ein im Interesse der Gesellschaft liegender Sachgrund gegeben und der Ausschluss geeignet, erforderlich und angemessen ist. Zudem darf – ähnlich wie im Aktienrecht – der Ausgabepreis für die neuen Geschäftsanteile nicht unter dem wirtschaftlichen Wert des Anteils liegen.

> (*Lutter/ Hommelhoff*, in: *dieselben*, GmbHG, 16. Aufl., 2004, § 55 Rn. 20 ff.; *Priester*, in: *Scholz*, GmbHG. Band 2, 9. Aufl., 2006, § 55 Rn. 60; *Schwaiger*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 3. Aufl., 2002, § 7, Rn. 30; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 55 Rn. 28).

Abweichend vom Recht der Aktiengesellschaft kennt das GmbHG kein genehmigtes Kapital. Eine Ermächtigung an die Geschäftsführung, neue Gesellschaftsanteile auszugeben, ist damit nicht möglich

(*Lutter/Hummelhoff*, in: *dieselben*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 55 Rn. 11 f.; *Priester*, in: *Scholz*, GmbHG. Band 2, 9. Aufl., 2006, § 55 Rn. 20; *Zöllner*, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 55 Rn. 11).

cc) Gewinnbeteiligung

Die Gewinnverteilung in der GmbH richtet sich grundsätzlich nach dem Gesellschaftsvertrag. Sind keine Bestimmungen getroffen, erfolgt die Gewinnverteilung entsprechend dem Verhältnis der Geschäftsanteile, § 29 Abs. 3 GmbHG. Die Gesellschafter beschließen über die Ergebnisverwendung, § 29 Abs. 2 GmbHG. Grundsätzlich besteht ein Anspruch der Gesellschafter auf den Jahresüberschuss zuzüglich Gewinnvortrag und abzüglich Verlustvortrag, bzw. dem Bilanzgewinn, § 29 Abs. 1 GmbHG.

Abweichende Regelungen der Ergebnisverwendung durch Satzungsregelungen sind weitgehend möglich und in der Praxis üblich. So ist eine Verlagerung der Zuständigkeit und Regelung des Verfahrens für die Entscheidung über die Ergebnisverwendung zulässig, ebenso abweichende Verteilungsmaßstäbe für die Gewinnausschüttung sowie vor allem auch Bestimmungen über den materiellen Inhalt der Ergebnisverwendung. Die Satzung kann bezüglich des Verteilungsmaßstabes beispielsweise auf das Verhältnis der geleisteten Einlagen abstellen oder den Gewinnbezug von einer Volleinzahlung abhängig machen. Ferner kommt eine Verteilung nach Köpfen bzw. teils nach Geschäftsanteilen als Sockelbetrag, teils nach Köpfen in Betracht. Zulässig ist auch eine ungleiche Ausgestaltung der Gewinnbeteiligung, so etwa durch bevorzugte Berücksichtigung bestimmter Gesellschafter (Vorzugsdividende)

(*Emmerich*, in: *Scholz*, GmbHG, Band 1, 10. Aufl., 2006, § 29 Rn. 78 ff.; *Goerdeler/Müller*, in: *Hachenburg*, GmbHG, Großkommentar, Band 1, 8. Aufl., 1992, § 29 Rn. 70; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 29 Rn. 52).

dd) Verschiedenes

Ähnlich wie bei der Aktiengesellschaft wird die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals durch zahlreiche Vorschriften gewährleistet und geschützt. Anders als bei der Aktiengesellschaft besteht jedoch nicht das Verbot jeglicher Einlagenrückgewähr; verboten sind (lediglich) Auszahlungen des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der Gesellschaft, §§ 30, 31 GmbHG.

ee) Bewertung

Die GmbH zeichnet sich aus durch die weitgehende Satzungsfreiheit, die vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, sowie durch die Stellung der Gesellschafter als oberstes Organ, die der Geschäftsführung grundsätzlich unmittelbar Weisungen erteilen können. Insoweit ist die GmbH durch ihre Flexibilität und die Möglichkeit der Gesellschafter, das Tagesgeschäft unmittelbar zu beeinflussen, gekennzeichnet und könnte sich in der Gründungs- und Anlaufphase der PDG als geeignete Rechtsform erweisen.

Zugleich bleiben Zweifel, ob die grundsätzlich starke Stellung der Gesellschafter in der GmbH mit der nach den derzeitigen Vorstellungen mittel- bis langfristig angestrebten Eigenverantwortlichkeit des Leitungsorgans der PDG vereinbar ist. Zwar kann den Geschäftsführern einer GmbH aufgrund satzungsrechtlicher Regelungen eine vorstandsgleiche Stellung bis hin zur Weisungsfreiheit eingeräumt werden. Aufgrund der das GmbH-Recht prägenden „Allzuständigkeit" der Gesellschafterversammlung dürfte eine solche Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsführung auch in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit jedoch niemals vollständig an die selbständige, eigenverantwortliche Stellung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft herankommen.

c) GmbH & Co. KG

Weitere mögliche Rechtsform der PDG ist die GmbH & Co. KG (zur öffentlichrechtlichen Zulässigkeit einer Beteiligung der öffentlichen Hand an einer KG vgl. unten Ziffer IV. 1.). An dieser können sich die Öffentlichen Auftraggeber ebenso wie die BTG als Kommanditistin, deren Haftung auf die übernommene Kommanditeinlage begrenzt ist, beteiligen. Zu beachten wäre insoweit die Publizität der Kommanditbeteiligung: Gemäß § 172 Abs. 1 HGB erfordert die Begrenzung der Kommanditistenhaftung auf die Hafteinlage deren Eintragung in das Handelsregister. Die Beteiligung als Kommanditist an einer GmbH & Co. KG ist insofern öffentlich einsehbar.

aa) Corporate Governance

Die Corporate Governance der GmbH & Co. KG ist dadurch geprägt, dass die Geschäftsführung grundsätzlich bei der Komplementär-GmbH liegt und die Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen und auf Kontrollrechte verwiesen sind. Abweichende satzungsrechtliche Gestaltungen sind weitgehend möglich. So kann der Gesellschaftsvertrag einem Kommanditisten Geschäftsführungsbefugnis entsprechend § 116 HGB, andere Rechte auf Mitwirkung an der Geschäftsführung (z.B.

Weisungsrechte an den Komplementär) und sogar die alleinige Geschäftsführung unter Ausschluss des Komplementärs eröffnen.

> (Der BGH hält es für möglich, die Geschäftsführungsbefugnis, nicht jedoch die Vertretungsbefugnis, allein dem bzw. den Kommanditisten zu übertragen und den bzw. die persönlich haftenden Komplementäre davon auszuschließen; BGHZ 51, 198 (201) = NJW 1969, 507 (508). In der Literatur ist dies umstritten; bejahend: *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., 2006, § 164 Rn. 7; *Koller*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 6. Aufl., 2007, § 164 Rn. 3; dagegen: *Weipert*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, 2001, § 164 Rn. 5; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 2, 2004, § 9 II 2, S. 772.)

Denkbar ist auch die Einrichtung von Gremien wie etwa eines Beirates, Gesellschafterausschusses oder Aufsichtsrates ähnlich wie bei der GmbH. Dabei sind die Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft bei der Auswahl der Rechte und Pflichten, die sie einem solchen Gremium einräumen wollen, grundsätzlich frei. Aus den zwingenden Grundsätzen des Gesellschaftsrechts ergeben sich lediglich Grenzen dahingehend, dass der Grundsatz der Verbandssouveränität den Gesellschaftern verbietet, das Schicksal der Gesellschaft und deren Grundlagen Dritten zu überlassen. Die Gesellschafter können daher zwar einen Beirat ermächtigen, den Gesellschaftsvertrag zu ändern. Diese Ermächtigung kann aber keine verdrängende sein; die Gesellschafterversammlung muss vielmehr neben dem Beirat für Vertragsänderungen zuständig bleiben. Dementsprechend können die Gesellschafter unter den Voraussetzungen, unter denen sie den Gesellschaftsvertrag ändern und den Beirat abschaffen könnten, auch seine Beschlüsse aufheben, ihm Weisungen erteilen oder an seiner Stelle entscheiden, selbst wenn sie sich diese Befugnisse im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich vorbehalten haben

> (*Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., 2006, § 163 Rn. 14; *Riegger*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, KG, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, 2. Aufl., 2004, § 8 Rn. 13 ff.; *Weipert*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, 2001, § 163 Rn. 12).

Bei der GmbH & Co. KG gelten allerdings erhöhte Anforderungen und auch Grenzen bei Satzungsregelungen, die Mehrheitsentscheidungen vorsehen. So werden jedenfalls in Fragen, die den Kernbereich der Gesellschafterposition betreffen, Mehrheitsentscheidungen überwiegend für unzulässig gehalten. Umfang und Bedeutung dessen, was zu diesem Kernbereich gehört, ist dabei im Einzelnen äußerst umstritten. Jedenfalls sollen dazu gehören das Stimm-, Gewinn- und Informationsrecht, der Umfang der Beitragspflicht, das Geschäftsführungsrecht und die Zusammensetzung der Gesellschaft. Zwar soll der Gesellschafter in Bezug auf diese den Kernbereich betreffen-

de Entscheidungen und Maßnahmen vorab im Gesellschaftsvertrag seine Zustimmung erteilen können. Insofern hat die Rechtsprechung des BGH jedoch hohe Anforderungen an die Bestimmtheit und Konkretheit einer solchen antizipierten Zustimmung gestellt.

> (BGH NZG 2006, 306, 307 f. mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung. Zum Meinungsstand der Literatur und den vielfältigen, im Einzelnen sehr umstrittenen Fragestellungen *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., 2003, § 119 Rn. 36; *Ulmer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2004, § 709 Rn. 84 ff. Dabei werden zwar bei Publikumsgesellschaften, die durch eine Vielzahl anonymer Gesellschafter gekennzeichnet sind (z.B. geschlossene Fonds), allgemein Einschränkungen dieser sog. Kernbereichslehre sowie des sog. Bestimmtheitsgrundsatzes anerkannt; vgl. die vorstehenden Nachweise. Es ist jedoch äußerst zweifelhaft, ob die vorliegende Gestaltung mit einer Publikumsgesellschaft vergleichbar ist.)

bb) Gestaltung der Gesellschafterstruktur

Die Aufnahme neuer Gesellschafter (Kommanditisten) kann zum einen durch die Übertragung eines bestehenden Kommanditanteils erfolgen, die grundsätzlich der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf. Die Zustimmung der Mitgesellschafter kann jedoch durch Mehrheitsbeschluss bzw. Delegation z.B. an die Komplementär-GmbH ersetzt werden. Erforderlich und ausreichend ist ein formfreier Vertrag zwischen dem Übertragenden und dem Erwerbenden. Gemäß § 162 HGB ist die Eintragung des neuen Kommanditisten im Handelsregister zu bewirken, um in den Genuss der haftungsbegrenzenden Wirkung der Kommanditeinlage zu kommen

> (*Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., 2006, § 105 Rn. 70, § 162 Rn. 8; *Masuch*, in: *Sudhoff*, Personengesellschaften, 8. Aufl., 2005, § 18 Rn. 5 ff.; *Mutter*, in: Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 2005, § 6 Rn. 289 ff.).

Alternativ kommt die Bildung eines neuen Kommanditanteils und die Übernahme dieses Gesellschaftsanteils durch den neu eintretenden Gesellschafter (Kommanditisten) in Betracht. Insoweit bestehen, da ein Bezugsrecht der übrigen Kommanditisten grundsätzlich nicht besteht, nur geringe Anforderungen. Erforderlich und ausreichend ist ein Aufnahmevertrag. Dieser ist zwar grundsätzlich zwischen den beitretenden und allen bisherigen Gesellschaftern abzuschließen. Im Gesellschaftsvertrag kann die Aufnahme neuer Gesellschafter jedoch erleichtert werden. So kann die Entscheidung über die Aufnahme einzelnen Gesellschaftern (beispielsweise der Komplementär-GmbH) überlassen werden, die dann auch den erforderlichen Aufnahmevertrag mit

dem Beitretenden abschließt, ohne dass eine Mitwirkung der übrigen Gesellschafter erforderlich wäre

> (BGH, NZG 2002, 279; BGH, NJW 1978, 1000; BGH, BB 1976, 154; *Boujong*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, 2001, § 105 Rn. 155; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., 2006, § 105 Rn. 67; *Koller*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 6. Aufl., 2007, § 105 Rn. 46).

cc) Verschiedenes

Ähnlich wie bei der GmbH besteht auch bei der GmbH & Co. KG eine weitgehende Satzungsfreiheit hinsichtlich der Bestimmung der Gewinnverteilung (vgl. oben II. 2. c.). Kapitalschutzvorschriften gelten bei der GmbH & Co. KG vor allem insofern, als die Haftung des Kommanditisten nur dann auf die Höhe seiner Einlage begrenzt ist, wenn diese vollständig an die Gesellschaft erbracht worden ist.

dd) Bewertung

Von der GmbH unterscheidet sich die GmbH & Co. KG vor allem durch die leichte Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile. Die Möglichkeit, die Komplementär-GmbH zur eigenverantwortlichen Aufnahme neuer Gesellschafter (Kommanditisten) zu ermächtigen, stellt ein einfaches Mittel zur flexiblen Aufnahme neuer Gesellschafter dar. Hinsichtlich der Gestaltbarkeit der Organisationsverfassung der GmbH & Co. KG ergeben sich demgegenüber keine wesentlichen Unterschiede zur GmbH. Zu beachten ist indessen, dass die Satzung für Fragen, die den Kernbereich der Gesellschafterposition betreffen, keine Mehrheitsentscheidungen vorsehen kann.

d) Gründung der PDG als GmbH (& Co. KG) und spätere Umwandlung in AG

Als Gestaltungsvariante ist zu erwägen, die PDG zunächst als GmbH (oder GmbH & Co. KG) zu gründen und diese erst in einem späteren Stadium (etwa nach Abschluss des ersten Ausschreibungsverfahrens) in eine AG umzuwandeln. In der Gründungsphase würde damit die Flexibilität sowie die Möglichkeit zur unmittelbaren Einflussnahme durch die Gesellschafter, die der GmbH eigen ist, genutzt werden können. Die erforderliche Umwandlung (Formwechsel) in eine Aktiengesellschaft würde die Zustimmung aller Gesellschafter der Gründungs-GmbH (& Co. KG) erfordern, § 193 UmwG. Im Anschluss an den Formwechsel in eine Aktiengesellschaft könnte sodann die BTG im Wege einer Aktienübertragung oder einer Kapitalerhöhung (vgl. dazu oben 2. a) bb) (2)) beitreten bzw. aufgenommen werden.

3. Mögliche Rechtsformen der BTG

Als Rechtsformen für die BTG kommen in erster Linie die GmbH (dazu b)), die GmbH & Co. KG (dazu c)) sowie eine stille Beteiligung der privaten Investoren an einer als GmbH verfassten BTG (dazu d)) in Betracht. Ungeeignet erscheint hingegen die Rechtsform der Stiftung (dazu jetzt a)).

a) Stiftung

Keine geeignete Rechtsform für die BTG dürfte die Stiftung darstellen.

Die Stiftung ist eine juristische Person des Privatrechts, die mit dem ihr gewidmeten Vermögen einen darin festgelegten Zweck dauerhaft verfolgt. Ihre Besonderheit besteht darin, dass sie, anders als eine AG, eine GmbH, aber auch anders als ein Verein keine Aktionäre, Gesellschafter oder Mitglieder hat. Die Stiftung gehört sich selbst. Damit ist weder eine Übertragung einer etwaigen Mitgliedschaft in der Stiftung oder einer Gesellschafterstellung – gegen Zahlung einer Abfindung oder eines Anteilskaufpreises – möglich, noch wird das in die Stiftung eingebrachte Kapital im Falle eines Ausscheidens des „Anteilsinhabers" an diesen zurückgezahlt. Auch eine Ausschüttung etwaiger erzielter Gewinne an die „Anteilsinhaber" ist im Stiftungsrecht nicht vorgesehen. Allein für den Fall der Auflösung und Liquidation der Stiftung kann die Satzung eine „Auskehr" des Stiftungsvermögens an bestimmte Anfallberechtigte vorsehen

> (*Gotthardt*, in: *Schauhoff*, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2. Aufl., 2005, § 21 Rn. 78 ff.; allgemein zur Rechtsnatur der Stiftung *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, 66. Aufl., 2007, Vorb. v. § 80 ff.).

Nach den derzeitigen Vorstellungen soll die BTG als Gesellschafter dauerhaft in der PDG verbleiben. Damit erscheint eine Auflösung einer als Stiftung verfassten BTG allein zum Zwecke der Verteilung ihres Stiftungsvermögens – aus Anlass der im Vier-Jahres-Turnus erfolgenden Neuausschreibungen – unvereinbar.

Hinzu kommt, dass die Stiftung als einziges vom Gesetz zwingend vorgesehenes Organ gemäß § 86 BGB einen Vorstand hat. Insbesondere die Stifter sind per se kein Stiftungsorgan. Ihre Rechtsstellung unterscheidet sich grundsätzlich nicht von der Position stiftungsfremder Dritter. Wollen die Stifter nach Errichtung der Stiftung selbst weiterhin Einfluss auf die Stiftung ausüben, müssen sie sich daher entweder selbst in den Vorstand oder ein anderes fakultatives Organ (z.B. Kuratorium) der Stiftung berufen oder sich durch Regelungen in der Stiftungssatzung entsprechende Einflussmöglichkeiten vorbehalten

(*Rawert*, in: *Staudinger*, BGB, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 25 f., § 86 Rn. 5; *Schauhhoff*, in: *ders.*, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2. Aufl., 2005, § 3 Rn. 74; *Schwarz/Backert*, in: Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand 01.02.2007, § 86 Rn. 2).

b) GmbH

Eine geeignete Rechtsform der BTG stellt hingegen die GmbH dar.

aa) Strukturierung

Eine als GmbH verfasste BTG kann so strukturiert werden, dass der Bund oder ein anderer Öffentlicher Auftraggeber als Gründungsgesellschafter auftritt, der stets in der Gesellschaft verbleibt und damit die „Ausschreibung" der Gesellschafterbeteiligungen im Vier-Jahres-Turnus durchführen kann. Dazu muss der Gründungsgesellschafter keine wesentliche Kapitalbeteiligung dauerhaft halten. Denn angesichts der weitgehenden Satzungsfreiheit des GmbH-Rechts im Hinblick auf die Ausgestaltung der Organisationsverfassung und des Kompetenzgefüges der GmbH können dem Gründungsgesellschafter unabhängig von seiner Kapitalbeteiligung die notwendigen Rechte und Eingriffsmöglichkeiten eingeräumt werden, die zur Durchführung und Umsetzung der turnusmäßigen Ausschreibungen erforderlich sind.

Die privaten Investoren können im Wege der Anteilsübertragung oder der Kapitalerhöhung (vgl. zu den Anforderungen im Einzelnen oben 2. b) bb) (2)) in die BTG aufgenommen werden. Die ihnen zustehenden Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung ebenso wie eine etwaige vergaberechtlich geforderte personelle und/oder institutionelle Trennung zwischen Gesellschafterebene und Geschäftsführungsebene sind weitgehend satzungsrechtlich frei gestaltbar. Denkbar wäre beispielsweise die Einrichtung eines Gesellschafterausschusses oder eines Beirates, in den die Gesellschafter (auch externe) Vertreter wählen oder entsenden und der für die Bestellung der Geschäftsführungsmitglieder verantwortlich ist. Möglich wären auch Regelungen, wonach einzelne Gesellschaftergruppen („Lose") jeweils einen Vertreter in die Geschäftsführung entsenden (zu den Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten vgl. oben 2. b) aa)).

Ebenso satzungsrechtlich weitgehend gestaltbar ist bei der GmbH die Gewinnberechtigung der einzelnen Gesellschafter (vgl. oben 2. b) cc)). Soweit beabsichtigt ist, in späteren Ausschreibungsphasen anfallende Gewinne teilweise auch an frühere, während der ersten Ausschreibungsphase an der BTG beteiligte Investoren auszukehren, könnte dies beispielsweise durch die Abtretung von Gewinnansprüchen aufgrund einer zwischen den einzelnen Investoren zu schließenden schuldrechtlichen Vereinbarung erreicht werden.

bb) Zeitliche Begrenzung der Gesellschafterstellung

Die zeitliche Begrenzung der Gesellschafterstellung der privaten Investoren dahin gehend, dass der einzelne Gesellschafter nach Ablauf von vier Jahren aus der Gesellschaft ausscheidet, um die vergaberechtlich notwendige Neuausschreibung der Beteiligungen zu ermöglichen, lässt sich zum einen durch ein vertraglich begründetes Optionsrecht zugunsten des Gründungsgesellschafters auf Rückerwerb des dem jeweiligen privaten Investoren übertragenen Geschäftsanteils (Call-Option) erreichen.

Ein solches Optionsrecht könnte dergestalt vereinbart werden, dass der Gründungsgesellschafter entweder nach Ablauf von vier Jahren oder aber bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses (z. B. eine vergaberechtlich notwendige Neuausschreibung der Beteiligungen) zum Rückerwerb des Geschäftsanteils berechtigt ist. Hierbei würde es sich um einen notariell beurkundungsbedürftigen Verpflichtungsvertrag zur Abtretung eines Geschäftsanteils im Sinne des § 15 Abs. 4 GmbHG handeln, der bereits in dem mit dem privaten Investor im Hinblick auf dessen Eintritt in die BTG abgeschlossenen notariellen Vertrag über die Übernahme des Geschäftsanteils vereinbart werden könnte. Der Anteilskaufpreis, der dem ausscheidenden privaten Investor im Falle der Ausübung der Call-Option durch den Gründungsgesellschafter zu zahlen wäre, könnte dabei – vorbehaltlich der Grenzen der Sittenwidrigkeit, § 138 BGB – vertraglich weitgehend frei vereinbart werden

> (vgl. *Jasper*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, GmbH, 2. Aufl., 2003, § 24 Rn. 74 ff.; *Zutt*, in: *Hachenburg*, GmbHG, Großkommentar, Band 1, 8. Aufl., 1992, § 15 Rn. 37).

Alternativ käme eine Satzungsregelung in Betracht, wonach ein Gesellschafter zur Abtretung seines Gesellschaftsanteils an die GmbH oder einen Dritten nach Ablauf von vier Jahren nach Anteilserwerb oder bei Vorliegen eines bestimmten sachlichen Grundes (z. B. Neuausschreibung der Beteiligungen) verpflichtet ist. Eine solche Abtretungsverpflichtung in der Satzung unterläge den im Falle einer Zwangseinziehung von Gesellschaftsanteilen zum Schutze des Betroffenen vorgesehenen Voraussetzungen des § 34 Abs. 2 GmbHG. Insbesondere bestünde damit die Verpflichtung, dem ausscheidenden Gesellschafter eine Abfindung zu zahlen, die im Grundsatz dem vollen wirtschaftlichen Wert (Verkehrswert) des Geschäftsanteils entsprechen müsste. Zwar sind insoweit satzungsrechtliche Regelungen bzgl. der Bemessung der zu zahlenden Abfindung möglich. Die Rechtsprechung hat insoweit jedoch recht weitgehende Grenzen in einer stark einzelfallbezogenen Rechtsprechung aufgestellt, wonach jedenfalls kein grobes Missverhältnis zwischen dem satzungsmäßig bemessenen Abfindungsbetrag und dem wirklichen (Verkehrs-) Wert des Anteils bestehen darf

(*Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 34 Rn. 44 ff.; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Auflage 2006, § 34 Rn. 22 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, in: *dieselben*, GmbHG, 16. Aufl., 2004, § 34 Rn. 41, 49 ff.; *Ulmer*, in: *Hachenburg*, GmbHG, Großkommentar, Band 1, 8. Aufl., 1992, § 34 Rn. 68 ff.; *Westermann*, in: *Scholz*, GmbHG, Band 1, 10. Aufl., 2006, § 34 Rn. 29 ff.).

cc) Bewertung

Die GmbH erscheint angesichts der weitgehenden Satzungsfreiheit als geeignete Rechtsform der BTG. Im Hinblick auf die im Vier-Jahres-Turnus erforderliche Neuausschreibung der Beteiligungen an der BTG ist jedoch zu bedenken, dass die Übertragung von Gesellschaftsanteilen der notariellen Form bedarf.

c) GmbH & Co. KG

Als Rechtsform der BTG kommt auch die GmbH & Co. KG in Betracht.

aa) Strukturierung

Eine in der Rechtsform der GmbH & Co. KG verfasste BTG kann so strukturiert werden, dass der Bund oder ein anderer öffentlicher Auftraggeber Alleingesellschafter der Komplementärgesellschaft ist. Damit würde dieser als Gesellschafter der geschäftsführenden Komplementär-GmbH über die notwendigen Einflussmöglichkeiten zur Durchführung der Neuausschreibungen der Gesellschafterbeteiligungen im Vier-Jahres-Turnus verfügen. Die privaten Investoren würden dann als Kommanditisten der GmbH & Co. KG beitreten. Gegebenenfalls könnte auch der Bund bzw. ein anderer Öffentlicher Auftraggeber eine geringe Kommanditbeteiligung übernehmen, um die Beendigung der Gesellschaft im Falle des Ausscheidens aller Kommanditisten (etwa im Zusammenhang mit einer Neuausschreibung der Beteiligung) zu verhindern (zur Übertragbarkeit bzw. Neuausgabe von Kommanditanteilen allgemein oben 2. c) bb)).

Die den einzelnen Gesellschaftern (Kommanditisten) zustehenden Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung bzw. die etwaige vergaberechtlich geforderte personelle bzw. institutionelle Trennung zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung sind in der GmbH & Co. KG weitgehend satzungsrechtlich frei gestaltbar. Ähnlich wie bei der GmbH käme auch bei der GmbH & Co. KG die Einrichtung eines Gesellschafterausschusses oder Beirates in Betracht, in den die Gesellschafter externe gesellschaftsfremde Vertreter entsenden oder wählen und dem die Kompetenz zur Bestimmung der Geschäftsführungsmitglieder übertragen ist.

bb) Zeitliche Begrenzung der Gesellschafterstellung

Die zeitliche Befristung der Gesellschafterstellung der Kommanditisten lässt sich ebenso wie bei der GmbH durch Begründung einer vertraglichen Call-Option zugunsten eines anderen Gesellschafters (beispielsweise der Komplementär-GmbH) gestalten. Insoweit ergeben sich ebenso wie bei der GmbH – vorbehaltlich der Grenzen der Sittenwidrigkeit, § 138 BGB – keine Grenzen im Hinblick auf die vertragliche Ausgestaltung des an den ausscheidenden Kommanditisten zu zahlenden Anteilskaufpreises.

Dies wäre anders in der alternativen Gestaltung einer satzungsrechtlich vorgesehenen Abtretungsverpflichtung. Ähnlich wie bei der GmbH stünde dem ausscheidenden Gesellschafter grundsätzlich ein Anspruch auf Zahlung einer Abfindung zu, die auf der Grundlage des wirklichen Wertes des lebenden Unternehmens einschließlich stiller Reserven und des Geschäftswertes zu berechnen ist. Dabei sind satzungsrechtliche Regelungen des Abfindungsanspruches zwar grundsätzlich möglich; die stark einzelfallbezogene Rechtsprechung hat insoweit jedoch nicht geringe Anforderungen aufgestellt. Ebenso wie bei der GmbH dürfte jedenfalls kein grobes Missverhältnis zwischen dem satzungsmäßig bemessenen Abfindungsbetrag und dem wirklichen (Verkehrs-) Wert des Anteils bestehen

> (BGH NJW 1985, 192; BGH DB 1989, 1399; BGH NJW 1993, 2101; BGHZ 123, 281; *Hopt*, in: *Baumbach/Hueck*, HGB, 32. Aufl., 2006, § 131 Rn. 63; *Lorz*, in: *Ebenroth/Boujong/Jost*, HGB, 2001, § 131, Rn. 117 ff.; *Piehler/Schulte*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Band 2, KG, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, 2. Aufl., 2004, § 38 Rn. 22 ff.).

cc) Bewertung

Auch die GmbH & Co. KG erscheint (vorbehaltlich öffentlich-rechtlicher Erwägungen) als grundsätzlich geeignete Rechtsform der BTG. Ebenso wie bei der GmbH besteht bei dieser eine weitgehende Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Ausgestaltung der Binnenverfassung der Gesellschaft. Von der GmbH unterscheidet sich die GmbH & Co. KG durch die erleichterten Übertragungsmöglichkeiten. Zu bedenken ist jedoch die der GmbH & Co. KG innewohnende Publizität der Gesellschafterbeteiligungen aufgrund der notwendigen Handelsregistereintragung. Zudem kann die Satzung für Fragen, die den Kernbereich der Gesellschafterposition betreffen, keine Mehrheitsentscheidungen vorsehen (vgl. dazu oben 2. c) aa)).

d) Stille Beteiligung der Privaten an der BTG

Eine weitere Möglichkeit der Gestaltung der BTG stellt eine stille Beteiligung der privaten Investoren an einer in der Rechtsform der GmbH verfassten BTG dar.

Bei einer stillen Beteiligung bzw. stillen Gesellschaft handelt es sich um eine Personengesellschaft, bei der sich der stille Gesellschafter an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage beteiligt, die in das Vermögen des Unternehmensträgers übergeht § 230 Abs. 1 HGB. Gegenüber einer unmittelbaren Gesellschafterbeteiligung an einer GmbH bietet die stille Gesellschaft den Vorteil, dass sie in der Regel formlos begründet und übertragen werden kann; gegenüber einer GmbH & Co. KG bietet sie den Vorteil, dass die stille Beteiligung nicht in das Handelsregister eingetragen wird und die Anonymität des stillen Gesellschafters mithin gewahrt bleibt

> (*Gehrlein*, in: *Ebenroth/Boujong/Jost*, HGB, 2001, § 230, Rn. 4; *Koller*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 6. Aufl., 2007, § 230 Rn. 10, *Stuhlfelner*, in: Heidelberger Kommentar zum HGB, 7. Aufl., 2007, § 230 Rn. 1).

In Betracht kommt vorliegend in erster Linie eine atypisch stille Gesellschaft, bei der abweichend von der gesetzlichen Leitvorstellung, wonach dem stillen Gesellschafter lediglich im Innenverhältnis Kontrollrechte zustehen (§ 233 HGB), den stillen Gesellschaftern erweiterte Mitspracherechte eingeräumt werden. So kann dem stillen Gesellschafter die Mitwirkung an Geschäftsführungsmaßnahmen oder in Gremien der Gesellschaft (Beirat/Aufsichtsrat) eingeräumt werden. Auch eine Geschäftsführung durch den stillen Gesellschafter kann vereinbart werden

> (BGHZ 8, 157 (160); BGH, WM 1976, 1030; BGH, NJW 1992, 2696 (2697); BGHZ 127, 176 (189); *Gehrlein*, in: *Ebenroth/Boujong/Jost*, HGB, 2001, § 230, Rn. 59; *Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 2002, § 230 Rn. 77).

Nicht anders als bei der GmbH und GmbH & Co. KG bestehen damit bei einer stillen Beteiligung weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten, um einerseits den privaten Investoren Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung zu geben sowie andererseits die vergaberechtlich geforderte personelle und institutionelle Trennung von Gesellschaftern und Geschäftsführung sicherzustellen

> (vgl. *Koller*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 6. Aufl., 2007, § 164 Rn. 3; *Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, Band 3, 2002, § 230 Rn. 77).

Die stille Beteiligung kann entweder durch separate Verträge des jeweils beitretenden stillen Gesellschafters erfolgen, durch die jeder einzelne stille Gesellschafter mit der Gesellschaft eine stille Gesellschaft bildet (zweigliedrige stille Gesellschaft). Mehrere können sich aber auch zu einer GbR zusammenschließen, die als solche stille Gesellschafterin der Gesellschaft wird (mehrgliedrige stille Gesellschaft). In einer solchen GbR als stiller Gesellschafterin kann dann z. B. vereinbart werden, dass die Mitwirkungs- und Kontrollrechte nur gemeinsam aufgrund gemeinschaftlicher Beschlussfassung ausgeübt werden

> (*Blaurock*, in: Handbuch der Stillen Gesellschaft, 6. Aufl., 2003, Rn. 5.46 ff.; *Gehrlein*, in: *Ebenroth/Boujong/Jost*, HGB, 2001, § 230, Rn. 76, *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., 2006, § 230 Rn. 7; BGH, BB 1994, 592).

Mittels einer solchen mehrgliedrigen Gesellschaft könnte damit beispielsweise erreicht werden, dass sich einzelne private Investoren aus bestimmten Branchen in Gruppen zusammenfinden („Losvergabe") und sich als eine solche Gruppe an der PDG (mittelbar) beteiligen.

Die zeitliche Begrenzung der Gesellschafterstellung ist bei der stillen Gesellschaft vertraglich frei vereinbar. Insoweit könnte eine zu Gunsten des GmbH-Gesellschafters begründete Call-Option zur Übertragung der stillen Beteiligung vertraglich weitgehend frei vereinbart werden. Alternativ käme die Begründung eines Kündigungsrechts zu Gunsten der GmbH in Betracht. Anforderungen an die dem ausscheidenden stillen Gesellschafter zu zahlende Abfindung würden sich hier anders als bei der GmbH und GmbH & Co. KG nicht ergeben. Denkbar ist sogar eine Regelung, wonach dem stillen Gesellschafter im Falle seines Ausscheidens auf Grund einer Kündigung eine Abfindung nicht zusteht und er auch seine Einlage nicht zurück erhält

> (*Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., 2006, § 234 Rn. 2; *Bezzenberger/Koll*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Band 2, KG, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, 2. Aufl., 2004, § 72 Rn. 32).

Eine stille Beteiligung der privaten Investoren an einer als GmbH-verfassten BTG zeichnet sich damit durch die äußerst weitgehende Flexibilität und Gestaltungsfreiheit aus. Gegenüber einer unmittelbaren Gesellschafterbeteiligung an einer GmbH bietet die stille Gesellschaft den Vorteil, dass sie in der Regel formlos begründet und übertragen werden kann; gegenüber einer GmbH & Co. KG bietet sie den Vorteil, dass die stille Beteiligung nicht in das Handelsregister eingetragen wird und die Anonymität des stillen Gesellschafters mithin gewahrt bleibt. Damit dürfte eine stille Beteiligung

der privaten Investoren an einer als GmbH-verfassten BTG die am einfachsten umzusetzende Strukturierung der Beteiligung der privaten Investoren darstellen.

4. Finanzierung der PDG durch die Gesellschafter der BTG

Im Hinblick auf die Strukturierung der Finanzierung der PDG durch die Gesellschafter der BTG sind vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten denkbar, ohne dass insoweit gesellschaftsrechtliche Grenzen bestünden.

So sind – unabhängig von der Rechtsform der BTG – schuldrechtliche Vereinbarungen möglich, wonach sich die privaten Investoren über die Zahlung eines Anteilskaufpreises bzw. der Erbringung der geschuldeten Einlage hinaus zu freiwilligen Zuzahlungen an die BTG verpflichten: Treten die privaten Investoren der BTG im Wege der Anteilsveräußerung bei, kann im Zusammenhang mit dem Abschluss des Anteilsübertragungsvertrages eine schuldrechtliche Vereinbarung über die Erbringung einer über die Zahlung des Anteilskaufpreises hinausgehenden freiwilligen Zuzahlung in die Kapitalrücklage der Gesellschaft (§ 272 Abs. 2 Nr. 3 HGB) sowohl zwischen dem Veräußerer (z.B. dem Bund) und dem erwerbenden privaten Investor im Sinne eines Vertrages zugunsten Dritter als auch zwischen dem erwerbenden privaten Investor und der BTG getroffen werden. Erfolgt der Beitritt der privaten Investoren im Wege der Kapitalerhöhung kommt das von den privaten Investoren aufzubringende Kapital – ob als Einlageleistung oder als Aufgeld (Agio) auf die übernommene Einlage – unmittelbar der BTG zugute. Das der BTG auf diese Weise zugeflossene Kapital kann diese dann wiederum im Wege einer freiwilligen Zuzahlung, einer Kapitalerhöhung oder auch als Fremdkapital in die PDG einbringen.

Alternativ oder zusätzlich können sich die privaten Investoren verpflichten, der PDG mittelbar oder unmittelbar (nachrangiges) Fremdkapital zur Verfügung zu stellen: Möglich ist sowohl die Gewährung von Darlehen an die PDG unmittelbar als auch die Gewährung von Darlehen an die BTG, die wiederum das so erhaltene Kapital an die PDG – beispielsweise ebenfalls im Wege eines Darlehens – zur Verfügung stellt.

Eine Rückzahlung der auf diese Weise der PDG durch die privaten Investoren zur Verfügung gestellten Finanzmittel im Falle der Neuausschreibung der Beteiligungen an der BTG lässt sich am einfachsten durch eine Übernahme der von den ausscheidenden Investoren übernommenen Verpflichtungen gegenüber der PDG und der BTG durch die neu eintretenden Investoren und durch Zahlung eines entsprechenden Anteilskaufpreises erreichen: Soweit die ausscheidenden Investoren Eigenkapital der BTG zur Verfügung gestellt hatten, wäre dies bei der Bemessung des von den neu eintretenden Investoren an die ausscheidenden Investoren zu zahlenden Anteilskaufpreises zu berücksichtigen. Etwaige der BTG oder der PDG durch die ausscheidenden

Investoren ausgereichten Darlehen wären von den eintretenden Investoren gegen Zahlung eines entsprechenden Forderungskaufpreises zu übernehmen.

Eine unmittelbare Rückzahlung der der BTG und der PDG zur Verfügung gestellten Finanzmittel an die ausscheidenden Investoren würde demgegenüber aufgrund der insbesondere bei den Rechtsformen der Aktiengesellschaft und GmbH zu beachtenden Kapitalerhaltungsvorschriften erhöhten Anforderungen begegnen: Erbringen die Investoren etwa freiwillige Zuzahlungen in die Kapitalrücklage wäre diese zunächst aufzulösen und könnte nur bei Verfügbarkeit eines ausschüttungsfähigen Gewinnes sodann als Gewinn an die Aktionäre bzw. Gesellschafter ausgeschüttet werden

(*Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 42 Rn. 203 f; *Beater*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2001, § 272 Rn. 53; *Kropff*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2004, § 272 HGB Rn. 106).

III. STEUERRECHT

Nachfolgend sollen kurz die wesentlichen steuerrechtlichen Aspekte der möglichen Rechtsformen der PDG und der BTG sowie die steuerrechtlichen Implikationen im Zusammenhang mit dem Ausschreibungsmodell skizziert werden, wobei angabengemäß davon ausgegangen wird, dass es sich bei den privaten Investoren um in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften handelt. Zugrunde gelegt wurden dabei die gesetzlichen Regelungen, wie sie im Bundestagsbeschluss für ein Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 25. Mai 2007 vorgesehen sind.

1. Mögliche Rechtsformen der PDG

a) Kapitalgesellschaft (Aktiengesellschaft und GmbH)

aa) Besteuerung der Kapitalgesellschaft

Aufgrund der Unternehmensteuerreform soll die durchschnittliche nominelle Steuerbelastung von Kapitalgesellschaften von derzeit durchschnittlich 38,65 % auf 29,83 % gesenkt werden. Dies soll durch eine Absenkung des Körperschaftsteuersatzes von 25 % auf 15 % und durch eine Absenkung der Gewerbesteuer (genauer der sogenannten Steuermesszahl von 5 % auf 3,5 %) erreicht werden. Allerdings soll in Zukunft die Gewerbesteuer weder bei der Körperschaftsteuer noch bei der Berechnung der Gewerbesteuer abzugsfähig sein.

bb) Besteuerung der Gesellschafter

(1) Grundsatz

Juristische Personen des öffentlichen Rechts (Bund, Länder und Kommunen) sind grundsätzlich nur insoweit unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig, als sie einen Betrieb gewerblicher Art unterhalten (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG). Der Besitz und die Verwaltung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft ist grundsätzlich keine wirtschaftliche Tätigkeit, sondern Vermögensverwaltung, was das Vorliegen eines Betriebs gewerblicher Art ausschließt. Nach der Rechtsprechung des BFH

(BFH, Urteil vom 30.6.1971, BStBl. II 1971, 753)

ist jedoch dann von einer wirtschaftlichen Tätigkeit und damit von einem Betrieb gewerblicher Art auszugehen, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts tatsächlich entscheidenden Einfluss auf die laufende Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft nimmt. Wenn und soweit die öffentliche Hand mithin tatsächlich entscheidenden Einfluss auf die laufende Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft nimmt, unterhält diese insoweit einen Betrieb gewerblicher Art, dem die Anteile an der PDG zuzuordnen sind.

Verwaltet die juristische Personen des öffentlichen Rechts indes lediglich i.S.d. § 14 Abs. 3 AO Vermögen, fehlt eine unternehmerische Tätigkeit; in diesem Fall kommt gemäß § 2 Nr. 2 KStG eine beschränkte Körperschaftsteuerpflicht in Betracht, sofern die inländischen Einkünfte dem Steuerabzug unterliegen. Vorrangig werden hiervon Kapitalerträge erfasst, für die § 43 EStG einen Steuerabzug (Kapitalertragsteuer) vorsieht.

(2) Dividenden und Veräußerungsgewinne

Unterhält die öffentliche Hand insoweit einen Betrieb gewerblicher Art, sind Dividenden sowie Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft – sowohl derzeitig als auch künftig – grundsätzlich zu 95 % von der Besteuerung befreit (§ 8b KStG).

Unterhält die öffentliche Hand indes keinen Betrieb gewerblicher Art, kommt für Dividenden eine Steuerfreistellung nach § 8b Abs. 1 KStG-E im Ergebnis nicht zum Tragen. Zwar gilt vom Grundsatz her die Außerachtlassung von Beteiligungserträgen bei der Ermittlung des Einkommens gemäß § 8b Abs. 1 KStG-E auch bei einer beschränkten Steuerpflicht (§ 2 Nr. 2 KStG-E), weil sich die sachliche (materielle) Steuerpflicht bei beschränkt Körperschaftsteuerpflichtigen auch aus den Vorschriften des zweiten Teils des Körperschaftsteuergesetzes ergibt und der Kapitalertragsteuerabzug

nur eine Form der Steuererhebung ist. Aber gemäß § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG-E ist auch für Bezüge, die nach § 8b Abs. 1 KStG-E bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben, ein Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen. Mit diesem Kapitalertragsteuerabzug ist gemäß § 43 Abs. 5 EStG-E jedoch eine Abgeltungswirkung verbunden. Diese führt zu einem Ausschluss von der Veranlagung. Mangels Veranlagung unterbleibt daher eine Anrechnung – und damit letztlich eine Erstattung – der von der Kapitalgesellschaft einbehaltene Kapitalertragsteuer (§ 37 KStG-E i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG-E). Eine Gewinnausschüttung löst in diesem Fall mithin grundsätzlich einen Kapitalertragsteuerabzug i.H.v. 25 % der Dividende aus, den die Kapitalgesellschaft (hier PDG) als Schuldnerin der Gewinnausschüttung nebst 5,5 % Solidaritätszuschlag einzubehalten hat (§§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 43 Abs. 1 Nr. 1 und 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG-E). Nach § 44a Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 EStG-E soll für Kapitalerträge (Dividenden) der Abzug jedoch lediglich i.H.v. 3/5 vorgenommen werden, soweit diese Erträge aus GmbH-Anteilen resultieren; Voraussetzung ist die Vorlage einer Nichtveranlagungsbescheinigung. Für alle übrigen Kapitalerträge i.S.d. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, d.h. also insbesondere für Dividendenerträge aus Anteilen an Aktiengesellschaften, soll keine teilweise Abstandnahme vom Kapitalertragsteuerabzug erfolgen. Veräußerungsgewinne sollen indes mangels Steuerabzug grundsätzlich nicht steuerpflichtig sein.

b) Personengesellschaft (GmbH& Co. KG)

aa) Besteuerung der GmbH& Co. KG

Im Rahmen der Besteuerung von Personengesellschaften unterliegt der Gewinn auf Ebene der Personengesellschaft der Gewerbesteuer. Die Gewerbesteuer ist künftig bei Personengesellschaften weder im Rahmen der Ermittlung der gewerbesteuerlichen noch im Rahmen der einkommensteuerlichen bzw. körperschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage als Betriebsausgabe abzugsfähig. Der Ausgleich für die Gewerbesteuer erfolgt daher nur noch bei natürlichen Personen, nicht aber bei Körperschaften als Gesellschafter der Personengesellschaft über die Gewerbesteueranrechnung, wobei der Gewerbesteueranrechnungsfaktor von 1,8 auf 3,8 erhöht wird.

Im Falle der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils an der Personengesellschaft gehört ein hieraus entstehender Gewinn zum Gewerbeertrag der Personengesellschaft.

Um zukünftig eine Rechtsformneutralität zu erreichen, ist im Rahmen der Unternehmensteuerreform erstmals auch bei Personenunternehmen eine Thesaurierungsbegünstigung für nicht entnommene laufende Gewinne vorgesehen. Der auf die thesaurierten Gewinne auf Antrag des Steuerpflichtigen anzuwendende ermäßigte Steuersatz soll 28,25 % betragen. Werden die ermäßigt besteuerten Gewinne später

entnommen, erfolgt eine Nachversteuerung mit 25 % zzgl. Solidaritätszuschlag, die der Dividendenbesteuerung entspricht.

bb) Besteuerung der Gesellschafter

(1) Grundsatz

Die Beteiligung einer juristischen Personen des öffentlichen Rechts an einer GmbH & Co. KG begründet stets einen Betrieb gewerblicher Art; dies gilt jedenfalls dann, wenn diese (i) originär gewerblich tätig oder (ii) gewerblich geprägt ist

(BFH, Urteil vom 9.5.1984, BStBl. II 1984, 726).

Da es sich bei der Beratungsleistung im Zusammenhang mit der Planung und Umsetzung von PPP-Projekten grundsätzlich um eine originär gewerbliche Tätigkeit handelt, begründet die Beteiligung der öffentlichen Hand an der PDG mithin einen Betrieb gewerblicher Art.

(2) Laufender Gewinn und Veräußerungsgewinne

Der Gewinnanteil aus der Mitunternehmerschaft im Zusammenhang mit der Beratungsleistung unterliegt auf Ebene der öffentlichen Hand grundsätzlich in voller Höhe der Körperschaftsteuer. Hinsichtlich der Gewerbesteuer wird dieser Gewinnanteil herausgekürzt, wenn er bei der Ermittlung des Gewerbeertrags angesetzt worden ist. Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer GmbH & Co. KG unterliegen auf der Ebene der öffentlichen Hand der Körperschaft- und Gewerbesteuer.

2. Mögliche Rechtsformen der BTG

a) GmbH

Soweit als Rechtsform für die BTG eine GmbH in Betracht kommt, ergeben sich hinsichtlich der Besteuerungsmerkmale keine Unterschiede zur PDG in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft; insoweit gelten unsere Ausführungen in Ziffer 1. a) entsprechend.

b) Personengesellschaft (GmbH& Co. KG)

aa) Besteuerung der GmbH& Co. KG

Da die BTG nach unserem Verständnis lediglich eine Beteiligung an der PDG hält und ansonsten nicht gewerblich im Sinne des Einkommensteuergesetzes tätig sein soll, würde eine Gewerbesteuerpflicht der BTG nur dann vorliegen, wenn es sich bei

der BTG um eine sog. gewerblich geprägte Personengesellschaft handeln würde. Eine solche gewerblich geprägte Personengesellschaft wäre gegeben, wenn bei ihr ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind. Im Falle einer solchen gewerblichen Prägung würde das bereits oben zur PDG als Personengesellschaft Gesagte entsprechend gelten.

Vermeidet man die gewerbliche Prägung, indem ein Kommanditist – wenn auch nur neben dem Komplementär - zur Geschäftsführung befugt wird, handelt es sich bei der BTG nicht um einen Gewerbebetrieb, sondern um eine Vermögensverwaltung. Die BTG unterläge dann nicht der Gewerbesteuer.

bb) Besteuerung der privaten Investoren als Gesellschafter

Sowohl im Falle der gewerblich geprägten Personengesellschaft als auch im Falle der vermögensverwaltenden Personengesellschaft unterliegt der Gewinnanteil bei den privaten Investoren in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft der Körperschaftsteuer. Wenn und soweit jedoch den privaten Investoren im Rahmen des Gewinnanteils Dividenden (z.B. von der PDG) sowie Veräußerungsgewinne aus Kapitalgesellschaftsanteilen zugerechnet werden, sind diese zu 95 % von der Besteuerung (Körperschaft- und Gewerbesteuer) befreit. Hinsichtlich der Gewerbesteuer auf der Ebene der privaten Investoren wird der Gewinnanteil aus der gewerblich geprägten Personengesellschaft herausgekürzt, wenn er bei der Ermittlung des Gewerbeertrags angesetzt worden ist. Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an der Personengesellschaft durch die privaten Investoren unterliegen bei ihnen – unabhängig vom Vorliegen einer gewerblich geprägten oder einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft - der Körperschaft- und Gewerbesteuer.

cc) Besteuerung der öffentlichen Hand als Gesellschafter

Die Beteiligung der öffentlichen Hand an der BTG in Form einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft dürfte grundsätzlich keinen Betrieb gewerblicher Art begründen. Die öffentliche Hand dürfte daher im Ergebnis so behandelt werden, als wäre sie unmittelbar an der PDG in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft beteiligt. Insofern kann an dieser Stelle auf die Ausführungen in Ziffer E.III.1.a) bb) (2) verwiesen werden.

Handelt es sich bei der BTG dagegen um eine gewerblich geprägte Personengesellschaft, ist ein Betrieb gewerblicher Art gegeben. Die Ausführungen zu den privaten Investoren in bb) gelten daher entsprechend.

c) Stille Beteiligung der privaten Investoren an der BTG

Im Falle einer stillen Beteiligung der privaten Investoren an der BTG in der Rechtsform einer GmbH ist für die steuerlichen Folgen danach zu unterscheiden, ob es sich um eine sogenannte typische oder atypische stille Gesellschaft handelt. Der atypisch stille Gesellschafter beteiligt sich als Mitunternehmer mit Mitunternehmerrisiko und –initiative, nicht nur als Geldgeber. Für die Abgrenzung zwischen atypischer und typischer stiller Gesellschaft sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls insbesondere die Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag von Bedeutung (hier sprechen Beteiligung an den stillen Reserven, an Risiko und Initiative eines Unternehmers für eine atypisch stille Gesellschaft). In die Gesamtbetrachtung sind daneben aber auch darüber hinausgehende wirtschaftliche und rechtliche Beziehungen zwischen den Investoren und der BTG, wie z.B. Geschäftsführungsvertrag, Pacht- und Darlehensverträge oder eine direkte bzw. indirekte Beteiligung am Inhaber des Handelsgeschäfts, von Bedeutung.

aa) Besteuerung der typisch stillen Gesellschaft

Im Falle der typisch stillen Gesellschaft unterliegt lediglich der Inhaber der Handelsgesellschaft (hier die BTG als GmbH) der Gewerbesteuer. Im hier angenommenen Fall der Kapitalgesellschaft als stiller Gesellschafter unterliegen die Einkünfte aus der Kapitalüberlassung beim stillen Gesellschafter der Körperschaft- und Gewerbesteuer. Sie unterfallen dem Kapitalertragsteuerabzug von 25 %, der im vorliegenden Fall, in dem die Kapitalerträge bei den Investoren zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehören keine Abgeltungswirkung hat (§ 43 Abs. 5 EStG-E).

bb) Besteuerung der atypisch stillen Gesellschaft

Bei der vorliegenden GmbH & atypisch Still fallen hinsichtlich der Gewerbesteuer sachliche und persönliche Steuerpflicht auseinander. Die GmbH & atypisch Still ist als Mitunternehmerschaft sachlich steuerpflichtig, weil ihre Tätigkeit stets in vollem Umfang als Gewerbebetrieb gilt. Gewerbesteuerschuldner (persönlich Steuerpflichtiger) ist aber der Inhaber des Handelsgeschäfts. Denn die atypisch stille Gesellschaft selbst kann als bloße Innengesellschaft ohne eigenes Betriebsvermögen nicht Gewerbesteuersubjekt und damit weder Steuerschuldner noch Adressat von Gewerbesteuer sein. Eine eigene sachliche Steuerpflicht der GmbH kommt nur dann in Betracht, wenn sich die atypisch stillen Gesellschafter nicht am gesamten Handelsgewerbe, sondern nur an bestimmten Geschäften des Handelsgewerbes beteiligen. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist für die GmbH als Inhaber des Handelsgeschäfts selbst keine separate Gewerbesteuermessbetragsfestsetzung durchzuführen.

Auf der Ebene der atypisch stillen Gesellschafter erfolgt die Besteuerung grundsätzlich wie im Falle einer Personengesellschaft (siehe oben). Hierbei sind einige Besonderheiten zu beachten. So ist z.B. der nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG zu ermittelnde Gewinnanteil des stillen Gesellschafters auf der Grundlage der Bilanz des Inhabers des Handelsgeschäfts (hier der GmbH) zu ermitteln. Der steuerliche Gesamtgewinn und die steuerliche Gesamtbilanz der Mitunternehmerschaft ergibt sich aus der Addition der Ergebnisse der Steuerbilanz des Geschäftsinhabers und einer etwaigen Sonderbilanz des stillen Gesellschafters unter Hinzurechnung des Gewinnanteils und etwaiger Sondervergütungen/-ausgaben des Stillen. Der Feststellungsbescheid über die Verteilung der Einkünfte der atypisch stillen Gesellschaft ist nicht nur bindender Grundlagenbescheid für die Besteuerung des atypisch stillen Gesellschafters, sondern auch für den Inhaber des Handelsgeschäftes.

cc) Zwischenergebnis

Aufgrund der Annahme, dass es sich bei den privaten Investoren um Kapitalgesellschaften handelt, ist die steuerliche Behandlung der stillen Gesellschafter bei der typisch und atypisch stillen Gesellschaft gleich.

3. Steuerrechtliche Implikationen im Zusammenhang mit dem Ausschreibungsmodell

a) Etablierung der Struktur

Unabhängig von der jeweiligen Rechtsform der PDG sowie der BTG hat die Gründung der vorgenannten Gesellschaften grundsätzlich keine steuerrechtlichen Auswirkungen für die Gesellschaft bzw. den Gesellschafter; das gilt jedenfalls dann, wenn die jeweilige Gründung als Bargründung erfolgt.

Auch die Beteiligung der BTG an der PDG in Höhe von 49-51 % durch Übertragung der Anteile an der PDG auf die BTG, sowie die geplante Veräußerung der Anteile an der BTG in Höhe von 99 % von der öffentlichen Hand an private Unternehmen ist ebenfalls grundsätzlich sowohl auf Ebene der Gesellschaft, als auch auf Ebene der Gesellschafter steuerneutral möglich. Dies gilt jedenfalls dann, wenn und soweit die Anteile an den Gesellschaften (PDG und BTG) keine stillen Reserven beinhalten; hiervon ist allerdings aufgrund des engen zeitlichen Zusammenhangs mit der Gründung der Gesellschaften auszugehen.

b) Laufende Besteuerung

Die laufende Besteuerung der PDG sowie der BTG ist von der jeweiligen Rechtsform der Gesellschaft abhängig; insoweit verweisen wir auf die entsprechenden Ausführungen zur Besteuerung der Gesellschaft.

c) Neuausschreibung der Rahmenvereinbarung

Steuerrechtlich hat die Neuausschreibung der Rahmenvereinbarung für die Anteilseigner der BTG grundsätzlich keine steuerrechtlichen Auswirkungen.

d) Neuausschreibung der privaten Beteiligung an der BTG

Sollte es im Rahmen der Neuausschreibung der Beteiligung an der BTG zu einem Gesellschafterwechsel kommen, hängt die Besteuerung davon abhängt, ob die BTG eine Körperschaft oder eine Personengesellschaft ist. Je nach Rechtsform handelt es sich in diesem Zusammenhang um eine Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft oder eine Veräußerung von Anteilen an einer Personengesellschaft. Hinsichtlich der jeweiligen steuerrechtlichen Behandlung verweisen wir auf unsere Ausführungen zur Besteuerung der Gesellschafter von Kapital- bzw. Personengesellschaften in Ziffer E. III. 2.

4. Vorlaufkosten

Die im Zusammenhang mit der Strukturierung und Gründung der PDG anfallenden Vorlaufkosten in Form von Beratungskosten (Unternehmensberater, Rechtsanwälte etc.), werden derzeit (und werden auch zu großen Teilen voraussichtlich auch weiterhin) von den Initiatoren getragen. Diese sollen jedoch möglichst von der PDG und/oder den künftigen privaten Investoren und Gesellschafter der BTG übernommen bzw. ersetzt werden. Die Vorlaufkosten sind zwar grundsätzlich im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung als Betriebsausgaben abzugsfähig, allerdings ist bei der Allokation der Vorlaufkosten darauf zu achten, dass diese demjenigen zugeordnet werden, der diese auch tatsächlich wirtschaftlich trägt, um eine sonst mögliche verdeckte Gewinnausschüttung zu vermeiden.

5. Bewertung

Hinsichtlich der Rechtsform der PDG ergeben sich keine steuerlichen Unterschiede aus der Wahl einer Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft. Geht man daher – wie auch oben favorisiert – von der PDG als Kapitalgesellschaft aus, stellt sich daher die Frage, ob die Rechtsformwahl auf Ebene der BTG unterschiedliche steuerliche Folgen auslöst. Im Falle der BTG als Kapitalgesellschaft oder gewerblich geprägte

Personengesellschaft ergeben sich ebenfalls keine steuerlichen Unterschiede; Gleiches gilt auch im Falle der BTG & Still.

Wird die BTG indes als vermögensverwaltende Personengesellschaft ausgestaltet (durch sogenannte Entprägung), resultiert hieraus zwar kein gewerbesteuerlicher Vorteil für ihre Gesellschafter (Kürzung des Gewinnanteils aus BTG ohnehin bei der gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage der Gesellschafter), jedoch ein körperschaft- und gewerbesteuerlicher Nachteil für die öffentliche Hand, da in diesem Fall Dividenden von der PDG, die über die BTG zufließen, nicht von der 95 %igen Steuerbefreiung (Körperschaftsteuer/Gewerbesteuer) profitieren. Im Ergebnis sollte die BTG daher als Kapitalgesellschaft oder als gewerblich geprägte Personengesellschaft ausgestaltet werden.

IV. VERFASSUNGSRECHT/ÖFFENTLICHES RECHT

1. Verfassungsrechtlicher und einfachgesetzliche Grenzen

Für die Umsetzung des Ausschreibungsmodells sind auch öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen zu beachten. Es wird deshalb im Folgenden geprüft, welche verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft von Bund und Ländern bestehen (sieht dazu unter a.). Anschließend wird auf die Zulässigkeit der Projektstruktur aufgrund haushaltsrechtlicher Vorgaben eingegangen (siehe dazu unter b.). Als weiterer Punkt wird dargestellt, in welchen Grenzen die Kommunen, d.h. Landkreise, Städte und Gemeinden, in das Ausschreibungsmodell integriert werden können und welche Voraussetzungen dabei zu beachten sind (siehe dazu unter c.). Im Anschluss daran folgen Ausführungen zu den öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen für die Vergütung der Beratungsleistungen der PDG (siehe dazu unter d.) sowie zu der Frage, welche Grenzen bei der Einbindung der bestehenden PPP-Task-Forces auf Bundes- und Länderebene bestehen (siehe dazu unter e.), wie eine gemeinsame Bund/Länderstelle zur Koordinierung eingerichtet werden könnte (siehe dazu unter f.) und ob die Beratung durch die PDG ggf. eine gewisse „Zertifizierungsfunktion" auslösen kann (siehe dazu unter g.).

a) Schranken für eine gemeinsame Bund-/Länderinstitution unter Beteiligung Privater

Als Rechtsform für die Gründung der PDG kommt derzeit entweder eine private Kapitalgesellschaft in Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder einer Aktiengesellschaft (AG) oder eine Personengesellschaft in Form einer Kommanditgesellschaft mit einer GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin (GmbH & Co. KG) in Betracht. Hinsichtlich der Auswahl der geeigneten Rechtsform

wird auf die Ausführungen im gesellschaftsrechtlichen Teil (vgl. oben Ziffer III.) verwiesen.

Spezielle öffentlich-rechtliche Rechtsformen, wie z.B. die Anstalt oder die Stiftung des öffentlichen Rechts, scheiden hingegen beim Ausschreibungsmodell aus, weil eine Beteiligung Privater an diesen Rechtsformen nur sehr eingeschränkt möglich ist. Teilweise ist zwar eine private Kapitalbeteiligung über eine atypische stille Beteiligung an Anstalten des öffentlichen Rechts möglich, wie dies bei den Berliner Wasserwerken (BWB) geschehen ist

> (vgl. zur Verfassungsmäßigkeit der Privatisierung der BWB: BerlVerfGH, NVwZ 2000, S. 794 sowie *Wolfers*, NVwZ 2000, S. 765 ff.).

Dieser Art der Beteiligung sind jedoch enge Grenzen gesetzt und dürften den Bedürfnissen und Wünschen der privaten Sponsoren nicht in gleichem Maß wie eine unmittelbare Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft gerecht werden. Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich daher auf privatrechtliche Rechtsformen. Dabei wird im Folgenden grundsätzlich von der PDG als GmbH ausgegangen. Nur soweit eine Differenzierung nach Rechtsformen erheblich erscheint, wird auf die unterschiedlichen Gesellschaftsformen eingegangen.

Zur Ausleuchtung des beim Ausschreibungsmodell zu beachtenden verfassungsrechtlichen Rahmens ist darzulegen, inwieweit die Gründung einer Kapitalgesellschaft gemeinsam durch Bund und Länder verfassungsrechtlich zulässig ist und insbesondere nicht gegen das sog. Verbot der Mischverwaltung verstößt (dazu unter aa)). Ferner werden die Grenzen für eine gemeinsame Beteiligung Privater und der öffentlichen Hand an der PDG (sog. gemischtwirtschaftliches Unternehmen) beleuchtet (dazu unter bb)) und überprüft, ob das Ausschreibungsmodell sonstigen verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält (dazu unter cc)).

aa) Zulässigkeit einer gemeinsamen Gesellschaft von Bund und Ländern

Nach dem sog. Grundsatz der Wahlfreiheit steht auch der öffentliche Hand prinzipiell ein Wahlrecht zu, ob sie Aufgaben in Form des öffentlichen oder des Privatrechts erbringt. Zu diesem Grundsatz der Wahlfreiheit gehört auch die Freiheit, auszuwählen, in welcher Form die jeweilige Organisationseinheit agieren soll, also insbesondere, ob eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform gewählt wird

> (*Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 3 Rn. 9; *Fabry*, in: *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, 2002, Teil 1 Rn. 17).

Daher ist allgemein anerkannt, dass die öffentliche Hand Aufgaben auch in Organisationsformen des Privatrechts erbringen kann, indem sie entweder selbst solche Unternehmen als Eigengesellschaften gründet oder sich an privaten Unternehmen in unterschiedlichem Umfang beteiligt. Derartige Aktivitäten im Bereich der öffentlichen Unternehmen sind seit vielen Jahren im Bereich von Bund, Ländern und Kommunen üblich

> (siehe für einen aktuellen Überblick auf Bundesebene nur: *Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.)*, Beteiligungsbericht 2006, Dezember 2006, Lesefassung zugänglich unter: http://www.bundesfinanzministerium.de/lang_de/DE/Service/Downloads/Abt_VIII/Beteiligungsbericht_202006,templateId=raw,property=publicationFile.pdf.).

(1) Grenzen des Handelns in Privatrechtsform

Das Recht zur Gründung privatrechtlicher Gesellschaften wird jedoch nicht grenzenlos gewährt. So darf sich die Verwaltung durch die Wahl einer Rechtsform des Privatrechts nicht den für sie bestehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen entziehen. Insbesondere muss geprüft werden, ob die Verwendung der Privatrechtsform mit den verfassungsrechtlichen Festlegungen zu vereinbaren ist

> (*Burgi*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 54 Rn. 16; *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 2 Rn. 79; *Wolf/Bachof/Stober*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bd. I, 10. Aufl. 1994, § 23 Rn. 4 ff. m.w.N.).

Unzulässig ist das Handeln in Privatrechtsform insbesondere im Bereich der Eingriffsverwaltung, insbesondere in der Ordnungs- und Abgabenverwaltung, die auf Zwangsmittel angewiesen ist

> (*Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 3 Rn. 9; *Wolff/Bachof/Stober*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bd. III, 5. Aufl. 2004, § 90 Rn. 38 a.E.).

Dies folgt u.a. aus dem Funktionsvorbehalt für hoheitliches Verwaltungshandeln in Art. 33 Abs. 4 GG, der bestimmt, dass die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist. Dabei ist umstritten, ob der in Art. 33 Abs. 4 GG genannte Begriff der "hoheitsrechtlichen Befugnisse" nur auf die hoheitliche Eingriffsverwaltung des Staates zu beschränken ist oder extensiver zu interpretieren ist

(siehe dazu den Überblick bei: *Battis*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 33 Rn. 55 ff. m.w.N. aus Rspr. und Lit.).

In der Rechtsprechung ist diese Frage bisher nicht allgemeingültig beantwortet,

(vgl.: BVerfGE 9, S. 268 (284) sowie BVerwGE 57, S. 55 (59)).

Als herrschende Auffassung in der Literatur dürfte gelten, dass mit den hoheitsrechtlichen Befugnissen die öffentlich-rechtliche Entscheidungstätigkeit der Eingriffsverwaltung und der grundrechtsrelevante Leistungsverwaltung, ausgenommen die Hilfsdienste, gemeint ist

(so die zusammenfassende Formulierung bei: *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 41; siehe auch: *Battis*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 33 Rn. 55 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Norm).

Allerdings kann dieser Streit vorliegend dahinstehen, weil nach allen Auffassungen die Tätigkeit der PDG nicht als die Wahrnehmung von hoheitsrechtlichen Befugnissen im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG zu verstehen ist. Bei den Tätigkeiten der PDG handelt es sich weder um Entscheidungstätigkeiten der öffentlichen Hand, noch um Bereiche der Eingriffsverwaltung. Die PDG soll allein beratend, d.h. fiskalisch/erwerbswirtschaftlich tätig sein. Die Entscheidung über das „Ob" und das „Wie" der Durchführung eines PPP-Projektes obliegt ausschließlich der jeweils zu beratenden Behörde oder öffentlichen Körperschaft. Damit wird der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG bei der Gründung der PDG nicht ausgelöst und die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform zulässig.

Vorliegend sind auch keine anderen grundgesetzlichen Spezialregelungen erkennbar, welche die Organisation der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung in Privatrechtsform für die beabsichtigte Tätigkeit der PDG, nämlich die Erbringung von Beratungsleistungen gegenüber einzelnen Behörden oder öffentlichen Körperschaften, verbieten oder einschränken würden.

Auch einfachgesetzliche Bestimmungen als Konkretisierung des Verfassungsrechts sind nicht ersichtlich, welche eine öffentliche Rechtsform für die Wahrnehmung von Beratungsaufgaben verbindlich vorsehen. Derartige positivrechtliche Vorbehalte werden z. B. dort gesehen, wo die Wahrnehmung einer Aufgabe „durch Verwaltungsakt" gem. § 35 VwVfG oder als „hoheitliche Aufgabenwahrnehmung" vorgeschrieben ist

(mit Beispielen: *Wolf/Bachof/Stober*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bd. I, 10. Aufl. 1994, § 23 Rn. 9)

Im Ergebnis ist daher von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Aufgabenerfüllung der PDG auch in der Form einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft auszugehen.

(2) Gemeinschaftsunternehmen von Bund und Ländern

Die Gründung der PDG könnte jedoch verfassungsrechtlich bzw. verwaltungsorganisationsrechtlich problematisch sein, weil beabsichtigt ist, dass zumindest Bund und Länder gemeinsam Gesellschafter bzw. Aktionär werden sollen

> (siehe zu einer möglichen Beteiligung der kommunalen Ebene gesondert unter Ziffer IV. 1. c)).

Einem solchen Vorgehen könnte das Prinzip der organisatorischen und funktionellen Trennung der Verwaltungen von Bund und Ländern entgegenstehen

> (*Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 22 Rn. 43; zum Verbot der Mischverwaltung grundlegend: BVerfGE 11, S. 105 (124); zurückhaltender: BVerfGE 39, S. 291 (311); ferner *Dittmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 83 Rn. 4).

Allerdings müsste dafür dieses Verbot der Mischverwaltung überhaupt auf die gemeinsame Gründung einer privatrechtlichen Gesellschaft durch Bund und Länder anwendbar sein. Dies könnte bereits deswegen zu verneinen sein, weil die Trennung von Bundes und Länderverwaltungen in den Art. 83 ff. GG sich grundsätzlich nur auf die Aufgabenwahrnehmung in den Formen des öffentlichen Rechts beziehen dürfte. Denn die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Mischverwaltung befassen sich stets mit Formen der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsorganisation, also der Wahrnehmung von Aufgaben in Form des öffentlichen Rechts

> (BVerfGE 11, 105 (124); BVerfGE 32, 145 (156); BVerfGE 39, 96 (108 f., 120); BVerfGE 41, 291 (311); BVerfGE 63, 1 (37 f.); BVerfGE 108, 169 (182)).

Voraussetzung wäre also eine Verwaltungstätigkeit im formellen Sinn. Die PDG ist eine privatrechtliche Gesellschaft und damit nicht Verwaltung im formellen Sinn. Eine direkte Anwendung der vom BVerfG entwickelten Rechtsprechung zum Verbot der Mischverwaltung auf die PDG verbietet sich mithin.

Selbst wenn man nicht formell auf die Organisationsform des öffentlichen Rechts abstellt, müsste zumindest eine Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinn vorliegen, damit das Verbot der Mischverwaltung greift. Voraussetzung wäre also das Vorliegen einer gemeinsamen Verwaltungstätigkeit von Bund und Ländern, also ein staatliches

Handeln, welches nicht nur einen reinen Beschaffungscharakter oder einen reinen erwerbswirtschaftlichen Charakter besitzt.

Die PDG soll in keiner Weise „verwaltend" tätig werden. Ihre Tätigkeit lässt sich weder der Ordnungsverwaltung, noch der Leistungsverwaltung, noch der Daseinsvorsorge, noch der Gewährleistungsverwaltung, noch Lenkungsverwaltung noch der Abgabenverwaltung zuordnen

> (Zu den unterschiedlichen Formen des Verwaltungshandelns: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 1 Rn. 15 ff.)

Vielmehr soll die PDG wie andere Beratungsunternehmen Dienstleistungen in Form der externen Beratung der öffentlichen Hand erbringen. Die Erbringung von Beratungsdienstleistungen stellt kein Verwaltungshandeln dar, sondern ist als fiskalisches bzw. erwerbswirtschaftliches Handeln zu qualifizieren

> (Zur Qualifikation der Tätigkeit der PDG als erwerbswirtschaftlich siehe unter Ziffer IV. 1. b)).

Zudem soll die PDG – zumindest in der Einzelprojektberatung – jeweils nur für einen Verwaltungsträger tätig werden. Damit findet gar kein Übergriff eines Verwaltungsträgers in die Kompetenzen eines anderen Verwaltungsträgers statt.

Folglich kommt das Verbot der Mischverwaltung vorliegend schon nicht zur Anwendung. Dieses Ergebnis wird durch einen Blick in die Praxis bestärkt. Bund und Länder haben in der Vergangenheit bereits mehrfach gemeinsam privatrechtliche Kapitalgesellschaften gegründet, so zum Beispiel die

- DEGES (Bund 50 %, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Freistaat Sachsen, Land Sachen-Anhalt, Freistaat Thüringen jeweils 10 %) sowie die
- HIS Hochschul-Informations-System GmbH (Bund: ca. 33,33 %, Länder je: ca. 4,17 %)

bb) Zulässigkeit einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft

Neben der grundsätzlichen Zulässigkeit eines gemeinsamen Handelns von Bund und Ländern in Form einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft ist auch zu überprüfen, ob ein solches Handeln verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, wenn gleichzeitig Privaten (über die BTG) die gesellschaftliche Beteiligung an der Gesellschaft ermöglicht wird. Durch eine solche Beteiligung Privater wäre die PDG verwaltungsorganisatorisch als sog. gemischtwirtschaftliche Gesellschaft zu qualifizieren.

Allgemein sind gemischtwirtschaftliche Gesellschaften definiert als Gesellschaften, deren Anteile teils in der Hand des Staates und teils in privater Hand liegen. Die grundsätzliche Zulässigkeit von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen wird weder in Rechtsprechung noch in der Literatur bestritten und ist allgemein anerkannt

> (Vgl. nur: *Burgi,* in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 51 Rn. 11).

Zum Teil wird als einschränkendes Kriterium für die Zulässigkeit eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens gefordert, dass die Verwaltung nur dann mit Privaten kooperieren dürfe, wenn dies durch ein wichtiges Interesse gerechtfertigt sei

> (so ausdrücklich: *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 2 Rn. 86).

Legt man diesen Maßstab zu Grunde, so wäre für die Gründung der PDG ein wichtiges öffentliches Interesse an der Kooperation mit der Privatwirtschaft notwendig. Dieses gewichtige Kooperationsinteresse lässt sich vorliegend mit Blick auf die besondere Aufgabenstellung und Zielsetzung, die mit der Gründung der PDG verfolgt wird, begründen:

Die Gründung der PDG verfolgt das primäre Ziel, die Attraktivität und Effizienz von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften und ähnlichen Kooperationsformen zwischen der öffentlichen Hand und Privaten zu erhöhen. Mit diesen Zielen sind allgemeine, für die Erfüllung von Aufgaben bedeutende Erwartungen auf Effizienzsteigerungen und die Nutzung von Optimierungspotentialen in allen Bereichen der Güterbeschaffung der öffentlichen Hand verbunden. Insbesondere verbinden sich damit auch erhebliche Erwartungen zur Entlastung der öffentlichen Haushalte.

Damit handelt es sich bei den mit der Gründung der PDG verfolgten Zielen um Zwecke, deren Bedeutung sich unmittelbar aus verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Vorgaben, ergibt. So ist etwa die Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung in Art. 114 Abs. 1 Satz 1 GG und der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung in § 7 Abs. 1 Satz 1 BHO sowie in den entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen verankert. Ferner wird mit der Stärkung von PPP in Deutschland dem durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz in § 7 Abs. 1 Satz 2 BHO eingeführten Grundsatz des Vorbehalts der privatwirtschaftlichen Aufgabenerledigung entsprochen.

Hinzu kommt, dass insbesondere die bisherige projektbezogene Beratung der öffentlichen Hand durch interne Spezialistenstäbe in Form sog. PPP-Task-Forces auf Bundes- und Länderebene nicht die nötige Effizienz bei der Implementierung von PPP-

Strukturen in Deutschland gezeitigt hat. Die vielfachen Bemühungen, Vorbehalte gegen PPP abzubauen und flächendeckend das Feld für eine PPP-Kultur auf Seiten der öffentlichen Hand zu bestellen, soll durch die PDG verstärkt werden. Gerade die Kooperation mit privaten Trägern, das durch entsprechendes Personal unterlegte Qualitätsversprechen und die Ausstattung der PDG mit ausreichendem Kapital soll die bislang bestehenden Schwierigkeiten auf Seiten der öffentlichen Hand beseitigen. Die PDG soll öffentliches und privates Know-how zusammenführen. Für ein solches „Zusammenführen" bietet sich ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen an.

Mit dieser Begründung kann für den künftigen Aufgabenbereich der PDG ein wichtiges öffentliches Interesse an der Einbindung von privatem Sachverstand, Personal und Kapital in die PDG gerechtfertigt werden. Damit würde auch nach der vorgenannten Auffassung, die ein wichtiges Interesse für die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens fordert, die Beteiligung der BTG und der öffentlichen Hände an der PDG als zulässig einzustufen sein. Insofern bestehen unter diesem Blickwinkel keine Bedenken gegen die Gründung der PDG als gemischtwirtschaftliches Unternehmen.

*b) **Grenzen der erwerbswirtschaftlichen Betätigung für Bund und Länder***

Wie bereits erwähnt, wird die PDG keine verwaltende Tätigkeit ausüben, sondern ausschließlich Beratungsleistungen gegen Entgelt für die öffentliche Hand erbringen. Zu prüfen ist, ob diese Tätigkeit den für die öffentliche Hand geltenden Schranken der erwerbswirtschaftlichen Betätigung unterliegt.

aa) Erwerbswirtschaftliche Betätigung der PDG

Dazu müsste überhaupt eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der PDG vorliegen. Erwerbswirtschaftliches Handeln liegt vor, wenn sich die öffentliche Hand in privatrechtlicher Handlungs- und Organisationsform wie ein Unternehmer im Wettbewerb verhält und auf Gewinnerzielungsabsicht bedacht ist

(*Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 3 Rn. 8).

Auch die beratende Tätigkeit, welche der Bedarfsdeckung der öffentlichen Körperschaften dient, kann erwerbswirtschaftlich sein, wenn sie auf Gewinnerzielungsabsicht gerichtet ist. Denn Bedarfsdeckung und erwerbswirtschaftliche Betätigung schließen sich nicht gegenseitig aus. Es liegt nur ein anderer Betrachtungswinkel vor. Die Frage der Bedarfsdeckung wird aus dem Blickwinkel der nachfragenden Kommune betrachtet, während die Frage der Erwerbswirtschaftlichkeit aus dem Blickwinkel des agierenden Unternehmens zu betrachten ist.

Bei der PDG wird ausweislich des vorläufigen Geschäftsplanes von einem wirtschaftlichen „break even" vier Jahre nach Gründung ausgegangen. Anschließend ist die Erwirtschaftung von Gewinnen vorgesehen. Eine Gewinnerzielungsabsicht wäre demnach zu bejahen. Zu beachten ist jedoch, dass sich das Eigenkapital mit einem Satz deutlich unter dem am Markt üblicherweise erzielbaren Satz, nämlich mit ca. 5 % p.a., verzinsen soll. Das Handeln der PDG ist also nicht wie bei anderen Wirtschaftsunternehmen auf eine Gewinnmaximierung ausgerichtet, sondern verfolgt primär andere, nicht-wirtschaftliche Ziele. Die Tätigkeit soll also in der erste Linie kostendeckend sein. Die Erwirtschaftung eines Gewinns ist eine erstrebenswerte Begleiterscheinung. Das gilt auch für die Absichten der privaten Investoren, deren Gewinnerzielungsabsicht hinter dem Ziel der Beförderung eines nachhaltigen PPP-Markts in Deutschland zurücktritt.

Dennoch wäre es falsch, die Gewinnerzielungsabsicht der PDG für diese Untersuchung auszublenden, denn sie bleibt – wenn auch als Nebenziel – nach den derzeitigen Projektplanungen langfristiges Ziel des Handelns der PDG. Es wäre jedenfalls falsch, der PDG die Erwerbswirtschaftlichkeit mangels Gewinnerzielungsabsicht abzusprechen. Dies zeigt auch der Vergleich mit anderen öffentlichen Unternehmen, die in der Regel als erwerbswirtschaftlich handelnd qualifiziert werden wie z.B. kommunale Verkehrs-, Energie- oder Messebetriebe. Auch diese verfolgen neben der Gewinnerzielungsabsicht primär öffentliche Zwecke, werden aber dennoch als wirtschaftliche Unternehmen qualifiziert,

(*Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, S. 154).

Argumente, die ebenfalls für ein erwerbswirtschaftliches Tätigwerden der PDG sprechen sind, dass die Kosten der PDG sich nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten richten und die Vergütung der PDG zumindest teilweise erfolgsabhängig sein wird. Ferner soll die PDG – zumindest in der Einzelprojektberatung, die ca. 60 – 80 % der Tätigkeit der PDG ausmachen soll, – teilweise mit anderen Unternehmen um Aufträge konkurrieren und damit am Markt im Wettbewerb tätig sein. Ein Tätigwerden am Markt impliziert in der Regel ein unternehmerisches Handeln und damit Erwerbswirtschaftlichkeit

(*Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, § 7 Rn. 441; *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, S. 152).

Die PDG würde vorliegend auch nicht als sog. Rand- oder Hilfsbetrieb der Verwaltung tätig, für den die Schranken der erwerbswirtschaftlichen Betätigung teilweise nicht gelten

(*Wolff/Bachof/Stober*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bd. I, 10. Aufl. 1994, § 23 Rn. 10 ff. m.w.N.).

Denn die PDG erbringt nicht lediglich Hilfs- oder Nebenleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit. Vielmehr stellt sich ihre Beratungsleistung als selbständige Hauptleistung dar. Insofern sprechen vorliegend gute Argumente für eine erwerbswirtschaftliche Betätigung. Man muss daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der PDG ausgehen.

bb) Zulässigkeit des erwerbswirtschaftlichen Handelns

Die heute ganz herrschende Meinung geht von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch gemischt wirtschaftliche Unternehmen aus

(statt vieler: *Jarass*, DÖV 2002, S. 489; *Berg*, GewArch 1990, S. 225 (227); *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 718; *Wolff/Bachof/Stober*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bd. I, 10. Aufl. 1994, § 23 Rn. 10 ff. m.w.N.; a.A. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: Juni 2006, Art. 12 Rn. 415).

Jedes andere Ergebnis widerspräche auch der Realität, die eine Vielzahl erwerbswirtschaftlicher Betätigungen der öffentlichen Hand kennt, wie z.B. Deutsche Telekom AG, Volkswagen AG, Deutsche Post AG.

Die Verfassung und das einfache Recht ziehen einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand jedoch Grenzen. Insbesondere darf die Teilnahme des Staates am Wettbewerb nicht zu einem unzulässigen Eingriff in die Grundrechte Dritter führen und gegen einfachgesetzliche Vorschriften, insbesondere des Wettbewerbsrechts, verstoßen. Dies soll im Folgenden anhand ausgewählter Normen geprüft werden.

(1) Vereinbarkeit mit der Wettbewerbsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Zunächst könnte die Tätigkeit der PDG die Berufsfreiheit von Wettbewerbern aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzen. Zum Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit zählt nach herrschender Meinung auch der Schutz der Wettbewerbsfreiheit

(für eine Verortung der Wettbewerbsfreiheit in Art. 12 GG : BVerfGE 46, 120 (137 f.); 86, 28 (37); zum Streitstand hinsichtlich der Verortung der Wettbewerbsfreiheit: *Schulte*, DVBl. 1988, S. 512 (515)).

Unabhängig von seiner dogmatischen Verortung umfasst die Wettbewerbsfreiheit jedoch inhaltlich die Freiheit des Wettbewerbs vor staatlicher Behinderung oder Verzerrung. Fraglich ist, ob die wirtschaftliche Betätigung der PDG die Qualität eines Eingriffs in diese Wettbewerbsfreiheit besitzt. Nach dem BVerwG tangiert allein das Hinzutreten öffentlicher Unternehmen als weitere Konkurrenten die Wettbewerbsfreiheit nicht. Art. 12 Abs. 1 GG schütze nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor dem Wettbewerb durch die öffentliche Hand; das Grundgesetz garantiere der Privatwirtschaft nicht die Ausschließlichkeit des wirtschaftlichen Handelns

> (BVerwGE 39, 329 (336); BVerwG, NJW 1978, 1539 (1540); BVerwG, DVBl. 1996, 152 (153)).

Die Wettbewerbsfreiheit könne nicht verletzt sein, weil die öffentliche Hand durch ihre Teilnahme am Wettbewerb lediglich die Erwerbschancen anderer (privater) Unternehmen mindere. Beim Wettbewerb durch den Staat handele sich lediglich um eine systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks, vor dem Art. 12 Abs. 1 GG nicht bewahre. Auch das BVerfG hat ausgeführt, dass ein subjektives verfassungsmäßiges Recht eines Unternehmens auf die Erhaltung des Geschäftsumfangs und der Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten in der freien Wettbewerbswirtschaft nicht besteht

> (BVerfGE 31, S. 8 (30); 105 (252 ff)).

Anerkannt ist jedoch, dass sich die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Verhältnis zum privaten Konkurrenten zu einem faktischen Grundrechtseingriff entwickeln kann („Eingriff durch Konkurrenz"), sofern der Eingriff spürbare Auswirkungen hat

> (*Tettinger*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 12 Rn. 73; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Grundgesetz, Stand: Juni 2006, Art. 12 Rn. 112).

Dies ist allerdings nach ständiger Rechtsprechung nur der Fall, wenn die private wirtschaftliche Betätigung unmöglich bzw. unzumutbar gemacht werde

> (siehe grundlegend: BGHZ 82, 375 (397)).

Die staatliche Konkurrenz muss nach Ansicht des BGH erdrosselnde Wirkung für den Privaten haben, was z.B. bei einem ruinösen Wettbewerb oder bei einer Monopolisierung der Fall sein kann.

Dabei stellt sich jedoch die Frage, ob diese Rechtsprechung auch auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen wie die PDG Anwendung findet, denn gemischtwirtschaftliche Unternehmen unterliegen nur teilweise einem staatlichen Einfluss und sind damit nicht mit rein staatlichen Unternehmen (Eigengesellschaften) vergleichbar. Dahinter verbirgt sich die Frage, inwieweit gemischtwirtschaftliche Unternehmen, die rein fiskalisch/erwerbswirtschaftlich tätig werden, Adressaten von Grundrechten sein können. Hierbei handelt es sich um eine äußerst umstrittene Frage

> (vgl. zum Meinungsstand: *Jarass,* in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 8. Aufl. 2006, Art. 1 Rn. 29a).

Die wohl herrschende Meinung differenziert danach, ob ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen staatlich „beherrscht" sei, insbesondere, ob die öffentliche Hand die Mehrheit der Anteile hält

> (BVerwGE 113, S. 208 (211); *Höfling*, in: *Sachs*, Grundgesetz, 3. Aufl., Art.1 Rn. 96).

Ob die PDG vorliegend öffentlich beherrscht sein wird, hängt von der näheren gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung des Ausschreibungsmodells ab. Es kann daher noch nicht beurteilt werden, ob die PDG öffentlich beherrscht sein wird und damit ggf. den Grundrechtsbindungen des Art. 12 Abs. 1 GG unterliegt.

Allerdings kann die Frage der Grundrechtbindung dahinstehen, sofern eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG auch bei Annahme einer Beherrschung jedenfalls ausscheidet. Dies könnte vorliegend der Fall sein, wenn die Tätigkeit der PDG keine erdrosselnde Wirkung auf ihre Wettbewerber hätte (s.o.), denn für gemischtwirtschaftliche Unternehmen können keine strengeren Anforderungen gelten als für Eigengesellschaften.

Denkbar wäre vorliegend ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit unter dem Aspekt der Monopolbildung. Von einem Monopol spricht man, sofern eine Marktsituation vorliegt, in der für ein ökonomisches Gut entweder nur ein Anbieter oder nur ein Nachfrager existiert. Ein echtes Monopol, wie z.B. im Versorgungsbereich (Abfall, Wasserversorgung), läge vor, wenn die PDG exklusiv sämtliche öffentlichen Hände in PPP-Projekten beraten würde. Eine solche Exklusivberatung der öffentlichen Hand durch die PDG ist jedoch nicht vorgesehen. Es steht jeder öffentlichen Hand weiterhin frei, selbst wenn sie Partei der Rahmenvereinbarung ist, sich der PDG zu bedienen oder einen PPP-Beratungsauftrag an Dritte zu vergeben. Insbesondere diejenigen öffentlichen Körperschaften, die nicht Parteien des Rahmenvertrages oder Gesellschafter der PDG sind, werden ihre Beratungsleistungen für PPP-Projekte im Wettbewerb ausschreiben müssen. In diesem Wettbewerb kann sich die PDG ne-

ben anderen privaten Dienstleistern bewerben. Die Entstehung eines echten Monopols kann also ausgeschlossen werden.

Problematisch ist, dass auch faktische Monopole, welche sich sukzessiv bilden, zumindest nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung, ggf. einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG auslösen können

> (*Scholz*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Grundgesetz, Stand: Juni 2006, Art. 12 Rn. 420 m.w.N.).

Nach dieser Meinung müsse bereits bei Gründung einer Gesellschaft die Gefahr einer späteren Monopolbildung anhand prognostischer Beurteilungen berücksichtigt werden. Nach dem derzeitigen Stand der Planungen ist nicht vorgesehen, dass die PDG Wettbewerber vom Markt verdrängen soll oder will. Vielmehr soll der bestehende Wettbewerb der PPP-Berater weitgehend unberührt bleiben, denn nur eine wettbewerbliche Situation würde die Innovationsfähigkeit der PDG erhalten. Die Innovationsfähigkeit ist wiederum Voraussetzung für eine kompetente Beratung in PPP-Projekten. Derzeit ist also auch eine faktische Monopolbildung nicht vorgesehen, weshalb auch nach der o.a. Literaturmeinung ein Wettbewerbsverstoß wegen Bildung eines Monopols ausgeschlossen ist.

Da auch unter anderen Gesichtspunkten keine erdrosselnde Wirkung durch die Tätigkeit der PDG für Wettbewerber zu befürchten ist, wird man – vorausgesetzt, die zugrundeliegenden Prämissen werden eingehalten – einen Verstoß gegen die Wettbewerbsfreiheit ablehnen müssen. Art. 12 Abs. 1 GG würde also gar nicht verletzt, weshalb im Ergebnis auch der Streit dahinstehen kann, ob die PDG als gemischtwirtschaftliches Unternehmen Adressat von Grundrechten sein kann.

(2) Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit, §§ 3, 4 UWG

Neben Art. 12 Abs. 1 GG enthält auch das einfachgesetzliche Wettbewerbsrecht, kodifiziert im Gesetz gegen den unterlauteren Wettbewerb (UWG), allgemeine Vorgaben für die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Bevor der Maßstab des UWG jedoch herangezogen wird, ist zu prüfen, ob dessen Vorschriften überhaupt auf die PDG als gemischtwirtschaftliches Unternehmen Anwendung finden.

Die Anwendung des Wettbewerbsrechts setzt eine Wettbewerbshandlung i.S. des § 2 Nr. 1 UWG voraus. Als Wettbewerbshandlung müsste das Handeln der PDG das Ziel verfolgen, den Absatz oder den Bezug von Waren oder Dienstleistungen zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern. Die PDG soll Beratungsdienstleistungen zu Gunsten der öffentlichen Hände erbringen und dafür marktwirt-

schaftlich vergütet werden. Wie bereits geprüft, sind diese Leistungen voraussichtlich als erwerbswirtschaftliche Betätigung zu qualifizieren. Bei einem erwerbswirtschaftlichen Handeln der öffentlichen Hand besteht eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung

(BGH, GRUR 1990, S. 463 (464) – *Firmenrufnummer*).

Vorliegend sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, mit der diese Vermutung widerlegt werden könnte. Insbesondere soll die PDG ihre Leistungen nicht exklusiv, sondern im Wettbewerb mit anderen privaten Anbietern erbringen. Folglich ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit der PDG als Wettbewerbshandlung i.S. des § 2 Nr. 1 UWG zu qualifizieren ist.

Das hat zur Folge, dass das Tätigwerden der PDG der allgemeinen Lauterkeitskontrolle nach den §§ 3, 4 UWG unterliegt. Für die Beurteilung der Unlauterkeit des Handelns der öffentlichen Hand, einschließlich der von der öffentlichen Hand beherrschten privatrechtlichen Organisationen, hat die Rechtsprechung bestimmte Fallgruppen entwickelt. Unterstellt man eine beherrschende Stellung der öffentlichen Hand bei der PDG, fänden diese auch auf die PDG Anwendung. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand wettbewerbsrechtlich grundsätzlich zulässig ist und erst bei Hinzutreten besonderer Umstände unlauter wird

(*Köhler* in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 13.30, vgl. auch *Omsels* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 4 Nr. 10 Rn. 293).

Wie bei privaten Wettbewerbern gilt, dass bei Beurteilung des Verhaltens die wettbewerbliche Ausgangslage, der Anlass und Zweck des Handelns, die Begleitumstände und die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen sind

(BGH, GRUR 1982, S. 425 (430) – *Brillen-Selbstabgabestellen*; BGH, WRP 1999, S. 176 (180) – *Verwaltungsstellenleiter*).

In der Literatur werden folgende aus der Rechtsprechung abgeleitete Fallgruppen gebildet, die als relevant für Wettbewerbshandlungen der öffentlichen Hand betrachtet werden:

- Preisunterbietung, unentgeltliche Zuwendungen, Preisüberbietung (z.B. bei kostenloser Abgabe von Dienstleistungen oder Waren durch die öffentliche Hand)

- Vertrauensmissbrauch (z.B. Ausspruch einer Empfehlung durch die öffentliche Hand unter Verletzung des Neutralitätsgebots)

- Autoritätsmissbrauch sowie Missbrauch von Hoheitsbefugnissen (z.B. durch Kopplung der Erteilung einer Genehmigung an die Vornahme einer bestimmten Handlung)

- Ausnutzung amtlicher Beziehungen zum Wettbewerb (z.B. durch amtlich erlangte Informationen oder öffentlicher Ressourcen)

- Normverstöße (z.B. Grundrechtverletzung privater Dritter, Verstoß gegen allgemeine Verwaltungsgrundsätze sowie sonstige verhaltensregelnde (nicht marktzutrittsregelnde) öffentlich-rechtliche Normen

  (vgl. Fallgruppen mit Beispielen bei *Köhler* in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 13.32 ff.).

Diese Fallgruppen sind neben den für privatwirtschaftliche Unternehmen geltenden Prinzipien des § 4 UWG in jeder Phase des Realisierungskonzepts für die PDG zu beachten. Zum jetzigen Kenntnisstand könnte die Tätigkeit der PDG sowohl unter dem Gesichtspunkt der Preisunterbietung wie auch im Zusammenhang mit Autoritätsmissbrauch wettbewerbsrechtliche Probleme aufwerfen

> (zu den speziellen Fragen und den damit möglicherweise einhergehenden Wettbewerbsverstößen wegen der Zertifizierungswirkung der PDG und wegen Einbindung der PPP Task Forces vgl. Ziffer IV. 1. e) aa) (3) und g)).

Zunächst könnte die Tatsache, dass die PDG ggf. eine Markteintrittsstrategie verfolgen wird, nach der ihre Beratungsleistungen teilweise unentgeltlich oder zumindest nicht kostendeckend zur Verfügung gestellt werden, als Fall der Preisunterbietung qualifiziert werden (s.o. 1. Bulletpoint). Dabei ist zunächst anzumerken, dass die Preisunterbietung grundsätzlich erlaubt und sogar wesentliches Element des freien Wettbewerbs ist

> (ständige Rspr.: BGH, GRUR 1958, 557 (558) – *Direktverkäufe*; NJW 1959, 576 (578) – *Nelkenstecklinge*; GRUR 1966, 503 (508) – *Apfelmadonna*; GRUR 1990, 687 (688) – *Anzeigenpreis II*, GRUR 2006, 596 (597) – *10 % billiger*).

Die Preisunterbietung ist nach h.M. auch dann noch wettbewerbskonform, wenn der „übliche" Preis oder Marktpreis unterschritten wird. Es ist nicht das Ziel des Wettbewerbsrechts, den Anbietern einen „angemessenen" Preis zu gewährleisten, bei dem

alle ihr Auskommen finden. Daher trifft den einzelnen Unternehmer keine Pflicht zur schonenden Preiskalkulation

> (*Köhler* in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 10.187, *Götting* in: *Fezer*, UWG, Bd. 1, § 4-10 Rn. 28 f.).

Es ist nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, Nachteile, die der freie Wettbewerb mit sich bringen kann, zu beseitigen oder auszugleichen. Das gilt auch für das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen unter Selbstkosten- (= Einstandspreis + Gemeinkosten) oder unter Einstandspreis, sogar die kostenlose Abgabe von Dienstleistungen, sofern keine besonderen Umstände hinzutreten, die das Handeln unlauter machen

> (so ganz herrschende Meinung: BGH, GRUR 1966, 503 (508) – *Apfelmadonna*; GRUR 1979, 321 (323) – *Verkauf unter Einstandspreis I*; GRUR 1984, 204 (206) – *Verkauf unter Einstandspreis II*; GRUR 2006, 596 (597) – *10 % billiger*).

Dies entspricht auch der kartellrechtlichen Wertung in § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB, der Angebote unter Einstandspreis nur unter bestimmten Voraussetzungen verbietet

> siehe zum Kartellrecht näher unter Ziffer VII.

Derartige Verlustpreisangebote können nämlich aus verschiedenen Gründen wirtschaftlich sinnvoll oder sogar geboten sein, um sich im Wettbewerb behaupten zu können. Bei der Einführung einer neuen Dienstleistung kann ein Unternehmen oft nur dadurch ins Geschäft kommen, dass es seine Dienstleistungen zeitweilig unter Selbstkosten oder gar unter dem Einstandspreis abgibt mit der Aussicht auf künftigen Gewinn

> (BGH, GRUR 1984, 204, 206 – *Verkauf unter Einstandspreis II*).

Diese Grundwertung gilt auch für Unternehmen der öffentlichen Hand, denn prinzipiell gilt für alle Unternehmen (private und öffentliche) im Wettbewerbsrecht das Gleichbehandlungsprinzip

> (*Köhler* in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 13.31; *Schünemann* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 3 Rn. 155 ff.).

Die danach grundsätzlich zulässige Preisunterbietung kann jedoch bei Hinzutreten weiterer Umstände in eine unlautere Wettbewerbshandlung umschlagen.

(ständige Rspr.: BGH, GRUR 1966, 503 (508) – *Apfelmadonna*; GRUR 1979, 321 (323) – *Verkauf unter Einstandspreis I*; GRUR 1984, 204 (206) – *Verkauf unter Einstandspreis II*; GRUR 2006, 596 (597) – *10 % billiger*)

Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Preisunterbietung in Verdrängungsabsicht (vgl. § 4 Nr. 10 UWG) erfolgt, der angebotene Preis also nicht kostendeckend ist und in gezielter Weise dazu eingesetzt wird, einen oder mehrere Mitbewerber vom Markt zu verdrängen

(BGH, GRUR 1990, 685 (686) – *Anzeigenpreis I*; GRUR 1990, 687 (688) – *Anzeigenpreis II*).

Die Unterschreitung der Selbstkosten muss in diesem Fall die ernsthafte Gefahr begründen und objektiv geeignet sein, einen oder mehrere Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, was in der Regel nur bei einem Unternehmen mit Marktmacht in Betracht kommt

(*Omsels* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 4 Rn. 139; *Köhler* in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 10.191 m.w.N.).

Ob eine Preisunterbietung durch die PDG objektiv geeignet ist, bereits vorhandene Wettbewerber zu verdrängen, erscheint vorliegend fragwürdig, denn im PPP-Beratermarkt sind u.a. große Beratungsunternehmen tätig, die dem Wettbewerbsdruck durch die PDG voraussichtlich standhalten werden können. Ggf. sind jedoch kleinere, auf die Beratung der öffentlichen Hand spezialisierte Unternehmen nicht in der Lage, einer längeren Preisunterbietung der PDG standzuhalten. Allerdings kann die Frage der objektiven Eignung des Verhaltens der PDG dahinstehen, wenn seitens der PDG keine Verdrängungsabsicht besteht.

Für das Vorliegen von Verdrängungsabsicht müsste der PDG gerade daran gelegen sein, Marktteilnehmer zu verdrängen, um anschließend ungehindert den Preis anheben zu können. Als Indiz für die Verdrängungsabsicht wird u.a. betrachtet, wenn der Preiskalkulation ersichtlich unvertretbare Eckdaten zugrunde gelegt werden

(*Köhler* in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 10.192; *Omsels* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 4 Rn. 137).

Wir gehen davon aus, dass die Preisunterbietung seitens der PDG nur lautere Ziele verfolgt und nur deshalb vorgesehen ist, um der PDG überhaupt den Marktzutritt zu ermöglichen bzw. zu vereinfachen. Wettbewerber sollen nicht behindert oder ver-

drängt werden. Vielmehr soll der Wettbewerb aufrecht erhalten bleiben, um auf diese Weise den marktwirtschaftlichen Mechanismus des Wettbewerbsdrucks zu erhalten. Monopolistische Strukturen sind wie oben geprüft nicht erwünscht. Die Tatsache, dass für andere Unternehmen der Wettbewerb ggf. schwerer wird, bedeutet nach dem oben Gesagten keinesfalls, dass damit Unlauterkeit einhergeht. Im Ergebnis kann mangels Verdrängungsabsicht und vorausgesetzt, dass die Preiskalkulation kaufmännisch vertretbar ist, aus derzeitiger Perspektive keine unterlautere Preisunterbietung angenommen werden.

Bei öffentlichen Unternehmen kann jedoch die Preisunterbietung dann unlauter werden, wenn sie aufgrund einer Zweckentfremdung öffentlicher Mittel beruht oder zu einer Gefährdung des Wettbewerbsbestandes führt

> (dazu ausführlich: *Köhler* in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 13.33; 13.35).

Eine Zweckentfremdung von öffentlichen Mitteln allerdings liegt nicht bereits deshalb vor, weil ein Unternehmen durch die öffentliche Hand (mit)finanziert wird

> (BGH GRUR 1987, 116 (118) – *Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I*; BGH GRUR 2003, 164 (166) – *Altautoverwertung*).

Unlauter wird eine Preisunterbietung unter dem Gesichtspunkt der Zweckentfremdung öffentlicher Mittel erst dann, wenn sie aus Mitteln finanziert wird, die der öffentlichen Hand zur Erfüllung eines anderen öffentlichen Zwecks zufließen, und die Kosten der Preisunterbietung auf Dritte, z.B. Beitrags- oder Steuerzahler, abgewälzt wird

> (BGH, GRUR 1982, 433 (436) – *Kinderbeiträge*; GRUR 2003, 164 (166) – *Altautoverwertung*).

Davon kann im Falle der PDG nicht ausgegangen werden, denn die Finanzierung der PDG, insbesondere in Form der Eigenkapitalausstattung, erfolgt weit überwiegend aus privaten Mitteln über die BTG. Es werden also überhaupt keine bzw. nur in unerheblichem Umfang öffentliche Mittel dazu eingesetzt, die Preisunterbietung in der Markteintrittsphase zu finanzieren. Da in gewissem Umfang auch öffentliche Mittel für Preisunterbietung eingesetzt werden können

> (BGH, GRUR 2003, 164 (166) – *Altautoverwertung*),

bestehen vorliegend keine Bedenken gegen eine teilweise Mitfinanzierung der (kurzfristigen) Preisunterbietung durch die öffentliche Hand als Gesellschafter der PDG.

Auch eine Bestandsgefährdung des Wettbewerbs wird mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch die Preisunterbietung der PDG in der Markteintrittsphase nicht ausgelöst werden. Aus den bereits genannten Gründen ist nicht anzunehmen, dass sich durch den Markteintritt der PDG der Beratermarkt für PPP-Projekte wesentlichen verändern wird. Von einer Gefährdung in seinem Bestand kann jedenfalls nicht ausgegangen werden.

Könnte nach alledem die Tätigkeit der PDG unter dem Gesichtspunkt der Preisunterbietung als wettbewerbswidrig bewertet werden kann, besteht des Weiteren auch noch die Möglichkeit des Verstoßes gegen den lauteren Wettbewerb durch Autoritätsmissbrauch (s.o. 3. Bulletpoint).

Der Begriff der „Autorität" ist dabei weit zu verstehen und umfasst alle Personen oder Einrichtungen, die aufgrund ihrer besonderen Stellung ein gewisses Ansehen und Vertrauen genießen

> (*Steinbeck* in: *Fezer,* UWG, Bd. 1, § 4-1 Rn. 375; *Stuckel* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 4 Nr. 2 Rn. 20 f.).

Als Mitarbeiter der PDG kommen Politiker und Mitarbeiter der öffentlichen Hand in Betracht, die u.U. als Autorität angesehen werden. Der Grad der Autorität wird dabei von der konkreten Person und ihrem jeweiligen Amt abhängen. Je höher der amtliche Rang oder die politische Position des Mitarbeiters, desto größer ist die damit verbundene Autorität.

Grundsätzlich ist es nicht wettbewerbswidrig, Autoritätspersonen zu Werbezwecken einzusetzen

> ((*Steinbeck* in: *Fezer,* UWG, Bd. 1, § 4-1 Rn. 375; *Stuckel* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 4 Nr. 2 Rn. 22).

Wie stets ist es das Hinzutreten weiterer Umstände, das den Vorwurf der Unlauterkeit begründet. Ein solcher Umstand wird angenommen, wenn die Adressaten der Wettbewerbshandlung in einem tatsächlichen oder faktischen Abhängigkeitsverhältnis zum Werbenden bzw. der Autoritätsperson stehen. In einem solchen Fall erfolgt die Inanspruchnahme des beworbenen Angebots nicht aufgrund sachlicher Erwägungen, sondern in einer psychischen Zwangslage - aus Gehorsam gegenüber der Autoritätsperson, weil sie sein Wohlwollen nicht verlieren möchten oder aus Angst negativer persönlicher Folgen bei Nichtinanspruchnahme der beworbenen Leistung

(vgl. BGH, GRUR 2002, 550, 553 – *Elternbriefe*; *Steinbeck* in: *Fezer*, UWG, Bd. 1, § 4-1 Rn. 375, 381; *Stuckel* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 4 Nr. 2 Rn. 20 f.).

Im vorliegenden Fall ist denkbar, dass Mitarbeiter der PDG (ehemalige) Vorgesetzte oder politisch Verbundene der mit der Projektvergabe betrauten Mitarbeiter der jeweiligen Auftraggeber sind. Sofern politische Verbundenheit bzw. Abhängigkeit bestehen, ist eine latente, wenn auch wohl faktisch schwerlich begrenzbare Gefahr des Autoritätsmissbrauchs gegeben. Abhängig von der Ausgestaltung der Mitarbeiterbesetzung und des Anstellungsverhältnisses bei der PDG ist weiterhin denkbar, dass Amtshierarchien nutzbar gemacht werden, um Aufträge für die PDG zu akquirieren. Ein solches Verhalten wäre wettbewerbsrechtlich höchst problematisch. Eine Verquickung amtlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen begründete den Unlauterkeitsvorwurf des Autoritätsmissbrauchs und ist in jedem Fall zu vermeiden

(vgl. BGH, GRUR 2002, 550, 553 - *Elternbriefe*; GRUR 1999, 594, 597 – *Holsteiner Pferd*).

Im Ergebnis ist die wettbewerbsrechtliche Beurteilung sehr stark von der konkreten Ausgestaltung der PDG – sowohl auf Mitarbeiterebene wie auch auf Marketingebene abhängig. Neben der auf der Marketingebene auftretenden Problematik der möglicherweise wettbewerbswidrigen Preisunterbietung besteht insbesondere das Risiko des Autoritätsmissbrauchs, das schon bei der Auswahl der Mitarbeiter, im Rahmen der Ausgestaltung der Anstellungsverhältnisse sowie auch während der Tätigkeit der PDG zu berücksichtigen ist.

(3) Kartellrechtliche Zulässigkeit, §§ 1, 19 ff. GWB

Im Rahmen der Zulässigkeit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ist auch die kartellrechtliche Zulässigkeit in der Regel zu prüfen. Da diese vorliegend einen gesonderten Prüfungspunkt in diesem Gutachten ausmacht, wird auf die Ausführungen unter Ziffer VII. dieses Gutachtens verwiesen. Nach den dort gefundenen Ergebnissen kann ein Verstoß gegen das Kartellrecht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. Insofern würde die erwerbswirtschaftliche Betätigung auch nicht zu einem Verstoß gegen die Vorschriften des Kartellrechts führen.

cc) Zwischenergebnis

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass nach derzeitigem Kenntnisstand das erwerbswirtschaftliche Handeln der PDG mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit

weder einen Grundrechts-, noch einen Wettbewerbs-, noch ein Kartellrechtsverstoß auslösen würde. Die Tätigkeit der PDG kann daher als zulässig eingestuft werden.

c) Weitere verfassungsrechtliche Voraussetzungen

Aus einer Reihe weiterer verfassungsrechtlicher Vorgaben ergeben sich Grenzen für die Gründung der PDG als gemischtwirtschaftliches Unternehmen, von denen einige im Folgenden kurz beleuchtet werden.

aa) Demokratieprinzip, Art. 20 GG

Es ist anerkannt, dass aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG eine unmittelbare Vorgabe für die Verwaltungsorganisation in Gestalt des Erfordernisses eines hinreichenden demokratischen Legitimationsniveaus für jede Form der Ausübung von Staatsgewalt folgt

> (*Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 20 Rn. 35 f.; *Wolff/Bachof/Stober*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bd. III, 5. Aufl. 2004, § 81 Rn. 134 ff.).

Diese Bindungen gelten insbesondere auch, wenn öffentliche Aufgaben in privatrechtlichen Organisationsformen erfüllt werden

> (*Burgi*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 51 Rn. 27, § 54 Rn. 19 ff.).

Bei einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen drückt sich das Erfordernis des hinreichenden demokratischen Legitimationsniveaus vor allem in einer dem Gesellschaftsanteil der öffentlichen Hand entsprechenden Möglichkeit zur Einflussnahme aus. Nur so kann die öffentliche Hand über ihre Einwirkungsmöglichkeiten, die sich grundrechtlich durchaus zu einer Einwirkungspflicht verdichten können, hinreichenden Einfluss auf das Unternehmen nehmen

> (*Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 2 Rn. 86).

Für den Bereich des Bundes und der Länder ist diese Sicherung einer Einflussmöglichkeit einfachgesetzlich regelmäßig durch eine entsprechende Bestimmung in den Haushaltsordnungen abgesichert, welche die Sicherung eines angemessenen Einflusses als Voraussetzung einer Beteiligung der öffentlichen Hand an einem Unternehmen fordern

> (Vgl. § 65 BHO und die diesbezüglichen Ausführungen unter IV. 2.)

Inhaltlich gleiche einfachgesetzliche Anforderungen ergeben sich für die Kommunen aus den kommunalrechtlichen Vorschriften über die Beteiligungen der Kommunen an Unternehmen

> (Vgl. beispielhaft: § 103 Abs. 1 Nr. 3 Gemeindeordnung (GO) Baden-Württemberg, § 109 Abs. 1 Nr. 6 GO Niedersachsen oder § 108 Abs. 1 Nr. 6 GO Nordrhein-Westfalen).

Durch die Beachtung dieser einfachgesetzlichen Vorschriften, deren nähere Voraussetzungen im Zusammenhang mit den übrigen haushaltsrechtlichen Anforderungen (vgl. unter Ziffer IV. 2.) bzw. kommunalrechtlichen Vorschriften (vgl. unter Ziffer IV 3. a)) dargestellt werden, wird dem Prinzip der hinreichenden demokratischen Legitimation auch der in privater Organisationsform erledigten Aufgaben aus verfassungsrechtlicher Sicht hinreichend Rechnung getragen. Sofern also die haushaltsrechtlichen bzw. kommunalrechtlichen Vorgaben zur Einflussnahme eingehalten werden, bestehen keine Bedenken, dass das Demokratieprinzip aus Art. 20 GG verletzt ist.

bb) Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 GG

Die Tätigkeit der PDG ist auch an dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Dieser besagt vereinfacht, dass die öffentliche Hand Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln muss, sofern nicht ein sachlicher Grund eine Differenzierung gebietet

> (*Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 8. Aufl. 2006, Art. 3 Rn. 4 ff. m.w.N.).

Die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG auf ein erwerbswirtschaftlich tätiges gemischtwirtschaftliches Unternehmen ist umstritten,

> (vgl. dazu nur: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 3 Rn. 10).

Auch dieses Problem kann jedoch dahinstehen, wenn bereits ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG verneint werden kann. Vorliegend könnte ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darin gesehen werden, dass bestimmte Private sich an der BTG beteiligen und dadurch am Gewinn der PDG partizipieren können, während andere diese Möglichkeit nicht haben.

Die Beteiligung an der BTG wird jedoch im Rahmen eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens ausgeschrieben, in dem jeder – vorausgesetzt das Verfahren wird ordnungsgemäß durchgeführt – die Chance hat, sich um eine gesellschaftliche

Beteiligung an der PDG zu bewerben. Mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens soll gerade einer potentiellen Ungleichbehandlung begegnet und damit ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vermieden werden

(vgl. beispielhaft: OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.5.2002, 5 Verg. 1/01).

Die Knappheit eines Gutes und damit die Erforderlichkeit einer Auswahl rechtfertigt in diesem Fall die Ungleichbehandlung. Das Vergabeverfahren stellt sicher, dass die Auswahl nach sachlichen Kriterien erfolgt und keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung stattfindet.

Sofern also die Beteiligung an der BTG in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren ausgeschrieben und vergeben wird, bestehen keine Bedenken, dass die Beteiligung Privater an der BTG zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung Dritter und damit zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG führt. Insofern braucht auch die Streitfrage nach der Grundrechtsbindung der PDG hier nicht entschieden zu werden.

d) Zwischenergebnis

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die geplante Gründung der PDG als privatrechtliche Gesellschaft mit der Beteiligung von Bund und Ländern und privaten Dritten (BTG) nach den dafür einschlägigen verfassungsrechtlichen Regelungen keinen Bedenken begegnet.

2. Haushaltsrechtliche Grenzen und Bindungen

Neben verfassungsrechtlichen Grenzen unterliegt die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens in Privatrechtsform haushaltsrechtlichen Grenzen und Bindungen. Die diesbezüglichen bundes- und landesrechtlichen Vorschriften sind weitgehend inhaltsgleich. Daher werden im Folgenden exemplarisch die bundeshaushaltsrechtlichen Bestimmungen dargestellt und untersucht. Die Ausführungen gelten jedoch für die Länder entsprechend.

Die wesentlichen Vorschriften für die Beteiligungen des Bundes finden sich in §§ 65 ff. BHO sowie in §§ 53, 54 des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG) und den dazu ergangenen Verwaltungsvorschriften. Für den Bereich des Bundes existiert neben anderen Verwaltungsvorschriften ein Beschluss der Bundesregierung, aus dem sich zahlreiche Vorgaben für die Gründung und Verwaltung eines privatrechtlichen Unternehmens ergeben

(Bekanntmachung des Bundesministeriums der Finanzen, "Hinweise für die Verwaltung der Bundesbeteiligungen", Beschluss der Bundesregierung vom 24. September 2001, GMBl. 2001, S. 950 ff.).

Hierbei handelt es sich um Binnenrecht der Verwaltung, dass zwar für Außenstehende keine Rechte und Verpflichtungen begründen kann, jedoch im verwaltungsinternen Bereich zu beachten ist.

a) Beteiligung an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, § 65 BHO

§ 65 BHO legt für die Beteiligung des Bundes an privaten Unternehmen bestimmte Anforderungen fest. Damit der Anwendungsbereich dieser Vorschrift eröffnet ist, müsste die PDG jedoch als „Unternehmen" im Sinne des § 65 BHO zu qualifizieren sein. Der Begriff des Unternehmens wird weit gefasst. So ergibt sich z.B. aus Ziff. 1.1 der zu § 65 BHO ergangenen Verwaltungsvorschrift (VV-BHO), dass der Unternehmensbegriff des § 65 BHO insbesondere nicht auf eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht abstellt

(*Nöhrbaß*, in: *Piduch* (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl., § 65 BHO Rn. 5).

Eine Gewinnerzielungsabsicht der PDG kann voraussichtlich sogar bejaht werden. Da auch sonst keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die PDG nicht als Unternehmen zu qualifizieren wäre, ist die Errichtung der PDG als Gründung eines Unternehmens im Sinne des § 65 BHO anzusehen.

Damit die Gründung der PDG in haushaltsrechtlich zulässiger Weise erfolgen kann, müssen die von § 65 Abs. 1 BHO genannten materiellen Voraussetzungen vorliegen.

aa) Wichtiges Bundesinteresse, § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO

Erste Voraussetzung ist nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO, dass ein wichtiges Bundesinteresse (bzw. auf Länderebene: Landesinteresse) vorliegt, das sich nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt. Dieses wichtige Bundesinteresse wird in den Hinweisen für die Beteiligung des Bundes wie folgt definiert:

> *"Ein wichtiges Interesse des Bundes an einer Beteiligung liegt vor, wenn hierdurch bedeutsame Aufgaben des Bundes erfüllt werden. An dieser Voraussetzung fehlt es z.B., wenn es sich um ausschließliche Aufgaben von Ländern und Gemeinden handelt, wenn lediglich Einnahmen durch Geldanlage erzielt oder ein Informationsbedürfnis der Verwaltung gedeckt werden sollen. (...)"*

Das Vorliegen eines wichtigen Bundesinteresses lässt sich im Hinblick auf die mit der Gründung der PDG erhofften Effizienzsteigerungen im öffentlichen Beschaffungswesen, die damit verbundene langfristige Entlastung der öffentlichen Haushalte sowie einer Stärkung der wirtschaftlich sinnvollen Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und privaten Partnern begründen

(vgl. ausführlich zur Frage des „wichtigen Interesses" unter: Ziffer IV. 1. a)).

Diese mit der Gründung der PDG und der Beteiligung der öffentlichen Hand verfolgten Ziele, sind zudem verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich – wie bereits oben unter Ziffer IV. 1. a) dargelegt – abgesichert.

Für die Länder, die selbst PPP-Projekte durchführen wollen, ließe sich somit ein „wichtiges Interesse" unproblematisch rechtfertigen, denn die Gründung der PDG soll ihre eigene Beschaffung und Haushaltsführung optimieren. Problematisch könnte dies für den Bund sein, sofern dieser selbst keine eigenen PPP-Projekte durchführen wird. Denn die oben zitierten Hinweise für die Beteiligung des Bundes fordern, dass mit der Gesellschaftsgründung eigene Ziele befördert müssen und nicht nur Länder und Kommunen unterstützen werden. Allerdings ist nach dem bisherigen Stand der Planungen davon auszugehen, dass auch der Bund die PDG für PPP-Projekte einsetzen wird, denn insbesondere im Fernstraßenbau tritt der Bund als Auftraggeber für PPP-Projekte auf. Denkbar sind jedoch auch PPP-Projekte auf Bundesebene im Hochbau- (z.B. Bundesbehörden) und im Verteidigungsbereich, so dass sich ein Eigeninteresse des Bundes rechtfertigen lässt. Im Ergebnis kann daher vom Vorliegen eines öffentlichen Zwecks und damit eines wichtigen Interesses des Bundes und der Länder an einer Beteiligung bei der PDG ausgegangen werden.

Zusätzlich ist jedoch erforderlich, dass sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt. Dazu führen die Hinweise für die Beteiligung des Bundes aus:

> *„Die weitere Voraussetzung, wonach sich der vom Bund angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt, verlangt eine Prüfung, ob nicht ein Tätigwerden des Bundes in weniger bindender Form als eine kapitalmäßige Beteiligung ausreichen würde. In Betracht kommen neben der Einschaltung von Behörden, Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts, insbesondere die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Zuwendungen oder Kooperationen in Form von schuldrechtlichen Verträgen. (...)"*

Als Alternativen zu einer Kapitalbeteiligung des Bundes kommen dabei generell die Befassung bereits bestehender Verwaltungseinrichtungen des Bundes, die Übernahme

von Gewährleistungen, die Gewährungen von Zuwendungen sowie funktionale Privatisierungen in Betracht

> (siehe zu diesen Optionen etwa: *Nöhrbaß*, in: *Piduch* (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl., § 65 BHO Rn. 8).

Erforderlich ist also ein Vergleich der vorgesehenen Beteiligung an einem privatrechtlichen Unternehmen mit den vorgenannten Alternativoptionen, welche Dauerbeziehungen des Bundes zu dem betreffenden Unternehmen vermeiden, worin der Zweck des § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO liegt

> *(Nöhrbaß*, in: *Piduch* (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl., § 65 BHO Rn. 8).

Besondere formelle Anforderungen für diesen Vergleich bestehen nicht. Jedoch dürfte es sich bei der Gründung der PDG haushaltsrechtlich um eine finanzwirksame Maßnahme handeln, für die nach § 7 Abs. 2 Satz 1 BHO und den dazu ergangenen Verwaltungsvorschriften angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen sind. Für den Bereich der Planung einer finanzwirksamen Maßnahme enthält insbesondere die Ziff. 2 der Verwaltungsvorschrift zu § 7 BHO detaillierte Vorgaben. Zudem besteht als Anlage zu den Verwaltungsvorschriften zu § 7 BHO eine umfangreiche Arbeitsanleitung "Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen", die für die praktische Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bestimmt ist. Aus letzterer ergeben sich eine Reihe von verwaltungstechnischen Vorgaben für die Durchführung entsprechender Untersuchungen, die in dem Verfahren einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu beachten wären.

Angesichts der mit der Gründung der PDG verfolgten Ziele, die als Kernelement eine Kooperation von öffentlicher Hand und Privaten vorsehen, um die spezifischen Zwecke der PDG erreichen zu können, werden sich im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zwar Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen der verschiedenen Modelle zur Gründung der PDG darstellen lassen. Es ist aber nicht damit zu rechnen, dass sich Lösungsmöglichkeiten ergeben, die eine Vermeidung von Dauerbeziehungen der öffentlichen Hand zur PDG als juristischer Person des Privatrechts sinnvoll erscheinen lassen. Denn Ziel der PDG ist gerade die Schaffung einer derartigen Konstruktion. Dabei ist erneut zu berücksichtigen, dass die bisherigen Aktivitäten der PPP Task Forces in geeigneter Weise fortentwickelt und eine neue institutionelle und dem aktuellen Stand des Marktes angemessene Entwicklungsstufe erreicht werden soll. Bereits dieser Umstand dürfte hinreichend deutlich machen, dass das mit der Gründung der PDG angestrebte Ziel durch eine verwaltungsinterne Lösung nicht gleich effizient zu

erreichen ist. Nach alldem sind die Voraussetzungen des § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO bei der Gründung der PDG voraussichtlich erfüllt.

bb) Begrenzung der Einzahlungsverpflichtung, 65 Abs. 1 Nr. 2 BHO

Weitere Voraussetzung für eine Beteiligung des Bundes ist nach § 65 Abs. 1 Nr. 2 BHO, dass die Einzahlungsverpflichtung des Bundes bzw. der Bundesländer auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist. Da sowohl bei einer GmbH (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG) als auch bei einer AG (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 AktG) und beim Kommanditisten einer KG (vgl. § 171 Abs. 1 HGB) die Haftung durch gesetzliche Bestimmungen beschränkt ist, ist diese Anforderung bei der Beteiligung der öffentlichen Hand an derartigen Gesellschaften erfüllt

> (siehe allgemein zur Zulässigkeit der Gründung von AG und GmbH durch die öffentliche Hand: *Nöhrbaß*, in: *Piduch* (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl., § 65 BHO Rn. 9 sowie *Stober*, NJW 1984, S. 449 (451)).

Hingegen haftet der Komplementär einer KG, der Gesellschafter einer OHG sowie der einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts grundsätzlich mit seinem vollen Vermögen. Eine Beteiligung des Bundes als Komplementär oder als Gesellschafter einer anderen Personengesellschaft scheidet daher grundsätzlich aus

> (Hinweise für die Verwaltungen der Bundesbeteiligungen, GMBl. 2001, S. 950 ff., Ziff. B. I. 1. b) (Nr. 12)).

Etwas anderes gilt nur für die GmbH & Co. KG oder die AG & Co. KG, bei der wiederum der Komplementär selbst eine GmbH bzw. AG ist, welche nur mit ihrem Kapital haftet (s.o.). In diesem Fall ist die Haftung des Komplementärs ebenfalls der Höhe nach beschränkt, so dass eine Beteiligung als GmbH-Komplementär für zulässig angesehen wird

> *(Nöhrbaß* in: *Piduch*, Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl., § 65 Rn. 9).

cc) Angemessener Einfluss auf die Gesellschaft, § 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO

Weitere Voraussetzung ist nach § 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO ein angemessener Einfluss des Bundes auf die Gesellschaft. Hierzu machen die Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen

> (GMBl. 2001, S. 950 (951 f., Tz. 13 ff. sowie (954, Tz 46 ff.) sowie Anlagen 4 bis 6 der Hinweise)

detailliertere Vorgaben, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

- Der Einfluss des Bundes ist dann angemessen, wenn er den mit der Beteiligung verfolgten Zweck und die Höhe und Bedeutung der Beteiligungsquote berücksichtigt. Hierzu wird insbesondere auf einen der Beteiligungsquote entsprechenden Stimmanteil in der entsprechenden Gesellschafterversammlung sowie eine angemessene Vertretung im Überwachungsorgan (typischerweise im Aufsichtsrat) sowie auf die entsprechenden Berufungsleitlinien der Bundesregierung (Anlage 2 der Hinweise für die Verwaltungen von Bundesbeteiligungen) verwiesen.

- Der Kreis der zustimmungspflichtigen Geschäfte ist so festzulegen, dass eine angemessene Einflussnahme des Bundes möglich ist.

- Es ist darauf zu achten, dass die Satzung den Interessen des Bundes entspricht, ggf. durch eine verstärkte Einflusseinräumung in den entsprechenden Organen der Gesellschaft.

  (Siehe insgesamt zu diesen Vorgaben auch: *Stober*, NJW 1984, S. 449 (455), sowie im Kontext der Arbeitnehmer-Mitbestimmung: OLG Bremen, NJW 1977, 1153 (1156 f.)).

Diese im einzelnen noch detaillierter ausgestalteten Vorgaben aus den Hinweisen für die Verwaltungen der Bundesbeteiligungen können bei der Gründung der PDG im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung sowie in weiteren organisationsrechtlichen Vereinbarungen (wie etwa den Geschäftsordnungen der Aufsichtsgremien und den Geschäftsanweisungen für die Geschäftsführung) durch eine entsprechende Gestaltung umgesetzt werden, so dass diese Voraussetzung des § 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO ebenfalls eingehalten werden können.

dd) Verpflichtungen hinsichtlich der Rechnungslegung, § 65 Abs. 1 Nr. 4 BHO

Die letzte Voraussetzung von § 65 Abs. 1 BHO bzw. den gleichlautenden landesrechtlichen Vorschriften betrifft Verpflichtungen zur Gewährleistung der Aufstellung und zur Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaften, die entsprechend den Vorschriften des HGB für große Kapitalgesellschaften (§§ 364 ff. HGB) durchgeführt werden müssen. Auch diesen Voraussetzungen kann durch eine diesbezügliche vertragliche Ausgestaltung unproblematisch entsprochen werden.

In diesem Zusammenhang ist schließlich auf § 92 Abs. 1 BHO hinzuweisen, der bestimmt, dass der Bundesrechnungshof die Betätigung des Bundes bei Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts, an denen der Bund unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze prüft.

b) Weitere haushaltsrechtliche Vorschriften

Neben diesen materiellen Anforderungen sind bei der Errichtung der PDG weitere haushaltsrechtliche Vorschriften zu beachten. Insbesondere sind bei der Gesellschaftsgründung die besonderen Vorschriften des Haushaltsgrundsätzgesetzes für öffentliche Unternehmen zu beachten, die vor allem in §§ 53 f. HGrG ("Rechte gegenüber privatrechtlichen Unternehmen", "Unterrichtung der Prüfungsbehörde") und in den §§ 66 bis 69 BHO verankert sind. Danach ist der Bundesrechnungshof von einer Beteiligung zu unterrichten; ihm sind je nach Umfang der Beteiligung des Bundes ggf. gesonderte Prüfungsrechte im Gesellschaftsvertrag einzuräumen

> (dazu näher *Preußner*, LKV 2003, S. 210 ff. sowie im Zusammenhang mit der Prüfung der wirtschaftlichen Beteiligungen der Kommunen *Neumann*, LKV 2002, S. 493 ff.).

Auch die Einhaltung dieser Bestimmungen kann durch entsprechende Bestimmungen in den Gründungsverträgen sichergestellt werden. Ferner ergeben sich aus § 65 Abs. 2 bis 4 BHO regierungsinterne Mitwirkungsvorbehalte bei der Gründung eines privatrechtlichen Unternehmens, die in den Hinweisen für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen

> (Hinweisen für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen, GMBl. 2001, S. 950 (952, Tz. 20 ff.))

näher konkretisiert sind und die Einzelheiten der notwendigen Beteiligung der Obersten Bundesbehörden, insbesondere des jeweiligen Fachministeriums und des Bundesministeriums für Finanzen, festlegen

> (siehe auch: *Stober*, NJW 1984, S. 449,455 f.).

Hieraus ergeben sich auch Regelungen über die Bereitstellung und den Abruf von Hausaltsmitteln sowie das nähere dabei zu beachtende Verfahren. Diese Vorschriften stehen der Gründung der PDG nicht entgegen, sie sind jedoch bei der Gründung der PDG einzuhalten.

Aus haushaltsrechtlichen Gründen ist eine gesonderte, über die allgemeinen Vorschriften hinausgehende Mitwirkung des Deutschen Bundestages oder der Landesparlamente zur Gründung der PDG in der vorgesehenen Konstruktion nicht erforderlich. Bezüglich einer gesonderten Parlamentsbeteiligung enthält § 65 Abs. 7 BHO lediglich ein vorheriges Zustimmungserfordernis von Bundestag und Bundesrat bei der Veräußerung von bedeutsamen und nicht im Haushaltsplan vorgesehenen Beteiligungen. Von einer bedeutsamen, nicht im Haushaltsplan vorgesehenen Beteiligung kann bei

der PDG nicht ausgegangen werden. Ferner besteht kein genereller Parlamentsvorbehalt für die mit der Gründung einer GmbH, AG oder GmbH & Co. KG verbundene Verfügung über Staatsvermögen. Auch aus dem in Art. 110 GG normierten Budgetrecht des Bundestages und dem allgemeinen oder grundrechtlich fundierten Parlaments- und/oder Gesetzesvorbehalt folgt kein gesondertes Zustimmungserfordernis des Parlamentes

> (siehe dazu im Kontext der Veräußerung von Bundesbeteiligungen: *Birk/Wernsmann*, DVBl. 2005, S. 1 (2 f.)).

Nach alldem ergeben sich durch das Haushaltsrecht zwar zahlreiche Vorgaben für eine Gründung der PDG in einer Rechtsform des privaten Rechts. Diese Vorgaben können jedoch durch Beachtung der einschlägigen gesetzlichen Normen und Verwaltungsvorschriften sowie durch eine entsprechende Ausgestaltung der Satzung und der übrigen innergesellschaftlichen Regelungen eingehalten werden und stehen der Gründung der PDG in Form einer GmbH, AG oder GmbH & Co. KG damit nicht im Wege.

3. Möglichkeiten zur Beteiligung der Kommunen an der PDG

Für die Beteiligung der Kommunen an der PDG bestehen unterschiedliche Möglichkeiten. Die erste Option wäre eine direkte gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Kommunen an der PDG (dazu unter aa)). Eine zweite Möglichkeit bestünde in einer indirekten Einbindung der kommunalen Ebene über eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände, ggf. über eine von diesen zu gründende Beteiligungs-GmbH (dazu unter bb)). Als weitere Möglichkeit kommt in Betracht, die Kommunen auf der Ebene der Gesellschafter der PDG nicht zu beteiligen, sondern den Kommunen über entsprechende Bestimmungen des Rahmenvertrages den Zugriff auf die Leistungen der PDG zu ermöglichen. In dieser Konstellation könnte eine Einbindung der kommunalen Ebene durch ein entsprechendes Beratungsgremium – wie etwa einen kommunalen Beirat – sichergestellt werden (dazu unter cc).

Ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass diese Beteiligung der Kommunen auf Gesellschaftsebene strikt von der Frage zu trennen ist, wer Partei der Rahmenvereinbarung wird. Beide Fragen sind grundsätzlich unabhängig voneinander. Über die gesellschaftliche Ebene soll ein Einflussrecht auf die PDG sichergestellt werden, die wiederum die Bereitschaft erhöht, sich an der Rahmenvereinbarung zu beteiligen.

a) Direkte Beteiligung der Kommunen an der PDG

Bei dem Modell einer direkten Beteiligung der Kommunen an der PDG ist zunächst zwischen dem Angebot einer freiwilligen Beteiligung der kommunalen Ebene (dazu

unter aa))) und einer entsprechenden Verpflichtung zur Beteiligung (dazu unter bb)) zu differenzieren.

aa) Freiwillige Beteiligung der Kommunen

Eine freiwillige Beteiligung der Kommunen würde bedeuten, dass den kommunalen Gebietskörperschaften angeboten wird, jeweils neben dem Bund und den Ländern ebenfalls Geschäftsanteile (bzw. Aktien) an der PDG zu zeichnen bzw. übertragen zu bekommen. Dadurch würde die jeweilige Kommune unmittelbar gesellschaftlich an der PDG beteiligt.

(1) Kommunales Wirtschaftsrecht

Die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Beteiligung der Kommunen richtet sich dabei nach den für das jeweilige Bundesland einschlägigen Regelungen des kommunalen Wirtschaftsrechts. Diese Bestimmungen zur wirtschaftlichen Betätigung und Beteiligung der Kommunen an privatwirtschaftlichen Unternehmungen gehen zwar in allen Bundesländern auf die Ursprungsvorschrift des § 67 der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 zurück, haben aber in den letzten Jahren in den einzelnen Bundesländern zum Teil unterschiedliche Ausgestaltungen erfahren. Inhaltlich sind die entsprechenden Normen der Gemeinde- bzw. Kreisordnungen mit den §§ 65 ff. BHO vergleichbar, allerdings gehen die kommunalrechtlichen Bestimmungen teilweise erheblich über die bereits dargelegten materiell-rechtlichen Anforderungen von § 65 Abs. 1 BHO (vgl. dazu oben Ziffer IV. 2. a)) hinaus und stellen zum Teil noch weitere Bedingungen für eine Beteiligung von Kommunen an wirtschaftlichen Unternehmen

(siehe den Überblick bei: *Fabry*, in: *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, 2002, 1. Teil Rn. 23 ff.; *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rn. 259 ff.).

Da dieses Gutachten nicht sämtliche Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern herausarbeiten kann, beschränken sich die folgenden Darstellungen auf die Grundzüge der jeweiligen Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts. Diese stellen sich zusammengefasst wie folgt dar:

- Ein öffentlicher Zweck muss die Beteiligung an dem Unternehmen oder die Gründung des Unternehmens erforderlich machen.

- Das Unternehmen muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen.

- Der öffentliche Zweck darf nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden.

(Vgl. beispielhaft: § 102 Gemeindeordnung (GO) Baden-Württemberg (BW), § 108 GO Niedersachsen (NDS) oder § 107 GO Nordrhein-Westfalen (NRW) genannt).

Wie bereits im Rahmen der Ausführungen zum Haushaltsrecht geprüft (vgl. dazu oben Ziffer IV. 2. a)), kann ein öffentlicher Zweck für die Gründung und damit die Beteiligung an der PDG bejaht werden. Dieser liegt in der mit der Gründung der PDG erhofften Effizienzsteigerung im öffentlichen Beschaffungswesen, der damit verbundenen langfristige Entlastung der öffentlichen Haushalte sowie einer Stärkung der wirtschaftlich sinnvollen Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und privaten Partnern (s.o.).

Auch das Einflusserfordernis ließe sich voraussichtlich unproblematisch erfüllen, selbst wenn die einzelnen Kommune, bedingt durch ihre voraussichtlich eher kleine Beteiligung an der PDG, nur geringen Einfluss auf die Geschäftsführung der PDG ausüben kann. Das Einflussrecht muss jedoch nur relativ gesehen angemessen sein, weil die entsprechenden Regelungen keinen absoluten, sondern nur einen dem Anteil der Gemeinde entsprechenden Einfluss fordern

(siehe dazu § 103 Abs. 1 Nr. 3 GO BW, § 109 Abs. 1 Nr. 6 GO NDS oder § 108 Abs.1 Nr. 6 GO NRW).

Anhaltspunkte dafür, dass sich der mit der PDG verfolgte öffentliche Zweck besser oder wirtschaftlicher durch ein anderes Unternehmen erledigen ließen, bestehen nicht. Zum einen existiert bisher kein Unternehmen, welches einen mit dem der PDG vergleichbaren Auftrag hat. Zum anderen haben die bisherigen Strukturen nicht den nötigen Erfolg gezeitigt, so dass von einem Erfordernis einer Neuausrichtung der PPP-Beratung für die öffentliche Hand durch eine privatrechtliche Gesellschaft ausgegangen werden kann. Im Ergebnis kann daher das Vorliegen der drei oben genannten Grundvoraussetzungen bejaht werden.

Für die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen bestehen darüber hinaus noch besondere Bestimmungen in den einzelnen Gemeinde- bzw. Kreisordnungen. Diese gleichen jedoch inhaltlich ebenfalls den bereits dargestellten Anforderungen des § 65 Abs. 1 BHO (vgl. dazu oben Ziffer IV. 2. a)) und übertragen die dort genannten Erfordernisse auf die Ebene des Kommunalrechts. Nach den entsprechenden Bestimmungen (siehe etwa: § 103 GO BW, § 109 GO NDS oder § 108 GO NRW) sind regelmäßig folgende weitere Voraussetzungen zu beachten:

- Die Haftung der Kommune muss auf einen bestimmten Betrag begrenzt sein.
- Die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde muss in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen.
- Die Gemeinde darf sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbegrenzter Höhe verpflichten.
- Die Kommune muss einen angemessenen Einfluss in den Überwachungsorganen besitzen.
- Es bestehen regelmäßig weitere Unterrichtungs-, Berichts- und Zustimmungspflichten der Gemeindevertretungen, abhängig von der Art der konkreten Beteiligung.

  (Siehe zu diesen Anforderungen den Überblick bei: *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn 727 ff.).

Die Erfüllung dieser Anforderungen bei einer direkten Beteiligung der Kommunen an der PDG müsste im Einzelfall anhand der jeweils geltenden landesrechtlichen Regelungen überprüft werden.

Auch wäre sicherzustellen, dass die Beteiligung an der PDG nicht gegen andere Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts verstößt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere an das sog. Territorialitätsprinzip zu denken, welches aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleitet wird und die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit von Kommunen auf ihre Verbandsgrenzen beschränkt

(vgl. *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2004, 15. Kap. Rn. 731).

Die Kompetenzordnung des Grundgesetzes gebietet, dass sich die wirtschaftliche Betätigung als örtliche Aufgabe der jeweiligen Kommune darstellen muss. Dies ist unproblematisch, solange die Kommune die PDG für eigene PPP-Projekte nutzen will. Soweit jedoch ein konkreter Projektbezug fehlt, ist dies jedoch problematisch. Denn nach einer Auffassung ist die Beteiligung einer Kommune an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen u. a. unzulässig, wenn sich das Unternehmen ausschließlich oder ganz überwiegend mit gebietsfremden Angelegenheiten befasst oder die Kommune als Anteilseignerin andere als eigene Aufgaben verfolgt

(*Ehlers*, Gutachten 64. Deutscher Juristentag 2002, S. 103 f.).

Das allgemeine Ziel der Beförderung von PPP ist keine Aufgabe der einzelnen Kommunen. Folglich erscheint es nach dem oben Gesagten sehr zweifelhaft, ob die direkte

Beteiligung einer Kommune an der PDG mit dem Territorialitätsprinzip vereinbar ist. Insbesondere rechtfertigen auch die Landesgesetze über die kommunale Zusammenarbeit keine derartigen Beteiligungen, denn diese gelten in der Regel nur für öffentlich-rechtliche Kooperationsformen (Zweckverbände, gemeinsame Anstalten des öffentlichen Rechts).

Im Ergebnis halten wir daher die gesellschaftliche Beteiligung von Kommunen, die keine eigenen PPP-Projekte planen, für bedenklich.

Für die anderen Kommunen ist jedoch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass eine Direktbeteiligung der Kommunen an der PDG vor dem Hintergrund der gemeindewirtschaftlichen Vorschriften durch eine entsprechende Ausgestaltung der Gesellschaftssatzung und der jeweiligen gesellschaftsinternen Regelungsinstrumente rechtlich möglich wäre.

(2) Wettbewerbsrechtliche Schranken

Nach allgemeiner Auffassung sind neben den Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts grundsätzlich auch die allgemeinen wirtschaftsrechtlichen Grenzen, die insbesondere durch das Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) normiert werden, einzuhalten. Diese Vorschriften finden auch auf die wirtschaftlichen Unternehmungen der Kommunen Anwendung

> (*Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rn. 270 f.; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn 743 f).

Allerdings hat der Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil vom 25. April 2002 klargestellt, dass es nicht Aufgabe der Zivilgerichte sei, den möglicherweise unter Verstoß gegen Bestimmungen des kommunalen Wirtschaftsrechts erfolgenden rechtswidrigen Marktzutritt mit Mitteln des Wettbewerbsrechts entgegenzutreten

> (BGH, NJW 2002, S. 2645 ff.).

Dies wird auch aus der neu gefassten Vorschrift des § 4 Nr. 11 UWG gefolgert

> (*Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 4 UWG Rn. 13.13).

Dies hat zur Folge, dass bei der Frage des Marktzutritts sich aus den allgemeinen Vorschriften des Wettbewerbsrechts grundsätzlich keine über das kommunale Wirtschaftsrecht hinausgehenden Bindungen ergeben, die einer Gründung der PDG in der beabsichtigten Form unter Beteiligung der Kommunen entgegenstehen

(Köhler, NJW 2002, S. 2761,2762 f. ("Kommunalrechtsverstöße sind keine Wettbewerbsverstöße")).

Aus dem Wettbewerbsrecht können sich darüber hinaus im Einzelfall zwar Schranken für das konkrete Marktverhalten der PDG als Marktteilnehmer ergeben. Solche wettbewerbsrechtlichen Schranken würden dann jedoch nur einzelne konkrete Verhaltensweisen der PDG betreffen und keine Grenzen für die grundsätzliche Tätigkeit der PDG ziehen

(Köhler, in: *Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 4 UWG Rn. 13.10 ff, 13.17 ff.).

Für ein derartiges unlauteres Verhalten liegen derzeit keine Anhaltspunkte vor (vgl. oben Ziffer IV. 1. b) cc)). Diesbezüglich muss bei der Umsetzung auf die Einhaltung der o.a. Grundsätze geachtet werden.

(3) Faktische Grenzen der Beteiligung

Der direkten Beteiligung der kommunalen Ebene steht ein erhebliches faktisches Problem entgegen, denn gegenwärtig existieren in Deutschland ca. 12.500 Städte und Gemeinden sowie 323 Landkreise. Würde eine größere Anzahl dieser kommunalen Körperschaften von einem entsprechenden Angebot an der direkten Beteiligung der PDG Gebrauch machen, so müsste – geht man von einer GmbH-Lösung aus – das Stammkapital der Gründungsgesellschaft GmbH entsprechend hoch bemessen sein. Denn die Mindest-Stammeinlage jedes Gesellschafters beträgt gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG 100 €. Gleichzeitig würde eine sinnvolle Entscheidungsfindung in den Organen der PDG durch den großen Gesellschafterkreis erheblich erschwert. Zudem dürfte eine Beteiligung einzelner kommunaler Körperschaften angesichts des mit ihrem Stimmenanteil verbundenen geringen Einflusses für die Gemeinden insgesamt wenig attraktiv sein.

Denkbar wäre jedoch, nur einer Auswahl von Kommunen, etwa denjenigen, die auf Grund ihrer Größe oder bereits geplanter PPP-Projekte als potentielle Kunden der PDG in näherer Zukunft in Betracht kommen, die Beteiligung an der PDG anzubieten. Ein solches Vorgehen dürfte jedoch nicht nur wegen der konkreten Abgrenzung dieses Kreises und der möglichen Zurückweisung potentieller Interessenten problematisch sein, sondern könnte auch wegen der allgemeinen Bindung an das Willkürverbot unter Hoheitsträgern rechtlich unzulässig sein. Nach der Rechtsprechung können sich die Kommunen als Träger der öffentlichen Gewalt zwar nicht gegenüber anderen staatlichen Stellen wie dem Bund und den Bundesländern auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG berufen

(BVerfGE 21, S. 362 (372); 23, S. 353 (372); 35, S. 263 (271), 78, S. 101 (102); aus der Literatur nur: *Osterloh*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 73).

Jedoch ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG ein allgemeines Willkürverbot zwischen Hoheitsträgern, welches insbesondere Bund und Ländern verbietet, Kommunen ohne hinreichendes Differenzierungskriterium unterschiedlich zu behandeln

(BVerfGE, 21, S. 362 (372); 56, S. 298 (313); 89, S. 132 (141); BVerwGE 75, S. 318 (327); 106, S. 280 (287); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Art. 3 Rn. 8).

Für eine Differenzierung zwischen den einzelnen Kommunen hinsichtlich der Möglichkeit zur Beteiligung an der PDG müsste daher zumindest ein der objektiven Willkürkontrolle standhaltender, rechtfertigender Grund vorliegen. Ob diesbezüglich ein geeignetes Differenzierungskriterium formuliert werden kann, erscheint zumindest mit einigen praktischen und rechtlichen Unsicherheiten behaftet.

(4) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass eine freiwillige Beteiligung sämtlicher Kommunen rechtlich und faktisch problematisch ist. Die Möglichkeit, nur ausgewählten Kommunen eine direkte Beteiligung an der PDG anzubieten, ist mit Risiken bei der Wahl eines geeigneten Differenzierungskriteriums verbunden.

bb) Verpflichtung der Kommunen zur Beteiligung an der PDG

Neben den bereits genannten Problemen bei der freiwilligen Beteiligung der Kommunen begegnet eine Verpflichtung der Kommunen zu einer zwangsweisen Beteiligung an der PDG weiteren rechtlichen Bedenken. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG (jeweils in Verbindung mit den entsprechenden Gewährleistungen der Landesverfassungen) gewährleistet grundsätzlich als ein Element der kommunalen Organisationshoheit auch die kommunale Kooperationshoheit. Danach steht es grundsätzlich in der Entscheidungsfreiheit der Gemeinde, ob und auf welche Weise sie bei der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben mit anderen Rechtsträgern Kooperationen eingeht

(siehe allgemein zur Organisationshoheit: BVerfGE 91, 228 (236 ff.) sowie speziell zur Kooperationshoheit: BVerfGE 26, 228 (239), BVerfG-K, NVwZ 1987, S. 124; BrandVerfG LKV 2000, 199 (200); *Nierhaus*, in: *Sachs* (Hrsg.),

Grundgesetz, Art. 28 Rn. 44; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 13).

Eine entsprechende Verpflichtung zu einer Beteiligung an der PDG würde daher einen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie bedeuten. Ein solcher Eingriff lässt sich zwar grundsätzlich durch übergeordnete, der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie im Einzelfall vorrangige Interessen rechtfertigen. Er erfordert aber in jedem Fall eine hinreichend spezifische gesetzliche Grundlage, die derzeit nicht existiert. Da die Kommunen verfassungsrechtlich Bestanteil der Bundesländer sind und der im Zuge der Föderalismusreform neu eingefügte Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG eine direkte Aufgabenzuweisung durch Bundesgesetz an die Kommunen verbietet, müsste eine solche gesetzliche Grundlage in jedem betroffenen Bundesland durch eine eigene landesrechtliche Regelung geschaffen werden. Damit wäre zum einen eine erhebliche Zeitverzögerung im Gründungsprozess der PDG verbunden. Zum anderen wäre zweifelhaft, ob angesichts der mit der Pflichtbeteiligung der Kommunen verbundenen Ziele ein derartiger Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungshoheit zu rechtfertigen wäre

(siehe zu den allgemeinen Voraussetzungen für einen Eingriff in Art. 28 GG: *Nierhaus*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 28 Rn. 46 ff.).

Zumindest wäre bei einer entsprechenden gesetzlichen Regelung mit einem hohen Anfechtungs- und Konfliktpotential zu rechnen, falls einzelne oder viele Kommunen eine derartige Pflichtbeteiligung ablehnen, da gegen eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung die Erhebung einer Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG (oder ein entsprechendes Verfahren vor dem jeweiligen Landesverfassungsgericht) möglich wäre.

Einer Direktbeteiligung aller Kommunen stehen daher sowohl in der Variante der freiwilligen Beteiligung der Kommunen als auch in der Variante der pflichtigen Beteiligung nicht nur rechtliche, sondern auch erhebliche praktische Probleme entgegen.

b) Indirekte Beteiligung der Kommunen über die kommunalen Spitzenverbände

Als weitere Option kommt eine indirekte Beteiligung der Kommunen über ihre kommunalen Spitzenverbände in Betracht. Hierbei würde es sich nicht um eine echte indirekte Beteiligung im gesellschaftsrechtlichen Sinne handeln, weil die kommunalen Spitzenverbände die Kommunen nicht im gesellschaftsrechtlichen Sinne vertreten, sondern um eine Beteiligung der kommunalen Ebene durch eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände an der PDG. Auf Bundesebene bestehen zur Zeit drei kommunale Spitzenverbände, nämlich

- der Deutsche Landkreistag (DLT) als Vertretung der 323 Landkreise
- der Deutsche Städte- und Gemeindebund (DStGB) als Vertretung der ca. 12.500 kreisangehörigen Städte und Gemeinden in Deutschland
- der Deutsche Städtetag (DST) als Interessenvertretung der ca. 4.400 kreisfreien und kreisangehörigen Städte.

Diese Spitzenverbände sind in der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zusammengeschlossen. Eine indirekte Beteiligung der kommunalen Ebene könnte dadurch erreicht werden, dass entweder die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände oder die drei auf Bundesebene agierenden kommunalen Spitzenverbände oder sogar die auf der Ebene der Bundesländer jeweils bestehenden kommunalen Landesverbände Anteile an der PDG zeichnen.

Dazu wäre jedoch – neben einer entsprechenden Bereitschaft der jeweiligen Verbände, sich an der PDG als Gesellschafter zu beteiligen – erforderlich, dass die entsprechenden Verbände rechtsfähig sind. Dies ist nur zum Teil der Fall. So ist der Deutsche Landkreistag als eingetragener Verein (e.V.) organisiert, der Deutsche Städtetag jedoch ein nicht eingetragener Verein. Auch die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände dürfte selbst nicht rechtsfähig sein.

Möglich wäre jedoch auch die Bündelung der Beteiligungen der kommunalen Ebene in einer gesonderten Beteiligungsgesellschaft, etwa einer Beteiligungs-GmbH, die dann ihrerseits die kommunalen Anteile an der PDG hält. So besteht etwa bereits eine DStGB-Dienstleistungs-GmbH, die eine Gesellschaft in Form einer GmbH ist und deren Gesellschafter der Deutsche Städte- und Gemeindebund ist. In einer ähnlichen Konstruktion wäre auch denkbar, dass entweder die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände selbst oder die drei auf Bundesebene aktiven kommunalen Spitzenverbände (ggf. auch gemeinsam mit den jeweiligen kommunalen Landesverbänden) entweder eine gemeinsame oder jeweils getrennte Beteiligungsgesellschaften in der Rechtsform der GmbH gründen und darüber dann ihre Anteile an der PDG halten. Diese Konstruktion setzt jedoch wiederum rechtfähige Organisationseinheiten als Gesellschafter voraus, was zumindest nicht bei allen Verbänden der Fall ist (s.o.). Ferner setzt ein solches Modell die grundsätzliche Bereitschaft der kommunalen Ebene voraus, über ihre Spitzenverbände entsprechende Verantwortung bei der PDG zu übernehmen.

c) Keine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der kommunalen Ebene, sondern nur Einbindung über einen Kommunalen Beirat

Soll auf eine formale direkte oder indirekte Gesellschafterstellung der kommunalen Ebene verzichtet werden, so könnte die politisch-administrative Einbindung der Kommunen durch ein entsprechendes Beratungsgremium bei der PDG erreicht werden. Als ein solches Beratungs- und Einbindungsgremium käme insbesondere die Bildung eines Unternehmensbeirates bei der PDG in Frage. Bei einem Beirat im gesellschaftsrechtlichen Sinne handelt es sich um ein von den Gesellschaftern einer juristischen Person des Privatrechts auf freiwilliger Basis gebildetes, nicht vom Gesetzgeber vorgegebenes weiteres Gesellschaftsorgan

> (*Huber*, Der Beirat, 2004, Rn. 1, 4.; vgl. auch *Thümmel*, in: *Söffing/Thümmel* (Hrsg.), Praxishandbuch der Unternehmensgestaltung, 2003, Kap. 3, Rn. 165 ff.).

Diesem Beirat können grundsätzlich auch Personen angehören, die selbst nicht direkt oder indirekt Gesellschafter der GmbH sind. Die konkrete Ausgestaltung des Beirats, insbesondere die Aufgaben, die dem Beirat durch eine entsprechende Gestaltung der Unternehmenssatzung übertragen werden können, kann dabei von einer reinen Beratungs- und Repräsentationsfunktion über Überwachungs- und Kontrollfunktionen bis hin zu Zustimmungserfordernissen bei einzelnen Maßnahmen der Geschäftsführung reichen

> (siehe für einen Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten etwa: *Huber*, Der Beirat, 2004, Rn. 15 ff.).

Allerdings variieren die Möglichkeiten zur Bildung eines Beirates je nach der für die PDG zu wählenden Rechtsform.

So sind bei der GmbH oder der GmbH & Co. KG Beiräte durchaus üblich. Die Einrichtung eines Beirates, seine Aufgaben und die Bestellung und Abberufung der Mitglieder müssen jedoch in der Satzung der Gesellschaft geregelt werden, weil Veränderungen an der Kompetenzverteilung zwischen den Organen der GmbH gesellschaftsvertraglich fundiert werden müssen

> (*Huber*, Der Beirat, 2004, Rn. 49 ff.; *Thümmel*, in: *Söffing/Thümmel* (Hrsg.), Praxishandbuch der Unternehmensgestaltung, 2003, Kap. 3, Rn. 169, 172).

Bei der Ausgestaltung der Organisationsstruktur und der Aufgaben des Beirats ist zu beachten, dass sich aus dem Gesellschaftsrecht der Kapitalgesellschaften gewisse

Schranken ergeben, die es nicht zulassen, die Rechte, die aus der Gesellschafterstellung fließen, unbegrenzt zu verkürzen (sog. Kernbereichslehre)

> *(Thümmel*, in: *Söffing/Thümmel* (Hrsg.), Praxishandbuch der Unternehmensgestaltung, 2003, Kap. 3, Rn. 172; *Huber*, Der Beirat, 2004, Rn. 86 ff. i.V.m. 65 ff.).

Im Rahmen dieser Kernbereichslehre werden unverzichtbare, unentziehbare und stimmrechtsfeste Rechte der Gesellschafter unterschieden, die bei der Übertragung von Aufgaben und Kompetenzen auf den Beirat zu beachten sind. Die sich daraus ergebenden Grenzen für die Aufgabenstruktur des Beirates sind bei der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung des Beirates zu beachten.

Ferner wäre es auch möglich, bereits anlässlich der Errichtung des Beirates einen oder mehrere Beiratsausschüsse als selbständige Teile des Unternehmensbeirates zu gründen. Wegen des grundsätzlich bestehenden Selbstorganisationsrechtes des Beirates können Beiratsausschüsse jedoch auch später durch den Beirat selbst gegründet werden. Auf diese Weise könnten – falls dies gewünscht ist – auch über die kommunale Ebene hinaus weitere Akteure des politischen oder gesellschaftlichen Lebens in die Gesellschaftsstrukturen der PDG eingebunden werden.

Diese Ausführungen gelten grundsätzlich auch für die Gründung eines Beirates bei einer Aktiengesellschaft. Allerdings steht im Aktienrecht angesichts der gesetzlich vorgegebenen austarierten Machtbalance zwischen Vorstand, Hauptversammlung und Aufsichtsrat die rechtliche Zulässigkeit jedenfalls beschließender Beiräte nicht zweifelsfrei fest

> (siehe *Thümmel*, in: *Söffing/Thümmel* (Hrsg.), Praxishandbuch der Unternehmensgestaltung, 2003, Kap. 3, Rn. 165 m.w.N. in Fn. 250),

so dass bei einer Struktur der PDG als Aktiengesellschaft einem Beirat kaum echte Entscheidungskompetenzen zugebilligt werden könnten.

Insgesamt dürften in allen möglichen Rechtsformvarianten der PDG die Einflussmöglichkeiten der kommunalen Ebene bei der PDG über einen Beirat im Vergleich zu einer direkten Beteiligung der kommunalen Ebene als Gesellschafter geringer sein; dafür entstehen für Beiratsmitglieder im Vergleich zu einer Gesellschafterstellung nur sehr wenige Pflichten. Außerdem könnte eine sinnvolle Bündelung der kommunalen Interessen über die jeweiligen Spitzenverbände bzw. deren Vertreter im Beirat gewährleistet werden. Die Vorteile der Beiratslösung liegen zudem darin, dass eine praktisch und rechtlich schwierige Einbindung einer großen Anzahl von Kommunen als Gesellschafter der PDG nicht erforderlich ist und trotz der fehlenden formalen Ge-

sellschafterstellung der Kommunen eine rechtlich bedenkenlose Einbindung der kommunalen Ebene zur Sicherung einer grundsätzlichen Akzeptanz der PDG und zur Sicherung eines Know-how- und Informationsflusses zwischen der PDG und der kommunalen Ebene erfolgen kann. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Einrichtung eines Beirats die Beschluss- und Handlungsfähigkeit der PDG einschränkt und mit einem weiteren Gremium die Bürokratie und Komplexität der Strukturen erhöht wird.

4. Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergütungen der Beratungsleistungen der PDG und für die Bezahlung der Mitarbeiter der PDG

Im Folgenden sind die öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen für die Vergütung der Beratungsleistungen der PDG (dazu unter aa)) und für die Bezahlung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der PDG darzulegen (dazu unter bb)).

a) Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergütung der Beratungsleistungen der PDG

Nach dem derzeit vorliegenden Konzept soll die Finanzierung der PDG durch eine von den Auftraggebern aufzubringende Vergütung der durch die PDG erbrachten Beratungsleistungen erfolgen. Diese Vergütung der Beratungsleistungen soll teilweise erfolgsabhängig sein. Insgesamt soll die PDG zwar gewinnorientiert, jedoch in erster Linie kostendeckend arbeiten (s.o.). Die Kosten der PDG sollen sich jedoch nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten, insbesondere nach der Höhe üblicher Beraterhonorare richten, um eine qualitativ hochwertige Beratung sicherstellen zu können.

Die PDG wird in der Rechtsform des privaten Rechts tätig werden, weshalb die mit ihren Kunden der PDG abzuschließenden Verträge als privatrechtliche Vereinbarungen einzustufen sind. Dies gilt selbst dann, wenn die Auftraggeber selbst juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Im Fall des Abschlusses eines Beratungsvertrages mit der PDG handelt es sich systematisch um einen Fall der Bedarfsdeckung der öffentlichen Verwaltung durch einen privatrechtlich zu beurteilenden Beschaffungsvorgang, weil eine spezifische Leistung eingekauft wird (hier eine Beratungsleistung), welche die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt

> (*Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 3 Rn. 7; *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 2 Rn. 28).

Für einen solchen Beratungsvertrag, der typischerweise als gemischter Dienst-, Werk- und/oder Geschäftsbesorgungsvertrag zu qualifizieren ist, gelten hinsichtlich der Ver-

gütung der Beratungsleistungen der PDG nur die allgemeinen Grenzen des Privatrechts, etwa die Sittenwidrigkeitsgrenze des § 138 BGB.

Bei der Preisgestaltung könnten hinsichtlich einer nicht zu unterschreitenden Vergütungsuntergrenze (verpflichtendes Mindesthonorar) allenfalls die Regelungen bestimmter berufsständischer Vergütungs- und Leistungsordnungen wie des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes, der Steuerberatergebührenordnung oder der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure zu beachten sein. Diese Ordnungen sind allerdings nur dann einschlägig, wenn die PDG tatsächlich Leistungen erbringt, für die in den dann jeweils einschlägigen Gebührenregelungen rechtlich bindende Mindestgebühren festgeschrieben sind

> (vgl. zur Frage der berufsrechtlichen Grenzen der Betätigung der PDG ausführlich unter Ziffer V.).

Angesichts des Ziels der PDG, hoch qualifizierte Beratungsleistungen zu Marktkosten anzubieten, ist mit einer Kollision mit derartigen Regelungen jedoch nicht zu rechnen. Darauf hinzuweisen ist ferner, dass sich aus dem Recht des unlauteren Wettbewerbs nach dem UWG eine wettbewerbsrechtliche Untergrenze für die Höhe der Vergütungen der PDG ergeben kann, die aber bei der geplanten marktüblichen Bepreisung der Beratungsleistungen der PDG ebenfalls nicht relevant werden dürfte.

Hinsichtlich einer möglichen Obergrenze für die von der PDG zu erlösenden Beratungshonorare bestehen wegen der grundsätzlichen Vertragsfreiheit im Bereich des Privatrechts ebenfalls nur sehr allgemeine Grenzen. Zu beachten ist, dass die potentiellen Kunden der PDG aus dem öffentlichen Sektor durchgängig die für sie jeweils relevanten Vorschriften des Haushaltsrechts (Bundeshaushaltsordnung, Landeshaushaltsordnungen und kommunales Haushaltsrecht) beim Einkauf von Beratungsleistungen durch die PDG beachten müssen. So bestehen in allen Haushaltsordnungen – im Bundesrecht in § 6 HGrG und in § 7 BHO kodifiziert – Verpflichtungen der gesamten öffentlichen Verwaltung auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

> (siehe zu dessen universeller Geltung: *Nebel*, in: *Piduch* (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, Vorb. BHO Erl. 5).

Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beinhaltet – unabhängig von im Einzelfall umstrittenen Details – grundsätzlich eine Verpflichtung der öffentlichen Hand, bei der Erledigung von öffentlichen Aufgaben die günstigste Zweck-Mittel-Relation anzustreben, nämlich mit den gegebenen Mitteln den Zweck bestmöglich zu erreichen (haushaltsrechtliches Maximalprinzip) und den verfolgten Zweck mit den geringstmöglichen Mitteln zu erfüllen (haushaltsrechtliches Minimalprinzip)

(*Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 1 Rn. 33; *Helm*, in: *Piduch*, Bundeshaushaltsrecht, § 7 BHO Rn. 2).

Aus diesen Haushaltsprinzipien ergibt sich eine allgemeine Verpflichtung der Auftraggeber der PDG, die Leistungen der PDG für ihre Körperschaft möglichst günstig einzukaufen. Da es sich jedoch bei dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht um die Vorgabe absoluter Kostenobergrenzen für einzelne Leistungen, sondern nur um die Verpflichtung auf eine bestimmte Zweck-Mittel-Relation handelt, kollidiert diese Vorgabe nicht mit dem Ziel der PDG, für ihre Leistungen marktangemessen honoriert zu werden. Das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet lediglich zu einem effizienten Einsatz von Haushaltsmitteln und keinesfalls dazu, immer das „billigste" Angebot auf dem Beratermarkt zu wählen. Ein Mehr an Beratungskosten kann durch ein Mehr an Beratungsqualität ausgeglichen werden. Es kann daher für die öffentliche Hand wirtschaftlich günstiger sein, eine teurere Beratungsleistung einzukaufen, wenn dies durch einen gesamtwirtschaftlichen Mehrwert gerechtfertigt ist.

Da es sich bei den von der PDG zu erbringenden Tätigkeiten um Leistungen handelt, die wegen ihres hohen Spezialisierungsgrades und ihres speziellen Beratungs-Knowhows nur zu einem bestimmten Preis am Markt verfügbar sind und die zudem erheblichen Nutzen für den Auftraggeber bringen, steht der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Zahlung einer marktangemessenen Vergütung grundsätzlich nicht entgegen. Selbst wenn die PDG teurer als Wettbewerber sein sollte, wäre dies voraussichtlich durch ihre höhere Spezialisierung und Qualität gerechtfertigt. Allerdings bedürfte die endgültige Festlegung der Honorare der PDG noch einer genaueren Prüfung des Einzelfalls, ob der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eingehalten wird.

b) Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen für die Bezahlung der Mitarbeiter

Neben den Grenzen für die Vergütung der Leistungen der PDG ist auch zu beleuchten, ob die Bezahlung der Mitarbeiter der PDG möglicherweise öffentlich-rechtlichen Schranken unterliegt.

Bereits aus ihrer privatrechtlichen Rechtsform folgt, dass die PDG hinsichtlich der Ausgestaltung der Beschäftigungsbedingungen ihrer Mitarbeiter nicht den allgemeinen Bindungen und Tarifsystemen des öffentlichen Dienstrechts unterliegt, sondern grundsätzlich in den Grenzen des allgemeinen Arbeitsrechts privatrechtliche Arbeitsverträge schließen kann.

Diese Tariffreiheit eröffnet der PDG die Chance, aber auch die marktwirtschaftliche Pflicht, ihren hochqualifizierten Beratern angemessene und kompetitive Gehälter zu zahlen. Darüber hinaus wäre es grundsätzlich auch möglich, mit den Mitarbeitern der PDG Arbeitsverträge und Vergütungsvereinbarungen zu schließen, welche in der Privatwirtschaft übliche Nebenleistungen (wie die Privatnutzung von Firmen-PKWs, Leistungen der betriebliche Altersvorsorge usw.) enthalten. Insbesondere wäre es auch möglich, Teile des Gehalts der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erfolgsabhängig zu gestalten. Hierbei wären allerdings die allgemeinen, für alle privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisse geltenden arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen, etwa die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grenzen für erfolgsabhängige Vergütungen, einzuhalten.

Neben diesen allgemeinen Grenzen sind bei der Festlegung der Höhe der Vergütungen von Organmitgliedern, Geschäftsführern oder anderen leitenden Angestellten bei der PDG noch die bereits an anderer Stelle erwähnten Hinweise für die Beteiligung des Bundes

(GMBl. 2001, 950 (961 Tz. 129 ff.)).

zu beachten, die hinsichtlich der Aufwendungen für die Geschäftsleitung und die leitenden Angestellten der Unternehmen Vorgaben für die Ausübung der Beteiligungsrechte des Bundes machen. Danach soll insbesondere für Vorstandsmitglieder und leitende Angestellte bei Gesellschaften mit Beteiligungen des Bundes das jeweilige Aufsichtsorgan dafür Sorge tragen, dass die Gesamtbezüge eines einzelnen Vorstandsmitglieds oder eines leitenden Angestellten in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben, zu seiner Verantwortung und zur Lage der Gesellschaft stehen. Für die Rechtsform der Aktiengesellschaft ergibt sich diese Vorgabe ohnehin aus § 87 Abs. 1 des Aktiengesetzes, aus dem die entsprechende Formulierung in den Beteiligungshinweisen entnommen ist. Konkretere Hinweise zu einem bestimmten Vergütungsniveau oder gar ein Verbot bestimmter Vergütungshöhen oder bestimmter Nebenleistungen sind den Beteiligungshinweisen jedoch nicht zu entnehmen. Auch im Aktienrecht ist anerkannt, dass weitergehende Konkretisierungen des Angemessenheitserfordernisses abstrakt kaum möglich sind

(siehe dazu *Hüffer*, Aktiengesetz, 7. Aufl. 2006, § 87 Rn. 3).

Demnach ist davon auszugehen, dass es der PDG in den Grenzen des genannten Angemessenheitserfordernisses möglich ist, die Vergütung der Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer und anderer leitender Angestellter in marktgerechter Weise festzulegen.

Auch bei einer eventuellen Prüfung durch den Bundesrechnungshof oder entsprechende Prüfungsorgane der Bundesländer sind nach den Bestimmungen des Haus-

haltsrechts die Besonderheiten einer privatwirtschaftlichen Unternehmung zu berücksichtigen. Nach § 92 Abs. 1 BHO prüft der Bundesrechnungshof die Betätigung des Bundes bei Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts, bei denen der Bund unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze. Dies bedeutet, dass gesetzgeberisch anerkannt ist, dass der Bundesrechnungshof die Bestätigungsprüfung nicht ohne weiteres nach denselben Maßstäben vornehmen kann, nach denen Verwaltungsbehörden geprüft werden. Es muss vielmehr berücksichtigt werden, dass die öffentliche Hand bei einer Betätigung im privatwirtschaftlichen Bereich den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln unterworfen ist und sich auf die unternehmerischen Erfolgsrisiken und Usancen einstellen muss

(so *Nebel*, in: *Piduch* (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, § 92 BHO, Erl. 1).

Zu den im Bereich der Privatwirtschaft üblichen Regeln zählt auch eine marktangemessene Vergütung der Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer oder anderer mit Führungsaufgaben betrauter Mitarbeiter, die von dem Vergütungs- und Gehaltsniveau im öffentlichen Dienst signifikant abweichen kann.

Es begegnet also keinen Bedenken, wenn die PDG sowohl bei der Vergütung ihrer Beratungsleistungen gegenüber Auftraggebern als auch bei der Vergütung ihrer Mitarbeiter sich an marktgerechten, für vergleichbare Leistungen in der freien Wirtschaft üblichen Honoraren und Gehältern und den dort üblichen variablen Bestandteilen, insbesondere in Form von erfolgsabhängigen Komponenten, orientiert.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass die Beteiligungshinweise des Bundes weitere detaillierte Regelungen über die Art der Festsetzung der Bezüge und Hinweise auf die in den Vergütungsvereinbarungen und Anstellungsverträgen zu regelnden Einzelheiten bezüglich möglicher Nebenleistungen des Arbeitgebers enthalten

(siehe Hinweise für die Beteiligung des Bundes, GMBl. 2001, 950 (961 Tz. 130 bis 134)).

Diese Anforderungen sind im Rahmen der Ausgestaltung der Satzung der PDG und der Vorstands- sowie der Geschäftsführungsverträge zu berücksichtigen.

5. Einbindung von Mitarbeitern der PPP Task Forces und der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen

Es gibt Überlegungen, die auf Bundes- und Länderebene bestehenden PPP Task Forces und deren Know-how für die PDG nutzbar zu machen. Das gleiche gilt in Bezug auf qualifizierte Mitarbeiter der privaten Unternehmen, die an der BTG beteiligt

sind. Hinsichtlich der Art und Weise der Einbindung dieser Personen bestehen noch keine näheren Überlegungen und Planungen.

Im Folgenden wird geprüft, welche Möglichkeiten es grundsätzlich zur Einbindung dieser Personen und ihres Know-hows in die PDG gibt und welche rechtlichen Hindernisse diesbezüglich ggf. bestehen. Da es sich hierbei nur um Vorüberlegungen handelt, wurden die nachfolgend aufgelisteten Punkte jeweils nur kursorisch geprüft. Im Falle einer Umsetzung der in Aussicht genommenen Einbindung von Mitarbeitern der PPP Task Forces und der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen wäre eine vertiefte Prüfung dieser Punkte erforderlich.

a) Entsendung von Mitarbeitern der PPP Task Forces

Als erste Alternative für die Einbindung der PPP Taks Forces käme in Betracht, der PDG bestimmte Mitarbeiter der PPP Task Forces zur Verfügung zu stellen ("Entsendung"). Dadurch wäre bereits vorhandenes Know-how unmittelbar für die PDG nutzbar. Die bisherigen Mitglieder der PPP Task Forces sind unserer Kenntnis nach Beamte oder Angestellte im öffentlichen Dienst. Dienststelle der Mitglieder der PPP Task Forces ist jeweils ein Bundes- oder Landesministerium. Zu klären ist folglich, ob und in welchen Grenzen eine Entsendung aus dienstrechtlichen Gründen zulässig wäre. Dies hängt im wesentlichen von den jeweiligen bundes- bzw. landesrechtlichen Dienstvorschriften ab, wobei zwischen Beamten und Angestellten zu unterscheiden ist.

aa) Zur Entsendung von Beamten

Bei Beamten wird eine Abordnung oder Versetzung regelmäßig nicht in Frage kommen. Diese setzen nämlich voraus, dass es sich bei der aufnehmenden Stelle um eine Dienststelle im Sinne des Beamtenrechts handelt. Dies wäre bei der PDG jedoch nicht der Fall

> (siehe *Blanke*, in: *Blanke/Trümner*, Handbuch Privatisierung, 1998, S. 681; *Block*, ZTR 1994, S. 14; *Schweibert/Benkert*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, PPP-Handbuch, 2006, S. 396)

Eine Zuweisung gem. § 123a Abs. 1 bzw. Abs. 2 BRRG ist dagegen auch an andere Einrichtungen möglich. Voraussetzung hierbei ist jedoch, dass es sich um eine Einrichtung der öffentlichen Hand handelt. Die Tätigkeit der PDG ist voraussichtlich als erwerbswirtschaftlich einzustufen, da sie – wenn auch als Nebenziel – auf Gewinnerzielungsabsicht gerichtet ist, die Kosten sich nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten richten sollen und die PDG ferner mit anderen Unternehmen um Aufträge konkurrieren soll (siehe oben unter Ziffer IV. 1. b)). Dies spricht daher eher dafür, der

PDG nicht den Status einer öffentlichen Einrichtung zuzusprechen, wobei diese Einordnung letztlich von der konkreten Struktur der PDG abhängen wird. Aus jetziger Sicht scheidet eine Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG wohl eher aus, wobei die Frage noch genauer untersucht werden müsste, wenn u.a. auch die Beteiligungsstrukturen feststehen.

Als weitere Alternative kommt bei Beamten zunächst eine Beurlaubung in Betracht. Die Verwendung von Beamten bei der PDG könnte im Rahmen eines Sonderurlaubs erfolgen: Die Beamten würden von ihren jeweiligen Dienstherrn beurlaubt werden und würden zugleich mit der PDG einen Anstellungsvertrag abschließen. Aus Sicht der PDG wäre diese Lösung deswegen attraktiv, weil in diesem Rahmen die Arbeitsbedingungen und die Vergütungsstrukturen flexibler gestaltet werden können. Die rechtlichen Voraussetzungen dieser Alternative richten sich nach den jeweils einschlägigen (Sonder-) Urlaubsverordnungen des Bundes oder der Länder. In der Regel setzt die Gewährung eines Sonderurlaubs voraus, dass ein wichtiger Grund für die Beurlaubung vorliegt und dienstliche Gründe nicht entgegenstehen

> (siehe etwa: *Blanke*, in: *Blanke/Trümner*, Handbuch Privatisierung, 1998, S. 681).

Da jedoch die Tätigkeit der Beamten für die PDG im öffentlichen Interesse liegt (siehe oben unter Ziffer IV. 1. a) bb)), dürften diese Kriterien erfüllt sein. Anders als eine Abordnung, Versetzung oder Zuweisung setzt diese Alternative jedoch das Einverständnis der einzelnen Beamten voraus. Diese müssen einen Antrag auf Sonderurlaub stellen und einen Anstellungsvertrag mit der PDG abschließen. Zu beachten ist, dass ein Sonderurlaub nur für einen begrenzten Zeitraum gewährt wird, wobei in Rechtsprechung und Literatur die Frage nach der zulässigen Höchstdauer uneinheitlich beantwortet wird. Im Zusammenhang mit der Bahn- und Postprivatisierung wurden jedoch auch Beurlaubungen über einen Zeitraum von bis zu 10 bis 12 Jahren noch für statthaft gehalten

> (siehe *Schweibert/Benkert*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, PPP-Handbuch, 2006, S. 399).

Die zweite in Betracht kommende Alternative wäre eine Dienstleistungsüberlassung. Die Beamten würden weiterhin ihre Dienstpflichten gegenüber dem jeweiligen Dienstherren erfüllen, welcher wiederum Dienstleistungen auf der Grundlage eines gesonderten Vertrages gegenüber der PDG erbringt. Voraussetzung für die Zulässigkeit dieses Konzeptes ist, dass der Beamte dienstrechtlich weiterhin seinem bisherigen Dienstherrn zugeordnet bleibt und dass die Vorgesetztenfunktion, insbesondere das Weisungsrecht, unverändert von der öffentlichen Hand ausgeübt wird

(BVerwGE 69, 303 (308), NVwZ 1985, 197).

Diese Anforderung dürfte die praktische Umsetzung eines Dienstleistungsüberlassungskonzeptes erheblich erschweren

(siehe *Schweibert/Benkert*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, PPP-Handbuch, 2006, S. 400).

Die Folge ist nämlich, dass sich der Dienstherr nicht aus dem Tagesgeschäft der PDG zurückziehen dürfte; vielmehr müsste die PDG mit den jeweiligen Dienstherren auf täglicher Basis eng zusammenarbeiten. Durchgeführt wurde dieses Modell etwa bei der Flugsicherung: Hier stellte das Luftfahrt-Bundesamt der Flugsicherung GmbH nicht ihre Beamten, sondern ihre Dienste zur Verfügung, wobei das Direktionsrecht beim Dienstherrn verblieb

(*Hofmann*, ZTR 1996, S. 493).

In der vorliegenden Konstellation, in der eine Vielzahl von Dienstherren involviert wäre, ist ein solches Konzept dagegen kaum realisierbar.

Im Ergebnis wäre damit eine "Entsendung" von Beamten an die PDG allein im Wege eines Sonderurlaubs in Verbindung mit einem – möglicherweise befristeten – Anstellungsvertrag mit der PDG realisierbar. Die Frage, ob eine Zuweisung gemäß § 123 a Abs. 2 BRRG statthaft ist, ist dagegen eher zu verneinen, müsste allerdings zu einem späteren Zeitpunkt noch eingehender geprüft werden, insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob die PDG eine Einrichtung der öffentlichen Hand darstellt.

bb) Zur Entsendung von Angestellten des öffentlichen Dienstes

Eine Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern der öffentlichen Hand an die PDG ist dagegen auf der Grundlage mehrerer Varianten möglich. So kann das Personal durch eine dreiseitige vertragliche Vereinbarung übergeleitet werden. Ebenso kommt eine Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in Betracht. Ein Übergang der Arbeitsverhältnisse gem. § 613a BGB wird dagegen mangels fehlendem Betriebsübergang eher auszuschließen sein, da es nach unserem Verständnis nur zu einer Entsendung einzelner Arbeitnehmer aus verschiedenen Bundes- und Landesbehörden, nicht aber zu einer vollständigen Übernahme einer gesamten Abteilung einer Behörde kommen soll.

In der Variante einer individualvertraglichen Überleitung des Anstellungsverhältnisses findet ein Wechsel des Arbeitgebers statt. Grundsätzlich muss daher auch der Arbeitnehmer als Vertragspartner einer solchen dreiseitigen Vereinbarung zustimmen.

Dabei ist nicht auszuschließen, dass die betroffenen Angestellten vor der Aufgabe eines relativ sicheren Arbeitsplatzes zurückschrecken und sich letztlich nicht auf ein solches Angebot einlassen würden. Daher wäre zu erwägen, – ähnlich wie bei der Variante einer Beurlaubung – das Anstellungsverhältnis mit dem öffentlich rechtlichen Arbeitgeber nicht aufzuheben, sondern für die Dauer der Tätigkeit für die PDG ruhend zu stellen. Hierdurch bliebe den übergeleiteten Arbeitnehmern eine Rückkehroption.

Besonders zu prüfen wäre im Falle eines Arbeitgeberwechsels weiterhin das Schicksal der Zusatzversorgung. Grundsätzlich endet nämlich die Versorgungszusage mit Beendigung des Anstellungsverhältnisses mit der öffentlichen Hand. Ob die PDG in diese Versorgungszusage eintreten soll, müsste noch sorgfältig geprüft werden, da hier gewisse Risiken für den übernehmenden Arbeitgeber bestehen

> (näher hierzu: *Schweibert/Benkert*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, PPP-Handbuch, 2006, S. 420).

Die ebenfalls in Betracht kommende Variante der Arbeitnehmerüberlassung führt dagegen nicht zu einem Arbeitgeberwechsel. Arbeitgeber und Schuldner der Vergütung bliebe weiterhin die öffentliche Einrichtung, welche von der PDG eine Gebühr für die Überlassung der Arbeitnehmer erhalten würde. Grundsätzlich bedarf die Arbeitnehmerüberlassung jedoch einer Erlaubnis gem. § 2 AÜG, es sei denn, es handelt sich um eine vorübergehende konzerninterne oder eine nicht-gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. In der vorliegenden Konstellation dürfte zunächst eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung ausscheiden, da anzunehmen ist, dass keiner der jeweiligen Arbeitgeber der zu überlassenden Arbeitnehmer einen beherrschenden Einfluss i. S. des § 18 AktG auf die PDG ausüben wird. Von besonderer Bedeutung ist daher die Frage, ob die Überlassung von Arbeitnehmern der öffentlichen Hand an die PDG eine „gewerbsmäßige" Arbeitnehmerüberlassung darstellen würde. In der Literatur ist die Frage sehr umstritten, da unterschiedliche Auffassungen zu der Frage, wann eine Gewerbsmäßigkeit vorliegt, vorherrschen

> (vgl. *Schweibert/Benkert*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, PPP-Handbuch, 2006 S. 411).

Das BAG hat dagegen kürzlich entschieden, dass das entscheidende Kriterium für die Gewerbsmäßigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht sei. Diese läge dann vor, wen das Entgelt für die Überlassung so bemessen ist, dass es die Kosten übersteigt

> (vgl. BAG, NZA 2005, 1006).

Sofern die beteiligten Behörden nur eine kostendeckende Vergütung von der PDG verlangen, wäre die Überlassung auf die Grundlage des BAG-Beschlusses erlaubnisfrei. Die Vergütung der PDG soll jedoch – zumindest mittelfristig – auch Gewinne ermöglichen. Angesichts der verbleibenden Unsicherheiten ist es daher vorzuziehen, eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung bei der zuständigen Landesagentur für Arbeit einzuholen, insbesondere um in diesem Aspekt Rechtssicherheit zu erlangen.

Schließlich ist auf die Beteiligungsrechte des Personalrats hinzuweisen, die an dieser Stelle noch nicht geprüft wurden und dann einer genaueren Untersuchung unterzogen werden sollten, sobald das Konzept der Zurverfügungstellung von Personal an die PDG feststeht.

cc) Keine versteckte Subventionierung der PDG

Unabhängig von der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit, müsste sichergestellt sein, dass mit der Entsendung keine versteckte Subventionierung der PDG einhergeht. Eine derartige Subventionierung könnte insbesondere entstehen, sofern der entsendete Mitarbeiter seine Bezüge weiterhin von der jeweiligen öffentlichen Hand erhält, so dass sich die PDG die Aufwendungen für diesen Mitarbeiter ersparen würde. Bedenken bestehen gegen ein solches Vorgehen insbesondere unter beihilfe- und wettbewerbsrechtlichen Aspekten.

(1) Unzulässige Beihilfe, Art. 87 Abs. 1 EGV

Zum einen könnte die „kostenfreie" Mitarbeitergestellung eine unzulässige Beihilfe i.S. des Art. 87 EGV darstellen, weil ein privates Unternehmen (PDG) eine nicht marktgerechte Leistung erhält. Für einen Beihilfeverstoß müsste jedoch u.a. eine spürbare Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten gegeben sein. Dies ist nicht der Fall, sofern die Beihilfe die „*De-minimis*"-Schwelle von neuerdings 200.000 EUR, betrachtet über einen Zeitraum von drei Jahren, nicht übersteigt

> (Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „*De-minimis*"-Beihilfen).

Die Höhe der indirekten Zuwendung kann derzeit noch nicht beziffert werden und hängt vom Umfang der Entsendung von Beamten und Angestellten ab. Sofern jedoch mehrere Mitarbeiter gestellt werden, ist eine Überschreitung der vorgenannten Schwelle durchaus denkbar.

Unterstellt, die *De-minimis*-Grenze wird überschritten, müssten für einen Beihilfeverstoß jedoch auch die übrigen, unter Ziffer VI. 1. dieses Gutachtens dargestellten Voraussetzungen vorliegen, der indirekte Vorteil also insbesondere als „Beihilfe" i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren sein, und keine der in Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 EGV genannten Ausnahmen eingreifen.

Da die Tatbestandsmerkmale der Beihilfe i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV grundsätzlich weit ausgelegt werden, ist zumindest nicht auszuschließen, dass die Entsendung von Mitarbeitern als die „Gewährung von Begünstigungen durch die Übertragung staatlicher Mittel, denen kein marktgerechter Gegenwert gegenübersteht", und damit als Beihilfe qualifiziert wird. Ferner ist bei einer überschlagsartigen Prüfung nicht ersichtlich, dass eine der in Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 EGV genannten Ausnahmen eingriffe. Folglich besteht die Gefahr, dass mit der Entsendung ein Beihilfeverstoß einhergeht.

Diese Problematik könnte jedoch dadurch reduziert werden, dass die PDG der jeweiligen öffentlichen Hand sämtliche Aufwendungen, die diese für den entsendeten Mitarbeiter tätigt, erstattet. Die Kosten blieben dann bei der PDG. Zu beachten ist dabei jedoch, dass in diesem Fall die Kosten der PDG für den Mitarbeiter trotzdem nicht marktangemessen wären, denn die PDG würde jeweils die Kosten für einen Beamten oder Angestellten im öffentlichen Dienst übernehmen. Ggf. weichen die Kosten für einen Mitarbeiter, welcher mit einer vergleichbaren Qualifikation am Markt akquiriert werden muss, von denen eines öffentlichen Bediensteten erheblich ab. Insofern würde weiterhin eine gewisse Quersubventionierung stattfinden, die aus den o.a. Gründen beihilferechtlich problematisch sein könnte. Im Ergebnis lässt sich ein Beihilfeverstoß nicht von vorneherein ausschließen.

(2) Wettbewerbsverstoß, §§ 3, 4 UWG

Zum anderen könnte die kostenfreie Entsendung auch mit einer unentgeltlichen Zuwendung verbunden, die ggf. gegen § 3 UWG verstoßen würde. Dabei ist jedoch zu beachten, dass grundsätzlich die Nutzung öffentlicher Ressourcen (Sachmittel, Geldmittel, Personal) nicht untersagt ist

> (BGH, GRUR 1987, 116 (118) – *Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I*; mit kritischer Anm. *Volhard*, GRUR 1987, 122 (123)).

Allerdings dürfen amtliche und private Tätigkeit nicht miteinander verquickt werden. Insbesondere darf nicht der Eindruck entstehen, die erwerbswirtschaftliche Betätigung sei noch Teil der verwaltungsrechtlichen Aufgabenerfüllung, weshalb insbesondere eine räumliche und/oder personelle Trennung erforderlich sein kann

(BGH, GRUR 2002, 550 (553) – *Elternbriefe*).

Es müsste folglich vermieden werden, dass zur PDG Mitarbeiter entsandt werden, die gleichzeitig für die öffentliche Hand die Entscheidung über die Umsetzung eines PPP-Projektes treffen. Beratungsempfänger und -erbringer müssten strikt voneinander getrennt werden, was in der praktischen Implementierung, Einhaltung und Kontrolle nicht unerhebliche Probleme bereiten könnte.

Ein Wettbewerbsverstoß setzt eine gewisse Erheblichkeit des Verhaltens für den Wettbewerb voraus. Sofern nur eine geringe Anzahl von Beratern zur PDG entsandt werden, bestehen Zweifel, ob diese Erheblichkeitsschwelle erreicht wird. Zu beachten ist allerdings, dass die Beratungsgesellschaften sich grundsätzlich nicht durch eine starke Personaldecke auszeichnen, so dass bereits die Entsendung weniger Mitarbeiter zu Verzerrungen führen kann.

Wie für die Beihilfe kann dieses Problem nur teilweise durch eine Übernahme der Kosten seitens der PDG reduziert werden, weil die Kosten für den Mitarbeiter ggf. nicht marktgerecht wären (s.o.). Es könnte deshalb auch hierin noch eine missbräuchliche Verschaffung eines Wettbewerbsvorteils gesehen werden.

(3) Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass eine Entsendung von Mitarbeitern nicht dazu führen darf, dass der PDG einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Wettbewerbern aufgrund eines Preisvorteils erlangt. Dies wäre ggf. bei der Übernahme der Kosten seitens der öffentlichen Hand, aber möglicherweise auch bei einer Kostenerstattung des entsendeten Mitarbeiters durch die PDG der Fall. Demnach wäre es zu bevorzugen, dass die öffentliche Hand den jeweiligen Mitarbeiter beurlaubt bzw. freistellt und die PDG diesen aufgrund seiner Qualifikation mit marktangepasster Vergütung selbst einstellt.

b) Einbindung von Mitarbeitern der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen

Die Einbeziehung von Mitarbeitern der an der BTG beteiligten privaten Unternehmen in die Beratungstätigkeit der PDG wird angestrebt, um das bei diesen Unternehmen vorhandene PPP-branchenspezifische, hochspezialisierte *Know-how* in die Beratungstätigkeit der PDG einbringen zu können. Die Einbindung dieser Personen kann wie folgt erreicht werden:

Ein Transfer von Mitarbeitern zur PDG kann zunächst im Wege einer Überleitungsvereinbarung erfolgen. Bei dieser handelt es sich um einen dreiseitigen Vertrag. Das

Anstellungsverhältnis mit dem privaten Unternehmen wird durch ein und denselben Vertrag aufgehoben, und zugleich wird ein neues Anstellungsverhältnis mit der PDG begründet. Alternativ können auch separate Aufhebungsverträge mit den „alten" Arbeitgebern und Anstellungsverträge mit der PDG geschlossen werden. In beiden Varianten erfolgt ein Wechsel des Arbeitgebers. Grundsätzlich muss daher auch der Arbeitnehmer als Vertragspartner einer solchen Lösung zustimmen. Sofern den betreffenden Mitarbeitern dieser Schritt erleichtert werden soll, kann das Anstellungsverhältnis mit dem privaten Unternehmen für die Zeit der Tätigkeit bei der PDG ruhend gestellt werden. Hierdurch würde diesen Mitarbeitern eine Rückkehroption eingeräumt werden.

Eine weitere Möglichkeit der „Entsendung" von Mitarbeitern der an der BTG beteiligten Unternehmen an die PDG ist die Arbeitnehmerüberlassung. Bei dieser Vorgehensweise blieben die Anstellungsverhältnisse der betreffenden Personen mit den privaten Unternehmen unverändert bestehen. Die Einbindung der betreffenden Personen in die PDG erfolgt dadurch, dass die privaten Unternehmen mit der PDG Arbeitnehmerüberlassungsverträge abschließen. Auch in dieser Konstellation ist die Zustimmung der Arbeitnehmer zu ihrer Überlassung erforderlich. Zusätzlich sollten die überlassenden Unternehmen zur Rechtssicherheit eine Erlaubnis zur gewerblichen Überlassung von Arbeitnehmern beantragen (siehe hierzu oben unter E.IV.5.a) bb)). Diese Vorgehensweise ist mit einem erhöhten bürokratischen Aufwand verbunden.

Im Ergebnis geben wir deshalb der Variante einer dreiseitigen Überleitungsvereinbarung, ggf. verbunden mit einer Ruhendstellung des gegenwärtigen Anstellungsverhältnisses, den Vorzug. Dadurch erfolgt letztlich eine klare Trennung zwischen der vormaligen Tätigkeit für die privaten Unternehmen und der neuen Tätigkeit für die PDG. Dieser Umstand ist insbesondere vor dem Hintergrund der sogenannten Projektantenproblematik (§ 4 Abs. 5 VgV) und dem vergaberechtlichen Neutralitätsgebot (§ 16 VgV) von Vorteil (ausführlich dazu Punkt E.7.). Hierbei bietet es sich an, Vertraulichkeitsvereinbarungen mit den betreffenden Mitarbeitern abzuschließen, um zu gewährleisten, dass sich diese Mitarbeiter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ihrer früheren Arbeitgeber bei ihrer Beratungstätigkeit für die PDG nicht zunutze machen. Darüber hinaus wären entsprechend die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der PDG zu schützen.

6. Bund-/Länderstelle zur Wahrnehmung der Gesellschafterstellung und der Anteilsausschreibung

Die Projektstruktur des Ausschreibungsmodells sieht derzeit vor, dass sich sowohl der Bund als auch die Länder – und ggf. die Kreise und Kommunen – als Vertreter der öffentlichen Hand an der PDG gesellschaftlich beteiligen. Dies führt auf Seiten der

öffentlichen Hand zu einer Aufspaltung des Gesellschafterkreises, die eine Beschlussfassung erheblich erschwert. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang problematisch, dass die Ausschreibung der Anteile an der PDG grundsätzlich von allen öffentlichen Händen, die an der PDG beteiligt sind, durchgeführt werden müsste. Es ist daher zu überlegen, wie sich diese Vielfachzuständigkeit koordinieren lässt. Die folgenden Ausführungen stellen beispielhaft drei Lösungsmodelle für diesen Problemkreis vor und bewerten diese auf ihre praktische und rechtliche Durchführbarkeit.

a) Gründung einer Interessengesellschaft

Als erste Möglichkeit für die Bündelung der Interessen und Kompetenzen sämtlicher öffentlicher Hände kommt in Betracht, eine gemeinsame Gesellschaft zu gründen. Diese würde u.a. den Zweck verfolgen, die Interessen ihrer Gesellschafter gegenüber der PDG wahrzunehmen und für die öffentliche Hand die Ausschreibung der Anteile an der PDG und des Rahmenvertrages vorzunehmen. Gesellschafter wäre alleine die öffentliche Hand.

Erhebliche Bündelungswirkung brächte diese Lösung für die Ausschreibung der Anteile an der PDG bzw. der BTG. Das vorgenannte Koordinationsproblem würde allerdings nur teilweise gelöst, denn weiterhin müssten sich die öffentlichen Hände auf Gesellschafterebene dieser Interessengesellschaft einigen. Das Problem würde insofern nur eine Ebene „hochgezogen". Im Gegensatz zur PDG wären allerdings an dieser Interessengesellschaft nur die öffentlichen Hände beteiligt, so dass man sich zumindest den Abstimmungsbedarf mit den Privaten auf dieser Ebene ersparen würde. Gleichzeitig würde jedoch die Komplexität des Modells erheblich erhöht und außerdem durch die Einrichtung einer neuen Gesellschaft mehr Verwaltungsaufwand und Bürokratie gefördert werden.

Von der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ist voraussichtlich auszugehen, denn die Gründung einer privatrechtlichen Gesellschaft durch mehrere öffentliche Hände ist – wie oben unter Ziffer IV. 1. a) geprüft – im Rahmen der oben beschriebenen Grenzen grundsätzlich möglich. Sie ist jedoch wegen der geringen Vorteile gegenüber dem Grundmodell nicht zu bevorzugen

b) Einrichtung eines informellen Organs („Ministerkonferenz")

Eine andere Möglichkeit wäre, dass die öffentliche Hand ein informelles Organ errichtet, vergleichbar z.B. mit den bereits existierenden Ministerkonferenzen. Dieses Organ könnte die Koordinierungsfunktion für sämtliche öffentlichen Hände übernehmen und insbesondere entsprechende Beschlussvorlagen erarbeiten. Allerdings hätte dieses Modell ebenfalls den Nachteil, dass ein zusätzliches Gremium und damit neue Bürokratie geschaffen würde und dass dieses Gremium mangels Rechtsfähigkeit nicht

selbst die Ausschreibung der Anteile an der PDG bzw. der BTG vornehmen könnte. Dieses Organ könnte die Ausschreibung allerdings vorbereiten und alle wesentlichen Schritte koordinieren. Im Ergebnis halten wir diese Lösung zwar für rechtlich zulässig, aber ebenfalls wegen der vorgenannten Defizite für wenig effektiv.

c) Bevollmächtigung durch Konsortial-Staatsvertrag

Zu denken wäre auch an ein Modell, bei dem die Länder den Bund im Rahmen eines Staatsvertrages bevollmächtigt, die Ausschreibung der Anteile an der PDG bzw. der BTG vorzunehmen. Gleichzeitig könnte in diesem Vertrag die Kooperation der Länder mit dem Bund geregelt werden, wie es zwischen Gesellschaftern in einem Joint-Venture üblich ist.

Dieses Modell hätte den Vorteil, dass nur eine Stelle, nämlich der Bund, die Ausschreibung durchführen würde. Die Länder könnten ihre Interessen im Rahmen des Staatsvertrages einbringen und dort insbesondere den Bund nur als Vertreter mit „gebundener Marschrichtung" bevollmächtigen. Ferner könnte in diesem Vertrag z.B. die Kostentragungspflicht und die gegenseitige Haftung geregelt werden.

Ein weiterer Vorteil eines solchen Konsortialvertrages wäre, dass die Länder und der Bund das Verfahren und Vorgehen bezüglich der PDG vorab regeln könnten und damit die Koordinierung der gemeinsamen Interessen erheblich verbessern könnten. Da sich Bund und Länder ohnehin auf die Errichtung der PDG einigen müssten, würde es keinen erheblichen Mehraufwand bedeuten, diese Fragen vertraglich mit zu regeln. Die Ausgestaltung der Regelungen dieses Konsortialstaatsvertrages bedürfte noch einer eingehenden Begutachtung.

7. Mögliche Zertifizierungsfunktionen für die PDG

Neben der allgemeinen Verbesserung von PPP-Strukturen in Deutschland soll die Beratung von PPP-Projekten durch die PDG eine gewisse Zertifizierungsfunktion bewirken. Diese Zertifizierungswirkung soll vor allem unter zwei Gesichtspunkten entstehen: Zum einen soll die öffentliche Hand im Fall der Beratung eines PPP-Projektes durch die PDG davon ausgehen können, dass dieses in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht ordnungsgemäß durchgeführt wird. Insbesondere soll eine von der PDG durchgeführte Wirtschaftlichkeitsberechnung verwaltungs- bzw. behördenintern – idealerweise ohne weitere Nachprüfung – als richtig gelten. Dadurch kann die öffentliche Hand – zumindest für die von der PDG abgedeckten Bereiche – ggf. den eigenen Prüfungs- und Überwachungsbedarf und dadurch auch Kosten reduzieren. Zum anderen sollen die privaten Partner bei den von der PDG beratenen PPP-Projekten darauf vertrauen können, dass eine hohe Qualität gewährleistet wird und anerkannte Standards eingehalten werden.

Wie und wo genau sich diese Zertifizierungswirkung qualitativ und quantitativ sowie adressatenbezogen auswirken kann und wie sie im Einzelfall erreicht werden bzw. ausgestaltet sein soll, wird sich erst im weiteren Verlaufe des PDG-Projektes ergeben bzw. zu klären sein. Die Beratung durch die PDG muss insbesondere in der Praxis eine solche Zertifizierungswirkung erst erzeugen. Voraussetzung dafür ist eine hohe Qualität der Leistungen der PDG. Im Folgenden wird unterstellt, dass eine solche Zertifizierungswirkung gerechtfertigt ist. Nachfolgend werden nur die wesentlichen Aspekte einer solchen Zertifizierungsfunktion aus öffentlich-rechtlicher Sicht aufgezeigt.

a) Zertifizierungswirkung gegenüber Privaten

Sofern die PDG eine öffentliche Körperschaft bei der Vorbereitung und Durchführung eines PPP-Projektes berät und unterstützt, kann dies auch für Private von Vorteil sein, weil z.B. auf bekannte Standards zurückgegriffen wird und am PPP-Projekt interessierte Privatunternehmen (Bauunternehmen, Facility-Management-Unternehmen, Bank) von der ordnungsgemäßen Durchführung des Projektes ausgehen können. Die Bewerbung um ein PPP-Projekt wäre insofern für den Privaten lukrativer. Es stellt sich jedoch die Frage, wie diese Zertifizierungsfunktion erreicht werden kann. Dazu bieten sich unterschiedliche Wege an:

aa) Informelle Zertifizierungswirkung

Die einfachste Lösung wäre eine „informelle Zertifizierungsfunktion", d.h. die öffentliche Hand würde öffentlich bekannt machen, dass ihr PPP-Projekt von der PDG beraten wird und der Private wüsste dann aus Erfahrung und Marktkenntnis, dass dieses PPP-Projekt eine bestimmte Qualität verspricht. In diesem Fall würde kein offizielles Gütesiegel o.ä. erteilt. Die Zertifizierungswirkung träte allein deshalb ein, weil Private die Beratung der PDG als „bekannt und bewährt" einstufen. Die Beratung durch die PDG würde den Privaten insbesondere Verfahrenssicherheit und Kompetenz gewährleisten. Gleichzeitig könnten die Privaten auf eine Einhaltung der Fristen und die Verwendung anerkannter Standards vertrauen. Die damit verbundene Verfahrens- und Rechtssicherheit erhöht die Teilnahmebereitschaft privater Investoren.

Für eine derartige Zertifizierung bestehen keine erkennbaren rechtlichen Hürden. Die Zertifizierung bedürfte auch keiner besonderen Regelungen, weil sie durch Marktentwicklung von selbst entstünde.

bb) Offizielle Zertifizierungswirkung

Denkbar wäre jedoch auch, dass die Zertifizierungswirkung gegenüber den Privaten durch die Einführung eines „PPP-Gütesiegels" erreicht bzw. unterstützt wird. Dieses Gütesiegel könnte von einer unabhängigen Stelle für Beratungsleistungen in PPP-

Projekten an Unternehmen vergeben werden, die sich durch qualitativ hochwertige PPP-Beratung der öffentlichen Hand auszeichnen. Wegen des Grundsatzes der Gleichbehandlung und aus wettbewerbsrechtlichen Gründen müsste grundsätzlich allen Unternehmen die Bewerbung um ein derartiges Zertifikat offen stehen. Ein Gütesiegel, das ausschließlich an die PDG vergeben werden könnte, wäre vermutlich wettbewerbswidrig. Wettbewerbsrechtlich zulässig wäre jedoch, die Vergabe des Gütesiegels offen für alle Unternehmen zu halten, so dass sich die PDG (wie andere Unternehmen auch) um ein solches Siegel bewerben könnte.

Grundsätzlich wären zwei Wege denkbar, wie eine derartige Zertifizierung erfolgen könnte. Zum einen könnte die Zertifizierung aufgrund einer gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelung erfolgen

> (Beispiel: EG-ÖKO-VERORDNUNG, Verordnung (EWG) Nr. 2092/91 des Rates v. 24.06.1991 über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse und Lebensmittel, ABl. Nr. L 198 v. 22.07.1991, S. 1).

Der Aufwand für die gesetzliche Einführung eines solchen „PPP-Gütesiegels" stünde jedoch in keinem Verhältnis zu seinem Mehrwert. Außerdem stünde unserer Einschätzung nach die föderale Struktur der Bundesrepublik Deutschland der Schaffung eines einheitlichen deutschen Gütesiegels entgegen. Die Zuständigkeit des Bundes für ein derartiges Vorgehen ist zweifelhaft. Mangels Praktikabilität sollte diese Lösung nicht weiter verfolgt werden.

Zum anderen könnte ein Zertifikat ohne gesetzliche Grundlage auf freiwilliger Basis von Seiten der öffentlichen Hand vergeben werden, wie dies in der Privatwirtschaft üblich ist. In der Privatwirtschaft werden derartige Zertifikate in der Regel von Verbänden vergeben. Einen „Verband der öffentlichen Hände" gibt es allerdings nicht. Es gibt jeweils nur auf den einzelnen Ebenen verbandsähnliche Strukturen, wie z.B. die kommunalen Spitzenverbände (vgl. dazu unter Ziffer IV. 1. c) bb)). Insofern scheitert die Verwirklichung dieses Modells bereits an fehlenden geeigneten Strukturen. Allerdings könnte sich die öffentliche Hand (Bund, Länder, Kommunen) vertraglich auf die Vergabe eines Gütesiegels und die Einrichtung einer gemeinsamen Stelle zur Vergabe dieses Sigels einigen. Der Aufwand hierfür dürfte allerdings dem für die Schaffung einer gesetzlichen Regelung entsprechen, so dass wegen des Missverhältnisses von Aufwand und Nutzen auch diese Variante nicht gewählt werden sollte. Denn auch in diesem Modell ginge es nur um ein Zertifikat für den absoluten Nischenbereich „Beratung der öffentlichen Hand bei PPP-Projekten". In diesem Markt sind nur wenige Unternehmen tätig, und der in diesem Bereich erzielbare Gesamtumsatz spielt – gesamtwirtschaftlich betrachtet – eine untergeordnete Rolle.

Im Ergebnis erscheint die Einführung eines „offiziellen Gütesiegels" aus pragmatischen Gründen wenig sinnvoll. Für die Zertifizierungswirkung gegenüber Privaten sollte daher allein auf die informelle Zertifizierung durch Qualität und Bekanntheit im Markt gesetzt werden.

b) Zertifizierungswirkung gegenüber der öffentlichen Hand

Die Tätigkeit der PDG soll nicht nur eine Zertifizierungswirkung gegenüber Privaten, sondern auch gegenüber der öffentlichen Hand erreichen. Diese Zertifizierungswirkung könnte sich insbesondere dadurch ausdrücken, dass im Falle einer PDG-Beratung keine weiteren Prüf- und Kontrollerfordernisse mehr erforderlich werden. Dies könnte zum einen für die Kontrolle durch verwaltungsinterne Prüfungsgremien, wie z.B. den jeweiligen (Bundes- oder Landes-) Rechnungshof, sowie für die Kontrolle der Kommunen durch die Kommunalaufsicht relevant werden. Zum anderen könnten bestimmte Ergebnisse der PDG, wie z.B. die Wirtschaftlichkeitsberechnungen, für die übrige Verwaltung (in einem bestimmten Grad) verbindlich sein. Im Folgenden wird die Zertifizierungswirkung in Abhängigkeit von ihren Adressaten und ihrer Auswirkung dargestellt.

aa) Zertifizierungswirkung gegenüber den Rechnungshöfen

Auf Bundes- und Landesebene existieren jeweils Rechnungshöfe, deren primäre Aufgabe die Haushalts- und Wirtschaftprüfung des Bundes bzw. der Länder ist. Da die Rechnungshöfe in der Regel sehr ähnlich konstituiert sind, wird im Folgenden beispielhaft ausschließlich auf den Bundesrechnungshof eingegangen. Die Ausführungen gelten jedoch für die Länder entsprechend.

Grundsätzlich ist der Bundesrechnungshof gem. § 88 BHO zur Prüfung der gesamten Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes verpflichtet. Da PPP-Projekte haushaltswirksame Maßnahmen sind, unterliegen sie in der Regel der Kontrolle der Rechnungshöfe. Es stellt sich die Frage, ob die Regierungen diese Kontrolle durch eine Dienstanweisung oder Verwaltungsvorschrift einschränken können. Die Rechnungshöfe sind von den jeweiligen Regierungen unabhängige Organe der Finanzkontrolle und sind grundsätzlich nur dem Gesetz unterworfen

(Vgl. beispielhaft: § 1 Satz 1 Bundesrechnungshofgesetz, Art. 1 BayRHG).

Soweit also eine Prüfungs- und Kontrollpflicht aufgrund eines Gesetzes für den Rechnungshof besteht, kann die jeweilige Regierung den Rechnungshof nicht im Erlasswege (durch Einzel- oder Allgemeinverfügung) anweisen, eine bestimmte Prüfung oder Kontrolle zu unterlassen. Pflichten und Aufgaben des Rechnungshofes, und somit auch Unterlassungspflichten, können nur durch Gesetz begründet werden. Bisher

gibt es derartige gesetzliche Unterlassungsverpflichtungen für PPP-Projekte – soweit erkennbar – nicht.

Es müssten folglich zunächst entsprechende Rechtsgrundlagen in Form formeller Parlamentsgesetze geschaffen werden. Erforderlich wären insofern Parlamentsgesetze für alle 16 Bundesländer und den Bund, was wiederum mit einem erheblichen Aufwand verbunden und daher wenig praktikabel wäre. Gleichzeitig würde ein solches Gesetz rechtlichen Bedenken begegnen, sofern dadurch explizit auf die PDG Bezug genommen werden würde. Denn ein solches Gesetz wäre insbesondere unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten wie auch unter dem Aspekt des Verbots der Einzelfallgesetzgebung (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG) problematisch. Mangels Praktikabilität eines derartigen Vorgehens wird auf eine tiefergehende Begutachtung dieser Fragen verzichtet.

Im Ergebnis lässt sich daher eine Zertifizierungswirkung durch Dienstanweisung oder Verwaltungsvorschrift gegenüber dem jeweiligen Rechnungshof nicht bewirken, es sei denn die entsprechenden Gesetze würden geändert. Das ist jedoch schwer durchsetzbar. Da der Rechnungshof darüber hinaus auch nicht, so wie Private marktwirtschaftlich arbeitet, sondern seine Aufgaben und sein Prüfungsumfang durch Gesetz festgelegt sind, besteht wenig Raum für eine „inoffizielle" Zertifizierungswirkung der PDG-Beratung. Der jeweilige Rechnungshof ist grundsätzlich zur Prüfung aller finanzwirksamen Maßnahmen verpflichtet (vgl. § 89 Abs. 1 Nr. 2 BHO). Allerdings räumt auf Bundesebene § 89 Abs. 2 BHO dem Bundesrechnungshof ein Ermessen hinsichtlich des Umfangs und der Prüfungstiefe ein. Danach kann der Bundesrechnungshof nach seinem Ermessen die Prüfung beschränken und Rechnungen ungeprüft lassen. Entsprechende Vorschriften gibt es auch auf Landesebene.

Das bedeutet, dass der jeweilige Rechnungshof z. B. auf eine Überprüfung der Wirtschaftlichkeitsberechnung eines PPP-Verfahrens verzichten kann, weil er keinen Anlass für die Fehlerhaftigkeit der Berechnung der PDG sieht und von deren Fehlerlosigkeit ausgeht. Diese Zertifizierungswirkung tritt jedoch nur durch eine Marktbekanntheit der PDG und die Etablierung von Qualitätsstandards durch sie ein. Diese Art der Zertifizierung bedarf jedoch keiner gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelung. Es handelt sich um eine rein „inoffizielle" Zertifizierungswirkung wie sie auch gegenüber den Privaten eintreten kann.

bb) Zertifizierungswirkung gegenüber der Kommunalaufsicht

PPP-Projekte auf kommunaler Ebene unterliegen in der Regel der Prüfung der Kommunalaufsichtsbehörden. Teilweise bestehen aus gemeindehaushaltsrechtlichen Gründen sogar Genehmigungsvorbehalte seitens der Kommunalaufsichtsbehörde für PPP-

Projekte. Bei der Kommunalaufsicht ist zwischen Rechtsaufsicht und Fachaufsicht zu unterscheiden. Im Rahmen der Rechtsaufsicht (Selbstverwaltungsaufgaben) kontrolliert die Kommunalaufsicht nur die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns der Kommune. Im Bereich der Fachaufsicht (übertragener Wirkungskreis) kontrolliert sie das Handeln der Kommunen auch inhaltlich, insbesondere unter wirtschaftlichen Aspekten

> (*Seewald,* in: *Steiner*, Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2003, Kap. I Rn. 352).

Die Zertifizierungswirkung gegenüber den Kommunalaufsichten könnte sich dahingehend entfalten, dass die Kommunalaufsicht bei PPP-Projekten, die von der PDG beraten wurden, ihren Prüfungsmaßstab verringert oder diesen PPP-Projekte grundsätzlich ohne Prüfung zustimmt.

Die Kommunalaufsicht ist als Landesaufgabe in den Ländern unterschiedlich organisiert. Für kreisangehörige Gemeinden nimmt zumeist der Kreis als untere staatliche Verwaltungsbehörde die kommunalaufsichtsrechtlichen Aufgaben wahr. Die Mittelbehörden (Bezirksregierung, Regierung o.ä.) üben meist die Kommunalaufsicht über die kreisfreien Gemeinden und Städte aus. Oberste Kommunalaufsichtsbehörde ist in der Regel das Innenministerium des jeweiligen Bundeslandes.

Da die Kommunalaufsichten in der Regel staatliche Verwaltungsbehörden sind (auch die Kreise werden insofern als staatliche Verwaltungsstelle tätig), unterliegen sie dem Weisungsrecht der obersten Dienstbehörde, dem Ministerium des Innern. Das Innenministerium kann zwar die Mittel der Rechts- und Fachaufsicht nicht unmittelbar anwenden

> (*Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 809).

Die oberste Dienststelle ist jedoch berechtigt, Verwaltungsvorschriften zu erlassen und Rechtsweisungen an die nachgeordneten Aufsichtsbehörden zu erteilen. Folglich könnten die Innenministerien Weisung dahingehend erteilen, dass bei der Ausübung der Kommunalaufsicht in Bezug auf PPP-Projekte auf kommunaler Ebene, die von der PDG beraten worden sind, von der Rechtmäßigkeit bzw. von der ordnungsgemäßen Durchführung des Projektes auszugehen ist. Die Prüfungspflicht könnte also durch Verwaltungsvorschrift beschränkt werden.

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass Kommunen die Kommunalaufsichtsbehörden wegen Amtspflichtverletzung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG auf Schadenersatz in Anspruch nehmen können, wenn diese ihre Prüfungspflicht nicht ordnungsgemäß ausüben

(BGH, NJW 2003, 1318).

Sofern durch das Innenministerium ein Erlass erginge, dass PDG-Projekte nicht mehr oder nicht mehr so umfänglich wie bislang zu prüfen sind, würde sich die Gefahr von Regressforderungen gegen das jeweilige Land erhöhen. Denn aufgrund des Erlasses hätte die jeweilige Kommunalaufsichtsbehörde gegen ihre Schutzpflicht gegenüber der Gemeinde verstoßen. Die erfolgreiche Geltendmachung solcher Regressforderungen setzt jedoch voraus, dass die PDG bei der Beratung tatsächlich Fehler gemacht hat. Dass dies passiert, kann nicht *per se* ausgeschlossen werden. Steigt die Zahl der Regressforderungen im Zusammenhang mit fehlerhaften PPP-Projekten, die durch die PDG beraten worden sind, wird das die Bereitschaft der Länder verringern, entsprechende Dienstanweisungen an die Kommunalaufsichtsbehörden zu erlassen, auch wenn diese grundsätzlich zulässig wären.

cc) Verbindlichkeit der Wirtschaftlichkeitsberechnung auf Bundes- und Landesebene

Ein weiterer Aspekt der Zertifizierungswirkung der PDG-Beratung soll sein, dass ein von der PDG beratenes Projekt im Markt *idealiter* unter wirtschaftlichen Aspekten als verbindlich und abschließend beurteilt gelten soll. Die Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeitsprüfung eines PPP-Projektes ist auf Bundes- und Landesebene explizit in § 7 Abs. 2 Satz 1 BHO/LHO geregelt. Zur Durchführung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ist danach grundsätzlich die Behörde oder Verwaltungseinheit verpflichtet, die die finanzwirksame Maßnahme, d. h. das PPP-Projekt, durchführen möchte

(Vgl. dazu: Allgemeine Verwaltungsvorschrift zu § 7 BHO (VV-BHO § 7), Ziff. 2.4.1).

Grundsätzlich kann diese Aufgabe als Dienstleistung auch auf Dritte übertragen werden. Dabei handelt es sich in der Regel um einen ausschreibungspflichtigen Auftrag, der grundsätzlich nur auf der Grundlage des Vergaberechts an Private vergeben werden darf. Eine Ausschreibungspflicht für diese Dienstleistung besteht jedoch nicht für diejenigen Organisationseinheiten der öffentlichen Hand, die Partei der Rahmenvereinbarung sind. Denn im Zuge der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung ist diese Teilleistung bereits an die PDG vergeben worden.

Voraussetzung dafür, dass hinsichtlich dieser Leistungen keine Ausschreibungspflicht besteht, ist jedoch, dass die Teilleistung „Durchführung von Wirtschaftlichkeitsberechnungen" tatsächlich Inhalt der an die PDG vergebenen Rahmenvereinbarung ist. Dieser Umstand wird im Folgenden unterstellt. Folglich könnten der Bund und die Länder als Parteien der Rahmenvereinbarung in einem PPP-Projekt einen Auftrag an

die PDG zur Durchführung von Wirtschaftlichkeitsberechnungen ohne gesonderte Ausschreibung dieser Dienstleistung vergeben.

Um die Auftragserteilung an die PDG mit der Leistung „Durchführung der Wirtschaftlichkeitsberechnung in PPP-Projekten" für die eigene Verwaltung einheitlich zu regeln, könnte die jeweilige Organisationseinheit der öffentlichen Hand (Bund/Land) eine Verwaltungsvorschrift zu § 7 BHO/LHO erlassen. Diese Verwaltungsvorschrift könnte bestimmen, dass bei PPP-Projekten die Wirtschaftlichkeitsberechnung von der PDG durchzuführen und das Ergebnis von sämtlichen Behörden als verbindlich anzuerkennen ist. Alle untergeordneten Behörden auf Bundes- bzw. Landesebene wären in diesem Fall an die in der Verwaltungsvorschrift enthaltene Weisung gebunden und müssten das Ergebnis der Wirtschaftlichkeitsberechnung der PDG akzeptieren.

Zu beachten ist, dass der Bund und jedes Bundesland für ihre eigene Verwaltung gesonderte Verwaltungsvorschriften erlassen müssten, weil nach der allgemeinen Kompetenzordnung jede Organisationseinheit nur für ihre eigenen Zuständigkeitsbereiche verbindliche Vorgaben machen kann. Eine derartige Regelung im Wege einer Verwaltungsvorschrift ist vorliegend zulässig, weil damit eine rein verwaltungsorganisatorische Frage geregelt und nicht in den grundrechtlich geschützten Bereich der Bediensteten oder Dritter eingegriffen wird. Gegenüber Dritten, insbesondere Wettbewerbern der PDG, entfaltet eine solche Verwaltungsvorschrift keine grundrechtsrelevante Außenwirkung, weil die Auswahl des privaten Leistungserbringers für die Wirtschaftlichkeitsberechnungen bereits abschließend und grundrechtskonform im Wege der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung erfolgt ist. Die Regelung in der Verwaltungsvorschrift hat insoweit nur deklaratorische Wirkung. Denn die vergaberechtskonforme Auswahl des Wettbewerbers, der die Wirtschaftlichkeitsberechnung erbringen soll, ist bereits erfolgt. Die Verwaltungsvorschrift würde nur verwaltungsintern festgelegen, dass alle nachgeordneten und weisungsgebundenen Behörden die bereits erfolgte Auswahl der PDG als Berater zu beachten haben und die Auswahl für diese verbindlich ist. Deshalb hält sich eine solche Verwaltungsvorschrift auch noch im Rahmen der Weisungsermächtigung des Dienstherrn gegenüber seinen Bediensteten im Rahmen des beamtenrechtlichen Sonderstatusverhältnisses

> (Vgl. zum beamtenrechtlichen Sonderstatusverhältnis: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 6 Rn. 17 ff.).

Eine solche Verwaltungsvorschrift greift nicht in die Grundrechtssphäre des jeweiligen Bediensteten ein, weil sie nur regelt, wie die jeweilige Behörde bestimmte dienstliche Maßnahmen durchzuführen hat. Derartige Maßnahmen sind aufgrund der Gehorsamspflicht des Beamten (vgl. § 55 Bundesbeamtengesetz) verpflichtend zu beachten. Das gilt sowohl für die Auswahl der PDG als auch für die Anerkennung des

Beratungsergebnisses der PDG. Grenze der Pflicht zur Anerkennung ist jedoch die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit des jeweiligen Bediensteten aus Art. 5 Abs. 1 GG. Diese kann nicht durch Dienstanweisung beschränkt werden, wobei jedoch der jeweilige Beamte dienstlich an die Verwaltungsvorschrift gebunden ist und insofern – im Rahmen des beamtenrechtlich Zulässigen – ggf. nur als Privatperson Zweifel äußern könnte.

Im Ergebnis kann daher eine Zertifizierungswirkung innerhalb der jeweiligen Verwaltung durch Verwaltungsvorschrift dadurch erreicht werden, dass der jeweilige Dienstherr seine nachgeordneten und weisungsabhängigen Dienststellen anweist, dass bei PPP-Projekten die Wirtschaftlichkeitsberechnung durch die PDG durchzuführen ist und deren Ergebnisse dienstlich anzuerkennen sind.

Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass die allgemeinen Anforderungen an den Erlass von Verwaltungsvorschriften eingehalten werden. Insbesondere muss tatsächlich eine Weisungsbefugnis, d.h. eine Kompetenz zum Erlass einer entsprechenden Verwaltungsvorschrift bestehen. Ob das der Fall ist, müsste im Rahmen der Umsetzung für die jeweiligen (Bundes- und Landes-)Verwaltungen gesondert geprüft werden. Eine derartige Prüfung ist jedoch nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

dd) Vorgaben für die Haushaltsführung der Kommunen

Die vorstehenden Ausführungen hinsichtlich einer Verwaltungsvorschrift zu § 7BHO/LHO gelten grundsätzlich nur für die Landes- bzw. Bundesverwaltung, nicht jedoch für die Kommunen. Regelungen zu der Haushaltsführung der Kommunen finden sich vielmehr in den jeweiligen Gemeinde- bzw. Kreisordnungen. Diese enthalten jedoch inhaltlich vergleichbare Vorschriften für die Durchführung eines Wirtschaftlichkeitsvergleiches

> (*Schäfer/Karthaus:* in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, PPP-Handbuch, 2006, § 5 Rn. 197 f.; *Scheel/Steup/Schneider/Lienen*, Gemeindehaushaltsrecht Nordrhein-Westfalen, 5. Aufl. 1997, erl. § 75 GO Rn. 5).

Die Pflicht zur Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsberechnung ergibt sich aus dem in § 6 HGrG sowie den Gemeinde- bzw. Landkreisordnungen festgelegten Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, der eine Nutzen-Kosten-Untersuchung für finanzwirtschaftliche Maßnahmen vorschreibt, sowie aus den – in allen Bundesländern weitgehend gleichlautenden – § 10 Abs. 2 der jeweiligen Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO). Sofern also Vorgaben zur Haushaltsführung der Kommunen getroffen werden sollen, müssten diese zu den jeweiligen Vorschriften des Gemeindehaushaltsrechts erlassen werden.

Fraglich ist jedoch, ob und inwieweit die jeweiligen Länder den Kommunen Vorgaben hinsichtlich der Beauftragung der PDG für Wirtschaftlichkeitsberechnungen bei PPP-Projekten und der Anerkennung deren Ergebnisse machen können. Im Rahmen des Kommunalhaushaltsrechts besteht eine Verordnungsermächtigung der jeweiligen Länder, nähere Vorgaben zur Haushaltsführung im Verordnungswege zu machen

> (Vgl. beispielhaft: Art. 123 Abs. 1 GO Bayern, § 144 GO Baden-Württemberg, § 154 Abs. 2 und 3 GO Hessen, § 142 Abs. 1 GO Niedersachsen, § 130 Abs. 2 GO Nordrhein-Westfalen).

Von dieser Verordnungsermächtigung haben die Länder durch die Verabschiedung der GemHVO Gebrauch gemacht

> (*Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, S. 438).

Der jeweilige § 10 Abs. 2 GemHVO bestimmt, dass Investitionen von erheblicher finanzieller Bedeutung vor ihrer Tätigung einem Wirtschaftlichkeitsvergleich unterzogen werden müssen. Die jeweiligen Innenministerien haben Verwaltungsvorschriften erlassen, die diese Norm konkretisieren

> (Vgl. beispielhaft: Verwaltungsvorschrift zu Ausführung der Gemeindehaushaltsverordnung (VV-GemHVO) Nordrhein-Westfalen, RdErl. des Innenministers v. 13.12.1972 (MBl. NRW 1973, S. 178), zuletzt geändert durch RdErl. V. 27.11.1995 (MBl. NRW 1996, S. 130)).

Unterstellt man die Befugnis der Innenministerien zum Erlass derartiger Verwaltungsvorschriften, könnte eine entsprechende Regelung betreffend die Zertifizierungswirkung der PDG-Beratung gegenüber den Gemeinden in den jeweiligen Verwaltungsvorschriften geregelt werden. Ansonsten müsste man für eine entsprechende Regelung auf die jeweilige Verordnungsermächtigung des Innenministeriums zurückgreifen und die Zertifizierungswirkung innerhalb der Verordnung regeln. Im Gegensatz zu einer Verwaltungsvorschrift bedarf ein Erlass jedoch eines wesentlich höheren Verwaltungsaufwandes, insbesondere der Beteiligung zahlreicher Ministerien und ggf. der Landesparlamente. Folglich wäre es für die jeweilige Landesregierung praktikabler und auch einfacher durchsetzbar, nur eine Regelung innerhalb einer Verwaltungsvorschrift zu treffen.

Vorliegend sprechen gute Gründe dafür, dass eine Zertifizierungswirkung für die PDG innerhalb einer Verwaltungsvorschrift zum jeweiligen § 10 GemHVO geregelt werden könnte. Zum einen enthalten viele Gemeindeordnungen ausdrückliche Ermächtigungen der Innenminister zum Erlass der für den Vollzug der Gemeindeordnungen erforderlichen Verwaltungsvorschriften

(Vgl. beispielhaft: § 123 Abs. 2 GO Bayern, § 154 Abs. 2 GO Hessen).

Zum anderen sind diese Verwaltungsvorschriften in der Praxis weitgehend anerkannt und die Regelungsbefugnis der jeweiligen Innenminister wird grundsätzlich nicht bestritten. Grenze für die jeweilige Regelungskompetenz durch Verwaltungsvorschrift ist jedoch die grundgesetzlich verbriefte und mit Gesetzesvorbehalt ausgestattete Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen in Art. 28 Abs. 2 GG.

Folglich müsste die Verwaltungsvorschrift so ausgestaltet werden, dass dadurch nicht in die Selbstverwaltungsfreiheit der Gemeinden eingegriffen wird. Bestandteil der Selbstverwaltungsfreiheit ist u.a. die Organisations- und Kooperationsfreiheit der Kommunen

(*Nierhaus,* in: *Sachs*, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rn. 44).

Danach kann die Gemeinde grundsätzlich selbst entscheiden, mit wem sie kontrahiert, so dass der Gemeinde nicht vorgeschrieben werden könnte, für die Erbringung von Beratungsleistungen zwingend die PDG auszuwählen. Denn dadurch würde sie in ihrer Kontrahierungsfreiheit eingeschränkt. Derartige Einschränkungen bedürften einer gesetzlichen Ermächtigung und könnten nicht durch Verwaltungsvorschrift geregelt werden. Ferner wird man der Gemeinde auch nicht im vorschreiben können, ob sie ein PPP-Projekt durchführt oder nicht, zumindest nicht im Rahmen von Selbstverwaltungsaufgaben. Die Entscheidung über das „Ob" ist ebenfalls wesentlicher Bestandteil der gemeindlichen Selbstverwaltung.

Die Verwaltungsvorschrift könnte jedoch bestimmen, dass der Wirtschaftlichkeitsnachweis für PPP-Projekte durch eine entsprechende Berechnung der PDG erbracht werden kann, sofern die jeweilige Körperschaft, die das PPP-Projekt plant, Partei der Rahmenvereinbarung ist und der PDG durch die Rahmenvereinbarung auch die Aufgabe zur Durchführung von Wirtschaftlichkeitsberechnungen übertragen worden ist. Durch eine derartige Formulierung wird nicht in die Entscheidungsbefugnis der betreffenden Kommune eingegriffen, ob sie ein PPP-Projekt durchführt oder die PDG als Berater auswählt. Vielmehr würde dadurch nur festgelegt, dass der Wirtschaftlichkeitsvergleich auch auf kommunaler Ebene verbindlich durch die PDG erbracht werden kann. Der Kommune stünde es frei, den Wirtschaftlichkeitsvergleich auch selbst oder durch ein anderes Unternehmen zu erbringen.

Problematisch könnte eine derartige Verwaltungsvorschrift jedoch vor dem Hintergrund des Gebots staatlicher Neutralität und des Gleichbehandlungsgrundsatzes sein, weil durch die Verwaltungsvorschrift ein Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen am Markt bevorzugt werden würde. Zudem könnten private Wettbewerber der PDG behaupten, dass sie vergleichbar gute Leistungen erbringen können und auch

bei einer durch sie durchgeführten Wirtschaftlichkeitsberechnung eine weitere Überprüfung entbehrlich ist. Zu beachten ist jedoch, dass diese Verwaltungsvorschrift nur auf diejenigen Kommunen beschränkt ist, die auch Partei der Rahmenvereinbarung sind und die PDG im Rahmen eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens für die Erbringung dieser Leistung ausgewählt worden ist. Das Vergabeverfahren zur Auswahl der PDG rechtfertigt damit die Bevorzugung der PDG. Wie bereits dargelegt, wird die Wettbewerbsneutralität und die Gleichbehandlung auf der Ebene der Auswahlentscheidung sichergestellt, so dass ein entsprechender Hinweis in der Verwaltungsvorschrift auf die Möglichkeit, sich der PDG zu bedienen, im Hinblick auf den Neutralitätsgrundsatz, die Wettbewerbsfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht mehr schädlich ist. Im Ergebnis kann daher eine entsprechende Verwaltungsvorschrift zum jeweiligen § 10 GemHVO eine Zertifizierungswirkung hinsichtlich der Anerkennung des Wirtschaftlichkeitsvergleichs für die Kommunen erreichen.

c) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist somit, dass es vielfältige Möglichkeiten dafür gibt, eine Zertifizierungswirkung für die PDG-Beratung zu erreichen. Im Ergebnis sollte gegenüber der Privatwirtschaft auf die „inoffizielle Zertifizierungswirkung" gesetzt werden. Verwaltungsintern lässt sich eine Zertifizierungswirkung am praktikabelsten durch Verwaltungsvorschriften erreichen.

Zu beachten ist, dass die aufgezeigten Zertifizierungsmöglichkeiten lediglich Beispiele sind und die Zertifizierungswirkung ggf. zusätzliche Bereich erfassen und auch auf andere Weise erreicht werden könnte. Außerdem handelt es sich um generelle Aussagen, die nicht auf die Unterschiede und Besonderheiten in den einzelnen Ländern bei der Umsetzung eingehen. Insofern müssten die Ergebnisse noch anhand der jeweiligen landesrechtlichen Lage überprüft und bestätigt werden.

8. Berufsrecht

Die Gründung und das Tätigwerden der PDG unterliegt auch berufsrechtlichen bzw. standesrechtlichen Einschränkungen. Diese Schranken finden sich für Rechtsberatungsleistungen derzeit noch im Rechtsberatungsgesetz (RBerG). Diese aus dem Jahr 1935 stammenden Vorschriften sollen jedoch demnächst durch das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) abgelöst werden. Das RDG liegt derzeit nur im Regierungsentwurf vom 23. August 2006 vor, welcher am 1. Februar 2007 im Bundestag in erster Lesung beraten wurde. Am 9. Mai 2007 fand dazu eine Expertenanhörung im Rechtsausschuss des Bundestages statt

(vgl. dazu: Fiebig, NJW-aktuell 21/2007, S. VI).

Es ist geplant, dass das RDG Mitte 2007 in Kraft tritt. Da jedoch die Verabschiedung noch nicht sicher ist, wird in diesem Gutachten zwischen der bestehenden Rechtslage (*de lege lata*, siehe dazu unter 1.) und der voraussichtlichen zukünftigen Rechtslage (*de lege ferenda*, siehe dazu unter 2.) differenziert.

Sofern die PDG auch Steuerberatungsleistungen erbringen soll, müssten auch die standesrechtlichen Vorschriften des Steuerberatungsgesetzes (StBG) eingehalten werden. Das StBG beschränkt die Wahrnehmung von Steuerberatungsaufgaben im wesentlichen auf die Berufsgruppe der Steuerberater. Weiteren standesrechtlichen Einschränkungen unterliegen Wirtschaftsprüfer nach der Wirtschaftsprüferordnung (WPO). Da allerdings die klassischen Leistungen eines Wirtschaftsprüfers voraussichtlich geringe Relevanz für die PDG haben werden, beschränken sich die Ausführungen auf die Rechtsberatung und Steuerberatung (zur Steuerberatung siehe unter 3.).

a) Rechtsberatung de lege lata

aa) Grundsatz der Erlaubnispflicht von Rechtsberatungsleistungen

Nach Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig – ohne Unterschied zwischen haupt- und nebenberuflicher oder entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit – nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist.

Sofern die PDG in den einzelnen PPP-Projekten juristische Beratungsleistungen für die öffentliche Hand erbringen wird, ist deren Erbringung im Zweifel als geschäftsmäßige Rechtsbesorgung zu qualifizieren. Fraglich ist, ob es sich auch um die Besorgung von fremden Rechtsangelegenheiten handelt, denn die Wahrnehmung eigener Rechtsangelegenheiten ist grundsätzlich erlaubnisfrei

(OLG Köln, GRUR 1999, 93).

Ob eine eigene oder fremde Rechtsangelegenheit vorliegt, richtet sich im wesentlichen nach der Frage, in wessen wirtschaftlichem Interesse die Besorgung der Angelegenheit erfolgt

(BGH, NJW 1974, 50; BayObLG NJW 1993, 476).

Vorliegend würde die PDG im Rahmen der PPP-Projektberatung Rechtsberatungsleistungen für unterschiedliche Behörden und öffentliche Körperschaften erbringen. Die Rechtsberatung erfolgt also allein im Interesse der jeweiligen Behörde bzw. öffentlichen Körperschaft, so dass es sich um eine fremde Angelegenheit handelt, welche die

PDG beraten würde, denn diese Behörden oder öffentlichen Körperschaften sind von der PDG rechtlich selbständige Subjekte.

Etwas anderes könnte jedoch dann gelten, wenn die Beratung des eigenen Gesellschafters, so wie es hier z.B. beim Bund oder den Ländern der Fall wäre, nicht als fremde Rechtsangelegenheit zu qualifizieren wäre. Von einer Eigenangelegenheit kann jedoch in der Regel nur dann ausgegangen werden, wenn der Rechtsbesorger als gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person auftritt, wie z. B. der Geschäftsführer einer GmbH für die Gesellschaft

(BGH, NJW-RR 1986, 1360).

Vorliegend ist die PDG jedoch nicht Vertreter der gesellschaftlich beteiligten öffentlichen Hände, sondern berät diese als fremde Dritte. Für diese Beratungsleistung erhält sie schließlich auch Vergütungen von den beratenen Körperschaften.

Daran ändert auch nichts, dass die zu beratenden Einheiten Behörden oder öffentliche Körperschaften sind. Die Tätigkeit Privater bei der Erfüllung nicht-hoheitlicher Aufgaben einer Behörde fällt nach ständiger Rechsprechung unter den Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes

(BGH, NJW 1995, 3122; OLG Düsseldorf AnwBl. 1999, 618; OLG Bamberg, NJW 1996, 854).

Im Ergebnis wird man daher mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen müssen, dass die PDG bei der juristischen Beratung der jeweiligen PPP-Projekte die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten übernimmt. Damit wäre diese Beratungsleistung grundsätzlich erlaubnispflichtig, es sei denn, ein im Rechtsberatungsgesetz aufgeführter Ausnahmetatbestand greift ein. Die wichtigsten Ausnahmetatbestände werden im Folgendem kurz dargestellt.

bb) Ausnahme für Angestellte, Art. 1 § 6 RBerG

Eine Rechtsberatungsleistung für Dritte ist nach Art. 1 § 6 RBerG nicht erlaubnispflichtig, wenn Angestellte Rechtsangelegenheiten ihres Dienstherren erledigen. Der Begriff des Angestellten im Sinne dieser Vorschrift wird grundsätzlich weit ausgelegt. Es kommt nicht darauf an, dass es sich um einen Angestellten im arbeitsrechtlichen Sinn handelt oder überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Es genügt, dass eine abhängige, weisungsgebundene Tätigkeit im Betrieb eines anderen, also auch einer anderen natürlichen oder juristischen Person, vorliegt. Voraussetzung ist jedoch eine gewisse Weisungsabhängigkeit.

Inwieweit die PDG Weisungen ihrer Gesellschafter auf Seiten der öffentlichen Hand unterliegt, hängt von der konkreten Ausgestaltung der Satzung der PDG ab. Grundsätzlich sind jedoch die Geschäftsführer einer GmbH an die Weisungen ihrer Gesellschafter gebunden. Dadurch unterscheidet sich die Stellung der Geschäftsführer einer GmbH von der weitgehend weisungsfreien Stellung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft. Bei einer GmbH kann man also aufgrund der gesellschaftlichen Verbindung von einer generellen Weisungsabhängigkeit der PDG gegenüber ihren Gesellschaftern sprechen.

Ob diese gesellschaftsrechtliche Weisungsabhängigkeit jedoch ausreicht, um ein „Dienstherrenverhältnis" im Sinne des Art. 1 § 6 RBerG anzunehmen, ist äußerst zweifelhaft, denn es sind keine Stimmen in Rechtsprechung und Literatur erkennbar, die eine derartige Auslegung unterstützen würden. Grundsätzlich hatte der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Vorschrift andere Sachverhalte regeln wollen. Ansonsten könnte durch jede gesellschaftsrechtliche Beteiligung die Erlaubnispflicht des Rechtsberatungsgesetzes umgangen werden. Die Praxis akzeptiert derartige Ausnahmen jedenfalls erkennbar nicht. Im Ergebnis halten wir es daher für äußerst unwahrscheinlich, dass sich die PDG auf die Ausnahmevorschrift des Art. 1 § 6 RBerG berufen kann.

cc) Ausnahme für berufsstandsähnliche Vereinigungen Art. 1 § 7 RBerG

Eine weitere Ausnahme von der Erlaubnispflicht enthält Art. 1 § 7 RBerG für berufsständische und berufsstandsähnliche Vereinigungen. Zwar hat die Rechtssprechung entschieden, dass auch Personenzusammenschlüsse in der Rechtsform von Handelsgesellschaften als Stellen im Sinne des Art. 1 § 7 Satz 1 RBerG zu qualifizieren sein können

(OLG Frankfurt, MDR 1982, 1024).

Allerdings müsste eine solche Stelle auf berufsständischer Grundlage oder berufsstandähnlicher Grundlage agieren. Wenn überhaupt, kommt der PDG nur eine berufsstandsähnliche Funktion zu. Berufsstandsähnliche Grundlagen wurden zum Beispiel anerkannt für Mietervereine, Haus- und Grundbesitzervereine sowie Kriegsopferverbände

(OVG Münster, NJW 1962, 2028; OVG Münster, NJW-RR 1986, 801: OVG Münster, NJW 1995, 1509).

Abgelehnt wurde dies mangels Vertretungen von Gruppeninteressen für politische Parteien oder Betriebsräte

(LAG Hamburg, DB 1987, 1744).

Entscheidend für die Berufsstandsähnlichkeit ist das Handeln im Gruppeninteresse. Die PDG müsste also als Interessenvertreterin für die öffentliche Hand im Rahmen von PPP-Projekten qualifiziert werden können. Wegen der weiten Gestaltungsmöglichkeiten von PPP-Projekten erscheint ein solches von Art. 1 § 7 Satz 1 RBerG gefordertes Gruppeninteresse allerdings fragwürdig.

Die Frage der Berufsstandsähnlichkeit kann jedoch dahinstehen, weil für das Eingreifen dieser Ausnahmevorschrift die Rechtsberatungsleistungen den berufsständischen oder berufsstandsähnlichen Tätigkeiten untergeordnete Tätigkeiten sein müssen. Die Rechtsberatung muss nach der Rechtssprechung eine rein dienende Funktion haben

(OLG Celle, NJW 1962, 811; OVG Münster, NJW-RR 1986, 861; OLG Köln, NJW-RR 1990, 683, 684).

Von dieser rein dienenden Funktion der Beratung kann vorliegend nicht ausgegangen werden, denn die Beratungsleistung stellt sich vorliegend als Haupt- bzw. Alleinzweck der PDG dar.

Ferner wird verlangt, dass unter Art. 1 § 7 RBerG nur solche Stellen fallen, die keine Gewinnerzielungsabsicht haben. Sofern – wie hier unterstellt – die PDG mit Gewinnerzielungsabsicht handeln sollte, würde das Eingreifen dieses Ausnahmetatbestands auch deshalb ausscheiden. Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass Art. 1 § 7 RBerG zur Rechtfertigung der Erlaubnisfreiheit der rechtlichen Beratungstätigkeit der PDG nicht hinhalten kann.

Gleiches lässt sich im Ergebnis zu Art. 1 § 7 Satz 3 RBerG sagen. Dieser gilt nur für juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer Vereinung oder Stelle stehen. Vorliegend sollen jedoch der Bund und die Länder sowie ein privater Gesellschafter (BTGBTG) gemeinsam Gesellschafter der PDG werden. Damit scheidet auch diese Norm als Rechtfertigung einer Ausnahme von der Erlaubnisfreiheit aus.

dd) Ausnahmetatbestand nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG

Weitere Ausnahmevorschriften für die Erlaubnispflichtigkeit von Rechtsberatungsleistungen enthält Art. 1 § 5 RBerG. Nach dessen Nr. 1 dürfen kaufmännische oder sonstige gewerbliche Unternehmen für ihre Kunden rechtliche Angelegenheiten erledigen, die mit einem Geschäft ihres Gewerbebetriebs in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Diese Ausnahmevorschrift greift vorliegend jedoch nicht, weil die

Rechtsberatung in diesem Fall ein reines Nebenprodukt der Kundenbeziehung sein muss. Vorliegend ist die Beratung jedoch ein Hauptzweck der PDG.

ee) Ausnahmetatbestand nach Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG

Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG statuiert eine Ausnahme für öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer sowie Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, die in Angelegenheiten, mit denen sie beruflich befasst sind, auch die rechtliche Bearbeitung übernehmen dürfen, soweit diese Rechtsfragen mit ihren Aufgaben in unmittelbarem Zusammenhang stehen und diese Aufgaben ohne Rechtsberatung nicht sachgemäß erledigt werden können. Selbst wenn man unterstellt, dass bei der PDG öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer und Steuerberater tätig sein werden, greift diese Ausnahmevorschrift nicht für alle Rechtsfragen, welche in einem PPP-Projekt typischerweise zu erbringen wären. Viele der zu erbringenden Rechtsberatungsleistungen gehen über die Rechtsfragen hinaus, die im unmittelbaren Zusammenhang mit den Fragen der Wirtschaftsprüfer bzw. der Steuerberater stehen. Das gilt insbesondere für vergabe-, vertrags-, öffentlich-rechtliche und gesellschaftsrechtliche Fragen. Auf diese Ausnahmevorschrift könnte daher im Ergebnis nur ein geringer Teil der juristischen Beratungsleistungen gestützt werden.

ff) Ausnahmevorschriften nach Art. 1 § 3 Nr. 1 RBerG

Art. 1 § 3 RBerG zählt verschiedene Tätigkeiten auf, die unabhängig von ihrer Qualifikation als Rechtsberatungsleistung ohne gesonderte Erlaubnis zulässig sind. Hierzu zählt nach Art. 1 § 3 Nr. 1 RBerG auch die Rechtsberatung und Rechtsbetreuung von Behörden und öffentlichen Körperschaften. Unter Behörden und öffentlichen Körperschaften fallen jedoch erkennbar nur öffentlich-rechtlich organisierte Verwaltungseinheiten, nicht jedoch privatrechtliche Handelsgesellschaften, wie es die PDG wäre. Diese Ausnahmevorschrift greift vorliegend also ebenfalls nicht.

gg) Ausnahmevorschriften nach Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG

Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG besagt, dass die Berufstätigkeit u. a. der Rechtsanwälte sowie der Rechtsanwaltsgesellschaften, welche durch im Rahmen ihrer beruflichen Befugnisse handelnde Personen tätig werden, durch das Rechtsberatungsgesetz nicht berührt werden. Das bedeutet, dass Rechtsanwälte keiner Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz bedürfen, sofern sie ihre Tätigkeit innerhalb der eigenen berufsständischen Vorschriften, insbesondere der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) ausüben. Soweit die PDG also Rechtsanwälte beschäftigen würde, könnten diese Rechtsberatungsleistungen für die öffentliche Hand wahrnehmen. Dies gilt auch für sogenannte Syndikusanwälte, d. h. nicht unabhängige Berater und Vertreter im Sinne des § 3

BRAO, die im Rahmen eines ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses tätig sind

(*Rennen-Caliebe*, RBerG, 3. Aufl., Art. 1 § 3 Rn. 24).

Die angestellten Anwälte müssten jedoch direkt mandatiert werden und würden damit direkt für die jeweilige öffentliche Hand, welche das PPP-Projekt durchführt, tätig werden. Die angestellten Anwälte müssten folglich im eigenen Namen auftreten und auch im eigenen Namen mit der jeweils zu beratenden öffentlichen Körperschaft abrechnen. Der Syndikusanwalt der PDG würde also wie ein freier, selbständiger Rechtsanwalt tätig, ohne dass die PDG ihm diesbezüglich Weisungen erteilen könnte oder wirtschaftlich daran profitieren könnte.

Im Ergebnis würde also die Beschäftigung von Syndikusanwälten auf Seiten der PDG nicht dazu führen, dass die PDG selbst Rechtsberatungsleistungen erbringen könnte. Sie müsste diese Tätigkeit jeweils entsprechend zugelassenen Rechtsanwälten überlassen. Insofern wäre es für die PDG unerheblich, ob sie eigene Syndikusanwälte beschäftigt oder externe Rechtsanwälte einschaltet.

hh) Kooperationsverbot aus § 59a BRAO

Dieses Rechtsberatungsverbot könnte die PDG auch nicht durch die Gründung einer Tochtergesellschaft in Form einer Rechtsanwaltsgesellschaft oder Eingehung einer Sozietät umgehen, denn für Rechtsanwälte besteht ein weitgehendes Kooperationsverbot.

Gem. § 59a Abs. 1 und Abs. 4 BRAO dürfen Rechtsanwälte nur mit den dort genannten Berufsgruppen (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer o.ä.) in Sozietätsform oder Bürogemeinschaft kooperieren. Die Aufzählung der sozietätsfähigen Berufsgruppen ist abschließen

(*Hartung* in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl. 2004, § 59a Rn. 23 m.w.N.).

Zu den Sozietäten zählt klassischer Weise die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, aber auch sonstige zulässige personengesellschaftliche Zusammenschlüsse, wie z.B. die Partnerschaften

(*Hartung* in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl. 2004, § 59a Rn. 20; a.A. *Michalski/Römermann*, NJW 1996, 3233, 3237).

Da die PDG nicht nur aus Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern bestehen wird, käme eine Zusammenarbeit mit der PDG mit Rechtsanwälten in einer Sozietät oder Bürogemeinschaft nicht in Betracht.

Eine Kooperation von Anwälten in Form einer oHG oder KG scheidet aus, weil diese Gesellschaftsformen den Betrieb eines Handelsgewerbes gem. § 1 HGB voraussetzen, was beim Anwalt als freier Beruf gem. § 2 BRAO nicht der Fall ist.

ii) Beteiligungsfähigkeit an Rechtsanwaltsgesellschaften, § 59c ff BRAO

Nach § 59c BRAO dürfen Anwälte Rechtsanwaltsgesellschaften mbH gründen. Auch die Gründung einer Rechtsanwalts-AG oder Rechtsanwalts KG aA wird nach wohl h.M. als zulässig eingestuft

> (BayObLG, NZG 2000, 649; *Henssler* in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl. 2004, Vorb. § 59c Rn. 33 m.w.N.).

Allerdings könnte die PDG nicht Gesellschafter einer solchen Rechtsanwaltsgesellschaft werden, denn Gesellschafter (bzw. Aktionär) einer solchen GmbH dürfen gem. § 59e BRAO nur Rechtsanwälte und die vorgenannten sozietätsfähigen Berufe sein. Zugleich verbietet § 59e BRAO auch eine Umgehung oder mittelbare Beteiligung anderer als Rechtsanwälte an einer solchen Gesellschaft. Folglich könnte die PDG die Rechtsberatungsleistungen auch nicht auf eine eigene Tochtergesellschaft in Form einer Rechtsanwalts-GmbH oder Rechtsanwalts-AG ausgliedern.

jj) Zwischenergebnis

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die PDG nach derzeitiger Rechtslage weder selbst noch durch weisungsabhängige Mitarbeiter oder Tochtergesellschaften Rechtsberatungsleistungen erbringen könnte. Die PDG müsste also diesbezüglich auf Rechtsanwälte zurückgreifen.

b) Rechtslage de lege ferenda

Diese relativ strikte Begrenzung der Möglichkeit, Rechtsberatungsleistungen entgeltlich für Dritte erbringen zu dürfen, soll zukünftig durch das RDG gelockert werden. Ob sich dadurch jedoch etwas hinsichtlich des Rechts der PDG zur Erbringung von Rechtsberatungsleistungen ändert, erscheint fragwürdig.

aa) Qualifizierung als Rechtsdienstleistung, § 2 RDG

Ausgehend von dem Regierungsentwurf vom 23. August 2006, definiert § 2 Abs. 1 RDG, wie Rechtsdienstleistungen zu verstehen sind. Rechtsdienstleistungen sind demnach alle Tätigkeiten in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Rechtssuchenden eine besondere rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordern. Die Beratung einer öffentlichen Körperschaft oder Behörde in einem PPP-Projekt ist wie oben geprüft als konkrete,

fremde Angelegenheit zu qualifizieren. Sie bedarf – abgesehen von Ausnahmen im Einzelfall – auch einer besonderen Prüfung des Einzelfalls. Im Ergebnis ist daher die juristische Beratung eines PPP-Projektes durch die PDG weiterhin als Rechtsdienstleistung gegenüber der öffentlichen Hand zu qualifizieren sein.

Allerdings statuiert § 2 Abs. 3 Nr. 6 RDG eine Ausnahme für die Erledigung von Rechtsangelegenheiten innerhalb verbundener Unternehmen gem. § 15 AktG. Da die öffentlichen Hände Gesellschafter der PDG sind, könnten diese wiederum ein mit der PDG verbundenes Unternehmen gem. § 15 AktG sein. Selbst wenn man unterstellt, dass der Unternehmensbegriff des § 15 AktG auf eine öffentliche Körperschaft Anwendung findet, müsste zumindest eine Mehrheitsbeteiligung oder eine Beherrschung durch die jeweils zu beratende öffentliche Körperschaft vorliegen. Die Mehrheitsbeteiligung einer einzelnen öffentliche Körperschaft ist nach dem derzeitigen Modell nicht vorgesehen. Es scheint zudem ausgeschlossen, dass eine einzelne öffentliche Körperschaft ein ausreichendes Beherrschungsrecht gegenüber der PDG besitzt. Folglich greift die Ausnahme des § 2 Abs. 3 Nr. 6 RDG nicht.

bb) Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit anderen Tätigkeiten

Nach dem RDG-Entwurf können Rechtsdienstleistungen aber zukünftig einfacher im Zusammenhang mit anderen Tätigkeiten erbracht werden. Wie bisher dürfen bloße juristische Nebenleistungen zu einer nicht-juristischen Hauptleistung ohne Zulassung erbracht werden (§ 5 Abs. 1 und 2 RDG). Ob die juristischen Beratungsleistungen der PDG tatsächlich eine Nebenleistung zu den sonstigen Leistungen der PDG sein werden, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Dies hängt von der Ausgestaltung des Beratungsauftrags der PDG im Einzelfall ab. Aus der Erfahrung mit der Beratung von PPP-Projekten lässt sich jedoch sagen, dass die juristische Beratung der öffentlichen Hand einen Hauptaspekt der erforderlichen Beratungsleistung ausmacht. Insbesondere in Verhandlungsverfahren oder Wettbewerblichen Dialogen ist erhebliche juristische Beratung bei der Umsetzung und Durchführung des Verfahrens sowie bei der Vertragsgestaltung erforderlich. In der Regel wird es daher voraussichtlich schwierig sein, die Erlaubnisfreiheit juristischer Beratungsleistungen mit dem Argument, es handele sich um eine Nebenleistung, zu rechtfertigen. Folglich ist derzeit davon auszugehen, dass § 5 Abs. 1 oder Abs. 2 RDG als Ausnahmevorschrift für die PDG nicht in Frage kommen.

Die PDG könnte jedoch in den Genuss der Ausnahmevorschrift des § 5 Abs. 3 RDG kommen. Dieser bestimmt, dass Rechtsdienstleistungen in Zusammenarbeit mit oder unter Hinzuziehung einer Person erbracht werden dürfen, der die selbständige entgeltliche Erbringung dieser Rechtsdienstleistungen erlaubt ist, solange diese Person den rechtsdienstleistenden Teil der Tätigkeit eigenverantwortlich erbringt. Als Personen in

diesem Sinne werden hauptsächlich Rechtsanwälte angesprochen, die nach dieser Norm als Subunternehmer der PDG tätig werden könnten. Damit könnte die PDG die Rechtsberatung selbst anbieten, allerdings nur durch Rechtsanwälte als Nachunternehmer. Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage würde die PDG jedoch auch bezüglich der Rechtsberatungsleistung Vertragspartner der jeweils zu beratenden öffentlichen Hand und dürfte die Leistungen selbst abrechnen. Sie müsste nur ihren Subunternehmer (Rechtsanwalt) entsprechend vergüten. Eines direkten Mandatsverhältnisses zwischen einem Rechtsanwalt und dem Empfänger der Rechtsdienstleistung bedürfte es folglich nicht mehr.

Unabhängig von der Frage, ob diese Regelung mit den rechtsanwaltlichen Standesvorschriften vereinbar ist, insbesondere mit der Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege, wurde in der Expertenanhörung zum RDG vom 9. Mai 2007 im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages vorgeschlagen, diese Ausnahmevorschrift ersatzlos zu streichen, was von den Experten überwiegend begrüßt wurde. Voraussichtlich wird die beschriebene Ausnahme daher nicht in Gesetzeskraft erwachsen. Diesbezüglich muss der Gesetzgebungsprozess allerdings näher beobachtet werden. Derzeit ist es zu früh, eine endgültige Aussage darüber zu treffen, ob die Regelung endgültig gestrichen wird.

Sollte sie jedoch gestrichen werden, bliebe es bei der alten Rechtslage, dass die PDG einen Rechtsanwalt nicht als Erfüllungsgehilfen einschalten könnte. Vielmehr könnte ein Rechtsanwalt nur direkt mit seinem Mandanten kontrahieren und abrechnen. Falls die Vorschrift umgesetzt wird, könnte die PDG über einen Rechtsanwalt als Subunternehmer tatsächlich im eigenen Namen Rechtsberatungsleistungen erbringen.

c) Steuerberatung

Die Vorschriften über die Erbringung von Steuerberatungsleistungen sind im StBG geregelt. Dieses ist inhaltlich im Wesentlichen mit den Bestimmungen des RBerG vergleichbar. Steuerberatungsleistungen dürfen grundsätzlich ebenfalls nur von Personen erbracht werden, die hierzu befugt sind, wie z.B. Steuerberater, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer sowie entsprechende Steuer- oder Rechtsanwaltsgesellschaften.

Für die mögliche Steuerberatungstätigkeit der PDG griffe auch keine Ausnahmevorschrift des § 6 StBG, die eine unbegrenzte Steuerberatungstätigkeit in bestimmten Fällen, z.B. für Angehörige, wissenschaftliche Gutachten oder Buchführungsvorgänge, vorsieht.

Ferner griffe auch keine Ausnahme für die Erbringung von Steuerberatungsleistungen in beschränktem Umfang nach § 4 StBG. Die dort genannten Ausnahmevorschriften

sind inhaltlich weitgehend mit den Bestimmungen des RBerG vergleichbar, weshalb diesbezüglich auf die Ausführungen zu den Ausnahmevorschriften des RBerG verwiesen wird (vgl. dazu oben Ziffer V. 1.)).

Auch bei Steuerberatern ist das Recht zur Eingehung einer Sozietät oder Bildung einer Bürogemeinschaft auf bestimmte Berufsgruppen, insbesondere Anwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, begrenzt. Auch hier gilt insofern das bereits zu den Rechtsanwälten Gesagte (vgl. dazu oben Ziffer V. 1.)).

Wie Rechtsanwälten können Steuerberater auch Gesellschaften gründen oder diesen beitreten. Allerdings ist Voraussetzung für die Anerkennung solcher Steuerberatungsgesellschaften, dass die Vorstände, Geschäftsführer oder persönlich haftenden Gesellschafter Steuerberater, Rechtsanwälte o.ä. sind. Ferner müssen – wie bei Rechtsanwaltsgesellschaften – die Gesellschafter Steuerberater o.ä. sein, so dass die PDG auch keine Tochtergesellschaft gründen könnte, über die sie Steuerberatungsleistungen erbringen könnte.

d) Zwischenergebnis

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass nach der geltenden Rechtslage (und voraussichtlich auch nach der zukünftigen) die PDG selbst weder Rechts- noch Steuerberatungsleistungen erbringen darf. Sie kann auch keine Tochtergesellschaften gründen, die für sie diese Leistungen erbringt. Grundsätzlich müssten diese Leistungen von unabhängigen und entsprechend zugelassenen Personen erbracht werden, wie z.B. Rechtsanwälten oder Steuerberatern. Im Ergebnis können daher zur Beratungstätigkeit der PDG weder Steuer- noch Rechtsberatungsleistungen zählen. Es wird daher vorgeschlagen, diese Leistungen zunächst vom Aufgabenspektrum der PDG auszuklammern.

Dennoch steht dem Ziel einer Vereinfachung von PPP-Projekten nicht entgegen, dass die PDG Rechts- und Steuerberatungsleistungen nicht selbst erbringen kann, obwohl diese bei der Realisierung von PPP-Projekten einen wesentlichen Stellenwert einnehmen. Denn diese Leistungen können ohne weiteres von Dritten erbracht werden, ohne dass insoweit eine europaweite Ausschreibung erforderlich wäre. Das gilt auch für den Fall, dass die PDG diese Leistungen selbst als öffentlicher Auftraggeber (vgl. dazu oben Ziffer I. 6.) an Dritte vergibt. Denn Rechts- und Steuerberatungsdienstleistungen sind sog. nachrangige Leistungen im Sinne des Anhangs I B der VOL/A bzw. der VOF (Kategorien 21 und 27), auf welche die Vorschriften des Vergaberechts nur sehr begrenzt anwendbar sind. Gemäß § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A sind bei der Vergabe von nachrangigen Leistungen im Sinne des Anhangs I B der VOL/A neben den Bestimmungen der Basisparagraphen nur die Vorschriften über technische Spezifikatio-

nen (§ 8a VOL/A) und die Bekanntmachung bereits vergebener Aufträge (§ 28a VOL/A) anzuwenden. Abgesehen hiervon, dürften die im Rahmen komplexer PPP-Vorhaben zu erbringenden Rechts- und Steuerberatungsleistungen regelmäßig in den Anwendungsbereich der VOF fallen. Nach § 2 Abs. 1 S. 2 VOF sind in diesem Fall nur die Regelungen über technische Spezifikationen (§ 8 Abs. 2 VOF) und die Bekanntmachung bereits vergebene Aufträge (§ 17 VOF) anwendbar.

Auch aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht ergibt sich keine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung von Rechts- und Steuerberatungsdienstleistungen. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Vergabe derartiger Dienstleistungen wurden im Rahmen des deutschen Vergaberechts in nationales Recht umgesetzt, das allerdings weiterhin gemeinschaftsrechtskonform auszulegen ist. Rechts- und Steuererberatungsleistungen sind jedoch auch gemeinschaftsrechtlich als nachrangige Leistungen zu betrachten, die gemäß Art. 21 Richtlinie 2004/18/EG nicht im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens vergeben werden müssen.

V. EUROPÄISCHES BEIHILFE- UND PRIMÄRRECHT

1. Beihilferechtliche Vorgaben für die Vergabe von Beratungsleistungen

Für das geplante Vorhaben sind auch die Vorschriften des Beihilfenrechts (Art. 87 ff. EG-Vertrag) zu berücksichtigen. Denn sofern die gegenseitig erbrachten Leistungen des Bundes, der Länder oder der Kommunen als öffentliche Auftraggeber einerseits und der PDG andererseits nicht in einem marktgerechten Verhältnis zu einander stehen, kann es sich um eine ggf. unzulässige bzw. notifizierungspflichtige staatliche Beihilfe handeln. Nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag sind

> *„staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen"* (Hervorhebung hinzugesetzt).

Eine derartige staatliche Beihilfe kann vorliegend anzunehmen sein, wenn die PDG ein Unternehmen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag ist und im Rahmen des beabsichtigten Vorhabens von den öffentlichen Auftraggebern begünstigt wird.

a) Unternehmen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 GWB

Als Unternehmen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag sind grundsätzlich alle natürlichen und juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts anzusehen, die Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt anbieten. Dabei reicht es aus, dass

es für die von dem Unternehmen angebotene Tätigkeit einen Markt gibt und auf diesem Wettbewerb stattfindet. Nicht erforderlich ist dagegen, dass das begünstigte Unternehmen seine Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht anbietet. Unbeachtlich ist zudem die Rechtsform des Unternehmens. Nach einhelliger Auffassung können neben privaten Unternehmen daher auch öffentliche Unternehmen taugliche Zuwendungsempfänger im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag sein, sofern sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben

> (EuGH, Rs. 78/76, Slg. 1977, 595, Rn. 18; EuGH Rs. C-387/92, Slg. 1994, I-877, Rn. 11; *von Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsammlung, Art. 87, Rn. 43; *Cremer*, in: *Callies/Ruffert*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 87, Rn. 16; *Mederer*, in: *von der Groeben/Schwarze*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 87 EG, Rn. 31).

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die PDG als Unternehmen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag anzusehen ist und damit tauglicher Zuwendungsempfänger ist. Denn die PDG bietet im Rahmen des beabsichtigten Vorhabens wirtschaftliche Tätigkeiten in Form von Beratungsleistungen an, für die es einen Markt mit mehreren Marktteilnehmern gibt.

b) Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag

Das beabsichtigte Vorhaben ist beihilferechtlich allerdings nur dann relevant, wenn der PDG eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 GWB gewährt wird. Das könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn die Beratungsleistungen oberhalb ihres tatsächlichen Wertes vergütet werden.

Der gemeinschaftsrechtlich geprägte Begriff der Beihilfe wird weit ausgelegt und erfasst grundsätzlich alle Maßnahmen, mit denen die Belastungen verringert werden, die ein Unternehmen im Wettbewerb normalerweise zu tragen hat. Für das Vorliegen einer Beihilfe kommt es daher nicht auf deren Form, Bezeichnung, Gründe oder Ziele an, sondern allein darauf, ob es sich um eine Zuwendung handelt, für die keine marktgerechte Gegenleistung erbracht wird

> (EuGH, Rs. C-310/99, Slg. 2002, I-2289, Rn. 51; Rs. C-404/97, Slg. 2000, I-4897, Rn. 44; *Cremer*, in: *Callies/Ruffert*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 87, Rn. 9, m. w. Nachw.).

Für die Frage, ob es sich bei einer Auftragsvergabe um eine genehmigungsbedürftige Beihilfe handelt, kommt es damit im Fall der Vergabe von Beratungsleistungen an die PDG entscheidend darauf an, ob in der Auftragsvergabe eine „Begünstigung" der

PDG durch die Auftraggeber zu sehen ist. Da die entgeltliche Vergabe der Beratungsleistungen an die PDG wirtschaftlichen Vorteil darstellt, liegt nur dann keine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV vor, wenn der Auftragsvergabe und Entgeltzahlung durch Bund und Länder eine entsprechende Gegenleistung, das heißt, die Erbringung von Beratungsleistungen zu Marktbedingungen gegenübersteht

c) Der „Private Investor Test" als Mittel der Beihilfenkontrolle

Die Abgrenzung zwischen marktgerechten staatlichen Verhaltens und von Zuwendungen mit Beihilfencharakter wird anhand des so genannten „*private-investor-test*" vorgenommen. Im Rahmen dieses Tests wird geprüft, ob unter den gegebenen Umständen auch ein umsichtiger Privatanleger/Unternehmen wie der Staat handeln würde und für die erhaltene Leistung einen vergleichbaren Preis bezahlt hätte

> (EuGH, Rs. C-303/8, Slg. 1991, I-1433, Rn. 21 "Italien / Kommission"; *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV / EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV, Rn. 10, m.w.N. in Fn. 67).

Beim Abschluss privatrechtlicher Verträge kann die Annahme einer notifizierungspflichtigen Beihilfe grundsätzlich nur dadurch ausgeschlossen werden, dass die öffentliche Hand im Rahmen ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit wie ein „umsichtiger marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber" handelt. Dieser Grundsatz hat in der Praxis der Europäischen Kommission und in der Rechtsprechung des EuGH vielfältig Niederschlag gefunden und gilt sowohl für das Verhalten der öffentlichen Hand als Kapitaleigner als auch darüber hinaus ganz generell für das wirtschaftliche Verhalten der öffentlichen Hand in ihrer Eigenschaft als Teilnehmer an privatwirtschaftlichen Verträgen. Im Grundsatz belässt die Europäische Kommission der öffentlichen Hand zwar einen breiten Ermessensspielraum bei ihrer Entscheidungsfindung; es treten jedoch immer wieder Konfliktfälle auf, in denen die Kommission beanstandet, dass primär wirtschafts-, arbeitsmarkt- oder standortpolitische Zielsetzungen eines staatlichen Kapitaleigners im Gewand unternehmerischer Interessen zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen können.

d) Anwendung des „Private-Investor-Test" auf die Vergabe öffentlicher Aufträge

Sowohl die Kommission als auch das EuG erkennen an, dass die Grundüberlegungen des „*private-investor-test*" auch auf die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages übertragbar sind

> (vgl. Mitteilung der Kommission im Fall *Kiener Deponie Bachmanning,* ABl. 1998, C 201/8, 11, EuG, Rs. T-14/95 *(BAI),* Slg 1999 II, S. 139, 164ff., Rn. 75

und 80, EuG, Urt. v. 05.08.2003, Verb. Rs. T-116/01 und T 118/01,*P&O European Ferries*).

Die Anwendung des „*private-investor-tests*" auf die Vergabe öffentlicher Aufträge ist auch konsequent, denn auch hier ist zur Bewertung der Beihilfenqualität der gezahlten Entgelte zu fragen, wie an der Stelle des öffentlichen Auftraggebers ein privater Vertragspartner handeln würde, der seine Entscheidung ausschließlich auf wirtschaftliche und somit marktübliche Überlegungen stützt

(*Middelschulte,* Öffentliche Aufträge als Gegenstand des EG-Beihilfenrechts, 2004, S. 22).

In anderen Bereichen (Anteils- und Immobilienveräußerungen) erachtet die Europäische Kommission eine Veräußerung dann als beihilfefrei, wenn ein „hinreichend publiziertes, allgemeines und bedingungsfreies Bietverfahren" durchgeführt wird und die Veräußerung an den Meistbietenden erfolgt

(Europäische Kommission, Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. EG 1997 Nr. C 209/3; Entscheidung der Kommission, ABl. 2000, L 265/15, Rn. 85 f., *Centrale del Latte di Roma*).

Auch die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens stellt ein hinreichend publiziertes, allgemeines und bedingungsfreies Bietverfahren dar, das den Anforderungen der Europäischen Kommission zur Feststellung marktgerechten Verhaltens eines öffentlichen Auftraggebers genügt und welchem somit begünstigungsausschließende Wirkung zukommt. Dies ist von der Europäischen Kommission grundsätzlich anerkannt

(Mitteilung der Kommission im Fall *Kiener Deponie Bachmanning,* ABl. 1998, C 201/8, 11; vgl. auch *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, S. 112).

Allerdings ist noch nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang das Ausschreibungsverfahren Austauschgeschäfte der öffentlichen Hand EG-beihilfenrechtlich zu immunisieren vermag. Angesichts der Parallelität der vergaberechtlichen und beihilfenrechtlichen Steuerungsprinzipien ist durch die Einhaltung der nationalen und EG-vergaberechtlichen Vorgaben zwar grundsätzlich auch die Konformität des Ausschreibungsverfahrens mit dem Beihilfenrecht garantiert. Das muss allerdings nicht immer der Fall sein. Beihilferechtlich problematisch können beispielsweise diejenigen Fälle sein, in denen vergaberechtlich zulässige ein Nichtoffenes bzw. ein Verhandlungsverfahren ohne vorausgehenden Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird. Denn

wenn der Auftraggeber lediglich einzelne Unternehmen zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren auffordert, erscheint die Annahme eines „offenen Ausschreibungsverfahrens" im Sinne des Beihilfenrechts jedenfalls zweifelhaft

(vgl. *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779, 786).

Trotz dieser Bedenken kann sowohl das mehrstufige Verfahren in Form der *In-house*-Vergabe der Rahmenvereinbarung an die PDG und der anschließenden Veräußerung der Anteile an der BTGBTG bei gleichzeitiger Ausschreibung der Rahmenvereinbarung als auch die kombinierte Vergabe uno actu im Ergebnis als beihilfenrechtlich zulässig angesehen werden. Im Hinblick auf das Verfahren muss die beabsichtigte Veräußerung von Anteilen der BTGBTG und die Ausschreibung der Rahmenvereinbarung über einen längeren Zeitraum bekannt gemacht werden. Zudem muss sichergestellt sein, dass sich alle interessierten Unternehmen an dem Bietverfahren zu gleichen Bedingungen beteiligen können. Diese Anforderungen werden durch die Durchführung des Vergabeverfahrens erfüllt.

Zweifel könnten sich bei der Durchführung des mehrstufigen Verfahrens allenfalls daraus ergeben, dass die *In-house*-Vergabe der Rahmenvereinbarung an die PDG nicht im Wege eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens erfolgt. Bei Abschluss der Rahmenvereinbarung unter Ausnutzung des *In-house*-Tatbestands besteht jedenfalls aus Sicht der Europäischen Kommission ein Anhaltspunkt für eine mögliche Begünstigung der PDG durch Abschluss der Rahmenvereinbarung. Die vergaberechtliche Zulässigkeit der *In-house*-Vergabe schließt auch nicht aus, dass auf Seiten der PDG eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag vorliegt. Es könnte zwar argumentiert werden, dass im Abschluss einer Rahmenvereinbarung (noch) keine Begünstigung liegt, da die Rahmenvereinbarung ja nur zum Abrufen der Einzelaufträge berechtigt aber nicht verpflichtet. Für das Fehlen einer Begünstigung könnte auch sprechen, dass für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung auf Seiten der privaten Unternehmen üblicherweise kein Entgelt bezahlt wird

> (vgl. *Poschmann*, in: *Müller-Wrede*, 2. Aufl. 2007, § 3a Nr. 4, Rn. 15: „Eine Vergütung für den Abschluss der Rahmenvereinbarung ist weder vorgesehen noch geboten, da aus der Rahmenvereinbarung unmittelbar keine Leistungen erbracht werden.")

Dem Abschluss der Rahmenvereinbarung dürfte allerdings durchaus eine begünstigende Wirkung zukommen. Denn durch die Rahmenvereinbarung erlangt die PDG eine exklusive bzw. bevorzugte Position zur Erbringung von Beratungsleistungen für

die öffentlichen Auftraggeber auf dem Gebiet der Planung und Durchführung von PPP-Projekten in den durch die Rahmenvereinbarung gesteckten Grenzen.

Die beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit des Ausschreibungsmodells in seiner geplanten Form ergibt sich jedoch daraus, dass die Rahmenvereinbarung gemeinsam mit der Übertragung der Anteile an der PDG und der BTG in den Wettbewerb gestellt wird. Auch insofern ist eine Gesamtbetrachtung der Abläufe entscheidend. Zwar ist diese Frage von der Rechtsprechung bislang nicht entschieden worden. Es sind aber keine überzeugenden Gründe ersichtlich, wieso ein Teil eines Vorhabens beihilferechtlich bedenklich sein soll, wenn das Gesamtvorhaben unbedenklich ist. Es kann insbesondere davon ausgegangen werden, dass die Ausschreibung der Rahmenvereinbarung im Zuge der Veräußerung der Anteile an der PDG und der BTG ausreicht und zu einer marktgerechten Gegenleistung auch für den vorausgehenden Abschluss der Rahmenvereinbarung führt, so dass keine Begünstigung im Sinne des Beihilfenrechts auf Seiten der PDG vorliegt. Vor der Veräußerung der Anteile an der PDG und der BTG soll zudem keine Einzelbeauftragung auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung erfolgen, so dass die potentiell in der Rahmenvereinbarung liegende Begünstigung nicht realisiert wird, bevor auch die Rahmenvereinbarung in den Wettbewerb gestellt wurde.

Vor diesem Hintergrund erscheint auch die kombinierte Vergabe der Rahmenvereinbarung und der Anteilsveräußerung uno actu als beihilfenrechtlich unbedenklich. Die Ausschreibung der Rahmenvereinbarung im Zuge der Veräußerung der Anteile an der BTG reicht aus, um zu gewährleisten, dass ein marktgerechter Preis für sämtliche von der öffentlichen Hand erbrachten Leistungen bezahlt wird. Damit ist den Anforderungen des „private investor tests" genüge getan.

Auch die relativ niedrige Eigenkapitalverzinsung, die alle Investoren in der PDG und somit auch die öffentliche Hand zu erwarten haben, erscheint nach unserer Einschätzung beihilfenrechtlich unbedenklich. Zwar kann grundsätzlich auch die zur Verfügungsstellung von Kapital im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der öffentlichen Hand unter Inkaufnahme einer geringen Eigenkapitalrendite eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag darstellen. Allerdings ist auch insoweit der „private investor test" maßgebend. Eine Beihilfe liegt daher nicht vor, wenn die öffentliche Hand der PDG zu den gleichen Bedingungen Eigenkapital zur Verfügung stellt, wie private Investoren dies täten. Unter dieser Voraussetzung ist die Zurverfügungstellung von (Eigen-)Kapital durch die öffentliche Hand grundsätzlich nicht als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag anzusehen.

e) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, dass durch die Ausschreibung der Veräußerung der Anteile der BTG im Offenen Verfahren oder Nichtoffenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb sichergestellt wird, dass auf Seiten der PDG durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung über die Erbringung Beratungsleistungen auf dem Gebiet der Planung und Durchführung von PPP-Projekten keine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag vorliegt.

2. Vorgaben an die Vergabe von Beratungsleistungen aus dem EG-Primärrecht

Der Bund und die Länder müssen bei der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung für die von der PDG zu erbringenden Beratungsleistungen, unabhängig davon ob der einzelne Auftrag die maßgeblichen vergaberechtlichen Schwellenwerte überschreitet, weiterhin die Vorgaben des EG-Primärrechts berücksichtigen. Das bedeutet, dass die Vergabe der Rahmenvereinbarung auf der Grundlage eines transparenten, nichtdiskriminierenden und die Chancengleichheit interessierter Unternehmen gewährleistenden Verfahrens erfolgen muss. Welche Anforderungen sich aus diesen Maßgaben für das konkret durchzuführende Ausschreibungsverfahren ergeben, richtet sich nach der gemeinschaftsweiten Bedeutung des betreffenden Auftrags, das heißt danach, wie groß das potentielle Interesse von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten an dem Auftrag ist. Im Einzelnen:

a) Zur Anwendung des EG-Primärrechts

Unabhängig von der Ausschreibungspflicht nach dem EU- und GWB-Vergaberecht sind die von öffentlichen Auftraggebern zu vergebenden Aufträge auch gemäß den Anforderungen aus dem EG-Primärrecht auszuschreiben. Dies ergibt sich aus einem erst Recht Schluss ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH, der sogar für die Vergabe von Aufträgen, die im Wert unter den Schwellenwerten des EU- /GWB Vergaberechts liegen, die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Primärrechts bejaht:

> *„Denn auch wenn manche Verträge vom Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ausgenommen sind, müssen die Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des EG-Vertrags und insbesondere das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachten [...]. So verhält es sich u. a. bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, deren Wert nicht die in der Richtlinie 92/50 festgelegten Schwellen erreicht. Allein die Tatsache, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber der Auffassung war, dass die in den Richtlinien über öffentliche Aufträge vorgesehenen besonderen strengen Verfahren nicht angemessen sind,*

> *wenn es sich um öffentliche Aufträge von geringem Wert handelt, bedeutet nicht, dass diese vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sind."* (EuGH, Urt. v. 20.10.2005, Rs. C-264/03, Kommission ./. Frankreich, Rn. 33 (Hervorhebung hinzugesetzt), unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 07.12.2000, Rs. C-324/98, Telaustria, Slg. 2000, I-10745, Rn. 60, und EuGH, Urt. V. 18. 06. 2002, Rs. C-92/00, HI, Slg. 2002, I-5553, Rn. 47, sowie EuGH, Beschl. v. 03.12.2001, Rs. C-59/00, Vestergaard, Slg. 2001, I-9505, Rn. 20).

Gleiches gilt nach der Auffassung der Kommission:

> *„Der EuGH stellte ausdrücklich fest, dass, auch wenn manche Verträge vom Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ausgenommen sind, die Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des EG-Vertrags beachten müssen."* (Mitteilung der Kommission 2006/C 179/02 v. 23.06.2006, S. 2).

Dass die Vorgaben des EG-Primärrechts nicht nur unterhalb der Schwellenwerte der EG-Vergaberichtlinien gelten, sondern erst recht auch für solche Vergaben oberhalb der Schwellenwerte, ist auch in der Literatur allgemein anerkannt

> (*Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Auflage 2001, Vor 97ff. Rn. 9; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, EGWbR § 36 Rn. 14; *Mickel/Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union 3. Auflage 2005, Europäisches Vergaberecht, Vergaberichtlinien; *Steiff*, EU-Osterweiterung, Grundfreiheiten und Vergaberecht, NZBau 2004, 75, 79).

Festzuhalten ist somit, dass sowohl Aufträge oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte grundsätzlich unter Beachtung der Bestimmungen und Grundsätze des EG-Vertrages zu vergeben sind.

b) Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes des EG-Vertrages nicht gegeben

Aufträge von Bund und Ländern an die PDG sind nicht auf Grund eines Ausnahmetatbestandes des EG-Vertrags von der Anwendbarkeit des EG-Primärrechts ausgenommen. Die Voraussetzungen der vorliegend in Frage kommenden Ausnahmetatbestände, Art. 45 Abs. 1 EGV und Art. 55 EG, sind nicht erfüllt. Diese Bestimmungen erfassen nur Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der unmittelbaren Ausübung und/oder spezifischen Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Die PDG übt keine öffentliche Gewalt in diesem Sinne aus.

Art. 45 Abs. 1 EG bestimmt im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit:

> *„Auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet dieses Kapitel in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung."*

Entsprechend regelt Art. 55 EG für die Dienstleistungsfreiheit:

> *„Die Bestimmungen der Art. 45 bis 48 finden auf das in diesem Kapitel geregelte Sachgebiet Anwendung."*

Der Begriff der „Tätigkeit" bezieht sich in beiden Vorschriften nicht auf ganze Berufsfelder, sondern auf spezifische, die Ausübung hoheitlicher Gewalt betreffende Teilbereiche (Teiltätigkeiten). Das bedeutet, dass der Anwendungsbereich der Art. 45 Abs. 1 EGV und Art. 55 EGV auf einen spezifisch hoheitlich ausgerichteten Tätigkeitsausschnitt begrenzt ist und der Umstand, dass ein bestimmter öffentlicher Auftraggeber bei einzelnen Tätigkeiten öffentliche Gewalt ausübt, nicht seinen gesamten Tätigkeitsbereich als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert.

Die Tätigkeit der PDG in Form der Erbringung von Beratungsleistungen für öffentliche Auftraggeber bei der Verwirklichung von PPP-Projekten ist als rein privatwirtschaftlich zu qualifizieren. Somit ist ein Ausnahmetatbestand für Tätigkeiten öffentlicher Gewalt im Sinne der Art. 45 Abs. 1 EGV / Art. 55 EGV nicht einschlägig.

c) Maßgaben des EG-Primärrechts für die Vergabe von Aufträgen

Der Bund und die Länderhaben folglich bei der Vergabe der Rahmenvereinbarung an die PDG die Maßgaben des EG-Vertrages zu beachten. Welche Maßgaben sich aus dem EG-Primärrecht für die Vergabe derartiger Aufträge ergeben, sind der Rechtsprechung des EuGH und der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 23. Juni 2006 zu „Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen", zu entnehmen

> (siehe http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/keydocs_de.htm; gegen diese Mitteilung ist derzeit eine Klage der Bundesrepublik Deutschland vor dem EuGH auf eine Nichtigkeitserklärung dieser Mitteilung anhängig, weil die Kommission nicht die verfahrensrechtliche Kompetenz habe, derartige Vorgaben zu machen).

Danach besteht auf der Grundlage des EG-Primärrechts und den sich daraus ergebenden Grundsätzen, das heißt insbesondere auf der Basis der Grundfreiheiten – Art. 43

EG (Niederlassungsfreiheit) und Art. 49 EG (Dienstleistungsfreiheit) – die Pflicht, Leistungen in einem transparenten, nichtdiskriminierenden und die Gleichbehandlung bzw. Chancengleichheit interessierter Unternehmen gewährleistenden Verfahren zu vergeben

> (EuGH, Urt. v. 07.12.2000, Rs. C-324/98, Telaustria, Slg. 2000, I-10745 Rn. 60-62; ähnlich bereits EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-275/98, Unitron Scandinavia, Slg. 1999, I-8291, Rn. 31-32).

Der EuGH führt in diesen Entscheidungen aus, dass bei der Vergabe von Aufträgen die im EG-Vertrag normierten Grundfreiheiten und hierbei insbesondere das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie der Transparenzgrundsatz zu beachten sind.

Daraus folgt dem EuGH nach, dass Vergaben, die gleichfalls nicht von den Vergaberichtlinien und dem GWB-Vergaberecht erfasst sind, bestimmten „Transparenzerfordernissen" entsprechen müssen,

> *„die, ohne notwendigerweise eine Verpflichtung zur Vornahme einer Ausschreibung zu umfassen, insbesondere geeignet sind, einem in einem anderen Mitgliedstaat als dem dieser Gemeinde niedergelassenen Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über diese Konzession zu ermöglichen, so dass dieses Unternehmen gegebenenfalls sein Interesse am Erhalt dieser Konzession hätte bekunden können."* (EuGH, Urt. v. 21.07.2005, Rs. C-231/03, Coname, Rn. 28).

Auch wenn eine grundsätzliche Pflicht zur Ausschreibung in einem bestimmten förmlichen Verfahren nicht bestehe, so stehe doch

> *„das völlige Fehlen einer Ausschreibung [...] weder mit den Anforderungen der Artikel 43 EG und 49 EG noch mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz im Einklang."* (EuGH, Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Rn. 50).

Die Einhaltung der Transparenz ist notwendig, damit festgestellt werden kann, ob das Diskriminierungsverbot beachtet und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten worden ist. Kraft der Verpflichtung zu einem transparenten Beschaffungsverfahren muss der Auftraggeber zu Gunsten potentieller Bieter einen „angemessenen Grad von Öffentlichkeit" sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Überprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt" worden sind.

> *„Wie der EuGH [...] entschieden hat, schließt dieses Verbot insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zu Gunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden."* (EuGH, Urt. v. 07.12.2000, Rs. C-324/98, Telaustria, Slg. 2000, I-10745 Rn. 60-62; ähnlich bereits zuvor EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-275/98, Unitron Scandinavia, Slg. 1999, I-8291, Rn. 31-32)

Das Transparenzerfordernis ist dann erfüllt, wenn die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über die betreffende Leistung hatten, so dass diese Unternehmen gegebenenfalls ihr Interesse am Erhalt des Auftrags bekunden konnten

> (EuGH, Urt. v. 21.07.2005, Rs. C-231/03, Coname, Rn. 28).

Festzuhalten ist somit: Die Vergabe von Aufträgen fällt neben den vergaberechtlichen und beihilferechtlichen Ausschreibungspflichten auch in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages und sind deshalb nach dessen Maßgaben zu vergeben. Das bedeutet, dass die Vergabe dieser Aufträge auf der Grundlage eines transparenten, nichtdiskriminierenden und die Gleichbehandlung/Chancengleichheit interessierter Unternehmen gewährleistenden Verfahrens erfolgen muss. Sämtliche Entscheidungen darüber, welche Maßnahmen aus welchen Gründen unternommen werden, um diese Vorgaben zu erfüllen, müssen begründet und in einem Vergabevermerk dokumentiert werden.

d) Verfahren zur Vergabe des Rahmenvertrags nach Maßgabe des EG-Primärrechts

Wie ein Vergabeverfahren zur Vergabe von Aufträgen im Einzelnen ausgestaltet sein muss, um die sich aus dem EG-Primärrecht ergebenden Maßgaben einzuhalten, steht im einzelnen nicht fest. Es gibt dazu weder Präzedenzfälle in der Rechtsprechung noch Stellungnahmen in der Literatur. Es ist jedoch davon auszugehen, dass mit der Einhaltung eines formellen Vergabeverfahrens nach dem EG-/GWB-Vergaberecht jedenfalls auch die primärrechtlichen Anforderungen erfüllt sind, da für so genannte Unterschwellenvergaben großzügigere Maßstäbe gelten als für solche, die auf der Grundlage des Vergaberechts vergeben werden.

> "[...] *All dies bedeutet zwar keineswegs, dass ein den vergaberechtlichen Richtlinien in allen Einzelheiten vergleichbares Verfahren zur Anwendung gelangen müsste. Wie aber der Gerichtshof im Urteil Telaustria und Telefonadress ausgeführt hat, muss der Auftraggeber kraft seiner Verpflichtung zur*

Transparenz ‚zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden'." (Zitat GA Kokott, Schlussanträge, Parking Brixen, Rs. C-458/03)

Festzuhalten ist somit, dass mit der Durchführung eines den Vorgaben des EG- und GWB-Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahrens zur Veräußerung der Anteile an der BTG und der gleichzeitigen Ausschreibung der Rahmenvereinbarung zur Vergabe der Beratungsleistungen an die PDG jedenfalls auch die vom EG-Primärrecht gestellten Anforderungen hinsichtlich Transparenz, Publizität und Diskriminierungsfreiheit erfüllt werden.

Hinsichtlich der beabsichtigten *In-house*-Vergabe der Rahmenvereinbarung durch die öffentlichen Auftraggeber an die (zu diesem Zeitpunkt) 100 % im Eigentum der öffentlichen Hand stehende PDG, gelten hingegen die Anforderungen des EG-Primärrechts schon gar nicht. Bei den sog. *In-house*-Geschäften handelt es sich aus Sicht des Gemeinschaftsrechts um rein verwaltungsinterne Organisationsmaßnahmen. Da solche keine Binnenmarktrelevanz aufweisen, gelten für *In-house*-Geschäfte auch nicht die Ausschreibungspflichten nach dem EG-Primärrecht.

VI. FUSIONSKONTROLLE UND KARTELLRECHT

Der Bund beabsichtigt, zwei 100 %ige Tochtergesellschaften – PDG und BTG – zu gründen. Die Gründung dieser Unternehmen unterliegt als „quasi-konzerninterne Maßnahme" zunächst nicht der Fusionskontrolle.

An der PDG soll in weiteren Transaktionsschritten die Öffentliche Hand, also Länder und Kommunen bzw. Kommunalverbände beteiligt werden. Letztendlich sollen Bund, Länder und Kommunen bzw. Kommunalverbände voraussichtlich 49 % - 51 % der Anteile an der PDG halten. Jeder Anteilserwerb eines Landes, einer Kommune oder eines Kommunalverbandes an der PDG muss daraufhin überprüft werden, ob eine fusionskontrollrechtliche Anmeldung notwendig ist.

Des Weiteren soll die BTG – in einem oder mehreren Schritten – voraussichtlich 49 % - 51 % der Anteile an der PDG erwerben. Auch hier muss die Erforderlichkeit einer fusionskontrollrechtlichen Anmeldung jeweils geprüft werden.

An der BTG selbst sollen privatwirtschaftliche Unternehmen aus „PPP-Branchen" (Banken, Verbände, Beratungsunternehmen, Wirtschaftsprüfer, Bauunternehmen, IT-Unternehmen, Facility Management, sonstige Dienstleistungsunternehmen) Anteile

von unter 5 % erwerben. Wenn diesen Unternehmen keine besonderen Rechte eingeräumt werden, die über die üblichen Schutzrechte eines Minderheitsgesellschafters hinausgehen, oder sie ihre Stimmrechte in der BTG nicht gemeinsam ausüben (z.B. durch ein sog. Pooling-Agreement), handelt es sich jeweils um ein reines Finanzinvestment, das der Fusionskontrolle nicht unterliegt.

1. Zuständige Kartellbehörde

Für den Erwerb von Anteilen an der PDG durch einzelne Länder, Kommunen bzw. Kommunalverbände und/oder BTG ist jeweils entweder die Europäische Kommission oder das Bundeskartellamt (gemeinsam ***die Kartellbehörden***) zuständig. Um eine Vielzahl von Anmeldungen zu vermeiden, sollten die Anteile an der PDG vom Bund, falls möglich, in einem Schritt an die zukünftigen Gesellschafter der PDG übertragen werden. Die zuständige Kartellbehörde wäre dann u.U. bereit, nur eine Anmeldung zu akzeptieren bzw. mehrere Anmeldungen einheitlich zu prüfen.

a) Zuständigkeit des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt ist für den Erwerb von Anteilen an der PDG durch einzelne Länder, Kommunen bzw. Kommunalverbände und/oder BTG zuständig, wenn die Transaktion einen Zusammenschlusstatbestand im Sinne von § 37 Abs. 1 GWB darstellt, die in § 35 Abs. 1 GWB niedergelegten Schwellenwerte erreicht werden und die Europäische Kommission nicht zuständig ist.

aa) Zusammenschlusstatbestand

Ein Zusammenschluss liegt gemäß § 37 Abs. 1 GWB in folgenden Fällen vor:

- Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens (ganz oder zu einem wesentlichen Teil) (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB)
- Erwerb alleiniger oder gemeinsamer Kontrolle (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB)
- Erwerb von 50 % der Anteile oder mehr an einem anderen Unternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a GWB)
- Erwerb von 25 % der Anteile oder mehr an einem anderen Unternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB)
- Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB)

Wenn z.B. das Land Bayern 25 % der Anteile an der PDG vom Bund erwirbt, so wäre der Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB erfüllt. Sollte z.B. das Land Hessen nur 20 % erwerben, jedoch über besondere Vetorechte im Hinblick auf wichtige Unternehmensentscheidungen (Geschäftsplan, Budget, Bestellung und Abberufung des Senior Managements, große Investitionen) verfügen, so läge der Zusammenschlusstatbestand des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB), wenigstens aber der des Erwerbs eines wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) vor. Ebenso wäre jeweils der Zusammenschlusstatbestand des Anteilserwerbs erfüllt, wenn z.B. die BTG 25 % oder mehr (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB) bzw. 50 % oder mehr (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a GWB) der Anteile an der PDG erwirbt.

Jeder Erwerb eines Anteils an der PDG durch die Länder, Kommunen und/oder BTG muss daraufhin überprüft werden, ob hierdurch einer der vorgenannten Zusammenschlusstatbestände verwirklicht wird.

bb) Umsatzschwellen

Gemäß § 35 Abs. 1 GWB ist das Bundeskartellamt zuständig, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

- die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als € 500 Mio. und

- mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als € 25 Mio. erzielt haben.

Der Umsatz des Bundes, der Länder und Gemeinden ergibt sich aus ihren jeweiligen Beteiligungsberichten. Die addierten Umsätze der Beteiligungsunternehmen, die von einer Gebietskörperschaft kontrolliert werden, ergeben deren Gesamtumsatz.

Die vorgenannten Umsatzschwellen der deutschen Fusionskontrolle erreicht der Bund, dessen Beteiligungsunternehmen wie z.B. die Deutsche Bahn AG weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro und im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro erzielen, bereits allein. Auf den Umsatz z.B. des Landes, das Anteile an der PDG erwirbt, kommt es insofern nicht an. Für die Anwendbarkeit der deutschen Fusionskontrolle ist ausreichend, dass das Land durch seine Beteiligungsunternehmen bzw. durch den Erwerb von Anteilen an der PDG wirtschaftlich aktiv ist.

cc) Zwischenergebnis

Liegen die vorgenannten Voraussetzungen vor, muss der Erwerb eines Anteils an der PDG durch ein Land, einer Kommune oder BTG beim Bundeskartellamt angemeldet werden. Die Anmeldepflicht entfällt nur, wenn der Zusammenschluss in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Europäischen Kommission fällt.

b) Zuständigkeit der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission ist zuständig, wenn die Transaktion einen Zusammenschlusstatbestand im Sinne von Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (***FKVO***) darstellt

> (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. v. 29.1.2004, L 24/1)

und die in Art. 1 FKVO niedergelegten Schwellenwerte erreicht werden.

aa) Zusammenschlusstatbestand

Ein Zusammenschluss liegt gemäß Art. 3 Abs. 1 FKVO in den folgenden Fällen vor:

- Fusion zweier oder mehrerer bisher voneinander unabhängiger Unternehmen oder Unternehmensteile (Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO)
- Erwerb alleiniger oder gemeinsamer Kontrolle (Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO)
- Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens (Art. 3 Abs. 4 FKVO)

Da die PDG über eigene Personal- und Sachmittel verfügen wird und auf unbeschränkte Dauer tätig sein soll, handelt es sich bei der PDG voraussichtlich auch um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 4 FKVO.

Der Zusammenschlusstatbestand des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle über das Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen PDG wäre beispielsweise erfüllt, wenn das Land Bayern zwar einen Minderheitsanteil von unter 50 % an der PDG erwirbt, diese jedoch gemeinsam mit dem Bund kontrolliert, weil es über besondere Vetorechte verfügt. Wenn das Land Bayern z.B. Entscheidungen der PDG verhindert kann, die den Geschäftsplan, das Budget, die Bestellung und Abberufung des Senior Managements und/oder große Investitionen betreffen, so ist der Erwerb einer gemeinsamen Kontrolle denkbar.

bb) Umsatzschwellen

Die Europäische Kommission ist gemäß Art. 1 Abs. 2 FKVO für Zusammenschlussvorhaben zuständig, wenn die folgenden Umsätze erzielt werden:

- ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als € 5 Milliarden und
- ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als € 250 Mio.
- Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 2/3 ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedsstaat erzielen.

Alternativ ist die Kommission zuständig, wenn

- der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen € 2,5 Milliarden und
- der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten der EU jeweils € 100 Mio. übersteigt,
- in jedem von mindestens drei der vorgenannten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als € 25 Mio. beträgt und
- der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils € 100 Mio. übersteigt.
- Dies gilt wiederum nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 2/3 ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedsstaat erzielen.

Im Falle einer Beteiligung eines Landes oder eine Kommune müsste jeweils geprüft werden, ob einer der vorgenannten Umsatzschwellentests erfüllt ist. Gut vorstellbar ist, dass eine Reihe von Zusammenschlüssen zwischen dem Bund und einem Land bzw. einer Kommune aufgrund der so genannten 2/3-Klausel dem Anwendungsbereich der FKVO entzogen ist. Dann wäre allerdings das Bundeskartellamt zuständig.

cc) Verweisung

Da die PDG voraussichtlich ausschließlich, jedenfalls aber schwerpunktmäßig in Deutschland tätig sein wird, ist es denkbar, dass ein Zusammenschlussfall, der aufgrund der hohen Umsätze des Bundes und des beteiligten Landes bzw. der beteiligten Kommune in den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Kommission fällt, an das Bundeskartellamt verwiesen wird. Dies kann gemäß Art. 9 FKVO auf Antrag des Bundeskartellamts oder gemäß Art. 4 Abs. 4 FKVO auf Antrag der beteiligten Unternehmen (also des Bundes und des beteiligten Landes, der beteiligten Kommune oder BTG) erfolgen.

2. Verfahren

a) Bundeskartellamt

Nach der Anmeldung eines Zusammenschlusses muss das Bundeskartellamt innerhalb eines Monats (Phase 1) entscheiden, ob es das Zusammenschlussvorhaben freigibt oder Phase 2 des Verfahrens einleitet. In Phase 2 muss das Bundeskartellamt innerhalb weiterer drei Monate prüfen, ob es den Zusammenschluss – ggf. unter Auflagen oder Bedingungen – freigibt oder untersagt.

b) Europäische Kommission

Eine Anmeldung bei der Europäischen Kommission muss vor der formellen Einreichung in einem informellen Pränotifizierungsverfahren mit der Europäischen Kommission abgestimmt werden. Nach der Anmeldung muss die Europäische Kommission in 25 Arbeitstagen (Phase 1) entscheiden, ob sie das Zusammenschlussvorhaben – ggf. unter Zusagen – freigibt oder Phase 2 des Verfahrens einleitet. In Phase 2 muss die Europäische Kommission innerhalb weiterer 90 Arbeitstage entscheiden, ob sie den Zusammenschluss – ggf. unter Zusagen – freigibt oder untersagt.

Diese Fristen können sich verlängern, z.B. wenn ein Verweisungsantrag gestellt wird oder wenn die Zusammenschlussparteien Zusagen anbieten.

3. Materielle Beurteilung

a) Bundeskartellamt

Gemäß § 36 Abs. 1 GWB ist ein Zusammenschluss vom Bundeskartellamt zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass er eine (gemeinsame) marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Allgemein wird eine „marktbeherrschende Stellung" als die

wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens bzw. einer Gruppe von Unternehmen definiert, sich gegenüber seinen bzw. ihren Wettbewerbern, Kunden und Lieferanten unabhängig zu verhalten und so wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt zu verhindern (sog. unabhängiger Verhaltensspielraum).

Eine Untersagungsentscheidung ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen können, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (sog. Abwägungsklausel). Ob eine (gemeinsame) marktbeherrschende Stellung neu entsteht oder verstärkt wird und ob zugleich Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, muss – bezogen auf einen sachlichen und räumlichen Markt – anhand der zu erwartenden Veränderung der Unternehmens- und Marktstrukturen ermittelt werden.

Darüber hinaus wird das Bundeskartellamt prüfen, ob der Zusammenschluss gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB bzw. Art. 81 Abs. 1 EG) verstößt. Danach sind insbesondere Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern verboten, die Preisabsprachen, Gebietsaufteilungen und Kundenzuweisungen bezwecken oder bewirken. Hier wird das Bundeskartellamt möglicherweise auch prüfen, ob die indirekte Beteiligung privater PPP-Beratungsunternehmen einen sogenannten Gruppeneffekt zur Folge hat. Ein Gruppeneffekt läge vor, wenn die Beteiligung der privaten PPP-Beratungsunternehmen an der BTG und damit indirekt an der PDG zu einem koordinierten Verhalten außerhalb des Wirkungskreises dieser Gesellschaften führt. Angesichts der geringen indirekten Beteiligungen der privaten PPP-Beteiligungsunternehmen halten wir jedoch ein koordiniertes Verhalten der PPP-Beratungsunternehmen für eher unwahrscheinlich.

b) Europäische Kommission

Gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO muss die Europäische Kommission Zusammenschlüsse untersagen, „durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung". Ob eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs zu befürchten ist, muss – ebenfalls bezogen auf einen sachlichen und räumlichen Markt – anhand der zu erwartenden Veränderung der Unternehmens- und Marktstrukturen ermittelt werden.

Auch die Kommission würde bei dieser Gelegenheit prüfen, ob der Zusammenschluss gegen das Kartellverbot (Art. 2 Abs. 4 FKVO in Verbindung mit Art. 81 Abs. 1 und 3 EG) verstößt. Danach sind insbesondere Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern

verboten, die Preisabsprachen, Gebietsaufteilungen und Kundenzuweisungen bezwecken oder bewirken. Auch hier wird die Europäische Kommission gegebenenfalls prüfen, ob die indirekte Beteiligung privater PPP-Beratungsunternehmen einen sogenannten Gruppeneffekt zur Folge hat.

c) Vorläufige Bewertung der Erfolgsaussichten

Wir halten es für eher wahrscheinlich, dass die Kartellbehörden an Zusammenschlüssen, die die PDG betreffen, keinen Anstoß nehmen und deshalb in Phase 1 freigeben werden. Diese Einschätzung beruht auf folgenden Erwägungen:

- Die Zusammenschlüsse betreffen den deutschen Markt für die Beratung von öffentlichen Auftraggebern von PPP-Projekten, d.h. insbesondere Bund, Länder und Kommunen (***PPP-Beratungsmarkt***).

- Soweit man andere Berater (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Beratungsabteilungen von Bauunternehmen usw.) in den PPP-Beratungsmarkt einbezieht, ist PDG als noch nicht auf diesem Markt tätiges Unternehmen wirtschaftlich unbedeutend. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung droht nicht.

- Soweit man davon ausgeht, dass die PDG eine Beratungsdienstleistung *sui generis* erbringen wird, die es in dieser Form in Deutschland nicht gibt, wird durch die Gründung von PDG ein neuer Markt eröffnet. Dies ist prokompetitiv. Da PDG keine Exklusivität bei der Beratung von öffentlichen Auftraggebern genießen wird, ist es anderen Beratungsfirmen unbenommen, in diesen neuen Markt mit vergleichbaren Beratungsangeboten einzutreten. Die Gründung von PDG ist aber auch deshalb wettbewerbspolitisch wünschenswert, weil sie PPP-Modelle in Deutschland fördert. Dadurch werden z.B. weitere Infrastrukturprojekte der privaten Wirtschaft und damit auch dem Wettbewerb zugänglich gemacht. Dies eröffnet den sonstigen Beratungsunternehmen neue Betätigungs- und Geschäftsfelder.

- Der PDG wird keine Exklusivität bei der Beratung von öffentlichen Auftraggebern – z.B. durch ein Gesetz – eingeräumt. Kein Öffentlicher Auftraggeber ist gezwungen, die Beratungsleistungen der PDG in Anspruch zu nehmen. Andere Berater bzw. Beratungsunternehmen können die Öffentlichen Auftraggeber wie bisher in PPP-Projekten beraten. Die Beratungsunternehmen, die sich an BTG und damit mittelbar auch an PDG beteiligen werden, werden sich aus dem PPP-Beratungsmarkt nicht zurückziehen. Wettbewerbsverbote zugunsten

der PDG und zum Nachteil privatwirtschaftlichen Anteilseigner an BTG sind nicht vorgesehen. Im Gegenteil erhoffen sich diese Beratungsunternehmen durch die Gründung der PDG eine Belebung ihres eigenen PPP-Beratungsgeschäftes.

- Gleichwohl kann nicht vollkommen ausgeschlossen werden, dass einige PPP-Beratungsunternehmen die Gründung der PDG kritisch gegenüberstehen. Die Befürchtung, dass das vertikale Verhältnis zwischen Bund, Länder und Kommunen und der PDG dazu führen könnte, dass Öffentliche Auftraggeber die Beratungsleistungen anderer PPP-Beratungsunternehmen nicht mehr nachfragen, erscheint aber unbegründet. PDG wird keine Exklusivität bei der Beratung von Öffentlichen Auftraggebern eingeräumt, die Marktschließungseffekte zur Folge haben könnten. Zudem wird die PDG in der Anlaufphase nur über sehr geringe Marktanteile verfügen. Langfristig wird die PDG nur Erfolg haben, wenn die Öffentlichen Auftraggeber mit ihrer Beratungsleistung zufrieden sind. Hier konkurriert die PDG mit den anderen PPP-Beratungsunternehmen. Ob Bund, Länder und Kommunen Gesellschafter der PDG sind, ist unbedeutend. Da sich die PDG durch Beratungshonorare und nicht durch Beiträge der Gesellschafter finanzieren wird, gibt es für Bund, Länder und Kommunen auch keinen Anreiz, die Beratungsleistungen der PDG nachzufragen, um Kosten zu sparen. Da die PDG auch marktübliche Honorare verlangen wird, ergeben sich gegenüber den privaten PPP-Beratungsunternehmen auch aus diesem Aspekt keine Wettbewerbsvorteile.

- PDG wird die Höhe ihrer Honorare eigenständig und frei bestimmen. Diesbezügliche Vorgaben aus dem unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafterkreis gibt es nicht. Es existieren auch keine Preisabsprachen zwischen der PDG und den Gesellschaftern der BTG.

- Es sind auch keine Absprachen zwischen PDG und den an BTG beteiligten Beratungsunternehmen beabsichtigt, die eine Marktaufteilung oder die Zuweisung von Kunden bezwecken oder bewirken.

- Eine sonstige Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens oder der Austausch wettbewerblich sensibler Informationen zwischen der PDG und den Beratungsunternehmen, die Anteile an der BTG erwerben, wird ebenfalls weder bezweckt noch bewirkt. Eine unmittelbare Beteiligung der Beratungsunternehmen an der PDG wurde u.a. abgelehnt, um bereits den Anschein zu vermeiden, dass kartellrechtliche sensible Informationen zwischen Wettbewerbern ausgetauscht werden.

F. UMSETZUNGSPLAN FÜR DAS EMPFOHLENE MODELL

In zeitlicher Hinsicht wird vorgeschlagen, das Ausschreibungsmodell auf der Grundlage des nachfolgenden Zeitplans umzusetzen.

- Projektbeginn

  Zu Beginn des Projekts sind folgende Aufgaben von der federführenden Stelle Bund zu erbringen:

  - Koordination Ressorts beim Bund, Bund/Länder
  - Akquisition der öffentlicher Gesellschafter der PDG
  - Akquisition der Partner der Rahmenvereinbarung (z.B. Kommunen, andere öffentliche Stellen)
  - Beauftragung der Berater für die Ausschreibung, Gründung PDG/BTG und Rahmenvertrag
  - Schaffung einer handlungsfähigen Arbeitsstruktur auf Seiten der öffentlichen Gesellschafter der PDG
  - Ggf. Gründung PDG mbH (rechtlich geringer Zeitbedarf, ggf. Erwerb einer Vorratsgesellschaft. Sowohl Gründung PDG/BTG als Umwandlung GmbH ggf. in AG kann während oder auch erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens vollzogen werden. Für die Gründung der PDG ist Haushaltsermächtigung erforderlich; zu realisieren entweder durch Einstellung in den Haushalt 2008 oder Konsultationsverfahren Haushaltsausschuss.
  - Erstellung Vergabebekanntmachung
  - Erstellung Vergabeunterlagen (Rahmenvertrag, Leistungsbeschreibung für Beratungsleistungen, Angebotsaufforderung mit Vergabebedingungen, Satzungen PDG u. BTG)

- Absendung Bekanntmachung Vergabeverfahren an Amtsblatt der EG
- Ende der Frist zur Einreichung von Teilnahmeanträgen, Beginn der Auswertung der Teilnahmeanträge (min. 5 Wochen)
- Fertigstellung Auswertung der Teilnahmeanträge, Beginn Abstimmung und Einholung von Zustimmungen für Auswahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bieter (ca. 2 – 4 Wochen)
- Spätester Termin für Fertigstellung der Vergabeunterlagen, einschließlich der Rahmenvereinbarung sowie der Satzungen von PDG und BTG

- Versand der Angebotsaufforderung, Beginn der Angebotsfrist (40 Tage)
- Ende der Angebotsfrist, Beginn der Angebotsprüfung und –wertung (min. 6 Wochen)
- Fertigstellung der Angebotswertung, Abstimmung und Einholung der Zustimmung für die Zuschlagsentscheidung (ca. 3 – 4 Wochen)
- Versand der Zuschlagsinformation an nicht berücksichtigte Bieter (Beginn der 14-Tages-Frist nach § 13 VgV)
- "Zuschlag" (=Wirksamwerden Beteiligungserwerb Private an BTG und Abschluss Rahmenvereinbarung, min. 2 Wochen)
- Operativer Start PDG (Gesamtdauer: min. 18 Wochen)

Freshfields Bruckhaus Deringer

Berlin/Hamburg, 5. Juli 2007