

Der Public Private Partnership-Infrastrukturträger als öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GWB)

Prof. Christian Koenig, Kristin Hentschel, Bonn^[1]

Die Realisierung großvolumiger, auch transeuropäischer Infrastrukturprojekte erfolgt zunehmend im Rahmen so genannter Public Private Partnerships. Dieser Begriff kennzeichnet die Gestaltungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand zur Privatisierung und damit zur Beteiligung der privaten Wirtschaft an der Bereitstellung von Infrastrukturen. In derartigen Konstellationen können neben der Frage nach etwaigen beihilfenrechtlich relevanten Begünstigungen der beteiligten privaten Investoren zusätzlich vergaberechtliche Fragestellungen auftreten. Wird das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen bei der Realisierung des Infrastrukturprojektes leistungsbeschaffend tätig, so stellt sich insbesondere die Frage nach seiner öffentlichen Auftraggebereigenschaft. Maßgeblich für die Beantwortung dieser Frage sind unter anderem die Mitwirkungsrechte, die der beteiligten öffentlichen Hand regelmäßig in großem Umfang einzuräumen sind, wenn sie das Projekt mit öffentlichen Fördermitteln unterstützt. Die Mitwirkungsrechte können durch die Mehrheit der Gesellschaftsanteile, oder auch durch sonstige in den Gesellschaftsverträgen normierte Bestimmungen sichergestellt werden. Daraus ergibt sich häufig eine Qualifizierung der Public Private Partnerships als "öffentlicher Auftraggeber" im Sinne des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Eine andere Beurteilung kann sich jedoch unter Umständen ergeben, wenn das Infrastrukturprojekt maßgeblich durch private Investoren realisiert wird. Der vorliegende Beitrag untersucht, wann ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen, das im Rahmen der Verwirklichung einer Infrastruktureinrichtung Aufträge vergibt, als "öffentlicher Auftraggeber" einzuordnen ist.

I. Einleitung

Die gemeinsame Verwirklichung grenzüberschreitender Infrastrukturprojekte durch die öffentliche Hand mit privaten Investoren aus mehreren EU-Mitgliedstaaten ist keine Seltenheit mehr. Derartige Verbundprojekte finden sich in zahlreichen Wirtschaftsbereichen^[2] und können auch im Bereich der Kultur Bedeutung erlangen. Als Ausgangslage für die vorliegende Abhandlung diene - beispielhaft und fiktiv^[3] - eine geplante Errichtung großvolumiger Kultur- und Veranstaltungszentren in Nordrhein Westfalen, den Niederlanden und Belgien, die im Rahmen einer länderübergreifenden Kooperation errichtet und betrieben werden sollen. Geplant ist ein "Kultur- und Veranstaltungsnetzwerk", das sowohl im Hinblick auf den Bau der einzelnen Kulturzentren als auch im Hinblick auf deren Betrieb, insbesondere die später durchzuführenden Kulturveranstaltungen, von den Beteiligten miteinander abgestimmt und realisiert wird. So sollen jeweils mehrere sich architektonisch und konzeptionell entsprechende multifunktionale Räumlichkeiten und Spielstätten für Künstler und Produktionen aus den beteiligten Ländern geschaffen werden. Neben Veranstaltungen aus den Sparten Oper, Schauspiel und Tanz sollen insbesondere auch große Rockkonzerte und Musicalproduktionen

aus den beteiligten Staaten in den Kultur- und Veranstaltungszentren durchgeführt werden. Gerade auch die Großproduktionen können insoweit als Tourneeproduktionen länderübergreifend stattfinden. Darüber hinaus sollen Räumlichkeiten für gastronomische Zwecke integriert und später an Gastronomen vermietet werden, die ein ebenfalls auf die beteiligten Staaten sowie gegebenenfalls auf bestimmte Veranstaltungen abgestimmtes kulinarisches Angebot bereitstellen sollen.

Mit dem geplanten Projekt werden im Allgemeininteresse liegende kulturelle Zielsetzungen verfolgt. Seine Verwirklichung dient vorrangig der kreativen und wirtschaftlichen Integration und soll zukunftsgestaltende Impulse für die Entwicklung einer europäischen Kultur setzen. Vor diesem Hintergrund wird das Projekt von den beteiligten Mitgliedstaaten zum Teil öffentlich gefördert. Die öffentliche Hand beteiligt sich an der Errichtung des Kultur- und Veranstaltungszentrums ihres jeweiligen räumlichen Zuständigkeitsbereiches durch das zur Verfügung stellen der zu bebauenden Grundstücke sowie durch die Einräumung von Nutzungsrechten. Zum Teil wird darüber hinaus ein im Verhältnis geringer Investitionskostenzuschuss gezahlt. Gleichzeitig erfolgen Teile der Projektfinanzierung durch private Investoren, die den staatlichen Förderanteil der öffentlichen Hand insgesamt um ein Vielfaches übersteigen. In Deutschland wird zur Verwirklichung des Projektes eine Public Private Partnership-Konstruktion gewählt, die als Teil der Gesamtorganisation des Kultur- und Veranstaltungsverbundes beispielsweise wie folgt ausgestaltet sein könnte:

In sämtlichen beteiligten Mitgliedstaaten sollen Besitzgesellschaften als künftige Eigentümer des in "ihrem" Gebiet zu errichtenden Kultur- und Veranstaltungszentrums für dessen Planung und Errichtung sowie außerdem für den späteren Betrieb zuständig sein. Da das Projekt in Deutschland mit staatlichen Mitteln gefördert wird, wird die deutsche Besitzgesellschaft, die German Culture Company GmbH & Co. KG (im Folgenden: GCC GmbH & Co. KG) als gemischt-wirtschaftliches Unternehmen ausgestaltet, an dem die öffentliche Hand beteiligt ist. Im hier fingierten Beispielsfall beteiligt sich die Kommune oder das Land (im Folgenden: öffentliche Hand) über eine öffentliche Kulturförderungsgesellschaft (KFG) als Kommanditistin mehrheitlich mit 50,2% am Kommanditkapital der GCC GmbH & Co. KG. Die beabsich-

¹ Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M., ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Kristin Hentschel ist dort wissenschaftliche Referentin.

² Vgl. etwa Entscheidung der Kommission v. 16.2.2004, Propylen-Pipeline, KOM(2004) 2031 endg.

³ Dem im Folgenden entworfenen Projekt liegen denkbare Public Private Partnership-Konstruktionen aus dem Bereich der Infrastrukturförderung, wozu u.a. die Errichtung und der Betrieb von Veranstaltungsinfrastrukturen und Sportstätten zählen, zugrunde. Für die Abhandlung wurde ein großvolumiges Infrastrukturprojekt mit grenzüberschreitendem Charakter konstruiert, anhand dessen die Komplexität vergaberechtlicher Fragestellungen in derartigen Konstellationen besonders deutlich wird.

tigte Beteiligung der öffentlichen Hand beschränkt sich auf die Bereitstellung des Grundstückes zuzüglich der Einräumung von Nutzungsrechten sowie eines geringen Investitionskostenzuschusses. Darüber hinaus soll die Errichtung und der spätere Betrieb des "Kultur- und Veranstaltungsnetzwerkes" sowie der einzelnen Kultur- und Veranstaltungszentren nicht öffentlich gefördert werden. So erbringt die öffentliche Hand, abgesehen von den notwendigen Mindesteinlagen, keine weiteren Leistungen in die GCC GmbH & Co. KG. Überdies soll sie von jeglicher Haftung und weiteren, das Projekt betreffenden, Zahlungsverpflichtungen befreit werden.^[4] Die übrigen 49,8% des Kommanditkapitals der GCC GmbH & Co. KG hält eine private Holdinggesellschaft: die European Culture Network Cooperation (im Folgenden: ECNC), deren Unternehmensgegenstand u.a. die Planung, Errichtung und der Betrieb des gesamten Kultur- und Veranstaltungszentrenverbundes ist. An dieser Gesellschaft sind zahlreiche privatwirtschaftliche Kulturunternehmen aus den drei Mitgliedstaaten beteiligt.

In Deutschland/Nordrhein-Westfalen, Belgien und den Niederlanden ist jeweils eine Besitzgesellschaft für die Realisierung des in "ihrem" Gebiet gelegenen Kultur- und Veranstaltungszentrums zuständig. Im Hinblick auf die Planung und die Errichtung des gesamten Kultur- und Veranstaltungszentrenverbundes bedarf es mit Blick auf die architektonischen Anforderungen und die erforderliche Multifunktionalität sowie Austauschbarkeit der Räumlichkeiten und Spielstätten einer kontinuierlichen transeuropäischen Zusammenarbeit. Dasselbe gilt - insbesondere angesichts der notwendigen Abstimmungen beim Betrieb der Zentren und der Durchführung der Veranstaltungen - für deren spätere Betreuung. Die Verbundrealisierung soll deshalb von der Holdinggesellschaft - als Gemeinschaftsunternehmen der Besitzgesellschaften - zentral koordiniert und überwacht werden.

Werden die Besitzgesellschaften im Rahmen der Planung und Errichtung des Projektes leistungsbeschaffend tätig, so haben sie das EG-Vergaberecht anzuwenden, wenn die entsprechenden Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind. Das in Deutschland durch das GWB, die Vergabeverordnung (VgV) und die Verdingungsordnungen umgesetzte EG-Vergaberecht ist zwingend anwendbar, wenn drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen: Erstens muss der beauftragende Vertragspartner als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der §§ 97 Abs. 1, 98 GWB tätig werden (persönlicher Anwendungsbereich), zweitens muss ein öffentlicher Auftrag vorliegen, der, drittens, die in § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. der VgV festgelegten Schwellenwerte erreicht (sachlicher Anwendungsbereich).^[5] Da bei der Schätzung des Auftragswertes von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung auszugehen ist (§ 3 VgV), werden die Schwellenwerte im Hinblick auf die durchzuführenden Arbeiten, Bau- und Dienstleistungen regelmäßig überschritten sein.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die hier beispielhaft zugrunde gelegte deutsche Besitzgesellschaft, die GCC GmbH & Co. KG, als gemischt-wirtschaftliches Unternehmen mit 50,2%iger Beteiligung der öffentlichen Hand über die Kulturförderungsgesellschaft KFG als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB einzuordnen ist.

II. Der öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers bestimmt sich gemäß Art. 1 Abs. 9 i.V.m. Anhang III der EG-Vergaberichtlinie 2004^[6] sowie gemäß § 98 GWB. Eine Einordnung der GCC GmbH & Co. KG als öffentliche Auftraggeberin kommt nach Maßgabe des § 98 Nr. 2 sowie des § 98 Nr. 5 GWB in Betracht.^[7]

1. Öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB

Gemäß § 98 Nr. 2 GWB müsste es sich bei der GCC GmbH & Co. KG um eine juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechts handeln, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Dabei müssten die Gebietskörperschaften oder deren Verbände sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.

a) Gründung zum Zwecke der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art

Im Beispielsfall wird das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen GCC GmbH & Co. KG gerade zum Zwecke der Verwirklichung des staatenübergreifenden Kultur- und Veranstaltungszentrenverbundes gegründet.^[8] Zu fragen bleibt, ob die Gesellschaft als privatrechtlich organisierte juristische Person im Rahmen der Verwirklichung des Projektes Aufgaben im Allgemeininteresse nach Maßgabe des § 98 Nr. 2 GWB durchführt, und ob das Kriterium der Nichtgewerblichkeit vorliegt. Der Begriff der "im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe" lässt sich im Rahmen des deutschen Vergaberechts nicht klar abgrenzen. So ist bei Auftragsvergaben zum Zweck der Infrastrukturförderung in jeder konkreten Fallkonstellation zu ermitteln, ob, in welchem Umfang und gegeb-

4 Dies kann beispielsweise dadurch gewährleistet werden, dass die gleichfalls beteiligte private Gesellschaft die öffentliche Hand durch eine Freistellungsvereinbarung von jeglicher Haftung, die sich aus der Beteiligung der öffentlichen Hand an der GCC GmbH & Co. KG ergibt, entbindet.

5 Dazu z.B. Koenig/Kühling/Hentschel, in: Koenig/Kühling/Theobald (Hrsg.), *Recht der Infrastrukturförderung*, 2004, Kapitel 2, Rn. 5 ff.; Priß, *Handbuch des Europäischen Vergaberechts*, 2. Auflage 2001, S. 65 ff.

6 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (im Folgenden: Vergaberichtlinie), ABl. EG 2004 L 134/114. Diese fasst die früheren drei Vergaberichtlinien, Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. EG 1993 L 199/54, zuletzt geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABl. EG 1997, L 328/1, Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. EG 1993 L 199/1, zuletzt geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABl. EG 1997, L 328/1 und Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. EG 1992 L 209/1, zuletzt geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABl. EG 1997, L 328/1, nunmehr zu einer einzigen Vergaberichtlinie zusammen.

7 Als "klassische" Auftraggeberin i.S.d. § 98 Nr. 1 und 3 GWB lässt sich die GCC GmbH & Co. KG von vorn herein nicht einordnen. Auch kommt weder eine Einordnung als Sektorenauftraggeber, noch als Baukonzessionär gemäß § 98 Nr. 4, 6 GWB in Betracht.

8 Eine Neugründung des gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens gerade zum Zwecke der Realisierung des betroffenen Infrastrukturprojektes dürfte in Konstellationen wie der vorliegenden die Regel sein.

nenfalls für welchen Zeitraum die damit verbundene Aufgabe als öffentliche, im Allgemeininteresse liegende anzusehen ist. Auszugehen ist dabei von Ziel und Zweck der EG-Vergaberichtlinien, die Beschaffungsmärkte zu öffnen und dementsprechend die in Betracht kommenden staatlichen Aktivitäten möglichst umfassend einzubeziehen. Ausgenommen sind danach nur Tätigkeiten mit rein privater Zielsetzung.^[9] Der EuGH hat sich in den zwei Leitentscheidungen Mannesmann und Gemeinde Arnhem/BFI Holding^[10] mit dem Kriterium der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art befasst und es im Hinblick auf das Allgemeininteresse für ausreichend erachtet, dass das fragliche Unternehmen zumindest auch öffentliche Funktionen wahrnimmt. Vor diesem Hintergrund müssen Aktivitäten von juristischen Personen des Privatrechts, einschließlich der Tätigkeiten privatisierter oder privater, in Kooperation mit der öffentlichen Hand verbundener Unternehmen jeweils im Hinblick auf ihre rechtliche Zweckbestimmung untersucht werden.^[11] Erfolgen die mit der Verwirklichung eines Infrastrukturprojektes verbundenen Aufgaben (auch) im Hinblick auf die Sicherung und Verbesserung von Daseinsvorsorgeleistungen, wozu neben der Schaffung und Unterhaltung "klassischer" Versorgungsinfrastrukturen auch Kulturinfrastrukturen zählen können,^[12] so werden bei der Infrastrukturprojektverwirklichung in der Regel zumindest auch öffentliche Interessen wahrgenommen.^[13]

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob diese Aufgabenverwirklichung auch das Merkmal der "nichtgewerblichen Art" erfüllt.

In der Rechtssache Gemeinde Arnhem/BFI Holding hat der EuGH klar gestellt, dass das Kriterium der nichtgewerblichen Art solche Aufgaben nicht ausschließt, die auch von Privatunternehmen erfüllt werden oder erfüllt werden können.^[14] Das Kriterium der Nichtgewerblichkeit kann also z.B. auch dann erfüllt sein, wenn die öffentliche Hand mit einem privaten Partner eine Gesellschaft gründet, um dieser bestimmte, im Allgemeininteresse liegende Infrastrukturaufgaben zu übertragen. Nur dann, wenn nicht mehr die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben im Vordergrund stehen, sondern die privatwirtschaftliche Tätigkeit, fällt die juristische Person mangels Aufgabenerfüllung nichtgewerblicher Art aus dem Anwendungsbereich des § 98 Nr. 2 GWB heraus.^[15] Nach der Rechtsprechung des EuGH kann das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs und insbesondere der Umstand, dass die betreffende Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Beschaffungswettbewerb steht - mit dem damit einhergehenden Kostendruck -, darauf hinweisen, dass es sich um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe gewerblicher Art handelt, die dem Vergaberecht nicht unterliegt.^[16] Jedoch ist das Fehlen von "entwickeltem Wettbewerb" keine notwendige Voraussetzung.^[17] Ergänzend wird zur Bestimmung des Merkmals nichtgewerblicher Art häufig auch das Merkmal der fehlenden Gewinnerzielungsabsicht herangezogen.^[18]

Es sind in jedem konkreten Einzelfall alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände, unter anderem die Umstände, die zur Gründung der gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft geführt haben und der Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt,^[19] zu berücksichtigen. Häufig werden gemischt-wirtschaftliche Gesellschaften wie die hier beispielhaft zugrunde gelegte GCC GmbH & Co. KG im Hinblick auf die Verwirklichung eines transeuropäischen Infrastrukturprojektes jedenfalls langfristig gewerblich tätig werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Gesellschaft dauerhaft für den Betrieb der Infrastruktur zuständig sein

soll. Auch wird sich die Verwirklichung eines transeuropäischen "Kultur- und Veranstaltungsnetzwerks" nicht als Aufgabenerfüllung im Sinne staatlicher Fürsorge darstellen, sondern vielmehr markteigen abgewickelt werden.^[20] Jedoch wird bei der Gesamtbeurteilung einer derart spezifischen, öffentlich geförderten Aufgabe wie der Herstellung eines solchen Kultur- und Veranstaltungszentrenverbundes auch viel dafür sprechen, dass das ausführende, zweckbestimmt gegründete gemischt-wirtschaftliche Unternehmen wie die GCC GmbH & Co. KG nicht allein dem Druck des

9 EuGH, Rs. C-237/99, *University of Cambridge*, Slg. 2000, I-8035 Rn. 16; Rs. C-237/99, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2001, I-939 Rn. 41; erneut bestätigt durch Rs. C-470/99, *Universale-Bau AG*, Slg. 2002, I-11617 Rn. 6; siehe ferner Hailbronner, DÖV 2003, 534 (538); Koenig/Kühling/Hentschel, in: Koenig/Kühling/Theobald (Hrsg.), *Recht der Infrastrukturförderung*, 2004, Kapitel 2, Rn. 16; Marx/Prieß, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, *Das Recht der Auftragsvergabe*, 1999, Ziff. 2.2.2.2.

10 EuGH, Rs. C-44/96, *Mannesmann*, Slg. 1998, I-73 Rn. 3; Rs. C-360/96, *Gemeente Arnhem/BFI Holding*, Slg. 1998, I-6821 Rn. 3; erneut bestätigt durch EuGH, Rs. C-373/00, *Adolf Truly*, Slg. 2003, I-1931.

11 Dazu können z.B. gesetzliche Regelungen, Satzungen, Gründungsakte, Verordnungen und Gesellschaftsverträge herangezogen werden, vgl. Hailbronner, DÖV 2003, 534 (540); Noch, *Vergaberecht kompakt*, 2002, S. 99.

12 So auch Koenig/Kühling, DÖV 2001, 881 (882).

13 Als Indiz lässt sich insoweit auch die Genehmigungsvorschrift des Art. 87 Abs. 3 lit. d EG heranziehen. Zwar wird man nicht davon ausgehen können, dass sämtliche Gesichtspunkte, welche die Kommission im Hinblick auf eine Genehmigung nach Art. 87 Abs. 3 EG heranzieht, gleichsam zwingend ein Allgemeininteresse i.S.d. Bestimmung der öffentlichen Auftraggeber-eigenschaft begründen. Eine Deckungsgleichheit des Kriteriums der Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse mit den Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 3 EG besteht nicht. Soll nach Maßgabe der von der Kommission heranzuziehenden Kriterien mit der Verwirklichung eines Infrastrukturprojektes die Bereitstellung einer kulturelevanten Infrastruktur gewährleistet werden, so spricht vor dem Hintergrund des Art. 87 Abs. 3 lit. d EG jedoch viel dafür, dass bei der Erfüllung dieser Aufgaben zumindest auch öffentliche Interessen wahrgenommen werden.

14 EuGH, Rs. C-360/96, *Gemeente Arnhem/BFI Holding*, Slg. 1998, I-6821 Rn. 38 ff.: Hierbei handele es sich vielmehr im Allgemeinen um Aufgaben, welche die öffentliche Hand aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen, oder bei denen sie einen entscheidenden Einfluss ausüben möchte; ebenso Rs. C-44/96, *Mannesmann*, Slg. 1998, I-73 Rn. 25 ff., in welcher der EuGH ebenfalls darauf abstellt, dass die Einrichtung die ihr als besondere Pflicht obliegende, im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllt, wobei es nicht darauf ankommen solle, dass dies teilweise gewerblich geschieht. Jüngst erneut bestätigt im Urteil Rs. C-373/00, *Adolf Truly*, Slg. 2003, I-1931.

15 Für den Bereich der Abfallwirtschaft Pietzcker, ZVgR 1999, 24 (29); vgl. auch Hailbronner, DÖV 2002, 534 (540 ff.) sowie Koenig/Kühling/Hentschel, in: Koenig/Kühling/Theobald (Hrsg.), *Recht der Infrastrukturförderung*, 2004, Kapitel 2, Rn. 19 ff.

16 EuGH, Rs. C-360/96, *Gemeente Arnhem/BFI Holding*, Slg. 1998, I-6821 Rn. 49. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass in Bereichen, in denen bereits ein funktionierender Wettbewerb angetroffen wird, das EG-Vergaberecht nicht angewendet werden muss, da bereits der Wettbewerb dafür sorgt, dass der wirtschaftlichste Anbieter beauftragt wird. Das Kriterium der Wettbewerbsausgesetztheit wird i.d.R. fehlen, wenn die öffentliche Hand, abgestellt auf den Gründungszweck einzelner Marktteilnehmer, diesen einen Wettbewerbsvorteil verschafft, der anderen Marktteilnehmern versagt bleibt. Vgl. dazu Brandt, WM 1999, 2525 (2527); Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. Auflage 2001, § 98 Rn. 46; Thieme, in: Langen/Bunte, *Kartellrecht*, Kommentar, 2001, § 98 Rn. 38 ff.

17 EuGH, Rs. C-360/96, *Gemeente Arnhem/BFI Holding*, Slg. 1998, I-6821 Rn. 47; Rs. C-373/00, *Adolf Truly*, Slg. 2003, I-1931 Rn. 66.

18 EuGH, Rs. C-18/01, *Aktiengesellschaft Finnland*, Slg. 2003, I-5321 Rn. 49 ff.; Bechtold, *GWB*, Kommentar, 2002, § 98 Rn. 14; Brandt, WM 1999, 2525 (2527); Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, *Kommentar zum GWB*, § 98 Rn. 39; ablehnend: Thieme, in: Langen/Bunte, *Kartellrecht*, Kommentar, 2001, § 98 Rn. 29.

19 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-373/00, *Adolf Truly*, Slg. 2003, I-1931 Rn. 66.

20 Vgl. zum Kriterium der Nachfragebezogenheit Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, *Kommentar zum GWB*, § 98 Rn. 39.

Wettbewerbes standzuhalten hat, sondern über eine durch staatliche Förderung herbeigeführte marktbezogene Sonderstellung verfügt.^[21] Danach wird das Kriterium der Gründung einer juristischen Person zum Zwecke der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art in derartigen Konstellationen im Ergebnis häufig zu bejahen sein.

b) Überwiegende Finanzierung

Um von § 98 Nr. 2 GWB erfasst zu sein, müsste das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen - hier die GCC GmbH & Co. KG - des Weiteren von den Gebietskörperschaften durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanziert oder hinreichend kontrolliert werden. Eine überwiegende Finanzierung liegt vor, wenn mehr als die Hälfte, d.h. mehr als 50% der Finanzmittel von öffentlichen Auftraggebern stammt.^[22] Dabei muss sich die Finanzierung auf den Rechtsträger als Auftraggeber, nicht auf die Erfüllung der konkreten staatlichen Aufgabe beziehen. Die Finanzierung kann durch unmittelbare Zuwendung öffentlicher Gelder oder mittelbare Beteiligung als Gesellschafter erfolgen.^[23] Maßgebliche Finanzierungsperiode ist dasjenige Geschäfts- bzw. Haushaltsjahr, in dem der jeweils betroffene Auftrag vergeben wird.^[24] Wird die Finanzierung zu mehr als der Hälfte von den in § 98 Nr. 1 oder 3 GWB bezeichneten Stellen erbracht, ist das betroffene Unternehmen von ihnen "überwiegend finanziert".^[25]

In der vorliegend zugrunde gelegten Konstellation spricht die Tatsache, dass die öffentliche Hand mehrheitlich an der GCC GmbH & Co. KG beteiligt ist, zunächst für eine überwiegende Finanzierung im Sinne des § 98 GWB. Nach verbreiteter Auffassung soll das Kriterium der "überwiegenden Finanzierung" bei einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand unwiderleglich zu vermuten sein.^[26] Im konkreten Beispielsfall ist die öffentliche Kulturförderungsgesellschaft KFG ausweislich der Gesellschaftsverträge mit einer Kommanditeinlage von 12.550,- Euro zu 50,2%, die private Holdinggesellschaft ECNC mit einer Kommanditeinlage von 12.450,- Euro zu 49,8% an der GCC GmbH & Co. KG beteiligt. Danach wäre von einer überwiegenden staatlichen Finanzierung auszugehen. Jedoch kann nicht in jedem Fall allein aufgrund des Vorliegens einer Mehrheitsbeteiligung auf eine überwiegende Finanzierung geschlossen werden. Der Wortlaut des § 98 Nr. 2 GWB sieht eine unbedingte Abhängigkeit der überwiegenden Finanzierung von den Beteiligungsverhältnissen nicht vor.^[27] Bezugsgröße des Tatbestandsmerkmals "überwiegend" ist bei einer - dem Telos des Vergaberechts zugrunde liegenden - wirtschaftlich-funktionalen Betrachtungsweise dementsprechend die Summe aller Finanzierungsbeiträge, die die Vergabestelle von Dritten erhält oder selbst aufbringt.^[28] Überdies stellt Art. 1 Abs. 9 der geltenden Vergaberichtlinie mit der Vorgabe der "überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierten Einrichtung" ersichtlich (nur) auf die Bereitstellung von Finanzierungsmitteln ab. Dem entspricht schließlich auch die Zielsetzung der Vergaberegeln. Da die gemeinschaftlichen Vergaberegeln eine wettbewerbsorientierte Auftragsvergabe sicherstellen sollen, bietet sich als entscheidendes Kriterium für die Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs der Vergaberegeln der Einfluss an, den der Staat auf die Vergabeentscheidung zugunsten des Bieters nehmen kann.^[29] Diesbezüglich kann nicht auf rein formale Kriterien abgestellt werden. Maßgeblich muss bei EG-richtlinienkonformer Auslegung vielmehr eine Gesamtschau aller Umstände sein. Eine solche Gesamtbetrachtung

aller relevanten Gegebenheiten hat der EuGH in seinem Urteil Beentjes bereits vorgenommen und somit die von ihm favorisierte funktionale Handhabung der Kriterien verdeutlicht.^[30] So ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob das betroffene Unternehmen aufgrund einer überwiegenden Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber in ein Abhängigkeitsverhältnis gerät. Dies kann erst dann der Fall sein, wenn das Unternehmen zu mehr als 50% durch den Einsatz öffentlicher Gelder unterstützt wird.^[31] Im Hinblick auf die vorliegend zu beurteilende Konstellation ist danach eine überwiegende Finanzierung im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB abzulehnen, wenn die GCC GmbH & Co. KG ganz überwiegend durch private Mittel unterhalten wird.

In Konstellationen wie der vorliegenden besteht die Möglichkeit, dass sich die beteiligte Holdinggesellschaft im Gesellschaftsvertrag - hier dem Gesellschaftsvertrag der GCC GmbH & Co. KG - verpflichtet, der gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft im Zuge der Errichtung des Objekts, gegebenenfalls in Abhängigkeit vom Baufortschritt und dem konkreten Finanzierungsbedarf, zusätzliches Eigenkapital in erheblichem Umfang zur Verfügung zu stellen. Für den vorliegenden Beispielsfall sei unterstellt, dass die Europäische Holding ECNC weitere Finanzierungsleistungen in

21 Dies gilt insbesondere, wenn die Gesellschaft nach dem low-profit-Prinzip tätig ist und keine über eine angemessene Verzinsung des Kapitals hinausgehende Gewinnerzielungsabsicht verfolgt. Zum Kriterium der marktbezogenen Sonderstellung Bechtold, Kartellgesetz, § 98 Rn. 14; Dreher, DB 1998, 2579 (2583); ders., in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 98 Rn. 36 ff.; Thieme, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, 2001, § 98 Rn. 26 ff.

22 EuGH, Rs. C 380/98, University of Cambridge, Slg. 2000, I-8035 Rn. 33; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98 Rn. 46; Thieme, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, 2001, § 98 Rn. 32; Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2. Auflage 2003, § 98 GWB, Rn. 23, jeweils m.w.N.

23 Thieme, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, 2001, § 98 Rn. 32.

24 EuGH, Rs. C 380/98, University of Cambridge, Slg. 2000, I-8035 Rn. 39 ff.; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98 Rn. 46; Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2. Auflage 2003, § 98 GWB, Rn. 24.; Bechtold, GWB, Kommentar, 2002, § 98 Rn. 15 stellt auf den Finanzierungsbedarf in der Gründungsphase oder sonst in einer möglichst nahe an die Gegenwart heranreichenden Periode ab.

25 EuGH, Rs. C 380/98, University of Cambridge, Slg. 2000, I-8035 Rn. 39 ff.

26 Nach der Entscheidung des VUA Bund v. 17.11.1998, WuW/E Verg 251, soll eine überwiegende Finanzierung jedenfalls bei einem Gesellschaftsanteil von 75% vorliegen. In der Entscheidung "Deutsche Post AG" stellte der VUA des Bundes darauf ab, dass eine Gesellschaft allein wegen der bei einem öffentlichen Auftraggeber liegenden Geschäftsanteile "durch Beteiligung überwiegend finanziert werde", VUA Bund, Beschluss v. 24.4.1998, 15/98. Für eine unwiderlegliche Vermutung der überwiegenden Finanzierung bei einer mehrheitlichen Beteiligung der öffentlichen Hand z.B. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98 Rn. 47; Marx/Prieß, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, Ziff. 2.2.2.1.

27 Ebenso Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 98 Rn. 63.

28 Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98 Rn. 46.

29 EuGH, Rs. C-306/97, Connemara Machine Turf, Slg. 1998, I-8761 Rn. 34; Prieß, Handbuch des Europäischen Vergaberechts, 2. Auflage 2001, S. 88 m.w.N.

30 EuGH, Rs. 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635; so auch Prieß, Handbuch des Europäischen Vergaberechts, 2. Auflage 2001, S. 94.

31 Ebenso Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 98 Rn. 63, unter Hinweis auf Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, 1999, § 98 Rn. 5; vgl. auch EuGH, Rs. C-237/9, University of Cambridge, Slg. 2000, I-8035 Rn. 20 ff.; Koenig/Kühling/Hentschel, in: Koenig/Kühling/Theobald (Hrsg.), Recht der Infrastrukturförderung, 2004, Kapitel 2, Rn. 46.

Höhe von bis zu 60 Mio. Euro als Eigenkapital erbringt. Dieses dient sowohl der Projektrealisierung als auch der Finanzierung der GCC GmbH & Co. KG.^[32] Demgegenüber soll die öffentliche Hand, abgesehen von den notwendigen Mindesteinlagen, keine weiteren Leistungen in die GCC GmbH & Co. KG einbringen. Überdies wird sie sowohl von jeglicher Haftung als auch von weiteren, den Kultur- und Veranstaltungszentrenverbund betreffenden Zahlungsverpflichtungen befreit. Der weit überwiegende Teil der maßgeblichen Finanzmittel wird der GCC GmbH & Co. KG danach von der Holdinggesellschaft ECNC zur Verfügung gestellt. Insofern wird die GCC GmbH & Co. KG zum Großteil durch private Mittel finanziert.

Zu beachten ist ferner, dass zu den maßgeblichen, durch öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1, 3 GWB zur Verfügung gestellten Mitteln nur diejenigen Zuwendungen zählen, denen keine Gegenleistung gegenübersteht. Nur die Leistungen, die als Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung finanzieren oder unterstützen, können als "öffentliche Finanzierung" eingestuft werden.^[33] Vor diesem Hintergrund wird sich die Eigenkapitalzufuhr seitens der öffentlichen Hand dann nicht als reine Unterstützungsleistung bewerten lassen, wenn ihre Beteiligung unter Anwendung des so genannten "market economy investor"-Tests^[34] als marktüblich einzuordnen ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn sich die öffentliche Hand zu Konditionen an der Verwirklichung eines Infrastrukturprojektes beteiligt, die - zugunsten der öffentlichen Hand - wesentlich über die marktüblichen hinausgehen. Werden nennenswerte Privilegierungen vereinbart, von welchen allein die beteiligte öffentliche Hand profitiert - z.B. besondere Zahlungs- und Haftungsbefreiungen zu ihren Gunsten - würde die Eigenkapitalzufuhr als staatliche Investitionsmaßnahme unter vergleichbaren Marktbedingungen und Konditionen auch von einem Nichtgesellschaftler bzw. einem wettbewerbsorientierten privatwirtschaftlichen Unternehmen vorgenommen werden. Vor diesem Hintergrund kann die betreffende Kapitalzufuhr bei der Beurteilung einer etwaigen überwiegenden öffentlichen Finanzierung unter Umständen unberücksichtigt bleiben.^[35]

Im Beispielsfall ist eine überwiegende öffentliche Finanzierung der GCC GmbH & Co. KG abzulehnen. Die überwiegenden Mittel zur Finanzierung der GCC GmbH & Co. KG erbringt die ECNC. Allein die Beteiligung der öffentlichen KFG an der GCC GmbH & Co. KG mit 50,2% kann eine "überwiegende Finanzierung" durch die öffentlichen Auftraggeber des § 98 Nr. 1, 3 GWB nicht begründen. Denn der Kommanditeinlage der beteiligten öffentlichen Hand in Höhe von 12.550,- Euro steht die wesentlich höhere Eigenkapitalzufuhr durch die Holdinggesellschaft in Höhe von bis zu 60 Mio. Euro gegenüber.

c) Staatliche Kontrolle

Alternativ kann § 98 Nr. 2 GWB dadurch erfüllt sein, dass Stellen, die unter § 98 Nr. 1, 3 GWB fallen, über die Leitung der GCC GmbH & Co. KG die Aufsicht ausüben (1. Alt.) oder sie mehr als die Hälfte der Mitglieder eines der zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben (2. Alt.). Ebenso wie das Kriterium der überwiegenden Finanzierung stellen auch diese beiden Alternativen auf eine besonders enge Verbindung der betroffenen Einrichtung zum Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ab. Beide Alternativen normieren eine besondere Form der Kontrolle. Eine Ausübung der Aufsicht über die Leitung - unter Leitung sind

die durch Gesetz oder Satzung vorgesehenen Leitungsorgane, wie z.B. Vorstand, Geschäftsführung oder sonstige Führungsgremien zu verstehen - kann durch gesetzlich oder satzungsmäßig vorgesehene Aufsichtsorgane und Aufsichtsgremien, z.B. einen Aufsichtsrat oder Aufsichtsbehörden stattfinden.^[36] Derartige Aufsichtsbefugnisse sind regelmäßig nicht gegeben, wenn eine Fach- oder Rechtsaufsicht nicht stattfindet und der Aufsichtsrat der gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft aus einer Anzahl von gleichberechtigten Mitgliedern besteht, von welchen die Kommanditisten (hier: die KFG, d.h. die öffentliche Hand einerseits und die Holdinggesellschaft ECNC andererseits) je die Hälfte benennen. Regelmäßig wird zwar die Jahresabschlussprüfung gemäß des Gesellschaftsvertrags unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben zu erfolgen haben. Der Rechnungshof kann sich zur Klärung von Fragen, die bei der Prüfung nach Maßgabe der Bundeshaushaltsordnung (BHO) bzw. der jeweiligen Landeshaushaltsordnungen (LHO) auftreten, unmittelbar unterrichten. Hierbei handelt es sich jedoch um eine punktuelle haushaltsrechtliche Aufsicht durch die gesetzlich bestimmten Organe, nicht um eine von § 98 Nr. 2 GWB geforderte Aufsicht hinsichtlich der wichtigen geschäftspolitischen Entscheidungsprozesse der gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft.^[37] In Konstellationen wie dem vorliegenden Beispielsfall wird es angesichts weitreichender Mitwirkungs- und Aufsichtsbefugnisse der beteiligten privaten Investoren häufig an einer von § 98 Nr. 2 GWB vorgegebenen Aufsicht fehlen.

Zu prüfen ist des Weiteren, ob mehr als die Hälfte der Mitglieder eines der zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe von den öffentlichen Stellen bestimmt wurde. Dies wird vorliegend z.B. dann nicht der Fall sein, wenn der Holdinggesellschaft nach den einschlägigen Gesellschaftsverträgen das alleinige Recht zur Ernennung der Geschäftsführer zustehen soll. Eine derartige Vereinbarung wird häufig dann getroffen werden, wenn bei der Errichtung und dem Betrieb der Infrastruktur ausschließlich oder zum ganz überwiegenden Teil auf das Know-How, die personellen und betriebswirtschaftlichen Instrumente sowie die Ausführung durch das privatwirtschaftliche Unternehmen^[38] zurückgegriffen werden soll. Denkbar sind auch Konstellationen, in denen dem privatwirtschaftlichen Unternehmen über das Recht zur Benennung der Geschäftsführer hinaus die grundsätzliche Führung im operativen Geschäft zugewiesen wird. In diesen Fällen

32 Dies gilt insbesondere dann, wenn die Errichtung und der Betrieb des Objektes oder eines seiner Teilabschnitte einziger Unternehmenszweck der Gesellschaft ist.

33 EuGH, Rs. C-237/9, *University of Cambridge*, Slg. 2000, I-8035 Rn. 21; vgl. auch Rn. 14 ff. Nach Sticker, in: Reidt/Sticker/Glahs, *Vergaberecht*, 2. Auflage 2003, § 98 GWB, Rn. 23 a zählen zu diesen Zuwendungen Beihilfen und Fördermittel sowie Eigenkapital und Eigenkapital ersetzende Darlehen, die von einem Nichtgesellschaftler nicht zu gleichen Konditionen gewährt worden wären.

34 Dazu z.B. EuGH, Rs. C-305/89, *Alfa Romeo*, Slg. 1991, I-1603 Rn. 19 ff.; Rs. C-303/89, *ENI-Lanerossi*, Slg. 1991, I-1433 Rn. 20 ff.; EuG, verb. Rs. T-129/95, 2/96, 97/96, *Neue Maxhütte Stahlwerke*, Slg. 1999, II-17 Rn. 104 ff.; dazu Martin-Ehlers, *EWS* 1999, 244 ff.

35 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-237/9, *University of Cambridge*, Slg. 2000, I-8035 Rn. 25.

36 Dazu Thieme, in: *Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar*, 2001, § 98 Rn. 5.

37 Gegen eine Erfüllung der Alternative des § 98 Nr. 2 S. 1 HS 1 GWB in derartigen, sich auf gesetzliche Anordnungen beschränkenden Aufsichtskonstellationen auch Dreher, in: *Immenga/Mestmäcker, GWB*, 3. Auflage 2001, § 98 Rn. 50; Eschenbruch, in: *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht*, 2000, § 98 Rn. 65.

38 Vgl. dazu Gerstlberger "Public Private Partnerships", in: *Killian/Kneissler (Hrsg.), Demokratische und partizipative Verwaltung*, S. 333 (334).

liegt eine öffentliche Kontrolle im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB nicht vor.

Zu berücksichtigen bleibt jedoch, dass nach wohl überwiegender Auffassung die in § 98 Nr. 2 GWB geforderte staatliche Einflussmöglichkeit auf den Auftraggeber unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes (VÜA Bund)^[39] mit dem Begriff der Beherrschung gleichgesetzt und darauf abgestellt wird, ob das beherrschende Unternehmen eine so weitgehende Einflussmöglichkeit auf die Unternehmensleitung und die Geschäftstätigkeit hat, dass es seinen Willen hinsichtlich der Unternehmens- und Geschäftspolitik des beherrschten Unternehmens durchsetzen kann.^[40] Dabei wird auf den Beherrschungsbegriff des Aktienrechts (§ 17 AktG) abgestellt,^[41] wonach von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet wird, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist (§ 17 Abs. 2 AktG). Im vorliegenden Fall wäre danach aufgrund der - wenngleich nur knappen - Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand diese Tatbestandsalternative des § 98 Nr. 2 GWB zu bejahen. Ein Rückgriff auf den Beherrschungsbegriff des AktG wird von einer Gegenauffassung indes zutreffend mit der Argumentation abgelehnt, dass ein abschließend formulierter Tatbestand "auf dem Wege über einen allgemeinen Beherrschungsbegriff nicht erweitert werden" könne.^[42] Zudem spricht die Tatsache, dass im Rahmen des § 98 Nr. 4 GWB ausdrücklich von einem "beherrschenden Einfluss" die Rede ist, während § 98 Nr. 2 GWB dies nicht vorsieht, ebenfalls gegen eine derartige Ausdehnung. Schließlich stellt auch die neue Vergaberichtlinie ausschließlich darauf ab, ob die betreffende Einrichtung hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch den Staat, Gebietskörperschaften oder durch andere Einrichtungen des öffentlichen Rechts unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von diesen ernannt wurden.^[43] Danach ist eine jeweilige Gesamtbetrachtung unter besonderer Berücksichtigung der ausdrücklich normierten Kontrollvoraussetzungen vorzunehmen. In der hier zugrunde gelegten Fallkonstellation fehlt es, wie dargelegt, an hinreichenden Aufsichtsbefugnissen der öffentlichen Hand. Im Aufsichtsrat ist die öffentliche Hand nur zur Hälfte vertreten. Zur Benennung der Geschäftsführung ist die Holdinggesellschaft allein berechtigt. Schließlich obliegt dieser die grundsätzliche Führung im operativen Geschäft. Damit korrespondiert die Freistellung der öffentlichen Hand von weiteren Zahlungen im Rahmen der Projektverwirklichung sowie die Haftungsbefreiung. Vor diesem Hintergrund wird trotz der bestehenden Mitwirkungsrechte der öffentlichen Hand im Hinblick auf die Gesellschafterbeschlüsse auch nicht von einer so weitgehenden Einflussmöglichkeit einer öffentlichen Stelle auf die Unternehmensleitung und die Geschäftstätigkeit der GCC GmbH & Co. KG auszugehen sein, dass die öffentliche Stelle ihren Willen hinsichtlich der Unternehmens- und Geschäftspolitik der GCC GmbH & Co. KG durchsetzen könnte.^[44] Die GCC GmbH & Co. KG ist danach kein von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 98 Nr. 1, 3 GWB "beherrschtes Unternehmen". Somit sind die Voraussetzungen der "überwiegenden Finanzierung", der "Ausübung der Leitung" oder der "Bestimmung der Hälfte der Mitglieder eines der zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe" nicht erfüllt.

2. Öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 5 GWB

Die vorliegend zu bewertende GCC GmbH & Co. KG wäre jedoch auch als ein vom Staat nicht abhängiges privates Unternehmen öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB, wenn sie zum Zwecke der Errichtung von Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen gemäß § 98 Nr. 5 GWB von den Gebietskörperschaften zu mehr als 50% öffentlich finanziert würde. Im Rahmen von § 98 Nr. 5 GWB ist nicht auf die nach den jeweiligen Vorschriften förderfähigen Kosten, sondern auf die gesamten Projektkosten abzustellen.^[45]

Danach ist also maßgeblich, ob das in Rede stehende Infrastrukturprojekt, bzw. bei länderübergreifenden Projekten der maßgebliche Teilbereich, aus überwiegend öffentlichen oder privaten Mitteln finanziert wird. Trägt die private Holdinggesellschaft durch die Einbringung von Eigenkapital oder Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen von den Projektkosten mehr als die Hälfte und deckt das öffentliche Fördervolumen einen entsprechend geringeren Teil der gesamten Finanzierungssumme ab, so fehlt es an einer überwiegenden Finanzierung der relevanten Maßnahmen durch die öffentliche Hand. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob sich, wie oben im Einzelnen dargelegt, die Eigenkapitalzufuhr der öffentlichen Hand möglicherweise als nicht einmal beihilfenrechtsrelevante Beteiligung an der Verwirklichung des Projektes darstellt, so dass der Vorgang der Kapitalzufuhr durch die öffentliche Hand als solcher kein ökonomisches Förderäquivalent darstellt, da die öffentliche Hand insoweit eher begünstigt wird.

Wird die Verwirklichung eines Infrastrukturprojektes oder des maßgeblichen Teilabschnitts eines solchen zu einem ganz überwiegenden Teil aus privaten Mitteln finanziert und fehlt es folglich an einer überwiegenden Finanzierung der relevanten Maßnahmen durch die öffentliche Hand, so kommt § 98 Nr. 5 GWB nicht zur Anwendung. Im vorliegenden Beispielsfall ist eine überwiegende öffentliche Finanzierung abzulehnen. Die weit überwiegenden Mittel zur Projektfinanzierung erbringt, wie oben näher ausgeführt, die ECNC. Damit scheidet auch die Anwendung des § 98 Nr. 5 GWB aus.

39 VÜA Bund, Beschluss v. 20.11.1995, WuW/E VergAB 58; v. 12.4.1995, WuW/E VergAB 27. Der VÜA Bund hat entschieden, dass es - über den Wortlaut des § 98 Nr. 2 GWB hinaus - für eine Annahme des öffentlichen Auftraggebers ausreicht, wenn über die in § 98 Nr. 1, 3 GWB genannten Stellen ein "beherrschender Einfluss" ausgeübt werde, wobei es für die Annahme eines Beherrschungsverhältnisses genüge, dass das beherrschende Unternehmen seinen Willen hinsichtlich der wettbewerbsrelevanten Entscheidungen und der Unternehmenspolitik bei dem anderen Unternehmen durchsetzen könne.

40 Bechtold, *GWB, Kommentar*, 2002, § 98 Rn. 15; Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, *Kommentar zum Vergaberecht*, 2000, § 98 Rn. 55 ff.

41 So z.B. Bechtold, *GWB, Kommentar*, 2002, § 98 Rn. 15; Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, *Kommentar zum Vergaberecht*, 2000, § 98 Rn. 55 ff.; Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, *Vergaberecht*, 2. Auflage 2003, § 98 GWB, Rn. 26 f.

42 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. Auflage 2001, § 98 Rn. 58; Leinemann, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge*, 2001, Rn. 30.

43 Vergaberichtlinie, ABl. EG 2004 L 134/114, Art. 1 Abs. 9 lit. c.

44 Die Mitwirkungs- und Kontrollrechte der öffentlichen Hand werden in diesen Fällen vor allem auf solche Entscheidungen gerichtet sein, die die Sicherung der ordnungsgemäßen Verwendung der öffentlichen Fördermittel zum Gegenstand haben.

45 Diese bestimmen sich im Zweifel nach § 3 VgV, § 1 a VOB/A, Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, *Vergaberecht*, 2. Auflage 2003, § 99 GWB, Rn. 60 m.w.N.

III. Ergebnis und Fazit

In der hier zugrunde gelegten Fallkonstellation ist die gemischt-wirtschaftliche GCC GmbH & Co. KG keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 GWB. Danach sind also durchaus Fälle möglich, in denen trotz geringer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand die öffentliche Auftraggebereigenschaft eines Public Private Partnership-Infrastrukturträgers entfällt. Die verbreitete Auffassung, bei einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand spreche eine "unwiderlegliche Vermutung" für eine überwiegende Finanzierung bzw. eine hinreichende öffentliche Kontrolle im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB, lässt sich damit nicht aufrechterhalten. Freilich kann sich schon bei relativ geringen Abwandlungen des Sachverhaltes eine andere Beurteilung ergeben. Es wird deutlich, dass im Hinblick auf die Vielzahl der nicht eindeutig definierten und konturierten Tatbestandsmerkmale insbesondere des § 98 Nr. 2 GWB bei der Bestimmung der öffentlichen Auftraggebereigenschaft die Umstände jedes einzelnen

Falles mit besonderer Sorgfalt zu würdigen sind. Dabei verdienen die in den maßgeblichen Gesellschaftsverträgen getroffenen Vereinbarungen besondere Beachtung. Hingegen verbietet sich jedwede schematische Beurteilung, die sich ausschließlich an den gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsverhältnissen orientiert. Ungeachtet der Tatsache, dass für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen bei der Verwirklichung eines Infrastrukturprojektes die Ausschreibung zahlreicher Bau- und Dienstleistungen schon aus Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten angezeigt sein wird, kann der ausnahmsweise Verzicht auf die Durchführung von Ausschreibungsverfahren in Einzelfällen zu nutzenbringendem Freiraum führen. Dies wird beispielsweise dann der Fall sein, wenn sich ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen im Rahmen eines trans-europäischen Verbund-Projektes der privaten Holdinggesellschaft zur Erfüllung spezifischer Dienstleistungen bedienen möchte, die angesichts einer notwendigen staatenübergreifenden Koordination und Überwachung aus einer Hand gesteuert werden müssen, so dass eine Inanspruchnahme Dritter nicht sinnvoll ist.



springer.de



Praxisnah, mit Prüf-Hinweisen,
Checklisten und Vertragsmuster



Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts

G.-S. Hök, Berlin

Das Praxis-Handbuch zum internationalen und ausländischen Bau- und Bauvertragsrecht liefert das Know-how für die Erstellung eigener Vertragsbedingungen. Der Autor erläutert das anwendbare Recht in Fällen mit Auslandsbezug und erklärt ausführlich Bau- und Architektenverträge sowie weitere Vertragsarten. Länderberichte erschließen das ausländische Baurecht. Außerdem werden behandelt: International übliche Vertragsklauseln – insbes. die FIDIC-Bedingungen, internationale Baustreitigkeiten, die Finanzierung internationaler Bauvorhaben sowie die Auftragsvergabe durch öffentliche Stellen.

2005, XXXIV, 1222 S.

ISBN 3-540-21881-5 ► Geb. € 129,95; sFr 205,50

Bei Fragen oder Bestellung wenden Sie sich bitte an ► Springer Distribution Center, Haberstr. 7, 69126 Heidelberg ► Telefon: (06221) 345-0

► Fax: (06221) 345-4229 ► Email: SDC-bookorder@springer-sbm.com ► Die €-Preise für Bücher sind gültig in Deutschland und enthalten 7% MwSt.

Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.

d&p.011547a