

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

## BGH: Mauseleien mit Behörden sind wettbewerbswidrig

Das Vergaberecht regelt den Einkauf der öffentlichen Hand. Es ist von den öffentlichen Auftraggebern, nicht aber grundsätzlich den von Auftragnehmern zu beachten. Diese sind nicht Normadressaten des Vergaberechts. Der BGH hat aber in einer erst jetzt bekannt gewordenen Entscheidung vom 03.07.2008 (I ZR 145/05) entschieden, dass ein Auftragnehmer wettbewerbswidrig handelt, wenn er mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit daran mitwirkt, dass er einen Auftrag unter Nichtbeachtung der vergaberechtlichen Vorschriften erhält.

### 1. Sachverhalt

Ein Behörde hatte bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit Sachversicherungsdienstleistungen bezogen. Der Zweck des Vereins war gemäß § 2 Abs.1 seiner Satzung, seinen Mitgliedern durch den unmittelbaren Betrieb von Sachversicherungen Versicherungsschutz zu gewähren. Nach § 4 Abs.1 der Satzung können Mitglieder des Vereins außer öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten insbesondere auch wirtschaftliche Vereinigungen werden, wenn mindestens 50% ihres Kapitals von der öffentlichen Hand gehalten wird.

Die Verträge des Vereins mit seinen Mitgliedern waren als sogenannte In-House-Geschäfte bezeichnet worden. Die Zuschläge erfolgten daher ohne vorherige öffentliche Ausschreibung. Der Wert der Leistungen überschritt dabei den nach § 2 Nr.3 VgV maßgeblichen Schwellenwert.

Ein Wettbewerber, der auch Sachversicherungen für die öffentliche Hand anbietet, wehrte sich gegen diese Praxis und klagte vor dem Landgericht Köln auf Unterlassung.

Er beantragte, es dem Versicherungsverein unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, mit öffentlichen Auftraggebern Versicherungsverträge ab Erreichen der EU-Schwellenwerte ohne vorherige Ausschreibung abzuschließen.

Das Landgericht wies die Klage ab. Das Oberlandesgericht Köln gab der Klage statt, wobei es den Klageantrag geringfügig umformulierte (OLG Köln GRUR 2005, 780). Der Versicherungsverein hatte mit seiner Revision keinen Erfolg beim BGH.

## 2. Entscheidung

### 2.1 Keine Inhouse-Vergabe

Der BGH entschied zunächst, dass die Voraussetzungen für eine „In-House“-Vergabe ohne Ausschreibung nicht vorliegen.

Unerheblich sei, dass die Mitgliedschaft aufgrund ihrer auch vereinsrechtlichen Bedeutung kein typischer zweiseitiger Austauschvertrag darstelle. Denn die von dem Verein im Wettbewerb angebotenen Versicherungsleistungen unterschieden sich nicht von denjenigen in anderer Rechtsform organisierter Versicherungsunternehmen. Wegen der anderenfalls bestehenden Umgehungsgefahren komme es nicht in Betracht, einem Unternehmen durch die Wahl der Rechtsform eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit zu ermöglichen, öffentlichen Auftraggebern ohne Ausschreibung Versicherungsschutz zu gewähren.

Der Verein als Unternehmen sei auch geeigneter Auftragnehmer im Sinne des Vergaberechts. Für die Unternehmenseigenschaft komme es nicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht an. Maßgeblich sei insoweit allein, dass der Verein im Wettbewerb mit anderen Versicherungsunternehmen auf dem Markt Versicherungsdienstleistungen für öffentliche Auftraggeber erbringe.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) sind die Voraussetzung für die Annahme eines ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrags nicht erfüllt, wenn nicht zwei verschiedene Personen einen Vertrag abschließen. Es handelt sich dann um eine „In-House-Vergabe“.

### Exkurs zur Rechtsprechung des EuGH

Eine solche „In-House-Vergabe“ liegt vor, wenn

- der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen eine ähnliche Kontrolle über den Anbieter ausübt wie über seine eigenen Dienststellen,
- der Anbieter seine Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften verrichten, die seine Anteile inne haben.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften deutet es – ohne allein entscheidend zu sein – auf die Ausübung einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle hin, wenn der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält. Andererseits sind die Vergabevorschriften immer dann anzuwenden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine entgeltliche Dienstleistung durch eine rechtlich von ihm verschiedene Gesellschaft erbringen lassen will, an der neben ihm auch ein oder mehrere private Unternehmen beteiligt sind. Die auch nur minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Gesellschaftskapital schließt es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.

## Ende Exkurs

Der BGH entschied, dass im vorliegenden Fall der Verein nicht von den öffentlichen Auftraggebern, die ihm ohne Ausschreibung Aufträge erteilten, wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wurde.

Die Voraussetzungen für eine In-House-Vergabe waren daher nicht erfüllt.

Der BGH begründete dies wie folgt:

“

....“ Die mitgliedschaftlichen Teilhabemöglichkeiten gemischtwirtschaftlicher Unternehmen an der Beklagten schließen es aus, dass sie von öffentlichen Auftraggebern wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wird. Der Mitgliederkreis der Beklagten ist nicht auf öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten beschränkt. Private Unternehmen oder Investoren sind zwar nicht unmittelbar Mitglieder der Beklagten. Nach § 4 Abs. 1 ihrer Satzung können aber wirtschaftliche Vereinigungen mit einer privaten Beteiligung von bis zu 50% Mitglied werden. Die Möglichkeit derartiger gemischtwirtschaftlicher Unternehmen zur Mitgliedschaft ist in keiner Weise beschränkt; gemäß § 17 Abs. 2 der Satzung hängt auch das Stimmrecht in der Mitgliederversammlung allein vom Jahresbeitrag ab.

Es ist unerheblich, dass Private bei der Beklagten nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar über gemischtwirtschaftliche Unternehmen Mitglied werden können. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ist nicht zwischen unmittelbarer und mittelbarer Beteiligung privater Unternehmen zu unterscheiden. Maßgeblich für die Erfüllung des Kontrollkriteriums ist vielmehr, dass die öffentlichen Auftraggeber ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wichtigen Entscheidungen der Gesellschaft haben, die für sie tätig werden soll (EuGH WuW/E Verg 1245 Tz. 36 – Carbotermo & Consorzio Alisei; WuW/E Verg 1155 Tz. 65 – Parking Brixen). Ein derartiger Einfluss ist aber nicht sichergestellt, wenn gemischtwirtschaftliche Unternehmen in der Mitgliederversammlung – noch dazu unbeschränkt – Stimmrechte erwerben können und keine Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass ihr Stimmrecht jeweils ausschließlich durch den oder die jeweiligen öffentlichen Gesellschafter ohne Berücksichtigung der Interessen privater Partner ausgeübt wird. Dabei kann hier dahinstehen, ob solche Vorkehrungen überhaupt möglich sind oder ob dem entgegensteht, dass die Geschäftsführung einer gemischtwirtschaftlichen Vereinigung jedenfalls bei einer substantiellen privaten Beteiligung stets verpflichtet ist, auch die Interessen der privaten Partner zu berücksichtigen. Ebenso wie das Kontrollkriterium auch durch eine Kette mittelbarer Beteiligungen öffentlicher Auftraggeber erfüllt werden kann (vgl. Säcker/Wolf, WRP 2007, 282, 284), wird es ausgeschlossen, wenn Private sich mittelbar mit Stimmrecht beteiligen oder Mitglied werden können. Dafür spricht auch das vor allem in § 97 Abs. 1 GWB zum Ausdruck kommende Anliegen des Kartellvergaberechts, dass öffentliche Beschaffung, soweit sie nicht ausdrücklich von der Anwendung der

Vergaberegeln ausgenommen ist, umfassend unter geregelten Wettbewerbsbedingungen erfolgt (vgl. BGHZ 162, 116, 128). Es bedarf daher grundsätzlich einer weiten Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftrags.

Im Übrigen sind für die Frage, ob eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausgeübt werden kann, außer den Beteiligungsverhältnissen alle relevanten Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen, so dass selbst bei einer ausschließlichen Beteiligung der öffentlichen Hand das Kontrollkriterium ausgeschlossen sein kann (EuGH WuW/E Verg 1245 Tz. 37 – Carbotermo & Consorzio Alisei). In diesem Zusammenhang kommt es insbesondere auf die Gesellschaftsform des als Auftragnehmer vorgesehenen Unternehmens an. Verfügt die Gesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern über weitreichende Selbständigkeit, ist das Kontrollkriterium nicht erfüllt. Wegen der eigenverantwortlichen Leitung durch den Vorstand ist dies insbesondere bei Aktiengesellschaften der Fall (vgl. EuGH WuW/E Verg 1155 Tz. 67 ff. – Parking Brixen; Säcker/Wolf, WRP 2007, 282, 285).

Nach den §§ 34 bis 36 VAG entsprechen die Befugnisse von Vorstand, Aufsichtsrat und oberster Vertretung (Mitgliederversammlung) eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit denjenigen von Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft. Für die Rechte und Pflichten der Organe des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit gelten – von hier unerheblichen Besonderheiten abgesehen – die aktienrechtlichen Vorschriften entsprechend. Dementsprechend obliegt die eigenverantwortliche Leitung, Vertretung und Geschäftsführung des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit allein dem Vorstand. Die Mitgliederversammlung ist dem Vorstand weder übergeordnet noch weisungsberechtigt. Die Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten der Mitglieder beschränken sich grundsätzlich auf die Wahl des Aufsichtsrats. Auch bei der Beklagten gehen die Kontrollbefugnisse der Mitgliederversammlung nicht über die nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz vorgesehenen Befugnisse hinaus. Damit verfügt die Beklagte – ebenso wie eine Aktiengesellschaft – über weitreichende Selbständigkeit, die es ausschließt, dass ihre Mitglieder sie wie eine eigene Dienststelle kontrollieren (vgl. Holger Schröder, KommJur 2005, 445, 449). Öffentliche Auftraggeber können aus diesen Gründen nicht als Mitglieder der Beklagten Versicherungsdienstleistungen ohne Ausschreibung im Wege eines „In-House“-Geschäfts beschaffen. Da bereits das Kontrollkriterium nicht erfüllt ist, kann dahingestellt bleiben, ob das zweite Kriterium für die Annahme eines „In-House“-Geschäfts bei der Beklagten vorliegt, im Wesentlichen nur für die öffentlichen Auftraggeber tätig zu sein, die sie kontrollieren. Das ist nur dann der Fall, wenn jede andere Tätigkeit für die Beklagte rein nebensächlich ist (EuGH WuW/E Verg 1245 Tz. 63 – Carbotermo & Consorzio Alisei). Ob die Beklagte diese Anforderung erfüllt, erscheint zweifelhaft, da sie gemäß § 4 Abs. 2 ihrer Satzung im Umfang von bis zu 10% ihres jährlichen Gesamtbeitragsvolumens für Unternehmen oder Einrichtungen mit kommunaler Minderheitsbeteiligung tätig werden darf, die bei ihr nicht Mitglied werden können (vgl. OLG Celle NZBau 2007, 126).

## 2.2 Vergaberechtliche Mausehelei der Bieter kann wettbewerbswidrig sein

Der BGH entschied des Weiteren, dass der Versicherungsverein sich wettbewerbswidrig verhalten hat. Die Vorschriften des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbs-beschränkungen, aus denen sich die Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge ergebe, seien Marktverhaltensregeln i. S. des § 4 Nr. 11 UWG. Sie schränken die Vertragsfreiheit der öffentlichen Auftraggeber ein und regelten dadurch unmittelbar ihr Marktverhalten bei der Auswahl von Vertragspartnern. Diese Bestimmungen dienen jedenfalls auch den Interessen der Marktteilnehmer, die sich um Aufträge der öffentlichen Hand bewürben. Das ergebe sich bereits aus § 97 Abs.7 GWB, der – im Einklang mit europarechtlichen Vorgaben - den Unternehmen gegen die öffentlichen Auftraggeber ein subjektives Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren gewähre.

Die rechtswidrige Praxis der öffentlichen Auftraggeber, Versicherungsaufträge oberhalb der Schwellenwerte ohne Ausschreibung an den eigens zu diesem Zweck gegründeten Versicherungsverband zu vergeben, sei ohne weiteres geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Wettbewerber i. S. des § 3 UWG nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Die Wettbewerber würden als Marktteilnehmer von vornherein um die Chance gebracht, sich in einem transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren um die Aufträge der Mitglieder der Beklagten zu bewerben, wodurch ihre wettbewerbsrechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt würden.

Es liege auch ein Teilnahmevorsatz des Versicherungsverbandes vor.

Das Modell des Versicherungsverbandes sei gebildet worden, um vergaberechtliche Bindungen bei der Beschaffung von Versicherungsdienstleistungen systematisch umgehen zu können. Der Versicherungsverband habe gewusst und gewollt, dass die öffentlichen Auftraggeber ihn ohne Ausschreibung mit Versicherungsdienstleistungen betrauten. Ebenso habe der Verein die grundsätzliche Pflicht der öffentlichen Auftraggeber zur Ausschreibung gekannt und habe diese Pflicht als eine Bestimmung zu erkennen, die das Marktverhalten und den Wettbewerb auch auf dem Versicherungsmarkt regelt.

Der BGH führte aus:

“

„Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit setzt grundsätzlich voraus, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Teilnahmehandlung mit der Möglichkeit rechnete und dies billigend in Kauf nahm, dass die Auftraggeber gegen Vergaberecht verstießen, wenn sie sich bei ihr Versicherungsschutz ohne Ausschreibung beschafften (vgl. BGHZ 69, 129, 143). Für die Annahme einer Billigung in diesem Sinne würde genügen, dass sich die Beklagte um des Ziels willen, neue Aufträge zu erhalten, mit einem Verstoß der Auftraggeber gegen Vergaberecht abfand, auch wenn ihr ein solcher Verstoß an sich gleichgültig oder unerwünscht war ([% Urteil id="5712" text="vgl. BGH, Beschl. v. 14.2.2005 – 3 StR 230/04" %], NStZ 2005, 381, 382; Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88, NJW 1989, 781, 783 f.). Es reicht aus, dass sich der Teilnehmer einer Kenntnisnahme von der Unlauterkeit des von ihm veranlassten

oder geförderten Verhaltens entzieht (Köhler in Hefermehl/ Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rdn. 2.16; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 43).

Vorliegend hat sich die Beklagte für ihre Rechtsauffassung auf ein in ihrem Auftrag gefertigtes Gutachten aus dem Bereich der Kommunalspitzenverbände gestützt. Dieses Gutachten hat wegen der Verbindung des Gutachters zu den Kommunen nicht die Qualität einer unabhängigen Beurteilung. Es schließt deshalb ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Beklagten für sich allein nicht aus. Vielmehr kommt es darauf an, inwiefern die Beklagte auch von Rechtsprechung und Literatur positiv Kenntnis hatte oder sich ihrer Kenntnisnahme entzogen hatte, die ihrer Auffassung entgegenstand. Die im vorliegenden Zusammenhang grundlegende Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in der Sache „Teckal“ (WuW/E Verg 311), die im November 1999 und damit eineinhalb Jahre vor dem Rundschreiben der Beklagten erging, ließ mit dem Kriterium „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ deutlich erkennbar eine Zuordnung des Geschäftsmodells der Beklagten zu den vergaberechtsfreien „In-House“-Geschäften allenfalls mit erheblichem Argumentationsaufwand zu. Aufschlussreich könnte auch sein, aus welchem Grund sich die Beklagte zur Einholung des Gutachtens und zu dem Rundschreiben entschloss.

Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit kann auch durch eine – plausibel begründete – Abmahnung herbeigeführt werden (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rdn. 2.16)."

”

### 3 Fazit:

Bieter sind nicht Normadressaten des Vergaberechts. Aber wirken Sie aktiv und mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit an der Umgehung vergaberechtlicher Vorschriften zu Ihren Gunsten mit, können übergangene Wettbewerber sich über das Wettbewerbsrecht mit Unterlassungsklagen zu Wehr setzen. Denn durch Mauseln mit einer ausschreibenden Behörde werden Wettbewerber als Marktteilnehmer von vornherein um die Chance gebracht, sich in einem transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren um Aufträge der mauselnden Behörde zu bewerben, wodurch ihre wettbewerblich geschützten Interessen beeinträchtigt werden.

#### Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin