

Ausschreibungszwänge bei der Gründung gemischt- wirtschaftlicher Gesellschaften

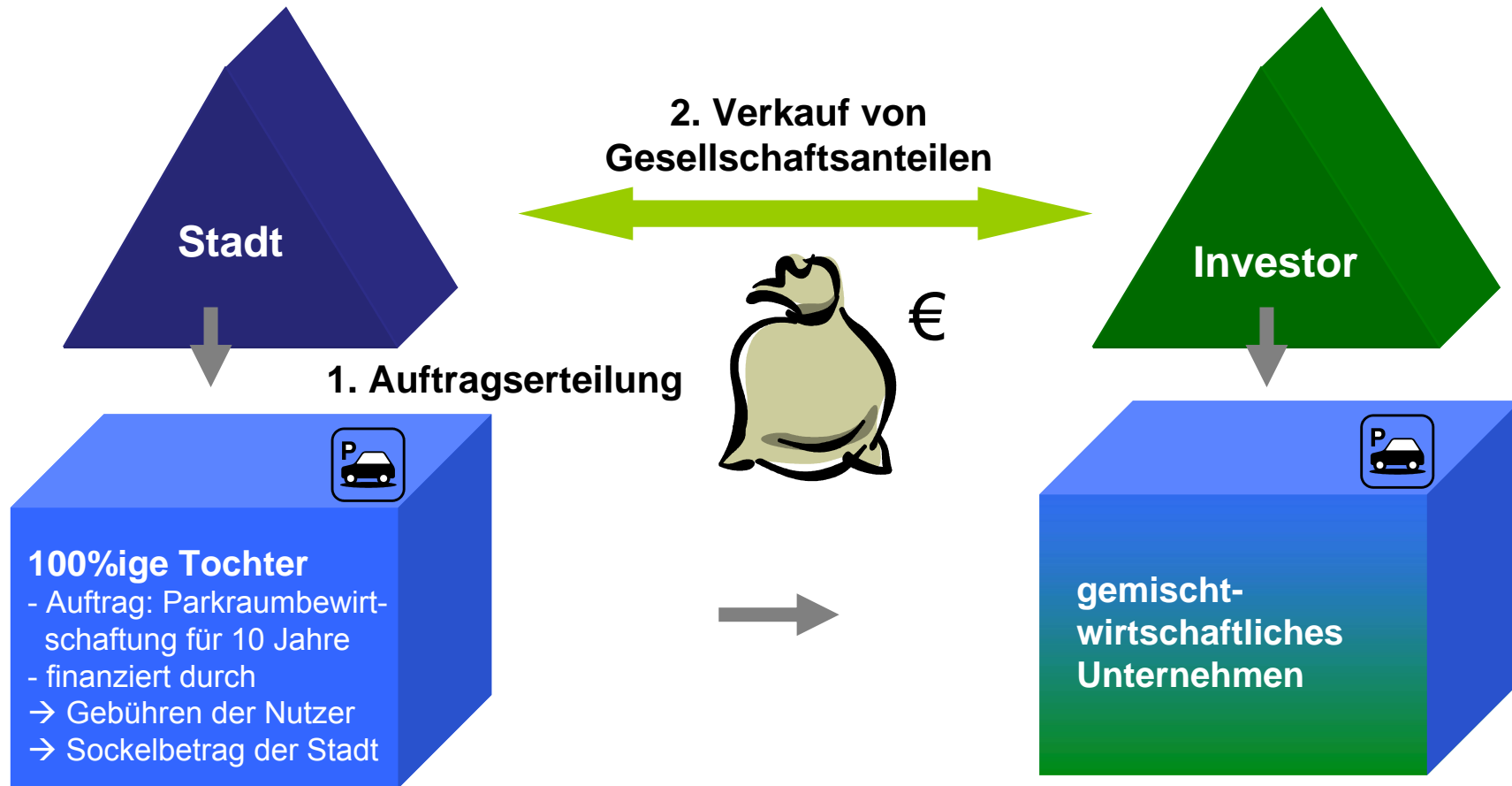
Interdisziplinäre Konferenz

„Kommunales Infrastruktur-Management“

Berlin, 29. Juni 2007

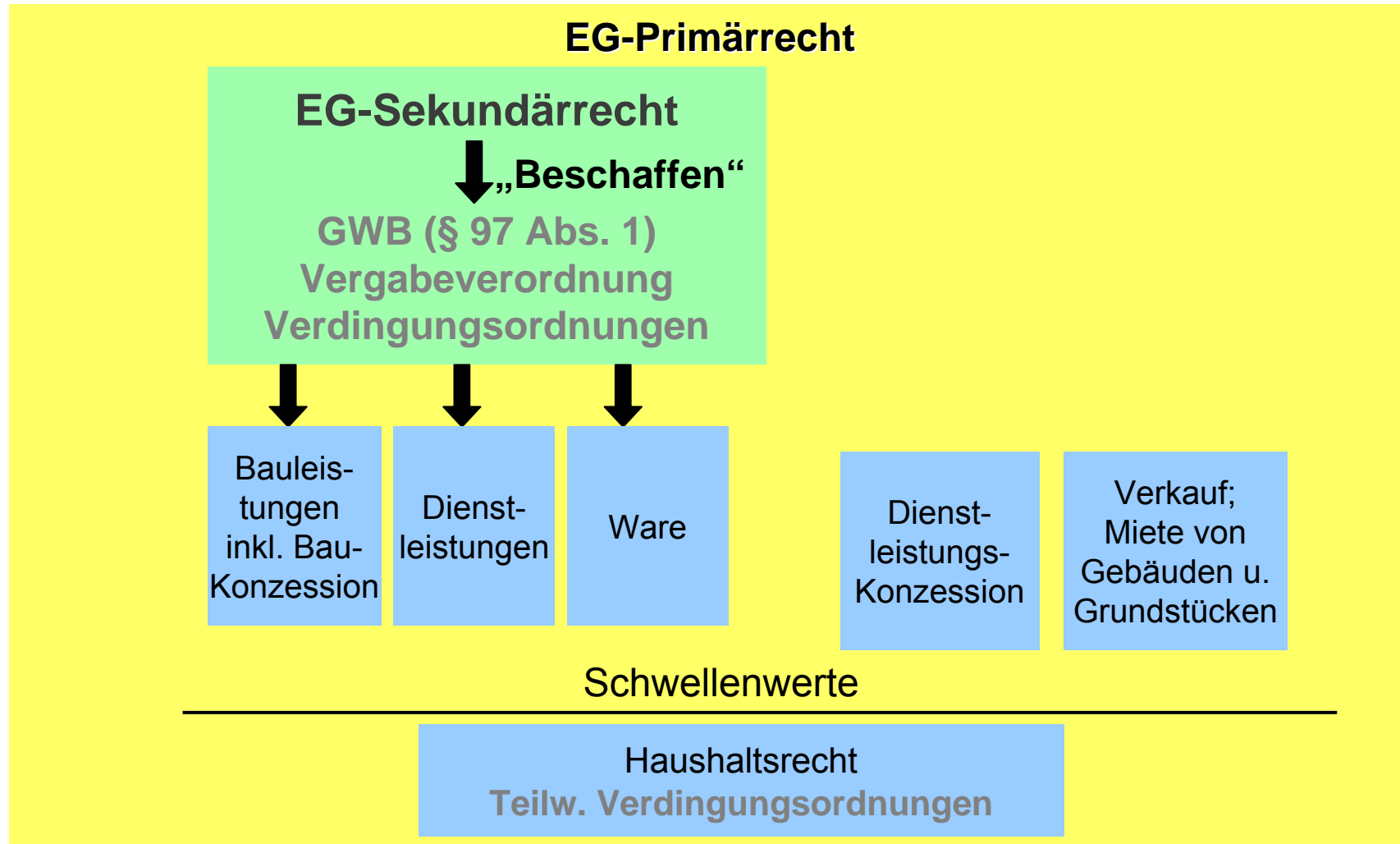
Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.

- Bedeutung von Public-Private-Partnerships (PPP) enorm gestiegen
- Gründung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen wichtige Fallgruppe
- Gründe: Effizienz↑, Geschwindigkeit↑, privates Kapital
- Ausschreibungspflicht für Anteilsverkauf/Auftragserteilung?
- Einfluss auf zeitliche Perspektive
- Verkauf von Anteilen vormals rein öffentlicher Unternehmen

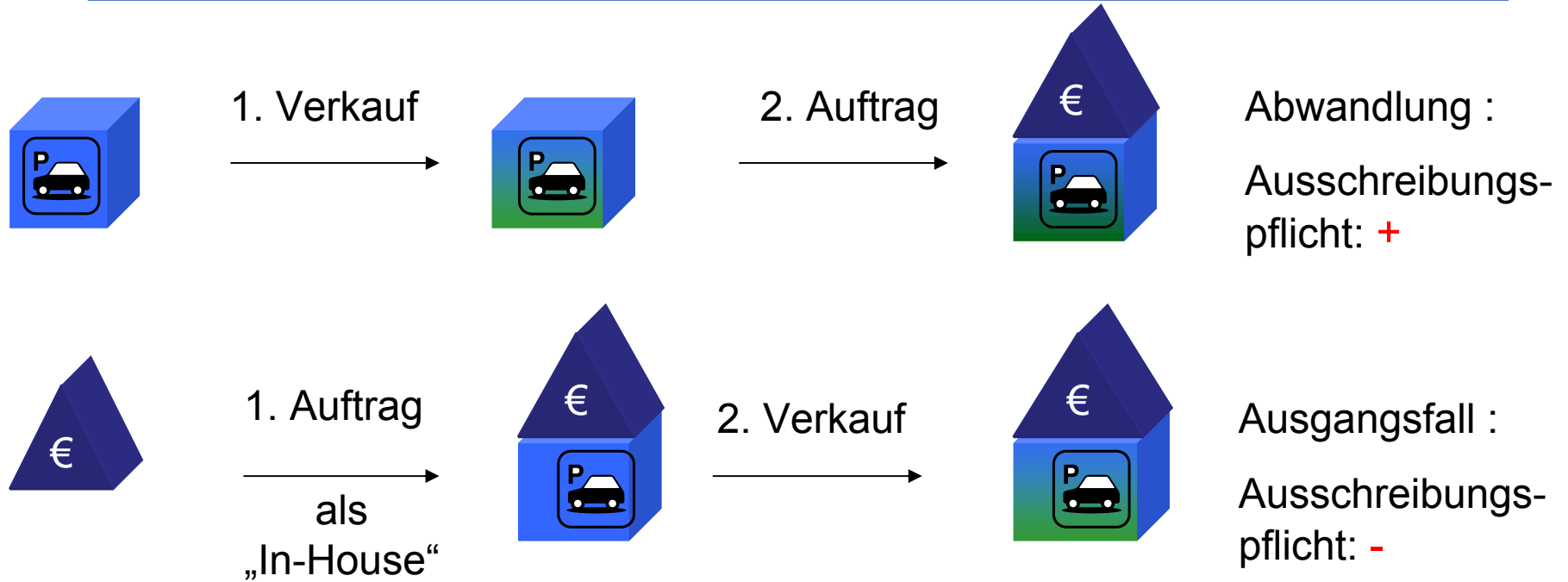


Ausschreibungspflicht bei Gründung gemischt-wirtschaftlicher Gesellschaften?

1. Einführende Hinweise zum Vergaberecht
2. Wirtschaftliche Gesamtbetrachtung
3. Übertragbarkeit auf andere PPP-Konstellationen
4. Fazit



- *Auftrag* an gemischt-wirtschaftliches Unternehmen ausschreibungspflichtig
- Ausschreibungsfrei nur „Inhouse“-Vergabe
 - Kontrolle wie über eigene Dienststelle
 - Einrichtung wird nur für öffentlichen Auftraggeber tätig
- nicht bei gemischt-wirtschaftlicher Gesellschaft gegeben, da
 - keine hinreichende Kontrolle
 - keine „Make“- sondern „Buy“-Entscheidung



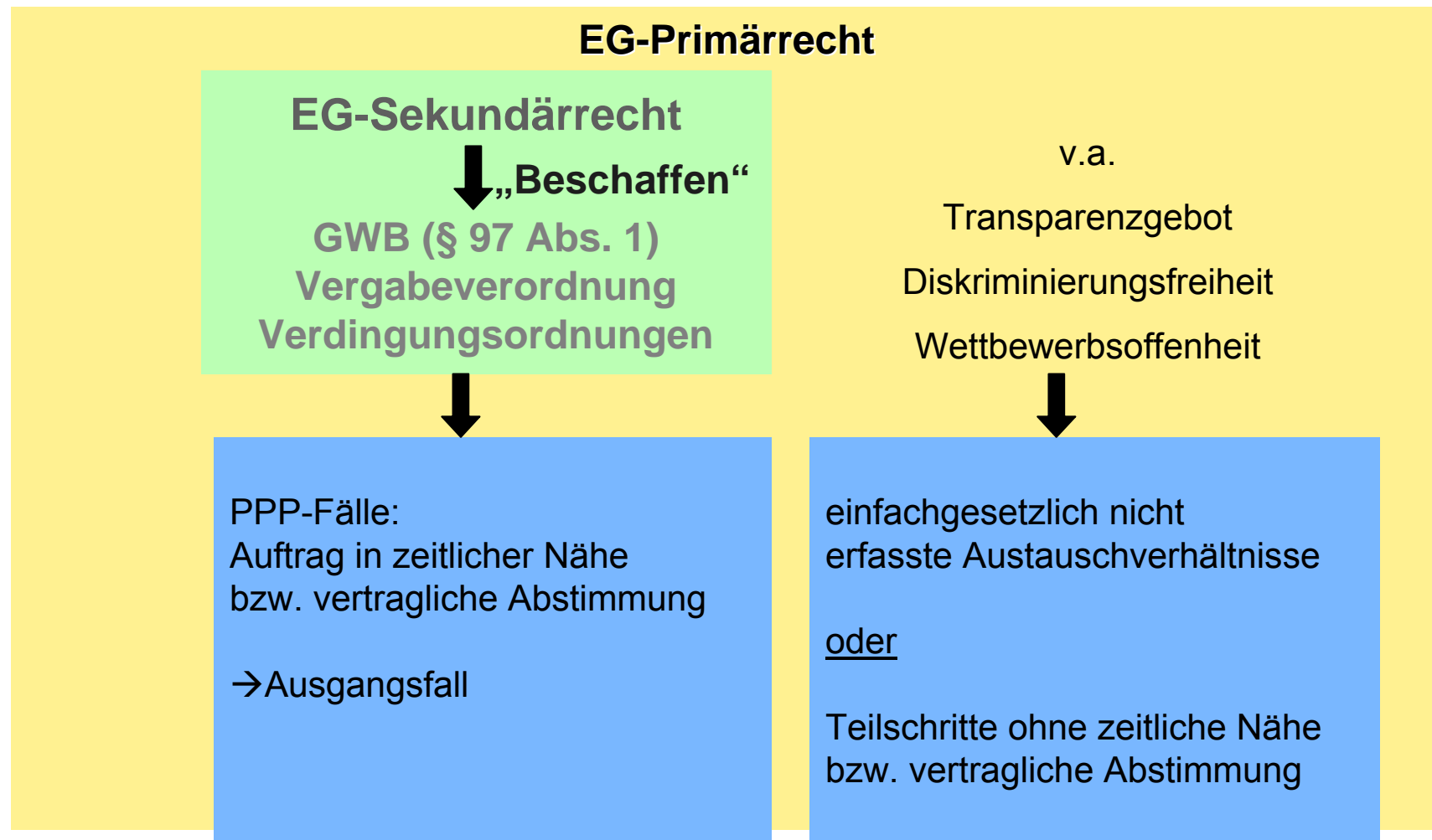
Divergierende Beurteilung überzeugend?

EuGH Urteil vom 10. November 2005 (Stadt Mödling):

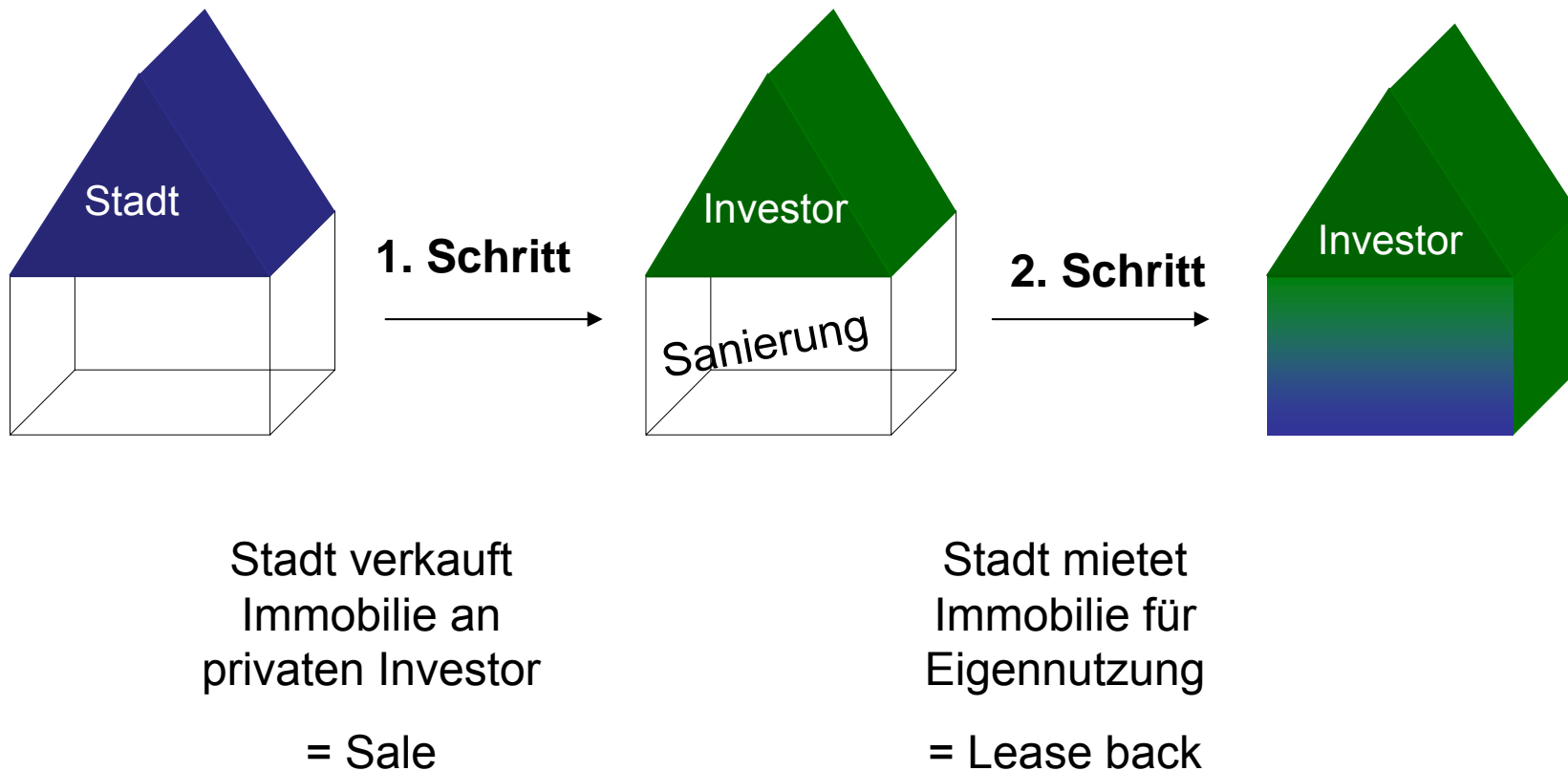
Argumente:

- Besonderheiten des Falles
 - unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang
 - operatives Geschäft nach Anteilsübernahme begonnen
- abstrakt
 - effet utile / Umgehungsgefahr
 - Gesamtheit der Schritte und Zielsetzung
- Motiv: Verschleierungsgefahr

- Welche dogmatischen Prüfungsgesichtspunkte?
- Wie, wenn privater Investor sich Jahre später beteiligt?
 - – , da hier: v.a. Erlangung externen Kapitals -
kein ausschreibungspflichtiger Vorgang
- entscheidend: Umgehung eines
ausschreibungspflichtigen Vorgangs
- wesentliche Indizien:
 - zeitliche Nähe
 - einheitliche vertragliche Ausgestaltung



3. Übertragbarkeit auf andere PPP-Konstellationen – Beispiel „Sale-and-lease-back“

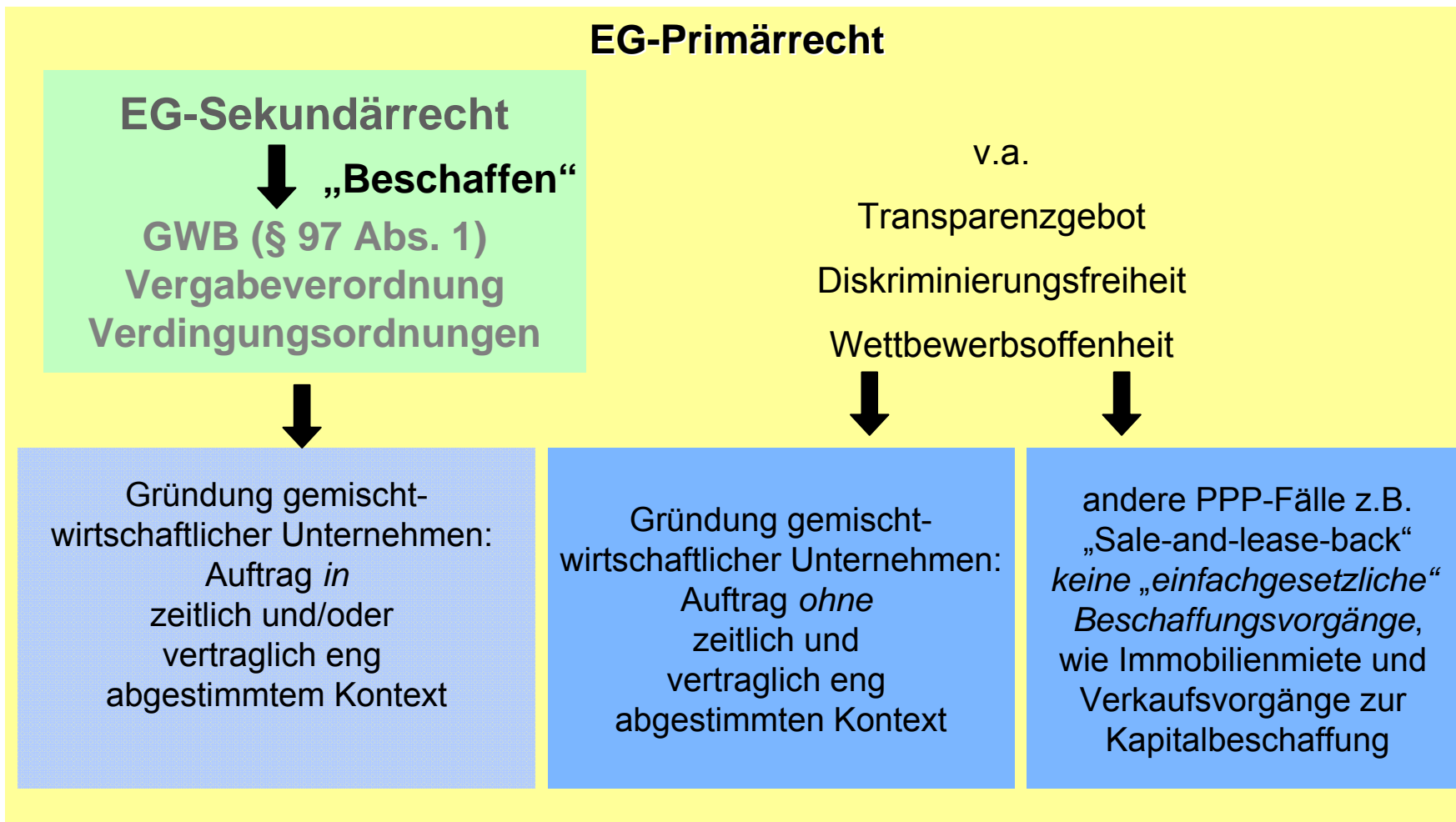


- Ziel: kurzfristige Liquiditätsvorteile erzielen
- Literatur teilweise: verschleierter Bauauftrag
→ daher ausschreibungspflichtig

- NEIN! Wirtschaftliche Ziele:
 - nicht Umgehung der Vergaberechts
 - Verbesserung der Finanzsituation
 - keine Bauherrenrolle

Daher:

- kein Beschaffungsvorgang
- ausschreibungsfrei
- zwar zeitliche Nähe und vertragliche Einheit
- aber: kein Beschaffungsverhältnis
- Korrekturbedarf gegebenenfalls de lege ferenda



- keine Ausdehnung durch Rechtsprechung
- Rechtsunsicherheit bei Investitionsprojekten besonders problematisch
- Damoklesschwert der Vertragsnichtigkeit
- Ausschreibungsunwilligkeit zeigt Reformnotwendigkeit
- gegenwärtiger Reformprozess vergibt Vereinfachungsmöglichkeiten

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Immobilienrecht

Universitätsstraße 31

93053 Regensburg

Telefon: 0941-943-6061 (Skr.) / -6060 (direkt)

Fax: 0941-943-6062

Email: juergen.kuehling@jura.uni-regensburg.de