

## Expertenbeitrag: Subventionen

# Unternehmen müssen Vergaberecht anwenden



**Holger Schröder,**  
Fachanwalt für Vergaberecht,  
Partner von Rödl&Partner, Nürnberg

Privatrechtliche Unternehmen, die staatliche Subventionen erhalten und bei Bauarbeiten die Rolle des Auftraggebers übernehmen, müssen wie ein öffentlicher Auftraggeber handeln, wenn mindestens die Hälfte des Auftragswerts bezuschusst wird und wenn es sich um besondere Arten von Hoch- und Tiefbauarbeiten handelt. Sie müssen dann nach EU-Vergaberecht ausschreiben.

**NÜRNBERG.** Juristische Privatpersonen wie zum Beispiel eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) unterfallen als sogenannte subventionierte Auftraggeber in bestimmten Fällen dem europäischen Vergaberecht. Laut Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) betrifft das Fälle, in denen sie von Stellen, die unter Paragraph 99 Nummer 1, 2 oder 3 des GWB fallen, wie etwa dem Land Baden-Württemberg, zu mehr als 50 Prozent für die auszuführenden Bauarbeiten finanziert werden.

Zu diesen Bauarbeiten zählen Tiefbaumaßnahmen sowie bestimmte Hochbauten wie die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren.

### EU-Vergabe beschränkt sich auf bestimmte Hoch- und Tiefbauten

Das GWB und die europäische Vergaberichtlinie beschreiben die Tief- und Hochbauten nicht näher. Allerdings beschränkt der Europäische Gerichtshof (Urteil vom 26. September 2013, Aktenzeichen: C 115/12, Frankreich/Kommission) die Verga-



Unternehmen können unter das Vergaberecht fallen. Dies ist dann der Fall, wenn die auszuführenden Bauarbeiten zu mehr als 50 Prozent durch einen öffentlichen Auftraggeber finanziert werden und als Subvention betrachtet werden können. FOTO: DPA/IMAGEBROKER/MICHAEL PEUCKERT

### Auftraggeber des privaten Rechts

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen regelt, wer wie ein öffentlicher Auftraggeber handeln muss: Paragraph 99 Nummer 4 sieht darunter „natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, die für Tiefbau- und Hochbaumaßnahmen Mittel erhalten,

mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden“. Zu den Hochbaumaßnahmen zählen Krankenhäuser, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäude sowie die damit in Verbindung stehenden Dienstleistungen und Wettbewerbe.

be nach EU-Recht ausdrücklich nur auf die oben genannten öffentlichen Bauten. Die Liste ist insoweit aber generisch auszulegen.

Im Interesse einer wettbewerbskonformen und den Gleichbehandlungsgrundsatz beachtenden Vergabe werden nach der Rechtsprechung (Oberlandesgericht München, Beschluss vom 10. November 2010, Aktenzeichen: Verg 19) auch alle diejenigen Bauwerke erfasst, die in untrennbarem oder engem Zusammenhang mit den aufgezählten Bauwerken stehen, soweit sie auch Teil der Daseinsvorsorge auf dem Gebiet der genannten Bauprojekte sind. So ist

zum Beispiel ein Pflegeheim für ältere Menschen oder ein Wohnheim für körperbehinderte Menschen in einem Krankenhaus gleichzustellen, wenn ihr Hauptzweck darin besteht, alte oder behinderte Menschen medizinisch zu versorgen. Außerdem müssen die dort genannten (Bau-) Maßnahmen weder zwingend einem „kollektiven Bedarf der Nutzer“ oder dem „herkömmlichen Bedarf öffentlicher Körperschaften“ dienen, meinen die Luxemburger Richter.

Der in Paragraph 99 Nummer 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verwandte Begriff der „Errichtung“ umfasst nach der Rechtspre-

chung (Oberlandesgericht Celle, Beschluss vom 29. November 2016, Aktenzeichen: 3 Verg 8/16) auch Rekonstruktionen, Sanierungen und Modernisierungen, um die europarechtlich geforderte weitgehende Marktöffnung für Bauaufträge zu erreichen. Einzelne Berufstätigkeiten im Baugewerbe (Gewerke) sind nicht nur Bestandteile eines neu zu errichtenden Bauwerks, sondern sind auch Bestandteil eines Bauvorhabens, das zum Ziel die Modernisierung, Rekonstruktion oder Sanierung hat.

Die Vorschrift entspricht zwar im Wesentlichen der Vorgängerregelung. Allerdings wurde das Verb „finanzieren“ durch „subventionieren“ ersetzt. Damit wurde der EU-Wortlaut übernommen, der insofern weiter zu verstehen ist als die bisherige Formulierung.

Nach der europäischen Vergaberichtlinie kommt es in erster Linie nicht auf eine direkte Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber an. Entscheidend ist vielmehr, ob die Leistung als Subvention betrachtet werden kann. Der Begriff „subventionieren“ beschränkt sich dabei

nicht auf positive Leistungen, sondern umfasst auch sonstige Begünstigungen, wie etwa Steuernachlässe, so der Unionsgerichtshof. Eine zu enge Auslegung würde andernfalls eine Umgehung der Vorschrift ermöglichen.

### Was der Gesetzgeber zu den Subventionen zählt

Zu den Subventionen zählen vor allem vorhabenspezifische verlorene Zuschüsse. Ausschlaggebend ist die Bereitstellung der (staatlichen) Zuwendung für das jeweilige Bauvorhaben oder den damit in Verbindung stehenden Dienstleistungen, was bei (ausschließlich) institutionell gewährten Subventionen nicht mehr der Fall wäre.

Finanzmittel, die einem Unternehmen im Allgemeinen gewährt werden, fallen nicht unter die Vorschrift. Schließlich ist für die Berechnung der Zeitpunkt der Ausschreibung maßgeblich und in welcher Höhe der Auftraggeber mit (staatlichen) Fördermitteln bei seiner Gesamtkalkulation gerechnet hat.