



## Expertenbeitrag: Fairer Wettbewerb

# Keine Inhouse-Vergabe bei privater Beteiligung



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

Inhouse-Geschäfte sind wirtschaftlich und praktisch attraktiv, weil öffentliche Auftraggeber nicht dazu verpflichtet sind, die oft als einschränkend empfundenen europäischen Vergabevorschriften zu beachten. Sie sind danach frei, Aufträge ohne Einschränkungen an Auftragnehmer zu vergeben. Allerdings müssen sie drei Kriterien berücksichtigen: Doch die Kontroll-, Tätigkeits- und Öffentlichkeitskriterien sorgen oft für Unklarheiten.



Bei der Inhouse-Vergabe vergibt ein öffentlicher Auftraggeber den Auftrag an ein rechtlich unabhängiges Unternehmen, das er zugleich kontrolliert. FOTO: DPA-ZENTRAL/DANIEL SCHÄFER

**NÜRNBERG.** Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, Paragraph 108 Absatz 1 Nummer 3) stellt klar, dass eine direkte private Beteiligung am Auftragnehmer dazu führt, dass eine Inhouse-Vergabe ausgeschlossen ist (Öffentlichkeitskriterium). Der Grund dafür liegt darin, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Wettbewerbsverfahren einem privaten Unternehmen, das Anteile an der kontrollierten juristischen Person hält, einen unfairen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.

### Problem der beherrschenden privaten Kapitalbeteiligung

Nur nicht beherrschende Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität sind von dieser Regelung nicht betroffen, sofern sie gesetzlich vorgeschrieben sind und keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person haben. Bei den Ausnahmen, die zuletzt genannt wurden, ist jedoch zu beachten, dass nicht beherrschende private Kapitalbeteiligungen oder solche ohne Sperrminorität nur

### Direkte private Kapitalbeteiligung ist entscheidend

Der Paragraph 108 Absatz 1 Nummer 3 im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen regelt, dass das Vergaberecht unter bestimmten Bedingungen nicht anzuwenden ist auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Nämlich dann, wenn unter anderem „an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln“.

selten gesetzlich vorgeschrieben sind. Die Ausnahme von der Vergabepflicht, die vom Gesetzgeber vorgeschriebene Pflichtbeteiligung, ist daher für die meisten öffentlichen Auftraggeber nicht relevant.

Für Beschaffungspraktiker ist vielmehr wichtig, wie weit das Verbot der direkten privaten Kapitalbeteiligung reicht. Als Gegensatz zur direkten Beteiligung wird oft die indirekte Beteiligung verwendet.

Allerdings ist dieser Begriff kein rechtlicher Begriff und wird nicht in der europäischen Vergaberichtlinie verwendet, daher sollte er vorsich-

tig angewendet werden. Es ist lediglich klar, dass eine – wenn auch nur geringfügige (direkte) – Kapitalbeteiligung von Privatpersonen auch dann als inhouse-schädlich gilt, wenn sie kaum Einfluss auf das Unternehmen hat.

Es besteht jedoch Uneinigkeit darüber, ob jegliche Form der möglicherweise mehrstufigen indirekten Kapitalbeteiligung zulässig ist. Das gilt auch und insbesondere für stille Beteiligungen gemäß Paragraph 230 des Handelsgesetzbuchs (HGB).

Während eine Ansicht im Allgemeinen jede der genannten Formen

der Beteiligung als unbedenklich betrachtet, besteht eine andere Meinung darauf, jeden Fall einzeln zu betrachten. Dabei ist entscheidend, ob die Beteiligung dem Privaten einen unzulässigen Vorteil im Wettbewerb verschafft oder nicht.

Wenn also ausgeschlossen werden kann, dass der Private ein eigenes Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, da er ihn nicht selbst ausführen könnte, steht er nicht im Wettbewerb mit anderen Konkurrenten. Infolgedessen kann er auch keinen Wettbewerbsvorteil erlangen. Daher dürfte ein typischer stiller Gesellschafter, der als nicht sichtbarer Kapitalgeber keine Geschäftsanteile hält, sondern nur am Gewinn beteiligt ist, als unbedenklich angesehen werden.

Ein stiller Gesellschafter hat kein eigenes Interesse an einem Auftrag und kann auch keinen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen. Er ist wirtschaftlich vergleichbar mit einem Kreditgeber. Er ist lediglich ein Innengesellschafter, aber kein Gesellschafter des beauftragten Unternehmens.

Der typische stille Gesellschafter ist weder direkt noch indirekt am Auftragnehmer beteiligt. Er leistet lediglich eine Einlage gemäß Paragraph 230 Absatz 1 des Handelsgesetzbuchs (HGB), die dem Gesellschaftsvermögen des Auftragnehmers zugute kommt, und erhält deshalb gemäß Paragraph 231 HGB eine Beteiligung am Gewinn.

### Keine direkte Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer

Nach dem Wortlaut des Paragraphen 108 Absatz 1 Nummer 3 GWB dürfte somit keine direkte Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer vorliegen. Obwohl der stille Gesellschafter durch seine Gewinnbeteiligung einen indirekten Wettbewerbsvorteil erlangen kann, ähnlich wie ein direkter Gesellschafter, dürfte dies nur dann problematisch sein, wenn der stille Gesellschafter den Auftrag selbst ausführen könnte. Nur in diesem Fall könnte sich der typische stille Gesellschafter – wenn überhaupt – einen wettbewerblichen Vorteil sichern.

## Nachhaltige Beschaffung behindert KMU

**BONN.** Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sind laut Forschern des Instituts für Mittelstandsforschung (IfM) in Bonn in jeder Phase eines Vergabeverfahrens benachteiligt und haben mit Hemmnissen zu kämpfen. Dies führe dazu, dass solche Unternehmen auf eine Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen verzichten. Analysiert haben die Forscher Stellungnahmen von KMU, die der Bund eingeholt hatte.

Als Hürden sehen die Unternehmen laut IfM fehlende Informationen seitens der Vergabestellen und unzureichende Kontaktmöglichkeiten. Kritisiert werden auch eine geringe Anwenderfreundlichkeit auf den digitalen Plattformen, zu hohe Anforderungen und eine übermäßige Bürokratie. Es würde den Aufwand für KMU noch weiter erhöhen, würde man zusätzlich die nachhaltige Beschaffung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge stärken. Dies könne erst dann umgesetzt werden, wenn zuvor bestehende Hemmnisse im Vergabeprozess für KMU abgebaut würden, so die Forscher. **(dis)**

## Kurz notiert

### Jahrelang Busverkehr ohne Ausschreibungen vergeben

**SAARBRÜCKEN.** Bei der Saarbahn GmbH gibt es den Verdacht, dass die Vergabe von Busverkehren mit einer Gesamtsumme von mehr als 200 Millionen Euro seit 1999 ohne reguläre Ausschreibungen vonstattengegangen sein soll. Die Staatsanwaltschaft ermittelt dazu. Der ehemalige kaufmännische Leiter der Saarbahn soll an eine feste Gruppe von sieben Busunternehmen Aufträge im Wert von jeweils zehn Millionen Euro erteilt haben – ohne wettbewerbliches Verfahren. **(dis)**

## Impressum

**Staatsanzeiger**  
Wochenzeitung für Wirtschaft, Politik und Verwaltung  
in Baden-Württemberg  
173. Jahrgang



**Verlag und Herausgeber**  
Staatsanzeiger für Baden-Württemberg GmbH & Co. KG  
Breitscheidstraße 69, 70176 Stuttgart  
(im Auftrag der Landesregierung)

**Geschäftsführer:**  
Dr. Alexander Teutsch  
Telefon (0711) 6 66 01-0,  
info@staatsanzeiger.de, www.staatsanzeiger.de

**Redaktion**  
**Chefredakteur:** Dr. Rafael Binkowski (bin);  
**stellvertretende Redaktionsleiterin:**  
Stefanie Schlüter (schl);  
**Politik & Verwaltung:** Stefanie Schlüter (schl),  
Jennifer Reich (jer), Michael Schwarz (smic);  
**Wirtschaft, Bauen und Vergabe:** Wolfgang Leja (leja),  
Jürgen Schmidt (jüs);  
**Kreis & Kommune:** Philipp Rudolf (ru),  
Peter Schwab (wab);  
**Bildung & Wissenschaft:** Dr. Christoph Müller (crim);  
**Landesgeschichte:** Ralf Schick (rik);  
**Online:** Tobias Dambacher (Digitalchef), Pia Hemme,  
Rieke Stapelfeldt, Peter Schwab  
**CvD:** Barbara Wirth

redaktion@staatsanzeiger.de

**Abo-Service**  
Telefon (0711) 6 66 01-44, Fax 6 66 01-34  
kundenservice@staatsanzeiger.de  
www.staatsanzeiger.de/shop

**Anzeigen**  
Telefon (0711) 6 66 01-222,  
anzeigen@staatsanzeiger.de  
Derzeit gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 48, vom 1.1.2023

Der Abbezugspreis beträgt jährlich 167,- Euro inklusive dem E-Paper des Staatsanzeigers sowie freiem Zugang zum Internetportal „staatsanzeiger.de“ beziehungsweise 319,- Euro zusätzlich mit dem Landesauschreibungsblatt Baden-Württemberg. Die mit Namen und Autorenzeichen versehenen Beiträge geben die Meinung des Autors wieder. Nachdruck nur mit Einwilligung der Redaktion. Die abgedruckten Bekanntmachungen sind geschützt. Die Verwendung ist nur für unmittelbare betriebliche Zwecke der Abonnenten gestattet. Vollständige oder auszugsweise Nachdrucke sowie die Aufnahme in elektronische Datenspeicher sind nur mit schriftlicher Einwilligung des Verlages gestattet.

**Druck**  
Ungeheuer + Ulmer KG GmbH & Co.,  
Körnerstraße 14 – 18, 71634 Ludwigsburg



## VERGABEBERATUNG

### Sie benötigen Unterstützung oder Beratung zum Thema Vergabe?

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen ist komplex und aufwendig. Zwar können kleinere Bauausschreibungen oft noch durch die angeeignete Routine im Haus oder durch den beauftragten Planer abgewickelt werden, doch schon im Liefer- und Dienstleistungsbereich, bei ÖPNV-Vergaben oder bei EU-Vergaben reicht diese meist nicht aus.

Nicht jeder öffentliche Auftraggeber hat die Möglichkeit, auf die erforderlichen Ressourcen mit dem entsprechenden Fachwissen zurückzugreifen. Zudem fehlt extern beauftragten Fachplanern häufig die einschlägige Erfahrung und das juristische Fachwissen.

Mit unserem Team aus Vergabespezialisten unterstützen wir Sie gerne. Nutzen Sie unser Angebot der Vergabeberatung.

Wir freuen uns über Ihre Nachricht an [vergabeberatung@staatsanzeiger.de](mailto:vergabeberatung@staatsanzeiger.de) oder den telefonischen Kontakt unter **0711 666 01-496**.