

Typische Fehlerquellen kommunalen Handelns und Präventionsstrategien

27.06.2017

Rechtsanwalt Arnd Bühner

Rechtsanwalt Tobias Jordan

Inhalte

Teil I Fehlerquelle Vergaberecht

1. Wichtige vergaberechtliche Prinzipien nach der Vergaberechtsreform 2014/2016
2. Schlechte Beispiele
3. Präventionsansätze

Teil II Fehlerquelle EU-Beihilfenrecht

1. Wichtige beihilferechtliche Rahmenbedingungen für Kommunen
2. Schlechte Beispiele
3. Präventionsansätze

Teil III Fehlerquelle Aktivitäten im Umfeld von Beteiligungsgesellschaften

1. Wichtige Regelungen der Beteiligungsverwaltung
2. Schlechte Beispiele
3. Präventionsansätze

Teil I

Fehlerquelle Vergaberecht

1. Wichtige vergaberechtliche Prinzipien nach der Vergaberechtsreform 2014/2016

- Auftragswertschätzung (§ 3 VgV) bei freiberuflichen Leistungen
- Erleichterte Anwendung der Nicht-Regelverfahren Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog, v.a. bei Architekten- und Ingenieurleistungen (§ § 73 VgV)
- Zeitpunkt der Bereitstellung von Vergabeunterlagen bei mehrstufigen Vergabeverfahren
- Ausschlussgründe (§ § 123, 124 GWB) – Selbstreinigung (§ 125 GWB) und zeitliche Begrenzung (§ 126 GWB)
- Wesentliche Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit (§ 132 GWB)
- Kodifizierung der in-house Rechtsprechung (§ 108 GWB)

2. Schlechte Beispiele

2.1 Stadt schreibt Betrieb eines bestehenden Freizeitbades als Verhandlungsverfahren europaweit aus

- Problem: Abgeschlossener Betreibervertrag enthält eine Umsatzgarantie zu Gunsten des Betreibers; Anwalt und Rechtsaufsicht warnen – vergeblich
- die Garantie war nicht ausgeschrieben worden
- Bürgermeisterwechsel und vorzeitige Beendigung des Betreibervertrages
- Verstoß gegen Beihilferecht (Garantiemitteilung) und Vergaberecht!
- Nichtigkeit und Rückgewährung geleisteter Garantiezahlungen?
- Kollusion und Nichtigkeit ?
- Untreue des neuen Bürgermeisters, wenn Rückforderung unterbleibt?

2. Schlechte Beispiele

2.2 Körperschaft des öffentlichen Rechts leistet über Jahrzehnte Zahlungen für die Herausgabe einer Mitgliederzeitschrift an einen Dritten (Verleger)

- Problem 1: Öffentlicher Auftraggeber erkennt nicht die Vergaberelevanz als Dienstleistungskonzession (§ 105 GWB)
- Unwirksame de-facto Vergabe könnte jederzeit von Dritten attackiert werden (§ 135 GWB)
- Lösung: EU-Ausschreibung
- Problem 2: Plötzlich erhielt Körperschaft von identischem Verleger eine Herausgebervergütung
- Untreue der Handelnden in der Vergangenheit?

3. Präventionsansätze

- 3.1 Schulung EU-Vergaberecht nach Reform 2014/2016
- 3.2 Inventur vergaberechtlich relevanter Sachverhalte
- 3.3 Vorsicht bei vertraglichen Verlängerungsklauseln
- 3.4 Konzessionstatbestände lauern häufig im Verborgenen
- 3.5 Bei Verhandlungsverfahren und Wettbewerblichen Dialogen:
Vorsicht bei Vertragsverhandlungen, wenn Klauseln in Verträge eingefügt werden, die nicht ex-ante erkennbar waren
- 3.6 Garantiebegriff ist weit; drohende Nichtigkeitsfolge bei Verstoß gegen EU-Beihilferecht

aber: Risiko der Unwirksamkeit von vergaberechtswidrigen Verträgen durch
§ 135 GWB n.F. deutlich reduziert

aber, aber: Beihilferecht droht!

Teil II

Fehlerquelle EU-Beihilfenrecht

1. Wichtige beihilferechtliche Rahmenbedingungen für Kommunen

➤ Neue Kommissionspraxis (E. v. 29.04.2015): Keine verbotene Beihilfe bei rein lokalen Sachverhalten

Aber:

- Gilt nur für Beihilfeempfänger, die nicht grenzüberschreitend tätig sind (EU-Kom, E.v. 02.06.2017 – SA.34655 – Investorenbeihilfe für Pflegeheim in Dahn)
- gesichert nur für best. Fallgruppen (MVZ, öffentl. Krankenhäuser ohne Spezialisierung, Vereine, kleine Häfen)
- Widerspruch zur Rspr. des EuGH (z. Zt. anhängig, EuG i. Rs. T-813/16 - Santa Casa da Misericordia de Tomar): Std. Rspr: Vermutung einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels bei einer Finanzhilfe (seit Philip Morris).

1. Wichtige beihilferechtliche Rahmenbedingungen für Kommunen

- Änderung der AGVO v. 17.05.2017:
 - Häfen und Flughäfen einbezogen
 - Vereinfachungen für Kulturbeihilfen sowie Sport- und Freizeitinfrastruktur

- Mitteilung der KOM zum Beihilfenbegriff (NoA) v. 19.07.2016:
 - Klarstellungen zu Beihilfen im Infrastrukturbereich und
 - für steuerliche Maßnahmen,
 - ersetzt Grundstücksmitteilungen der Kommission

2. Schlechte Beispiele

2.1 Stadt verkauft Grundstücke an Investoren im Wettbewerb, allerdings ohne nachvollziehbare qualitative Bewertungskriterien

- Problem: Veräußerung entspricht nicht der Grundstücksmitteilung der Kommission (jetzt in der Mitteilung über Beihilfebegriff, Rn. 84 ff.)
- Unterlegener Bieter beanstandet Vergabe, allerdings erst nach Realisierung durch Wettbewerber
- Untreue zu Lasten der Gebietskörperschaft?
- Betrug zu Lasten der Gebietskörperschaft?
- Korruption?
- Nichtigkeit § 138 BGB der Verträge wegen Kollusion?
- Nichtigkeit § 134 BGB der Verträge wegen Beihilfeverstößes?

2. Schlechte Beispiele

2.2 Stadt verhandelt Grundstücksverkauf mit nur einem Investor; Verzicht auf Wertgutachten; Transaktion scheitert wegen Bürgerentscheids

- Problem: Verstoß gegen Grundstücksmitteilung der Kommission drohte, da kein Wertgutachten eingeholt wurde
- Zweiter Anlauf: Verkauf im EU-weit ausgeschriebenen Wettbewerb

2.3 Stadt leistet jahrzehntelang Zuzahlung an GmbH, die Außenwerbung, Outdoorerevents und Leistungen des Stadtmarketings erbringt; da auch Dritte an GmbH beteiligt sind liegt keine in-house Vergabe-Konstellation vor

Problem: Beanstandung durch Rechtsaufsicht wegen Verstoß gegen Beihilfe- und/oder Vergaberecht

Lösung: EU-Ausschreibung zweier Lose

3. Präventionsansätze

- 3.1 Schulung EU-Beihilferecht
- 3.2 De-facto Vergaben, die nach § 135 GWB wirksam sind, können EU-beihilferechtliches Problem begründen
- 3.3 Vorsicht bei Grundstückstransaktionen!
- 3.4 in-house-Vergaben nach § 108 GWB lösen ein Vergabeproblem, begründen aber häufig ein beihilferechtliches Problem
(Häufig ignoriert: Notwendigkeit der Rechtfertigung des in-house Preises nach Preisrecht!)
- 3.5 Beihilferechtliche Inventur im kommunalen Konzern

Teil III

Fehlerquelle Aktivitäten im Umfeld von Beteiligungsgesellschaften

1. Wichtige Regelungen der Beteiligungsverwaltung

1.1 Kommunales Unternehmensrecht Art. 86 ff. BayGO

- Rechtsformwahlfreiheit
- Verknüpfung mit öffentlichen Zweck
- Außerhalb Daseinsvorsorge: Subsidiarität
- Verbot ausschließlich gewinnorientierten Handelns
- Örtlichkeitsprinzip
- Beschränkungen relativiert, wenn auch Private beteiligt

1. Wichtige Regelungen der Beteiligungsverwaltung

1.2 Unternehmen in Privatrechtsform

- Verankerung des öffentlichen Zwecks in Satzung oder Gesellschaftsvertrag
- In-house Vehikel sollten durch Unternehmenssatzung bezüglich Drittgeschäften beschränkt werden
- Angemessener Einfluss in AR oder Beirat
- Haftungsbeschränkung
- Beschränkungen auch für Enkelgesellschaften
- Entsendungsrechte in AR
- Weisungsrechte gegenüber AR
- Berichtspflichten des AR
- Bei Mehrheitsbeteiligung Abschlussprüfungspflicht inkl. § 53 HGrG-Prüfung
- Unterrichtungspflicht der Gemeinde gegenüber Rechtsaufsicht bei wesentlichen Änderungen

2. Schlechte Beispiele

2.1 Kommunale Wirtschaftsförderungsgesellschaft mit Niederlassung in Südostasien

Problem: Beanstandung durch Rechtsaufsicht wegen Zweifeln am öffentlichen Zweck/Interesse der Staatsanwaltschaft

- WP hat nicht interveniert
- AR Vertreter haben Aktivitäten abgenickt („netter Geschäftsführer“)
- Stadt war informiert, unklare Beschlusslagen („zustimmende Kenntnisnahme“ von Berichten)
- Rechtsaufsicht wurde nicht vor Ausweitung der Geschäftsaktivitäten informiert

Lösung: Verkauf überseeischer Besitztümer und Rekommunalisierung

2.2 Kommunale Wasserwerke verzocken sich mit Zinsderivaten;

Problem: Schaden im dreistelligen Millionenbereich; Interesse der Generalstaatsanwaltschaft

- AR war vom Geschäftsführer falsch informiert worden
- Geschäftsführer war bestochen
- Geschäfte waren nach deutschem Recht vermutlich wirksam
- Ebenfalls anwendbares englisches Recht war kommunalfreundlich

Lösung: Vergleich mit SWAP-Emissär; Haft des Geschäftsführers

2. Schlechte Beispiele

2.3 Kommunale Beteiligungsgesellschaft bezahlt Aushilfen und geringfügig Beschäftigte untertariflich; Ermittlungen des Zolls/der Staatsanwaltschaft wegen Sozialversicherungsbetrugs

Problem: Lange Leine für Geschäftsführer der als „Kreativer“ das Vertrauen aller genoss

- WP hat nicht beanstandet (war kaum erkennbar)
- Schaden zu Lasten der Gesellschaft (erhebliche Nachzahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen)
- Wusste der AR Bescheid?
- Hätte der AR nachfragen müssen?
- Untreue des Geschäftsführers und der AR-Mitglieder?

3. Präventionsansätze

3.1 Inventur kommunaler Beteiligungsgesellschaften

- Gründungszweck?
- Im Vergleich hierzu: aktuelle Tätigkeit?
- Bei Divergenzen: Rechtsaufsicht informiert?
- Öffentliche Auftraggebereigenschaft?
- In-house Privilegierung?

3.2 WP Auswahl nicht nach dem niedrigsten Preis

3.3 Bewusstes Nutzen des WP Know-hows durch Schwerpunktsetzung i.S.d. § 53 HGrG-Prüfung

3. Präventionsansätze

- 3.4 AR-Schulung (Rechte und Pflichten; Bilanzkunde)
- 3.5 Qualifikation der AR-Mitglieder (Seniorität allein genügt nicht)
- 3.6 Nachfragen und erforderlichenfalls selbst oder durch Fachleute überprüfen
- 3.7 Beteiligungsmanagement als Dienstleister für entsandte AR-Mitglieder
- 3.8 Bei Beschlüssen des AR: „Ausdrücklichkeitsprinzip“ beachten

Wer wir sind



Arnd Bühner

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Vorsitzender des Prüfungsausschusses der
Fachanwaltschaft Vergaberecht
Abgeschlossener Fachanwaltslehrgang
Steuerrecht

Schwerpunkte:

- EU-Beihilfenrecht/Finanzierungen
- Immobilienentwicklungen
- Vergaberecht und PPP



Tobias Jordan

Rechtsanwalt; Maître en Droit Public
Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Schwerpunkte:

- Vergaberecht
- privates Bau- sowie Mietrecht
- EU-Beihilfenrecht

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung

Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB

Im historischen Schürstabhaus
Albrecht-Dürer-Platz 4
90403 Nürnberg

Telefon: 0911 255865-0
Telefax: 0911 255865-29

E-Mail: info@buehner-rae.de
Internet: www.buehner-rae.de