

# Übungsklausur: Gau-Wackenheimer Streit um Weinbau

Von Prof. Dr. Elke Gurlit, Mainz

*Der Fall war Gegenstand einer dreistündigen Examensklausur im Schwerpunkt Wirtschaft und Verwaltung an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Er verbindet am Beispiel des Weinbaus in Rheinland-Pfalz<sup>1</sup> Fragestellungen des allgemeinen Verwaltungsrechts mit solchen des Kommunalwirtschafts- und des Vergaberechts. Der erste Teil greift die EuGH-Judikatur zur Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen auf. In der Rechtssache CELF klärte der Gerichtshof die mitgliedstaatlichen Anforderungen an die Rückabwicklung von Beihilfen, die zwar nicht ordnungsgemäß notifiziert wurden, sich aber nach Prüfung durch die Kommission als vereinbar mit dem Binnenmarkt erweisen. Nach dem Urteil sind die Mitgliedstaaten von Unionsrechts wegen allein gehalten, den durch die vorzeitige Gewähr entstandenen Wettbewerbsvorteil abzuschöpfen.<sup>2</sup> Die Umsetzung im Rahmen des nationalen Rechts – hier: §§ 49a, 48 VwVfG i.V.m. § 1 LVwVfG – bereitet Probleme. Der zweite Teil widmet sich in einer einfachen Variante der Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung. Der dritte Teil greift die durch das OLG Düsseldorf aufgeworfene Frage auf,<sup>3</sup> ob Verstöße gegen kommunalwirtschaftliche Zulassungsvorschriften zugleich für ein Vergabeverfahren bedeutsam sind.*

## Sachverhalt

Das Land Rheinland-Pfalz will die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Weinbauwirtschaft in Rheinhessen stärken. Das Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau legt deshalb im Rahmen des Haushaltsplans ein Programm auf, das den Bau moderner Weinkellereien in Rheinhessen fördern soll. Auf der Grundlage eines Bewilligungsbescheids des Ministeriums wird sodann dem Winzer Renatus Reblaus (R) im Juni 2009 ein zinsverbilligtes Darlehen in Höhe von € 1.500.000,- zur Verfügung gestellt. Hiervon erfährt die im pfälzischen Gau-Wackenheim tätige Winzerin Melissa Mehltau (M), die empört die Kommission der Europäischen Union in Kenntnis setzt. Nach Durchführung eines förmlichen beihilfenrechtlichen Prüfungsverfahrens stellt die Kommission durch Entscheidung im Januar 2011 fest, die R gewährte Beihilfe sei wegen Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV rechtswidrig. In sachlicher Hinsicht sei die Beihilfe aber nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar.

M ist der Auffassung, das Land müsse wegen des Verstoßes gegen das beihilfenrechtliche Durchführungsverbot die

Beihilfe zurückverlangen. Zumindest gebiete das Europarecht, die Erstattung der Zins- und Wettbewerbsvorteile zu verlangen, die R infolge der verfrühten und deshalb unionsrechtswidrigen Gewährung der Beihilfe erlangt habe. Das Ministerium hält es hingegen für „abstrus“, eine Beihilfe zurückzuverlangen, die sogleich wieder bewilligt werden dürfte. Eine Rückforderung der erlangten Zins- und Wettbewerbsvorteile, die sich zugegebenermaßen auf einen Betrag von € 120.000,- belaufen, komme nicht in Betracht, weil der Verstoß durch die Entscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt geheilt sei. Im Übrigen sei eine isolierte Rückforderung der € 120.000,- auch rechtstechnisch ausgeschlossen, da eine auf den Zeitraum bis zur Vereinbarkeitsentscheidung beschränkte Aufhebung des Bewilligungsbescheids nicht möglich sei.

I. Kann und muss das Ministerium die Rückerstattung der Beihilfe oder zumindest der Vorteile in Höhe von € 120.000,- verlangen?

Die verbandsfreie rheinland-pfälzische Gemeinde Gau-Wackenheim bewirtschaftet seit Beginn des 20. Jahrhunderts ein kleines kommunales Weingut in der Form eines Eigenbetriebs. Die dort produzierten – recht mediokren – Rieslingweine dienen der touristischen Vermarktung der Gemeinde und werden vorwiegend im Touristenbüro an Ortsbesucher verkauft. Als der Winzer Willi Wingert (W), der in Gau-Wackenheim die unter Weinkennern hochgeschätzte Rieslinglage „Nierentritt“ bewirtschaftet, aus Altersgründen im Jahr 2007 sein Weingut aufgeben will, beschließt der Gemeinderat – gegen den erbitterten Widerstand der ebenfalls kaufwilligen M – den Ankauf des Grundstücks zu dem von W geforderten Preis und seine kommunale Bewirtschaftung. Unter Einbringung der schon vorhandenen Flächen wird die „Gau-Wackenheimer Nierentritt GmbH“ gegründet.

Die Gemeinde sieht die einmalige Chance, sich mit hochwertigen Weinen im touristischen Wettlauf der Weingemeinden besser zu behaupten. Zudem hegt man die Hoffnung, mittels einer verdreifachten Anbaufläche und moderner betriebswirtschaftlicher Konzepte den Wein auch überregional vermarkten zu können. Zu diesem Zweck wird als Geschäftsführer Giselher Gockel (G) bestellt, der sich zuvor als Leiter eines ebenfalls durch die öffentliche Hand bewirtschafteten Weinguts im Rheingau beträchtliche Meriten erworben hat. G überzeugt den Gemeinderat davon, dass er „absolut freie Hand“ benötige, um das Weingut „nach vorne zu bringen“. In den Gesellschaftsvertrag wird deshalb folgende Klausel aufgenommen:

„Ziff. 2: Über die Übernahme neuer Aufgaben im Rahmen des Unternehmensgegenstandes entscheidet der Geschäftsführer.“

Nachdem G in der Folge die Betriebsabläufe optimiert hat und die Weine bei Verkostungen auf Gemeinderatssitzungen als „göttliche Tropfen“ bejubelt wurden, kommt es im Herbst 2010 zur Bewährungsprobe: Die Stadt Mainz schreibt in einem ordnungsgemäßen Verfahren einen Auftrag über die

<sup>1</sup> Dazu grundlegend: Bernd Fritz, Weingut-alles gut. Geschichten aus dem Winzerdorf, 2010. Dem Werk verdankt die Verf. wertvolle Hinweise auf die weinbauliche Lage in Gau-Wackenheim.

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 12.2.2008 – CELF = Slg. 2008, I-409 = EuZW 2008, 145.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf NZBau 2002, 626 (628 ff.) – DAR; bestätigt durch OLG Düsseldorf AbfallR 2008, 307 = BeckRS 2008, 21712; s.a. schon OLG Düsseldorf NZBau 2000, 155 (156) – AWISTA.

Lieferung von 50.000 Flaschen Riesling der Qualitätsstufe Kabinett mit einem Auftragswert von € 250.000,- aus. Die Weine sollen bei offiziellen Empfängen und bei städtischen Karnevalsveranstaltungen ausgedient werden. Aus Gau-Wackenheim gehen gleich zwei Gebote ein. Neben der „Gau-Wackenheim Nierentritt GmbH“ gibt auch M ein Gebot ab. Die Stadt Mainz beabsichtigt, den Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Gebot der „Gau-Wackenheim Nierentritt GmbH“ zu erteilen, und teilt dies auch M mit.

M ist nun definitiv verärgert. Sie ist der Auffassung, schon die Gründung der „Gau-Wackenheim Nierentritt GmbH“ sei kommunalrechtlich unzulässig gewesen. Dies müsse aber auch vergaberechtliche Auswirkungen haben. Das Vergaberecht diene dem Schutz eines fairen und unverfälschten Wettbewerbs. Es dürfe Rechtsverstöße nicht belohnen. Eine Zuschlagserteilung an die „Gau-Wackenheim Nierentritt GmbH“ verletze zentrale Grundsätze des Vergaberechts.

II. Ist die Betätigung der „Gau-Wackenheim Nierentritt GmbH“ nach den kommunalrechtlichen Zulassungsvorschriften rechtmäßig?

III. Wäre die Erteilung des Zuschlags an die „Gau-Wackenheim Nierentritt GmbH“ rechtmäßig?

## Lösung

### Teil I: Rückerstattung der Beihilfe bzw. der erlangten Vorteile

Das Ministerium kann die Rückerstattung verlangen, soweit ihm eine Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht. Eine solche könnte sich in § 49a VwVfG i.V.m. § 1 LVwVfG finden. Ob das Ministerium eine Rückerstattung verlangen muss, ist eine Frage der Reduktion des nach § 48 VwVfG bestehenden Rücknahmeermessens.

### I. Ermächtigungsgrundlage

#### 1. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch: Verwaltungsakt als causa

Nach § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen worden oder infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist. Ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch nach § 49a VwVfG setzt bei einer zweistufigen Subventionsvergabe demgemäß voraus, dass die öffentlich-rechtliche Bewilligung auf der ersten Stufe selbst den Rechtsgrund der Beihilfe bildet und der privatrechtliche Vertrag auf der zweiten Stufe lediglich die Durchführung ermöglicht. Gewährt die öffentlich-rechtliche Bewilligung hingegen nur einen Anspruch auf Abschluss des privatrechtlichen Beihilfevertrages, so wird der Verwaltungsakt durch das Zustandekommen des Vertrags konsumiert.<sup>4</sup>

Da hier der Bewilligungsbescheid an R den unmittelbaren Rechtsgrund für das Darlehen bildete, ist § 49a Abs. 1 VwVfG taugliche Ermächtigungsgrundlage.

<sup>4</sup> BVerwG NJW 2006, 536 Rn. 22 ff.; s.a. *Finck/Gurlit*, Jura 2011, 87 (89).

#### 2. § 49a VwVfG als Grundlage für die Rückforderung von Beihilfe und/oder Zinsvorteil

Nach § 49a Abs. 2 S. 1 VwVfG i.V.m. § 818 Abs. 1 BGB kann zurückgefordert werden, was durch die Leistung aufgrund des ursprünglichen Verwaltungsaktes erlangt wurde. Gemäß § 49a Abs. 3 S. 1 VwVfG ist ein zu erstattender Betrag vom Zeitpunkt der Unwirksamkeit des Bewilligungsbescheides an außerdem zu verzinsen, um den Zinsgewinn rückzuerstatten, den der Leistungsempfänger durch die Anlage des gewährten Betrages gemacht hat oder hätte machen können.<sup>5</sup> In unionsrechtskonformer Auslegung muss § 49a VwVfG auch die Rückforderung der Zinsen ermöglichen, die der Leistungsempfänger dadurch gespart hat, dass er sich die gewährte Beihilfe nicht auf dem freien Markt beschaffen musste.<sup>6</sup> Damit ermöglicht die Vorschrift jedenfalls die Rückforderung von Zinsvorteilen im Zusammenhang mit der Beihilferückerstattung.

### II. Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

#### 1. Aufhebbarer Verwaltungsakt

§ 49a Abs. 1 VwVfG setzt – vorbehaltlich des Unwirksamwerdens infolge einer auflösenden Bedingung – die Aufhebbarkeit des Verwaltungsakts voraus. Die Vorschrift ist weder unmittelbar noch analog anwendbar, wenn der Bewilligungsbescheid i.S.v. § 44 VwVfG nichtig ist.<sup>7</sup>

Beihilfen sind nach Art. 1 lit. f Beihilfenverfahrensverordnung (BVVO) formell unionsrechtswidrig, wenn sie unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV gewährt wurden. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV entfaltet in den nationalen Rechtsordnungen unmittelbare Wirkung. Hier liegt in dem Bewilligungsbescheid über die Gewährung eines zinsverbilligten Darlehens eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 AEUV. Das Ministerium war verpflichtet, die beabsichtigte Bewilligung der Kommission nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV zu notifizieren. Durch das Unterlassen ist zugleich gegen das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verstoßen worden.

Fraglich sind die Auswirkungen des Verstoßes auf die Wirksamkeit des Bewilligungsbescheids. Nach dem EuGH sind aus einem Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV im nationalen Recht sämtliche Folgerungen sowohl bzgl. der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahme als auch bzgl. der Rückforderung der zumindest formell rechtswidrigen Subvention einschließlich vorläufiger Maßnahmen ziehen, um das Durchführungsverbot durchzu-

<sup>5</sup> *Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 35 Rn. 21.

<sup>6</sup> *Jestaedt/Loest*, in: Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 52 Rn. 21 ff.; s.a. EuGH Slg. 2002, I-7869, Rn. 159 – *Falck & Acciaierie di Bolzano*.

<sup>7</sup> *Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 5), § 35 Rn. 18; *Haack*, AöR 133 (2008), 43 (53); für eine Aufhebbarkeit nichtiger VA analog § 48 VwVfG *Ehlers/Kallerhoff*, Jura 2009, 823 (829).

setzen.<sup>8</sup> Es könnte deshalb an die Unwirksamkeit des Bewilligungsbescheids infolge Nichtigkeit gedacht werden (§ 43 Abs. 3 VwVfG).

Eine Nichtigkeit ist aber im Ergebnis zu verneinen. Dass eine Nichtigkeit wegen der unterlassenen Beteiligung der Kommission nach § 44 Abs. 3 Nr. 4 VwVfG ausgeschlossen ist, hindert zwar noch nicht die Anwendung von § 44 Abs. 1 VwVfG. Allerdings wird man am Maßstab der Evidenztheorie,<sup>9</sup> die auch bei Verstößen gegen das Unionsrecht anzulegen ist,<sup>10</sup> schon in Anbetracht des häufig umstrittenen Beihilfencharakters einer mitgliedstaatlichen Maßnahme nicht davon ausgehen können, dass einem Bewilligungsbescheid ein schwerer Rechtsfehler auf die Stirn geschrieben steht.<sup>11</sup>

## 2. Rücknahme des Bewilligungsbescheids nach § 48 VwVfG

Die Unionsrechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids könnte seine Aufhebung nach § 48 VwVfG begründen.

### a) Rücknahmevoraussetzungen

#### aa) Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids

Der Bewilligungsbescheid ist nicht nichtig, aber rechtswidrig. Jedoch ist an eine Heilung gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG durch die Positiventscheidung der Kommission zu denken. Grundsätzlich ist auch die EU-Kommission eine Behörde i.S.v. § 1 Abs. 4 VwVfG.<sup>12</sup> Eine rückwirkende Heilung der formellen Unionsrechtswidrigkeit durch die Genehmigung, die eine Rückabwicklungspflicht entfallen ließe, scheidet aber aus. Sie würde die Wirksamkeit des Durchführungsverbots zu stark einschränken, das dem Ziel dient, Wettbewerbsvorteile zu verhindern, die aus einem nicht ordnungsgemäßen Weg der Beihilfegewährung resultieren.<sup>13</sup> Die Vereinbarkeitsentscheidung kann aber ihre Wirkung ex nunc entfalten.<sup>14</sup> Dadurch wird der beihilfegewährende Verwaltungsakt mit der Kommissionsentscheidung für die Zukunft rechtmäßig, bleibt im davor liegenden Zeitraum aber rechtswidrig.

Die Rechtswidrigkeit im Zeitraum vor der Heilung kann für eine partielle Aufhebbarkeit ausreichen.<sup>15</sup>

### bb) Vertrauensschutz

Begünstigende Verwaltungsakte i.S.v. § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG dürfen indes nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 zurückgenommen werden. Da es der EuGH dem Beihilfenempfänger zumutet, die Pflichten aus Art. 108 Abs. 3 AEUV zu kennen und die Einhaltung des erforderlichen Verfahrens ggf. zu überprüfen,<sup>16</sup> kann eine den Vertrauensschutz ausschließende grobe Fahrlässigkeit des R für die Unkenntnis der formellen Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids i.S.d. § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG angenommen werden.<sup>17</sup> Es bedarf deshalb nicht des Rückgriffs auf die Abwägungsklausel des § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG, die von den Gerichten zur Durchsetzung der unionsrechtlichen Wettbewerbsordnung bei materiell unionsrechtswidrigen Beihilfen bemüht wird.<sup>18</sup>

### cc) Rücknahmefrist

Gemäß § 48 Abs. 4 VwVfG beträgt die Frist für die Rücknahme eines Verwaltungsakts ein Jahr nach Kenntnis der Tatsachen, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts rechtfertigen. Wird die Frist als Bearbeitungsfrist verstanden, so ist der Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts maßgeblich. Da der Bewilligungsbescheid im Juni 2009 erlassen wurde, wäre danach die Rücknahmefrist im Jahr 2011 verstrichen. Wird hingegen mit dem BVerwG auf den Zeitpunkt abgestellt, zu dem die Behörde nicht nur Kenntnis von den die Rechtswidrigkeit begründenden Tatsachen hat, sondern auch von allen sonstigen Umständen, die für die Rücknahmeentscheidung maßgeblich sind (Entscheidungsfrist),<sup>19</sup> so würde die Frist erst mit der Kenntnis von der Kommissionsentscheidung zu laufen beginnen.

Allerdings muss diese Frage nicht entschieden werden. Denn die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG darf nicht dazu führen, dass eine unionsrechtlich vorgeschriebene Rückabwicklung praktisch unmöglich gemacht wird.<sup>20</sup> Im Einzelfall kann das Effizienzgebot fordern, dass § 48 Abs. 4 VwVfG

<sup>8</sup> EuGH Slg. 1991, I-5505, Rn. 12 – *FNCE*; EuGH Slg. 2003, I-12249, Rn. 64 – *Van Calster*; EuGH Slg. 2006, I-9983, Rn. 47 – *Transalpine Ölleitung*.

<sup>9</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 10 Rn. 31 f.

<sup>10</sup> BVerwG NVwZ 2000, 1039 f.

<sup>11</sup> So ausdrücklich BVerwG EuZW 2011, 269 (271); für Nichtigkeit zivilrechtlicher Verträge nach § 134 BGB aber BGH EuZW 2003, 444 (445); BGH EuZW 2004, 252 (253); jüngst BGH JZ 2011, 580 m. krit. Anm. *Ehlers/Scholz*.

<sup>12</sup> *Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 5), § 32 m.w.N.; s.a. *Uerpmann-Witzack*, in: Roth (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 2010, S. 277 (S. 283 f.).

<sup>13</sup> EuGH Slg. 1991, I-5505, Rn. 16; Slg. 2003, I-12249, Rn. 63; Slg. 2006, I-9983, Rn. 41; Slg. 2008, I-409, Rn. 40.

<sup>14</sup> EuGH Slg. 2008, I-409, Rn. 46 ff.; *Finck/Gurlit*, Jura 2011, 87 (91); *Uerpmann-Witzack* (Fn. 12), S. 277 (S. 285 f.); *Ehlers/Scholz*, JZ 2001, 585 (587).

<sup>15</sup> *Schenke*, VerwArch 97 (2006), 592 (605); *Baumeister*, Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006, S. 377; *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 113 Rn. 111. Neben dem hier eingeschlagenen Weg wird eine analoge Anwendung von § 49a Abs. 4 S. 1 VwVfG vertreten, so *Uerpmann-Witzack* (Fn. 12), S. 277 (S. 286).

<sup>16</sup> EuGH Slg. 1990, I-3437, Rn. 14 – *BUG-Alutechnik*.

<sup>17</sup> *Kastner*, in: Fehling/Kastner (Hrsg.), Verwaltungsverfahrenrecht, 2. Aufl. 2010, § 49a Rn. 12; *Ehlers/Kallersdorf*, Jura 2009, 823 (831); dagegen BGH EuZW 2009, 28 (31 f.); *Suerbaum*, VerwArch 91 (2000) 169 (192 f.).

<sup>18</sup> BVerwGE 92, 81 (85 f.); BVerwG EuZW 1995, 314 (318); BVerwGE 106, 328 (336).

<sup>19</sup> So BVerwGE 70, 356 (362 ff.); 100, 199 (202).

<sup>20</sup> EuGH Slg. 1997, I-1591, Rn. 24 – *Alcan II*; s.a. EuGH Slg. 2007, I-6199, Rn. 63 – *Lucchini*.

durch das Unionsrecht vollständig verdrängt wird.<sup>21</sup> Die Verwaltung könnte sonst bewusst die Frist verstreichen lassen, um die Beihilfen schließlich doch bei ihrem Empfänger zu belassen.<sup>22</sup> Folglich ist die Rücknahme nicht wegen Fristablaufs ausgeschlossen.

#### b) Ermessen und Umfang der Rücknahme des Bewilligungsbescheids

Die Rücknahme eines rechtswidrigen Bewilligungsbescheids steht nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Bei unionsrechtswidrigen Verwaltungsakten ist das Rücknahmeermessen reduziert.<sup>23</sup> Für Verwaltungsakte, deren Rechtswidrigkeit ausschließlich im Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV liegt, haben die Mitgliedstaaten nach dem CELF-Urteil die Möglichkeit, entweder nur die Zinsvorteile oder die gesamte rechtswidrige Beihilfe samt Zinsvorteilen zurückzufordern.

Eine Rückforderung allein der Zinsvorteile wäre möglich, sofern das Ministerium die Wirkung der Rücknahme des Bewilligungsbescheids auf den Zeitraum zwischen seinem Erlass und der Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission beschränken kann. Da die Kommissionsentscheidung zu einer Heilung der Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids ex nunc führt, verbleibt als rechtswidriger Verwaltungsakt der Bewilligungsbescheid im Zeitraum vor der Heilung. Eine zeitlich abgestufte partielle Rücknahme kann nur scheinbar auf den Wortlaut des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG gestützt werden, der eine Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft oder die Vergangenheit gestattet: Ist ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen worden, so bleibt regelmäßig kein Verwaltungsakt bestehen, der mit Wirkung für die Zukunft aufrechterhalten werden kann. Wird allerdings der zutreffenden Auffassung gefolgt, die für eine gesonderte Aufhebbarkeit für den Zeitraum bis zur Heilung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts plädiert,<sup>24</sup> so ist mittels dieses Phasenmodells ein Weiterbestehen des Rechtsgrundes für den Verbleib der Beihilfe bei ihrem Empfänger für die Zukunft in Form des nun rechtmäßigen Bewilligungsbescheids möglich.

#### 3. Umfang der Erstattung

Nach § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten. Mit der Aufhebung des rechtswidrigen Teils fehlt ein Rechtsgrund nur für den Zeitraum vor der Kommissionsentscheidung, und damit für die Wettbewerbsvorteile in diesem Zeitraum, die nach § 49a Abs. 1 VwVfG

zurückgefordert werden können.<sup>25</sup> Diese Lösung ermöglicht gegenüber einer vollständigen Rückabwicklung den geringeren Eingriff in die Rechtsposition des Beihilfeempfängers bei gleichzeitiger Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben.

Da von einem sorgfältigen Beihilfenempfänger Kenntnis der Erfordernisse des Art. 108 Abs. 3 AEUV und die Vergewisserung ihrer Beachtung erwartet werden darf, kann § 49a Abs. 2 S. 2 VwVfG einer wegen eines Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV entstehenden Erstattungspflicht in der Regel nicht entgegen gehalten werden.<sup>26</sup>

### III. Ergebnis

Die Voraussetzungen für eine Rückerstattung der Zins- und Wettbewerbsvorteile in Höhe von € 120.000,- liegen vor, wenn der Bewilligungsbescheid für den Zeitraum bis zur Vereinbarkeitsentscheidung aufgehoben wird. Das Ministerium wird die Aufhebung mit dem Leistungsbescheid (§ 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG) zur Rückerstattung dieser Summe verbinden.

### Teil II: Kommunalrechtliche Zulässigkeit der Betätigung der „Gau-Wackenheimer Nierentritt GmbH“<sup>27</sup>

Nach § 85 Abs. 1 GemO Rh-Pf darf die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur unter den dort genannten Voraussetzungen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern.

#### I. Wirtschaftliches Unternehmen

§ 85 Abs. 4 GemO Rh-Pf enthält einen enumerativen Negativkatalog solcher Einrichtungen, die von Gesetzes wegen nicht als wirtschaftliche Unternehmen gelten. Allein erwägenswert ist § 85 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 GemO Rh-Pf,<sup>28</sup> der die Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde privilegiert. Hiermit sind aber nur die echten fiskalischen Hilfsengeschäfte gemeint. Da die Weine vor allem an Touristen verkauft werden und künftig auch überregional vermarktet werden sollen, ist diese Ausnahme nicht einschlägig.

Die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden werden nicht positiv legal definiert. Nach herkömmlichem Verständnis handelt es sich um solche Einrichtungen und Anlagen, die auch von einem Privatunternehmer mit Gewinnerzie-

<sup>21</sup> BVerwGE 106, 328 (334); Ehlers/Kallerhoff, Jura 2009, 823 (832); Hellriegel, NVwZ 2009, 571 (574); für sinnngemäße Anwendung der 10-Jahresfrist nach Art. 15 Abs. 1 BVVO Gundel, EWS 2008, 161 (166).

<sup>22</sup> Maurer (Fn. 9), § 11 Rn. 38c; Ehlers, GewArch 1999, 305 (308).

<sup>23</sup> BVerwGE 92, 81 (87).

<sup>24</sup> Siehe Belege in Fn. 15.

<sup>25</sup> Die Wettbewerbsvorteile bilden hier selbst den Vorteil i.S.d. § 49a Abs. 2 S. 1 VwVfG i.V.m. § 818 Abs. 1 BGB. Deshalb ist § 49a Abs. 3 VwVfG nicht einschlägig.

<sup>26</sup> Zur Übertragung der für die Rücknahme geltenden Vorgaben auf das Erstattungsverfahren *Erichsen/Brügge*, Jura 1999, 496 (502).

<sup>27</sup> Nota bene: Die diesbezüglichen Vorschriften in anderen Bundesländern können von der Rechtslage in Rheinland-Pfalz abweichen; Überblick der Länderregelungen bei *Jungkamp*, NVwZ 2010, 546.

<sup>28</sup> § 102 Abs. 4 Nr. 3 GemO BW; § 107 Abs. 2 Nr. 5 GemO NRW; § 97 Abs. 2 Nr. 2 SächsGemO.

lungsabsicht betrieben werden können (sog. Popitz-Formel).<sup>29</sup> Dies gilt zweifellos für den Weinbau.

## II. Wesentliche Erweiterung des Unternehmens

Der Gründung oder wesentlichen Erweiterung eines kommunalen Unternehmens steht die bloße Fortführung einer schon bestehenden Einrichtung gegenüber, die nicht an den Schranken des § 85 Abs. 1 GemO zu messen ist. Wesentlich ist die Erweiterung eines bestehenden Unternehmens dann, wenn die Maßnahmen den Umfang oder die Leistungsfähigkeit des Unternehmens in räumlicher oder funktioneller Hinsicht ausdehnen. Die Gemeinde Gau-Wackenheim vergrößert mit dem Zukauf ihre Anbaufläche erheblich und plant zudem, die Weine überregional zu vermarkten. Hierin liegt – ungeachtet der gesellschaftsrechtlichen Umgründung in die Rechtsform einer GmbH – eine wesentliche Erweiterung des Unternehmens.

## III. Schrankentrias des § 85 Abs. 1 i.V.m. § 87 GemO Rh-Pf

Die Errichtung wirtschaftlicher Unternehmen ist an der Schrankentrias des § 85 Abs. 1 GemO Rh-Pf zu messen. Hinzu treten die rechtsformspezifischen Anforderungen in § 87 Abs. 1 und 3 GemO Rh-Pf.

### 1. Rechtfertigung durch öffentlichen Zweck

Der verfassungsrechtlichen Gemeinwohlbindung sämtlicher staatlicher Tätigkeit entspricht es, dass ein öffentlicher Zweck die Errichtung des Unternehmens rechtfertigen muss. Dieses Gebot ist in § 85 Abs. 1 Nr. 1 GemO Rh-Pf aufgenommen worden.<sup>30</sup> Dabei müssen die Tätigkeit selbst und nicht erst ihr Ertrag öffentlichen Zwecken dienen.

Die Gemeinde will sich im touristischen Wettbewerb der Weinbaugemeinden besser behaupten und den Wein zudem überregional vermarkten. Die Tourismusförderung ist als Element kommunaler Wirtschaftsförderung ein legitimer öffentlicher Zweck. Fraglich ist, ob dies auch für die beabsichtigte überregionale Vermarktung des Weins gilt. Hierfür lässt sich anführen, dass sich die Steigerung der überregionalen Bekanntheit auch günstig auf die touristische Entwicklung der Gemeinde auswirken kann. Im Übrigen ist es den Kommunen nicht verwehrt, mit dem Betrieb kommunaler Unternehmen Gewinne zu erzielen. Sie sind im Gegenteil gehalten, ihre Unternehmen so zu führen, dass sie, sofern dies im Rahmen des öffentlichen Zwecks möglich ist, auch einen Gewinn für das Stadtsäckel abwerfen (§ 85 Abs. 3 GemO Rh-Pf<sup>31</sup>). Entscheidend ist, dass nicht ausschließlich oder vorran-

gig das Ziel der Gewinnerzielung verfolgt wird.<sup>32</sup> Nach alledem wird man einen öffentlichen Zweck bejahen.

§ 85 Abs. 1 Nr. 1 GemO Rh-Pf verlangt, dass der öffentliche Zweck die Errichtung rechtfertigt. Das Erforderlichkeitsgebot soll zwar schon dann erfüllt sein, wenn das Vorhaben vernünftiger Weise geboten ist, ohne unausweichlich zu sein;<sup>33</sup> es ist allerdings im Kontext mit den rechtsformbezogenen Vorgaben zu beurteilen. Gemäß § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GemO Rh-Pf<sup>34</sup> muss der öffentliche Zweck den Einsatz der Privatrechtsform rechtfertigen. Wegen des auch insoweit bestehenden Einschätzungsspielraums und mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist hiervon zwar auszugehen. Fraglich ist aber, ob durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags hinreichend gewährleistet ist, dass die „Gau-Wackenheimer Nierentritt GmbH“ auch diesen Zweck verfolgt (§ 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GemO Rh-Pf). Vorgaben an die Gestaltung des Gesellschaftsvertrags einer GmbH macht § 87 Abs. 3 GemO Rh-Pf. Nach § 87 Abs. 3 Nr. 1 lit. e GemO Rh-Pf muss im Gesellschaftsvertrag sichergestellt sein, dass die Gesellschafterversammlung über die Übernahme neuer Aufgaben von besonderer Bedeutung im Rahmen des Unternehmensgegenstands entscheidet.<sup>35</sup> Gegen dieses Gebot verstößt Ziff. 2 des Gesellschaftsvertrags, der die Entscheidungsbefugnis dem G überträgt. Damit ist eine ausreichende Orientierung am öffentlichen Zweck nicht mehr gewährleistet.

Im Ergebnis ist die Tätigkeit der „Gau-Wackenheimer Nierentritt GmbH“ nach § 85 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 1 lit. e GemO Rh-Pf nicht durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt.

### 2. Leistungsfähigkeit der Gemeinde und Bedarf

§ 85 Abs. 1 Nr. 2 GemO Rh-Pf zielt darauf ab, die finanzielle Überforderung der Gemeinde zu verhindern. Angesichts der Vagheit dieser Schranke sind die Konkretisierungen entscheidend, die bei privatrechtlicher Wirtschaftstätigkeit greifen. Nach § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 GemO Rh-Pf müssen bei Unternehmen in Privatrechtsform Einzahlungspflichten der Gemeinde in angemessenem Verhältnis zu ihrer Leistungskraft stehen, nach § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 GemO Rh-Pf darf sie sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter Höhe verpflichten.<sup>36</sup> Mangels anderweitiger Angaben ist davon auszugehen, dass die Gemeinde Gau-Wackenheim diese Vorgaben wahrt.

<sup>29</sup> Nach *Popitz*, Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden, 1932; BVerwGE 39, 329 (333).

<sup>30</sup> § 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO BW; Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGemO; § 107 Abs. 1 Nr. 1 GemO NRW; § 97 Abs. 1 Nr. 1 SächsGemO.

<sup>31</sup> § 102 Abs. 3 GemO BW; strenger Art. 87 Abs. 2 BayGemO.

<sup>32</sup> Dezidiert a.A. *Cremer*, DÖV 2003, 921 (922).

<sup>33</sup> OVG NW NVwZ 2003, 1520 (1523); OVG NW NWVBl. 2008, 418 (421).

<sup>34</sup> § 108 Abs. 1 Nr. 1 GemO NRW.

<sup>35</sup> So auch § 103a Nr. 2 GemO BW; ähnlich Art. 92 Abs. 1 S. 2 BayGemO; § 108 Abs. 5 Nr. 1 lit. a und b GemO NRW; § 96 Abs. 2 Nr. 3 lit. b SächsGemO.

<sup>36</sup> S.a. § 103 Abs. 1 Nr. 4 GemO BW; Art. 92 Abs. 1 Nr. 3 BayGemO; § 108 Abs. 1 Nr. 4 und 5 GemO NRW; § 96 Abs. 1 Nr. 3 SächsGemO.

### 3. Subsidiaritätsklausel

Nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO Rh-Pf darf die Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen nicht errichten, wenn der öffentliche Zweck ebenso gut und wirtschaftlich durch ein Privatunternehmen erfüllt wird oder erfüllt werden könnte. Deshalb ist in Rheinland-Pfalz der Gemeinde die wirtschaftliche Betätigung nur gestattet, wenn sie es besser kann.<sup>37</sup> Vergleichsmaßstab können nur solche Privatunternehmen sein, die bereits im Gemeindegebiet vorhanden sind oder beabsichtigen, in naher Zeit eine vergleichbare Tätigkeit aufzunehmen.<sup>38</sup> Bei dem Wirtschaftlichkeitsvergleich ist zu berücksichtigen, ob durch einen Privaten die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nachhaltig gesichert ist.<sup>39</sup>

Interesse an der Übernahme des Weinbaubetriebs des W hatte die M geäußert, die bereits einen Weinbaubetrieb in der Gemeinde bewirtschaftet. Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass der öffentliche Zweck der Tourismusförderung nicht auch gleichermaßen bei einer privaten Bewirtschaftung erreicht werden kann. Folglich verstößt die Erweiterung des Unternehmens auch gegen die Subsidiaritätsklausel des § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO Rh-Pf.

### 4. Überörtliche Betätigung der Gemeinde

Gemäß § 85 Abs. 2 GemO Rh-Pf ist die Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 85 Abs. 1 GemO Rh-Pf vorliegen und die berechtigten Interessen aller hiervon unmittelbar betroffenen Gemeinden gewahrt sind.<sup>40</sup> Schon wegen des Verstoßes gegen § 85 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GemO Rh-Pf ist der Gemeinde Gau-Wackenheim nicht die überörtliche Betätigung gestattet, die in der beabsichtigten überregionalen Vermarktung liegt.<sup>41</sup> Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob hier die Interessen anderer Gemeinden gewahrt wurden.

### Teil III: Rechtmäßigkeit einer Zuschlagserteilung

Da der von der Stadt Mainz ausgeschriebene Auftrag über € 250.000,- die Schwellenwerte nach §§ 100, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 2 VgV überschreitet, bestimmt sich die Recht-

<sup>37</sup> So auch die Rechtslage nach § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW; Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGemO; nach § 107 Abs. 1 Nr. 3 GemO NRW; § 97 Abs. 1 Nr. 3 SächsGemO muss hingegen der Private besser sein, sog. unechte Subsidiaritätsklausel; zur Bedeutung für den Drittschutz *Leder*, DÖV 2008, 173 (176); *Jungkamp*, NVwZ 2010, 546 (547).

<sup>38</sup> VerfGH Rh-Pf AS 27, 231 (250).

<sup>39</sup> VerfGH Rh-Pf AS 27, 231 (244); *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 703.

<sup>40</sup> S.a. § 102 Abs. 7 GemO BW; Art. 87 Abs. 2 BayGemO; § 107 Abs. 3 GemO NRW.

<sup>41</sup> Entscheidend ist, ob die Dienstleistungen und Produkte überwiegend von Gemeindeangehörigen abgenommen oder im Gemeindegebiet erbracht oder abgesetzt werden, OVG Rh-Pf DÖV 2006, 611 (613); dazu *Heilshorn*, VerwArch 96 (2005), 88; *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), 392; *Guckelberger*, BayVBl. 2006, 293.

mäßigkeit der Erteilung des Zuschlags an die „Gau-Wackenheim Nierentritt GmbH“ nach §§ 97 ff. GWB.

### I. Die Stadt Mainz als öffentlicher Auftraggeber

Nach § 98 Nr. 1 GWB sind Gebietskörperschaften und damit auch die Stadt Mainz öffentliche Auftraggeber.

### II. Öffentlicher Auftrag

Öffentliche Aufträge sind nach § 99 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Der von der Stadt Mainz ausgeschriebene Auftrag ist ein Lieferauftrag zur Beschaffung von Waren i.S.v. § 99 Abs. 2 GWB.

### III. Einhaltung des Vergaberechts

Eine Zuschlagserteilung wäre rechtswidrig, wenn sie gegen Bestimmungen über das Vergabeverfahren verstößt, vgl. §§ 97 Abs. 7, 104 Abs. 2, 107 Abs. 2 GWB. Fraglich ist, ob in dem Verstoß gegen §§ 85, 87 GemO Rh-Pf zugleich ein Verstoß gegen Bestimmungen über das Vergabeverfahren liegt. Weder §§ 97 ff. GWB noch die nach § 4 Abs. 1 VgV anwendbaren Vorschriften des Zweiten Abschnitts der VOL/A benennen die Zulassungsvorschriften für die kommunalwirtschaftliche Betätigung als vergaberechtlichen Prüfungsmaßstab.<sup>42</sup>

#### 1. Wettbewerbsprinzip nach § 97 Abs. 1 GWB

Nach § 97 Abs. 1 GWB beschaffen die öffentlichen Auftraggeber Leistungen im Wettbewerb. Das Wettbewerbsprinzip ist als tragendes Prinzip bei der Beschaffungstätigkeit umfassend zu verstehen. Deshalb müssen öffentliche Auftraggeber wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen bekämpfen. Eine Wettbewerbsverfälschung kann insbesondere darin liegen, dass sich ein Unternehmen unlauter i.S.v. § 3 UWG verhält.<sup>43</sup> Ein derartiger Verstoß gegen das „Wie“ des Marktverhaltens ist hier aber nicht gegeben. Vielmehr verstößt schon das „Ob“ des Marktzutritts der „Gau-Wackenheim Nierentritt GmbH“ gegen §§ 85 ff. GemO Rh-Pf.

Fraglich ist deshalb, ob eine gegen das Wettbewerbsprinzip verstößende Wettbewerbsverfälschung auch darin liegt, dass ein öffentliches Unternehmen entgegen einer gesetzlichen Anordnung eine Tätigkeit auf einem bestimmten Markt aufnimmt und hierbei vom öffentlichen Auftraggeber

<sup>42</sup> Da Rechtmäßigkeitsmaßstab die in § 97 Abs. 7 GWB genannten „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ sind, müssten de lege artis die nach § 4 Abs. 1 VgV anwendbaren Vorschriften des Zweiten Abschnitts der VOL/A der folgenden Prüfung zugrunde gelegt werden, so mustergültig *Mann*, NVwZ 2010, 857 (858 ff.). Die Frage lässt sich aber auch anhand der Grundsätze des § 97 Abs. 1 und 4 GWB bearbeiten, die auch von den Gerichten als Maßstab herangezogen werden, s. OLG Düsseldorf NZBau 2002, 626 (628 f.).

<sup>43</sup> *Dreher* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2007, GWB § 97 Rn. 34; OLG Düsseldorf NZBau 2002, 626 (628 f.).

durch die Auftragsvergabe unterstützt wird. Dies wird vom OLG Düsseldorf mit der Erwägung bejaht, das Wettbewerbsprinzip sei erst recht verletzt, wenn ein Unternehmen den Zuschlag erhält, das auf dem betreffenden Markt überhaupt nicht tätig sein darf.<sup>44</sup> Das Wettbewerbsprinzip ist danach nicht auf einen lauterkeitsrechtlichen Gehalt beschränkt, sondern soll alle Formen von Wettbewerbsverfälschungen verhindern. Folgt man dieser Ansicht, so führte der Verstoß gegen die kommunalrechtlichen Zulassungsvorschriften zugleich zu einem Verstoß gegen das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip.

Diese Ansicht hätte indes zur Konsequenz, dass die Vorschriften über die kommunalwirtschaftliche Betätigung, über deren Auslegung nach der neueren wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung des BGH die Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben,<sup>45</sup> über den Umweg des Vergaberechts doch wieder zivilgerichtlich bedeutsam werden. Die Beschränkung des Lauterkeitsrechts auf marktverhaltensbezogene Rechtsverstöße i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG würde konterkariert durch einen weiten vergaberechtlichen Begriff einer Wettbewerbsbeschränkung, der in die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit – wenn auch nur vorfragenhalber – übergreift.<sup>46</sup> Es finden sich weitere rechtssystematische Erwägungen, die gegen eine Prüfungskompetenz der Vergabekammern und der Beschwerdegerichte sprechen. So könnte es zu der kompetenziell prekären Konstellation kommen, dass Vergabekammern eines Landes über kommunalrechtliche Zulassungsvorschriften eines anderen Landes zu befinden haben.<sup>47</sup> Des Weiteren führt die Auffassung des OLG Düsseldorf zu einer Inländerungleichbehandlung, da Angebote ausländischer Kommunalunternehmen schon mangels entsprechender Regelungen in den Vergaberichtlinien nicht an vergleichbaren Vorgaben zu messen sind.<sup>48</sup> Dass die kommunalwirtschaftlichen Zulassungsvorschriften nicht über ein § 97 Abs. 1 GWB entnommenes Wettbewerbsprinzip zum vergaberechtlichen Maßstab werden, folgt schließlich auch daraus, dass es als Prinzip und nicht als subsumtionsfähige Rechtsregel formuliert ist. Hätte der Gesetzgeber entsprechende Prüfpflichten öffentlicher Auftraggeber gewollt, so hätte es einer ausdrücklichen Regelung bedurft.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 21712; OLG Düsseldorf NZBau 2002, 626 (628); OLG Düsseldorf NZBau 2000, 155 (156).

<sup>45</sup> BGH NJW 2002, 1141 – *Elektroarbeiten*; BGH NVwZ 2003, 246 (247) – *Altautoverwertung*; dazu *Heßhaus*, NW-VBl. 2003, 173; *Scharpf*, GewArch 2004, 317.

<sup>46</sup> OVG NW NVwZ 2008, 1031 (1032 f.); *Heßhaus*, NWVBl. 2003, 173 (175); *Leder*, DÖV 2008, 173 (176); *Burgi*, NZBau 2008, 29 (33 ff.); *Ennuschat*, NVwZ 2008, 966 (968).

<sup>47</sup> *Ennuschat*, NVwZ 2008, 966 (968).

<sup>48</sup> *Hertwig*, NZBau 2008, 355 (358); dies konzidiert auch OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 21712.

<sup>49</sup> *Burgi*, 2008, 29 (33 f.); *Mann*, NVwZ 2010, 857 (861); a.A. OLG Düsseldorf NZBau 2002, 626 (628 f.); BeckRS 2008, 21712.

Im Ergebnis steht deshalb das Wettbewerbsprinzip der Zuschlagserteilung an die „Gau-Wackenheimer Nierentritt GmbH“ nicht entgegen.

### 2. Grundsatz der Gesetzestreue und der Zuverlässigkeit nach § 97 Abs. 4 GWB

Des Weiteren ist daran zu denken, in der Zuschlagerteilung an die „Gau-Wackenheimer Nierentritt GmbH“ einen Verstoß gegen das in § 97 Abs. 4 GWB enthaltene Gebot zu sehen, Aufträge nur an gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen zu vergeben.<sup>50</sup> Hiergegen spricht aber schon systematisch, dass der Verstoß gegen kommunalrechtliche Zulassungsvorschriften die Gesetzestreue und Zuverlässigkeit des Gemeinderats in Frage stellen mag, nicht hingegen diejenige des unter Verstoß gegen §§ 85 ff. GemO Rh-Pf errichteten Unternehmens: Dieses ist nicht Adressat der §§ 85 ff. GemO Rh-Pf.<sup>51</sup>

Hinzukommt, dass die Zuverlässigkeit eines Bieters auftragsbezogen zu beurteilen ist.<sup>52</sup> Dies folgt schon daraus, dass sämtliche Vergabekriterien im Hinblick auf den in Frage stehenden Auftrag auszulegen sind. Dass die „Gau-Wackenheimer Nierentritt GmbH“ entgegen den kommunalrechtlichen Vorschriften gegründet wurde, steht folglich ihrer Zuverlässigkeit als Auftragnehmerin nicht entgegen.

### 3. Grundsatz der Leistungsfähigkeit nach § 97 Abs. 4 GWB

Zu erwägen bleibt schließlich, ob der in § 97 Abs. 4 GWB ebenfalls normierte Grundsatz der Leistungsfähigkeit der Zuschlagserteilung an die „Gau-Wackenheimer Nierentritt GmbH“ entgegensteht. Teilweise wird angenommen, die Leistungsfähigkeit sei in einem umfassenden Sinne zu verstehen und umfasse auch die rechtliche Leistungsfähigkeit. Da bei einem unter Verstoß gegen die kommunalrechtlichen Zulassungsvorschriften gegründeten Unternehmen jederzeit kommunalaufsichtliche Maßnahmen drohten, sei deren rechtliche Leistungsfähigkeit nicht gesichert.<sup>53</sup>

Mit diesem Ansatz wird aber vorausgesetzt, was noch zu begründen wäre. Anders als in Konstellationen zivilrechtlicher Unmöglichkeit hängt die rechtliche Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung von komplexen Rechtsfragen ab, die von den Vergabekammern erst beantwortet werden müssen, bevor dann im zweiten Takt die Frage gestellt werden kann, ob insoweit ein die Leistungsfähigkeit beeinträchtigendes Einschreiten der Kommunalaufsicht droht. Deshalb sprechen auch hier kompetenzielle Gründe dafür, diese Prüfung nicht den Vergabeinstanzen anzuvertrauen.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> So der Ansatz von OLG Celle NZBau 2001, 648.

<sup>51</sup> Ähnlicher Gedanke bei *Ennuschat*, NVwZ 2008, 966 (968).

<sup>52</sup> *Mann*, NVwZ 2010, 857 (859).

<sup>53</sup> OLG Celle NZBau 2001, 648; OLG Düsseldorf NJOZ 2005, 2672 (2678); BeckRS 2008, 21712.

<sup>54</sup> So auch *Mann*, NVwZ 2010, 857 (860 f.); *Ennuschat*, NVwZ 2008, 966 (968).

#### **IV. Ergebnis**

Der Zuschlagerteilung an die „Gau-Wackenheimer Nierentritt GmbH“ steht nicht der Verstoß gegen §§ 85 ff. GemO entgegen. Für andere Vergaberechtsverstöße ist nichts ersichtlich. Eine Zuschlagerteilung auf das wirtschaftlichste Gebot (§ 97 Abs. 5 GWB) der „Gau-Wackenheimer Nierentritt GmbH“ wäre rechtmäßig.