

## Vergabeverfahren: Falscher Zweck – Auftrag weg ? in Vergaberecht 2004 Heft 2 Dr. Peter Hammacher, Rechtsanwalt in Heidelberg

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge muss die ausschreibende Stelle die Angebote sowohl auf formale als auch auf inhaltliche Richtigkeit prüfen. Darf ein Bieter, dessen eingetragener Unternehmensgegenstand die angebotenen Leistungen nicht abgedeckt, berücksichtigt werden ? Der Fall führt zu einer interessanten Schnittstelle zwischen öffentlichem Vergaberecht, öffentlichem Handelsregisterrecht und zivilrechtlichem Gesellschaftsrecht .

### 1 Ausgangsfall

In einer beschränkten öffentlichen Ausschreibung für Bauleistungen erhält der günstigste Bieter den Zuschlag. Der nicht berücksichtigte Mitbewerber wendet ein, der erfolgreiche Mitbewerber sei nicht geeignet und müsse deshalb von dem Verfahren ausgeschlossen werden. Der im Handelsregister veröffentlichte satzungsmäßige Unternehmensgegenstand sehe lediglich den Handel mit Baustoffen, nicht aber die Ausführung von Bauleistungen vor.

### 2 Eignung

Nach § 8 Nr.1 Abs. 2 VOB/A sind bei einer öffentlichen Ausschreibung die Unterlagen an alle Bewerber abzugeben, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen. Für die beschränkte Ausschreibung und die freihändige Vergabe gilt insofern nichts anderes. Nach § 8 Nr.3 VOB/A dürfen von den Bietern zum Nachweis ihrer Eignung bestimmte Angaben und verlangt werden. Der Unternehmensgegenstand wird dort nicht ausdrücklich aufgeführt.

Macht man die „Eignung“ eines Bieters nur an den Begriffen der Klammerdefinition für Eignung, Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit fest, wird man schnell zu dem Ergebnis kommen müssen, dass ein Bieter sehr wohl auch dann geeignet sein kann, wenn die konkrete Leistung nicht von seinem Unternehmensgegenstand gedeckt ist. Soweit Zweifel an der Fachkunde entstehen, lassen sich diese durch die nachgewiesene Eintragung in das Berufsregister oder andere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Nachweise zerstreuen (§ 8 Nr. 3 Abs.1 f) und g) VOB/A), wenn diese Nachweise in der Ausschreibung verlangt wurden. Ergibt die Überprüfung genügend Anhaltspunkte für die Fachkunde, kann der falsche Unternehmensgegenstand - jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Eignung – die Auftragserteilung nicht hindern.

Anders jedoch, wenn die Vergabestellen diese Nachweise entgegen § 8 Nr.3, Abs.3 VOB/A nicht verlangt hatte. Dann muss sich die Vergabestelle aus anderen ihr zugänglichen Informationen ein Bild über die Eignung des Bieters machen. Ein Nachfordern von Eignungsnachweisen würde die Gleichbehandlung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in Frage stellen und ist deshalb nicht mehr möglich. Jetzt gewinnt der Unternehmensgegenstand für die Beurteilung der Eignung des Bieters an Bedeutung. Der Unternehmensgegenstand ist in dem für den Bieter zuständigen öffentlichen Handelsregister eingetragen und wird öffentlich bekannt gemacht. Eine Pflicht des Auftraggebers automatisch für jeden Bieter eine Handelsregisteranfrage zu starten besteht zwar nicht. Man wird aber von dem öffentlichen Auftraggeber erwarten dürfen, dass er jedenfalls dann, wenn er auf Diskrepanzen aufmerksam gemacht wurde, diese öffentlich zugänglichen Informationen in seine Prüfung mit einfließen lässt,. Weicht der Unternehmensgegenstand von der ausgeschriebenen Leistung ab, ist dies ein Hinweis auf fehlende Fachkunde. Ein Unternehmensgegenstand „Verwaltung eigenen Vermögens“ deutet ebenso auf fehlende Eignung hin, wie Branchenfremdheit. Handel ist etwas grundsätzlich anderes als Produktion oder Montage. Der Bieter muss in diesem Fall

unberücksichtigt bleiben. Der Bieter „disqualifiziert“ sich für diesen Auftrag durch die eigene Beschreibung seines Liefer- und Leistungsumfangs selbst.

### 3 Vollmacht

Desweiteren muss die Vergabestelle prüfen, ob der Bieter nicht aus rechtlichen Gründen gehindert ist, überhaupt ein Angebot abzugeben.

Der Unternehmensgegenstand beschränkt die Handlungsvollmacht der Vertretungsberechtigten. Der Unternehmensgegenstand ist zwingender Bestandteil des Gesellschaftsvertrages (§ 10 GmbHG). Dieser ist bei einer GmbH notariell von den Gesellschaftern abzufassen, dem Handelsregister anzumelden und öffentlich bekannt zu machen. Erst dann wird die einzutragende Maßnahme wirksam. Verstöße gegen diese zwingenden Auflagen können Zwangsgelder (§ 14 HGB), sowie die Löschung der Gesellschaft von Amts wegen nach sich ziehen. Sinn dieser Regelung ist es zum einen, die Öffentlichkeit insbesondere die Vertragspartner des Unternehmens über die Rechtsverhältnisse aufzuklären, weshalb die Gesellschaft auch verpflichtet ist, auf den Briefköpfen die HR-Nr. zur weiteren Information anzugeben (§ 37a GmbHG).

Zum anderen binden die Gesellschafter durch die Beschränkung des Unternehmensgegenstandes die Geschäftsführung an ihre Festlegungen. Die Geschäftsführer sind – ebenso wie die anderen Vertretungsberechtigten – nicht befugt, die durch den Gesellschaftsvertrag gezogenen Grenzen zu überschreiten. Maßnahmen, die den Unternehmensgegenstand verändern, sind von der Geschäftsführungsbefugnis nicht gedeckt.<sup>1</sup> Überschreitet der Geschäftsführer diese Grenze, liegt ein Missbrauch der Vertretungsmacht vor, denn die Änderung des Unternehmensgegenstandes ist als Grundlagengeschäft der Gesellschafterversammlung überlassen. Missbrauch der Vertretungsmacht ist ohne Rücksicht auf Schädigungsabsicht schon bei Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis und positiver Kenntnis des Dritten davon zu bejahen.<sup>2</sup> Voraussetzungen auf Seiten des Geschäftsführers sind lediglich eine objektive Pflichtverletzung, ein Verstoß gegen den Gesellschaftszweck<sup>3</sup>, ein in die Entscheidungszuständigkeit aller Gesellschafter fallendes Geschäft<sup>4</sup>.

Liegt ein solcher Missbrauch vor, ist die Erklärung schwebend unwirksam. Die Regelungen der §§ 164 ff BGB können hier herangezogen werden<sup>5</sup>, denn beim Missbrauch der Vertretungsmacht ist der Geschäftsgegner weder schutzbedürftig noch -würdig.

Die Genehmigung des schwebend unwirksamen Geschäftes kann nur durch Gesellschafterbeschluss in der Regel in einer Gesellschafterversammlung erfolgen.

Fraglich ist, ob hierzu ein bloßer Genehmigungsbeschluss reicht. Änderungen des Unternehmensgegenstandes durch Satzungsänderung gehören zu den Beschlüssen, die einer qualifizierten Dreiviertelmehrheit bedürfen. Einstimmigkeit kann in der Satzung vereinbart worden sein.

Mit der Ausführung von nicht durch den Unternehmensgegenstand bestimmten Geschäften können erhebliche Risiken für die Gesellschaft verbunden sein, die die Gesellschaft nach dem Willen der Gesellschafter bislang nicht eingehen sollte; das Scheitern solcher Geschäfte kann das Ende der Gesellschaft bedeuten, ggf. mit Rückwirkungen auch auf die Gesellschafter. Um die Gesellschafter vor voreiligen Beschlüssen zu schützen und ihnen die Bedeutung

<sup>1</sup> Axhausen in Becksches Handbuch der GmbH, § 5 RNr. 135; Rowedder/Koppensteiner GmbH-Gesetz § 37 Anm.7; Lutter/Hommelhoff GmbH-Gesetz § 37 Anm. 11; Scholz/Schneider, Kommentar zum GmbH-Gesetz § 37 Anm.12

<sup>2</sup> Rowedder/Koppensteiner, § 37 FN 133 mit Rechtsprechungsnachweisen

<sup>3</sup> RG 145,311

<sup>4</sup> BGH WM 1988,706; OLG Koblenz ZIP 1990,1572,1572, Axhausen, § 35 RNr 13

<sup>5</sup> Axhausen, § 35 RN.r 12; Scholz/Schneider, 132, 139; Schmidt S. 224; MüKo-Schramm, § 164, 102a; aA. BGH 50, 114, KK-Mertens, § 82 AktG, 39; Hüffer § 82 AktG, 7

ihrer Entscheidung vor Augen zu halten, sind die für die Satzungsänderung zwingenden Formvorschriften eingeführt worden. Würde man diese für Genehmigungsbeschlüsse außer Kraft setzen, wäre dem Gesetzeszweck nicht gedient, der Schutz der Gesellschafter bliebe lückenhaft.

Auch die mit den Regeln weiter bezweckte Rechtssicherheit für die Geschäftspartner im Hinblick auf bekannt gemachte Tatsachen wäre in Frage gestellt, ließe sich der Unternehmensgegenstand durch bloße Gesellschafterbeschlüsse im Einzelfall ausdehnen - oder einengen.

Für das Vergabeverfahren aber bedeutet dies, das zum Vergabezeitpunkt ein (schwebend) unwirksames Angebot vorliegt, das erst durch Satzungsänderung genehmigt werden könnte. Ein solches Angebot darf die ausschreibende Stelle aber nicht werten. Zum Zeitpunkt der Submission muss ein voll gültiges Angebot vorliegen. Anderenfalls läge es im Ermessen der Gesellschafterversammlung bei unvorteilhaftem Ausgang der Submission unter Berufung auf ihre Entscheidungskompetenz die Zustimmung zu dem Angebot zu verweigern. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Vergabeverfahren wäre nicht gewährleistet.

#### **4 Ergebnis**

Eine Vergabestelle darf bei Kenntnis von einem die ausgeschriebene Leistung nicht geeigneten Unternehmensgegenstand eines Bieters selbst dann den Zuschlag nicht erteilen, wenn die Eignung des Bieters anderweitig nachgewiesen ist.

Bei der Abfassung des Unternehmensgegenstandes in einem Gesellschaftsvertrag muss eine vorausschauende Formulierung gewählt werden. Der Gesellschaftsvertrag sollte regelmäßig daraufhin überprüft werden, ob der Unternehmensgegenstand den tatsächlichen Aktivitäten der Gesellschaft noch entspricht.

---

i  
ii

Dr. Peter Hammacher, Rechtsanwalt, Mediator, Schiedsrichter  
Hangäckerhöfe 7, 69126 Heidelberg, [www.drhammacher.de](http://www.drhammacher.de)

Stahlbau, Anlagenbau, Maschinenbau, Kraftwerksbau, Brückenbau