



Constanze Annelene Wittkopp

Die vergaberechtlichen  
Auswirkungen eines  
Gesellschafterwechsels  
bei Bieter- und  
Bewerbergemeinschaften sowie  
bei Auftragnehmerngemeinschaften



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	13
A. Wirtschaftliche Bedeutung eines Zusammenschlusses zu einer Bewerber-, Bieter- und Auftragnehmergemeinschaft für die Vergabe öffentlicher Aufträge .....	13
B. Fragestellung und Ziele der Untersuchung .....	15
C. Gang der Untersuchung .....	17
1. Teil: Grundlagen der Untersuchung .....	19
1. Abschnitt: Begriff der Bewerber-, Bieter- und Auftragnehmergemeinschaft .....	19
A. Bewerber- und Bietergemeinschaft .....	19
B. Auftragnehmergemeinschaft .....	20
I. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) .....	21
II. Konsortium .....	23
2. Abschnitt: Gesellschaftsrechtliche Grundlagen .....	24
A. Rechtsform einer Bewerber-, Bieter- bzw. Auftragnehmergemeinschaft .....	24
I. GbR oder OHG .....	25
II. Mögliche andere Rechtsformen .....	26
B. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen des Gesellschafterwechsels .....	28
I. Ausscheiden und Ausschluss eines Gesellschafters .....	28
1. Voraussetzungen und Auswirkungen des Ausscheidens bzw. des Ausschlusses eines Gesellschafters .....	29
2. Haftung eines ausscheidenden Gesellschafters .....	30
3. Ausscheiden aus zweigliedriger Gesellschaft .....	31
II. Eintritt eines neuen Gesellschafters .....	31
2. Teil: Gesellschafterwechsel bei einer Bewerber- und Bietergemeinschaft .....	33
1. Abschnitt: Zwingende Ausschlussgründe bei einem Gesellschafterwechsel .....	34
A. Ausschluss wegen des Vorliegens einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede .....	34
I. Einschränkung des Angebotspektrums .....	36

1.	Fehlen der erforderlichen Kapazitäten oder des nötigen Fachwissens .....	37
2.	Zusammenschluss als kaufmännisch zweckmäßige Unternehmerentscheidung .....	38
3.	Aufnahme eines Gesellschafters nach Ablauf der Teilnahme- bzw. Angebotsfrist .....	40
II.	Verletzung des Geheimwettbewerbs .....	41
1.	Geheimer Wettbewerb als elementarer Grundsatz der öffentlichen Auftragsvergabe .....	41
2.	Mehrfachbeteiligung während eines Teilnahmewettbewerbs ...	42
3.	Abgabe paralleler Angebote .....	44
a)	Vermutung eines Verstoßes gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs .....	44
aa)	Gesellschafterwechsel nach Angebotsabgabe und nach Ablauf der Angebotsfrist .....	44
bb)	Aufnahme eines Gesellschafters, der aus anderer Bietergemeinschaft ausscheidet .....	45
cc)	Aufgenommener Gesellschafter zieht eigenes Angebot zurück .....	46
dd)	Abgabe eines separaten Angebots, das lediglich einen Teil des Angebots der Bietergemeinschaft ausmacht ....	47
ee)	Abgabe paralleler Angebote im Anwendungsbereich der VOF und beim wettbewerblichen Dialog .....	49
ff)	Aufgenommener Gesellschafter als Nachunternehmer eines anderen Bieters .....	50
gg)	Verhandlungen über die Beteiligung an einer anderen, konkurrierenden Bietergemeinschaft .....	51
hh)	Zwischenergebnis .....	52
b)	Ausschluss aller von der Mehrfachbeteiligung betroffenen Angebote .....	52
III.	Zwischenergebnis .....	53
B.	Ausschluss der Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft aufgrund mangelnder Eignung .....	55
I.	Vergaberechtliche Eignung .....	55
1.	Eignungskriterien .....	55
2.	Eignungsprüfung .....	58
3.	Eignung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft .....	60
a)	Zuverlässigkeitsprüfung bei einem Mitglied in der Rechtsform einer GbR, OHG oder Kommanditgesellschaft .....	62

b) Zuverlässigkeitsprüfung bei einem Mitglied in der Rechtsform einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft .....	63
II. Einfluss eines Gesellschafterwechsels auf die Eignung der Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft .....	65
2. Abschnitt: Gesellschafterwechsel in den einzelnen Verfahrensarten .....	67
A. Gesellschafterwechsel im offenen Verfahren .....	67
I. Überblick über den Ablauf des offenen Verfahrens .....	67
II. Gesellschafterwechsel vor Ablauf der Angebotsfrist .....	68
III. Gesellschafterwechsel zwischen Ablauf der Angebotsfrist und Zuschlagserteilung .....	71
1. Kein zwingender Angebotsausschluss .....	71
a) Kein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot .....	71
aa) Gesellschafterwechsel kein Verhandeln i.S.d. Nachverhandlungsverbots .....	73
bb) Begriff des Angebots i.S.d. Nachverhandlungsverbots ..	73
cc) Identität der Bietergemeinschaft vor und nach einem Gesellschafterwechsel .....	74
b) Erhaltung eines breiten Angebotsspektrums .....	77
c) Gleichbehandlung von Einzelbieter und Bietergemeinschaften .....	78
2. Erneute Überprüfung der Eignung .....	79
a) Wiederaufnahme der Eignungsprüfung im Vergaberecht ...	80
b) Kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) .....	81
aa) Vergleichbarkeit der Angebote .....	81
bb) Vorliegen der Eignungsvoraussetzungen bei Ablauf der Angebotsfrist .....	82
cc) „Mehr an Eignung“ durch den Gesellschafterwechsel ..	83
c) Keine unzulässige Verzögerung des Vergabeverfahrens .....	83
IV. Zwischenergebnis .....	86
B. Gesellschafterwechsel im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren und im wettbewerblichen Dialog .....	87
I. Überblick über die Verfahrensarten des nicht offenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens und des wettbewerblichen Dialogs ..	87
II. Gesellschafterwechsel vor Ablauf der Teilnahmefrist .....	89
III. Gesellschafterwechsel nach Ablauf der Teilnahmefrist bzw. nach Angebotsaufforderung .....	90
1. Keine Bindung der Bewerbergemeinschaft an den im Teilnahmeantrag angegebenen Gesellschafterbestand .....	90

2. Aufnahme eines Gesellschafters, der keinen Teilnahmeantrag gestellt hat .....	92
3. Keine Entwertung der Auftraggeberentscheidung bei Aufnahme eines Gesellschafters, der nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden ist .....	92
IV. Gesellschafterwechsel nach dem Ablauf der Angebotsfrist .....	93
V. Zwischenergebnis .....	93
3. Abschnitt: Ausschluss des Gesellschafterwechsels in den Vergabeunterlagen .....	94
3. Teil: Gesellschafterwechsel bei einer Auftragnehmergemeinschaft .....	97
1. Abschnitt: Kein Zustimmungserfordernis nach der VOB/B bzw. VOL/B ...	98
2. Abschnitt: „Wesentliche Vertragsänderung“ als ausschreibungspflichtige Neuvergabe .....	100
3. Abschnitt: Gesellschafterwechsel bei einer Auftragnehmergemeinschaft als „wesentliche Vertragsänderung“? .....	102
A. Wortlaut des § 99 GWB .....	104
B. Anpassung an veränderte Umstände .....	104
C. Fortbestand der Identität der Auftragnehmergemeinschaft trotz Gesellschafterwechsels .....	105
I. Umwandlung eines Bieter- bzw. Auftragnehmerunternehmens nach dem UmwG .....	106
II. Überleitung eines öffentlichen Auftrags auf ein anderes Unternehmen .....	107
III. Veräußerung von Anteilen am auftragsausführenden Unternehmen .....	109
IV. Austausch eines Nachunternehmers .....	110
D. Zivilrechtliche Zulässigkeit des Gesellschafterwechsels und Vergaberecht .....	111
E. Person des Auftragnehmers als „essentialium negotii“ .....	112
F. Heranziehung der In-house-Rechtsprechung? .....	114
G. Kriterium der Eignung .....	116
H. Zwischenergebnis .....	119
4. Teil: Auswirkungen eines vergaberechtlich unzulässigen Gesellschafterwechsels auf geschlossene Verträge .....	121
1. Abschnitt: Vergaberechtlich unzulässiger Gesellschafterwechsel bei einer Auftragnehmergemeinschaft .....	121
A. Unwirksamkeit nach § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB versus Kündigung gemäß § 313 Abs. 3 BGB .....	122

B. Nichtigkeit gemäß § 134 BGB (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) .....	127
I. Keine Nichtigkeit gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB) .....	127
II. Verstoß gegen § 97 Abs. 4 S. 1 GWB .....	128
C. Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (Arglistige Täuschung) .....	130
D. Zwischenergebnis .....	131
2. Abschnitt: Vergaberechtlich unzulässiger Gesellschafterwechsel bei einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft .....	132
A. Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede .....	132
I. Nichtigkeit gemäß § 134 BGB .....	133
1. § 298 StGB als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB .....	133
2. Tatbestand des § 298 StGB .....	134
a) Vorliegen einer rechtswidrigen Absprache i.S.d. § 298 Abs. 1 StGB .....	134
b) Beruhen der Angebotsabgabe auf der rechtswidrigen Absprache .....	136
c) Subjektiver Tatbestand .....	136
3. Umfang der Nichtigkeit .....	137
II. Kündigung gemäß § 8 Abs. 4 VOB/B bzw. § 8 Nr. 2 VOL/B und Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB .....	138
B. Fortfall der Eignung .....	138
C. Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft wurde erst durch Gesellschafterwechsel geeignet .....	139
D. Zwischenergebnis .....	140
5. Teil: Ergebnisse der Untersuchung und Normierungsvorschlag .....	141
1. Abschnitt: Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung .....	141
A. Gesellschafterwechsel während eines Vergabeverfahrens bei einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft .....	141
I. Zwingende Ausschlussgründe .....	141
1. Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede .....	141
a) Wettbewerbsbeschränkung durch Verkleinerung des Angebotsspektrums .....	141
b) Wettbewerbsbeschränkung durch Verletzung des Geheimwettbewerbs .....	142
2. Ausschluss aufgrund mangelnder Eignung .....	144
II. Gesellschafterwechsel im offenen Verfahren .....	145

III. Gesellschafterwechsel im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren und im wettbewerblichen Dialog .....	148
IV. Ausschluss des Gesellschafterwechsels in den Vergabeunterlagen .....	148
B. Gesellschafterwechsel nach Zuschlagserteilung bei einer Auftragnehmerngemeinschaft .....	149
C. Rechtliches Schicksal des Vertrags .....	151
2. Abschnitt: Fazit und Normierungsvorschlag .....	152
Literaturverzeichnis .....	153