



Finanzmarktstabilisierungsgesetz und Vergaberecht

Januar 2009

Finanzmarktstabilisierungsgesetz: Anwendung des Vergaberechts durch
Finanzmittelempfänger?

Spielt bei den Auswirkungen der Finanz- und Wirtschaftskrise auch das Vergaberecht eine Rolle? Eine Frage, die nicht sofort ins Auge fällt, bei genauerer Betrachtung aber durchaus Berechtigung besitzt, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden.

avocado rechtsanwälte
spichernstraße 75-77
50672 köln

t +49 [0]221 390710
f +49 [0]221 39071-29
koeln@avocado-law.com

www.avocado-law.com



Finanzmarktstabilisierungsgesetz und Vergaberecht

Januar 2009

Was hat das
Vergaberecht mit dem
Finanzmarktstabilisier-
ungsgesetz zu tun?

Vergaberecht ist Einkaufsrecht und kommt immer dann zur Anwendung, wenn die öffentliche Hand außerhalb der normalen Marktmechanismen Beschaffungsmaßnahmen trifft. Das Vergaberecht soll vermeiden, dass sich eine der öffentlichen Hand zurechenbare Stelle bei ihrer Beschaffung von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt. Eine „faire“ Öffnung des Beschaffungsmarktes soll erreicht werden. Dies gilt auch beim Einkauf von juristischen Personen in der Rechtsform des Privatrechts, sofern diese der öffentlichen Hand zugerechnet werden und im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen (vgl. § 98 Nr. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB). In Anbetracht der Reichweite der staatlichen Zuwendungen im Zusammenhang mit dem staatlichen Rettungspaket und der damit verknüpften Einflussnahmemöglichkeiten der öffentlichen Hand ist zukünftig in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die begünstigten Finanzinstituten aufgrund der Inanspruchnahme des staatlichen Rettungspaketes als öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB zu qualifizieren sind und daher unter das Regime des Vergaberechts fallen mit der Konsequenz, dass der Leistungseinkauf des Finanzinstituts unter Berücksichtigung der vergaberechtlichen Bestimmungen zu erfolgen hat. Dies hätte wiederum eine Stärkung der Position an diesen Leistungen interessierter potentieller Auftragnehmer zur Folge – Auftragnehmer des betreffenden Finanzinstituts könnten die Einhaltung der vergaberechtlichen Spielregeln verlangen.

Staatliches
Rettungspaket

Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008 (FMStG) und die dazu erlassene Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung vom 20.10.2008 (FMStFV) verfolgen das Ziel, die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte zu sichern, den Geschäftsverkehr zwischen den Finanzinstituten anzuregen und das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Finanzsystem zu stärken. Zur Umsetzung dieser Maßnahmen wurde der Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (in Form eines Sondervermögens des Bundes) ins Leben gerufen. Dieser bietet Finanzinstituten drei Arten von Hilfeleistungen an, konkret die Rekapitalisierung von Unternehmen durch den Erwerb von Anteilen oder stillen Beteiligungen, die Übernahme von Garantien (für ab dem 18.10.2008 begebene Schuldtitel und begründete Verbindlichkeiten) bis zur Höhe von 400 Mrd. Euro sowie die Übernahme von Risikopositionen, welche vor dem 13.10.2008 von einem Finanzinstitut erworben wurden (vgl. § 6 ff. FMStG). Die Hilfeleistungen werden unter bestimmten Voraussetzungen gewährt und sind an gewisse Bedingungen gekoppelt (vgl. § 10



Finanzmarktstabilisierungsgesetz und Vergaberecht

Januar 2009

FMStG i.V.m. § 5 FMStFV). Der Sonderfonds erhält bestimmte Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten gegenüber den begünstigten Finanzinstituten. So können beispielsweise Anforderungen an die geschäftspolitische Ausrichtung der begünstigten Finanzinstitute und an die Verwendung der aufgenommenen Mittel gestellt und Einfluss auf die Vergütungsstrukturen ihrer Organe und Angestellten genommen werden (vgl. §§ 10 Abs. 2 Nr. 1 – 3, 5 FMStG). Der Sonderfonds kann zudem das Unterlassen von risikoreichen Geschäften verlangen (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 und Abs. 4 FMStFV). Im Bereich der Rekapitalisierungsmaßnahmen werden dem begünstigten Unternehmen zudem bestimmten Vorgaben zum Umgang mit kleinen und mittleren Unternehmen aufgegeben (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 2 FMStFV). Dem Sonderfonds und dem Bundesrechnungshof stehen insgesamt angemessene Informations- und Prüfrechte hinsichtlich der vorgenannten Maßnahmen zu. Von dem staatlichen Maßnahmenpaket haben bereits verschiedene private Finanzinstitute Gebrauch gemacht.

Auftraggebereigenschaft

Die öffentliche Auftraggebereigenschaft ist abschließend in § 98 GWB festgelegt, wobei die einzelnen Merkmale im Sinne einer weiten, an der Zielsetzung des Vergaberechts orientierten funktionalen Auslegung zu begreifen sind. Ein Finanzinstitut muss im konkreten Fall klären, ob es aufgrund der Inanspruchnahme der staatlichen Zuwendungen nach dem Maßnahmenpaket „im Allgemeininteresse“ liegende Aufgaben „nichtgewerblicher Art“ erfüllt und dabei mit der öffentlichen Hand besonders verbunden ist (vgl. § 98 Nr. 2 GWB).

Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art?

Eine „im Allgemeininteresse“ liegende Aufgabe dürfte bei der Inanspruchnahme finanzieller Mittel nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz anzunehmen sein. Die staatlichen Hilfeleistungen verfolgen den Zweck, ein nachhaltiges Finanzsystem zu gewährleisten und die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Realwirtschaft gering zu halten. Diese angestrebten Wirkungen – die das inanspruchnehmende Finanzinstitut mitverfolgt – kommen der Gesamtbevölkerung und damit der allgemeinen Öffentlichkeit zu Gute. Darüber hinaus handelt es sich um eine „nichtgewerbliche“ Aufgabe, sofern das betroffene Finanzinstitut außerhalb der normalen Wirtschaftsmechanismen unter Berücksichtigung gesellschaftlicher, politischer und sozialer Belange seine Aufgaben wahrnimmt. Nur Unternehmen, die nicht in jeder Hinsicht dem allgemeinen Druck des Wettbewerbs ausgesetzt sind und sich bei Beschaffungsentscheidungen damit von anderen als wirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten lassen, sollen unter das Vergaberecht fallen. Als Indizien in diesem Zusammenhang kommen



Finanzmarktstabilisierungsgesetz und Vergaberecht

Januar 2009

das Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt, das Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und eine etwaige Finanzierung aus öffentlichen Mitteln in Betracht. Konkret indiziert schon der staatliche Eingriff in das Marktgeschehen infolge des Marktversagens, dass vorliegend die „normalen Marktmechanismen“ nicht greifen. Zwar werden die Finanzinstitute selbstverständlich auch nach Inanspruchnahme der staatlichen Hilfe weiter dem Wettbewerb des Marktes ausgesetzt sein und mit Gewinnerzielungsabsicht tätig werden. Allerdings ist insbesondere eine Rekapitalisierungsmaßnahme mit der Auflage verbunden, kleine und mittlere Unternehmen mit Krediten zu versorgen und von risikoreichen Geschäften abzusehen. Darüber hinaus führen die Maßnahmen der Refinanzierung, der Garantieübernahme und der Risikoübernahme sowohl einzeln als auch in ihrer Gesamtheit zu einer vom Staat bezweckten Senkung des Insolvenzrisikos und damit letztlich der Verfälschung der Marktposition des begünstigten Unternehmens.

Der Umstand, dass ein Finanzinstitut bei Inanspruchnahme des staatlichen Rettungspaketes weitreichende Einschränkungen seiner geschäftspolitischen Entscheidungsspielräume akzeptiert und damit außerhalb der normalen Marktmechanismen tätig wird, dürfte zumindest (vorübergehend) für eine nichtgewerbliche Aufgabenwahrnehmung sprechen. Jedenfalls sind diese Aspekte im Einzelfall durch das betroffene Finanzinstitut sehr sorgfältig zu prüfen!

Besondere Staatsgebundenheit

Darüber hinaus kann im Einzelfall auch die in § 98 Nr. 2 GWB geforderte besondere Staatsgebundenheit vorliegen. Eine solche ist im Falle einer überwiegenden Finanzierung des betroffenen Unternehmens durch die öffentliche Hand oder einer Beherrschung des Finanzinstituts durch die Aufsicht der öffentlichen Hand über die Leitung des Finanzinstituts gegeben. Eine überwiegende Finanzierung liegt dann vor, wenn durch die Finanzzuweisungen eine besondere Unterordnung oder Verbindung der Einrichtung zum Staat manifestiert wird, was regelmäßig angenommen wird, wenn der Finanzierungsanteil der staatlichen Zuwendungen im Vergleich zu der Gesamtsumme von Eigen- und Fremdkapital in einem Geschäftsjahr ein Volumen von 50 % übersteigt. Da die staatlichen Hilfeleistungen regelmäßig gedeckelt werden, ist hiervon zunächst grundsätzlich nicht auszugehen. Die besondere Staatsgebundenheit könnte aber durch die Aufsicht der öffentlichen Hand über die Leitung des Finanzinstituts vorliegen. Dies setzt eine Verbindung des Finanzinstituts mit der öffentli-



Finanzmarktstabilisierungsgesetz und Vergaberecht

Januar 2009

chen Hand voraus, welche es der öffentlichen Hand ermöglicht, die Entscheidungen des Unternehmens in Bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen. Eine solche Beherrschung wird immer dann angenommen, wenn mittels der Aufsicht bestimmte unternehmerische Positionen durchgesetzt werden können, wobei eine Gesamtschau aller relevanten Regelungen maßgeblich ist. Das Finanzmarktstabilisierungspaket sieht vor, dass der Sonderfonds Anforderungen an die Geschäftspolitik der begünstigten Unternehmen hinsichtlich risikoreicher Geschäfte und im Falle einer Rekapitalisierung auch bezüglich der Kreditvergabe an mittelständische Unternehmen stellen kann. Gleichzeitig werden Bedingungen an die Vergütungsstrukturen und die Dividendenpolitik gestellt sowie dem Sonderfonds und dem Bundesfinanzhof angemessene Informations- und Prüfungsrechte eingeräumt.

Durch die vorbezeichneten Maßnahmen wird eine ständige Kontrolle der Geschäftstätigkeit des begünstigten Unternehmens erreicht. Ob hierdurch letztlich eine besondere Staatsgebundenheit angenommen werden muss, hängt vom Umfang der konkret eingeräumten Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des Sonderfonds ab. Wenn alle vorgesehenen Instrumente des Finanzmarktstabilisierungspaketes in ihrer Gesamtheit einem Unternehmen im Rahmen einer (Refinanzierungs-) Maßnahme aufgegeben werden, spricht zumindest Vieles dafür, dass das Unternehmen für den Zeitraum, in dem es die staatliche Hilfe erhält, als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB zu qualifizieren ist. Auch dies muss im jeweiligen Einzelfall sehr sorgfältig geprüft werden. Liegen die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB wie zuvor beschrieben vor, unterliegt das betroffene Finanzinstitut bei seinem Leistungseinkauf den vergaberechtlichen Bestimmungen (wobei finanzielle Dienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf, Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten vom Vergaberecht ausgenommen sind, vgl. § 100 Abs. 2 lit. m. GWB). In der Konsequenz sind die betroffenen Leistungen im Rahmen einer (europaweiten) Ausschreibung an den „besten“ Bieter zu vergeben, d. h., grundsätzlich kann sich jedes interessierte Unternehmen um einen Auftrag bewerben.

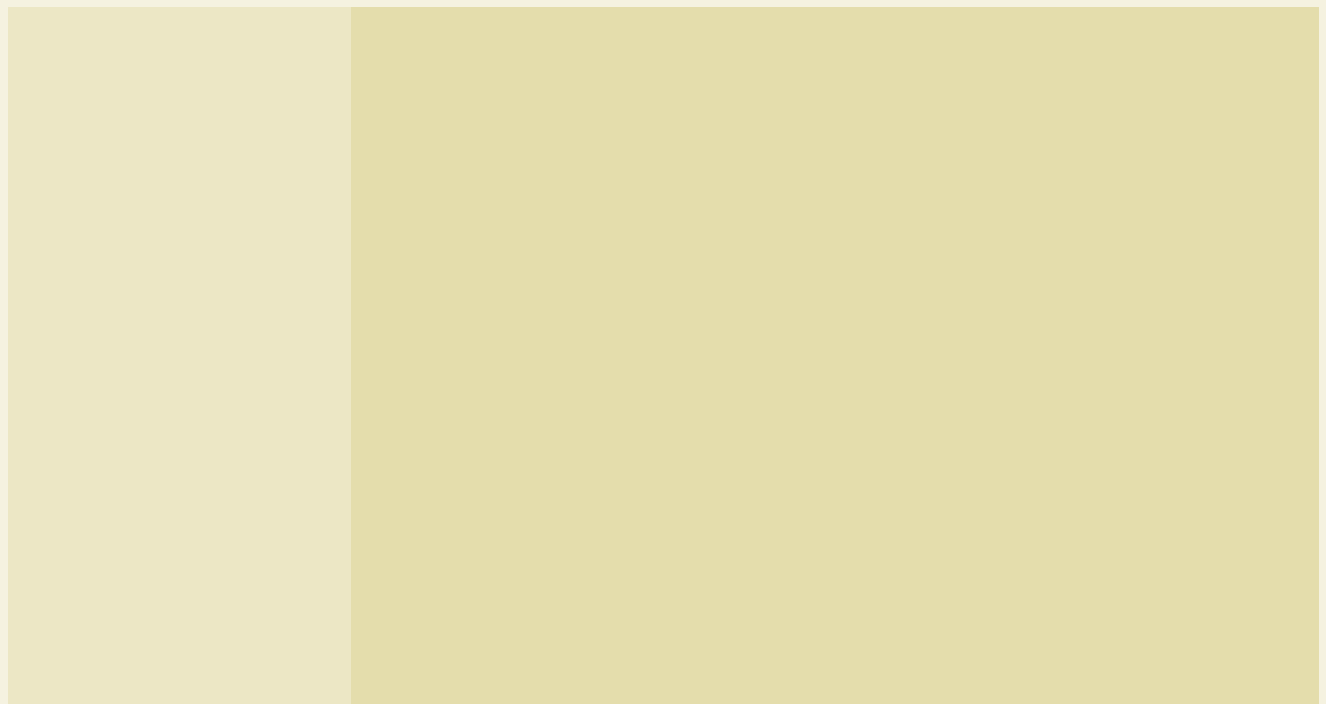


Finanzmarktstabilisierungsgesetz und Vergaberecht

Januar 2009

Fazit

Liegen die Voraussetzungen einer öffentlichen Auftraggebereigenschaft im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB vor, resultiert die Vergabepflichtigkeit des Leistungseinkaufs von betroffenen Finanzinstituten unmittelbar aus dem Gesetz. So müssten dann beispielsweise die Sanierung oder der Umbau einer Konzernfiliale (europaweit) ausgeschrieben werden. Hierauf haben die interessierten Unternehmen einen (einklagbaren) Anspruch. Eine Missachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen kann gravierende Folgen haben. Für betroffene Finanzinstitute bedeutet dies, dass sie im Einzelfall sehr sorgfältig anhand der einzelnen Umstände zu prüfen haben, ob sie dem Vergaberecht unterfallen. Für betroffene Unternehmen als potenzielle Auftragnehmer hat dies zugleich ein „Mehr“ an Rechten zur Konsequenz. Sie haben einen Anspruch darauf, sich im Rahmen eines „ordentlichen“ Vergabeverfahrens mit ihrem Angebot um die Leistungen zu bewerben und die Vergabeentscheidung des betroffenen Finanzinstituts vor den Vergabekammern überprüfen zu lassen – was sich im Einzelfall als durchaus lohnenswert herausstellen kann.





Impressum

avocado rechtsanwälte
spichernstraße 75-77
50672 köln
t +49 [0]221 390710
f +49 [0]221 39071-29
koeln@avocado-law.com
www.avocado-law.com

www.brak.de

ust-id-nr. de 814 17 29 76
steuer nr. 13/225/62722
fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, bock, bornemann, brüninghaus, busch, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte partnerschaft.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt dieses Newsletters ist:

Markus Figgen

Dr. Bettina Ruhland