

**Rechtssache C-631/21**

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1  
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

**Eingangsdatum:**

14. Oktober 2021

**Vorlegendes Gericht:**

Gerechtshof 's-Hertogenbosch (Niederlande)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

5. Oktober 2021

**Rechtsmittelführerin:**

Taxi Horn Tours BV

**Rechtsmittelgegnerin:**

Gemeente Weert

Gemeente Nederweert

Touringcars VOF

---

**Gegenstand des Ausgangsverfahrens**

Rechtsmittel gegen eine Entscheidung im Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes betreffend ein Vergabeverfahren. Die Rechtsmittelführerin ist in erster Instanz gegen die Entscheidung von zwei Gemeinden (im Folgenden: Gemeinden) vorgegangen, einen Auftrag an eine offene Handelsgesellschaft (im Folgenden auch: OHG) zu vergeben, die nur eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung (im Folgenden auch: EEE) eingereicht hatte. Ihrer Auffassung nach hätten die beiden Gesellschafterinnen der OHG jeweils eine eigene EEE einreichen müssen.

**Gegenstand und Rechtsgrundlage des Vorabentscheidungsersuchens**

Auslegung des Unionsrechts nach Art. 267 AEUV

## Vorlagefragen

1. Wenn zusammenarbeitende Personen (natürliche und/oder juristische Personen) ein Gemeinschaftsunternehmen (vorliegend in Form einer offenen Handelsgesellschaft) haben,
  - muss dann jede der zusammenarbeitenden Personen eine gesonderte Einheitliche Europäische Eigenerklärung einreichen oder
  - müssen jede der zusammenarbeitenden Personen und ihr Gemeinschaftsunternehmen jeweils eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung einreichen oder
  - muss nur das Gemeinschaftsunternehmen eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung einreichen?
2. Macht es dabei einen Unterschied,
  - ob das Gemeinschaftsunternehmen ein vorübergehendes oder nicht vorübergehendes (dauerhaftes) Unternehmen ist,
  - dass die zusammenarbeitenden Personen selbst Unternehmer sind,
  - dass die zusammenarbeitenden Personen ein eigenes Unternehmen betreiben, das mit dem Gemeinschaftsunternehmen vergleichbar ist, jedenfalls auf dem gleichen Markt aktiv ist,
  - dass das Gemeinschaftsunternehmen keine juristische Person ist,
  - dass das Gemeinschaftsunternehmen allerdings ein (vom Vermögen der Gesellschafter) gesondertes (und der Haftung unterliegendes) Vermögen haben kann,
  - ob das Gemeinschaftsunternehmen nach nationalem Recht berechtigt ist, die zusammenarbeitenden Personen bei der Beantwortung der Fragen in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung zu vertreten,
  - dass nach nationalem Recht bei einer offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter die Verpflichtungen aus dem Auftrag auf sich nehmen und gesamtschuldnerisch für die Erfüllung dieser Verpflichtungen haften (und somit nicht die offene Handelsgesellschaft selbst)?
3. Falls mehrere der in Frage 2 angeführten Faktoren von Bedeutung sind, wie verhalten sich dann diese Faktoren zueinander? Sind bestimmte Faktoren von größerer Bedeutung als andere Faktoren oder gar von entscheidender Bedeutung?
4. Trifft es zu, dass bei einem Gemeinschaftsunternehmen jedenfalls dann eine gesonderte Einheitliche Europäische Eigenerklärung einer

zusammenarbeitenden Person erforderlich ist, wenn für die Ausführung des Auftrags (auch) Mittel verwendet werden sollen, die zum eigenen Unternehmen dieser Person gehören (wie Personal und Betriebsmittel)?

5. Muss das Gemeinschaftsunternehmen bestimmte Anforderungen erfüllen, um als einzelnes Unternehmen angesehen werden zu können? Falls ja, um welche Anforderungen handelt es sich dabei?

### **Angeführte unionsrechtliche Vorschriften**

Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65), Art. 2, 19, 59 und 63

Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (ABl. 2016, L 3, S. 16)

### **Angeführte nationale Rechtsvorschriften**

Aanbestedingswet 2012 (Vergabegesetz 2012), Art. 2.52, 2.84, 2.85; Aanbestedingsbesluit (Vergabeverordnung), Art. 2; Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch, im Folgenden: BW), Art. 7A:1655; Wetboek van Koophandel (Handelsgesetzbuch, im Folgenden: WvK), Art. 16, 17 Abs. 1, 18

### **Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Ausgangsverfahrens**

- 1 Mit diesem Urteil legt der Gerichtshof (Berufungsgericht, Niederlande) im Rahmen des Rechtsmittels gegen ein Urteil im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, das von Taxi Horn gegen die Gemeinden eingeleitet wurde und an dem die Touringcars VOF (im Folgenden: Touringcars) als Streithelferin beteiligt ist, dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vor.
- 2 Die Gemeinden schrieben am 28. Februar 2019 einen europäischen öffentlichen Auftrag für die Beförderung von Grundschulern im Rahmen des Sportunterrichts (im Folgenden: sportunterrichtsbezogene Beförderung) im Zeitraum von 2020 bis zum Abschluss des Schuljahrs 2027-2028 aus. Das Zuschlagskriterium war das wirtschaftlich günstigste Angebot.
- 3 Zu den Ausschreibungsunterlagen gehörten die Leitlinien für die Auftragsvergabe, die die Gemeinden für diesen Auftrag aufgestellt hatten. Darin war u. a. vorgesehen:

„1.9 Zeichnungsbefugnis

Ein leitender Mitarbeiter, der berechtigt ist, das Unternehmen zu vertreten und zu verpflichten, muss die auszufüllende Eigenerklärung (EEE – Einheitliche Europäische Eigenerklärung), das Angebot und die Anlagen unterzeichnen. Mit der Unterzeichnung gibt der Unterzeichner die Garantie ab, dass das gesamte Angebot richtig und rechtswirksam ist.

...

#### 1.18 Bieten

...

Das Bieten ist auch als Gruppe zusammen mit mehreren Beförderern erlaubt. Die Gruppe muss die gestellten Anforderungen erfüllen. Bieten Sie als Gruppe, muss diese einen Ansprechpartner bestimmen. Jeder Gruppenteilnehmer haftet gesamtschuldnerisch für die Erfüllung des Beförderungsvertrags. Aus dem Angebot der Gruppenteilnehmer muss sich ergeben, wie die Kontinuität der sportunterrichtsbezogenen Beförderung gewährleistet wird, wenn ein oder mehrere Gruppenteilnehmer ihre Aufgaben nicht erfüllen können.

...

#### 2.1 Anzahl Exemplare/Vollständigkeit

...

Das Angebot muss vollständig sein und enthält folgende Unterlagen:

- Eine vollständig ausgefüllte und wirksam unterzeichnete Eigenerklärung (EEE, Anlage 2); die EEE ist eine ausfüllbare PDF-Datei, die wir über TenderNed zur Verfügung gestellt haben.“

- 4 Am 11. November 2019 stellte sich heraus, dass nur Taxi Horn und Touringcars ein Angebot eingereicht hatten. Das Angebot von Touringcars gab [F] ab. [F] reichte namens Touringcars nur eine EEE ein.
- 5 Touringcars ist eine offene Handelsgesellschaft, die am 1. Januar 2011 auf unbestimmte Zeit gegründet wurde. Ausweislich des Handelsregisters beschäftigt Touringcars 82 Mitarbeiter und ist auf dem Gebiet „der Personenbeförderung im Gelegenheitsverkehr auf der Straße, der Beförderung mit Taxen sowie des Handels mit Personenkraftfahrzeugen und leichten Nutzfahrzeugen und der Reparatur dieser Fahrzeuge“ tätig. Die Gesellschafterinnen von Touringcars sind die [K] B.V. und die [F] Touringcars B.V. Der Geschäftsführer von Touringcars ist [F], der über eine umfassende Vollmacht verfügt. Die beiden Gesellschafterinnen betreiben ein eigenes Beförderungsunternehmen. Geschäftsführer der Gesellschafterin [K] B.V. ist [K]. [F] ist in seiner Funktion als Vertriebsleiter Bevollmächtigter der [K] B.V. Die [K] B.V. hat ausweislich des Handelsregisters 39 Mitarbeiter. Alleinige Geschäftsführerin und Gesellschafterin

der Gesellschafterin [F] Touringcars B.V. ist die [F] Beheer B.V. Alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter der [F] Beheer B.V. ist [F]. Die [F] Touringcars B.V. hat ausweislich des Handelsregisters kein Personal.

- 6 Mit Schreiben vom 27. Januar 2020 erklärte [K] u. a. Folgendes:
 

„Am 5. Januar 2011 habe ich als alleiniger und alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der [K] B.V. Herrn [F] umfassend bevollmächtigt, die [K] B.V. zu vertreten ... Obwohl Herr [F] und ich regelmäßig Rücksprache über den Gang der Geschäfte der mit der [K] B.V. verbundenen Unternehmen halten, überlasse ich es seit diesem Zeitpunkt ihm, die Geschäfte zu führen. Hinsichtlich dieses letzten Punktes weise ich außerdem darauf hin, dass die [K] B.V. am 1. Januar 2011 zusammen mit der [F] Touringcars B.V. eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma Touringcars V.O.F. gegründet hat. Auch im Rahmen dieses Zusammenschlusses halten Herr [F] und ich regelmäßig Rücksprache, aber er ist derjenige, der das Unternehmen tatsächlich führt.“
- 7 Mit Schreiben vom 3. und 5. Dezember 2019 teilten die Gemeinden Taxi Horn mit, dass der Auftrag an Touringcars vergeben werde.
- 8 Taxi Horn beantragte vorläufigen Rechtsschutz gegen die Auftragsvergabe. Diesem Verfahren ist Touringcars als Streithelferin beigetreten. Der Voorzieningenrechter (für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständiger Richter) lehnte den Antrag von Taxi Horn ab.
- 9 Die Gemeinden schlossen daraufhin Verträge mit Touringcars über die sportunterrichtsbezogene Beförderung ab. Diese Verträge haben als Anfangszeitpunkt den 1. März 2020.
- 10 Im Rechtsmittelverfahren stellt sich die Frage, ob sich Touringcars mit der Einreichung nur einer EEE begnügen durfte oder ob die beiden Gesellschafterinnen jeweils eine eigene EEE hätten einreichen müssen.

#### **Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens**

- 11 Taxi Horn macht u. a. geltend, dass Touringcars ein dauerhafter Zusammenschluss zwischen den Unternehmen der Gesellschafterinnen und daher eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern sei. Es sei deshalb wichtig, dass die Handlungen und die Erklärungen der beiden Gesellschafterinnen durch eine eigene EEE geprüft werden könnten.
- 12 Nach Ansicht der Gemeinden ergibt sich weder aus dem Unionsrecht noch aus dem nationalen Recht, dass bei einem Angebot einer offenen Handelsgesellschaft jeder Gesellschafter eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) vorlegen müsse.

- 13 Die Gemeinden machen geltend, dass zwischen vorübergehenden und dauerhaften Zusammenschlüssen unterschieden werden müsse. Unter eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern falle nach den unionsrechtlichen Vergabevorschriften ein vorübergehender Zusammenschluss. Eine offene Handelsgesellschaft sei eine Personengesellschaft im Sinne des 14. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24 und daher als solche ein Wirtschaftsteilnehmer und keine Gruppe. Außerdem könne eine Prüfung der Gesellschafter über Teil III Abschnitt A der EEE vorgenommen werden.

### **Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage**

- 14 Die Richtlinie 2014/25/EU, die u. a. auf Verkehrsleistungen Anwendung findet, enthält ähnliche Bestimmungen (Erwägungsgründe 17 und 18, Art. 2 Nr. 6, Art. 37 Abs. 2, Art. 80 Abs. 3, Art. 79).

Die Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Europäischen Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung sieht u. a. vor:

(1) Eines der wesentlichen Ziele der Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU ist die Senkung des Verwaltungsaufwands für öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Wirtschaftsteilnehmer, nicht zuletzt für kleine und mittlere Unternehmen. Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) ist ein wichtiger Bestandteil dieser Bemühungen. Das Standardformular für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung sollte deshalb so abgefasst werden, dass die Notwendigkeit zur Beibringung einer Vielzahl von Bescheinigungen oder anderen Dokumenten, die die Ausschlussgründe und Eignungskriterien betreffen, entfällt. Zur Verwirklichung des gleichen Ziels sollte das Standardformular auch die relevanten Informationen über Unternehmen, deren Kapazitäten ein Wirtschaftsteilnehmer in Anspruch nimmt, enthalten, so dass die Überprüfung dieser Informationen zusammen mit der Überprüfung bezüglich des Hauptwirtschaftsteilnehmers und unter den gleichen Voraussetzungen durchgeführt werden kann.

Anhang 1

Anleitung

Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) ist eine Eigenerklärung von Wirtschaftsteilnehmern, die als vorläufiger Nachweis ihrer Eignung dient und Bescheinigungen von Behörden oder Dritten ersetzt. Nach Artikel 59 der Richtlinie 2014/24/EU handelt es sich um eine förmliche Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers, dass er sich in keiner Situation befindet, in der Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden oder ausgeschlossen werden können, und dass er die einschlägigen Eignungskriterien und gegebenenfalls die objektiven Vorschriften und Kriterien erfüllt, die zur Verringerung der Zahl geeigneter Bewerber, die zur Teilnahme aufgefordert werden sollen, festgelegt

wurden. Ziel der EEE ist die Reduzierung des Verwaltungsaufwands, der sich aus der Notwendigkeit ergibt, eine Vielzahl von Bescheinigungen oder anderen Dokumenten beizubringen, die die Ausschlussgründe und Eignungskriterien betreffen.

...

Ein Wirtschaftsteilnehmer, der **in eigenem Namen** an einem Vergabeverfahren teilnimmt und **nicht die Kapazitäten** anderer Unternehmen **in Anspruch nimmt**, um die Eignungskriterien zu erfüllen, muss eine Eigenerklärung ausfüllen.

Ein Wirtschaftsteilnehmer, der **in eigenem Namen** an einem Vergabeverfahren teilnimmt, aber **die Kapazitäten** eines oder mehrerer anderer Unternehmen **in Anspruch nimmt**, muss dafür Sorge tragen, dass seine eigene EEE zusammen mit jeweils einer **separaten** EEE mit den einschlägigen Informationen für **jedes einzelne der in Anspruch genommenen Unternehmen** an den betreffenden öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber **übermittelt wird**.

Wenn schließlich Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, einschließlich vorübergehender Zusammenschlüsse, gemeinsam an Vergabeverfahren teilnehmen, ist für **jeden** beteiligten Wirtschaftsteilnehmer **eine separate** EEE mit den in den Teilen II bis V verlangten Informationen vorzulegen.

In Fällen, in denen mehr als eine Person dem Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium eines Wirtschaftsteilnehmers angehört oder darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat, **kann** – in Abhängigkeit von den jeweiligen innerstaatlichen Vorschriften, unter anderem der Datenschutzbestimmungen – gegebenenfalls eine Unterzeichnung der EEE durch alle diese Personen **verlangt werden**.

15 Die unionsrechtlichen Vergabevorschriften wurden durch die Aanbestedingswet 2012 in niederländisches Recht umgesetzt.

16 Art. 2.52 Abs. 3 und 4 der Aanbestedingswet bestimmt:

„3. Ein Zusammenschluss von Wirtschaftsteilnehmern kann als Bieter oder Bewerber auftreten.

4. Ein öffentlicher Auftraggeber verlangt nicht, dass ein Zusammenschluss von Wirtschaftsteilnehmern eine bestimmte Rechtsform hat, um ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einzureichen.“

17 Art. 2.84 Abs. 1 und 2 dieser Wet sieht vor:

„Eine Eigenerklärung ist eine Erklärung eines Wirtschaftsteilnehmers, in der dieser angibt:

a. ob Ausschlussgründe auf ihn Anwendung finden,

- b. ob er die in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen gestellten Eignungsanforderungen erfüllt,
- c. ob er die technischen Spezifikationen und die Ausführungsbedingungen, die die Umwelt und den Tierschutz betreffen oder auf sozialen Erwägungen beruhen, erfüllt oder erfüllen wird,
- d. ob und auf welche Weise er die Eignungskriterien erfüllt.

2. Die Daten und Informationen, die in einer Erklärung verlangt werden können, sowie das bzw. die Muster dieser Erklärung werden durch oder aufgrund einer Verordnung festgelegt.“

18 Art. 2.85 Abs. 1 dieser Wet legt fest:

„1. Der öffentliche Auftraggeber verlangt vom Wirtschaftsteilnehmer, dass er seinem Teilnahmeantrag oder seinem Angebot unter Verwendung des dafür vorgesehenen Musters eine Eigenerklärung beifügt, und gibt dabei an, welche Daten und Informationen in der Eigenerklärung mitzuteilen sind.“

...

19 Der Aanbestedingsbesluit lautet, sofern vorliegend relevant, wie folgt:

„Artikel 2

1. Die Eigenerklärung gemäß Art. 2.84 der Wet muss zumindest die folgenden Angaben enthalten:

- a. Angaben zum öffentlichen Auftraggeber oder zum speziellen Sektorunternehmen und zum Ausschreibungsverfahren,
- b. Angaben zum Wirtschaftsteilnehmer,
- c. eine Erklärung zu den Ausschlussgründen,
- d. eine Erklärung zu den gestellten Eignungsanforderungen und eine Erklärung zu den technischen Spezifikationen und den Ausführungsbedingungen betreffend die Umwelt,
- e. eine Erklärung zu der Weise, wie die Eignungskriterien erfüllt werden,
- f. eine Erklärung zur Richtigkeit der ausgefüllten Eigenerklärung und zur Berechtigung des Unterzeichners,
- g. das Datum und die Unterschrift.

...

3. Das oder die Muster der Eigenerklärung werden durch Ministerialerlass festgelegt. ...“

- 20 Touringcars hat die Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft. Die offene Handelsgesellschaft ist genauso wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die Kommanditgesellschaft eine Personengesellschaft.
- 21 In seinen Schlussanträgen vom 31. Januar 2020 (NL:PHR:2020:97, Nrn. 3.3-3.8) hat der Procureur-generaal bij de Hoge Raad (Generalprokurator beim Obersten Gerichtshof der Niederlande) die Personengesellschaft wie folgt beschrieben:

„Die verschiedenen Personengesellschaften

3.3 Unser Recht kennt drei Personengesellschaften: die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden auch: GbR), die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (im Folgenden: KG). Hierbei handelt es sich um durch Vertrag eingegangene Zusammenschlüsse, die anders als juristische Personen aus Buch 2 BW keine Institutionen sind. Gleichzeitig sind sie manchmal – und vielleicht müssen wir sogar sagen immer mehr – als Entitäten anzusehen, so dass sich die Frage nach der Rechtspersönlichkeit und/oder der Rechtssubjektivität (nachdrücklicher) stellt. Die OHG und die KG sind qualifizierte Formen der GbR.

3.4 Der Gesetzgeber hat die GbR in Art. 7A:1655 BW definiert: ‚Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist ein Vertrag, durch den sich zwei oder mehrere Personen verpflichten, etwas mit dem Zweck in die Gesellschaft einzubringen, den daraus entstandenen Vorteil miteinander zu teilen.‘

Eine GbR kann „still“ oder „öffentlich“ sein; entscheidend ist, ob unter einem gemeinschaftlichen Namen am Verkehr teilgenommen wird oder nicht. Liegt ein Auftreten unter einem gemeinschaftlichen Namen vor, ist die GbR öffentlich. Ist das nicht der Fall, wird sie als ‚still‘ bezeichnet; Dritten ist ihre Existenz daher in diesem Fall nicht bekannt (so dass sie auch keinen Vertrag mit ‚der GbR‘ abschließen). Die OHG und die KG sind beide Sonderformen der Grundform der öffentlichen GbR. In Art. 16 WvK<sup>1</sup> ist die OHG wie folgt definiert:

‚Die offene Handelsgesellschaft ist die zur Ausübung eines Gewerbes unter einem gemeinschaftlichen Namen eingegangene Gesellschaft bürgerlichen Rechts.‘ ...

3.5 Aus dem Zusammenspiel des vorgenannten Art. 16 WvK mit Art. 7A:1655 BW ergibt sich, dass die OHG:

- a) ein Vertrag ist,
- b) der die Zusammenarbeit zweier oder mehrerer Personen zum Gegenstand hat,

<sup>1</sup> Wetboek van Koophandel.

- c) die sich dazu verpflichten, etwas in die Gesellschaft einzubringen,
- d) um einen gemeinsamen Vorteil zu erzielen,
- e) wobei die Zusammenarbeit der Ausübung eines Gewerbes dient
- f) und unter einem gemeinschaftlichen Namen eingegangen wird.

Das Gesetz sieht keine formalen Entstehungsvoraussetzungen für die GbR, die OHG und die KG vor. Sobald der Zusammenschluss die Voraussetzungen von Art. 7A:7655 BW und/oder Art. 16 oder 19 WvK erfüllt, kann er als GbR, OHG oder KG eingestuft werden. Für die OHG (und die KG) schreibt das Gesetz allerdings noch vor, dass diese mittels notarieller Urkunde oder Privaturkunde eingegangen (Art. 22 WvK) und im Handelsregister eingetragen wird (Art. 23 WvK), dabei handelt es sich jedoch nicht um konstitutive Voraussetzungen. Das Urkundenerfordernis hat ausschließlich Beweisfunktion (Art. 157 Rv<sup>2</sup>) und das Eintragungserfordernis dient dem Schutz Dritter (Rechtssicherheit).

Vertretungsbefugnis und gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter

3.6 Art. 17 Abs. 1 WvK legt fest, dass jeder Gesellschafter vorbehaltlich anderslautender vertraglicher Vereinbarungen berechtigt ist, im Namen der OHG zu handeln:

„Jeder Gesellschafter ist, sofern er davon nicht ausgeschlossen ist, berechtigt, im Namen der Gesellschaft zu handeln, Gelder auszugeben und zu empfangen, und die Gesellschaft gegenüber Dritten und Dritte gegenüber der Gesellschaft zu verpflichten.“

Hinsichtlich der Rechtsfolgen ist Art. 18 WvK von Bedeutung:

„Bei offenen Handelsgesellschaften haftet jeder Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner.“

Die Gesellschafter haften daher gesamtschuldnerisch im Sinne von Art. 6:6 Abs. 2 BW, was bedeutet, dass jeder Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft uneingeschränkt haftet.“

- 22 In seinem Urteil vom 19. April 2019, NL:HR:2019:649 (UWV/bewindvoerder), hat der Hoge Raad (Oberster Gerichtshof der Niederlande) in Bezug auf die OHG Folgendes zum Ausgangspunkt genommen:

„3.4.1

Eine OHG ist eine Rechtsbeziehung, die durch Vertrag zum Zwecke der Ausübung eines Gewerbes unter einem gemeinschaftlichen Namen im Rahmen

<sup>2</sup> Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Zivilprozessordnung, im Folgenden: Rv).

eines auf Dauer angelegten Zusammenschlusses eingegangen wird (vgl. Art. 16 WvK in Verbindung mit Art. 7A:1655 BW). Die OHG besitzt nach geltendem Recht keine Rechtspersönlichkeit. Das Gesetz und die Rechtsprechung erkennen trotzdem in einem gewissen Umfang im Rechtsverkehr eine selbständige Position der OHG gegenüber den einzelnen Gesellschaftern an. So kann eine OHG im eigenen Namen vor Gericht auftreten (Art. 51 Abs. 2 Rv) und unter ihrem Namen für insolvent erklärt werden (Art. 4 Abs. 3 Fw<sup>3</sup>). Ferner ist das für das Gewerbe der OHG bestimmte Vermögen der Gesellschafter nach gefestigter Rechtsprechung des Hoge Raad unabhängig vom Privatvermögen dieser Gesellschafter. Dieses gesonderte Vermögen kann bei Schulden, die im Rahmen des von der OHG ausgeübten Gewerbes eingegangen werden, in Anspruch genommen werden. Die Insolvenz der OHG bezieht sich auf die Liquidation und die Verteilung des gesonderten Vermögens und führt nicht immer und ohne Weiteres zur Insolvenz der Gesellschafter. ...

#### 3.4.2

Die fehlende Rechtspersönlichkeit hat zur Folge, dass eine OHG keine selbständige Trägerin von subjektiven Rechten und Pflichten ist. Handelt ein Gesellschafter im Namen der OHG (wozu jeder Gesellschafter nach Art. 17 WvK grundsätzlich berechtigt ist), handelt er im Namen der Gemeinschaft der Gesellschafter und verpflichtet sie. Ein Vertrag ‚mit der OHG‘ muss daher auch als Vertrag mit der Gemeinschaft der Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter eingestuft werden ...

#### 3.4.3

Art. 18 WvK bestimmt, dass jeder Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gesamtschuldnerisch haftet. Diese Bestimmung führt dazu, dass jeder Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gemeinschaft der Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter uneingeschränkt haftet. Art. 18 WvK stellt daher eine Ausnahme von dem in Art. 6:6 Abs. 1 BW geregelten Prinzip dar, dass, wenn zwei oder mehr Schuldner eine Leistung schulden, sie zu gleichen Teilen haften. Art. 18 WvK führt folglich zu einer gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter untereinander und nicht zu einer gesamtschuldnerischen Haftung eines jeden Gesellschafters mit der OHG (der Gemeinschaft der Gesellschafter).

#### 3.4.4

Ein Gläubiger der Gemeinschaft der Gesellschafter kann seine Forderung sowohl gegenüber dieser Gemeinschaft („gegenüber der OHG“) als auch gegenüber jedem einzelnen Gesellschafter geltend machen. Ein Gläubiger der Gesellschaft hat folglich gegenüber jedem Gesellschafter zwei zusammen treffende Ansprüche: einen gegenüber der Gemeinschaft der Gesellschafter („gegenüber der OHG“), für den auf das gesonderte Vermögen der OHG zugegriffen werden kann, und einen

<sup>3</sup> Faillissementswet (Insolvenzordnung).

gegenüber jedem Gesellschafter persönlich, für den auf das Privatvermögen dieses Gesellschafters zugegriffen werden kann. Gegen die erstere Forderung kann ein Gesellschafter nicht die ihm persönlich zustehenden Verteidigungsmittel vorbringen, gegen die letztere schon. Ein auf den Namen der OHG lautendes Urteil, mit dem ausschließlich ein Anspruch gegen die OHG zugesprochen wurde, kann keine materielle Rechtskraft gegenüber einem Gesellschafter persönlich entfalten und nicht zulasten seines Privatvermögens vollstreckt werden. Ein Gläubiger der OHG kann sowohl die OHG (die Gemeinschaft der Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als solche) als auch einen oder mehrere Gesellschafter persönlich in Anspruch nehmen; er kann auch beides – nacheinander oder gleichzeitig – tun. ...“

- 23 Die Gesellschafterinnen ([K] B.V. und [F] Touringcars B.V.) sind Unternehmer, die jeweils mit einem eigenen Unternehmen auch selbst auf dem gleichen Markt wie das Unternehmen (die offene Handelsgesellschaft) aktiv sind, das ein Angebot hinsichtlich des Auftrags abgegeben hat (Touringcars). Taxi Horn hat hierzu ausgeführt, dass Touringcars Mittel verwende, die ihr die jeweils eigenen Unternehmen der Gesellschafterinnen zur Verfügung stellten. Die Gemeinden haben das bestritten.
- 24 Es ist wichtig, dass der öffentliche Auftraggeber prüfen kann, ob der Wirtschaftsteilnehmer, der einen Auftrag ausführen möchte, ausgeschlossen werden muss und ob er die Eignungsanforderungen, die spezifischen Bedingungen und die Eignungskriterien erfüllt. Wenn sich Personen dauerhaft und unter einem gemeinschaftlichen Namen in einem gesonderten Gemeinschaftsunternehmen zusammengeschlossen haben, stellt sich die Frage, ob sich die Prüfung ausschließlich auf das Gemeinschaftsunternehmen beschränken darf oder ob sie sich auch auf jede zusammenarbeitende Person beziehen muss.
- 25 Die Kernfrage ist, wann sich ein Wirtschaftsteilnehmer bei einem Zusammenschluss von Personen (natürlichen und/oder juristischen Personen) mit der Einreichung nur einer EEE begnügen darf. Dazu müssen die Art. 2, 19, 59 und 63 der Richtlinie 2014/24 und die Durchführungsverordnung 2016/7 ausgelegt werden.