

Fusioniert, gespalten und übertragen – wenn Anbieter ihr Rechtskleid wechseln

Beat Denzler, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Winterthur
Heinrich Hempel, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Winterthur

Seit 1. Juli 2004 ist das neue Fusionsgesetz in Kraft, welches Umstrukturierungen von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften regelt. Es erleichtert schon früher bekannte und erlaubt neue Formen der Umstrukturierung. Sind von Umstrukturierungen betroffene Unternehmen an Ausschreibungen beteiligt, stellt sich sowohl für die Vergabebehörden wie für die betroffenen Unternehmen, aber auch für die konkurrierenden Unternehmen eine Reihe von Fragen. Diese Fragen sind, soweit ersichtlich, in der Schweizer Lehre und Rechtsprechung noch weitgehend ungeklärt¹. Nachfolgend werden nach einer kurzen Einführung in die Mechanik des Fusionsrechts die submissionsrechtlichen Aspekte von Umstrukturierungen analysiert, um daraus sieben Regeln für den Umgang mit solchen Situationen abzuleiten. Anhand dieser Regeln werden dann praktische Lösungen für die Grundformen der Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz vorgeschlagen.

I. Das Fusionsgesetz

A. Gegenstand und Zweck

Das Fusionsgesetz regelt die Anpassung der rechtlichen Strukturen von Rechtsgemeinschaften und juristischen Personen im Zusammenhang mit Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen. Es möchte Rechtssicherheit und Transparenz gewährleisten sowie Gläubiger, Arbeitnehmer und Personen mit Minderheitsbeteiligungen schützen.

B. Arten der Umstrukturierung

1. Umwandlung

Als Umwandlung wird die Änderung der Rechtsform (sog. Rechtskleidwechsel) bezeichnet (Art. 53 FusG). Eine Übertragung von Vermögenswerten findet nicht statt. Es gilt der Grundsatz, dass die Rechtsverhältnisse durch die Umwandlung nicht verändert werden².

2. Fusion

Die Fusion ist eine Verschmelzung von Gesellschaften. Entweder übernimmt eine bestehende Gesellschaft eine oder mehrere andere Gesellschaften (Absorption), oder bestehende Gesellschaften schliessen sich zu einer neuen Gesellschaft zusammen (Kombination)³.

Für die Fusion gilt der Grundsatz der Universalsukzession, d. h. sämtliche Rechte und Pflichten der übernommenen Gesellschaften gehen ohne Weiteres auf die übernehmende Gesellschaft über⁴. Die im Rahmen einer Fusion übernommenen Gesellschaften werden gelöscht. Sie sind juristisch «tot». Ihr gesamtes Vermögen mit Einschluss von Vertragsverhältnissen «vererbt» sich automatisch an die übernehmende Gesellschaft, vergleichbar mit dem Erbgang beim Tod natürlicher Personen.

3. Spaltung

Die Spaltung ist im Grunde die Umkehr der Fusion. Das Gesetz nennt zwei Arten von Spaltungen: Mit der sog. Aufspaltung überträgt eine Gesellschaft ihr ganzes Vermögen auf andere Gesellschaften; die bisherige Rechtsträgerin wird gelöscht. Bei der sog. Abspaltung überträgt eine Gesellschaft einen Teil ihres Vermögens auf andere Gesellschaften; die abspaltende Gesellschaft bleibt als Rechtsträgerin des bei ihr verbleibenden Vermögens bestehen⁵. Sowohl bei Auf- wie bei Abspaltung kann das Vermögen auf bereits bestehende wie auch auf neu zu gründende Gesellschaften übertragen werden. Je nach Zuteilung der Aktien oder der sonstigen Gesellschaftsanteile spricht man von symmetrischer oder asymmetrischer Spaltung.

Bei beiden Formen der Spaltung gehen Aktiven und Passiven mit der Eintragung im Handelsregister auf die jeweils übernehmenden Gesellschaften über (partielle Universalsukzession)⁶. Die beteiligten Unternehmen haben einen grossen Gestaltungsspielraum. Sie können im Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan grundsätzlich frei definieren, welche Vermögensteile auf welche neuen Rechtsträger übergehen sollen (Art. 37 lit. b FusG). Juristisch noch nicht geklärt ist die Frage, ob neben den Aktiven und

¹ Eine schon recht reiche Praxis existiert zur verwandten Frage, inwieweit ein Wechsel in der Zusammensetzung von Arbeitsgemeinschaften toleriert werden kann; hier hat sich die Meinung etabliert, dass wesentliche Veränderungen in der Zusammensetzung der Arbeitsgemeinschaft eine unzulässige Änderung des Angebots bewirken, was zu einem Ausschluss des betroffenen Konsortiums führt. Bei unwesentlichen Veränderungen kann die Änderung akzeptiert werden, sofern die Eignung des Konsortiums gewahrt bleibt; z. B. BRK, Entscheid vom 14. April 2005 (BRK 2005-001, E. 3b); Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 18. Juni 2003 (VB.2003.00032).

² Art. 53 FusG.

³ Art. 3 Abs. 1 FusG. TSCHÄNI/PAPA, BSK zum Fusionsgesetz, Basel 2005, Art. 3 N 3; ALBRECHT, ZK zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Art. 3 N 1 ff.

⁴ Art. 22 Abs. 1 FusG. TSCHÄNI/PAPA, (Fn. 3), Art. 3 N 8; ALBRECHT, (Fn. 3), vor Art. 3–28 N 11 f.

⁵ Art. 29 FusG. WATTER/BÜCHI, BSK zum Fusionsgesetz, Basel 2005, Art. 29 N 2 und 20 ff.; MEIER, ZK zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Art. 29 N 4 ff.

⁶ Art. 52 FusG. WATTER/BÜCHI, (Fn. 5), Art. 29 N 9; PFEIFER/MEIER, ZK zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, vor Art. 29–52 N 9 ff.

Passiven auch ganze Vertragsverhältnisse per Universalsukzession automatisch auf den neuen Rechtsträger übergehen oder ob dazu die Zustimmung des aussenstehenden Vertragspartners erforderlich ist⁷. Unklar ist daher auch, ob das mit einer Teilnahme an einer Submission verbundene Rechtsverhältnis automatisch übergeht oder nicht. Aus praktischen Gründen wird man die Frage eher bejahen wollen, insbesondere auch deshalb, weil das Fusionsgesetz durch eine Reihe von Massnahmen (so namentlich eine recht weit gehende solidarische Haftung) die Gläubiger zumindest finanziell zu schützen sucht. Kommt hinzu, dass bei der Aufspaltung das ursprüngliche Rechtssubjekt (die übertragende Gesellschaft) aufgelöst und im Handelsregister gelöscht wird und damit als Trägerin der Vertragsrechte ausser Betracht fällt (Art. 29 lit. a FusG). Andererseits entspricht es einem gefestigten Grundsatz des Vertragsrechts, dass Vertragsverhältnisse nur mit Zustimmung des Vertragspartners auf eine neue Partei übertragen werden dürfen, und es ist an sich nicht einzusehen, weshalb dieser Grundsatz nur deshalb nicht mehr gelten sollte, weil die Parteien den Vertrag im Zuge einer Spaltung übertragen. Wie auch immer: Bis zu einer gesetzgeberischen oder höchstrichterlichen Klärung der Frage wird man hier mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit leben müssen⁸.

4. Vermögensübertragung

Mit der Vermögensübertragung wird ein Vermögen oder ein Teil davon auf einen anderen Rechtsträger übertragen, ohne dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten⁹. Im Inventar des Vermögensübertragungsvertrags legen die Parteien fest, welche Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens auf den Erwerber übergehen. Mit der Eintragung in das Handelsregister wird die Übertragung rechtswirksam. Weitere Übertragungshandlungen sind nicht erforderlich, selbst wenn sie an sich besonderen Formen unterstünden (partielle Universalsukzession)¹⁰.

Wie bei der Spaltung ist auch bei der Vermögensübertragung strittig, ob auch Verträge ohne Weiteres und namentlich ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei auf die übernehmende Gesellschaft übergehen¹¹.

II. Submissionsrecht und Umstrukturierung

A. Öffentlichrechtliches und privatrechtliches Rechtsverhältnis

Das Verhältnis zwischen Vergabebehörde und Anbieter ist eine besondere Form eines vorvertraglichen Verhältnisses, das sowohl öffentlich- als auch privatrechtlichen Normen unterliegt¹². Zum einen ist der Anbieter Partei des öffentlichrechtlichen Vergabeverfahrens. Zum andern gibt er mit seinem Angebot eine privatrechtlich bindende Offerte ab¹³.

Der einmal erteilte Auftrag wird durch das Privatrecht geregelt¹⁴. Das Submissionsrecht bleibt aber insofern relevant, als auch nach dem Vertragsschluss ein Widerruf des Zuschlags z.B. bei Wegfall der Eignung möglich wäre¹⁵.

B. Submissionsrecht ist kein Selbstzweck

Das Submissionsverfahren ist nicht Selbstzweck. Es ist ein geordnetes Verfahren, in welchem ermittelt wird, wem die Vergabe-

behörde einen Auftrag erteilen kann¹⁶, im Interesse der Allgemeinheit (insb. wirtschaftlicher Einsatz öffentlicher Mittel, Rechtsstaatlichkeit) und der einzelnen Submittenten (insbesondere Transparenz, Gleichbehandlung, Zuschlag an den Submittenten, der die Kriterien am besten erfüllt). Das Submissionsrecht hat also dienende Funktion. Es wäre verfehlt, es über andere Normen der Rechtsordnung (namentlich des Privatrechts) zu stellen. Ebenso bleibt es heikel (wenngleich nicht gänzlich unzulässig), per Submissionsrecht vergabefremde Aspekte durchzusetzen. Entsprechend kann es u.E. nicht Aufgabe des Submissionsrechts sein, vom Fusionsgesetz erlaubte Umstrukturierungen zu fördern oder zu erschweren. Das Submissionsrecht soll «neutral» ausgelegt werden.

C. Öffentliches Verfahrensrecht/Parteiwechsel

Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung können zu einem Parteiwechsel führen¹⁷. Die uns bekannten Submissionsgesetze und -verordnungen enthalten keine spezifischen Regeln über den Parteiwechsel im Submissionsverfahren. Die Frage ist daher nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens zu beurteilen¹⁸.

Jedes Verfahren dient der Verwirklichung des materiellen Rechts. Materiellrechtliche Sachverhalte sind auch im Verfahren grundsätzlich zu akzeptieren. Auch im Verwaltungsverfahren gilt daher, dass im Falle einer Universalsukzession von Gesetzes wegen ein Parteiwechsel eintritt¹⁹. Wird ein Anbieter per Fusion übernommen, tritt demnach ohne Weiteres ein Parteiwechsel ein; das Verfahren wird mit der übernehmenden Gesellschaft weitergeführt, lediglich das Rubrum ändert.

⁷ VISCHER, ZK zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Einleitung N 27 ff.; WÄTTER/BÜCHI, (Fn. 5), Art. 52 N 2 ff.

⁸ Bei als «asset deals» gestalteten Transaktionen wird daher auch heute bei wichtigen Verträgen wenn immer möglich die Zustimmung der anderen Vertragspartei eingeholt; es kommt hinzu, dass sich gewieftete Vertragspartner gegen unerwünschte Wechsel des Vertragspartners oft mit sog. «change of ownership» Klauseln schützen.

⁹ Art. 69 Abs. 1 FusG. MALACRIDA, BSK zum Fusionsgesetz, Basel 2005, Art. 69 N 12; BERETTA, ZK zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, vor Art. 69-77 N 26 f.; TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, S. 94.

¹⁰ Art. 73 Abs. 2 FusG. TSCHÄNI, (Fn. 9), S. 95; BERETTA, (Fn. 9), vor Art. 69-77 N 32.

¹¹ BERETTA, (Fn. 9), vor Art. 69-77 N 36 ff.; TSCHÄNI, (Fn. 9), S. 95; VISCHER, (Fn. 7), Einleitung N 27 ff.

¹² BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, N 147 ff.

¹³ GALLI/MOSER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, N 339 ff.; vgl. § 24 Abs. 4 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich, LS 720.11.

¹⁴ Z.B. GALLI/MOSER/LANG, (Fn. 13), N 529.

¹⁵ Art. 11 BoeB; vgl. auch § 36 i.V.m. § 28 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich, LS 720.11.

¹⁶ Z.B. HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N 287 ff.

¹⁷ Kein Parteiwechsel erfolgt bei der Umwandlung, bei der übernehmenden Gesellschaft bei einer Absorptionsfusion und bei der übertragenden Gesellschaft bei der Spaltung.

¹⁸ Vgl. Art. 26 Abs. 1 BoeB.

¹⁹ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., § 21 N 106; MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 9. Juli 1958, Vorbem. zu § 38 N 25.

Auch wo keine Universalsukzession erfolgt, lässt das Verwaltungsverfahren den Parteiwechsel grundsätzlich zu, wenn schutzwürdige Interessen bestehen. Klassisches Beispiel hierfür ist die Veräusserung des Grundstücks, für welches vor der Veräusserung eine Baubewilligung beantragt wurde. In diesem Fall kann der Erwerber in das Bewilligungsverfahren eintreten und muss es nicht von vorn beginnen²⁰. Wie gesagt, ist bei Spaltung und Vermögensübertragung unklar, ob auch Verträge (und damit die dem Vertragsschluss vorangehende Offerte und die Beteiligung an einer Submission) automatisch übergehen. Selbst wenn sich die Meinung durchsetzen sollte, dass die partielle Universalsukzession nur Aktiven und Passiven, nicht aber auch ganze Vertragsverhältnisse erfasst, sollte u.E. ein Parteiwechsel grundsätzlich akzeptiert werden; dies freilich nur dann, wenn der Submittent auch nach der Spaltung wirtschaftlich im Wesentlichen identisch bleibt. Wenn eine Spaltung oder eine Vermögensübertragung den betroffenen Anbieter so umkrempelt, dass er im Grunde als neuer Anbieter zu qualifizieren wäre, liegen eine unzulässige Änderung des ursprünglichen und ein verspätetes neues Angebot vor. Wie in den eingangs erwähnten Fällen veränderter Arbeitsgemeinschaften (Fn. 1) wären solche Anbieter auszuschliessen, was unterlegene Konkurrenten gegebenenfalls auch mit Beschwerde durchsetzen könnten. Wenn jedoch die Identität des Anbieters im Wesentlichen gewahrt bleibt, ist kein Grund ersichtlich, den betreffenden Anbieter auszuschliessen. Weder führt der Parteiwechsel zu einer Bevorzugung des betroffenen oder einer Benachteiligung der konkurrierenden Submittenten noch kann den Vergabebehörden zugemutet werden, den Wettbewerb durch Ausschluss des betroffenen Unternehmens ohne sachlichen Grund zu beschränken. Die Identität des Anbieters kann in Anlehnung an die Praxis zu Art. 333 OR dann bejaht werden, wenn das Schlüsselpersonal und die für den Auftrag entscheidenden materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter im Wesentlichen beibehalten werden²¹. Das ist z.B. der Fall, wenn eine als selbständiges Profitcenter geführte Abteilung eines Unternehmens mit Stammhausstruktur im Rahmen eines sog. «asset deal's» veräussert wird, nicht jedoch dann, wenn lediglich ein einzelner Vertrag übertragen, das Schlüsselpersonal jedoch behalten wird²². Entscheidend ist im Grunde für Vergabebehörde und Konkurrenten, dass man während des ganzen Verfahrens weiss, mit wem man es wirtschaftlich zu tun hat. Der Massstab darf dabei nicht zu streng sein; denn auch bei «gewöhnlichen» Submittenten sind Änderungen innerhalb der unveränderten Struktur gang und gäbe (z.B. bei Wechseln von Mitarbeitern).

D. Die Eignung als Schlüsselkriterium

Dass der Parteiwechsel verfahrensrechtlich zulässig erscheint, bedeutet nun aber nicht automatisch, dass er auch submissionrechtlich unbedenklich ist.

Umstrukturierungen können nachhaltige Auswirkungen auf ein Unternehmen haben, insbesondere auf Personal, Infrastruktur und Finanzierungsverhältnisse. Namentlich Spaltungen und Vermögensübertragungen können dazu führen, dass dem übertragenden oder übertragenen Unternehmensteil Schlüsselpersonal oder Know-how verloren gehen oder dass sich die Finanzierung verschlechtert. Die Eignung muss nicht nur im Zeitpunkt der Offerteingabe, sondern auch und vor allem im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids gegeben sein²³. Submissionrechtlich erscheint es daher geboten, dass nach der Umstrukturierung eines Anbieters geprüft wird, ob im Zeitpunkt des Zuschlags die Eignungskriterien noch erfüllt sind²⁴. Die Vergabebehörde wird in solchen Situationen nötigenfalls zusätzliche Nachweise verlangen; dabei hat sie jedoch streng darauf zu achten, dass der betroffenen Un-

ternehmung nicht gestattet wird, über den Umweg solcher Nachweise ihr Angebot nachzubessern. Ist die Eignung im Zeitpunkt des Zuschlags zu bejahen, kann der Zuschlag trotz der Umstrukturierung erteilt werden; andernfalls ist das betreffende Unternehmen auszuschliessen.

E. Problem der Doppelbeteiligung/Absprachen

Wenn zwei Unternehmen fusionieren, die beide in derselben Ausschreibung ein Angebot eingereicht haben (allein oder in konkurrierenden Konsortien), führt das im Nachhinein zu einer Doppelbeteiligung. Es stellt sich die Frage, wie in einer Ausschreibung mit dieser Situation umgegangen werden muss.

Zunächst fällt in Betracht, dass kein Unternehmen an der gleichen Submission mit zwei Angeboten mitbieten kann²⁵. Wer mehrere Angebote platzieren möchte, kann Unternehmervarianten einreichen. Sind nach den Ausschreibungsbedingungen Varianten ausgeschlossen, kann dieses Verbot nicht durch zwei formell separate Offerten unterlaufen werden. Dies spricht gegen eine Zulassung von Doppelbeteiligungen, die als Folge einer Fusion entstehen.

Dem steht gegenüber, dass es nicht Aufgabe des Submissionrechts sein kann, zivilrechtlich zulässige und wirtschaftlich oft durchaus erwünschte Vorgänge zu verhindern oder unnötig zu erschweren. Es kommt hinzu, dass die Vergabebehörde in der Regel ein Interesse an der Aufrechterhaltung beider Angebote hat und eine Doppelbeteiligung die übrigen Anbieter nicht notwendigerweise benachteiligt. Solange sichergestellt ist, dass die Angebote der späteren Fusionspartner unabhängig voneinander eingereicht wurden, sind wir daher der Auffassung, dass beide Angebote zugelassen werden sollten. Wenn die an der Fusion beteiligten Unternehmen jedoch unzulässige Absprachen getroffen haben, sind grundsätzlich beide Angebote auszuschliessen²⁶.

²⁰ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, (Fn. 19), § 21 N 106; MERKER, (Fn. 19), Vorbem. zu § 38 N 27 ff.

²¹ Zur Betriebsidentität im Betriebsübernahmerecht siehe DENZLER, Zur Tragweite von Art. 333 OR, recht 1998, 66 ff., 70.

²² Ähnlich auch OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13. April 2006, WuW 2006 S. 693 ff.

²³ Selbst nach dem Zuschlag ist es möglich, den Zuschlag zu widerrufen, wenn die Eignung entfällt. Dass dies reichlich selten vorkommt, dürfte weniger an der Rechtslage liegen als vielmehr daran, dass nach erfolgreichem Zuschlag pragmatische Überlegungen überhand nehmen.

²⁴ Dazu, dass die Eignungskriterien auch noch im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sein müssen, siehe z.B. § 28 lit.a der Submissionsverordnung des Kantons Zürich, LS 720.11.

²⁵ Es sind Fälle denkbar, wo eine Doppelbeteiligung zu einem besseren Wettbewerb führt und daher an sich zulässig sein müsste; so erscheint es uns zulässig, den Submittenten zu gestatten, die gleichen Spezialisten beizuziehen, um eine «Monopolisierung» eines Spezialisten durch einen Anbieter zu verhindern.

²⁶ Eine unzulässige Absprache kann z.B. auch darin gesehen werden, dass das übernehmende Unternehmen im Rahmen der sog. Due Diligence Informationen über die Konkurrenzofferte des übernommenen Unternehmens erhielt. Die BRK hat in ihrem Entscheid vom 13. Februar 2006 (VPB 70 Nr. 51) entschieden, dass der Kauf eines an einem konkurrierenden Konsortium beteiligten Unternehmens nicht zum Ausschluss der Erwerberin führe (nicht publizierte E. 3); das Angebot des konkurrierenden Konsortiums war aus technischen Gründen ausgeschlossen worden, weshalb im konkreten Fall das Risiko unzulässiger Absprachen für nicht relevant eingestuft wurde.

III. Die sieben Regeln

Aus dem Gesagten ergeben sich folgende Ableitungen:

1. Das Submissionsrecht ist nicht Selbstzweck. Es soll Umorganisationen weder fördern noch verhindern.
2. Reorganisationen ohne Parteiwechsel sind zu akzeptieren.
3. Reorganisationen mit Parteiwechsel sind zu akzeptieren, falls der betroffene Unternehmensteil per Universalsukzession auf den neuen Rechtsträger übergeht.
4. Vermögensübertragungen und Spaltungen sind submissionsrechtlich zu akzeptieren, falls der übertragene Betrieb oder Betriebsteil im Wesentlichen seine Identität bewahrt.
5. In jedem Fall ist zu prüfen, ob ein von einer Reorganisation betroffenes Unternehmen im Zeitpunkt des Zuschlags die Eignungskriterien noch erfüllt, und zwar insbesondere mit Blick auf das Schlüsselpersonal, die finanziellen Verhältnisse und das Know-how.
6. Schliessen sich Unternehmen zusammen, die als Konkurrenten an der gleichen Submission teilgenommen haben, führt das (auch bei einem Verbot der Doppelbeteiligung) nicht zum Ausschluss, falls sichergestellt ist, dass keine unzulässigen Absprachen getroffen worden sind.
7. Die Vergabeinstanz kann (und soll bei komplexen Ausschreibungen) Regeln über den Umgang mit Reorganisationen aufstellen.

IV. Anwendung der Regeln auf die einzelnen Fälle

A. Umwandlung

Die Umwandlung ist submissionsrechtlich unproblematisch. Im Grunde bleibt mit Ausnahme des juristischen «Kleides» alles beim Alten. Nur dann, wenn das neue Rechtskleid zu einer Reduktion des Haftungssubstrats führt, wäre ein Wegfall der Eignung und damit ein Ausschluss theoretisch denkbar.

B. Fusion

Ist die übernehmende Gesellschaft an der Submission beteiligt, bleibt der Rechtsträger erhalten. Nur wenn die Übernahme zu einem Wegfall der Eignung führt, wäre ein Ausschluss denkbar.

Die übernommene Gesellschaft fällt als Rechtssubjekt dahin. Sie geht ganz in der übernehmenden Gesellschaft auf. Ist diese Gesellschaft an der Submission beteiligt, erfolgt ein Parteiwechsel. Der Übergang erfolgt per Universalsukzession, ist daher auch im Submissionsverfahren ohne Weiteres zu akzeptieren, immer unter der Voraussetzung, dass die Eignung durch die Transaktion nicht entfallen ist.

Führt eine Fusion zu einer Doppelbeteiligung, dürfen beide Angebote weiter behandelt werden, falls sichergestellt ist, dass keine unzulässigen Absprachen getroffen wurden.

C. Spaltung

Ist jener Unternehmensteil an einer Submission beteiligt, der per Auf- oder Abspaltung auf einen neuen Rechtsträger übergegangen ist, wird man den Parteiwechsel zulassen, wenn zum einen der übertragene Unternehmensteil im Wesentlichen identisch bleibt und zum andern seine Eignung erhalten bleibt.

D. Vermögensübertragung

Wie bei der Spaltung ist eine Vermögensübertragung submissionsrechtlich dann unbedenklich, wenn Identität und Eignung des Anbieters erhalten bleiben.

V. Schlussbemerkungen

Wir haben versucht, Lösungen aufzuzeigen, wie Vergabebehörden verfahren sollen, wenn Submittenten während des Verfahrens (oder auch nach dem Zuschlag) juristisch umstrukturiert werden. Geprägt von der Überzeugung, dass Submissionsrecht nicht Selbstzweck sein darf, befürworten wir einen liberalen Ansatz. Solange Identität und Eignung des Anbieters gewahrt bleiben, hat im Grunde niemand ein legitimes Interesse, einen betroffenen Anbieter vom Wettbewerb auszuschliessen. Namentlich Fusionen sind langwierige Prozesse mit ungewissem Ausgang. Man wird den beteiligten Unternehmen daher kaum zumuten können, die Umstrukturierung entweder aufzuschieben oder eine Submissionspause einzulegen.

Am heikelsten sind die Spaltungen und Vermögensübertragungen. Nicht nur ist hier unklar, ob nebst Aktiven und Passiven auch die sonstigen Rechtsverhältnisse, namentlich die Vertragsverhältnisse, per Universalsukzession übergehen; auch sind hier die Risiken wesentlich grösser, dass sich ein Anbieter so stark verändert, dass er seine Identität und Eignung verliert. Die Vergabebehörde wird hier daher gut beraten sein, Eignung und Identität besonders kritisch zu hinterfragen.

Freilich wird man generell keine allzu strengen Massstäbe anlegen dürfen. Denn Änderungen innerhalb von Unternehmen sind auch dann eher die Regel als die Ausnahme, wenn sich diese Änderungen nicht in einer formellen Änderung des an der Submission beteiligten Rechtsträgers auswirken. Und das Submissionsrecht soll – seiner Funktion gemäss – den Realitäten in der Unternehmenswelt nicht ausweichen, sondern sie akzeptieren, solange die legitimen Interessen von Gemeinwesen und Konkurrenten gewahrt bleiben.