

# Inhouse-Geschäfte nach dem neuen GWB

von Rechtsanwalt Holger Hofmann, Köln\*

Immer wieder geben sog. Inhouse-Geschäfte Anlass dazu, sich mit ihrer rechtlichen Bewertung und vor allem der damit verbundenen Frage einer zulässigen Ausschreibungsfreiheit auseinanderzusetzen. Seit 1999 haben sich die europäische und nationale Rechtsprechung regelmäßig mit den Kriterien für eine zulässige Inhouse-Vergabe befasst und dazu richterrechtliche Vorgaben entwickelt. In 2014 hat durch die Novelle der EU-Vergaberichtlinien erstmals eine Kodifizierung der rechtlichen Anforderungen für öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors stattgefunden. Im Mai 2015 hat das BMWi einen Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModG) zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien vorgelegt, das u.a. die Ausnahmen bei der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit regelt. Hierzu zählen auch Inhouse-Geschäfte. Wie von der Bundesregierung angekündigt, handelt es sich im Wesentlichen um eine „eins-zu-eins“-Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien. Es bleibt somit nicht aus, dass sich im mittlerweile verabschiedeten nationalen Gesetz (GWB-neu) die bereits bei der Bewertung des Richtlinienrechts erörterten Aspekte und Unklarheiten wiederfinden.

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die erstmals kodifizierten Vorgaben für Inhouse-Geschäfte nach dem GWB-neu und beleuchtet die unterschiedlichen Konstellationen der Inhouse-Vergabe.

## I. Ausgangslage

### 1. Hintergrund der ausschreibungsfreien Inhouse-Vergabe

Es gibt für einen öffentlichen Auftraggeber keine Verpflichtung, Aufträge an Dritte in den Markt zu vergeben, wenn die Leistungen selbst erbracht werden können oder die Erbringung durch andere Mittel als durch öffentliche Aufträge organisiert werden soll.<sup>1</sup> Es ist daher anerkannt, dass die Vergabefreiheit bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit durch den vom EuGH wiederholt hervorgehobenen Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung gerechtfertigt ist.<sup>2</sup> Es soll gerade kein Zwang zur Aufgabenprivatisierung bestehen, vielmehr soll es der öff-

fentlichen Hand obliegen, zu entscheiden, ob sie als Nachfrager am Markt auftreten will oder ihre Aufgaben intern mit eigenen Mitteln erledigen kann und möchte. Verlässt der öffentliche Auftraggeber den Bereich der Eigenerledigung und entscheidet sich für eine Nachfrage am Markt, hat eine Auftragsvergabe transparent und unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots zu erfolgen, um eine diskriminierende Bevorzugung einzelner Privater und damit mögliche Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

### 2. Bisherige Rechtsgrundlage

Vor dem Hintergrund einer sachgerechten Skizzierung der Eigenerledigung bedarf es genauer Kriterien für ein vergabefreies Inhouse-Geschäft. Diese wurden bislang durch die Rechtsprechung des EuGH in einer Vielzahl von Entscheidungen aufgestellt und immer weiter präzisiert. Dabei legte der EuGH seinen Entscheidungen stets die Auslegung des jeweiligen Richtlinienrechts sowie das vorrangige EU-Primärrecht zugrunde. Ausgehend von der „Teckal“-Entscheidung<sup>3</sup> aus dem Jahr 1999 stellte der EuGH ursprünglich auf zwei Kriterien ab: die Kontrolle über den Auftragnehmer wie über eine eigene Dienststelle und die Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber. Aus dem Kontrollkriterium leitete sich später ein drittes, eigenständiges Abgrenzungsmerkmal – der Ausschluss bei privater Beteiligung – ab.<sup>4</sup> Anhand

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt bei Oppenhoff & Partner Rechtsanwälte Steuerberater mbB in Köln. Für die wertvolle Unterstützung dankt er seinen wissenschaftlichen Mitarbeitern Frau Anika Krüger und Herrn Sebastian Koch.

1 So auch Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund Nr. 5.

2 Vgl. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl., § 99 GWB, Rdnr. 94 f. m.w.N.

3 Vgl. EuGH, Urt. v. 18.11.1999 – C-107/98, NZBau 2000, 90 ff.; daran anschließend EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03, VergabeR 2005, 737; EuGH, Urt. v. 11.01.2005 – C-26/03, VergabeR 2005, 44; EuGH, Urt. v. 11.05.2006 – C-340/04, VergabeR 2006, 478; EuGH, Urt. v. 19.04.2007 – C-295/05, VergabeR 2007, 487; EuGH, Urt. v. 13.11.2008 – C-324/07, VergabeR 2009, 440.

4 So stellte der EuGH in seiner „Stadt Halle“-Entscheidung fest, dass eine – auch nur minderheitliche – private Beteiligung wegen der damit einhergehenden Interessenkonflikte eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausschließe, EuGH, Urt. v. 11.1.2005 – C-26/03, EuZW 2005, 86 (Rdnr. 49 f.).

dieser Kriterien überprüft der EuGH die Inhouse-Fähigkeit vor dem Hintergrund der Wettbewerbsbetroffenheit und der Existenz divergierender Interessen. Auf die einzelnen Kriterien soll im Folgenden näher eingegangen werden.

## II. Kriterien der Inhouse-Vergabe

Liegen alle Kriterien *kumulativ* vor, so ist eine aus-schreibungsfreie Direktvergabe möglich.

### 1. Kontrollkriterium

Das erstmals in der „Teckal“-Entscheidung entwickelte sog. Kontrollkriterium besagt, dass ein vergabefreies Eigengeschäft nur dann vorliegt, wenn der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt.<sup>5</sup> Letztendlich ist darauf abzustellen, welche Beteiligungsrechte des Auftraggebers bei seinem ausgesuchten Auftragnehmer konkret bestehen. Die Kapitalbeteiligung des Auftraggebers kann hier eine indizielle Wirkung haben, ist jedoch in der Regel allein nicht ausschlaggebend. So kann etwa auch ein nur minderheitsbeteiligter Auftraggeber durch eine entsprechende Beteiligung auf Leitungsebene die erforderlichen Kontrollmöglichkeiten ausüben.<sup>6</sup> Auf der anderen Seite ist bei einer zu 100 % zum Auftraggeber gehörenden Gesellschaft nicht automatisch der erforderliche Grad an Kontrolle gegeben.<sup>7</sup> Dies kann etwa bei einer AG der Fall sein, deren Geschäftsleitungsorgan in eigener Verantwortung und nicht weisungsgebunden handelt (§§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG). Erst wenn die Kontrolle als wirksam in struktureller und funktioneller Hinsicht angesehen werden kann, ist die Anforderung an das Kontrollkriterium erfüllt.<sup>8</sup>

### 2. Keine Beteiligung Privater

Als weiteres Kriterium darf nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH keine private Beteiligung an der beauftragten juristischen Person vorliegen. Eine auch nur minderheitliche Beteiligung Privater am Auftragnehmer soll das zuvor dargestellte Kontrollkriterium ausschließen.<sup>9</sup> Der Gleichlauf gemeinsamer Interessen sei bei der Verfolgung öffentlicher Interessen einerseits und beim Vorliegen privater Interessen andererseits vor dem Hintergrund des Ziels eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und dem Gleichbehand-

lungsgrundsatz nicht gewährleistet, so der EuGH. Insbesondere soll hierdurch eine diskriminierende Bevorzugung einzelner Privater vermieden werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die an der Gewinnerzielung orientierten privaten Interessen in den Vordergrund treten.

### 3. Wesentlichkeitskriterium

Der Auftragnehmer muss schließlich im Wesentlichen Tätigkeiten für den öffentlichen Auftraggeber ausüben und andere Tätigkeiten dürfen lediglich rein nebensächlich sein, damit ein vergabefreies Eigengeschäft bejaht werden kann. Hiermit wird sichergestellt, dass eine ausreichend enge Verbindung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem ausgewählten Auftragnehmer besteht, die eine Vergabefreiheit erlaubt. Als Maßstab, ob eine Tätigkeit wesentlich ist oder nicht, wird in der Regel der Umsatz des potentiellen Auftragnehmers herangezogen. Die Rechtsprechung hat allerdings stets betont, dass bei der tatsächlichen Tätigkeit in jedem Einzelfall die quantitativen und qualitativen Umstände in einer wertenden Gesamtbetrachtung zu beurteilen sind.<sup>10</sup>

### 4. Unklarheiten bei Inhouse-Geschäften

Trotz umfangreicher Rechtsprechung zu den drei Kriterien der Inhouse-Vergabe bestehen bei der Anwendung der Vorgaben für Inhouse-Geschäfte in einigen Punkten weiterhin Unklarheiten. So wurden und werden in der Praxis und Literatur Inhouse-Konstellationen thematisiert, die bislang nicht oder nur teilweise Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH waren. Dazu zählen etwa die sog. „Enkel“-Konstellationen – also Auftragsvergaben nicht unmittelbar an eine Tochtergesell-

5 Vgl. EuGH, Urt. v. 18.11.1999 – C-107/98, NZBau 2000, 90 (Rdnr. 50).

6 EuGH, Urt. v. 29.11.2012 – C-182/11, VergabeR 2013, 202; EuGH, Urt. v. 19.04.2007 – C-295/05, VergabeR 2007, 487.

7 Vgl. EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03, VergabeR 2005, 737 (Rdnr. 70 ff.).

8 EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03, VergabeR 2005, 737 (Rdnr. 65); EuGH, Urt. v. 11.05.2006 – C-340/04, VergabeR 2006, 478 (Rdnr. 36).

9 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.01.2005 – C-26/03, VergabeR 2005, 44 (Rdnr. 49 ff.); EuGH Urt. v. 08.04.2008 – C-337/05, NZBau 2008, 401 (Rdnr. 38 f.).

10 EuGH, Urt. v. 11.05.2006 – C-340/04, VergabeR 2006, 478 (Rdnr. 64).

schaft, sondern an ein Unternehmen, das von der Tochtergesellschaft beherrscht wird. Unklar ist auch der Umgang mit invers-vertikalen („Tochter“ vergibt einen Auftrag an „Mutter“) und horizontalen Inhouse-Konstellationen (Schwestergesellschaft vergibt einen Auftrag an ein anderes Schwesterunternehmen). Ferner sind die Anforderungen an eine gemeinsame Kontrolle bei gemeinschaftlichen Inhouse-Geschäften nicht eindeutig und abschließend definiert. Auch existieren zur – noch zulässigen – Drittumsatzgrenze im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums keine allgemeingültigen Vorgaben. Zwar lässt sich anhand der dazu ergangenen Entscheidungen der Gerichte eine ungefähre Richtschnur<sup>11</sup> erkennen, jedoch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich hierbei stets um Einzelfälle handelte, die ein Gericht zu entscheiden hatte. Für eine rechtssichere Behandlung von zulässigen oder eben unzulässigen Inhouse-Konstellationen fehlt es bislang an eindeutigen, vorhersehbaren und für alle Rechtsanwender gleichermaßen geltenden Regelungen.

### III. Kodifizierung der einzelnen Inhouse-Konstellationen

#### 1. EU-Vergaberichtlinien

Auf EU-Ebene sind die Inhouse-Konstellationen in Art. 12 Richtlinie 2014/24/EU (Allgemeine Vergaberichtlinie für klassische öffentliche Auftraggeber), Art. 28 Richtlinie 2014/25/EU (Sektorrichtlinie) und Art. 13, 14 Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsrichtlinie) kodifiziert. Die Richtlinien enthalten insoweit im Wesentlichen identische Regelungen und unterscheiden sich nur im Adressatenkreis. Die Umsetzungsfrist endet am 18.04.2016.

#### 2. Die Umsetzung in deutsches Recht

Im Mai 2015 legte das federführende BMWi einen ersten Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModG) vor. Mit leichten Änderungen, die nicht die Vorschriften zur Inhouse-Vergabe betrafen, hat der Bundestag am 17.12.2015 das VergRModG beschlossen.<sup>12</sup> Einen Tag später, am 18.12.2015, passierte das Gesetz auch den Bundesrat.<sup>13</sup> Das VergRModG wird somit wie geplant innerhalb der Umsetzungsfrist in Kraft treten und setzt das Richtlinienrecht im Wesentlichen „eins-zu-eins“ um.

Die Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB-neu) bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit sind in § 108 GWB-neu geregelt, worunter auch die vergabefreien Inhouse-Geschäfte fallen. § 108 GWB-neu unterscheidet, wie die Vorschriften der EU-Vergaberichtlinien, grundsätzlich zwischen der Zusammenarbeit auf vertikaler und horizontaler Ebene.<sup>14</sup> Die vertikale öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, die die unterschiedlichen Inhouse-Konstellationen betrifft, ist in § 108 Abs. 1 bis 5 GWB-neu geregelt.

#### a) Klassisch-vertikale Inhouse-Geschäfte

Das klassisch-vertikale Inhouse-Geschäft ist in § 108 GWB-neu normiert und baut wie die entsprechenden Vorschriften in den EU-Vergaberichtlinien im Wesentlichen auf der Rechtsprechung des EuGH auf.

##### aa) Kontrollkriterium

Nach § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB-neu liegt nur dann ein vergabefreies Eigengeschäft vor, wenn der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt. Die Ausübung einer Kontrolle wird nach § 108 Abs. 2 Satz 1 GWB-neu vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt. Diese Definition des Kontrollkriteriums ist die in Gesetzesrecht gegossene Rechtsprechung aus der „Teckal“-Entscheidung des EuGH. § 108 Abs. 2 Satz 1 GWB-neu sieht eine widerlegbare Vermutung vor, bei der auf die vom EuGH entwickelten Grundsätze und Fallbeispiele weiterhin zurückgegriffen wer-

11 So geht der EuGH in einigen Entscheidungen von einer Drittumsatzgrenze von 10 % aus, vgl. EuGH, Urt. v. 19.4.2007 – C 295/05, VergabR 2007, 487 (Rdnr. 63). Das OLG Celle hingegen sprach sich bislang gegen ein erlaubtes Inhouse-Geschäft bereits bei einem Drittumsatz von 7,5 % aus, tendiert aber neuerdings ebenfalls zu einer Grenze von 10 %, OLG Celle, NZBau 2015, 178 (Rdnr. 33).

12 BT Plenarprotokoll 18/146, S. 14428; Gesetzentwurf s. BT-Drs. 18/6281.

13 BR Plenarprotokoll 940, S. 515.

14 Die Kooperation von Verwaltungsträgern auf horizontaler Ebene, auch interkommunale Zusammenarbeit oder „In-State-Geschäfte“ genannt, ist in § 108 Abs. 6 GWB-neu geregelt und wird in diesem Beitrag nicht behandelt.

den kann.<sup>15</sup> D.h. also, dass bei der Anwendung des § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB-neu eine *wirksame* Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers über die juristische Person entscheidend ist, und zwar strukturell mit Blick auf die strategischen Ziele wie in funktioneller Hinsicht, also bezogen auf die sonstigen wichtigen Entscheidungen.<sup>16</sup>

### bb) Drittumsatzkriterium

Gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-neu müssen mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde. Zur Bestimmung des prozentualen Anteils ist gemäß § 108 Abs. 7 Satz 1 GWB-neu der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre oder andere geeignete tätigkeitsgestützte Werte heranzuziehen.<sup>17</sup> Liegen entsprechende Wertgrößen nicht vor (etwa bei Markt-Newcomern), so reicht es aus, wenn der tätigkeitsgestützte Wert durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht wird (§ 108 Abs. Abs. 7 Satz 3 GWB-neu).

Es wird vertreten, dass bei der Ermittlung der Wertgrenze etwa auch auf Arbeitszeitanteile abgestellt werden kann, nicht aber auf den Gewinn.<sup>18</sup> Da der Gesetzestext offen gehalten ist („zum Beispiel“) und die Gesetzesbegründung hier ebenfalls keine weiteren Ergänzungen liefert, ist die Heranziehung von anderen tätigkeitsgestützten Werten nicht ausgeschlossen. Dabei könnte z.B. auf die aufgewendete Zeit oder den Personaleinsatz abgestellt werden, was zu einer von einer umsatz- oder kostengestützten Betrachtung abweichenden Bewertung führen kann.<sup>19</sup> Unklarheiten, die insoweit schon in Bezug auf die EU-Vergaberichtlinien bestanden, sind leider nicht vom nationalen Gesetzgeber aufgegriffen und geklärt worden.

Die neue 80 %-Grenze verfolgt das Ziel, die bisher bestehende Rechtsunsicherheit in Bezug auf den erlaubten Drittumsatz zu beseitigen.<sup>20</sup> Die Regelung des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-neu folgt der Rechtsprechung des EuGH nicht uneingeschränkt, sondern geht über diese hinaus: Der EuGH ist in der Vergangenheit von einer für Inhouse-Geschäfte unschädlichen Betätigung in einer Größenordnung von 10 % des Umsatzes ausgegangen und hatte eine Heranziehung einer 20 %-Grenze in entsprechender Anwendung der damals geltenden

Sektorenrichtlinie abgelehnt.<sup>21</sup> Der europäische und in der Folge der Umsetzung nun auch der deutsche Gesetzgeber hat sich von der Bewertung des EuGH, der offenbar eine Ausweitung der wirtschaftlichen Tätigkeit von öffentlich beherrschten Unternehmen nicht für geboten hielt, abgewandt und hat den Rahmen für vergabefreie Inhouse-Geschäfte nicht unerheblich erweitert.

Bei den Tätigkeiten einer juristischen Person für einen öffentlichen Auftraggeber kommt es wie bisher nicht darauf an, wem die Leistung zugute kommt. Der Begünstigte kann also der Auftraggeber oder ein davon abweichender Nutzer der Leistungen sein.<sup>22</sup>

Es spricht einiges dafür, dass der Anwendungsbereich von Inhouse-Geschäften auch im Hinblick auf den Kreis der Tätigkeiten erweitert ist, die bei der Ermittlung der Wesentlichkeitsgrenze herangezogen werden können. So stellt der EuGH in seiner bisherigen Entscheidungspraxis stets auf den Umsatz ab, den das betroffene Unternehmen *auf Grund der Vergabeentscheidungen* der kontrollierten Körperschaft erzielt.<sup>23</sup> Hiervon ist anscheinend mit der verwendeten Formulierung der *Betrauerung mit Aufgaben* bewusst abgewichen worden. Es muss daher angenommen werden, dass es bei der Tätigkeit der kontrollierten juristischen Person nicht mehr allein darauf ankommt, ob diese auf der Grundlage einer Vergabeentscheidung des Kontrollierenden ausgeführt wird, sondern auch anderweitig veranlasst sein kann.<sup>24</sup> Die Gesetzesbegründung enthält dazu keine weiteren Hinweise, wie der deutsche

15 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.05.2006 – C-340/04, VergabeR 2006, 478; EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03, VergabeR 2005, 737; EuGH, Urt. v. 13.11.2008 – C-324/07, VergabeR 2009, 440.

16 Vgl. Ziekow, NZBau 2015, 258 (259).

17 Geeignete tätigkeitsgestützte Werte sind z.B. Kosten, die der juristischen Person oder dem öffentlichen Auftraggeber in dieser Zeit in Bezug auf Liefer-, Bau- und Dienstleistungen entstanden sind, § 108 Abs. 7 Satz 2 GWB-neu.

18 Vgl. Ziekow, NZBau 2015, 258 (260).

19 Vgl. Knauff, EuZW 2014, 486 (488).

20 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 80.

21 EuGH, Urt. v. 19.04.2007 – C-295/05, VergabeR 2007, 487; EuGH, Urt. v. 11.5.2006 – C-340/04, NJW 2006, 2679 (Rdnr. 50 ff.).

22 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 80.

23 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.05.2006 – C-340/04, VergabeR 2006, 478 (Rdnr. 65).

24 S. Ziekow, NZBau 2015, 258 (260), der nicht jede Form der Veranlassung als ausreichend erachtet, sondern einen besonderen Akt der Betrauerung unter Heranziehung von Art. 106 Abs. 2 AEUV für erforderlich hält.



Gesetzgeber die Formulierung des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-neu im Rahmen der Bemessung der zulässigen Fremdständigkeit verstanden wissen will. Sicherlich stellt sich hier die Frage nach dem praxisrelevanten Umfang von zu berücksichtigenden Tätigkeiten eines Auftragnehmers, die nicht durch eine Vergabeentscheidung veranlasst werden. Es bleibt aber dennoch ungewiss, welche Tätigkeiten konkret bei der Ermittlung der Fremdumsatzgrenze in Zukunft berücksichtigt werden können.

### cc) Beteiligung Privater

Als weitere Voraussetzung darf nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB-neu keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person bestehen. Eine Ausnahme gilt für nicht beherrschende Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln. Grund für diese Vorschrift ist, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Wettbewerbsverfahren bei der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit einem privaten Unternehmen, welches am Kapital der kontrollierten juristischen Person beteiligt ist, einen unzulässigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffen würde.<sup>25</sup> Diese Vorschrift knüpft an die „Stadt Halle“-Entscheidung des EuGH an, wonach jede private Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer einem vergabefreien Inhouse-Geschäft entgegensteht.<sup>26</sup> Es sollen jedoch nach dem GWB-neu – den EU-Vergaberichtlinien entsprechend – bestimmte, keine Kontrolle vermittelnde Formen der privaten Kapitalbeteiligung zulässig sein, was von der bisherigen Rechtsprechung des EuGH abweicht. Die Zielsetzung der EU-Vergaberichtlinien war insofern, den besonderen Merkmalen öffentlicher Einrichtungen mit Pflichtmitgliedschaften Rechnung zu tragen, bei denen die Kapitalbeteiligung bestimmter privater Wirtschaftsteilnehmer gesetzlich vorgeschrieben ist.<sup>27</sup>

Es wird im GWB-neu allein auf eine *direkte* Beteiligung an der kontrollierten juristischen Person abgestellt. Daher stellt sich die Frage, ob und wenn ja, welche Möglichkeiten indirekter Kapitalbeteiligung Privater bestehen, die einer vergabefreien Inhouse-Vergabe nicht entgegenstehen. Nach dem

Willen des Gesetzgebers ist jedenfalls eine private Kapitalbeteiligung am kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber unschädlich. Der Hintergrund sei, dass eine private Kapitalbeteiligung am kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zu einer nachteiligen Beeinflussung des Wettbewerbs zwischen privaten Unternehmen führt.<sup>28</sup> Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nicht uneingeschränkt. Die Auffassung erscheint auch nicht in jedem Fall unbedenklich, da der private Anteilseigner an der kontrollierten juristischen Person quotal beteiligt ist und daher Vorteile im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern aufgrund ihrer erfolgreichen Auftragstätigkeit erlangen könnte.<sup>29</sup>

Fraglich ist, ob es darüber hinaus weitere Formen der indirekten Kapitalbeteiligung Privater gibt, die einem vergabefreien Inhouse-Geschäft nicht entgegenstehen. Es wird teilweise vertreten, dass stille Gesellschaften oder private Kapitalbeteiligungen auf nachgelagerten Ebenen des Auftragnehmers als eine Möglichkeit der indirekten privaten Beteiligung in Betracht kommen.<sup>30</sup> Ob diese indirekten Beteiligungsformen in jedem Fall eine Inhouse-Unschädlichkeit begründen können, ist fraglich. Weder die Gesetzesbegründung noch die Erwägungsgründe der EU-Vergaberichtlinien enthalten weitere Erläuterungen für den Rechtsanwender, was eine zulässige indirekte private Kapitalbeteiligung sein kann (mit Ausnahme einer privaten Kapitalbeteiligung am öffentlichen Auftraggeber). Welche Formen indirekter Beteiligung Privater zulässig sind, ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, der in der Vergangenheit bei derartigen Konstellationen regelmäßig auf die Wettbewerbsbetroffenheit und das Vermeiden eines unzulässigen Vorteils im Wettbewerb durch den Wegfall der Ausschreibungspflicht abgestellt hat, letztlich eine Frage des Einzelfalles.

25 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 80.

26 EuGH, Urt. v. 11.01.2005 – C-26/03, VergabeR 2005, 44.

27 Vgl. Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund 32; in Deutschland gilt das für Wasserzweckverbände mit gesetzlich vorgeschriebener Beteiligung Dritter (Lippeverband, Emschergenossenschaft).

28 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 81; Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund 32.

29 So Jaeger, NZBau 2014, 259 (261).

30 Vgl. Orłowski, NZBau 2007, 80 (82 f.); Sudbrock, KommJur 2014, 41 (44); differenzierend Dabringhausen, VergabeR 2014, 512 (516 f.)

**b) Inhouse-Geschäfte in der Enkel-Konstellation**

Die sog. „Enkel-Konstellation“ beschreibt den Fall, dass die erforderliche Kontrolle durch eine andere juristische Person ausgeübt wird, die wiederum durch den öffentlichen Auftraggeber kontrolliert wird. Sie ist in § 108 Abs. 2 Satz 2 GWB-neu geregelt und entspricht einem vertikalen Inhouse-Geschäft mit der Besonderheit, dass die dienststellenähnliche Kontrolle nicht unmittelbar durch den öffentlichen Auftraggeber, sondern über eine andere – zwischengeschaltete – juristische Person ausgeübt wird.

Dabei muss der Grad der erforderlichen Kontrolle (siehe oben unter Ziffer III.2.a) aa)) auf beiden Ebenen gegeben sein, also sowohl auf der Ebene „Tochter“ zu „Enkel“ als auch auf der Ebene „öAG“ zu „Tochter“ (§ 108 Abs. 2 Satz 2 a.E. GWB-neu: „... die von dem öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird“)<sup>31</sup>. Nur so ist eine erforderliche Durchgriffskontrolle gewährleistet.

Das Wesentlichkeitskriterium muss in Anwendung des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-neu im Verhältnis vom Auftragnehmer („Enkel“) zum öffentlichen Auftraggeber, der diesen mit der Ausführung der Aufgaben betraut hat, erfüllt sein.<sup>32</sup> Bei der Ermittlung des maßgeblichen Umsatzes kann nach dem Wortlaut der Norm nicht auf die andere, vom öffentlichen Auftraggeber kontrollierte juristische Person abge-

stellt werden (in Abb. 1 die „Tochter“), da diese den Auftragnehmer nicht mit der Ausführung der Aufgaben betraut hat. Es lässt sich dennoch nach dem Telos des Inhouse-Privilegs vertreten, dass die umsatzbezogene Tätigkeit für die „Tochter“ berücksichtigt und dem öffentlichen Auftraggeber zugerechnet werden kann. Denn das Wesentlichkeitskriterium stellt auf die Marktausrichtung und einen unzulässigen Vorteil des Leistungserbringers gegenüber anderen Marktteilnehmern ab, der nicht vorliegt, soweit die Grenze für Umsätze mit Privaten nicht überschritten wird.

**c) Inverse und horizontale Inhouse-Geschäfte**

Die Fallgruppen inverser und horizontaler Inhouse-Vergaben waren bisher von der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt. Nun sieht § 108 Abs. 3 GWB-neu vergabefreie Inhouse-Geschäfte auch für diese Konstellationen vor. § 108 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 GWB-neu betrifft den Fall, dass eine kontrollierte juristische Person, die ebenfalls öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB-neu ist, einen Auftrag an ihren kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber vergibt (Auftragsvergabe von der „Tochter“ an die „Mutter“). Bei dieser Konstellation handelt es sich demnach um eine Umkehrung eines klassisch-vertikalen Inhouse-Geschäfts (auch Bottom-Up-Inhouse-Geschäft genannt).

Bei der horizontalen Inhouse-Konstellation nach § 108 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 GWB-neu beauftragt eine solche kontrollierte juristische Person ein von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliertes Unternehmen (Auftragsvergabe im Schwesternverhältnis).

Neben dem Kontrollkriterium gilt in beiden Alternativen auch das Wesentlichkeitskriterium sowie der Ausschluss bei direkter privater Beteiligung in entsprechender Anwendung des § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB-neu. Das stellt die Gesetzesbegründung nochmals ausdrücklich fest.<sup>33</sup> Damit hat sich auch die im Rahmen der Auslegung der EU-Vergaberichtlinien aufgeworfene Frage erübrigt, ob es in solchen Konstellationen – zurückgeführt auf eine wohl ungenaue Formulierung des europäischen Ge-

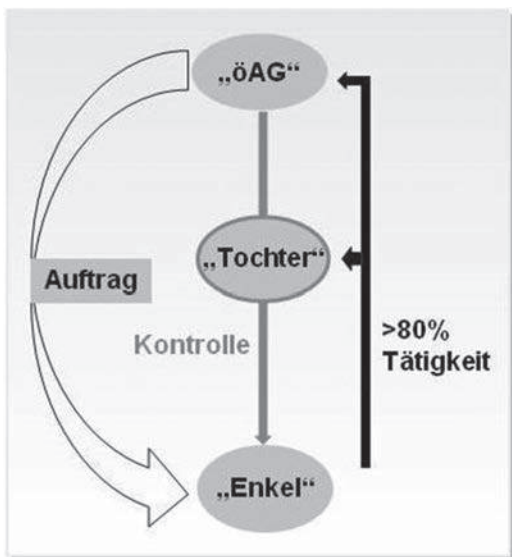


Abb. 1: Struktur einer Enkel-Inhouse-Konstellation

31 S. zum Erfordernis der Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten bei einem mehrstufigen Kontrollverhältnis, OLG Düsseldorf, NZBau 2004, 58 (59).

32 Vgl. Greb, VergabeR 2015, 289 (293), der von einer Wahlmöglichkeit ausgeht.

33 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 81.

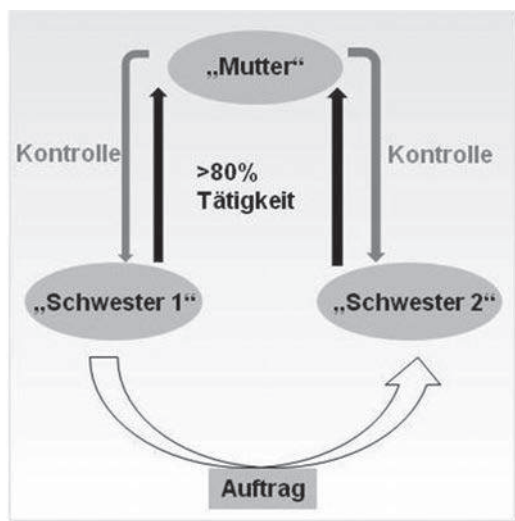


Abb. 2: Struktur einer Vergabe im Schwesternverhältnis

setzgebers – nicht mehr auf eine wesentliche Tätigkeit ankommt.<sup>34</sup> Beim inversen Inhouse-Geschäft bleibt es dabei, dass die wesentliche Tätigkeit von der kontrollierten juristischen Person, in diesem Sonderfall also vom auftraggebenden Unternehmen, gefordert werden muss. Bei der horizontalen Inhouse-Konstellation sieht § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-neu für die wesentliche Tätigkeit eine Wahlmöglichkeit zwischen dem kontrollierenden und dem kontrollierten öffentlichen Auftraggeber vor.<sup>35</sup>

#### d) Gemeinschaftliche Kontrolle über den Auftragnehmer

§ 108 Abs. 4, 5 GWB-neu regelt das gemeinschaftliche Inhouse-Geschäft als weitere Ausnahme von der öffentlichen Auftragsvergabe. In diesem Fall ist weder eine Kontrolle durch den konkreten öffent-

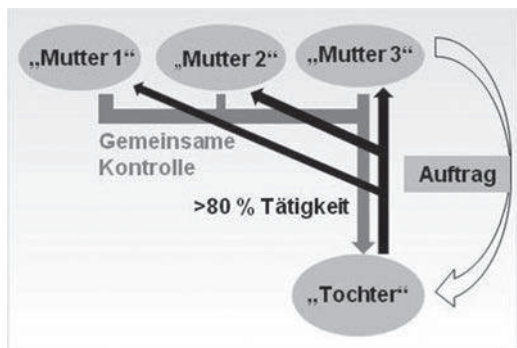


Abb. 3: Struktur bei sog. gemeinschaftlichen Inhouse-Geschäften

lichen Auftraggeber noch das Wesentlichkeitskriterium i.S.d. § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-neu erfüllt.

Ein vergabefreies Inhouse-Geschäft ist dennoch möglich, wenn die Kontrolle des Auftragnehmers gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern ausgeübt wird. Wann eine ausreichende gemeinsame Kontrolle vorliegt, bestimmt § 108 Abs. 5 GWB-neu, dessen Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen:

- Sämtliche teilnehmende öffentliche Auftraggeber müssen in den beschlussfassenden Organen des kontrollierten Unternehmens vertreten sein, wobei eine Vertretung durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber möglich ist,
- es muss gemeinsam ein Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen des Unternehmens bestehen und
- es darf keine Interessendivergenz bestehen.

Bei der Bestimmung eines gemeinsamen maßgeblichen Einflusses kann auf die dazu entwickelte Rechtsprechung zurückgegriffen werden.<sup>36</sup> Es wird zu Recht die Frage aufgeworfen, ob § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB-neu einen eigenständigen Regelungsgehalt hat oder ob nicht schon divergierende Interessen ausgeschlossen sein dürften, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 GWB-neu vorliegen.<sup>37</sup> Die praktische Bedeutung des § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB-neu dürfte daher eher gering sein.

Die Tätigkeit nach dem Wesentlichkeitskriterium bezieht sich auf alle beteiligten kontrollierenden Auftraggeber insgesamt (§ 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB-neu) und auch hier schließt eine direkte private Kapitalbeteiligung unter entsprechender Berücksichtigung des § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB-neu die Vergabefreiheit aus. Die kontrollierte juristische Person kann auch Aufträge ausschreibungsfrei an einen sie kontrollierenden öffentlichen Auftrag-

<sup>34</sup> Vgl. dazu Dabringhausen, VergabeR 2014, 512 (521); Zieckow, NZBau 2015, 258 (262).

<sup>35</sup> So auch Greb, VergabeR 2015, 289 (294).

<sup>36</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 11.05.2006 – C-340/04, VergabeR 2006, 478 (Rdnr. 36); EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03, VergabeR 2005, 737 (Rdnr. 65); EuGH, Urt. v. 13.11.2008 – C-324/07, VergabeR 2009, 440 (Rdnr. 28); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.01.2013 – VII-Verg 56/12, VergabeR 2013, 589.

<sup>37</sup> Vgl. Greb, VergabeR 2015, 289 (294); Dabringhausen, VergabeR 2014, 512 (522).

geber vergeben, soweit die Voraussetzungen des § 108 Abs. 4, 5 GWB-neu vorliegen (inverses gemeinschaftliches Inhouse-Geschäft).<sup>38</sup>

#### IV. Fazit

Obleich der EuGH in der Vergangenheit in einer Vielzahl von Entscheidungen bereits umfassend Kriterien für die Inhouse-Vergabe aufgestellt hat, trägt die nationale Kodifizierung der Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit im GWB-neu erheblich zur Rechtssicherheit und -klarheit bei. Die nun in das GWB-neu aufgenommenen Bestimmungen zu Inhouse-Geschäften sind daher grundsätzlich zu begrüßen.

Die neuen Regelungen zur ausschreibungsfreien Inhouse-Vergabe basieren in weiten Teilen auf der Rechtsprechung des EuGH. Es ist jedoch zu konstatieren, dass der europäische Gesetzgeber den Anwendungsbereich für Inhouse-Geschäfte durch die Aufnahme von Konstellationen, die zumindest bis-

lang nicht Gegenstand der Rechtsprechung waren, und die Ausweitung des erlaubten Drittumsatzes des kontrollierten Auftragnehmers nicht unerheblich erweitert hat. Dies ist bei der Umsetzung – wie von der Bundesregierung angekündigt – ins deutsche Recht gleichsam übernommen worden.

Wünschenswert wäre gewesen, wenn sich der nationale Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung mit den kritischen Punkten und inhaltlichen Unklarheiten, die sich aus den Richtlinienvorschriften – insbesondere bei der indirekten Beteiligung Privater und dem Begriff der Betrauung – ergeben, auseinandergesetzt und eine Klarstellung für eine handhabbare Praxisanwendung vorgenommen hätte. Dies ist leider nicht zufriedenstellend erfolgt, so dass noch einige ungeklärte Fragen bestehen, die die Praxis und im Weiteren die Rechtsprechung in der Zukunft beschäftigen werden.

---

38 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 81.