

Vergaberecht

Burgi

4. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-82081-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Besondere Ausnahmen, die mithin nur für die Vergabe von Aufträgen außerhalb 3
des Sektoren- oder Verteidigungsbereichs sowie außerhalb der Konzessionsvergabe
gelten, finden sich sodann in

- § 116 **GWB**, der die Vergabe zahlreicher Aufträge betrifft, ua über „Rechtsdienstleistungen“ forensischer Art (wohingegen die rein beratenden Rechtsdienstleistungen in das neue Sonderregime für die Vergabe von „sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen“ gemäß § 130 **GWB** fallen; näher → § 15 Rn. 14 ff.), bestimmte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen,⁵ Leistungen im Zusammenhang mit Rundfunk- und Mediendienstleistungen⁶ und ferner bestimmte finanzielle Dienstleistungen, ua die Vergabe von Krediten und Darlehen (§ 116 Abs. 1 Nr. 5 **GWB**). Mithin bleibt der Schuldendienst der öffentlichen Haushalte grundsätzlich weiterhin vergaberechtsfrei.
- § 117 **GWB** statuiert weitere Ausnahmen für Vergaben, die nicht verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge betreffen, aber Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen.⁷

II. Vertikale und horizontale Zusammenarbeit: Allgemeiner Teil

Schließt beispielsweise eine Gemeinde mit ihrer Stadtwerke-Tochter einen Vertrag 4
über die entgeltliche Belieferung mit Strom für alle städtischen Gebäude oder arbeitet sie bei der Abfallentsorgung auf vertraglicher Basis und gegen Entgelt mit der Nachbargemeinde zusammen, so sind eigentlich sämtliche Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts erfüllt: Die besagte Gemeinde ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 **GWB** und es handelt sich um einen „öffentlichen Auftrag“ iSd § 103 Abs. 1 **GWB**.⁸ Sowohl das Stadtwerkeunternehmen als auch die Nachbargemeinde (bei der beispielhaft genannten Erbringung von Abfallentsorgungsleistungen) sind auch als „Unternehmen“ anzusehen, da es hierfür schlicht genügt, mit eigener Rechtspersönlichkeit am wirtschaftlichen Austausch teilzunehmen. Während bislang Ausnahmetatbestände für die verschiedensten Erscheinungsformen der sog. öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit lediglich aufgrund der Rechtsprechung des EuGH, also als ungeschriebene Ausnahmen, in Betracht kamen, hat Art. 12 Öffentliche-Auftragsvergabe-RL explizit einen diesbezüglichen Ausnahmetatbestand geschaffen. § 108 **GWB** nimmt diese Vorgabe auf, wodurch jedenfalls die **Rechtssicherheit** erheblich gesteigert wird. Nach eigenem Bekunden sind die europäischen Vorgaben „eins-zu-eins“ übernommen worden,⁹ weswegen sowohl der unverändert fortbestehende primär-rechtliche Hintergrund (2 → Rn. 10 f.) als auch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie (3 → Rn. 12) bei der Bewältigung neu entstehender Rechtsfragen einbezogen werden müssen. Insbesondere ist darauf zu achten, dass sich Praxis und nationale

⁵ Dazu Hattenhauer/Butzert *VergabeR* 2017, 580 (583 f.).

⁶ Dazu OLG München 29.7.2019 – C-620/17, NZBau 2020, 53 = *VergabeR* 2020, 49 mAnm Braun.

⁷ Vgl. zur Vorgängervorschrift FS Bull, 2011/Ziekow, 1087, und zum Gesamtkomplex der Ausnahmetatbestände zwecks Geheimhaltung bzw. Sicherheit Haak/Koch NZBau 2016, 204; Voll, Sicherheit als Argument im Vergaberecht, 2020.

⁸ Ist keine Vergütung für die erbrachten Leistungen vorgesehen, dann fehlt es am Merkmal der „Entgeltlichkeit“ (→ § 10 Rn. 5) und diesbezügliche Vereinbarungen sind von vornherein vergaberechtsfrei, wie Art. 1 Abs. 6 Öffentliche-Auftragsvergabe-RL ausdrücklich feststellt.

⁹ BT-Drs. 18/6281, 97.

Rechtsprechung nur noch insoweit an der bisherigen EuGH-Rechtsprechungslinie orientieren, als diese nunmehr kodifiziert worden ist; in einigen Punkten weicht das neue Richtlinienrecht (und damit auch § 108 GWB) hiervon ab, was legitimer Ausdruck der demokratischen Entscheidungsmacht des Gesetzgebers ist. Leider trägt dem der EuGH selbst nicht durchgehend Rechnung, worauf zurückzukommen ist.

1. Praktische, verwaltungs- und wettbewerbspolitische Bedeutung

5. **GWB und Öffentliche-Auftragsvergabe-RL unterscheiden zwischen der Zusammenarbeit auf vertikaler (III → Rn. 13 ff.) und horizontaler Ebene (IV → Rn. 34 ff.). Auf der vertikalen Ebene geht es um Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern mit ihnen nachgeordneten juristischen Personen bzw. um Verträge in der umgekehrten Richtung. Das typische Beispiel ist ein Vertrag, mit dem eine Gemeinde bei ihrem Stadtwerkeunternehmen etwas beschafft. Bereits tatbestandlich nicht erfasst sind Vereinbarungen innerhalb der Ämter- und Behördenorganisation und Verträge mit sog. Eigen- oder Regiebetrieben¹⁰, weil es diesen Akteuren bereits an der für die Annahme eines „öffentlichen Auftrags“ nach § 103 Abs. 1 GWB erforderlichen Rechtspersönlichkeit fehlt. Dagegen ist es gleichgültig, ob die beauftragte andere Rechtsperson öffentlich-rechtlich organisiert ist (insbesondere etwa als Anstalt des öffentlichen Rechts) oder in den Formen des Privatrechts (typischerweise als GmbH, uU aber auch in der Form der AG) agiert. Insoweit ist das Verwaltungsorganisationsrecht der jeweils betroffenen Ebene (Bund, Länder, Kommunen etc) maßgeblich.¹¹ In der Praxis sind vielfach hoch verschachtelte, einer Konzernstruktur vergleichbare bzw. diese aufweisende Gestaltungsformen zu beobachten, wie der Blick in den Organisationsplan beispielsweise des Stadtwerkeunternehmens einer durchschnittlichen deutschen Großstadt erweist.**
6. **Auf der horizontalen Ebene geht es um Verträge zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern, die entweder eine Zusammenarbeit in der institutionalisierten Form namentlich des sog. Zweckverbandes begründen oder einzelvertraglich die Erbringung von Leistung und Gegenleistung regeln. Diese Form der Zusammenarbeit kommt insbesondere auf der kommunalen Ebene vor, und zwar nach Maßgabe des jeweiligen Landesgesetzes über die kommunale Zusammenarbeit.¹² Es gibt aber auch vermehrt entsprechende Vereinbarungen etwa zwischen Universitäten und Kommunen bzw. mit Landeseinrichtungen oder zwischen Datenzentralen über verschiedene Bundesländergrenzen hinweg etc. Die zunehmende Digitalisierung auch des öffentlichen Sektors bringt zahlreiche neue Kooperationsbedürfnisse mit sich. Neben softwarebezogenen Betriebs- und Pflegekooperationen (insbesondere nach Einführung des Art. 91c GG in das Grundgesetz) sind vermehrt Kooperationen zu beobachten, bei denen ein Partner des öffentlichen Sektors anderen nach dem Prinzip der „allgemeinen Gegenseitigkeit“ Software überlässt, bei der alle beteiligten Partner von Fortentwicklungen profitieren sollen, einige aber auch lediglich durch Zahlungsbeiträge beteiligt sind. Neuerdings tritt aus Sicherheitsgründen und in der Corona-Zeit gewachsener Skepsis gegenüber ausländischen Anbietern auch das Anliegen hinzu, Abhängigkeiten**

¹⁰ Vgl. zu diesen va im Kommunalrecht existierenden Gestaltungsformen Burgi KommunalR, § 17 Rn. 76.

¹¹ Vgl. zum diesbezüglich bestehenden Grundsatz der sog. Wahlfreiheit und zu den verschiedenen organisatorischen Gestaltungen aktuell Ehlers/Pünder AllgVerwR/Burgi, §§ 8 und 9 mwN.

¹² Vgl. insoweit wiederum Burgi KommunalR, § 19.

gegenüber privaten, oftmals in China oder in den USA ressortierenden Anbietern zu reduzieren.¹³

Die in der Überschrift des § 108 GWB gewählte **Formulierung** „öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit“ ist mithin insoweit zutreffend, als sie alle Erscheinungsformen einer Zusammenarbeit zwischen Einheiten, die im Rahmen des deutschen Verwaltungsorganisationsrechts als Verwaltungsträger anzusehen sind,¹⁴ erfasst. Üblicherweise hat sich für die Formen der vertikalen Zusammenarbeit der Begriff „Inhouse-Vergabe“ eingebürgert, während im Hinblick auf die Formen der horizontalen Zusammenarbeit von (wie festgestellt, einschränkend) „interkommunale Zusammenarbeit“ die Rede ist.

Aus diesen Umständen ergibt sich, dass die verschiedenen Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit in Mitgliedstaaten, die durch eine föderale und kommunale Ordnung und überdies durch zahlreiche weitere verselbstständigte Verwaltungsträger gekennzeichnet sind (wie insbesondere Deutschland) in entsprechend größerer Häufigkeit und Intensität zu beobachten sind.¹⁵ Angesichts der zunehmenden Komplexität moderner Aufgabenerfüllung (aktuelles Beispiel: Energie- und Wärmewende)¹⁶ einerseits, und vielfach wachsender finanzieller Restriktionen (nicht zuletzt verursacht durch die im Europa- und Verfassungsrecht begründeten Schuldenbremsen) andererseits, besteht überdies ein grundsätzlich anerkanntes **Bedürfnis** insbesondere nach vermehrter Kooperation auf der horizontalen Ebene; eine strikte Begrenzung oder gar die Beseitigung von Ausnahmen zugunsten von Kooperationsverträgen durch das Vergaberecht würde aus der Sicht der politischen Entscheidungsträger kaum zur Wahl der vergaberechtlich intendierten Alternative der europaweiten Ausschreibung gegenüber der Privatwirtschaft führen, sondern eher dazu, einfach alleine „weiter zu wurschteln“.¹⁷ Die Entscheidung für eine vertikale Kooperation ist oftmals dadurch beeinflusst, dass in der jeweiligen Kommune leistungsfähige kommunale Unternehmen vorhanden sind, die bislang die jeweiligen Strukturen der Erbringung der sog. Daseinsvorsorgeleistungen geprägt haben, nicht zuletzt aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger. Dabei spielt regelmäßig auch der vorfindliche Personalbestand eine Rolle, dh ein Mehr an Ausschreibungspflichten zöge in höherem Maße den Verlust bisheriger Aufträge und damit uU finanzielle Verluste und die Notwendigkeit eines Arbeitsplatzabbaus bei dem „eigenen“ Unternehmen nach sich.¹⁸

¹³ Zu all dem Krönke VERW 52 (2019), 65 (77 ff.); Ahlers/Böhme KommJur 2023, 404; Schuchert, Cloud-Vergaberecht, 2024.

¹⁴ Unter „Verwaltungsträger“ werden diejenigen Verwaltungseinheiten verstanden, die Rechtsfähigkeit besitzen, dies im Unterschied zu den Behörden und Ämtern, mit deren Hilfe Verwaltungsträger dann ihre Aufgaben erfüllen. Verwaltungsträger sind neben dem Staat in Gestalt von Bund und Ländern sämtliche verselbstständigte Verwaltungseinheiten mit Rechtsfähigkeit, und va die Kommunen, die Kammern und Universitäten, aber auch privatrechtsförmig organisierte Rechtsträger (vgl. Ehlers/Pünder AllgVerwR/Burgi, § 8 Rn. 6 und 11). Verwaltungsorganisationsrechtlich gesprochen, handelt es sich bei den zuletzt genannten Verwaltungseinheiten, die selbst Verwaltungsträger sind, aber dem Bund oder dem Land als Hauptverwaltungsträger „mittelbar“ zuzurechnen sind, um Teile der sog. mittelbaren Staatsverwaltung.

¹⁵ Der Rechtsvergleich erweist aber eine wachsende Bedeutung in vielen anderen Mitgliedstaaten; vgl. Comba/Treumer, The In-House Providing in European Law, 2010; sowie Neergaard ua, XVI. FIDE-Kongress, Public Procurement Lawua/Caranta, 2014, 79, 103 ff.; Janssen, EU Public Procurement Law and Self-Organisation, 2018; Janssen EPPPL 2019, 145.

¹⁶ Hamm EnWZ 2024, 153.

¹⁷ Vgl. zu Bedeutung und Berechtigung von Verwaltungskooperationen aus verwaltungsrechtlicher Sicht Burgi/Brandmeier BayVBl. 2015, 1 (6) mwN.

¹⁸ Zu den politischen (nicht rechtlichen!) Hintergründen von „Daseinsvorsorge“ und der grundsätzlich legitimen Nutzung von öffentlichen Unternehmen als Instrumenten der politischen Zweckverfolgung vgl.

- 9 Ebenso unbestreitbar sind die sich hieraus für die Marktchancen privater Anbieter und insgesamt für das Ziel der Wettbewerbsöffnung ergeben **Gefahren**. Neben dem Verlust der Betätigungsmöglichkeit, die teilweise ganze Sektoren (etwa in der Abfallentsorgung) erfassen kann, droht überdies vermehrt Konkurrenz durch die mit öffentlichen Aufträgen ohne Vergabeverfahren gestärkten kommunalen Unternehmen auf anderen Märkten bzw. in anderen Regionen. Die nunmehr anhand des § 108 GWB zu beantwortende Frage nach der Anwendbarkeit des Vergaberechts ist nach all dem rechtlicher Ausdruck der dahinterstehenden politischen Frage nach einem „Mehr oder Weniger Staat“ (bzw. Kommune).

2. Primärrechtlicher Hintergrund

- 10 Der rechtliche Hintergrund und der äußerste Rahmen bei der Interpretation der nachfolgend entfalteten Ausnahmebestimmungen zugunsten vertikaler und horizontaler Kooperationen ist nicht im nationalen Verfassungsrecht zu suchen, auch nicht in der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG. Maßgeblich sind vielmehr die einschlägigen Aussagen im AEUV. So obliegt es ausschließlich dem jeweiligen Mitgliedstaat darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er selbst, dh durch seine eigene Verwaltung, die ihm obliegenden Aufgaben wahrnehmen möchte. Dies ist mittlerweile in Art. 14 AEUV iVm dem Protokoll Nr. 26 zum AEUV ausdrücklich niedergelegt. Art. 1 Abs 4 Öffentliche-Auftragsvergabe-RL beruft sich ausdrücklich hierauf und der EuGH hat wiederholt den „Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der **Eigenerledigung**“ als gemeinsame Grundlage für diesbezügliche Ausnahmeregelungen betont.¹⁹
- 11 Konkret die Entscheidung über die Vorhaltung von und die Zusammenarbeit mit eigenen öffentlichen Unternehmen ist durch Art. 345 AEUV abgesichert, wonach die „Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten“ unberührt bleibt. Gemäß Art. 106 Abs. 1 und 2 AEUV gelten für öffentliche Unternehmen zwar die gleichen Spielregeln wie für die privatwirtschaftlichen Unternehmen, dies setzt jedoch die Statthaftigkeit des Ob einer staatlichen bzw. kommunalen Wirtschaftsbeschäftigung ohne weiteres voraus. In den Worten der EU-Kommission kann man sagen, dass die europäische Haltung gegenüber der staatlichen bzw. kommunalen Wirtschaftsbeschäftigung von „Neutralität und Gestaltungsfreiheit“²⁰ geprägt ist. Die für die horizontale Kooperation prägende Vorentscheidung einer föderalen und kommunalen Organisation des jeweiligen Staates ist als „Grundsatz der organisations- und verfahrensmäßigen Autonomie“ ebenfalls europarechtlich geschützt und anerkannt.²¹ Durch den Lissaboner Vertrag ist die EU seit 2009 ferner explizit dazu verpflichtet worden, die „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung“ in den Mitgliedstaaten zu achten (vgl. Art. 4 Abs. 2 S. 1 und Art. 5 Abs. 3 EUV). Diese **Achtungspflicht** ist der jeweiligen „nationalen

hier nur FS Marx, 2013/Portz, 555 ff.; Burgi KommunalR, § 17 Rn. 5 f., 22 ff.; Gerlach VerwArch 112 (2021), 64.

¹⁹ Vgl. vorerst nur die Nachweise bei Ziekow NZBau 2015, 258; Eisentraut EuZW 2022, 981, sowie stell. EuGH 11.1.2005 – C-26/03, NZBau 2005, 111 (115 Rn. 48) – Stadt Halle.

²⁰ Mitteilung vom 20.9.2000 (COM(2000) 580 final).

²¹ Vgl. statt vieler von v. Danwitz EurVerwR, 302 ff.

Identität“ geschuldet und zielt damit genau auf diejenigen Strukturen, auf die sich die horizontalen Kooperationen beziehen.

3. Zur Entstehungsgeschichte der Ausnahmetatbestände

Art. 12 Öffentliche-Auftragsvergabe-RL (bis zur finalen Fassung als Art. 11 geführt), **12** den der deutsche Gesetzgeber in § 108 GWB eins-zu-eins umgesetzt hat, war während des Normsetzungsverfahrens auf der europäischen Ebene die am intensivsten umkämpfte Vorschrift. Überdies gab es zu den Themen „Inhouse“ bzw. „interkommunale Zusammenarbeit“ bereits in den Jahren davor verschiedene politische Vorstöße, etwa das „Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern“ vom 4.10.2011.²² Die Entstehungsgeschichte muss daher bei der Lösung der in den kommenden Monaten und Jahren aufgeworfenen Rechtsfragen bei der Auslegung des § 108 GWB eine ähnlich große Rolle spielen, wie der zu 2 (→ Rn. 10 f.) beschriebene primärrechtliche Hintergrund. Dabei muss insbesondere denjenigen Änderungen Rechnung getragen werden, die der Text in den Ausschüssen des Europäischen Parlaments (gegenüber der ursprünglichen Fassung des Entwurfs der Kommission)²³ erfahren hat. Gerade in Deutschland, einem Land, das über Jahrzehnte hinweg immer wieder eine Stärkung des parlamentarischen Elements auf der europäischen Ebene angemahnt hat, sollte die Berücksichtigung der in erster Linie durch das Europäische Parlament bewirkten Änderungen bei diesem zumal von Deutschland besonders intensiv verfolgten Thema nun eine demokratische Selbstverständlichkeit sein. Darauf ist jeweils im Hinblick auf die konkret berührten Fragestellungen zurückzukommen.

4. Nichtanwendbarkeit des GWB-Vergaberechts wenn „Maßnahme der internen Organisation“

Der EuGH hat mit einem Paukenschlag (in Gestalt des Urteils vom 21.12.2016 in der Rs. „Remondis“)²⁴ einen Teil der bislang im Kontext der „Ausnahmevorschriften“ erfassten Konstellationen noch zuvor aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts herausgenommen. Genau genommen hat er sichtbar gemacht, dass es primärrechtlich begründete Situationen gibt, in denen kein „entgeltlicher Vertrag“ iSd § 103 Abs. 1 GWB vorliegt, sondern eine (so die Bezeichnung der neuen Kategorie) „Maßnahme der internen Organisation“. Diese Kategorie hätte mithin bereits in → § 10 Rn. 1 ff. (in dem der Anwendungsbereich des Vergaberechts beschrieben worden ist) unter der Rubrik „Öffentlicher Auftrag; Verträge“ thematisiert werden müssen. Dabei bildet § 103 Abs. 1 GWB den Bezugspunkt einer richtlinienkonformen Auslegung, die in Art. 1 Abs. 2 und 6 Öffentliche-Auftragsvergabe-RL verankert wird. Dieser charakterisiert die entsprechenden Maßnahmen als solche, „die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen“. Veranlasst wurde der EuGH zu dieser Entscheidung durch

²² SEC(2011) 1169 final; vgl. ferner den sog. Rühle-Bericht des Binnenmarktausschusses des Europäischen Parlaments für die Modernisierung des Vergaberechts vom 5.10.2011, 2011/2048 (INI), 5 ff., benannt nach der deutschen Abgeordneten Heide Rühle.

²³ Vom 20.12.2011, COM(2011) 896 final. Ausführlich hierzu Burgi NZBau 2012, 601 mwN.

²⁴ EuGH 21.12.2016 – C-51/15, EuZW 2017, 144 mAnm Griechwitz EuZW 2017, 147; vgl. ferner Fritz NZBau 2017, 537; Burgi ZfW 2017, 169.

einen Vorlagebeschluss des OLG Celle,²⁵ in dem das Gericht Zweifel daran geäußert hatte, in der Gründung eines Zweckverbands (auf dem Gebiet der Abfallentsorgung) mit Kompetenzübertragung auf diesen eine vertikale bzw. eine horizontale Kooperation nach den bislang anerkannten Ausnahmevorschriften des Vergaberechts zu erblicken, ua weil das sog. Wesentlichkeitskriterium (→ Rn. 19) nicht erfüllt sei.

- 12b** Zur Begründung stützt sich der EuGH vor allem auf Art. 1 Abs. 6 Öffentliche-Auftragsvergabe-RL. Dieser lautet: „Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, werden als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und als solche nicht von dieser Richtlinie berührt.“ Beide Bestimmungen seien wiederum im Lichte des Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV zu interpretieren, wonach die EU die „nationale Identität der Mitgliedstaaten ...“ achtet (vgl. bereits → Rn. 11). Sodann stellt der EuGH als Voraussetzung für die Zuordnung zu der neuen Kategorie „Maßnahme der internen Organisation“ das Erfordernis auf, dass der neue Aufgabenträger über eine eigene Entscheidungsbefugnis verfügen, also selbstständig und eigenverantwortlich handeln können müsse. Der abgebende Aufgabenträger dürfe fortan im Hinblick auf konkrete Modalitäten der Durchführung der übertragenen Aufgaben weder über Entscheidungs- noch über Mitwirkungsbefugnisse verfügen. Dazu gehöre auch, dass der künftige Aufgabenträger in der Lage sei, sich die zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben erforderlichen Finanzmittel zu verschaffen, während dem bisherigen Aufgabenträger jede Einmischung in konkrete Modalitäten der Durchführung auch beim Umgang mit den Finanzen verwehrt ist.²⁶ Unschädlich sei es, wenn dem bisher zuständigen Aufgabenträger ein „gewisses Überwachungsrecht“ zustehe und ebenso sei unschädlich, wenn die betreffende Kompetenzverlagerung nicht unumkehrbar ist.
- 12c** Mittlerweile hat das OLG Celle auf dieser Grundlage entschieden, dass in dem von ihm zu beurteilenden Falle der Gründung eines Zweckverbandes unter gleichzeitiger Übertragung von Abfallentsorgungsaufgaben auf diesen angesichts der gegebenen Umstände eine „Maßnahme der internen Organisation“ darstelle und mithin das Merkmal des entgeltlichen Vertrags iSd § 103 Abs. 1 GWB nicht erfüllt sei. Auf das Eingreifen der Ausnahmevorschriften nach § 108 GWB komme es mithin nicht an.²⁷ Für die Beurteilung weiterer Fälle dieser Art kommt es im Hinblick auf das Merkmal der eigenen Entscheidungsbefugnis zentral auf die jeweils maßgeblichen kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen sowie die jeweils infrage stehende Verbandsordnung an. Das OLG Celle ging jedenfalls davon aus, dass die bestehende Mitgliedschaft der Kommunalvertreter in der Versammlung des Zweckverbandes „in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens“ zwar einen Einfluss begründe, dieser aber nichts am Vorliegen einer „echten Kompetenzübertragung ändert“.
- 12d** Mittlerweile hat der EuGH die Kategorie der „Maßnahme der internen Organisation“ in einem weiteren Fall befürwortet. Dabei ging es um das im finnischen Ver-

²⁵ OLG Celle NZBau 2015, 178.

²⁶ Vgl. EuGH 21.12.2016 – C-51/15 Rn. 49–54.

²⁷ OLG Celle VergabeR 2017, 721 mAnm Portz VergabeR 2017, 704.

waltungsrecht vorgesehene Modell der „Verantwortlichen Gemeinde“. Dieser wurden (auf gesetzlicher Grundlage) Zuständigkeiten im Bereich des ÖPNV und der Gesundheitsdienstleistungen von mehreren anderen beteiligten Gemeinden übertragen; fortan entschied die verantwortliche Gemeinde allein über die „Art und Weise, in der diese Dienstleistungen erbracht werden“, über „deren Verfügbarkeit, Zugänglichkeit und Qualität sowie über deren Kontrolle und Nachverfolgung.“ Als unschädlich angesehen hat es der EuGH dabei, dass im Kooperationsvertrag vorgesehen war, dass von allen Gemeinden gemeinsam ein Haushalt, ein Finanzplan und ein Dienstleistungsplan erstellt worden waren.²⁸ Im Gegenteil hat der EuGH sogar hierauf seine weitere Annahme gestützt, dass bei der Vergabe von Aufträgen an ein Tochterunternehmen der Stadt Pori seitens der „verantwortlichen Gemeinde“ (der Stadt Pori) die Voraussetzungen für die Annahme des sog. Kontrollkriteriums bei einer sog. Inhouse-Vergabe (in Deutschland: nach § 108 Abs. 1–5 GWB → Rn. 20) vorliegen würden.²⁹ Mit Blick auf die in den Ländern der Bundesrepublik bestehenden Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit dürften die gleichen Grundsätze für die Kooperationsform der sog. delegierenden Vereinbarung (wie sie beispielsweise in Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 Bay-KomZG vorgesehen sind) gelten.³⁰ Ein weiterer Anwendungsfall für die neue Kategorie der „Maßnahme der internen Organisation“ ist mE der in § 52 Abs. 2 NRWLG vorgesehene gesetzliche Übergang von Aufgaben und Befugnissen auf einen sondergesetzlichen Wasserverband.³¹

III. Vertikale Zusammenarbeit (sog. Inhouse-Vergabe)

1. Inhalt der Neuregelung

Die etwaige Herausnahme des Einkaufs von öffentlichen Auftraggebern bei von ihnen selbst beherrschten, also ihnen vertikal nachgeordneten Unternehmen (bzw. in der umgekehrten Richtung) geht auf das Urteil des EuGH in der Rs. „**Teckal**“ im Jahr 1999³² zurück. Beginnend mit diesem Urteil sind hierfür zwei zentrale Kriterien entwickelt und in der Folgezeit weiter entfaltet worden, die bereits bis zur Vergaberechtsreform der Jahre 2014–2016 als weitgehend unumstritten gelten konnten. Methodisch handelte es sich hierbei um eine teleologische Reduktion des Tatbestandsmerkmals „öffentlicher Auftrag“, ausgehend von der durch den EuGH zu Recht formulierten Erkenntnis, dass es den öffentlichen Auftraggebern durch das Vergaberecht nicht verwehrt sein könne, „mit eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen“ ihre Aufgaben zu erfüllen, ohne „gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden.“³³ Hieran anknüpfend finden sich

²⁸ EuGH 18.6.2020 – C-328/19, EuZW 2020, 1043 – Stadt Pori, und dazu Schnitzler/Kripke NZBau 2021, 94.

²⁹ Dies deshalb, weil das Modell den daran beteiligten Gemeinden genug Möglichkeiten biete, ebenso wie die verantwortliche Gemeinde „sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigsten Entscheidungen des Auftragnehmers ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen“ (EuGH 18.6.2020 – C-328/19 Rn. 70), weswegen sie eine ebenso wirksame, strukturelle und funktionale Kontrolle über die In-House-Einrichtung ausüben würden, wie im Falle einer (hier fehlenden) kapitalmäßigen Beteiligung.

³⁰ Vertiefend Burgi KommunalR, § 19 Rn. 6f.

³¹ Näher hierzu Burgi ZfW 2017, 169.

³² EuGH 18.11.1999 – C-107/98, NZBau 2000, 90 – Teckal.

³³ EuGH 13.11.2008 – C-324/07, NZBau 2009, 54 – Coditel.

künftig (in Umsetzung von Art. 12 Öffentliche-Auftragsvergabe-RL) die relevanten Ausnahmevoraussetzungen in § 108 Abs. 1–5 GWB; in § 108 Abs. 7 GWB wird näher erläutert, wie die zweite der relevanten Voraussetzungen (das sog. Wesentlichkeitskriterium; vgl. sogleich (→ Rn. 19)) zu berechnen ist. Der deutsche Gesetzgeber hat darauf verzichtet, an das Eingreifen des Ausnahmetatbestandes eigene, zusätzliche Anforderungen zu stellen.³⁴

- 14 Die vom EuGH formulierten zwei Voraussetzungen für das Eingreifen des (bislang ungeschriebenen) Ausnahmetatbestands betreffen das Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ sowie das sog. Wesentlichkeitskriterium, wonach die verwaltungsbeherrschte Person zum ganz überwiegenden Teil die infrage stehenden Tätigkeiten auch nur für den jeweiligen öffentlichen Auftraggeber erbringen darf.³⁵ Dabei hat der EuGH Missbrauchsversuchen einen Riegel vorgeschoben, sowohl in zeitlicher (nachfolgende Einbeziehung von Fremdkapital) als auch in auftragsgegenständlicher Hinsicht, indem er festgestellt hat, dass ein gemischter Vertrag uU als ein „Ganzes“ betrachtet werden müsse (vgl. noch → Rn. 28).³⁶
- 15 a) **Single-Inhouse-Vergabe.** Der klassische Fall, in dem ein öffentlicher Auftraggeber eine von ihm kontrollierte juristische Person beauftragt, ist künftig in § 108 Abs. 1 GWB geregelt. Hierbei müssen weiterhin zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Der öffentliche Auftraggeber muss über die betreffende Person „eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen“ ausüben (§ 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Die Ausübung einer solchen Kontrolle wird gemäß § 108 Abs. 2 GWB vermutet, „wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person“ ausüben kann. Sodann müssen „mehr als 80 % der Tätigkeiten“ jener juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, „mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder vor einer anderen juristischen Person, die von dieser kontrolliert wird, betraut wurde“ (§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB; sog. Wesentlichkeitskriterium). Eine erste Konkretisierung erfolgte durch den Beschluss des OLG Düsseldorf v. 2.11.2016.³⁷
- 16 Bei der Prüfung des **Kontrollkriteriums** kommt es weiterhin auf ein Hin- und Herwandern des Blicks zwischen dem (europäischen) Vergaberecht und dem nationalen bzw. kommunalen Verwaltungsorganisationsrecht an. So ist aufgrund der intensiveren Ausgestaltung von Einwirkungsmöglichkeiten bei Anstalten des öffentlichen Rechts und bei GmbHs die Kontrolle vergleichsweise leichter zu gewährleisten als bei

³⁴ Was statthaft gewesen wäre; vgl. EuGH 3.10.2019 – C-285/18, NZBau 2020, 173 – Stadt Kaunas mAnm Losch VergabeR 2020, 472 – zu Litauen.

³⁵ Wichtige Folgeurteile betrafen die Rs. EuGH 11.1.2005 – C-26/03, NZBau 2005, 111 – Stadt Halle; EuGH 13.10.2005 – C-458/03, NVwZ 2005, 1407 – Parking Brixen; EuGH 11.5.2006 – C-340/04, NZBau 2006, 452 – Carbothermo; die soeben erwähnte Rs. EuGH 13.11.2008 – C-324/07, NZBau 2009, 54 – Coditel; sodann die Rs. EuGH 10.9.2009 – C-573/07, NVwZ 2009, 1421 – Sea mAnm Bultmann/Hölzl VergabeR 2009, 882; EuGH 15.10.2009 – C-196/08, NZBau 2009, 804 – Acoset; EuGH 22.12.2010 – C-215/09, NZBau 2011, 312 – Oulun kaupunki; EuGH 29.11.2012 – C-182/11, C-183/11, NZBau 2013, 55 – Econord mAnm Schabel VergabeR 2013, 202 (gemeinsame Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber möglich, „wenn jede dieser Stellen sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung beteiligt ist“); EuGH 19.6.2014 – C-574/12, EuZW 2014, 672 – SUCH mAnm Hamann EuZW 2014, 674, wonach das Kontrollmerkmal nicht erfüllt sei gegenüber einer gemeinnützigen Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht, zu deren Mitgliedern nicht nur Einrichtungen des öffentlichen Sektors, sondern auch private Sozialträger zählen; und zuletzt EuGH 8.12.2016 – C-553/15, NZBau 2017, 109 – Undis Servizi mAnm Ziekow NZBau 2017, 339.

³⁶ Eine vertiefende Dokumentation der Entwicklung findet sich im „Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen“ vom 15.10.2011 (SEC(2011) 1169 final). Ferner sind ggf. beihilferechtliche Aspekte zu beachten (vgl. Pfannkuch NZBau 2015, 743).

³⁷ OLG Düsseldorf NZBau 2017, 112 mAnm Mager/Weßler NZBau 2017, 342.