

[Rundschreiben zum Kommunalen Auftragswesen im Land Brandenburg vom 26.08.2019,  
Gesch.Z.: 31-313-35 \(Stand: 26.08.2019\)](#)

Anhang Nr. 3

### **Inhouse-Vergaben und interkommunale Zusammenarbeit**

Das GWB regelt mit § 108 nunmehr erstmalig die Bereiche, in denen eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit im Sinne dieser Vorschrift vorliegt und von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen ist. Über § 1 Abs. 2 der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) gelten diese Ausnahmetatbestände auch für Vergaben im **Unterschwellenbereich**.

Von vornherein dem Vergaberecht entzogen sind:

- unentgeltliche Kooperationen im Wege der Amtshilfe,
- Kooperationen über eine zentrale Beschaffungsstelle nach § 120 Abs. 4 Satz 3, 4 GWB,
- Zuständigkeitsverlagerungen zur Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe, soweit damit auch die damit einhergehenden Befugnisse übertragen werden und die neue Stelle über eine finanzielle Unabhängigkeit verfügt; eine generelle Kontrolle der die Aufgabe aufnehmenden öffentlichen Stelle durch die die Aufgabe abgebende Stelle (z. B. eines Zweckverbandes durch die Gemeinden in der Verbandsversammlung) ist in der Regel unschädlich, weil dadurch die eigenverantwortliche Erfüllung der Aufgaben durch die nunmehr zuständige Stelle nicht gehindert ist (vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Az.: C-51/15 „Remondis“).
- Gründung eines Zweckverbandes (vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Az.: C-51/15 „Remondis“)

§ 108 GWB regelt folgende Zusammenarbeitsformen (die nach Absatz 8 auch für **Sektorenauftraggeber** i. S. des § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB und für **Konzessionsgeber** i.S. des 101 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen bzw. Konzessionen **entsprechend** gelten):

1. **Inhouse-Vergabe - klassisch vertikal (§ 108 Abs. 1 GWB)**
2. **Inhouse-Vergabe - umgekehrt vertikal und horizontal (§ 108 Abs. 3 GWB)**
3. **Inhouse-Vergabe - bei gemeinsamer Kontrolle (§ 108 Abs. 4, 5 GWB)**
4. **Interkommunale Zusammenarbeit – horizontal (§ 108 Abs. 6 GWB)**

#### **Zu 1. Inhouse-Vergabe – klassisch vertikal (§ 108 Abs. 1 GWB)**

Nach § 108 Abs. 1 GWB liegt ein klassisches vertikales Inhouse-Geschäft vor, wenn folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- **Nr. 1: Öffentlicher Auftraggeber** i. S. von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB übt über die zu beauftragende juristische Person eine **ähnliche Kontrolle wie über seine eigene Dienststelle** aus
  - **Kommunale** öffentliche Auftraggeber i. S. von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB sind hierbei nach
    - § 99 Nr. 1 die Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen (z. B. kommunale Eigenbetriebe)

- § 99 Nr. 2 kommen insbesondere die kommunal beherrschten Privatrechtsunternehmen (Eigengesellschaften, z.B. Stadtwerke GmbH) in Betracht sowie kommunale öffentliche Anstalten
- § 99 Nr. 3 rechtsfähige kommunale Verbände (z. B. kommunale Zweckverbände)
- Vorliegen des sog. **Kontrollkriteriums** wird nach § 108 Abs. 2 GWB – widerlegbar - vermutet, wenn öffentlicher Auftraggeber ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt; Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die von dem öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird (z. B. Mutter – Tochter - Enkelkonstellation)
  - Für das Vorliegen des Kontrollkriteriums spricht zwar die Alleininhaberschaft des Gesellschaftskapitals, reicht aber für sich genommen nicht aus; vielmehr muss es sich um eine wirksame Kontrolle handeln (so wird eine **GmbH** maßgebend über die **Gesellschafterversammlung** und nicht über die Geschäftsführung gesteuert [vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.2016, Az.: VII-Verg 23/16]; dies spricht dafür, dass das Kontrollkriterium erfüllt ist, da die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer Weisungen erteilen kann).
  - Beeinträchtigend wirken etwa nach der Satzung eingeräumte Befugnisse Dritter, schwache Aufsichtsrechte oder weitgehende Entscheidungsspielräume der Organe (ohne Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung).
  - Bei einer **Anstalt des öffentlichen Rechts** in alleiniger Trägerschaft einer Kommune kann aufgrund der Organstrukturen von einer wirksamen Kontrolle durch die Gebietskörperschaft ausgegangen werden.
  - Eine **Aktiengesellschaft** in alleiniger Trägerschaft eines öffentlichen Auftraggebers dürfte allerdings nicht einer vergleichbaren Kontrolle unterliegen, da die Hauptversammlung wegen ihrer nur beschränkten Zuständigkeit (§ 119 Abs. 2 AktG) keinen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen nehmen kann und sowohl der Vorstand (§ 76 AktG) als auch der Aufsichtsrat als unabhängiges Überwachungsorgan (§ 111 Abs. 4 AktG) auch einer externen Steuerung durch die Vertretungskörperschaften nicht zugänglich sind (vgl. VGH Kassel, Beschluss vom 04.05.2009, Az.: 8 B 304/09). Zwar hat es der EuGH im Fall einer italienischen Aktiengesellschaft für denkbar gehalten, dass satzungsrechtliche Vorkehrungen eine adäquate Kontrolle gewährleisten können (vgl. EuGH, Urteil vom 10.9.2009, Az.: C-573/07) und zur Absicherung einer hinreichenden Kontrolle könnte etwa auch die Zwischenschaltung einer Holding-GmbH erwogen werden, die mit der zu beauftragenden Aktiengesellschaft einen Beherrschungsvertrag gem. § 291 AktG schließt. Zu beachten ist hierbei aber bereits der nach § 96 Abs. 4 BbgKVerf normierte absolute Nachrang der Zulässigkeit eines kommunalen Unternehmens in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft.
- **Nr. 2:** Mehr als 80% der Tätigkeiten der juristischen Person dienen der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde (**Wesentlichkeitskriterium**)
  - Eine Beschränkung auf hoheitliche Tätigkeiten geht mit der Wortwahl „betraut wurde“ nicht einher (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.11.2016, Az.: VII-Verg 23/16)
  - Zur Bestimmung des prozentualen Anteils siehe Abs. 7: Es ist der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert heranzuziehen; liegen solche Angaben nicht vor (z. B. bei „Neulingen“ auf dem Markt oder die

vorliegenden Angaben sind nicht aussagekräftig), kann nach Abs. 7 Satz 3 der tätigkeitsgestützte Wert insbesondere durch Prognosen glaubhaft gemacht werden

- Unsicherheiten bestehen in Bezug auf die Frage, inwieweit einem Auftragnehmer Umsätze anderer Unternehmen als „schädliche Fremdotsätze“ zuzurechnen sind. Das OLG Düsseldorf verfolgt in seinem o.g. Beschluss eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, wonach eine Zurechnung dann in Betracht zu ziehen ist, wenn der Auftragnehmer für die Auftragsdurchführung auf sachliche bzw. personelle Ressourcen der anderen Unternehmen angewiesen ist. Mit dieser an die wirtschaftliche Realität anknüpfende Argumentation hat sich bereits die nationale Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Frage, ob Umsätze von Tochterunternehmen der Auftragnehmerin als Fremdotsätze zu berücksichtigen sind, beschäftigt. So ist ein Unternehmen, das sich der Mittel anderer Unternehmen bedienen muss, um überhaupt operativ tätig sein zu können, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht als eigenständiges Unternehmen zu qualifizieren. Vielmehr bildet das beauftragte Unternehmen mit denjenigen Unternehmen, dessen Ressourcen es sich zu Nutze macht, in funktionaler Hinsicht ein einheitliches Unternehmen. Konsequenterweise sind dann jedoch auch die Umsätze einheitlich zu behandeln und in ihrer Gesamtheit im Rahmen der Drittgeschäfte zu berücksichtigen.
  - Nach der Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist es bei der Bestimmung des prozentualen Anteils unerheblich, ob der Begünstigte der Ausführung des Auftrags der Auftraggeber selbst oder ein davon abweichender Nutzer der Leistungen ist
- **Nr. 3:** An der juristischen Person besteht **keine direkte private Kapitalbeteiligung**, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierende juristische Person vermitteln
- Regelung knüpft an die Rechtsprechung des EuGH an, wonach jegliche private Beteiligung am zu beauftragenden Unternehmen ein Inhouse-Geschäft ausschließt (vgl. EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Az.: C – 26/03 „Stadt Halle“)
  - Allein die rechtliche Möglichkeit der Öffnung des beauftragten Unternehmens für privates Kapital führt aber noch nicht zum Verlust der Inhouse-Fähigkeit, es sei denn, es liegen schon zum Zeitpunkt der Vergabeentscheidung Anhaltspunkte für eine entsprechende Absicht vor.
  - Eine private Kapitalbeteiligung am kontrollierten Unternehmen steht einer Inhouse-Fähigkeit dann nicht entgegen, wenn sich die private Kapitalbeteiligung zwingend aus einer nationalen gesetzlichen Bestimmung ergibt, die nicht gegen höherrangigeres Recht verstößt.
  - Eine private Kapitalbeteiligung auf Seiten des kontrollierenden Auftraggebers soll nach der Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 1 GWB und nach Erwägungsgrund 32 der Richtlinie 2014/24/EU für eine Inhouse-Fähigkeit ebenfalls unschädlich sein (was allerdings in der Literatur teilweise kritisch gesehen wird; weil 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)

## Zu 2. Inhouse-Vergabe - umgekehrt vertikal und horizontal (§ 108 Abs. 3 GWB)

§ 108 Abs. 3, 1. Alternative GWB betrifft den Fall, dass eine kontrollierte juristische Person, die ebenfalls öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 bis 3 GWB ist, einen Auftrag an den kontrollierenden Auftraggeber vergibt (Auftragsvergabe von „Tochter“ an „Mutter“, **umgekehrte bzw. inverse** Inhouse-Vergabe).

Die **horizontale** Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 3, 2. Alternative GWB betrifft die Auftragsvergabe zwischen „Schwesterunternehmen“ bei einer gemeinsam kontrollierenden „Mutter“.

In Bezug auf das Vorliegen der Inhouse-Fähigkeit verweist Absatz 3 auf Absatz 1, das heißt:

- dass neben dem Kontrollkriterium auch das Wesentlichkeitskriterium und der Ausschluss bei direkter privater Kapitalbeteiligung gelten.
- In Bezug auf das Wesentlichkeitskriterium gilt, dass dieses bei einer **umgekehrten** Inhouse-Vergabe ebenfalls beim Tochterunternehmen vorliegen muss, auch wenn dieses in dieser Konstellation das auftragvergebende Unternehmen ist; bei einer **horizontalen** Auftragsvergabe zwischen Schwesterunternehmen dürfte wegen des Wortlauts in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB für die wesentliche Tätigkeit eine Wahlmöglichkeit zwischen der kontrollierenden („Mutter“) und der kontrollierten öffentlichen Auftraggeberin („Schwester“) bestehen.

### Zu 3. Inhouse-Vergabe - bei gemeinsamer Kontrolle (§ 108 Abs. 4, 5 GWB)

§ 108 Abs. 4 und 5 GWB regelt die Inhouse-Vergabe, in der weder eine Kontrolle durch den konkreten öffentlichen Auftraggeber vorliegt noch das Wesentlichkeitskriterium i.S. von § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt ist. Folgende Voraussetzungen für ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft müssen vorliegen:

- Die öffentlichen Auftraggeber üben über die zu beauftragende juristische Person eine gemeinschaftliche Kontrolle aus. Eine solche gemeinsame Kontrolle liegt nach Abs. 5 vor, wenn
  - sämtliche teilnehmenden Auftraggeber in den beschlussfassenden Organen des kontrollierten Unternehmens vertreten sind, wobei ein einzelner Vertreter mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten kann

**und**

  - die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen entscheidenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können

**und**

  - die zu kontrollierende juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderläuft.
- Mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person dient der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde
  - Das Wesentlichkeitskriterium bezieht sich - abweichend von Abs. 1 Nr. 2 – auf Tätigkeiten des Auftragnehmers für **alle** kontrollierenden Auftraggeber (und nicht nur auf solche Tätigkeiten für den Auftraggeber im konkreten Fall) oder andere von diesen Auftraggebern kontrollierte juristische Personen
- An der juristischen Person besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung (entspricht den Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 3)

Nach der Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 4 GWB kann die kontrollierte juristische Person ebenfalls einen Auftrag vergaberechtsfrei an einen sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber vergeben (umgekehrte bzw. inverse gemeinschaftliche Inhouse-Vergabe).

#### Zu 4. Interkommunale Zusammenarbeit – horizontal (§ 108 Abs. 6 GWB)

Im Gegensatz zu den Regelungen in den Absätzen 1 bis 5 fehlt es bei dieser Ausnahmeregelung nach Abs. 6 an einem Über- und Unterordnungsverhältnis und der damit einhergehenden Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer. Es kommt ebenfalls nicht darauf an, ob an den beteiligten öffentlichen Auftraggebern eine private Kapitalbeteiligung besteht. Die frühere Unterscheidung zwischen delegierender und mandantierender Aufgabenwahrnehmung spielt ebenfalls keine Rolle mehr. Unter folgenden Voraussetzungen ist eine entgeltliche interkommunale Kooperation vergaberechtsfrei zulässig:

- **Nr. 1:** Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern (Auftraggeber i. S. von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB), um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden
  - Ausnahmeregelung betrifft ausschließlich Zusammenarbeitsformen auf vertraglicher Grundlage
  - Gegenstand der vertraglichen Kooperation sind **öffentliche Dienstleistungen**
    - Dem Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/ ist zu entnehmen, dass gesetzliche und freiwillige Aufgaben der Auftraggeber erfasst werden sollen, zudem „alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen“; auf eine Unterscheidung zwischen hoheitlichen und erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten bzw. auf das Vorliegen einer „gemeinsamen öffentlichen Aufgabe“ oder Gemeinwohlaufgabe dürfte es mithin nicht mehr ankommen, so dass auch **Hilfsgeschäfte der Verwaltung** mit erwerbswirtschaftlich-fiskalischem Charakter (z. B. Reinigungsdienstleistungen) Gegenstand der Ausnahmeregelung sein könnten; hierbei handelt es sich um eine sehr weite Auslegung, der durch die nach Nr. 2 geforderten „Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse“ Grenzen gesetzt werden
    - Zum Teil wird in der Literatur und auch in der nationalen Rechtsprechung dagegen angenommen, dass aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und zum Schutz des freien Wettbewerbs es sich bei den zulässigen Zielen der Zusammenarbeit auch weiterhin um **Gemeinwohlaufgaben** handeln müsse, deren Erfüllung **allen beteiligten öffentlichen Auftraggebern obliege** und etwa freiwillige Leistungsübernahmen nicht umfasst seien (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 14.03.2018, Az.: Verg 4/17)
    - Das OLG Düsseldorf hat zu der Frage, **was Gegenstand einer Zusammenarbeit** sein kann, den **EuGH angerufen** (Beschl. v. 28.11.2018 – Verg 25/18) und u. a. die Frage gestellt, ob neben den **eigentlichen öffentlichen Dienstleistungen** auch vorbereitende oder unterstützende Tätigkeiten (sog. **Hilfstätigkeiten**), wie etwa **IT-Leistungen**, Gegenstand einer Zusammenarbeit sein können – eine Entscheidung des EuGH wird für 2020 erwartet

**Empfehlung:** Soweit es sich im Einzelfall um einen Sachverhalt unterhalb der europäischen Schwellenwerte handelt und auch kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse am zu vergebenden Auftrag festgestellt werden kann, erscheint es auch vor einer entsprechenden Entscheidung des EuGH vertretbar, eine weite Auslegung zugrunde zu legen und jedenfalls auch Leistungen, die zwar nicht die unmittelbar zu erbringenden Dienstleistungen selbst sind, die aber den eigentlich zu erbringenden Dienstleistung dienen, also Hilfs- oder Vorbereitungscharakter haben, ebenfalls von der Ausnahmeregelung als erfasst anzusehen.

- Nach Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU reicht es im Hinblick auf die Zusammenarbeit, dass alle beteiligten öffentlichen Auftraggeber überhaupt einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der Dienstleistung leisten („kooperatives Konzept“ – so auch OLG Naumburg, Beschl. v. 17.03.2017, Az.: 7 Verg 8/16), wobei die Beiträge nicht identisch sein müssen, sondern sich ergänzen können
  - Nicht rechtssicher geklärt ist bisher, ob als ausreichender Beitrag auch die Zahlung eines Geldbetrages ohne eigentliche Beteiligung an der Leistungserbringung angesehen werden kann;
    - Das OLG Koblenz hat zu dieser Frage, **was für Beiträge** die Beteiligten leisten müssen ebenfalls den **EuGH angerufen** (Beschluss vom 14. Mai 2019 – Verg 1/19), da nach Auffassung des OLG die Leistung eines finanziellen, auf die Kostenerstattung beschränkten Betrages, nicht ausreicht - eine Entscheidung des EuGH wird für 2020 erwartet
- **Nr. 2:** Die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit den öffentlichen Interessen bestimmt
- Mit dieser Voraussetzung soll eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs verhindert werden, weshalb eine Bereichsausnahme umso eher anzunehmen ist, als die Zusammenarbeit einer Gemeinwohlverpflichtung dient, wobei die Zielsetzung der Daseinsvorsorge ausreichend sein dürfte
  - kommerziellen Interessen sollten dagegen nicht primäres Motiv der Zusammenarbeit sein
- **Nr. 3:** Die öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten, die durch Nr. 1 erfasst sind
- In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass mit „Markt“ der offene bzw. private Markt gemeint ist und nicht etwa die unionsrechtlichen Anforderungen verschärft werden sollen
  - Mit einzubeziehen sind wohl auch Tätigkeiten von Nachunternehmern, an die der Auftrag ggf. im Wege der vertikalen Inhouse-Vergabe vergaberechtsfrei untervergeben wurde
  - Zur Bestimmung des prozentualen Anteils siehe wiederum Abs. 7

Das OLG Düsseldorf fragt in seiner o.g. Vorlage vom 28.11.2018 an den EuGH ebenfalls, ob als **umgeschriebenes Tatbestandsmerkmal** zu verlangen ist, dass durch die Zusammenarbeit kein Dritter bessergestellt werden darf als seine Wettbewerber (sog. Besserstellungsverbot).