

B.

Wesentliche Veränderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

1. Neuer Aufbau des GWB

Das GWB regelte bisher in seinem 4. bis 6. Teil die Vergabe öffentlicher Aufträge in den §§ 97 bis 131. Es umfasst nunmehr in diesen Teilen die §§ 97 bis 186. Diese fast Verdreifachung der Regelungen hat ihren Grund zum einen darin, dass der Gesetzgeber die Richtlinien der EU umfassend in das Gesetz übertragen hat, zum anderen, dass ihm eine Verankerung der Vergaberegulungen unmittelbar im Gesetz und nicht lediglich in Verordnungen wichtig war. Um die praktische Anwendung des Gesetzes zu erleichtern, sind der Ablauf des Vergabeverfahrens von der Leistungsbeschreibung bis zur Prüfung von Ausschlussgründen, die Eignungsprüfung, der Zuschlag bis hin zu den Bedingungen für die Ausführung des Auftrags sowie Änderungen und Kündigungen erstmals im Gesetz geregelt.

Der neue Teil 4 des GWB (Vergabe von öffentlichen Aufträgen und – neu – Konzessionen) gliedert sich im Kapitel 1 in die Abschnitte 1 bis 3. Abschnitt 1 umfasst Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich. Abschnitt 2 enthält die wesentlichen Vorschriften für die klassische öffentliche Auftragsvergabe, d. h. für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber. In diesem Abschnitt sind insbesondere geregelt: Leistungsbeschreibung (§ 121), Eignung (§ 122), Ausschlussgründe (§§ 123, 124), Selbstreinigung (§ 125), Auftragsänderungen (§ 132), Kündigungen (§ 133) und Unwirksamkeit von Verträgen (§ 135). Im Abschnitt 3 geht es um die Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen. Dies betrifft im Einzelnen die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs (Unterabschnitt 1), die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen (Unterabschnitt 2) sowie die Vergabe von Konzessionen (Unterabschnitt 3). Kapitel 2 behandelt das Nachprüfungsverfahren mit Nachprüfungsbehörden, Vergabekammern und sofortiger Beschwerde. Teil 5 und Teil 6 des GWB regeln Vergaben durch Unternehmen der öffentlichen Hand und enthalten Übergangs- und Schlussbestimmungen.

Hinweis für die Praxis:

Das GWB enthält die Grundstrukturen, wie Vergabeverfahren und Konzessionsvergaben stufenweise abzuwickeln und zu kontrollieren sind, und die Grundlagen für die vielen neuen oder neu gestalteten Vergabeverordnungen.

2. Ausgewählte Regelungen der §§ 97 bis 114 GWB, Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich

Der neue Abschnitt 1 im Kapitel 1, Teil 4 des GWB enthält die für alle Vergaben geltenden Grundsätze und Definitionen. Er legt außerdem den Anwendungsbereich der Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich fest. Unter Einbeziehung der Gesetzesbegründungen ist zu ausgewählten neuen oder wesentlich geänderten Regelungen im Bereich der §§ 97 bis 114 GWB auf Folgendes hinzuweisen:

2.1 § 97 GWB, Grundsätze der Vergabe

§ 97 Abs. 1, der den Vergabewettbewerb und die Transparenz anspricht, ist um die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit erweitert. Der *Grundsatz der Wirtschaftlichkeit* ist damit an zentraler Stelle als allgemeiner Grundsatz des Vergabeverfahrens hervorgehoben, er wirkt sich für die öffentlichen Auftraggeber unmittelbar auch beim Anforderungsprofil in der Leistungsbeschreibung aus. Dass öffentliche Auftraggeber bei ihren Beschaffungen zudem den *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* wahren müssen, ist ebenfalls hervorgehoben. Dies betrifft insbesondere die Anforderungen an die Eignung der Wettbewerber und an die Ausführungsbedingungen. Der in § 97 Abs. 2 niedergelegte *Grundsatz der Gleichbehandlung* erfordert u. a., dass alle am Verfahren beteiligten Unternehmen den gleichen Zugang zu Informationen haben und an sie die gleichen Bewertungsmaßstäbe angelegt werden.

Durch § 97 Abs. 3 ist die *Einbeziehung strategischer Ziele* bei der Beschaffung umfassend gestärkt. In jeder Phase eines Verfahrens können qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden. Das ist beispielsweise bedeutsam bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren. Nach § 97 Abs. 4 sind *mittelständische Interessen* vornehmlich zu berücksichtigen. Das ist zwar nicht neu, soll aber an dieser Stelle, ebenso wie der Grundsatz der Gleichbehandlung in § 97 Abs. 2 und die den Bietern ein subjektives, einklagbares Recht vermittelnde Anspruchsgrundlage in § 97 Abs. 6 auf Einhaltung der Vergabevorschriften, ausdrücklich nochmals in Erinnerung gerufen werden. § 97 Abs. 5 setzt auf den *Grundsatz elektronischer Kommunikation*. In allen Stadien eines Vergabeverfahrens sollen sowohl die Auftraggeber als auch die Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel nutzen. Dies betrifft insbesondere die elektronische Erstellung und Bereitstellung der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen, die elektronische Angebotsabgabe sowie die elektronische Vorbereitung des Zuschlags. § 97 Abs. 5 beschränkt sich auf den Grundsatz, die Ausgestaltung erfolgt in den Verordnungen, die auf der Grundlage von § 113 Satz 2 Nr. 4 erlassen werden. Im Einzelnen wird hierauf bei der Behandlung der Verordnungen eingegangen. Wesentlich ist,

dass die öffentlichen Auftraggeber ohne weitergehende Übergangsfrist bereits seit 18.4.2016 verpflichtet sind, die Vergabebekanntmachung ab den EU-Schwellenwerten elektronisch vorzunehmen und ebenso, die Vergabeunterlagen auf elektronischem Wege zur Verfügung zu stellen. Für die weiteren Handlungspflichten bestehen Übergangsfristen, siehe § 81 VgV, die für dort genannte einzelne Bereiche bis maximal 18.10.2018 laufen.

Hinweis für die Praxis:

§ 97 GWB enthält die zentralen Grundlagen für ein ordnungsgemäß und fair abzuwickelndes Vergabeverfahren. Er konkretisiert die Grundstrukturen des europäischen Vergaberechts: Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung.

2.2 §§ 98 bis 101 GWB, Auftraggeber

Der neue § 98 GWB definiert den Begriff der Auftraggeber. Dieser umfasst die öffentlichen Auftraggeber (§ 99), die Sektorenauftraggeber (§ 100) und die Konzessionsgeber (§ 101).

In § 99 Nr. 4 GWB ist das Verb „finanzieren“ durch „subventionieren“ ersetzt. Der Begriff „subventionieren“ beschränkt sich dabei nicht auf positive Leistungen, sondern umfasst auch sonstige Begünstigungen (z. B. Steuernachlässe, so EuGH, Urteil vom 26.9.2013, C 115/12).

§ 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB betrifft öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nrn. 1 bis 3 GWB. Vergeben diese Aufträge im Zusammenhang mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs, finden die Vorschriften über die Sektorenauftragsvergabe Anwendung. Der besseren Übersicht halber ist in Abs. 1 Nr. 2 unterschieden zwischen Sektorenauftraggebern kraft Einräumung besonderer oder ausschließlicher Rechte (Buchstabe a) und Sektorenauftraggebern kraft beherrschenden Einflusses (Buchstabe b). § 100 Abs. 3 GWB enthält eine Vermutungsregel, wann von einem beherrschenden Einfluss im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b) GWB durch einen öffentlichen Auftraggeber auszugehen ist.

§ 101 GWB definiert die Auftraggeber für die Vergabe von Konzessionen. Er behandelt sowohl die Vergabe von Konzessionen durch öffentliche Auftraggeber als auch durch Auftraggeber, die einer Sektorentätigkeit nachgehen und zum Zwecke dieser Tätigkeit Konzessionen vergeben. Die materiellen Regelungen zu Konzessionsvergaben enthält die Konzessionsvergabeverordnung.

Hinweis für die Praxis:

Das GWB trennt strikt zwischen verschiedenen Auftraggebern und den von diesen ausgeübten Tätigkeiten. Neu und speziell geregelt sind Konzessionsvergaben. Die materiellen Regelungen für die Konzessionsgeber ergeben sich aus der Konzessionsvergabeverordnung.

2.3 § 103 GWB, Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe

§ 103 Abs. 1 GWB definiert den Begriff des öffentlichen Auftrags. Kern der Definition ist, dass es sich um die entgeltliche Beschaffung von Leistungen durch öffentliche Auftraggeber nach § 99 GWB oder durch Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB handelt.

Im Unterschied zur bisherigen Definition fallen Baukonzessionen nicht mehr unter den Begriff des öffentlichen Auftrags, der in § 103 GWB neben Rahmenvereinbarungen und Wettbewerben beschrieben ist. Das Gesetz unterscheidet strukturell zwischen der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Vergabe von Konzessionen. Konzessionen, einschließlich der Baukonzessionen, sind abschließend in § 105 GWB definiert. Die Vergabe von Konzessionen ist ausschließlich nach der Konzessionsvergabeverordnung durchzuführen.

Im Gegensatz zur Formulierung des bisherigen § 99 Abs. 1 GWB unterfallen Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen, ebenfalls nicht mehr dem öffentlichen Auftragsbegriff. Damit wird im Einklang mit den Vergaberichtlinien der EU klargestellt, dass es sich bei „Wettbewerben“, die im Sinne des BGB Auslobungsverfahren sind, um ein eigenes Verfahren handelt, welches dazu dient, dem öffentlichen Auftraggeber einen Plan oder eine Planung zu verschaffen. Solche Wettbewerbe sind nun in § 103 Abs. 6 GWB definiert. Rahmenvereinbarungen (§ 103 Abs. 5 GWB) sind selbst zwar kein Beschaffungsprozess. Die Vergabe einer Rahmenvereinbarung im Wege eines Vergabeverfahrens ermöglicht aber, dass die an sie anknüpfenden Einzelaufträge in einem vereinfachten Vergabeverfahren erteilt werden können. Wie ein öffentlicher Auftrag unterliegt die vorausgehende Rahmenvereinbarung den wettbewerblichen Verfahrensregeln.

Zu Bauleistungen durch Dritte ist in § 103 Abs. 3 GWB klargestellt, dass diese dem öffentlichen Auftraggeber oder dem Sektorenauftraggeber zurechnen, wenn dieser die Art des Vorhabens festlegt, einen entscheidenden Einfluss auf die Planung hat und ihm das Vorhaben wirtschaftlich unmittelbar zugutekommt. Ob der Auftragnehmer das Bauvorhaben ganz oder zum Teil mit eigenen Mitteln durchführt oder dessen Durchführung mit anderen Mitteln sicherstellt, ist für die Einstufung der entsprechenden Bauleistung als Bauauftrag unerheblich, solange der Auftragnehmer rechtswirksam zur Leistungserbringung verpflichtet ist.

Die Vergabe einer Rahmenvereinbarung im Wege eines Vergabeverfahrens nach § 103 Abs. 5 GWB hat zur Folge, dass die auf ihrer Grundlage erteilten Einzelaufträge einem vereinfachten Vergabeverfahren unterliegen können.

Hinweis für die Praxis:

Baukonzessionen unterfallen nicht mehr dem Begriff des öffentlichen Auftrags, sie sind nach der Konzessionsvergabeverordnung zu vergeben. Bauleistungen durch

Dritte unterliegen dem Vergaberecht, wenn sie nach Inhalt und Zweck unmittelbar dem öffentlichen Auftraggeber/dem Sektorauftraggeber dienen.

2.4 § 105 GWB, Konzessionen

Der neue § 105 GWB definiert den Begriff der Konzession. Sind die Definitionsmerkmale der Bau- oder Dienstleistungskonzession erfüllt, kommen die Verfahrensvorschriften für Bau- oder Dienstleistungsaufträge *nicht* zur Anwendung, sondern die weniger strengen Verfahrensvorschriften für Konzessionen. Bislang war in § 99 Abs. 6 GWB a. F. lediglich die Baukonzession definiert. Dienstleistungskonzessionen unterlagen lediglich den Anforderungen des EU-Primärrechts (Transparenzgebot, Gleichbehandlungsgebot, Diskriminierungsverbot). Das neue Recht erfasst nunmehr sowohl Baukonzessionen als auch Dienstleistungskonzessionen. Klargestellt ist, dass es sich bei Bau- und Dienstleistungskonzessionen um entgeltliche Verträge handelt. Die beschränkte Laufzeit von Konzessionen wird in der Verordnung zur Vergabe von Konzessionen (KonzVgV) geregelt. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat im Zusammenhang mit der Definition der Bau- und Dienstleistungskonzession in den Erwägungsgründen 11 bis 16 der Richtlinie 2014/23/EU verschiedene Negativabgrenzungen vorgenommen: Erwägungsgrund 11 stellt klar, dass Konzessionsverträge nicht notwendig einen Eigentumsübergang auf den Konzessionsgeber vorsehen müssen, diesem muss aber stets der Nutzen der Bau- oder Dienstleistung zustehen. Erwägungsgrund 12 stellt klar, dass die bloße Finanzierung – insbesondere durch öffentliche Zuschüsse – von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen, nicht unter das Konzessionsvergaberecht fällt. Gleiches legt Erwägungsgrund 13 fest: Regelungen, nach denen ohne gezielte Auswahl alle Unternehmen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, berechtigt sind, eine bestimmte Aufgabe wahrzunehmen, vermitteln keine Konzessionen. Daraus lässt sich schließen, dass die Auswahl von Dienstleistungserbringern im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/23/EU unterfällt. Erwägungsgrund 14 hebt hervor, dass die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit nicht als Konzession gilt. Es wird auf die vorrangige Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verwiesen. Erwägungsgrund 15 stellt klar, dass Vereinbarungen, die das Recht eines Unternehmens zur privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Nutzung öffentlicher Bereiche oder Ressourcen, wie z. B. Land oder öffentliche Liegenschaften, insbesondere in See-, Binnen- oder Flughäfen, regeln, nicht als Konzessionen im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU gelten. Erwägungsgrund 16 macht deutlich, dass die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll,

ebenfalls nicht als Konzession im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU gelten, sofern derartige Verpflichtungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den jeweiligen Auftraggeber für sich selbst oder für den Endnutzer vorsehen. Diese Ausführungen betreffen vor allem Wegenutzungsverträge im Sinne des § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes zu Strom- und Gasleitungen sowie Wegenutzungsverträge zu Fernwärmeleitungen.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber in den Erwägungsgründen 17 bis 20 der Richtlinie 2014/23/EU zu Einzelfragen des *für Konzessionen typischen Übergangs des Betriebsrisikos* Stellung genommen hat. Der Übergang des Betriebsrisikos ist das wesentliche Kriterium für die Einordnung des jeweiligen Vertrags als Konzessionsvertrag. Während der Dienstleistungsauftrag eine Gegenleistung in Geld umfasst, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird, besteht im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung (st. Rechtsprechung des EuGH, grundlegend EuGH, Rs. C-458/03, Urteil vom 13.10.2005, „Parking Brixen“, Rdnr. 40).² Die Ausübung dieses Nutzungsrechts unterliegt dem Betriebsrisiko des Konzessionärs. Das Recht zur Nutzung der Dienstleistung kann sich insbesondere als Entgeltzahlung Dritter auswirken, die Nutzer der betreffenden Dienstleistung sind (st. Rechtsprechung des EuGH, grundlegend EuGH, Urteil vom 10.9.2009, Rs. C-206/08, „Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha“, Rdnr. 53).³ § 105 Abs. 1 GWB stellt folgerichtig klar, dass die Gegenleistung in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks bzw. in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

Hinweis für die Praxis:

Konzessionsverträge sind entgeltliche Verträge, bei denen der Konzessionsgeber den Konzessionär mit der Erbringung einer Bau- oder einer Dienstleistung beauftragt. Als Gegenleistung erhält der Konzessionär das Recht zur Nutzung der Bauleistung bzw. zur Verwertung der Dienstleistung oder dieses Recht zuzüglich einer Zahlung. Voraussetzung für eine Bau- oder Dienstleistungskonzession ist, dass das Betriebsrisiko als Nachfrage- oder Angebotsrisiko auf den Konzessionsnehmer übergeht.

2.5 § 106 GWB, Schwellenwerte

Das Erreichen der Schwellenwerte ist eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der in der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung enthaltenen Verordnungen

² Siehe Fundstelle Bayern Randnummer 32/2006.

³ Siehe Fundstelle Bayern Randnummer 30/2010.

(außer der Vergabestatistikverordnung) und der VOB/A-EU, denn deren vergaberechtliche Regelungen gelten erst, wenn die Schwellenwerte erreicht oder überschritten sind. § 106 enthält eine dynamische Verweisung auf die jeweils in den Richtlinien 2014/24/EU (öffentliche Auftraggeber), 2014/25/EU (Sektorenauftraggeber), 2009/81/EG (Auftraggeber im Bereich Verteidigung und Sicherheit) und 2014/23/EU (Konzessionsauftraggeber) geregelten Schwellenwerte, deren Höhen regelmäßig vom europäischen Gesetzgeber oder der EU-Kommission im Wege der delegierten Rechtssetzung angepasst werden. Die bisherigen Regelungen in der Vergabeverordnung, in der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit und in der Sektorenverordnung sind in die Grundsatzbestimmung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen übernommen. Damit sind künftig Konkretisierungen auf Verordnungsebene entbehrlich. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie gibt die jeweils geltenden Schwellenwerte unverzüglich, nachdem sie im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden sind, im Bundesanzeiger bekannt.

Seit 1.1.2016 gelten für die Vergabe öffentlicher Aufträge neue Schwellenwerte. Diese betragen für Bauaufträge 5,225 Mio. Euro (bisher 5,186 Mio. Euro), für Dienst- und Lieferaufträge 209.000 Euro (bisher 207.000 Euro), für Dienst- und Lieferaufträge von Sektorenauftraggebern 418.000 Euro (bisher 414.000 Euro) und für Liefer- und Dienstleistungsaufträge von obersten und oberen Bundesbehörden 135.000 Euro (bisher 134.000 Euro). Für Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen beträgt der Schwellenwert 750.000 Euro, für solche im Sektorenbereich beträgt er 1.000.000 Euro. Außerdem gilt seit 18.4.2016 ein neuer Schwellenwert für die seit diesem Zeitpunkt neu im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelte Vergabe von Konzessionsverträgen. Der Schwellenwert hierfür beträgt 5,225 Mio. Euro.

Hinweis für die Praxis:

Die europarechtlich geprägten Vergaberegulungen sind erst anzuwenden, wenn die vorstehend genannten Schwellenwerte erreicht oder überschritten sind.

2.6 § 107 GWB, Allgemeine Ausnahmen vom Vergaberecht

Mit § 107 enthält das GWB eine eigene Vorschrift für allgemeine Ausnahmen von der Anwendung des Vergaberechts. Bislang waren die allgemeinen Ausnahmen in § 100 Abs. 2 bis 8 GWB a. F. geregelt.

Erwähnenswert ist § 107 Nr. 2 GWB. Er betrifft die Ausnahmen für den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen sowie Rechten daran, welche bislang in § 100 Abs. 5 GWB a. F. geregelt waren. Aktuell unterliegt damit die Anmietung von Unterkünften für Flüchtlinge und Asylbewerber nicht dem Vergaberecht.

§ 107 Nr. 4 GWB betrifft die Ausnahme für Rettungsdienstleistungen. Im Ergebnis findet das EU-Sekundärrecht für die Vergabe von Notfallrettungsdiensten (75250000-3 – „Dienstleistungen der Feuerwehr und von Rettungsdiensten“, 75251000-0 – „Dienstleistungen der Feuerwehr“, 752511100-1 – Brandbekämpfung, 75251110-4 – Brandverhütung, 75251120-7 – Waldbrandbekämpfung, 75252000-7 – „Rettungsdienste“, 75222000-8 – Zivilverteidigung, 98113100-9 – Dienstleistungen im Bereich der nuklearen Sicherheit) und den Einsatz von Krankenwagen bestehend in allgemeinen und fachspezifischen ärztlichen Dienstleistungen in einem Rettungswagen (85143000-3 – „Einsatz von Krankenwagen“) keine Anwendung unter der Voraussetzung, dass diese Dienste von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden. Unter gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen sind beispielsweise die Hilfsorganisationen im Sinne des § 26 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe des Bundes (ZSKG) zu verstehen. Demgegenüber unterfallen reine Krankentransporte einem vereinfachten Verfahren für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen der EU-Vergaberichtlinien, umgesetzt im neuen § 130 GWB.

Hinweis für die Praxis:

§ 107 GWB enthält enumerativ sechs Bereiche, in denen das Vergaberecht nicht anzuwenden ist. Ausgenommen sind insbesondere Rettungsdienstleistungen gemeinnütziger Organisationen.

2.7 § 108 GWB, Ausnahmen vom Vergaberecht bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

§ 108 GWB regelt erstmals den Bereich der von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommenen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Damit ist *im Gesetz Klarheit geschaffen*, unter welchen Voraussetzungen zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossene Verträge von der Anwendung des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen sind. Bislang basierten die Vorgaben hierzu auf den von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entwickelten Grundsätzen. Grundsätzlich soll das Vergaberecht öffentliche Auftraggeber nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern oder eigenen Unternehmen zu erfüllen. Allerdings ist der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Auftraggeber sind, allein nicht ausreichend, um die Anwendung des Vergaberechts auszuschließen. Hierfür müssen vielmehr weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Dadurch sollen insbesondere Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis zu privaten Unternehmen vermieden werden. Über Art und Umfang herrschte bislang mangels gesetzlicher Regelungen oftmals Ungewissheit. Die sehr detaillierten neuen Vorschriften zur

öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit schaffen Rechtssicherheit für beide Seiten, für die öffentlichen Auftraggeber und für die Auftragnehmer.

§ 108 GWB unterscheidet zwischen der Zusammenarbeit auf vertikaler und horizontaler Ebene. Während die Zusammenarbeit auf *vertikaler Ebene* die verschiedenen Inhouse-Konstellationen betrifft und in den Absätzen 1 bis 5 geregelt ist, ist die *horizontale Zusammenarbeit* von öffentlichen Auftraggebern (bei Beteiligung von Kommunen auch interkommunale Kooperation genannt) in Abs. 6 geregelt. § 108 GWB regelt nicht die Fälle, in denen Befugnisse und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern durch Vereinbarungen, Beschlüsse oder auf anderem Wege übertragen werden, ohne dass insoweit eine Vergütung für vertragliche Leistungen vorgesehen ist. Diese Fälle unterfallen – ungeachtet der in § 108 GWB geregelten Ausnahmen – von vornherein nicht diesem Teil, da es sich um Angelegenheiten der internen Organisation handelt.

Gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt. Damit wird die inzwischen langjährige Rechtsprechung des EuGH zum sogenannten *Kontrollkriterium* übernommen. Die Ausübung einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle wird nach der Neuregelung des § 108 Abs. 2 GWB vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist zudem erforderlich, dass die kontrollierte juristische Person mehr als 80 Prozent ihrer Tätigkeiten in Ausführung der Aufgaben erbringt, mit denen sie von dem kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen durch diesen öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut worden ist. Damit wird das durch die Rechtsprechung entwickelte *Wesentlichkeitskriterium*, wonach die beauftragte juristische Person im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig sein muss, präzisiert. Bislang bestand Unsicherheit über den erforderlichen Umfang der Tätigkeiten, die für den öffentlichen Auftraggeber erbracht werden müssen. Die nun *normierte 80-Prozent-Grenze sorgt für Rechtssicherheit*.

§ 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB stellt klar, dass bei einer *privaten Beteiligung* an der beauftragten juristischen Person eine Inhouse-Vergabe grundsätzlich ausgeschlossen ist. Grund dafür ist, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Wettbewerbsverfahren einem privaten Unternehmen, das am Kapital der kontrollierten juristischen Person beteiligt ist, einen unzulässigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffen würde. Ungeachtet einer direkten privaten Kapitalbeteiligung findet Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen keine Anwendung auf eine nicht beherrschende Form der privaten Kapitalbeteiligung und eine Form der privaten

Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln. Zu beachten ist zudem, dass § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB allein auf die direkte private Beteiligung an der kontrollierten juristischen Person abstellt. Unschädlich sind indirekte private Beteiligungen an der kontrollierten juristischen Person sowie private Kapitalbeteiligungen am kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber. Solche Beteiligungen führen in der Regel nicht zu einer nachteiligen Beeinflussung des Wettbewerbs zwischen privaten Unternehmen.

§ 108 Abs. 3 GWB erstreckt die erlaubten Inhouse-Vergaben des Abs. 1 auf weitere Konstellationen. Die erste Alternative betrifft Konstellationen, in denen eine kontrollierte juristische Person einen Auftrag an ihren kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 GWB erteilt (*Auftrag der Tochter an die Mutter*). Die zweite Alternative betrifft Formen der horizontalen Inhouse-Vergabe, in denen eine kontrollierte juristische Person einen Auftrag an eine andere juristische Person vergibt, die von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert wird (*Auftrag im Schwesternverhältnis*). Die Voraussetzungen des Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 sind in beiden Alternativen entsprechend anzuwenden.

§ 108 Abs. 4 und Abs. 5 GWB behandeln erlaubte Inhouse-Vergaben bei Konstellationen, in denen die Kontrolle des Auftragnehmers abweichend von Abs. 1 durch mehrere Auftraggeber gemeinsam erfolgt.

§ 108 Abs. 6 GWB betrifft die Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern auf *horizontaler Ebene*. Anders als in den Absätzen 1 bis 5 fehlt es in diesen Fällen an einem Über-/Unterordnungsverhältnis und der damit verbundenen Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer. § 108 Abs. 6 GWB räumt öffentlichen Auftraggebern nach der Gesetzesbegründung die Möglichkeit ein, öffentliche Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen, wenn die Aufträge ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden, die Durchführung dieser Zusammenarbeit ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesses bestimmt wird und kein privater Dienstleister einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern erhält. Außerdem darf die Zusammenarbeit der öffentlichen Auftraggeber nicht dazu führen, dass sie einen Marktanteil von 20 Prozent erreicht oder übersteigt (§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB). Ähnlich wie durch das Wesentlichkeitskriterium in Abs. 1 soll damit sichergestellt werden, dass die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht zu Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privaten Unternehmen führt.

Hinweis für die Praxis:

§ 108 GWB regelt dezidiert die Ausnahmen vom Vergaberecht bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit. Er unterscheidet Zusammenarbeiten auf vertikaler und horizontaler Ebene und befasst sich mit Aufträgen der Tochter an die Mutter sowie mit