
Die horizontale In-house-Vergabe

Tilman Lahann*

Inhalt

I. Einführung	42
II. Die Rechtsquellen des „Europäischen Vergaberechts“	44
III. Die vertikale In-house-Konstellation – der „Normalfall“	46
1. Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 98 ff. GWB	47
2. Ausnahme für vertikale In-house-Vergaben	47
a) Leitmaximen des europäischen Vergaberechts	48
b) Die dogmatische Rechtfertigung der Privilegierung von In-house-Vergaben	49
3. Herleitung der Privilegierung aus dem Europäischen Sekundärrecht: Richtlinie 2004/18/EG	51
4. Gewohnheitsrechtliche Anerkennung	53
5. Vorliegen der Voraussetzungen der vertikalen In-house-Vergabe	53
a) Entwicklung	53
b) Auftraggeber ist Anteilseigner	54
c) Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle	54
d) Im Wesentlichen für Auftraggeber tätig	61
e) Zwischenergebnis	62
6. Ergebnis	62
IV. Die horizontale In-house-Konstellation	63
1. Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 98 ff. GWB	63
2. Anwendung der Grundsätze des vergaberechtsfreien In-house-Geschäfts	63

* Tilman Lahann LL.M.Eur. ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Dres. Müller & Altmeyer, Saarbrücken und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Werner Meng, Direktor des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes.

a) Auslegungslösung	65
b) Die horizontale In-house-Vergabe als eigenständige Ausnahme von dem Anwendungsbereich des Vergaberechts	68
c) Das Kriterium der Anteilseignerschaft des Auftraggebers	69
d) Zwischenergebnis	69
3. Ergebnis	70
4. Gestaltungsmöglichkeiten für die Praxis	70
V. Die Auswirkungen horizontaler Tätigkeiten auf die vertikale In-house-Konstellation	71
1. Einordnung in die Systematik der vertikalen und horizontalen In-house-Konstellationen	71
2. Ergebnis	73
VI. Die Auswirkungen vertikaler Tätigkeiten auf die horizontale In-house-Konstellation	73
1. Anwendbarkeit der Grundsätze der In-house-Vergabe	74
2. Ergebnis	75
VII. Fazit	76

I. Einführung

Dieser Beitrag¹ beschäftigt sich mit den durch den EuGH entwickelten und durch seine Rechtsprechung ständig fortentwickelten Grundsätzen der In-house-Vergabe.² Die Aktualität dieses Themas beweisen die im Abstand von wenigen Monaten

¹ Der Beitrag beruht auf der gleichnamigen Magisterarbeit des Bearbeiters, die dieser im Juli 2009 am Europa-Institut der Universität des Saarlandes eingereicht und welche er im Vorfeld dieser Veröffentlichung aktualisiert hat.

² Begrifflich wird unterschieden zwischen In-house-Vergabe und Quasi-In-house-Vergabe. Eine In-house-Vergabe liegt streng genommen nur vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine eigene Dienststelle beauftragt, der Auftrag also gerade nicht an eine von dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige rechtlich selbständige juristische Person geht. In den Fällen, in denen eine rechtlich selbständige Tochtergesellschaft des öffentlichen Auftraggebers, die von dem Auftraggeber wie eine eigene Dienststelle kontrolliert und im Wesentlichen für diesen tätig wird, ist eigentlich eine Quasi-In-house-Konstellation gegeben. In der Literatur hat sich meiner Meinung nach aber gerade für diese Fälle der Begriff der In-house-Vergabe durchgesetzt, weswegen er in diesem Beitrag entsprechend verwendet wird. Der EuGH hat bislang weder den Begriff der In-house-Vergabe noch den der Quasi-In-house-Vergabe verwendet.

erscheinenden Urteile des EuGH³ und die zahlreichen Reaktionen in Literatur und Praxis, die jede dieser Entscheidung hervorruft.

Aufgrund der bei größeren Auftragsvolumen erheblichen wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten⁴ und den massiven Rechtsfolgen, die sich aus einem Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften für den öffentlichen Auftraggeber ergeben können,⁵ herrscht in der Praxis erhebliche Unsicherheit über die vergaberechtskonforme Anwendung der Grundsätze des In-house-Geschäfts.

Dabei beschäftigte sich der EuGH in erster Linie mit den klassischen hierarchischen Mutter-Tochter-Konstellationen, in denen öffentliche Auftraggeber eine Gesellschaft des privaten Rechts ausgliedern und diese mit der Ausführung hoheitlicher Aufgaben beauftragen (vertikale In-house-Konstellation). Die vom EuGH entwickelten Grundsätze sind auf diese Fälle zugeschnitten.⁶

Abgrenzungsschwierigkeiten und offene Fragen ergeben sich jedoch immer dann, wenn die fragliche Konstellation nicht diesem Muster entspricht. So herrscht Unsicherheit über die hier zu untersuchende Frage, ob für Aufträge, die sich Tochtergesellschaften der gleichen Muttergesellschaft (Schwestergesellschaften) untereinander erteilen, die vergaberechtliche Privilegierung, die bei Aufträgen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften existiert, zur Anwendung kommt. Dabei spielt diese Problematik in der Praxis bei zunehmender Komplexität der Konzernstrukturen der öffentlichen Hand eine wichtige Rolle und es ist nur eine Frage der Zeit, bis auch der EuGH sich mit diesen Fragen zu beschäftigen haben wird.⁷

Bis dahin bleibt den in der Praxis Betroffenen allerdings nichts anderes übrig, als sich die in der Literatur vertretenen Meinungen und Begründungsansätze zu ver-

³ Siehe allein die in dieser Arbeit untersuchten Urteile: EuGH, Rs. C-107/98, *Teckal*, Slg. 1999, I-8121; EuGH, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-1; EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8585; EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo*, Slg. 2006, I-4137; EuGH, Rs. C-295/05, *Asemfo*, Slg. 2007, I-2999; EuGH, Rs. C-324/07, *Coditel Brabant*, Slg. 2008, I-8457; EuGH, Rs. C-480/06, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, noch nicht in der Slg.

⁴ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 51, bietet eine gute Übersicht über Zahlen und Studien. Er geht von einem Anteil des öffentlichen Beschaffungswesens an der nationalen Wirtschaft von 10-25 % aus. In der EU erreicht das öffentliche Beschaffungswesen einen Umfang von über 3 Billionen Euro.

⁵ In der deutschen Literatur werden alle Möglichkeiten bis hin zur Kündigungsverpflichtung vergaberechtswidriger Verträge durch den öffentlichen Auftraggeber besprochen, siehe zur Vertiefung *Prieß/ Gabriel*, Beendigung des Dogmas durch Kündigung: Keine Bestandsgarantie für vergaberechtswidrige Verträge, NZBau 2006, S. 219 ff.

⁶ Eine vertikale Auftragsvergabe liegt vor, wenn der Auftraggeber gleichzeitig Anteile an dem Auftragnehmer bzw. an der Gesellschaft, die den Auftragnehmer kontrolliert, hat. Von einer horizontalen Auftragsvergabe spricht man, wenn der Anteilseigner von Auftraggeber und Auftragnehmer dieselbe Gesellschaft ist.

⁷ Siehe für Praxisbeispiele *Dabringhausen*, Horizontale Inhouse-Geschäfte, NZBau 2009, S. 616.

gegenwärtigen und diese in ihre Risikoabwägung entsprechend einfließen zu lassen.

Dieser Beitrag möchte die verschiedenen Auswirkungen, die Auftragsvergaben⁸ zwischen Schwestergesellschaften in einer Konzernstruktur haben können, darstellen, die in der Literatur vertretenen Meinungen sammeln, analysieren und bewerten sowie in der gebotenen Kürze mögliche Ansätze aufzeigen, wie sich Risiken in der Praxis minimieren und somit beherrschbarer machen lassen.

II. Die Rechtsquellen des „Europäischen Vergaberechts“

Die Rechtsquellen des Vergaberechts finden sich sowohl auf europäischer als auch auf nationalstaatlicher Ebene. Auf europäischer Ebene spielt das Primärrecht vor allem bei Auslegungsfragen und bei sekundärrechtlichen Regelungslücken eine wichtige Rolle;⁹ zudem kann jedoch auf ein umfangreiches sekundärrechtliches Regelungsnetzwerk zurückgegriffen werden. Hervorzuheben sind insbesondere die Richtlinien 2004/17/EG¹⁰ und 2004/18/EG,¹¹ die heute als Grundlage des europäischen Vergaberegimes angesehen werden. Mit diesen Richtlinien wird den mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebern der Rahmen vorgegeben, in dem einzelstaatliche Schwerpunkte gesetzt werden können und sich auch Varianten finden.¹²

Zusätzlich liegt eine Vielzahl von Entscheidungen des EuGH vor, welche vor allem den Anwendungsbereich und einzelne Verfahrensvorschriften des Vergaberechts

⁸ In diesem Beitrag wird nicht zwischen der Vergabe von Aufträgen und von Konzessionen differenziert, da die Rechtsprechung des EuGH zur In-house-Vergabe für beide Fälle gleichermaßen gilt.

⁹ Egger, *Europäisches Vergaberecht*, 1. Aufl. 2008, Rdnr. 100 ff.

¹⁰ RL 2004/17/EG des EP und des Rates v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 134 v. 30.4.2004, S. 1.

¹¹ RL 2004/18/EG des EP und des Rates v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 134 v. 30.4.2004, S. 114. Im Vergaberecht ist demnach zwischen einem Sektorenauftraggeber und einem nicht-sektoriellen Auftraggeber zu unterscheiden, da für Sektorenauftraggeber, d.h. öffentliche Auftraggeber, die insbesondere in den Bereichen Strom-, Gas- und Wasserversorgung tätig sind, besondere vergaberechtliche Grundsätze gelten. Dieser Beitrag konzentriert sich auf den nicht-sektoriellen Bereich und somit werden Sektorenauftraggeber soweit möglich ausgeklammert.

¹² So z.B. die Grundsatzentscheidung, ob der Angebotszuschlag aufgrund des preisgünstigsten oder des wirtschaftlichsten Angebots zu erfolgen hat, spricht ob neben dem Preis noch andere Kriterien berücksichtigt werden dürfen, vgl. Art. 53 RL 2004/18/EG.

näher bestimmen. Insbesondere die in diesem Beitrag näher beleuchtete Frage der In-house-Vergabe basiert im Wesentlichen auf einer Reihe von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs. Der Ursprung liegt dabei in der „Teckal“-Entscheidung und umfasst inzwischen ein knappes Dutzend relevanter Entscheidungen.¹³

In der „Teckal“-Entscheidung hat sich der EuGH nach Vorlage eines italienischen Gerichts mit der Frage beschäftigt, ob die Vergabe eines Auftrags durch eine italienische Gemeindeverwaltung an ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen ohne förmliches Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden kann. Im Ergebnis wurde eine grundsätzliche Ausschreibungsverpflichtung statuiert. Lediglich am Rande und praktisch ohne Begründung stellte der EuGH fest, dass

„etwas anderes nur dann gelten [kann], wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigene Dienststelle und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.“¹⁴

Daneben hat sich auch die Europäische Kommission bemüht, für mehr Klarheit in den wesentlichsten Streitfragen der In-house-Vergabe zu sorgen. Bereits im Jahr 2000 hat sich die Kommission zu den Voraussetzungen einer zum Teil vergabefreien Konzessionierung geäußert¹⁵ und Anfang 2008 wurde eine Mitteilung zur Behandlung von Public-Private-Partnerships veröffentlicht.¹⁶

Kompliziert stellen sich daneben jedoch die deutschen Rechtsquellen dar:¹⁷ Neben den §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) existieren vier bereichsspezifische Verordnungen, die das jeweils anzuwendende Verfahren regeln.¹⁸ Darüber hinaus können Entscheidungen der in Deutschland speziell eingerichteten Vergabekammern¹⁹ sowie Gerichtsurteile zur Auslegung herangezogen werden. Für die Prüfungsschritte bedeutet dies, dass Prüfungsgrundlage für in

¹³ *Teckal* und sonstige Rechtsprechung, vgl. Fn. 3.

¹⁴ EuGH, Rs. C-107/98, *Teckal*, Slg. 1999, I-8121, Rdnr. 50.

¹⁵ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (2000/C 121/02), ABl. Nr. C 121 v. 29.04.2000, S. 2.

¹⁶ Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften (IÖPP), C(2007) 6661 v. 5.2.2008.

¹⁷ Gute Übersicht von *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB-Kommentar*, 4. Aufl. 2007, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. *GWB*, Rdnr. 40 ff.

¹⁸ Im Einzelnen sind dies die *VgV*, die allgemeine Regeln für alle Beschaffungsvorgänge vorschreibt, und dann spezieller und unterschieden nach dem Charakter der Beschaffung die *VOL/A*, die *VOB/A* und die *VOF*.

¹⁹ Rechtsgrundlage für die Einrichtung von Vergabekammern und deren Funktionsweise sind die §§ 104 ff. *GWB*.

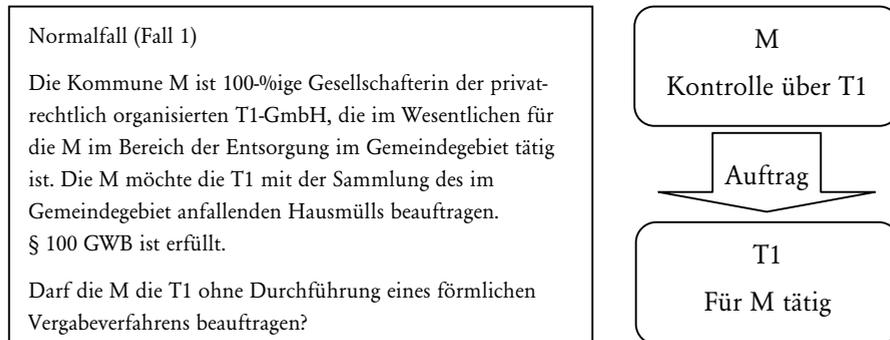
Deutschland stattgefundenen Vergaben immer die §§ 97 ff. GWB sind. Unterliegt eine Vergabeentscheidung dem Grunde nach dem nationalen Vergaberecht, dann ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das Vergaberecht nicht doch aufgrund der vom EuGH für die In-house-Vergabe entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall keine Anwendung findet, wenn es sich um eine vergaberechtlich privilegierte In-house-Vergabe handelt.

Eine Vergabeentscheidung unterliegt den Regeln des Vergaberechts, wenn ein öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GWB) mit einem Auftragnehmer einen entgeltlichen Vertrag nach § 99 GWB schließt, dessen Volumen vorgegebene Schwellenwerte überschreitet (§ 100 GWB).²⁰

Falls die Vergabeentscheidung dem Vergaberecht unterliegt, hat dies für den öffentlichen Auftraggeber zur Konsequenz, dass er sich an bestimmte Verfahren und Grundsätze halten muss, die für eine erhöhte Transparenz und mehr Teilnahmewettbewerb sorgen, um ungerechtfertigte Nachteile einzelner Bieter zu verhindern.

III. Die vertikale In-house-Konstellation – der „Normalfall“

Zur Abgrenzung der Fälle der horizontalen In-house-Vergabe von der vertikalen ist es unvermeidbar, zunächst die für die vertikale In-house-Vergabe geltenden Grundsätze darzustellen.



²⁰ Ausgeblendet wird an dieser Stelle das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen im unterschwelligen Bereich, d.h. wenn das finanzielle Volumen der zu vergebenden Aufträge die für die jeweiligen Formen der Auftragsvergabe festgelegten Schwellenwerte überschreitet. Auch in diesem „unterschwelligen“ Bereich ist ein förmliches Verfahren einzuhalten, das Europäische Primärrecht wird ebenso zur Bestimmung der Pflichten der öffentlichen Auftraggeber herangezogen wie die Grundsätze der In-house Vergabe des EuGH. Für weiterführende Informationen siehe Dreher, (Fn. 17), Vorbemerkung Vor §§ 97 GWB, Rdnr. 50 ff.

1. Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 98 ff. GWB

Die M könnte auf die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens verzichten, wenn das Vergaberecht im vorliegenden Fall überhaupt nicht zur Anwendung kommt. Dazu müsste es sich entweder bei der M um keinen öffentlichen Auftraggeber nach § 98 GWB handeln oder die Beauftragung der T1 dürfte keinen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 GWB darstellen.

Bei der Kommune M handelt es sich um eine Gebietskörperschaft und somit um einen öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB.

Von einem öffentlichen Auftrag spricht man nach der Legaldefinition des § 99 Abs. 1 GWB, wenn zwischen einem öffentlichen Auftraggeber (M) und einem Unternehmen (T1) ein entgeltlicher Vertrag geschlossen wird, der Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen (Sammlung des Hausmülls) zum Gegenstand hat. Somit sind grundsätzlich nach dem Wortlaut vorliegend die Voraussetzungen des § 99 GWB erfüllt.

Da zusätzlich die Voraussetzungen des § 100 GWB²¹ erfüllt sind, müsste die oben aufgeworfene Frage bei strenger Anwendung des Wortlauts der §§ 97 ff. GWB mit Nein beantwortet werden; die M wäre somit zur Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens verpflichtet.

2. Ausnahme für vertikale In-house-Vergaben

Jedoch könnten Wertungsgesichtspunkte eine Ausnahmeregelung erforderlich machen. Dies mit dem Argument, dass es einen Wertungswiderspruch darstellen würde, wenn einerseits Dienstleistungen innerhalb der öffentlichen Verwaltung verwaltungsintern²² unstrittig ausschreibungsfrei vergeben werden können, andererseits aber der öffentlichen Hand das Recht zugebilligt wird, den eigenen Verwaltungsapparat auch privatrechtlich zu organisieren.²³ Macht die öffentliche Hand von diesem Recht Gebrauch, hat dies aber zur Konsequenz, dass es sich bei diesen privatrechtlich organisierten Auftragnehmern um eigenständige juristische Perso-

²¹ § 100 GWB nimmt bestimmte Vergaben vom Anwendungsbereich des Vergaberechts aus. Dazu verwendet er in seinen beiden Absätzen zwei grundlegend unterschiedliche Ansätze: Während in seinem Abs. 1 auf in Rechtsverordnung festzulegende Schwellenwerte verwiesen wird und somit eine quantitative Begrenzung stattfindet, werden aufgrund des Abs. 2 bestimmte Vertragsformen qualitativ bestimmt und enumerativ von dem Vergaberecht ausgenommen, so z.B. Arbeitsverträge.

²² Verwaltungsintern heißt hier innerhalb derselben juristischen Person des öffentlichen Rechts.

²³ *Dreher*, Das In-house-Geschäft - Offene und neue Rechtsfragen der Anwendbarkeit der In-house-Grundsätze, NZBau 2004, S. 14.

nen handelt und Aufträge an diese grundsätzlich ausschreibungspflichtig wären.²⁴ Um die Billigkeit dieser Rechtsfolge zu überprüfen, ist es zunächst erforderlich die Leitmaximen des europäischen Vergaberechts zu beleuchten, um die Ziele des europäischen Vergaberechts zu klären. Da eine Ausnahme aus Wertungsgesichtspunkten nicht im „juristischen Vakuum“ schweben kann, muss anschließend ein rechtlicher Anknüpfungspunkt gefunden werden, der als Grundlage für eine Ausnahme von den vergaberechtlichen Anforderungen dienen kann.

a) Leitmaximen des europäischen Vergaberechts

Auf den ersten Blick erscheint es als widersprüchlich, den freien Markt und Wettbewerb durch die Schaffung eines strengen und formalistischen Regelwerks für bestimmte Marktteilnehmer – in diesem Fall für die Marktteilnahme der öffentlichen Hand – zu regulieren. Rechtfertigen lässt sich dieser Ansatz jedoch mit der besonderen Marktrolle, die die öffentliche Hand einnimmt und die sie von anderen Marktteilnehmern abgrenzt.²⁵ Wesentliche Unterschiede zwischen dem Marktverhalten der öffentlichen Hand und den sonstigen Marktteilnehmern sind auf der einen Seite das Verfolgen legitimer politischer Zielsetzungen mittels der Auftragsvergabe und die große Marktmacht auf der anderen Seite. Diese Kombination birgt das Risiko von Marktbeeinflussungen von nicht unerheblichem Ausmaß. Das Risiko von Marktbeeinflussungen soll durch ein formelles Verfahren minimiert werden, welches zum einen die Möglichkeit der politischen Einflussnahme der öffentlichen Hand auf die Auftragsvergabe einschränken sowie zum anderen durch eine erhöhte Verfahrenstransparenz die (selbst-)kontrollierenden und regulierenden Kräfte des Marktes und der politischen Systeme stärken soll.

Das Vergaberecht dient demnach primär dem Schutz des Wettbewerbs und dem Bieterschutz. Lediglich sekundär kommen fiskalische Interessen der öffentlichen Hand zum Tragen. „Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen“ außer der Durchsetzung der Grundfreiheiten ist „die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten“.²⁶ Leitmaxime des Vergaberechts ist somit vorrangig der Schutz des Bieterwettbewerbs vor Verzerrun-

²⁴ Die Ausschreibung müsste den Anforderungen der §§ 97 ff. GWB genügen, wenn das Auftragsvolumen die vorgesehenen Grenzwerte überschreitet. Im unterschwelligen Bereich gilt zwar nicht das GWB, trotzdem sind auch in diesem Bereich förmliche Verfahrensgrundsätze zu beachten.

²⁵ Gute Übersicht über die Besonderheiten des Marktverhaltens der öffentlichen Hand bei Egger, (Fn. 9), S. 26 ff.

²⁶ EuGH, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-1, Rdnrn. 23, 32, 44 und 51; EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo*, Slg. 2006, I-4137, Rdnr. 58 f. Eine Übersicht der daraus abgeleiteten Grundprinzipien, an denen die nationalen Vergaberechte gebunden sind, bei Dreher, (Fn. 17), Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB, Rdnr. 33 ff.

gen, was insbesondere durch das Gebot eines transparenten Verfahrens sowie das Gleichbehandlungsgebot aller Bieter erreicht wird, und nur nachrangig die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Haushaltsmittel.

b) Die dogmatische Rechtfertigung der Privilegierung von In-house-Vergaben

Ausgenommen von diesen Anforderungen an ein formelles Vergabeverfahren werden In-house-Vergaben aufgrund der vom EuGH erstmals in seiner „Teckal“-Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze. Eine dogmatische Rechtfertigung dieser Ausnahme hat der EuGH bislang leider nur sehr eingeschränkt geliefert. In der Literatur wurden hierzu jedoch einige Ansätze entwickelt, die kurz erörtert werden sollen.

Weit verbreitet ist die Begründung der vergaberechtlichen Privilegierung von In-house-Vergaben damit, dass inner-organisatorische Hoheitsakte *per se* nicht dem Vergaberecht unterliegen und In-house-Vergaben aus Wertungsgesichtspunkten mit diesen vergleichbar seien.²⁷ Ausgangspunkt dieser Argumentation ist, dass eine Auftragsvergabe, die innerhalb einer Verwaltung von einem Teil des Hoheitsträgers an einen anderen Teil desselben Hoheitsträgers ergeht, keine vergaberechtliche Relevanz entfaltet, da der Wettbewerb von dieser nicht tangiert würde.²⁸ Zu dieser Begründung ist Folgendes zu sagen: Die öffentliche Hand kann grundsätzlich frei entscheiden, ob ein Auftrag an Dritte außerhalb der Verwaltung vergeben oder ob die Leistung von einer öffentlichen Dienststelle innerhalb der Verwaltung erbracht werden soll. Das Vergaberecht zwingt die öffentliche Hand gerade nicht dazu, Aufträge zu vergeben und auszuschreiben. Kommt es aber zur Vergabe eines Auftrags an Dritte außerhalb der Verwaltung, dann ist der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Vergaberechts gehalten, ein bestimmtes Vergabeverfahren einzuhalten, um einen freien Bieterwettbewerb sicherzustellen.

Darüber hinaus müsste eine In-house-Vergabe aber auch einen inner-organisatorischen Hoheitsakt darstellen bzw. einem solchen vergleichbar sein. Kennzeichen der In-house-Vergabe ist es, dass Auftraggeber und Auftragnehmer unterschiedliche juristische Personen sind. Man könnte nun die Meinung vertreten, dass es keinen Unterschied machen dürfe, wenn die öffentliche Hand von ihrem Recht Gebrauch macht, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben einer privatrechtlichen

²⁷ Zusammenfassend *Dabringhausen*, (Fn. 7), S. 616 f., der dieses Argument auch für die vergaberechtliche Bewertung horizontaler In-house-Vergaben nutzt.

²⁸ Dieser Argumentation kann zwar entgegen gehalten werden, dass jede Vergabeentscheidung (und somit auch die Entscheidung zur Nichtvergabe) eine nicht unerhebliche Relevanz für den Wettbewerb entfalten kann. Jedenfalls sind aber inner-organisatorische Hoheitsakte bereits aufgrund des Fehlens zweier voneinander verschiedener juristischer Personen tatbestandsmäßig vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen.

Struktur zu bedienen. Dieser wertungsmäßig nachvollziehbare Ansatz würde erheblich gestärkt, wenn er mit einer juristischen Begründung untermauert werden könnte. Einen interessanten Begründungsansatz bringt *Hardraht* vor, der bei der Europäischen Gemeinschaft noch zur Zeit der Geltung des EG-Vertrags einen Mangel an Kompetenz entdeckt haben will und ihr deswegen das Recht abspricht, In-house-Vergaben überhaupt gesetzlich zu regeln, soweit die Auftragnehmer funktionell den Auftraggebern zuzurechnen seien.

„So weit [...] ein funktionelles Internum vorliegt, ist seine Einbeziehung in den Geltungsbereich des Vergaberechts nicht geeignet, dessen und die Ziele des EG-Vertrages zu erreichen. Für die Einbeziehung funktioneller Interna in den Anwendungsbereich fehle der Gemeinschaft daher wegen Art. 5 Abs. 3 EG die Kompetenz.“²⁹

Diesen juristisch nicht uninteressanten Ansatz begründet er letztlich also damit, dass es bei einer In-house-Vergabe zu keiner Wettbewerbsbeteiligung und somit zu keiner Verzerrung des Wettbewerbs kommt. Auch nach Ersetzung des Art. 5 Abs. 3 EG durch einen in den Art. 2 ff. AEUV ausdifferenzierten Kompetenzkatalog hat dieses Argument nicht seine Gültigkeit verloren.

Der von *Hardraht* entwickelte Ansatz birgt den Charme, dass es das auf Wertungsgesichtspunkten beruhende Argument, dass eine In-house-Konstellation einer Auftragsvergabe innerhalb der öffentlichen Hand gleichzusetzten sein muss, in rechtliche Bahnen leitet. Durch das Zurverfügungstellen einer juristischen Begründung wird die Bewertung vergleichbarer Konstellationen und die juristisch saubere Überprüfung auf eine eventuelle vergaberechtliche Privilegierung erleichtert bzw. erst ermöglicht.³⁰

Die Europäische Union ist nicht zuständig, die innerstaatliche Organisation zu beeinflussen. Eine ausschließliche Zuständigkeit steht ihr aber nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln zu. Die EU-Kompetenz reicht nur soweit, wie es der Schutz des Wettbewerbs bzw. wie es ein diskriminierungsfreier grenzüberschreitender Handel erfordert. Eine Verhaltensweise oder Handlung, der es an einer wettbewerbsverzerrenden Wirkung fehlt, kann dann aber auch nicht wirksam durch Europäisches Gemeinschaftsrecht beschränkt werden, da es dem Europäischen Gesetzgeber an der notwendigen Kompetenz mangelt.

²⁹ *Hardraht*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, 2005, S. 174; anders *Wittek*, Das In-house-Geschäft im EG-Vergaberecht, 2004, S. 88 ff.

³⁰ An dieser Stelle zeigt sich, dass der Begriff der vergaberechtlichen Privilegierung etwas unstimmig ist, da es sich entsprechend der hier vertretenen Argumentation ja gerade nicht um eine nachträgliche Privilegierung handelt, sondern um ein bereits existentes Recht, das aber auf-

Grundsätzlich ist jedoch ein Rückgriff auf primärrechtliche Regelungen, wie die Kompetenznormen der Art. 2 ff. AEUV, ausgeschlossen, wenn ein Rechtsbereich (primärrechtskonform) sekundärrechtlich erschlossen wurde. Insoweit entfaltet das Sekundärrecht eine Art Sperrwirkung. Das Primärrecht wird in solchen Fällen zunächst nur als Auslegungshilfe herangezogen. Nur wenn Regelungslücken erschlossen werden müssen, erfolgt wieder ein direkter Rückgriff auf primärrechtliche Regelungen.³¹ Somit ist zunächst eine Herleitung aus dem Sekundärrecht und insbesondere für den wichtigen nicht-sektoriellen Bereich aus der Richtlinie 2004/18/EG zu untersuchen.

3. Herleitung der Privilegierung aus dem Europäischen Sekundärrecht: Richtlinie 2004/18/EG

Eine ausdrückliche Festlegung eines Konzernprivilegs, wie es sich für Sektorenauftraggeber in Art. 23 Richtlinie 2004/17/EG findet, enthält die Richtlinie 2004/18/EG für den nicht-sektoriellen Bereich nicht.³²

Als Anknüpfungspunkt kann jedoch Art. 1 Richtlinie 2004/18/EG fungieren, der den Anwendungsbereich der Richtlinie bestimmt und zur Begriffsbestimmung dient. Wird ein Tatbestandsmerkmal dieses Art. 1 verneint, scheidet eine Anwendung der Richtlinien aus und der Sachverhalt entfaltet keine vergaberechtliche Relevanz. Nach Art. 1 Abs. 2 sind

„Öffentliche Aufträge [...] zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.“

Zu einem Vertrag gehören demnach zwei unabhängige Vertragspartner. Daran fehle es einer In-house-Vergabe bei funktionaler Betrachtungsweise gerade, da die Tochtergesellschaft keine von der Muttergesellschaft unabhängigen Entscheidungen treffen könne.³³ Dies ist meiner Ansicht nach bereits im Wortlaut des Art. 1 Richtlinie 2004/18/EG angelegt, denn nach Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG entfaltet ein Vertrag vergaberechtliche Relevanz, wenn er zwischen einem öffent-

grund der überschießenden Tendenz des Europäischen Vergaberechts nachträglich wieder eingeschränkt werden muss. In diesem Sinne auch *Dreber*, (Fn. 23), S. 18.

³¹ *Nettesheim*, Normenhierarchie im EU-Recht, EuR 2006, S. 746 ff.

³² An dieser Stelle sei daran erinnert, dass Schwerpunkt der Untersuchung dieses Beitrags der nicht-sektorielle Bereich ist, also die grundsätzlich in den Anwendungsbereich der RL 2004/18/EG fallenden Vergabekonstellationen.

³³ Bereits so in EuGH, Rs. C-107/98, *Teckal*, Slg. 1999, I-8121, Rdnr. 51 gefordert.

lichen Auftraggeber und einem Wirtschaftsteilnehmer geschlossen wird. Nach Art. 1 Abs. 8 Satz 2 umfasst

„[d]er Begriff ‚Wirtschaftsteilnehmer‘ [...] sowohl Unternehmer als auch Lieferanten und Dienstleistungserbringer.“

Unternehmer, Lieferanten und Dienstleistungserbringer sind nach Art. 1 Abs. 8 Satz 1

„natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Gruppen dieser Personen und/oder Einrichtungen, die auf dem Markt³⁴ die Ausführung von Bauleistung, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren bzw. die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.“

Bereits nach dem Wortlaut des Art. 1 Richtlinie 2004/18/EG ist meines Erachtens die Anwendbarkeit der Richtlinie zu verneinen, wenn es an einer eigenständigen Marktteilnahme des Auftraggebers fehlt.³⁵

Schließlich stützt auch das Rechtsetzungsverfahren der Richtlinie 2004/18/EG ein solches Normverständnis. Zwar würde für eine einschränkende Auslegung grundsätzlich sprechen, dass die neugefasste Richtlinie keine ausdrückliche Regelung des In-house-Geschäfts trifft, obwohl das Rechtsetzungsverfahren zeitlich nach der vom EuGH in diesem Bereich richtungweisenden „Teckal“-Entscheidung stattgefunden hat. Den Verfahrensdokumenten lässt sich allerdings entnehmen, dass die Frage der In-house-Vergabe im Laufe des Rechtsetzungsverfahrens durchaus problematisiert wurde. So haben sowohl der Ausschuss der Regionen und verschiedene Ausschüsse des Parlaments wie schließlich das Europäische Parlament selbst Vorschläge zur Einbeziehung der In-house-Vergabe in den Richtlinienentwurf gemacht. Der Europäische Rat stand diesen vorgeschlagenen Ergänzungen jedoch ablehnend gegenüber, da nach seiner Ansicht „die beschriebenen Fälle ausreichend im Rahmen der bestehenden Bestimmungen geregelt“ werden.³⁶ Leider ist den Gesetzgebungsmaterialien nicht zu entnehmen, worauf der Rat seine Meinung, dass die Problematik in dem Richtlinienentwurf „ausreichend“ berücksichtigt wurde, gestützt hat. Im Ergebnis kann den Unterlagen zum Rechtsetzungsverfahren jedoch entnommen werden, dass sich alle Beteiligten der Problematik bewusst waren und die vom EuGH entwickelte vergaberechtliche Privilegierung für vertikale In-house-Konstellationen nicht abschaffen wollten.³⁷

³⁴ Hervorhebung durch den Autor.

³⁵ Bei einer entsprechenden Interpretation des Wortlauts der Richtlinie kann auf Bemühungen die vergaberechtliche Privilegierung von In-house-Konstellationen durch eine analoge Anwendung der entsprechenden Vorschriften aus der RL 2004/17/EG verzichtet werden. Ohnehin begegnen solche Bemühungen berechtigten Bedenken, wie *Witek*, (Fn. 29), S. 146 ff., nachweist.

³⁶ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 33/2003 vom Rat festgelegt am 20.3.2003 (2003/C 147 E/01), zur Abänderung 40.

³⁷ Gute Übersicht des Rechtsetzungsverfahrens bei *Hardraht*, (Fn. 29), S. 256 ff.

4. Gewohnheitsrechtliche Anerkennung

Mittlerweile kann unabhängig davon, wie das Vorliegen einer In-house-Konstellation im Einzelnen begründet wird, aufgrund der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu den Voraussetzungen einer vertikalen In-house-Vergabe und der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, diese Rechtsprechung nicht im Rahmen der Überarbeitung der Richtlinien einzuschränken, von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der vergaberechtlichen Privilegierung der vertikalen In-house-Vergabe ausgegangen werden. Die Rechtsprechung des EuGH stellt eine Übung dar, der auch von nationalen Gerichten gefolgt wurde.³⁸

Diese gewohnheitsrechtliche Anerkennung der In-house-Vergabe, die auf den vom EuGH entschiedenen Fällen zur vertikalen In-house-Vergabe beruht, könnte auch für die in dieser Arbeit untersuchte horizontale In-house-Vergabe relevant werden, wenn eine unmittelbare Übertragung der Grundsätze der vertikalen auf die horizontale In-house-Vergabe möglich ist, sprich wenn sich die Fälle der horizontalen unter die für die vertikale In-house-Vergabe entwickelten Tatbestandsmerkmale subsumieren lassen.

Dazu soll nun zunächst anhand des gegebenen Falls 1 kurz untersucht werden, welche Anforderungen der EuGH an die Voraussetzungen einer vertikalen In-house-Vergabe stellt.

5. Vorliegen der Voraussetzungen der vertikalen In-house-Vergabe

a) Entwicklung

Mehr Einigkeit als über den richtigen Anknüpfungspunkt herrscht über die Tatbestandsmerkmale, deren Vorliegen zumindest für den Normalfall der vertikalen In-house-Vergabe zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft zur Annahme einer vergaberechtsfreien In-house-Konstellation führt.

Aus der inzwischen umfangreichen Rechtsprechung des EuGH haben sich drei Tatbestandsmerkmale herauskristallisiert, die zur Bejahung eines vergaberechtsfreien In-house-Geschäfts vorliegen müssen. So hat der EuGH in der Sache *Teckal* entschieden, dass eine vergaberechtsfreie In-house-Konstellation angenommen werden kann,

„wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben“.³⁹

³⁸ Für die Bundesrepublik Deutschland siehe BGH, Beschluss v. 12.6.2007, Az. X ZB 10/01, BGHZ 148, 55 ff.

³⁹ EuGH, Rs. C-107/98, *Teckal*, Slg. 1999, I-8121, Rdnr. 50.

Dabei hat der EuGH allerdings in diesem Urteil das Vorliegen der Kriterien nicht näher untersucht mit der Konsequenz, dass es zunächst der Literatur überlassen wurde, die Kriterien inhaltlich auszufüllen und zu konkretisieren. Hilfreich war dazu, dass das juristische Konstrukt der In-house-Vergabe bereits vor der „Teckal“-Entscheidung von verschiedenen Generalanwälten ausgearbeitet worden war.⁴⁰ Des Weiteren führten weitere Entscheidungen des EuGH in den Folgejahren⁴¹ zu einer weiteren Konkretisierung der drei Voraussetzungen:

1. Auftraggeber ist Anteilseigner des Auftragnehmers.
2. Auftraggeber hat über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle.
3. Der Auftragnehmer ist im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig.

b) Auftraggeber ist Anteilseigner

Als ein Tatbestandsmerkmal der vergaberechtsfreien In-house-Vergabe wird die Anteilseignerschaft des Auftragnehmers an dem Auftraggeber geprüft. Richtig ist, dass der EuGH dies in seiner „Teckal“-Rechtsprechung vorausgesetzt hat, ohne dass sich aber aus dem vom EuGH gewählten Wortlaut die zwingende Notwendigkeit ergibt, die Anteilseignerschaft als eigene Voraussetzung zu sehen.⁴² Da das Tatbestandsmerkmal aber für die Fälle der vertikalen In-house-Vergabe regelmäßig erfüllt ist, wurde es bislang vom EuGH nur selten problematisiert. Auch vorliegend war die M Anteilseignerin der T1, das Tatbestandsmerkmal ist somit erfüllt.

Anders sieht dies für die Fälle der horizontalen In-house-Vergabe aus. Es ist gerade kennzeichnend für die horizontale Auftragsvergabe, dass es an einem hierarchischen Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer fehlt. Eine Anteilseignerschaft liegt daher regelmäßig nicht vor.

c) Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle

Die „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ stellt für diesen Beitrag ein zentrales Kriterium dar. Es liegt auf der Hand, dass Schwestergesellschaften einander regelmäßig nicht so kontrollieren können, wie das eine Muttergesellschaft gegen-

⁴⁰ Schlussanträge GA *Alber* zu EuGH, Rs. C-108/98, *RISAN*, Slg. 1999, I-5219; Schlussanträge GA *Cosmas* zu EuGH, Rs. C-107/98, *Teckal*, Slg. 1999, I-8121.

⁴¹ EuGH, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-1; EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8585; EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo*, Slg. 2006, I-4137; EuGH, Rs. C-295/05, *Asemfo*, Slg. 2007, I-2999; EuGH, Rs. C-324/07, *Coditel Brabant*, Slg. 2008, I-8457 und EuGH, Rs. C-480/06, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, noch nicht in der Slg.

⁴² So führt beispielsweise *Egger*, (Fn. 9), Rdnr. 597, nur zwei Voraussetzungen auf.

über ihrer Tochtergesellschaft tun kann. Dieses Kriterium bedarf deshalb einer besonders intensiven Untersuchung.

Es war lange Zeit umstritten, welcher Kontrollmöglichkeiten des Auftragnehmers es bedarf, um das Vorhandensein einer für eine In-house-Vergabe ausreichenden Kontrolle zu bejahen. Eine Klärung brachte dazu schließlich die „Stadt Halle“-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2005.⁴³

Die zuständige Generalanwältin *Stix-Hackl* hat sich in ihren Schlussanträgen zu dieser Entscheidung auf die Ausführungen des Generalanwalts *Léger*⁴⁴ zur „ARGE-Gewässerschutz“-Entscheidung bezogen und im Wesentlichen auf die vorhandenen Kontrollmehrheiten abgestellt.⁴⁵

Dieses Vorliegen einer Kontrollmehrheit hat der EuGH im Ergebnis jedoch als nicht ausreichend erachtet. Er hat entschieden, dass bereits eine minderheitliche Beteiligung Privater an dem Auftragnehmer verhindert, dass der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt. Begründet wurde dies mit einem Interessensgegensatz der öffentlichen und der privaten Anteilseigner:

„Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Beziehung zwischen einer öffentlichen Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, und ihren Dienststellen durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruht dagegen auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen, und verfolgt andersartige Ziele. Zweitens würde die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den in der Richtlinie 92/50 genannten Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen, insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.“⁴⁶

Hausmann/Bultmann nahmen dies zum Anlass, um zur Auslegung der Voraussetzung der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ den Interessensgleichklang als Ansatzpunkt für das Vorliegen dieser Kontrolle zu werten. Die beiden Autoren stellten dazu fest:

⁴³ EuGH, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-1.

⁴⁴ Schlussanträge GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Slg. 2000, I-11037, Nr. 60, darin hielt dieser die „Teckal“-Ausnahme sogar schon bei einer Kontrollmehrheit von 50,5 % für anwendbar.

⁴⁵ Schlussanträge GA in *Stix-Hackel* zu EuGH, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-1, Nr. 70 ff.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-1, Rdnr. 50 ff.

„Der EuGH macht nunmehr klar, dass seine Teckal-Formel nicht ohne das inhaltliche Charakteristikum der ‚Dienststelle‘ gelesen werden darf, namentlich, dass sie als ‚Werkzeug‘ einer staatlichen Einrichtung keine anderen Interessen verfolgt als die staatliche Einrichtung selbst.“⁴⁷

In seiner „Parking Brixen“-Entscheidung hat der EuGH diese Anforderungen noch weiter ausgeführt. Demnach sind bei der Beurteilung, ob eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle gegeben ist,

„alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung muss zu dem Ergebnis führen, dass die fragliche konzessionsnehmende Einrichtung einer Kontrolle unterworfen ist, die es der konzessionserteilenden öffentlichen Stelle ermöglicht, auf die Entscheidungen dieser Einrichtung einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.“⁴⁸

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat der EuGH im Urteil *Parking Brixen* verneint, da der Tochtergesellschaft aufgrund ihrer Satzung umfangreiche Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt waren, die ihr eine relative Unabhängigkeit gegenüber ihrer Anteilseignerin gewährten. Diese Rechtsprechung bestätigte der EuGH in der Rechtssache *Carbotermo* und verneinte das Vorliegen einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle im Falle einer Aktiengesellschaft, die über eine andere Aktiengesellschaft von einer Gemeinde gehalten wird und deren Verwaltungsorgan umfangreiche Geschäftsführungsbefugnisse hat.⁴⁹

Vor allem im Lichte der beiden Entscheidungen *Parking Brixen* und *Carbotermo* haben sich in der Literatur eine Vielzahl von Kriterien herausgebildet, deren Vor- bzw. Nichtvorliegen geprüft wird, um eine Kontrolle eines öffentlichen Auftraggebers wie über eine eigene Dienststelle zu bejahen.⁵⁰

Im Vordergrund der Prüfung stand dabei die Frage, ob die Muttergesellschaft rechtlich die Möglichkeit hat, auf die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einzuwirken, also eher formelle, gesellschaftsrechtliche Kriterien.⁵¹

⁴⁷ Hausmann/Bultmann, Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Stadt Halle“ - Ein neues Paradigma für vergaberechtsfreie In-house-Geschäfte, NVwZ 2005, S. 377, 379.

⁴⁸ EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8585, Rdnr. 65.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo*, Slg. 2006, I-4137, Rdnr. 36 ff.

⁵⁰ Siehe Egger, (Fn. 9), Rdnr. 597 ff. m.w.N.; gute Übersicht auch bei Pape/Holz, Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte, NJW 2005, S. 2264 ff., allerdings nicht auf dem heutigen Rechtsprechungsstand.

⁵¹ Siehe Hailbronner, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, 34. EL 2008, B5, Rdnr. 56 ff. m.w.N.

In der „Coditel“-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2008 wurde deutlich, dass sich der EuGH nicht auf eine formelle Sichtweise festlegen lässt, sondern in Einzelfällen auch bereit ist, eingeschränkte Kontrollrechte der Anteilseigner zu akzeptieren, wenn in der Gesamtsicht von einem Interessensgleichklang bei Mutter- und Tochtergesellschaft ausgegangen werden kann.

In der Rechtssache *Coditel* musste der EuGH entscheiden, ob der Beitritt einer Gemeinde zu einer kommunalen Genossenschaft belgischen Rechts, die die Verwaltung der kommunalen Kabelfernsehnetze übernommen hat, einer Ausschreibung bedurft hätte. Interessant war die Entscheidung aus zwei Gründen: Zum einen bot die kommunale Genossenschaft ihre Dienstleistungen, die Bereitstellung des Kabelfernsehnetzes, den Gemeindegliedern unmittelbar an und konkurrierte somit mit anderen privaten Anbietern; zum anderen stellte dieser Fall für den EuGH eine neuerliche Gelegenheit dar, die Voraussetzung der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle zu konkretisieren. Dabei setzte der EuGH dem Grunde nach mit seiner Argumentation nahtlos an seine Rechtsprechung in den Entscheidungen *Parking Brixen* und *Carbotermo* an.

„Bei der Beurteilung, ob eine konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt, sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung muss zu dem Ergebnis führen, dass die fragliche konzessionsnehmende Einrichtung einer Kontrolle unterworfen ist, die es der konzessionserteilenden öffentlichen Stelle ermöglicht, auf die Entscheidungen dieser Einrichtung einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.“⁵²

Anschließend führt der Gerichtshof weiter aus, welche Kriterien im konkreten Fall maßgeblich sind:

„erstens die Beteiligung am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung, zweitens die Zusammensetzung ihrer Beschlussorgane und drittens der Umfang der Befugnisse ihres Verwaltungsrats.“⁵³

Dieser Hinweis des EuGH auf die Kapitalzusammensetzung des Auftragnehmers ist insgesamt nicht als neu zu bewerten, da bereits in der „Stadt Halle“-Entscheidung festgestellt wurde, dass das Vorhandensein privaten Kapitals schädlich ist für die Bejahung einer vergaberechtsfreien In-house-Vergabe.

⁵² EuGH, Rs. C-324/07, *Coditel Brabant*, Slg. 2008, I-8457, Rdnr. 28.

⁵³ *Ibid.*, Rdnr. 29.

Dabei fiel es dem EuGH leicht, den ausschlaggebenden Einfluss der Auftraggeber auf die Auftragnehmerin zu bejahen, denn

„der Umstand, dass die Beschlussorgane von Brutélé aus Vertretern der ihr angeschlossenen öffentlichen Stellen bestehen, deutet darauf hin, dass diese die Beschlussorgane von Brutélé beherrschen und damit in der Lage sind, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen von Brutélé ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.“⁵⁴

Darüber hinaus hatte der Verwaltungsrat aber auch umfassende Befugnisse, die er ohne Weisungsgebundenheit der Anteilseigner in relativer Unabhängigkeit ausüben konnte.⁵⁵ Eine zu große Unabhängigkeit des Verwaltungsorgans hatte den EuGH in den Entscheidungen *Parking Brixen* und *Carbotermo* noch dazu veranlasst, eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle zu verneinen.

Auch nach der sich nach diesen beiden Entscheidungen entwickelten Literaturmeinung wäre eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle wohl verneint worden, da es den Auftraggebern gerade an den gesellschaftsrechtlichen Instrumenten fehlte, um das Geschäftsführungsorgan des Auftragnehmers zu einem bestimmten Handeln zu zwingen.

In der „Coditel“-Entscheidung geht der EuGH nun einen Schritt weiter und prüft, ob diese relative Unabhängigkeit des geschäftsführenden Gesellschaftsorgans zu einer

„Marktausrichtung [des Auftragnehmers] und ein[em] Maß an Selbstständigkeit [führt], die eine Kontrolle durch die ihre angeschlossenen öffentlichen Stellen als nicht gesichert erscheinen [lassen].“⁵⁶

Der Gerichtshof zeigt also Bereitschaft, in Ermangelung einer ausreichenden gesellschaftsrechtlichen Kontrolle wieder auf den Interessensgleichklang abzustellen. Wesentliche Frage ist, ob Konsequenz der mangelnden Kontrolle eine Marktausrichtung des Auftragnehmers ist bzw. ob eine Marktausrichtung gegen den Willen des Auftraggebers möglich ist.

„Aus [...] Gesetz in Verbindung mit der Satzung von Brutélé scheint sich zu ergeben, dass der satzungsgemäße Zweck von Brutélé die Verwirklichung der Aufgabe von gemeindlichem Interesse ist, zu deren Erfüllung sie geschaffen wurde, und dass sie keine anderen Interessen verfolgt als die ihr angeschlossenen öffentlichen Stellen.“⁵⁷ Vorbehaltlich der Sachverhaltsermittlung durch das vorlegende Gericht folgt daraus, dass Brutélé trotz des Umfangs der

⁵⁴ Ibid., Rdnr. 34.

⁵⁵ Ibid., Rdnr. 35.

⁵⁶ Ibid., Rdnr. 36.

⁵⁷ Ibid., Rdnr. 38.

Befugnisse ihres Verwaltungsrats nicht über ein Maß an Selbstständigkeit verfügt, das es ausschließt, dass die ihr angeschlossenen Gemeinden über sie eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen.“⁵⁸

Der EuGH lässt somit eine relative Unabhängigkeit des Auftragnehmers von dem öffentlichen Auftraggeber zu, wenn anderweitig gesichert ist (z.B. durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag), dass der Auftragnehmer nicht das Ziel einer Marktteilnahme verfolgt. Mit der Anerkennung eines erweiterten Entscheidungsspielraums des Auftragnehmers, was einhergeht mit einer größeren Unabhängigkeit des Auftragnehmers von dem Willen des Auftraggebers, folgt der EuGH letztlich seiner bisherigen Rechtsprechung.

In der „Parking Brixen“-Entscheidung hat der EuGH zwar das Vorliegen einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle unter anderem mit der Begründung verneint, dass das geschäftsführende Organ der Auftragnehmerin zu selbständig über die Unternehmensziele und Strategie bestimmen konnte und der Einfluss der Auftraggeberin gerade nicht ausreichend gesichert war. Grundlage für diese Entscheidung des EuGH war aber nicht nur die fehlende formelle Kontrolle der Auftraggeberin, sondern die aufgrund objektiver Indizien deutlich gewordene Marktausrichtung der Auftragnehmerin, die insbesondere durch die Ausweitung des Gesellschaftszwecks, die vorgeschriebene baldige Öffnung der Gesellschaft für Fremdkapital und die Ausweitung des geographischen Tätigkeitsbereichs der Gesellschaft auf ganz Italien sowie das Ausland deutlich wurde.⁵⁹ Die fehlenden Kontrollrechte der Auftraggeber und Anteilseigner über die Geschäftsführung der Auftragnehmerin und die Rechtsform der Aktiengesellschaft, die eine formelle Kontrolle erschwert, waren nur zwei weitere Aspekte, die der EuGH in seine Erwägungen hat einfließen lassen.⁶⁰

Auch in der „Asemfo“-Entscheidung aus dem Jahr 2007 wurden diese Überlegungen zur Entscheidungsgrundlage. In diesem Urteil machte der EuGH deutlich, dass zur Ermittlung des Maßes an Selbstständigkeit der Auftragnehmerin von der Auftraggeberin nicht alleine auf die Rechtsform und die satzungsgemäß ausgeübte Kontrolle durch die Auftraggeberin abgestellt werden darf, sondern letztlich ermittelt werden muss, ob sichergestellt ist, dass die Auftragnehmerin gegenüber der Auftraggeberin keine eigenen, selbständigen und eventuell gar auf eine eigene Marktteilnahme gerichteten Interessen verfolgt. Dabei sind auch gesetzliche Einschränkungen der Selbstständigkeit zu berücksichtigen.⁶¹

⁵⁸ Ibid., Rdnr. 39.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8585, Rdnr. 72.

⁶⁰ Ibid., Rdnr. 67-69.

⁶¹ EuGH, Rs. C-295/05, *Asemfo*, Slg. 2007, I-2999, Rdnr. 60 f.

Letztlich folgt der EuGH mit *Coditel* also konsequent seiner Linie, die er mit der Entscheidung *Stadt Halle* begonnen hat: Entscheidend ist, ob der Auftragnehmer eine Selbstständigkeit von dem Auftraggeber erreicht hat, die eine Zurechnung des Auftragnehmers zu der Sphäre des Auftraggebers verhindert. Dies geschieht durch eine Abwägung der Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer und die Frage, ob mit einer Marktausrichtung des Auftragnehmers zu rechnen ist. In seiner „*Coditel*“-Entscheidung hat diese Interessenabwägung zu einer Bejahung der Kontrolle des Auftraggebers wie über eine eigene Dienststelle geführt, da die Auftragnehmerin aufgrund eines Gesetzes gegenüber dem Auftraggeber zum Tätigwerden verpflichtet war und die anfallenden Gebühren auch nicht frei verhandelt wurden, sondern diese von den jeweiligen Auftraggebern auf Grundlage einer Kostendeckung einseitig festgelegt werden konnten.

Diese Entscheidungspraxis bestätigt der EuGH ferner in seiner Entscheidung *Stadtreinigung Hamburg*:

„Eine [...] Zusammenarbeit öffentlicher Stellen [kann] das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen – einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten – nicht in Frage stellen, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, und der [...] Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.“⁶²

Der EuGH macht deutlich, dass er in seiner Entscheidungspraxis mehr und mehr bereit ist, im Wege einer Einzelfallabwägung darauf abzustellen, ob es durch die Auftragsvergabe zu einer Wettbewerbsbeschränkung gekommen ist. Eine solche verneint er, wenn die beteiligten Gesellschaften lediglich öffentliche Interessen verfolgen und es an einer Marktausrichtung der beteiligten Gesellschaften fehlt.⁶³

Dies bedeutet für die spätere Untersuchung der vergaberechtlichen Privilegierung horizontaler In-house-Konstellationen, dass das Tatbestandsmerkmal der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle nicht alleine von den gesellschaftsrechtlichen Kontrollrechten abhängt, sondern im Rahmen einer Gesamtschau geprüft wird, ob der Auftragnehmer sich gegenüber dem Auftraggeber selbständig verhält bzw. verhalten kann. Starke Kontrollrechte des Auftraggebers sind ein Indiz für das Fehlen einer solchen Selbstständigkeit. Selbst in den Fällen einer schwächeren oder fehlenden Kontrolle können die Voraussetzungen einer In-house-Vergabe vor-

⁶² EuGH, Rs. C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, noch nicht in der Slg., Rdnr. 47.

⁶³ Zum gegenteiligen Ergebnis kam GA *Mazák* in seinen Schlussanträgen zu *ibid*.

liegen, wenn aufgrund anderer Gegebenheiten im Einzelfall sichergestellt ist, dass es durch die Auftragsvergabe nicht zu einer Marktbeeinträchtigung kommt.

d) Im Wesentlichen für Auftraggeber tätig

Im Detail jahrelang ebenso ungeklärt wie das Kriteriums des Vorliegens einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ist die Frage, was sich genau hinter der Voraussetzung der „Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber“ verbirgt. Der EuGH hat dieses Merkmal ebenfalls im Laufe seiner Rechtsprechung zunehmend konkretisiert. Die ursprünglich in der Literatur verbreitete Ansicht, dass zumindest die aus Art. 23 Richtlinie 2004/18/EG bekannte Größenordnung von wenigstens 80 % der Tätigkeit ausreichend sei, um die Wesentlichkeit zu bejahen,⁶⁴ hat der Gerichtshof in seiner „Carbotermo“-Entscheidung zurückgewiesen.⁶⁵ Dort nimmt er zudem genauer zu der Frage Stellung, wie dieses Kriterium zu bestimmen ist. Der EuGH stellt darauf ab, dass anhand einer Einzelfallprüfung, ob die Einrichtung hauptsächlich für den Auftraggeber tätig ist und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist, zu entscheiden ist.⁶⁶ Dabei sollen neben quantitativen Kriterien eben auch qualitative berücksichtigt werden.⁶⁷

Darüber hinaus lässt der EuGH in seiner Rechtsprechung die Tendenz erkennen, dass die Tätigkeiten für hierarchisch strukturierte „Konzern-Gesellschaften“ addiert und als Tätigkeit für eine Gesellschaft verstanden werden.⁶⁸ Gleiches gilt für verschiedene öffentliche Auftraggeber, die gemeinsam den Auftragnehmer wie eine eigene Dienststelle kontrollieren.⁶⁹

Für die im Anschluss stattfindende Untersuchung der Bedeutung des Wesentlichkeitskriteriums auf Fälle der horizontalen Vergabe lassen sich demnach zwei

⁶⁴ Siehe statt vieler Übersicht bei *Pape/Holz*, (Fn. 50), S. 2264, 2266.

⁶⁵ Gute Übersicht über die Argumente, die gegen eine Anwendung der 80 %-Grenze sprechen, gibt *Egger*, (Fn. 9), Rdnr. 608: Grundsätzlich seien Ausnahmen eng auszulegen, der Gemeinschaftsgesetzgeber hat eine Ausdehnung über die Sektorenrichtlinien nicht vorgenommen, Art. 23 RL 2004/17/EG gelte nicht einmal für alle Konstellationen der Sektorenrichtlinie, er habe weitere Voraussetzungen, die außerhalb des Sektorenbereichs unbekannt sind, und eine starre Grenze sei für Sinn und Zweck der Abgrenzung der In-house-Vergabe von vergaberechtpflichtigen Konstellationen ungeeignet. In EuGH, Rs. C-295/05, *Asemfo*, Slg. 2007, I-2999, Rdnr. 63, hat der Gerichtshof allerdings eine Tätigkeit von 90 % als ausreichend erachtet. Strengere Ansichten wurden vor dieser Entscheidung zum Teil in der deutschen Rechtsprechung vertreten. So hat das OLG Celle, Beschluss v. 14.9.2006, Az. 13 Verg 2/06, eine Tätigkeit von 7,5 % für Dritte als ausreichend erachtet, um eine In-house-Konstellation zu verneinen.

⁶⁶ EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo*, Slg. 2006, I-4137, Rdnr. 63.

⁶⁷ *Egger*, (Fn. 9), Rdnr. 607 m.w.N.

⁶⁸ *Ibid.*, Rdnr. 610.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo*, Slg. 2006, I-4137, Rdnr. 71.

wesentliche Schlussfolgerungen aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ziehen: Zum einen tendiert der EuGH auch bei der Bewertung des Vorliegens der Voraussetzung der wesentlichen Tätigkeit zu einer Einzelfallprüfung, bei der neben rein quantitativen auch qualitative Argumente eine Rolle spielen; zum anderen besteht die Tendenz in der Rechtsprechung, die Tätigkeiten, die für verschiedene „Konzern-Gesellschaften“ erbracht werden, zu addieren, um so zu prüfen, ob von einer wesentlichen Tätigkeit gesprochen werden kann.

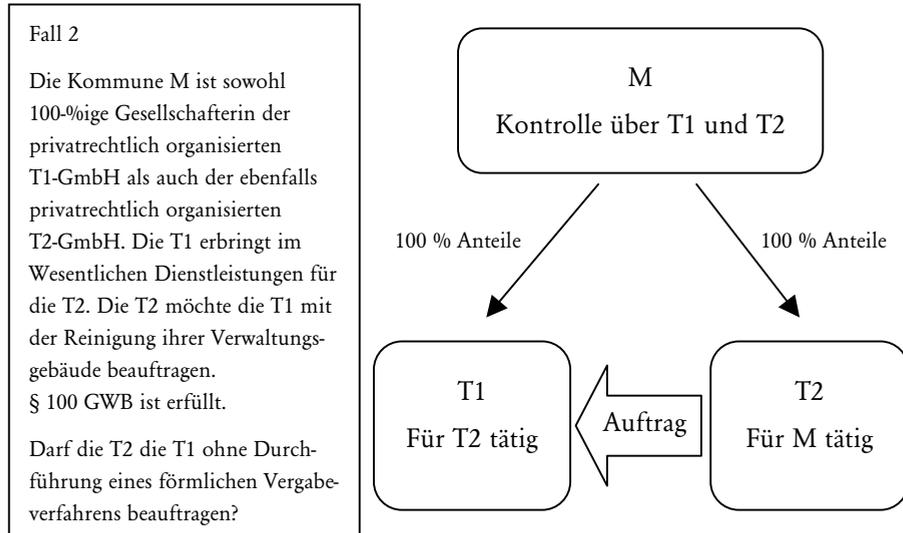
e) Zwischenergebnis

Mittlerweile kann auf eine umfangreiche Judikatur des EuGH zu den Voraussetzungen der vergaberechtlichen Privilegierung einer In-house-Vergabe zurückgegriffen werden. Die Voraussetzungen sind zumindest für die Fälle der vertikalen In-house-Vergabe ausdifferenziert. Entscheidend kommt es auf die Frage an, ob der Auftragnehmer eine Eigenständigkeit von dem Auftraggeber erlangt hat, die es ihm erlaubt, selbständige, seinen eigenen Interessen folgende Entscheidungen zu treffen.

6. Ergebnis

Keine größeren Probleme bereitet nach dem bisher Gesagten die Lösung des Falles 1, der als Normalfall die Grundlage für die Diskussion zu den Fällen der horizontalen In-house-Konstellation darstellen soll. M ist alleinige Anteilseignerin der T1, übt Kontrolle über sie wie über eine eigene Dienststelle aus, was bei der Gesellschaftsform der GmbH vermutet werden kann, und die T1 ist im Wesentlichen für die M, ihre Mutter-Gesellschaft, tätig. Dies ist der klassische und somit unproblematische Fall einer vertikalen In-house-Vergabe. Der Auftrag der M an die T1 unterliegt somit im Ergebnis nicht dem Vergaberecht und erfordert damit auch kein förmliches Vergabeverfahren.

IV. Die horizontale In-house-Konstellation



1. Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 98 ff. GWB

Die T2 ist aufgrund des funktionellen Auftraggeberbegriffs des Vergaberechts öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB und möchte mit T1, also einem anderen Unternehmen, einen entgeltlichen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung im Sinne des § 99 GWB abschließen. Dem Wortlaut nach findet somit das Vergaberecht Anwendung.

2. Anwendung der Grundsätze des vergaberechtsfreien In-house-Geschäfts

Fraglich ist, ob die vom EuGH entwickelten Grundsätze zum vergaberechtsfreien In-house-Geschäft auf den vorliegenden Fall angewandt werden können. Auftraggeberin des zu untersuchenden Auftrags ist die T2. Zur Bejahung des Vorliegens einer vergaberechtsfreien In-house-Konstellation im Verhältnis zwischen den beiden Tochtergesellschaften müsste die T1 im Wesentlichen für die T2 tätig sein und die T2 über die T1 eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben bzw. die Kontrolle, die die M über die T1 ausübt, müsste der T2 zugerechnet werden können.

Laut Sachverhalt ist die T1 auch im Wesentlichen für die T2 tätig.

Problematischer ist die Frage des Vorliegens einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle. Die T2 hat keine Geschäftsanteile an der T1, übt somit keine organ-schaftliche Kontrolle über die T1 aus.

Diese Konstellation war bisher von den Gerichten noch nicht zu entscheiden, so dass insoweit alleine auf die Literatur zurückgegriffen werden kann. Dort wird das Problem heftig und kontrovers diskutiert.⁷⁰ Die Stimmen für und gegen die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die vorliegende Fallstellung halten sich in etwa die Waage.⁷¹ Kennzeichnend für die Diskussion ist allerdings, dass viele Autoren eine Art Gesamtbetrachtung des Problems anstellen und zwei unterschiedliche Argumentationslinien vermischen. Dabei handelt es sich um die Frage,

1. ob die Auftragsvergabe zwischen Schwestergesellschaften die vom EuGH entwickelten Voraussetzungen eines In-house-Geschäfts erfüllt, oder
2. ob nicht aus Wertungsgesichtspunkten für die Fälle der Auftragsvergabe zwischen Schwestergesellschaften eine der für die vertikale In-house-Vergabe entsprechenden Ausnahme jedoch mit angepassten Voraussetzungen anzunehmen sei.

Diese beiden Argumentationslinien müssen getrennt untersucht werden, da sie methodisch eine unterschiedliche Herangehensweise an die Problematik erfordern. Beim ersten Ansatz wird geprüft, ob T2 die durch die M über T1 ausgeübte Kontrolle zugerechnet werden kann und somit letztlich die vom EuGH für die vertikale In-house-Konstellation entwickelten Grundsätze auf die horizontale angewandt werden können. Das Merkmal der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ist entsprechend zu interpretieren und auszulegen. Es handelt sich um eine Auslegungslösung, die innerhalb der vom EuGH entwickelten Grundsätze bleibt.

Der zweite Ansatz löst sich dahingegen von den vom EuGH für die Fälle der vertikalen In-house-Konstellation entwickelten Kriterien und prüft, ob nicht im Falle einer horizontalen In-house-Konstellation parallel zu der Rechtsprechung zur vertikalen In-house-Vergabe eine Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18/EG zu verneinen wäre. In diesem Fall müssten aber neue, auf die Fälle der horizontalen In-house-Vergabe zugeschnittene Kriterien entwickelt werden.

⁷⁰ *Dabringhausen*, (Fn. 7); *Dreher*, (Fn. 23); *Orlowski*, Zulässigkeit und Grenzen der In-house-Vergabe, NZBau 2007, S. 80 ff.; *Bergmann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft, 2005; *Stemmer/Aschl*, Gründung und Handeln kommunaler Gesellschaften und kommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, VergabeR 2005, S. 287 ff. und *Lott*, Der Einfluss der Rechtsprechung des EuGH auf das deutsche Vergaberecht, 2005, tendieren zu einer vergaberechtlichen Privilegierung von In-house-Vergaben. *Ziekow*, In-House-Geschäfte - werden die Spielräume enger?, VergabeR 2006, S. 608 ff. und *Schröder*, In-house-Vergabe zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?, NZBau 2005, S. 127 ff., lehnen eine solche ohne das Vorliegen weiterer Voraussetzungen ab.

⁷¹ Gute Darstellung des Streitstands mit Nachweis der wichtigsten in der Literatur vertretenen Meinungen bei *Egger*, (Fn. 9), Rdnr. 650 ff.

a) Auslegungslösung

An dieser Stelle soll zunächst die Möglichkeit einer Auslegungslösung geprüft werden. Dazu müsste die T2 über die T1 eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben. Die T2 müsste also auf die strategischen Ziele der T1 ebenso wie bei der Abstimmung über wesentliche Fragen einen ausschlaggebenden Einfluss nehmen können.⁷² Ein solcher Einfluss wird bei einer GmbH in der Regel⁷³ durch entsprechende Mehrheiten in der Gesellschafterversammlung gewährleistet, was nach §§ 46 ff. GmbHG in Verbindung mit dem jeweiligen Gesellschaftsvertrag einen ausschlaggebenden Einfluss der Gesellschafter auf die Geschäftsführung sicherstellt.

Im Falle der horizontalen fehlt es im Unterschied zur vertikalen Konstellationen per Definition gerade an einer strukturellen Verflechtung der beiden Tochterunternehmen mit der gemeinsamen Mutter und somit an einer organschaftlichen Kontrolle. Zwar wäre es denkbar, dass die T2 neben der M Geschäftsanteile an der T1 hält, was – wie bereits gesehen – nach der Rechtsprechung des EuGH ausreichen kann, um das Vorhandensein einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle zu bejahen.⁷⁴ Dogmatisch würde es sich in diesem Fall aber nicht mehr um einen rein horizontalen Fall einer Auftragsvergabe handeln, sondern die Konstellation einer Direktvergabe eines Auftrags der Großmuttergesellschaft an die Enkelgesellschaft wäre einschlägig.⁷⁵

Trotz des Fehlens dieser strukturellen Verflechtung gehen einzelne Autoren davon aus, dass auch in diesem Fall das Vorliegen einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle bejaht werden kann. *Orlowski* konstruiert dies über eine Art Zurechnung der Kontrolle, die die Mutter über beide Tochtergesellschaften ausübt.⁷⁶ Getrennt werden müsse zwischen der gesellschaftsrechtlichen und der vergaberechtlichen Beurteilung:

⁷² EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8585, Rdnr. 72.

⁷³ Gesellschaftsrechtlich kann ein ausschlaggebender Einfluss auf Entscheidungen auch durch Sperrminoritäten ermöglicht werden. In dem hier zu besprechenden Sonderfall soll davon ausgegangen werden, dass nichts dergleichen vereinbart wurde.

⁷⁴ Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle kann beispielsweise angenommen werden, wenn die anderen Kontrollrechte ebenfalls bei Gesellschaftern des Auftragnehmers liegen und davon ausgegangen werden darf, dass die Anteilseigner gemeinsame und vergleichbare Interessen verfolgen.

⁷⁵ Eine intensive Untersuchung der vergaberechtlichen Privilegierung von In-house-Vergaben zwischen Tochter- und Enkelgesellschaften bietet *Wachs*, Die Anwendbarkeit des „In-House-Privilegs“ nach dem gemeinschaftsrechtlichen Sekundärrecht für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen im Rahmen der öffentlichen Privatisierung auf die Auftragsvergabe zwischen Tochter-GmbH und Enkel-GmbH, 2005.

⁷⁶ *Orlowski*, (Fn. 70), S. 87.

„[Zwar] handelt es sich bei Schwester-Gesellschaften um rechtlich selbständige Rechtspersönlichkeiten, die im Innenverhältnis eigenständig und voneinander unabhängige operative Unternehmenseinheiten sind, jedoch erscheinen beide Gesellschaften als Teile der sie beherrschenden gemeinsamen Mutter. Sie müssen vergaberechtlich wie Teile einer Behörde behandelt werden.“⁷⁷

Ähnlich argumentiert *Dreher*, der zur Beantwortung der Frage, ob eine Vergabe zwischen Schwestergesellschaften ausschreibungsfrei stattfinden kann, die vom EuGH zur vertikalen In-house-Vergabe entwickelten Grundsätze prüft und das Merkmal der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle bejaht, da

„Aufträge, die eine weisungsgebundene Tochtergesellschaft an eine Schwestergesellschaft gibt, [...] vergaberechtlich der Muttergesellschaft zuzurechnen [sind].“

Mit dieser Trennung von Vergabe- und Gesellschaftsrecht versuchen die Autoren zu verhindern, dass die der klassischen vertikalen In-house-Vergabe als vergleichbar empfundene horizontale In-house-Konstellation unterschiedlich behandelt wird. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass eine gesellschaftsrechtliche Begrenzung der In-house-Vergabe nicht dem Gesellschaftsrecht als solchem geschuldet ist, sondern den Bemühungen des EuGH entspringt, klare Kriterien für das Vorliegen einer vergaberechtlich privilegierten In-house-Konstellation zu entwickeln. Die gesellschaftsrechtliche Verflechtung wird dabei gerade als kennzeichnend für die ausgeübte Kontrolle empfunden⁷⁸ und des Merkmals der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle bedarf es, um sicherzustellen, dass die Interessen der betroffenen Gesellschaften denen des öffentlichen Auftraggebers entsprechen und keine Partikularinteressen,⁷⁹ insbesondere Gewinnerzielungsabsichten, darstellen, die zu einer wettbewerbsrechtlich bedenklichen Marktverzerrung durch die öffentliche Hand führen.⁸⁰

Dadurch dass die Autoren streng an den vom EuGH entwickelten Grundsätzen für die vertikale In-house-Vergabe und insbesondere dem Kriterium einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle festhalten, bieten sie Angriffsfläche für die in der Literatur vertretene Gegenmeinung, die eine formellere Argumentationslinie vertritt. *Zickow* bringt die Sache auf den Punkt:

„Der EuGH [geht] explizit von der vergaberechtlichen Unabhängigkeit von Unternehmen desselben Konzerns aus. Sogenannte ‚Infizierungen‘ durch die

⁷⁷ Ibid., S. 88.

⁷⁸ So auch *Egger*, (Fn. 9), Rdnr. 605, der die vorhandene Kontrolle am ehesten anhand der Weisungsrechte für überprüfbar hält.

⁷⁹ EuGH, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-1, Rdnr. 50.

⁸⁰ Siehe eigene Schlussfolgerungen S. 60.

Auftraggebereigenschaft anderer konzernverbundener Unternehmen erfolgen nicht. Eine Zurechnung von Leistungen ist deshalb nicht möglich“.⁸¹

Die Gleichstellung der beiden Schwesterunternehmen widerspreche gerade der Annahme einer Kontrolle der einen Gesellschaft über die andere wie über eine eigene Dienststelle. *Schröder* versteht die EuGH-Rechtsprechung so, dass eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des Vergaberechts nur angenommen werden kann, wenn

„die den öffentlichen Auftrag erteilende Vergabestelle den jeweiligen Auftragnehmer in der Weise kontrollieren und beherrschen kann, dass dieser ihr gegenüber keine eigene Entscheidungsgewalt entfalten kann.“⁸²

Deshalb könne in der horizontalen In-house-Konstellation das Kontrollkriterium nur ausnahmsweise erfüllt sein, wenn zum Beispiel die Kontrolle durch die Satzung oder über zusätzliche Beherrschungsverträge sichergestellt ist.

Dieses formelle Argument erfreut sich einer gewissen Beliebtheit und kann für sich in Anspruch nehmen, sich zumindest auf den ersten Blick eng an die vom EuGH aufgestellten Kriterien zu halten. Zwar deutet auch der Gerichtshof – wie bereits gesehen⁸³ – in seiner Rechtsprechung an, dass er eine relative Lockerung der gesellschaftsrechtlichen Kontrolle in Kauf nimmt, wenn aufgrund eines Interessensgleichklangs sichergestellt ist, dass nicht mit einer Marktzuwendung durch den Auftragnehmer zu rechnen ist.

Trotzdem überzeugt das formelle Argument an dieser Stelle, da es sich den Vorteil der logischen Methodenanwendung zu Eigen macht und eine gewisse Widersprüchlichkeit der ersten Meinung entlarvt: Ein Tatbestandsmerkmal, das auf einer vorhandenen Kontrolle fußt, bedarf auch eines Mindestmaßes an Kontrolle.

Im Ergebnis ist eine Auslegungslösung deshalb aus methodischen Gründen abzulehnen. Dies kann nicht weiter überraschen, da das Ausüben einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle geradezu typisch für ein hierarchisches Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber ist, wie es im Falle einer vertikalen In-house-Vergabe zu finden ist, im Unterschied dazu bei einer horizontalen In-house-Konstellation aber gerade fehlt.

⁸¹ *Ziekow*, (Fn. 70), S. 613.

⁸² *Schröder*, (Fn. 70), S. 129.

⁸³ Siehe obige Ausführungen zur „Coditel“-Entscheidung des EuGH auf S. 57.

b) Die horizontale In-house-Vergabe als eigenständige Ausnahme von dem Anwendungsbereich des Vergaberechts

Es stellt sich daher die Frage, ob aber nicht entsprechend den vom EuGH entwickelten Grundsätzen für die Fälle der vertikalen In-house-Vergabe auch Grundsätze für die vergaberechtliche Privilegierung einer horizontalen In-house-Vergabe entsprechend anzunehmen sind.

Dogmatisch wäre eine solche Ausnahme unabhängig von den existierenden Grundsätzen für die vertikale In-house-Vergabe mit *Hardrahts* Begründung aufgrund einer beschränkten Gemeinschaftskompetenz anzunehmen. Als rechtlicher Anknüpfungspunkt bietet sich der Wortlaut von Art. 1 Richtlinie 2004/18/EG an, der einen Auftrag an einen am Markt agierenden Auftragnehmer voraussetzt.⁸⁴ Entscheidende Frage wäre dann, ob der Auftragnehmer am Markt gegenwärtig oder zukünftig tätig ist oder wird. Die gegenwärtige Marktteilnahme kann zunächst an dem Merkmal einer wesentlichen Tätigkeit für den Auftraggeber orientiert werden, denn ein Unternehmen, das seine Dienste Dritten nicht frei anbietet, sondern lediglich gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber aktiv wird, ist jedenfalls in seiner Marktteilnahme stark eingeschränkt.

Des Weiteren lässt sich das soeben aus formellen Gründen abgelehnte Argument der notwendigen Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle zumindest in seinen – auch vom EuGH zur Begründung herangezogenen – Ansätzen verwerten. Das Kontrollkriterium dient der Sicherstellung eines Interessensgleichklangs zwischen den am In-house-Geschäft beteiligten Unternehmen. Durch die weitreichenden Kontrollbefugnisse kann der öffentliche Auftraggeber eine Marktteilnahme des Auftragnehmers nämlich in jedem Fall verhindern. Wenn der Rechtsprechung aber entnommen werden kann, dass es dem EuGH letztlich darauf ankommt, eine Marktteilnahme des Auftragnehmers zu verhindern,⁸⁵ dann müssen auch andere denkbare Tatbestandsvoraussetzungen, die zu eben diesem Ergebnis führen, als Prüfungsmaßstab einer wirksamen In-house-Vergabe anerkannt werden können.

Eine horizontale In-house-Vergabe wäre demnach jedenfalls dann vergaberechtlich zu privilegieren, wenn der Auftragnehmer im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig ist und sichergestellt ist, dass der Auftragnehmer auch zukünftig nicht auf eine Marktteilnahme ausgerichtet ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, kann auch im Falle einer horizontalen In-house-Vergabe ausgeschlossen werden, dass der Wettbewerb auf einem existierenden Markt über das Erlaubte hinaus negativ beeinflusst wird. Eine Wettbewerbsgefährdung scheidet jedoch gerade aus, solange der Auftragnehmer nicht mit Dritten auf einem existierenden Markt konkurriert. Unberücksichtigt bleibt insofern die bereits festgestellte „erlaubte“ Wettbewerbs-

⁸⁴ Siehe oben S. 51.

⁸⁵ Siehe oben S. 60.

beeinträchtigung, die durch die Nichtvergabe eines Auftrags erfolgt, da das Vergaberecht nicht das „Ob“ einer Vergabe regelt, sondern lediglich das „Wie“.⁸⁶

Ob ein Auftragnehmer gegenwärtig auf den Markt ausgerichtet ist, kann zum einen daran überprüft werden, für wen der Auftragnehmer den wesentlichen Teil seiner Leistungen erbringt und zum anderen dem gegenwärtigen Gesellschaftsvertrag entnommen werden. Schwieriger ist die Frage, wie für die Zukunft eine Marktausrichtung vermieden werden kann. Insoweit greift der EuGH darauf zurück, ob zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ein Interessensgleichklang gegeben ist und somit davon ausgegangen werden darf, dass Auftraggeber und Auftragnehmer auch für die Zukunft eng verbunden bleiben. Dieses Wertungsargument, dass Auftraggeber und Auftragnehmer gleiche Interessen verfolgen müssen, hatte bereits Generalanwalt *Cosmas* in seinen Schlussanträgen in der Sache *Teckal* angedeutet.⁸⁷

c) Das Kriterium der Anteilseignerschaft des Auftraggebers

Das Kriterium der Anteilseignerschaft kann in den Fällen einer horizontalen Auftragsvergabe zwischen Schwestergesellschaften schon begriffslogisch nicht erfüllt sein. Würde man nun fordern, dass dieses Kriterium zur Bejahung einer In-house-Vergabe erfüllt sein müsse, würde jede Form einer horizontalen In-house-Vergabe ausscheiden. Da ein solches Ergebnis im Widerspruch zu dem Geprüften steht und wie gesehen auch dem europäischen Primär- und Sekundärrecht widersprechen würde, muss das Kriterium der Anteilseignerschaft als besonderes Kennzeichen der vertikalen In-house-Konstellation verstanden werden. Aus diesem Grund messen Autoren, die im Ergebnis die vergaberechtliche Privilegierung der horizontalen In-house-Konstellation befürworten, diesem Kriterium auch keine erhöhte Bedeutung zu.⁸⁸

d) Zwischenergebnis

Eine Anwendung der vom EuGH für die vertikale In-house-Vergabe entwickelten Grundsätze auf Fälle einer horizontalen In-house-Konstellation scheitert regelmäßig an dem Fehlen einer Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer wie über eine eigene Dienststelle. Diese formelle Argumentation widerspricht bestehenden Wertungserwägungen. Um insoweit eine sachgerechte Lösung zu finden, ist es notwendig, sich von dem Ansatz zu lösen, auf eine horizontale In-house-Vergabe die vom EuGH für Fälle der vertikalen In-house-Vergabe entwickelten Tatbestandsmerkmale anwenden zu wollen. Konzentriert man sich stattdessen auf

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Schlussanträge GA *Cosmas* zu EuGH, Rs. C-107/98, *Teckal*, Slg. 1999, I-8121, Nr. 65.

⁸⁸ Z.B. *Dabringhausen*, (Fn. 7), S. 616, befasst sich mit dem Kriterium überhaupt nicht näher.

die Rechtfertigung einer vergaberechtlichen Privilegierung von In-house-Geschäften im Allgemeinen, kommt man zu dem Ergebnis, dass ein In-house-Geschäft nicht dem Vergaberecht unterliegt, wenn es an einer Marktausrichtung des Auftragnehmers fehlt.

Von einer fehlenden Marktausrichtung kann jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn der Auftragnehmer im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig ist und sichergestellt ist, dass der Auftragnehmer auch zukünftig nicht auf eine Marktteilnahme ausgerichtet ist.

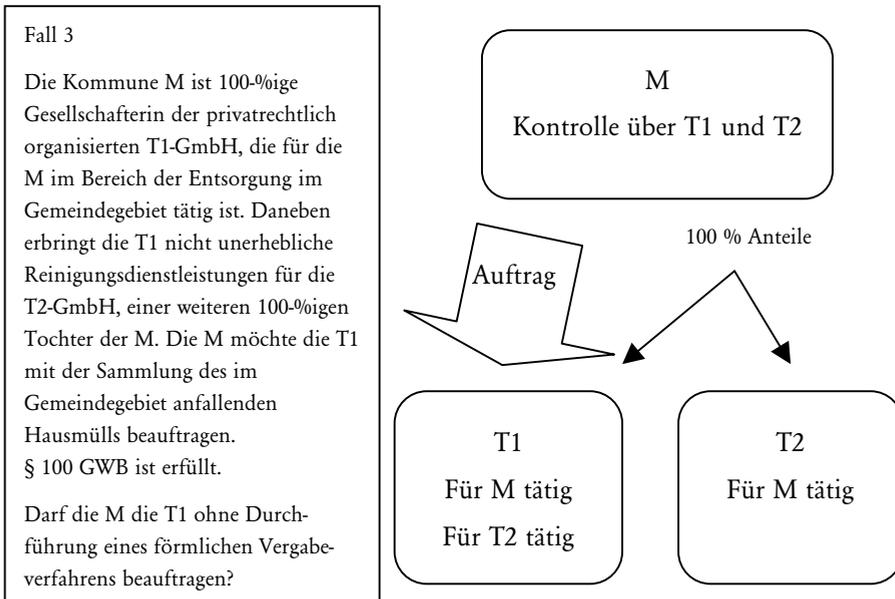
3. Ergebnis

Die Auftragnehmerin T1 ist im Wesentlichen für den Auftraggeber T2 tätig. Fraglich ist, ob sichergestellt ist, dass T1 keiner Marktausrichtung folgt. Dies kann beispielsweise anhand des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung der T1 beurteilt werden. Ergibt sich aufgrund des Gesellschaftsvertrags, dass keine Marktausrichtung vorliegt, dann wäre eine In-house-Vergabe trotz fehlender Kontrolle wie über eine Dienststelle zu bejahen, eines förmlichen Vergabeverfahrens bedürfte es dann nicht.

4. Gestaltungsmöglichkeiten für die Praxis

Daraus ergibt sich die konkrete Gestaltungsempfehlung für die Praxis, im Gesellschaftszweck festzulegen, dass der Auftragnehmer keine Marktausrichtung verfolgt, sondern auch zukünftig lediglich konzernintern tätig sein wird. Diese Festlegung müsste mit entsprechend qualifizierten Änderungsmehrheiten versehen werden. Da in den Fällen der horizontalen In-house-Vergabe der Anteilseigner des Auftragnehmers regelmäßig auch selbst öffentlicher Auftraggeber ist, kann auch davon ausgegangen werden, dass der Anteilseigner eine solche Regelung nicht *contra legem* unterlaufen würde, um eine vergaberechtliche Privilegierung unrechtmäßig zu erreichen.

V. Die Auswirkungen horizontaler Tätigkeiten auf die vertikale In-house-Konstellation



1. Einordnung in die Systematik der vertikalen und horizontalen In-house-Konstellationen

Der hier behandelte Fall 3 stellt streng genommen keinen Fall einer horizontalen In-house-Vergabe dar, sondern untersucht die Auswirkungen, die horizontale Tätigkeiten zwischen Schwesterunternehmen auf eine bestehende vertikale In-house-Konstellation haben. Kritisch ist in diesem Zusammenhang in erster Linie das Merkmal der wesentlichen Tätigkeit.

Dem Wortlaut nach wäre auf den hier beschriebenen Auftrag der M für die T1 das Vergaberecht anzuwenden, da es sich um einen entgeltlichen Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen über die Erfüllung einer Dienstleistung handelt und somit die Voraussetzungen der §§ 98 ff. GWB erfüllt wären.

Der Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens bedürfte es aber dann nicht, wenn das Vergaberecht nach den vom EuGH entwickelten Grundsätzen der In-house-Vergabe nicht anwendbar wäre.

Dazu müssten die Voraussetzungen einer In-house-Vergabe gegeben sein. Die M müsste also als Auftraggeberin Anteilseignerin der T1 sein, sie wie eine eigene Dienststelle kontrollieren und die T1 müsste im Wesentlichen für die M tätig sein.

Die Auftraggeberin M übt über die Auftragnehmerin T1 eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus.

Die Auftraggeberin M ist auch Anteilseignerin der Auftragnehmerin T1.

Problematisch ist die Frage, ob die T1 im Wesentlichen für die M tätig ist, da sie in nicht unerheblichem Umfang Dienstleistungen auch für die T2 erbringt.

Da die T2 nach rein formeller Betrachtung eine von der M personenverschiedene Gesellschaft ist, können jedenfalls der M die Dienstleistungen, die die T1 für die T2 erbringt, nicht unmittelbar zugerechnet werden. Da die T2 über die T1 auch keine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt, kann zwischen M und T1 auch nicht über die T2 ein Auftraggeber-Enkelinnen-Verhältnis konstruiert werden, was im Ergebnis zur Bejahung einer In-house-Kontrolle führen würde.⁸⁹

In Frage käme aber eine mittelbare Zurechnung, wie sie zum Teil auch in der Literatur vertreten wird.⁹⁰ Entscheidend sei, dass die Leistungen, die die T1 für die T2 erbringt, letztlich auch der M zugute kommen.

Dies ist aber meiner Meinung nach nicht der richtige Ansatz. Entscheidend ist nicht die Frage, ob der Auftraggeber einen (mittelbaren) Vorteil von den Leistungen des Auftragnehmers gegenüber einer Schwestergesellschaft hat, sondern ob es zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung auf einem existierenden Markt kommt. Rechtlicher Anknüpfungspunkt dieses Tatbestandsmerkmals ist das Merkmal der Marktteilnahme des Auftraggebers, wie es in Art. 1 Richtlinie 2004/18/EG formuliert ist. Das vom EuGH entwickelte Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Tätigkeit soll sicherstellen, dass der Auftragnehmer nicht neben seiner Tätigkeit für den Auftraggeber noch für Dritte tätig ist. Im Rahmen seiner Tätigkeit für Dritte könnte der Auftragnehmer nämlich aufgrund des nicht-ausgeschriebenen Auftrags mit dem öffentlichen Auftraggeber Wettbewerbsvorteile erlangen, da ein Teil seines Umsatzes aus einem „sicheren Geschäft“ kommt, was ihm einen kalkulatorischen Vorteil gegenüber Wettbewerbern verschafft. Entscheidend ist also die Frage, ob der Auftraggeber für Dritte im Sinne der In-house-Vergabe tätig wird.⁹¹ Solche Dritte sind jedenfalls nicht Gesellschaften, die ihrerseits mit der Muttergesellschaft in einer In-house-Konstellation stehen, da es auch bei diesen an einer Marktausrichtung fehlt und somit sichergestellt ist, dass es zu keiner Wettbewerbsbeschränkung kommen kann.

Für vorliegenden Fall kann also festgestellt werden, dass die T1 im Wesentlichen für die M und für die T2 tätig ist, die von der M kontrolliert wird wie eine eigene Dienststelle und ihrerseits im Wesentlichen für die M tätig ist, so dass die T1

⁸⁹ Siehe Ausarbeitungen von *Wachs*, (Fn. 75), mit entsprechenden Nachweisen.

⁹⁰ *Orlowski*, (Fn. 70), S. 88, allerdings für die als Fall 4 untersuchte Konstellation.

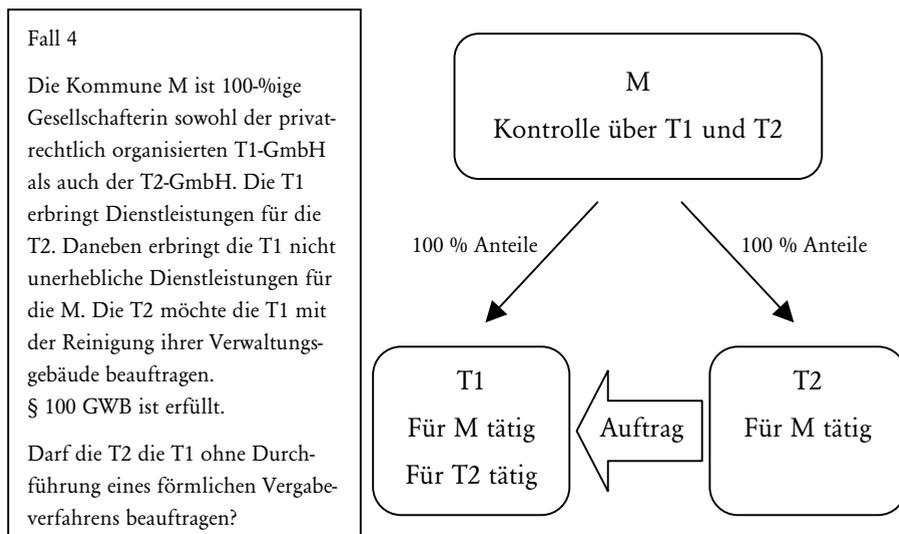
⁹¹ Siehe die Formulierung in EuGH, Rs. C-295/05, *ASEMFO*, Slg. 2007, I-2999, Rdnr. 61.

nicht für Dritte im Sinne der In-house-Vergabe tätig ist, es also an einer Marktteilnahme fehlt.⁹²

2. Ergebnis

Auftraggeberin M ist Anteilseignerin der Auftragnehmerin T1 und übt über diese eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus. Die T1 ist auch im Wesentlichen für die M tätig, da sowohl die unmittelbare Tätigkeit gegenüber der M als auch die mittelbare Tätigkeit gegenüber der T2 berücksichtigt werden darf, da die Tätigkeit gegenüber der T2 nicht als Drittgeschäft im Sinne der In-house-Vergabe verstanden werden darf. Eines förmlichen Vergabeverfahrens bedarf es somit in diesem Fall nicht.

VI. Die Auswirkungen vertikaler Tätigkeiten auf die horizontale In-house-Konstellation



⁹² Im Ergebnis ebenso *Bergmann*, (Fn. 70), S. 220 ff.

In Fall 4 werden die Ansätze aus Fall 2 und Fall 3 zusammengefasst. Die T2 ist Auftraggeberin, die T1 ist sowohl für M als auch für die T2 tätig und somit nicht im Wesentlichen für die T2, also die Auftraggeberin selbst.

Dem Wortlaut nach wären auf den in Fall 4 beschriebenen Auftrag der T2 an die T1 die §§ 98 ff. GWB anzuwenden, da es sich um einen entgeltlichen Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen über die Erfüllung einer Dienstleistung handelt.

1. Anwendbarkeit der Grundsätze der In-house-Vergabe

Das Tatbestandsmerkmal der Anteilseignerschaft ist für Fälle der horizontalen In-house-Vergabe nicht anwendbar.⁹³

Die T1 ist laut Sachverhalt nicht im Wesentlichen für die T2 tätig, da sie noch Leistungen für die M erbringt. Das Kriterium könnte dennoch erfüllt sein, wenn die Leistungen, die die T1 gegenüber der M erbringt, der T2 zurechenbar sind. Eine Zurechnung über das Kontrollverhältnis T2-M wie in Fall 3 geschehen, scheidet aus, da die M über die T2 gerade keine Kontrolle ausübt. Eine formell an den durch den EuGH für die Fälle der vertikalen In-house-Vergabe entwickelten Grundsätzen orientierte Argumentation müsste bereits an dieser Stelle das Vorliegen der Voraussetzungen einer In-house-Vergabe verneinen.

Da hier aber im Gegensatz zu Fall 3 das horizontale Verhältnis zwischen der T1 und T2 im Vordergrund steht, stellt sich die Frage, ob die wesentliche Tätigkeit wirklich für die Gesellschaft, die eine wirksame Kontrolle über die Auftragnehmerin ausübt, erfolgen muss.

Unter Rückgriff auf die bereits auf Seite 64 angestellten Überlegungen kann es vielmehr angebracht sein, auch das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Tätigkeit an die Besonderheiten der horizontalen In-house-Vergabe anzupassen. Ausgangspunkt für die Ausgestaltung der Kriterien durch den EuGH war der Versuch eine Marktausrichtung der Auftraggeberin anhand objektiver Kriterien ausschließen zu können, um eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern.

Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ist jedoch in den Fällen nicht zu befürchten, in denen – wie vorliegend – die Auftragnehmerin neben ihrer Tätigkeit für den Auftraggeber noch für die gemeinsame Muttergesellschaft Leistungen erbringt und somit keine der beiden Schwesergesellschaften am Markt tätig ist. Erforderlich ist also eine sachgemäße Anpassung der objektiven Kriterien, um eine formelle, am Wortlaut ausgerichtete, Gegenargumentation zu entkräften.

⁹³ Siehe oben S. 69.

Als Kriterium bietet sich ein Rückgriff auf die Notwendigkeit eines Interessensgleichklangs an. An anderer Stelle wurde insoweit bereits auf das Vorliegen eines solchen und die Möglichkeit, diesen Interessensgleichklang auch für die Zukunft zu sichern und eine Marktausrichtung effektiv zu verhindern, abgestellt.⁹⁴ Eine Marktausrichtung der Auftragnehmerin wird jedenfalls dann nicht vorhanden sein, wenn die Auftragnehmerin im Wesentlichen für ihre Auftraggeberin tätig ist. Eine Marktausrichtung liegt zudem nicht vor, wenn die Auftragnehmerin für andere Gesellschaften tätig ist, für die in gleicher Weise wie für die Auftragnehmerin sichergestellt ist, dass ein Interessensgleichklang mit der Muttergesellschaft besteht. In Anlehnung an das In-house-Geschäft könnte man in diesem Fall von einem sogenannten In-house-Konzern sprechen. Zur Überprüfung, ob ein solcher Interessensgleichklang zwischen den unterschiedlichen Gesellschaften, die in einem In-house-Konzern verbunden sind, vorliegt oder nicht, bietet sich in hierarchischen Verhältnissen das vom EuGH ausdifferenzierte Kriterium der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle an. Ausgangspunkt ist ferner in diesem Fall wieder die Konzernmutter, die öffentlicher Auftraggeber ist. Tochtergesellschaften, die gegenüber der Muttergesellschaft in einem vertikalen In-house-Verhältnis stehen, können von dieser ohne förmliches Vergabeverfahren beauftragt werden. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, wenn die Auftragnehmerin daneben von ihren Schwestern, die ebenfalls in einem In-house-Verhältnis zur gemeinsamen Mutter stehen, Leistungsaufträge erhält, da auch in diesen Fällen einer horizontalen In-house-Vergabe keine Marktausrichtung der Auftragnehmerin erfolgt. Es handelt sich somit um einen In-house-Konzern.

In einem In-house-Konzern ist kein Grund ersichtlich, warum die Auftragnehmerin im Wesentlichen ausschließlich für die Auftraggeberin tätig sein muss. Auch der EuGH neigt vielmehr dazu, Tätigkeiten für mehrere öffentliche Auftraggeber zu addieren. Gleiches kann in einem In-house-Konzern erfolgen.

Im Falle einer vertikalen In-house-Vergabe müsste die Auftraggeberin die Auftragnehmerin wie eine eigene Dienststelle kontrollieren. In den Fällen der horizontalen In-house-Vergabe muss somit sichergestellt werden, dass der Auftragnehmer keine Marktausrichtung besitzt. Dies kann beispielsweise durch eine entsprechende Festlegung des Gesellschaftszwecks in der Satzung erfolgen.

2. Ergebnis

Die M kontrolliert sowohl die T1 als auch die T2 wie eine eigene Dienststelle. Es handelt sich somit um einen In-house-Konzern. Weder die T1 noch die T2 haben Marktausrichtung. Die T1 ist auch im Wesentlichen für die anderen Mitglieder des In-house-Konzerns, nämlich die M und die T2, tätig. Die Voraussetzungen

⁹⁴ Siehe oben S. 68.

einer vergaberechtsfreien In-house-Vergabe sind somit erfüllt und es ist kein förmliches Vergabeverfahren erforderlich.

VII. Fazit

Auch im zehnten Jahr nach der „Teckal“-Entscheidung des EuGH sind viele Fragen im Zusammenhang mit der vergaberechtlichen Privilegierung von In-house-Geschäften ungeklärt. Meist fangen die Fragen dort an, wo die jeweilige Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aufhört.

Ein Themenbereich, der bisher durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht weiter konkretisiert wurde, ist die Auftragsvergabe zwischen Schwesterunternehmen, also die horizontale Auftragsvergabe im Unterschied zu den häufiger vom EuGH entschiedenen Fällen der vertikalen Auftragsvergabe zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft.

Aus Wertungsgesichtspunkten neigen Stimmen in der Literatur dazu, die vom EuGH entwickelten Grundsätze auch auf horizontale In-house-Konstellationen anzuwenden. Übersehen wird jedoch zu leicht, dass die Rechtsprechung des EuGH sich bisher ausschließlich mit vertikalen In-house-Vergaben zu beschäftigen hatte und deshalb ein zusätzlicher Prüfungsschritt erforderlich ist, nämlich inwieweit horizontale Konstellationen unter die vom EuGH für die Fälle der vertikalen In-house-Vergabe entwickelten Tatbestandsmerkmale subsumiert werden können. Eine unmittelbare Subsumtion scheidet aus, da begriffsnotwendig horizontale In-house-Konstellationen nicht die Anforderungen, die an vertikale Konstellationen gestellt werden, erfüllen.

Die Auftraggeber in der horizontalen Konstellation sind begriffsnotwendig nicht Anteilseigner der Auftragnehmer und eine Kontrolle kann nur mittelbar durch die gemeinsame Muttergesellschaft gewährleistet werden bzw. durch eine spezielle vertragliche Ausgestaltung.

Da aber eine vergaberechtliche Privilegierung von In-house-Geschäften sowohl auf einem Kompetenzmangel der Europäischen Union für die Regelung solcher verwaltungsinternen Konstellationen beruht als auch dem Wortlaut der Richtlinie 2004/18/EG eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie auf Verträge mit Unternehmen, die „am Markt tätig sind“, entnommen werden kann, sind auch horizontale In-house-Vergaben von den Anforderungen des Europäischen Vergaberechts auszunehmen, wenn sichergestellt werden kann, dass eine Auftragsvergabe nicht zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einem bestehenden Markt führt. Dies ist immer dann der Fall, wenn der jeweilige Auftragnehmer keine Marktausrichtung verfolgt, also nicht im Wettbewerb mit Dritten steht.

Problematischer ist die Frage, an welchen objektiven Kriterien das Fehlen einer solchen Marktausrichtung festgemacht werden kann. Letztlich muss dies für jeden Einzelfall geprüft werden. Allgemein und in Anlehnung an der Rechtsprechung des EuGH zur vertikalen In-house-Vergabe ist das Vorliegen eines In-house-Konzerns zu bejahen, wenn zwischen der Muttergesellschaft und den Tochtergesellschaften die Voraussetzungen der vertikalen In-house-Vergabe gegeben sind, also die Muttergesellschaft über die Tochter eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und die Tochter im Wesentlichen für Gesellschaften des In-house-Konzerns tätig ist.

Bislang musste sich der EuGH noch nicht zu der Bewertung einer horizontalen In-house-Konstellation äußern. Eine solche Entscheidung dürfte jedoch vor allem in der Praxis, wo große Ungewissheit über die richtige vergaberechtliche Behandlung von horizontalen In-house-Konstellationen herrscht, mit Spannung erwartet werden. Bis dahin wird den öffentlichen Auftraggebern aber nichts anderes übrig bleiben, als ihre Strukturen soweit möglich vertikal zu organisieren, um im Bereich der gesicherten EuGH-Rechtsprechung zu bleiben.

