

Inhalt



Persönlicher Anwendungsbereich: Öffentlicher Auftraggeber

§ 99 Nr. 1 GWB: Gebietskörperschaften

§ 99 Nr. 2 GWB: Juristische Personen

Erfüllung im Allgemeininteresse liegender öffentlicher Aufgaben

Nichtgewerblichkeit

Beherrschender Einfluss staatlicher Stellen

Beispiele

§ 99 Nr. 3 GWB: Verbände

§ 99 Nr. 4 GWB: Subventionierte Auftraggeber

Sachlicher Anwendungsbereich

Öffentlicher Auftrag

Abgrenzung öffentlicher Auftrag (§ 101 Abs. 3 GWG) – Konzession (§ 148 ff. GWB)

Öffentlicher Auftrag (§ 103 Abs. 1 GWB)

Konzession

Ausnahmetatbestände (z. B. Inhouse-Vergaben)

Das Vergaberecht ist nur anwendbar, wenn der persönliche und der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Darüber hinaus kommt es maßgeblich darauf an, ob der Nettoauftragswert – die zu erwartende Vergütung – oberhalb des (für diesen Auftrag maßgeblichen) Schwellenwertes liegt. Diese drei Voraussetzungen müssen (kumulativ) vorliegen und es darf darüber hinaus keine Ausnahmeregelung eingreifen.

Persönlicher Anwendungsbereich: Öffentlicher Auftraggeber

Die Regelungen über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen sind nur dann anzuwenden, wenn der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB, um einen Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 GWB oder um einen Konzessionsgeber im Sinne des § 101 GWB handelt.[1]

Maßgeblich ist beim öffentlichen Auftraggeber[2] ein funktioneller bzw. funktionaler Begriff des Auftraggebers. Die Organisationsform wie auch die Art der Eingliederung des öffentlichen Auftraggebers in die staatliche Verwaltung sind danach ohne Bedeutung.[3] Maßgeblich ist vielmehr der Gründungszweck (Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse?) sowie die Finanzierung (des Staates), wobei letzteres auch durch eine staatliche Beherrschung bzw. Staatsnähe ersetzt werden kann.

Im Einzelnen ist der Begriff des (klassischen) öffentlichen Auftraggebers in der Richtlinie über die

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 2

öffentliche Auftragsvergabe (Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL 2014/24/EU) definiert.[4]

§ 99 Nr. 1 GWB: Gebietskörperschaften

Öffentliche Auftraggeber sind alle Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Bezirke, Landkreise, Städte und Gemeinden) sowie deren Sondervermögen (§ 99 Nr. 1 GWB). Unter „Sondervermögen“ in diesem Sinne werden auch rechtlich unselbständige (im Rechtsverkehr tätige) Einheiten verstanden, zu denen insbesondere die kommunalen Eigenbetriebe gehören. In diesem Fall ist nicht der Eigenbetrieb, sondern die dahinterstehende (Gebiets-)Körperschaft öffentlicher Auftraggeber.

Bei diesen „klassischen“ öffentlichen Auftraggebern (im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB) handelt es sich um die – ohnehin dem Haushaltsrecht unterliegenden – Auftraggeber, die in jedem Fall das (nationale) Vergaberecht beachten und anwenden müssen, auch dann, wenn die EU-Schwellenwerte nicht erreicht sind.

§ 99 Nr. 2 GWB: Juristische Personen

Über die „klassischen“ Öffentlichen Auftraggeber hinaus (Auftraggeber im institutionellen Sinne) gelten als öffentliche Auftraggeber auch diejenigen Auftraggeber, die wegen ihrer finanziellen und/oder strukturellen Beherrschung durch staatliche Stellen dem klassischen öffentlichen Auftraggeber gleichzustellen sind. Während die Anwendung des Begriffs des klassischen Auftraggebers unproblematisch ist, gibt es bei dem Begriff des funktionalen Auftraggebers erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten, die zu einer umfangreichen Rechtsprechung Anlass gegeben haben.

Beim Öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB handelt es sich um „andere juristische Personen“ des öffentlichen und des privaten Rechts, wenn folgende drei Merkmale (kumulativ) vorliegen:

eigene Rechtspersönlichkeit des Auftraggebers,

Gründung des Auftraggebers zum Zwecke der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art,

staatliche Finanzierung oder besondere staatliche Einflussmöglichkeit.

Dabei ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob etwa eine Krankenhausgesellschaft[5] ein wissenschaftliches Institut[6], eine städtische Wohnungsbaugesellschaft[7] oder eine öffentlich geförderte Stiftung[8] als (funktionaler) öffentlicher Auftraggeber eingestuft wird, der dann dem EU-Vergaberecht (oberhalb der Schwellenwerte) unterliegen würde.[9]

Erfüllung im Allgemeininteresse liegender öffentlicher Aufgaben

Ob die Gründung der juristischen Person zu dem Zweck erfolgte, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, ergibt sich in der Regel aus dem zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrag und/oder der Satzung. Ausreichend ist es, wenn die Einrichtung bzw. die juristische Person erst später beginnt, derartige Aufgaben (im Allgemeininteresse) wahrzunehmen.[10]

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 3

Was ein Allgemeininteresse ist, ist nicht legal definiert. Hilfreich ist die Konkretisierung des EuGH[11]: Im Allgemeininteresse liegen danach Aufgaben, „die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte (...).“[12]

Mit Urteil vom 29.10.2009 (C-536/07) hat der BGH festgestellt, dass der Vertrag zwischen einer Fondsgesellschaft (des Immobilienentwicklers Oppenheimer-Esch) und der Stadt Köln vergaberechtswidrig zustande gekommen ist. Die Stadt Köln hätte, so die Begründung, das EuGH, die Leistung europaweit ausschreiben müssen.[13]

Wie eine Unwirksamkeit umgesetzt bzw. gehandhabt wird, ist nach wie vor streitig. Aus europarechtlicher Sicht richten sich die Folgen der Unwirksamkeit eines Vertrages nach einzelstaatlichem Recht.[14] Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Unwirksamkeit grundsätzlich „ex nunc“, d. h. lediglich für die Zukunft (nicht zurückwirkend bzw. „ex tunc“) wirkt. Neben der Möglichkeit einer einvernehmlichen Vertragsauflösung (ggf. gegen eine Abstandssumme) kommen für eine Vertragsauflösung die §§ 313, 314 BGB in Betracht. Teilweise wird vorgeschlagen, über § 313 Abs. 3 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) zu gehen, wonach ein Rücktrittsrecht für den Fall der anderweitig nicht möglichen Anpassung des Vertrages vorsieht. § 314 BGB ermöglicht die Kündigung lediglich bei einem Dauerschuldverhältnis (aus wichtigem Grund). Allerdings handelt es sich auch bei einem Bauvertrag zwar um einen „Langzeitvertrag“, aber nicht um ein Dauerschuldverhältnis im Sinne des § 314 BGB.[15]

Anders als bei juristischen Personen des privaten Rechts gilt bei **Personen des öffentlichen Rechts** die Vermutung, dass deren Handeln einem Allgemeininteresse dient. Demgegenüber ist bei juristischen Personen des Privatrechts eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.

Als Richtschnur kann in diesem Zusammenhang das Kriterium der Daseinsvorsorge dienen: Nehmen also juristische Personen privaten Rechts klassische Aufgaben der Daseinsvorsorge wahr, unterfallen diese – ungeachtet der Organisationsform – regelmäßig dem Anwendungsbereich des Vergaberechts. Auch kommunale Wirtschaftsunternehmen handeln in aller Regel als öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts, da deren Gründung und Tätigkeiten stets durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein müssen. Denn sämtliche Gemeindeordnungen (auch die Kommunalordnung für das Land NRW) enthalten entsprechende Vorgaben.

Im Ergebnis ist es öffentlichen Auftraggebern jedenfalls verwehrt, sich durch Ausgliederung bzw. Verlagerung einer Aufgabe in privatrechtlich organisierte Rechtspersonen dem Vergaberechtsregime zu entziehen.

Nichtgewerblichkeit

Ob eine bestimmte Aufgabe gewerbliche oder nichtgewerblicher Art ist, richtet sich nicht nach dem deutschen Gewerbebegriff. Maßgeblich ist vielmehr die Rechtsprechung des EuGH, der für alle Aufgaben, die außerhalb marktmäßiger Mechanismen liegen – Gewinnorientierung, Nachfragebezogenheit und Wettbewerbsorientierung – Nichtgewerblichkeit annimmt. Außerdem setzt

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 4

der EuGH in diesem Zusammenhang einen entwickelten Wettbewerb voraus und lässt nicht die lediglich theoretische Möglichkeit ausreichen, dass es private Wettbewerber *geben könnte*.^[16]

Die Vorgabe der Nichtgewerblichkeit konkretisiert lediglich das maßgebliche Kriterium des **Allgemeininteresses** (des Auftraggebers) an der Aufgabenerfüllung. Je stärker ein Unternehmen an Effizienz und Wirtschaftlichkeitskriterien ausgerichtet ist, desto mehr spricht dies für das Vorliegen einer gewerblichen, d. h. vergaberechtsfreien Aufgabenerfüllung.^[17] In diesem Zusammenhang ist allerdings auch von Bedeutung, dass staatliche Tätigkeit zunehmend an ökonomischen Gesichtspunkten orientiert ist, sodass die Abgrenzung zwischen Gewerblichkeit und Nichtgewerblichkeit zunehmend schwieriger wird.

Insgesamt handelt es sich bei der Frage, ob eine gewerbliche oder eine nichtgewerbliche Aufgabenerfüllung vorliegt, um eine Frage des Einzelfalles (s.o.). Dabei sind sämtliche rechtlichen und tatsächlichen Umstände und Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Beispielsweise führt ein Monopol oder die Tatsache, dass dem betreffenden Unternehmen ausschließlich eine Lizenz erteilt worden ist, in der Regel dazu, dass diese Aufgabenerfüllung nicht mehr im Wettbewerb und somit „nicht gewerblich“ erfolgt. Unternehmen bzw. Konzerne wären dann öffentliche Auftraggeber und würden dem Vergaberechtsregime unterliegen. Werden Monopole oder Lizenzen eingeschränkt oder gar ganz aufgehoben, kann sich dadurch auch die Einordnung eines Unternehmens als öffentlicher Auftraggeber ändern. So sind beispielsweise die Sonderrechte aus dem Telekommunikationssektor entfallen, was dazu geführt hat, dass dieser Sektor aus dem Anwendungsbereich des § 99 Nr. 4 GWB herausgefallen ist. In den Bereichen, in denen hinreichend Wettbewerb besteht, sind, so der Hintergrund, auch keine vergaberechtlichen Reglementierungen mehr nötig.^[18]

Beherrschender Einfluss staatlicher Stellen

Nach § 99 Nr. 2 GWB kann einem öffentlichen Auftraggeber nur dann gesprochen werden, wenn (kumulativ) staatliche Stellen den Auftraggeber

überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.

Nach Ansicht des EuGH ist unter einer überwiegenden Finanzierung die Zuwendung von mehr als 50 % der in einem Haushaltsjahr zur Verfügung stehenden Finanzmittel zu verstehen. Dies bedeutet, dass die Einrichtung bzw. juristische Person, auch wenn sich die Finanzierung während des Haushaltsjahres ändern sollte, bis zu seinem Ablauf öffentlicher Auftraggeber wäre. Nicht entscheidend ist die Beteiligung am Stammkapital der juristischen Person.^[19]

Alternativ zur (staatlichen) Finanzierung kann auch eine Beherrschung der Einrichtung bzw. der juristischen Person des öffentlichen Rechts durch den Staat im Sinne einer besonderen

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 5

Einflussmöglichkeit die Einstufung als Öffentlicher Auftraggeber begründen. Unter Beherrschung ist eine nicht auf die bloß nachprüfende (Rechtmäßigkeits-)Kontrolle beschränkte Überwachung durch die öffentliche Hand zu verstehen, d. h. insbesondere auch die Kontrolle der laufenden Verwaltung mit Eingriffsmöglichkeiten (z.B. in Personalfragen).[20]

Beispiele

Öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB sind beispielsweise

Körperschaften (Universitäten, gesetzliche Krankenkassen, Handwerkskammern[21], Landwirtschaftskammern[22], Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts)

Juristische Personen des öffentlichen Privatrechts, die die vorerwähnten Kriterien erfüllen, insbesondere auf den Gebieten der **Daseinsvorsorge**

Gesundheitswesen (z. B. Krankenhäuser)

Bildung (z. B. Volkshochschulen)

Soziales (Kindergärten, Jugendheime etc.)

§ 99 Nr. 3 GWB: Verbände

Bei § 99 Nr. 3 GWB handelt es sich um einen Auffangtatbestand mit geringer Bedeutung, da § 99 Nr. 1 und 2 GWB vorrangig ist und die meisten Verbände bereits als klassische öffentliche Auftraggeber unter die Regelung des § 99 Nr. 2 GWB fallen.

In folgenden Fällen hat die Rechtsprechung die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber bejaht:

Universitätskliniken[23]

Flughafenbetreiber[24]

Betreiber öffentlicher Schwimmbäder[25]

Wirtschaftsförderungsgesellschaft[26]

Wohnungsunternehmen und -verwaltungen in öffentlicher Trägerschaft[27]

Nicht als öffentliche Auftraggeber einzustufen sind (derzeit):

Kirchliche Körperschaften[28]

Öffentlich-rechtliche Sparkassen[29]

Die rechtliche Einordnung von Messegesellschaften ist einzelfallabhängig.[30] Steht dabei die Gewinnerorientierung im Mittelpunkt, werden Messegesellschaften in der Regel gewerblich tätig sein und nicht als öffentlicher Auftraggeber eingestuft.[31] Wenn hingegen der Schwerpunkt der Tätigkeit in der regionalen Wirtschaftsförderung liegt, kann eine Messegesellschaft durchaus auch als öffentlicher Auftraggeber anzusehen sein.[32]

Der beschaffungsrechtliche Bezug des Vertrages bestand damals darin, dass dieser gewährleisten sollte, dass ein Dritter nach den von der Gemeinde aufgestellten städtebaulichen Erfordernissen für deren Zwecke ein „maßgeschneidertes“ Bauwerk errichten sollte. Die Änderung besteht darin, dass nun

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 6

die Vorschrift ergänzt wurde. Ein öffentlicher Bauauftrag liegt demnach nur noch dann vor, wenn das Vorhaben oder Bauwerk „für den öffentlichen Auftraggeber“ geplant oder errichtet wird oder wenn eine durch Dritte erbrachte Bauleistung dem Auftraggeber „unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen“ soll. Kaufverträge mit Bauverpflichtungen sind danach nun weitgehend dem Anwendungsbereich des Vergaberechts entzogen.[33]

Ein öffentlicher Auftrag liegt nur dann vor, wenn dieser zwischen unterschiedlichen Rechtssubjekten geschlossen wird. § 103 Abs. 1 GWB spricht ausdrücklich von Verträgen von öffentlichen Auftraggebern „mit Unternehmen“. Der Begriff des „Unternehmens“ ist dabei – europarechtskonform – weit zu verstehen und erfasst somit auch andere *öffentliche Auftraggeber*, soweit diese sich als Anbieter der nachgefragten Leistung am Markt betätigen. Dies hat auch zur Folge, dass in den Fällen nicht mehr von einem (dem Vergaberecht nicht unterliegenden) „**Inhouse-Geschäft**“ vorliegt, wenn bei dem Bieter/Auftragnehmer ein Privater in vergaberechtsrelevanter Weise beteiligt ist. Um ein vergaberechtsfreies Inhousegeschäft handelt es sich also nur noch, wenn die (weiteren) Voraussetzungen des § 107 GWB vorliegen.

§ 99 Nr. 4 GWB: Subventionierte Auftraggeber

Natürliche und juristische Personen des Privatrechts wie auch des Öffentlichen Rechts sind, wenn sie nicht bereits von § 99 Nr. 2 GWB erfasst sind, auch dann als öffentlicher Auftraggeber anzusehen, wenn sie Maßnahmen durchführen, die zu mehr als 50 % von Auftraggebern nach § 99 Nr. 1 bis 3 **finanziert** werden.

Die hierunter fallenden Maßnahmen sind in § 99 Nr. 4 GWB abschließend aufgezählt. Umfasst sind:

Tiefbaumaßnahmen,

Errichtung von Krankenhäusern,

Errichtung von Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen, Errichtung von Schul-, Hochschul- und Verwaltungsgebäuden[34]

Dienstleistungen und Auslobungsverfahren, die mit den vorgenannten Maßnahmen in Verbindung stehen.

Mit der Vergaberechtsnovelle 2016 ist der früher verwendete Begriff der Finanzierung durch den weitergehenden Begriff der **Subventionierung** ersetzt worden.[35] Damit sind nicht nur direkte Zuwendungen erfasst, sondern jegliche Form der Finanzierung durch Darlehen, Bürgschaften, Verzicht auf die Geltendmachung von Abgaben oder auch in Form von Abgaben oder auch in Form eines Finanzierungsleasings.[36]

Die Förderungsgrenze von 50 % (z. B. einer Baumaßnahme) darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Subventions- bzw. Zuwendungsempfänger in der Regel – durch Einbeziehung der Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest) verpflichtet ist, die Aufträge in einem nationalen Vergabeverfahren (förmlich) zu vergeben. Die jeweiligen Fördermittelbescheide enthalten in der Regel

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 7

ausdrückliche Bezugnahmen auf diese nationalen Vergabevorschriften der VOB/A bzw. VOL/A (früher) bzw. VgV. Eine Missachtung dieser Fördermittelbestimmungen im Zuwendungsbescheid (ANBest) führt regelmäßig zum Verlust der Förderung.[37] Zudem kann die Missachtung der ANBest eine persönliche Haftung der Planer wie auch der gesetzlichen Vertreter des Subventionsempfängers zur Folge haben.

Sachlicher Anwendungsbereich Öffentlicher Auftrag

Wie oben bereits erwähnt, ist das Vergaberecht nur anwendbar, in persönlicher (s.o.) *und* sachlicher Hinsicht die Voraussetzungen vorliegen. So bedeutet die Einstufung eines Auftraggebers als öffentlicher Auftraggeber nicht ohne Weiteres, dass sämtliche Auftragserteilungen ausschreibungspflichtig wären. Auch ist mit der Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber keinesfalls die Frage beantwortet, nach *welchen Bestimmungen* die Ausschreibung erfolgen muss.

Das Vergaberecht ist nur dann anwendbar, wenn es sich um einen *öffentlichen Auftrag* im Sinne des Vergaberechts handelt, somit um einen entgeltlichen Beschaffungsvorgang.

Je nach Art des Beschaffungsvorganges bestimmt das dann jeweils anzuwendende Regelwerk, welche Anforderungen bei diesem Beschaffungsvorgang erfüllt werden müssen. Dies gilt für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen ebenso wie für Verteidigungs- und/oder sicherheitsspezifische Aufträge.

Grundsätzlich muss jeder Beschaffungsvorgang eines öffentlichen Auftraggebers in einem formalen Verfahren erfolgen. Nur dann, wenn eine Ausnahme vorliegt, kann ein öffentlicher Auftraggeber auf ein formales Vergabeverfahren verzichten, was beispielsweise bei der *Anmietung von Immobilien* (§ 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB) der Fall ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2007 (VII-Verg 2/07)

Der Beschluss des OLG Düsseldorf zum Konversionsprojekt „Flugplatz Ahlhorn“ hatte auch Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, die zum Komplex mittelbare Auftraggebereigenschaft gehören, unter das Vergaberechtsregime gestellt. Diese Rechtsprechung ist allerdings vom Deutschen Gesetzgeber in § 99 Abs. 3 GWB a.F. bzw. 103 Abs. 3 GWB n. F. sowie durch den EuGH dahingehend korrigiert worden, dass Grundstücksverkäufe nur dann noch dem Vergaberechtsregime unterliegen, wenn eine konkrete und unmittelbare vertragliche Beziehung zu dem späteren privaten Investor (z. B. durch Mietvertrag) besteht. Wirtschaftsförderungsinteressen (insb. Gewerbeansiedlungen) sind heute nicht mehr ausreichend, um eine vergaberechtliche Ausschreibungspflicht zu begründen.[38]

Abgrenzung öffentlicher Auftrag (§ 101 Abs. 3 GWG) - Konzession (§ 148 ff. GWB)

Gleich zu Beginn der Prüfung, ob es sich um einen dem Vergaberechtsregime unterfallenden Beschaffungsvorgang handelt, bietet es sich an, zwischen öffentlichen Aufträgen im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB und Konzessionen im Sinne § 148 ff. GWB zu unterscheiden.

Nach § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge

„... entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.“

Demgegenüber handelt es sich nach Art. 5 Nr. 1 KonzVgV (RL 2014/23/EU) bei einer Konzession um Konzessionen

*Verträge, bei denen die Gegenleistung für die Erbringung der Leistung nicht in einem vorher festgelegten Preis, sondern ausschließlich in dem Recht besteht, die eigenen Bau- oder Dienstleistungen zu nutzen oder entgeltlich zu verwerten oder in diesem Recht oder einer zusätzlichen Bezahlung.**[39]***

Öffentlicher Auftrag (§ 103 Abs. 1 GWB)

Unter einem entgeltlichen Vertrag ist ein Vertrag zu verstehen, der auf den Austausch von Leistungen abzielt und bei dem eine Leistung erbracht wird und der öffentliche Auftraggeber hierfür eine Gegenleistung erbringt. Diese Gegenleistung muss nicht zwangsläufig eine Geldzahlung sein.**[40]** Unter Gegenleistung ist jegliche Art der Vergütung zu verstehen, die für den Auftragnehmer einen geldwerten Vorteil darstellt.**[41]** Demzufolge unterliegt jede Art von gegenseitigen Verträgen dem Vergaberecht. Das entscheidende Kriterium für die Entgeltlichkeit sind also:

ein gegenseitig verpflichtender Vertrag
mit Beschaffungsbezug auf Seiten des Auftraggebers und
eine dem Auftragnehmer zufließende Vergütung.

Beispiel

Wenn beispielsweise eine Kommune einen Duschbereich neu verfliesen lassen möchte und ein Fliesenleger, der in der Gemeinde wohnt, davon erfährt und der Gemeinde aus Dankbarkeit (z. B. weil

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 9

seine Kinder dort betreut werden) anbietet, die Fliesenarbeiten kostenlos zu erbringen, handelt es sich insoweit nicht um einen *entgeltlichen Auftrag*, wenn das Angebot des Auftragnehmers angenommen wird. Etwas anderes würde aber gelten, wenn der Fliesenleger die Materialkosten in Rechnung stellen würde, da Gesamtleistung (wenn auch nur der Materialanteil) bezahlt werden soll. Dass ein Teil der zu erbringenden Leistung (hier der Lohnanteil) nicht separat zu Buche schlägt, ändert an der Einstufung als öffentlicher (entgeltlicher) Auftrag nichts.

Bloße Veräußerungsvorgänge stellen keine Beschaffungsvorgänge und damit keine öffentlichen Aufträge im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB dar. Veräußern also öffentliche Auftraggeber Bestandteile ihres (Verwaltungs-)Vermögens oder Geschäftsanteile (z. B. an juristischen Personen des Privatrechts), würde dieser Vorgang nicht unter das Vergaberecht fallen. Es fehlt diesem der „beschaffungswirtschaftliche Bezug“. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen lediglich zu dem Zweck gegründet wird, Leistungen für einen öffentlichen Auftraggeber zu erbringen und dann dessen Geschäftsanteile veräußert werden sollen.[42] Denn in diesem Fall würde der Erwerb eines Gesellschaftsanteils dem Bieter einen Einstieg in die Leistungserbringung für einen öffentlichen Auftraggeber bieten, der letztlich gleichbedeutend wäre mit der Erlangung eines öffentlichen Auftrages.

Konzession

Bei einer Konzession handelt es sich um eine Verwertungshandlung mit Beschaffungscharakter (z.B. Recht, einen öffentlichen Verkehrsdienst zu betreiben[43]). Die Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers besteht also nicht in der Zahlung einer Vergütung, sondern in der kommerziellen Nutzung der Leistung des Auftragnehmers. Dessen ungeachtet ist eine Konzession entgeltlich, da der Auftraggeber dem Auftragnehmer Rechte einräumt, für die er eine Leistung erhält. Wesentliches Element einer Konzession ist also die Übertragung eines Rechts zur Verwertung einer Leistung, bei der der Konzessionär ganz oder teilweise das wirtschaftliche Nutzungsrisiko trägt [vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 25.03.2015 – Verg 11/14 (ÖPNV)].

Ausnahmetatbestände (z. B. Inhouse-Vergaben)

Öffentliche Aufträge müssen im Wettbewerb, d. h. unter Beachtung der Vergaberechtsregeln, erteilt werden. Es gibt aber Ausnahmeregelungen im GWB, wonach einzelne Beschaffungsvorgänge dem Vergaberechtsregime entzogen sind.

Dies gilt beispielsweise für Miete und Kauf von Grundstücken durch die öffentliche Hand (§ 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB), das Arbeitsrecht (Abschluss von Arbeitsverträgen durch den öffentlichen Auftraggeber; § 107 Abs. 1 Nr. 3 GWB) und auch die sog. Inhouse-Vergaben (§ 108 GWB).[44]

Merkmal der **Inhouse-Vergaben** ist die Erteilung eines Auftrages an Auftragnehmer, die vom

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 10

Auftraggeber direkt oder indirekt beherrscht oder kontrolliert werden, wobei der Auftragnehmer 80 % seiner Tätigkeit für den Auftraggeber oder für von diesem kontrollierte juristische Personen erbringt und zudem Private nur untergeordnet sind.

Diese Art von Inhouse-Vergaben bezeichnet man als „vertikale Zusammenarbeit der öffentlichen Hand“, die in § 108 Abs. 1 bis 5 GWB detailliert geregelt ist.

In § 108 Abs. 6 GWB ist nun auch die sog. „horizontale Inhousevergabe“ geregelt, d. h. die Erteilung eines öffentlichen Auftrages an einen anderen öffentlichen Auftraggeber. Hier handelt es sich um die Zusammenarbeit mehrerer öffentlicher Auftraggeber, die dem Anwendungsbereich des GWB entzogen ist. Arbeiten also mehrere Kommunen zusammen (z. B. in Zweckverbänden zur Abfall- und Abwasserentsorgung), spricht man von einer – vergabefreien – interkommunalen Zusammenarbeit bzw. Kooperation.[45]

Nach § 109 GWB unterfallen öffentliche Aufträge dann nicht dem GWB, wenn für die Vergabe vorrangige internationale Verfahrensregeln existieren. Darüber hinaus gibt es noch spezielle Ausnahmevorschriften. Beispielsweise werden nach § 116 GWB Rechtsdienstleistungen, bestimmte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, Finanzdienstleistungen u. a. im Anwendungsbereich des GWB entzogen. Verteidigungs- und Sicherheitsaspekte betreffende Vergaben richten sich nach § 117 GWB. Die Regelungen der §§ 137 ff. enthalten noch weitere Ausnahmeregelungen, z. B. in § 145 GWB die Ausnahmen für Verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge.

Diese Ausnahmeregelungen sind abschließend und auch eng auszulegen. Es bleibt bei dem Grundsatz, dass die Vergabe staatlicher Aufträge dem Vergaberechtsregime unterfällt und dem (europäischen) Binnenmarkt zur Verfügung stehen sollen. Auf diese Weise soll die europäische Union weiter zusammenwachsen.

[1] Die Regelung des § 98 GWB, in der diese Differenzierung zwischen öffentlichem Auftraggeber, Sektorauftraggeber und Konzessionsgeber erfolgt ist, enthält nunmehr (seit der Fassung 2016) die seit längerer Zeit geforderte Trennung zwischen *öffentlichen Auftraggebern* einerseits und den *Sektorauftraggebern* andererseits.

[2] Nach der Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 22.09.1988 – 31/87 (Bentjes, Rn. 11 f.; NVwZ 1990, 353; Urteil vom 10.11.1998 – C 360/96 („BFI Holding“), Rn. 62; Urteil vom 17.12.1998 – C 353/96 („Kommission gegen Irland“), Rn. 36.

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 11

- [3] EuGH, Urteil vom 13.01.2005 – C 84/03 („Kommission gegen Spanien“), Rn. 27 ff., VergabeR 2005, 176.
- [4] Im Sektorenbereich wird der Begriff des öffentlichen Auftraggebers in Art. 4 RL 214/25/EU definiert.
- [5] Im Fall des EuGH, Urteil vom 14.06.2007 – C-6/05 war dies der Fall.
- [6] VK Düsseldorf, Beschluss vom 18.06.2007 – VK 14/2007-L.
- [7] Als öffentlicher (funktionaler) Auftraggeber bestätigt vom OLG Schleswig, Beschluss vom 15.02.2005 – 6 Verg 6/04; VK Brandenburg, Beschluss vom 22.07.2015 – VK 12/15.
- [8] Zum Beispiel VK Nordbayern, Beschluss vom 19.10.2015 – 21.VK-3194 38/15.
- [9] Zum erweiterten funktionalen Verständnis des öffentlichen Auftraggebers durch EU-Vorgaben vgl. Art. 2 I Nr. 4 VKRL 214/24/EU.
- [10] EuGH, Urteil vom 12.12.2002 – C-470/99 („Universale Bau-AG“).
- [11] EuGH, Urteil vom 16.10.2003 – C-283/00 („SIEPSA“)
- [12] Ebd.
- [13] Vgl. „Messehallen Köln“: EuGH, Urteil vom 29.10.2009 – Rs. C-536/07 – BauR 2010, 669; VergabeR 2010, 188. Die Bezeichnung eines Vertrags als „Mietvertrag“ verhindere nicht, dass ein Vertrag über die Anmietung von nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers noch zu errichtenden Gebäuden einen öffentlichen Bauauftrag (Art. 1a Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG) darstellt.
- [14] Art. 2d II RL 2007/66/EG
- [15] Vgl. Noch, Die Auflösung vergaberechtswidriger Verträge sowie das Verhältnis zwischen Vertragsverletzungsverfahren und Urteilen der nationalen Nachprüfungsinstanzen, VS 2010, 75.
- [16] EuGH, Urteil vom 12.11.1998 – C-360/96 („BFI Holding“), Rn. 48 f.; Urteil vom 16.10.2003 – C-283/00 („SIEPSA“), Rn. 79.
- [17] Vgl. EuGH, Urteil vom 10.11.1998 – C-360/96.
- [18] Insofern ist die Deutsche Post AG heute kein öffentlicher Auftraggeber mehr.
- [19] Vgl. EuGH, Urteil vom 03.10.2000 – C-380/98 („University of Camebridge“); Urteil vom 11.06.2009 – C-300/07 („Oymanns“).

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 12

[20] Vgl. EuGH, Urteil vom 27.02.2003 – C-373/00 („Adolf Truly“); Urteil vom 01.02.2001 – C-237/99 („Opak“).

[21] Die Einordnung der Industrie- und Handelskammern (IHK) und Handwerkskammern als öffentliche Auftraggeber ist nicht unproblematisch. Zwar nehmen diese Kammern Allgemeininteressen wahr. Zudem werden Zwangsbeiträge erhoben. Die Staatsaufsicht beschränkt sich zudem auch nicht auf eine klassische Rechtsaufsicht, sondern ist mit wichtigen Eingriffsrechten ausgestattet, insbesondere im Hinblick auf Genehmigungsanforderungen bei Satzungen/-änderungen. Insofern drängt sich die Einstufung als öffentlicher Auftraggeber auf (Wagner/Raddatz, NZBau 2010, 731, 733). Nach anderer Auffassung (Hausmann/Quaisner, VergabeR 2014, S. 1, 11) spielt die Tatsache eine entscheidende Rolle, dass die IHKs und Handwerkskammern nicht überwiegend staatlich finanziert werden. So hat auch die 3. Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern eine Einstufung einer IHK als öffentlicher Auftraggeber abgelehnt (3. VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 08.05.2007 -3 VK 04/07). Zwar hat die Vergabekammer einen im Allgemeininteresse liegenden Aufgabenkatalog der IHK gesehen. Die Funktion dieser Verbände sei allerdings auf die Interessenvertretung für eine bestimmte Gruppe begrenzt. Jedenfalls sei die nicht überwiegend öffentlich-rechtlich finanziert. Eine überwiegende Finanzierung durch Zwangsbeiträge reiche jedenfalls nicht aus. Auch sei keine öffentlich-rechtliche Beherrschung gegeben. Die bloße Rechtsaufsicht begründe jedenfalls keine Aufsicht im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB (ebd.) Demgegenüber hat die VK Baden-Württemberg eine IHK in der bestehenden Zwangsmitgliedschaft und der Abhängigkeit vom Staat als öffentlichen Auftraggeber eingestuft (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 28.12.2009 – 1 VK 61/09, IBR 2010, 161).

[22] Zu den juristischen Personen, über deren Leitung Gebietskörperschaften, andere juristische Personen mit Auftraggebereigenschaft oder deren Verbände die Aufsicht ausüben, die staatsnah und deshalb öffentliche Auftraggeber iSd § 99 Nr. 2 lit. b GWB sind, vgl. Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 99 Rn. 99 ff.

[23] VK Düsseldorf, Beschluss vom 30.10.2006 – VK-44/2006-B.

[24] VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.06.2005 – 1 VK 33/05.

[25] VK Sachsen, Beschluss vom 09.11.2006 – 1/SVK/095-06.

[26] EuGH, Urteil vom 22.05.2003 – C-18/01.

[27] Dies ist im Einzelnen streitig, vgl. z. B. OLG Karlsruhe, Urteil vom 17.04.2008 – 8 U 228/06.

[28] OLG Celle, Beschluss vom 25.08.2011, 13 Verg 5/11, VK Hessen, Beschluss vom 26.04.2006 – 69 D VK-15/2006; VK Nordbayern, Beschluss vom 29.10.2001 – 320.VK-3194-3501.

[29] OLG Rostock, Beschluss vom 15.06.2005 – 17 Verg 3/05.

Anwendungsbereich des Vergaberechts | S. 13

- [30] Vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 29.10.2009 – Rs. C-536/07, BauR 2010, 669; VergabeR 2010, 188.
- [31] EuGH, Urteil vom 10.05.2001 – C-260/99; VK Düsseldorf, Beschluss vom 21.03.2013 – VK-33/2012-L.
- [32] Vgl. KG, Beschluss vom 27.07.2006 – 2 Verg 5/06; OLG Hamburg, Beschluss vom 25.01.2007 – 1 Verg 5/06.
- [33] EuGH, Urteil vom 25.10.2010 – C-451/08; OLG München, Beschluss vom 27.09.2011, Verg 15/11.
- [34] Hierzu gehören auch Studentenwohnheime: OLG München, Beschluss vom 10.11.2010 – Verg 19/10.
- [35] Art. 13 Auftragsvergaberichtlinie (RL 214/24/EU).
- [36] Vgl. EuGH, Urteil vom 26.09.2013 – C-115/12; BT-Drs. 18/6281, S. 70.
- [37] Vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 26.05.2016 – C-261/14 („Judetul Neamt“); OVG NRW, Urteil vom 20.04.2012 – 4 A 1055/09, NWBau 2012, 589; BGH, Urteil vom 17.11.2011 – III ZR 234/10, BauR 2012, 496.
- [38] EuGH, Urteil vom 25.03.2010, C-451/08.
- [39] Vgl. auch die Legaldefinition in § 105 GWB.
- [40] Vgl. EuGH Urteil vom 18.11.2004 – C-126/03 (Heizkraftwerk München), VergabeR 2005, 57.
- [41] EuGH, Urteil vom 12.07.2001 – C-399/98; OLG Celle, Beschluss vom 08.09.2014 – 13 Verg 7/14; OLG Naumburg, Beschluss vom 03.11.2005 – 1 Verg 9/05.
- [42] VK Thüringen, Beschluss vom 23.02.2007 – 360-4003.20-62/2007-001-G.
- [43] Weitere Beispiele für Konzessionen vgl. Müller-Wrede (Hrsg.) GWB. Vergaberechtskommentar, 2017, § 124 ff.
- [44] Vgl. hierzu aber EuGH, Urteil vom 29.10.2009 – Rs. C-536/07, BauR 2010, 669; VergabeR 2010, 188. Die Bezeichnung oder rechtliche Qualifikation eines Vertrags als „Mietvertrag“ durch die Vertragsparteien verhindert danach nicht, dass ein Vertrag über die Anmietung von nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers noch zu errichtenden Gebäuden einen öffentlichen Bauauftrag nach Art. 1a Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG darstellt.
- [45] Vgl. hierzu Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Portz, GWB, 4. Aufl. 2016, Rn. 94 (Bsp.).