



Fachbereich WD 7

Die Umsetzung von Artikel 12 Absatz 2 der EU-Vergaberichtlinie im deutschen Recht

1. Regelungsgehalt

Artikel 12 der [Richtlinie 2014/24/EU](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (nachfolgend: EU-Vergaberichtlinie) enthält Regelungen über die **Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen der EU-Vergaberichtlinie** auf bestimmte öffentliche Aufträge **zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors** („öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit“, vgl. Bundestagsdrucksache [18/6281](#), S. 79).

Artikel 12 **Absatz 2** der EU-Vergaberichtlinie bestimmt hierbei, dass ein von einem öffentlichen Auftraggeber vergebener öffentlicher Auftrag unter den Voraussetzungen des Artikel 12 Absatz 1 nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, **wenn eine kontrollierte juristische Person**, bei der es sich um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, **einen Auftrag an ihren kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder eine andere von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierte juristische Person vergibt**, sofern **keine direkte private Kapitalbeteiligung** an der juristischen Person besteht, die den öffentlichen Auftrag erhalten soll – **mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität**, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die **keinen maßgeblichen Einfluss** auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

2. Umsetzung im deutschen Recht

Artikel 12 der EU-Vergaberichtlinie wurde durch [§ 108 GWB](#) umgesetzt. Ziel war hierbei ausweislich der Gesetzesbegründung aus dem Jahr 2015 so weit möglich eine so genannte „ein-zu-eins-Umsetzung“ (Bundestagsdrucksache [18/6281](#), S. 79). Zur Ratio der Regelungen wurde seitens des Gesetzgebers festgestellt:

„Grundsätzlich soll das Vergaberecht öffentliche Auftraggeber nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern oder eigenen Unternehmen zu erfüllen. Allerdings ist der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Auftraggeber sind, allein nicht ausreichend, um die Anwendung des Vergaberechts auszuschließen. Hierfür müssen vielmehr weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Dadurch sollen insbesondere Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis zu privaten

Unternehmen vermieden werden. Über Art und Umfang herrschte bislang allerdings mangels gesetzlicher Regelungen oftmals Ungewissheit. Die neuen EU-Vergaberichtlinien schaffen insofern durch die neuen Vorschriften zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit Rechtssicherheit für öffentliche Auftraggeber und Auftragnehmer. Im Wesentlichen wird damit die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert. Im Rahmen der Umsetzung ins deutsche Recht sollen die europäischen Vorgaben möglichst eins-zu-eins übernommen werden.“ (Bundestagsdrucksache [18/6281](#), S. 79 f.)

Die in Artikel 12 Absatz 2 der EU-Richtlinie enthaltene Regelung wurde dabei im Wesentlichen in § 108 Absatz 3 und Absatz 4 Nr. 3 GWB übernommen.

3. Ist nach deutschem Recht ein Ausschluss der Anwendbarkeit des Vergaberechts im Sinne des Artikel 12 der EU-Vergaberichtlinie auch möglich, wenn mehr als ein öffentlicher Auftraggeber kollektiv die Kontrolle über einen öffentlichen Auftraggeber ausüben?

Ja. Dies ergibt sich aus den Regelungen in § 108 Absätze 4 und 5 GWB, wo auch die einzelnen Voraussetzungen für eine „**gemeinsame Quasi-Inhouse-Vergabe**“ (Dreher Rn. 55) normiert sind und mit denen Artikel 12 Absatz 3 der EU-Vergaberichtlinie umgesetzt wird (Dreher Rn. 55). § 108 Absätze 4 und 5 GWB sind dabei „nur bei öffentlichen Auftraggebern anwendbar, von denen keiner die alleinige Kontrolle über den Auftragnehmer hat, sondern die gemeinsam die Kontrolle ausüben. Vergibt ein allein die Kontrolle ausübender öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag an eine juristische Person, an der noch weitere öffentliche Stellen beteiligt sind, ist § 108 Abs. 1 anzuwenden“ (Dreher Rn. 55). Hingewiesen wird insofern allerdings darauf, dass, soweit im Wortlaut von § 108 Absatz 4 Nr. 2 GWB die Rede von „einer juristischen Person“ ist, es sich „um ein redaktionelles Versehen des nationalen Gesetzgebers (handelt). Sowohl die zugrundeliegende Richtlinie als auch die Begründung des Gesetzesentwurfs zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz erfassen eine Tätigkeit für mehrere von den öffentlichen Auftraggebern abhängige juristische Personen. Auch im Rahmen der gemeinsamen Quasi-Inhouse-Vergabe ist der Tatbestand teleologisch zu reduzieren, so dass die abhängigen juristischen Personen ihrerseits die Inhouse-Kriterien erfüllen müssen, damit ein Tätigwerden für sie den gemeinsam beherrschenden öffentlichen Auftraggebern zurechenbar ist“ (Dreher Rn. 56). Nach überwiegender Ansicht besteht auch die „Möglichkeit der umgekehrten In-House-Direktvergabe von Aufträgen von der gemeinsam kontrollierten Gesellschaft an einen der kontrollierenden Gesellschafter oder an eine ebenfalls gemeinsam kontrollierte Schwesterngesellschaft iSd Abs. 3 ... auch im Falle der Kollektivkontrolle. (...) Eine Schwestern-In-House-Direktvergabe setzt zusätzlich voraus, dass beide Gesellschaften vom gleichen Kollektiv kontrolliert werden. Ist ein öffentlicher Auftraggeber nur an einer Schwester beteiligt, gilt er für die Betrachtung des Schwesternauftrages als sonstiger nicht kontrollierender Gesellschafter“ (Säcker/Wolf Rn. 63 f.).

Quellen:

- GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Dezember 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 400) geändert worden ist, abrufbar unter <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html> (englische Übersetzung mit Stand 25. Oktober 2023 abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html).
- Dreher: Kommentierung von § 108 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021.
- Säcker/Wolf: Kommentierung von § 108 GWB, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022.
