

GRUENDELPARTNER · Grimmaische Straße 2-4 · 04109 Leipzig

Stadt Markkleeberg  
Herrn Bürgermeister Olaf Schlegel  
Rathausplatz 1  
04416 Markkleeberg

*Per E-Mail: [Olaf.Schlegel@markkleeberg.de](mailto:Olaf.Schlegel@markkleeberg.de)*

j.wehner@gruendelpartner.de  
Telefon: +49 341 231062 28  
Assistent/in: Patrick Jaster  
Unser Zeichen: 013252-21/JW/SL/sk

Leipzig, 1. November 2023

**Stadt Markkleeberg wg. EF I  
hier: Inhouse-Vergabe an die Wohnungsbaugesellschaft Markkleeberg  
mbH**

Sehr geehrter Herr Schlegel,

absprachegemäß nehmen wir dazu Stellung, ob der Verkauf der Entwicklungsfläche I (Rathausstraße 30, 04416 Markkleeberg) an die Wohnungsbaugesellschaft Markkleeberg mbH (nachfolgend: „WBG“) – bei unterstellter grundsätzlicher Vergabepflicht – als Inhouse-Vergabe befreit wäre.

Wir kommen zu dem Ergebnis, dass eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe gemäß § 108 Abs. 1 GWB an die WBG mit hoher Wahrscheinlichkeit zulässig ist. Um etwaige Restrisiken zu minimieren, sollte bezüglich der Betrauung der WBG noch ein Beschluss des Stadtrats eingeholt werden.

Im Einzelnen:

**Axel Banike**  
Rechtsanwalt/Partner<sup>2</sup>  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht

**Dr. Steffen Fritzsche**, LL.M.oec.int.  
Rechtsanwalt/Partner<sup>1,3</sup>  
Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht

**Dr. Mirko Gründel**  
Rechtsanwalt/Partner<sup>1</sup>  
Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht

**Dr. Mathis Hoffmann**  
Rechtsanwalt/Partner<sup>2</sup>  
Fachanwalt für Gewerbl.  
Rechtsschutz

**Dirk Lange**  
Rechtsanwalt/Partner<sup>1</sup>

**Ramona Luckner**  
Wirtschaftsprüferin/Steuerberaterin  
Partnerin<sup>1</sup>

**Ralph Schmidkonz**  
Rechtsanwalt/Partner<sup>1</sup>

**Jan Schröder**  
Rechtsanwalt/Partner<sup>2</sup>  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Stephan Schuld**  
Rechtsanwalt/Partner<sup>1</sup>  
Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht

**Steffen Tietze**  
Rechtsanwalt/Partner<sup>1</sup>  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Dr. Albrecht Tintelnot**  
Rechtsanwalt/Partner<sup>1</sup>

**Jan Wehner**  
Rechtsanwalt/Partner<sup>1</sup>  
Fachanwalt für Vergaberecht  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht

**Dr. Burkhard Boemke**  
Univ.-Prof., Academic Counsel<sup>1</sup>

**Dr. Peter Krüger**  
Rechtsanwalt/Of Counsel<sup>1</sup>

**Udo Werner**  
Rechtsanwalt/Of Counsel<sup>1</sup>

**Dr. Franziska Beier**, LL.M.oec.  
Rechtsanwältin<sup>1</sup>  
Fachanwältin für Handels- und  
Gesellschaftsrecht

**Simone Leitloff**  
Rechtsanwältin<sup>1</sup>

**Kevin Lindemann**  
Rechtsanwalt<sup>1</sup>

**Dr. Markus Philipp**  
Rechtsanwalt<sup>1</sup>

**Jakob Ritter**  
Rechtsanwalt<sup>1</sup>  
Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht

**Richard Seltmann**  
Rechtsanwalt<sup>1</sup>  
Fachanwalt für Gewerbl.  
Rechtsschutz

Office <sup>1</sup>Leipzig, <sup>2</sup>Jena, <sup>3</sup>Berlin

## I. Sachverhalt

Unserer Prüfung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

1. Die WBG wird zu 100 % von der Stadt Markkleeberg gehalten. Satzungsmäßige Aufgabe ist *„die von wirtschaftlichen Überlegungen geleitete rein gewerbliche Vermietung, Verwaltung und Entwicklung von Wohn- und Gewerbeimmobilien und damit im Zusammenhang stehender Flächen“*. Hierzu zählen sämtliche Geschäfte, die der Durchführung dieses Gegenstandes dienen können oder mit ihm im Zusammenhang stehen, sowie alle damit verbundenen Nebengeschäfte.
2. Bezüglich der Umsatzentwicklung der Geschäftsjahre 2020, 2021, 2022 und anteilig 2023 haben Sie uns mitgeteilt:

Die WBG erzielt ihren Umsatz vollständig aus der Vermietung und Verwaltung ihrer Wohn- und Gewerbeimmobilien, d. h. mit privaten Leistungsempfängern.

Im Jahr 2020 hat die WBG Umsatzerlöse von € 12.858.148,14 erzielt. Diese setzen sich zusammen aus Mieten von € 10.269.706,20, Betriebskosten von € 2.564.600,63 und Verwaltungskosten von € 23.841,31. Die Umsatzerlöse stammen damit zu 100 % aus der Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien.

Die in 2021 erzielten Umsatzerlöse von € 13.586.287,76 waren Mieten von € 10.806.795,62, Betriebskosten von € 2.756.392,97 und Verwaltungskosten von € 23.099,17; von den Erlösen in 2022 von € 14.013.477,79 entfielen auf Mieten € 10.929.254,93, auf Betriebskosten € 3.059.944,48 und auf Verwaltungskosten € 24.278,38.

Für 2023 liegen uns die Umsatzerlöse bis zum 30. Juni 2023 vor. Bis zum 30. Juni 2023 hat die WBG Umsatzerlöse von € 6.802.060,33 erzielt, davon Mieten von € 5.351.617,39, Betriebskosten von € 1.374.601,74 und Verwaltungskosten von € 75.841,20.

Für die Jahre 2020 bis 2022 ergibt sich damit ein durchschnittlicher Gesamtumsatz von € 13.485.971,23, der – wie auch der in 2023 bis zum 30. Juni erzielte Umsatz – zu 100 % aus der Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien der WBG stammt.

3. Die Stadt Markkleeberg beabsichtigt, nach Maßgabe des vom Stadtrat am 21. Dezember 2016 verabschiedeten und mit Beschluss vom 19. September 2018 geänderten städtebaulichen Rahmenplans „Neue Mitte“ (nachfolgend: „Rahmenplan“) den städtischen Kern Markkleebergs im Abschnitt der Rathausstraße zwischen Ring und Südstraße stadträumlich und freiraumplanerisch aufzuwerten. Zur Entwicklung und Stärkung des

Plangebiets als städtisches Zentrum legt der Rahmenplan ein Bebauungs-, ein Freiraum-, ein Nutzungs- und ein Erschließungskonzept fest. Für den als „Entwicklungsfläche I“ bzw. „Entwicklungsgebiet I“ bezeichneten Teilbereich des Plangebiets ist im Rahmenplan die Errichtung mehrerer Gebäude unterschiedlicher Nutzung sowie die Anlage eines öffentlich zugänglichen Platzes vorgesehen, den die Gebäude teilweise umfassen. Zur Umsetzung der im Rahmenplan definierten Ziele beabsichtigt die Stadt, das innerhalb der Entwicklungsfläche I gelegene Grundstück in der Rathausstraße 30, 04416 Markkleeberg, Grundbuch von Markkleeberg, Blatt 972, Gemarkung Gautzsch, Flurstück: 230/13 mit einer Größe von 3.070 m<sup>2</sup> (nachfolgend: „Grundstück“) an die WBG zu veräußern. Der Verkauf des Grundstücks soll mit einer Verpflichtung der WBG zur rahmenplankonformen Bebauung des Grundstücks sowie zur rahmenplankonformen künftigen Nutzung der Gebäude und Freiflächen auf dem Grundstück verbunden sein. Der Wert des Grundstücks wurde zum Wertermittlungstichtag 25. April 2022 auf rd. 768.000,00 Euro geschätzt, wobei jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich der Wert bei einer Aktualisierung des Wertgutachtens noch erhöht.

Fraglich ist, ob die Veräußerung des Grundstücks verbunden mit einer Bauverpflichtung – unterstellt, dass das Geschäft wegen Nutzungsvorgaben im öffentlichen Interesse oder öffentlicher Nutzung grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfallen würde – ausschreibungspflichtig ist oder im Wege einer Inhouse-Vergabe ohne Ausschreibung erfolgen darf.

## **II. Rechtliche Würdigung**

### **1. Anwendbarkeit des Vergaberechts**

Erörtert haben wir, dass bei der beabsichtigten Veräußerung des Grundstücks mit diversen Bauverpflichtungen eine gewisse Gefahr besteht, dass es sich bei der Veräußerung um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) handeln könnte. Wir vertiefen diese Problematik wie besprochen hier nicht, sondern unterstellen, dass es sich um einen solchen Bauauftrag handelt, dessen Wert zudem den maßgeblichen Schwellenwert von aktuell € 5.382.000,00 (netto) überschreitet. Wir unterstellen daher zugleich, dass der Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB – das sogenannte europäische Kartellvergaberecht – grundsätzlich eröffnet ist. Soweit im Nachgang zu dieser Stellungnahme doch eine vertiefte Prüfung dieser Problematik gewünscht sein sollte, werden wir diese gern ergänzend vornehmen.

## 2. Ausnahme vom Anwendungsbereich – Voraussetzungen der Inhouse-Vergabe

Das Vergaberecht findet jedoch dann im konkreten Einzelfall keine Anwendung, wenn die geplante Grundstücksveräußerung einer Austauschbeziehung gleichkäme, die sich letztlich nur innerhalb der Stadt Markkleeberg abspielte. Dann wäre ein vergaberechtsfreier Vertragsschluss im Wege eines sog. Inhouse-Geschäfts möglich. Die Veräußerung des Grundstücks an die WBG könnte im Wege einer Inhouse-Vergabe erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 GWB erfüllt sind. Nach dieser Vorschrift liegt eine zulässige Inhouse-Vergabe bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch einen öffentlichen Auftraggeber vor, wenn

1. der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,
2. mehr als 80 % der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und
3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Damit ist eine Auftragsvergabe vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen, wenn zum einen das Kontrollkriterium (§ 108 Abs. 1 Nr. 1, GWB) (hierzu unter a)) und das Wesentlichkeitskriterium (§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB) erfüllt sind (hierzu unter b)) und keine direkte private Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer (§ 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB) besteht (hierzu unter c)).

### a) Kontrollkriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB

Das Kontrollkriterium ist erfüllt, wenn die Stadt Markkleeberg als öffentlicher Auftraggeber (§ 99 Nr. 1 GWB) über die WBG als juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen. Eine Kontrolle in diesem Sinne besteht, wenn

1. sich die beschlussfassenden Organe der WBG aus Vertretern des öffentlichen Auftraggebers zusammensetzen,
2. die Stadt einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben kann und

3. die WBG keine Interessen verfolgt, die den Interessen des öffentlichen Auftraggebers zuwiderlaufen.

Die Anforderungen an das Kontrollkriterium sind aus unserer Sicht vorliegend erfüllt. Bei der WBG handelt es sich um eine GmbH, an der die Stadt Markkleeberg zu 100 % beteiligt ist. Die weitgehenden Kontroll- und Durchsetzungsbefugnisse der Stadt auf die Geschäftsführung der WBG gewährleistet schon das deutsche GmbH-Recht. Danach unterliegen der Bestimmung der Gesellschafter, unbeschadet weitergehender Regelungen im Gesellschaftsvertrag (§ 45 Abs. 2 GmbHG), die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 5 und 6 GmbHG). Weitergehende Rechte der Gesellschafter und der Gesellschafterversammlung sind in § 12 des Gesellschaftsvertrags geregelt. Hinzu kommt, dass die WBG einen Aufsichtsrat hat, der sich gemäß § 9 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags aus Vertretern der Stadt Markkleeberg sowie aus weiteren Mitgliedern zusammensetzt, die allesamt von der Stadt Markkleeberg aufgrund ihrer Wahl durch den Stadtrat entsandt werden.

Da gemäß § 11 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags die grundsätzlichen unternehmerischen Entscheidungen der WBG durch die Gesellschafterversammlung gemeinsam mit dem Aufsichtsrat getroffen werden, kann die Stadt Markkleeberg als Gesellschafterin und Wählende des Aufsichtsrates faktisch allein den ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der WBG ausüben.

Vor dem Hintergrund des uneingeschränkten Einflusses der Stadt, unmittelbar als Gesellschafter bzw. mittelbar über Stadtrat und Aufsichtsrat, auf die Tätigkeiten der WBG hat diese weder ein Maß an Selbständigkeit noch eine Marktausrichtung, die eine Kontrolle der WBG durch ihren Gesellschafter und ihren Aufsichtsrat erschweren könnte. Es ist daher nicht erkennbar, dass die WBG (eigene) Interessen verfolgt, die den Interessen der Stadt Markkleeberg zuwiderlaufen könnten.

Damit bleibt zunächst festzuhalten, dass die Stadt Markkleeberg eine ähnliche Kontrolle über die WBG wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt. Die Anforderungen des § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB werden mithin mit hoher Wahrscheinlichkeit erfüllt.

**b) Wesentlichkeitskriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB**

Weiterhin verlangt § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB, dass mehr als 80 % der Tätigkeiten (letztlich der Umsätze) der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem Auftraggeber kontrolliert wird, betraut wurde. Mit anderen Worten müssen mehr als 80 % der Tätigkeiten der WBG der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von der Stadt Markkleeberg betraut wurde.

Im Folgenden ist daher zunächst das Tatbestandsmerkmal der „Betrachtung“ zu untersuchen. Sodann ist die Frage zu klären, ob durch die WBG die 80 %-Schwelle des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB überschritten wird.

**aa) Das Merkmal der „Betrachtung“**

Fraglich ist, ob die WBG Aufgaben ausführt, mit denen sie von der Stadt Markkleeberg „betraut“ wurde.

Sowohl der in Art. 12 Abs. 1 lit. b) VRL als auch in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB verwandte Begriff der „Betrachtung“ ist angelehnt an die EU-primärrechtliche Vorschrift in Art. 106 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind. Der terminologische Gleichlauf ist kein Zufall der deutschen Fassung der VRL, sondern er findet sich gleichermaßen auch in anderen Sprachfassungen wieder (*vgl. Ziekow, NZBau 2015, 258, 260*).

Wie beim Wesentlichkeitskriterium nach Art. 12 Abs. 1 lit. b) VRL und § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB geht es bei dem die Freistellung von Dienstleistungen von Allgemeinem Wirtschaftlichen Interesse von den Wettbewerbsregeln betreffenden Art. 106 Abs. 2 AEUV darum, einen spezifischen Zusammenhang („Betrachtungsakt“) zwischen der Tätigkeit im Allgemeininteresse bzw. der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und einer originär dem Gemeinwohl verpflichtenden Instanz herzustellen. Es bedarf daher eines besonderen Akts der Betrachtung mit der Ausführung dieser Aufgabe, die aber nicht durch Hoheitsakt oder durch Vertrag geschehen muss. Entscheidend ist, dass die Zuordnung der Aufgabe zu dem betreffenden Unternehmen aktiv durch einen erkennbaren und inhaltlich insoweit eindeutig festgelegten Akt erfolgt (*vgl. EuGH, Rs. 127/73, Rn. 19/22 – BRT I.; Ziekow, in: NZBau 2017, 339, 342 sowie in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB, § 108, Rn. 37, m.w.N.*).

Vor diesem Hintergrund gehen wir grundsätzlich davon aus, dass die WBG von der Stadt mit der in Rede stehenden Aufgabe (Entwicklung, Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien und damit im Zusammenhang stehender Flächen) im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB „betraut“ worden ist. Insbesondere dürfte grundsätzlich der in § 2 des Gesellschaftsvertrags festgelegte Unternehmensgegenstand, nämlich „die von wirtschaftlichen Überlegungen geleitete rein gewerbliche Vermietung, Verwaltung und Entwicklung von Wohn- und Gewerbeimmobilien und damit im Zusammenhang stehender Flächen“, schon für sich genommen konkret genug sein, um darin eine Betrachtung der WBG mit Aufgaben der Entwicklung, Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien anzusehen.

In der Literatur wird zu dem Thema Betrauung jedoch zum Teil die Auffassung vertreten, dass die bloße Eröffnung eines Betätigungsfelds für das kontrollierte Unternehmen durch dessen Gesellschaftszweck nicht für eine Betrauung ausreicht, sondern, dass der Gesellschaftsvertrag eindeutig festlegen muss, mit der Erbringung welcher Leistungen, die dem Aufgabenspektrum des öffentlichen Auftraggebers zuzuordnen sind, das Unternehmen von diesem Auftraggeber beauftragt wurde (vgl. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB, § 108, Rn. 37, m.w.N.).

Da der Unternehmensgegenstand gemäß § 2 des Gesellschaftsvertrags der WBG sehr weit gefasst ist, verbleibt daher ohne einen besonderen Betrauungsakt ein gewisses Risiko, dass das Tatbestandsmerkmal der Betrauung im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht erfüllt ist. Wir empfehlen Ihnen daher im Sinne des sichersten Wegs, dass die Stadt Marktleeburg die WBG zusätzlich zu dem gesellschaftsvertraglich festgelegten Unternehmensgegenstand (vgl. § 2 des Gesellschaftsvertrags) über einen besonderen Akt der Betrauung mit der Entwicklung, Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien und damit im Zusammenhang stehender Flächen betraut, was durch einen gesonderten Beschluss des Stadtrats der Stadt Marktleeburg erfolgen sollte. Denn teilweise wird in der vergaberechtlichen Literatur verlangt, dass das demokratisch legitimierte Entscheidungsgremium selbst den Akt der Betrauung vorgenommen haben muss.

Unter der Prämisse, dass die WBG zusätzlich zu ihrem gesellschaftsvertraglich festgelegten Unternehmensgegenstand von der Stadt Marktleeburg durch einen besonderen Akt der Betrauung mit der Entwicklung, Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien und damit im Zusammenhang stehender Flächen betraut wird, gelangen wir jedoch insgesamt zu der Einschätzung, dass es sehr wahrscheinlich ist, dass eine hinreichende „Beträuung“ im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB vorliegt.

#### **bb) Mehr als 80 % der Tätigkeiten dienen der Aufgabenerfüllung**

Darüber hinaus bleibt zu untersuchen, ob mehr als 80 % der Tätigkeiten der WBG der Ausführung dieser Aufgabe dienen.

##### **1) Zurechnungsfähige Drittumsätze**

Gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB müssen mehr als 80 % der Tätigkeiten der (kontrollierten) juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber betraut wurde. Für das Überschreiten der 80 %-Schwelle kommt es daher auf solche Umsätze an, die aufgrund von Tätigkeiten für die Ausführung von Aufgaben des öffentlichen Auftraggebers erzielt werden.

Die Frage, ob und inwieweit Umsätze aus gegenüber Dritten erbrachten Tätigkeiten dem öffentlichen Auftraggeber zugerechnet werden können, ist in der vergaberechtlichen Literatur und Rechtsprechung umstritten. Zum Teil wird vertreten, dass für die Berechnung der Tätigkeitsanteile bei einer Vergabe eines Auftrags Tätigkeiten gegenüber Dritten grundsätzlich außer Betracht bleiben müssen, da andernfalls die Voraussetzungen gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB funktionslos seien und somit einer Inhouse-Vergabe in einer Vielzahl von Fällen „Tür und Tor“ geöffnet wäre (vgl. *Säcker/Wolf, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl. 2022, § 108, Rn. 36 f.*). Nach dieser Auffassung würde also auch im vorliegend zu beurteilenden Fall eine Inhouse-Vergabe ausscheiden, da die WBG den ganz überwiegenden Teil ihrer Umsätze aus Tätigkeiten gegenüber Dritten, nämlich Mietern, erzielt.

Demgegenüber hatte der EuGH bereits vor der Vergaberechtsreform im Jahr 2016 unter bestimmten Voraussetzungen auch Umsätze der juristischen Person mit Dritten unter die Tätigkeiten fallen lassen, die „für den öffentlichen Auftraggeber“ erbracht werden. Erfasst sei der Umsatz, den das Unternehmen

- „aufgrund der Vergabeentscheidung der kontrollierenden Körperschaft erzielt, einschließlich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielt wird.“

Zu berücksichtigen seien insoweit alle Tätigkeiten, die ein Unternehmen als Auftragnehmer

- „im Rahmen einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, ohne dass die Person des Begünstigten – sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistungen – von Bedeutung wäre“ (vgl. *EuGH, Rs. C-340/04 – Carbotermo, Rn. 66*).

Damit ist nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH die Zurechnung von Drittumsätzen möglich, wenn diese Umsätze auf eine Vergabeentscheidung des Auftraggebers zurückgeführt werden können, mithin „kausale“ Umsätze sind. Damit wird zugleich klar gestellt, dass Drittumsätze, die außerhalb einer Vergabeentscheidung und damit völlig isoliert von dem eigentlichen Auftragsverhältnis „Kommune – kommunales Unternehmen“ erzielt werden, nicht in dem Umsatz aus den Tätigkeiten „für den öffentlichen Auftraggeber“ berücksichtigt werden dürfen.

Für die Einbeziehung von Drittumsätzen spricht nunmehr – so die herrschende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung – auch der Wortlaut der seit 2016 geltenden Regelung in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Darin ist der Gesetzgeber bewusst von der noch vom EuGH gewählten Formel abgewichen, wonach es für die Ausfüllung des Wesentlichkeitskriteriums auf den Umsatz ankam, den das fragliche Unternehmen aufgrund der Vergabeentscheidung der kontrollierenden Körperschaft erzielte. Weitergehend wird

jetzt auf den „Betrauungsakt“ durch den öffentlichen Auftraggeber abgestellt. Mit anderen Worten spricht wegen dieser bewussten Änderung vieles dafür, dass es auf die Veranlassung einer Tätigkeit gerade durch eine Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht mehr ankommt. Vielmehr reicht es aus, dass der öffentliche Auftraggeber die Tätigkeiten der von ihm kontrollierten juristischen Person in anderer Weise, nämlich durch eine „Betrachtung“ veranlasst hat, was im Ergebnis eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Inhouse-Geschäfts bedeuten dürfte (*Portz, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 108, Rn. 123*). Denn nach der erweiternden Neuformulierung geht es in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht mehr um die Umsätze mit dem kontrollierenden Auftraggeber, sondern um Umsätze, die der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen die (kontrollierte) juristische Person von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde. Wer dann letztlich die Rechnung bezahlt, ob etwa die Kommune, das Land oder die betroffenen Bürger, ist insoweit unerheblich (*vgl. EuGH, Rs. C-340/04, - Carbotermo, Rn. 67*). Entscheidend ist nur ein besonderer Akt der Betrauung mit der Ausführung der Aufgabe.

Umstritten ist zudem die Erfüllung des Zurechnungszusammenhangs in Bezug auf Drittgeschäfte in sogenannten liberalisierten Märkten (z.B. Bereich Energie) oder sonstigen wettbewerbsrelevanten Märkten. Da die WBG im Hinblick auf die Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien im Wettbewerb mit privaten Unternehmen agiert, ist nach unserer rechtlichen Bewertung zwar davon auszugehen, dass sie in einem solchen wettbewerbsrelevanten Markt tätig ist.

Die WBG ist allerdings erkennbar nur innerhalb der Aufgabe tätig, mit der sie von der Stadt Markkleeberg betraut wurde, d.h. sie agiert gerade nicht losgelöst von ihrer Betrauung frei bzw. unabhängig von ihrer Aufgabe seitens der Stadt Markkleeberg am Markt. Die Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe ist nach überwiegender Meinung zudem nicht auf hoheitliche Tätigkeiten beschränkt, d.h. die Betrauung im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB muss sich nicht zwingend auf hoheitliche Tätigkeiten beziehen (*vgl. VK Bund, Beschluss vom 18. Mai 2016, Az.: VK 1 – 18/16; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, 4. Auflage 2018, § 108 GWB, Rn. 35 ff. m.w.N.*). Gemessen an den vorbeschriebenen Voraussetzungen wären – unterstellt, die WBG wurde gemäß den Anforderungen des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB durch die Stadt Markkleeberg mit der Entwicklung, Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien und damit im Zusammenhang stehender Flächen „betraut“ – die Umsätze, die der Ausführung dieser Aufgabe dienen, mit hoher Wahrscheinlichkeit für die Überschreitung der 80 %-Schwelle des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu berücksichtigen. Dies betrifft hier sämtliche Umsätze, die die WBG erzielt hat.

## 2) Überschreiten der 80 %-Schwelle

Die konkrete Berechnung, ob die 80 %-Tätigkeitsschwelle des § 108 GWB für den öffentlichen Auftraggeber überschritten wird, richtet sich nach § 108 Abs. 7 GWB. Danach wird der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert, wie z.B. die Kosten, die der betreffenden juristischen Person oder dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber während der letzten drei Jahre vor der Vergabe des Auftrags in Bezug auf Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen entstanden sind, herangezogen. Aus diesem Gesamtumsatz ist anschließend der nicht aus der Ausführung von Aufgaben, mit denen die juristische Person von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde, entstandene Umsatz gesondert zu ermitteln. Beträgt dieser Anteil mehr als 20 % des Gesamtumsatzes, scheidet ein Inhouse-Geschäft aus.

Hieran gemessen sprechen die vorliegenden Umsatzzahlen deutlich für die Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe, wenn man auf die Umsätze der WBG in den Jahren 2020 bis 2022 abstellen wollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auf den durchschnittlichen Gesamtumsatz der drei Jahre abzustellen ist, so dass eine Überschreitung der Umsatzgrenze in einem einzelnen Jahr unbeachtlich ist, wenn ein Ausgleich durch die Umsätze der verbleibenden Jahre erfolgt (*vgl. Portz, a.a.O., Rn. 271*). Die mit der Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien in den Jahren 2020 bis 2022 erzielten Umsätze betragen 100 % des Gesamtumsatzes der WBG.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass für die Berechnung des drei-Jahres-Zeitraums grundsätzlich auf den Zeitraum 2021 bis 2023 abzustellen und somit auch das Jahr 2023 einzubeziehen ist, da die Vergabe der Leistungen – vorliegend der Verkauf des Grundstücks – im Jahr 2024 erfolgen soll. Für das Jahr 2023 liegen bisher jedoch noch keine endgültigen Umsatzzahlen für das gesamte Jahr vor, so dass die Durchschnittswerte bisher nicht auf dieser Grundlage berechnet werden können. Es kann daher derzeit bei einer konkreten Berechnung nur auf den vorangegangenen Zeitraum 2020 bis 2022 abgestellt werden, was jedoch nicht dem Gesetzeswortlaut entspricht und somit mit Risiken verbunden ist.

In § 108 Abs. 7 Satz 3 GWB ist allerdings weiterhin geregelt, dass für den Fall, dass keine oder jedenfalls keine aussagekräftigen Werte vorliegen sollten, es auch genügen könne, wenn der tätigkeitsgestützte Wert insbesondere durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht werden kann. Insoweit ist nach Auskunft der WBG geplant, das Umsatzvolumen dauerhaft zu stabilisieren und auszubauen. Zudem stammt der gesamte Umsatz der WBG auch im ersten Halbjahr 2023, d.h. bis zum 30. Juni 2023 zu 100 % aus der Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien. Es ist nach Auskunft der WBG davon auszugehen, dass der Umsatz im zweiten Halbjahr 2023 ebenfalls mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu 100 % aus der Vermietung

und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien stammen wird. Soweit dies mit einer detaillierten Prognose zur Umsatzerwartung glaubhaft belegt werden kann, ist auch hierüber ein Nachweis des Überschreitens der 80 %-Tätigkeitsschwelle möglich. Da uns ein solcher Nachweis bisher noch nicht vorliegt, verbleiben zwar gewisse Risiken. Wir gehen aber davon aus, dass die WBG eine detaillierte Prognose zur Umsatzerwartung im zweiten Halbjahr 2023 erstellen kann, aus der plausibel hervorgeht, dass sich der Umsatz auch im zweiten Halbjahr 2023 zusammensetzen wird wie im ersten Halbjahr 2023, d.h. ebenfalls zu 100 % aus der Vermietung und Verwaltung von Wohn- und Gewerbeimmobilien stammen wird.

Damit bleibt festzuhalten, dass – folgt man bezüglich der Einbeziehung von Drittumsätzen bei der Umsatzberechnung der herrschenden Meinung in der Literatur und Rechtsprechung – es sehr wahrscheinlich ist, dass mehr als 80 % der Tätigkeiten der WBG der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von der Stadt Markkleeberg betraut wurde. Derzeit kann dies zwar nur auf der Grundlage der Umsätze für die Jahre 2020 bis 2022 belegt werden. Es verbleiben damit gewisse Risiken, dass dieser Nachweis nicht ausreichend sein könnte. Die Risiken lassen sich aber vermeiden, wenn für das zweite Halbjahr 2023 noch ein Nachweis durch eine fundierte Prognose zur Umsatzentwicklung erstellt wird.

**c) Keine private Kapitalbeteiligung, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB**

§ 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB verlangt letztlich, dass an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln. Die Regelung stellt ausweislich der Gesetzesbegründung und der dahinterstehenden EuGH-Rechtsprechung klar, dass bei einer privaten Beteiligung an der beauftragten juristischen Person eine Inhouse-Vergabe grundsätzlich ausgeschlossen ist. Eine „direkte private Beteiligung“ liegt jedoch nicht vor.

**3. Ergebnis**

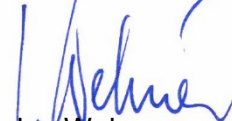
Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe gemäß § 108 Abs. 1 GWB mit hoher Wahrscheinlichkeit erfüllt sind. So ist das Kontrollkriterium gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfüllt, denn die Stadt Markkleeberg übt über die WBG eine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen aus. Die Voraussetzungen von § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB, wonach an der WBG keine „direkte private Beteiligung“ bestehen darf, sind ebenfalls erfüllt. Gewisse Risiken bestehen bei der

Frage, ob auch die Anforderungen des Wesentlichkeitskriteriums gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt sind.

Wir hoffen, dass wir mit unseren vorstehenden Ausführungen Ihre Fragen zunächst vollständig beantwortet haben. Bitte beachten Sie, dass sich unsere Prüfung lediglich auf den konkreten Vorgang (Entwicklungsfläche I) bezieht und zukünftige Einzelfälle jeweils einer erneuten Prüfung bedürfen. Bitte beachten Sie zudem, dass wir unsere Prüfung lediglich auf das Vergaberecht beschränkt haben.

Gern stehen wir Ihnen für die Abstimmung des weiteren Vorgehens und für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Jan Wehner  
Rechtsanwalt