

Anlage 4 zu SV 19-V-06-0004

**Vorab per E-Mail**

WiBau GmbH  
Frau Ass. jur. Evelyn Pflugradt  
Konrad-Adenauer-Ring 11  
65187 Wiesbaden

PROF. DR. LUTZ HORN  
Rechtsanwalt

Tel. +49-69-17 00 00-290  
Fax +49-69-17 00 00-228  
lhorn@goerg.de  
Sekretariat: Maxine Bamberger

Ulmenstraße 30  
60325 Frankfurt am Main

Tel. +49-69-17 00 00-17  
www.goerg.de

**6302887\_1.doc**  
**HHN/MXB**

**Unser Az.: 6625/60015-12**  
Bitte bei allen Schreiben angeben

Frankfurt am Main, 14. September 2020

**Vergaberechtliche Beratung – Inhouse-Fähigkeit WiBau/AHW AltenHilfe Wiesbaden GmbH**

Sehr geehrte Frau Pflugradt,

ich beziehe mich auf die Besprechung vom 27.08.2020. Wunschgemäß haben wir in Anknüpfung an unsere vergaberechtliche Stellungnahme vom 17.12.2019 geprüft, ob Leistungen der WiBau auch von der (Konzern-) Schwestergesellschaft AHW AltenHilfe Wiesbaden GmbH (im folgenden: AHW) in einem ausschreibungsfreien Inhouse-Verhältnis bezogen werden können. Aufgrund der uns vorliegenden Informationen und Unterlagen haben wir uns dazu folgende Meinung gebildet:

Bei der gegenwärtigen Rechtslage ist davon auszugehen, dass zwischen der WiBau und der AHW ein ausschreibungsfreies sogenanntes „horizontales Inhouse-Verhältnis“ gemäß § 108 Abs. 3 Satz 1 GWB vorliegt.

Im Einzelnen:

## 1. INHOUSE-TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN IM VERHÄLTNIS WiBau/AHW

Ein vergaberechtsfreies Inhouse-Verhältnis setzt voraus, dass zwischen der beauftragenden und der leistungserbringenden (öffentlichen) Einrichtung die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 bis 4 GWB gegeben, das heißt, die Anforderungen an das sogenannte „Kontrollkriterium“ und an das sogenannte „Wesentlichkeitskriterium“ erfüllt sind. Das lässt sich vorliegend für die WiBau und die AHW mit sehr guten Argumenten rechtfertigen:

### a) Kontrollkriterium

Zu prüfen ist zunächst, ob das für die Annahme eines nicht ausschreibungspflichtigen Inhouse-Geschäfts erforderliche Kontrollkriterium bei einer Vertragsbeziehung zwischen WiBau und AHW erfüllt wäre. Es bedarf keiner vertieften Erläuterung, das insoweit ein sogenanntes „vertikales Inhouse-Verhältnis“ im Sinne des § 108 Abs. 1 GWB ausscheidet: Mangels gesellschaftsrechtlicher Beteiligung, kann die WiBau keinerlei Kontrolle über die AHW ausüben.

Stattdessen ist an beiden Gesellschaften mit jeweils unterschiedlichen Beteiligungskonstruktionen über die WVV Wiesbaden Holding GmbH die Landeshauptstadt Wiesbaden (LHW) zu 100 % beteiligt, so dass die WiBau und die AHW als Beteiligungsgesellschaften der LHW einzuordnen sind. Ein sogenanntes „horizontales Inhouse-Verhältnis“ zwischen der WiBau und der AHW kann dann begründet werden, wenn das Kontrollkriterium für die LHW sowohl im Hinblick auf die WiBau als auch im Bezug auf die AHW erfüllt wäre (vgl. Dabringhausen, Horizontale Inhouse-Geschäfte, NZBau 2009, 616, 617, 621).

Gemäß § 108 Abs. 3 Satz 1 GWB kann eine vom Auftraggeber kontrollierte Einrichtung, die zugleich öffentlicher Auftraggeber ist, vergaberechtsfrei Aufträge an eine Einrichtung vergeben, die von dem selben Auftraggeber kontrolliert wird. Die Norm lautet:

„Abs. 1 gilt auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die von einer kontrollierten juristischen Person, die zugleich öffentlicher Auftraggeber im Sinn

des § 99 Nr. 1 bis 3 ist, an den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder an eine von diesem öffentlichen Auftraggeber kontrollierte andere juristische Person vergeben werden. Voraussetzung ist, dass keine direkte private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person besteht, die den öffentlichen Auftrag erhalten soll. Abs. 1 Nr. 3 zweiter Halbsatz gilt entsprechend.“

Damit kommt eine vergaberechtsfreie Auftragsvergabe zwischen Schwesterunternehmen in Betracht. Vergaberechtlich privilegierte Beauftragungen in diesem Rechtsverhältnis sind gerade in Holding Strukturen sinnvoll. Ihre Zulässigkeit ist zwar seit Jahren intensiv diskutiert, aber gerichtlich nicht abschließend geklärt worden (vgl. Gurlit, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 108 GWB, Rn. 23). Da zwischen Schwesterunternehmen ein Kontrollverhältnis nicht besteht, findet auf das horizontale Inhouse-Geschäft insoweit das Kontrollkriterium keine unmittelbare Anwendung. Entscheidend ist allein, dass beide Einrichtungen von dem gemeinsamen Mutterunternehmen im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB kontrolliert werden, da in diesem Fall der Leistungsaustausch im Eigenbereich des Auftraggebers verbleibt (vgl. Gurlit, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 108 GWB, Rn. 24).

Das ist vorliegend der Fall: Die LHW übt über ihre gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsverhältnisse innerhalb des Stadtkonzerns eine 100%ige mittelbare Kontrolle über die WiBau aus: Über die 100%ige Beteiligung der LHW an der WVV Wiesbaden Holding GmbH und deren 100%ige Beteiligung an der GWI Gewerbe Immobilien GmbH, die wiederum 100 % der Anteile an der WiBau hält, kann von der LHW eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ im Sinne der Teckal-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH, Urteil vom 18.11.1999 – C 106/98 - , NZBau 2000, 90) über die WiBau ausgeübt werden.

Für die AHW gilt dies erst recht: Die LHW hält 100 % der Geschäftsanteile an der AHW selbst als direkte Beteiligung.

Es bedarf im Übrigen keiner Erläuterung, dass sowohl die WiBau als auch die AHW Auftraggebereigenschaft im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB aufweisen und ferner an beiden Gesellschaften keine private Beteiligung besteht.

Damit sind die Voraussetzungen des § 108 Abs. 3, 2. Alt. GWB gegeben.

b) Wesentlichkeitskriterium

Das Wesentlichkeitskriterium kann auch im horizontalen Inhouse-Verhältnis zwischen WiBau und AHW mit gut vertretbarer Argumentation bejaht werden:

Wie bereits auf den Seiten 5 ff. unserer Stellungnahme vom 18.04.2011 ausgeführt, hat der Europäische Gerichtshof schon mit der „Coditel Brabant“-Entscheidung (EuGH, Urteil vom 13.11.2008 – C – 324/07 – Rz. 26, NZBau 2009, 54) ausdrücklich zugelassen, dass ein Unternehmen unter Wahrung der Inhouse-Fähigkeit nicht nur für einen (bestimmten) Anteilseigner tätig sein kann, sondern für mehrere – oder alle – Anteilseigner. Der Entscheidung lässt sich nicht entnehmen, dass in diesem Fall eine bestimmte prozentuale Höhe der Tätigkeit zu erfüllen wäre. Im Gegenteil: Aus der ausdrücklichen anerkannten Möglichkeit der Tätigkeit für mehrere Stellen folgt, dass eine überwiegende oder wesentliche Tätigkeit für keine dieser Stellen zu fordern ist, solange sich das Engagement auf den Kreis der öffentlichen Hand beschränkt. Damit trägt der EuGH dem Umstand Rechnung, dass sich auch die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben unterschiedliche Organisationsformeln bedient und in diesem – internen – Bereich jedoch ohne die Restriktionen des Vergaberechts agieren können muss.

Dies steht im Einklang mit der seit dem 17.04.2016 in Deutschland geltenden Rechtslage. Der Verweis in § 108 Abs. 3 Satz 1 GWB auf § 108 Abs. 1 GWB ist dabei als Rechtsgrundverweisung zu verstehen (vgl. Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 108 GWB, Rn. 60), wobei deren Reichweite in der Literatur wiederum höchst umstritten und in der Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht geklärt ist (vgl. Gurlit, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 8, Rn. 24 m.w.N.; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, GWB, § 108, Rn. 56).

Insbesondere wird dabei die Frage diskutiert, ob sich das Wesentlichkeitskriterium nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB im Falle der horizontalen Inhouse-Vergabe auf

das Verhältnis beider Schwesterunternehmen zur „Mutter“ bezieht oder ob es genügt, wenn das Wesentlichkeitskriterium nur im Verhältnis zwischen einem Schwesterunternehmen mit der „Mutter“ besteht (vgl. Gurlit, a.a.O.; Ganske, a.a.O.).

Im Hinblick auf die subjektive Reichweite des Wesentlichkeitskriteriums dürften gute Gründe dafür sprechen, dass dieses Kriterium lediglich im Verhältnis zwischen dem auftragnehmenden Schwesterunternehmen (hier: der WiBau) und der kontrollierenden Mutter (hier: der LHW) vorliegen muss (vgl. so auch von Engelhardt/Kaelble, in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 108 Randnummer 53, im Ergebnis auch König, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, Kapitel 1, § 6 Rn. 46 m.w.N.). Dies lässt sich unabhängig von den konkreten Umständen des hier zu prüfenden Falls zunächst mit dem Sinn und Zweck dieses Kriteriums begründen:

Das Wesentlichkeitskriterium soll eine Verfälschung des Wettbewerbs durch Bevorteilung eines nicht nur unwesentlich am Markt tätigen Auftragnehmers verhindern (vgl. EuGH, Urteil vom 11.05.2006 – Rs. C – 340/04 „Carbotermo“; von Engelhardt/Kaelble, in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 108 Rn. 53 m.w.N.). Hierfür dürfte es regelmäßig keine entscheidende Rolle spielen, ob das auftraggebende Schwesterunternehmen seinerseits im wesentlichen nur für den es kontrollierenden Auftraggeber tätig wird. Denn das auftraggebende Schwesterunternehmen erlangt durch die Auftragserteilung nicht ohne weiteres einen potenziell den Wettbewerb verfälschenden Vorteil gegenüber den Übrigen, mit ihm gegebenenfalls konkurrierenden Marktteilnehmern, die sich nach Maßstäben der Wirtschaftlichkeit ohnehin für den jeweils für sie günstigsten Anbieter entscheiden können. Dies dürfte erst recht angesichts der vorliegenden Einzelfallumstände gelten:

Die AHW erfüllt Tätigkeiten auf dem Gebiet der Altenhilfe und -pflege und damit Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge, die von der LHW kraft ihrer kommunalen Organisationsgewalt privatisiert worden sind. Gerade diese Bereiche werden regelmäßig nicht auf einem vollständig liberalisierten Markt erbracht. Stattdessen richten sich die hier erzielten Entgelte im wesentlichen nach von vornhe-

rein für ein bestimmtes Gebiet getroffenen Entgeltvereinbarungen, sodass insbesondere kein klassischer „Preiskampf“ mit etwaigen weiteren privaten Marktteilnehmern besteht. Die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung ist ferner auch insoweit nicht mit üblichen Konstellationen im freien Waren- und Dienstleistungsverkehr vergleichbar, als die AHW ausweislich ihres Gesellschaftszwecks ausschließlich sozialen Zielen verpflichtet ist und nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt.

Die WiBau auf der anderen Seite wird als auftragnehmendes Schwesterunternehmen, soweit bekannt, regelmäßig zu mehr als 80 % ausschließlich für die LHW tätig und erfüllt damit unproblematisch das Wesentlichkeitskriterium gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Wenn es auf die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums auch im Hinblick auf die AHW ankäme, lässt sich dies rechtfertigen. Insbesondere sind die vom OLG Hamburg im Beschluss vom 14.12.2010 – 1 Verg 5/10 – (vgl. NZBau 2011, 185) ausgeurteilten Feststellungen zur fehlenden Kausalität von Drittumsätzen im Rahmen des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht übertragbar. Diese Überlegung des Gerichts mögen auf Unternehmen zutreffen, die sich auf einem vollständig liberalisiertem Markt bewegen (z.B. Energieversorger). Grundsätzlich anders ist die Sachlage bei den hier betroffenen Daseinsvorsorgebereichen der Altenhilfe und –pflege und des Sozialbereichs. Zwar besteht für die Patienten grundsätzlich die Freiheit zu entscheiden, welche Pflegeeinrichtung sie in Anspruch nehmen. Allerdings erfolgt die Entscheidung, welche Einrichtung dann tatsächlich aufgesucht wird, durchweg nicht auf marktwirtschaftlichen Erwägungen, sondern regelmäßig aufgrund der Versorgungssituation und/oder der Qualität der jeweils benötigten pflegerischen und/oder medizinischen Leistungen.

## 1. **ZUSAMMENFASSUNG/ERGEBNIS**

Nach alledem lässt sich festhalten, dass sich im Verhältnis zwischen der WiBau und der AHW die rechtlichen Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie horizontale In-house-Vergabe nach § 108 Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. GWB mit überzeugenden Argumenten rechtfertigen lassen.

Der guten Ordnung halber sei darauf hingewiesen, dass – soweit ersichtlich – bestätigende vergaberechtliche Rechtsprechung zu einem exakt vergleichbaren Sachverhalt fehlt.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Lutz Horn', written over the printed name.

(Lutz Horn)