HEIERMANN · LOSCH · RECHTSANWÄLTE

Rechtliche Stellungnahme

zur Ausschreibungspflicht von Leistungsbeziehungen

zwischen

der Kommunalen IT-UNION eG (KITU),

den Mitgliedern der KITU

und

der Kommunalen Informationsdienste Magdeburg (KID),

insbesondere mit Blick auf Beschaffungsvorgänge innerhalb von staatlich geförderten Projekten und Vorgaben aus Genehmigungen zu Förderanträgen.

Stand: 11. März 2021

Auftraggeber:

KID Magdeburg GmbH,

Alter Markt 15,

39104 Magdeburg

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt 3
B. Aufgabenstellung 4
C. Ergebnis 4
D. Rechtliche Würdigung 5
I. Zur Leistungsbeziehung zwischen den Mitgliedern der KITU und der KITU 5
Ad (1) Kontrollkriterium 6
Ad (2) Tätigkeitskriterium 8
Ad (3) Keine direkte private Kapitalbeteiligung 9
Ad (4) Zwischenergebnis 9
II. Zur Leistungsbeziehung zwischen der KITU und der KID 9
Ad (1) Kontrollkriterium 9
Ad (2) Tätigkeitskriterium 11
Ad (3) Keine direkte private Kapitalbeteiligung 11
Ad (4) Zwischenergebnis 11
III. Geltende Anforderungen an Beschaffungsprozesse im Förderbereich 11

A.
Sachverhalt

Die Kommunale IT-Union eG (KITU) und die Kommunale Informationsdienste Magdeburg GmbH (KID) sind jeweils öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und darauf ausgerichtet, die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben der kommunalen Verwaltungsorganisationen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie für Kommunen, Landkreise und sonstige Gebietskörperschaften sowie deren Einrichtungen in Sachsen-Anhalt sicherzustellen. Die rechtliche Einordnung als öffentlicher Auftraggeber der KITU und der KID ist unstreitig und nicht Gegenstand des Prüfungsauftrags.

Gesellschafter der KITU sind die Landeshauptstadt Magdeburg, die KID sowie weitere 86 Kommunen und Gebietskörperschaften und Verbände in Sachsen-Anhalt.

Die KID wurde am 01. Januar 1999 als externer IT-Dienstleister unter anderem durch die Landeshauptstadt Magdeburg gegründet. Die Landeshauptstadt Magdeburg gliederte seinerzeit ihre Internet- und Kommunikationsabteilung aus und übertrug sie zusammen mit den städtischen Informationsverarbeitungs- und Telekommunikationsanlagen auf die KID. Aufgabe der KID ist es, die IT-technischen Voraussetzungen sicherzustellen, die für die technische Funktionsfähigkeit der Stadtverwaltung erforderlich sind. Aktuell sind Gesellschafter der KID die KITU mit einem Gesellschaftsanteil von 1 % und die Landeshauptstadt Magdeburg mit einem Gesellschaftsanteil von 99 %.

Die KITU wurde 2010 gegründet. Die KITU ist eine eingetragene Genossenschaft, in der sich eine Vielzahl von Städten, Landkreisen und Kommunen befinden und sich zusammengefunden haben, um gemeinsam die aktuellen Herausforderungen der Digitalisierung bewältigen zu können. Aufgabe der KITU ist es, die Bedarfe der Mitglieder zu erfassen, sachgerecht zu bündeln und die Mitglieder dabei zu beraten und andererseits die notwendigen Ausschreibungsprozesse vorzubereiten und einzuleiten, um den Bedarf der Kommunen zu decken. Sie bedient sich dafür der KID. Die KITU selbst beschäftigt kein eigenes Personal. Das Landesverwaltungsamt führte im Jahr 2009 eine kommunal- und vergaberechtliche Prüfung durch und zeigte den Landkreisen durch Rundverfügung vom 22. Dezember 2009 an, dass die rechtlichen Grundlagen gewahrt werden.

Die KID führt im Auftrage ihrer Gesellschafter Ausschreibungen durch, betreut die Kunden in dem jeweils gewünschten Umfang und übernimmt die Vertragsverwaltung, sofern dies gewünscht ist. Die Mitglieder der KITU sind frei, sich der KITU zu bedienen. Es erfolgt im Vorfeld jeder Beschaffung eine umfassende Abstimmung, um den Bedarf aller Mitglieder zu erfassen und diesen zu definieren, um ihn durch Ausschreibungen decken zu können.

Im Kontext der Umsetzung des Förderpaketes zum DigitalPakt, in Sachsen-Anhalt umgesetzt durch die „Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen aus dem DigitalPakt Schule (Digitalpakt-Richtlinie)“ stellen sich auf Seiten des Landes Sachsen-Anhalt, vertreten durch das Ministerium für Bildung, Fragen zu den Anforderungen für den Beschaffungsprozess als Voraussetzung der Gewährung der bereitstehenden Fördermittel.

Umsatz der KITU	2020		2019		2018	
	TEUR	%	TEUR	%	TEUR	%
Umsatzerlöse Mitglieder	8.075	97,2	6.168	97,4	4.510	95,9
Umsatzerlöse Nichtmitglieder	236	2,8	162	2,6	195	4,1
	8.310	100,0	6.329	100,0	4.705	100,0

Umsatz der KID	2020		2019		2018	
	TEUR	%	TEUR	%	TEUR	%
Umsatzerlöse Gesellschafter LH MD und KITU	20.758	93,9	17.669	92,5	15.106	92,5
Umsatzerlöse Sonstige	1.350	6,1	1.428	7,5	1.231	7,5
	22.108	100,0	19.097	100,0	16.337	100,0

B.
Aufgabenstellung

Zu prüfen sind folgende Fragen:

1. Bestehen ausschreibungsfreie Leistungsbeziehungen zwischen der KITU einerseits und der KID und zwischen der KITU und den Mitgliedern der KITU?

2. Bestehen besondere Anforderungen an Beschaffungsprozesse im Förderbereich im Hinblick auf das Vergaberecht?

C.
Ergebnis

Zur Frage 1:
Aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Bindungen und der bestehenden Leistungsbeziehungen besteht sowohl zwischen den Mitgliedern der KITU und der KITU einerseits als auch zwischen der KITU zur KID andererseits eine ausschreibungsfreie Leistungsbeziehung im Sinne des § 108 Abs. 4 GWB.

Die Höhe des Gesellschaftsanteils ist für die Begründung einer ausschreibungsfreien Leistungsbeziehung gem. § 108 Abs. 4 GWB irrelevant, entscheidend ist, dass eine Einflussmöglichkeit aller beherrschenden Auftraggeber, deren Bedarf gedeckt werden soll, auf die beherrschte Unternehmung besteht.

Aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs besteht keine Notwendigkeit mehr, dass die Beherrschung durch eine Kapitalbeteiligung gesichert sein muss. Es genügt eine Vereinbarung über eine Abstimmung aller Auftraggeber, deren Bedarf durch die beherrschte Unternehmung gedeckt werden soll.

Es bestehen Steuerungsmöglichkeiten aller Gesellschafter insbesondere auch für die KITU, die eine gemeinsame Beherrschung mit der Landeshauptstadt Magdeburg als Hauptgesellschafter der KID sicherstellen.

Zur Frage 2:
Die förderrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Union, des Bundes und des Landes Sachsen-Anhalt verweisen in Bezug auf Beschaffungsvorgänge auf die Normen des Europäischen bzw. nationalen Vergaberechts. Nichts anderes gilt aufgrund des Haushaltsrechts des Landes Sachsen-Anhalt.

Die Normen der Landeshaushaltsordnung und die dazu erlassenen Verwaltungsvorschriften verweisen auf die vergaberechtlichen Richtlinien und Bestimmungen.

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wird landesweit nicht gewahrt, wenn für jeden Beschaffungsvorgang ein eigenes Ausschreibungsverfahren umgesetzt wird. Eine solche Vorgehensweise überfordert die einzelnen Schulträger, die keine vergaberechtliche Expertise besitzen und vereitelt eine Bündelung der Einzelbedarfe zu relevanten Größen, die eine hinreichende Leistungsqualität bei gleichzeitigen Synergien und Rabatten ermöglichen.

D.
Rechtliche Würdigung

Wir untersuchen zunächst **(dazu unter I.)** die Ausschreibungsfreiheit der Leistungsbeziehungen zwischen den Mitgliedern der KITU einerseits und der KITU andererseits.

Sodann untersuchen wir die Ausschreibungsfreiheit der Leistungsbeziehungen zwischen der KITU und der KID (**dazu unter II.**) und sodann (**unter III.**) die geltenden Anforderungen an Beschaffungsprozesse im Förderbereich.

I. Zur Leistungsbeziehung zwischen den Mitgliedern der KITU und der KITU

Das Bildungsministerium hat die KITU um eine Prüfung der Ausschreibungspflicht von Leistungsbeziehungen zwischen den Mitgliedern der KITU einerseits und der KITU andererseits und sodann zwischen der KITU und der KID gebeten.

Gegenstand der Prüfung ist zunächst die Frage, ob Beschaffungsprozesse, die zwischen den Mitgliedern der KITU einerseits und der KITU andererseits stattfinden, der Ausschreibungspflicht gem. §§ 97 ff. GWB unterliegen oder gem. § 108 Abs. 4 GWB von der Ausschreibungspflicht ausgenommen sind.

Gemäß § 108 Abs. 4 GWB besteht die Pflicht zur Durchführung der normierten Ausschreibungsverfahren vor Abschluss eines Vertrags, nicht für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nr. 1-3 GWB an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn

1. der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen,

2. mehr als 80 % der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert werden, betraut wurde, und

3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Form 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.

Gemäß § 108 Abs. 5 GWB besteht eine gemeinsame Kontrolle im Sinn der Nr. 2, wenn

(1.) sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen; ein einzelner Vertreter kann mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten,

(2.) die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können und

(3.) die juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

Die Regelungen des § 108 GWB sind mit Wirkung zum 18. April 2016 in Kraft getreten und ersetzen die Grundsätze, die der Europäische Gerichtshof (EuGH) entwickelt hatte. Die Neuregelungen setzen die unionsrechtlichen Normen der Richtlinie 2014/25/EU um. Zu den Neuregelungen existiert bislang lediglich einschlägige Kommentierung, die wir ausgewertet und daraus unsere Rechtsauffassung entwickeln haben, die durch Gerichte auch anders ausgelegt werden kann.

Ad (1) Kontrollkriterium

Das in § 108 Abs. 4 und 1 GWB normierte Kontrollkriterium ist nahezu identisch gestaltet wie das Kontrollkriterium, das vor der Normierung der Inhouse-Vergabe durch den EuGH entwickelt worden ist.

Nach der früheren Rechtsprechung des EuGH war ein Leistungsaustausch als faktisch interne Leistungserbringung des öffentlichen Auftraggebers einzuordnen und als Inhouse-Gestaltung nicht ausschreibungspflichtig, wenn an der zu beauftragenden Unternehmung **kein privates Kapital** beteiligt war, die vergebende Stelle die zu beauftragende Stelle "wie eine eigenen Dienststelle **beherrschte**" und die **wirtschaftliche Betätigung** der zu beauftragenden Einheit sich "**im Wesentlichen** auf die **Tätigkeit für die Gesellschafter**" beschränkte.[1]

Das in § 108 Abs. 3 Nr. 1 GWB genannte Tatbestandsmerkmal ist nahezu deckungsgleich mit dem Tatbestandsmerkmal der Beherrschung. Dementsprechend kann die hierzu ergangene Rechtsprechung herangezogen werden.

Eine **Beherrschung (Kontrolle) wie über eine eigene Dienststelle** kann danach angenommen werden, wenn der öffentliche Auftraggeber die beauftragte Einrichtung in einer Weise beeinflussen kann, dass letztere keinen eigenständigen Willen entfaltet und der ständigen Durchgriffsmöglichkeit der Gesellschafter bezüglich aller wesentlichen Geschäftsvorfällen ausgesetzt ist. Sicherzustellen ist gem. § 108 Abs. 2 GWB, der die Rechtsprechung des EuGH wiederspiegelt, dass die auftragserteilenden Vergabestellen sowohl auf die **strategischen Ziele** als auch auf die **wichtigen Entscheidungen** ausschlaggebenden Einfluss nehmen können.[2]
Zu bewerten sind die satzungsrechtlichen Befugnisse und die tatsächliche Unternehmenstätigkeit, insbesondere die Entscheidungsbefugnisse der

---

[1] Vgl. EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/99 (Teckal), Slg. 1999, I-8121, Nr. 50 ff; EuGH, Urt. v. 21.07.2005, Rs. C-231/03 (CoNaMe), Slg. 2005, I-7287; EuGH, Urt. v. 11.05.2006, Rs. C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Nr. 59 ff; EuGH, Urt. v. 17.07.2008, Rs. C-371/05 (Mantua), Slg. 2008, I-110; EuGH, Urt.v. 13.11.2008, Rs. C-324/07 (Coditel), Slg. 2008, I-8457, Nr. 26 ff.

[2] Vgl. EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03 (Parking Brixen); vgl. Gurlit in: Beck`scher Vergaberechtskommentar, 2017 § 108 GWB, Rz. 8 m.w.N.; Frenz in: Willenbruch/Wieddekind, GWB, § 108 GWB, Rz. 13 und 20 f.; Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage, 2018, § 108 Rz. 12.

Unternehmensleitung und die Ausrichtung der Unternehmung aufgrund des Gesellschaftszwecks.

Aufgrund des Gesellschaftsvertrages, der mit dem Genossenschaftsverband abgestimmt ist, können die Mitglieder jederzeit Weisungen an den Vorstand erteilen. Konkret verankert ist dies in § 10 des Gesellschaftsvertrages „Rechte der Mitglieder". Danach hat jedes Mitglied das Recht, nach Maßgabe des Genossenschaftsgesetzes und der Satzung die Leistungen der Genossenschaft in Anspruch zu nehmen und an der Gestaltung der Genossenschaft mitzuwirken. Es hat insbesondere das Recht,

a) an der Generalversammlung an ihren Beratungen, Abstimmungen und Wahlen teilzunehmen und dort Auskünfte über Angelegenheiten der Genossenschaft zu verlangen;

b) Anträge für die Tagesordnung der Generalversammlung einzureichen; hierzu bedarf es der Unterstützung mindestens eines zehnten Teils der Mitglieder gemäß § 27 Abs. 4 der Satzung;

c) bei Anträgen auf Einberufung außerordentlicher Generalversammlungen mitzuwirken;

d) dem Vorstand im Einvernehmen mit der Mehrheit der Mitglieder generell oder im Einzelfall Weisungen hinsichtlich der Art und Weise der Geschäftsführung zu erteilen; das Einvernehmen ist schriftlich zu erteilen;

e) soweit es sich um Angelegenheiten handelt, die ausschließlich die Abwicklung eines mit der Genossenschaft geschlossenen Dienstvertrages eines Mitglieds betreffen, abweichend von Ziffer 1 dem Vorstand im Rahmen der Ausübung seiner Mitgliedsrechte jederzeit auch außerhalb von Generalversammlungen Weisungen im Hinblick auf die Erledigung der Dienstvertragspflichten zu erteilen. Die Weisungen müssen schriftlich gegenüber dem Vorstand erfolgen und sind dem/den anderen Mitgliedern unverzüglich mitzuteilen. Verstoßen Weisungen gegen die in diesem Vertrag niedergelegten Regelungen oder führen sie zu einem nicht durch den Leistungsumfang des jeweiligen Dienstvertrags abgedeckten finanziellen Mehraufwand bei der Genossenschaft, so ist der daraus resultierende Schaden oder Mehraufwand von dem Mitglied, das die Weisung erteilt hat, der Genossenschaft zu erstatten.

...".

Auf diese Weise ist sichergestellt, dass jedes Mitglied zusammen mit den übrigen Mitglieder nach Maßgabe des § 108 Abs. 5 GWB auf den Vorstand einwirken kann, da alle öffentlichen Auftraggeber gemeinsam ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen haben. Diese Satzungsfassung ist abgestimmt mit dem Genossenschaftsverband und von diesem genehmigt worden.

Die gemeinsame Willensbildung der Gesellschafter genügte schon nach der früheren Rechtsprechung des EuGH zur gemeinsamen Beherrschung.[3] Daran hat sich durch die Normierung des § 108 GWB nichts geändert.

[3] Vgl. Ziekow in: Ziekow/Völlink, § 108 Rz. 61 ff. m.w.N.

In der Literatur wird im Fall einer Minderheitsbeteiligung diskutiert, ob eine bestimmte Beteiligungshöhe bzw. besondere gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmöglichkeiten vorliegen müssen.[4] Diese Meinung entbehrt jeglicher Grundlage. Die herrschende Meinung und insbesondere auch die Kommentarliteratur, auf die sich diese Mindermeinung beruft, besagt, dass eine gemeinsame Kontrolle der Mehr- und Minderheitsgesellschafter eine Einflussmöglichkeit auch der Minderheitsgesellschafter voraussetzt.[5]

Innerhalb der KITU besitzt jedes Mitglied über eine Stimme und kann über die in der Satzung verankerten Rechte Einfluss auf die Willensbildung nehmen.

Das Tatbestandsmerkmal liegt somit vor.

Ad (2) Tätigkeitskriterium

Das Tätigkeitskriterium ist in dem nun kodifizierten Unionsrecht, das durch den deutschen Gesetzgeber nahezu wörtlich umgesetzt wurde, deutlich anders als in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ausgestaltet.

Nach der bisherigen Rechtsprechung war davon auszugehen, dass entscheidend ist, dass das Unternehmen im Wesentlichen für den kontrollierenden Auftraggeber tätig wird. Ein Umsatz, der mit Dritten erzielt wurde, wurde aufgrund der Rechtsprechung des EuGH dem öffentlichen Auftraggeber nur dann zugerechnet, wenn dieser Umsatz **auf die Vergabeentscheidung** des öffentlichen Auftraggebers zurück zu führen war.[6]

Während nach der Rechtsprechung des EuGH allein maßgeblich die Ausübung der Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber war, ist gem. § 108 Abs. 1 GWB erforderlich, dass

- mehr als 80 % der Tätigkeiten
- der **Ausführung von Aufgaben** dient, **mit denen** die juristische Person, die beauftragt wird, **von dem öffentlichen Auftraggeber** oder von einer anderen nicht juristischen Person, die von diesem wiederum kontrolliert wird, **betraut** wurde.

Der Aufgabenbereich der KITU ist durch den Aufgabenbereich ihrer Mitglieder charakterisiert. Die KITU hat mit allen Mitgliedern Rahmenverträge abgeschlossen, aus denen sich jeweils der Umfang der Leistungen ergibt, in dem die KITU für ihre Mitglieder tätig wird.

KITU wird zu weit mehr als 80 % für ihre Mitglieder tätig, so dass die wesentliche Tätigkeit für die Gesellschafter (=Mitglieder) der KITU erbracht wird.

---

[4] Vgl. Rechtsgutachten WMRC aus September 2018 im Auftrag des Landesverwaltungsamtes: „Eine gemeinsame Einflussnahme ist in den Fällen zweifelhaft, in denen durch Dominanz eines Mehrheitsgesellschafters die anderen Gesellschafter auch gemeinsam keinerlei Einfluss ausüben können."

[5] Vgl. Müller/Wrede, § 108 GWB, Rz. 62 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.01.2013, VII-Verg 56/12.

[6] Vgl. EuGH, Urt. v. 11.05.2006, Rs. C-340/04 (Carbothermo), Slg. 2006, I-4137, Nr. 66 f.

Ad (3) Keine direkte private Kapitalbeteiligung

Wie auch bisher nach der Rechtsprechung des EuGH darf auch künftig keine direkte private Kapitalbeteiligung an der beherrschten Unternehmung existieren. Die gesetzlichen Ausnahmeregelungen bedürfen keine Vertiefung, da erkennbar kein Ausnahmetatbestand in Betracht kommt.

Beherrschte Unternehmung aus Sicht der Mitglieder ist die KITU. Die Voraussetzungen der Mitgliedschaft sind in dem Gesellschaftsvertrag der KITU normiert. Voraussetzung ist unter anderem, dass kein privatrechtliches Kapital an der Rechtseinheit, die sich als Mitglied beteiligt, beteiligt ist. Dies wird in jedem Einzelfall geprüft und ist somit sicher gestellt.

Ad (4) Zwischenergebnis

Es besteht somit eine ausschreibungsfreie Leistungsbeziehung zwischen der KITU und ihren Mitgliedern.

II. Zur Leistungsbeziehung zwischen der KITU und der KID

Die Tatbestandsmerkmale, die für eine ausschreibungsfreie Leistungsbeziehung zwischen der KITU und der KID gem. § 108 Abs. 4 GWB erforderlich sind, sind unter I. dargestellt.

Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich daher auf die Prüfung der konkreten Voraussetzungen:

Ad (1) Kontrollkriterium

Wie oben dargestellt stellen sich die Anteilsverhältnisse an der KID so dar, dass die KITU 1% und die Landeshauptstadt Magdeburg 99% der Gesellschaftsanteile hält.

Die Beherrschung ist durch das unbeschränkte Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung und die Zustimmungspflichten an sämtliche Rechtsgeschäfte, die der Aufsichtsrat als besonders bedeutsam ansieht, sichergestellt.[7] Die Geschäftsführung ist daran gem. § 8 des Gesellschaftsvertrags gebunden.

Gesellschafter der KID sind die Landeshauptstadt Magdeburg und die KITU. Beide Gesellschafter steuern und kontrollieren die Geschäftsführung. Auch die KITU allein kann den Willensbildungsprozess maßgeblich beeinflussen:

Die Geschäftsführung der KID ist explizit durch § 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages auch an die Beschlüsse des Aufsichtsrats und an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden. Mitglied der Gesellschafterversammlung ist auch die Genossenschaft, Mitglied des Aufsichtsrats als Steuerungsgremium ist auch ein Genossenschaftsmitglied. Gemäß § 9 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages hat jedes Aufsichtsratsmitglied die Möglichkeit, eine Sitzung unter Angabe von Beschlussgegenständen einzuberufen. Die Beschlussfähigkeit ist im Fall einer fruchtlosen Einladung nicht abhängig von der Anwesenheit der Mehrheit der Mitglieder,

[7] Vgl. Ziekow in: Ziekow/Völlink, § 108 Rz. 24 m.w.N.

sodass letztlich jedes Aufsichtsratsmitglied - mithin also auch die KITU - eine Beschlussfassung über Beschlussthemen herbeiführen kann.

Die gemeinsame Willensbildung der Gesellschafter genügte schon nach der früheren Rechtsprechung des EuGH zur gemeinsamen Beherrschung.[8] Daran hat sich durch die Normierung des § 108 GWB nichts geändert.

Wie oben dargestellt, wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass im Fall einer Minderheitsbeteiligung besondere gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmöglichkeiten vorliegen müssen.[9] Diese Meinung entbehrt jeglicher Grundlage. Die herrschende Meinung und insbesondere auch die Kommentarliteratur, auf die sich diese Mindermeinung beruft, besagt, dass eine gemeinsame Kontrolle der Mehr- und Minderheitsgesellschafter eine Einflussmöglichkeit auch der Minderheitsgesellschafter voraussetzt.[10]

Wie ausgeführt, ist die KITU durchaus in der Lage, auf den Willensbildungsprozess innerhalb der KID einzuwirken, was etwa auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass der Kreis der Mitglieder der KITU seit ihrer Gründung erheblich ausgeweitet werden konnte. Aktuell sind 57 Städte, Gemeinden und Verbandsgemeinden sowie 8 Landkreise, 4 Verbände bzw. Zweckverbände, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, ein eingetragener Verein und zwei Stiftung mit öffentlichem Kapital Mitglied der KITU. Entsprechend den Jahresabschlüssen der KID wird mit den Mitgliedern der KITU ein erheblicher Umsatz erzielt. Die Mitglieder der KITU prägen die Geschäftstätigkeit der KID somit wesentlich.

Der EuGH hat zudem in einem Beschluss vom 18. Juni 2020[11] klargestellt, dass eine Beherrschung auch ohne jede Kapitelbeteiligung vorliegen kann und dazu ein Kooperationsvertrag ohne Vetorechte und direkte Steuerungsmöglichkeiten der beherrschenden Rechtseinheiten genügen. In dieser Entscheidung stellte der EuGH klar, dass bereits die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an einer beherrschten Unternehmung die gemeinsame Beherrschung indiziert[12], eine Kapitalbeteiligung jedoch nicht zwingend erforderlich ist:

„Zwar ist der Rückgriff auf eine In-House-Vergabe vom Gerichtshof bisher nur in Fällen zugelassen worden, in denen der Auftragnehmer ganz oder teilweise im Eigentum des öffentlichen Auftraggebers stand, daraus ist jedoch nicht der Schluss zu ziehen, dass es einem öffentlichen Auftraggeber, im vorliegenden Fall der verantwortlichen Gemeinde, im Rahmen eines Instruments wie dem Modell der „verantwortlichen Gemeinde" im Sinne der finnischen Rechtsvorschriften unmöglich ist, sich einer In-House-Vergabe zu bedienen, um dem Bedarf der öffentlichen Auftraggeber nachzukommen, mit denen er einen Vertrag auf der Grundlage dieses Modells geschlossen hat, nur weil die anderen Gemeinden, die Parteien dieses Vertrags sind, keine Anteile am Kapital der In-House-Einrichtung halten. Das Kriterium der Beteiligung am Kapital kann nämlich nicht das einzige Mittel sein, um diesen Zweck zu erreichen, da die Kontrolle, die der Kontrolle entspricht, die ein öffentlicher Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen ausübt, anders zum Ausdruck kommen kann als durch einen kapitalbezogenen Ansatz."[13]

Der EuGH hatte in diesem Beschluss über einen Sachverhalt zu entscheiden, in der verschiedene Kommunen eine Kommune mit der Übertragung von Aufgaben im Verkehrsbereich beauftragt haben und diese Aufgaben übertrugen. Hierzu wurde ein

---

[8] Vgl. Ziekow in: Ziekow/Völlink, § 108 Rz. 61 ff. m.w.N.

[9] Vgl. Rechtsgutachten WMRC aus September 2018 im Auftrag des Landesverwaltungsamtes: „Eine gemeinsame Einflussnahme ist in den Fällen zweifelhaft, in denen durch Dominanz eines Mehrheitsgesellschafters die anderen Gesellschafter auch gemeinsam keinerlei Einfluss ausüben können."

[10] Vgl. Müller/Wrede, § 108 GWB, Rz. 62 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.01.2013, VII-Verg 56/12.

[11] EuGH, Beschl. v. 18.6.2020, Rs.: C-328/19 (Porin), Nr. 68.

[12] EuGH, Beschl. v. 18.6.2020, Rs.: C-328/19 (Porin), Nr. 67.

[13] EuGH, Beschl. v. 18.6.2020, Rs.: C-328/19 (Porin), Nr. 68.

Ausschuss begründet, in der alle Mitglieder jeweils ein Mitglied entsandten und innerhalb eines Kooperationsvertrages die Möglichkeit besaßen, Vorschläge zu den Zielen und der Finanzierung der Kooperation einzubringen. **Es existierten weder Veto-Rechte noch besondere Beherrschungsinstrumente.**

Da die Aufgaben einer Kommune übertragen wurden, lag auch naturgemäß keine gesellschaftliche Beteiligung der übrigen Kommune an der beauftragten Kommune vor.

In diesem Fall entschied der EuGH, dass die Regelungen über die Abstimmung des Bedarfes hinreichend für eine gemeinsame Beherrschung sind und eine Kapitalbeteiligung nicht erforderlich ist, um eine gemeinsame Beherrschung sicherzustellen.

Die KITU ist gesellschaftsrechtlich an der KID beteiligt und verfügt über gesellschaftsrecht gesicherte Einflussmöglichkeiten, die eine gemeinsame Beherrschung mit der Landeshauptstadt Magdeburg sicherstellen. Das Tatbestandsmerkmal liegt somit vor.

Ad (2) Tätigkeitskriterium

Die KID hat mit der KITU und der Landeshauptstadt Magdeburg Rahmenverträge abgeschlossen, aus denen sich jeweils der Umfang der Leistungen ergibt, in dem die KID tätig wird.

Die KID wird zu weit mehr als 80 % für ihre Gesellschafter tätig, so dass die wesentliche Tätigkeit für die Gesellschafter (=Mitglieder) der KID erbracht werden.

Ad (3) Keine direkte private Kapitalbeteiligung

Eine Beteiligung privaten Kapitals an der KID besteht nicht.

Ad (4) Zwischenergebnis

Es besteht somit eine ausschreibungsfreie Leistungsbeziehung zwischen der KID und der KITU.

III. Geltende Anforderungen an Beschaffungsprozesse im Förderbereich

Die Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen aus dem DigitalPakt Schule (DigitalPakt-Richtlinie) enthält folgende Regelungen, die explizit auf das geltende nationale und unionsrechtliche Vergaberecht verweisen:

„6. Festlegungen zum Verfahren
6.1 Für die Bewilligung, Auszahlung und Abrechnung der Zuwendung sowie für den Nachweis und die Prüfung der Verwendung und die gegebenenfalls erforderliche Aufhebung des Zuwendungsbescheides und die Rückforderung der gewährten Zuwendung gelten die W und die W-Gk zu § 44 LHO, soweit nicht in dieser Richtlinie Abweichungen zugelassen worden sind.
Abweichend von Nummer 3 der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P, Anlage 2 zur W Nr. 5.1 zu § 44 LHO) sind die Träger von anerkannten Ersatzschulen (freie Träger) verpflichtet, ***die einschlägigen Vergabevorschriften für öffentliche Auftraggeber aufgrund von Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkun***

gen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.6.2013 *(BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 12.7.2018 (BGBl. I S. 1151), und der Vergabeverordnung vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 10.7.2018 (BGBl. IS. 1117), sowie des Landesvergabegesetzes vom 19.11.2012 (GVBl. LSA S. 536), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.10.2015 (GVBl. LSA S. 562), oder anderer Rechtsvorschriften einzuhalten."*

Aus vorgenannten Regelungen ergeben sich keine Anforderungen oder Vorgaben für den Beschaffungsprozess als solchen. Ganz im Gegenteil werden auch die Aufgabenträger, die nicht öffentlicher Auftraggeber sind, an das Vergaberecht gebunden.

Es gelten somit die allgemeinen haushaltsrechtlichen Vorgaben aufgrund der §§ 23 und 44 der Landeshaushaltsordnung des Landes Sachsen-Anhalt (LHO) und der hierzu ergangenen Verwaltungsvorschriften. Die Verwaltungsvorschriften zu Nr. 5.1. zu § 44 LHO verweisen auf die Anlagen 1 und 2 und nehmen explizit Bezug auf die Vergabevorschriften und insbesondere auch auf die Ausnahmevorschriften, zu denen auch die Inhouse-Vergabe gem. § 108 Abs. 1 bis 5 GWB gehören.

Sie lauten auszugsweise:

„3. Vergabe von Aufträgen

3.1 Der Zuwendungsempfänger hat Aufträge nach wirtschaftlichen und wettbewerblichen Gesichtspunkten an leistungsfähige Anbieter zu vergeben. Die Bewilligungsbehörde ist berechtigt, Vergabeprüfungen durchzuführen.

3.2 Bei Aufträgen mit einem voraussichtlichen Auftragswert über 100 000 Euro je Los ohne Umsatzsteuer und gleichzeitiger überwiegender Förderung der zuwendungsfähigen Ausgaben durch Zuwendungen der öffentlichen Hand (einschließlich Bund, EU), sind folgende Vorschriften zu beachten:

3.2.1 bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A),

3.2.2 bei der Vergabe von Aufträgen für Lieferungen und Dienstleistungen die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A, Abschnitt 1),

3.2.3 Rechtsvorschriften und Runderlasse über Ausnahmeregelungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

3.3 Bei Aufträgen, die nicht die Voraussetzungen nach Nr. 3.2 erfüllen, sind ab einem voraussichtlichen Auftragswert von 5 000 Euro je Los ohne Umsatzsteuer mehrere – grundsätzlich mindestens drei – Anbieter zur Angebotsabgabe aufzufordern. Dies gilt nicht bei Aufträgen für Leistungen im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit, sofern eine Vergütung nach den einschlägigen sich aus Rechtsvorschriften ergebenden Gebühren- oder Honorarordnungen erfolgt.

3.4 Verpflichtungen des Zuwendungsempfängers auf Grund des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV) sowie des Landesvergabegesetzes (LVG LSA) oder anderer Rechtsvorschriften, die einschlägigen Vergabevorschriften für öffentliche Auftraggeber oder andere Vergabebestimmungen anzuwenden, bleiben unberührt."

Daraus ergeben sich keine besonderen und von Vergaberecht abweichenden Regelungen, ganz im Gegenteil nimmt die DigitalPakt-Richtlinie Bezug auf die Vergaberichtlinien und Vorschriften.

Identisch ist die Rechtslage in der Europäischen Union ausgestaltet, die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Festsetzung von Finanzkorrekturen, die bei Verstößen gegen die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge auf von der EU im Rahmen der geteilten Mittelverwaltung finanzierte Ausgaben anzuwenden sind, basieren auf den unionsrechtlichen Vergabekoordinierungsrichtlinien.

Hannover, den 11. März 2021
Dr. Alexandra Lösch
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht