

# **Memorandum**

**Leistungsbeziehungen und Ausschreibungspflichten**

**im Verhältnis**

**der Mitglieder der Kommunalen IT-Union eG (KITU) zur KITU**

**und**

**der KITU zur KID Magdeburg GmbH (KID).**

**Auftraggeber:**

**KID Magdeburg GmbH  
Alter Markt 15  
39104 Magdeburg**

## I.

### **Aufgabenstellung und Hintergrund**

Die KITU und die KID sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und darauf ausgerichtet, die öffentlichen Aufgaben und die kommunale Verwaltungsorganisation im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie für Kommunen, Landkreise und sonstige Gebietskörperschaften sowie deren Einrichtungen in Sachsen-Anhalt sicherzustellen.

#### 1. Die Genossenschaft KITU

Zweck der KITU ist die umfassende Unterstützung ihrer Mitglieder zur wirtschaftlichen Versorgung mit IT-Dienstleistungen und IT-Lieferungen und dadurch die Förderung der durch die Mitglieder verfolgten öffentlichen Zwecke durch einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb. Gegenstand des Unternehmens ist die Erfassung und Strukturierung des Bedarfs der Mitglieder einschließlich des gemeinsamen Einkaufs der erforderlichen Lieferungen und Leistungen, die Beratung der Mitglieder zur wirtschaftlichen Optimierung der Nachfrage, soweit dies gewünscht ist und die Bereitstellung von IT-Diensten einschließlich der Erbringung informationstechnischer und beratender Dienstleistungen für Mitglieder zur Deckung des festgestellten Bedarfs der Mitglieder über die Dienstleistungsgesellschaft KID.

Die KITU erzielt zu einem Anteil von 95 % Umsätze mit ihren Gesellschaftern.

In der Satzung der KITU ist geregelt, dass der Vorstand die Geschäftsführung innerhalb des durch die Gesellschafterversammlung vorgegebenen Rahmens vorzunehmen hat. Die Gesellschafter können aufgrund der in der Satzung geregelten Rechte zusammen mit den übrigen Gesellschaftern sämtliche grundlegenden geschäftspolitischen Entscheidungen treffen.

## 2. Die KID Magdeburg GmbH

Gegenstand des Unternehmens der KID ist die Erbringung informationstechnischer und beratender Dienstleistungen aller Art für die Landeshauptstadt Magdeburg und für ihre Mitgesellschafter, für sonstige kommunale Verwaltungen und kommunale Unternehmen des Landes Sachsen-Anhalt sowie vorübergehend für weitere Interessenten aus Wirtschaft und Verwaltung zur Ausschöpfung vorhandener Kapazitäten sowie der Betrieb und die Überwachung des bestehenden Übertragungsnetzes der Verwaltung und der Datenkommunikationsanlagen für die Stadtverwaltung der Landeshauptstadt Magdeburg.

Anteilseigner der KID sind die Landeshauptstadt Magdeburg zu 99% und die KITU zu 1 %. Die KID erzielt einen Umsatz von rund EUR 9 Mio. Davon entfällt ein Umsatz in Höhe von 81 % auf die Stadt Magdeburg, in Höhe von 10 % auf die KITU und ein Umsatz in Höhe von 9% auf Kunden außerhalb des Gesellschafterkreises.

In der Satzung der KID sind umfassende Zustimmungserfordernisse der Gesellschafterversammlung im Hinblick auf die Geschäftsführung vorgesehen.

Gegenstand dieses Rechtsgutachtens ist die Prüfung der Frage, ob die Leistungsbeziehungen zwischen den Mitgliedskommunen zur KITU und von der KITU zur KID vergaberechtlich als ausschreibungsfreie Inhouse-Situation eingestuft werden kann.

## II.

### **Ausschreibungspflichten und Ausnahmen**

Ausschreibungspflichtig sind grundsätzlich öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Ausschreibungsfrei sind insbesondere Leistungsbeziehung die auf Basis einer bestehenden Inhouse-Struktur erfolgen.

Nach der insoweit maßgeblichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist ein Leistungsaustausch nicht ausschreibungspflichtig, wenn an der zu beauftragenden Unternehmung kein privates Kapital beteiligt ist, die vergebende Stelle die zu beauftragende Stelle "wie eine eigenen Dienststelle beherrscht" und die wirtschaftliche Betätigung der zu beauftragenden Einheit sich "im Wesentlichen auf die Tätigkeit für die Gesellschafter" beschränkt.<sup>1</sup>

#### 1. Keine Beteiligung privaten Kapitals

Eine In-House-Vergabe ist nach der Rechtsprechung des EuGH ausgeschlossen, wenn privatrechtliches Kapital an der zu beauftragenden Unternehmung beteiligt ist.<sup>2</sup> Jede noch so geringe private Anteilseigenschaft schließt zumindest nach aktueller Rechtsprechung eine Direktvergabe an das betreffende Unternehmen aus.<sup>3</sup>

Privates Kapital ist weder an der KITU noch an der KID beteiligt. Vielmehr ist in den Satzungen beider Unternehmen die Beteiligung privaten Kapitals ausdrücklich ausgeschlossen.

Eine Beteiligung privatrechtlichen Kapitals liegt nicht bereits aus dem Grund vor, da es sich bei der KID um eine Unternehmung in privatrechtlicher Rechtsform handelt. Maßgeblich ist nach der Rechtsprechung des EuGH und auch der nationalen Spruchkörper, ob an einer Unternehmung privatrechtliches Kapital als Anteilseigner beteiligt ist. Der EuGH hat sich in zahlreichen Entscheidungen mit Konstellationen von Einzelbeziehungen auseinandergesetzt, die jeweils auch privatrechtliche Rechtsformen hatten. Der EuGH hat stets darauf abgestellt, ob sich an der jeweiligen Einheit privatrechtliches Vermögen beteiligte und ob die weiteren Voraussetzungen der Inhouse-Vergabe vorlagen.<sup>4</sup> Die Rechtsform einer Unternehmung spielte demgegenüber keine Rolle.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 11.01.2005, Rs.: C-26/03 (Halle), Slg. 2005, I-1, Nr. 49 ff.; BGH, Urt. v. 03.07.2008 - I ZR 145/05.

<sup>3</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 11.01.2005, Rs.: C-26/03 (Halle), Slg. 2005, I-1, Nr. 49; EuGH, Urt. v. 06.04.2006, Rs. C-410/04 (ANAV/di Bari), Slg. 2006, I-3303, Nr. 27 ff.

<sup>4</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 10.09.2009 - Rs.: C-573/07 (Sea), Nr. 45; EuGH, Urt. v. 11.05.2006, Rs. C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Nr. 46 ff.; vgl. SA der Generalanwältin Trstenjak vom 4. Juni 2008 zur Rs.: C-324/07, Slg. 2008-I-0000, Nr. 30 ff;

Der EuGH betonte die Irrelevanz der Rechtsform, in der öffentlichrechtliche Anteilseigner tätig werden, im Hinblick auf Ausschreibungspflichten auch explizit in der Entscheidung vom 9. Juni 2009 - Rs.: C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Nr. 47.

Das OLG Düsseldorf hat dies in seiner Rechtsprechung aufgegriffen und festgehalten, dass eine privatrechtliche Rechtsform einer Unternehmung, die selbst ausschließlich aus öffentlichen Anteilseignern besteht, mit anderen öffentlichrechtlichen Gesellschaftern eine andere Unternehmung steuert, einer Inhouse-Struktur nicht entgegensteht.<sup>5</sup>

## 2. Zum Beherrschungsmerkmal

In den letzten Jahren hat sich die Rechtsprechung intensiv mit der Ausdifferenzierung des **Beherrschungsmerkmals** („Kontrollkriterium“) befasst. Der aktuelle Stand lässt sich dahin zusammenfassen, dass eine unmittelbare und jederzeitige Eingriffsmöglichkeit gegeben sein muss und die erforderliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle nicht notwendigerweise individuell durch jede beteiligte öffentliche Stelle ausgeübt werden muss. Es reicht vielmehr aus, dass diese Kontrolle gemeinsam ausgeübt wird.<sup>6</sup>

Eine Beherrschung (**Kontrolle**) **wie über eine eigene Dienststelle** wird in der Rechtsprechung angenommen, wenn die vergebene Stelle die Einrichtung in einer Weise beeinflussen kann, dass letztere keinen eigenständigen Willen entfaltet und der ständigen Durchgriffsmöglichkeit der Gesellschafter bezüglich aller wesentlichen Geschäftsvorfällen ausgesetzt ist. Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH<sup>7</sup> muss gewährleistet sein, dass die auftragserteilende Vergabestelle sowohl auf die **strategischen Ziele** als auch auf die **wichtigen Entscheidungen** ausschlaggebenden Einfluss nehmen kann.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.07.2011 - Verg 20/11.

<sup>6</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/99 (Teckal), Slg. 1999 I-8121, Nr. 50 f.; 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 Brabant), Slg. 2008, I-8457, Nr. 46 ff.; EuGH, Urt. v. 10.09.2009, Rs.: C-573/07 (Sea), Slg. 2009, I-8127, Nr. 58 ff.

<sup>7</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03 (Parking Brixen).

<sup>8</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03 (Parking Brixen), Nr. 65.

Zu bewerten sind die satzungsrechtlichen Befugnisse und die tatsächliche Unternehmenstätigkeit, insbesondere die Entscheidungsbefugnisse der Unternehmensleitung, die Ausrichtung der Unternehmung aufgrund des Gesellschaftszwecks und die geographische Ausdehnung der Geschäftstätigkeit.<sup>9</sup>

Der EuGH hat in verschiedenen Entscheidungen und zuletzt in einer Entscheidung vom 29. Dezember 2012 klargestellt, dass die Beherrschung zusammen mit anderen Anteilseignern genügt, jedoch sicherzustellen ist, dass jeder Gesellschafter auch zur Kontrolle der beauftragten Unternehmung beitragen kann.<sup>10</sup> In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt wurde eine kommunale Unternehmung mit Leistungen beauftragt, deren Aktienmehrheit von 173.467 Aktien von einer Hauptgesellschafterin gehalten wurde. Die übrigen 318 Aktien verteilten sich auf 36 Gemeinden, die jeweils zwischen 1 und 19 Aktien hielten. Die Streitfrage lautete, ob eine Kommune mit einer Aktie die Unternehmung im Sinn der Inhouse-Rechtsprechung beherrschte. Der EuGH bejahte dies unter der Voraussetzung, dass die Beherrschung zusammen mit den übrigen öffentlichen Anteilseignern durch die Satzung sichergestellt war. Er betonte, dass ein individuelles Kontrollrecht nicht bestehen muss.<sup>11</sup>

In dem Verhältnis der Mitgliedskommunen zur KITU ist durch die Genossenschaftssatzung ein jederzeitiges Weisungsrecht über wesentliche Geschäftsentscheidungen zusammen mit den übrigen Gesellschaftern verankert und so das Beherrschungskriterium sichergestellt.

Entsprechendes gilt im Verhältnis der KITU zur KID. Die KITU beherrscht zusammen mit der Landeshauptstadt Magdeburg die KID und kann aufgrund der in dem Gesellschaftsvertrag der KID jederzeit auf die entscheidenden Geschäftsentscheidungen Einfluss nehmen.

Somit ist auf beiden Ebenen das Beherrschungskriterium umgesetzt. Auch ist die Erfüllung des dritten Kriteriums entsprechend den Auskünften der KID und der KITU vom 3. Juli 2013 sichergestellt:

---

<sup>9</sup> Vgl. SA der GA Stix-Hackl v. 12.01.2006 zur Rs.: C-430/04, Anm. 60.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 19.04.2007, C- 295/05 (Asemfo), Slg. 2007, I-2999, Nr. 13 f. und 55 f.; EuGH, Urt. v. 13.11.2008, Rs.: C-324/07 (Coditel Brabant), Slg. 2008, I-8457, Nr. 53; EuGH, Urt. v. 10.09.2009, Rs. C-573/07 (Sea), Nr. 54 ff.; EuGH, Urt. v. 29.11.2012, C-182/11 und C-183/11, Nr. 32 f.

<sup>11</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 29.11.2012, C-182/11 und C-183/11, Nr. 11 bzw. 30 f.

### 3. Zum Wesentlichkeitskriterium

Dieses Tatbestandsmerkmals stellt sicher, dass das Vergaberecht anwendbar bleibt, wenn ein von einer oder mehreren Körperschaften kontrolliertes Unternehmen in relevanter Weise auf dem Markt tätig ist und mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann<sup>12</sup>.

Der EuGH hat hervorgehoben, dass „das Unternehmen hauptsächlich für die betreffende Körperschaft tätig und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich“<sup>13</sup> sein muss. Er verlangt, dass die tatsächliche Tätigkeit des betreffenden Unternehmens in quantitativer und qualitativer Hinsicht einer wertenden Gesamtbetrachtung zu unterziehen ist.<sup>14</sup>

Auszugehen ist von einer noch zulässigen Größenordnung des Drittumsatzes in Höhe von 10 %: In der Rs. „Asemfo/Tragsa“ vom 19.04.2007<sup>15</sup> hat es der EuGH nicht beanstandet, dass das für den Auftrag vorgesehene Unternehmen insgesamt (nur) 90 % seiner Tätigkeiten für den es kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber verrichtet hat und damit einen Drittumsatz von 10 % als unschädlich angesehen. Demgegenüber geht das OLG Celle davon aus, dass ein die vergaberechtlich zulässige Schwelle überschreitender Drittumsatz bereits bei einem Prozentanteil von 7,5 % vorliegt.<sup>16</sup> Aufgrund der Zuständigkeit des OLG Naumburg als Vergabesenat im Streitfall unterstellen wir einen maximalen Drittumsatz von 10 %. Die aktuellen Entwürfe der neuen Vergabekoodinierungsrichtlinien gehen insoweit weiter und erlauben einen Drittumsatz von 20%, diese sind jedoch nicht wirksam und daher aktuell irrelevant.

Als **Zwischenergebnis** ist somit festzuhalten, dass eine In-House-Gestaltung im Bereich der klassischen Auftraggeber derzeit einen maximalen Drittumsatz in Höhe von 10 % - voraussetzt.

Entsprechend der Auskünfte der KITU und der KID ist diese Tatbestandsvoraussetzung bei der KITU wie bei der KID gleichermaßen erfüllt.

---

<sup>12</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 11.05.2006 – Rs. C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Nr. 60.

<sup>13</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 11.05.2006 – Rs. C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Nr. 63.

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 11.05.2006 – Rs. C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Nr. 64.

<sup>15</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 19.04.2007, Rs. C-295/05 (Asemfo/Tragsa), Slg. 2007, I-2999, Nr. 63.

<sup>16</sup> Vgl. OLG Celle, Urt. v. 14.09.2006 - 13 Verg 2/06, VergabeR 2007, 79 ff, dazu auch BGH, Urteil vom 03.07.2008 - I ZR 145/05.

Im Ergebnis ist somit die Inhouse-Struktur sowohl im Verhältnis der Mitgliedsgemeinschaften zur KITU als auch im Verhältnis zwischen der KITU und der KID sichergestellt. In beiden Ebenen werden die jeweiligen Unternehmen KITU/KID im Wesentlichen nur für ihre Gesellschafter tätig, durch die Satzungen ist eine entsprechende Beherrschung sichergestellt.

Hannover, den 4. Juli 2013

Dr. Alexandra Losch

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.