

HüttenbrinkPartner Rechtsanwälte mbB · Piusallee 20-22 · 48147 Münster



ITEBO GmbH
z. H. Herrn Ingo Bardischewski
Dielingerstraße 39/40

49074 Osnabrück

Norbert Burke

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Dr. Marcus Schiller

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

Dr. Daniel Weber

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Florian Bleyer

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht

Ellen Goebeler

Rechtsanwältin

Dr. Nora Schneider

Rechtsanwältin

Datum
28.07.2020

Aktenzeichen
556/18 B01
D6/299-20

Sekretariat Norbert Burke
Ricarda Stutzke · Durchwahl -15
stutzke@huettenbrink.com

Piusallee 20-22 · 48147 Münster
Telefon: 02 51 – 85 714-0
Telefax: 02 51 – 85 714 -29
rae@huettenbrink.com
www.huettenbrink.com

ITEBO GmbH Neustrukturierung der Gesellschaft

Sehr geehrter Herr Bardischewski,

in oben genannter Angelegenheit hatten Sie uns vor dem Hintergrund der nunmehr abgeschlossenen Gründung der ITEBO Einkaufs- und Dienstleistungsgenossenschaft e.G. gebeten, zu folgender Frage Stellung zu nehmen:

I. Fragestellung

Fällt eine Zusammenarbeit zwischen der ITEBO GmbH und der Genossenschaft bzw. eine Zusammenarbeit von einzelnen Mitgliedern der Genossenschaft mit der ITEBO GmbH unter den Ausnahmetatbestand des § 108 GWB?

II. Antwort

Wir beantworten die Frage wie folgt:

Auf Grundlage der beschlossenen Gründungssatzung der ITEBO Einkaufs- und Dienstleistungsgenossenschaft e.G. ist u.E. eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit zwischen der ITEBO GmbH und der Genossenschaft bzw. zwischen der ITEBO GmbH und einzelnen Mitgliedern der Genossenschaft gem. § 108 GWB im Bereich der Beschaffung von IT-Dienstleistungen möglich.

III. Begründung

Folgende Gründe sind hierfür maßgebend:

1. Zur Eigenschaft der Genossenschaft und der ITEBO GmbH als öffentlicher Auftraggeber gem. § 99 GWB

Die Genossenschaft ist als juristische Person des Privatrechts nach näherer Maßgabe des § 3 Abs. 1 der Gründungssatzung öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB, denn die Mitgliedschaft setzt voraus, dass das Mitglied seinerseits die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers hat. Verliert es diese Eigenschaft, ist das Mitglied auszuschließen (§ 8 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 lit. b) der Satzung).

Die ITEBO GmbH, an denen sich zukünftig die Genossenschaft als Gesellschafterin beteiligen soll, ist aufgrund ihrer Gesellschafterstruktur ebenfalls öffentlicher Auftraggeber, denn die ITEBO GmbH verfügt nicht über eine private Kapitalbeteiligung. Gesellschafter sind ausschließlich öffentlich-rechtliche Institutionen, welche z.Z. unmittelbar oder mittelbar über eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Kapitalbeteiligungen an der ITEBO GmbH halten.

2. Vorliegen der Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes gem. § 108 GWB

a. Zur Anwendung des § 108 GWB auf die Zusammenarbeit zwischen der Genossenschaft und der ITEBO GmbH

§ 108 Abs. 4 GWB regelt, dass das Kartellvergaberecht (Teil 4 des GWB) nicht anzuwenden ist auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts (hier: die ITEBO GmbH), bei denen der öffentliche Auftraggeber (hier: die Genossenschaft) über diese juristische Person zwar keine Kontrolle im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 1-3 GWB ausübt, aber

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 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder einer anderen juristischen Person die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde und
3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht; Abs. 1 Nr. 3 2. HS gilt entsprechend.

Eine gemeinsame Kontrolle gemäß § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB besteht gemäß § 108 Abs. 5 GWB, 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.

Im Fall einer Kapitalbeteiligung der Genossenschaft an der ITEBO GmbH, werden sich nach Maßgabe der Satzung der ITEBO GmbH die beschlussfassenden Organe (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat) aus der Genossenschaft sowie den bisherigen Gesellschaftern, die ihrerseits öffentliche Auftraggeber sind, zusammensetzen. Die Voraussetzungen des § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB sind damit gewahrt.

Diese Gesellschafter haben aufgrund der Größe ihrer Kapitalbeteiligung auch gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person i.S. d. § 108 Abs. 5 Nr. 2 GWB.

Es ist darüber hinaus nicht erkennbar, dass die ITEBO GmbH Interessen verfolgt, die im Sinne des § 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB den Interessen der Genossenschaft zuwiderlaufen. Das Gegenteil ist u.E. der Fall. Das Interesse der Genossenschaft besteht nach Maßgabe ihres Satzungszwecks (vgl. § 2 Abs. 2 lit. c)) gerade darin, über die ITEBO GmbH ihren Bedarf an IT-Leistungen zu decken. Damit korrespondierend ist die Zwecksetzung der ITEBO GmbH, welche ihrerseits IT-Leistungen für öffentliche Auftraggeber, die an ihr mittelbar oder unmittelbar beteiligt sind, erbringt. Die Voraussetzungen des § 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB sind damit ebenfalls erfüllt, so dass eine Kontrolle gem. § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB zu bejahen ist.

Die Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB dürften ebenfalls erfüllt sein. Nach unserem Kenntnisstand dienen mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der ITEBO GmbH der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von ihren bisherigen Gesellschaftern, die ihrerseits als öffentliche Auftraggeber gemeinsam eine maßgebliche Kontrolle über die ITEBO GmbH gem. § 108 Abs. 4 Nr. 1 i.V.m. § 108 Abs. 5 Nr. 1 -3 GWB ausüben, beauftragt wurde.

Schließlich verfügt die ITEBO GmbH nicht über eine direkte private Kapitalbeteiligung gemäß § 108 Abs. 1 Nr. GWB

Nach alledem ist eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit gem. § 108 GWB zwischen der zu gründenden Genossenschaft und der ITEBO GmbH im Bereich der Beschaffung von IT-Leistungen möglich.

b. Anwendung des § 108 GWB auf die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedern der Genossenschaft und der ITEBO GmbH

Der Ausnahmetatbestand des § 108 Abs. 4 GWB ist u.E. auch einschlägig, soweit Mitglieder der Genossenschaft eine unmittelbare Zusammenarbeit - d.h. ohne Zwischenschaltung der Genossenschaft - mit der ITEBO GmbH anstreben.

§ 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB erfasst nämlich u.E. auch die Fälle einer mittelbaren Kontrolle nach § 108 Abs. 2 S. 2 GWB, die gemeinsam durch mehrere öffentliche Auftraggeber erfolgt.

Es findet sich zwar in § 108 Abs. 4 und 5 GWB hierzu keine § 108 Abs. 2 S. 2 GWB entsprechende Regelung, so dass auf den ersten Eindruck hin gemutmaßt werden könnte, dass eine mittelbare Kontrolle im Zusammenhang mit einer gemeinsamen Kontrolle nicht möglich ist.

Aus der Gesetzesbegründung (vgl. zu § 108 Abs. 4 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 81) ergibt sich jedoch bereits, dass die vorangegangenen Absätze mit § 108 Abs. 4 GWB in Verbindung gesetzt werden sollen. Hieraus folgt das im Fall einer gemeinsamen Kontrolle in entsprechender Anwendung des § 108 Abs. 2 S. 2 GWB auch eine mittelbare Kontrolle ausreichen kann und folglich der mittelbar kontrollierende öffentliche Auftraggeber nicht gemäß § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB in den beschlussfassenden Organen des Auftragnehmers unmittelbar vertreten sein muss.

Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Sachliche Gründe, die eine derartige Differenzierung rechtfertigen könnten, sind u.E. nicht ersichtlich, solange und soweit die mittelbar kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber in den beschlussfassenden Organen des unmittelbar an dem Auftragnehmer beteiligten juristischen Person (hier: die Genossenschaft) vertreten sind und einen ausschlaggebenden Einfluss haben (vgl. § 108 Abs. 5 Nr. 1 und 2 GWB).

Die vorstehende Beurteilung wird u.E. auch durch die weitere Systematik und den Wortlaut der gesetzlichen Regelung gestützt. Es ist nach dem gesetzlichen Regelungsmodell, was der identische Wortlaut von § 108 Abs. 5 Nr. 2 und § 108 Abs. 2 S. 1 GWB, auf den § 108 Abs. 2 S. 2 GWB im Übrigen unmittelbar Bezug nimmt, belegt, in Fällen einer gemeinsamen Kontrolle gerade nicht (mehr) erforderlich, dass alle kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber unmittelbar am Kapital des Auftragnehmers beteiligt sein müssen. Dieses Erfordernis, welches sich in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 29.11.2012, Rs. C-182/11 und C-183/11 – Econord) noch findet, ist u.E. (ebenso Müller-Wrede VergabeR 2016 S. 292, 295 a.A. Soundry in Hettich/Soundry, Das neue Vergaberecht A.II.3) mit der Neuregelung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit in § 108 GWB aufgegeben worden.

Für weitere Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,

Rechtsanwalt

