



avocado rechtsanwälte

avocado rechtsanwälte voßstraße 20 10117 berlin

KGSt - Kommunale Gemeinschaftsstelle
für Verwaltungsmanagement
Herrn Dirk Greskowiak
Gereonstraße 18-32
50670 Köln

Vorab per Mail: dirk.greskowiak@kgst.de

berlin, den 28.04.2017
unser zeichen: 000164-17/250/wo
dok-nr.: 2453
durchwahl: 030 884808-0
direktfax: 030 884808-84
direktmail: k.greb@avocado.de

Gutachten über die Zulässigkeit von Inhouse-Vergaben an die KGSt durch KGSt-Mitglieder

Sehr geehrter Herr Greskowiak,

wie erwünscht erhalten Sie hiermit ein vergaberechtliches Gutachten zu der Frage, ob KGSt-Mitglieder Beratungsleistungen der KGSt ohne Beachtung des Vergaberechts direkt in Anspruch nehmen können; geprüft werden sollte die Möglichkeit eines vergaberechtsfreien „Inhouse-Geschäfts“ nach § 108 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

voßstraße 20 10117 **berlin**
t +49 [0]30 8848080 f +49 [0]30 88480884
berlin@avocado.de

nextower
thurn-und-taxis-platz 6 60313 **frankfurt**
t +49 [0]69 9133010 f +49 [0]69 91330119
frankfurt@avocado.de

neuer wall 46 20354 **hamburg**
t +49 [0]40 46897980 f +49 [0]40 468979899
hamburg@avocado.de

spichernstraße 75-77 50672 **köln**
t +49 [0]221 390710 f +49 [0]221 3907129
koeln@avocado.de

prinz-ludwig-palais
türkenstraße 7 80333 **münchen**
t +49 [0]89 55059560 f +49 [0]89 550595629
muenchen@avocado.de

rond point schuman 6 box 5 1040 **bruxelles**
t +32 [0]2 7423200 f +32 [0]2 7347671
bruxelles@avocado.de

www.avocado.de

avocado rechtsanwälte:
berger, figgen, gerhold, kaminski, voß
rechtsanwälte part mbB
die partnerschaft sowie deren partner sind
im partnerschaftsregister des amtsgerichts
berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen.
salary partner, counsel, of counsel und associates
sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

bankkonten:
commerzbank ag, swift-bic: dresdeff100
iban-nr.: de90 1008 0000 0399 7765 00
anderkonto, swift-bic: dresdeff370
iban-nr.: de29 3708 0040 0975 0022 00

merck finck & co, swift-bic: mefidemm
iban-nr.: de77 3003 0900 0010 3980 06

ust-id-nr. de 814 17 29 76

Vorab zusammengefasst dürfen die ordentlichen Mitglieder der KGSt (§ 2 Abs. 1 der Satzung) mit guten Gründen unter Berufung auf § 108 Abs. 4 und 5 GWB die KGSt direkt ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit Beratungsleistungen beauftragen. Dagegen gilt der Ausnahmetatbestand des § 108 GWB nicht für die korrespondierenden Mitglieder (§ 2 Abs. 2 der Satzung). Eine Ausnahme davon gilt wiederum für solche korrespondierenden Mitglieder, die ihrerseits von einem ordentlichen Mitglied i. S. v. § 108 GWB kontrolliert werden; diese können sich auf § 108 Abs. 3 und 4 GWB berufen und die KGSt direkt beauftragen.

Sachverhalt:

Die KGSt ist ein von seinen Mitgliedern getragener Fachverband für kommunales Management. Zu den ordentlichen Mitgliedern gehören Gemeinden und Gemeindeverbände (§ 2 Abs. 1 der Satzung). Als sog. korrespondierende Mitglieder können verselbständigte kommunale Einrichtungen, Träger interkommunaler Zusammenarbeit und sonstige Träger öffentlicher Aufgaben sowie gemeinnützige Stiftungen aufgenommen werden (§ 2 Abs. 2 der Satzung).

Den ordentlichen Mitgliedern stehen gem. § 3 Abs. 1 der Satzung die Einrichtungen der KGSt, insbesondere für Auskünfte zur Verfügung. Gem. § 3 Abs. 2 der Satzung sind die ordentlichen Mitglieder berechtigt, sich mit Anträgen und Anregungen an die Organe zu wenden und in der Mitgliederversammlung gem. § 6 der Satzung das Stimmrecht auszuüben.

Die korrespondierenden Mitglieder haben gem. § 3 Abs. 3 der Satzung die gleichen Rechte wie die ordentlichen Mitglieder mit Ausnahme des Stimmrechts in der Mitgliederversammlung und des Rechts, die Einberufung einer Mitgliederversammlung zu verlangen.

Die KGSt unterstützt ihre Mitglieder in Fragen des kommunalen Managements und berät diese anhand von Gutachten, Seminaren und anderen Leistungen. Die KGSt berät grundsätzlich nur Mitglieder; nur ausnahmsweise erfolgt eine Beratung gegenüber Kommunen, die noch keine Mitglieder sind, im Hinblick auf eine mögliche zukünftige Mitgliedschaft.

[REDACTED]

[REDACTED]

Der Sachverhaltsermittlung lagen die Satzung in der Fassung vom 18.09.2014 und die Informationen der KGSt per E-Mail vom 12./20.04.2017 bzw. per Telefonat mit dem Unterzeichner vom 28.04.2017 zu Grunde.

Frage:

Dürfen KGSt-Mitglieder die KGSt direkt mit Beratungsleistungen beauftragen, konkret unter Zuhilfenahme des sog. „Inhouse-Geschäfts“ nach § 108 GWB?

Rechtliche Würdigung:

1. Vorbemerkungen

Das „Inhouse-Geschäft“ ist seit der Vergaberechtsreform 2016 in § 108 GWB geregelt. Zuvor war es durch Rechtsprechung vor allem des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) geprägt.

In § 108 GWB ist nun von „öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit“ die Rede. Sie bietet die Möglichkeit einer Direktvergabe von öffentlichen Auftraggebern an diesen nahestehenden Unternehmen. „Inhouse-Geschäft“ bzw. „-vergabe“ ist jedoch nach wie vor ein gebräuchlicher Begriff für diese vergaberechtsfreien Eigengeschäfte.

§ 108 GWB gilt ausdrücklich nur für die Vergabe von Aufträgen oberhalb der EU-Schwelle. Nach jetzigem Rechtsstand gelten die vom EuGH entwickelten und nunmehr in § 108 GWB niedergelegten Grundsätze zur „Inhouse-Vergabe“ nach vertretbarer Auffassung auch für Vergaben unterhalb der EU-Schwelle entsprechend (vgl. Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auf. 2015, § 55 BHO, Rn. 62; Arzt-Mergemeier, in: Willenbruch/Wieddekind, Kompaktcommentar Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, § 30 HGrG, Rn. 12).

Sollte die Nachfolgevorschrift der Vergabeordnung für Lieferungen und Leistungen (VOL/A), die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), umgesetzt werden, würde die Ausnahmebestimmung des § 108 GWB über die Verweisung in § 1 Abs. 2 UVgO auch für Vergaben im Unterschwellenbereich gelten. Somit wäre die UVgO nur für Vergaben anzuwenden, die die Voraussetzungen des § 108 GWB nicht erfüllen und unter dem Schwellenwert liegen. Damit die UVgO angewendet werden kann, müssen die haushaltsrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Länder auf die neue UVgO Bezug nehmen. Die notwendige Umsetzung ist überwiegend noch für 2017 geplant.

Der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge für öffentliche Auftraggeber, die keine obersten Bundesbehörden oder vergleichbare Bundesbehörden sind, beträgt derzeit 209.000 € (Verordnung (EU) 2015/2170). Er wird sich zum 01.01.2018 ändern. Derzeit ist noch unklar, wie der neue Schwellenwert lauten wird.

Im vorliegenden Fall geht es um die Aufträge mehrerer öffentlicher Auftraggeber an ein bestimmtes Unternehmen. Dann ist das sog. gemeinschaftliche Inhouse-Geschäft zu prüfen (vgl. § 108 Abs. 4 und 5 GWB).

2. Die Voraussetzungen des gemeinschaftlichen „Inhouse-Geschäfts“ gem. § 108 Abs. 4 und 5 GWB

Die Voraussetzungen für ein gemeinschaftliches „Inhouse-Geschäft“ nach § 108 Abs. 4 und 5 GWB sind folgende:

- die Vergabe eines öffentlichen Auftrags von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person,

- die Kontrolle der öffentlichen Auftraggeber über den Auftragnehmer wie über eigene Dienststellen,
- Tätigkeit des Auftragnehmers im Wesentlichen für die den Auftragnehmer beherrschenden öffentlichen Auftraggeber und
- Nichtbestehen einer direkten privaten Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer.

2.1 Vergabe eines öffentlichen Auftrags von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person

Zunächst muss es sich um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags handeln, den ein öffentlicher Auftraggeber i.S.d § 99 Nr. 1 bis 3 GWB an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergibt (vgl. § 108 Abs. 4 GWB).

Öffentliche Aufträge sind gem. § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Bei individuellen Beratungsleistungen der KGSt handelt es sich um Dienstleistungsaufträge im vorbezeichneten Sinne.

Die Mitglieder der KGSt müssten außerdem öffentliche Auftraggeber sein. Die ordentlichen Mitglieder des KGSt nach § 2 Abs. 1 der Satzung stellen als Gemeinden oder Gemeindeverbände Gebietskörperschaften dar und sind somit gem. § 99 Nr. 1 GWB öffentliche Auftraggeber.

Fraglich ist, ob auch die sog. korrespondierenden Mitglieder gem. § 2 Abs. 2 der Satzung öffentliche Auftraggeber gem. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB sind. Verselbstständigte kommunale Einrichtungen, Träger interkommunaler Zusammenarbeit und sonstige Träger öffentlicher Aufgaben werden in jedem denkbaren Fall einer der Tatbestandsalternativen des § 99 Nr.1 bis 3 GWB unterfallen, sodass sie öffentliche Auftraggeber sind.

Einzig bei den gemeinnützigen Stiftungen gibt es Zweifel, weil diese öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sein können. Hier könnte der sog. funktionelle Auftraggeberbegriff i.S.v. § 99 Nr. 2 GWB greifen. Dies setzt jedoch ein besonderes öffentliches Beherrschungsverhältnis der öffentlichen Hand voraus, welches im Einzelfall festgestellt werden muss, sodass hierzu keine generelle Aussage getroffen werden kann. Ein solches Beherrschungsverhältnis besteht, wenn die öffentliche Hand die Stiftung überwiegend finanziert, die Aufsicht über die Leitung der Stiftung innehat oder Mehrheitlich die Organmitglieder der Stiftung stellt.

Die Auftragsvergabe muss an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts erfolgen. Es ist davon auszugehen, dass die KGSt ein nicht rechtsfähiger Verein ist, da die Satzung auf vereinsrechtliche Vorschriften verweist (z. B. in § 8 Abs. 1 S. 1 der Satzung) und die KGSt nicht in ein Vereinsregister eingetragen ist. Ein nicht rechtsfähiger Verein ist keine juristische Person. Dennoch ist die Rechtsfähigkeit auch nicht rechtsfähiger Vereine mittlerweile anerkannt (vgl. Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 54, Rn. 18). Deshalb ist § 108 GWB mit guten Gründen entsprechend anwendbar (vgl. Voll, in: Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 2. Ed., Stand: 31.01.2017, § 108 GWB, Rn. 7).

Somit handelt es sich bei Beauftragungen durch die Mitglieder der KGSt mit Vorbehalt bezüglich der gemeinnützigen Stiftungen um öffentliche Auftragsvergaben. Die erste Voraussetzung von § 108 Abs. 4 GWB wäre erfüllt.

2.2 Kontrolle durch beauftragendes Mitglied

§ 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB setzt des Weiteren voraus, dass ein öffentliche Auftraggeber nicht einzeln aber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über den Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt.

Zunächst besteht im Falle der KGSt keine Kontrolle i.S.d. § 108 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 GWB durch einen einzelnen Auftraggeber, da aufgrund der mitgliedschaftlichen Struktur kein ordentliches Mitglied die KGSt alleine kontrolliert.

Wann eine gemeinsame Kontrolle mehrerer Auftraggeber vorliegt, bestimmt sich nach § 108 Abs. 5 GWB und hat drei Voraussetzungen:

- die beschlussfassenden Organe des Auftragnehmers müssen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen,
- die Auftraggeber müssen gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen des Auftragnehmers ausüben können und
- der Auftragnehmer darf keine Interessen verfolgen, die den Interessen der Auftraggeber zuwiderlaufen.

Nach der satzungsmäßigen Struktur der KGSt ist zwischen den ordentlichen Mitgliedern des § 2 Abs. 1 der Satzung (Gemeinden und Gemeindeverbände) und den korrespondierenden Mitgliedern (verselbstständigte kommunale Einrichtungen, Träger interkommunaler Zusammenarbeit und sonstige Träger öffentlicher Aufgaben sowie gemeinnützige Stiftungen) gem. § 2 Abs. 2 der Satzung zu unterscheiden. Maßgebend ist zunächst, wer in den beschlussfassenden Organen des Auftragnehmers sitzt.

2.2.1 Organe der KGSt

Zunächst ist zu prüfen, welche Organe der KGSt als beschlussfassende Organe anzusehen sind. Gemeint sind damit solche Organe, die rechtlich und tatsächlich in der Lage sind, die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person zu beeinflussen (vgl. Ziechow, NZBau 2015, 258, 262). Der EuGH spricht auch von Leitungsorganen (vgl. EuGH, U. v. 29.11.2012, C-182/11 u. 183/11, NZBau 2013, 55).

Die Satzung der KGSt sieht in § 5 Abs. 1 als Organe die Mitgliederversammlung, den Verwaltungsrat und den Vorstand vor.

Die Mitgliederversammlung ist gem. § 6 Abs. 1 S. 1 der Satzung das oberste Organ. Sie beschließt Satzungsänderungen, die Auflösung der KGSt und sonstige ihr vom Verwaltungsrat vorgelegte Angelegenheiten. Insbesondere wählt sie gem. § 6 Abs. 1 S. 3 der Satzung die Mitglieder des Verwaltungsrates. Sie wird mindestens einmal innerhalb von drei Jahren einberufen (§ 6 Abs. 2 S. 1 der Satzung).

Der Verwaltungsrat legt gem. § 7 Abs. 1 S. 1 der Satzung die Richtlinien für die Arbeit der KGSt fest und entscheidet gem. § 7 Abs. 1 S. 2 über die Aufnahme von Mitgliedern,

beschließt den Wirtschaftsplan und Jahresabschluss und bestellt den Vorstand. Außerdem ist er gem. § 7 Abs. 1 S. 3 der Satzung für die Anstellung der Dienstkräfte zuständig.

Der Vorstand führt gem. § 8 Abs. 1 der Satzung die laufenden Geschäfte und ist unmittelbarer Dienstvorgesetzter der Beschäftigten (§ 8 Abs. 3 der Satzung).

Nach dieser vereinsrechtlichen Konstruktion werden die ausschlaggebenden Befugnisse von der Mitgliederversammlung und dem Verwaltungsrat wahrgenommen. Die Mitgliederversammlung als ausdrücklich oberstes Organ kann die Satzung ändern und damit die Grundsatzentscheidungen der KGSt beeinflussen. Indem sie die Mitglieder des Verwaltungsrates wählt, nimmt sie indirekt Einfluss auf die konkreten Entscheidungen der KGSt. Da der Verwaltungsrat die konkreten Richtlinien der Arbeit festlegt, kann er die strategischen Ziele beeinflussen und die wichtigsten Entscheidungen bzgl. der Arbeit der KGSt selbst treffen. Aus dieser vereinsrechtlichen Konstruktion folgt, dass Mitgliederversammlung und Verwaltungsrat gemeinsam als beschlussfassende Organe i.S.v. § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB aufzufassen sind.

2.2.2 Kontrollkriterium für die beteiligten öffentlichen Auftraggeber

In den maßgebenden Organen Mitgliederversammlung und Verwaltungsrat müssen sich Vertreter sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber befinden, um das Kontrollkriterium i. S. d. § 108 Abs. 5 GWB zu erfüllen.

Die ordentlichen Mitglieder haben in der Mitgliederversammlung gem. § 6 Abs. 4 der Satzung jeweils einen Vertreter, der das Stimmrecht in einem bestimmten Verhältnis zur Einwohnerzahl der Gemeinde innehat.

Problematisch ist, ob auch die korrespondierenden Mitglieder Teil der Mitgliederversammlung i. S. d. § 108 GWB sind. Aus der Satzung ergibt sich nicht, dass die korrespondierenden Mitglieder gänzlich von der Mitgliederversammlung ausgeschlossen sind. Sie haben jedoch kein Stimmrecht in der Mitgliederversammlung und kein Recht, die Einberufung der Mitgliederversammlung zu verlangen (§ 3 Abs. 3 der Satzung). Deshalb ist fraglich, ob sie als Teil des beschlussfassenden Organs nach § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB aufgefasst werden können. Der Wortlaut der Vorschrift spricht zwar nicht eindeutig dagegen; das Wort „Vertreter“ deutet jedoch darauf hin, dass nicht allein die Anwesenheit in der Mitgliederversammlung, sondern darüber hinaus die rechtliche Vertretung des Auftraggebers notwendig ist. Eine solche ist ohne Stimmrecht allerdings nicht möglich. Ein Auftraggeber, der wie z.B. ein Minderheitsgesellschafter ohne Kontrollbefugnisse, nicht in die gemeinsame Kontrolle eingebunden ist, kann soweit ersichtlich nicht als Teil des beschlussfassenden Organs aufgefasst werden (vgl. Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 108 GWB, Rn. 168).

Eine solche negative Bewertung der Stellung des korrespondierenden Mitglieds entspricht der Rechtsprechung des EuGH, nach der ein Auftraggeber einen eigenen Einfluss auf den Auftragnehmer wie auf eine Dienststelle haben muss (vgl. EuGH, U. v. 29.11.2012, C-182/11 u. 183/11, NZBau 2013, 55). Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Kodifizierung in § 108 Abs. 5 GWB mit der Rechtsprechung des EuGH brechen wollte. Daher gilt, dass wenn ein öffentlicher Auftraggeber zwar an der

juristischen Person beteiligt ist, aber gleichwohl keine Möglichkeit hat, an der Kontrollausübung über diese juristische Person mitzuwirken, nicht befugt ist, einen Auftrag vergaberechtsfrei an den Auftragnehmer zu vergeben (vgl. Voll, in: Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 2. Ed., Stand: 31.01.2017, § 108 GWB, Rn. 57). Dadurch soll eine Umgehung des Kontrollkriteriums verhindert werden (vgl. EuGH, U. v. 29.11.2012, C-182/11 u. 183/11, NZBau 2013, 55).

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Der Mitgliederversammlung gehören im vergaberechtlichen Sinne des Kontrollkriteriums aus § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB nur ordentliche Mitglieder an.

Der Verwaltungsrat besteht gem. § 7 Abs. 2 der Satzung aus mindestens sechsunddreißig in der kommunalen Praxis erfahrenen Persönlichkeiten. Er wird gem. § 6 Abs. 1 S. 3 der Satzung von der Mitgliederversammlung gewählt. Die Satzung sieht nicht zwingend vor, dass sich der Verwaltungsrat aus Vertretern der ordentlichen Mitglieder oder der korrespondierenden Mitglieder zusammensetzen muss. Allerdings wird der Verwaltungsrat nach Auskunft der KGSt tatsächlich in der Praxis aus Vertretern der ordentlichen Mitglieder gebildet. Korrespondierende Mitglieder werden dagegen nicht in den Verwaltungsrat gewählt.

Wie bereits zur Mitgliederversammlung festgestellt, ist das Kontrollkriterium i. S. d. § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB auch beim Verwaltungsrat nur bei den ordentlichen Mitgliedern einschlägig.

Das Kontrollkriterium kann für korrespondierende Mitglieder einzig dann erfüllt sein, wenn sie ihrerseits von ordentlichen Mitgliedern kontrolliert werden. Nach § 108 Abs.

3 S. 1 Alt. 2 GWB ist eine Vergabe beim sog. „horizontalen Inhouse-Geschäft“ ohne Ausschreibung möglich, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer vom gleichen öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden. Dies gilt auch für die hier vorliegende Situation der gemeinschaftlichen Inhouse-Vergabe (vgl. Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 108 GWB, Rn. 162 ff.). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, müsste jedoch für jedes korrespondierende Mitglied einzeln geprüft werden und wird daher in der weiteren Prüfung nicht berücksichtigt.

2.2.3 Ausschlaggebende Einflussmöglichkeit auf strategische Ziele und wesentliche Entscheidungen der KGSt

Weiterhin ist gem. § 108 Abs. 5 Nr. 2 GWB notwendig, dass die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen des Auftragnehmers ausüben können.

Die Mitgliederversammlung ist ausdrücklich das oberste Organ der KGSt, beschließt u. a. über Satzungsänderungen (§ 6 Abs. 1 S. 2 der Satzung) und wählt den besonders wichtigen Verwaltungsrat (§ 6 Abs. 1 S. 3 u. § 7 Abs. 1 S. 4 der Satzung). Dieser bestellt wiederum den Vorstand (§ 7 Abs. 1 S. 2 der Satzung). Durch das Stimmrecht in der Mitgliederversammlung und weitere Satzungsbestimmungen können die ordentlichen Mitglieder somit gemeinsam die Ziele und wesentlichen Entscheidungen der KGSt beeinflussen. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Kontrolle nicht von jedem Mitglied individuell, sondern von einer Mehrheit der Mitglieder gemeinschaftlich ausgeübt wird (vgl. Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. A., 2016, § 108 GWB, Rn. 170). Es reicht nach der Rechtsprechung des EuGH aus, wenn

die Kontrolle gemeinschaftlich durch Mehrheitsentscheidungen ausgeübt werden kann (vgl. EuGH, U. v. 13.11.2008, C-324/07, NZBau 2009, 54).

Eine ausschlaggebende gemeinsame Einflussmöglichkeit auf die KGSt durch die ordentlichen Mitglieder ist damit gegeben.

2.2.4 Kein Verfolgen zuwiderlaufender Interessen durch die KGSt

Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die KGSt Interessen vertritt, die den Interessen der ordentlichen Mitglieder zuwiderlaufen.

2.2.5 Zwischenergebnis

Die notwendige Kontrolle der ordentlichen Mitglieder über die KGSt ist i. S. d. § 108 Abs. 5 GWB gegeben. Den korrespondierenden Mitgliedern fehlt dagegen die notwendige Kontrolle über die KGSt.

2.3 Tätigkeit des Auftragnehmers im Wesentlichen für die den Auftragnehmer beherrschenden öffentlichen Auftraggeber

Weitere Voraussetzung für die „Inhouse-Vergabe“ durch ordentliche Mitglieder an die KGSt ist, dass gem. § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB mehr als 80 % der Tätigkeiten der KGSt der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen er von den öffentlichen Auftraggebern oder einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde.

Da es für die korrespondierenden Mitglieder der KGSt schon am Kontrollkriterium mangelt, wird das weitere Tätigkeitskriterium nur noch für die ordentlichen Mitglieder geprüft.

Für die Berechnung der 80 %-Schwelle ist gem. der amtlichen Begründung zu § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB auf die Gesamtheit der den Auftragnehmer kontrollierenden Auftraggeber abzustellen. Dies sind die ordentlichen Mitglieder der KGSt. Bestimmt wird der prozentuale Anteil der Tätigkeit anhand des Umsatzes, welcher auf die Ausführung von Aufträgen durch die KGSt für die jeweiligen beauftragenden ordentlichen Mitglieder entfällt. Diese Quote ist gem. § 108 Abs. 7 GWB anhand des Gesamtumsatzes der letzten drei Jahre zu ermitteln.

Der Gesamtumsatz der KGSt beträgt [REDACTED] Euro entfallen auf den sog. gutachtlichen Bereich, der allein aus den Mitgliedsbeiträgen finanziert wird. Wir verstehen die Informationen der KGSt dahingehend, dass die Mitgliedsbeiträge der ordentlichen Mitglieder 80 % der Gesamtbeiträge übersteigen. [REDACTED] entfallen auf die Geschäftsbereiche „Beratung & Vergleiche“ sowie „Seminare & Kongresse“ im gleichen Verhältnis.

Der Umsatz des Geschäftsbereichs Beratung & Vergleiche der KGSt betrug sowohl in 2015 als auch 2016 in Bezug auf die ordentlichen Mitglieder [REDACTED] und in Bezug auf korrespondierende Mitglieder [REDACTED]. Der Gesamtumsatz betrug somit [REDACTED]. Auf die korrespondierenden Mitglieder entfielen damit in diesem Bereich nur ca. 12,5 % des Umsatzes. Dabei gehen wir davon aus, dass die Beauftragung durch Kommunen, die (noch) nicht Mitglied in der KGSt sind, nicht ins Gewicht fällt, da diese Aufträge nur einen Ausnahmecharakter haben. Den Informationen der

KGSt entnehmen wir, dass der Umsatz im Geschäftsbereich „Seminare und Kongresse“ ebenfalls hauptsächlich den ordentlichen Mitgliedern zuzurechnen ist und jedenfalls die 80 %-Schwelle übersteigt.

Im Ergebnis liegt der Umsatz in Bezug auf die beherrschenden öffentlichen Auftraggeber bzw. ordentlichen Mitglieder über der 80%-Schwelle i. S. d. § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB. Somit ist das Wesentlichkeitskriterium erfüllt.

2.4 Nichtbestehen einer direkten privaten Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer

Gem. § 108 Abs. 4 Nr. 3, Abs. 1 Nr. 3 GWB darf an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung bestehen, mit Ausnahme solcher Beteiligungen in nicht beherrschender Form.

Die ordentlichen Mitglieder der KGSt sind ausschließlich Träger öffentlicher Aufgaben. Insofern bestünde keine direkte private Kapitalbeteiligung.

Privatrechtlich organisierte gemeinnützige Stiftungen könnten allerdings nach der strengen Rechtsprechung des EuGH eine private Kapitalbeteiligung darstellen (vgl. EuGH, U. v. 19.06.2014, C-574/12, NZBau 2014, 511). Da sie als korrespondierende Mitglieder jedoch kein Stimmrecht in der Mitgliederversammlung haben, ist hier mit dem Wortlaut von § 108 Abs. 1 Nr. 3 von einer privaten Kapitalbeteiligung in nicht beherrschender Form auszugehen.

Zusammengefasst sind keine private Kapitalbeteiligungen i. S. d. § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB gegeben.

3. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass für die ordentlichen Mitglieder der KGSt die Ausnahmegvorschrift des § 108 Abs. 4 und 5 GWB mit guten Gründen anwendbar ist. Damit können die ordentlichen Mitglieder Beratungsaufträge ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens „Inhouse“ an die KGSt vergeben. Dies gilt sowohl im Oberschwellenbereich direkt über § 108 Abs. 4 und 5 GWB, als auch im Unterschwellenbereich in entsprechender Anwendung sowie bei möglicher zukünftiger Anwendung der UVgO über die konkrete Verweisung in § 1 Abs. 2 UVgO.

Für die korrespondierenden Mitglieder ist § 108 Abs. 4 und 5 GWB dagegen nicht anzuwenden. Eine Ausnahme besteht wiederum für solche korrespondierende Mitglieder, die ihrerseits von einem ordentlichen Mitglied kontrolliert werden. Dies müsste jedoch für jedes korrespondierende Mitglied im Einzelfall geprüft werden.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Klaus Greb