

HüttenbrinkPartner Rechtsanwälte mbB · Piusallee 20-22 · 48147 Münster



ITEBO GmbH  
Dielingerstraße 39/40

**49074 Osnabrück**

Per E-Mail: [bardischewski@itebo.de](mailto:bardischewski@itebo.de)

**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  
17.04.2020

Aktenzeichen  
671/19 B01  
D6/119-20

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

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

## **ITEBO GmbH - Beratung Beitritt von Kommunen aus NRW und Sachsen-Anhalt**

Sehr geehrter Herr Bardischewski,

in oben genannter Angelegenheit nehmen wir Bezug auf Ihre E-Mail vom 27.11.2019 und die zwischenzeitlich geführten Telefonate.

### **I. Aufgabenstellung**

Sie baten uns um die rechtsgutachterliche Prüfung folgender Frage:

***Können sich Kommunen aus den Bundesländern Nordrhein-Westfalen und Sachsen Anhalt an der „ITEBO Einkaufs- und Dienstleistungsgenossenschaft e.G.“ beteiligen, um damit die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie kommunale Zusammenarbeit mit der ITEBO GmbH zu schaffen?***

## **II. Zum Hintergrund der Fragestellung**

Die ITEBO GmbH ist ein Unternehmen, das sich nach Maßgabe seines Gesellschaftszwecks mit der Erbringung von informationstechnischen Dienstleistungen gegenüber den Gesellschaftern, deren Mitgliedern sowie deren Betrieben und Einrichtungen befasst. Die ITEBO GmbH ist nach Maßgabe der einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften öffentlicher Auftraggeber im Sinne des nationalen und Kartellvergaberechts. Gesellschafter der ITEBO GmbH soll zukünftig die ITEBO Einkaufs- und Dienstleistungsgenossenschaft e.G. sein. Deren Mitglieder sind bislang niedersächsische Kommunen, die sich in dieser Genossenschaft zusammengeschlossen haben, um die von der ITEBO GmbH angebotenen informationstechnischen Dienstleistungen bedarfsorientiert im Wege einer vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nach Maßgabe des nationalen und des Kartellvergaberechts<sup>1</sup> in Anspruch nehmen zu können. Die ITEBO Einkaufs- und Dienstleistungsgenossenschaft e.G. übernimmt in diesem Zusammenhang u. a. eine „Scharnierfunktion“, um interessierten Kommunen über eine kostengünstige und aufgrund der Regelungen des Genossenschaftsrechts flexible Beteiligung an der Genossenschaft eine vergaberechtsfreie Inanspruchnahme der Leistungen der ITEBO GmbH zu eröffnen.

Nachdem zahlreiche Kommunen aus den benachbarten Bundesländern Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt Interesse an einer Mitgliedschaft in der Genossenschaft angemeldet haben, ist zu klären, ob derartige länderübergreifende Kooperationen mit dem Ziel einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit im kommunalen Bereich rechtlich zulässig sind.

## **III. Landesübergreifende Kooperationen im kommunalen Bereich**

Die Frage, ob Kommunen aus benachbarten Bundesländern Mitglied einer in einem anderen Bundesland ansässigen Genossenschaft in kommunaler Trägerschaft werden können, betrifft eine Teilfrage aus der übergeordneten Thematik einer grundsätzlichen Zulässigkeit (bundes-) länderübergreifender Kooperationen zwischen Kommunen. Die Rechtslage stellt sich insoweit wie folgt dar:

---

<sup>1</sup> Vgl. § 108 GWB für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte im Rahmen des Kartellvergaberechts. Für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte gilt § 108 GWB nach Einführung der Unterschwellenvergabeordnung –UVgO auf Landesebene gem. § 1 Abs. 2 UVgO entsprechend. Soweit Länder die UVgO noch nicht eingeführt haben, ist § 108 GWB im Unterschwellenbereich nach zutreffender Auffassung analog anzuwenden; vgl. hierzu Sitsen Vergabeblog.de vom 10/08/2016, Nr. 26658

## **1. Grundsätzliches zur Zulässigkeit landesübergreifender Kooperationen im kommunalen Bereich**

Teil des verfassungsrechtlich auf Bundesebene durch Art. 28 Abs. 2 GG verbürgten Rechts auf kommunale Selbstverwaltung<sup>2</sup> ist die Kooperationshoheit der Kommunen. Aus dieser Kooperationshoheit folgt ein grundsätzliches Recht der Kommunen auf Zusammenarbeit mit anderen Kommunen in anderen Bundesländern. Kommunale Kooperationen müssen dementsprechend nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht an Landesgrenzen Halt machen, sondern können darüber hinausgehen.<sup>3</sup> Dieses Recht auf kommunale Kooperation wird durch Art. 10 Abs. 1-3 der von Deutschland mitunterzeichneten Europäischen Charta über kommunale Zusammenarbeit (EKC) präzisiert und anerkannt.

Zur Gewährleistung und sachangemessenen Ausformung dieser verfassungsrechtlichen Garantie müssen und können insoweit über die im Einzelfall zulässigen Kooperationsformen, die hierfür anwendbare Rechtsordnung und die Aufsicht über die Kooperation Regelungen getroffen werden.<sup>4</sup> Da das Kommunalrecht in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt, hat dies auf Landesebene zu erfolgen. Es muss deshalb für jedes Bundesland geprüft werden, ob und in welchem Umfang die einschlägigen landesrechtlichen Regelungen über die kommunale Zusammenarbeit derartige Kooperationen ermöglichen.

## **2. Zur Zulässigkeit einer länderübergreifenden Zusammenarbeit von Kommunen in den Ländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen Anhalt**

Die gesetzlichen Regelungen über die kommunale Zusammenarbeit in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen Anhalt eröffnen die Möglichkeit eine kommunale Zusammenarbeit zum einen in spezifischen Formen öffentlich-rechtlich organisierter Zusammenarbeit (Zweckverband, gemeinsame kommunale Unternehmen [z.B. AöR] oder öffentlich-rechtliche Vereinbarung)<sup>5</sup>. Sie schließen darüber hinaus Kooperationsformen auf privatrechtlich organisierter Ebene durch Gründung oder Beteiligung an privaten Unternehmen (z.B. GmbH, Genossenschaft, AG) ausdrücklich nicht aus.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Art. 28 Abs. 2 GG umschreibt Inhalt und Umfang der Selbstverwaltungsgarantie wie folgt: „Den Gemeinden muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.“

<sup>3</sup> So zutreffend Schmidt in Ehlers/Fehling/Pünder Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3 § 68 Rn. 124

<sup>4</sup> Schmidt in Ehlers/Fehling/Pünder Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3 § 68 Rn. 124

<sup>5</sup> vgl. im Einzelnen § 1ff NKomZG, § 1ff. GKG NRW, § 1ff GKG LSA

<sup>6</sup> S. § 1 Abs. 2 NKomZG, § 1 Abs. 3 GKG NRW und § 1 Abs. 3 GKG LSA

Die grundsätzliche Zulässigkeit kommunaler Zusammenarbeit wird durch weitere Regelungen in formeller und materieller Hinsicht näher ausgeformt.

Von besonderer Bedeutung sind die sich in den jeweiligen Gesetzen über die kommunale Zusammenarbeit in den Bundesländern findenden Regelungen über Formen einer öffentlich-rechtlich organisierten Zusammenarbeit, die durch ein Netz von Staatsverträgen ergänzt werden, welche die Bundesländer vielfach bilateral mit den an sie angrenzenden Bundesländern geschlossen haben.<sup>7</sup>

Niedersachsen hat derartige Staatsverträge mit den Ländern Nordrhein-Westfalen<sup>8</sup>, Hessen, Sachsen Anhalt<sup>9</sup>, Thüringen sowie der Freien Hansestadt Bremen geschlossen. Ein Staatsvertrag mit dem Land Mecklenburg-Vorpommern befindet sich aktuell im Gesetzgebungsverfahren.

Die Funktion dieser Staatsverträge ist, die rechtliche Grundlage für eine länderübergreifende Zusammenarbeit zwischen kommunalen Körperschaften in öffentlich-rechtlichen Formen zu schaffen, denn eine solche Zusammenarbeit ist wegen der Beschränkung der Rechtsvorschriften über kommunale Zusammenarbeit auf die kommunalen Körperschaften im jeweiligen Land nicht zulässig.

Die mit Nordrhein-Westfalen und Sachsen Anhalt geschlossenen Staatsverträge enthalten keine Regelungen über die Möglichkeit einer privatrechtlich organisierten Zusammenarbeit. Das Schweigen der Staatsverträge zur Möglichkeit privatrechtlicher Kooperationen könnte dahingehend ausgelegt werden, dass diese Art der Kooperation den Kommunen im Fall einer beabsichtigten länderübergreifenden Zusammenarbeit nicht zur Verfügung steht. Eine derartiges Verständnis begegnet Bedenken und ist letztlich aus nachstehenden Gründen abzulehnen:

Maßgebliche Zielsetzung der Staatsverträge war aufgrund der o.g. kompetenzrechtlichen Problematik, Regelungen für eine öffentlich-rechtlich organisierte Zusammenarbeit zu schaffen. Dies spricht gegen die Annahme, dass damit gleichzeitig privatrechtliche Organisations- und Beteiligungsformen untersagt werden sollten. Insoweit hätte man angesichts der gesetzgeberischen Intention eine ausdrückliche Willensbekundung der vertragsschließenden

---

<sup>7</sup> Vgl. erneut Schmidt in Ehlers/Fehling/Pünder Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3 § 68 Rn. 124

<sup>8</sup> Staatsvertrag über Zweckverbände, öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, kommunale Arbeitsgemeinschaften und Wasser- und Bodenverbände“ in der Bekanntmachung vom 26. November 1969 (GV. NW. S. 928)

<sup>9</sup> Staatsvertrag zwischen dem Land Sachsen-Anhalt und dem Land Niedersachsen über die grenzüberschreitende kommunale Zusammenarbeit in Zweckverbänden und durch Zweckvereinbarungen 15. August 1996 (Nds. GVBl. 1996, 482)

Bundesländer erwarten dürfen. Das Schweigen zur Zulässigkeit privatrechtlicher Organisationsformen spricht deshalb bereits eher für deren Zulässigkeit als dagegen.

Die Richtigkeit dieser Überlegung wird durch die Erörterungen im aktuellen Gesetzgebungsverfahren des Landes Niedersachsen über den Abschluss eines Staatsvertrages mit dem Land Mecklenburg-Vorpommern<sup>10</sup> unterstrichen. Kennzeichnend für diesen Staatsvertrag ist ebenfalls, dass sich in ihm keinerlei Regelungen über die Möglichkeiten einer privatrechtlich organisierten Zusammenarbeit finden. In der Gesetzesbegründung<sup>11</sup> wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass mit dem Vertrag die Landesgrenzen überschreitende kommunale Zusammenarbeit erleichtert, gefördert und intensiviert werden soll, *„ohne die bereits bestehenden Möglichkeiten der Zusammenarbeit in anderen Formen, z.B. in solchen des Privatrechts oder im Rahmen von Verwaltungshilfe oder Städtepartnerschaften, einzuschränken.“* Diese Überlegungen können u.E. auch für die bereits in früherer Zeit mit den Ländern Nordrhein-Westfalen und Sachsen Anhalt geschlossenen Staatsverträge Geltung beanspruchen bzw. auf sie übertragen werden.

### **3. Zwischenergebnis**

Eine länderübergreifende kommunale Zusammenarbeit in Privatrechtsform mit Kommunen aus Nordrhein-Westfalen und Sachsen Anhalt dürfte aufgrund der Gesetze und Staatsverträge über die kommunale Zusammenarbeit in und zwischen den Ländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen Anhalt nicht von vornherein ausgeschlossen sein.

### **4. Weitere Voraussetzungen für eine Beteiligung an der ITEBO Einkaufs- und Dienstleistungsgenossenschaft e.G.**

Mit der oben getroffenen Feststellung ist noch nicht gesagt, dass die spezifische Form der projektierten Zusammenarbeit mittels Erwerb einer Beteiligung an der ITEBO Einkaufs- und Dienstleistungsgenossenschaft e.G. zulässig ist, denn kommunale Beteiligungen an privatrechtlich verfassten Unternehmen unterliegen weiteren Beschränkungen aufgrund der kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen über die wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigung von Kommunen.

---

<sup>10</sup> Vgl. Niedersächsischer Landtag 18. Wahlperiode Drucks. 18/4472

<sup>11</sup> Drucks 18/4472 S. 7

Danach ist den Kommunen die Beteiligung an Unternehmen in privater Rechtsform nicht uneingeschränkt gestattet, sondern an die Erfüllung spezifischer Voraussetzungen geknüpft. Im Einzelnen gelten für Sachsen Anhalt und Nordrhein-Westfalen folgende Vorgaben

#### **a. Sachsen Anhalt**

Unmittelbare und mittelbare kommunale Beteiligungen sind in Sachsen Anhalt gem. § 129 Abs. 1 und 2 KVG LSA zulässig, wenn zum einen die in § 128 KVG benannten grundsätzlichen Voraussetzungen für eine Betätigung in Privatrechtsform erfüllt sind und darüber hinaus die in § 129 KVG benannten zusätzlichen Voraussetzungen für kommunale Beteiligungen gewahrt werden.

##### **aa) Erfüllung der Grundvoraussetzungen gem § 128 KVG LSA**

§ 128 Abs. 1 KVG verlangt, dass

1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt,
2. wirtschaftliche Betätigungen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen und
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, muss natürlich anhand des jeweiligen Einzelfalls geprüft werden, denn die Voraussetzungen knüpfen ersichtlich an die spezifische kommunale Situation an. Es sprechen u.E. jedoch gute Gründe dafür, dass eine kommunale Beteiligung an der Genossenschaft diese Voraussetzungen regelmäßig erfüllt.

(1) Dies gilt zum einen für die zu erfüllende Voraussetzung, dass ein **öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt**. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass der Begriff des öffentlichen Zwecks jeden im Aufgabenbereich der Gemeinde liegenden Gemeinwohlbelang umfasst<sup>12</sup> und lediglich die Gewinnerwirtschaftung als öffentlichen Zweck ausschließt (vgl. auch § 128 Abs. 2 KVG LSA). Deshalb sind insbesondere Maßnahmen zur Verbesserung der örtlichen Infrastruktur und der Gewährleistung einer krisenfesten Versorgung der Einwohner durch einen öffentlichen

---

<sup>12</sup> Vgl. Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch GO NRW § 107 Anm. III.3 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr.

Zweck gedeckt. Für den Begriff der „Rechtfertigung“ reicht es insoweit aus, dass die Betätigung für den öffentlichen Zweck objektiv erforderlich i.S.v. vernünftigerweise geboten ist.

Mit einer Beteiligung an der Genossenschaft ist ersichtlich keine reine Gewinnerwirtschaftung verknüpft. Ziel der Beteiligung ist es vielmehr, IT-Dienstleistungen, welche die jeweilige Kommune zu Erfüllung ihrer Gemeinwohlbelange, nämlich der Gewährleistung der krisenfesten Versorgung mit kommunalen Serviceleistungen für die Bevölkerung benötigt, unter Inanspruchnahme der Möglichkeiten einer Inhouse-Vergabe flexibel und schnell einkaufen zu können. Durch die Beteiligung wird einerseits das spezifische Know-how im Bereich des Vertriebs kommunaler IT-Dienstleistungen, über welches die ITEBO GmbH verfügt, nutzbar gemacht, darüber hinaus jedoch auch die Möglichkeit eröffnet, ohne die strengen Bindungen an die vergabeverfahrensrechtlichen Regelungen des nationalen Vergaberechts und des Kartellvergaberechts mit möglicherweise damit einhergehenden zusätzlichen Kosten und Verzögerungen im Rahmen der Auftragsbeschaffung Waren und Dienstleistungen beschaffen zu können. Ein öffentlicher Zweck rechtfertigt deshalb die Beteiligung.

(2) Die **Beteiligung** wird regelmäßig auch **nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf** stehen, denn eine Beteiligung an der Genossenschaft kann gem. § 35 der Satzung der Genossenschaft bereits für einen Betrag von 1.000,00 € gezeichnet werden. Die Beteiligung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf, denn mit dem Erwerb der Beteiligung ist keine Verpflichtung der Kommune verbunden, Beschaffungen auch über die ITEBO GmbH vornehmen zu müssen. Vielmehr kann die Kommune entsprechend der jeweiligen Bedarfssituation Aufträge auslösen.

(3) Schließlich wird eine Beteiligung regelmäßig auch das dritte Kriterium, dass der **Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann**, erfüllen.

So kann der oben beschriebene Zweck durch die Einbindung eines anderen privaten Dritten bereits sinnvoller Weise nicht erfüllt werden, denn damit würde die angestrebte Inhouse-Vergabe nicht mehr möglich sein. So schließen die Regelungen zur Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe im Kartellvergaberecht (§ 108 GWB), die auch im Bereich des nationalen Vergaberechts Geltung beanspruchen, derartige private Beteiligungen regelmäßig aus.

Unabhängig davon ist die Ausübung der Tätigkeit durch die Kommune statt durch einen privaten Dritten sowohl in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit als auch in einer Gesamtschau der

Anforderungen im Vergleich besser zu bewerten. Der Kommune steht über ihre Beteiligung an der Genossenschaft, die ihrerseits an der ITEBO GmbH beteiligt sein wird, unmittelbar ein kompetenter Ansprechpartner zur Verfügung, der bedarfsorientiert und ohne ein möglicherweise kosten- und zeitintensives Vergabeverfahren beauftragt werden kann. Es ist deshalb zu erwarten, dass im Hinblick auf die Qualität, die Zuverlässigkeit der Leistungserbringung und die Nachhaltigkeit der Leistung, insbesondere auch aufgrund der zu erwartenden Synergieeffekte deutliche Vorteile entstehen, so dass auf Grundlage einer Abwägung des Für und Wider nicht erwartet werden kann, dass der Zweck besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden kann.

(4) Neben diesen Grundvoraussetzungen bestimmt § 128 Abs. 4 KVG LSA im Weiteren, dass **Wirtschaftliche Betätigungen außerhalb des Gebietes der Kommune** nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig sind, wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt, die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune steht und die **berechtigten Interessen der betroffenen Kommune gewahrt sind**. Bei Aufgaben, die im Wettbewerb wahrgenommen werden, gelten Interessen nur so weit als berechtigt, als der jeweilige Ordnungsrahmen eine Einschränkung des Wettbewerbs zulässt. Die betroffene Kommune ist so rechtzeitig vor der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit in ihrem Gebiet zu informieren, dass sie ihre berechtigten Interessen geltend machen kann.

Diesen Anforderungen wird eine Beteiligung der beschriebenen Art regelmäßig genügen. Es ist bereits mehr als fraglich, ob die Beteiligung sich überhaupt als eine wirtschaftliche Betätigung darstellt, jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass berechnigte Interessen anderer Kommunen durch die Beteiligung nicht gewahrt werden.

**bb. Erfüllung der weiteren Voraussetzungen gem. § 129 KVG LSA**

§ 129 Abs. 1 und 2 KVG LSA enthalten für die Beteiligung an Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts weitere spezifische Zulässigkeitsvoraussetzungen, so darf

1. der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso durch einen Zweckverband, einen Eigenbetrieb oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts erfüllt werden oder erfüllt werden können,
2. durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung muss sichergestellt sein, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird,



3. die Kommune einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens, erhält und dieser durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise gesichert wird,
4. die Haftung der Kommune auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird,
5. die Einzahlungsverpflichtungen der Kommune in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen und
6. die Kommune sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichtet.

§ 129 Abs. 2 KVG LSA bestimmt, dass die Regelungen des Absatzes 1 Nr. 2 bis 6 entsprechend gelten, wenn ein Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts, an dem eine Kommune allein oder zusammen mit anderen kommunalen Körperschaften mit mehr als 50 v. H. beteiligt ist, sich an einer Gesellschaft des privaten Rechts beteiligen oder eine Beteiligung aufrechterhalten will.

Auch diesen Anforderungen wird eine Beteiligung sachsen-anhaltinischer Kommunen regelmäßig gerecht werden können.

(1) So beachtet eine Beteiligung an der Genossenschaft die in **§ 129 Abs. 1 Nr. 1 KVG LSA** geregelte Voraussetzung. Der angestrebte öffentliche Zweck kann nämlich über die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen keineswegs ebenso zweckmäßig erfüllt werden. Ziel der Beteiligung an der Genossenschaft ist es, an den Möglichkeiten einer wirtschaftlichen Beschaffung im Wege der Inhouse-Vergabe über die ITEBO GmbH zu partizipieren. Die Genossenschaft übt dabei maßgeblich eine „Scharnierfunktion“ aus, in dem sich ausschließlich öffentliche Auftraggeber, insbesondere Kommunen an dieser Genossenschaft beteiligen können, die dann ihrerseits wiederum an der ITEBO GmbH als öffentlichem Auftraggeber beteiligt ist. Diese „Scharnierfunktion“ lässt sich aufgrund der komplexen Strukturen der § 129 Abs. 1 Nr. 1 KVG LSA beschriebenen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wesentlich besser und effektiver über eine Genossenschaft abwickeln. So ist der Erwerb einer Mitgliedschaft in einer Genossenschaft außerordentlich einfach ausgestaltet. Entsprechendes gilt für den Austritt. Allein dies sind bereits Vorteile, die im Vergleich mit den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, welche die Wahl des Genossenschaftsmodells mit Blick auf den angestrebten öffentlichen Zweck rechtfertigen. Die Satzung der ITEBO Einkaufs- und Dienstleistungsgenossenschaft e.G. beachtet ebenfalls die Vorgaben des **§ 129 Abs. 1 Nr. 2 KVG LSA**, denn nach Maßgabe der satzungsrechtlichen Regelungen (§ 3 der Satzung) ist ein Beitritt zu dieser Genossenschaft ausschließlich öffentlichen

Auftraggebern vorbehalten. Es ist also gewährleistet ist, dass der angestrebte öffentliche Zweck, wie oben beschrieben, dauerhaft erfüllt werden kann.

Im Fall einer Beteiligung eröffnet die Satzung der Genossenschaft ebenfalls, dass die Kommune einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens nach Maßgabe des **§ 129 Abs. 1 Nr. 3 KVG LSA** erhält, denn jede Kommune ist nicht nur in der jeweiligen Generalversammlung, welche über die grundsätzlichen Angelegenheiten der Genossenschaft nach näherer Maßgabe der satzungsrechtlichen Regelungen (vgl. §§ 24ff der Satzung) entscheidet stimmberechtigt, sondern hat darüber hinaus spezifische Rechte (§ 10 der Satzung), die bereits einen angemessenen Einfluss gewährleisten. Darüber hinaus kann jede Kommune Mitglied des Aufsichtsrates werden, dem ebenfalls umfassende Rechte nach näherer Maßgabe der satzungsrechtlichen Regelungen zugestanden werden, so dass auch über diese Regelung ein angemessener Einfluss auf ermöglicht wird. (vgl. im Einzelnen §§ 20ff der Satzung).

Die Haftung der Kommune ist im weiteren gemäß **§ 129 Abs. 1 Nr. 4 KVG LSA** nach Maßgabe der gesetzlichen und satzungsrechtlichen Regelungen, insbesondere der in § 38 der Satzung ausgeschlossenen Nachschusspflicht der Mitglieder auf einen angemessenen Betrag begrenzt und die Einzahlungsverpflichtungen (vgl. § 35 der Satzung) dürften mit einem Betrag von 1.000,00. € für den Erwerb eines Geschäftsanteils regelmäßig in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune stehen, so dass auch den Vorgaben **des § 129 Abs. 1 Nr. 5 KVG LSA** Rechnung getragen werden kann.

Schließlich wird durch die vorstehend benannten satzungsrechtlichen Regelungen gewährleistet, dass die sich beteiligenden Kommunen nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe gemäß **§ 129 Abs. 1 Nr. 6 KVG LSA** verpflichtet werden.

Nach alledem ist festzuhalten, dass eine Beteiligung von Kommunen an der ITEBO Einkaufs- und Dienstleistungsgenossenschaft e.G. regelmäßig die Voraussetzung des § 129 Abs. 1 Nr. 1-6 KVG LSA beachtet.

(2) Die vorstehenden Ausführungen für eine unmittelbare Beteiligung an der Genossenschaft gelten entsprechend mit Blick auf den Erwerb einer Beteiligung an der ITEBO GmbH durch die Genossenschaft, so dass den Voraussetzungen des § 129 Abs. 2 KVG LSA ebenfalls Rechnung getragen werden kann. Aufgrund der satzungsrechtlichen Ausgestaltung der Genossenschaft einerseits und den satzungsrechtlichen Regelung der ITEBO GmbH andererseits ist unseres Erachtens bereits gewährleistet, dass die nach § 129 Abs. 2 KVG LSA im Falle mittelbarer

Beteiligungen zu beachtenden Voraussetzungen des § 129 Abs. 1 Nr. 2 -6 KVG LSA Beachtung finden.

## **b) Nordrhein-Westfalen**

Die Zulässigkeit nicht wirtschaftlicher oder wirtschaftlicher Betätigung durch die Beteiligung an einem Unternehmen in privater Rechtsform ist in Nordrhein-Westfalen maßgeblich in den § 107 und § 108 GO NRW geregelt.

### **aa) Erfüllung der Voraussetzungen des § 107 GO NRW**

(1) Vergleichbar der Rechtslage in Sachsen Anhalt fordert auch § 108 Abs. 1 i.V.m. § 107 Abs. 1 Nr. 1 – 3 GO NRW als **Grundvoraussetzung, dass ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert, die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.**

Diese Grundvoraussetzungen werden regelmäßig von Kommunen aus dem Land Nordrhein-Westfalen, die sich an der Genossenschaft beteiligen wollen, erfüllt werden können. Es kann insoweit auf die vorstehenden Ausführungen zur Regelung im Land Sachsen-Anhalt verwiesen werden.

(2) Die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen macht im weiteren gemäß § 107 Abs. 3 und 4 GO NRW eine Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets davon abhängig, dass die berechtigten **Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind.** Auch diese Voraussetzung wird regelmäßig im Fall einer kommunalen Beteiligung an der Genossenschaft gewahrt sein. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur Rechtslage in Sachsen-Anhalt verwiesen werden.

(3) Abweichend von der Regelung in Sachsen-Anhalt verlangt die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen darüber hinaus in § 107 Abs. 5 GO NRW, dass vor der Entscheidung über die die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 der Rat auf der Grundlage einer **Marktanalyse über die Chancen und Risiken** des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements und über die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichtet wird. Den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und den für die

Beschäftigten der jeweiligen Branchen handelnden Gewerkschaften ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Marktanalysen zu geben.

Eine solche Marktanalyse sollte inhaltlich den Unternehmensgegenstand, das Marktumfeld, finanzielle Chancen und finanzielle Risiken abdecken. Hervorzuheben ist, dass ihr Ergebnis sowie die hierzu ergangenen Stellungnahmen den Rat nicht in seiner Entscheidung binden, sondern lediglich einen, wenn auch wichtigen Beitrag für die Entscheidung sowie die aufsichtsbehördliche Prüfung im Rahmen des Verfahrens nach § 115 GO NRW darstellen.<sup>13</sup>

#### **bb) Erfüllung der Voraussetzungen des § 108 GO NRW**

(1) § 108 GO NRW enthält weitere spezielle Voraussetzungen die bei kommunalen Beteiligungen zu erfüllen sind. Sie entsprechen inhaltlich – soweit sie für die zu prüfende Fallgestaltung einschlägig sind<sup>14</sup> - vielfach den Vorgaben des KVG LSA (§ 108 Abs. 1 Nrn. 1, 3, 4, 5, 6, 7), so dass insoweit auf die Ausführungen unter II., 4. a), bb) verwiesen werden kann.

(2) Zusätzliche Voraussetzungen für eine Beteiligung finden sich allerdings in § 108 Abs. 1 Nr. 8 und 9 GO NRW.

Danach muss bei Unternehmen und Einrichtungen in Gesellschaftsform gewährleistet sein, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, aufgrund des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden (§ 108 Abs. 1 Nr. 8) und gem. § 108 Abs. 1 Nr. 9 bei Unternehmen und Einrichtungen in Gesellschaftsform, vorbehaltlich weitergehender oder entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften, durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung gewährleistet ist, dass die für die Tätigkeit im Geschäftsjahr gewährten Gesamtbezüge im Sinne des § 285 Nr. 9 des Handelsgesetzbuches der Mitglieder der Geschäftsführung, des Aufsichtsrates, des Beirates oder einer ähnlichen Einrichtung im Anhang zum Jahresabschluss jeweils für jede Personengruppe sowie zusätzlich unter Namensnennung die Bezüge jedes einzelnen Mitglieds dieser Personengruppen unter Aufgliederung nach Komponenten im Sinne des § 285 Nr. 9 lit.a des Handelsgesetzbuches angegeben werden. Diese individualisierte Ausweisungspflicht nach der gesetzlichen Regelung gilt auch für:

---

<sup>13</sup> Vgl. im Einzelnen – auch zur Funktion - Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch GO NRW § 107 Anm. X

<sup>14</sup> Dies gilt z.B. nicht für die Vorgaben in § 108 Abs. 1 Nr. 2 und 10 GO NRW

- a) Leistungen, die den genannten Mitgliedern für den Fall einer vorzeitigen Beendigung ihrer Tätigkeit zugesagt worden sind,
- b) Leistungen, die den genannten Mitgliedern für den Fall der regulären Beendigung ihrer Tätigkeit zugesagt worden sind, mit ihrem Barwert sowie den von der Gesellschaft während des Geschäftsjahres hierfür aufgewandten oder zurückgestellten Betrag,
- c) während des Geschäftsjahres vereinbarte Änderungen dieser Zusagen und
- d) Leistungen, die einem früheren Mitglied, das seine Tätigkeit im Laufe des Geschäftsjahres beendet hat, in diesem Zusammenhang zugesagt und im Laufe des Geschäftsjahres gewährt worden sind.

Wir meinen, dass auch diese Vorgaben, die in der GO NRW noch näher ausdifferenziert werden, aufgrund der Ausgestaltung der satzungsrechtlichen Regelungen in der Genossenschaft und der ITEBO GmbH Rechnung getragen wird. Vorsorglich weisen wir darauf hin, dass die Kommunen insoweit bei der Aufsichtsbehörde Ausnahmen von diesen Vorgaben beantragen können.

#### **IV. Zusammenfassendes Ergebnis**

Nach alledem sind wir der Auffassung, dass eine Beteiligung von Kommunen aus Nordrhein-Westfalen und Sachsen Anhalt an der ITEBO Einkaufs- und Dienstleistungsgenossenschaft e.G. materiell-rechtlich keinen grundsätzlichen rechtlichen Bedenken unterliegt, um damit die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie kommunale Zusammenarbeit mit der ITEBO GmbH zu schaffen

Mit freundlichen Grüßen

Norbert Burke  
Rechtsanwalt

