

GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME

An: Eigenbetrieb it@M der Landeshauptstadt München – Dienstleister für
 Informations- und Telekommunikationstechnik der Stadt München

Von: **Dr. René Voigtländer, J.D. (USA)**
 Rechtsanwalt und Partner, Bird & Bird LLP

Simona Kiryakova
 Rechtsanwältin, Bird & Bird LLP

Datum: 27. Juli 2018

Betreff: **Kommunalwirtschaftsrechtliche Anforderungen an die Gründung
 der LHM IT-Berater GmbH ("GmbH") als zukünftige Tochterge-
 sellschaft der Landeshauptstadt München ("LHM")**

INHALTSVERZEICHNIS

A. Fragestellung.....	2
B. Zusammenfassung des wesentlichen Ergebnisses.....	2
C. Rechtliche Würdigung	3
I. Tätigwerden innerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge.....	3
1. "Klassische" kommunale Daseinsvorsorge	3
2. Kommunale Daseinsvorsorge kraft Sachzusammenhang	5
3. Kommunale Daseinsvorsorge im Wandel.....	6
4. Im Allgemeininteresse liegende Aufgabe im Sinne des Vergaberechts.....	9
5. Zwischenergebnis.....	10

II. Hilfsweise: Freistellung von mit der kommunalen Daseinsvorsorge zusammenhängenden Tätigkeiten vom Subsidiaritätsgrundsatz	11
1. Freistellung für Rand- und Annex Tätigkeiten	11
2. Erst recht (argumentum a fortiori): Freistellung von für die kommunale Daseinsvorsorge zwingend notwendigen Leistungen.....	12
3. Freistellung hinsichtlich der Auslagerung von IT-Services	13
III. Ergebnis	14

A. FRAGESTELLUNG

Ist das in Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 der Bayerischen Gemeindeordnung (BayGO) verankerte kommunalwirtschaftsrechtliche Prinzip der Subsidiarität anwendbar auf die Errichtung der GmbH im Hinblick auf im Rahmen des Gesellschaftszwecks und des Unternehmensgegenstands vorgesehene Tätigkeiten der GmbH, insbesondere wenn und soweit diese Tätigkeiten durch die GmbH innerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge erbracht werden sollen?

B. ZUSAMMENFASSUNG DES WESENTLICHEN ERGEBNISSES

Die GmbH wird laut ihrem vorgesehenen Gesellschaftszweck, Tätigkeitsbereich, Geschäftsmodell, Unternehmensgegenstand und ihrer Zweckbestimmung innerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge tätig werden. Daher ist der im Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO verankerte Subsidiaritätsgrundsatz auf die GmbH nicht anwendbar. Mithin ist hinsichtlich der Gründung der GmbH unerheblich, ob der die Errichtung der GmbH erfordernde öffentliche Zweck ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen Wirtschaftsteilnehmer erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

27.07.2018

Seite 3

C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

Das im Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO verankerte Subsidiaritätserfordernis, wonach die Gemeinde ein Unternehmen im Sinne des Art. 86 BayGO nur dann errichten darf, wenn

"bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann" [Hervorhebung durch die Verfasser],

kommt im Hinblick auf die Errichtung der GmbH nicht zur Anwendung, da die GmbH gemäß Gesellschaftszweck, Tätigkeitsbereich, Geschäftsmodell, Unternehmensgegenstand und Zweckbestimmung innerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge ("kDV") handeln wird (nachfolgend unter I.).

Selbst wenn die GmbH nicht innerhalb der kDV tätig würde, ist der kommunalwirtschaftliche Subsidiaritätsgrundsatz auf diese Gesellschaft nicht anwendbar, da sie für ihre Alleingesellschafterin und ausschließliche Auftraggeberin (LHM), der die GmbH im Wesentlichen wie eine nachgeordnete Dienststelle zugeordnet ist, essentielle Unterstützungsleistungen dergestalt erbringt, dass die LHM dadurch in die Lage versetzt wird, ihren gesetzlichen Auftrag im Rahmen der kDV ordnungsgemäß, effektiv und zeitgerecht erfüllen zu können (nachfolgend unter II.).

I. Tätigwerden innerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge

Die GmbH wird im Rahmen ihrer Unternehmenstätigkeit Leistungen der kDV im Sinne des Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO erbringen. Auf solche Leistungen ist das in Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO festgehaltene Subsidiaritätserfordernis nicht anwendbar.

1. "Klassische" kommunale Daseinsvorsorge

Es ist zunächst festzuhalten, dass die von der GmbH zu erbringenden IT-Dienstleistungen nicht eine klassische Tätigkeit innerhalb der kDV darstellen.

27.07.2018

Seite 4

a) Begriff

Der Begriff der "kommunalen Daseinsvorsorge" im Sinne des Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO ist nicht gesetzlich definiert. Es ist dennoch allgemein anerkannt, dass die kDV die Schaffung und Aufrechterhaltung von Umweltbedingungen umfasst, die für das Leben und Zusammenleben der Bürger in einer kommunalen Gesellschaft existentiell notwendig sind (Schulz, in: Mühlbauer/Schulz, Kommentar zu der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 2016, Art. 87, Ziffer 1.6).

Wesentliches Merkmal der kDV ist nämlich ihre Gemeinwohlorientiertheit, denn sie erfasst alle Leistungen der Verwaltung, die zur Befriedigung der Grundbedürfnisse der Bürger erforderlich sind (BGH, Urt. v. 10.02.2005 – III ZR 294/04).

b) Typische Tätigkeiten

Es gibt zwar keine abschließende Aufzählung von typischen Aufgaben, die zu der kDV gehören. Eine Auflistung kann jedoch dem Art. 83 Abs. 1 Bayerische Verfassung (BV) sowie dem Art. 57 BayGO entnommen werden, selbst wenn Art. 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BayGO nicht ausdrücklich auf diese Regelungen verweist (Schulz, in: Mühlbauer/Schulz, Kommentar zu der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 2016, Art. 87, Ziffer 1.6; Widtmann, Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, 24. EL, 2011, Art. 87 Rn. 37).

Demnach sind Tätigkeiten der kDV diejenigen Aufgaben, die eine Gemeinde erfüllen soll oder muss, also insbesondere die Folgenden:

- Einrichtungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Feuer-sicherheit, der öffentlichen Reinlichkeit, des öffentlichen Verkehrs, der Gesundheit, der öf-fentlichen Wohlfahrtspflege einschließlich der Jugendhilfe, des öffentlichen Unterrichts und der Erwachsenenbildung, der Jugendertüchtigung, des Breitensports und der Kultur- und Archivpflege (vgl. Art. 57 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BayGO);
- die Verwaltung des Gemeindevermögens und der Gemeindebetriebe; der örtliche Verkehr nebst Straßen- und Wegebau; die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und

27.07.2018

Seite 5

elektrischer Kraft; Einrichtungen zur Sicherung der Ernährung; Ortsplanung, Wohnungsbau und Wohnungsaufsicht; örtliche Polizei, Feuerschutz; örtliche Kulturpflege; Volks- und Berufsschulwesen und Erwachsenenbildung; Vormundschaftswesen und Wohlfahrtspflege; örtliches Gesundheitswesen; Ehe- und Mütterberatung sowie Säuglingspflege; Schulhygiene und körperliche Ertüchtigung der Jugend; öffentliche Bäder; Totenbestattung; Erhaltung ortsgeschichtlicher Denkmäler und Bauten (vgl. Art. 83 Abs. 1 BV).

Es bleibt zunächst festzuhalten, dass IT-Services in diesen Katalogen nicht ausdrücklich enthalten sind.

2. Kommunale Daseinsvorsorge kraft Sachzusammenhang

Nichtsdestotrotz sind die von der GmbH zu erbringenden IT-Dienstleistungen zur Ermöglichung und Unterstützung der Verwaltungsaufgaben der LHM als Tätigkeiten der kDV anzusehen, da ohne sie die klassischen Aufgaben der kDV (Gas- und Stromversorgung, Feuerschutz, örtliche Kulturpflege, etc.) nicht erbracht werden können. Insofern wäre von einer Daseinsvorsorge kraft Sachzusammenhang die Rede (Krämer, LKV 2016, 348, 350). Denn heutzutage ist undenkbar, die im Katalog des Art. 83 Abs. 1 BV bzw. des Art. 57 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BayGO aufgelisteten Aufgaben der kDV lediglich "auf Papier" effizient, zügig und bürgerfreundlich zu erbringen. Die Ausführung dieser Tätigkeiten ohne Software, ohne IT-basierte Programme für Speicherung, Verarbeitung und sonstige Nutzung von personenbezogenen Daten von Bürgern und Unternehmen, ohne Führung zentraler Register (vgl. Gröpl/Zukiwski, MstWR 2014, 77, 77, 81), ohne IT-gesteuerte Kommunikation mit sonstigen Trägern/Dienstleistern im Rahmen der kDV bei der täglichen Aufgabenausführung oder in Notfällen sowie ohne Internetauftritt (z.B. Online-Portale bzw. -Plattformen im Hinblick auf Gasversorgung, etc.) zum Zweck einer vereinfachten und aufwandfreien Handhabung durch die Bürger einer Kommune ist realitätsfremd und würde zweifelsfrei zum Nachteil der Bürger gehen. Ohne diese IT-gestützten und IT-gesteuerten Vorgänge wäre die Erbringung der oben genannten Leistungen der kDV in der Form und Effizienz, in der sie heute notwendig ist und berechtigterweise erwartet wird, unmöglich.

27.07.2018

Seite 6

Eine derartige Kompetenz kraft Sachzusammenhang ist im Hinblick auf die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 71, 73 Abs. 1 GG auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene bereits ausdrücklich anerkannt worden. Eine Kompetenz kraft Sachzusammenhang besteht demnach, wenn

"[...] eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also ein Übergreifen in nicht ausdrücklich zugewiesene Materien unerlässliche Voraussetzung ist für die Regelung einer der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie." (BVerfG, NJW 1999, 841; Bäumerich, JuS 2018, 123, 127) [Hervorhebung durch die Verfasser]

Dieser aus dem Grundgesetz stammende Rechtsgedanke kann auch bei der Ermittlung des Gehalts und Umfangs der kDV entsprechend angewandt werden (vgl. Krämer, LKV 2016, 348, 350). Demnach sind sämtliche Dienstleistungen ebenfalls als Tätigwerden innerhalb der kDV anzusehen, soweit sie eine zwingende Voraussetzung für die Erfüllung der ausdrücklich geregelten Aufgaben der kDV darstellen und ohne sie die kDV nicht, nicht vollständig, nicht rechtzeitig oder qualitativ nur unzureichend gewährleistet werden kann.

Da heutzutage die Verwaltungsvorgänge im Rahmen der kDV fast ausschließlich IT-gesteuert bzw. IT-gestützt sind (vgl. vorstehende Ausführungen), sind die von der GmbH für die LHM zu erbringenden IT-Dienstleistungen selbst als Aufgaben der kDV anzusehen.

3. Kommunale Daseinsvorsorge im Wandel

Aber auch ohne Rückgriff auf das Institut der Kompetenz/Daseinsvorsorge kraft Sachzusammenhang ist von einem weiten Begriff der kDV, insbesondere unter Berücksichtigung der technologischen Entwicklungen und gesellschaftlichen Erwartungen, auszugehen. Demnach wäre die Schaffung einer kommunaleigenen IT-Infrastruktur durch die GmbH der kDV zuzuordnen.

a) Wandelbarer Begriff

Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass der Begriff der Daseinsvorsorge wandelbar ist und dass die von der Grundversorgung umfasste Infrastruktur den aktuellen konkreten wirtschaftlichen, sozialen und technischen Anforderungen anzupassen ist (Luch/Schulz, MMR 2009, 19, 21). Ein solches dynamisches Verständnis, losgelöst von traditionellen und historisch überlieferten Vorstellungen, ist auch im Rahmen der Beurteilung des Begriffes des öffentlichen Zwecks gemäß Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO anerkannt (Schulz, in: Mühlbauer/Schulz, Kommentar zu der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 2016, Art. 87, Ziffer 1.3.1) und wäre auch im Rahmen des Begriffes der kDV entsprechend anzuwenden. Demzufolge wäre auch die Schaffung der für die kDV notwendigen IT-Infrastruktur jedenfalls heutzutage, nach einem modernen, in der Gesellschaft verbreiteten Verständnis selbst eine unverzichtbare Aufgabe im Rahmen der kDV.

b) Europarechtskonforme Auslegung: Dienstleistungen vom allgemeinen wirtschaftlichen Interesse

Dieses Ergebnis wird bekräftigt durch den Vergleich zwischen dem Begriff der kDV und dem europarechtlich determinierten Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ("DAWI").

aa) Begriff und Reichweite

DAWI sind "wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden" (vgl. Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAWI-Leitfaden), 2013, S. 20).

27.07.2018

Seite 8

Es wird mehrheitlich vertreten, dass DAWI unter anderem die sog. "e-Daseinsvorsorge" mit umfasst, d.h. Informations- und Kommunikationstechnologien sowie die dazu notwendigen Infrastrukturen (Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 63. EL, 2017, Art. 106 Rn. 127; Wernicke, EuZW 2015, 281, 283; Luch/Schulz, MMR 2009, 19, 21). Unter DAWI könnte man durchaus die zur organisatorischen Durchführung von gesetzlichen Aufgaben erforderlichen internen Dienstleistungen, z.B. IT-Services, verstehen (Struve, EuZW 2009, 805, 809).

bb) Übertragung auf die kommunale Daseinsvorsorge

Die vorstehenden Feststellungen hinsichtlich der Reichweite der DAWI lassen sich auf die kDV im Wege einer rechtlich gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung des Begriffs der kDV übertragen.

Eine solche europarechtskonforme Auslegung des Begriffes der Daseinsvorsorge ist wichtig vor allem für die Frage nach der Zulässigkeit von nationalen Beihilfen gemäß Art. 106 ff. AEUV (vgl. auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, 2004, S. 14). Dies gilt umso mehr, als nach herrschender Meinung die in der europarechtlichen Terminologie als "DAWI" gekennzeichneten Leistungen im Wesentlichen dem deutschen Begriff der "Daseinsvorsorge" entsprechen (Knauff, EnWZ 2015, 51, 53; Dörr, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 99 Rn. 23; Luch/Schulz, MMR 2009, 19, 20).

Zwar verfügen die nationalen, regionalen und lokalen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Festlegung dessen, was sie als DAWI (und dementsprechend auch weitergehend als Daseinsvorsorge) ansehen, über einen weiten Ermessensspielraum, der nach dem klassischen deutschen Verwaltungsrechtsverständnis als Beurteilungsspielraum zu qualifizieren wäre, da er auf der Tatbestandsseite angewandt wird. Allerdings wird dieser (europarechtlich sog.) Ermessensspielraum durch das Recht der Europäischen Union und durch die Überprüfung auf offenkundige Beurteilungsfehler eingegrenzt (DAWI-Leitfaden, 2013, S. 22, 23).

27.07.2018

Seite 9

Auch in Anbetracht dieses weiten Ermessensspielraums der deutschen Behörden und Gerichte wären die von der GmbH zu erbringenden IT-Dienstleistungen als DAWI und somit im Ergebnis als kDV anzusehen.

4. Im Allgemeininteresse liegende Aufgabe im Sinne des Vergaberechts

Jedenfalls im Rahmen ihrer nachfolgenden wirtschaftlichen Betätigung (d.h. im Stadium nach erfolgreicher und rechtmäßiger Errichtung) wäre die GmbH als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Nr. 2 Hs. 1 GWB anzusehen, denn sie wird zu dem besonderen Zweck gegründet, "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

Wenn dies aber bejaht wird, ist es nur konsequent, dass die von der GmbH zu erbringenden IT-Dienstleistungen auch auf der vorgelagerten Stufe (d.h. bei der gesellschaftsrechtlichen Errichtung der GmbH) als Tätigwerden innerhalb der kDV eingestuft werden.

a) IT-Services als im Allgemeininteresse liegende Aufgabe

In der vergaberechtlichen Rechtsprechung wurde mehrfach bestätigt, dass der Betrieb einer kommunalen EDV-Zentrale, die u.a. Rechenzentren betreiben und lokale Netzwerke installieren soll, um damit die Verwaltungstätigkeit der beteiligten Gemeinden zu unterstützen, eine Gemeinwohlaufgabe darstellt, selbst wenn diese Aufgabe auf eine Gesellschaft des privaten Rechts ausgelagert ist (vgl. Dörr, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 99 Rn. 75 mit weiterführenden Hinweisen).

Eine solche Gesellschaft des Privatrechts ist nämlich zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn sie den Gesellschaftern (d.h. den beteiligten Kommunen) bei der Ausführung der diesen obliegenden gesetzlichen Aufgaben IT-Unterstützung gewährt (vgl. VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 03.06.2002 - Az.: 1 VK 20/02; Weyand, in: Weyand, Vergaberecht GWB, 2015, § 98 Rn. 199). Denn im Allgemeininteresse liegt auch die Bereitstellung oder Beschaffung der für die Durchführung dieser Aufgaben notwendigen IT-Infrastruktur, selbst wenn die kommunalen Gesellschafter diese Tätigkeit zu einem großen Teil auf eine privatrechtliche Gesellschaft

27.07.2018

Seite 10

ausgegliedert haben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2003 - Verg 67/02; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.06.2013 – VII-Verg 55/12 hinsichtlich der Erbringung von IT-Leistungen für die Bundeswehr im Bereich der nichtmilitärischen Informationstechnik durch eine GmbH).

b) Anwendung auf den Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge

Die vorstehende Rechtsprechung kann auf die hiesige Analyse, ob eine bestimmte Tätigkeit zum Kreis der kDV gehört, sinngemäß übertragen werden.

Die entsprechende Anwendung des Vergaberechts würde zur Folge haben, dass die von der GmbH zu erbringenden IT-Dienstleistungen zugleich als Aufgaben der kDV einzustufen sind. Denn es ist anerkannt, dass der im Vergaberecht verankerte Begriff der "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" im Wesentlichen dem kommunalrechtlichen Begriff der Daseinsvorsorge entspricht (so Keller/Hellstern, NZBau 2018, 323, 323).

Zudem stellen die Errichtung eines Unternehmens des Privatrechts (Art. 86 ff. BayGO) und die nachfolgende Betätigung dieses Unternehmens als Dienstleister für die errichtenden Kommunen bzw. als öffentlicher Auftraggeber (§§ 97 ff. GWB) zwei zusammengehörige Stufen der Existenz des kommunalen Unternehmens dar (Keller/Hellstern, NZBau 2018, 323, 323). Aus diesem Grund sind das Recht der kommunalen Wirtschaftsbetätigung und das Vergaberecht nicht isoliert voneinander, sondern notwendig verzahnt zu betrachten.

Mit anderen Worten: Sofern man anerkennt, dass ein kommunaler IT-Dienstleister Aufgaben im Allgemeininteresse erbringt, ist dementsprechend davon auszugehen, dass er zugleich innerhalb der kDV tätig wird.

5. Zwischenergebnis

Die GmbH wird gemäß Unternehmensgegenstand, Geschäftszweck, Zweckbestimmung und Gesellschaftszweck Leistungen der kDV erbringen. Aus diesem Grund ist der Subsidiaritätsgrundsatz gemäß Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO auf die GmbH nicht anwendbar.

II. Hilfsweise: Freistellung von mit der kommunalen Daseinsvorsorge zusammenhängenden Tätigkeiten vom Subsidiaritätsgrundsatz

Selbst wenn die GmbH nicht selber innerhalb der kDV tätig würde, wäre der Subsidiaritätsgrundsatz auf sie dennoch nicht anwendbar, da sie für ihre Alleingesellschafterin und ausschließliche Auftraggeberin (LHM), der die GmbH im Wesentlichen wie eine nachgeordnete Dienststelle zugeordnet ist, essentielle Unterstützungsleistungen dergestalt erbringt, dass die LHM erst dadurch in die Lage versetzt wird, ihren gesetzlichen Auftrag im Rahmen der kDV ordnungsgemäß, effektiv und zeitgerecht erfüllen zu können.

1. Freistellung für Rand- und Annextätigkeiten

Die IT-Dienstleistungen, die die GmbH für die LHM, deren Referate und Eigenbetriebe erbringen wird, teilen jedenfalls als zulässige Rand- bzw. Annextätigkeit das Schicksal der eigentlichen Aufgabe der LHM innerhalb der kDV.

Tätigkeiten, durch die Aufgabenausführungen der kDV ergänzt oder gar erst ab initio ermöglicht werden, stellen grundsätzlich Rand- bzw. Hilfstätigkeiten außerhalb des Kernbereichs der kDV dar. Solche Rand-/Hilfstätigkeiten sind insbesondere im Zusammenhang mit der Strom-, Gas- und Wasserversorgung sowie dem öffentlichen Verkehr relevant und rechtlich anerkannt (Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Kommentar zur Gemeindeordnung NRW, 43. EL, 2016, § 107 S. 42).

Es ist mittlerweile herrschende Meinung, dass solche Dienstleistungen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Strom-, Gas- und Wasserversorgung sowie des öffentlichen Verkehrs und des Betriebs von Telekommunikationsleitungsnetzen erbracht werden, nicht dem Subsidiaritätsprinzip unterliegen, soweit sie im Verhältnis zum Kerngeschäft selbst eine untergeordnete Rolle spielen (vgl. NRW LT-Drs. 12/3947, S. 94 f.; Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Kommentar zur Gemeindeordnung NRW, 43. EL, 2016, § 107 S. 44).

Das Subsidiaritätsprinzip wäre auch nicht auf "kapazitätserweiternde Annextätigkeiten" (z.B. Installations- und Beratungsleistungen eines kommunalen Energieversorgungsunterneh-

27.07.2018

Seite 12

mens), anwendbar, soweit hierdurch ein öffentlicher Zweck unmittelbar verfolgt wird (Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Kommentar zur Gemeindeordnung NRW, 43. EL, 2016, § 107 S. 46). Es darf einem kommunalen Unternehmen nämlich nicht verboten sein, sich am Wettbewerb um die Erbringung von Gesamtleistungen (Kernbereich der kDV samt Annexstätigkeit) zu beteiligen, da es ansonsten auch seine dem öffentlichen Zweck dienende Hauptaufgabe nicht mehr erfüllen könnte und sein Ausscheiden aus dem Wettbewerb damit unmittelbar zum Nachteil von Verbrauchern und Kunden gehen würde (Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Kommentar zur Gemeindeordnung NRW, 43. EL, 2016, § 107 S. 47). Es ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass der "öffentliche Zweck", auf dem die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen abstellt, im Rahmen der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern einem Tätigwerden innerhalb der kDV entspricht. Aus diesem Grund kann die im Land Nordrhein-Westfalen herrschende Meinung im Hinblick auf die Freistellung von Annexstätigkeiten vom Subsidiaritätsgrundsatz auf Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO sinngemäß übertragen werden.

So wurde auch entschieden, dass eine Tätigkeit, die schwerpunktmäßig in dem Erwerb, der Bebauung und der Veräußerung von Grundstücken besteht, der kDV zugeordnet werden kann und deren Schicksal dann teilt, wenn und soweit die Art der geplanten Bebauung Zwecken der kDV dient (VGH Mannheim, Beschl. v. 29.11.2012, NVwZ-RR 2013, 328).

Somit sind IT-Services, die unmittelbar der Erfüllung von Aufgaben der kDV dienen, vom Subsidiaritätserfordernis nach Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO freigestellt.

2. Erst recht (argumentum a fortiori): Freistellung von für die kommunale Daseinsvorsorge zwingend notwendigen Leistungen

Die vorstehenden Ausführungen zu Rand- und Annexstätigkeiten gelten erst recht für Dienstleistungen, die zwar selber keine Tätigkeiten innerhalb der kDV sind, aber die Stadt so maßgeblich unterstützen, dass sie ohne diese Unterstützung vollständig außerstande wäre, die ihr obliegenden Leistungen der kDV gegenüber ihren Bürgern und Unternehmen zu erbringen. Denn in diesem Fall handelt es sich nicht um eine bloße Annexstätigkeit im Zusammenhang

27.07.2018

Seite 13

mit der kDV, sondern vielmehr um eine zwingende Voraussetzung (*conditio-sine-qua-non*) für die Verwirklichung der kDV.

So stellt sich auch der Fall bei der Errichtung der GmbH dar: Die GmbH wird essentielle Unterstützungsleistungen dergestalt erbringen, dass die LHM erst dadurch überhaupt in die Lage versetzt wird, ihren gesetzlichen Auftrag im Rahmen der kDV ordnungsgemäß, effektiv und zeitgerecht erfüllen zu können.

3. Freistellung hinsichtlich der Auslagerung von IT-Services

Das Subsidiaritätsprinzip ist insbesondere auf die Auslagerung von IT-Services auf Unternehmen des Privatrechts nicht anzuwenden, soweit diese IT-Services ausschließlich oder fast ausschließlich für den oder die Gesellschafter erbracht werden.

Der Gründung einer Servicegesellschaft, die gerade für die Muttergesellschaft oder die Muttergebietskörperschaft IT-Services erbringt und dieser hierdurch die Wahrnehmung einer Infrastrukturaufgabe (z.B. Energieversorgung, ÖPNV) erst ermöglicht, steht das Subsidiaritätsprinzip nicht entgegen (Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Kommentar zur Gemeindeordnung NRW, 43. EL, 2016, § 107 S. 48). Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich diese Tätigkeit im Rahmen des zulässigen Zwecks der Muttergesellschaft bewegt und diese Serviceleistungen ausschließlich für die Muttergesellschaft erbracht werden (Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Kommentar zur Gemeindeordnung NRW, 43. EL, 2016, § 107 S. 48).

Sofern mit der Servicegesellschaft hingegen "Markteröffnung" beabsichtigt wird und die Dienstleistungen auch für fremde Dritte erbracht werden sollen, dürfte diese Tätigkeit (als Annex-tätigkeit oder als selbständige wirtschaftliche Betätigung) auch dann zulässig sein, soweit das für Dritte erbrachte Fremdgeschäft im Verhältnis zum für die Muttergesellschaft erbrachten Eigengeschäft qualitativ und quantitativ lediglich eine untergeordnete Bedeutung aufweist (Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Kommentar zur Gemeindeordnung NRW, 43. EL, 2016, § 107 S. 48). Dies wäre jedenfalls dann zu bejahen, wenn Fremdgeschäfte weniger als 10 % der Gesamtbetätigung der neuen Gesellschaft ausmachen (Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Kommentar zur Gemeindeordnung NRW, 43. EL, 2016, § 107 S. 48).

27.07.2018

Seite 14

Da die GmbH ausschließlich für die LHM IT-Dienstleistungen erbringen wird, sind die oben genannten Anforderungen an die Auslagerung von IT-Services erfüllt, mit der rechtlichen Folge, dass der Subsidiaritätsgrundsatz keine Anwendung findet.

III. Ergebnis

Die von der GmbH zu erbringenden IT-Dienstleistungen unterliegen nicht dem Subsidiaritätsgrundsatz gemäß Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO. Deswegen ist es im Hinblick auf die Errichtung der GmbH irrelevant, ob ein anderes privatwirtschaftliches Unternehmen dieselben Dienstleistungen ebenso gut und wirtschaftlich erbringt oder erbringen kann. Diese Prüfungsstufe wird strukturell gar nicht erreicht, da es schon tatbestandlich auf sie nicht mehr ankommt.
