

Gutachten zur Errichtung eines Kompetenzzentrums Digitale Wasserwirtschaft in Nordrhein- Westfalen

Erstattet durch:

Prof. Dr. Alexander Schink, Rechtsanwalt

Dr. Matthias Ganske, Rechtsanwalt

Dr. Clemens Holtmann, Rechtsanwalt

Matthias Flotmann, Rechtsanwalt

Julian Ley, Rechtsanwalt

Bonn/Brüssel, im September 2019

Berlin Leipziger Platz 3 · 10117 Berlin · berlin@redeker.de

Bonn Willy-Brandt-Allee 11 · 53113 Bonn · bonn@redeker.de

Brüssel 172, Av. de Cortenbergh · 1000 Brüssel · bruessel@redeker.de

Leipzig Mozartstraße 10 · 04107 Leipzig · leipzig@redeker.de

London 4 More London Riverside · London, SE1 2AU · london@redeker.de

München Maffeistraße 4 · 80333 München · muenchen@redeker.de

www.redeker.de

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt.....	7
B. Aufgabenstellung	12
C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Handlungsvorschlag	14
I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	14
II. Handlungsvorschlag	19
1. Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform?	19
2. Vorschlag für die Wahl der privaten Rechtsform	19
3. Gesellschaftsstruktur	20
4. Beihilfenrechtliche Bewertung.....	20
D. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Gründungsträger	21
I. Zulässigkeit einer Beteiligung der Gründungsträger am KDW.....	21
1. Land NRW	22
a) Organisationshoheit des MULNV NRW bei der Erledigung seiner Aufgaben	22
b) Kompetenzen des MULNV NRW	23
2. Sondergesetzliche Wasserwirtschaftsverbände.....	25
3. Kommunale Wasserwirtschaftsunternehmen	28
4. Zwischenergebnis	30
II. Wahl der Organisationsform.....	31
1. Land NRW	31
a) Beschränkung der Einzahlungsverpflichtung des Landes, § 65 Abs. 1 Nr. 2 LHO NRW	35
b) Weitere organisationsrechtliche Vorgaben	35
2. Sondergesetzliche Wasserverbände	36
3. Kommunale Unternehmen	37
a) Wirtschaftliche Betätigung durch das KDW?.....	37
aa) Einrichtungen des Umweltschutzes	37
bb) Deckung des Eigenbedarfs	38
cc) Unternehmen der Trinkwasserversorgung	39
b) Zulässige Form der Aufgabenwahrnehmung	40

c) Mittelbare kommunale Beteiligung/Gemischtwirtschaftliche kommunale Unternehmen	42
d) Weitere Anforderungen aus § 108 Abs. 1 GO NRW	43
e) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen	44
aa) Zweckverband	44
bb) AöR/Gemeinsames Kommunalunternehmen	44
cc) (Kommunale) Arbeitsgemeinschaft	45
dd) Öffentlich-rechtliche Vereinbarung	46
f) Zwischenergebnis	47
III. Ergebnis zu D.	48
E. Gesellschaftsrecht	49
I. Vorbemerkungen	49
II. Rechtsformen des Privatrechts	49
1. Aktiengesellschaft	50
2. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	50
3. GmbH & Co. KG	51
4. Eingetragene Genossenschaft	51
5. Stiftung des bürgerlichen Rechts	52
6. Eingetragener Verein	52
a) Einleitung	52
b) Abgrenzung zum wirtschaftlichen Verein	53
c) Gründung eines Vereins	56
d) Struktur eines Vereins	56
e) Folgerungen für den vorliegenden Fall	57
aa) Gesellschaftsrechtliche Strukturüberlegungen	57
bb) Öffentlich-rechtliche Erwägungen	59
cc) Vergaberechtliche Erwägungen	59
dd) Gemeinnützigkeitsrechtliche Erwägungen	60
7. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	61
a) Einleitung	61
b) Gründung der GmbH	61
c) Folgerungen für den vorliegenden Fall	63
aa) Gesellschaftsrechtliche Strukturüberlegungen	63
bb) Öffentlich-rechtliche Erwägungen	65

cc) Vergaberechtliche Erwägungen	65
dd) Gemeinnützigkeitsrechtliche Erwägungen.....	65
III. Zusammenfassung	66
F. Vergaberecht	68
I. Vorbemerkungen	68
II. Gründung eines gemeinsamen, in-house-fähigen Rechtssubjekts gemäß § 108 Abs. 4 GWB.....	70
1. Schritt 1: Gründung einer in-house-fähigen Rechtsform	70
2. Schritt 2: Beauftragung des in-house-fähigen Rechtssubjekts durch die bzw. einzelne Träger mit der Erbringung von Leistungen.....	71
a) Beherrschung durch öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB.....	72
aa) Potentielle Gründungsträger mit unzweifelhafter öffentlicher Auftraggebereigenschaft im Sinne von § 99 Nr. 1 oder 2 GWB	72
bb) Potentielle Gründungsträger mit naheliegender, aber noch nicht abschließend überprüfbarer öffentlicher Auftraggebereigenschaft im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB.....	73
cc) Potentielle Gründungsträger mit zweifelhafter und im Einzelfall ggf. noch zu prüfender öffentlicher Auftraggebereigenschaft im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB	77
b) Juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts	77
c) Gemeinsame ähnliche Kontrolle wie über eine Dienststelle (§ 108 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 5 GWB)	78
d) Überwiegende Tätigkeit für den Auftraggeber (§ 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB)	82
e) Keine (direkte) private Kapitalbeteiligung (§ 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB) .	82
aa) Begriff der Kapitalbeteiligung	83
bb) Keine mittelbare Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer	84
cc) Kapitalbeteiligung am Auftraggeber.....	86
dd) Vorliegend.....	87
(1) Sondergesetzliche Wasserverbände	87
(2) Privatrechtliche organisierte Unternehmen mit privaten Kapitalbeteiligungen	87
f) Zwischenergebnis und Fazit.....	89
III. Vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB	90

1. Vertrag zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB (bzw. Sektorenauftraggebern im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB).....	91
a) Vertrag.....	91
b) Keine Beschränkung der Anzahl an Kooperationspartnern	91
c) Beteiligung von zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB (bzw. Sektorenauftraggebern im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB)	92
2. Zusammenarbeit zur Sicherstellung der von den Kooperationspartnern zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele (§ 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB).....	92
a) Gegenstand der Zusammenarbeit: öffentliche Dienstleistungen aller beteiligten öffentlichen Auftraggeber und gemeinsame Ziele	93
b) Dienstleistungen	96
c) Kooperativer Charakter	96
aa) Erbringung von nicht notwendiger Weise gleichartigen und gleichwertigen Sachbeiträgen durch die einzelnen Kooperationspartner	96
bb) Zulässigkeit rein finanzieller Beiträge der Kooperationspartner? ..	97
cc) Vorliegend.....	99
3. Ausschließliche Bestimmung durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse (§ 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB)	99
a) Bestehen eines öffentlichen Interesses.....	99
b) Keine Besserstellung von Privaten.....	101
4. 20 %-Grenze (§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB i. V. m. § 108 Abs. 7 GWB	103
5. Zwischenergebnis.....	105
IV. Unzulässigkeit einer entgeltlichen Leistungsbeschaffung durch das KDW oder an ihm beteiligter Träger von Nicht-Trägern.....	106
G. Beihilfenrecht.....	107
I. Der Tatbestand der staatlichen Beihilfe, Art. 107 Abs. 1 AEUV	108
1. Gewährung aus staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Mitteln.....	108
2. Begünstigung.....	109
a) Finanzierungsbeitrag des MULNV NRW.....	110
b) (Finanzierungs-)Beiträge der anderen öffentlichen Gründungsträger .	111
c) Zwischenergebnis.....	113
3. Unternehmensqualität des KDW	113
a) (Förder-)Beratungsangebot des KDW	115

b) Sonstige Tätigkeiten des KDW	116
c) Zwischenergebnis.....	118
4. (Drohende) Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	118
5. Zwischenergebnis.....	120
II. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt (Art. 27 AGVO).....	120
1. Art. 27 AGVO, Beihilfen für Innovationscluster	121
a) Innovationscluster (Art. 2 Abs. 92 AGVO)	121
b) Clusterbetreiber als Beihilfenempfänger (Art. 27 Abs. 2 AGVO).....	122
c) Diskriminierungsfreier Zugang (Art. 27 Abs. 3 AGVO).....	122
d) Marktübliches Entgelt für Nutzung der Anlagen und Beteiligung an Tätigkeiten des Clusters (Art. 27 Abs. 4 AGVO)	123
e) Beihilfefähige Kosten (Art. 27 Abs. 5 und Abs. 8 AGVO)	125
f) Einhaltung der Anmeldeschwelle (Art. 4 Abs. 1 lit. k) i. V. m. Art. 8 AGVO).....	125
g) Beihilfeintensität (Art. 27 Abs. 6 und Abs. 9 AGVO).....	126
h) Allgemeine Freistellungsvoraussetzungen (Kapitel I der AGVO)	129
aa) Transparenz der Beihilfe (Art. 5 AGVO)	130
bb) Anreizeffekt der Beihilfe (Art. 6 AGVO).....	131
cc) Veröffentlichungs- und Berichtspflichten (Art. 9 und Art. 11 AGVO)	132
2. Zwischenergebnis.....	132
H. Steuerrecht	133

A. Sachverhalt

In Nordrhein-Westfalen (NRW) sind im bundesweiten und internationalen Vergleich an verschiedenen Stellen und bei verschiedenen Organisationen große Kompetenzen zur Digitalisierung der Wasserwirtschaft vorhanden. Das gilt sowohl für Wasserwirtschaftsunternehmen als auch verschiedene Forschungseinrichtungen sowie darüber hinaus auch für in NRW ansässige Unternehmen der Umweltwirtschaft und der Informations- und Kommunikationstechnik.

Vor dem Hintergrund der fortschreitenden und erforderlichen Digitalisierung ist beabsichtigt, in NRW ein sog. „Kompetenzzentrum Digitale Wasserwirtschaft (KDW)“ zu errichten. Inhaltliche Themenschwerpunkte des KDW sollen dabei sein

- digitale Technologien zur Gestaltung wasserwirtschaftlicher Prozesse und für deren Planung und Überwachung,
- Konzepte und Technologien zur Erhöhung der IT Sicherheit,
- Konzepte und Algorithmen zur Nutzung der Potentiale von Big Data sowie
- Angebote zur Weiterentwicklung digitaler Kompetenzen in Wasserwirtschaftsunternehmen und Behörden (Veranstaltungen, Seminare, Showrooms, Beratungen).

Träger des KDW sollen das Land NRW, vertreten durch das Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen (MULNV NRW), sondergesetzliche Wasserverbände sowie kommunale Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsunternehmen sein.

Mit folgenden Trägern wird aktuell geplant:

- Arbeitsgemeinschaft der Wasserverbände in NRW und / oder deren Mitglieder
 - Aggerverband
 - Bergisch-Rheinischen Wasserverband (BRW)
 - Emschergenossenschaft/Lippeverband
 - Erftverband
 - Linksniederrheinische Entwässerungs-Genossenschaft (LINEG)
 - Niersverband

- Ruhrverband
- Wahnbachtalsperrenverband
- Wasserverband Eifel-Rur
- Wupperverband
- Wasserversorger
 - Gelsenwasser AG
 - Wasserwerke Westfalen GmbH
 - RWW Rheinisch-Westfälische Wasserwerksgesellschaft mbH
 - WAG Wassergewinnungs- und -aufbereitungsgesellschaft Nordeifel mbH
 - Rheinenergie AG
 - Stadtwerke Düsseldorf AG
 - Wassergewinnung Essen GmbH
 - WSW Wuppertaler Stadtwerke GmbH
- Große Stadtentwässerungsbetriebe
 - Stadtentwässerungsbetriebe Düsseldorf (SEBD)
 - Stadtentwässerungsbetrieb Paderborn
 - ggf. auch die Stadtentwässerungsbetriebe Köln, AöR

Darüber hinaus wird/wurde ggf. auch eine Beteiligung der RWE AG und/oder der RAG AG erwogen.

Es besteht die Absicht, dass diese Beteiligten das KDW in NRW gründen. Die Rechtsform des KDW ist dabei bislang offen.

Beabsichtigt ist weiter, das finanzielle Engagement der Gründungs-Träger am KDW auf drei Jahre zu befristen. Nach der bisherigen Planung sollen die erwarteten Kosten von jährlich 800.000,00 € zur Hälfte aus Mitteln des MULNV NRW und zur Hälfte aus Mitteln der anderen Gründungspartner aufgebracht werden. Weiter sollen die Wasserwirtschaftsunternehmen neben Budgetmitteln auch Eigenleistungen wie Raumangebote für Seminare, Referenten u. a. einbringen.

Im Einzelnen soll das KDW folgende Aufgaben erfüllen:

- **Kompetenzaufbau und Wissensmanagement**

Das Kompetenzzentrum Digitale Wasserwirtschaft NRW soll die Unternehmen der Wasserwirtschaft in NRW dabei unterstützen, agile Entscheidungen zur digitalen Transformation zu treffen, ihre digitale Kompetenz weiter zu entwickeln und sich zukunftsfit aufzustellen.

- **Wissensmanagement**

Kernelement dazu ist ein effizientes Wissensmanagement, welches die vielen, sich hochdynamisch entwickelnden Informationen zu und Erfahrungen mit der Digitalisierung von wasserwirtschaftlichen Prozessen sowie neue Erkenntnisse aus der (angewandten) Forschung bündelt, neue Technologien am Markt erfasst und auf ihre Anwendbarkeit hin beurteilt und dieses Wissen, bezogen auf die verschiedenen Fragestellungen der Anwender in NRW, gezielt an diese weiter vermittelt. Dabei geht es sowohl um technologische als auch um prozessuale, organisatorische und beschäftigtenorientierte Aspekte.

- **Wissenstransfer / Veranstaltungen**

Die Kompetenzvermittlung soll möglichst passgenau angeboten werden, d. h. sie soll jeden dort abholen, wo er steht. Hierzu sollen regelmäßig Veranstaltungen und Workshops zu verschiedenen Themen und für verschiedene Zielgruppen organisiert werden.

- **Netzwerkaktivitäten**

Der (informelle) Erfahrungsaustausch ist ein wichtiger Aspekt bei der Digitalisierung der Wasserwirtschaft. Persönliche Kontakte helfen, z. B. bei der Implementierung neuer Technologien, da auf einen größeren Erfahrungsschatz zurückgegriffen werden kann. Ferner sollen Austausch und Diskussion gepflegt werden, da so auch neue Ideen für z. B. neue Betriebsweisen oder Entwicklungsbedarf ausgewiesen werden können.

Das Kompetenzzentrum soll ein geeignetes Konzept für Netzwerkaktivitäten anbieten. Mögliche Elemente dazu können sein: Newsletter, Exkursionen, regionale Stammtische, Netzwerkveranstaltungen, o. ä.

- **Öffentlichkeitsarbeit**

Die Aktivitäten des Kompetenzzentrums sollen in geeigneter Form (z. B. durch Pressemitteilungen, Zeitschriftenartikel, Policy-Papiere o. ä.) an die (Fach-) Öffentlichkeit

und in die Politik kommuniziert werden. Das Kompetenzzentrum soll über die Landesgrenze hinaus sichtbar sein.

- **Homepage**

Wichtiges Element der Außendarstellung ist eine Homepage, welche

- erste Informationen zum Kompetenzzentrum barrierefrei der (Fach-)Öffentlichkeit zur Verfügung stellt,
- über das Beratungs- und Veranstaltungsangebot informiert,
- Beispiele gelungener Projekte darstellt und
- Projektaufrufe bekannt gibt.

- **Beratung**

Die zweite wichtige Aufgabe des Kompetenzzentrums ist die Beratung der kommunalen Unternehmen und Betriebe.

- **Individuelle Beratung**

Neue Technologien zu implementieren ist immer auch mit Unsicherheiten verbunden. Um im Vorfeld eine objektive Einschätzung der Vor- und Nachteile treffen zu können, sind herstellerunabhängige Beratungsangebote wichtig. Dies soll vom Kompetenzzentrum geleistet werden bzw. das Kompetenzzentrum soll solche Beratungsmöglichkeiten vermitteln.

Neben einer grundsätzlichen Beratung sollen auch konkrete Fragestellungen der Anwender mit Antworten aus Forschung/Anwendung/Entwicklung zusammengebracht werden. Dies kann zum Teil in angewandte Forschungsprojekte übergehen.

- **Showrooms**

Dezentrale Showrooms, an verschiedenen Standorten in NRW sollen die neuen Technologien erlebbar machen. Es soll die Möglichkeit bestehen, konkrete Technologien / Konzepte o. ä. auszuprobieren. Da die Entwicklungsgeschwindigkeit der Digitalen Technologien hoch ist, müssen die Showrooms regelmäßig aktualisiert werden.

Idealerweise werden für die Showrooms vorhandene Infrastrukturen genutzt, die eine Anbindung an Forschungs-/Entwicklungslabore und/oder Betriebe und Unternehmen der Wasserwirtschaft ermöglichen. Wünschenswert ist, dass für die jeweilige regionale

Struktur relevante oder dem Fachgebiet der anbietenden Institution entsprechende Technologien vorgestellt werden.

- **Förderberatung**

Die Digitalisierung der Wasserwirtschaft wird erhöhte Anfangsinvestitionen verursachen. Allerdings gibt es hierfür verschiedenen Fördermöglichkeiten. Aufgabe des Kompetenzzentrums ist es nicht, im Detail zu Fördermöglichkeiten zu beraten, vielmehr soll auf generelle Fördermöglichkeiten verwiesen sowie an die dementsprechenden Beratungsstellen vermittelt werden.

- **Innovationslabor**

Als Teil des Wissensmanagements greift das Kompetenzzentrum konkrete Anwenderfragen auf. Können diese nicht über klassische Beratungsgespräche gelöst werden, sollen diese mittelfristig ggf. in Innovationslaboren untersucht werden.

Das KDW soll weiter Seminare durchführen. Dabei ist zumindest zunächst beabsichtigt, dass die Seminare – wie auch die übrigen (Beratungs-)Leistungen des KDW – kostenfrei stattfinden sollen und lediglich Aufwendungen für das Catering anfallen.

Erwartet wird, dass sich die Aufgabenschwerpunkte des KDW nach der Aufbauphase in den ersten drei Jahren verändern und stärker vom Kompetenzaufbau und Beratung in der Breite in individuelle Beratungs- und Unterstützungsangebote entwickeln werden. Hierdurch – so die Erwartung – soll sich das KDW mittelfristig selbst tragen können. Darüber hinaus erwarten die Initiatoren, dass in den ersten drei Jahren Leuchtturmprojekte und in der Breite benötigte Innovationen in vorhandenen Forschungs- und Entwicklungsstrukturen und in der bestehenden Förderkulisse realisiert werden. Das KDW soll hierzu „Motor und Unterstützer“ sein. Nach Ablauf der drei Gründungsjahre soll entschieden werden, ob ein eigenes „Innovationslab“ für die Wasserwirtschaft in Nordrhein-Westfalen etabliert wird und wie dieses ausgestattet werden kann. In den ersten drei Jahren sollen jedoch keine eigenen Projekte durchgeführt werden.

Das KDW soll eine hauptamtliche Geschäftsstelle erhalten, die mit drei Mitarbeitern (Leitung, Referent*in, Sekretariat) besetzt werden soll. Darüber hinaus ist beabsichtigt, Aufgaben durch 10 am Projekt mitarbeitende Beschäftigte von Forschungsinstituten, Promovierende oder Studierende im Umfang von 150.000,00 € im ersten Jahr bzw. 200.000,00 € je in 2021 und 2022 erledigen zu lassen.

B.

Aufgabenstellung

Das MULNV NRW hat uns mit der Erstellung eines Gutachtens zu folgenden Fragestellungen beauftragt:

1. Eruierung möglicher tragfähiger Rechtsformen für das KDW, Dokumentation der im Weiteren geprüften Rechtsformen mit kurzer Begründung, warum diese Rechtsformen nicht tragfähig sind.
2. Darstellung von Eckpunkten und Verfahrensschritten zur Gründung des KDW in der entsprechenden Rechtsform.
3. Entwurf einer Satzung für die – nach Abstimmung mit dem Auftraggeber – favorisierte Rechtsform.

Ziel ist die Ausarbeitung einer Konzeption für eine rechtssichere Struktur, dazu sollen möglichst wenige Varianten geprüft werden. Dabei sollen folgende Aspekte berücksichtigt und untersucht werden:

- Möglichkeiten der Beteiligung der Gründungs-Träger des KDW (MULNV NRW, Wasserwirtschaftsunternehmen, sondergesetzliche Wasserverbände, ggf. vertreten über die Arbeitsgemeinschaft der Wasserverbände in Nordrhein-Westfalen [agw]):
 - Prüfung der Randbedingungen, die bei den angedachten Trägern des KDW bestehen.
 - Welche Rechtsform des KDW kann unter diesen Bedingungen realisiert werden? Insbesondere ist auszuarbeiten, wie eine finanzielle Kostenbeteiligung des Landes bei gleichzeitiger Sicherstellung von Steuerungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der Vorgaben durch die Landeshaushaltsordnung NRW zu gestalten wäre bzw. wie bei der Frage nach der Rechtsform des KDW bezüglich einer möglichen Finanzierung/finanziellen Unterstützung des KDW durch das Land die Randbedingungen/Vorgaben der Landeshaushaltsordnung NRW zu berücksichtigen sind?
 - Welche Randbedingungen wären bei welchem Träger ggf. anzupassen?
- Möglichkeiten der Beteiligung der Partner des KDW (Forschungsinstitute, Hochschulen, Unternehmen Zulieferindustrie, Spin-Offs)

- Optionen zur Gestaltung der echten Mitwirkung der Partner (assoziierte Mitglieder, Beirat, weiteres).
- Gestaltung der Partnerschaft so, dass die Partner sich an ggf. durch das KDW erfolgenden Ausschreibungen oder an durch das KDW katalysierten Förderanträgen beteiligen können.
- Gestaltung der Partnerschaft so, dass sich die Partner über das KDW präsentieren können, ohne dass es zu „Konkurrenten-Beschwerden“ anderer Marktteilnehmer kommt.
- Gestaltung der Partnerschaft so, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Partnern, die in Teilbereichen in Konkurrenz zueinanderstehen, zugesichert werden kann.
- Möglichkeiten der Einbindung von Unterstützern des KDW (Fachverbände wie DWA, VKU, DVGW, BDEW, kommunale Spitzenverbände):
 - Welche Klauseln sollten vereinbart werden, zum Beispiel bezogen auf gemeinschaftliche Gremienarbeit
- Rechtsform und Satzung des KDW
 - Welche Rechtsformen können für das KDW empfohlen werden? Welche Vor- bzw. Nachteile ergeben sich aus der einen oder anderen Rechtsform?
 - Organisationsstruktur des KDW
 - Rolle der Träger, Rolle der Partner, Rolle der Unterstützer
 - Rechtsförmlich notwendige Gremien (Mitgliederversammlung/ Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat, Beirat etc.)
 - Geschäftsführung
 - Lassen sich bereits bestehende Strukturen kopieren (z. B. Energieagentur NRW, Trägervereine IKT, IFWW, It's OWL, Kompetenzzentrum Mittelstand 4.0)?

C.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Handlungsvorschlag

I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Das MULNV NRW, die sondergesetzlichen Wasserverbände und kommunale Wasserversorgungsunternehmen dürfen sich an dem KDW beteiligen, da dem KDW Aufgaben der Digitalisierung zur Erledigung zugewiesen werden sollen, die den genannten zur Wahrnehmung übertragen sind. Im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben sind sie kraft ihrer Organisationsgewalt jeweils frei darin, in welcher Form die Aufgaben wahrgenommen werden, die sich im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Wasserwirtschaft in NRW stellen.
2. Zulässig ist die Gründung des KDW in Form eines gemeinsamen privaten Rechtsträgers. § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO NRW für das Land, die Regelungen zur Beteiligung der sondergesetzlichen Wasserverbände an privatrechtlich organisierten Rechtsträgern sowie § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW für die Trinkwasserversorgung sowie § 107 Abs. 2 GO NRW, jeweils i. V. m. § 108 Abs. 1 GO NRW für die kommunalen Gebietskörperschaften und Unternehmen lassen dies zu.
3. Die Gründung eines Zweckverbandes wäre gemäß § 4 Abs. 1 GkG NRW zwar prinzipiell zulässig. Denn an einem Zweckverband können auch andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, wie das Land NRW oder die sondergesetzlichen Wasserverbände beteiligt werden (§ 4 Abs. 2 GkG NRW). Eine Zweckverbandsgründung scheidet aber deshalb aus, weil auf Zweckverbände nur kommunale Aufgaben übertragen werden können, das KDW jedoch auch Landesaufgaben und Aufgaben der sondergesetzlichen Wasserverbände erledigen soll, die sich im Rahmen der Digitalisierung der Wasserwirtschaft stellen.
4. Auch die Gründung einer AöR oder ein gemeinsamen Kommunalunternehmens scheiden aus, da beide nur eine Beteiligung kommunaler Gebietskörperschaften zulassen und eine Mitwirkung des Landes oder der sondergesetzlichen Wasserverbände oder von Privaten nicht zulässig ist. Möglich ist allerdings die gesetzliche Gründung einer AöR. Diese sollte angesichts der vorgesehenen Kurzfristigkeit des Engagements in dessen ausscheiden.
5. Eine Zusammenarbeit in Form einer Arbeitsgemeinschaft im Sinne des § 2 GkG NRW oder einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung im Sinne des § 23 GkG NRW scheidet

ebenfalls aus. Denn in beiden Fällen entsteht keine eigenständige Rechtspersönlichkeit, wie sie als Zielsetzung für die Organisation des KDW angestrebt wird.

6. Als Rechtsformen des Privatrechts kommen der (gemeinnützige) eingetragene Verein und die (gemeinnützige) GmbH in Betracht.
7. Wesentlicher Vorteil der Gründung des KDW in der Rechtsform eines Vereins ist dessen Beteiligungsflexibilität. Die verschiedenen Beteiligten (Träger, Partner, Unterstützer) können in der Struktur eines Vereins gut in verschiedenen „Mitgliederklassen“ und/oder Gremien eingebunden werden. Dies ist in einer GmbH nicht in gleicher Weise möglich. Dort kommt eine Beteiligung der „Träger“ als Kapitalbeteiligte in Betracht, wobei die Beteiligung neu hinzukommender „Träger“ mit einem größeren Aufwand als beim Verein verbunden ist. Partner und Unterstützer einer GmbH können demgegenüber im Wesentlichen „nur“ über einen Aufsichtsrat oder einen Beirat eingebunden werden und dementsprechend überwachend oder beratend Einfluss nehmen.
8. Der wesentliche Nachteil des Vereins gegenüber der GmbH besteht demgegenüber darin, dass der (eingetragene) Verein nicht wirtschaftlich tätig werden darf. Insbesondere perspektivisch – namentlich nach Ablauf der geplanten 3-jährigen Aufbauphase – kann dies dem geplanten Vorhaben entgegenstehen. Rechtssicher begründen lässt sich derzeit eine wirtschaftliche Betätigung eines eingetragenen Vereins nicht. Die GmbH stellt deshalb perspektivisch jenseits der 3-jährigen Aufbauphase die „sichere“ Rechtsform dar.
9. Was die Gründung und die praktische Handhabung anbetrifft, hat der Verein demgegenüber wiederum leichte Vorteile gegenüber der GmbH. Durch die Beteiligung der öffentlichen Hand, die gewisse Erschwerungen mit sich bringt (etwa hinsichtlich der Buchführung und der Wirtschaftsplanung) sind diese Unterschiede jedoch nicht gravierend.
10. Denkbar – und in der Praxis durchaus praktiziert – ist es auch, dass eigentliche „Geschäft“ in einer (gemeinnützigen) GmbH zu bündeln, deren (häufig alleiniger) Gesellschafter ein Verein ist, über den die verschiedenen Beteiligten flexibel eingebunden werden können. In dieser Weise sind etwa das „ZDW“ und „it’s OWL“ organisiert. Dies erhöht auf der anderen Seite wiederum die Komplexität des Konstrukts. Zudem ist nicht unstrittig, ob bzw. in welchen Grenzen eine solche Konstruktion zulässig ist.
11. Im Rahmen der Beteiligung ist im vorliegenden Kontext immer darauf zu achten, dass der aus Sicht des öffentlichen- und des Vergaberechts erforderliche Einfluss der öffentlichen Hand gewahrt bleibt.

12. Die Einhaltung der vergaberechtlichen Anforderungen, insbesondere die Voraussetzungen für ein sog. In-House-Geschäft gemäß § 108 Abs. 4 und 5 GWB, wonach

- alle Gründungsträger öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB bzw. Sektorenauftraggebern im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB (vgl. § 108 Abs. 8 GWB) sein müssten,
- die Gründungsträger über das KDW gemeinsam eine ähnliche Kontrolle ausüben müssten wie über ihre eigenen Dienststellen,
- mehr als 80 % der Tätigkeiten des KDW der Ausführung von Aufgaben dienen muss, mit denen es von den Gründungsträgern betraut wurde, und
- an dem KDW keine direkte private Kapitalbeteiligung im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB bestehen darf,

müssen bei der (gesellschaftsrechtlichen) Ausgestaltung eines KDW-Modells berücksichtigt werden, um eine vergaberechtsfreie Beauftragung des entsprechenden Rechtssubjektes durch die Träger zu ermöglichen.

13. Besondere Schwierigkeiten, Probleme und Grenzen ergeben sich insoweit – ungeachtet der Schwierigkeit, dass die Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft auf Basis der bislang zur Verfügung stehenden Informationen nicht abschließend für alle potentiellen Gründungsträger untersucht und beantwortet werden kann – zum einen hinsichtlich der (potentiellen) Gründungsträger, die (im Letztendlichen Ergebnis) weder öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB noch Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB sind und zum anderen hinsichtlich aller (potentiellen) Gründungsträger, an denen auch Private beteiligt sind. Ihre gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftliche Beteiligung am KDW wäre per se in-house-schädlich. So spricht u. E. Vieles dafür, dass insbesondere die RWE AG weder öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB noch Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Zweifelhaft ist diese Eigenschaft u. E. auch hinsichtlich der RAG AG und der RWW Rheinisch-Westfälische Wasserwerksgesellschaft mbH.

14. Zum anderen ergeben sich Schwierigkeiten und Grenzen hinsichtlich aller (potentiellen) Gründungsträger, an denen auch Private beteiligt sind. Für die sondergesetzlichen Wasserverbände kommt insoweit – aufgrund des Umstandes, dass die Zwangsmitgliedschaft der Privaten gesetzlich normiert ist – grundsätzlich indes der Ausnahmetatbestand im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 3 2. Halbsatz GWB in

Betracht. Diese können – im Gegensatz zu rein privat oder mehrheitlich privat getragenen Partnern – deshalb Gründungspartner des KDW (insbesondere einer GmbH) sein. Ob dies allerdings auch für die agw gilt, ist zweifelhaft. Für die übrigen öffentlichen Auftraggeber, an denen – ohne dass dies durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben ist – private Kapitalbeteiligungen bestehen, müsste letztlich für jeden Einzelfall geprüft werden, ob die daraus resultierende mittelbare Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer als in-house-unschädlich angesehen werden kann, weil dem Privaten kein Vorteil im Wettbewerb vermittelt wird.

15. Aus vergaberechtlichen Gründen könnte eine Einbindung solcher Personen, deren gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftliche Beteiligung am KDW in-house-schädlich wäre, bzw. eine Unterstützung des KDW durch solche Personen „vergaberechtsfrei“ mithin nur ohne eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung geschehen, und zwar in einer Art und Weise, die aus Sicht des KDW sowie der am KDW beteiligten öffentlichen Auftraggeber keinen (entgeltlichen) Beschaffungsvorgang/Leistungsaustausch im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB darstellt. Eine eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung Privater würde dagegen eine In-House-Fähigkeit des KDW im Sinne des § 108 Abs. 1 – 4 GWB ausschließen.
16. Ein anderes bzw. weniger restriktives Ergebnis lässt sich insbesondere auch nicht auf der Basis der sog. (horizontalen) öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB vertreten. Denn zum einen kommen auch nach § 108 Abs. 6 GWB als Träger des KDW nur öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB und Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB in Betracht und können diese, im Falle von an ihnen bestehenden privaten Kapitalbeteiligungen, nur dann eine eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung am KDW erlangen, wenn den Privaten hierdurch kein Vorteil im Wettbewerb vermittelt würde. Letzteres müsste für jeden Einzelfall überprüft und sichergestellt werden. Zum anderen scheidet eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB jedenfalls auch deshalb aus, weil diese – nach der derzeit h. M. – einen kooperativen Charakter dergestalt voraussetzt, dass alle Kooperationsbeteiligten wechselseitig eigene (wenn auch nicht notwendiger Weise identische und gleichgewichtige) Sachbeiträge leisten. Ein lediglich finanzieller Beitrag eines oder mehrerer Beteiligten reicht insoweit nicht aus. Das Konzept des KDW ist – nach unserem Verständnis – aber gerade darauf ausgerichtet, dass die Kooperationspartner im Wesentlichen nur finanzielle Beiträge leisten sollen/wollen und die in Rede stehenden Sachleistungen durch das KDW als zentrale Einheit (mittels eigener Personal- und Sachmittel) erbracht werden; und gerade nicht wechselseitig und durch sämtliche Beteiligten.

17. Eine öffentliche Finanzierung des KDW könnte als Beihilfe für ein Innovationscluster gemäß Art. 27 AGVO beihilfenrechtskonform ausgestaltet werden. Beihilfen, die die Anforderungen dieser Vorschrift erfüllen, sind mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Notifizierungspflicht freigestellt.
18. Art. 27 AGVO setzt unter anderem voraus, dass die Räumlichkeiten, Anlagen und Tätigkeiten des Clusters mehreren Nutzern zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen offenstehen. Dies bedeutet, dass alle dem sachlichen und räumlichen Bestimmungszweck des Clusters unterfallenden Akteure, die durch ihr Wissen einen Mehrwert in das Cluster einbringen könnten, zu gleichberechtigten Konditionen Zugang zu gewähren ist. Damit wäre es unvereinbar, wenn die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag des KDW eine Beschränkung des Zugangs zu seinen Einrichtungen und Tätigkeiten auf bestimmte, abschließend aufgezählte Unternehmen/Partner vorsähe. Demgegenüber wäre die beabsichtigte Beschränkung der Trägerschaft auf bestimmte Mitglieder oder Gesellschafter unproblematisch.
19. Zudem müssen die Entgelte für die Nutzung der Anlagen und die Beteiligung an Tätigkeiten des Clusters dem Marktpreis entsprechen bzw. die dafür anfallenden Kosten des Clusterbetreibers widerspiegeln. Bei einer gemeinnützigen Ausgestaltung des KDW dürfte die bloße Abdeckung der anteiligen Kosten für die Inanspruchnahme bestimmter Dienstleistungen/Angebote durch die erhobenen Entgelte ohne Gewinnaufschlag ausreichend sein. Würde das KDW hingegen nicht als gemeinnützige Einrichtung ausgestaltet, sprechen überwiegende Gründe dafür, dass die Kommission einen angemessenen Gewinnaufschlag auf das zu zahlende Entgelt verlangen würde. Gemäß der Entscheidungspraxis der Kommission können Mitglieder bzw. Gesellschafter des Clusters, die bereits Mitgliedsbeiträge, Gesellschaftereinlagen oder sonstige Eigenleistungen aufwenden, entsprechend reduzierte Preise für die Nutzung zahlen.
20. Die beihilfenrelevante Förderung des KDW müsste auf 50 % der beihilfefähigen Kosten beschränkt sein. Bei Ansiedlung des KDW in einer als sog. C-Fördergebiet anerkannten Gemeinde wäre mit Blick auf Investitionsbeihilfen ein Aufschlag in Höhe von 5 % zulässig. Die zulässige Beihilfenhöchstintensität würde unproblematisch eingehalten, wenn sich nur die hälftige Finanzierung durch das MULNV NRW als beihilfenrechtlich relevante Begünstigung erweist. Sollte sich demgegenüber herausstellen, dass die finanziellen und sonstigen geldwerten Beiträge auch nur eines anderen öffentlichen Gründungsträgers dessen wirtschaftlichen Nutzen aus dem KDW (nennenswert) übersteigen, wäre die zulässige Beihilfenhöchstintensität überschritten.
21. Daher sollte an der bislang beabsichtigten Übernahme der hälftigen Kosten des KDW

in den ersten drei Jahren durch die „anderen“ öffentlichen Gründungsträger nur festgehalten werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass die Beiträge jedes dieser Träger im Vergleich zu seinem daraus resultierenden Nutzen von untergeordneter Bedeutung sind. Andernfalls müsste die Teilfinanzierung durch die „anderen“ öffentlichen Gründungspartner mindestens in Höhe der Differenz zwischen den Beiträgen der anderen Träger und deren jeweiligem wirtschaftlichen Nutzen durch eine Finanzierung privater Unterstützer ersetzt werden.

II. Handlungsvorschlag

1. Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform?

Für das KDW sollte eine privat-rechtliche Organisationsform gewählt werden. Alle in Betracht zu ziehenden öffentlich-rechtlichen Organisationsformen haben entweder den Nachteil, dass nicht alle potentiellen Kooperationspartner sich hieran beteiligen können (Gemeinsames Kommunalunternehmen, öffentlich-rechtliche Vereinbarung nach § 22 GkG NRW), die Gründung wegen des Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage angesichts des mit dem KDW verfolgten Zwecks sehr aufwändig ist (Anstalt, sondergesetzliche AÖR) oder die Organisationsform keine eigene Rechtspersönlichkeit hat (Kommunale Arbeitsgemeinschaft gem. § 2 GkG NRW, Öffentlich-rechtlicher Vertrag), so dass das KDW nicht außenverbindlich im Rechtsverkehr auftreten und nicht mit eigenen Finanzmitteln ausgestattet werden könnte.

2. Vorschlag für die Wahl der privaten Rechtsform

Als Organisationsformen des privaten Rechts kommen für das KDW letztlich nur der (gemeinnützige) eingetragene (also nicht-wirtschaftliche) Verein oder eine (gemeinnützige) GmbH in Betracht. Angesichts verbleibender Rechtsunsicherheiten, die bei Wahl der Rechtsform des eingetragenen Vereins bei wirtschaftlicher Betätigung bestehen, ist die (gemeinnützige) GmbH die rechtssichere Rechtsform. Sie ermöglicht zum einen eine Einbeziehung der potentiellen Gründungspartner. Die gGmbH ist auch offen für weitere Gesellschafter, deren Einbindung allerdings mit einigem organisatorischen Aufwand einhergeht. Die Beteiligung der Partner kann über einen Aufsichts- oder Beirat erfolgen. Weitere interessierte Kreise (Unterstützer) können ebenfalls über einen Beirat beratend in das KDW einbezogen werden. Die (gemeinnützige) GmbH lässt sich zudem nach der vorgesehenen Gründungsphase von drei Jahren fortführen

und hinsichtlich der Mitgliedschaft sowie der Finanzierungsbeiträge auf die dann vorhandenen Gegebenheiten anpassen. Die beim Verein bestehende Gefahr, aufgrund einer wirtschaftlichen Betätigung aus dem Register gelöscht zu werden, besteht bei der GmbH nicht. Überdies lassen sich für die GmbH auch in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur mehr Stellungnahmen betreffend eine in-house-fähige Ausgestaltung finden, als dies hinsichtlich des Vereins der Fall ist.

3. Gesellschaftsstruktur

Aus vergaberechtlichen Gründen sollten Gesellschafter der (gemeinnützigen) GmbH zum einen nur öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB oder Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB sein. Zum anderen sollten öffentliche Auftraggeber, an denen – ohne dass dies wie bei den sondergesetzlichen Wasserverbänden durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben ist – private Kapitalbeteiligungen bestehen, nur dann beteiligt werden, wenn im Einzelfall feststeht, dass die daraus resultierende mittelbare Kapitalbeteiligung am KDW den Privaten keinen Vorteil im Wettbewerb vermittelt. Denn nur unter diesen Voraussetzungen sind die Gründung des KDW sowie die Erbringung von Leistungen durch das KDW gegenüber ihren Trägern als sog. In-House-Geschäft(e) ohne Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens rechtlich zulässig. Eine erste, indes nicht abschließende Kategorisierung der einzelnen in Betracht kommenden Kooperationspartner ist der **Anlage 1** zu entnehmen. Die Einbindung von Personen, deren gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftliche Beteiligung am KDW gemessen hieran in-house-schädlich wäre, bzw. eine Unterstützung des KDW durch solche Personen kann „vergaberechtsfrei“ mithin nur ohne eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung geschehen, und zwar in einer Art und Weise, die aus Sicht des KDW sowie der am KDW beteiligten öffentlichen Auftraggeber keinen (entgeltlichen) Beschaffungsvorgang/Leistungsaustausch im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB darstellt.

4. Beihilfenrechtliche Bewertung

Räumlichkeiten, Anlagen und Tätigkeiten des KDW müssen mehreren Nutzern zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen offenstehen. Folge ist, dass alle dem sachlichen und räumlichen Bestimmungszweck des KDW unterfallenden Akteure, die durch ihr Wissen einen Mehrwert einbringen könnten, zu gleichberechtigten Konditionen Zugang zu gewähren ist. Damit wäre es unvereinbar, wenn der Gesellschaftsvertrag des KDW eine Beschränkung des Zugangs zu seinen Einrichtungen und Tätigkeiten auf bestimmte, abschließend aufgezählte Unternehmen/Partner vorsähe.

Demgegenüber wäre die Beschränkung der Trägerschaft auf bestimmte Gesellschafter oder Mitglieder unproblematisch. Weiter müssen Entgelte für die Nutzung der Einrichtungen des KDW dem Marktpreis entsprechen bzw. die dafür anfallenden Kosten des Clusterbetreibers decken. Wird das KDW gemeinnützig ausgestaltet, genügt die bloße Abdeckung der anteiligen Kosten für die Inanspruchnahme bestimmter Dienstleistungen/Angebote ohne Gewinnaufschlag; anderenfalls ist ein Gewinnaufschlag einzurechnen. Die beihilfenrelevante Förderung des KDW muss auf 50 % der beihilfefähigen Kosten beschränkt sein.

D.

Rechtliche Rahmenbedingungen für die Gründungsträger

Bevor geprüft werden kann, welche Gesellschaftsformen für das KDW sinnvoll eingesetzt werden können, muss zunächst untersucht werden, ob und in welchem Umfang sich die Gründungsträger am KDW beteiligen können. Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden:

- Zunächst und vorrangig ist zu klären, ob die Gründungsträger sich kompetenziell am KDW beteiligen können. In diesem Rahmen ist zu untersuchen, ob die Aufgaben, die das KDW wahrnehmen soll, prinzipiell zum Aufgabenfächer der Gründungsträger gehören. Ist dies nicht der Fall, kommt eine Beteiligung an dem KDW nicht in Betracht. Ggf. müssten die Aufgaben des KDW dann den zulässigen Beteiligungsmöglichkeiten der Gründungsträger angepasst werden.
- Davon zu unterscheiden ist die Frage, in welcher Rechtsform die Gründungsträger Aufgaben wahrnehmen dürfen, die dem KDW übertragen werden sollen. Hierbei geht es nicht um die Frage, ob die Gründungsträger sich überhaupt am KDW mit den vorgesehenen Aufgaben beteiligen dürfen. Vielmehr steht in Rede, welche Rechtsform das KDW bei Beteiligung der Gründungsträger überhaupt haben darf.

I. Zulässigkeit einer Beteiligung der Gründungsträger am KDW

Ob die Gründungsträger sich am KDW mit den vorgesehenen Aufgaben beteiligen dürfen, kann nicht generell entschieden werden. Vielmehr ist für jede Gruppe der Aufgabenträger gesondert zu betrachten, ob eine Beteiligung rechtlich zulässig ist.

1. Land NRW

Das Land NRW verspricht sich von einer Beteiligung am KDW erhebliche Vorteile bei der Digitalisierung der Wasserwirtschaft. Ziel ist dabei zum einen, die „Digitalen Schnittstellen Umweltverwaltung/Wasserwirtschaftsunternehmen“ proaktiv zu gestalten. Eine solche Gestaltung der Digitalen Schnittstelle hat besondere Bedeutung für die Verwaltungsabläufe und die Kooperation zwischen dem Ministerium als Oberste Wasserbehörde und den Wasserwirtschaftsunternehmen.

Darüber hinaus ist dem MULNV NRW als Oberste Wasserbehörde daran gelegen, dass alle Unternehmen der Wasserwirtschaft und die Umweltverwaltung bei der Weiterentwicklung ihrer digitalen Kompetenzen frühzeitig beteiligt werden. Hierbei geht es darum, zum einen niederschwellige Unterstützungsangebote für alle in der Wasserwirtschaft tätigen Unternehmen bereit zu stellen, innovative Lösungen zu entwickeln und diese anschließend in die Regelsetzung aufzunehmen. Wissenstransfer und Erfahrungsaustausch innerhalb der Wasserwirtschaftsbranche in NRW sollen so effizient gestaltet werden. Vor allem ist dabei Ziel, Wissen und Kompetenz der Akteure sowohl in der Verwaltung als auch in der Wasserwirtschaft so zu optimieren, dass digitale Strukturen überall gleichmäßig und in der gebotenen Schnelligkeit eingeführt werden können.

Schließlich sollen über das KDW Leuchtturmprojekte angestoßen werden, die die NRW-Kompetenz im Bereich der Digitalisierung der Wasserwirtschaft sichtbar machen und unterstützen.

a) Organisationshoheit des MULNV NRW bei der Erledigung seiner Aufgaben

Kraft seiner Organisationshoheit ist das Land NRW berechtigt, den Vollzug der ihm obliegenden Aufgaben zu regeln. Das gilt naturgemäß auch für die Digitalisierung des Vollzugs von Aufgaben in der NRW Wasserwirtschaft. Nach Art. 77 LVerf NRW erfolgen die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung und die Regelung der Zuständigkeiten durch Gesetz. Die Landesregierung und auf Grund der von dieser erteilten Ermächtigung die Landesministerien regeln die Einrichtung der Behörden. Vorliegend geht es freilich nicht um die Zuweisung von Zuständigkeiten oder die Schaffung einer Behörde. Vielmehr sollen bestimmte Aufgaben, die sich im Verwaltungsvollzug bei der Digitalisierung der Wasserwirtschaft stellen, ausgegliedert und einer externen Organisationseinheit zur Wahrnehmung in Zusammenarbeit mit anderen Verwaltungsträgern und Privaten übertragen werden. Zulässig ist eine solche Regelung prin-

ziell aufgrund der den Landesministerien bei der Wahrnehmung der ihnen obliegenden Aufgaben zukommenden exekutivischen Organisationsgewalt. Ihnen steht im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich das Recht zur Selbstorganisation zu.¹ Diese schließt das Recht zur Delegation mit ein.² Im Rahmen des dem MULNV NRW zustehenden Organisationsermessens³ kann es entscheiden, ob eine Aufgabe, die ihm zur Wahrnehmung zugewiesen ist, extern und unter Beteiligung Dritter wahrgenommen werden soll.

Begrenzt ist das Organisationsermessen dabei in dreifacher Hinsicht:

- Es besteht naturgemäß nur für Verwaltungsaufgaben, die dem MULNV NRW zur Wahrnehmung übertragen sind.
- Es muss so ausgeübt werden, dass die in Betracht gezogene Organisationsstruktur für die Erfüllung der wahrzunehmenden Aufgabe geeignet und förderlich ist.⁴
- Die landesgesetzlichen Vorgaben, die für die Wahl der Organisationsform bestehen, müssen eingehalten werden.

b) Kompetenzen des MULNV NRW

Weder in der Landesverfassung noch im LWG ist ausdrücklich geregelt, dass das Land NRW Aufgaben im Bereich der Digitalisierung der Wasserwirtschaft wahrnehmen darf. Daraus folgt jedoch nicht, dass das Land NRW nicht berechtigt wäre, sich am KDW mit den dort vorgesehenen Aufgaben zu beteiligen.

Vielmehr ergibt sich eine Berechtigung hierzu schon aus Art. 83 GG. Nach dieser Regelung führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Diese Ausführungszuständigkeit gilt auch für die Wasserwirtschaftsverwaltung, die auf der Grundlage des WHG und anderer bundesrechtlicher Vorschriften erfolgt. Die Zuständigkeit der Länder nach Art. 83 GG für den Verwaltungsvollzug schließt eine grundsätzliche Organisationgewalt der Länder für diesen Vollzug ein. Die Länder bestimmen nicht nur die Aufgabenzuständigkeit, sondern auch die erforderliche Einrichtung der Behörden und das

¹ Dazu *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, 2010, § 81, Rn. 97.

² *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, 2010, § 81, Rn. 99.

³ Zum Organisationsermessen: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, 2010, § 81, Rn. 113 ff.

⁴ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, 2010, § 81, Rn. 114.

Verwaltungsverfahren.⁵ Kehrseite der Organisationshoheit der Länder ist ihre Verpflichtung, die Bundesgesetze auszuführen. Sie sind deshalb gehalten, die Verwaltung in sachlicher und personeller Hinsicht den Anforderungen anzupassen, die für eine sachgerechte Erledigung der bundesgesetzlich begründeten Aufgaben bestehen.⁶ Erfasst von der Organisationshoheit der Länder ist im Grundsatz die gesamte Verwaltungstätigkeit einschließlich der privatrechtlich organisierten und privatrechtlich handelnden Verwaltung. Hierzu gehören auch fiskalische Hilfstätigkeiten.⁷

Verfassungsrechtlich ist damit dem Land NRW eine umfassende Organisationshoheit bei der Regelung des Vollzugs des Wasserwirtschaftsrechts eingeräumt. In welcher Weise das Land NRW den Verwaltungsvollzug organisiert und welche Mittel es hierfür einsetzt, steht in seinem Organisationsermessen, soweit nicht Bundesrecht oder landesrechtliche Regelungen dem entgegenstehen.

Vorliegend geht es bei der Gründung des KDW um Fragestellungen der Digitalisierung der Wasserwirtschaft in NRW. Die Aufgabe der Wasserwirtschaftsverwaltung ist im Wesentlichen Verwaltungsvollzug. Es geht darum, Aufgaben der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung im Einklang mit den bundesrechtlichen Vorgaben und den Vorgaben aus dem Landesrecht NRW wahrzunehmen. Die Digitalisierung ist dabei ein Bereich, der auf den Verwaltungsvollzug in vielfältiger Weise einwirkt. Deshalb ist das Land NRW dazu aufgerufen, Rahmenbedingungen dafür herzustellen, eine funktionsfähige digitalisierte Aufgabenwahrnehmung in der Wasserwirtschaft NRW zu gewährleisten. Dazu gehört es, Standards zu setzen. Diese Aufgabe soll durch das KDW zumindest unterstützt werden, indem Forschungsaufgaben im Bereich der Digitalisierung der Wasserwirtschaft angestoßen und unterstützt werden sollen. Darüber hinaus soll das KDW dazu beitragen, Wissen aus der Wasserwirtschaft für die Standardsetzung bei der Digitalisierung von Aufgaben der Wasserwirtschaft zu generieren, zu erfassen und in den Standardisierungsprozess einzubringen. All dies sind Aufgaben, die die Organisation der Wasserwirtschaftsverwaltung unterstützen, ja mehr als das, die eine zukunftsfähige Wasserwirtschaftsverwaltung in NRW erst ermöglichen.

Auch die Bildung von Netzwerken mit dem Ziel, die Digitalisierung der Wasserwirtschaft in NRW auf eine breite Basis zu stellen und vorhandenes Wissen auch kleineren Wasserwirtschaftsunternehmen zugänglich zu machen, fällt in den Aufgabenbereich des Landes NRW zur Organisation der Wasserwirtschaftsverwaltung. Das ergibt sich

⁵ Dittmann, in: Sachs, GG, 7. Auflage, 2014, Art. 83, Rn. 6.

⁶ BVerfGE 55, 274, 318; 63, 1, 33, 41; 119, 331, 367; Dittmann, in: Sachs, GG, Art. 83, Rn. 8.

⁷ Trute, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 3, 7. Auflage, 2018, Art. 83, Rn. 57.

schon daraus, dass bei einer Standardsetzung im Bereich der Digitalisierung der Wasserwirtschaft alle Wasserwirtschaftsunternehmen perspektivisch in der Lage sein müssen, die Standards auch umzusetzen und in der Praxis anzuwenden. Eine Netzwerkbildung, die insbesondere auch kleinere Wasserwirtschaftsunternehmen einbezieht und diese an der Digitalisierungskompetenz des Landes und anderer Wasserwirtschaftsunternehmen teilhaben lässt, fördert dieses Ziel. Das gilt auch für die im Rahmen der Aufgabenstellung des KDW vorgesehenen Schulungsveranstaltungen. Diese zielen gerade darauf ab, die Digitalisierungskompetenz der Mitarbeiter der Wasserwirtschaftsverwaltung in NRW zu stärken und damit die Verwaltungen überhaupt erst besser in die Lage zu versetzen, eine Digitalisierung zu steuern, zu entwickeln und in der Praxis umzusetzen. Dies dient der Effizienzsteigerung der Wasserwirtschaftsverwaltung und fördert ihre Fähigkeit, Digitalisierung beim Vollzug wasserwirtschaftlicher Aufgaben effizient einzusetzen.

Ähnliches gilt für die Einrichtung von Showrooms. Ziel ist es dabei, anschaulich darzustellen, welche Möglichkeiten die Digitalisierung in der Wasserwirtschaft bietet und wie diese Möglichkeiten im praktischen Vollzug eingesetzt werden können. Auch eine solche Aufgabenstellung hält sich im Rahmen der Organisationsgewalt des Landes im Bereich der Wasserwirtschaft. Denn es geht darum, die Aufgaben der Wasserwirtschaftsverwaltung flächendeckend unter Einsatz der Digitalisierung bestmöglich zu erledigen. Hierbei können Showrooms, in denen Best-Practice-Beispiele oder auch nur praktische Anwendungen demonstriert werden, einen wesentlichen Beitrag leisten.

Im Ergebnis kann damit festgestellt werden, dass das Land NRW kraft seiner umfassenden Organisationsgewalt berechtigt ist, sich am KDW mit den dort wahrzunehmenden Aufgaben zu beteiligen. Einschränkungen hinsichtlich der vorgesehenen Aufgabenstellung des KDW gibt es für das Land Nordrhein-Westfalen nicht.

2. Sondergesetzliche Wasserwirtschaftsverbände

Die Aufgaben der sondergesetzlichen Wasserverbände sind in § 2 des jeweiligen Verbandsgesetzes aufgeführt. Aufgaben, wie sie das KDW wahrnehmen soll, sind darin nicht enthalten. Vielmehr handelt es sich bei den in den Verbandsgesetzen jeweils aufgeführten Aufgaben, die von den sondergesetzlichen Wasserverbänden zu erledigen sind, um konkrete wasserwirtschaftliche Aufgaben.⁸

⁸ Vgl. etwa § 2 EmscherGG; § 2 LippeVG; § 2 NiersVG; § 2 LineGG, § 2 ErftVG; § 2 RuhrVG; § 2 EifelRurVG.

Die Tatsache, dass die Aufgaben, die durch das KDW wahrgenommen werden sollen, in den Regelungen über die Verbandsaufgaben nicht erfasst sind, hat allerdings nicht zur Folge, dass die sondergesetzlichen Wasserverbände sich nicht am KDW beteiligen dürfen. Das ergibt sich daraus, dass jeder öffentliche Aufgabenträger verpflichtet ist, sich selbst zu organisieren und die sächlichen und personellen Mittel bereit zu stellen, damit die ihm durch (Landes-)Gesetz übertragenen Aufgaben sachgerecht und im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben erledigt werden können. Die personellen, sächlichen, informationellen und finanziellen Voraussetzungen des exekutivischen Handelns muss jede öffentlich-rechtliche Organisationseinheit bereitstellen.⁹

Es handelt sich hierbei um betriebsbezogenes oder Eigenhandeln der Verwaltung.¹⁰ Besondere Bedeutung kommt dabei heute der verwaltungsinternen Informationsstruktur zu: Die Verwaltungen sind verpflichtet, die Verfahrensabläufe auch durch Digitalisierung so zu gestalten, dass ein sicherer und sachgerechter Verfahrensablauf gewährleistet ist.¹¹ Um diese Aufgabe sachgerecht wahrnehmen zu können, ist angesichts der wachsenden Komplexität von Entscheidungen, aber auch der Digitalisierung erforderlich, dass die Verwaltungsträger schon weit im Vorfeld der eigentlichen Aufgabenerledigung tätig werden müssen, damit sie auch komplexe Aufgaben in digitalisierter Form und damit effizient wahrnehmen können. Erforderlich ist hierzu die Organisation einer Abstimmung, eines Austausches mit anderen Verwaltungsträgern und ggf. privaten innovativen Unternehmen sowie der Wissenschaft, damit gerade im Bereich der Digitalisierung die möglichen Instrumente und Methoden erkannt, fortentwickelt und eingesetzt werden können.¹² Die öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträger müssen eine effektive Steuerung ihres Verwaltungsablaufs auch durch Einsatz von Digitalisierung gewährleisten. Hierzu dürfen sie einen Erfahrungsaustausch mit anderen organisieren, der das Ziel hat, die Digitalisierung zu optimieren und im Bereich der Wasserwirtschaftsverwaltung einsetzen zu können. Notwendigerweise gehört hierzu auch eine Fortbildung der Mitarbeiter, die ebenfalls von der Organisationskompetenz jedes Verwaltungsträgers mit umfasst ist.

Vor diesem Hintergrund bestehen keine Bedenken, dass die Aufgaben, die vom KDW wahrgenommen werden sollen, in die Verbandskompetenz der sondergesetzlichen

⁹ Vgl. *Hermes*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Auflage, 2012, § 39, Rn. 48.

¹⁰ Dazu *Hermes*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Auflage, 2012, § 39, Rn. 48.

¹¹ Dazu *Holznagel*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen II, § 24, Rn. 68.

¹² Dazu *Holznagel*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen II, § 24, Rn. 86.

Wasserverbände fallen. Ziel soll es sein, die Digitalisierung zu optimieren, einen Erfahrungsaustausch zu organisieren und die Verwaltungen in die Lage zu versetzen, Instrumente der Digitalisierung effizient und sicher einsetzen zu können. Dazu soll ein Erfahrungsaustausch organisiert werden, es sollen Projekte aus der Wissenschaft unterstützt werden und es soll eine Fortbildung von Beschäftigten der Wasserwirtschaftsverwaltung organisiert werden. All dies sind Aufgaben, die – wie ausgeführt – in den Bereich der Organisationskompetenz der sondergesetzlichen Wasserverbände fallen. Dabei ist zu beachten, dass die Strategie im KDW zielgerichtet eine Digitalisierung der Aufgabenerledigung in der Wasserwirtschaft zum Ziel hat. Es geht deshalb nicht um eine allgemeine Verbesserung des Einsatzes digitaler Techniken bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben, sondern zielgerichtet darum, die Digitalisierung in der Wasserwirtschaft zu fördern, zu entwickeln und zielgenau einzusetzen. Eine solche Aufgabenwahrnehmung ist von der Organisationskompetenz der sondergesetzlichen Wasserverbände erfasst.

Eine Beteiligung der sondergesetzlichen Wasserverbände an der im KDW ist deshalb rechtlich zulässig.

Das gilt auch für eine Beteiligung über die agw. Denn hierin bündeln die sondergesetzlichen Wasserverbände Aufgaben, die ihnen gleichmäßig obliegen und die sie gemeinsam wahrnehmen wollen. Nach § 4 der Satzung der agw vom 14.01.2014 besteht die Aufgabe der agw in der Interessenvertretung der Wasserwirtschaftsverbände NRW in Gesellschaft, Politik, Verwaltung und Wirtschaft. Nach § 5 der Satzung erfüllt die agw ihren Zweck insbesondere durch Informationen, Tagungen, Pressegespräche und gemeinsame Stellungnahmen ihrer Mitglieder. Eine Beteiligung an einer Vereinigung, die – wie das KDW – die Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Wasserwirtschaft für alle Wasserwirtschaftsunternehmen einschließlich der Wasserwirtschaftsverwaltung fortentwickelt, ist in diesen Satzungsregelungen zwar nicht unmittelbar angesprochen. Sie ist jedoch dennoch zulässig. § 4 der Satzung der agw beschreibt als Aufgabe der agw u. a. die Interessenvertretung der Wasserwirtschaftsverbände in NRW. Der Begriff der Interessenvertretung ist weit gefasst. Hierbei geht es nicht lediglich darum, Stellungnahmen gegenüber der Politik oder anderen Interessenverbänden abzugeben, die im gemeinsamen Interesse der sondergesetzlichen Wasserverbände in NRW liegen. Vielmehr beinhaltet die Interessenvertretung, wie die beispielhafte Aufzählung in § 5 Abs. 1 der Satzung zeigt, auch weitergehende – nicht abschließend aufgeführte – Aktivitäten. Hierzu lässt sich jede Aufgabe rechnen, die gemeinsamen Zwecken und Interessen der sondergesetzlichen Wasserwirtschaftsverbände in NRW entspricht. Wie ausgeführt, ist dies bei den Aufgaben, die vom KDW wahrgenommen werden sollen,

der Fall. Eine Beteiligung am KDW kann deshalb noch als nach § 4 der Satzung zulässige Interessenvertretung der agw für die Wasserwirtschaftsverbände in NRW angesehen werden. Folge davon ist, dass sich die sondergesetzlichen Wasserverbände auch über die agw an den KDW beteiligen können.

Allerdings setzt dies gemäß § 5 Abs. 2 der Satzung der agw eine Beschlussfassung durch die Mitgliederversammlung voraus.

3. Kommunale Wasserwirtschaftsunternehmen

Sowohl Aufgaben der Abwasserbeseitigung als auch der Wasserversorgung werden regelmäßig von kommunalen Unternehmen wahrgenommen. Die Organisationsstruktur der kommunalen Unternehmen ist dabei unterschiedlich. So wird der Stadtentwässerungsbetrieb Paderborn (STEB) als kommunaler Eigenbetrieb geführt und hat damit keine eigene Rechtspersönlichkeit. Andere Wasserwirtschaftsunternehmen der Kommunen werden in der Rechtsform der AöR oder als privatrechtlich organisierte Gesellschaften (GmbH oder AG) tätig.

Für alle kommunalen Unternehmen der Wasserwirtschaft gilt, dass sie nur Aufgaben wahrnehmen können, die ihnen zum einen von der Kommune zur Wahrnehmung übertragen worden sind und die zum anderen den Kompetenzbereich der Kommune nicht überschreiten. Denn die kommunale wirtschaftliche Tätigkeit stellt als solche keinen legitimen öffentlichen Zweck im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW dar. Sie hat nur eine dienende Funktion und stellt eine Modalität kommunaler Aufgabenwahrnehmung dar. Die Kommunen können deshalb nur so viel an Kompetenzen wahrnehmen und damit auch an Tochterunternehmen – sei es in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form – übertragen, wie sie selbst haben.¹³

Verfassungsrechtlich ist den kommunalen Gebietskörperschaften über Art. 28 GG, Art. 78 Abs. 2 LVerf NRW die sog. Organisationshoheit gewährleistet. Die Organisationshoheit umfasst dabei die Befugnis, Aufbau und Verfahren innerhalb der eigenen Verwaltungsorganisation sowie die Wahl der Organisationsrechtsform zur Bewältigung der jeweiligen Aufgaben zu bestimmen.¹⁴ Zu den Aufgaben jeder kommunalen

¹³ Vgl. nur *Mann*, in: Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Auflage, 2012, § 9, Rn. 298; *Schink*, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2001, 129, 134.

¹⁴ In diesem Sinne z. B. *Burgi*, Kommunalrecht, 4. Auflage, 2012, § 6, Rn. 33; *Erichsen*, Kommunalrecht NRW, 1988, § 4 A 4.

Gebietskörperschaft gehört im Rahmen der verfassungsrechtlich gewährleisteten kommunalen Organisationshoheit die Wahrnehmung sog. Existenzaufgaben. Hierunter wird verstanden, dass die Kommunen sich im Rahmen der Gesetze selbst organisieren und die zur Herstellung der Funktionsfähigkeit notwendigen Entscheidungsprozesse treffen und die hierfür erforderlichen sächlichen und personellen Mittel innerhalb des Rahmens der Gesetze bereitstellen dürfen.¹⁵

Die Digitalisierung der Verwaltung lässt sich heute zu den sog. Existenzaufgaben der Kommunen zählen. Die Digitalisierung von Verwaltungsabläufen ist deshalb eine Aufgabe, die allen Kommunen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von sächlichen Aufgaben der Verwaltung obliegt. Das gilt sowohl für die Abwasserbeseitigung als auch für die Wasserversorgung. Auch wenn die Aufgabe der Digitalisierung ungeschrieben ist, sind die Kommunen deshalb berechtigt, Digitalisierungsprozesse vorzunehmen und diese so zu gestalten, dass hierdurch eine effiziente Aufgabenwahrnehmung gerade auch in der Wasserwirtschaftsverwaltung möglich bzw. erleichtert wird. Dabei müssen sie sich naturgemäß im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben halten. Zur Wahrnehmung von Existenzaufgaben gehört es in diesem Rahmen auch, einen Erfahrungsaustausch mit anderen kommunalen Gebietskörperschaften und Dritten und hier insbesondere den sondergesetzlichen Wasserverbänden und den Einrichtungen des Landes NRW im Bereich der Digitalisierung wahrzunehmen. Die Schulung der Mitarbeiter ist ebenfalls eine Aufgabe, die zu den Existenzaufgaben der Kommunen gerechnet werden kann. Denn ohne die erforderliche Fachkompetenz lässt sich eine Digitalisierung von Verwaltungsabläufen weder in der Wasserwirtschaftsverwaltung noch anderswo bei der kommunalen Aufgabenerfüllung gewährleisten. Die kommunalen Gebietskörperschaften sind deshalb berechtigt, die Aufgaben wahrzunehmen, die das KDW erledigen soll.

Dabei sind die Kommunen grundsätzlich – vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen – frei darin, in welcher Form sie die Aufgabe der Vorbereitung und Optimierung der Digitalisierung der Wasserwirtschaftsverwaltung wahrnehmen. Es ist allgemein anerkannt, dass den Kommunen über Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 Abs. 2 LVerf NRW die sog. Kooperationsfreiheit verfassungsrechtlich garantiert ist.¹⁶ Den kommunalen Gebietskörperschaften steht es deshalb grundsätzlich frei, in welcher Rechtsform und mit welchen Beteiligten sie diese Aufgabe erledigen wollen. Grundsätzlich

¹⁵ Erichsen, Kommunalrecht NRW, 1988, § 4 A 4.

¹⁶ Vgl. etwa BVerfG, NVwZ 1987, 123; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, Rn. 372 ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 91 Rn. 6; Stober, Kommunalrecht, § 7 II 2 h; Schink, in: Schmidt-Jortzig/Schink, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, 1982, S. 25, 99 ff.; Lusche, Die Selbstverwaltungsaufgaben der Landkreise, 1998, S. 89.

steht ihnen deshalb die Kompetenz zu, sich am KDW zu beteiligen, und zwar unabhängig davon, in welcher Rechtsform das KDW geführt wird. Ausnahmen können sich ggf. aus der GO NRW und hier insbesondere dem Gemeindewirtschaftsrecht (§§ 107 ff. GO NRW) ergeben. Dies ist jedoch keine Frage der Zulässigkeit der Beteiligung an dem KDW. Vielmehr geht es hierbei darum, in welcher Rechtsform die Kommunen gemeinsam mit Dritten Aufgaben wahrnehmen dürfen.

Die vorstehenden Grundsätze gelten unabhängig davon, in welcher Rechtsform die Kommunen Aufgaben der Wasserwirtschaft organisiert haben.

Haben die Kommunen diese Aufgaben ausgegliedert, indem sie zu ihrer Wahrnehmung eine AöR gegründet oder die Aufgaben in private Rechtsformen (GmbH, AG) überführt haben, hält es sich im Rahmen der Kompetenzen der externen kommunalen Rechtsträger, wenn sie sich an der KDW beteiligen. Denn die Existenzaufgabe zur Wahrnehmung wasserwirtschaftlicher Aufgaben ist insoweit mit der Kompetenz zur Aufgabendurchführung auf die jeweiligen externen Rechtsträger übergegangen.

Ist ein Eigenbetrieb gebildet worden, ist die Kompetenz des Eigenbetriebs zur Beteiligung am KDW allerdings beschränkt. Gemäß § 4 Eigenbetriebsverordnung NRW entscheidet der Rat der Gemeinde über Angelegenheiten, die er nach der Gemeindeordnung nicht übertragen kann. Gemäß § 41 Abs. 1 lit. m) GO NRW bedarf der Zustimmung des Gemeinderates die erstmalige unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einer Gesellschaft oder anderen Vereinigungen in privater Rechtsform. Dasselbe gilt für Bildung eines gemeinsamen Kommunalunternehmens gemäß § 27 Abs. 1 bis 3, 6 GkG NRW. Der Betriebsausschuss des Eigenbetriebes kann deshalb nicht selbst über eine Beteiligung am KDW entscheiden.

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann damit festgestellt werden, dass die Gründungsträger des KDW berechtigt sind, Aufgaben wahrzunehmen, mit deren Erfüllung das KDW beauftragt werden sollte. Das gilt sowohl für das Land NRW, das im Rahmen seiner Organisationskompetenz solche Aufgaben wahrnehmen darf, als auch für die sondergesetzlichen Wasserwirtschaftsverbände und die kommunalen Wasserversorger bzw. Abwasserbeseitigungsunternehmen, denen die Aufgaben des KDW also sog. Existenzaufgaben obliegen.

II. Wahl der Organisationsform

1. Land NRW

Grenzen für die Zulässigkeit der Beteiligung des Landes NRW an einem privaten Unternehmen ergeben sich aus § 65 Abs. 1 LHO NRW. Danach soll sich das Land, außer in den Fällen des § 65 Abs. 5 LHO NRW, an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn

1. ein wichtiges Interesse des Landes vorliegt und sich der vom Land angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt,
2. die Einzahlungsverpflichtung des Landes auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist,
3. das Land einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält,
4. gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des 3. Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden,
5. gewährleistet ist, dass die für die Tätigkeit im Geschäftsjahr gewährten Bezüge jedes einzelnen Mitglieds der Geschäftsführung, des Aufsichtsrates, des Beirates oder einer ähnlichen Einrichtung unter Namensnennung, aufgeteilt nach erfolgsabhängigen und erfolgsbezogenen Komponenten sowie Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung, im Anhang des Jahresabschlusses gesondert veröffentlicht werden.

Nach § 65 Abs. 2 LHO NRW bedarf es einer Einwilligung des Finanzministeriums für die Beteiligung an einem Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts. Diese ist einzuholen, bevor das Land Anteile an einem derartigen Unternehmen erwirbt. Weiter ergibt sich aus § 65 Abs. 2 Satz 3 LHO NRW, dass das Finanzministerium an den Verhandlungen zu beteiligen ist. Hierauf kann das Finanzministerium jedoch verzichten (§ 65 Abs. 4 LHO NRW).

§ 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 5, Abs. 2 bis 4 LHO NRW betreffen im Wesentlichen Verfahrensregelungen sowie Regelungen über den zulässigen Inhalt der Satzung einer privatrechtlichen Gesellschaft, an der sich das Land beteiligen möchte. Diese Regelungen sollen vorliegend nicht näher betrachtet werden. Sie sind von Bedeutung bei der Frage der Gestaltung der Satzung eines privatrechtlichen Unternehmens, falls das KDW in der Rechtsform eines privatrechtlichen Unternehmens errichtet werden soll. § 65 Abs. 1 Nr. 2 verbietet im Grundsatz die Beteiligung an Rechtsformen ohne Haftungsbegrenzung.

Von Bedeutung für die Zulässigkeit der Gründung des KDW in der Rechtsform eines privaten Unternehmens ist allein § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LHO NRW. Voraussetzung für die Zulässigkeit der Beteiligung des Landes an einem Unternehmen privaten Rechts ist hiernach

- ein wichtiges Interesse des Landes und
- dass sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf anderer Weise erreichen lässt.

Erfasst von § 65 Abs. 1 Satz 1 LHO NRW sind alle Aktivitäten des Landes, die in einer privaten Rechtsform unternommen werden sollen. Es kommt deshalb nicht darauf an, dass eine der Gesellschaftsrechtsformen (GmbH, AG) gewählt wird. Der Begriff Unternehmen schließt jeden gewerblichen oder sonstigen wirtschaftlichen Betrieb, Vereine, Genossenschaften und Stiftungen ein.¹⁷ Vereine, Genossenschaften und Stiftungen fallen allerdings nur dann unter den Begriff des Unternehmens, wenn sie einen gewerblichen oder sonstigen wirtschaftlichen Betrieb errichten.¹⁸

§ 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LHO NRW findet deshalb in folgenden Fällen Anwendung:

- Errichtung einer juristischen Person des Zivilrechts, wie GmbH
- Gründung eines Vereins oder einer Stiftung, wenn diese einen gewerblichen oder sonstigen wirtschaftlichen Betrieb wahrnehmen sollen.

Da jedenfalls nach Abschluss der Gründungsphase von drei Jahren beabsichtigt ist, dass das KDW Veranstaltungen gegen Entgelt durchführen soll, kann davon ausgegangen werden, dass das KDW perspektivisch auch wirtschaftlich tätig werden soll.

¹⁷ Vgl. VV zu § 65 LHO NRW Nr. 1.1.

¹⁸ VV zu § 65 LHO NRW Nr. 1.1 S. 2.

Die Frage, ob das Land NRW sich an einem privaten Rechtsträger für das KDW beteiligen darf, kann deshalb nur einheitlich beurteilt werden.

Voraussetzung ist zunächst, dass ein wichtiges Interesse des Landes NRW vorliegt. In der VV zu § 65 LHO NRW wird nicht definiert, wann dies der Fall ist. Für die gleichlautende Bundesregelung des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BHO wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass ein wichtiges Bundesinteresse „allenfalls in Betracht gezogen werden (könne), wenn eine Notwendigkeit zur Erfüllung von Aufgaben des Bundes besteht.“¹⁹ Diese Definition führt nicht wesentlich weiter. Die Frage, ob ein wichtiges Landesinteresse gegeben ist, das die Wahrnehmung der Aufgaben des KDW in der Rechtsform eines privaten Unternehmens rechtfertigt, unterliegt der Einschätzungsprärogative des Landes. Wie ausgeführt, hat das MULNV NRW als Oberste Wasserbehörde ein erhebliches Interesse daran, dass die Digitalisierung in der Wasserwirtschaft schnell, gleichmäßig und effizient erfolgt. Hierzu bedarf es des Austausches der in der Wasserwirtschaft tätigen Unternehmen mit dem Ministerium, der Initiierung von Forschungs- und Entwicklungsaufgaben, der Bildung von Netzwerken, damit auch kleinere Wasserwirtschaftsunternehmen an Entwicklungen zur Digitalisierung partizipieren und diese einsetzen können sowie der Fortbildung der Mitarbeiter der Wasserwirtschaftsverwaltung. All dies soll das KDW gewährleisten. Bei diesen Aufgaben handelt es sich um wichtige Landesaufgaben, da sie dazu dienen, die Aufgabenwahrnehmung in der Wasserwirtschaft zukunftsfähig, wirtschaftlich und effizient zu gestalten. Insbesondere der Erfahrungsaustausch ist für das Ministerium als Oberste Wasserbehörde deshalb wichtig, um passgenau strukturelle Vorgaben und Standards setzen zu können, damit die Digitalisierung in allen Unternehmen der Wasserwirtschaft gleichmäßig und effizient auf dem gleichen technischen Niveau erfolgen kann. Ein wichtiges Landesinteresse an der Beteiligung des KDW in einer privatrechtlichen Rechtsform ist deshalb zu bejahen.

Weitere Voraussetzung ist, dass sich das wichtige Landesinteresse auf andere Weise nicht besser und wirtschaftlicher erreichen lässt. Das ist nicht der Fall, wenn es genügt, dass sich bestehende Verwaltungseinrichtungen mit der Aufgabe befassen und diese erledigen. Dasselbe gilt, wenn es zur Aufgabenerledigung genügt, Zuwendungen zu gewähren oder die Aufgabe im Wege einer funktionalen Privatisierung wahrzunehmen.²⁰

¹⁹ Nöhrbaß, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 2. Auflage, Stand: 2/2018, § 65 BHO, Rn. 8.

²⁰ Nöhrbaß, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 2. Auflage, Stand: 2/2018, § 65 BHO, Rn. 8.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Vielmehr kann das Landesinteresse auf andere Weise als durch Gründung des KDW nicht besser und wirtschaftlicher erreicht werden. Wichtig für die Digitalisierung ist die Bildung von Netzwerken, der Erfahrungsaustausch zwischen den an der Digitalisierung der Wasserwirtschaft Beteiligten sowie die Initiierung von Forschungs- und Entwicklungskonzepten und die Fortbildung der Mitarbeiter der Wasserwirtschaftsverwaltung. Diese Aufgaben können durch bestehende Verwaltungseinrichtungen nicht in gleicher Weise wie durch Bildung des KDW erledigt werden. Insbesondere die Netzworkebildung und der Erfahrungsaustausch zwischen an dem KDW beteiligten Unternehmen und den Unternehmen, die von den Aktivitäten des KDW profitieren, indem sie Beratungsleistungen abrufen können und eine Fortbildung gewährleistet wird, lassen sich durch bestehende Einrichtungen des Landes nicht erledigen. Hierfür kämen neben dem Ministerium die Bezirksregierungen und das LANUV in Betracht. Diese verfügen zwar über fundierte wasserrechtliche und wasserwirtschaftliche Kenntnisse und Erfahrungen. Zu ihren Aufgaben gehören die Aktivitäten, die im KDW entfaltet werden sollen, indessen nicht. Auch das BEW als Fortbildungseinrichtung des Landes im Bereich der Wasserwirtschaft kann diese Aufgaben nicht bewältigen. Das BEW ist eine reine Fortbildungseinrichtung. Erfahrungsaustausch, Netzworkebildung, Initiierung von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten gehören nicht zu seinen Aufgaben.

Im Ergebnis kann damit festgestellt werden, dass die Aufgaben, die dem KDW übertragen werden sollen, nicht besser auf andere Weise erreicht werden können.

Das gilt auch für die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerledigung. Nach den Strukturüberlegungen für das KDW wird sich das Land in den ersten drei Jahren zur Hälfte an den voraussichtlichen Kosten in Höhe von 800.000,00 € beteiligen. Die restlichen Kosten sollen von den anderen Gründungsträgern aufgebracht werden. Damit ist gewährleistet, dass die Aufgabe in einer für das Land wirtschaftlichen Weise erledigt werden kann.

Im Ergebnis kann damit festgestellt werden, dass das Land NRW sich gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LHO NRW an einer privaten Rechtsform für das KDW beteiligen darf, es sei denn es handelt sich um eine nicht haftungsbeschränkte Rechtsform (vgl. § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 LHO NRW). Dabei sind die in § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 5, Abs. 2 bis 4 LHO NRW genannten Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung einer Satzung zu berücksichtigen.

- a) Beschränkung der Einzahlungsverpflichtung des Landes, § 65 Abs. 1 Nr. 2 LHO NRW

Beteiligen darf sich das Land NRW und damit auch das MULNV NRW an einem Unternehmen des privaten Rechts nach § 65 Abs. 1 Nr. 2 LHO NRW nur, wenn die Einzahlungsverpflichtung des Landes auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist. Der Wahl einer privaten Rechtsform setzt diese Regelung Grenzen:

Da die Haftung bei einer BGB-Gesellschaft oder einer OHG nicht begrenzt ist, scheiden diese Gesellschaftsformen des privaten Rechts aus; daran darf sich das Land nach § 65 Abs. 1 Nr. 2 LHO NRW nicht beteiligen.²¹

Das Land darf sich nur an Unternehmen beteiligen, die in einer Rechtsform mit gesetzlicher Haftungsbeteiligung betrieben werden. dazu gehören vor allem die GmbH, die GmbH & Co KG und die AG.²² Auf die geplante Begrenzung der Einlageverpflichtung auf 800.000,00 € jährlich kommt es vor diesem Hintergrund nicht an.

- b) Weitere organisationsrechtliche Vorgaben

Für den Fall, dass das KDW als Einrichtung des Landes geführt werden soll, ergibt sich aus § 14 Abs. 1 LOG NRW eine Berechtigung des MULNV, das KDW als eigene Einrichtung zu führen. Voraussetzung hierfür ist gemäß § 14 Abs. 2 LOG NRW, dass sich das KDW dann aus dem Haushaltsplan des Landes ergibt.

Die Einrichtung des KDW als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit, Anstalt oder Stiftung setzt gemäß § 18 LOG NRW i. V. m. § 21 LOG NRW eine landesgesetzliche Regelung voraus.

Das gilt auch für die Gründung einer Anstalt des öffentlichen Rechts unter Beteiligung des Landes NRW. Eine kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts kann gemäß § 114a GO NRW nur von Gemeinden und Gemeindeverbänden gegründet werden. Das gilt nach § 27 Abs. 1 GkG NRW auch für ein gemeinsames Kommunalunternehmen.²³

An einem kommunalen Zweckverband darf sich das Land demgegenüber gemäß § 4 Abs. 2 GkG NRW beteiligen. Möglich ist es deshalb auch, die Aufgaben des KDW in

²¹ Giesen/Fricke, Das Haushaltsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1972, § 65, Rn. 2.

²² So Giesen/Fricke, Das Haushaltsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1972, § 65, Rn. 2, und für den gleichlautenden § 65 Abs. 1 Nr. 2 BHO: Nörbaß, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 2. Auflage, Stand: 2/2018, § 65, Rn. 9.

²³ Dazu noch unten, D.II.3.e)bb).

einen Zweckverband wahrzunehmen. Hierfür ist allerdings die Bildung eines kommunalen Zweckverbandes durch kommunale Gebietskörperschaften Voraussetzung. Dem Land steht dann die Möglichkeit offen, sich daran zu beteiligen.²⁴

Aus dem Umkehrschluss aus §§ 18 und 21 LOG NRW ergibt sich im Übrigen, dass eine Aufgabenwahrnehmung des Landes in öffentlich-rechtlicher Rechtsform unterhalb der Ebene einer eigenen öffentlich-rechtlichen Rechtspersönlichkeit ohne gesetzliche Regelung kraft der Organisationsgewalt des Ministeriums zulässig ist. Zu denken ist insoweit vor allem an eine Arbeitsgemeinschaft ähnlich einer kommunalen Arbeitsgemeinschaft, bei der sich die Gründungsmitglieder zusammenschließen und ohne eigene Rechtspersönlichkeit die Aufgaben des KDW in dieser Form wahrnehmen. Das Land NRW könnte sich hieran ohne weiteres beteiligen.

Insgesamt kann damit festgestellt werden, dass es keine rechtlichen Hindernisse für das Land NRW gibt, sich an dem KDW zu beteiligen. Zulässig wären vorbehaltlich der weiteren in § 65 LHO NRW genannten Voraussetzungen privatrechtliche Unternehmensrechtsformen ebenso wie öffentlich-rechtliche Organisationsstrukturen (Zweckverband, Arbeitsgemeinschaft). Die Errichtung einer eigenständigen Körperschaft des öffentlichen Rechts oder einer Anstalt bedürfte allerdings eines Landesgesetzes.

2. Sondergesetzliche Wasserverbände

In den gesetzlichen Regelungen über die sondergesetzlichen Wasserverbände ist nicht ausdrücklich bestimmt, in welcher Rechtsform die sondergesetzlichen Wasserverbände Aufgaben wahrnehmen dürfen. Allerdings regeln die Gesetze über die sondergesetzlichen Wasserverbände jeweils, dass die Bildung von oder der Eintritt in Handelsgesellschaften sowie in Vereinigungen bürgerlichen Rechts mit eigener oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit, die auf eine wirtschaftliche Betätigung ausgerichtet sind, oder in kommunale Arbeitsgemeinschaften oder Zweckverbände und die Beteiligung an stillen Gesellschaften, an einem Handelsgewerbe sowie an einem Handelsgewerbe der Zustimmung des Genossenschaftsrates bedürfen.²⁵ Aus dieser Regelung lässt sich schließen, dass die sondergesetzlichen Wasserverbände sich zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben auch Rechtsformen privaten Rechts bedienen dürfen. Voraussetzung hierfür

²⁴ Dazu noch unten, D.II.3.e)aa).

²⁵ So § 16 Abs. 5 Nr. 7 EmscherGG; § 17 Abs. 5 Nr. 7 LippeVG; § 17 Abs. 5 Nr. 7 NiersVG; § 17 Abs. 5 Nr. 7 LineGG; § 25 Abs. 5 Nr. 7 ErftVG; § 17 Abs. 5 Nr. 7 RuhrVG; § 17 Abs. 5 Nr. 7 EifelRurVG.

ist lediglich, dass in der Rechtsform des privaten Rechts Aufgaben des Verbandes erledigt werden. Dann ist eine Beteiligung an einer Rechtsform des privaten Rechts sowie an öffentlich-rechtlichen Rechtsformen, wie Zweckverbänden, kommunalen Arbeitsgemeinschaften u. a. wegen der jeweils in den gesetzlichen Grundlagen über die sondergesetzlichen Wasserverbände enthaltenen Zustimmungspflicht des Verbandsrates bzw. Genossenschaftsrates zur Beteiligung an einer solchen externen Organisationsstruktur zulässig.

Bedenken an einer Beteiligung der sondergesetzlichen Wasserverbände an der KDW bestehen deshalb nicht, und zwar unabhängig davon, in welcher Rechtsform diese errichtet wird.

3. Kommunale Unternehmen

Für die kommunalen Gebietskörperschaften und die Unternehmen, deren Gesellschafter ganz überwiegend Kommunen sind, ergeben sich aus § 107 ff. GO NRW Grenzen für eine wirtschaftliche Betätigung. Diese bestehen in zweierlei Richtung:

- Zum einen unterliegt die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung den Grenzen des § 107 GO NRW.
- Zum anderen sind bei Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform die Anforderungen des § 108 GO NRW zu beachten.

a) Wirtschaftliche Betätigung durch das KDW?

Fraglich ist zunächst, ob die Beteiligung der Kommunen oder ihnen beeinflussten kommunalen Unternehmen am KDW eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 107 Abs. 1 GO NRW darstellt und ob deshalb vorliegend die rechtlichen Grenzen des § 107 Abs. 1 GO NRW Anwendung finden können.

Das ist zweifelhaft:

aa) *Einrichtungen des Umweltschutzes*

Nach § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO NRW gilt nicht als wirtschaftliche Betätigung im Sinne von § 107 Abs. 1 GO NRW der Betrieb von Einrichtungen des Umweltschutzes. Dasselbe gilt gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GO NRW für Einrichtungen, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden und Gemeindeverbänden dienen.

Der Begriff der Einrichtungen des Umweltschutzes wird allgemein weit ausgelegt.²⁶ Wie bereits ausgeführt, dienen die Aufgaben, die im KDW erfüllt werden sollen (auch) der kommunalen Abwasserbeseitigung. Bei der Digitalisierung handelt es sich um eine Hilfstätigkeit, die die Wahrnehmung der Abwasserbeseitigungsaufgabe erleichtern und effizienter machen soll; Digitalisierung ist unter den Bedingungen der heutigen Kommunikationsinfrastruktur mit der Aufgabe der Abwasserbeseitigung untrennbar verbunden. Deshalb ist es gerechtfertigt, die vom KDW wahrzunehmenden Aufgaben, die insgesamt auch auf eine Effizienzsteigerung im Bereich der Digitalisierung der Abwasserbeseitigung ausgerichtet sind, als nichtwirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO NRW zu charakterisieren.

bb) Deckung des Eigenbedarfs

Darüber hinaus können die Aufgaben des KDW auch unter den Begriff der Einrichtungen gefasst werden, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden und Gemeindeverbänden dienen. Gemeint sind mit § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GO NRW im Wesentlichen sogenannte Hilfsbetriebe der Kommunen, die ausschließlichen Eigenbedarfsdeckung dienen. Die Optimierung der Digitalisierung der kommunalen Verwaltung durch ein eigenständiges Unternehmen kann durchaus unter diese Regelung subsumiert werden. Die Rechtsprechung hat z. B. anerkannt, dass die Untersuchung von Hausanschlusskanälen und Grundleitungen einschließlich der Ausstellung von Dichtheitsprüfungsbescheinigungen sowie die Sanierungsplanung bei defekten Kanälen und Hausanschlüssen noch zu den kommunalen Hilfstätigkeiten im Sinne des § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GO NRW ebenso wie Neben- und Hilfsbetriebe anderer Art gehören.²⁷ Die Schwelle dieser Tätigkeiten erreicht das KDW nicht. Eine wirtschaftliche Betätigung gegenüber Dritten im Sinne des § 107 GO NRW findet hier nicht statt. Vielmehr geht es im Wesentlichen um die Optimierung der Digitalisierung im Bereich der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung sowie die Kommunikation der Wasserbehörden und in der Wasserwirtschaft tätigen Unternehmen untereinander. Diese Aufgabe kann als eine Aufgabe charakterisiert werden, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden und Gemeindeverbänden und der von ihnen gegründeten Unternehmen der Wasserversorgung bzw. der Abwasserbeseitigung dient.

²⁶ Dazu *Flüshöh*, in Kleebaum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, 2013, § 107 Anm. V (S. 1302); *Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch*, GO NRW, Stand: April 2019, § 107 Anm. VII, 11.

²⁷ Einzelheiten dazu bei *Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch*, § 107 GO NRW Anm. VII, 12.

Gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 GO NRW sind die dort genannten nicht wirtschaftlichen Unternehmen von den rechtlichen Anforderungen des § 107 Abs. 1 GO NRW an eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen freigestellt. Die Beteiligung der Kommunen an solchen Unternehmen ist nicht mehr an den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 107 Abs. 1 GO NRW zu messen.²⁸ Sie sind von der Anwendung des § 107 Abs. 1 GO NRW insgesamt ausgenommen, so dass es nicht darauf ankommt, ob die Tätigkeit (auch) einen wirtschaftlichen Charakter hat.

Da in Bezug auf die Aufgaben des KDW die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, 5 GO NRW vorliegen, ist für die Kommunen bzw. die von ihnen gebildeten Unternehmen der Wasserwirtschaft eine Beteiligung am KDW rechtlich zulässig. Die Schranken des § 107 Abs. 1 GO NRW sind nicht zu beachten.

cc) *Unternehmen der Trinkwasserversorgung*

Das gilt auch für die Digitalisierung im Bereich der Trinkwasserversorgung. Hier gilt zwar die Freistellung des § 107 Abs. 2 GO NRW nicht. Die Trinkwasserversorgung ist jedoch gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW privilegiert. Die Subsidiaritätsprüfung, die ansonsten nach dieser Regelung für die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen erforderlich ist, gilt für den Bereich der Trinkwasserversorgung angesichts der nach § 50 WHG insoweit bestehenden Verpflichtung der Kommunen, diese Aufgabe als Aufgabe der Daseinsvorsorge wahrzunehmen, nicht. Hieraus wird gefolgert, dass Dienstleistungen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Wasserversorgung stehen, von den Kommunen ohne Rücksicht auf die Subsidiaritätsklausel des § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW wahrgenommen werden dürfen.²⁹ Diese Voraussetzungen liegen für eine Beteiligung von kommunalen Trinkwasserversorgungsunternehmen an KDW vor. Die Digitalisierung der Aufgaben der Trinkwasserversorgung ist eine Aufgabe, die unmittelbar mit der Versorgungsaufgabe zusammenhängt. Sie dient dem Vollzug dieser Aufgabe, ja sie ist hierfür unabdingbar. Unternehmerische Aktivitäten, die darauf ausgerichtet sind, die Digitalisierung zu verbessern und insbesondere auch eine Vernetzung mit den Aufsichtsbehörden, aber auch den Kunden der Trinkwasserversorger zu ermöglichen, sind deshalb gemäß § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW von der Subsidiaritätsklausel ausgenommen.

²⁸ Flühöh, in Kleebaum/Palmen, GO NRW, § 107 Anm. V (S. 1298); Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, GO Anm. VII 3; Lange, NVwZ 2014, 616, 618; OVG NRW, NWVBl 2005, 133.

²⁹ Dazu: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, § 107 GO Anm. VI 2.

Allerdings muss hierfür gemäß § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NRW ein öffentlicher Zweck vorliegen, der die Betätigung erfordert. Wie bereits ausgeführt, liegt es auch im Interesse der kommunalen Trinkwasserversorger, durch Digitalisierung die Effizienz der Aufgabenwahrnehmung zu verbessern und eine Vernetzung mit den Aufsichtsbehörden sicherzustellen. Das gilt auch für die im Rahmen des KDW angestrebte Netzbildung, die Anregung und Unterstützung von Forschungsarbeiten im Bereich der Digitalisierung der Wasserwirtschaft sowie die Fortbildung der Mitarbeiter.

§ 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO NRW setzt für die Zulässigkeit der Beteiligung der Gemeinde an kommunalen Unternehmen in privatwirtschaftlicher Form weiter voraus, dass die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. Die Höhe der Beteiligung der kommunalen Trinkwasserunternehmen soll der Höhe nach begrenzt werden. Da das Land die Hälfte der jährlichen Kosten in Höhe von 800.000,00 € tragen wird, sich voraussichtlich mehrere sondergesetzliche Wasserverbände und kommunale Unternehmen am KDW beteiligen werden, ist der jährliche finanzielle Beitrag der Kommunen zum KDW überschaubar. Angesichts dessen, dass wegen § 65 Abs. 1 Nr. 2 LHO NRW nur private Unternehmensformen mit gesetzlicher Haftungsbegrenzung zulässig sind (GmbH; GmbH & Co KG, AG), kann davon ausgegangen werden, dass die Beteiligung am KDW in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinden als Mutter kommunaler Wasserversorgungsunternehmen steht.

Insgesamt kann damit festgestellt werden, dass die kommunalen Gebietskörperschaften und die von ihnen gegründeten Unternehmen gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, 5 bzw. § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW berechtigt sind, sich am KDW zu beteiligen.

b) Zulässige Form der Aufgabenwahrnehmung

Soll das KDW in privatrechtlicher Rechtsform errichtet werden, sind die Voraussetzungen des § 108 GO NRW zu beachten.

Geht man davon aus, dass es sich beim KDW um ein nicht wirtschaftliches Unternehmen, um eine Einrichtung im Sinne des § 107 Abs. 2 GO NRW handelt, bedarf die Beteiligung der Kommunen und der von ihr gegründeten kommunalen Unternehmen hieran eines wichtigen Interesses. Ein wichtiges Interesse liegt vor, wenn mit der Gesellschaftsgründung oder -beteiligung die gemeindliche Aufgabenerfüllung nachhaltig

erleichtert oder verbessert wird.³⁰ Anerkannt ist, dass z. B. wirtschaftliche Gesichtspunkte, größere Autonomie und Flexibilität bei der Aufgabenerfüllung oder die wirtschaftliche Einbindung Privater hierfür als Begründung als Betracht kommen.³¹ Den Kommunen steht hinsichtlich der Frage, ob ein wichtiges Interesse an der Gründung oder Beteiligung eines Unternehmens in privater Rechtsform vorliegt, eine Einschätzungsprärogative zu.³² In diesem Rahmen hat die Gemeinde die Vor- und Nachteile der Beteiligung an einem privaten Unternehmen zu prüfen.

Geht man davon aus, dass die Tätigkeit des KDW nicht wirtschaftlicher Art im Sinne des § 107 Abs. 2 GO NRW ist, dürfen die Gemeinden bzw. die von ihnen gegründeten kommunalen Unternehmen diese Aufgaben auch in privatrechtlicher Rechtsform wahrnehmen, denn hierfür liegt ein wichtiges Interesse vor. Die angestrebte und erforderliche Kooperation der verschiedenen Beteiligten ist nur im Rahmen einer externen Organisation möglich. Weiter spricht für eine Wahrnehmung in privatrechtlicher Rechtsform auch, dass hierdurch eine Bindung an das kommunale Haushaltsrecht vermieden wird. Dies ist deshalb sinnvoll, weil sich neben Kommunen bzw. kommunalen wirtschaftlichen Unternehmen am KDW auch die sondergesetzlichen Wasserverbände und das Land Nordrhein-Westfalen mit je eigener und anderer Haushaltsordnung beteiligen wollen. Weiter können auf diese Weise private Dritte in die Aufgabenwahrnehmung eingebunden werden.

All dies spricht dafür, dass für die Aufgabenwahrnehmung in privatrechtlicher Rechtsform ein wichtiges Interesse vorliegt, so dass eine privatrechtliche Struktur unter Beteiligung der Kommunen bzw. kommunaler Unternehmen gemäß §108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO NRW zulässig ist.

Das gilt auch dann, wenn angenommen wird, dass zumindest die Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Trinkwasserversorgung eine wirtschaftliche Betätigung darstellt. Gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NRW hängt die Zulässigkeit einer Gründung bzw. Beteiligung an einem Unternehmen in privater Rechtsform dann davon ab, ob die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Satz 1 GO NRW erfüllt sind. Dies wurde bereits bejaht, so dass festgestellt werden kann, dass auch die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NRW für die Wahrnehmung der Aufgaben des KDW in privater Rechtsform gegeben sind.

³⁰ OVG NRW, NVwZ 1986, 1045, 1046; *Bender*, in: Kleebaum/Palmen, GO NRW, § 108 Anm. II 2.

³¹ OVG NRW, StuGR 1995, 191, 192; *Bender*, in: Kleebaum/Palmen, GO NRW, § 108 Anm. II 2.

³² OVG NRW, StuGR 1995, 191, 192; *Bender*, in: Kleebaum/Palmen, GO NRW, § 108 Anm. II 2.

Beteiligen an dem KDW in privatrechtlicher Rechtsform können sich auch kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts. Gemäß § 114a Abs. 4 GO NRW können sie sich unter den Voraussetzungen des § 108 GO NRW an Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform beteiligen. Wie ausgeführt, liegen die Voraussetzungen des § 108 GO NRW vor.

c) Mittelbare kommunale Beteiligung/Gemischtwirtschaftliche kommunale Unternehmen

Die vorgenannten Begrenzungen gelten wegen § 108 Abs. 6 GO NRW auch bei einer nur mittelbaren Beteiligung der Gemeinde an einem privaten Unternehmen, also dann, wenn sich ein kommunales Unternehmen seinerseits an einem Unternehmen in privater Rechtsform beteiligen will. Das gilt grundsätzlich auch für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen. Nach § 108 Abs. 6 GO NRW gilt dann Folgendes:

Vertreter der Gemeinde in einer Gesellschaft, an der Gemeinden, Gemeindeverbände oder Zweckverbände unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 25 vom Hundert beteiligt sind, dürfen der Gründung einer anderen Gesellschaft oder einer anderen Vereinigung in einer Rechtsform des privaten Rechts, einer Beteiligung sowie der Erhöhung einer Beteiligung der Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft oder einer anderen Vereinigung in einer Rechtsform des privaten Rechts nur zustimmen, wenn

- die vorherige Entscheidung des Rates vorliegt,
- für die Gemeinde selbst die Gründungs- bzw. Beteiligungsvoraussetzungen vorliegen und
- sowohl die Haftung der gründenden Gesellschaft als auch die Haftung der zu gründenden Gesellschaft oder Vereinigung durch ihre Rechtsform auf einen bestimmten Betrag begrenzt sind oder
- sowohl die Haftung der sich beteiligenden Gesellschaft als auch die Haftung der Gesellschaft oder Vereinigung, an der eine Beteiligung erfolgt, durch ihre Rechtsform auf einen bestimmten Betrag begrenzt sind.

Aus dieser Regelung folgt, dass Unternehmen, an denen Gemeinden oder Gemeindeverbände mit mehr als 25 % beteiligt sind, der Gründung einer anderen Gesellschaft des privaten Rechts nur zustimmen dürfen, wenn die Voraussetzungen des § 108 Abs.

1 GO NRW erfüllt sind.³³ Befreit von den Kautelen des § 108 Abs. 1 GO NRW sind kommunale Unternehmen nur, wenn die Beteiligung der Kommunen hieran insgesamt unter 25 % liegt. Davon kann bei kommunalen Unternehmen der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung regelmäßig nicht ausgegangen werden.

d) Weitere Anforderungen aus § 108 Abs. 1 GO NRW

Nach § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW muss eine Unternehmensrechtsform gewählt werden, die die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Ebenso wie nach § 65 LHO NRW scheiden deshalb die BGB-Gesellschaft und die OHG als mögliche private Rechtsformen aus, da hier die Haftung nicht begrenzt werden kann.³⁴

§ 108 Abs. 1 Satz Nr. 4 GO NRW setzt weiter voraus, dass die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit steht. Wie ausgeführt, bestehen dagegen angesichts der vorgesehenen Minderheitsbeteiligung kommunaler Unternehmen keine Bedenken.³⁵ Im Übrigen kann die Höhe der Beteiligung kommunaler Unternehmen in der Satzung begrenzt werden.

Das Unternehmen muss durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder sonstiges Organisationsstatut auf den öffentlichen Zweck ausgerichtet werden (§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 GO NRW). Der öffentliche Zweck, den das KDW verfolgen soll, muss nach dieser Vorschrift in der Satzung des Privatunternehmens festgeschrieben werden. Damit soll sichergestellt werden, dass das Unternehmen ausschließlich öffentliche Zwecke verfolgt, die ihren Ursprung in der kommunalen Aufgabenstellung haben.³⁶

Wie ausgeführt, sollen durch das KDW auch kommunale Aufgaben erledigt werden. Die Formulierung der Aufgabenstellung in der Satzung des KDW muss diesen Anforderungen Rechnung tragen.

³³ Mann, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Auflage, 2011, § 46 Rn. 11 mit Fn. 39.

³⁴ Vgl. dazu schon oben D.II.1.a).

³⁵ Vgl. dazu schon oben D.II.3.a)cc).

³⁶ Dazu: Mann, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Auflage, 2011, § 46, Rn. 10; Oebbeke, in: Hoppe/Uechtritz, Handbuch kommunale Unternehmen, 2. Auflage, 2007, § 8, Rn. 41; Schink, in: Henneke, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, 1998, S. 45, 79.

e) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

aa) Zweckverband

Zulässig wäre gemäß § 4 Abs. 1 GO NRW auch eine zweckverbandliche Rechtsform, und zwar auch dann, wenn sich das Land und die sondergesetzlichen Wasserverbände hieran beteiligen (§ 4 Abs. 1, 2 GkG NRW).

Zu beachten ist allerdings, dass für Dritte und damit das Land, die sondergesetzlichen Wasserverbände und Private nur eine Beteiligung an einem Zweckverband möglich ist. Daraus folgt insbesondere, dass Aufgaben, die den Dritten obliegen, nicht auf den Zweckverband übergehen können. Nach § 11 GKG NRW gehen vielmehr nur die kommunalen Aufgaben der Gemeinden und Gemeindeverbände, die sich an einem Zweckverband beteiligen, auf diesen über.³⁷ Aufgaben anderer Körperschaften können schon deshalb nicht übergehen, weil diese keine kommunalen Aufgaben haben; dies setzt § 4 Abs. 1 GkG NRW jedoch voraus.³⁸

Folge davon ist, dass eine Zweckverbandsbildung vorliegend nicht in Betracht kommt. Denn die KDW in Form eines Zweckverbandes könnte nur Aufgaben erledigen, die kommunalen Ursprungs sind. Das ist indessen gerade nicht vorgesehen. Vielmehr sollen Landesaufgaben, Aufgaben der sondergesetzlichen Zweckverbände, der kommunalen Unternehmen und von Privaten, die sich im Bereich der Digitalisierung der Wasserwirtschaft stellen, gleichgewichtig erledigt werden.

bb) AöR/Gemeinsames Kommunalunternehmen

Ausgeschlossen ist ebenfalls die Gründung einer AöR im Sinne des § 114 a GO NRW oder in der Form eines gemeinsamen Kommunalunternehmens im Sinne des § 27 Abs. 1 GkG NRW. Eine Beteiligung des Landes, der sondergesetzlichen Wasserverbände oder von Privaten an einer AöR bzw. einem gemeinsamen Kommunalunternehmen ist gesetzlich nicht vorgesehen und rechtlich unzulässig, weil ausschließlich Gemeinden und andere kommunale Gebietskörperschaften als Gewährträger für die AöR bzw. ein gemeinsames Kommunalunternehmen gesetzlich vorgesehen sind (§ 114a Abs. 5 GO NRW, § 27 Abs. 1 Satz 2 GkG NRW i. V. m. § 114a Abs. 5 GO NRW).³⁹

³⁷ Plückhahn, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 4 GkG Anm. 8.

³⁸ Plückhahn, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 4 GkG Anm. 8

³⁹ Flühöh, in: Kleerbaum/Palmen, GO NRW Anm. II (S. 1409); Schraml, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Auflage, 2011. § 45, Rn. 17.

Für Private und möglicherweise das Land NRW kommt allerdings eine stille Beteiligung im Sinne des § 230 HGB in Betracht.⁴⁰ Der Private erhält hierdurch jedoch keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung; dies wäre angesichts der Beschränkung der Beteiligungsmöglichkeiten auf Gemeinden und Gemeindeverbände auch rechtlich unzulässig,⁴¹ da das Land nach § 65 Abs. 1 Nr. 3 LHO NRW bei einer Beteiligung einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhalten muss.

Möglich ist allerdings die gesetzliche Gründung einer Anstalt unter Einbeziehung aller potentiellen Gründungspartner. Angesichts der eher untergeordneten administrativen Bedeutung des KDW, der Gründung zunächst für einen Übergangszeitraum von drei Jahren und der strikten Festlegungen, die hinsichtlich der Beteiligten und der Binnenstruktur der Anstalt im Gesetz getroffen werden müssen, sollte diese Möglichkeit in dessen nicht verfolgt werden.

cc) *(Kommunale) Arbeitsgemeinschaft*

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GkG NRW können sich die Kommunen zu kommunalen Arbeitsgemeinschaften zusammenschließen. Mitglieder in kommunalen Arbeitsgemeinschaften können auch sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie juristische Personen des Privatrechts sein. Grundsätzlich können deshalb alle in Betracht kommenden Partner Mitglied in einer (kommunalen) Arbeitsgemeinschaft werden.

Gegründet wird die kommunale Arbeitsgemeinschaft durch öffentlich-rechtlichen Vertrag,⁴² der nach § 64 VwVfG NRW der Schriftform bedarf.

Eine Arbeitsgemeinschaft kommt im vorliegenden Fall als Organisationsstruktur allerdings schon deshalb nicht in Betracht, weil sie keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt.⁴³ Sie kann nicht Träger von Rechten und Pflichten sein. Deshalb kann sie nicht mit finanziellen Mitteln ausgestattet werden und auch nicht eigene Mitarbeiter beschäftigen. Bei der Arbeitsgemeinschaft handelt es sich vielmehr um ein bloßes „Diskussionsforum“, in dem eine Beratung und Abstimmung zu gemeinsamen Interessen

⁴⁰ Schraml, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Auflage, 2011, § 45, Rn. 17.

⁴¹ Schraml, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Auflage, 2011, § 45, Rn. 17.

⁴² Plückhahn, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: Dez. 2015, § 2 GkG Anm. 1; Oebbecke, Gemeindeverbandsrecht NRW, 1983, Rn. 391.

⁴³ Plückhahn, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: Dez. 2015, § 2 GkG Anm. 1; Oebbecke, Gemeindeverbandsrecht NRW, 1983, Rn. 391.

erfolgen kann (vgl. § 2 Abs. 2 GkG NRW). Die Beschlüsse haben dabei keinerlei Außenwirkung.⁴⁴ Aufgaben werden in einer Arbeitsgemeinschaft nicht wahrgenommen. Damit bleibt die Arbeitsgemeinschaft in ihren Rechtswirkungen hinter der angestrebten eigenständigen Organisation zurück. Eine eigene Haushaltswirtschaft kann sie nicht haben; nach außen gegenüber Dritten kann sie ebenfalls nicht tätig werden. Die Anstellung eigener Mitarbeiter wäre deshalb in einer Arbeitsgemeinschaft ebenso wenig möglich wie die finanzielle Unterstützung von Forschungsarbeiten im Bereich der Digitalisierung der Wasserwirtschaft.

Eine Arbeitsgemeinschaft entsprechend § 2 Abs. 1 Satz 1 GkG NRW scheidet deshalb als öffentlich-rechtliche Organisationsform für das KDW aus.

dd) Öffentlich-rechtliche Vereinbarung

Dasselbe gilt im Ergebnis auch für eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung im Sinne von § 23 Abs. 1 GkG NRW. Durch eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung können Kommunen Aufgaben einer anderen Kommune zur Wahrnehmung übertragen. Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung ist dabei als mandatorische und als delegierende Vereinbarung zulässig.⁴⁵ Wird die Form einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung gewählt, wäre ein Partner Träger des KDW. Den anderen Partnern könnte ein Mitwirkungsrecht bei der Erfüllung der Aufgaben des KDW eingeräumt werden. Dazu könnte z. B. ein Beirat gebildet werden, in dem die maßgebenden Entscheidungen getroffen werden. Möglich wäre auch eine finanzielle Beteiligung der anderen Partner, vgl. § 23 Abs. 4 GkG.

Beteiligte an einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung können allerdings nur Gemeinden und Gemeindeverbände sein,⁴⁶ so dass eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung in der in § 23 GkG NRW geregelten Form von vorn herein ausscheidet. Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung stellt allerdings nur eine Sonderform des öffentlich-rechtlichen Vertrages dar, die wegen der hierin eröffneten Möglichkeit der Aufgabendelegation einer gesetzlichen Grundlage bedurfte. Immerhin denkbar ist jedoch, eine mandatorische Vereinbarung in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages abzuschließen

⁴⁴ Plückhahn, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: Dez. 2015, § 2 GkG Anm. 1; Oebbecke, Gemeindeverbandsrecht NRW, 1983, Rn. 391.

⁴⁵ Einzelheiten: Köhler/Held, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: Nov. 2008, § 2 GkG Anm. 3; Schink, Formen und Grenzen interkommunaler Zusammenarbeit durch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, DVBl 1982, 769 ff.

⁴⁶ Köhler/Held, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: Nov. 2008, § 2 GkG Anm. 5.

und auf diese Weise das KDW bei einem der Partner „anzudocken“. Mitwirkungsrechte der anderen Partner könnten vertraglich geregelt werden. Dasselbe gilt für die Aufgabenfinanzierung. Die Mitarbeiter könnten bei dem Partner, auf den die Aufgabe zur Wahrnehmung übertragen wird, eingestellt werden. Ob dann allerdings die Kommunen Aufgaben übertragen können, ist wegen der in § 23 Abs. 1 GkG NRW getroffenen Regelung zweifelhaft. Es bedürfte hierzu wohl einer gesonderten gesetzlichen Bestimmung.

Die Zielsetzung, das KDW als eigenständige Rechtspersönlichkeit zu organisieren, könnte durch die Form einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung allerdings nicht erreicht werden. Vielmehr würde die Aufgabe nach außen von einem der Partner wahrgenommen. Ihn allein würden auch die Rechtswirkungen einer nach außen gegenüber Dritten gerichteten Tätigkeit des KDW treffen. Dies steht einer Zusammenarbeit über eine bloße öffentlich-rechtliche Vereinbarung entgegen.

Die Zusammenarbeit in Form einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung wird der Zielvorstellung für die Gründung des KDW damit nicht gerecht.

f) Zwischenergebnis

Insgesamt kann damit festgestellt werden, dass die Aufgabenwahrnehmung durch das KDW in privatrechtlicher Rechtsform auch für die Kommunen und kommunale Unternehmen zulässig ist. Dasselbe gilt für die Gründung eines Zweckverbandes. Da in einem Zweckverband nur kommunale Aufgaben wahrgenommen werden können, die KDW jedoch auch Aufgaben des Landes, der sondergesetzlichen Wasserverbände und von Privaten im Bereich der Digitalisierung der Wasserwirtschaft erledigen soll, scheidet die Gründung eines Zweckverbandes aus. Ausgeschlossen ist angesichts der vorgesehenen Beteiligung des Landes, der sondergesetzlichen Wasserverbände oder ggf. von Privaten auch die Gründung einer AöR bzw. eines gemeinsamen Kommunalunternehmens. Denn Gewährträger einer AöR bzw. eines gemeinsamen Kommunalunternehmens können nur kommunale Gebietskörperschaften sein. Die gesetzliche Gründung eines öffentlichen Unternehmens in Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts ist zwar rechtlich zulässig. Angesichts der begrenzten Aufgaben des KDW und der zunächst nur für die Dauer von drei Jahren angestrebten Kooperation sollte dies indes nicht in Betracht gezogen werden. Eine (kommunale) Arbeitsgemeinschaft scheidet als öffentlich-rechtliche Organisationsform schon deshalb aus, weil sie keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, sondern lediglich der Abstimmung gemeinsamer Interessen dient. Dasselbe gilt auch für die Organisationsform der öffentlich-rechtlichen

Vereinbarung, da hier einer der Partner mit der Aufgabenwahrnehmung beauftragt wird.

III. Ergebnis zu D.

1. Das MULNV NRW, die sondergesetzlichen Wasserverbände und kommunale Wasserversorgungsunternehmen dürfen sich an dem KDW beteiligen, da dem KDW Aufgaben der Digitalisierung zur Erledigung zugewiesen werden sollen, die den genannten zur Wahrnehmung übertragen sind. Im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben sind sie kraft ihrer Organisationsgewalt jeweils frei darin, in welcher Form die Aufgaben wahrgenommen werden, die sich im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Wasserwirtschaft in NRW stellen.
2. Zulässig ist die Gründung des KDW in Form eines gemeinsamen privaten Rechtsträgers. § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO NRW für das Land, die Regelungen zur Beteiligung der sondergesetzlichen Wasserverbände an privatrechtlich organisierten Rechtsträgern sowie § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW für die Trinkwasserversorgung sowie § 107 Abs. 2 GO NRW, jeweils i. V. m. § 108 Abs. 1 GO NRW für die kommunalen Gebietskörperschaften und Unternehmen lassen dies zu.
3. Die Gründung eines Zweckverbandes wäre gemäß § 4 Abs. 1 GkG NRW zwar prinzipiell zulässig. Denn an einem Zweckverband können auch andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, wie das Land NRW oder die sondergesetzlichen Wasserverbände beteiligt werden (§ 4 Abs. 2 GkG NRW). Eine Zweckverbandsgründung scheidet aber deshalb aus, weil auf Zweckverbände nur kommunale Aufgaben übertragen werden können, das KDW jedoch auch Landesaufgaben und Aufgaben der sondergesetzlichen Wasserverbände erledigen soll, die sich im Rahmen der Digitalisierung der Wasserwirtschaft stellen.
4. Auch die Gründung einer AöR oder ein gemeinsamen Kommunalunternehmens scheiden aus, da beide nur eine Beteiligung kommunaler Gebietskörperschaften zulassen und eine Mitwirkung des Landes oder der sondergesetzlichen Wasserverbände oder von Privaten nicht zulässig ist. Möglich ist allerdings die gesetzliche Gründung einer AöR. Diese sollte angesichts der vorgesehenen Kurzfristigkeit des Engagements in dessen ausscheiden.

E. Gesellschaftsrecht

I. Vorbemerkungen

Die Errichtung des KDW ist – wie bereits beschrieben – grundsätzlich auf vertraglicher und/oder (zivil-)gesellschaftsrechtlicher Grundlage sowie in den Rechtsformen denkbar, die das öffentliche Recht bereithält.

Vorliegend wird nach unserem Verständnis in erster Linie eine rechtliche Verselbstständigung und nicht lediglich eine Kooperation auf vertraglicher Grundlage gewünscht, obwohl letzteres – insbesondere in Gestalt einer Arbeitsgemeinschaft (vgl. Ziffer D.II.3.e)cc)) – durchaus denkbar wäre.

Gewünscht ist zudem eine „schlanke“, handhabbare Form der Zusammenarbeit. Das rechtliche Konstrukt soll zudem gemeinnützig ausgestaltet werden.

Als Rechtsformen des Privatrechts kommen grundsätzlich in Betracht:

- die (gemeinnützige) Gesellschaft mit beschränkter Haftung;
- die (gemeinnützige) Aktiengesellschaft;
- der (gemeinnützige) eingetragene Verein;
- die (gemeinnützige) Stiftung (bürgerlichen Rechts);
- die (gemeinnützige) eingetragene Genossenschaft;
- die GmbH & Co. KG;
- die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Auf die Darstellung weiterer, „speziellerer“ Rechtsformen (KGaA etc.) soll vorliegend verzichtet werden.

Hinsichtlich der Rechtsformen des öffentlichen Rechts verweisen wir auf Ziffer D.II.3.e) oben.

II. Rechtsformen des Privatrechts

Die potentiell in Betracht kommenden Rechtsformen des Privatrechts sollen nicht in der vorstehenden Chronologie betrachtet werden. Vielmehr werden Rechtsformen, die aus unserer Sicht im hiesigen Kontext nicht statthaft oder unzweckmäßig sind, unter kurzer Begründung vorab ausgeschieden und im Anschluss die aus unserer Sicht im vorliegenden Kontext zweckmäßigen Rechtsformen erörtert.

1. Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft (AG) ist im vorliegenden Kontext keine zweckmäßige Rechtsform für das KDW.

Das Aktienrecht ist sehr formal und streng und eröffnet nur begrenzte Gestaltungsspielräume (vgl. insbesondere den „Grundsatz der Satzungsstrenge“ des § 23 Abs. 5 AktG, der Abweichungen von den Vorgaben des AktG in der Satzung nur dann zulässt, wenn dies ausdrücklich im AktG zugelassen ist).

Die Rechtsform der AG eignet sich im Wesentlichen für Großunternehmungen, nicht jedoch für die vorliegend angestrebte handhabbare und möglichst „schlanke“ Rechtsform.

Der wesentliche Vorteil einer AG – namentlich die flexiblen Beteiligungsmöglichkeiten – spielt aus unserer Sicht im vorliegenden Kontext keine relevante Rolle.

Die AG kommt daher vorliegend nicht als Rechtsform für das KDW in Betracht.

2. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann vorliegend aus unserer Sicht nicht als Rechtsform für das KDW Verwendung finden.

Eine GbR ist teilrechtsfähig, wenn sie im Geschäftsverkehr auftritt (sog. Außen-GbR). Aufgrund ihrer äußerst großen Flexibilität und ihrem geringen Gründungs- und Handhabungsaufwand wäre die GbR durchaus als Rechtsformen im hiesigen Kontext geeignet.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Gesellschafter einer Außen-GbR im Grundsatz unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der GbR haften (§ 128 HGB analog). Einschränkungen dieses Grundsatzes kommen nur in engen Grenzen zum Tragen.

Da sich die öffentliche Hand im Grundsatz nur an haftungsbeschränkten Rechtsformen beteiligen soll (vgl. oben Ziffer D.II.1) und auch im Vergaberecht umstritten ist, ob Privilegierungen des § 108 GWB auf die GbR Anwendung finden (vgl. unten Ziffer F.II.2.b)), sollte vorliegend das KDW nicht in der Rechtsform einer GbR gegründet werden.

Entsprechendes gilt für die offene Handelsgesellschaft (oHG) bei der es sich gewissermaßen um das kaufmännisch tätige Äquivalent der GbR handelt.

3. GmbH & Co. KG

Eine GmbH & Co. KG ist eine Kommanditgesellschaft (vgl. §§ 161 ff. HGB), deren unbeschränkt haftender Gesellschafter (Komplementär) eine GmbH ist.

Die GmbH & Co. KG ist damit im Ergebnis eine haftungsbeschränkte Rechtsform, sodass sie – anders als die GbR – den unter Ziffer D.II.1 und Ziffer F.II.2.b aufgestellten Anforderungen nach einer Haftungsbegrenzung standhält.⁴⁷

Da die GmbH & Co. KG jedoch ihrem Wesen nach eine KG und damit eine Personen(handels)gesellschaft ist, nicht jedoch eine Körperschaft im Sinne von § 51 AO, kann sie nicht gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO sein.

(Schon) deswegen kommt die GmbH & Co. KG (wie auch die KG) nach unserem Verständnis vorliegend nicht in Betracht.

4. Eingetragene Genossenschaft

Die Besonderheit einer Genossenschaft besteht darin, dass ihr Hauptzweck darauf gerichtet sein muss, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern (§ 1 Abs. 1 GenG). Ob dies vorliegend geplant ist, ist zweifelhaft.

Hinzu kommt, dass auch das Genossenschaftsrecht – ähnlich wie die AG – nur bedingt flexibel ist (auch hier gilt der Grundsatz der Satzungsstrenge, § 18 Satz 2 GenG).

Die „kommunale Genossenschaft“ ist weiter noch vergleichsweise wenig verbreitet, was auf der einen Seite zu gewissen „Akzeptanzproblemen“ führen kann, auf der anderen Seite jedoch zugleich dazu führt, dass bestimmte relevante Rechtsfragen noch nicht im gleichen Maße durchdrungen sind, wie dies bei anderen Rechtsformen der Fall ist. Dies betrifft etwas die öffentlich- und vergaberechtlich gebotene Einflussnahme.

Zudem unterliegt die Genossenschaft regelmäßigen Prüfungen durch die Prüfverbände, §§ 53 ff. GenG, was vorliegend zusätzlichen Aufwand bedeutet.

⁴⁷ Vgl. Lewinski/Burbat, BHO, 1. Auflage, 2013, § 65, Rn. 8 (für die BHO).

Da schließlich eine Genossenschaft mit mehr als 20 Mitgliedern aufgrund der fehlenden Weisungsunterworfenheit zu vergaberechtlichen Schwierigkeiten führt, dürfte die eingetragene Genossenschaft im hiesigen Kontext eher nicht empfehlenswert sein.

5. Stiftung des bürgerlichen Rechts

Die BGB-Stiftung (vgl. §§ 80 ff., 85 BGB i. V. m. den Landesstiftungsgesetzen) unterscheidet sich von den übrigen hier dargestellten Rechtsformen im Wesentlichen dadurch, dass es an ihr keine „Beteiligung“ gibt. Es handelt sich vielmehr um eine rechtlich verselbstständigte Vermögensmasse.

Anders als die übrigen hier dargestellten Rechtsformen bedarf die BGB-Stiftung zudem der staatlichen Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes, in dem die Stiftung ihren Sitz haben soll (§ 80 Abs. 1 BGB).

Die Kontrolle durch die zuständige Behörde setzt sich auch nach der Entstehung der Stiftung fort. Die Stiftungsaufsicht übt Kontrollfunktion aus und überwacht, ob das Stiftungshandeln den rechtlichen Vorgaben und dem Stifterwillen entspricht.⁴⁸ Dies schränkt die Flexibilität der Stiftung und damit deren Handhabung ein, was im vorliegenden Kontext insbesondere bei Partnern aus der Privatwirtschaft gewisse Vorbehalte auslösen dürfte.

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände dürfte eine BGB-Stiftung vorliegend keine zweckmäßige Rechtsform sein.

6. Eingetragener Verein

a) Einleitung

Wenn von einem „Verein“ die Rede ist, ist damit überwiegend ein nicht wirtschaftlicher, eingetragener (Ideal-)Verein (e.V.) gemeint.

Der eingetragene Verein ist eine juristische Person, also rechtlich verselbstständigt und damit Träger von Rechten und Pflichten. Der eingetragene Verein erlangt seine Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister (§ 21 BGB).

⁴⁸ Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 3. Auflage, 2016, Kapitel 3, Rn. 1.

Die Haftung des eingetragenen Vereins ist grundsätzlich auf das Vereinsvermögen beschränkt.⁴⁹

b) Abgrenzung zum wirtschaftlichen Verein

Abzugrenzen ist der e.V. vom wirtschaftlichen Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und der in Ermangelung besonderer bundesgesetzlicher Vorschriften seine Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung erhält (sog. Konzessionssystem). Die Verleihung erfolgt durch das Land, in dessen Gebiet der Verein seinen Sitz hat (zu allem: § 22 BGB). Es gilt der sog. Grundsatz der Subsidiarität, wonach ein wirtschaftlicher Verein nur dann zulässig ist, wenn es aufgrund besonderer Umstände für die Beteiligten unzumutbar ist, sich als AG, GmbH oder Genossenschaft zu organisieren.⁵⁰

Die Abgrenzung zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein richtet sich danach, ob der Verein auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ ausgerichtet ist. Details sind umstritten, wodurch eine Abgrenzung in vielen Fällen Schwierigkeiten bereitet.

Üblicherweise wird danach abgegrenzt, ob der Verein dauerhaft und planmäßig Leistungen am Markt anbietet und damit wie ein Unternehmer an Wirtschaft und Rechtsverkehr teilnimmt. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist dabei nicht erforderlich.⁵¹ Gemeinnützigkeit – die auch vorliegend angestrebt wird – ist nicht mit einem nicht wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gleichzusetzen, stellt jedoch – insbesondere nach der jüngst ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung – ein starkes Indiz für einen solchen dar.⁵²

Erwirtschaftet ein Verein Gewinne und schüttet diese (an seine Mitglieder) aus, ist er jedenfalls nicht (mehr) Idealverein.⁵³

⁴⁹ Richter/Gummert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Auflage, 2016, § 116, Rn. 69 ff.

⁵⁰ Ellenberger, in: Palandt, BGB, 78. Auflage, 2019, § 22, Rn. 1.

⁵¹ Nachweise bei Ellenberger, in: Palandt, BGB, 78. Auflage, 2019, § 21, Rn. 2 ff.; vgl. auch die jüngst vor dem BGH entschiedenen "Berliner Kita-Streitigkeiten" bei denen es um die Einordnung von in der Rechtsform eines gemeinnützigen e.V. betriebenen Kitas in Berlin ging, BGH, Beschluss vom 16.05.2017, II ZB 7/16.

⁵² BGH, Beschluss vom 16.05.2017, II ZB 7/16 sowie BGH, .Beschluss vom 16.05.2017, II ZB 9/16.

⁵³ Schockenhoff, NZG 2017, 931, 935 f; vgl. auch BGH, Beschluss vom 11.09.2018, II ZB 11/17, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 14.05.1971, 8 W 174/71.

An einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb kann es fehlen, wenn der Geschäftsbetrieb in aller Regel lediglich Nebenzweck einer ideellen Zielsetzung ist (sog. Nebenzweckprivileg).⁵⁴

Das (Abgrenzungs-)Risiko zwischen eingetragenem Verein (§ 21 BGB) und wirtschaftlichem Verein (§ 22 BGB) besteht für die am Verein Beteiligten darin, dass gegen einen Verein, der zu Unrecht im Vereinsregister eingetragen ist, ein Lösungsverfahren von Amts wegen eingeleitet werden kann.⁵⁵ Kommt es zu einer Löschung und kann der Verein seine Rechtsfähigkeit – wie in aller Regel – auch nicht aus bundesgesetzlicher Vorschrift oder staatlicher Verleihung herleiten, ist er als nicht rechtsfähiger Verein anzusehen, auf den nach § 54 BGB die Vorschriften über die Gesellschaft (also der GbR, §§ 705 ff. BGB oder bei Betrieb eines Handelsgewerbes der oHG, §§ 105 ff. HGB) Anwendung finden. Dies bedeutet wiederum, dass die Mitglieder – jedenfalls bei einem wirtschaftlichen Verein⁵⁶ – über das Vereinsvermögen hinaus unbeschränkt persönlich haften. Auch Handelnde haften nach § 54 Satz 2 BGB persönlich. Diese Risiken einer unbeschränkten Haftung werfen wiederum öffentlich- und vergaberechtliche Bedenken auf (vgl. Ziffern D.II.1 und Ziffer F.II.2.b).

Vorliegend soll das zu errichtende KDW der Digitalisierung der Wasserwirtschaft dienen – und dies zunächst unentgeltlich.

Das KDW im Rechtskleid eines Vereins wäre damit in keinem Fall der „typische unternehmerisch tätige“ wirtschaftliche Verein, der durch dauerndes, planmäßiges, anbietendes und entgeltliches Auftreten mit geldwerten Leistungen am Markt gekennzeichnet ist.⁵⁷ Von einer wirtschaftlichen Tätigkeit kann grundsätzlich nur ausgegangen werden, wenn diese gegen Entgelt erfolgt.⁵⁸

Entgeltlichkeit ist weit zu verstehen. Auch Zuschüsse, Subventionen oder staatliche Finanzierungshilfen können „entgeltlich“ sein, jedenfalls wenn sie leistungsbezogen gewährt werden.⁵⁹ Vorliegend soll nach unserem Verständnis vorliegend jedoch kein leistungsbezogenes Budget gewährt werden. Die Höhe der finanziellen Unterstützung in der dreijährigen Aufbauphase soll vielmehr von Anfang an feststehen.

⁵⁴ Nachweise bei *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 78. Auflage, 2019, § 21, Rn. 7; vgl. auch jüngst BGH, Beschluss vom 16.05.2017, II ZB 7/16.

⁵⁵ *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 78. Auflage, 2019, § 21, Rn. 13.

⁵⁶ Nachweise bei *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 78. Auflage, 2019, § 54, Rn. 12.

⁵⁷ Vgl. *Otto*, in: jurisPK-BGB, 8. Auflage, 2017, § 22, Rn. 19.

⁵⁸ *Schöpflin*, in: BeckOK BGB, 50. Edition, Stand: 01.05.2019, § 21, Rn. 108 m. w. N.; tendenziell anders aber noch BGH, Urteil vom 29.09.1982, I ZR 88/80, NJW 1983, 569, 571.

⁵⁹ *Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, 2018, § 22, Rn. 38.

Ein wirtschaftlicher Verein kann indes – vorbehaltlich des Nebenzweckprivilegs – auch vorliegen, wenn dieser typischerweise auch an einem „äußeren Markt“ gehandelte Waren und Dienstleistungen nur gegenüber seinen Mitgliedern aber auf diesem „Binnenmarkt“ planmäßig und regelmäßig gegen Entgelt anbietet.⁶⁰ Für die Entgeltlichkeit kann bereits der Mitgliedsbeitrag ausreichen.⁶¹ Letzteres gilt allerdings nicht, wenn der Verein für den Mitgliedsbeitrag „mitgliedschaftstypische“ geldwerte Leistungen erbringt.⁶²

Vorliegend dürfte aus unserer Sicht jedenfalls in der Aufbauphase davon auszugehen, dass der Verein nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet ist. Leistungen werden nicht entgeltlich erbracht und auch die im „Binnenverhältnis“ gegenüber den potentiellen Mitgliedern erbrachten Dienstleistungen sind – sofern man einen Mitgliedsbeitrag für eine Entgeltlichkeit ausreichen lassen will – jedenfalls „mitgliedschaftstypisch“, da sie auf den Vereinszweck, namentlich die Unterstützung bei der Digitalisierung der Wasserwirtschaft, ausgerichtet sind.

Problematischer stellt sich die Lage hinsichtlich der potentiell darauffolgenden Phase dar. In dieser Phase sollen (Beratungs-)Leistungen gegen Entgelt erbracht werden und das KDW sich dadurch im Idealfall selber tragen.

Auch eine lediglich kostendeckende Tätigkeit steht der Annahme eines wirtschaftlichen Vereins nicht entgegen.⁶³ Es ist vielmehr im Ausgangspunkt von einer wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen, die lediglich über das Nebenzweckprivileg „privilegiert“ sein kann.

Ob die Erbringung der Dienstleistungen im hiesigen Kontext gegen Entgelt tatsächlich als Nebenzweck angesehen werden können, ist fraglich, zumal sich der Verein durch die vergüteten Tätigkeiten tragen soll, diese also den „Löwenanteil“⁶⁴ der Finanzierung ausmachen sollen. Allerdings hat der BGH in seiner jüngsten Entscheidung vom 16.05.2017 ein weites Verständnis des Nebenzweckprivilegs bei gemeinnütziger Betätigung vertreten und in diesem Fall auch eine wirtschaftliche Betätigung größeren Umfangs für unproblematisch gehalten, solange sie der Verwirklichung des ideellen

⁶⁰ Vgl. Otto, in: jurisPK-BGB, 8. Auflage, 2017, § 22, Rn. 13.

⁶¹ Vgl. Otto, in: jurisPK-BGB, 8. Auflage, 2017, § 22, Rn. 24; Schöpflin, in: BeckOK BGB, 50. Edition, Stand: 01.05.2019, § 21, Rn. 112 m. w. N.

⁶² Vgl. Otto, in: jurisPK-BGB, 8. Auflage, 2017, § 22, Rn. 24 f.; Schöpflin, in: BeckOK BGB, 50. Edition, Stand: 01.05.2019, § 21, Rn. 113 m. w. N.

⁶³ Vgl. Otto, in: jurisPK-BGB, 8. Auflage, 2017, § 22, Rn. 19.

⁶⁴ Dazu Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 13. Oktober 2012, 9 W 415/12, juris Rn. 12; Otto, in: jurisPK-BGB, 8. Auflage, 2017, § 22, Rn. 43.

Zwecks dient⁶⁵. Dies dürfte sich auch vorliegend annehmen lassen. Ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit verbleibt jedoch – zumal die nicht wirtschaftliche Betätigung eng an das Vorliegen der Gemeinnützigkeit und deren Fortbestand gekoppelt ist.

c) Gründung eines Vereins

Der Aufwand zur Gründung eines Vereins ist überschaubar, was im vorliegenden Kontext zu begrüßen ist.

Die Vereinssatzung ist – im Falle des e.V. – lediglich zum Zwecke der Anmeldung zum Vereinsregister schriftlich abzuschließen (vgl. § 59 Abs. 2 und 3 BGB).

Der rechtsfähige eingetragene Verein entsteht als rechtlich verselbstständigte, haftungsbeschränkte Rechtsform mit der Eintragung in das Vereinsregister und – im Falle des wirtschaftlichen Vereins – durch Bundesgesetz oder staatliche Verleihung.

Die Gründung eines Vereins dauert – im Falle eines e.V. – nach Verständigung über den Inhalt der Satzung ca. 4 Wochen, kann jedoch in komplexeren Konstellationen auch länger dauern.

Die Dauer der Gründung eines wirtschaftlichen Vereins lässt sich schwer prognostizieren.

d) Struktur eines Vereins

Zwingende Organe eines Vereins sind der Vorstand (§ 27 BGB), der die Geschäfte des Vereins führt und diesen vertritt und die Mitgliederversammlung, die über Angelegenheiten entscheidet, die nicht dem Vorstand oder einem anderen, fakultativen Organ (dazu sogleich) zugewiesen sind (§§ 32 ff. BGB).

Daneben können optional weitere Organe geschaffen werden (dazu sogleich).

Die Verhältnisse des Vereins können weitgehend frei, flexibel und den Bedürfnissen des Vereins entsprechend ausgestaltet werden, was vorliegend ebenfalls zu begrüßen ist. Das Vereinsrecht des BGB, das ohnehin nur kursorisch geregelt ist, ist weitgehend nachgiebiges Recht (vgl. § 40 BGB).

Der laufende Aufwand zum "Betrieb" eines Vereins ist überschaubar. Vorliegend ist allerdings zu berücksichtigen, dass aufgrund der Beteiligung der öffentlichen Hand

⁶⁵ BGH, Beschluss vom 16.05.2017, II ZB 7/16, juris Rn. 30.

bestimmte kommunal- und haushaltsrechtliche Vorgaben zu beachten sind (strenge Anforderungen an die Buchführung, Finanzplanung, Offenlegung von Bezügen etc., vgl. Ziffer D.II.1). Hierdurch entsteht entsprechender zeitlicher und finanzieller Aufwand. Dies ist jedoch kein Spezifikum des Vereins, sondern gilt grundsätzlich für die Betätigung der öffentlichen Hand in privater Rechtsform.

Eine Beteiligung an einem Verein erfolgt durch eine Mitgliedschaft. Beim e.V. beträgt die Mindestanzahl an Mitgliedern im Grundsatz sieben. Andernfalls soll der Verein nicht in das Vereinsregister eingetragen werden (§ 56 BGB). Die Mitgliederzahl kann nachträglich auf bis zu 3 Mitglieder absinken (vgl. § 73 BGB). Unterhalb dieser Schwelle kann dem Verein die Rechtsfähigkeit entzogen werden (vgl. § 73 BGB).⁶⁶

Die Mitgliedschaft im Verein kann – jedenfalls bei Vorliegen eines sachlichen Grundes – weitgehend frei ausgestaltet werden. Dies ist Ausdruck der Vereinsautonomie.⁶⁷ Insbesondere können unterschiedliche Arten der Mitgliedschaft vorgesehen werden („ordentliche Mitgliedschaft“, „außerordentlich Mitgliedschaft“ – mit weiteren Unterteilungen, dazu sogleich). Einzelnen Mitgliedern können zudem Sonderrechte eingeräumt werden, wie sich § 35 BGB entnehmen lässt.

e) Folgerungen für den vorliegenden Fall

aa) *Gesellschaftsrechtliche Strukturüberlegungen*

Die geplanten Träger des KDW könnten als („ordentliche“) Mitglieder des Vereins agieren – die ggf. zusätzlich mit Sonderrechten ausgestattet werden könnten, soweit es sich um Träger der öffentlichen Hand handelt.

Zu beachten ist insoweit, dass die Mitgliederzahl – jedenfalls bei der Gründung – mindestens sieben betragen muss (vgl. Ziffer E.II.6.d)). Dies sollte im vorliegenden Fall allerdings keine Probleme aufwerfen.

Partner könnten sowohl als „besondere Mitglieder“, wie auch über (fakultative) Organe beteiligt werden:

Die Vereinsmitgliedschaft kann – wie bereits angedeutet – durch Satzungsregelungen weitgehend flexibel ausgestaltet werden. Neben „ordentlichen“ Mitgliedern können

⁶⁶ Otto, in: jurisPK-BGB, 8. Auflage, 2017, § 56, Rn. 5.

⁶⁷ Leuschner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, 2018, § 38, Rn. 8; vgl. auch Schöpflin, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Auflage, 2016, § 34, Rn. 28a.

auch „außerordentliche“ Mitglieder aufgenommen werden, namentlich etwa passive Mitglieder, fördernde Mitglieder, korrespondierende Mitglieder, Ehrenmitglieder, Gastmitglieder etc.⁶⁸ Die Ausgestaltung und Ausdifferenzierung kann – jedenfalls sofern sachlich zu rechtfertigen – weitgehend frei und an die Bedürfnisse des Einzelfalls angepasst werden.

Neben den notwendigen Organen des Vereins (Vorstand und Mitgliederversammlung, vgl. oben) können zudem durch Satzungsregelungen zusätzliche Organe geschaffen werden, über die die Partner beteiligt werden. Auch insoweit besteht weitgehende Gestaltungsfreiheit.⁶⁹ Die zusätzlichen Organe können beispielsweise dazu dienen, den Vorstand zu beraten, aber auch dazu, diesen zu kontrollieren, zu überprüfen oder diesem gar Weisungen zu erteilen.⁷⁰ Weitere Gestaltungen sind denkbar.

Für bestimmte Bereiche (Abteilungen; Sachgebiete Nebenbetriebe etc.) können zudem beispielsweise sogenannte besondere Vertreter § 30 BGB bestellt werden, die innerhalb ihres Wirkungskreises eine Stellung wie der Vorstand haben.⁷¹ Auch hierüber könnten bestimmte Partner ggf. eingebunden werden.

Ob und in welcher Form Partner über eine der vorstehenden Möglichkeiten eingebunden werden, sollte im Einzelfall und je nach der Art des jeweiligen Partners entschieden werden. Jedenfalls bestehen weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten für eine sachgerechte Einbindung.

Eine Einbindung – insbesondere als Mitglied – würde zudem zu vereinsrechtlichen Treue- und oder Rücksichtnahmepflichten⁷² führen und damit – jedenfalls in gewissem Maße – eine vertrauensvolle Zusammenarbeit befördern.

Für potentielle Unterstützer des KDW gilt das Vorgesagte sinngemäß. Auch diese könnten über eine besondere Mitgliedschaft oder aber auch über ein bestimmtes Gremium eingebunden werden. Daneben wäre auch eine Zusammenarbeit auf vertraglicher oder gar rein faktischer Grundlage denkbar.

⁶⁸ Vgl. *Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, 2018, § 38, Rn. 8; *Waldner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Auflage, 2016, § 25, Rn. 51.

⁶⁹ *Waldner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Auflage, 2016, § 26, Rn. 1 ff.

⁷⁰ *Waldner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Auflage, 2016, § 26, Rn. 1.

⁷¹ *Waldner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Auflage, 2016, § 26, Rn. 9 f.

⁷² *Schöpflin*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Auflage, 2016, § 35, Rn. 15.

Wichtig ist bei der Ausgestaltung der Struktur des Vereins, dass der erforderliche Einfluss der öffentlichen Hand sichergestellt wird (dazu sogleich). Dies kann insbesondere über eine entsprechende Ausgestaltung der Satzung erfolgen.

bb) Öffentlich-rechtliche Erwägungen

Da es sich, jedenfalls beim eingetragenen Verein bei einem Verein um eine haftungsbeschränkte Rechtsform handelt und die Geschäftsleitung zudem in der erforderlichen Weise kontrolliert werden kann (vgl. Ziffer D.II.1), kann die öffentliche Hand sich im Grundsatz an einem Verein beteiligen, wenn die entsprechenden Vorgaben beachtet werden.

cc) Vergaberechtliche Erwägungen

Die Beteiligung der öffentlichen Hand an einem Verein kann unter Berücksichtigung der unter Ziffer F genannten Vorgaben grundsätzlich derart ausgestaltet werden, dass eine In-House-Vergabe erfolgen kann. Dies bedeutet im Falle des Vereins einen gewissen Gestaltungsaufwand.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die In-House-Fähigkeit des Vereins nicht in gleicher Weise anerkannt ist wie etwa bei einer GmbH. Ausdrückliche Stellungnahmen zur In-House-Fähigkeit von Vereinen finden sich weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung. Die In-House-Fähigkeit lässt sich daher lediglich aus allgemeinen Grundsätzen herleiten.

Der Vereinsvorstand ist – anders als der GmbH-Geschäftsführer – nicht weisungsunterworfen. Im Gegenteil bedarf es hierzu entsprechender Gestaltungen in der Satzung, deren Zulässigkeit und Reichweite im Einzelnen umstritten ist. Grundsätzlich wird es allerdings für möglich gehalten, Vereinsvorstände an Weisungen – etwa eines zu bildenden Kontrollorgans – zu binden.⁷³

Alternativ ist die Beherrschung eines Vereins kraft Beherrschungsvertrag (vgl. § 291 AktG) grundsätzlich denkbar. Eine solche Gestaltung dürfte vorliegend jedoch ausscheiden.

⁷³ So Koch, WM 2016, 2105, 2106; Waldner, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Auflage, 2016, § 26, Rn. 8.

dd) *Gemeinnützigkeitsrechtliche Erwägungen*

Ein rechtsfähiger Verein kann gemeinnützig sein, wenn er den Anforderungen der §§ 51 ff. AO (i. V. m. der Anlage 1 (zu § 60 AO)) entspricht und insbesondere ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgt.

Eine (überwiegende) Beteiligung der öffentlichen Hand steht einer Gemeinnützigkeit nicht per se entgegen.⁷⁴

Die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke setzt die Förderung der Allgemeinheit voraus. Der gemeinnützige Zweck darf sich daher nicht lediglich auf einen beschränkten Personenkreis beziehen (vgl. § 52 Abs. 1 Satz 2 AO). Dies könnte vorliegend zweifelhaft sein. Vereine, deren Förderung ausschließlich ihren Mitgliedern zugutekommt, beziehen sich auf einen beschränkten Personenkreis im vorgenannten Sinne und sind daher nicht gemeinnützig.⁷⁵

Dies ist nach unserem Verständnis jedoch vorliegend nicht geplant. Das KDW soll – auch über eine Mitgliedschaft hinaus – die Digitalisierung der Wasserwirtschaft fördern und erforschen. Die Förderung einer – auch kleinen – Wirtschaftsgruppe steht einer Förderung der Allgemeinheit grundsätzlich nicht entgegen.⁷⁶

Die Satzung eines gemeinnützigen Vereins ist nach Maßgabe des § 60 AO i. V. m. der Anlage 1 zu § 60 AO an die Anforderungen der Gemeinnützigkeit anzupassen.

Diese Anpassungen sollten unter steuerrechtlicher Begleitung im Vorfeld der Gründung mit den zuständigen Steuerbehörden abgestimmt werden, was auf der Zeitschiene zu berücksichtigen ist und potentiell mit Verzögerungen einhergeht.

Bei Ausscheiden oder im Falle der Auflösung des Vereins erhalten die Mitglieder im Grundsatz keine Abfindung, was im Vereinsrecht jedoch ohnehin die Regel ist, da Abfindungsansprüche nicht von Gesetzes wegen bestehen, sondern separat geregelt werden müssten.⁷⁷

⁷⁴ BFH, Urteil vom 27. 11. 2013, I R 17/12.

⁷⁵ Gersch, in: Klein, AO, 14. Auflage, 2018, § 52, Rn. 4.

⁷⁶ Gersch, in: Klein, AO, 14. Auflage, 2018, § 52, Rn. 5.

⁷⁷ Schöpflin, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Auflage, 2016, § 38, Rn. 19.

7. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

a) Einleitung

Die GmbH ist eine juristische Person und damit rechtlich verselbstständigt und Trägerin von Rechten und Pflichten (§ 13 Abs. 1 GmbHG).

Die Haftung der GmbH ist im Grundsatz auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt (§ 13 Abs. 2 GmbHG).

b) Gründung der GmbH

Der Aufwand zur Gründung einer GmbH ist überschaubar, was im vorliegenden Kontext zu begrüßen ist. Allerdings muss der Gesellschaftervertrag in notarieller Form errichtet werden (§ 2 Abs. 1 GmbHG), was mit einem gewissen Aufwand in organisatorischer und finanzieller Hinsicht einhergeht.

Die GmbH entsteht als rechtlich verselbstständigte, haftungsbeschränkte Rechtsform mit ihrer Eintragung in das Handelsregister.

Die Gründung einer GmbH dauert, wenn Einigkeit über den Inhalt des Gesellschaftsvertrags besteht ca. 2 – 4 Wochen, kann jedoch in komplexeren Konstellationen auch länger dauern.

Es ist möglich, bereits gegründete, sog. "Vorratsgesellschaften" von entsprechenden Dienstleistern zu erwerben. In diesem Falle steht unmittelbar eine bereits existente Gesellschaft zur Verfügung, die lediglich noch an die individuellen Bedürfnisse angepasst werden muss. Vorliegend sind allerdings – nicht zuletzt aufgrund der Beteiligung der öffentlichen Hand – umfangreiche Anpassungen erforderlich, sodass eine zeitliche Ersparnis – wenn überhaupt – überschaubar sein dürfte.

Eine GmbH kann zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden (§ 1 GmbHG) – also problemlos auch zu Zwecken der hier in Rede stehenden Beförderung der Digitalisierung der Wasserwirtschaft. Dass die GmbH zur Verfolgung wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Zwecke genutzt werden kann, stellt eine Vereinfachung gegenüber dem Verein dar, bei dem diese (mitunter schwierige) Unterscheidung mit substantiellen Konsequenzen einhergeht (vgl. Ziffer E.II.6.b)).

Zwingende Organe der GmbH sind die Geschäftsführer, die die Geschäfte der GmbH führen und diese vertreten (§§ 35 ff. GmbHG) und die Gesellschafterversammlung

(vgl. §§ 45 ff. GmbHG) als oberstes Willensbildungsorgan der Gesellschaft. Die Gesellschafterversammlung ist weisungsbefugt gegenüber den Geschäftsführern.

Neben den vorgenannten zwingenden Organen kann eine GmbH mit weiteren Organen ausgestattet werden, etwa mit einem Aufsichtsrat⁷⁸ oder einem Beirat. Die Funktion dieser Gremien kann weitgehend frei ausgestaltet werden. Ein Aufsichtsrat nimmt im Grundsatz Überwachungsfunktionen gegenüber der Geschäftsführung wahr, ein Beirat berät diese.

Auch im Übrigen können die Verhältnisse der GmbH weitgehend frei, flexibel und den Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechend ausgestaltet werden.

Nicht nur der Gründungsaufwand, sondern auch der laufende Aufwand zum Betrieb einer GmbH sind überschaubar. Vorliegend ist allerdings zu berücksichtigen, dass aufgrund der Beteiligung der öffentlichen Hand bestimmte kommunal- und haushaltsrechtliche Vorgaben zu beachten sind (strenge Anforderungen an die Buchführung, Finanzplanung, Offenlegung von Bezügen etc., vgl. Ziffer D.I.1), die mit einigem zeitlichen und finanziellen Aufwand einhergehen. Dies ist jedoch kein Spezifikum der GmbH, sondern gilt grundsätzlich für die Betätigung der öffentlichen Hand in privater Rechtsform.

Bei der GmbH handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, deren Stammkapital in Geschäftsanteile aufgeteilt ist. Das Stammkapital der GmbH muss mindestens EUR 25.000 betragen, sofern nicht die Sonderform der „kleinen GmbHG“, namentlich der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) (§ 5a GmbHG) gewählt werden soll, auf die hier nicht eingegangen werden soll.

Die Geschäftsanteile, die die Beteiligung an der GmbH vermitteln, sind im Grundsatz frei veräußerbar. Eine Anteilsübertragung bedarf jedoch der notariellen Form (vgl. § 15 GmbHG). Die Belastung oder Übertragung von Geschäftsanteilen kann durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag erschwert werden, was in der Praxis auch regelmäßig der Fall ist.

⁷⁸ **Anmerkung:** Ein Aufsichtsrat ist aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen ab 500 Mitarbeitern obligatorisch; die Bildung eines Aufsichtsrates ist in einer GmbH mit Beteiligung der öffentlichen Hand nicht zwingend erforderlich, jedoch in aller Regel zweckmäßig und auch üblich.

c) Folgerungen für den vorliegenden Fall

aa) Gesellschaftsrechtliche Strukturüberlegungen

Die Struktur der Beteiligung an einer GmbH kann weitgehend flexibel ausgestaltet werden – allerdings nicht in gleicher Weise flexibel, wie dies beim Verein der Fall ist.

Die geplanten Träger des KDW könnten zu Gesellschaftern der GmbH werden. Als solche könnten sie der Geschäftsführung Weisungen erteilen, was ein wesentlicher Baustein für den aus Gründen des öffentlichen Rechts und des Vergaberechts (vgl. Ziffer D.II.1 und Ziffer F.II.2.c) erforderlichen Einfluss der öffentlichen Hand auf die GmbH ist.

Eine unmittelbare oder auch mittelbare Kapitalbeteiligung der Partner erscheint vorliegend nicht – oder allenfalls im Einzelfall – zweckmäßig und dürfte auch aus Gründen des Vergaberechts und des öffentlichen Rechts Probleme aufwerfen (vgl. Ziffer F.II.2.e)).

Insoweit dürfte es sich vielmehr anbieten, die Partner – oder vielmehr Vertreter der Partner – über einen Beirat in vornehmlich beratender Funktion einzubinden. Die Bildung eines Beirats ist durch entsprechende Regelungen – insbesondere im Gesellschaftervertrag⁷⁹ – ohne weiteres möglich. Gesellschaftsfremde Dritte können Mitglieder eines Beirats sein – und das sogar grundsätzlich dann, wenn diesen Geschäftsführungsbefugnisse übertragen werden.⁸⁰ Eine direkte Einbindung der Partner ist über einen Beirat allerdings nicht möglich. Insofern bietet der Verein aus gesellschaftsrechtlicher Sicht die Möglichkeit einer noch engeren, direkteren Einbindung der Partner, als dies bei der GmbH der Fall ist. Außerdem kann das Vereinsrecht flexibler auf die verschiedenen Arten der Partner reagieren, da vergleichsweise individuelle „Mitgliedsklassen“ gebildet werden können. Dies ist bei der GmbH nicht in diesem Maße möglich. Auch hier können die Rechte der Gesellschafter zwar grundsätzlich unterschiedlich ausgestaltet werden. Das Vereinsrecht eröffnet in diesem Kontext jedoch noch größere Gestaltungsmöglichkeiten.

Für potentielle Unterstützer des KDW gilt das Vorgesagte sinngemäß. Auch diese könnten potentiell über einen Beirat in beratender Funktion eingebunden werden. Da-

⁷⁹ Dann handelt es sich um einen sogenannten „organisationsrechtlichen Beirat“, dazu *Diekmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 5. Auflage, 2018, § 49, Rn. 4.

⁸⁰ *Diekmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 5. Auflage, 2018, § 49, Rn. 9.

neben ist auch eine Unterstützung auf vertraglicher oder auch rein faktischer Grundlage denkbar. Auch insoweit bietet der Verein jedoch weitergehende und ausdifferenziertere Einbindungsmöglichkeiten.

Wichtig ist bei der Ausgestaltung der GmbH, dass der erforderliche Einfluss der öffentlichen Hand sichergestellt wird (dazu sogleich). Dies kann insbesondere über eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages erfolgen.

Was die Einbindung potentiell später hinzutretender Träger, Partner und/oder Unterstützer angeht, bestehen ebenfalls Nachteile gegenüber dem Verein, bei dem ein Hinzutreten vergleichsweise einfach über eine – ggf. besondere Art der – Mitgliedschaft gelöst werden kann.

Sofern eine unmittelbare Kapitalbeteiligung (etwa eines neuen Trägers) erfolgen soll, können zum einen bestehende Geschäftsanteile (anteilig) an den neuen Träger übertragen werden. Dies setzt allerdings notariell zu beurkundende Übertragungsverträge voraus. Zudem muss eine Beteiligung immer auf volle EUR lauten, sodass es – je nach Anzahl der Träger und Kapitalziffer (Bsp.: 7 Träger bei einer Kapitalziffer von EUR 25.000) – zu geringfügig unterschiedlichen Beteiligungsquoten kommen kann.

Alternativ könnte ein Gesellschafter (und unter engen Voraussetzungen auch die GmbH selber) Geschäftsanteile „auf Vorrat“ halten, die – wiederum durch notariell zu beurkundenden Übertragungsvertrag – an neu hinzutretende Träger übertragen werden könnten. Vorliegend könnte etwa das Land NRW (zunächst) als „Vorratsgesellschafter“ agieren. Die damit einhergehende (zunächst) überproportionale Beteiligung könnte durch entsprechende Satzungsregelungen ausgeglichen werden.

Schließlich könnten neue Gesellschafter im Zuge einer Kapitalerhöhung neu geschaffene Geschäftsanteile erhalten. Eine Kapitalerhöhung ist jedoch ein organisatorisch aufwendiger Vorgang, der als Satzungsänderung notariell zu begleiten und in das Handelsregister einzutragen ist. Zudem dürfen neu geschaffene Geschäftsanteile nicht originär den neuen Trägern zugeteilt werden, sondern nur über den „Umweg“ der bestehenden Gesellschafter. Diese Form der Kapitalbeteiligung erscheint daher im vorliegenden Kontext als zu aufwendig und damit unzweckmäßig.

Die Beteiligung weiterer Partner und Unterstützer an den entsprechenden Gremien der GmbH ist demgegenüber weniger aufwendig.

Generell ist die Einbindung von Beteiligten bei einer GmbH auch in Form von stillen Beteiligungen, Unterbeteiligungen etc. möglich. Eine solche Beteiligung sollte im hiesigen Kontext jedoch weniger relevant sein.

bb) Öffentlich-rechtliche Erwägungen

Da es sich bei einer GmbH um eine haftungsbeschränkte Rechtsform handelt, deren Geschäftsführung zudem den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegt, kann die öffentliche Hand sich im Grundsatz an einer GmbH beteiligen, solange die unter Ziffer D.I.1 genannten Vorgaben beachtet werden.

cc) Vergaberechtliche Erwägungen

Die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer GmbH kann unter Berücksichtigung der unter Ziffer F.II genannten Vorgaben derart ausgestaltet werden, dass eine In-House-Vergabe erfolgen kann.

Insbesondere lassen sich die Vorgaben an die erforderliche Kontrolle bei einer GmbH vergleichsweise leicht erfüllen, da die Geschäftsführung der GmbH den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegt. Dementsprechend können die Gesellschafter über Weisungsrechte die erforderliche Kontrolle ausüben.

Es ist nicht erforderlich, dass jeder Gesellschafter einen Geschäftsführer entsendet. Es können vielmehr auch mehrere oder alle Gesellschafter durch einen oder mehrere Geschäftsführer repräsentiert werden, § 108 Abs. 5 Nr. 1 Halbsatz 2 GWB.⁸¹

dd) Gemeinnützigkeitsrechtliche Erwägungen

Eine GmbH kann gemeinnützig sein (gGmbH), wenn sie den Anforderungen der §§ 51 ff. AO entspricht und insbesondere ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgt.

Die diesbezüglichen Ausführungen unter Ziffer E.II.6.e)dd) zum Verein gelten sinngemäß.

⁸¹ Gurlit, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB, 4. Teil, 3. Auflage, 2017, § 108, Rn. 27.

Eine gGmbH darf durchaus wirtschaftlich tätig sein und Gewinne erzielen. Diese dürfen jedoch nicht an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Auch bei einem Ausscheiden oder im Falle der Auflösung der gGmbH erhalten die Gesellschafter im Grundsatz lediglich die geleistete Einlage zurück.

III. Zusammenfassung

Sofern das KWD in einer Rechtsform des Privatrechts verwirklicht werden soll, kommen aus unserer Sicht letztlich nur der (gemeinnützige) eingetragene Verein und die (gemeinnützige) GmbH in Betracht.

Dieser Befund entspricht auch vergleichbaren Fallgestaltungen in der Praxis, die entweder als (gemeinnütziger) eingetragener Verein⁸² oder als (gemeinnützige) GmbH⁸³ organisiert sind.

Wesentliches Argument für die Gründung des KDW in der Rechtsform eines (eingetragenen) Vereins ist dessen Beteiligungsflexibilität. Die verschiedenen Beteiligten (Träger, Partner, Unterstützer) können in der Struktur eines Vereins gut in verschiedenen „Mitgliederklassen“ und/oder Gremien eingebunden werden. Dies ist in einer GmbH nicht in gleicher Weise möglich. Hier kommt eine Beteiligung der „Träger“ als Kapitalbeteiligte in Betracht, wobei die Beteiligung neu hinzukommender „Träger“ mit einem größeren Aufwand als beim Verein verbunden ist. Partner und Unterstützer können demgegenüber im Wesentlichen „nur“ über einen Aufsichtsrat oder einen Beirat eingebunden werden und dementsprechend überwachend oder beratend Einfluss nehmen.

Der wesentliche Nachteil des Vereins gegenüber der GmbH besteht demgegenüber darin, dass der (eingetragene) Verein grundsätzlich nicht wirtschaftlich tätig werden darf. Insbesondere perspektivisch – namentlich nach Ablauf der geplanten 3-jährigen Aufbauphase – kann dies dem geplanten Vorhaben entgegenstehen. Zwar hat sich der Bundesgerichtshof in einer aktuellen Entscheidung dahingehend positioniert, dass die Gemeinnützigkeit eine nicht wirtschaftliche Betätigung indiziert und ein Verein zur Verwirklichung seiner ideellen Zwecke wirtschaftlich tätig werden dürfe. Es lassen

⁸² Bsp.: IKT- Institut für Unterirdische Infrastruktur gemeinnützige GmbH; ZDW Südwestfalen GmbH; it's OWL Clustermanagement GmbH.

⁸³ Bsp.: Zentrum für die Digitalisierung der Wirtschaft Südwestfalen e.V.; it's OWL e.V.; Institut zur Förderung der Wassergüte- und Wassermengenwirtschaft e.V.

sich daher sicher Argumente gute dafür finden, dass dies auch nach Ablauf der Aufbauphase noch angenommen werden kann. Mit letzter Sicherheit lässt sich diese Annahme jedoch nicht treffen – zumal die enge Verknüpfung mit dem Gemeinnützigkeitsrecht dazu führen kann, dass bei Wegfall der Gemeinnützigkeit (wegen unzulässiger Mittelverwendung oder aus anderen Gründen) schnell die wirtschaftliche Betätigung des Vereins in das Zentrum der Betrachtung rückt – verbunden mit den damit einhergehenden, erheblichen Risiken.

Dies bedeutet wiederum, dass die GmbH jenseits der 3-jährigen Aufbauphase die „sichere“ Rechtsform darstellt.

Was die Gründung und die praktische Handhabung anbetrifft, hat der Verein demgegenüber wieder leichte Vorteile gegenüber der GmbH. Durch die Beteiligung der öffentlichen Hand, die gewisse Erschwerungen mit sich bringt (etwa hinsichtlich der Buchführung und der Wirtschaftsplanung, vgl. Ziffer D.I.1), sind diese Unterschiede jedoch nicht gravierend.

Denkbar – und in der Praxis durchaus praktiziert – ist es auch, dass eigentliche „Geschäft“ in einer (gemeinnützigen) GmbH zu bündeln, deren (häufig alleiniger) Gesellschafter ein Verein ist, über den die verschiedenen Beteiligten flexibel eingebunden werden können. In dieser Weise sind etwa das „ZDW“ und „it’s OWL“ organisiert (vgl. oben). Dies erhöht auf der anderen Seite demgegenüber wiederum die Komplexität des Konstrukts. Zudem besteht keine abschließende Klarheit über die Zulässigkeit derartiger Konstrukte.⁸⁴

Im Rahmen der Beteiligung ist im vorliegenden Kontext immer darauf zu achten, dass der aus Sicht des öffentlichen- und des Vergaberechts erforderliche Einfluss der öffentlichen Hand gewahrt bleibt (vgl. Ziffer D.I.1 und F.II.2.a)).

⁸⁴ Für eine weitreichende Zulässigkeit: BGH, Urteil vom 10.11.1982, V ZR 245/81 (ADAC); diese Entscheidung wird in der Literatur jedoch – praktisch durchgängig – abgelehnt (Nachweise bei Wagner, NZG 2017, 768, 770) und würde so heute voraussichtlich nicht mehr ergehen.

F. Vergaberecht

I. Vorbemerkungen

Das (Kartell-)Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB findet grundsätzlich immer dann Anwendung – und führt insoweit zu einer grundsätzlichen Ausschreibungspflicht –, wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne der §§ 98 ff. GWB sich im Wege eines öffentlichen Auftrages im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB Leistungen (mit einem Volumen oberhalb der Schwellenwerte im Sinne von § 106 GWB) von einer anderen juristischen Person beschafft und kein Ausnahmetatbestand gemäß §§ 107 ff. GWB vorliegt, der ausnahmsweise eine Vergaberechtsfreiheit rechtfertigt.

Nach § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge dabei entgeltlichen Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Der Begriff des Entgelts ist dabei sehr weit auszulegen. Das Entgelt muss nicht in einer Übergabe von Geldmitteln bestehen; hiervon umfasst ist vielmehr jede Art von Vergütung, die einen geldwerten Vorteil bedeutet⁸⁵. Eine Gewinnerzielung ist nicht erforderlich⁸⁶. Ein Vertrag ist daher insbesondere auch dann entgeltlich, wenn sich die vorgesehene Vergütung auf den Ersatz der Kosten beschränkt, die durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstehen⁸⁷. Auch setzt die Entgeltlichkeit weder eine synallagmatische Verknüpfung der Gegenleistung mit der Leistung des Auftragnehmers, noch eine Leistungsgewährung unmittelbar aus eigenen (Haushalts-)Mitteln des öffentlichen Auftraggebers voraus⁸⁸. Nicht entscheidend ist grundsätzlich auch, von wem der Leistende die Vergütung erhält. Auch wenn er diese von Dritten erhält, kann

⁸⁵ BGH, Beschluss vom 01.12.2008, X ZB 31/08, BGHZ 179, 84, 89; OLG Celle, Beschluss vom 08.09.2014, 13 Verg 7/14, VergabeR 2015, 50 ff.; OLG Celle, Beschluss vom 05.02.2004, 13 Verg 26/03, NZBau 2005, 51 f.; OLG Naumburg, Beschluss vom 03.11.2005, 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58, 62; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.09.2005, VII-Verg 35/04, NZBau 2005, 650; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.10.2004, VII-Verg 41/04, VergabeR 2005, 90, 95; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2004, VII-Verg 71/03, NZBau 2004, 343, 344.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 11.12.2014, Rs. C-113/13; EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Rs. C-386/11, NZBau 2013, 522 ff. – Piepenbrock; EuGH, Urteil vom 19.12.2012, Rs. C-159/11; OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2014, Verg 8/14, VergabeR 2015, 192 ff.; OLG Naumburg, Beschluss vom 03.11.2005, 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58, 62; BayObLG, Beschluss vom 27.02.2003, Verg 1/03, VergabeR 2003, 329, 330; ähnlich OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 07.09.2004, 11 Verg 11/04, NZBau 2004, 692, 694.

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 11.12.2014, Rs. C-113/13; EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Rs. C-386/11, NZBau 2013, 522 ff. – Piepenbrock; OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014, 13 Verg 3/13, NZBau 2015, 178 ff.

⁸⁸ BayObLG, Beschluss vom 27.02.2003, Verg 1/03, VergabeR 2003, 329 ff.; VK Südbayern, Beschluss vom 28.12.2001, 47-11/01.

daher – sofern nicht eine Konzessionsgestaltung vorliegt – ein entgeltlicher öffentlicher Auftrag vorliegen⁸⁹.

Mit Rücksicht hierauf einerseits sowie unter Berücksichtigung des Umstandes, dass zumindest eine Vielzahl der potentiellen Träger des KDW öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 GWB sind (siehe zu diesbezüglichen Einzelheiten noch ausführlich unter Ziffer F.II.2.a)) und auch das KDW als solches öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB ist, sind die zwischen diesen in Rede stehenden (entgeltlichen) Leistungsbeziehungen mithin grundsätzlich vergaberechtlich relevant.

Eine grundsätzliche und generelle Vergaberechtsfreiheit dieser Beschaffungsvorgänge ließe sich – von im Einzelfall u. U. einschlägigen Ausnahmen gemäß § 107 GWB einmal abgesehen – daher nur unter den Voraussetzungen der beiden in § 108 GWB normierten Bereichsausnahmen sicherstellen. Namentlich handelt es sich hierbei um die Bereichsausnahmen

- des. sog. In-House-Geschäftes gemäß §§ 108 Abs. 1 – 5 GWB und
- der sog. öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB.

Auf diese beiden Rechtsinstitute/Bereichsausnahmen soll daher sogleich im Folgenden unter Ziffer F.II und F.III näher eingegangen werden.

Eine grundsätzlich vorrangig zu prüfende⁹⁰ rein staatsinterne Maßnahme der Verwaltungsorganisation gemäß Art. 1 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU⁹¹, die ebenfalls vergaberechtsfrei ist, scheidet vorliegend dagegen aus, und zwar schon allein deshalb, weil keine Befugnisse und Zuständigkeiten als solche auf das KDW übertragen werden sollen. Sie wird daher hier nicht näher betrachtet.

Im Einzelnen:

⁸⁹ Vgl. m. w. N. *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 103, Rn. 37.

⁹⁰ Vgl. insoweit auch *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 74.

⁹¹ Nach Art. 1 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU werden Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und als solche nicht von der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU berührt.

II. Gründung eines gemeinsamen, in-house-fähigen Rechtssubjekts gemäß § 108 Abs. 4 GWB

Vor dem Hintergrund der vorstehenden, aus dem öffentlichen sowie dem Gesellschaftsrecht entwickelten Handlungsempfehlung im Sinne der Gründung eines Rechtssubjektes in Form einer (gemeinnützigen) GmbH oder eines Vereins stellt sich vorliegend primär die Frage, ob bzw. in welchen vergaberechtlichen Grenzen ein solches Rechtssubjekt gegründet (Schritt 1) und sodann Leistungen für seine Gründungsträger erbringen kann (Schritt 2).

Dazu im Einzelnen:

1. Schritt 1: Gründung einer in-house-fähigen Rechtsform

Hinsichtlich des ersten Schrittes, d. h. der (reinen) Gründung eines entsprechenden Rechtssubjekts, ist aus vergaberechtlicher Sicht zu beachten, dass der bloße Abschluss von Gesellschaftsverträgen bzw. der Erwerb bzw. die Übernahme sonstiger Unternehmensanteile bzw. Mitgliedschaften – mangels Beschaffungscharakters – grundsätzlich keinen vergaberechtsrelevanten Sachverhalt darstellen⁹².

Etwas anders kann zwar dann gelten, wenn der Vertragsschluss bzw. die Veräußerung oder Überlassung Element eines einheitlichen Vorgangs sind, der einen beschaffungsrechtlichen Bezug hat – mithin also eine sog. eingekapselte Beschaffung vorliegt⁹³. Allerdings zielt das hier in Rede stehende Konstrukt darauf ab, dass eine solche sog. eingekapselte – vergaberechtsrelevante – Beschaffung letztlich gerade nicht vorliegt, weil auch, wenn das Rechtssubjekt von seinen Trägern beauftragt werden soll, dies ausschließlich im Wege von vergaberechtsfreien In-House-Geschäften erfolgen soll,

⁹² Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.2001, Verg 3/01, VergabeR 2002, 45 ff., mit Anm. *Stickler*; VK Sachsen, Beschluss vom 29.12.2004, 1/SVK/123-04; VK Lüneburg, Beschluss vom 05.11.2004, 203-VgK-48/2004; VK Lüneburg, Beschluss vom 26.04.2002, 203-VgK-06/2002; VK Brandenburg, Beschluss vom 30.08.2004, VK 34/04; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 103, Rn. 40; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 103, Rn. 19; *Otting*, VergabeR 2002, 11, 12; *Krutisch*, NZBau 2003, 650 ff. m. w. N.; *Endler*, NZBau 2002, 125, 132.

⁹³ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2007, VII-Verg 2/07, NZBau 2007, 530, 531; BayObLG, Beschluss vom 27.02.2003, Verg 1/03, VergabeR 2003, 329, 331; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 103, Rn. 136; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 103, Rn. 20; *von Engelhardt/Kaelble*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2016, § 103, Rn. 54 f.

so dass der Gesamtvorgang gerade kein Element der Beschaffung am Markt mit umfasst.

Siehe zu diesbezüglichen Einzelheiten sowie den sich daraus ergebenden vergaberechtlichen Anforderungen noch ausführlich sogleich im Folgenden unter Ziffer F.II.2.

2. Schritt 2: Beauftragung des in-house-fähigen Rechtssubjekts durch die bzw. einzelne Träger mit der Erbringung von Leistungen

Im zweiten Schritt könnte sodann die Beauftragung des Rechtssubjekts durch die bzw. Träger mit der Erbringung entsprechender Leistungen erfolgen.

Derartige Beauftragungen wären als sog. gemeinsames vertikales In-House-Geschäft vergaberechtsfrei möglich, wenn die Voraussetzungen gemäß § 108 Abs. 4 und 5 GWB eingehalten werden.

§ 108 Abs. 4 GWB bestimmt, dass das Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB nicht anzuwenden ist

„auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen der öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 [GWB] über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts zwar keine Kontrolle im Sinne des [§ 108] Absatzes 1 Nummer 1 [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 von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde, und
3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht; [§ 108] Absatz 1 Nummer 3 zweiter Halbsatz [GWB] gilt entsprechend“

(Klammerzusätze diesseits).

Gemäß § 108 Abs. 5 GWB besteht

„eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von [§ 108] Absatz 4 Nummer 1 [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“

(Klammerzusätze diesseits).

Zu den danach maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen:

- a) Beherrschung durch öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB

Zunächst muss es sich bei den beherrschenden Auftraggebern um öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB handeln.

Insoweit ist hinsichtlich der vorgesehenen Gründungsträger, welche wir – der Übersichtlichkeit halber – auch nochmals im Einzelnen in der als **Anlage 1** beigefügten Übersicht „Vergaberechtliche Eiorndung der potentiell vorgesehenen Gründungsträger“ dargestellt haben und auf deren Inhalt hier in Ergänzung des nachstehend Gesagten Bezug genommen und verwiesen wird, zu differenzieren:

- aa) *Potentielle Gründungsträger mit unzweifelhafter öffentlicher Auftraggebereigenschaft im Sinne von § 99 Nr. 1 oder 2 GWB*

Unter diesen befinden sich zunächst solche, die unzweifelhaft als öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bzw. Nr. 2 GWB zu qualifizieren sind⁹⁴.

Hierzu gehören namentlich zunächst die Stadtentwässerungsbetriebe Düsseldorf (SEBD) und der Stadtentwässerungsbetrieb Paderborn, bei denen es sich um unselb-

⁹⁴ Die hierzu zählenden potentiellen Gründungsträger sind in der als Anlage 1 beigefügten Übersicht in der Spalte „Öffentlicher Auftraggeber/Rechtsgrundlage“ dunkelgrün markiert.

ständige Eigenbetriebe handelt, mit der Folge, dass Träger letztlich die jeweiligen Gebietskörperschaften (Stadt Düsseldorf, Stadt Paderborn) als solche wären, bei denen es sich um „klassische“ öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB handelt.

Weiter gehören hierzu die Wasserverbände, d. h. Aggerverband, Bergisch-Rheinischen Wasserverband (BRW), Emschergenossenschaft/Lippeverband, Erftverband, Linksniederrheinische Entwässerungs-Genossenschaft (LINEG), Niersverband, Ruhrverband, Wahnachtalsperrenverband, Wasserverband Eifel-Rur, Wupperverband, sowie die Stadtentwässerungsbetriebe Köln AöR, die WAG Nordeifel GmbH und die Wuppertaler Stadtwerke GmbH, bei denen es sich jeweils um öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB handelt.

bb) Potentielle Gründungsträger mit naheliegender, aber noch nicht abschließend überprüfbarer öffentlicher Auftraggebereigenschaft im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB

Darüber hinaus liegt es bei einer Reihe von vorgesehenen Gründungsträgern, namentlich der Gelsenwasser AG, der Wasserwerke Westfalen GmbH, der Rheinenergie AG, der Stadtwerke Düsseldorf AG und der Wassergewinnung Essen GmbH, zwar nahe, dass sie öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB sind. Allerdings ist uns eine abschließende diesbezügliche Prüfung und Bewertung auf Basis der uns vorliegenden bzw. öffentlich zugänglicher Unterlagen allerdings nicht möglich. Hierzu bedürfte es weiterreichender Informationen, u. a. der gesellschaftsrechtlichen Vertragswerke bzw. Satzungen, die jedoch – soweit aus unseren Recherchen ersichtlich – nicht frei zugänglich sind.

Zur Erläuterung:

Nach der Vorschrift des § 99 Nr. 2 GWB sind öffentliche Auftraggeber juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 und Nr. 3 GWB einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden (lit. a), ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 und Nr. 3 GWB unterliegt (lit. b) oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach § 99 Nr. 1 und Nr. 3 GWB bestimmt worden sind (lit. c); dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt

oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat.

Hieraus resultieren drei Tatbestandsmerkmale, die in § 99 Nr. 2 GWB Niederschlag finden. Eine Einrichtung handelt danach als öffentlicher Auftraggeber, wenn kumulativ die folgenden Merkmale erfüllt werden:

- die Einrichtung hat eine eigene Rechtspersönlichkeit;
- die Einrichtung verfolgt den besonderen Gründungszweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen und
- unterliegt staatlicher Kontrolle.

Diese Merkmale sind nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH nicht nur funktional, sondern auch im Sinne des Binnenmarktzwecks der EU-Richtlinien weit auszulegen⁹⁵.

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen erscheint im Hinblick auf eine Reihe potentieller Gründungsträger naheliegend, kann jedoch – mangels hinreichender Sachverhaltskenntnis – an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden.

Über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen die hier in Rede stehenden in privatrechtlicher Form organisierten Gründungsträger. Auch eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe ist bei der (Trink-)Wasserversorgung sowie der Abwasserbeseitigung anzunehmen.

Zweifel bestehen allerdings zum einen, ob diese Aufgaben durch alle vorgesehenen Gründungsträger „nichtgewerblich“ ausgeübt werden.

Für die Feststellung der Nichtgewerblichkeit ist eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände anzustellen, u. a. der Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und der Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt⁹⁶.

⁹⁵ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 15.05.2003, Rs. C-214/00 (Kommission/Spanien), Rn. 53; EuGH, Urteil vom 05.10.2017, Rs. C-567/15, juris Rn. 31; Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage, 2016, § 99 Rn. 25.

⁹⁶ Vgl. Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 99, Rn. 40 m. w. N.; Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage, 2016, § 99, Rn. 52.

In Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2014/24/EG ist die Nichtgewerblichkeit dahingehend konkretisiert, dass eine Einrichtung, die unter marktüblichen Bedingungen arbeitet, gewinn-orientiert ist und die mit der Ausübung ihrer Tätigkeit einhergehenden Verluste trägt, nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts angesehen werden sollte (und damit dem Vergaberecht nicht unterfällt), da die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, zu deren Erfüllung sie geschaffen oder mit deren Erfüllung sie beauftragt wurde, als von gewerblicher Art anzusehen sind.

Für die Beurteilung, ob das Unternehmen eine nichtgewerbliche Tätigkeit ausführt, kann es alternativ oder kumulativ auf die drei Kriterien einer Gewinnerzielung, eines Vorliegens entwickelten Wettbewerbs und einer Übernahme eines wirtschaftlichen und finanziellen Risikos ankommen⁹⁷. Allerdings agieren nach einer zuweilen in der Literatur vertretenen Auffassung privatrechtlich organisierte kommunale Ver- und Entsorgungsunternehmen zunehmend in einem wettbewerblich geprägten Umfeld, so dass die Nichtgewerblichkeit der Aufgabe im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB zu verneinen sei. Letztlich bleibe dies jedoch eine Frage des jeweiligen Einzelfalls. Gesichtspunkte, die eine nichtgewerbliche Aufgabe sprechen können, seien etwa die Statuierung eines Benutzungszwangs zugunsten des kommunalen Unternehmens, eine vollständig fehlende Gewinnerzielungsabsicht und eine – in den Grenzen des nach dem kommunalen Wirtschaftsrecht Zulässigen – bestehende, das wirtschaftliche Risiko deutlich reduzierende Nachschusspflicht der Gemeinde bei Verlusten der Gesellschaft⁹⁸.

Für die anzustellende Gesamtbetrachtung fehlt es im vorliegenden Fall indes an der Kenntnis der einzelfallbezogenen Umstände, aufgrund derer für die einzelnen in Privatrechtsform organisierten Unternehmen eine spezifische Betrachtung anzustellen wäre.

Im Bereich der Abwasserentsorgung dürfte jedoch schon aufgrund des Bestehens eines Anschluss- und Benutzungszwangs sowie fehlenden Wettbewerbs die Aufgabenerfüllung in nichtgewerblicher Form erfolgen. Im Bereich der Trinkwasserversorgung kann aufgrund Struktur des Marktes der Trinkwasserversorgung eine im Allgemeininteresse wahrgenommene Aufgabe nichtgewerblicher Art ebenfalls vertretbar angenommen werden. Allerdings wird teilweise die nichtgewerbliche Leistungserbringung im Bereich der Daseinsvorsorge durch in Privatrechtsform organisierte Unternehmen aufgrund eines wettbewerblichen Marktumfelds bezweifelt.

⁹⁷ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage, 2016, § 99, Rn. 52.

⁹⁸ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, 3. Auflage, 2018, § 99, Rn. 188.

Hinzu kommt, dass sich die durch § 99 Nr. 2 GWB vorausgesetzte besondere Staatsgebundenheit der Unternehmen anhand der vorliegenden Informationen nicht beurteilen lässt.

Bei den meisten (potentiellen) Gründungsträgern lassen sich anhand der öffentlich zugänglichen Informationen lediglich die Beteiligungsverhältnisse nachvollziehen. Nach § 99 Nr. 2 lit. a) GWB liegt die besondere Staatsgebundenheit vor, sofern ein Unternehmen überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert wird.

Eine überwiegende Finanzierung liegt vor, wenn mehr als die Hälfte der der Einrichtung zur Verfügung stehenden Finanzmittel von öffentlichen Auftraggebern stammt⁹⁹.

Teilweise wird eine überwiegende Finanzierung schon im Falle des (passiven) Haltens der Kapitalmehrheit angenommen. Insoweit werde – entsprechend § 17 Abs. 2 AktG – vermutet, dass ein Auftraggeber von demjenigen Anteilseigner beherrscht wird, der die Mehrheit der Kapitalanteile besitzt¹⁰⁰. Zum Teil wird dies jedoch auch verneint, weil in diesem Fall den Vorgaben des EuGH an eine überwiegende Finanzierung damit nicht entsprochen sei¹⁰¹.

Der EuGH hat in der Sache „Wall“ für eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, deren Anteile zu 51 % von einer Gebietskörperschaft gehalten wurden, das Vorliegen einer überwiegenden staatlichen Finanzierung verneint, da die Jahresumsätze der Gesellschaft größtenteils aus synallagmatischen Verträgen stammten¹⁰².

Der EuGH setzt voraus, dass für die Prüfung einer überwiegenden Finanzierung sämtliche Finanzmittel der betroffenen Einrichtung ermittelt werden (Eigenkapital, stille Beteiligungen, von den Gesellschaftern zur Verfügung gestellte Sachmittel sowie die Einnahmen der Einrichtung, einschließlich solcher, die aus ihrer gewerblichen Tätigkeit stammen)¹⁰³. Anschließend müssten diejenigen Finanzmittel bestimmt werden, die der Einrichtung durch öffentliche Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden.

⁹⁹ Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 99, Rn. 49.

¹⁰⁰ Vgl. Dörr, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Auflage, 2017, § 99 GWB, Rn. 55; Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage, 2016, § 99, Rn. 69; Zeiss in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage, 2016, § 99 GWB, Rn. 66 f.

¹⁰¹ Masing in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 99, Rn. 50; Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 99, Rn. 143; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, VergabeR, 3. Auflage, 2018, § 99 GWB, Rn. 97.

¹⁰² EuGH, Urteil vom 13.04.2010, Rs. C-91/08, Rn. 46 ff.

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 03.10.2000 (University of Cambridge), Slg. 2000, I-8035, Rn. 36, VergabeR 2001, 111, 115.

Hält man also das bloße Halten einer Mehrheit der Kapitalanteile nicht für ausreichend zur Annahme einer überwiegenden Finanzierung im Sinne von § 99 Nr. 2 lit. a) GWB, so müsste auch hier eine umfassende Prüfung der Finanzierung des jeweiligen Trägers erfolgen.

Stellt man nicht auf die überwiegende Finanzierung ab, so muss untersucht werden, ob die Leitung der Unternehmen der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB unterliegt (lit. b) oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organs der Unternehmen durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB bestimmt worden sind (lit. c).

Vor diesem Hintergrund ist uns – wie gesagt – an dieser Stelle und auf der Basis des bisher bekannten Sachverhalts eine abschließende Prüfung und Bewertung nicht möglich und müsste ggf. noch erfolgen. In diesem Zusammenhang dürfte es sich u. E. auch empfehlen, die im Einzelnen Betroffenen (und deren Selbstverständnis) mit einzubeziehen, weil diese u. U. die entsprechenden Fragen einerseits bereits selbst begutachtet haben (lassen) und/oder ihr Verhalten am Markt mit Rücksicht auf entsprechende vergaberechtliche Zwänge entsprechend ausgerichtet haben.

cc) *Potentielle Gründungsträger mit zweifelhafter und im Einzelfall ggf. noch zu prüfender öffentlicher Auftraggebereigenschaft im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB*

Schließlich ist bei einigen der vorgesehenen Gründungsträgern eine Einordnung als öffentlicher Auftraggeber unwahrscheinlich¹⁰⁴. Dies gilt namentlich für die RWE AG, die RAG AG und die RWW Rheinisch-Westfälische Wasserwerksgesellschaft mbH.

Hier gilt das vorstehend Gesagte entsprechend. Eine abschließende Prüfung und Bewertung der Auftraggebereigenschaft gemäß § 99 Nr. 2 GWB ist uns auf Basis der vorliegenden bzw. öffentlich zugänglichen Informationen auch insoweit nicht möglich.

b) *Juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts*

§ 108 Abs. 4 GWB befasst sich nur mit juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts. Dem Wortlaut nach käme die Regelung mithin nicht auf Personenhandelsgesellschaften zur Anwendung und würde dementsprechend auch die GmbH

¹⁰⁴ Die entsprechenden Gründungsträger sind in der als Anlage 1 beigelegten Übersicht in der Spalte „Öffentlicher Auftraggeber/Rechtsgrundlage“ orange markiert.

& Co. KG ausschließen. Überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass die Begrifflichkeit der „juristischen Person“ der des § 99 GWB entspricht und bei richtlinienkonformem Verständnis auch Personenhandelsgesellschaften sowie die Außen-GbR umfasst¹⁰⁵.

Die hier nach der vorstehenden Zusammenfassung (vgl. Ziffer E.III.) in Rede stehenden Rechtsformen der (gemeinnützigen) GmbH und des Vereins werden aber jedenfalls von § 108 Abs. 4 GWB eindeutig als dem Grunde nach in-house-fähige Rechtssubjekte erfasst.

- c) Gemeinsame ähnliche Kontrolle wie über eine Dienststelle (§ 108 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 5 GWB)

Die beteiligten/beherrschenden öffentlichen Auftraggeber müssen gemeinsam über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausüben, wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen.

Insoweit ist – entsprechend dem Wortlaut von § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB und ebenso wie im Rahmen von § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB – zwar kein gleich hohes Maß an Kontrolle erforderlich wie es der Auftraggeber in seiner administrativen Binnenorganisation innehat, sondern nur ein „ähnliches“, d. h. vergleichbares Niveau der Steuerungsfähigkeit¹⁰⁶.

Die betroffene Stelle muss allerdings jedenfalls einer so wirksamen Kontrolle unterworfen sein, die es den beherrschenden Auftraggebern ermöglicht, ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen auszuüben. Diese müssen also – mit anderen Worten – in der Lage sein, auf die Entscheidungen der Einrichtung maßgeblichen Einfluss zu nehmen, und zwar sowohl durch strukturell-langfristige Maßnahmen (strategische Ziele) als auch durch punktuell-kurzfristige Maßnahmen (sonstige wesentliche Entscheidungen)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vgl. *Dörr*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB, 4. Teil, 3. Auflage, 2017, § 99, Rn. 21; *Säcker/Wolf*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2018, § 108 GWB, Rn. 17; *Webeler*, in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage, Stand: 10.2016, § 108, Rn. 10 (für die GmbH & Co. KG); A. A. aber *Müller-Wrede*, GWB, 1. Auflage, 2016, § 108, Rn. 19.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu m. w. N. *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 9.

¹⁰⁷ *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 10 ff.; *Gurlit*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB, 4. Teil, 3. Auflage, 2017, § 108, Rn. 9.

Ob dies der Fall ist, lässt sich nicht pauschal, etwa anhand von Beteiligungsverhältnissen, beurteilen. Entscheidend ist vielmehr die konkrete Steuerungsmöglichkeit nach der Unternehmensverfassung¹⁰⁸.

Dies ist bei der (gesellschaftsrechtlichen) Ausgestaltung entsprechend zu berücksichtigen. Dabei ist insbesondere auch zu beachten, dass § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB bestimmt, dass die beteiligten öffentlichen Auftraggeber die Kontrolle gemeinsam ausüben müssen wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des EuGH¹⁰⁹. Demnach fallen beispielsweise solche Konstellationen nicht unter § 108 Abs. 4 GWB, in denen ein nicht in die gemeinsame Kontrolle eingebundener Auftraggeber, etwa ein Minderheitsgesellschafter ohne Kontrollbefugnisse, Aufträge an die juristische Person vergeben möchte, an der er in dem beschriebenen Sinne beteiligt ist¹¹⁰.

Auch eine Konzernstruktur – wie sie beispielsweise dann entstünde, wenn das eigentliche „Geschäft“ in einer (gemeinnützigen) GmbH gebündelt würde, deren (alleiniger) Gesellschafter ein Verein ist – steht der erforderlichen Kontrolle indes nicht notwendig entgegen, sofern über die entsprechenden Ebenen hinweg eine wirksame Einwirkungsmöglichkeit sichergestellt wird¹¹¹.

Konkret benennt § 108 Abs. 5 GWB die Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, um eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB bejahen zu können.

Gemäß § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB müssen sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen. Neben der Kapitalbeteiligung bedingt dies, dass alle beteiligten Auftraggeber mindestens einen Vertreter in den beschlussfassenden Organen des kontrollierten Unternehmens haben müssen, die wiederum gemeinsam mit den anderen öf-

¹⁰⁸ Gurlit, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB, 4. Teil, 3. Auflage, 2017, § 108, Rn. 11.

¹⁰⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.11.2008, Rs. C-324/07, Slg. I-00000, Rn. 50 – Coditel Brabant; EuGH, Urteil vom 10.09.2009, Rs. C-573/07, Slg. 2009, I-8127-8162, VergabeR 2009, 882 ff. – Sea; EuGH, Urteil vom 29.11.2012, Rs. C-182/11 und Rs. C-183/11, ABl. EU 2013, Nr. C 26, 7, NZBau 2013, 55 – Econord.

¹¹⁰ Vgl. m. w. N. Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 6.

¹¹¹ Säcker/Wolf, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2018, § 108 GWB, Rn. 27.

fentlichen Auftraggebern einen ausschlaggebenden strategischen Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können müssen¹¹².

Die „beschlussfassenden Organe der juristischen Person“ sind solche, die rechtlich und tatsächlich in der Lage sind, die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person zu beeinflussen, z. B. der Aufsichts- oder Verwaltungsrat oder die Gesellschafter- bzw. Zweckverbandsversammlung¹¹³.

Dabei ist ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung nicht erforderlich, dass dies die unmittelbar die Geschäfte führenden Organe sind. So ist beispielsweise etwa – im Falle einer GmbH – eine Beteiligung aller Gesellschafter an der Geschäftsführung nicht zwingend erforderlich. Erforderlich, aber auch ausreichend ist mithin auch, dass die Geschäftsführung den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegt¹¹⁴.

Schließlich lässt § 108 Abs. 5 Nr. 1 Halbsatz 2 GWB es auch zu, dass ein einzelner Vertreter mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten kann, was die Arbeitsfähigkeit der beschlussfassenden Organe sicherstellen soll¹¹⁵.

Nach § 108 Abs. 5 Nr. 2 GWB ist es weiter erforderlich, dass die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können. Dieses Erfordernis trägt dem vom EuGH geforderten „Konzept der gemeinsamen Kontrolle“ durch alle beteiligten öffentlichen Stellen Rechnung¹¹⁶.

¹¹² Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 67; Greb, VergabeR 2015, 289, 294; Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 183.

¹¹³ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.01.2013, VII-Verg 56/12, NZBau 2013, 327, Rn. 13; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 68; Ziekow, NZBau 2015, 258, 262; Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108 Rn. 181 und 18.

¹¹⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.01.2013, VII-Verg 56/12, NZBau 2013, 327, Rn. 13; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 68.

¹¹⁵ Vgl. Ziekow, NZBau 2015, 258, 262; Müller-Wrede, VergabeR 2016, 292, 295; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 69.

¹¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 29.11.2012, Rs. C-182/11 und Rs. C-183/11, ABl. EU 2013, Nr. C 26, 7, NZBau 2013, 55 ff., Rn. 30 – Econord; Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 186; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 70.

Die öffentlichen Auftraggeber müssen dementsprechend – wie bereits oben dargelegt – in der Lage sein, gemeinsam eine sowohl strukturell-langfristige als auch punktuell-kurzfristige Kontrolle über die juristische Person auszuüben¹¹⁷.

Gemäß § 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB darf die juristische Person ferner keine Interessen verfolgen, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen. In der Literatur wird der Sinn dieses Kriteriums zuweilen zwar bezweifelt¹¹⁸. Allerdings ist dieses Kriterium keineswegs überflüssig, sondern hat durchaus seine Berechtigung¹¹⁹. Denn es entspricht dem in der Rechtsprechung des EuGH verankerten zweckbezogenen Element der Marktbezogenheit, nach dem das Kontrollkriterium dann nicht erfüllt sein kann, wenn ein auftragserhaltendes Tochterunternehmen so auf den Markt ausgerichtet ist, dass es über ein Maß an Selbständigkeit verfügt, das eine Kontrolle als nicht gesichert erscheinen lässt. Dabei spricht es gegen die Kontrollmöglichkeit des Auftraggebers, wenn die Tochtergesellschaft befugt ist, andere Interessen zu verfolgen, also etwa satzungsmäßig befugt ist, ihre Leistungen auch gegenüber anderen als der Mutterkörperschaft zu erbringen¹²⁰.

Das Kriterium soll demnach ausschließen, dass die juristische Person eigene Interessen verfolgt, die den Interessen einzelner in die Ausübung einer dienststellenähnlichen Kontrolle einbezogener Auftraggeber zuwider laufen¹²¹.

Auch dies ist bei der zivil- bzw. gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung der entsprechenden Statuten zu berücksichtigen.

¹¹⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.11.2008, Rs. C-324/07, Slg. 2008, I-8457-8506, Rn. 47 und 50 – Coditel Brabant; EuGH, Urteil vom 29.11.2012, Rs. C-182/11 und Rs. C-183/11, ABl. EU 2013, Nr. C 26, 7, NZBau 2013, 55, Rn. 27 – Econord; sowie ferner auch *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 186; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 70.

¹¹⁸ Vgl. *Dabringhausen*, VergabeR 2014, 512, 522.

¹¹⁹ Vgl. *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 71; *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 263; *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 187.

¹²⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 10.09.2009, Rs. C-573/07, Slg. 2009, I-8127-8162, VergabeR 2009, 882 ff., Rn. 76 – Sea; EuGH, Urteil vom 13.11.2008, Rs. C-324/07, Slg. I-00000, Rn. 38 – Coditel Brabant.

¹²¹ Vgl. zum Ganzen *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 71.

d) Überwiegende Tätigkeit für den Auftraggeber (§ 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB)

Daneben muss gemäß § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB mehr als 80 % der Tätigkeit der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut werden.

§ 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB überträgt damit das sog. Wesentlichkeitskriterium im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB auf die Konstellation des gemeinsamen In-House-Geschäfts. Es besteht allerdings die Besonderheit, dass sich das Wesentlichkeitskriterium in diesem Fall auf alle beteiligten öffentlichen Auftraggeber bezieht. Dies bedeutet, dass die juristische Person ihre Tätigkeiten im Wesentlichen (die 80 %-Schwelle findet unverändert Anwendung) für die zusammen zu betrachtenden kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder andere von diesen kontrollierten juristischen Personen verrichten muss¹²². Der Gesetzeswortlaut spricht zwar nur von „einer anderen juristischen Person“. Gemäß der Begründung des Gesetzesentwurfs kann es sich dabei aber auch um mehrere juristische Personen handeln¹²³. Es liegt daher lediglich ein Redaktionsversehen bzw. eine gesetzgeberische Ungenauigkeit vor¹²⁴.

In Ansehung dessen, dass die Gründung des KDW mit dem Ziel erfolgen soll, ausschließlich Leistungen im Interesse der kooperierenden Träger des KDW zu erbringen, bestehen u. E. keine Bedenken an der Erfüllung dieser Voraussetzung.

e) Keine (direkte) private Kapitalbeteiligung (§ 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB)

Schließlich bestimmt § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB, dass an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung bestehen darf.

Indem § 108 Abs. 4 Nr. 3 Halbsatz 2 GWB den § 108 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2 GWB entsprechend zur Anwendung bringt, wird klargestellt, dass die dort geregelten nicht in-house-schädlichen Formen direkter privater Kapitalbeteiligung auch bei einer gemeinsamen Kontrolle mehrerer öffentlicher Auftraggeber Geltung haben.¹²⁵ Beteiligungen ohne herrschenden Einfluss oder Sperrrechte werden somit zwar nach § 108

¹²² Vgl. *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 63; *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 178; *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 263.

¹²³ Vgl. BT-Drucks. 18/6281, 81.

¹²⁴ Vgl. *Müller-Wrede*, VergabeR 2016, 292, 296; ebenso *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 63.

¹²⁵ Vgl. *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 64; *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 179.

Abs. 4 Nr. 3 Halbsatz 2 GWB i. V. m. § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB privilegiert. Voraussetzung hierfür ist jedoch im Weiteren, dass sie „durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben“ sind.

Als eine solche (Ausnahme-)Fallkonstellation wird in der Literatur explizit die gesetzlich normierte Zwangsbeteiligung/-mitgliedschaft von Privaten, wie sie beispielsweise bei den sondergesetzlichen Wasserverbänden im Land Nordrhein-Westfalen vorgesehen ist, aufgeführt¹²⁶. Letztlich ist aber auch für diese stets im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, inwieweit die Privaten Einfluss auf die strategischen Ziele und auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten Person nehmen können¹²⁷.

aa) Begriff der Kapitalbeteiligung

Insbesondere mit Blick auf die potentiellen Träger des KDW, an denen auch Private beteiligt sind, wie z. B. der Stadtwerke Düsseldorf AG, der Wasserwerke Westfalen GmbH, der Gelsenwasser AG, der Rheinenergie AG, der Wassergewinnung Essen GmbH oder der RWE AG, (siehe zu diesbezüglichen Einzelheiten noch unter Ziffer F.II.2.e)dd)), stellt sich im Weiteren die Frage nach der konkreten Reichweite der Regelung des § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB.

Der Wortlaut des § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB scheint sich zunächst zwar ausdrücklich nur auf direkte private Kapitalbeteiligungen zu beziehen.

Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Bezeichnung der Kapitalbeteiligung nicht entsprechend des Wortlauts nur für Anteile an einer Kapitalgesellschaft auszulegen ist, sondern eine institutionelle Beteiligung jeder Art meint. Hierfür sprechen insbesondere die Ausführungen in Erwägungsgrund Nr. 32, Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU, wo es heißt:

„Mit Blick auf die besonderen Merkmale öffentlicher Einrichtungen mit Pflichtmitgliedschaft, wie die für Verwaltung oder die Ausführung bestimmter öffentlicher Dienstleistungen verantwortlichen Organisationen [...].“

¹²⁶ Greb, VergabeR 2015, 289, 292.

¹²⁷ Greb, VergabeR 2015, 289, 292.

Mithin sollen also nicht nur reine Kapitalgesellschaften von der Vorschrift erfasst sein¹²⁸.

Des Weiteren ist zu beachten, dass eine nur minderheitliche Beteiligung Privater auch dann (potentiell) in-house-schädlich ist/sein kann, wenn sie zu einer weitgehenden Einflusslosigkeit innerhalb der juristischen Person führt. Denn anderenfalls wäre es nicht verständlich, weshalb eine private Sperrminorität nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB nur bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen zur In-House-Fähigkeit führt¹²⁹.

Als ebenso klar wird es angesehen, dass auch die bloße Stufung einer Beteiligung nicht von vornherein zur Unschädlichkeit der privaten Beteiligung führt¹³⁰. Entsprechendes gilt auch für stille Beteiligungen¹³¹.

bb) Keine mittelbare Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Vorgaben in § 108 Abs. 4 Nr. 3 Halbsatz 2 GWB bzw. § 108 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2 GWB auf der bisherigen Rechtsprechung des EuGH basieren¹³². Dieser äußerte insbesondere die Befürchtung, dass durch eine direkte Beteiligung privater Dritter die Verfolgung der im öffentlichen Interesse liegenden Ziele der Gesellschaft beeinträchtigt werden könne. Entscheidend sei jedoch, dass durch ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs sowie der vergaberechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigt würden, da die private Kapitalbeteiligung gegenüber sonstigen privaten Dritten bevorteilt werde¹³³.

Ähnlich wird in den Begründungen des europäischen und deutschen Gesetzgebers argumentiert¹³⁴.

Hieraus wird in der Literatur vielfach der Schluss gezogen, dass auch mittelbare private Kapitalbeteiligungen – jedenfalls auf Seiten des Auftragnehmers – (potentiell)

¹²⁸ Dabringhausen, VergabeR 2014, 512, 517.

¹²⁹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage, 2018, § 108, Rn. 49.

¹³⁰ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage, 2018, § 108, Rn. 49.

¹³¹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage, 2018, § 108, Rn. 49.

¹³² Vgl. insb. EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs. C-29/04, Slg. 2005, I-09.07.2005.

¹³³ Vgl. insb. EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs. C-29/04, Slg. 2005, I-09.07.2005, juris Rn. 48.

¹³⁴ Nachweise bei Säcker/Wolf, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2018, § 108 GWB, Rn. 44.

schädlich seien, da auch durch sie letztlich eine Wettbewerbsverzerrung drohe¹³⁵. Dem entsprechend wird vielfach ein normativ geprägter, enger indirekter Beteiligungsbe-
griff vertreten, der an die Rechtsprechung des EuGH anknüpft und im Wesentlichen
darauf abstellt, ob der Wirtschaftsteilnehmer durch die Beteiligung einen Vorteil im
Wettbewerb erlangen könnte¹³⁶. Danach stehen lediglich solche Formen der indirekten
Beteiligung der Annahme eines In-House-Geschäfts nicht entgegen, in denen der sich
privat Beteiligende in keinem Wettbewerb mit anderen Wirtschaftsteilnehmern steht,
etwa weil er kein von der beauftragten juristischen Person abweichendes eigenes Inte-
resse an dem Auftrag hat¹³⁷.

Mitunter wird – hieran anknüpfend – vertreten, dass dies für Mitarbeitermodelle¹³⁸
bzw. ggf. auch für Beteiligungen (z. B. in Form einer stillen Gesellschaft gemäß §§ 23
ff. HGB), die einzig an der Partizipation an den Erträgen der Gesellschaft ausgerichtet
sind, u. U. angenommen werden könne¹³⁹. In diesem Zusammenhang wird (teilweise)
zugleich aber auch darauf hingewiesen, dass der Begriff der (zulässigen) indirekten
Beteiligungen keinesfalls zu weit ausgedehnt werden dürfe. Dagegen spreche schon,
dass Ausnahmebestimmungen wie das In-House-Geschäft stets eng auszulegen sind¹⁴⁰.

Andere Stimmen in der Literatur lehnen die Zulässigkeit auch solcher, insbesondere
stiller Beteiligungsformen dagegen explizit ab, selbst wenn diese mit einer weitgehen-
den Einflusslosigkeit innerhalb der betroffenen juristischen Person einhergeht¹⁴¹.

Insgesamt ist daher zu konstatieren, dass in diesem Zusammenhang noch Vieles unge-
klärt und umstritten ist und mithin eine – auch nur mittelbare – Kapitalbeteiligung auf
Seiten des Auftragnehmers mit erheblichen Risiken hinsichtlich der Erfüllung der An-
forderungen einer In-House-Vergabe einhergeht.

¹³⁵ So *Säcker/Wolf*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2018, § 108 GWB, Rn. 44; ähnlich *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage, 2019, § 108 GWB, Rn. 37 m. w. N.

¹³⁶ Vgl. *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 261; *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage, 2018, § 108, Rn. 50; *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108 Rn. 139; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 41.

¹³⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.06.2014, Rs. C-574/12, ABl. EU 2014, Nr. C 282, 8, NZBau 2014, 511 ff. – Centro Hospitalar de Setúbal.

¹³⁸ Vgl. *von Engelhardt/Kaelble*, in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage, 2016, § 108, Rn. 43.

¹³⁹ Vgl. *Portz* in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108 Rn. 139; *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 261; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 41.

¹⁴⁰ So *Portz* in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108 Rn. 138.

¹⁴¹ Vgl. *Müller-Wrede*, VergabeR 2016, 292, 299; *von Engelhardt/Kaelble*, in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage, 2016, § 108, Rn. 44 und 47; *Säcker/Wolf*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2018, § 108 GWB, Rn. 44. Siehe ferner hierzu auch *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108 Rn. 138.

cc) *Kapitalbeteiligung am Auftraggeber*

Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass eine private Kapitalbeteiligung am öffentlichen Auftraggeber bzw. den kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern nach dem Gesetzeswortlaut sowie der Gesetzesbegründung¹⁴² grundsätzlich unschädlich ist. § 108 Abs. 4 Nr. 3 Halbsatz 2 GWB i. V. m. § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB stellt insofern allein auf die direkte private Beteiligung an der kontrollierten juristischen Person ab. Hintergrund dessen ist, dass Beteiligungen am öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zu einer nachteiligen Wettbewerbsbeeinflussung zwischen privaten Unternehmen führen¹⁴³. Dies folgt auch aus Erwägungsgrund 32 der Richtlinie 2014/24/EU.

Hieraus wird teilweise gefolgert, dass auch eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft, die unter Beherrschung durch den/die öffentlichen Partner funktionaler Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB ist, im Wege eines In-House-Geschäftes Aufträge an die eigene Tochtergesellschaft (und damit aus Sicht des/der öffentlichen Partner(s) Einzelgesellschaft) erteilen kann¹⁴⁴. Auch dies wird von der (wohl) überwiegenden Auffassung in der Literatur aber eher kritisch betrachtet, weil auch in diesem Fall eine zwar mittelbare, aber durchaus wettbewerbsrelevante Beteiligung eines Privaten an der kontrollierten juristischen Person vorliegt, die es dem Privaten ermöglicht, aus der erfolgreichen Auftragstätigkeit Vorteile zu ziehen¹⁴⁵.

Es ist daher nicht zu verkennen, dass sich aus dem Gesetzeswortlaut durchaus gewisse „Umgehungsmöglichkeiten“ für die sonst sehr strikten Maßgaben der In-House-Vergabe ergeben können¹⁴⁶. Durch den Ausschluss der privaten Kapitalbeteiligung des kontrollierenden öffentlichen Auftraggebers im Rahmen inverser Geschäfte sind die Gestaltungsmöglichkeiten jedoch eng begrenzt¹⁴⁷.

¹⁴² Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 81.

¹⁴³ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.6.2014, Rs. C-574/12, ABl. EU 2014, Nr. C 282, 8, NZBau 2014, 511 ff. – Centro Hospitalar de Setúbal.

¹⁴⁴ So (wohl) *Dabringhausen*, VergabR 2014, 512, 518; *Knauff*, EuZW 2014, 486, 487.

¹⁴⁵ *Jaeger*, NZBau 2014, 259, 261; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 42; *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage, 2018, § 108, Rn. 58 und 82.

¹⁴⁶ *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage, 2019, § 108 GWB, Rn. 41; *Knauff*, EuZW 2014, 486, 487. Kritisch daher auch *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 134.

¹⁴⁷ *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage, 2019, § 108 GWB, Rn. 41; *Knauff*, EuZW 2014, 486, 488.

dd) *Vorliegend*

Vorliegend weist – nach den uns zur Verfügung stehenden allgemein zugänglichen Informationsquellen – eine ganze Reihe der in Rede stehenden (potentiellen) Gründungsträger private Kapitalbeteiligungen auf.

Dies gilt einerseits vor allem für die sondergesetzlichen Wasserverbände aufgrund der gesetzlich normierten Zwangsbeteiligung/-mitgliedschaft von Privaten; andererseits aber auch für eine ganze Reihe von privatrechtlich organisierten Unternehmen, an denen auf unterschiedlich(st)en Stufen private Kapitalbeteiligungen bestehen, wie z. B. der Stadtwerke Düsseldorf AG, der Wasserwerke Westfalen GmbH, der Gelsenwasser AG, der Rheinenergie AG, der Wassergewinnung Essen GmbH oder der RWE AG.

Zwischen beiden Gruppen ist rechtlich zu differenzieren:

(1) *Sondergesetzliche Wasserverbände*

Für die sondergesetzlichen Wasserverbände kommt – aufgrund des Umstandes, dass die Zwangsmitgliedschaft der Privaten gesetzlich normiert ist – grundsätzlich – und anerkanntermaßen¹⁴⁸ – der Ausnahmetatbestand im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 3 2. Halbsatz GWB in Betracht.

Dies jedenfalls immer dann, wenn die Privaten keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte Person (hier also das KDW), d. h. insbesondere auf dessen strategische Ziele und wesentliche Entscheidungen, nehmen können.

Dass diese zweite, in § 108 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 3 2. Halbsatz GWB genannte Voraussetzung regelmäßig erfüllt sein dürfte, liegt u. E. nahe, müsste aber letztlich für jeden Einzelfall noch überprüft und sichergestellt werden¹⁴⁹.

(2) *Privatrechtliche organisierte Unternehmen mit privaten Kapitalbeteiligungen*

Für die übrigen öffentlichen Auftraggeber, an den – ohne dass dies durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben ist – private Kapitalbeteiligungen bestehen, müsste – entsprechend dem oben unter Ziffer F.II.2.e) Gesagten sowie der dort dargestellten

¹⁴⁸ Vgl. *Greb*, VergabeR 2015, 289, 292.

¹⁴⁹ Vgl. insoweit auch *Greb*, VergabeR 2015, 289, 292.

h. M. – letztlich für jeden Einzelfall geprüft werden, ob die daraus resultierende mittelbare Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer als in-house-unschädlich angesehen werden kann, weil dem Privaten kein Vorteil im Wettbewerb vermittelt wird¹⁵⁰.

Wenn und soweit dies nicht der Fall ist, erweist sich – auch wenn bzw. insbesondere weil in diesem Zusammenhang noch Vieles ungeklärt und umstritten ist – eine auch nur mittelbare private Kapitalbeteiligung mit erheblichen Risiken in Bezug auf die Erfüllung der Anforderungen einer In-House-Vergabe behaftet.

Vor dem Hintergrund des vorstehend Gesagten haben wir die vorliegend in Rede stehenden (potentiellen) Gründungsträger – soweit uns dies anhand der öffentlich zugänglichen Informationen möglich war – auf direkte bzw. indirekte (mittelbare) private Kapitalbeteiligungen geprüft und eine Kategorisierung in Form der als **Anlage 1** beigefügten Übersicht „Vergaberechtliche Einordnung der potentiell vorgesehenen Gründungsträger“ vorgenommen.

In der Übersicht/Tabelle sind in den Spalten „Private Kapitalbeteiligung“ und „Art der privaten Kapitalbeteiligung“ diejenigen Träger ohne private Kapitalbeteiligung grün markiert. Bei diesen ist eine Beteiligung am KDW unter dem Gesichtspunkt der in-house-Vergabe unproblematisch.

Träger, bei denen eine private Kapitalbeteiligung nicht auszuschließen, aber auch nicht positiv feststellbar ist, sind in der Übersicht/Tabelle gelb gekennzeichnet. Hier müssten von den Betroffenen ggf. noch weitere Informationen eingeholt werden.

In der Übersicht/Tabelle orange markiert sind die potentiellen Gründungsträger, an denen eine indirekte oder sogar direkte private Kapitalbeteiligung besteht. In diesen Fällen müsste letztlich – sofern eine Einbeziehung dieser Träger erfolgen soll – für jeden Einzelfall geprüft werden, ob die daraus resultierende (mittelbare) private Kapitalbeteiligung am KDW als in-house-unschädlich angesehen werden kann, weil dem Privaten im Ergebnis kein Vorteil im Wettbewerb vermittelt wird¹⁵¹. Eine abschließende diesbezügliche Prüfung ist allein anhand der uns zur Verfügung gestellten bzw.

¹⁵⁰ Vgl. Ziekow, NZBau 2015, 258, 261; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage, 2018, § 108, Rn. 50; Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108 Rn. 139; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 41.

¹⁵¹ Vgl. Ziekow, NZBau 2015, 258, 261; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage, 2018, § 108, Rn. 50; Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108 Rn. 139; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 41.

öffentlich zugänglichen Informationen nicht möglich. Hierzu bedürfte es aller relevanten Sachverhaltsinformationen zu den in Rede stehenden Einzelfällen.

f) Zwischenergebnis und Fazit

Die Einhaltung der vorstehend dargestellten vergaberechtlichen Anforderungen, insbesondere die Voraussetzungen gemäß § 108 Abs. 4 und 5 GWB, wonach

- alle Gründungsträger öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB bzw. Sektorenauftraggebern im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB (vgl. § 108 Abs. 8 GWB) sein müssen;
- die Gründungsträger über das KDW gemeinsam eine ähnliche Kontrolle ausüben müssten wie über ihre eigenen Dienststellen,
- mehr als 80 % der Tätigkeiten des KDW der Ausführung von Aufgaben dienen muss, mit denen es von den Gründungsträgern betraut wurde, und
- an dem KDW keine direkte private Kapitalbeteiligung im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB bestehen darf,

müssten bei der (zivil- bzw. gesellschaftsrechtlichen) Ausgestaltung eines entsprechenden KDW-Modells berücksichtigt werden, um eine vergaberechtsfreie Beauftragung des entsprechenden Rechtssubjektes durch die Träger zu ermöglichen.

Unüberwindbare „K.O.“-Kriterien ergeben sich daraus zwar grundsätzlich nicht.

Besondere Schwierigkeiten, Probleme und Grenzen ergeben sich insoweit jedoch – wie aufgezeigt – in subjektiver Hinsicht, und zwar zum einen hinsichtlich der (potentiellen) Gründungsträger, die weder öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB noch Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB sind. Ihre gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftliche Beteiligung am KDW wäre per se in-house-schädlich.

Ungeachtet dieses rechtlichen Befundes besteht zudem die Schwierigkeit, dass die Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft auf Basis der bislang zur Verfügung stehenden Informationen derzeit noch nicht abschließend für alle potentiellen Gründungsträger untersucht und beantwortet werden kann und mithin ggf. noch zu prüfen wäre.

Zum anderen ergeben sich Schwierigkeiten und Grenzen hinsichtlich aller (potentiellen) Gründungsträger, an denen auch Private beteiligt sind. Für die sondergesetzlichen Wasserverbände kommt insoweit – aufgrund des Umstandes, dass die Zwangsmitgliedschaft der Privaten gesetzlich normiert ist – grundsätzlich indes der Ausnahmetatbestand im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 3 2. Halbsatz GWB in Betracht. Diese können – im Gegensatz zu rein privat oder mehrheitlich privat getragenen Partnern – deshalb Gründungspartner des KDW (insbesondere einer GmbH) sein. Ob dies allerdings auch für die agw gilt, ist zweifelhaft. Für die übrigen öffentlichen Auftraggeber, an denen – ohne dass dies durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben ist – private Kapitalbeteiligungen bestehen, müsste letztlich für jeden Einzelfall geprüft werden, ob die daraus resultierende mittelbare Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer als in-house-unschädlich angesehen werden kann, weil dem Privaten kein Vorteil im Wettbewerb vermittelt wird.

Aus vergaberechtlichen Gründen könnte eine Einbindung solcher Personen, deren gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftliche Beteiligung am KDW in-house-schädlich wäre, bzw. eine Unterstützung des KDW durch solche Personen „vergaberechtsfrei“ mithin nur ohne eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung geschehen, und zwar in einer Art und Weise, die aus Sicht des KDW sowie der am KDW beteiligten öffentlichen Auftraggeber keinen (entgeltlichen) Beschaffungsvorgang/Leistungsaustausch im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB darstellt (siehe dazu auch noch im Folgenden unter Ziffer F.IV).

III. Vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB

Ein anderes bzw. weniger restriktives Ergebnis lässt sich u. E. auch nicht vor dem Hintergrund der zweiten in § 108 GWB geregelten Bereichsausnahme, namentlich der sog. (horizontalen) öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB, vertreten. Nach dieser Bestimmung ist der 4. Teil des GWB, d. h. das sog. Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB,

„nicht anzuwenden auf Verträge, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 [GWB] geschlossen werden, wenn

1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf

die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,

2. die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und
3. die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind.“

(Klammerzusatz diesseits).

Zu diesen Voraussetzungen ist im Einzelnen Folgendes zu berücksichtigen:

1. Vertrag zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB (bzw. Sektorenauftraggebern im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB)

- a) Vertrag

Die Zusammenarbeit im Sinne von § 108 Abs. 6 GWB muss zunächst auf einem Vertrag beruhen, wobei die konkrete Rechtsform der Zusammenarbeit ohne Belang ist. Dies folgt auch aus Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU¹⁵². In Betracht kommt mithin jede Art von Vertrag, wie z. B. auch die Gründung einer gemeinsamen Einrichtung.

- b) Keine Beschränkung der Anzahl an Kooperationspartnern

Eine quantitative Begrenzung hinsichtlich der Anzahl der Beteiligten sieht § 108 Abs. 6 GWB vor. Eine solche Höchstzahl wird auch für generell nicht festsetzbar erachtet¹⁵³. Mithin besteht keine Begrenzung hinsichtlich der Anzahl der Vertragspartner.

¹⁵² Vgl. von Engelhardt/Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 75; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 90; Ziekow, NZBau 2015, 258, 264.

¹⁵³ Vgl. von Engelhardt/Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 76; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 90.

- c) Beteiligung von zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB (bzw. Sektorenauftraggebern im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB)

§ 108 Abs. 6 GWB setzt nach seinem eindeutigen Wortlaut allerdings einen Vertrag voraus, der zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB geschlossen wird.

Gemäß § 108 Abs. 8 GWB gilt die Vorschrift des § 108 Abs. 6 GWB zudem entsprechend für Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB hinsichtlich der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (sowie für Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen)¹⁵⁴. Bei diesen handelt es sich in der Sache – definitionsgemäß (vgl. §§ 100 Abs. 1 Nr. 1, 101 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB) – indes ebenfalls um öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB. Demzufolge kommen als potentiell zulässige Kooperationspartner nur öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB bzw. Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB in Betracht¹⁵⁵.

Vor diesem Hintergrund gilt das oben unter Ziffer F.II.2.a) zum In-House-Geschäft Gesagte entsprechend und scheiden alle Personen, die weder öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB noch Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB als Gründungsträger des KDW aus.

2. Zusammenarbeit zur Sicherstellung der von den Kooperationspartnern zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele (§ 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB)

Darüber hinaus ergibt sich aus § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB das Erfordernis, dass der Vertrag, der die Basis der Kooperation bildet, „eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass

¹⁵⁴ Vgl. dazu auch Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2017, § 108, Rn. 113; von Engelhardt/ Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 104 f.

¹⁵⁵ Vgl. Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2017, § 108, Rn. 91 und 113; von Engelhardt/ Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 106; Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 220.

die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden“. Die Zusammenarbeit muss demnach auf einem kooperativen Konzept beruhen¹⁵⁶.

Damit knüpft § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB im Kern an die vom EuGH in den Rechtssachen „Stadtreinigung Hamburg“, „Lecce“ und „Piepenbrock“ entwickelten Grundsätze an¹⁵⁷.

- a) Gegenstand der Zusammenarbeit: öffentliche Dienstleistungen aller beteiligten öffentlichen Auftraggeber und gemeinsame Ziele

Während der EuGH in seiner Rechtsprechung (bislang) allerdings forderte, dass die Zusammenarbeit der Kooperationspartner die „Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe“ zum Gegenstand haben müsse¹⁵⁸, ist dies nach dem Wortlaut des § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB nicht zwingend erforderlich. Vielmehr genügt es, „sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden“. Dies erscheint weniger restriktiv, da zur bloßen „Sicherstellung“ auch Tätigkeiten notwendig sein können, die selbst keine öffentliche Aufgabe darstellen¹⁵⁹.

Diskutiert wird vor diesem Hintergrund sogar, ob – entgegen der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Piepenbrock“ – nunmehr auch Zusammenarbeiten ausschließlich in Bezug auf reine Hilfsdienstleistungen erfasst sein sollen, wenn und soweit diese wiederum der Erbringung öffentlicher Aufgaben dienen bzw. diese sicherstellen.

So vertritt insbesondere das OLG Düsseldorf¹⁶⁰ in seiner jüngeren Rechtsprechung in einem Vorlagebeschluss eine weniger restriktive Auffassung und hat insoweit auf Folgendes hingewiesen:

¹⁵⁶ Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 82; sowie Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU.

¹⁵⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06, EuZW 2009, 529 ff. – Stadtreinigung Hamburg; EuGH, Urteil vom 19.12.2012, Rs. C-159/11, EuZW 2013, 189 ff. – Lecce; EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Rs. C-386/11, VergabeR 2013, 686 ff. – Piepenbrock.

¹⁵⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06, EuZW 2009, 529 ff., Rn. 37 – Stadtreinigung Hamburg; EuGH, Urteil vom 19.12.2012, Rs. C-159/11, EuZW 2013, 189 ff., Rn. 34 – Lecce; EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Rs. C-386/11, VergabeR 2013, 686 ff., Rn. 41 – Piepenbrock.

¹⁵⁹ Vgl. von Engelhardt/Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 78; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 94.

¹⁶⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2018, VII-Verg 25/18, juris Rn. 46.

„Vorzugswürdig erscheint dem Senat, dass Gegenstand der Zusammenarbeit nicht unmittelbar die zu erbringenden Dienstleistungen selbst sein müssen, [...], sondern Gegenstand der Zusammenarbeit auch diesen dienende Tätigkeiten sein können, die nur Hilfs- oder vorbereitenden Charakter haben, hier zum Beispiel die Überlassung und Weiterentwicklung der Einsatzleitstellensoftware X. Die Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen müsste danach nicht gemeinsam erfolgen, sondern es würde schon genügen, wenn die Zusammenarbeit auf eine von den öffentlichen Auftraggebern in gleicher Weise zu erbringende öffentliche Dienstleistungen bezogen oder mit dieser in irgendeiner Form verbunden ist.“

Ob der EuGH dieser Anregung folgen und mit Blick auf die zwischenzeitlich in Kraft getretene Richtlinie 2024/14/EU von seiner (noch) in der Rechtssache „Piepenbrock“ vertretenen Auffassung, dass die Grundsätze der vergaberechtsfreien innerstaatlichen Zusammenarbeit nicht für bloße fiskalische Hilfsgeschäfte gelten¹⁶¹, abweichen wird, ist indes offen und kann nicht (sicher) prognostiziert werden.

Gegen ein solches Verständnis spricht – nach Stimmen in der Kommentarliteratur – insbesondere die Passage des Erwägungsgrunds 33 der Richtlinie 2014/24/EU, in der es heißt:

„Diese Zusammenarbeit könnte alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den teilnehmenden Stellen zugewiesen wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen, wie gesetzliche oder freiwillige Aufgaben der Gebietskörperschaften oder Dienste, die bestimmten Einrichtungen durch das öffentliche Recht übertragen werden. Die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen müssen nicht notwendigerweise identisch sein; sie können sich auch ergänzen.“

Danach ist die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Auftraggebern zwar grundsätzlich nicht auf bestimmte Dienstleistungen beschränkt, sondern kann alle Arten von Tätigkeiten erfassen¹⁶².

¹⁶¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Rs. C-386/11, VergabeR 2013, 686 ff., Rn. 39 – Piepenbrock.

¹⁶² Vgl. Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 220

Das Kriterium der Zielidentität wird vor diesem Hintergrund – insbesondere auch unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH – überwiegend jedenfalls so verstanden, dass sich die Zusammenarbeit auf die Wahrnehmung einer (oder mehrerer) allen Auftraggebern obliegenden öffentlichen Aufgabe(n) beziehen muss¹⁶³.

Die Zusammenarbeit soll nicht darauf ausgerichtet sein, dass die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben überhaupt „sichergestellt“ wird, sondern soll sicherstellen, dass die „zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden“. Gegenstand der Zusammenarbeit müssen daher in jedem Fall öffentliche Dienstleistungen aller beteiligten öffentlichen Auftraggeber sowie gemeinsame Ziele sein. Folglich genügen bloße Hilfeleistungen bei der Erfüllung einer lediglich einem Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe nicht¹⁶⁴.

Die öffentlichen Aufgaben müssen nach § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB von den beteiligten Kooperationspartnern „zu erbringen“ sein. Dies setzt voraus, dass sie ihnen kraft Gesetzes oder kraft eines sonstigen Aktes der innerstaatlichen Organisation obliegen. Die Zusammenarbeit kann sich hingegen nicht auf Aufgaben beziehen, zu denen nur einer der beteiligten Auftraggeber verpflichtet ist, die aber durch die Zusammenarbeit einem anderen Auftraggeber übertragen werden sollen¹⁶⁵.

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen lässt sich – entsprechend dem oben unter Ziffer D.I Gesagten – bezogen auf die derzeit vorgesehenen (potentiellen) Gründungsträger des KDW, namentlich das Land NRW, die sondergesetzlichen Wasserwirtschaftsverbände (also solche) und die kommunalen Wasserversorger bzw. Abwasserbeseitigungsunternehmen, denen die Aufgaben des KDW also sog. Existenzaufgaben obliegen, bejahen. Im Hinblick auf die agw sowie die – zumindest ursprünglich auch im Gespräch gewesen – RWE AG und die RAG AG ist dies hingegen zweifelhaft. Insoweit dürfte es wohl (jedenfalls) an der Voraussetzung fehlen, dass ihnen die entsprechenden (öffentlichen) Aufgaben kraft Gesetzes oder kraft eines sonstigen Aktes der innerstaatlichen Organisation obliegen.

¹⁶³ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.12.2012, Rs. C-159/11, EuZW 2013, 189 ff., Rn. 34 – Lecce; sowie m. w. N. Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 95; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, VergabeR, 3. Auflage, 2018, § 108 GWB, Rn. 76.

¹⁶⁴ Vgl. von Engelhardt/Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 79; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 95; Sudbrock, KommJur 2014, 51, 46.

¹⁶⁵ Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 31.1.2012, 1 VK 66/11, VPRRS 2012, 452; VK Münster, Beschluss vom 22.7.2011, VK 7/11, IBR 2011, 1442; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 96.

b) Dienstleistungen

Nach dem Wortlaut des § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB müssen Leistungsgegenstand Dienstleistungen sein¹⁶⁶, was vorliegend unproblematisch ist.

c) Kooperativer Charakter

Fraglich, durch § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB unbeantwortet und bislang noch nicht abschließend geklärt ist jedoch insbesondere, welche konkreten Anforderungen an das kooperative Konzept der Zusammenarbeit zu stellen sind bzw. – mit anderen Worten – wie stark das kooperative Konzept im Sinne einer Bündelung von wechselseitigen Eigenleistungen ausgestaltet sein muss¹⁶⁷.

aa) *Erbringung von nicht notwendiger Weise gleichartigen und gleichwertigen Sachbeiträgen durch die einzelnen Kooperationspartner*

Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich der EU-Gesetzgeber gegen den ursprünglichen Vorschlag der Europäischen Kommission im Richtlinienentwurf entschieden hat, eine „echte Zusammenarbeit“ mit „gegenseitigen Rechten und Pflichten“ vorauszusetzen¹⁶⁸.

Dass aber gleichwohl nicht jeder Austausch von Leistungen gegen Entgelt erfasst sein kann, legt bereits der Begriff „Zusammenarbeit“ nahe¹⁶⁹.

Andererseits ist auch anerkannt, dass die einzelnen Beiträge der Kooperationspartner nicht identisch sein müssen, sondern sich insbesondere auch lediglich ergänzen können. Ferner ist es auch zulässig, dass einer der Beteiligten die Hauptlast trägt, andere nur einen unwesentlichen Beitrag leisten¹⁷⁰. Dies folgt aus Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU.

Ob die fraglichen Beiträge letztlich zur Annahme eines kooperativen Konzeptes genügen, ist stets unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. In Anbetracht von Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU und der bisherigen

¹⁶⁶ Vgl. von Engelhardt/Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 82.

¹⁶⁷ Siehe zum Ganzen auch von Engelhardt/Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 84; sowie Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 99 ff.; Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 224 ff.

¹⁶⁸ Vgl. Burgi, NZBau 2012, 601, 650 f.; von Engelhardt/Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 84; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 99.

¹⁶⁹ Vgl. von Engelhardt/Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 84; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 99.

¹⁷⁰ Vgl. Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 99.

EuGH-Rechtsprechung, insbesondere im Fall „Stadtreinigung Hamburg“¹⁷¹, wird in der Kommentarliteratur ein kooperatives Konzept bejaht, wenn die Kooperationspartner gegenseitige Pflichten, wie etwa gegenseitige Beistands- und Austauschpflichten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in Risiko- und Notfällen und/oder Rücksichtnahmepflichten bei einer Überlastung eines anderen Kooperationspartners vereinbart haben. Denn in all diesen Fällen weist die Zusammenarbeit ein Gepräge der Gemeinschaftlichkeit auf¹⁷².

bb) Zulässigkeit rein finanzieller Beiträge der Kooperationspartner?

Fraglich und zweifelhaft ist indes, ob der kooperative Charakter auch dann noch bejaht werden kann, wenn sich der Beitrag eines Partners ausschließlich darauf beschränkt, eine Zahlung zu entrichten.

Das OLG Koblenz¹⁷³ hat dies im Jahr 2014 – vor Inkrafttreten des heutigen § 108 Abs. 6 GWB – (noch) abgelehnt und entschieden, dass

„Zusammenarbeit schon begrifflich mehr als bloße Leistung gegen Bezahlung ist und ein bewusstes Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels beinhaltet“.

Demzufolge sei eine Vereinbarung, die „keinerlei kooperative, über die bloße Erbringung einer marktfähigen Leistung gegen Bezahlung hinausgehende Elemente enthalte“ lediglich als ein „normaler“ ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag anzusehen¹⁷⁴.

Ob diese Betrachtungsweise auch angesichts der neuen Rechtslage, d. h. insbesondere in Ansehung von § 108 Abs. 6 GWB, aufrechterhalten werden kann, ist umstritten.

¹⁷¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06, EuZW 2009, 529 ff., Rn. 41 f. – Stadtreinigung Hamburg.

¹⁷² Vgl. Portz, in: Kulartz/Kus /Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 230; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 100.

¹⁷³ OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2014, Verg 8/14, VergabeR 2015, 192 ff., Ls. 3 und Rn. 20.

¹⁷⁴ Vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2014, Verg 8/14, VergabeR 2015, 192 ff., Ls. 3 und Rn. 21.

Im Vorschlag der Europäischen Kommission zu der Richtlinie 2014/24/EU hatte diese noch gefordert, es müsse eine „echte Zusammenarbeit“ begründet werden mit „wechselseitigen Rechten und Pflichten der Parteien“. Finanztransfers hätten ferner nur auf die Erstattung von Kosten bezogen sein dürfen¹⁷⁵.

Beide Vorschläge haben indes nicht Eingang in die Endfassung der Richtlinie 2014/24/EU gefunden. Zudem heißt es in Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU, dass eine Zusammenarbeit nicht voraussetze, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten. Überdies werden Finanztransfers explizit erwähnt.

Aus dieser Genese wird in der Literatur – entgegen der Rechtsprechung des OLG Koblenz – teilweise auf einen entsprechenden Willen des europäischen Gesetzgebers geschlossen, wonach es einer Zusammenarbeit im Sinne eines kooperativen Konzepts nicht entgegenstehe, wenn sich der Beitrag eines Partners auf die Entrichtung eines Entgelts beschränkt und dieses nicht über eine bloße Kostenerstattung hinaus geht¹⁷⁶.

Die besseren und überzeugenderen Argumente sprechen u. E. allerdings dafür, dass ein ausschließlich finanzieller Beitrag eines Beteiligten (noch) nicht ausreicht, um ein kooperatives Konzept zu begründen. Die (wohl) überwiegende Auffassung in der Literatur geht dementsprechend auch davon aus, dass – wie sich aus der Formulierung von Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU („einschließlich etwaiger Finanztransfers“) ergibt – Finanztransfers zwar nicht schädlich sind, sie allein aber auch noch nicht ausreichend sind, um einen kooperativen (Vertrags-)Charakter zu begründen¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Vertiefend *Burgi*, NZBau 2012, 601, 605 f. Das OLG Naumburg, Beschluss vom 17.03.2017, 7 Verg 8/16, IBRRS 2017, 1613, hat die Frage, ob die Erwirtschaftung eines kalkulatorischen Gewinns der Annahme eines kooperativen Konzepts *per se* entgegensteht, offen gelassen.

¹⁷⁶ So insb. *Gurlit*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, 2017, § 108, Rn. 39; *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 11, Rn. 41; *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 263; *Krönke*, NVwZ 2016, 568, 573; nicht eindeutig bzw. zurückhaltend *Siegel*, NZBau 2018, 507, 508.

¹⁷⁷ So insb. *von Engelhardt/Kaelble*; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 84; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 101; *Brockhoff*, VergabeR 2014, 625, 633; *Dieckmann*, AbfallR 2014, 130, 134; *Gruneberg/Wilden-Beck*, VergabeR 2014, 99, 107; *Horn*, VergabeR 2017, 229, 233; *Jaeger*, NZBau 2014, 259, 262; *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 6. Auflage, 2016, Rn. 159.

Allerdings hat das OLG Koblenz diese Frage jüngst mit einem Vorlagebeschluss dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt¹⁷⁸. Wie der EuGH sich zu dieser Frage positionieren wird, ist u. E. seriöser Weise nicht prognostizierbar und bleibt abzuwarten.

cc) *Vorliegend*

Geht man vor diesem Hintergrund und mangels einer bis dato vorliegenden, anderslautenden Entscheidung des EuGH – vorsorglich und im Einklang mit der bislang h. M. – davon aus, dass ein ausschließlich finanzieller Beitrag eines oder mehrerer Beteiligten nicht ausreicht, um ein kooperatives Konzept zu begründen, scheidet eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB vorliegend aus, weil das Konzept des KDW – nach unserem Verständnis – darauf ausgerichtet ist, dass die Kooperationspartner im Wesentlichen nur finanzielle Beiträge leisten sollen/wollen und die in Rede stehenden Sachleistungen durch das KDW als zentrale Einheit (mittels eigener Personal- und Sachmittel) erbracht werden und gerade nicht wechselseitig und durch sämtliche Beteiligten.

3. Ausschließliche Bestimmung durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse (§ 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB)

Des Weiteren – hierauf sei trotz des vorstehenden Befundes der Vollständigkeit halber ebenfalls noch (kursorisch) hingewiesen – darf nach § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB die Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt werden.

a) *Bestehen eines öffentlichen Interesses*

Diese Voraussetzung hat der EuGH bereits im Fall „Stadtreinigung Hamburg“ aufgestellt¹⁷⁹. Sie gilt ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁸⁰ und Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU insbesondere auch für etwaige Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern.

¹⁷⁸ Vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 14.05.2019, Verg 1/19, juris Rn. 76 ff. m. w. N. zum Streitstand.

¹⁷⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06, EuZW 2009, 529 ff., Rn. 47 – Stadtreinigung Hamburg.

¹⁸⁰ Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 82.

Eine allgemeingültige, präzise Bestimmung, wann eine Zusammenarbeit von Überlegungen im öffentlichen Interesse bestimmt ist und wann nicht, ist indes nicht existent und schwierig¹⁸¹.

Aus Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU und der Gesetzesbegründung kann jedoch gefolgert werden, dass immer dann, wenn Finanztransfers über die reine Kostenerstattung hinausgehen, jedenfalls nicht mehr von Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse ausgegangen werden kann¹⁸². Denn die Kooperationspartner würden sich nicht mehr allein von öffentlichen Interessen leiten lassen, wenn für die Aufgabenwahrnehmung mehr als bloßer Kostenersatz geleistet wird¹⁸³ oder wenn infolge der Durchführung der Vereinbarung ein Privater einen Vorteil erlangen würde¹⁸⁴.

Über diese (reine) Negativabgrenzung hinaus wird vertreten, dass regelmäßig solche Leistungen von allgemeinem Interesse sind, an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, weil sie so geartet sind, dass sie nicht umfassend im Wege privater Initiativen wirksam wahrgenommen werden können¹⁸⁵. Dies trifft regelmäßig auf die (kommunalen) Leistungen der Daseinsvorsorge zu¹⁸⁶.

Die Rechtsprechung hat sich hierzu bislang nur vereinzelt geäußert. So hat der EuGH in seiner Grundsatzentscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ etwa die Abfallentsorgung als eine „allen [obliegende öffentliche] Aufgabe“, also als Gemeinwohlverpflichtung bezeichnet, die im öffentlichen Interesse liege¹⁸⁷.

In der Rechtssache „Piepenbrock“ hat der EuGH die Einschätzung des OLG Düsseldorf äußerst zurückhaltend – und ohne eine nähere eigene Begründung zu geben –

¹⁸¹ Vgl. Vgl. u. a. *Jennert*, NZBau 2010, 150, 155; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 103.

¹⁸² In diesem Sinne auch EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06, EuZW 2009, 529 ff., Rn. 43 – Stadtreinigung Hamburg; OLG München, Beschluss vom 21.02.2013, Verg 21/12; von *Engelhardt/Kaelble*; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 87; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 103; *Gurlit*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, 2017, § 108, Rn. 40; *Krönke*, NVwZ 2016, 568, 573; *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 253.

¹⁸³ Vgl. *Gurlit*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, 2017, § 108, Rn. 40; *Krönke*, NVwZ 2016, 568, 573; *Siegel*, NZBau 2018, 507, 509; *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 263.

¹⁸⁴ Siehe zu Letzterem jeweils m. w. N. *Gurlit*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, 2017, § 108, Rn. 40; *Siegel*, NZBau 2018, 507, 509 sowie ausführlich auch noch sogleich im Folgenden unter Ziffer F.III.3.b).

¹⁸⁵ Vgl. *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 104 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06, EuZW 2009, 529 ff., Rn. 47 – Stadtreinigung Hamburg; zustimmend *Siegel*, NZBau 2018, 507, 509.

¹⁸⁶ *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 104.

¹⁸⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06, EuZW 2009, 529 ff., Rn. 37 – Stadtreinigung Hamburg.

bestätigt, dass Gebäudereinigungsarbeiten gemeinsame Gemeinwohlaufgaben darstellen würden¹⁸⁸.

Nach Ansicht des OLG München beinhaltet dagegen eine Zusammenarbeit zwischen zwei öffentlichen Krankenhausträgern bezüglich der Arzneimittelversorgung über eine Krankenhausapotheke sowie die Zurverfügungstellung von Arzneimitteln kein öffentliches Interesse¹⁸⁹.

Ebenso nahm das KG Berlin in einem Urteil aus dem Jahr 2013 an, dass die Entwicklung und Pflege von Software der öffentlichen Verwaltung keine Leistung darstellt, die der gemeinsamen und im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabenerfüllung dient¹⁹⁰.

Ob dieser in der Tendenz restriktiven Sichtweise der nationalen Rechtsprechung heute noch gefolgt werden kann, ist indes fraglich. So legt insbesondere der Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU eine eher weite Auslegung nahe: Danach können alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen stehen, egal ob es sich um gesetzliche oder freiwillige Aufgaben handelt. Ausreichend erscheint danach eine – ihrerseits weit gefasste – Zielsetzung der Daseinsvorsorge¹⁹¹.

Letzterem würde u. E. die Zielsetzung des KDW, die Gründungsträger im Bereich der ihnen als sog. Existenzaufgaben im Allgemeininteresse obliegenden Aufgaben der Wasserwirtschaft und -versorgung (siehe hierzu auch oben unter D. I.) zu unterstützen, entsprechen.

b) Keine Besserstellung von Privaten

Weiter ist es mit § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB unvereinbar, wenn infolge der Durchführung der Vereinbarung ein Privater einen Vorteil erlangen würde¹⁹².

¹⁸⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Rs. C-386/11, VergabeR 2013, 686 ff., Rn. 39 – Piepenbrock; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.07.2011, VII-Verg 39/11, VergabeR 2012, 31 ff.

¹⁸⁹ OLG München, Beschluss vom 21.02.2013, Verg 21/12, VergabeR 2013, 750 ff.; vertiefend *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 257.

¹⁹⁰ KG Berlin, Beschluss vom 16.09.2013, Verg 4/13, NZBau 2014, 62 ff.

¹⁹¹ Vgl. *Siegel*, NZBau 2018, 507, 509; ähnlich *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 104.

¹⁹² Vgl. *Gurlit*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, 2017, § 108, Rn. 40; *Siegel*, NZBau 2018, 507, 509; *von Engelhardt/Kaelble*; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 89; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 106.

Demzufolge ist es unzulässig, dass bei der Durchführung der Leistungen auf private Unternehmen zurückgegriffen wird.

Dies gilt grundsätzlich vor allem auch für Private, die an einem an der Kooperation beteiligten öffentlichen Auftraggeber (im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB), der im Rahmen der Kooperation eine Dienstleistung für die an der Zusammenarbeit beteiligten übrigen Auftraggeber erbringt, beteiligt sind. Denn auch in diesem Fall käme es zu einer wettbewerbsverzerrenden Bevorteilung eines Privaten¹⁹³.

Zwar ist die in der EuGH-Rechtsprechung in diesem Zusammenhang aufgestellte Voraussetzung, wonach durch die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit kein privates Unternehmen bessergestellt werden darf als seine Wettbewerber¹⁹⁴, nicht ausdrücklich in § 108 Abs. 6 GWB aufgenommen worden¹⁹⁵. Der Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU sowie die Gesetzesbegründung¹⁹⁶, setzen das Verbot einer Besserstellung jedoch in Übereinstimmung mit dieser EuGH-Rechtsprechung weiterhin allgemein voraus. Mithin ist u. E. davon auszugehen, dass diese Bedingung nicht aufgegeben wurde. Eine horizontale öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, bei der zur Leistungserbringung auf Privatunternehmen zurückgegriffen wird, dürfte demnach nicht allein durch öffentliche Interessen bestimmt sein¹⁹⁷.

¹⁹³ Vgl. *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 92; *Gurlit*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, 2017, § 108, Rn. 40 und 42; *Siegel*, NZBau 2018, 507, 509; *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 264.

¹⁹⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06, EuZW 2009, 529 ff., Rn. 47 – Stadtreinigung Hamburg.

¹⁹⁵ Siehe in diesem Zusammenhang auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2018, VII-Verg 25/18, juris insb. Rn. 47, mit welchem das OLG Düsseldorf dem EuGH (u. a.) die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat: „Gilt im Rahmen von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU ein ungeschriebenes sogenanntes Besserstellungsverbot und, wenn ja, mit welchem Inhalt?“, und Begründung dessen auf Folgendes hingewiesen hat (Unterstreichung diesseits): „Die Vorlagefrage 3 bezieht sich auf das in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/24/EU entwickelte sog. Besserstellungsverbot, auf welches sich die Antragstellerin gegen das von der Antragsgegnerin bejahte Eingreifen der Bereichsausnahme des § 108 Abs. 6 GWB beruft. Sollte es im Rahmen des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU zu berücksichtigen sein, hätte dies auch Auswirkungen auf das Verständnis des § 108 Abs. 6 GWB. Nach dem vom Gerichtshof entwickelten Besserstellungsverbot ist Voraussetzung einer vergaberechtsfreien horizontalen Kooperation, dass durch die Vereinbarung kein privater Dritter besser gestellt wird als seine Wettbewerber (vgl. Gerichtshof, Urteil vom 13.06.2013 - C-386/11 [Piepenbrock], zitiert nach juris, Tz. 37). Im Text von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, der nach Ansicht des Senats nicht einfach die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zu horizontalen Kooperationen kodifiziert, findet sich kein Hinweis auf das Besserstellungsverbot. In Erwägungsgrund 33 der Richtlinie wird es hingegen erwähnt. Danach ist für den Senat unklar, ob das Besserstellungsverbot im Rahmen von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie zu berücksichtigen ist und, wenn ja, mit welchem Inhalt dies zu geschehen hat.“

¹⁹⁶ Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 82.

¹⁹⁷ So von Engelhardt/Kaelble, in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 88; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 105.

In der Folge ist es mithin unzulässig, dass bei der Durchführung der Leistungen (unmittelbar) auf private Unternehmen zurückgegriffen wird bzw. Private, weil sie z. B. an einem Kooperationspartner in Form eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB beteiligt sind, durch die Kooperation einen (mittelbaren) Vorteil erlangen.

Auch wenn es nach dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzeshistorie¹⁹⁸ grundsätzlich – anders als im Rahmen der In-House-Tatbestände gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 4 Nr. 3 GWB (siehe dazu oben unter Ziffer F.II.2.e)) – nicht darauf ankommt, ob an den kooperierenden öffentlichen Auftraggebern eine private Kapitalbeteiligung besteht, ist hiervon mithin dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Private sowohl am Auftrag vergebenden öffentlichen Auftraggeber als auch am ausführenden öffentlichen Auftragnehmer beteiligt ist, so dass eine wettbewerbsverzerrende Bevorteilung ermöglicht wird¹⁹⁹.

Auch insoweit ergeben sich mithin – analog zu dem oben unter F. II. 2. e) im Rahmen In-House-Vergabe Gesagten – Schwierigkeiten und Grenzen in Bezug auf alle (potentiellen) Gründungsträger, bei denen es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB handelt und an denen auch Private beteiligt sind. Dies jedenfalls dann, wenn – was in jedem Einzelfall zu prüfen wäre – den Privaten durch die (mittelbare) Beteiligung am KDW ein Vorteil im Wettbewerb vermittelt würde.

4. 20 %-Grenze (§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB i. V. m. § 108 Abs. 7 GWB)

Schließlich müssen nach § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB die kooperierenden öffentlichen Auftraggeber auf dem (offenen) Markt weniger als 20 % der Tätigkeit erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB erfasst wird²⁰⁰.

§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB überträgt insoweit eine Voraussetzung auf den Bereich der horizontalen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit, die so bzw. so ähnlich bislang nach der Rechtsprechung des EuGH nur für das sog. In-House-Geschäft galt²⁰¹.

¹⁹⁸ Vgl. dazu auch *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg, Vergaberecht*, 3. Auflage, 2019, § 108 GWB, Rn. 71.

¹⁹⁹ So m. w. N. auch *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg, Vergaberecht*, 3. Auflage, 2019, § 108 GWB, Rn. 71; *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 264; *R. Ley/Wankmüller*, *Das neue Vergaberecht* 2016, 3. Auflage, 2016, S. 20.

²⁰⁰ Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 82.

²⁰¹ Vgl. *Portz*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 267

Die für die Abgrenzung von „auf dem (offenen) Markt“ und nicht „auf dem (offenen) Markt“ erbrachten Tätigkeiten notwendige Berechnung der Tätigkeitsanteile erfolgt dabei gemäß § 108 Abs. 7 GWB. Danach wird zur Bestimmung des prozentualen Anteils nach § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert herangezogen. Ein geeigneter tätigkeitsgestützter Wert sind zum Beispiel die Kosten, die der juristischen Person oder dem öffentlichen Auftraggeber in dieser Zeit in Bezug auf die in Rede stehenden Leistungen entstanden sind. Liegen für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert wie zum Beispiel Kosten vor oder sind sie nicht aussagekräftig, genügt es, wenn der tätigkeitsgestützte Wert, insbesondere durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung, glaubhaft gemacht wird.

Die Bestimmung des jeweils relevanten Marktes kann dabei im Einzelfall eine genaue und u. U. schwierige Prüfung erforderlich machen, die in Orientierung an dem im Kartellrecht geltenden Grundsätzen durchzuführen sein dürfte²⁰².

Wie bei dem sog. Wesentlichkeitskriterium in § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB und § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB soll dadurch sichergestellt werden, dass die horizontale öffentlich-öffentliche Kooperation gemäß § 108 Abs. 6 GWB nicht zu Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privaten Unternehmen führt²⁰³.

Im Hinblick auf eben dieses gesetzgeberische Ziel, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, wird – was nach dem Wortlaut der Norm etwas unklar bleibt – überwiegend auch davon ausgegangen, dass die Wesentlichkeitsgrenze von keinem der Beteiligten öffentlichen Auftraggeber überschritten werden darf. Es verbietet sich mithin eine Zusammenrechnung aller Tätigkeiten. Denn anderenfalls würde das Ziel verfehlt, Wettbewerbsverzerrungen auszuschließen, da eine Zusammenrechnung insbesondere ermöglichen würde, dass einzelne, überwiegend am Markt tätige öffentliche Auftraggeber durch die Zusammenarbeit mit überhaupt oder nur geringfügig am Markt tätigen öffentlichen Auftraggebern ihr Drittgeschäft in der Summe verringern und dadurch ohne Ausschreibung in den Genuss einer unerwünschten Privilegierung kommen könnten²⁰⁴.

²⁰² Vgl. Horn, VergabeR 2017, 229, 233 f.; von Engelhardt/Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 93.

²⁰³ Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 82; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 107; Horn, VergabeR 2017, 229, 233.

²⁰⁴ So von Engelhardt/Kaelble; in: Müller-Wrede, GWB – Kommentar, 2016, § 108, Rn. 94; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 109.

Ausdrücklich von § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB in Bezug genommen werden insoweit aber nur solche Tätigkeiten, die von der konkreten Zusammenarbeit erfasst sind. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass öffentliche Auftraggeber außerhalb dieser Zusammenarbeit andere Tätigkeiten auf dem Markt durchführen können, ohne einer Ausschreibungspflicht zu unterliegen²⁰⁵.

Vor diesem Hintergrund wäre es mithin erforderlich, dass keiner der beteiligten Kooperationspartner auf dem (offenen) Markt $\geq 20\%$ der Tätigkeiten erbringt, die durch die Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB erfasst werden.

5. Zwischenergebnis

Über die weitere – neben dem sog. In-House-Geschäft (siehe dazu oben unter F. II.) bestehende – Bereichsausnahme der sog. (horizontalen) öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB lässt sich vorliegend kein weniger restriktives Ergebnis erzielen, als bereits vorstehend unter F. II. im Rahmen der In-House-Grundsätze dargestellt.

Denn zum einen kommen auch nach § 108 Abs. 6 GWB insoweit als Träger des KDW nur öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB und Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB in Betracht und können diese, im Falle von an ihnen bestehenden privaten Kapitalbeteiligungen, nur dann eine eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung am KDW erlangen, wenn den Privaten hierdurch kein Vorteil im Wettbewerb vermittelt würde. Letzteres müsste für jeden Einzelfall überprüft und sichergestellt werden.

Zum anderen scheidet eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB vorliegend aber jedenfalls auch deshalb aus, weil diese – nach der derzeit h. M. – einen kooperativen Charakter dergestalt voraussetzt, dass alle Kooperationsbeteiligten wechselseitig eigene (wenn auch nicht notwendiger Weise identische und gleichgewichtige) Sachbeiträge leisten. Ein ausschließlich finanzieller Beitrag eines oder mehrerer Beteiligten reicht nicht aus. Das Konzept des KDW ist – nach unserem Verständnis – aber gerade darauf ausgerichtet, dass die Kooperationspartner im Wesentlichen nur finanzielle Beiträge leisten sollen/wollen und die in Rede

²⁰⁵ Vgl. Portz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, 2016, § 108, Rn. 268; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 108, Rn. 111.

stehenden Sachleistungen durch das KDW als zentrale Einheit (mittels eigener Personal- und Sachmittel) erbracht werden; und gerade nicht wechselseitig und durch sämtliche Beteiligten.

IV. Unzulässigkeit einer entgeltlichen Leistungsbeschaffung durch das KDW oder an ihm beteiligter Träger von Nicht-Trägern

In Ansehung des vorstehend unter F. I. und II. Gesagten könnten Personen, deren gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftliche Beteiligung am KDW nicht in Betracht kommt, weil es sich bei diesen nicht um öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB bzw. Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB handelt und/oder an ihnen eine im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 3 GWB in-house-schädliche private Kapitalbeteiligung besteht, in das Konzept „KDW“ nur insoweit „vergaberechtsfrei“ eingebunden werden bzw. das KDW nur insoweit „vergaberechtsfrei“ unterstützen, wie dies aus Sicht des KDW oder der am KDW beteiligten Träger keinen (entgeltlichen) Beschaffungsvorgang/Leistungsaustausch im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB darstellt.

In diesem Zusammenhang sei insbesondere auch noch einmal darauf hingewiesen, dass – wie oben unter F. I. dargestellt – vergabereichtspflichtige öffentliche Aufträge gemäß § 103 Abs. 1 GWB alle entgeltlichen Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen (jeglicher Art) zum Gegenstand haben, wobei der Begriff des Entgelts denkbar weit auszulegen ist. Das Entgelt umfasst jede Art von Vergütung, die einen geldwerten Vorteil bedeutet²⁰⁶. Eine Gewinnerzielung ist nicht erforderlich²⁰⁷. Ein Vertrag ist daher insbesondere auch dann entgeltlich, wenn sich die vorgesehene Vergütung auf den Ersatz der Kosten beschränkt, die durch die Erbringung

²⁰⁶ BGH, Beschluss vom 01.12.2008, X ZB 31/08, BGHZ 179, 84, 89; OLG Celle, Beschluss vom 08.09.2014, 13 Verg 7/14, VergabeR 2015, 50 ff.; OLG Celle, Beschluss vom 05.02.2004, 13 Verg 26/03, NZBau 2005, 51 f.; OLG Naumburg, Beschluss vom 03.11.2005, 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58, 62; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.09.2005, VII-Verg 35/04, NZBau 2005, 650; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.10.2004, VII-Verg 41/04, VergabeR 2005, 90, 95; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2004, VII-Verg 71/03, NZBau 2004, 343, 344.

²⁰⁷ EuGH, Urteil vom 11.12.2014, Rs. C-113/13; EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Rs. C-386/11, NZBau 2013, 522 ff. – Piepenbrock; EuGH, Urteil vom 19.12.2012, Rs. C-159/11; OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2014, Verg 8/14, VergabeR 2015, 192 ff.; OLG Naumburg, Beschluss vom 03.11.2005, 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58, 62; BayObLG, Beschluss vom 27.02.2003, Verg 1/03, VergabeR 2003, 329, 330; ähnlich OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 07.09.2004, 11 Verg 11/04, NZBau 2004, 692, 694.

der vereinbarten Dienstleistung entstehen²⁰⁸. Nicht entscheidend ist grundsätzlich auch, von wem der Leistende die Vergütung erhält²⁰⁹.

Wenn und soweit daher Personen, die nicht als Träger am KDW beteiligt sind, Leistungen erbringen, die dem KDW und/oder einem am KDW beteiligten Träger (= öffentliche Auftraggeber / Sektorenauftraggeber) zugutekommen, ist dies – wenn und soweit im Einzelfall nicht ausnahmsweise ein Ausnahmetatbestand im Sinne der §§ 107 ff. GWB vorliegt (vgl. z. B. § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB [Erwerb, Miete oder Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen] und § 107 Abs. 1 Nr. 3 GWB [Arbeitsverträge] – regelmäßig nur „vergaberechtsfrei“ zulässig, wenn dies unentgeltlich erfolgt, der Leistende hierfür mithin keinerlei geldwerten Vorteil erlangt. Insbesondere ein „klassischer“ wirtschaftlicher Leistungsaustausch scheidet danach aus.

Eine „vergaberechtsfreie“ Einbindung „privater“ Unterstützer ohne eigene Mitgliedschaft im bzw. Gesellschafterstellung am KDW ist daher nur in entsprechenden, sehr engen Grenzen möglich.

G.

Beihilfenrecht

Gemäß dem unserer Prüfung zugrunde liegenden Sachverhalt sollen die für die Errichtung und den Betrieb des KDW in den ersten drei Jahren nach Gründung erwarteten Kosten in Höhe von jährlich 800.000,00 € zur Hälfte aus Mitteln des MULNV NRW und zur Hälfte aus Mitteln der anderen Gründungsträger aufgebracht werden. Darüber hinaus ist geplant, dass die Wasserwirtschaftsunternehmen neben Budgetmitteln auch Eigenleistungen wie Raumangebote für Seminare, Referenten u. a. einbringen. Nach Auskunft des MULNV NRW sind auch die übrigen Gründungsträger überwiegend öffentlich beherrscht. Nach aktueller Planung ist daher beabsichtigt, die Finanzierung des KDW in den ersten drei Jahren jedenfalls überwiegend aus öffentlich bzw. der öffentlichen Hand zurechenbaren Mitteln zu gewährleisten. Aus diesem Grunde ist sicherzustellen, dass die beabsichtigte, (überwiegend) dem öffentlichen Bereich zuzurechnende Anschubfinanzierung mit dem europäischen Beihilfenrecht in Einklang steht.

²⁰⁸ EuGH, Urteil vom 11.12.2014, Rs. C-113/13; EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Rs. C-386/11, NZBau 2013, 522 ff. – Piepenbrock; OLG Celle, Beschluss vom 17.12.2014, 13 Verg 3/13, NZBau 2015, 178 ff.

²⁰⁹ Vgl. m. w. N. Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage, 2018, § 103, Rn. 37.

Das europäische Primärrecht enthält in Art. 107 Abs. 1 AEUV ein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen:

„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Eine staatliche Finanzierungsmaßnahme unterfällt diesem Verbot nur dann, wenn alle folgenden, in Art. 107 Abs. 1 AEUV aufgeführten Merkmale des Beihilfentatbestands erfüllt sind:

- Gewährung aus staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Mitteln;
- Begünstigung;
- eines bestimmten Unternehmens;
- (drohende) Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

Allerdings handelt es sich bei dem in Art. 107 Abs. 1 AEUV normierten Beihilfenverbot nicht um ein absolutes Verbot. Vielmehr können Beihilfen nach Maßgabe spezifischer Vorschriften ausnahmsweise mit dem Binnenmarkt vereinbar sein. Dementsprechend erfolgt die Prüfung, ob eine staatliche Maßnahme mit dem Beihilfenrecht in Einklang steht, üblicherweise in zwei Schritten. Der erste Prüfungsschritt dient der Feststellung, ob der Beihilfentatbestand im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt ist und damit überhaupt eine Beihilfe vorliegt. Nur dann bedarf es im zweiten Schritt der Prüfung, ob die Beihilfe entgegen dem in Art. 107 Abs. 1 AEUV geregelten grundsätzlichen Beihilfenverbot ausnahmsweise mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

I. Der Tatbestand der staatlichen Beihilfe, Art. 107 Abs. 1 AEUV

1. Gewährung aus staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Mitteln

Hinsichtlich des Finanzierungsbeitrags des MULNV NRW in Höhe von voraussichtlich 400.000,00 € jährlich in den ersten drei Jahren nach Gründung steht eine Gewährung der Finanzierung aus staatlichen Mitteln außer Frage.

Es liegt nahe, dass das Gleiche im Ergebnis für die Finanzierungs- und sonstigen geldwerten Beiträge anderer öffentlich beherrschter Gründungsträger gilt. Gemäß ständiger Rechtsprechung der Unionsgerichte sind die Mittel öffentlicher Unternehmen ebenfalls als staatliche Mittel im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen, da der Staat in der Lage ist, die Verwendung dieser Mittel zu steuern.²¹⁰ Voraussetzung dafür, dass eine Übertragung von Mitteln bzw. geldwerten Vorteilen durch öffentlich beherrschte Unternehmen den Beihilfentatbestand erfüllen kann, ist jedoch, dass die betreffende Maßnahme dem Staat zuzurechnen ist.

Die Unionsgerichte und die Kommission prüfen die Zurechenbarkeit zum Staat üblicherweise anhand einer Reihe von Indizien, die sich aus den Umständen des konkreten Falles und aus dem Kontext ergeben, in dem die jeweilige Maßnahme ergangen ist.²¹¹ Als wichtigstes Indiz für eine Zurechnung zum Staat hat sich in der Praxis eine beherrschende Rolle des Staates in den Entscheidungs- bzw. Aufsichtsgremien des betreffenden öffentlichen Unternehmens herauskristallisiert.²¹² Nicht erforderlich ist der Nachweis, dass Behörden das öffentliche Unternehmen konkret veranlasst haben, die fragliche Maßnahme zu ergreifen.²¹³

Vorbehaltlich einer Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles sprechen daher überwiegende Gründe dafür, dass die Kommission die Finanzierungs- und sonstigen geldwerten Beiträge anderer öffentlich beherrschter Gründungsträger neben dem MULNV NRW als staatliche Mittel und dem Staat zurechenbare Maßnahmen einstufen würde.

Etwas anderes gälte hingegen für Mittel, die dem KDW von rein privaten Gründungsträgern oder Unterstützern bereitgestellt würden.

2. Begünstigung

Die von den öffentlichen Gründungsträgern beabsichtigten (Finanzierungs-)Beiträge wären allenfalls dann als tatbestandliche Beihilfen für das KDW im Sinne von Art.

²¹⁰ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 49 m. w. N.

²¹¹ Vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 16.05.2002, Rs. C-482/99 – *Frankreich/Kommission (Stardust)*, ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 55; Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 43.

²¹² Soltész, in: MüKoBeihilfenR, 2. Auflage, 2018, AEUV Art. 107 Rn. 372.

²¹³ EuG, Urteil vom 25.06.2015, Rs. T-305/13 – *SACE und Sace BT/Kommission*, ECLI:EU:T:2015:435, Rn. 48; Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 41.

107 Abs. 1 AEUV anzusehen, wenn sie das KDW auf beihilfenrechtlich relevante Weise begünstigen würden. Als Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ist grundsätzlich jeder geldwerte Vorteil anzusehen, für den der Leistungsempfänger keine angemessene Gegenleistung erbringt.²¹⁴ Eine Begünstigung liegt daher nicht vor, wenn eine Gesamtbetrachtung unter normalen Marktbedingungen ergibt, dass die staatliche Leistung und die Gegenleistung des Leistungsempfängers in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Eine Begünstigung wäre daher ausgeschlossen, soweit das KDW eine angemessene Gegenleistung für die (Finanzierungs-)Beiträge der öffentlichen Gründungsträger erbringt.

Die Beurteilung der Angemessenheit einer Gegenleistung des Empfängers einer öffentlichen Finanzierungsmaßnahme richtet sich grundsätzlich danach, ob ein privates Unternehmen von vergleichbarer Größe wie der öffentliche Geldgeber in vergleichbarer Situation dazu hätte veranlasst werden können, die entsprechende Finanzierungsmaßnahme zu den gleichen Konditionen zu erbringen (sog. „Market Economy Operator Test“).²¹⁵

a) Finanzierungsbeitrag des MULNV NRW

Nach unserem Verständnis beruhen die Finanzierung durch das MULNV NRW auf der einen und die finanziellen und sonstigen Beiträge der übrigen (öffentlichen) Gründungsträger auf der anderen Seite auf einer unterschiedlichen Motivationslage. Während es sich bei den „anderen“ Gründungsträgern oder deren Mitgliedern um öffentliche Aufgabenträger oder operative Dienstleister im Bereich der Wasserver- und/oder Abwasserentsorgung handelt, ist das MULNV NRW weder als öffentlicher Aufgabenträger noch als Dienstleister in der Wasserwirtschaft tätig.

Dementsprechend ist nicht ersichtlich, dass das MULNV NRW aus der Tätigkeit des KDW einen unmittelbaren geldwerten Nutzen für seine eigene Tätigkeit ziehen wird. Es liegt daher nahe, dass das finanzielle Engagement des MULNV NRW nicht im eigenen wirtschaftlichen Interesse bzw. in Erwartung einer Rendite erfolgt, sondern vorwiegend (standort-)politisch motiviert ist. Leistungen, die der Staat aus übergeordneten politischen Erwägungen und daher aus für einen ausschließlich nach kommerziellen Grundsätzen handelnden Marktteilnehmer irrelevanten Motiven gewährt, stellen

²¹⁴ Arhold, in: MüKoBeihilfenR, 2. Auflage, 2018, AEUV Art. 107 Rn. 131 m. w. N.

²¹⁵ Arhold, in: MüKoBeihilfenR, 2. Auflage, 2018, AEUV Art. 107 Rn. 186; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 73 ff.

nach einhelliger Auffassung einen beihilferelevanten Vorteil für den Zuwendungsempfänger dar.²¹⁶ Jedenfalls in Höhe der Zuwendungen des MULNV NRW ist eine Begünstigung des KDW daher anzunehmen.

b) (Finanzierungs-)Beiträge der anderen öffentlichen Gründungsträger

Demgegenüber ist in Bezug auf die anderen öffentlichen Gründungsträger, die selbst in der Wasserwirtschaft tätig sind, davon auszugehen, dass sie von einer stärkeren Digitalisierung des Sektors z. B. in Gestalt von Effizienzsteigerungen wirtschaftlich profitieren würden. Dies spricht dafür, dass auch ein privater Wirtschaftsbeteiligter in einer vergleichbaren Situation zur Unterstützung des KDW durch finanzielle und sonstige geldwerte Beiträge veranlasst werden könnte. Soweit der jeweilige wirtschaftliche Nutzen aus der Tätigkeit des KDW etwa in Gestalt künftiger Effizienzsteigerungen bzw. Einsparpotenziale in einem angemessenen Verhältnis zu den geldwerten Beiträgen des jeweiligen Trägers steht, wäre eine Begünstigung des KDW ausgeschlossen.

Zu dieser Feststellung bedarf es nicht zwingend einer exakten Bewertung bzw. Bezifferung des aus der Beteiligung am KDW jeweils erwarteten wirtschaftlichen Nutzens. Entscheidend ist, dass im Falle einer Befassung der Kommission oder nationaler Gerichte durch Wettbewerber des KDW (vgl. dazu unten G.I.3.) glaubhaft gemacht werden kann, dass die Finanzierungs- und sonstigen geldwerten Beiträge des jeweiligen Gründungsträgers zum KDW seinen wirtschaftlichen Nutzen aus der Tätigkeit des KDW nicht übersteigen. Angesichts des überschaubaren, auf eine Vielzahl sonstiger Gründungsträger verteilten jährlichen Finanzierungsbeitrags in Höhe von 400.000,00 € liegt auch unter Berücksichtigung sonstiger Eigenleistungen (Raumangebote für Seminare, Referenten u. a.) nahe, dass die (finanziellen) Beiträge des jeweiligen sonstigen Gründungsträgers dessen wirtschaftlichen Nutzen aus der Tätigkeit des KDW nicht übersteigen. Dafür spricht insbesondere, dass die „anderen“ Gründungsträger „nur“ 50 % der Finanzierung in den ersten drei Jahren übernehmen werden, obwohl das KDW nach unserem Verständnis wirtschaftlich betrachtet allein oder jedenfalls vorwiegend ihnen zugutekommt.

Gegen eine Begünstigung des KDW durch sonstige Eigenleistungen der „anderen“ öffentlichen Gründungsträger (z. B. Raumangebote für Seminare, Referenten u. a.) spricht zudem, dass das KDW daraus resultierende Kostenersparnisse voraussichtlich

²¹⁶ *Kleine/Sühne*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Nomos-Kommentar zum Europäischen Beihilfenrecht, Kap. 1, Rn. 112; EuGH, Urteil v. 15.03.1994, Rs. C-387/92 – *Banco Exterior de España*, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 13/14.

etwa in Gestalt geringerer Teilnahmeentgelte an die Besucher entsprechender Seminare und Veranstaltungen durchreichen würde.

Zwar würde dies im Ergebnis zu einem aus öffentlichen Mitteln gewährten Vorteil auf der Ebene der Veranstaltungsteilnehmer führen. Selbst wenn es sich bei Letzteren um gewerblich tätige Unternehmen und damit um taugliche Beihilfenempfänger im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV handelte, wäre die Gewährung eines entsprechenden Vorteils auf ihrer Ebene beihilfenrechtlich allerdings unbedenklich. Voraussetzung für die Erfüllung des Beihilfentatbestands ist eine selektive Begünstigung „bestimmter“ Unternehmen. Nach Angaben des MULNV NRW ist beabsichtigt, dass Präsentationen und sonstige wesentliche Inhalte aus vom KDW durchgeführten Workshops und Veranstaltungen auf einer öffentlich und kostenlos zugänglichen Website veröffentlicht werden. Damit stehen sie nicht nur den Teilnehmern an einer Veranstaltung, sondern allen potentiell interessierten gleichermaßen zur Verfügung. Überwiegende Gründe sprechen daher dafür, dass die Kommission den selektiven Charakter eines an die Veranstaltungsteilnehmer durchgereichten Vorteils im Ergebnis ablehnen würde.

Sollten im Einzelfall entgegen den vorstehenden Ausführungen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die (Finanzierungs-)beiträge einzelner öffentlicher Gründungsträger deren wirtschaftlichen Nutzen aus der Tätigkeit des KDW übersteigen, wäre in Höhe des Überschusses und, sofern sich dieser nicht beziffern oder eingrenzen lässt, im Zweifelsfalle in Höhe seiner Beiträge grundsätzlich eine Begünstigung des KDW zu unterstellen. Etwas anderes gälte dann allenfalls, wenn nachgewiesen werden könnte, dass das KDW den daraus resultierenden Vorteil in voller Höhe an seine Nutzer durchreicht.

Anmerkung für Mandantin:

Unter Vorgriff auf die Prüfung auf der Vereinbarkeitsebene sei an dieser Stelle bereits darauf hingewiesen, dass eine Beschränkung der Begünstigung des KDW auf die vom MULNV NRW beabsichtigte 50 %-Finanzierung die Sicherstellung der Beihilfenrechtskonformität erheblich vereinfachen würde (vgl. dazu unten G.II.1.g) und G.II.1.h)aa)).

Sollte entgegen den vorstehenden Ausführungen nicht mit Sicherheit verneint werden können, dass die geldwerten Beiträge der anderen öffentlichen Gründungsträger deren jeweiligen wirtschaftlichen Nutzen aus dem KDW übersteigen, sollten sich die Beteiligten um private Unterstützer bemühen, die (mindestens) in Höhe einer etwaig befürchteten Differenz zwischen den Beiträgen und dem wirtschaftlichem Nutzen an die Stelle der

Beiträge der „anderen“ öffentlichen Gründungsträger treten. Dadurch würde eine zusätzliche, beihilfenrechtlich problematische Begünstigung des KDW über die Zuwendungen des MULNV NRW hinaus vermieden.

Aus vergaberechtlichen Gründen müsste die Einbindung privater Unterstützer ohne eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung geschehen. Eine eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung Privater würde die Voraussetzungen für eine u. U. vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit oder für eine In-House-Fähigkeit des KDW ausschließen (vgl. dazu oben F.II. und F.III.).

c) Zwischenergebnis

In Bezug auf den Finanzierungsbeitrag des MULNV NRW ist ein begünstigender Charakter anzunehmen. Demgegenüber ist eine Begünstigung des KDW durch finanzielle oder sonstige geldwerte Beiträge anderer öffentlicher Gründungsträger abzulehnen, soweit die Beiträge des jeweiligen Gründungsträgers dessen wirtschaftlichen Nutzen aus der Tätigkeit des KDW nicht übersteigen. Vorbehaltlich einer weitergehenden Prüfung sprechen überwiegende Gründe dafür, dass diese Voraussetzung vorliegend erfüllt und eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung des KDW insoweit ausgeschlossen ist.

3. Unternehmensqualität des KDW

Dem KDW durch die Zuwendungen des MULNV NRW und gegebenenfalls darüber hinaus von öffentlicher Seite gewährte Begünstigungen wären beihilfenrechtlich jedoch nur beachtlich, wenn es sich bei dem KDW um ein Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne handelt. Maßgeblich ist der von den Unionsgerichten in ständiger Rechtsprechung herangezogene und auch von der Kommission zugrunde gelegte sog. funktionale Unternehmensbegriff. Hiernach ist ein Unternehmen

„jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.²¹⁷

²¹⁷ EuGH, Urteil vom 12.09.2000, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – *Pavlov u. a.*, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 74; EuGH, Urteil vom 10.01.2006, Rs. C-222/04 – *Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a.*, ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 107; Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 7.

Ausschlaggebend für die Einstufung als Unternehmen ist nach dem funktionalen Unternehmensbegriff allein, ob die betreffende Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Demgegenüber sind die Rechtsform, die Finanzierung oder Beherrschung durch die öffentliche Hand oder eine Anerkennung als gemeinnützig nach nationalem Recht unbeachtlich. Selbst Einheiten, die Teil der öffentlichen Verwaltung sind, sind Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts, soweit sie wirtschaftlich tätig sind.

Für die Einordnung als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich im beihilfenrechtlichen Sinne ist unerheblich, ob die betreffende Tätigkeit mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht durchgeführt wird. Aktivitäten, mit denen der Zuwendungs- bzw. Leistungsempfänger keinen Erwerbszweck verfolgt, sind zweifelsohne wirtschaftlicher Natur, wenn entsprechende Leistungen auf dem Markt auch von kommerziellen Unternehmen angeboten werden, die ihrerseits mit Gewinnerzielungsabsicht tätig sind. Das Gleiche gilt gemäß der Rechtsprechung der Unionsgerichte sogar, wenn eine ohne Gewinnerzielungsabsicht tätige Einheit ausschließlich im Wettbewerb mit Vereinigungen steht, die ebenfalls keinen Erwerbszweck verfolgen. Maßgeblich ist, ob verschiedene Einheiten, die Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten, zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Denn

„der Erfolg oder das wirtschaftliche Überleben solcher Vereinigungen hängt auf lange Sicht von ihrer Fähigkeit ab, auf dem betreffenden Markt die von ihnen angebotenen Leistungen auf Kosten der von den anderen Teilnehmern angebotenen Leistungen durchzusetzen.“²¹⁸

Ungeachtet des Umstandes, dass die finanziellen und sonstigen Beiträge jedenfalls der „anderen“ Gründungsträger als Entgelt für ihren Zugang zum KDW gewertet werden könnten, stünde selbst eine vollkommen unentgeltliche Tätigkeit des KDW dessen Einordnung als Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts daher nicht zwangsläufig entgegen. Ausschlaggebend ist, ob das KDW eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit im unionsrechtlichen Sinne ist weit zu verstehen. Erfasst wird

„jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.“²¹⁹

²¹⁸ EuGH, Urteil vom 01.07.2008, Rs. C-49/07 – *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376, Rn. 27 f.

²¹⁹ EuGH, Urteil vom 12.09.2000, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – *Pavlov u. a.*, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 75; Urteil vom 10.01.2006, Rs. C-222/04 – *Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a.*, ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 108; Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 12.

Aus dem funktionalen Unternehmensbegriff folgt, dass eine Einheit nur in Bezug auf ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten als Unternehmen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen ist.²²⁰ Denkbar ist daher, dass das KDW in Bezug auf einzelne Tätigkeiten als nichtwirtschaftliche Einrichtung und im Hinblick auf andere Tätigkeiten als Unternehmen einzustufen ist.

a) (Förder-)Beratungsangebot des KDW

Hinsichtlich der beabsichtigten Beratungsleistungen des KDW ist festzuhalten, dass sich diese nach den Darstellungen des MULNV NRW auf eine Erstberatung bzw. die Vermittlung weitergehender Beratungsmöglichkeiten beschränken sollen. Zwar gibt es soweit ersichtlich keine veröffentlichte Entscheidungspraxis der Kommission zur Einordnung eines entsprechenden niedrigschwelligen Beratungsangebots. Überwiegende Gründe sprechen jedoch dafür, dass eine allgemeine Erstberatung z. B. in Gestalt bloßer Hinweise auf bestehende Fördermöglichkeiten sowie die Vermittlung an andere Stellen zur vertieften Beratung keine wirtschaftliche Tätigkeit beinhaltet. Das MWIDE NRW hat kürzlich in einem anderen Zusammenhang eine dahingehende informelle Abstimmung mit der Kommission erwähnt.

Mutmaßlich stützt die Kommission die Einstufung einer solchen, der eigentlichen Beratung lediglich vorgeschalteten Erstberatung auf die Erwägung, dass diesbezüglich kein von echtem Wettbewerb geprägter Markt besteht, der durch eine staatliche (Teil-)Finanzierung spürbar beeinträchtigt werden könnte. Um Näheres über die Anforderungen der Kommission an den nichtwirtschaftlichen Charakter von Erstberatungsleistungen zu erfahren, empfiehlt sich eine Kontaktaufnahme zum Beihilfenreferat des MWIDE NRW. Soweit dieser Austausch ergibt, dass das Beratungsangebot des KDW den Anforderungen der Kommission an eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit genügt, wären dafür gewährte Fördermaßnahmen beihilfenrechtlich unbeachtlich. Insoweit wäre das KDW kein Unternehmen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Weitere Voraussetzung für die beihilfenrechtliche Irrelevanz des Beratungsangebots des KDW wäre jedoch, dass das KDW über eine Trennungsrechnung verfügt, in der die Ausgaben und Einnahmen (einschl. der Fördermittel) für dieses Beratungsangebot gesondert von den übrigen Tätigkeitsfeldern des KDW ausgewiesen werden. Denn wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, sprechen überwiegende Gründe da-

²²⁰ EuG, Urteil vom 12.12.2000, Rs. T-128/98 – Aéroports de Paris, ECLI:EU:T:2000:290, Rn. 108; Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, Rn. 10.

für, dass die Tätigkeiten des KDW im Übrigen wirtschaftlicher Natur sind. Eine Beihilfenqualität von Zuwendungen für das nichtwirtschaftliche Beratungsangebot kann daher nur abgelehnt werden, wenn eine Quersubventionierung wirtschaftlicher Aktivitäten des KDW ausgeschlossen ist.

b) Sonstige Tätigkeiten des KDW

Demgegenüber dürfte für die übrigen Tätigkeitsfelder des KDW (Wissensmanagement, Wissenstransfer, Veranstaltungen, Netzwerkaktivitäten, Öffentlichkeitsarbeit, Betrieb der Homepage, Organisation von Ausstellungen in Showrooms) ein zumindest potentieller Markt bestehen. Es liegt nahe, dass diese vom KDW erbrachten Dienstleistungen von den Gründungsträgern auch bei anderen Anbietern nachgefragt werden könnten. Dafür spricht insbesondere, dass es nach den vorliegenden Informationen vor der Prüfung der Gründung einer eigenständigen Einrichtung Überlegungen gab, einen kommerziellen Dienstleister mit der Betreuung des Kompetenznetzwerks zu beauftragen.

Etwas anderes gälte hingegen, wenn es sich bei den genannten Aktivitäten des KDW um von einer Forschungseinrichtung ausgeübte Tätigkeiten des Wissenstransfers handelte. Unter den Voraussetzungen von Rn. 19 lit. b) des FuEuI-Unionsrahmens²²¹ sind Tätigkeiten des Wissenstransfers, soweit sie durch eine Forschungseinrichtung durchgeführt werden, nichtwirtschaftlicher Art, sofern daraus etwaig erzielte Gewinne der Forschungseinrichtung in ihre sog. primären Tätigkeiten im Sinne von Rn. 19 lit. a) FuEuI-Unionsrahmen (Lehre, unabhängige Forschung, frei zugängliche Verbreitung eigener Forschungsergebnisse) reinvestiert werden.

Eine Einstufung des KDW als Forschungseinrichtung würde jedoch voraussetzen, dass seine Hauptaufgabe darin besteht, unabhängige Forschung zu betreiben oder eigene Forschungsergebnisse aus unabhängiger Forschung durch Lehre, Veröffentlichung oder Wissenstransfer zu verbreiten (Rn. 15 lit. ee) FuEuI-Unionsrahmen). Davon ist jedoch jedenfalls während der ersten drei Jahre nicht auszugehen. Nach Auskunft des MULNV NRW soll das KDW zwar „Motor“ für Innovationen und Transfer sein, in der Anfangsphase aber selbst keine FuE-Projekte durchführen. Während dieser Phase soll das KDW nach unserem Verständnis nicht in Konkurrenz zu bestehenden Forschungseinrichtungen treten. Erst danach soll entschieden werden, ob ein gesondertes „Innovationslab“ für die Wasserwirtschaft in NRW etabliert wird, in dem eigene FuE-

²²¹ Kommission, Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl. EU 2014 C 198/1.

Projekte durchgeführt werden könnten. Tätigkeiten des Wissenstransfers, die von Einrichtungen durchgeführt werden, bei denen es sich nicht um FuE-Einrichtungen im beihilfenrechtliche Sinne handelt, kommen nicht in den Genuss der Einordnung als nichtwirtschaftlich gemäß Rn. 19 lit. b) FuEuI-Unionsrahmen.

Vielmehr folgt aus den einschlägigen beihilfenrechtlichen Vorschriften, dass es sich bei Tätigkeiten, die denen des KDW entsprechen, grundsätzlich um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt. Die genannten Tätigkeiten des KDW entsprechen in vielerlei Hinsicht denen, die die Kommission in Anhang I des FuEuI-Unionsrahmens und fast wortgleich in Art. 27 Abs. 8 AGVO als für Betriebsbeihilfen für Innovationscluster auswahlfähige und damit beihilferelevante Tätigkeiten einstuft. Danach dürfen Betriebsbeihilfen für Innovationscluster u. a. folgende Kosten abdecken:

„Personal- und Verwaltungskosten (einschließlich Gemeinkosten) im Zusammenhang mit

- a) der Leitung des Innovationsclusters zwecks Erleichterung der Zusammenarbeit, des Informationsaustauschs und der Erbringung und Weiterleitung von spezialisierten und maßgeschneiderten Unterstützungsdienstleistungen für Unternehmen
- b) Werbemaßnahmen, die darauf abzielen, neue Unternehmen oder Einrichtungen zur Mitwirkung am Innovationscluster zu bewegen und dessen Sichtbarkeit zu verbessern
- c) der Verwaltung der Facilities des Innovationsclusters und
- d) der Organisation von Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, Workshops und Konferenzen zur Förderung des Wissensaustauschs, der Zusammenarbeit in Netzwerken und der transnationalen Zusammenarbeit.“

Eine starke Vergleichbarkeit des Tätigkeitsspektrums des KDW besteht auch zu den Tätigkeiten, die im Rahmen einer vom Bund bei der Kommission notifizierten Beihilferegulation „Spitzencluster-Wettbewerb“ mit Betriebsbeihilfen für „Innovationskerne“ gefördert werden konnten (u. a. „Werbung, um neue Unternehmen zur Mitwirkung zu gewinnen; Organisation von Bildungsmaßnahmen, Workshops und Konferenzen zur

Wissensvermittlung und zur Vernetzung der Mitglieder“²²²). Der Bund hat die entsprechende Beihilferegelung auch im Hinblick auf die Förderung dieser Tätigkeiten bei der Kommission notifiziert. Dies lässt darauf schließen, dass der Bund einen wirtschaftlichen und damit beihilferelevanten Charakter der förderfähigen Tätigkeiten unterstellte. Auch die Kommission hat die Beihilfenqualität der entsprechenden Betriebsbeihilfen in ihrer Genehmigungsentscheidung zum „Spitzencluster-Wettbewerb“ nicht in Frage gestellt, sondern ihre Prüfung insoweit auf deren Genehmigungsfähigkeit bzw. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt beschränkt.²²³

c) Zwischenergebnis

Demzufolge sprechen weit überwiegende Gründe dafür, dass die Kommission das KDW mit Blick auf den Großteil seiner Tätigkeiten als Unternehmen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV einstufen würde. Etwas anderes gilt vorbehaltlich einer Abstimmung mit dem Beihilfenreferat des MWIDE NRW lediglich für das Erstberatungsangebot des KDW. Voraussetzung für die Beihilfenfreiheit von spezifisch für die Erstberatungsleistungen gewährte Fördermaßnahmen ist, dass die Ausgaben und Einnahmen für diesen Bereich in der Buchhaltung des KDW über eine Trennungsrechnung gesondert ausgewiesen werden.

4. (Drohende) Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Wie oben dargelegt, setzt der Beihilfentatbestand gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV voraus, dass die betreffende staatliche Maßnahme geeignet ist, den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Die Unionsgerichte stellen nur geringe Anforderungen an das Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale. Sie unterstellen grundsätzlich, dass jede einem im Binnenmarkt tätigen Unternehmen gewährte Begünstigung dieses Unternehmen im Wettbewerb stärkt und der Handel im Binnenmarkt

²²² Kommission, Beschluss vom 18.03.2008, N 616/2007 – *Deutschland, FuEuI-Beihilferegelung „Spitzencluster-Wettbewerb“*, Rn. 62.

²²³ Kommission, Beschluss vom 18.03.2008, N 616/2007 – *Deutschland, FuEuI-Beihilferegelung „Spitzencluster-Wettbewerb“*, Rn. 121 ff.

dadurch potenziell beeinträchtigt wird.²²⁴ Dementsprechend bejahte auch die Kommission das Vorliegen einer potenziellen Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung in der Vergangenheit im Regelfall „routinemäßig“ ohne nähere Prüfung.²²⁵

Allerdings ist die Kommission diesbezüglich inzwischen zu einer restriktiveren Tendenz übergegangen (sog. „local impact“-Entscheidungspraxis), die allerdings noch nicht durch die Rechtsprechung abgesichert ist. Sie lehnt das Vorliegen einer grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung bei Vorhaben mit rein lokalen Auswirkungen unter folgenden Voraussetzungen ab:²²⁶

- Die vom Begünstigten angebotenen Dienstleistungen werden aller Voraussicht nach ausschließlich oder ganz überwiegend von inländischen Kunden innerhalb eines lokal abgrenzbaren Gebietes innerhalb eines Mitgliedstaates in Anspruch genommen.
- Es ist nicht mit einem hinreichenden Grad an Wahrscheinlichkeit absehbar, dass die Förderung eine mehr als nur marginale Wirkung auf die Bedingungen für grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung ausländischer Unternehmen zur Erbringung vergleichbarer Dienstleistungen in der entsprechenden Region beinhaltet.

Gegen eine drohende Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels im Binnenmarkt durch die dem KDW gewährte Förderung könnte sprechen, dass Träger und Nutzer des KDW jedenfalls zunächst ausschließlich in NRW tätige Akteure der Wasserwirtschaft sein werden. Das Angebot des KDW wird sich daher (vorerst) nicht an potentielle Nutzer aus dem übrigen Bundesgebiet oder gar aus dem Ausland richten.

Überwiegende Gründe sprechen dafür, dass die Kommission vorliegend gleichwohl von potentiellen zwischenstaatlichen Auswirkungen der beabsichtigten staatlichen (Teil-)Finanzierung des KDW ausgehen könnte. Bei der Wasserwirtschaft handelt es

²²⁴ Vgl. u. a. EuG, Urteil vom 11.06.2009, Rs. T-189/03 – *ASM*, ECLI:EU:T:2009:193, Rn. 68; EuG, Urteil vom 06.03.2002, verb. Rs. T-92/00 und T-103/00 – *Disputaciòn Floral de Alava*, ECLI:EU:T:2002:61, Rn. 72.

²²⁵ Soltész, in: MüKoBeihilfenR, 2. Auflage, 2018, AEUV Art. 107, Rn. 624.

²²⁶ Kommission, Pressemitteilung IP/15/4889 vom 29.04.2015, Staatliche Beihilfen SA.37432 (Öffentliche Krankenhäuser Hradec Králové, Tschechische Republik), SA.37904 (Medizinisches Versorgungszentrum Durmersheim, Deutschland), SA.33149 (Städtische Projektgesellschaft Gaarden, Deutschland), SA.38035 (Landgrafen-Klinik, Deutschland), SA.39403 (Investitionsbeihilfe Hafen Lauwerswoog, Niederlande), SA.37963 (Glenmore Lodge, Großbritannien) und SA.38208 (Golfclubs im Eigentum der Mitglieder, Großbritannien). Vgl. auch Pressemitteilung IP/16/3141 vom 21.09.2016, Staatliche Beihilfen SA.44942 (Lokale Medien in baskischer Sprache), SA.43983 (Sportcamp Nordbayern), SA.44692 (Hafen Wyk auf Föhr), SA.38920 (Santa Casa da Misericórdia de Tomar) und SA.45512 (Valencianisch in der Presse).

sich ungeachtet der kommunalen Aufgabenträgerschaft in Deutschland um einen international verflochtenen Sektor. Viele Dienstleister der Wasserver- und Abwasserentsorgung sind in internationale Konzernstrukturen eingebunden. Zudem ist ausweislich des Dokuments „Erste Kostenschätzung, Stand 28.04.2019“ eine Erwartung an das KDW „eine höhere Strahlkraft national wie international sowie bei der Gestaltung von Leuchtturmprojekten.“ Unter diesem Gesichtspunkt kann nicht von einer Einrichtung gesprochen werden, deren Geschäftsgegenstand sich auf einen bestimmten abgegrenzten Bereich innerhalb eines Mitgliedstaates beschränkt.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Großteil des Leistungsspektrums des KDW (Wissensmanagement, Wissenstransfer, Veranstaltungen, Netzwerkaktivitäten, Öffentlichkeitsarbeit, Betrieb der Homepage, Organisation von Ausstellungen in Showrooms) zu Tätigkeiten gehören, die typischerweise bei großen, international verflochtenen/agierenden Beratungsgesellschaften „eingekauft“ werden könnten.

5. Zwischenergebnis

Mit Ausnahme der Förderung des niedrighschwelligigen Erstberatungsangebots des KDW ist von einer tatbestandlichen Beihilfenqualität des Finanzierungsbeitrags des MULNV NRW auszugehen. Demgegenüber beinhalten finanzielle oder sonstige geldwerte Beiträge anderer öffentlicher Gründungsträger mangels einer Begünstigung des KDW keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV, soweit sie den wirtschaftlichen Nutzen des jeweiligen Gründungsträgers aus der Tätigkeit des KDW nicht übersteigen. Überwiegende Gründe sprechen dafür, dass diese Voraussetzung vorliegend erfüllt ist.

II. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt (Art. 27 AGVO)

Soweit das tatbestandliche Vorliegen einer Beihilfe zu bejahen ist oder nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, bedarf es der Prüfung, ob die jeweilige staatliche Maßnahme entgegen dem grundsätzlichen Verbot staatlicher Beihilfen (Art. 107 Abs. 1 AEUV) ausnahmsweise mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Die Prüfung der Vereinbarkeit einer Beihilfe setzt zwar grundsätzlich eine Notifizierung bei bzw. Genehmigung durch die Kommission voraus (Art. 108 Abs. 3 AEUV). Eine Notifizierungs- bzw. Genehmigungspflicht besteht jedoch nicht, wenn Maßnahmen ausdrücklich von diesem Erfordernis freigestellt sind. Entsprechende Freistellungen von der

Notifizierungspflicht sind u. a. in der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für staatliche Beihilfen (AGVO)²²⁷ geregelt.

Nach unserem Verständnis sind die Beteiligten vorliegend vorrangig an Lösungen interessiert, die eine Einbindung der Kommission entbehrlich machen. Daher erfolgt die Vereinbarkeitsprüfung zunächst anhand der Vorschriften der AGVO. Nur soweit die Prüfung ergeben sollte, dass eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt auf deren Grundlage nicht sichergestellt werden kann, würden ergänzend der Notifizierungs- bzw. Genehmigungspflicht unterliegende Vereinbarkeitstatbestände geprüft.

1. Art. 27 AGVO, Beihilfen für Innovationscluster

Vorliegend kommt insbesondere eine Freistellung gemäß Art. 27 AGVO in Betracht. Nach dieser Vorschrift sind Investitions- und Betriebsbeihilfen für Innovationscluster, die die spezifischen Voraussetzungen von Art. 27 AGVO und die allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen gemäß Kapitel I der AGVO erfüllen, mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Notifizierungspflicht freigestellt (Art. 27 Abs. 1 AGVO).

a) Innovationscluster (Art. 2 Abs. 92 AGVO)

Dies setzt zunächst voraus, dass es sich bei dem KDW um ein Innovationscluster im Sinne der AGVO handelt. Gemäß der Definition in Art. 2 Abs. 92 AGVO umfasst der Begriff des Innovationsclusters eine Einrichtung oder eine organisierte Gruppe von unabhängigen Partnern, die z. B. durch die gemeinsame Nutzung von Anlagen, den Austausch von Wissen und Know-how und durch einen wirksamen Beitrag zum Wissenstransfer, zur Vernetzung, Informationsverbreitung und Zusammenarbeit unter den Unternehmen und anderen Einrichtungen des Innovationsclusters Innovationstätigkeit anregen soll.

Unter diese Definition lässt sich das KDW problemlos subsumieren. Bei den beabsichtigten Tätigkeiten des KDW (Erstberatung, Wissensmanagement, Wissenstransfer, Veranstaltungen, Netzwerkaktivitäten, Öffentlichkeitsarbeit, Betrieb der Homepage, Organisation von Ausstellungen in Showrooms) handelt es sich um typische Aktivitäten von Clusterorganisationen.

²²⁷ Verordnung (EU) Nr. 651/2014, ABl. EU 2014 L 187/1.

b) Clusterbetreiber als Beihilfenempfänger (Art. 27 Abs. 2 AGVO)

Gemäß Art. 27 Abs. 2 AGVO umfasst der Freistellungstatbestand ausschließlich solche Beihilfen, die der juristischen Person gewährt werden, die das Innovationscluster betreibt. Demgegenüber können Beihilfen an die Mitglieder/Nutzer des Clusters nicht auf Art. 27 AGVO gestützt werden.

Im Falle der beabsichtigten Gründung einer eigenständigen juristischen Person für den Betrieb des KDW könnten daher nur dieser juristischen Person gewährte Fördermaßnahmen gemäß Art. 27 AGVO von der Anmeldepflicht freigestellt und mit dem Binnenmarkt vereinbar sein. Sollte hingegen aus außerhalb des Beihilfenrechts liegenden Gründen auf die Gründung einer eigenständigen juristischen Person verzichtet und der Betrieb des Clusters einem der Gründungsträger übertragen werden, könnten nur dem mit dem Betrieb betrauten Gründungsträger gewährte Beihilfen auf Art. 27 AGVO gestützt werden.

c) Diskriminierungsfreier Zugang (Art. 27 Abs. 3 AGVO)

Gemäß Art. 27 Abs. 3 AGVO müssen die Räumlichkeiten, Anlagen und Tätigkeiten des Clusters mehreren Nutzern offenstehen; der Zugang muss ihnen zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen gewährt werden. Unternehmen, die mindestens 10 % der Investitionskosten des Clusters finanziert haben, können einen bevorzugten Zugang zu günstigeren Bedingungen erhalten.

Aus der Formulierung, dass die Räumlichkeiten, Anlagen und Tätigkeiten des Clusters „mehreren Nutzern“ zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen offenstehen müssen, folgt nicht, dass allen interessierten potentiellen Nutzern Zugang gewährt werden muss. Vielmehr darf das Angebot des Clusters etwa auf Unternehmen/Partner eines bestimmten Sektors beschränkt werden. Entscheidend ist, dass das Cluster nicht von vornherein im Wesentlichen auf ein bestimmtes Unternehmen zugeschnitten ist.

Gleichzeitig folgt aus der Anforderung eines transparenten und diskriminierungsfreien Zugangs, dass dieser interessierten Unternehmen/Partnern nicht willkürlich verwehrt werden darf. Auch wenn keine einschlägige Entscheidungspraxis der Kommission ersichtlich ist, liegt nahe, dass diese Anforderung voraussetzt, dass alle dem sachlichen und räumlichen Bestimmungszweck des Clusters unterfallenden Akteure, die durch ihr Wissen einen Mehrwert in das Cluster einbringen könnten, zu gleichberechtigten Konditionen Zugang erhalten. Damit wäre es unvereinbar, wenn die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag des Clusterbetreibers eine Beschränkung des Zugangs zu seinen

Einrichtungen und Tätigkeiten auf bestimmte, abschließend aufgezählte Unternehmen/Partner vorsähe.

Andererseits ist der in Art. 27 Abs. 3 AGVO verwendete Begriff des „Zugangs“ nicht gleichbedeutend mit einer Träger- oder Mitgliedschaft. Entscheidend ist daher nicht, dass alle Interessierten Träger Mitglied oder Gesellschafter der Clusterorganisation werden können. Maßgeblich ist, dass sie zu gleichberechtigten Konditionen Zugang zum Angebot des Clusters erhalten können. Dies muss bei der Ausgestaltung der Satzung oder des Gesellschaftsvertrags des Clusterbetreibers berücksichtigt werden.

d) Marktübliches Entgelt für Nutzung der Anlagen und Beteiligung an Tätigkeiten des Clusters (Art. 27 Abs. 4 AGVO)

Gemäß Art. 27 Abs. 4 AGVO müssen die Entgelte für die Nutzung der Anlagen und die Beteiligung an Tätigkeiten des Clusters dem Marktpreis entsprechen bzw. die dafür anfallenden Kosten des Clusters widerspiegeln. Diese Voraussetzung wäre in jedem Fall erfüllt, wenn die vom KDW erhobenen Entgelte der Höhe nach denen von vergleichbaren Clusterorganisationen entsprechen und dies im Zweifelsfalle anhand eines Benchmarkings oder eines Sachverständigengutachtens belegt werden könnte.²²⁸

Solange die Entgelte einem Marktvergleich mit ähnlichen Einrichtungen standhalten, steht ihrer Marktüblichkeit nicht entgegen, wenn sie in Summe nicht zu einer vollständigen Kostendeckung der Clusterorganisation führen. Andernfalls würde Art. 27 AGVO in der Praxis leerlaufen. Denn im Falle einer vollen Kostendeckung bestünde kein Bedarf für eine staatliche, auf Art. 27 AGVO gestützte Förderung.

In Fällen, in denen ein Vergleich mit von ähnlichen Einrichtungen erhobenen Entgelten nicht möglich ist oder Schwierigkeiten bereitet, wird man für die von Art. 27 Abs. 4 AGVO vorausgesetzte Marktüblichkeit oder Kostenbezogenheit der Entgelte verlangen müssen, dass das Entgelt zumindest die anteiligen Kosten des Clusters für die von dem jeweiligen Nutzer in Anspruch genommene Dienstleistung abdeckt (z. B. auf der Teilnahme des jeweiligen Nutzers an einem Workshop oder auf der Inanspruchnahme einer Beratungsleistung beruhende Kosten des Clusterbetreibers).

²²⁸ Bartosch, in: Bartosch, 2. Auflage, 2016, VO 651/2014 Art. 27 Rn. 1 und AEUV Art. 107 Rn. 138; Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage, 2016, AGVO Art. 27 Rn. 7

Bei einem gemeinnützigen Clusterbetreiber dürfte in diesen Fällen die bloße Abdeckung der anteiligen Kosten ohne Gewinnaufschlag ausreichend sein. Da gemeinnützige Organisationen nicht gewinnorientiert arbeiten, hat die deutsche Finanzverwaltung anerkannt, dass Gewinnaufschläge auf von gemeinnützigen Organisationen erhobene Entgelte in der Regel nicht marktüblich sind.²²⁹ Für die Bewertung der Marktüblichkeit der vom KDW erhobenen Entgelte sind die Marktverhältnisse in NRW bzw. Deutschland maßgeblich. Überwiegende Gründe sprechen daher dafür, dass sich die Kommission dieser Auffassung der deutschen Finanzverwaltung mit Blick auf gemeinnützige Clusterbetreiber anschließen und eine anteilige Kostendeckung für die jeweils konkret in Anspruch genommene Dienstleistung ohne Gewinnaufschlag als marktüblich anerkennen würde. Jedenfalls in Bezug auf gemeinnützige Clusterbetreiber halten wir es dementsprechend für vertretbar, dass auf die Erhebung von Entgelten verzichtet wird, soweit die Erbringung einer Dienstleistung für das Cluster mit keinen Kosten verbunden ist (z. B. dank einer kostenlosen Bereitstellung von Räumlichkeiten oder Referenten für Seminare).

Ist der Clusterbetreiber hingegen nicht gemeinnützig, sondern gewinnorientiert tätig, sprechen überwiegende Gründe dafür, dass die Kommission in den Fällen, in denen ein Marktvergleich mit den Entgelten anderer Einrichtungen nicht möglich ist, neben der Abdeckung der anteiligen Kosten – soweit solche für die betreffende Dienstleistung angefallen sind – auch bzw. jedenfalls einen angemessenen Gewinnaufschlag auf das zu zahlende Entgelt verlangen würde.²³⁰

Aus Sicht der Mitglieder/Nutzer des KDW spricht dies für dessen Ausgestaltung als gemeinnützige juristische Person.

Gemäß der Entscheidungspraxis der Kommission können Mitglieder bzw. Gesellschafter des Clusters, die bereits Mitgliedsbeiträge oder Gesellschaftereinlagen entrichten, entsprechend reduzierte Preise für die Nutzung zahlen. Dies ändert aber nichts daran, dass auch die Mitglieder/Gesellschafter „unter dem Strich“ den Marktpreis für die Nutzung des Clusters aufwenden müssen.²³¹ Dies sollte zur Klarstellung in der Sat-

²²⁹ Gersch, in: Klein/Gersch, 14. Auflage, 2018, AO § 55 Rn. 15 m. w. N.

²³⁰ Vgl. in diesem Sinne Kommission, Entscheidung vom 01.10.2014, Staatliche Beihilfe SA.36147 – *Deutschland: mutmaßliche Infrastrukturbeihilfe zugunsten der Propapier PM2 GmbH*, Rn. 176 ff.: Danach müssen die Nutzungsentgelte der Endnutzer inkrementell zur Rentabilität beitragen, d. h. die Kosten, die „in Zusammenhang mit den Tätigkeiten des betreffenden Nutzers entstehen“, zuzüglich eines angemessenen Gewinns abdecken.

²³¹ Kommission, Entscheidung vom 28.01.2008, Staatliche Beihilfe N 331/2007 – *Deutschland (Thüringen): Richtlinie zur Förderung von innovativen, technologieorientierten Verbundprojekten, Netzwerken und*

zung bzw. dem Gesellschaftsvertrag des Clusters oder einer anderweitigen Benutzungsordnung, jedenfalls aber bei der Bewilligung von Zuwendungen für das Cluster durch das MULNV NRW bzw. gegebenenfalls weitere Beihilfengeber geregelt werden.

e) Beihilfefähige Kosten (Art. 27 Abs. 5 und Abs. 8 AGVO)

Beihilfefähig sind gemäß Art. 27 Abs. 5 und Abs. 8 AGVO Kosten des Clusterbetreibers für Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte sowie – beschränkt auf einen Zeitraum von maximal zehn Jahren (Art. 27 Abs. 7 AGVO) – Personal- und Verwaltungskosten (einschließlich Gemeinkosten) für

- die Betreuung des Innovationsclusters zwecks Erleichterung der Zusammenarbeit, des Informationsaustausches und der Erbringung und Weiterleitung von spezialisierten und maßgeschneiderten Unterstützungsleistungen für Unternehmen;
- Werbemaßnahmen, die darauf abzielen, neue Unternehmen oder Einrichtungen zur Beteiligung am Innovationscluster zu bewegen und die Sichtbarkeit des Innovationsclusters zu erhöhen;
- die Verwaltung der Einrichtungen des Innovationsclusters, die Organisation von Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, Workshops und Konferenzen zur Förderung des Wissensaustauschs, die Vernetzung und die transnationale Zusammenarbeit.

Andere Betriebskosten als unmittelbar für die vorstehenden Tätigkeiten aufgewendete Personal- und Verwaltungskosten sind nicht beihilfefähig. Zu beachten ist, dass Mietkosten des Clusterbetreibers von der Kommission jedenfalls nicht ohne weiteres zu den beihilfefähigen Verwaltungskosten im Sinne von Art. 27 Abs. 8 AGVO gezählt werden.²³²

f) Einhaltung der Anmeldeschwelle (Art. 4 Abs. 1 lit. k) i. V. m. Art. 8 AGVO)

Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. k) i. V. m. Art. 8 AGVO dürfen die dem Innovationscluster insgesamt gewährten Investitions- und Betriebsbeihilfen einen Betrag in Höhe von 7,5

Clustern (Verbundförderung), Rn. 50; Immenga/Mestmäcker/Nowak, 5. Auflage, 2016, AGVO Art. 27 Rn. 7.

²³² Kommission, General Block Exemption Regulation, Frequently Asked Questions, Antworten zu den Fragen 131 und 134.

Mio. € nicht überschreiten. Die Einhaltung dieses Schwellenwerts begegnet vorliegend keinen Problemen.

Die Kosten für die Errichtung und den Betrieb des KDW in den ersten drei Jahren nach Gründung werden mit voraussichtlich 800.000,00 € jährlich veranschlagt. Diese sollen zur Hälfte aus Mitteln des MULNV NRW aufgebracht werden. Nach dem oben Gesagten (vgl. G.I.2.a)) ist jedenfalls insoweit von einer Begünstigung des KDW auszugehen. Selbst wenn man entgegen den obigen Darstellungen (vgl. dazu G.I.2.b)) auch die hälftige Übernahme der in den ersten drei Jahren anfallenden Kosten durch die übrigen öffentlichen Gründungsträger als Begünstigung des KDW einstufte, würde der Schwellenwert in Höhe von 7,5 Mio. € deutlich unterschritten. Die finanziellen Beiträge des MULNV NRW und der übrigen Gründungsträger belaufen sich in den ersten drei Jahren auf insgesamt 2,4 Mio. €. Auch unter Berücksichtigung etwaiger sonstiger geldwerter Beiträge der „anderen“ öffentlichen Gründungsträger (z. B. Raumangebote für Seminare, Referenten) dürfte eine Überschreitung der 7,5 Mio. €-Schwelle ausgeschlossen sein.

g) Beihilfeintensität (Art. 27 Abs. 6 und Abs. 9 AGVO)

Die Förderung von Innovationsclustern durch Investitions- und Betriebsbeihilfen ist grundsätzlich auf 50 % der jeweils beihilfefähigen Kosten beschränkt. Nur in Bezug auf Investitionsbeihilfen kann in Fördergebieten im Sinne von Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV ein Aufschlag von 5 % gewährt werden.

Anmerkung für Mandantin:

Der für notifizierungspflichtige Beihilfen der vorliegenden Art maßgebliche FuEuI-Unionsrahmen stellt hinsichtlich der Beihilfenhöchstintensitäten dieselben Beschränkungen auf wie Art. 27 AGVO (vgl. Anhang II zum FuEuI-Unionsrahmen). Dementsprechend wären die nachfolgend empfohlenen Vorkehrungen im Rahmen eines Notifizierungsverfahrens in gleicher Weise zu beachten.

Zu den sogenannten C-Fördergebieten in NRW zählen gemäß der Fördergebietskarte für Deutschland für die Förderperiode 2014 - 2020²³³ folgende Gemeinden: Kreisfreie Stadt Mönchengladbach, Kreisfreie Stadt Bottrop, Kreisfreie Stadt Gelsenkirchen, Castrop-Rauxel, Datteln, Dorsten, Herten, Marl, Waltrop, Kreisfreie Stadt Herne, Kreisfreie Stadt Bochum, Kreisfreie Stadt Dortmund, Bergkamen, Bönen, Lünen,

²³³ Kommission, Entscheidung vom 11.03.2014, Staatliche Beihilfe SA. 37423 – Deutschland: Fördergebietskarte 2014 - 2020, Annex.

Schwerte, Stadt Unna und Werne. Sollte das Innovationscluster in einer dieser Gemeinden angesiedelt werden, dürften dem Cluster gewährte Investitionsbeihilfen 55 % seiner Kosten für Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte abdecken. Für Betriebsbeihilfen bliebe es hingegen auch dann bei einer Beihilfenhöchstintensität von 50 %.

Völlig unproblematisch wäre die Einhaltung der zulässigen Beihilfehöchstintensität in Höhe von 50 % bzw. 55 %, wenn die Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung ergibt, dass die finanziellen und sonstigen geldwerten Beiträge anderer öffentlicher Gründungsträger neben dem MULNV NRW deren jeweiligen wirtschaftlichen Nutzen aus dem KDW nicht übersteigen (vgl. dazu oben G.I.2.b)). In diesem Fall läge eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung des KDW nur in Höhe der beabsichtigten 50 %-Finanzierung durch das MULNV NRW vor.

Demgegenüber würden seinen eigenen wirtschaftlichen Nutzen übersteigende Beiträge auch nur eines anderen öffentlichen Gründungsträgers zu einer höheren Beihilfenintensität als 50 % führen.

Soweit Letzteres nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, kann eine Überschreitung der zulässigen Beihilfehöchstintensität in Höhe von 50 % bzw. 55 % nur dadurch vermieden werden, dass sich private, nicht der öffentlichen Hand zuzurechnende Unterstützer finanziell in einem Umfang an den Kosten des KDW beteiligen, der eine zu mindestens 50 % beihilfenfreie Finanzierung sicherstellt. Dies setzt voraus, dass die bislang beabsichtigten (Finanzierungs-)Beiträge anderer öffentlicher Gründungsträger mindestens in dem Umfang durch eine private Finanzierung ersetzt werden, indem sie den wirtschaftlichen Nutzen des jeweiligen öffentlichen Trägers übersteigen würden.

Zwar könnte eine Einhaltung der Beihilfenhöchstintensität auch dadurch erreicht werden, dass die private Finanzierung in dem vorstehend beschriebenen Umfang an die Stelle des Zuschusses des MULNV NRW tritt. Aus Gründen, die nachfolgend noch ausgeführt werden (vgl. dazu unten G.II.1.h)aa)), würde dies eine beihilfenrechtskonforme Finanzierung des KDW jedoch gefährden. Denn die Sicherstellung der Beihilfenrechtskonformität von begünstigenden Maßnahmen der „anderen“ öffentlichen Gründungsträger ist gegenüber den beabsichtigten Zuwendungen des MULNV NRW mit einem deutlich höheren Aufwand und Rechtsunsicherheiten verbunden.

Aus vergaberechtlichen Gründen müsste die zur Einhaltung der Beihilfenhöchstintensität gegebenenfalls erforderliche private Teilfinanzierung durch externer Unterstützer

ohne eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung erfolgen. Im Falle einer eigenen Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung Privater wären die Voraussetzungen für eine u. U. vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit oder für eine In-House-Fähigkeit des KDW nicht erfüllt (vgl. dazu oben F.II. und F.III.).

Anmerkung für Mandantin:

Soweit eine Begünstigung des KDW durch (Finanzierungs-)Beiträge der „anderen“ öffentlichen Gründungsträger nicht ausgeschlossen und auch nicht durch eine an deren Stelle tretende Finanzierung durch externe private Unterstützer vermieden werden kann, wäre zu prüfen, wie die Vorgaben des Art. 27 AGVO zur Beihilfenhöchstintensität auf andere Weise „ausgeschaltet“ werden könnten.

Der einzige Weg, eine Beschränkung der zulässigen Förderintensität auf maximal 50 % bzw. bei Investitionsbeihilfen gegebenenfalls auf 55 % der beihilfefähigen Kosten auszuschließen, bestünde darin, das KDW in Anlehnung an das **Kompetenzzentrum Mittelstand 4.0 in Siegen** als unabhängige Forschung auszugestalten.

Das Kompetenzzentrum Mittelstand 4.0 wird nach unserem Verständnis als Kooperationsprojekt der beteiligten FuE-Einrichtungen im Bereich der unabhängigen FuE eingestuft. Dies ermöglicht eine Abdeckung sämtlicher Projektkosten der Partner durch öffentliche Fördermittel. Die Durchführung von Projekten der unabhängigen FuE durch FuE-Einrichtungen wird von der Kommission als nichtwirtschaftliche Tätigkeit eingestuft (Rn. 19 lit. a) i. V. m. Rn. 27 FuEuI-Unionsrahmen). Folglich unterliegen öffentliche Fördermaßnahmen zugunsten von Projekten der unabhängigen FuE nicht den Beschränkungen des Beihilfenrechts.

Im Fall des Kompetenzzentrums Mittelstand 4.0 ist eine vollständige Ausnahme der Tätigkeiten sämtlicher Partner bzw. dafür gewährter Fördermaßnahmen vom Anwendungsbereich des Beihilfenrechts möglich, weil es sich bei sämtlichen Projektpartnern um FuE-Einrichtungen im Sinne des Beihilfenrechts handelt.

Demgegenüber kommt eine Einordnung der Zusammenarbeit im Rahmen des KDW als nichtwirtschaftliches Kooperationsprojekt im Bereich der unabhängigen Forschung nicht in Betracht. Gemäß Rn. 19 lit. a) FuEuI-Unionsrahmen setzt die Zuordnung von Tätigkeiten der unabhängigen Forschung zum nichtwirtschaftlichen Bereich voraus, dass diese von FuE-Einrichtungen durchgeführt werden. Nach unserem Verständnis trifft dies auf keinen der in Rede stehenden Gründungsträger des

KDW zu. Die beihilfenrechtliche Definition des Begriffs „FuE-Einrichtung“ umfasst nur solche Einrichtungen, deren Hauptaufgabe in der Durchführung unabhängiger Forschung besteht (Rn. 15 lit. ee) FuEuI-Unionsrahmen).

Eine vollständige Ausnahme der beabsichtigten Anschubfinanzierung für das KDW vom Anwendungsbereich des Beihilfenrechts käme nur in Betracht, wenn das KDW seinerseits – unabhängig von dem originären Tätigkeitsspektrum seiner Träger – während des dreijährigen Förderzeitraums als FuE-Einrichtung angesehen werden könnte. Dies setzt voraus, dass die Tätigkeit des KDW während der Anlaufphase als solche als „Experiment“ etwa im Bereich der experimentellen Entwicklung eingestuft werden kann.

Zwar wird das KDW in den ersten drei Jahren nach Gründung nach den vorliegenden Informationen keine eigenen FuE-Projekte in Gestalt von Tests in Innovationslabs durchführen. Eine Einordnung des KDW als FuE-Einrichtung käme daher allenfalls in Betracht, wenn glaubhaft dargestellt werden könnte, dass sich die Vernetzungs-, Koordinierungs- und Transfertätigkeiten des KDW als solche durch bislang nicht (ausreichend) erprobte Methoden auszeichnen. Andernfalls handelte es sich bei den Tätigkeiten des KDW um „normale“, nach dem oben Gesagten jedenfalls überwiegend dem wirtschaftlichen Bereich zuzuordnende Aktivitäten einer Clusterorganisation (vgl. dazu oben G.I.3.).

Da das beabsichtigte Tätigkeitsspektrum des KDW (Erstberatung, Wissensmanagement, Wissenstransfer, Veranstaltungen, Netzwerkaktivitäten, Öffentlichkeitsarbeit, Betrieb der Homepage, Organisation von Ausstellungen in Showrooms) bei erster Betrachtung vielfach praktizierten Methoden anderer Clusterorganisationen entspricht, bedürfte es zu deren Einordnung als experimentelle Entwicklung eines gewissen Argumentationsaufwands. Dies wäre indessen der einzige Weg, sie als nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten aus dem Anwendungsbereich des Beihilfenrechts auszunehmen und dadurch eine über 50 % bzw. bis zu 100 % der Kosten des KDW abdeckende öffentliche Förderung beihilfenrechtskonform auszugestalten.

h) Allgemeine Freistellungsvoraussetzungen (Kapitel I der AGVO)

Wie bereits ausgeführt wurde, setzt die Freistellung von Beihilfen für Innovationscluster nicht nur die Erfüllung der vorstehend geprüften fallgruppenspezifischen, sondern auch die Beachtung der allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen gemäß Kapitel I der AGVO voraus (Art. 27 Abs. 1 AGVO).

aa) *Transparenz der Beihilfe (Art. 5 AGVO)*

Gemäß Art. 5 gilt die AGVO nur für sogenannte transparente Beihilfen. Beihilfen sind dann transparent, wenn sich der Brutto-Betrag der in ihr enthaltenen Begünstigung im Voraus ohne Durchführung einer Risikobewertung genau berechnen lässt. Andernfalls lässt sich nicht verlässlich feststellen, ob die für den jeweiligen Freistellungstatbestand der AGVO maßgebliche Anmeldeschwelle – vorliegend in Höhe von 7,5 Mio. € (Art. 4 Abs. 1 lit. k) AGVOAGVO) – und die Beihilfenhöchstintensität eingehalten sind.

Völlig unproblematisch ist die Überprüfung der Einhaltung der Anmeldeschwelle und der Beihilfenhöchstintensität bei Beihilfen, die – wie vorliegend mutmaßlich die Zuwendungen des MULNV NRW – in Form von Zuschüssen gewährt werden. Hier entspricht die Höhe der Beihilfe (sog. Bruttosubventionsäquivalent) dem Brutto-Betrag des gewährten Zuschusses, ohne dass es einer gesonderten Berechnung bedarf. Dementsprechend stellt Art. 5 Abs. 2 lit. h) AGVO ausdrücklich klar, dass es sich bei Beihilfen in Form von Zuschüssen um transparente Beihilfen handelt.

Demgegenüber wäre die genaue Berechnung eines in begünstigenden (Finanzierungs-)Beiträgen der anderen öffentlichen Gründungsträger enthaltenen Bruttosubventionsäquivalents mit praktischen Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheit verbunden.

Wie oben dargelegt (vgl. dazu G.I.2.b)), läge eine Beihilfe der anderen öffentlichen Gründungsträger für das KDW vor, soweit deren (Finanzierungs-)Beiträge ihren jeweiligen wirtschaftlichen Nutzen aus dem KDW übersteigen. Die genaue Ermittlung dieser Differenz setzt die Kenntnis des Wertes sowohl der Beiträge des jeweiligen Gründungsträgers als auch des für ihn aus der Tätigkeit des KDW resultierenden wirtschaftlichen Nutzens voraus. In Einzelfällen könnte es bereits schwierig oder jedenfalls aufwendig sein, den Wert der nichtfinanziellen Beiträge bzw. Eigenleistungen der Gründungsträger genau im Voraus zu bestimmen. Noch größere Schwierigkeiten dürfte die Quantifizierung des wirtschaftlichen Nutzens für den jeweiligen Träger aus den Tätigkeiten des KDW während des Förderzeitraums sein.

Auch vor dem Hintergrund des insoweit allenfalls mit großem Aufwand erfüllbaren Transparenzerfordernisses sollte daher darauf hingewirkt werden, dass eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung des KDW durch die (Finanzierungs-)Beiträge der anderen öffentlichen Gründungsträger vermieden wird. Zu diesem Zweck sollte an der bislang beabsichtigten Übernahme der hälftigen Kosten des KDW in den ersten drei Jahren durch die anderen öffentlichen Gründungsträger nur festgehalten werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass die Beiträge jedes dieser Träger im Vergleich zu seinem daraus resultierenden Nutzen von untergeordneter Bedeutung sind.

Andernfalls müsste sichergestellt werden, dass die Finanzierung durch die öffentlichen Gründungspartner in einem Umfang durch eine Finanzierung privater Unterstützer ersetzt wird, die eine beihilfenrechtliche Relevanz der Beiträge der öffentlichen Gründungsträger – also eine Differenz zwischen den Beiträgen und dem wirtschaftlichen Nutzen jedes öffentlichen Gründungsträgers – mit Sicherheit ausschließt. Denn die andernfalls aus einer beihilfenrechtlichen Relevanz der Beiträge der öffentlichen Gründungsträger resultierenden Probleme mit Blick auf das Transparenzfordernis wären in der Praxis, wie vorstehend dargelegt, nur schwer lösbar.

bb) Anreizeffekt der Beihilfe (Art. 6 AGVO)

Die AGVO gilt gemäß Art. 6 ferner grundsätzlich nur für solche Beihilfen, die einen Anreizeffekt haben. Das Erfordernis des Anreizeffekts soll Mitnahmeeffekte für solche Projekte ausschließen, die der Beihilfeempfänger in jedem Fall, d. h. auch ohne die staatliche Förderung, durchführen würde.

Für den Nachweis des Anreizeffekts ist es grundsätzlich ausreichend, dass der Beihilfenempfänger vor Beginn der Arbeiten für das Vorhaben bzw. die zu fördernde Tätigkeit einen schriftlichen Förderantrag bei dem Beihilfengeber gestellt hat (sogenannter formaler Anreizeffekt, Art. 6 Abs. 2 AGVO).

Wenn es sich bei dem Beihilfenempfänger um ein Großunternehmen handelt und die Beihilfe nicht auf der Grundlage einer beihilfenrechtskonformen Förderrichtlinie des Landes gewährt wird (sogenannte Ad-hoc-Beihilfe), muss sich der Beihilfengeber vor der Gewährung der Förderung zudem vergewissert haben, dass die Beihilfe zu einer signifikanten Erweiterung des Gegenstands, zu einer signifikanten Zunahme der Gesamtausgaben des Empfängers oder zu einem signifikant beschleunigten Abschluss des Vorhabens oder der Tätigkeit führen wird (sogenannter ökonomischer Anreizeffekt, Art. 6 Abs. 3 lit. b) AGVO).

Wenn 25 % oder mehr des Kapitals oder der Stimmrechte des Beihilfenempfängers direkt oder indirekt von einer oder mehreren öffentlichen Stellen einzeln oder gemeinsam kontrolliert werden, gilt der Beihilfenempfänger als Großunternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne (Art. 3 Abs. 4 in Anhang I zur AGVO). Nach Auskunft des MULNV NRW ist jedenfalls der ganz überwiegende Teil der anderen Gründungsträger dem öffentlichen Bereich zuzuordnen bzw. öffentlich kontrolliert. Folglich gilt das KDW für die Zwecke der AGVO als Großunternehmen. Sollten die beihilfenrechtlich relevanten Zuwendungen insbesondere des MULNV NRW nicht auf der Grundlage einer von der Kommission genehmigten oder ihrerseits an den Vorgaben der AGVO ausgerichteten Förderrichtlinie beruhen, müsste sich das MULNV NRW daher gemäß

Art. 6 Abs. 3 lit. b) AGVO vom Vorliegen eines ökonomischen Anreizeffekts überzeugen.

cc) *Veröffentlichungs- und Berichtspflichten (Art. 9 und Art. 11 AGVO)*

Nach Maßgabe der AGVO mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen sind zwar von der Pflicht zur vorherigen Notifizierung freigestellt. Gleichwohl hat der Beihilfengeber die in Art. 9 und Art. 11 AGVO geregelten Veröffentlichungs- und Berichtspflichten zu beachten. Diesbezüglich empfiehlt sich eine Abstimmung mit dem Beihilfenreferat des MWIDE NRW, das über eine detaillierte Erfahrung bei der Anwendung dieser Vorschriften verfügt.

2. Zwischenergebnis

Eine öffentliche Finanzierung des KDW könnte als Beihilfe für ein Innovationscluster gemäß Art. 27 AGVO beihilfenrechtskonform ausgestaltet werden. Beihilfen, die die Anforderungen dieser Vorschrift erfüllen, sind mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Notifizierungspflicht freigestellt.

Art. 27 AGVO setzt unter anderem voraus, dass die Räumlichkeiten, Anlagen und Tätigkeiten des Clusters mehreren Nutzern zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen offenstehen. Dies bedeutet, dass alle dem sachlichen und räumlichen Bestimmungszweck des Clusters unterfallenden Akteure, die durch ihr Wissen einen Mehrwert in das Cluster einbringen könnten, zu gleichberechtigten Konditionen Zugang zu gewähren ist. Damit wäre es unvereinbar, wenn die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag des KDW eine Beschränkung des Zugangs zu seinen Einrichtungen und Tätigkeiten auf bestimmte, abschließend aufgezählte Unternehmen/Partner vorsähe. Demgegenüber wäre die beabsichtigte Beschränkung der Trägerschaft auf bestimmte Mitglieder oder Gesellschafter unproblematisch.

Zudem müssen die Entgelte für die Nutzung der Anlagen und die Beteiligung an Tätigkeiten des Clusters dem Marktpreis entsprechen bzw. die dafür anfallenden Kosten des Clusterbetreibers widerspiegeln. Bei einer gemeinnützigen Ausgestaltung des KDW dürfte die bloße Abdeckung der anteiligen Kosten für die Inanspruchnahme bestimmter Dienstleistungen/Angebote durch die erhobenen Entgelte ohne Gewinnaufschlag ausreichend sein. Würde das KDW hingegen nicht als gemeinnützige Einrichtung ausgestaltet, sprechen überwiegende Gründe dafür, dass die Kommission einen angemessenen Gewinnaufschlag auf das zu zahlende Entgelt verlangen würde. Gemäß der Entscheidungspraxis der Kommission können Mitglieder bzw. Gesellschafter des

Clusters, die bereits Mitgliedsbeiträge, Gesellschaftereinlagen oder sonstige Eigenleistungen aufwenden, entsprechend reduzierte Preise für die Nutzung zahlen.

Die beihilfenrelevante Förderung des KDW müsste auf 50 % der beihilfefähigen Kosten beschränkt sein. Bei Ansiedlung des KDW in einer als sog. C-Fördergebiet anerkannten Gemeinde wäre mit Blick auf Investitionsbeihilfen ein Aufschlag in Höhe von 5 % zulässig. Die zulässige Beihilfenhöchstintensität würde unproblematisch eingehalten, wenn sich nur die hälftige Finanzierung durch das MULNV NRW als beihilfenrechtlich relevante Begünstigung erweist. Sollte sich demgegenüber herausstellen, dass die finanziellen und sonstigen geldwerten Beiträge auch nur eines anderen öffentlichen Gründungsträgers dessen wirtschaftlichen Nutzen aus dem KDW (nennenswert) übersteigen, wäre die zulässige Beihilfenhöchstintensität überschritten.

Daher sollte an der bislang beabsichtigten Übernahme der hälftigen Kosten des KDW in den ersten drei Jahren durch die „anderen“ öffentlichen Gründungsträger nur festgehalten werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass die Beiträge jedes dieser Träger im Vergleich zu seinem daraus resultierenden Nutzen von untergeordneter Bedeutung sind. Andernfalls müsste die Teilfinanzierung durch die „anderen“ öffentlichen Gründungspartner mindestens in Höhe der Differenz zwischen den Beiträgen der anderen Träger und deren jeweiligem wirtschaftlichen Nutzen durch eine Finanzierung privater Unterstützer ersetzt werden.

Aus vergaberechtlichen Gründen müsste die Einbindung privater Unterstützer ohne eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung geschehen. Eine eigene Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung Privater würde die Voraussetzungen für eine u. U. vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit oder für eine In-House-Fähigkeit des KDW ausschließen

H.

Steuerrecht

Steuerrechtliche Fragestellungen sind abstimmungsgemäß nicht geprüft worden. Diese Fragestellungen können im Übrigen sachgerecht auch nur für eine bestimmte Organisationsstruktur und der dem KDW übertragenen Aufgaben beantwortet werden.
