

Die vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit im Lichte aktueller Entscheidungspraxis

Professor Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.*

Behörden kooperieren vielfach bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Der Frage, ob hierbei das Vergaberecht zu beachten ist, kommt in der Praxis eine hohe Relevanz zu. Ihre unzutreffende Beantwortung ist zugleich mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden. Der nachfolgende Beitrag arbeitet unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der letzten Jahre heraus, unter welchen Voraussetzungen eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit außerhalb des Vergaberechts erfolgen kann.

I. Einleitung

Ob und unter welchen Voraussetzungen die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit dem Vergaberecht unterfällt, ist seit Langem Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen und wissenschaftlicher Erörterung. Hintergrund ist der Umstand, dass es für die Verpflichtung zur Beachtung des Vergaberechts durch einen öffentlichen Auftraggeber unerheblich ist, wer beauftragt werden soll. Zwar verweist § 103 I GWB zur Bestimmung des Begriffs des öffentlichen Auftrags auf die Beteiligung eines „Unternehmens“ als Partner des öffentlichen Auftraggebers. Das dadurch umgesetzte Europarecht verwendet stattdessen den präziseren Begriff des Wirtschaftsteilnehmers (Art. 2 I Nr. 5 VgRL¹) und meint damit „eine natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung ..., die ... auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren beziehungsweise die Erbringung von Dienstleistungen anbietet“ (Art. 2 Nr. 10 VgRL). Bei der gebotenen europarechtskonformen Auslegung² handelt es sich auch dann um einen öffentlichen Auftrag iSv § 103 I GWB, wenn ein öffentlicher Auftraggeber von einem anderen öffentlichen Auftraggeber eine Leistung erwirbt.³ Vorbehaltlich eines fehlenden Beschaffungscharakters⁴ oder des Vorliegens einer Ausnahme von der Anwendbarkeit des Vergaberechts im Einzelfall ist dieses daher auch in einer solchen Konstellation zu beachten.⁵

Knauff: Die vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit im Lichte aktueller Entscheidungspraxis(NZBau 2022, 261)

262

Zugleich steht europarechtlich außer Frage, dass in den Mitgliedstaaten „die öffentlichen Stellen frei entscheiden können, ob sie für die Erfüllung ihrer im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben auf den Markt zurückgreifen oder hiervon absehen wollen“.⁶ Seit seiner Reform 2016 enthält das Vergaberecht daher mit § 108 VI GWB, durch den Art. 12 IV VgRL in deutsches Recht umgesetzt wird, eine explizite Ausnahmeregelung. Danach findet das GWB-Vergaberecht keine Anwendung „auf Verträge, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern iSd § 99 Nrn. 1-3 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 Nr. 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 Nr. 1 erfasst sind.“

Der normative Gehalt der Regelung ist im Detail umstritten. Ihm soll im Folgenden unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis nachgegangen werden.

II. Vertragsform

In Anbetracht des Umstands, dass öffentliche Aufträge nach § 103 I GWB einen Vertragscharakter aufweisen, bezieht sich § 108 VI GWB als darauf bezogene Ausnahmeregelung der Anwendbarkeit des Vergaberechts ebenfalls seinem Wortlaut nach nur auf Verträge.⁷ Dies schließt nicht aus, dass eine Zusammenarbeit von Verwaltungsträgern auch anders begründet werden kann. Die Ausübung der grundsätzlichen mitgliedstaatlichen Autonomie der Verwaltungsorganisation⁸ führt dann aber grundsätzlich nicht zu einem potenziellen Konflikt mit vergaberechtlichen Anforderungen. Dies gilt insbesondere für die Gründung eines Zweckverbands durch mehrere Kommunen.⁹

Nach Auffassung des BGH kann die Vergabe eines öffentlichen Auftrags in einer Inhouse-Konstellation jedoch auch „durch einen anderen rechtsverbindlichen Akt erfolgen, etwa durch Gesellschafterbeschluss oder ... durch gesellschaftsrechtliche Weisung.“¹⁰ Beides kommt für die Begründung einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nicht in Betracht. Allerdings kann eine solche durchaus normativ begründet werden. Die Auffassung des BGH ist vor allem in der Annahme begründet, „dass es an einer vertragstypischen Gleichordnung von Auftraggeber und Betrautem fehlt (und) es ... sich um eine Form der ‚Selbstvornahme‘“¹¹ handle, welche die Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts rechtfertigt.¹² Ungeachtet der in Anbetracht des Wortlauts von § 103 I GWB geringen Überzeugungskraft dieser Rechtsprechung¹³ und der ausdrücklichen Hervorhebung des Synallagmas als Merkmal eines als öffentlicher Dienstleistungsauftrag zu qualifizierenden Vertrags durch den EuGH¹⁴ kann sie im Lichte des § 108 VI GWB als Bestätigung der Wertung dienen, dass unter den weiteren in der Norm genannten Voraussetzungen die Unanwendbarkeit des Vergaberechts auf die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht von der Art und Weise ihrer Begründung abhängt.

III. Beteiligte

§ 108 VI GWB bezieht sich nur auf Verträge, an denen ausschließlich öffentliche Auftraggeber beteiligt sind. Insoweit erfasst die Vorschrift insbesondere die interkommunale Zusammenarbeit¹⁵ einschließlich dem Abschluss von Verträgen zwischen den kommunalen Kooperationspartnern (nicht aber mit privaten Dritten) im Rahmen einer solchen.¹⁶ Auf die Frage einer Kontrolle¹⁷ kommt es insoweit nicht an, da § 108 VI GWB auf dem Gedanken der Gleichordnung beruht¹⁸ und von einem kooperativen Konzept der Aufgabenwahrnehmung ausgeht.¹⁹

Ob und in welchem Umfang eine Beteiligung von Privaten an gem. § 108 VI GWB kooperationsfähigen öffentlichen Auftraggebern zulässig ist, ist in der Literatur umstritten.²⁰ Fest steht allerdings, dass sie die Qualifikation als solcher iSv § 99 GWB und damit die Anwendbarkeit von § 108 VI GWB auf diesen nicht in Frage stellen.²¹ Die Vorschrift zielt gleichwohl auf eine Aufgabenerledigung durch Eigenmittel der Verwaltung ab.²² Konsens besteht jedoch im Anschluss an die EuGH-Rechtsprechung²³ dahingehend, dass keine Besser- oder Schlechterstellung eines privaten Unternehmens im Vergleich zu dessen Wettbewerbern²⁴ und daher kein Rückgriff auf private Unternehmen²⁵ erfolgen darf. Zutreffend hat das OLG Düsseldorf daher entschieden, dass § 108 VI GWB richtlinienkonform dahingehend auszulegen sei, dass die Norm ein Verbot für die an der Zusammenarbeit beteiligten öffentlichen Auftraggeber enthalte, ein privates Unternehmen im Zuge der Zusammenarbeit besserzustellen als seine Wettbewerber. Für den konkreten (und praktisch bedeutsamen²⁶) Fall der Softwarebereitstellung folge

„(a)us dem Besserstellungsverbot ..., dass die an der Zusammenarbeit beteiligten öffentlichen Auftraggeber über den Quellcode der Software verfügen und sie bereit sein müssen, ihn Auftragsinteressenten in dem nachgelagerten Markt der Pflege, Anpassung und Weiterentwicklung der Software zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus muss die Zurverfügungstellung des

Quellcodes genügen, um sicherzustellen, dass an abgeleiteten Aufträgen der Pflege, Anpassung und Weiterentwicklung der Software interessierte Unternehmen transparent, gleich und nicht diskriminierend behandelt werden.“²⁷

Dem ist ebenso zuzustimmen, wie es die Beteiligung an derartigen Kooperationen für Private unattraktiv macht.

IV. Gegenstand der Zusammenarbeit

Nach § 108 VI Nr. 1 GWB muss sich der Vertrag darauf beziehen, sicherzustellen, dass die von den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele

Knauff: Die vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit im Lichte aktueller Entscheidungspraxis(NZBau 2022, 261)

263

ausgeführt werden. Im Fokus steht insoweit die gemeinsame Wahrnehmung einer den beteiligten öffentlichen Auftraggebern jeweils²⁸ obliegenden öffentlichen Aufgabe. Eine spezielle Rechtsform ist hierfür nicht erforderlich.²⁹

1. Gemeinsames Ziel

Eine Ausnahme vom Vergaberecht nach § 108 VI GWB kommt des Weiteren nur in Betracht, wenn die beteiligten Auftraggeber gemeinsame Ziele verfolgen. Unerlässlich ist nach § 108 VI Nr. 1 GWB, dass der Vertrag Ausdruck einer Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern gerade in Bezug auf eine gemeinsame Erfüllung nicht notwendig identischer aber in einem Konnexitätsverhältnis stehender Aufgaben³⁰ sein muss. Der EuGH hat die maßgeblichen Anforderungen in seiner Remondis II-Entscheidung konkretisiert. Danach

„muss der Abschluss einer Kooperationsvereinbarung zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors das Ergebnis einer Initiative der Vertragsparteien zur Zusammenarbeit sein Der Aufbau einer Zusammenarbeit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors hat nämlich eine ihrem Wesen nach kollaborative Dimension, die bei einem unter die Vorschriften der RL 2014/24 fallenden Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags fehlt. Somit setzt die Ausarbeitung einer Kooperationsvereinbarung voraus, dass die Einrichtungen des öffentlichen Sektors, die eine solche Vereinbarung treffen wollen, gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren. ... Eine Zusammenarbeit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors beruht mithin auf einer gemeinsamen Strategie der Partner dieser Zusammenarbeit und setzt voraus, dass die öffentlichen Auftraggeber ihre Anstrengungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen bündeln.“³¹

Diese Voraussetzungen sind regelmäßig gegeben, wenn es sich bei der Tätigkeit um den beteiligten öffentlichen Auftraggebern gemeinsam³² obliegende Aufgaben handelt.³³

Der nationalen Rechtsprechung ist überdies eine Negativabgrenzung zu entnehmen. Nach zutreffender Auffassung des KG ist eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit von Behörden ausgeschlossen, wenn die betreffende Aufgabe weder übertragen noch kooperativ ausgeübt werden kann; auch „ist es nicht zulässig, das ‚Ziel‘ iSd § 108 VI Nr. 1 GWB soweit zu abstrahieren, dass auf einer entsprechend hohen Abstraktionsebene ein vermutlich gemeinsames Ziel erreicht wird. Andernfalls könnte ein gemeinsames Ziel stets in der Verfolgung allgemeingesellschaftlicher, von beiden Vertragsparteien unschwer begrüßter Vorzüge zu finden sein, womit § 108 VI Nr. 1 GWB als eigenständiges Kriterium leerliefe. Maßgebend für die Zielanalyse muss daher der konkrete Zweck sein, den die Parteien mit dem Vertrag verfolgen.“³⁴ Korrespondierend hat das OLG Koblenz in Bezug auf eine Beauftragung einer Gemeinde durch einen Landkreis mit ihm ausschließlich gesetzlich zugewiesenen Abfallentsorgungsaufgaben formuliert:

„Eine Vereinbarung, die lediglich zum Gegenstand hat, dass eine kommunale Gebietskörperschaft eine ihr allein obliegende Aufgabe ganz oder teilweise von einer anderen Gebietskörperschaft erledigen lassen will, die ohne diese Vereinbarung überhaupt nichts mit einer solchen Aufgabe zu tun hätte, fällt nicht unter § 108 VI GWB.“³⁵

Auch führt der Verlust einer Aufgabe bei einem der beteiligten öffentlichen Auftraggeber notwendigerweise dazu, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm nicht mehr gegeben sind. Das OLG Naumburg hat insoweit in Bezug auf die Betriebsführung der Abwasserbeseitigung durch eine Mitgliedsgemeinde eines hierfür nunmehr allein zuständigen Zweckverbands ausgeführt:

„Die öffentliche Aufgabe der Abwasserbeseitigung ist mit Gründung des Zweckverbandes auf diesen gem. § 83 I 3 LSA WG vollständig übergegangen und liegt damit – bezogen auf das Verbandsgebiet – ausschließlich bei dem Antragsgegner und nicht mehr bei den angeschlossenen Kommunen, die diese Aufgabe auf den Zweckverband delegiert haben. ... Da die Zuständigkeit für die Abwasserbeseitigung bezogen auf das Verbandsgebiet aber bei dem Antragsgegner liegt (§ 83 I 3 LSA WG), kann im Hinblick auf diese allein das Verbandsgebiet betreffende Pflichtaufgabe nicht mehr von einer gemeinsamen Aufgabenerfüllung im Sinne einer horizontalen kommunalen Kooperation ausgegangen werden. Vielmehr verhält es sich hier so, dass sich der Antragsgegner in dem ARGE-Vertrag der Beigeladenen als Verbandsmitglied zur Erfüllung bestimmter, ihm zugewiesener technischer Dienstleistungen bedient hat.“³⁶

2. Zusammenwirken bei Zielverfolgung

Zum Erreichen der gemeinsamen Ziele ist zudem ein darauf bezogenes gemeinsames Handeln der beteiligten öffentlichen Auftraggeber erforderlich. Dabei handelt es sich um eine zwingende, kumulativ zu erfüllende Anforderung, die normativ als öffentliche Dienstleistungserbringung charakterisiert wird. Der Begriff der öffentlichen Dienstleistung ist allerdings unscharf.

Insbesondere ist deren Abgrenzung zu sonstigen Dienstleistungen³⁷ bislang nicht abschließend geklärt. Grundsätzlich ist ein weites Verständnis geboten.³⁸ Entscheidend ist der Aufgabenbezug.

Die von § 108 VI Nr. 1 GWB erfasste Zusammenarbeit setzt bereits begrifflich wechselseitige Mindestbeiträge voraus.³⁹ Deren Ausgestaltung war zunächst umstritten. Während aufeinander bezogene Handlungsbeiträge unproblematisch den gesetzlichen Anforderungen genügen, wurde teilweise – auch durch die neuere, jedoch noch nicht auf § 108 VI GWB bezogene OLG-Rechtsprechung – abgelehnt, dass die Erbringung einer Leistung gegen Geld diesen entspricht,⁴⁰ teilweise wurde dies in Anknüpfung an die ältere EuGH-Rechtsprechung unter der Voraussetzung für zulässig angesehen, dass eine bloße Kostenerstattung erfolgt.⁴¹ Insoweit sprechen die Fassung des § 108 VI Nr. 1 GWB und ihrer europarechtlichen Grundlagen sowie deren Entstehungsgeschichte durchaus dafür, dass die zuvor ergangene strenge EuGH-Rechtsprechung, welche die gemeinsame Aufgabenerfüllung in einem engen Sinne in den Fokus stellte und die Vergaberechtsfreiheit „einkaufsanaloger“ Konstellationen ablehn-

Knauff: Die vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit im Lichte aktueller Entscheidungspraxis(NZBau 2022, 261)

264

te,⁴² modifiziert werden sollte.⁴³ Ebenso deutlich ist aber auch, dass typische Beschaffungsvorgänge im Sinne eines marktorientierten Leistungseinkaufs, die gerade keine Ausprägung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit sind, nicht von der Anwendung des Vergaberechts freigestellt werden sollten. Der EuGH hat diesbezüglich in der Remondis II-Entscheidung klargestellt, dass

„das Zusammenwirken aller Parteien der Kooperationsvereinbarung für die Gewährleistung der von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen unerlässlich ist und dass diese Voraussetzung

nicht als erfüllt angesehen werden kann, wenn sich der einzige Beitrag bestimmter Vertragspartner auf eine bloße Erstattung von Kosten ... beschränkt.“⁴⁴

Daran anschließend liegt nach dem OLG Koblenz keine Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber vor, die im Sinne des Ausnahmetatbestands des § 108 VI Nr. 1 GWB sicherstellt, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden, wenn der zugrunde liegende Vertrag ausschließlich den Erwerb einer Leistung gegen Zahlung eines Entgelts zum Gegenstand hat.⁴⁵

Nicht beantwortet ist damit jedoch die Frage, worauf sich die nichtfinanziellen Beiträge der beteiligten öffentlichen Auftraggeber erstrecken müssen. Das Erfordernis der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung wirft dann keine Schwierigkeiten auf, wenn die jeweiligen Handlungen unmittelbar der Erfüllung der gegenüber den Bürgern zu erbringenden öffentlichen Dienstleistung dienen. Dann bedarf es einer gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung jedoch häufig nicht. Bedeutsamer sind daher diejenigen Konstellationen, in denen einer der beteiligten öffentlichen Auftraggeber die „Hauptleistung“ erbringt, während seine Kooperationspartner auf Hilfs- und Nebenleistungen beschränkt sind. In der Rechtssache „Softwareüberlassung“ hat der EuGH insoweit zum einen klargestellt, dass gemeinsame Ziele nicht zwingend eine gemeinsame Erbringung ein- und derselben öffentlichen Dienstleistung verlangen. Vielmehr kann eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern vom Anwendungsbereich des Vergaberechts dann bereits ausgenommen sein, „wenn sich diese Zusammenarbeit auf Tätigkeiten bezieht, die zu den von jedem an der Zusammenarbeit Beteiligten – und sei es allein – zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen akzessorisch sind, sofern diese Tätigkeiten der wirksamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen dienen.“⁴⁶ Dies zugrunde gelegt, sind Handlungsbeiträge ohne oder von völlig untergeordneter Bedeutung für die spezifische Zielerreichung als unzureichend zu qualifizieren.⁴⁷ Eine stets begründbare äquivalente Kausalität dürfte kaum als genügend für die Inanspruchnahme der Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts anzusehen sein. Dies betrifft nach der älteren und insoweit nicht überholten Rechtsprechung des EuGH etwa marktgängige Beratungs- und Ingenieurs-⁴⁸ sowie Reinigungsleistungen.⁴⁹ Ungeachtet dessen erscheint gut vertretbar, dass zur Vergaberechtsfreiheit führende Beiträge auch solche Tätigkeiten umfassen können, die selbst bei isolierter Betrachtung keine öffentlichen Aufgaben darstellen.⁵⁰ Vielmehr kann die Zusammenarbeit grundsätzlich „alle Arten von Tätigkeiten erfassen.“⁵¹

Das Erfordernis der Zusammenarbeit ist darüber hinaus für die Ausgestaltung der Kooperation von Bedeutung. Diese muss nach der EuGH-Rechtsprechung eine „kollaborative Dimension“⁵² aufweisen, die nach hier vertretener Auffassung allerdings nicht per se und ungeachtet etwaiger Neubewertungen der Situation deshalb ausgeschlossen ist, wenn sich mehrere öffentliche Auftraggeber auf eine künftig gemeinsame Aufgabenwahrnehmung unter Nutzung existenter Strukturen eines an der Vereinbarung Beteiligten verständigen.⁵³ Gleichsinnig hat das OLG Naumburg das Bestehen von Kontroll- und Weisungsrechten als kooperationsfremd und einer Freistellung vom Vergaberecht nach § 108 VI GWB entgegenstehend qualifiziert, denn „(d)iese vertraglichen Regelungen sind kennzeichnend für ein Über- und Unterordnungsverhältnis und der damit verbundenen Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer im Sinne eines ‚normalen‘ ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrags.“⁵⁴ Eine wie auch immer geartete „Befehlsgewalt“ eines der beteiligten öffentlichen Auftraggeber gegenüber seinen Partnern ist damit ausgeschlossen. Es bietet sich insoweit an, die vom EuGH in Bezug auf die Inhouse-Vergabe entwickelten Maßstäbe für die Kontrolle eines gemeinsamen Unternehmens wertungsmäßig auf die vorliegende Konstellation zu übertragen. Insoweit darf „die über die Einrichtung ausgeübte Kontrolle nicht nur auf der Kontrollbefugnis der öffentlichen Stelle beruhen, die Mehrheitsaktionärin

der betreffenden Einrichtung ist, da andernfalls das Konzept der gemeinsamen Kontrolle ausgehöhlt würde".⁵⁵ Übertragen auf die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit bedeutet dies, dass die Entscheidungsfindung in Bezug auf die gemeinsame Aufgabenerfüllung an effektive Mitwirkungsbefugnisse aller beteiligten öffentlichen Auftraggeber geknüpft sein muss. Die im Recht der kommunalen Zusammenarbeit regelmäßig vorgesehene Beschlussfassung mit Mehrheit⁵⁶ genügt hierfür nur dann, wenn zugleich satzungsrechtlich gewährleistet ist, dass kleinere Partner nicht ohne Weiteres übergangen werden können.

V. Vertragsdurchführung

Die Durchführung der vertraglich begründeten Zusammenarbeit muss nach § 108 VI Nr. 2 GWB „ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt“ sein, mithin an der ordnungsgemäßen Erbringung der gemeinsam wahrzunehmenden Verwaltungsaufgabe(n) orientiert.⁵⁷ Die schließt insbesondere ein Gewinnerzielungsinteresse aus⁵⁸ mit der Folge, dass eine Beteiligung Privater an der Leistungserbringung die Erfüllung dieser Voraussetzung in Frage stellen kann.⁵⁹ Dies betrifft insbesondere den Fall, dass ein (materiell) Privater an dem leistungserbringenden Auftraggeber beteiligt ist. Bei einem –

Knauff: Die vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit im Lichte aktueller Entscheidungspraxis(NZBau 2022, 261)	265
---	-----

ergänzend zu materiellen Eigenbeiträgen geleistet⁶⁰ – bloßen Kostenersatz⁶¹ ist die Voraussetzung der ausschließlichen Determinierung durch das öffentliche Interesse dagegen unproblematisch erfüllt.

VI. Tätigkeitskriterium

Sinn⁶² und Regelungsgehalt des § 108 VI Nr. 3 GWB sind nach wie vor offen. Die Norm beschränkt nach hier vertretener Auffassung die Möglichkeit der vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit auf die Fälle, in denen die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt und damit im Wettbewerb⁶³ jeweils⁶⁴ weniger als 20 % der von der Zusammenarbeit erfassten konkreten⁶⁵ Tätigkeiten erbringen.⁶⁶ Die Berechnung des Anteils bezieht sich nach dem eindeutigen Wortlaut auf die jeweils beauftragte Tätigkeit,⁶⁷ mithin nicht auf alle sonstigen Leistungen gegenüber Dritten, und richtet sich nach § 108 VII GWB. Sofern der Fremdleistungsanteil über der 20 %-Schwelle liegt, entfällt die Freistellung vom Vergaberecht.⁶⁸

VII. Fazit

Dass die Kooperation von Behörden grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterfallen soll, ist in der Sache zwingend. Beschaffung und Erfüllung von Verwaltungsaufgaben stehen zwar häufig im Zusammenhang, weisen aber unterschiedliche Zwecke und Logiken auf, die durch § 108 VI GWB und die der Vorschrift zugrunde liegenden europarechtlichen Regelungen explizit anerkannt werden. Ungeachtet dessen ist nicht zu verkennen, dass erhebliche Anreize für öffentliche Auftraggeber bestehen, unter dem Deckmantel der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit vergaberechtliche Anforderungen zu umgehen.

Den durch die letzte Vergaberechtsreform formulierten gesetzlichen Vorgaben für die Vergaberechtsfreiheit von Verwaltungskooperationen hat die Rechtsprechung seither deutliche Konturen verliehen. Die Notwendigkeiten eines klaren Aufgabenbezugs, gemeinsamer Verantwortlichkeit und aufeinander bezogener Leistungsbeiträge zur unmittelbaren Aufgabenerfüllung stellen sicher, dass Beschaffungen in Gestalt von „Scheinkooperationen“ nicht vom Vergaberecht ausgenommen sind. Mag dessen Anwendung auch mitunter mühsam sein, ist

seine Geltung jenseits der Ausnahmen rechtsverbindlich vorgegeben und steht nicht zur Disposition einzelner Behörden. Für „echte“ Kooperationen bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben folgen aus dem Vergaberecht dagegen keine Hindernisse.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbes. Öffentliches Wirtschaftsrecht, an der Friedrich-Schiller-Universität Jena und Richter am OLG Jena (Vergabesenat).

¹ RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG, ABl. 2014 L 094, 65, zuletzt geändert durch Delegierte VO (EU) Nr. 2021/1952 der Kommission vom 10.11.2021 zur Änderung der RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABl. 2021 L 398, 23.

² Vgl. Beck VergabeR I/Hüttinger, 3. Aufl. 2017, GWB § 103 Rn. 75 ff.

³ S. nur EuGH ECLI:EU:C:2007:31 = NZBau 2007, 185 – Stadt Roanne; ECLI:EU:C:2009:357 = NZBau 2009, 527 Rn. 33 – Stadtreinigung Hamburg; ECLI:EU:C:2013:385 = NZBau 2013, 522 Rn. 29 – Piepenbrock; ECLI:EU:C:2015:664 = NZBau 2015, 784 Rn. 32 ff. = EuZW 2015, 908 mAnm Knauff EuZW 2015, 911 – Consorci Sanitari del Maresme; OLG Naumburg BeckRS 2017, 111379 = VergabeR 2017, 627 (640).

⁴ Gerlach VerwArch 2021, 64 (76 f.); ausführlich dazu Müller-Wrede GWB/von Engelhardt/Kaelble, 2016, GWB § 103 Rn. 45 ff.

⁵ MüKoWettbR/Reider, Bd. 3, VergabeR I, 2. Aufl. 2018, GWB § 103 Rn. 7.

⁶ EuGH ECLI:EU:C:2016:985 = NZBau 2017, 105 Rn. 39 – Remondis I.

⁷ Von einer „individualvertraglich begründeten“ Zusammenarbeit spricht daher BeckOK VergabeR/Voll, Stand 7/2021, GWB § 108 Rn. 62.

⁸ EuGH ECLI:EU:C:2016:985 = NZBau 2017, 105 Rn. 40 f. – Remondis I.

⁹ OLG Celle BeckRS 2017, 122917 = VergabeR 2017, 721; Siegel NZBau 2018, 507 (508); Gerlach VerwArch 2021, 64 (72 ff.).

¹⁰ BGH NZBau 2020, 179 = NVwZ 2020, 330 Rn. 31.

¹¹ BGH NZBau 2020, 179 = NVwZ 2020, 330 Rn. 31.

¹² Vgl. EuGH ECLI:EU:C:1999:562 = NZBau 2000, 90 Rn. 50 – Teckal.

¹³ Näher Hübner VergabeR 2020, 559.

¹⁴ EuGH ECLI:EU:C:2016:985 = NZBau 2017, 105 Rn. 43 – Remondis I.

¹⁵ Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, 5. Aufl. 2020, GWB § 108 Rn. 198 ff.; Gerlach VerwArch 2021, 64 (67 ff.).

¹⁶ Müller-Wrede GWB/von Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 83.

¹⁷ Vgl. für die Inhouse-Vergabe § 108 I Nr. 1, II GWB.

¹⁸ Beck VergabeR I/Gurlit, GWB § 108 Rn. 33; Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, GWB § 108 Rn. 196.

¹⁹ Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, GWB § 108 Rn. 232 ff.; Müller-Wrede GWB/von Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 73.

²⁰ Für eine Übertragung der „Stadt Halle“-Grundsätze auf den leistungserbringenden Kooperationspartner Beck VergabeR I/Gurlit, GWB § 108 Rn. 42; implizit Ziekow NZBau 2015, 258 (264); für eine differenzierende Lösung MüKoWettbR/Säcker/Wolf, GWB § 108 Rn. 78; für Unerheblichkeit HK-VergabeR/Pünder/Klafki, 3. Aufl. 2019, GWB § 108 Rn. 71; Siegel NZBau 2018, 507 (509 f.).

²¹ Vgl. Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, GWB § 108 Rn. 225; Müller-Wrede GWB/Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 75.

- 22 Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, GWB § 108 Rn. 225.
- 23 EuGH [ECLI:EU:C:2012:817](#) = NZBau 2013, 114 Rn. 38 – Lecce; [ECLI:EU:C:2020:395](#) = NZBau 2020, 461 Rn. 53 ff. – Softwareüberlassung.
- 24 Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, § 108 Rn. 225.
- 25 Müller-Wrede GWB/Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 88; Willenbruch/Wieddekind/Frenz, Vergaberecht, 4. Aufl. 2017, GWB § 108 Rn. 52; Horn VergabeR 2017, 229 (233).
- 26 Vgl. näher Koch/Siegmund/Siegmund, MMR 2021, 760.
- 27 OLG Düsseldorf NZBau 2021, 344 – IGNIS Plus.
- 28 Gerlach VerwArch 2021, 64 (89).
- 29 So bereits EuGH [ECLI:EU:C:2009:357](#) = NZBau 2009, 527 Rn. 47 – Stadtreinigung Hamburg.
- 30 Vgl. Gerlach VerwArch 2021, 64 (90 f.).
- 31 EuGH [ECLI:EU:C:2020:436](#) = NZBau 2020, 457 Rn. 32 ff. – Remondis II.
- 32 EuGH [ECLI:EU:C:2012:817](#) = NZBau 2013, 114 Rn. 37 – Lecce; [ECLI:EU:C:2013:385](#) = NZBau 2013, 522 Rn. 39 – Piepenbrock; OLG Naumburg BeckRS 2017, 111379 = VergabeR 2017, 627 (640).
- 33 Vgl. EuGH [ECLI:EU:C:2009:357](#) = NZBau 2009, 527 Rn. 37 f. – Stadtreinigung Hamburg; Beck VergabeR I/Gurlit, GWB § 108 Rn. 39.
- 34 KG 8.6.2020 – Verg 1002/20, BeckRS 2020, 45994 Rn. 21.
- 35 OLG Koblenz NZBau 2018, 381 Rn. 27.
- 36 OLG Naumburg BeckRS 2017, 111379 = VergabeR 2017, 627 (640 f.).
- 37 Für einen Ausschluss von Bau- und Liefertätigkeiten von Müller-Wrede GWB/Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 82.
- 38 Beck VergabeR I7Gurlit, GWB § 108 Rn. 37; MüKoWettbR/Säcker/Wolf, GWB § 108 Rn. 70; Siegel NZBau 2018, 507 (509).
- 39 MüKoWettbR/Säcker/Wolf, GWB § 108 Rn. 71.
- 40 OLG Koblenz BeckRS 2014, 23205 = ZfBR 2015, 308 (310); Müller-Wrede GWB/Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 84; tendenziell auch OLG Naumburg BeckRS 2017, 111379 = VergabeR 2017, 627 (641).
- 41 MüKoWettbR/Säcker/Wolf, GWB § 108 Rn. 71; Ziekow NZBau 2015, 258 (263); s. auch EuGH [ECLI:EU:C:2009:357](#) = NZBau 2009, 527 Rn. 43 – Stadtreinigung Hamburg. Nach EuGH [ECLI:EU:C:2013:385](#) = NZBau 2013, 522 Rn. 31 – Piepenbrock, lässt die Beschränkung auf die Kostenerstattung allerdings nicht die Qualifikation des Vertrags als entgeltlich entfallen, so dass dieser gleichwohl ein öffentlicher Auftrag sein kann.
- 42 EuGH [ECLI:EU:C:2012:817](#) = NZBau 2013, 114 Rn. 34 ff. – Lecce; [ECLI:EU:C:2013:385](#) = NZBau 2013, 522 – Piepenbrock.
- 43 Vgl. HK-VergabeR/Pünder/Klafki, GWB § 108 Rn. 66; Willenbruch/Wieddekind/Frenz, GWB § 108 Rn. 51; Krönke NVwZ 2016, 568 (573).
- 44 EuGH [ECLI:EU:C:2020:436](#) = NZBau 2020, 457 Rn. 29 – Remondis II.
- 45 OLG Koblenz 27.1.2021 – Verg 1/19, BeckRS 2021, 10061.
- 46 EuGH [ECLI:EU:C:2020:395](#) = NZBau 2020, 461 Rn. 62.
- 47 Für einen Ausschluss reiner Hilfstätigkeiten Müller-Wrede GWB/Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 79; Willenbruch/Wieddekind/Frenz, GWB § 108 Rn. 53; aA HK-VergabeR/Pünder/Klafki, GWB § 108 Rn. 66; BeckOK VergabeR/Voll, GWB § 108 Rn. 74a; Krönke NVwZ 2016, 568 (573).
- 48 EuGH [ECLI:EU:C:2012:817](#) = NZBau 2013, 114 Rn. 28 – Lecce.
- 49 EuGH [ECLI:EU:C:2013:385](#) = NZBau 2013, 522 – Piepenbrock; (nur) grundsätzlich zustimmend Horn VergabeR 2017, 229 (232).
- 50 Müller-Wrede GWB /Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 78.

- 51 VK Sachsen-Anhalt 29.6.2018 – 1 LSA VK 44/17, BeckRS 2018, 54442 Rn. 41.
- 52 EuGH ECLI:EU:C:2020:436 = NZBau 2020, 457 Rn. 32 – Remondis II.
- 53 So aber Krohn/Müller NZBau 2020, 491 (493); wie hier Burgi, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 11 Rn. 42.
- 54 OLG Naumburg BeckRS 2017, 111379 = VergabeR 2017, 627 (642).
- 55 EuGH ECLI:EU:C:2012:758 = NZBau 2013, 55 Rn. 30 – Econord.
- 56 Vgl. exemplarisch § 30 II ThürKGG.
- 57 Zu den zahlreichen Unklarheiten in diesem Kontext Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, GWB § 108 Rn. 255 ff.
- 58 OLG Naumburg BeckRS 2017, 111379 = VergabeR 2017, 627 (642); MüKoWettbR/Säcker/Wolf, GWB § 108 Rn. 73; Horn VergabeR 2017, 229 (233).
- 59 Müller-Wrede GWB/Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 89.
- 60 Vgl. VK Sachsen-Anhalt 29.6.2018 – 1 LSA VK 44/17, BeckRS 2018, 54442 Rn. 43.
- 61 Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, GWB § 108 Rn. 253; Müller-Wrede GWB/Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 87; Krönke NVwZ 2016, 568 (573).
- 62 Mag die Bestimmung auch für den Schutz privater Anbieter nicht zwingend notwendig sein, kommt ihre „Weginterpretation“ im Wege der teleologischen Auslegung (dafür Westen/Rose/Spiecker gen. Döhmman VergabeR 2021, 265 (272)) gleichwohl in Anbetracht ihrer Existenz im EU- wie auch GWB-Vergaberecht nicht in Betracht.
- 63 Müller-Wrede GWB/Engelhardt/Kaelble, GWB § 108 Rn. 92.
- 64 MüKoWettbR/Säcker/Wolf, GWB § 108 Rn. 76; Gerlach VerwArch 2021, 64 (94); aA Siegel NZBau 2018, 507 (509).
- 65 Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, GWB § 108 Rn. 268; BeckOK VergabeR/Voll, GWB § 108 Rn. 78.
- 66 Für ein abweichendes Verständnis dahingehend, dass die Auftraggeber mit ihrer Kooperation weniger als 20 % des Marktanteils für die betroffene Leistung einnehmen Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, GWB § 108 Rn. 269; Horn VergabeR 2017, 229 (233).
- 67 Dies hervorhebend Beck VergabeR I/Gurlit, GWB § 108 Rn. 41.
- 68 Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB/Portz, GWB § 108 Rn. 268; Krönke NVwZ 2016, 568 (573).