



Sächsischer
Städte- und
Gemeindetag

Modellkatalog Interkommunale Zusammenarbeit in Sachsen

Faktenblatt 3a
IKZ & Vergaberecht

Version 1.0
November 2024



Modellkatalog Interkommunale Zusammenarbeit in Sachsen

Faktenblatt 3a: Interkommunale Zusammenarbeit als öffentlicher Auftrag im Vergaberecht – Ein Überblick über die rechtliche Situation

Stand: November 2024

IKZ kann grundsätzlich ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts sein und damit von den Vergabevorschriften erfasst sein. Diesen Zusammenhang und die bestehenden Ausnahmen stellt dieses Faktenblatt dar, welches dazu in die folgenden drei Punkte untergliedert wurde:

1. IKZ als (vergabepflichtiger) öffentlicher Auftrag im Vergaberecht,
2. Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Vergaberechtes,
3. Ausnahmen innerhalb des Vergaberechts für IKZ – Vergabefreiheit nach 108 Abs. 6 GWB + ungeschriebenes Besserstellungsverbot.

1. IKZ als (vergabepflichtiger) öffentlicher Auftrag im Vergaberecht

Die Anwendung des Vergaberechts insgesamt (und darauf aufbauend auch die Prüfung eventueller Ausnahmetatbestände zur Begründung einer Vergabefreiheit) setzt voraus, dass es sich bei der zu betrachtenden IKZ um einen öffentlichen Auftrag handelt.

Dieser ist sowohl für den Oberschwellenbereich als auch für den Unterschwellenbereich in Sachsen durch § 103 Abs. 1 GWB definiert:

„Öffentliche Aufträge sind entgeltliche 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.“

Soweit eine Kommune als Beteiligte an einer IKZ Leistungen erbringt, ist sie bei einem weiten, funktionalen Verständnis des Unternehmerbegriffs als *Unternehmer im vergaberechtlichen Sinne* anzusehen.¹ Für die kommunale Zusammenarbeit wird es sich nahezu immer um die *Erbringung von Dienstleistungen* handeln, die eine Kommune für andere erbringt. Die *Entgeltlichkeit* ist auch dann gegeben, wenn lediglich eine Erstattung von Kosten vereinbart wurde.² Gemäß EuGH-Urteil vom 28.05.2020 (C-796/18) wurde klargestellt, dass sogar in „gegenseitig übernommenen Pflichten“ der Vertragspartner trotz der vereinbarten „kostenlosen“ Nutzung eine für einen öffentlichen Auftrag vorausgesetzte „Entgeltlichkeit“ gegeben sein kann.³

¹ vgl. Pfannkuch, Benjamin: „Vergaberechtliche Risiken bei der kommunalen Zusammenarbeit – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?“ in Die Gemeinde SH 3/2015, S. 65 f.; abgerufen unter https://www.shgt.de/fileadmin/download/die_gemeinde/zeitschrift_2015/Die_Gemeinde_03_2015.pdf.

² vgl. EuGH-Urteil vom 19.12.2012 (C-159/11), Rd.-Nr. 29.

³ StGB NRW-Mitteilung 440/2020 vom 04.06.2020; abgerufen unter <https://www.kommunen.nrw/informationen/mitteilungen/datenbank/detailansicht/dokument/eugh-kommunen-duerfen-auch-bei-software-entwicklung-grundsatzlich-ohne-ausschreibung-zusammenarbeite.html>

IKZ-Vereinbarungen können daher grundsätzlich als öffentliche Aufträge dem Vergaberecht unterfallen und sind somit nicht zwingend als vergabefrei zu bewerten.

Ist eine kommunale Kooperation NICHT als vergaberechtsfrei zu bewerten, folgt daraus, dass die avisierte Beauftragung in einem Vergabeverfahren erfolgen muss.

Damit ist der Abschluss einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nach SächsKomZG ausgeschlossen, da im Vergabeverfahren stets privatrechtliche Verträge eingegangen werden.

2. Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Vergaberechtes

In Rechtsprechung und Literatur lassen sich zwei Konstellationen finden, die dem Vergaberecht von vornherein entzogen sind:

Für die **Zusammenarbeit in spezifisch hoheitlichen Aufgaben** entfällt eine Anwendung des Vergaberechtes von vornherein, da eine Leistung privater Unternehmen ausgeschlossen ist (mit Ausnahme der für Kommunen unerheblichen Beileihung) und es somit auch keinen Markt aus Nachfrage und Angebot gibt.⁴

Mit Urteil vom 21.12.2016 (C-51/15) entschied der EuGH zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine **kommunale Zusammenarbeit mit Aufgabenübergang** durch Gründung eines Zweckverbandes vergabefrei erfolgen darf.

Folgende Voraussetzungen für eine **vergabefreie Kompetenzverlagerung hat der EuGH** formuliert:

„Eine solche die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffende Kompetenzübertragung liegt jedoch nur vor, wenn die **Übertragung sowohl die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten als auch die damit einhergehenden Befugnisse** betrifft, so dass die neuerdings zuständige öffentliche Stelle über eine eigene **Entscheidungsbefugnis und eine finanzielle Unabhängigkeit** verfügt.“⁵

Obwohl das EuGH-Urteil sich mit einer Zusammenarbeit in Form eines Zweckverbandes befasst hat, kann festgestellt werden, dass die Kooperation in einer eigens gebildeten, eigenständigen Rechtskörperschaft nicht als entscheidende Voraussetzung mit aufgeführt wurde oder anders entscheidungsprägend berücksichtigt wurde. Daher sollte es zulässig sein, die Voraussetzungen auch an andere Formen der Aufgabendelegation anzuwenden, insbesondere auf die **Aufgabenübertragung mittels delegierender Zweckvereinbarung**.⁶

⁴ vgl. Pfannkuch, S. 73.

⁵ EuGH-Urteil vom 21.12.2016 (C-51/15), Rd.-Nr. 55.

⁶ Zu diesem Ergebnis kommt auch StGB NRW-Mitteilung 457/2020 vom 16.06.2020, abgerufen unter <https://www.kommunen.nrw/informationen/mitteilungen/datenbank/detailansicht/dokument/eugh-zur-zusammenarbeit-bei-der-abfallentsorgung.html>.

3. Ausnahmen innerhalb des Vergaberechts für IKZ – Vergabefreiheit nach § 108 Abs. 6 GWB + ungeschriebenes Besserstellungsverbot

Ungeachtet der vorangestellten Betrachtungen wird es IKZ geben, die grundsätzlich dem Vergaberecht unterfallen würde und für die dementsprechend die Vergaberechtsfreiheit nach § 108 Abs. 6 GWB über ein s.g. **kooperatives Konzept** argumentiert werden muss.

Das kooperative Konzept muss dabei nachweisen, dass alle notwendigen Voraussetzungen kumulativ erfüllt werden. [Faktenblatt 14b](#) gibt weitere Hinweise, wie ein solches kooperatives Konzept aufgebaut werden kann.

§ 108 Abs. 6 GWB (Umsetzung von Art. 12 Abs. 4 „Vergaberichtlinie“ 2014/24/EU)

„Dieser Teil ist ferner nicht anzuwenden auf Verträge, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 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 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.“

Die im Folgenden näher betrachteten aufgeführten Voraussetzungen müssen alle gleichermaßen (kumulativ) erfüllt sein, um eine Vergabefreiheit zu begründen.

Zu Abs. 6 Nummer 1:

Die Anwendung der Vorschrift insbesondere mit Blick auf die Anforderungen an die notwendige „Zusammenarbeit zur Erreichung gemeinsamer Ziele“ wurde durch zwei Urteile des EuGHs aus 2020 maßgeblich mit ausgestaltet:

EuGH-Urteil vom 28.05.2020 (C-796/18)

Gegenstand der Zusammenarbeit der beteiligten öffentlichen Auftraggeber muss nicht zwingend die gegenüber dem Bürger zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen selbst sein. Es genügt 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.⁷

EuGH-Urteil vom 04.06.2020 (C-429/19)

Damit eine „Zusammenarbeit“ im Sinne der Vorschrift vorliegen kann, ist das **Zusammenwirken aller Parteien der Kooperationsvereinbarung** für die Gewährleistung der von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen unerlässlich. Diese Voraussetzung kann nicht als erfüllt angesehen werden, wenn sich der einzige Beitrag bestimmter Vertragspartner auf eine bloße Erstattung von Kosten beschränkt.⁸

⁷ vgl. EuGH-Urteil vom 28.05.2020 (C-796/18), Rd.-Nr. 27 u. 62.

⁸ EuGH-Urteil vom 04.06.2020 (C-429/19), Rd.-Nr. 29.

Außerdem muss der Abschluss einer Kooperationsvereinbarung zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors das Ergebnis einer **Initiative der Vertragsparteien zur Zusammenarbeit** sein.⁹⁺¹⁰

Dazu wird bei der Ausarbeitung einer Kooperationsvereinbarung **gemeinsam (!) der Bedarf und die Lösungen dafür definiert**.¹¹ 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**.¹²

„Die Zusammenarbeit setzt nicht voraus, 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.“¹³

In dem Urteil wurde außerdem klargestellt, dass die **Vereinbarung bloßer Absichtserklärungen keine Zusammenarbeit begründen, wenn diese in der Praxis gegenstandslos bleiben**.¹⁴

Zu Abs. 6 Nummer 2:

Zur weiteren Verhinderung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung soll mit dieser Regelung sichergestellt werden, dass die Zusammenarbeit dem Gemeinwohl dient, in dem sie bspw. auf die Daseinsvorsorge abzielt. Kommerzielle Interessen der Partner dürfen dagegen kein ausschlaggebendes Motiv für die Kooperation sein.¹⁵

Zu Abs. 6 Nummer 3:

„Nach § 108 Absatz 6 Nummer 3 dürfen die öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst wird. Ähnlich wie durch das Wesentlichkeitskriterium in Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 4 Nummer 2 soll damit sichergestellt werden, dass die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht zu Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privaten Unternehmen führt.“¹⁶ Die Regelung bezieht sich also (wie auch die Formulierung des Art. 12 Abs. 4 Buchstabe c) Richtlinie 2014/24/EU) auf am „offenen Markt“ erbrachte Leistungen.¹⁷ Dementsprechend fallen Tätigkeiten, die in kommunaler Zusammenarbeit erbracht werden, nicht mit darunter. Bedeutung kommt der Prüfung also nur zu, wenn die von der kommunalen Zusammenarbeit erfassten Leistungen auch privatwirtschaftlich angeboten werden.

⁹ vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. Juni 2009, Kommission/Deutschland, C-480/06, EU:C:2009:357, Rn. 38

¹⁰ EuGH-Urteil vom 04.06.2020 (C-492/19), Rd.-Nr. 32.

¹¹ EuGH-Urteil vom 04.06.2020 (C-492/19), Rd.-Nr. 33.

¹² EuGH-Urteil vom 04.06.2020 (C-492/19), Rd.-Nr. 34.

¹³ „Vergaberichtlinie“ 2014/24/EU, Erwägungsgrund 33.

¹⁴ vgl. EuGH-Urteil vom 04.06.2020 (C-492/19), Rd.-Nr. 35.

¹⁵ vgl. Rundschreiben zum Kommunalen Auftragswesen im Land Brandenburg vom 26.08.2019

¹⁶ Gesetzesbegründung – Bundestagsdrucksache 18/6281, S. 82.

¹⁷ vgl. Rundschreiben zum Kommunalen Auftragswesen im Land Brandenburg vom 26.08.2019, Gesch.Z.: 31-313-35; abgerufen unter https://mik.brandenburg.de/sixcms/media.php/9/Anhang_3_InhouseVergaben_und_interkommunale_Zusammenarbeit.pdf

Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Besserstellungsverbot

In seinem Urteil vom 28.05.2020 (C-796/18) stellte der EuGH zudem fest, dass als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal auch noch ein Besserstellungsverbot gilt.¹⁸ Dies wird unter anderem auch dann relevant, wenn in der Kooperation auf die Leistungen Dritter, die Marktteilnehmer sind, zurückgegriffen werden soll.

Grundsätzlich folgt aus dem Besserstellungsverbot, dass „die Aufgabenerledigung bei derartigen öffentlich-öffentlichen Kooperationen durch Eigenmittel der Verwaltung [erfolgt].

Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn eine juristische Person ihre Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auch anderen juristischen Personen, die inhaltlich dieselbe öffentliche Aufgabe zu erfüllen haben, gegen eine reine Kostenerstattung zur Verfügung stellt. (Kulartz/Kus/Portz/Pries, GWB § 108 Abs. 6 GWB RdNr. 209, n.F.)¹⁹.

¹⁸ EuGH-Urteil vom 28.05.2020 (C-796/18), Rd.-Nr. 76.

¹⁹ So die 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss 1 VK LSA 25/26 vom 16.12.2016; abgerufen unter https://lvwa.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/LVWA/LVWA/Dokumente/3_wirtschaft_kultur_verbrschutz_bau/301/Vergabekammer/beschlVK1/25-16.pdf