

## KOMMENTAR

**Vergaberecht vs. Verwaltungskooperation**

**(BS/Dr. Martin Schellenberg) Manchmal bringt ein Tropfen aus der Provinz das Fass zum überlaufen. In diesem Fall kommt der Tropfen aus dem beschaulichen Naumburg, Sitz des für Sachsen-Anhalt zuständigen Oberlandesgerichts. Was das OLG Naumburg am 03.06.2022 (AZ.: 7 Verg 1/22) entschieden hat, birgt Sprengstoff für die ohnehin fragile digitale Transformation der Verwaltung.**

Dabei hatte sich das Gericht gar nicht mit der Digitalisierung befasst. Gegenstand war vielmehr die Abwasserentsorgung. Zu beurteilen war ein Geflecht von öffentlichen Unternehmen, an denen verschiedene Kommunen beteiligt waren. Eines dieser Unternehmen sollte die Betriebsführung seiner Schwestergesellschaft übernehmen.

Das OLG Naumburg hat dies für unzulässig gehalten, weil Auftraggeber und Auftragnehmer nur teildentische Gesellschafter hatten. Die Stadt Wernigerode hielt zwar an beiden Gesellschaftsanteilen, am Auftragnehmer waren jedoch noch andere Kommunen beteiligt. Bisher ist man in der Rechtswissenschaft überwiegend davon ausgegangen, dass derartige „Halbschwester-Aufträge“ zulässig sind.

Besonders pikant: Das OLG hat die Gesetzesmaterialien geprüft und festgestellt, dass der Gesetzgeber eine ausschreibungsfreie Zusammenarbeit in diesem Fall zulassen wollte. Er habe jedoch versäumt, dies im Text zu berücksichtigen.

Für die digitale Transformation der deutschen Verwaltung – und damit sind wir beim Thema – ist die ausschreibungsfreie Zusammenarbeit der Verwaltung essenziell. Im föderalen Bundesstaat müssen über 30.000 unabhängige rechtliche Verwaltungseinheiten mit sicherer IT ausgestattet werden. Dies kann nur durch intensive Kooperation gelingen. Die benötigten Leistungen werden arbeitsteilig entwickelt und dann allen Verwaltungseinheiten zur Verfügung gestellt.

Eine Ausschreibungspflicht derartiger Leistungen von Verwaltung zu Verwaltung wäre das Ende der Kooperation. Eine arbeitsteilige Zuständigkeitsverteilung für die einzelnen IT-Bereiche wäre dann nicht mehr möglich.

Essenziell für die digitale Transformation ist es also, dass die Verwaltung für derartige Kooperationen von der Ausschreibungspflicht befreit ist. Das deutsche Vergaberecht sieht im § 108 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ein komplexes System vor, nach dem sich



**RA Dr. Martin Schellenberg** ist Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Hamburg.

Foto: BS/privat

beurteilt, ob die öffentliche Hand ausschreibungsfrei kooperieren darf oder ob sie die Leistung am Markt ausschreiben muss.

Dieses System hat sich bereits bisher als hinderlich für die Verwaltungsdigitalisierung erwiesen. Mit großem Aufwand haben Bund, Länder und Kommunen ein Geflecht von gemeinsamen Gesellschaften, Genossenschaften und Anstalten errichtet, über die sie vergaberechtsfrei kooperieren können. Manche dieser Konstrukte sind „doppelstöckig“ gefasst. Eine kleinere Kommune kann so z. B. über einen Verband auf Leistungen zugreifen, die der Verband bei einem anderen Verband bezieht, an dem wiederum der Auftragnehmer beteiligt ist. Diese Konstruktionen sind vorwiegend der Einhaltung des Vergaberechts geschuldet.

Mit dem Beschluss des OLG Naumburg vom 03.06.2022 kommt nun zusätzliche Unsicherheit ins System. „Halbschwester-Aufträge“ wären nicht mehr zulässig, wenn der Beschluss von anderen Gerichten aufgegriffen würde. Daher schickt die Entscheidung bereits jetzt Schockwellen in die entsprechenden Institutionen.

Dringend erforderlich ist es nun, dass der Gesetzgeber reagiert. Im Rahmen der ohnehin anstehenden Reform des Vergaberechts muss er die „Inhouse-Regelungen“ reformieren und Rechtssicherheit für die Verwaltungskooperation herstellen.