

Gutachten

Evaluierung der Kieler Beschlüsse II

20. August 2014

Das vorliegende Dokument wurde im Auftrag des IT-Planungsrats erstellt.



Rechts- und verwaltungswissenschaftliche Gutachter:

Eike Richter (freier Mitarbeiter BearingPoint, Universität Hamburg)

Prof. Indra Spiecker (freie Mitarbeiterin BearingPoint, Goethe-Universität Frankfurt)

Prof. Arndt Schmehl (freier Mitarbeiter BearingPoint, Universität Hamburg)

Vergaberechtliche Gutachter:

Dr. Gerung von Hoff (PricewaterhouseCoopers Legal AG Rechtsanwaltsgesellschaft)

Dr. Friedrich Hausmann (PricewaterhouseCoopers Legal AG Rechtsanwaltsgesellschaft)

Dr. Annette Mutschler-Siebert (K&L Gates LLP)

Weitere Autoren:

Philip Hauth (BearingPoint)

Antje Matten (BearingPoint)

Inhaltsverzeichnis

0	Zusammenfassung	9
1	Einleitung	11
1.1	Zielsetzung und Funktion des Gutachtens	11
1.2	Gegenstand und Erkenntnisinteresse des Gutachtens	11
1.3	Hintergründe und vorangegangene Untersuchungen	12
1.4	Fortgang und Gliederung der Untersuchung	13
2	Begriffliche Vorklärungen und Methoden	14
2.1	Kooperation und „Kooperationsverwaltungsrecht“	14
2.2	„Verwaltungskooperationen zum Einkauf, zur Entwicklung, zur Pflege und zum Betrieb von Software, insbesondere auf Grundlage vertraglicher Vereinbarungen“	15
2.2.1	Kooperationsakteure: Kooperationspartner und ihre Organe	16
2.2.1.1	Kooperationspartner: Rechtsträger in Bund, Ländern und Kommunen.....	16
2.2.1.2	Kooperationspartnerorgane	17
2.2.2	Kooperationsgegenstände: Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software	17
2.2.3	Typische Kooperationskonstellationen	19
2.2.4	Kooperationsbereiche: Aufgabe und Inhalt, Organisation und Verfahren sowie Finanzierung der Kooperation	21
2.2.5	Kooperations(rechts)formen: Staatsverträge, Verwaltungsvereinbarungen und Koordinationsabsprachen	23
2.2.6	Kooperationsaspekte	25
2.3	Gewählte Vorgehensweisen und angewandte Methoden im Übrigen	26
3	Analyse der bestehenden Kooperationspraxis	29
3.1	Bestandsaufnahme	29
3.2	Klassifizierung der Kooperationen	30
3.3	Inhaltliche Analyse der vertraglichen Kooperationen	30
3.3.1	Analyse der Partnerstruktur	31
3.3.2	Analyse des Kooperationsgegenstands	32
3.3.3	Analyse der Vertragsformate	35
3.3.4	Analyse der Vertragsinhalte	37
3.4	Risiken für den Erfolg von Kooperation	41
4	Grundlagen der Machbarkeit (vertraglicher) Kooperation	42
4.1	Methode und Vorgehen	42
4.1.1	Machbarkeitsprüfung: Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtsgestaltung	42
4.1.2	Weiteres Vorgehen	44
4.2	Allgemeine Anforderungen an die rechtliche und rechtsförmliche Ausgestaltung von Kooperationen	44
4.2.1	Rechtsformübergreifende Anforderungen und Zweckmäßigkeitserwägungen ..	46
4.2.1.1	Anforderungen im Zuge der Kooperationsanbahnung	46
4.2.1.2	Anforderungen an die Verschriftlichung von Kooperationsregelungen	47
4.2.1.3	Anforderungen an Information, Transparenz und Geheimnisschutz von Kooperationsregelungen	48

4.2.1.4	Ausschluss und Einschränkungen vertraglicher Kooperation durch bestehende institutionelle Kooperationen (insbes. „DVZ-Gesetze“)	50
4.2.1.5	Anforderungen des Datenschutzes und der IT-Sicherheit an Kooperationsregelungen	52
4.2.1.6	Vorgaben des IT-Planungsrats an Kooperationsregelungen	53
4.2.1.7	Vergaberechtliche Anforderungen an Kooperationsregelungen (an und für sich)	54
4.2.2	Vertragliche Kooperationsformen	55
4.2.2.1	Staatsvertrag	57
4.2.2.2	Verwaltungsvereinbarung (Verwaltungsabkommen und interkommunale Vereinbarungen)	60
4.2.2.2.1	Verwaltungsabkommen	61
4.2.2.2.2	Interkommunale Vereinbarungen	62
4.2.2.3	Koordinationsabsprache	67
4.2.2.4	Insbesondere: Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT)	67
4.2.2.5	Insbesondere: Umgang mit Ungewissheiten, insbesondere Verwendung salvatorischer Klauseln	69
4.2.3	Vertragsäquivalente Kooperationen durch Beschlüsse und Entscheidungen des IT-Planungsrats nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 IT-StV	70
4.2.4	Vertragsäquivalente Kooperation im Wege der Amtshilfe	72
4.3	Kooperationspartner	73
4.3.1.	Partnerkonstellationen der Kooperation	74
4.3.1.1	Rechtliche Grenzen und Rahmenbedingungen	74
4.3.1.1.1	Verbot der Mischverwaltung	74
4.3.1.1.2	Sonstige Grenzen der Kooperation von Bund, Ländern und Kommunen	74
4.3.1.1.2.1	Systemverschiebungen durch IT-Verlagerung; Rechte zur Teilnahme an Kooperationen	74
4.3.1.1.2.2	Beteiligung des IT-Planungsrats wegen dessen Koordinationsaufgabe nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 IT-StV	75
4.3.1.1.2.3	Weitere Aufgaben des IT-Planungsrats, etwa nach Art. 91c Abs. 4 GG	76
4.3.1.2	Zweckmäßigkeitserwägungen in Bezug auf die Gestaltungsspielräume und dabei zu beachtende rechtliche Anforderungen	77
4.3.2	Insbesondere: Beitrittsoffene Kooperationen	78
4.4	Kooperationsbereich Aufgabe und Inhalt	79
4.4.1	Die vergaberechtlichen Grenzen und Vorgaben der Eingehung von Kooperationen im Allgemeinen	80
4.4.1.1	Anwendbarkeit des Vergaberechts	81
4.4.1.1.1	Öffentliche Auftraggeber	81
4.4.1.1.2	Öffentlicher Auftrag	82
4.4.1.1.2.1	Rechtsnatur des abzuschließenden Vertrags	82
4.4.1.1.2.2	Unternehmensbegriff	82
4.4.1.1.2.3	Entgeltlichkeit	83
4.4.1.1.3	Schwellenwerte	84
4.4.1.2	Vergaberechtliche Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht	84
4.4.1.2.1	Ausnahme für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen	85
4.4.1.2.1.1	Tatbestandsvoraussetzungen § 100 Abs. 4 Nr. 2 GWB	85
4.4.1.2.1.2	Einschätzung der Praxisrelevanz für vertragliche IT-Kooperationen	86
4.4.1.2.2	In-house-Ausnahme	86
4.4.1.2.2.1	Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle	87
4.4.1.2.2.2	Wesentlichkeitskriterium	88
4.4.1.2.2.3	Einschätzung der Praxisrelevanz für vertragliche IT-Kooperationen	89
4.4.1.2.3	Interkommunale Kooperation bzw. horizontale Zusammenarbeit	89
4.4.1.2.3.1	Allen beteiligten Auftraggebern obliegende öffentliche Aufgabe	90
4.4.1.2.3.2	Neue EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU	92
4.4.1.2.3.3	Einschätzung der Praxisrelevanz für vertragliche IT-Kooperationen	94



4.4.1.2.4	Nur ein Anbieter – Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb	94
4.4.1.2.4.1	Tatbestandsvoraussetzungen § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A	94
4.4.1.2.4.2	Einschätzung der Praxisrelevanz für vertragliche IT-Kooperationen	96
4.4.1.3	Erlangung von vergaberechtlicher Rechtssicherheit.....	96
4.4.1.4	Kündigungsmöglichkeit für die Kooperation aus vergaberechtlichen Gründen .	97
4.4.2	Vergaberechtliche Besonderheiten verschiedener Kooperationsoptionen	98
4.4.2.1	Eingehen oder Verlängerung der Kooperation als vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang	98
4.4.2.2	Vergabe- und kartellrechtliche Aspekte von Einkaufsgemeinschaften.....	100
4.4.2.2.1	Vergaberechtliche Aspekte von Einkaufsgemeinschaften	100
4.4.2.2.2	Kartellrechtliche Aspekte von Einkaufsgemeinschaften	101
4.4.2.3	Beitritt von Auftraggebern zu bestehenden Rahmenvereinbarungen	103
4.4.2.3.1	Rahmenvereinbarung als geschlossenes System	104
4.4.2.3.2	Keine Einbeziehung von öffentlichen Auftraggebern über Öffnungsklausel....	104
4.4.2.4	Eigenentwicklung innerhalb der Kooperation	105
4.4.2.4.1	Unentgeltlichkeit der Leistungserbringung.....	106
4.4.2.4.2	Horizontale Kooperation.....	106
4.4.2.5	Vergaberechtliche Aspekte von Betriebskooperationen	107
4.4.2.5.1	Kein In-house-Geschäft mangels Kontrolle	107
4.4.2.5.2	Horizontale Kooperation.....	107
4.4.2.5.3	Es gibt nur einen Anbieter für die Betriebsleistung	108
4.4.3	Datenschutz- und IT-sicherheitsrechtliche Anforderungen	109
4.4.4	Anforderungen des Urheber- und des sonstigen Informationsrechts	110
4.4.5	Ausschluss weiterer Kooperationen	110
4.5	Kooperationsbereich Organisation und Verfahren	111
4.5.1	Rechtliche Grenzen und Rahmenbedingungen.....	112
4.5.2	Ausfüllung bestehender Gestaltungsspielräume und Aspekte ihrer rechtsgestalterischen Umsetzung	114
4.6	Kooperationsbereich Finanzierung	118
4.6.1	Lastenverteilung zwischen den Kooperationspartnern	119
4.6.1.1	Rechtliche Grenzen und Rahmenbedingungen.....	119
4.6.1.1.1	Verhältnis des Bundes zu Ländern: Getrennte Finanzierungsverantwortung als Regel und Mischfinanzierung als Ausnahme.....	120
4.6.1.1.2	Verhältnis zwischen den Ländern: v.a. zur Grenze des Art. 107 Abs. 2 S. 1 GG	124
4.6.1.1.3	Verhältnis zwischen den Kommunen: finanzielle Eigenverantwortung der Gemeinden	125
4.6.1.1.4	Verhältnis der Länder zu ihren Kommunen: Verursachungskonnexität	126
4.6.1.2	Zweckmäßige Ausfüllung bestehender Gestaltungsspielräume zur Lasten- und Einnahmenverteilung: Modelle kooperativer Finanzierungsstrukturen.....	126
4.6.1.2.1	Zentrale Finanzierung	128
4.6.1.2.2	Übergreifend koordinierte Finanzierung	128
4.6.1.2.3	Kommunaler Finanzausgleich unter fachlicher Koordination eines Landes	130
4.6.1.2.4	Abschließend: vergaberechtliche Implikationen der Finanzausgestaltung sowie Erfolgshinweise aus der Praxis der Kooperationsfinanzierung	131
4.6.2	Einnahmeverteilung zwischen den Kooperationspartnern	132
4.6.3	Haushalterische Umsetzung beim einzelnen Kooperationspartner.....	133
4.6.3.1	Haushaltsrechtliche Grenzen und Rahmenbedingungen.....	133
4.6.3.1.1	Bundesebene.....	134
4.6.3.1.2	Landesebene	138
4.6.3.1.3	Kommunale Ebene	139

4.6.3.2	Zweckmäßige Ausfüllung bestehender Gestaltungsspielräume zur haushalterischen Umsetzung.....	141
5	Hervorzuhebende Regelungsbedarfe	143
6	Anlage: Übersicht untersuchter Kooperationen	148

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Systematik von Kooperationsbereichen und Kooperationsgegenständen	26
Abbildung 2:	Partnerstruktur der Untersuchungsstichprobe	31
Abbildung 3:	Kooperationsgegenstand der Untersuchungsstichprobe	33
Abbildung 4:	Bedarfs- und Schwerpunkteinschätzung für Kooperationen	34
Abbildung 5:	Verteilung des Vertragsformats in der Untersuchungsstichprobe	36
Abbildung 6:	Beispielgliederungen Kooperationsvereinbarung	38
Abbildung 7:	Verteilung der Vertragsinhalte in der Untersuchungsstichprobe	39
Abbildung 8:	Systematik von Kooperationsbereichen und -gegenständen	43

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Übersicht EVB-IT-Vertragstypen	69
Tabelle 2:	Überblick der Regelungsbereiche von Kooperationsvereinbarungen	147
Tabelle 3:	Übersicht der untersuchten Kooperationen	154

0 Zusammenfassung

Im Auftrag des IT-Planungsrats wurde unter Federführung des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport im Rahmen einer offenen Bund-Länder-Arbeitsgruppe ausgehend von den Kieler Beschlüssen die Umsetzung von vertraglichen Kooperationen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden im Bereich Datenverarbeitung und Informationstechnik untersucht. Im Mittelpunkt des Gutachtens stehen Gestaltungsvarianten zur Sicherstellung rechtskonformer gemeinsamer Beschaffung, Entwicklung und Pflege und rechtskonformen gemeinsamen Betriebs von Softwarelösungen unter vorrangiger Betrachtung von vertraglichen Kooperationen für die öffentliche Verwaltung in Deutschland. Im Rahmen des Gutachtens wurden Erfolgsfaktoren und Hemmnisse der heutigen Kooperationspraxis sowie die rechtlichen Rahmenbedingungen für föderale Kooperationen mit dem Ziel der Beschaffung, der Entwicklung, des Betriebs und der Pflege von Softwarelösungen untersucht.

Im Ergebnis wurden folgende zentrale Erkenntnisse gewonnen:

- Im Einzelfall ist genau zu bestimmen, worin das „Kooperative“ besteht, also was der Gegenstand der jeweiligen Kooperation ist. Hier liegt aufgrund der Vielgestaltigkeit der Kooperationspraxis ein entscheidender Schlüssel, um den jeweiligen konkreten Umständen der angestrebten Kooperation Rechnung zu tragen.
- Um festzustellen ob eine Kooperation machbar ist, sollten drei zentrale, aufeinander aufbauende Fragen betrachtet werden:
 1. welche Grenzen den Kooperationsbeteiligten durch das Recht für die Kooperation gezogen werden (Rechtmäßigkeitserwägungen),
 2. wie der ggf. damit eröffnete Kooperationspielraum zweckmäßig – also etwa wirtschaftlich sinnvoll, effektiv und strategisch klug – ausgefüllt werden sollte (Zweckmäßigkeitserwägungen) und
 3. wie die so in Betracht kommenden Kooperationslösungen rechtlich umgesetzt bzw. ausgestaltet werden müssen, um die Kooperationslösung rechtsicher zu machen (Rechtsgestaltungserwägungen).
- Wichtige rechtliche Rahmenbedingungen, die im Zweifel bei Eingehen jeder der in diesem Gutachten betrachteten Softwarekooperationen zu beachten sind, werden durch das Vergaberecht gesetzt.
- Während die entgeltliche Beschaffung von Software sowie Entwicklungs-, Betriebs- oder Pflegeleistungen durch öffentliche Auftraggeber entsprechend der jeweiligen vergaberechtlichen Vorgaben auszuschreiben ist, ist die unentgeltliche Zurverfügungstellung solcher Leistungen zwischen öffentlichen Kooperationspartnern oder beispielsweise die Kooperation auf der Grundlage der Ausnahmenvorschriften für die sogenannte „interkommunale Zusammenarbeit“ bzw. „horizontale Kooperation“ im Grundsatz ausschreibungsfrei möglich.

- Vor diesem Hintergrund ist bereits bei den Grundüberlegungen zu Inhalt und Ausgestaltung einer Kooperation hinsichtlich Beschaffung, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Softwarelösungen der vergaberechtliche Rahmen zu beachten und die Kooperation je nach den Zielen und Bedürfnissen der Kooperationspartner entsprechend zu gestalten.
- Im Ergebnis der Untersuchung bestehender Kooperationen wurden zwölf Bereiche identifiziert, die häufig berücksichtigt wurden. Die eingeübte Praxis spricht dafür, diese Bereiche als Bestandteil einer Kooperationsvereinbarung in Betracht zu ziehen. Der individuelle Regelungsbedarf der folgenden Bereiche sollte im Rahmen der Kooperationsplanung geprüft werden:
 - Zielsetzung,
 - Gegenstand der Kooperation bzw. Kooperationszweck,
 - Inkrafttreten/ Geltungsdauer/ Laufzeit,
 - Beendigung,
 - Nachträglicher Beitritt,
 - Vertraulichkeit, Nutzungsrechte/ Ergebnisweitergabe,
 - Haftung/ Haftungsausschluss/ Gewährleistung,
 - Technische Standards/ Methoden/ Regeln,
 - Organisation,
 - Steuerung,
 - Beschaffung,
 - Aufwand und Kosten,
 - Finanzierung,
 - Änderungen bzw. Änderungsbedarf,
 - Übergangsregelung und
 - Einzelvereinbarungen.
- Innerhalb dieser Bereiche kann die Machbarkeitsprüfung mit Hilfe des genannten Dreischritts „Rechtmäßigkeitsprüfung, Zweckmäßigkeitsprüfung, Rechtsgestaltungsprüfung“ erfolgen. So kann in Abhängigkeit von den jeweiligen Kooperationspartnern, -bereichen, -gegenständen und -inhalten gezielt, umsichtig und vorausschauend der jeweilige (ggf. auch externe) Sachverstand einbezogen werden.

Aufbauend auf den Erkenntnissen des vorliegenden Gutachtens wurde ein Leitfaden zur Unterstützung der Kooperationspraxis erarbeitet.

1 Einleitung

1.1 Zielsetzung und Funktion des Gutachtens

Das vorliegende Gutachten untersucht die Praxis und Machbarkeit von vertraglichen Kooperationen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden im Bereich der Datenverarbeitung und Informationstechnik. Den historisch-normativen Ausgangspunkt und Anlass bilden dabei die sogenannten Kieler Beschlüsse (dazu noch sogleich unter 1.3). Das vorliegende Gutachten fungiert zugleich als Grundlage für einen Praxisleitfaden (dazu mehr unter 2.3), der die Verwaltungen bei der Eingehung von Kooperationen in den Bereichen Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software unterstützen soll, indem das Gutachten die im Leitfaden dargestellten Empfehlungen und Hinweise erläutert und vertieft begründet.

1.2 Gegenstand und Erkenntnisinteresse des Gutachtens

Entsprechend der Zielsetzung sind

Gegenstand des Gutachtens die Gestaltungsvarianten zur Sicherstellung rechtskonformer gemeinsamer Beschaffung, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Softwarelösungen unter vorrangiger Betrachtung von vertraglichen Kooperationen für die öffentliche Verwaltung in Deutschland.

Im Mittelpunkt des Erkenntnisinteresses steht dabei die *praktische Machbarkeit unter Einbeziehung bestehender und erprobter Kooperationserfahrungen und -praxen*, also die Feststellung der Bedingungen, Voraussetzungen und Spielräume, unter denen Kooperationen rechtlich zulässig und im Übrigen (also z. B. wirtschaftlich, strategisch) sinnvoll bzw. zweckmäßig sind. Dementsprechend sollen nicht nur die rechtlichen Rahmenbedingungen für Kooperationen analysiert und begutachtet, sondern auch die bisherigen Kooperationspraktiken (empirisch) ausgewertet werden.

Mit dem Gutachten sollen Anforderungen der einschlägigen Rechtsgebiete und -normen sowie praktikable Umsetzungsvarianten identifiziert werden. Ausgehend von einer exemplarischen, teilweise bereits vorhandenen Bestandserhebung bei Bund und Ländern sollen praktikable IT-Kooperationsmodelle herausgearbeitet und einzelne Vor- und Nachteile dargestellt werden. Der Blick soll vor allem auf Kooperationen unter dem Dach des IT-Planungsrats und auf die Kooperation von Behörden der föderalen Ebenen untereinander unter Einbindung der Kommunen gerichtet werden. In rechtsförmlicher Hinsicht werden allerdings *institutionelle* Kooperationen im vorliegenden Gutachten vor dem Hintergrund der laufenden Arbeiten im Bereich der FITKO (Föderalen IT-Kooperationen im

Auftrag des IT-Planungsrats) und des hier gegenständlich auf die Kooperation im Bereich Software gerichteten Untersuchungsfokus nicht oder allenfalls am Rande betrachtet.¹ Zudem bleiben Kooperationen, die über die Staatsgrenzen der Bundesrepublik hinweg Einkauf, Entwicklung, Pflege und Betrieb von Software vorsehen, außen vor. In Zeiten zunehmender Europäisierung und Durchdringung auch der öffentlichen Verwaltung von grenzüberschreitenden Einspar- und Synergiepotentialen sind jedoch auch solche Kooperationen denkbar.

In Hinblick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen wird das Vergaberecht angesichts seiner besonderen Bedeutung für die Kooperation im Vergleich zu anderen Rechtsbereichen ausführlicher behandelt.² Hier wie auch insgesamt gilt jedoch, dass im Einzelfall die Einholung juristischen Sachverständigen anzuraten ist, um den jeweiligen konkreten Umständen der angestrebten Kooperation Rechnung zu tragen. Das vorliegende Gutachten wie auch der Leitfaden können dies nicht ersetzen. Das Gutachten beschränkt sich daher darauf, besonders relevante rechtliche Fragestellungen zu identifizieren und in zentralen Bereichen näher auszuführen. Damit wird es kooperationswilligen Auftraggebern ermöglicht, problematische Fragestellungen präziser zu beschreiben und sie im Einzelfall rechtlicher Expertise zuzuführen. Denn die Fallgestaltungen, die erfasst sein können, sind zu vielfältig, als dass für alle Einzelfälle gültige und verbindliche Aussagen getroffen werden könnten.

Die zentrale Botschaft lautet daher, frühzeitig möglichst umfassenden Rechtsrat einzuholen. Dieses Gutachten trägt dazu bei, die im Leitfaden angesprochenen zentralen Fragestellungen zu präzisieren und Verständnis für deren Bedeutung zu wecken, ohne jedoch abschließende Empfehlungen zu geben.

1.3 Hintergründe und vorangegangene Untersuchungen

Diese gegenständliche und erkenntnisbezogene Ausrichtung des Gutachtens gründet auf der Einsicht,³ dass aufgrund der schnell fortschreitenden Entwicklungen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT) die Kieler Beschlüsse von 1979, die bisher eine Kostenverteilung bei Weitergabe sowie gemeinsamer Entwicklung und Pflege von automatisierten Verfahren regelten, den aktuellen Anforderungen der Praxis an die Übernahme, gemeinsame Entwicklung, Pflege und Betrieb von IT-Lösungen nicht mehr gerecht werden. Die Kieler Beschlüsse decken nur noch einen Teil der möglichen, sich

¹ Siehe dazu auch Graudenz/Schramm, in: Kammer/ Hippertz/ Westerfeld (Hrsg.), IT-Kooperationen, Teil 1: Kontext, Lösungsoptionen und Rahmenbedingungen, ISPRAT Whitepaper, 2009, S. 2 ff. und 14 f.

² Zur Bedeutung des Vergaberechts für IT-Kooperationen siehe auch Graudenz/ Schramm, in: Kammer/ Hippertz/ Westerfeld (Hrsg.), IT-Kooperationen, Teil 1: Kontext, Lösungsoptionen und Rahmenbedingungen, ISPRAT Whitepaper, 2009, S. 23.

³ Vgl. hierzu ausführlich das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB) im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./Büsing, Müffelmann & Theye), auf dem die vorliegende Untersuchung insoweit aufbaut.

aus den Entwicklungen im IKT-Bereich ergebenden Kooperationsformen bzw. -szenarien ab. Nicht geregelt ist z. B. die Nutzung von Software auf der Basis eines zentralisierten Betriebs oder der gemeinsamen Nutzung. Auch im kommunalen Bereich bestehen Unsicherheiten bei der Anwendbarkeit der Kieler Beschlüsse.

Die aufgrund der Komplexität von Software nahezu unverzichtbare regelmäßige Pflege, die aus Kostengründen idealerweise im Verbund zentralisiert erfolgen sollte, ist – insbesondere im Hinblick auf den nachträglichen Beitritt zu Entwicklungs- und/ oder Pflegeverbänden gegen Kostenbeteiligung oder „Eintrittsgeld“ – aus vergaberechtlicher Sicht neu zu bewerten.

1.4 Fortgang und Gliederung der Untersuchung

Vor dem Hintergrund dieser gegenständlichen und erkenntnisbezogenen Ausrichtung gestalten sich der Fortgang und die Gliederung der Untersuchung wie folgt:

- Zunächst wird der an dieser Stelle nur umrissene Gegenstandsbereich spezifiziert und von verwandten Gegenstandsbereichen und Fragestellungen abgegrenzt, indem insbesondere näher definiert wird, was im vorliegenden Zusammenhang unter „vertraglichen IT-Kooperationen“ sowie unter „Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software“ gefasst wird. Zudem werden Aspekte angewandter Methodiken ausgeführt (dazu 2). Schon hier werden erste Einschränkungen und Typisierungen vorgenommen, die dazu führen, dass nicht alle möglichen Kooperationen unter allen möglichen Gesichtspunkten betrachtet werden.
- Im Anschluss wird die bisherige Kooperationspraxis betrachtet und (empirisch) ausgewertet (dazu 3).
- Schließlich werden die (Rahmen-)Bedingungen, Voraussetzungen und Spielräume, unter denen Kooperationen rechtlich zulässig und im Übrigen (also z. B. wirtschaftlich, strategisch) sinnvoll bzw. zweckmäßig sind, analysiert und bewertet. Sie bilden damit die Grundlagen der Machbarkeit von (insbesondere vertraglichen) Kooperationen (dazu 4). Die hier erfolgenden Hinweise können angesichts der Vielzahl der möglichen Kooperationen, allein durch die Variabilität von Kooperationspartnern, -inhalten, -gestaltungen und -bedürfnissen nicht abschließend oder gar rechtsverbindlich sein.

2 Begriffliche Vorklärungen und Methoden

2.1 Kooperation und „Kooperationsverwaltungsrecht“

Während für den Bereich der privatwirtschaftlichen Kooperation mit dem Gesellschaftsrecht ein weitgehend systematisches Rechtsgebiet existiert, das eine Reihe von Kooperationsformen bereitstellt, fehlt eine solche übergreifende Systematisierung im öffentlichen Recht. Kooperation zwischen Verwaltungsträgern ist zwar eine Notwendigkeit und eine lange praktizierte Übung, ein systematisches Kooperationsverwaltungsrecht fehlt indes.⁴ Daher besteht im Rahmen dieses Gutachtens eine Aufgabe und eine besondere Herausforderung auch darin, die Rechtsvorschriften zu identifizieren, die die einschlägigen Kooperationen unter Beteiligung der öffentlichen Hand anleiten, und dadurch den öffentlich-rechtlichen Kooperationspartner für die Bedeutung rechtlicher Vorschriften zu sensibilisieren, die oftmals zu der fachlichen Grundlage der Kooperation wenig Bezug aufzuweisen scheinen. Diese Sensibilisierung sollte einerseits dahin gehen, dass bestimmte, auch konkretisierte Rechtsfragen im Rahmen einer Kooperation regelungsbedürftig sind und problematisch sein können. Sie ist aber andererseits auch darauf gerichtet, dass es einfache, systematische und kohärente Lösungen zumeist nicht geben wird, da die unterschiedlichen Zielrichtungen verschiedener Rechtsgebiete miteinander in Kollision geraten können. Daher ist eine eindeutige rechtliche Klärung oftmals schwierig und aufwendig. Dass dies erst recht für den strategischen beziehungsweise politischen Hintergrund solcher Kooperationen gilt, braucht kaum ausgeführt zu werden.

Kooperation im öffentlich-rechtlichen Bereich ist jedenfalls gegenwärtig ein rechtsunsicheres Vorgehen. Dies ist insbesondere deshalb bemerkenswert, weil die z. T. ungeklärten Fragestellungen aus dem rechtlichen Bereich je nach Deutung oftmals gerade auch die zur Wahl stehenden Kooperationsformen induzieren: Wenn für eine bestimmte Rechtsmaterie ein Gesetzesvorbehalt angenommen wird, ist die Möglichkeit einer Verwaltungsvereinbarung regelmäßig versperrt, und es muss ein Staatsvertrag gewählt werden. Dies wiederum führt zur Ausgliederung von Teilfragen aus dem Kooperationsbereich, wenn dieser Weg als zu kompliziert oder politisch nicht durchsetzbar angesehen wird. Nimmt man allerdings an, dass ein solcher Gesetzesvorbehalt nicht bestünde, würde man durchaus über eine Verwaltungsvereinbarung nachdenken – sich möglicherweise damit aber in den Bereich der Rechtswidrigkeit begeben, sollte sich ein Gericht damit befassen und anderer Ansicht sein. **Insofern ist es von zentraler Bedeutung, nicht nur aus der fachlichen Kompetenz der IT heraus zu agieren, sondern auch die Fachleute des jeweiligen Rechtsgebiets einzubeziehen und dabei ein möglichst**

⁴ Zum Föderalismus und Ressortprinzip als Herausforderungen für IT-Kooperationen siehe auch Graudenz/ Schramm, in: Kammer/ Hippertz/ Westerfeld (Hrsg.), IT-Kooperationen, Teil 1: Kontext, Lösungsoptionen und Rahmenbedingungen, ISPRAT Whitepaper, 2009, S. 23.

weites rechtliches Problembewusstsein an den Tag zu legen. Das vorliegende Gutachten will hier insbesondere eine Unterstützung sein.

2.2 „Verwaltungskooperationen zum Einkauf, zur Entwicklung, zur Pflege und zum Betrieb von Software, insbesondere auf Grundlage vertraglicher Vereinbarungen“

Im Fokus des vorliegenden Gutachtens stehen Kooperationen zwischen Behörden oder öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern aller Ebenen von Bund, Ländern und Kommunen in beliebiger Partnerkonstellation, in denen es um den Einkauf, die Entwicklung, den Betrieb und/ oder die Pflege von Software geht. Dabei soll überblickshaft erörtert werden, ob und wie solche Kooperationen insbesondere durch eine vertragliche Vereinbarung oder „unter dem Dach des IT-Planungsrats“ verwirklicht werden können oder sogar zwingend einer solcher Vereinbarung bzw. Verwirklichung bedürfen (dazu bereits 1.2).

Der Begriff der Kooperation ist kein genuin rechtlicher Begriff; er ist schillernd und vielgestaltig. Dies gilt in gleicher Weise auch für den Begriff der Software. Im Zuge des Gutachtenauftrags wurden an die Gutachter vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten und -wünsche herangetragen.

Im Sinne eines Arbeitsbegriffs wird mit Blick auf diesen konkreten Gutachtenauftrag

unter einer **Kooperation** die – insbesondere auf vertraglicher Kooperationsvereinbarung gründende oder über den IT-Planungsrat verwirklichte – Zusammenarbeit von staatlichen Kooperationsakteuren in Bezug auf einen Kooperationsgegenstand und auf bestimmte Kooperationsbereiche verstanden.

Diese Kooperationen sind von einer gewissen Dauer und Intensität und gehen über ein einmaliges, punktuelles Zusammenwirken ohne größere Bedeutung hinaus. Eine Kooperation in Form einer Einrichtung einer (gemeinsamen) Institution wird im vorliegenden Gutachten aber nicht betrachtet (s. bereits 1.2). Das Zusammenwirken kann freiwillig motiviert sein oder einer Kooperationspflicht entsprechen. Externe Dienstleister, privatrechtliche institutionelle Verbindungen und die sogenannte mittelbare Staatsverwaltung jenseits der Kommunen bleiben als gleichfalls denkbare Kooperationspartner im Rahmen dieses Gutachtens außer Betracht (dazu noch 2.2.1.1).

Der vorstehende Arbeitsbegriff einer Verwaltungskooperation reagiert methodisch auf die systematisch schwer zu fassenden Bereiche der staatlichen Kooperationen und des staatlichen Kooperationsrechts (s. zuvor 2.1), indem er das für den Gutachtenauftrag maßgebliche Spektrum von Kooperationen skizziert und sowohl in deskriptiver als auch in rechtlich bewertender Hinsicht systematisch handhabbar macht. Er lässt vor allem vier

Elemente von Kooperation erkennen, die nachfolgend auf den hier in Rede stehenden Gutachtenauftrag spezifiziert werden sollen, nämlich

- die unmittelbaren und mittelbaren Einheiten von Bund, Ländern und Kommunen als staatliche Kooperationsakteure (dazu 2.2.1),
- „Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software als Kooperationsgegenstände (dazu 2.2.2),
- Kooperationsaufgabe, Verfahren und Organisation sowie Finanzierung der Kooperation als Kooperationsbereiche (dazu 2.2.4),
- Staatsverträge, Verwaltungsvereinbarungen und Koordinationsabsprachen als (rechtliche) Kooperationsformen, auch in Abgrenzung zu den Möglichkeiten von Beschlüssen und der Amtshilfe (dazu 2.2.5).

Die Kooperationsgegenstände lassen in der Kombination mit den betrachteten Kooperationsakteuren *fallbeispielartige Kooperationskonstellationen* erkennbar werden, die das Spektrum denkbarer Kooperationen illustrieren und auf die zu diesem Zweck auch im weiteren Gutachten der Fokus gelegt werden soll (2.2.3).

Aus der Kombination von Kooperationsgegenständen bzw. Kooperationskonstellationen und einzelnen Kooperationsbereichen können *besondere Aspekte oder spezielle Themen* von Kooperationen, wie sie insbesondere auch in den Interviews genannt wurden, in eine Ordnung gebracht werden (dazu 2.2.6), ohne dass diese Ordnung Vollständigkeit beanspruchen könnte.

2.2.1 Kooperationsakteure: Kooperationspartner und ihre Organe

In Hinblick auf die Subjekte und Akteure, die an einer Kooperation mitwirken, ist zwischen solchen Subjekten und Akteuren zu unterscheiden, die rechtlich durch die Kooperation berechtigt und verpflichtet werden (können), weil diese Rechtsträgerqualität haben, und solchen Subjekten und Akteuren, die für diese, hier als Kooperationspartner bezeichneten Subjekte und Akteure, handeln. Letztere werden im Folgenden als Kooperationspartnerorgane bezeichnet. Damit ist die klassische verwaltungs- und staatsrechtliche Unterscheidung zwischen dem Rechtsträger und dem Organ bezeichnet.

2.2.1.1 Kooperationspartner: Rechtsträger in Bund, Ländern und Kommunen

Kooperationen im Staatsgefüge sind auf vielen Ebenen und mit verschiedenen Akteuren denkbar. Horizontal können etwa Länder oder Kommunen jeweils miteinander kooperieren. Eine vertikale Kooperation findet hingegen z. B. statt, wenn eine Kommune und ein Land zusammenarbeiten wollen. Kooperationen sind aber auch mit Beteiligung des Bundes möglich und üblich. Bund, Länder und Kommunen als Gebietskörperschaften und damit Rechtsträger stehen im vorliegenden Gutachten im Vordergrund. Andere Rechts-

träger, insbesondere solche der sogenannten mittelbaren Staatsverwaltung einschließlich öffentlicher Unternehmen sowie privatrechtliche Rechtsträger bleiben grundsätzlich außer Betracht.

2.2.1.2 Kooperationspartnerorgane

Von den hier als Kooperationspartner bezeichneten Akteuren, die als Rechtsträger an einer Kooperation beteiligt sein können, sind solche Akteure, Einheiten und Subjekte auszunehmen, die zwar ebenfalls an einer Kooperation mitwirken, deren Handeln aber rechtlich den Kooperationspartnern zugerechnet wird, weil sie regelmäßig keine Träger eigenständiger Rechte sind und daher auch nicht Kooperationspartner in dem hier gemeinten Sinne sein können. Sie werden im vorliegenden Gutachten als Kooperationspartnerorgane bezeichnet. So können sich IT-relevante Kooperationen zwischen Kommunen etwa als ein Geschäft der laufenden Verwaltung darstellen, über deren Eingehung und Ausgestaltung nach den kommunalrechtlichen Vorschriften üblicherweise der Gemeindevorstand, also etwa der Bürgermeister entscheiden kann. Nach außen handelnd in Erscheinung tritt also der Bürgermeister; Rechtsträger und damit Kooperationspartner ist allerdings die Kommune, der er vorsteht. Der Bürgermeister ist als deren Organ tätig. In ähnlicher Weise treten etwa in einer Kooperation zwischen zwei Ländern die Parlamente, Regierungen, Regierungsmitglieder oder beamteten Amtswalter als für die Länder handelnde Kooperationspartnerorgane auf.

An dieser Stelle wird bereits erkennbar, dass es wichtig ist, nicht nur zu bestimmen, welche Kooperationspartner an einer Kooperation beteiligt sind bzw. sein sollen, sondern auch sich zu vergewissern, welche Akteure und Subjekte als Kooperationspartnerorgane für den einzelnen Kooperationspartner handeln und entscheiden, um diese Organe frühzeitig einzubinden und zu beteiligen. Dies ist insbesondere dann von großer Bedeutung, wenn die entscheidenden Organe erst zum Zeitpunkt der eigentlichen Entscheidung beteiligt werden, weil andere organisatorische Einheiten (etwa Behörden, Ministerien etc.) die Kooperationsvereinbarung vorbereiten.

2.2.2 Kooperationsgegenstände: Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software

Mit dem Auftrag zum Gutachten wurde für die zu untersuchenden Kooperationen der inhaltliche Schwerpunkt „Software“ und hierauf bezogen wiederum die Bereiche „Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege“ festgelegt. Unter diesen Kooperationsgegenständen wird im Folgenden im Sinne von Arbeitsbegriffen Folgendes verstanden:

Unter **Einkauf** wird die Beschaffung von (Standard- oder Individual-)Software durch einen oder mehrere Kooperationspartner verstanden.

Mit dem Einkauf fallen in der Regel kassenwirksame Geldzahlungen an Dritte (insbesondere Software-Unternehmen) an. Das Unterscheidungsmerkmal zum Gegenstand der Entwicklung (s. nachstehend) stellt dabei die Beschaffung von Entwicklungsleistungen für Individualsoftware oder Customizingleistungen für Standardsoftware dar. In einem weiten Sinne sollen unter „Einkauf“ auch Fälle betrachtet werden, in denen ein Kooperationspartner bereits über eine Software verfügt und diese gegen Entgelt oder auch unentgeltlich anderen Kooperationspartnern zur Verfügung stellt, ohne dabei mehr als nur beiläufige Anpassungsleistungen vorzunehmen.

Der Kooperationsgegenstand bzw. die Kooperationsleistung beim Einkauf liegt typischerweise nicht im hoheitlichen Bereich, da hier die Beschaffungsleistung von dem Dritten im Vordergrund steht. Wird allerdings die Software im hoheitlichen Bereich zur Verfügung gestellt, ist darauf abzustellen, ob in der Bereitstellung der Software eine hoheitliche Leistung gesehen werden kann.

Unter **Entwicklung** werden alle Leistungen für die funktionale Finalisierung von Standardsoftware (Customizing) und die Individualentwicklung zusammengefasst. In der Praxis kann zwischen der Entwicklung eines Softwaresystems oder eines einzelnen Programms unterschieden werden.

Der Begriff der Entwicklung macht deutlich, dass staatliche IT-Bedürfnisse dazu führen können, dass eine bestehende Software signifikant ausgebaut und verändert wird oder aber gänzlich an den Bedürfnissen der Verwaltung orientiert neu geschaffen wird. Dies kann vor allem durch Externe geschehen, schließt aber auch die Bereitstellung von Eigenkapazitäten (z. B. eigene Programmierkapazitäten der Kooperationspartner) für die Erstellung des Kooperationsgegenstands ein.

Für diese Leistungen können kassenwirksame Geldzahlungen an Dritte anfallen (z. B. Softwareentwicklungsunternehmen).

Unter **Betrieb** wird die zentrale Bereitstellung einer Softwarelösung bzw. Anwendung durch einen der Kooperationspartner verstanden.

Diese Bereitstellung kann Zahlungen an Dritte oder die Bereitstellung von Eigenkapazitäten notwendig machen. Von vornherein keine Fälle der hier betrachteten Kooperationen sind der dezentrale Betrieb als auch der zentrale Betrieb durch ein gemeinschaftliches Dienstleistungszentrum. Denn in diesen Fällen endet entweder die Kooperation, nämlich wenn die beschaffte oder erstellte Software in den eigenen Betrieb übergeht, oder sie geht in eine Form der institutionellen Kooperation über. Beides ist vom vorliegenden Untersuchungsbereich ausgenommen (s. dazu 1.2).

Unter **Pflege** wird die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Software und ihrer ggf. funktional zusammenhängenden Komponenten verstanden.

Dazu gehören Leistungen wie Softwareaktualisierung oder Weiterentwicklung, z. B. zur Fehlerbehebung, zur Verbesserung der Performanz oder anderer Attribute oder zur Anpassung an veränderte Umgebungen oder Rahmenbedingungen. Im Einzelfall können bereits im Rahmen von Beschaffung und Entwicklung Pflegeleistungen eingekauft werden, wenn die Aktualisierung und Anpassung bereits Teil des Erstvertrages ist. Wie bei der Entwicklung können die Pflegeleistungen kassenwirksame Geldzahlungen an Dritte notwendig machen oder auf der Bereitstellung von Eigenkapazitäten (z. B. eigene Programmierkapazitäten der Kooperationspartner) beruhen. Solche Pflegeleistungen fallen naturgemäß nur an, wenn nicht von vorneherein eine neue Software angeschafft wird, sondern aufbauend auf bestehenden Dienstleistungen Veränderungen vorgenommen werden. Pflegeleistungen sind also typischerweise Leistungen im Rahmen einer andauernden Kooperation. Es ist aber auch vorstellbar, dass Pflegeleistungen in einer Kooperation nachgefragt und bereitgestellt werden, die unabhängig von den vorherigen Schritten des Einkaufs bzw. der Entwicklung zustande kommt.

Software bezeichnet IT-Anwendungen und Dienstleistungen, nicht aber die Hardware oder Infrastruktur, die zum Betrieb erforderlich ist.

In funktionaler Hinsicht kann es sich um eine Software handeln, die die Partner zur getrennten Erfüllung der gleichen oder einer ähnlichen Aufgabe einsetzen (z. B. eine Personalverwaltungssoftware für den – ausschließlich – eigenen Personalkörper), oder um eine Fach-Software, die der gemeinsamen Wahrnehmung einer auch nur gemeinsam erfüllbaren Aufgabe dient (z. B. zur Erfüllung von Meldepflichten für ein Register). Die Nutzung gemeinsamer Einrichtungen, wie z. B. eines Rechenzentrums, wird nur unter dem Aspekt der Nutzung einzelner, von dort angebotener Services betrachtet. Infrastrukturleistungen, auf die dann bspw. das Telekommunikationsgesetz (TKG) Anwendung finden würde, sollen ohne nähere Untersuchung bleiben. Auch die Besonderheiten des Telemediengesetzes sollen im Folgenden in der Untersuchung ohne Berücksichtigung bleiben. Im Einzelfall sind aber auch diese Vorschriften ergänzend heranzuziehen.

2.2.3 Typische Kooperationskonstellationen

Mit der Bestimmung der Kooperationsgegenstände ist allenfalls angedeutet, was in einer konkreten Kooperation genau das „Gemeinsame“ ausmachen kann. Dies wird erst erkennbar, wenn mit in den Blick genommen wird, in welcher Weise oder Art die in Frage kommenden Kooperationspartner (dazu vorstehend 2.2.1.1) in Bezug auf einen oder

mehrerer dieser Kooperationsgegenstände (2.2.2) handeln oder zusammenwirken.⁵ Erst die Kombination aus Kooperationsgegenstand und Art des darauf bezogenen Zusammenwirkens der Kooperationspartner machen die Kooperation annähernd bestimmbar und präzisiert, so dass sie rechtlich und tatsächlich eingeordnet und bewertet werden kann, etwa was die Frage der rechtlich zulässigen oder gebotenen Kooperationsform betrifft. So können Bund, Länder und Kommunen im Rahmen ihrer Hoheitsrechte handeln und über diese im Rahmen der Kooperation disponieren. Die öffentliche Hand kann aber gleichfalls privat-rechtlich als Träger von Privatrechten wie ein Privater auftreten, z. B. als Käufer oder Verkäufer. In welcher Weise sie aktiv wird, ist zunächst einmal neutral.⁶ Allein die Beteiligung eines Hoheitsträgers ist noch nicht determinierend. Entscheidend ist auch, in welcher Art und Weise zusammen gehandelt oder gewirkt wird, etwa worin der Beitrag, die Handlung oder die Leistung des einzelnen Kooperationspartners in Bezug auf den jeweiligen Kooperationsgegenstand besteht. Es lässt sich also allgemein nicht von „den“ Kooperationen der öffentlichen Hand sprechen, ebenso wenig wie es „die“ Kooperationsform gibt.

Die Kooperationspraxis zeigt sich entsprechend in dem, was das „Kooperative“ bei einer konkreten Kooperation ausmacht, vielgestaltig.⁷ Aus der Analyse der Kooperationspraxis (dazu ausführlich unter 3) sowie aus der Betrachtung der Kooperationspartner (Bund, Länder, Kommunen) und der Kooperationsgegenstände werden einige typische, fallbeispielartige Kooperationskonstellationen sichtbar, die auch variiert oder kombiniert auftreten können und die im weiteren Gutachten Orientierung und Illustration bieten sollen, ohne dass damit der Anspruch einer (vollständigen) Fallsystematik erhoben werden kann. Dies ist eine vergangenheitsbezogene Aussage, die über die Typizität und Beispielhaftigkeit dieser Kooperationen für die Zukunft keinerlei Aussage trifft. Denn damit geht gerade *keine* Aussage über die rechtliche Konformität der betrachteten Kooperationen und damit keine Empfehlung einher, sich bei neuen Kooperationen an den bisherigen Kooperationen ungeprüft zu orientieren. Vielmehr besagt die Häufigkeit einer gegenwärtigen Kooperation über deren rechtliche und sonstige Herausgehobenheit nicht zwangsläufig etwas aus. Faktizität bedingt keine Normativität.

Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei den nachfolgend A und B bezeichneten Kooperationspartnern in der Praxis um zwei Länder, um ein Land und den Bund, um zwei Kommunen oder um ein Land und eine Kommune.⁸

⁵ Im Sinne der dem Gutachten zu Grunde gelegten Arbeitsdefinition von „Kooperation“ geht es an dieser Stelle um das Merkmal „Zusammenarbeit“.

⁶ Dieser Aspekt äußert sich etwa in der „Wahlkompetenz“ der Verwaltung, zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen zu wählen, s. dazu noch Ziffer 4.2.2.

⁷ S. dazu auch noch unter 3.2.

⁸ S. dazu auch noch unter 3.3.1.

Fall 1: „Einkaufsgemeinschaft“

A und B vereinbaren, gemeinsam bei einem privaten Softwareunternehmen eine Software (z. B. eine Fachverfahrenssoftware zur Durchführung eines Verwaltungsverfahrens) einzukufen, um damit eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, die beiden gleichermaßen obliegt. Diese Aufgabe können und wollen sie aber unabhängig voneinander erfüllen. A soll die Verhandlungen führen, B sieht sich an diese Verhandlungsergebnisse gebunden. Beide wollen die Software eigenständig und für sich betreiben. Der Mehrwert der Kooperation liegt darin, günstige Einkaufsbedingungen zu erhandeln und Ressourcen in der Vorbereitung einzusparen. A und B wollen entweder jeweils eigenständige Verträge mit dem Softwareunternehmen schließen oder als gemeinsamer Vertragspartner auftreten.

Fall 2: „Softwareüberlassung“

A hat eine Software bei einem privaten Softwareunternehmen gekauft und stellt sie B für den Betrieb entgeltlich oder unentgeltlich zur Verfügung. Der Mehrwert der Kooperation liegt darin, ohnehin vorhandene Ressourcen effizienter zu nutzen und so Kosten zu sparen.

Fall 3: „Betriebskooperation“

A und B vereinbaren, dass A eine Software auf eigenen Servern betreibt und pflegt und B in dieser Form zur Mitnutzung zur Verfügung stellt. A und B wollen so eine öffentliche Aufgabe erfüllen, die beiden gleichermaßen obliegt, sie aber unabhängig voneinander erfüllen können und wollen. Der Mehrwert der Kooperation liegt vor allem in der besseren Ausnutzung von Ressourcen, die bei A (ohnehin) vorhanden sind.

Später tritt C als weiterer Partner wie B in die Kooperation ein.

Fall 4: „Verarbeitungskooperation“

Wie in Fall 3, A übernimmt aber auch die Bearbeitung der von B bereitgestellten Daten und trägt so – über die technische Dienstleistung hinaus – zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe bei.

2.2.4 Kooperationsbereiche: Aufgabe und Inhalt, Organisation und Verfahren sowie Finanzierung der Kooperation

Die lediglich zur Illustration beschriebenen, bisher als typisch empfundenen Kooperationskonstellationen lassen nicht nur die Vielgestaltigkeit von IT-Kooperationen erahnen, sondern lassen auch erkennen, dass es nicht ausreicht, nur nach Kooperationsgegenständen – Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software (dazu oben 2.2.1) – und Kooperationspartnern – Bund, Länder und Kommunen (dazu 2.2.2) – zu differenzieren, um eine Kooperation hinreichend zu charakterisieren. Unspezifiziert bleibt so nämlich, worauf sich das „Kooperative“ genau bezieht. Dies kann allerdings nicht offen bleiben, weil erst dadurch sichtbar wird, was in einer Kooperationsvereinbarung genau gere-

gelt werden muss oder sollte. Dies zeigt auch die Analyse bestehender Kooperationsvereinbarungen.⁹ In einem pragmatischen Sinne lässt sich nach den Hauptanliegen fragen, ohne damit aber vollumfänglich alle Problembereiche abgedeckt zu haben:

- Auf welche Aufgabe und welchen Gegenstand ist die Kooperation gerichtet? Welche Anforderungen begründet die Aufgabe? → Kooperationsaufgabe
- Wie ist das Zusammenwirken, also die Kooperation organisiert? → Kooperationsorganisation
- Wie wird das Zusammenwirken finanziert? → Kooperationsfinanzierung

Dementsprechend werden die Kooperationsgegenstände einheitlich im Querschnitt entlang der folgenden (Kooperations-)Bereiche analysiert. Dabei werden die für den praxisorientierten Leitfaden besonders relevanten Fragestellungen bewertet.

Aspekte des Inhalts, des Ziels und des Zwecks einer Kooperation sind gemeint, wenn vom Kooperationsbereich **Aufgabe und Inhalt** die Rede ist. Gefragt wird, zu welchem Zweck, mit welchen Zielen, mit welchen Mitteln und unter welchen (qualitativen) Anforderungen der Einkauf, die Entwicklung, die Pflege oder der Betrieb (gemeinsam) geleistet werden sollen. Angesprochen sind dementsprechend vor allem Fragen zur **Beschaffung** und Vergabe, Marktaspekte als auch die Eigenleistungserbringung. Dabei werden Fragestellungen wie Art und Umfang der Kooperation, verschiedene Marktzugangsmöglichkeiten für die öffentliche Verwaltung (wie z. B. Rahmenvertrag oder bestehende Dienstleistungsvereinbarungen) sowie Ausschreibungen behandelt.

Da Softwarebedarfe sich im besonderen Umfeld der Informations- und Kommunikationstechnologie entwickeln, sind zudem die informationsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen, insbesondere im Bereich von Datenschutz und IT-Sicherheit. Zudem können auch Vorgaben zur Wirkung der Kooperation gegenüber anderen Kooperationen dieses Fachbereichs gemacht werden.

Das Zusammenwirken der Partner (in Hinblick auf die Aufgabe und den Inhalt der Kooperation) muss organisiert, koordiniert und gesteuert werden. Diesbezügliche Fragen betreffen den Kooperationsbereich **Organisation und Verfahren**. Die Steuerung stellt einen wesentlichen Aspekt bei Kooperationen dar, der allerdings je nach Umfang, Ausmaß und Bedeutung der Kooperation stark unterschiedliche Auswirkungen haben kann.

⁹ S. dazu unter 3, insbesondere die beispielhaft dargestellten Gliederungen bestehender Kooperationsvereinbarungen unter 3.3.4.

Schließlich muss das Zusammenwirken finanziert sein. Der Kooperationsbereich **Finanzierung** betrachtet einige mögliche Finanzierungsansätze und ihre Ausgestaltung in den Untersuchungsbereichen. Vor- und Nachteile der verschiedenen Lösungsansätze sowie deren Grenzen werden skizziert.

Dabei ist zu betonen, dass die Unterscheidung dieser Kooperationsbereiche nicht bedeutet, dass im Fall einer konkreten Kooperation in jeder dieser Kooperationsbereiche Regelungsbedarf bestehen muss. Ebenso wenig ist damit festgelegt, dass ein solcher Regelungsbedarf sich auch in einer Kooperationsvereinbarung niederschlagen muss.¹⁰

2.2.5 Kooperations(rechts)formen: Staatsverträge, Verwaltungsvereinbarungen und Koordinationsabsprachen

Das Instrumentarium kooperativer Koordination im föderalen, einschließlich kommunalen Staatswesen der Bundesrepublik Deutschland ist vielfältig und lässt sich schwer systematisieren.¹¹ Es reicht von informellen Verfahren wie schlichten Besprechungen, unregelmäßigen Treffen und informalen Informationszirkeln bis zu intraföderalen und interkommunalen Institutionalisierungen, also etwa die Einrichtung von besonderen, gemeinsamen Behörden oder die gemeinsame Gründung eigenständiger Rechtsträger.

Das vorliegende Gutachten ist auf die Analyse der Gestaltungsvarianten zur Sicherstellung rechtskonformer Kooperation auf föderaler und kommunaler Ebene unter Einschluss der Möglichkeiten des IT-Planungsrats gerichtet (s. oben 1.2 und 2.2). Dementsprechend bietet es sich an, die rechtlich vorgesehenen und in der Praxis beobachtbaren Kooperationsformen nach ihrer formellen Intensität im Sinne ihrer Verrechtlichung zu systematisieren und dann für den weiteren Fortgang vor allem solche Kooperationsformen in den Blick zu nehmen, die

- als verrechtlicht anzusehen sind sowie
- in typischerweise denkbaren Akteurskombinationen zwischen dem Bund, den Ländern und den Kommunen und/ oder
- unter dem Dach des IT-Planungsrats geschlossen werden.

Gemessen am gesamten Spektrum von Kooperationsformen¹² bleiben damit insbesondere informelle Verfahren wie Besprechungen und Absprachen oder der Austausch und die Koordination auf Fachebene aus dem Untersuchungsbereich außen vor, denn sie

¹⁰ Ausführlich dazu Teil 4.

¹¹ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 31.

¹² Dazu etwa Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 31 ff.

entfalten als „gentlemen’s agreements“ regelmäßig keine rechtlichen Bindungen.¹³ Ebenso außer Betracht bleibt der Bereich der Konferenzen und Ausschüsse, wie insbesondere die Kooperation in Form von Beschlüssen der Ministerpräsidentenkonferenz, der Fachministerkonferenzen oder der Vorkonferenz der Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder, jeweils ggf. unter Einbeziehung des Bundes, oder auch in Form von Ausschussentscheidungen, etwa des Wissenschaftsrats. Denn den Konferenzen und Ausschüssen fehlt eine Rechtsfähigkeit, somit ihren Beschlüssen und dementsprechend die rechtliche Verbindlichkeit.¹⁴ Hinzu kommt, dass das vorliegende Gutachten Formen der institutionellen Kooperation nur am Rande betrachtet, nämlich etwa dann, wenn sie unter dem Dach des IT-Planungsrats erfolgen. Das Gutachten gibt deshalb diesbezüglich nur einige allgemeine Hinweise. Aus demselben Grund bleibt schließlich die Kooperation über den Bundesrat sowie durch Übertragung von Kompetenzen auf bestehende oder zu diesem Zweck neu zu errichtende zwischenstaatliche oder interkommunale Einrichtungen außer Betracht.¹⁵ Deren Entscheidungen entfalten zwar regelmäßig rechtliche Verbindlichkeit, sind aber Formen der institutionellen Kooperation, die – mit der gelegentlichen Ausnahme von Teilen der Kooperation unter dem Dach des IT-Planungsrats – aber nicht in den Untersuchungsgegenstand einzubeziehen sind (s. 1.2).

Für das vorliegende Gutachten kommen damit vor allem vertragliche (Rechts-)Formen in den Blick,¹⁶ nämlich insbesondere

- Staatsverträge,
- Verwaltungsvereinbarungen (und zwar Verwaltungsabkommen und interkommunale Verwaltungsvereinbarungen) sowie
- Koordinationsabsprachen,

und zwar prinzipiell jeweils als

- öffentlich-rechtliche oder
- privatrechtliche Verträge.

Dabei werden – was vertragliche Regelungen betrifft – in der Theorie¹⁷ und in der Praxis unterschiedliche Bezeichnungen genutzt (z. B. Verwaltungsvereinbarung, Kooperations-

¹³ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 33 ff., insbes. 36.

¹⁴ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 37 ff., insbes. 52.

¹⁵ Dazu Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 6 und 68 ff.; zu interkommunalen Einrichtungen etwa Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 19.

¹⁶ Ausführlich dazu noch unter 4.2.

¹⁷ So bevorzugt Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 58 wie auch wohl die überwiegende Staatsrechtspraxis (vgl. etwa die auf die Hamburger Staatsrechtspraxis aufbauende Terminologie bei David, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 43 Rn. 20 ff.) für die hier so bezeichneten Verwaltungsvereinbarungen die Bezeichnung „Verwaltungsabkommen“, jedenfalls soweit es sich um Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern oder zwischen den Ländern handelt.

vertrag, auch EVB-IT-Vertrag). Zudem ist anzumerken, dass das hier zur Systematisierung genutzte Kriterium der Verrechtlichung nicht mit der Intensität der Zusammenarbeit gleichgesetzt werden kann, weil die Intensität sowohl auf der – hier überwiegend in den Blick genommenen – rechtlichen Form als auch auf der politischen Wirkung einer Entscheidung beruhen kann.¹⁸ So kann etwa eine Entscheidung der Ministerpräsidentenkonferenz oder einer Fachministerkonferenz, aber auch eine durchaus unscheinbare informelle Zusammenarbeit auf einer hohen Ebene von Entscheidungsträgern mitunter mehr bewirken als eine staatsvertragliche oder auch institutionalisierte Kooperation.

Weitere rechtsförmliche Möglichkeiten, aber keine *vertraglichen* Formen der Kooperation bilden

- die Entscheidungen und Beschlüsse des IT-Planungsrats sowie
- die Amtshilfe.

Sie werden daher im Sinne von vertragsäquivalenten Formen nur ansatzweise behandelt.¹⁹ Da es sich bei diesen Möglichkeiten aber auch um nicht-institutionelle Kooperationsformen handelt und sie möglicherweise für die Praxis, vor allem im Vergleich zu vertraglichen Kooperationen, interessante Alternativwege für eine Kooperation darstellen, wird an entsprechender Stelle auf sie wenigstens hingewiesen.

2.2.6 Kooperationsaspekte

Aus der Kombination der hier in Rede stehenden Kooperationsgegenstände – Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software – mit den in den Blick zu nehmenden Kooperationsbereichen – Aufgabe, Organisation und Verfahren sowie Finanzierung – lässt sich eine grundlegende, wenngleich nicht abschließende Systematik von Kooperationsbereichen gewinnen.

¹⁸ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 32.

¹⁹ S. unter Ziffer 4.2.3 und 4.2.4.

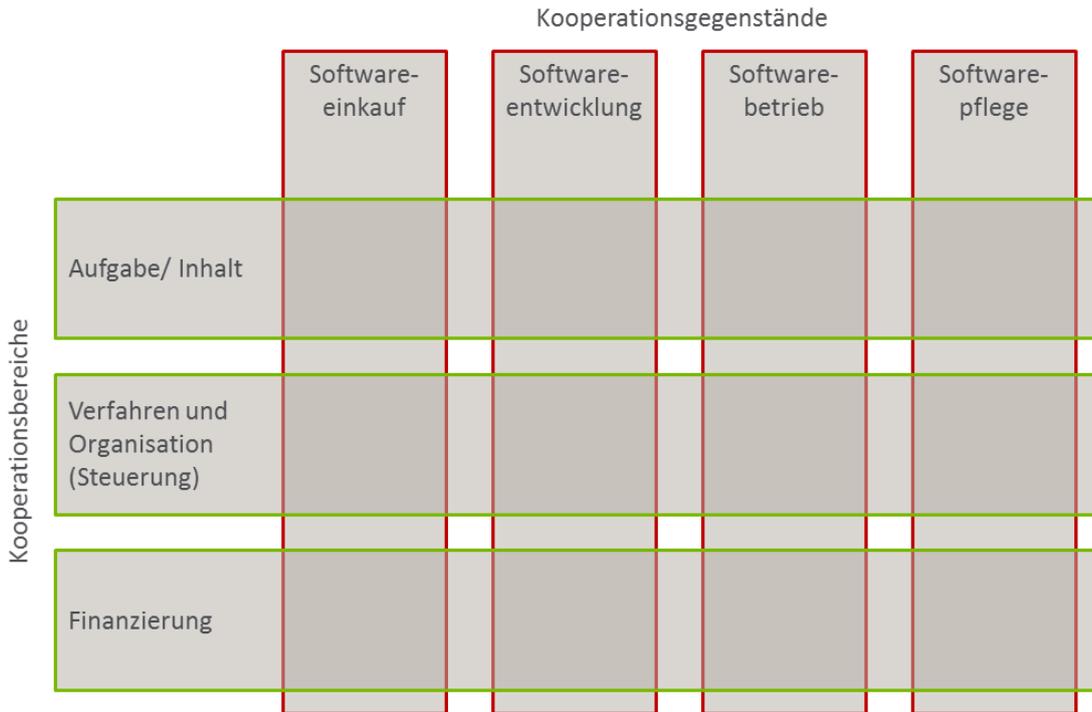


Abbildung 1: Systematik von Kooperationsbereichen und Kooperationsgegenständen

Das damit erkennbare Raster erlaubt nicht nur eine deskriptive Systematisierung und Einordnung der in der bisherigen Kooperationspraxis beobachtbaren Kooperationsthemen und -aspekte (dazu ausführlich Teil 3). Das Raster bietet vor allem einen pragmatischen Anschluss für die sich an die deskriptive Analyse der bisherigen Kooperationspraxis anschließende normative und rechtsgestalterische Hinführung zu einer Machbarkeitsbewertung staatlicher IT-Kooperationen (dazu ausführlich unter 4). Denn mit jedem Kooperationsbereich im Raster korrespondiert grundsätzlich ein potenzieller Regelungsbe- reich, wie er sich etwa in einer konkreten vertraglichen Vereinbarung widerspiegeln könnte.

2.3 Gewählte Vorgehensweisen und angewandte Methoden im Übrigen

Neben der arbeitsbegrifflichen Explikation des Kooperationspektrums greift die Untersuchung zur Erreichung ihrer Zielsetzungen (dazu bereits 1.1) auf weitere Methoden und Vorgehensweisen zurück. Die Erarbeitung des Gutachtens war im Wesentlichen von drei Tätigkeiten gekennzeichnet:

- Recherche von Kooperationsbeispielen der bisherigen Verwaltungspraxis
- Analyse bestehender Kooperationsvereinbarungen, einschließlich Validierung der Analyseergebnisse, und
- Analyse der rechtlichen und nicht-rechtlichen Grundlagen von Kooperation

Im Rahmen der Recherche wurden bestehende Kooperationen mit inhaltlichem Schwerpunkt „Software“ zusammengetragen. Dabei sollten die Beispiele ein möglichst breites Spektrum an Kooperationsvarianten mit Blick auf die Partner, Verträge und geregelte Inhalte umfassen. Sie können als Vorbild für zukünftige Kooperationsvereinbarungen dienen, wenngleich auch hier nochmal (s. auch Ziffer 2.2.3) zu betonen ist, dass die Existenz solcher Vereinbarungen über ihre rechtliche Bewertung wenig aussagt und häufig eine rechtliche Überprüfung weder umfassend vorgenommen wurde noch zu erwarten ist. Daher lassen sich aus der Existenz vor allem Aussagen über Regelungsbedarfe der Kooperationspartner, die diese von vorneherein identifiziert haben, ableiten. Zudem lassen sich daraus Zweckmäßigkeitüberlegungen präzisieren, welche Motive den Handelnden zugrunde lagen. Hieraus können (dazu Teil 3) deutliche Hinweise darauf entwickelt werden, welche strategischen, organisationstheoretischen, praktischen und politischen Überlegungen für die Ausgestaltung von Kooperationen besonders bedeutungsvoll sind.

Im Rahmen der Analyse wurden die Kooperationsvereinbarungen entsprechend methodisch ausgewertet und auf Besonderheiten untersucht:

- Fachliche und wissenschaftliche Analyse und Bewertung von zentralen Fragen und Sachverhalten,
- Bildung von Arbeitshypothesen sowie
- Erste Schwerpunktsetzung für die Untersuchung und Abgrenzung des Untersuchungsraums anhand von zentralen Fragen aus der Perspektive der Zielgruppe des Gutachtens (IT-Projektverantwortliche),

Hilfestellung zur Betrachtung und Bewertung von Einzelfragen aus praktischer, strategischer und juristischer Perspektive, wie z. B. Fragen zur

- rechtlichen Zulässigkeit,
- Wirtschaftlichkeit,
- alltäglichen Praktikabilität (im Sinne von Einfachheit) und zur
- Relevanz eines Zusammenhangs bzw. eines Modells für einen oder für mehrere Anwendungsbereiche (Kauf, Entwicklung, Pflege, Betrieb).

Die Validierung der Analyseergebnisse erfolgte durch Interviews mit Vertretern ausgewählter Bundesländer, die fach- und IT-spezifische Erfahrungen mit Verwaltungskooperationen haben. Ziel war es, in den Interviews sowohl die Leitfragen und Arbeitshypothesen der Untersuchung als auch die wesentlichen Erkenntnisse für den Leitfaden zu überprüfen und den Blick für Handlungsbedarfe zu schärfen.

In diesem Zusammenhang wurden folgende Themenbereiche identifiziert:

- Kooperationstiefe,
- Regelungsbedarf innerhalb von Kooperationen,
- Inhaltliche Schwerpunktsetzung,
- Kooperationsformat,
- Beschaffung und vergaberechtliche Aspekte sowie

- Finanzierungsaspekte.

Darüber hinaus erfolgte eine gemeinsame Prüfung der Arbeitshypothesen im interdisziplinären Team.

Aufbauend auf der Bestätigung der Arbeitshypothesen und Leitfragen wurden die wesentlichen, für die Kooperationspraxis relevanten Fragestellungen aus verwaltungswissenschaftlicher, juristischer und praktischer Sicht untersucht und beantwortet. Sie stellen die Grundlagen der Machbarkeit vertraglicher Kooperation dar.

Aufbauend auf den Erkenntnissen des Gutachtens und gemeinsam mit diesem als Teil des Auftrags wurde ein Leitfaden zur Unterstützung von Verwaltungen in Bund, Ländern und Kommunen für die Umsetzung von vertraglicher IT-Kooperation für Einkauf, Entwicklung, Pflege und Betrieb von Software erstellt. Dazu wurden insbesondere aus der Betrachtung der praxisorientierten Machbarkeitsgrundlagen die Empfehlungen abgeleitet (s. dazu auch bereits unter 1.1).

Im folgenden Kapitel wird die Untersuchung der recherchierten Kooperationen unter den oben genannten differenzierenden und auf die Bedürfnisse dieses Gutachtens und der Entwicklung des Leitfadens zugeschnittenen Blickwinkel dokumentiert.

3 Analyse der bestehenden Kooperationspraxis

3.1 Bestandsaufnahme

Im Ergebnis einer offenen Online-Recherche sowie einer gezielten Recherche bzw. Abfrage von IT-Kooperationen, die in der Bund-Länder-Zusammenarbeit bekannt sind (wie die einheitliche Behördennummer „115“ oder die Lösung für Authentisierung und sicheren Datenaustausch „Governikus“), wurden 92 Kooperationsbeispiele aus unterschiedlichen Quellen zusammengetragen:

- Beispiele aus der FITKO-Analyse: IT Kooperationen in Deutschland,
- Beispiele aus eigener Recherche,
- Beispiele aus dem IT-PLR,
- Beispielhinweise der Interviewpartner und
- Beispiele der Auftraggeber.

Die 92 Kooperationsbeispiele wurden hinsichtlich ihrer Relevanz für dieses Gutachten geprüft. Dabei wurden 85 Kooperationsbeispiele als relevant im Sinne des Gutachtenschwerpunkts ausgewählt. Mit den identifizierten Beispielen wird die große Bandbreite von Gestaltungsmöglichkeiten und Varianten für Kooperationen ersichtlich, z. B. hinsichtlich:

- Schwerpunkt IT bzw. Software,
- Partner aller Ebenen: Kommunen, Länder, Bund,
- Verschiedene Fachthemen,
- Unterschiedliche Partnerkonstellation,
- Unterschiedliche Ziele von Kooperation,
- Unterschiedliche Vertragsformate und
- Unterschiedliche Zuständigkeiten.

Die Erkenntnisse der Dokumentenanalyse wurden durch qualitative Interviews mit Expertinnen und Experten validiert und ergänzt. Die Experten sind in Landesverwaltungen tätig und wurden aufgrund ihrer umfangreichen Erfahrungen in der Anbahnung und Umsetzung von Kooperationen ausgewählt. Ein weiteres Kriterium für die Auswahl der Interviewpartner war die Berücksichtigung der unterschiedlichen Rahmenbedingungen in den Bundesländern (z. B. Bedingungen im Flächenland bzw. im Stadtstaat, mit großem bzw. kleinem Rechenzentrum).

Mit Hilfe der Dokumentenanalyse und der Interviews konnte die „formale Regelungspraxis“ der „gelebten Kooperationspraxis“ gegenübergestellt und die Analyse um zwei we-

sentliche Punkte ergänzt werden: praktische Erfahrungen in Bezug auf empfehlenswerte²⁰ Praxisbeispiele sowie Hinweise zu Hürden und Hemmnissen in der heutigen Kooperationspraxis. Im Rahmen der Interviews wurden zum Teil komplexe zusätzliche Fragestellungen identifiziert, die im vorliegenden Gutachten in Zusammenarbeit mit Wissenschaftlern, Juristen und Praktikern analysiert und beantwortet wurden.

3.2 Klassifizierung der Kooperationen

Die Ausprägung und Gestaltung von IT-Kooperationen im öffentlichen Bereich ist vielfältig. Die Zusammenarbeit variiert jeweils bzgl. der Intensität, der zeitlichen Dauer, der Zielsetzung, der Inhalte, des Partnermodells, der Steuerung, der Finanzierung, der Abwicklung, der Organisation und der vertraglichen Gestaltung. Kooperationspartner können demnach sowohl Bund, Länder und Kommunen – dann jeweils durch eine Behörde oder eine im öffentlichen Bereich angesiedelte Institution repräsentiert²¹ –, als auch Dienstleister im Auftrag der öffentlichen Hand, wie z. B. Rechenzentren oder IT-Dienstleistungszentren, sein. Eine Kooperation hat mindestens zwei Partner.

Ein wesentlicher Unterscheidungspunkt in der Gestaltung ist die Art der Kooperation. Es wird zwischen institutioneller und vertraglicher IT-Kooperation unterschieden. Besonderheit der institutionellen Kooperation ist, dass eine feste Organisationseinheit mit eigener Rechtsform zur Umsetzung des Kooperationsbedarfs geschaffen wird. Bei der sonstigen Kooperation dagegen werden keine Organisationseinheiten mit eigener Rechtsform geschaffen. Vielmehr werden die bestehenden Strukturen der Partner genutzt und zum Teil befristete organisatorische Strukturen neu geschaffen, um die praktische Umsetzung der Kooperation zu gewährleisten.

Die per Recherche ermittelten 92 Beispielkooperationen wurden im ersten Schritt hinsichtlich ihrer institutionellen oder vertraglichen Gestaltung klassifiziert. Im Ergebnis standen für eine intensive Untersuchung und vergleichende Auswertung 85 Beispiele vertraglicher IT-Kooperation zur Verfügung.

3.3 Inhaltliche Analyse der vertraglichen Kooperationen

Die in der Bestandsaufnahme identifizierten Beispiele für vertragliche IT-Kooperation wurden hinsichtlich folgender Aspekte inhaltlich analysiert und bewertet:

- Partnerkonstellation, Partnermodell,
- Kooperationsgegenstand (Einkauf, Entwicklung, Betrieb, Pflege),

²⁰ Zur Bedeutung der Analyse der bestehenden Kooperationspraxis, insbesondere zur Notwendigkeit, deren Ergebnis von den Ergebnissen der rechtlichen Bewertung in Teil 4 zu unterscheiden, vgl. auch unter Ziffer 2.2.3 .

²¹ Zur notwendigen Unterscheidung von Kooperationspartnern und ihren Organen s. Ziffer 2.2.1.

- Kooperationszweck,
- Vertragsform,
- Laufzeit und
- Regelungsspektrum des Vertrags, insbesondere bzgl. Einkauf, Organisation, Steuerung und Finanzierung.

Für diese Gegenüberstellung wurden die Kooperationsverträge und ergänzend weitere Informationsmaterialien über diese Kooperationen einschließlich der Interviews ausgewertet. Durch die Einzelauswertung und Gegenüberstellung konnten typische Konstellationen innerhalb der Regelungen der Verträge identifiziert werden. Darüber hinaus wurden sowohl Besonderheiten als auch Unterschiede in den vertraglichen Regelungen deutlich, z. B. in Form von (nicht) geregelten Punkten. Die Ergebnisse der Analyse sind nachfolgend unter 3.3.1 bis 3.3.4 dargestellt.

3.3.1 Analyse der Partnerstruktur

Es wurden folgende wesentliche Partnermodelle für Kooperationen bestätigt:

- Land-Land,
- Bund-Land,
- Land-Kommune,
- Bund-Land-Kommune und
- Kommune-Kommune.

In den analysierten Kooperationen arbeiten die Länder am häufigsten zusammen. Am zweithäufigsten kooperieren Bund und Länder. Es wurden im Rahmen der Recherche mit Schwerpunkt IT- und Softwarekooperation sowie in den Interviews nur wenige Kooperationen zwischen Kommunen identifiziert. Die nachfolgende Grafik stellt die in der Analyse festgestellte Häufigkeitsverteilung der Partnermodelle dar.



Abbildung 2: Partnerstruktur der Untersuchungsstichprobe

Die in der Dokumentenanalyse ermittelte Häufigkeitsverteilung der Partnervarianten, wurde auch in den Interviews bestätigt.

Als Kooperationsakteure des Bundes, der Länder und der Kommunen wurden vor allem Fachbehörden, aber auch Rechenzentren bzw. öffentliche IT-Dienstleister identifiziert. Mit Blick auf diese Verteilung wurden die Expertinnen und Experten in den Interviews auch zur Rolle der Fachabteilungen im Vergleich zur Rolle der IT-Abteilungen befragt. Dabei wurde die Koordination der Kooperation durch die Fachabteilung als ein wesentliches Erfolgskriterium genannt. Kooperationen erfolgen zumeist aufgrund fachlichen Handlungsbedarfs – z. B. wenn eine Software zur Unterstützung einer bestimmten Fachaufgabe benötigt wird. Die fachlichen Anforderungen an die Software können nur aus dem entsprechenden Fachbereich heraus definiert werden. Deshalb kommt der Impuls für eine Kooperation oft aus dem Fachbereich bzw. findet die Anbahnung einer Kooperation häufig in Fachbereichen statt. Insofern ist es auch leicht nachvollziehbar, dass zahlreiche der untersuchten Bund-Länder-Kooperationen im Umfeld des IT-Planungsrats oder einer Fachministerkonferenz organisiert werden.

3.3.2 Analyse des Kooperationsgegenstands

Je nach Schwerpunkt des Kooperationsgegenstands werden folgende Geschäftsmodelle in Kooperationen genutzt:

- Beschaffergemeinschaft (Schwerpunkt Beschaffung),
- Entwicklungsgemeinschaft (Schwerpunkt Entwicklung),
- Betreibergemeinschaft (Schwerpunkt Betrieb) und
- Pflegegemeinschaft (Schwerpunkt Pflege).

Die Analyse des Kooperationsgegenstands hat gezeigt, dass die meisten Kooperationsvereinbarungen mehr als nur einen der Schwerpunkte Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege aufweisen. Tatsächlich enthält die Mehrheit der Verträge eine Kombination der vier Schwerpunkte. Es treten mindestens zwei, meistens sogar drei Schwerpunkte zusammen auf.

Kooperationsgegenstand

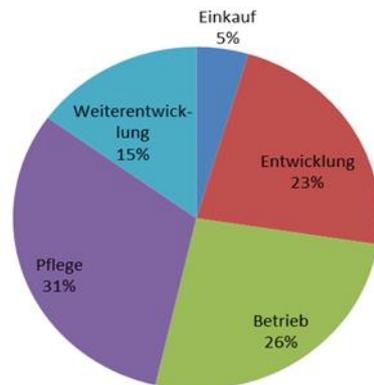


Abbildung 3: Kooperationsgegenstand der Untersuchungsstichprobe

Die häufigste Kombinationsvariante ist dabei Entwicklung/ Betrieb/ Pflege. Weitere gängige Kombinationsvarianten sind:

- Einkauf/ Entwicklung/ Betrieb,
- Betrieb/ Pflege,
- Entwicklung/ Betrieb und
- Einkauf/ Entwicklung/ Betrieb/ Pflege/ Weiterentwicklung.

Die Gliederung aus dem Gutachtenauftrag wurde an dieser Stelle um die „Weiterentwicklung“ ergänzt, weil dieser Aspekt in den Verträgen neben Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege ein regelmäßig aufgeführter Kooperationsgegenstand ist.

In der weiteren Analyse wurde deutlich, dass unter „Weiterentwicklung“ in der Praxis meist Maßnahmen zusammengefasst werden, die der Entwicklung oder der Pflege von Software zugeordnet werden können. Daher werden im Folgenden wie gehabt die vier Kooperationsgegenstände Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege betrachtet.

Beispiel:

Ein Beispiel für die am häufigsten vorkommende Kooperationsvariante „Entwicklung/ Betrieb/ Pflege“ ist das „onlinebasierte Antrags- und Genehmigungsverfahren für Großraum- und Schwertransporte VEMAGS“. Gegenstand von VEMAGS ist eine Kommunikationsplattform zur Abwicklung von Anträgen. Antragsdaten können über die Plattform zwischen Antragstellern und Behörden medienbruchfrei und schnell verfügbar gemacht werden. Neben der gemeinsamen Entwicklung und dem Betrieb verpflichten sich die beteiligten Kooperationspartner zur Pflege der Plattform. (www.vemags.de)

Die Analyse hat weiterhin gezeigt, dass sich die meisten Kooperationen zur gemeinsamen Entwicklung und zum Betrieb von Fachsoftware finden. In den Interviews wurde der Schwerpunkt Fachsoftware bestätigt und um eine Einschätzung zur weiteren Entwicklung von Kooperationen ergänzt.

In den Interviews wurden die Experten auch nach ihrer Einschätzung zum Potenzial von Kooperationen und zur Entwicklung in den nächsten Jahren befragt. Alle Expertinnen und Experten schätzen das Potenzial und auch den Bedarf von Kooperationen im Bereich Software und IT als sehr hoch ein. Sie gehen davon aus, dass insbesondere zwischen den Ländern die Anzahl der Kooperationen in den nächsten Jahren deutlich zunehmen wird.

Die Expertinnen und Experten sehen insgesamt großes Potenzial für Kooperationen mit den Schwerpunkten Betrieb von Netzen und Infrastruktur, Entwicklung und Betrieb von Basiskomponenten sowie beim Einkauf von Standardsoftware. Damit erhält mit dem Bereich Netze und Infrastruktur auch ein Inhalt Bedeutung für die Kooperation, der dem Bereich der Software vorgelagert ist. Das Gutachten wird angesichts des Gutachtenauftrags auf die Besonderheiten von Kooperationen in diesem Bereich nur am Rande eingehen können.

In der nachfolgenden Abbildung wird deutlich, wie die Bedeutung von Kooperationen in dem Feld für die nächsten Jahre eingeschätzt wird:

Bedarfs- einschätzung	Mecklenburg- Vorpommern	Nordrhein- Westfalen	Hessen
Netze und Infrastruktur	Gering	Mittel	Mittel
Standard- software	Gering	Gering	Gering
Basis- komponenten	Gering	Gering	Gering
Fachverfahren	Hoch	Hoch	Hoch

Abbildung 4: Bedarfs- und Schwerpunkteinschätzung für Kooperationen

Die Interviewpartner erwarten für die nächsten Jahre eine zunehmende Bedeutung von Kooperation im öffentlichen Bereich. Dabei werden vor allem die gemeinsame Entwicklung von Fachsoftware und der gemeinsame Betrieb von Fachsoftware und Infrastrukturen im Mittelpunkt stehen.

Das größte Potenzial und zugleich auch große Hemmnisse werden im Bereich Betriebskooperation für Fachverfahren gesehen. In der heutigen Praxis stehen dabei insbesondere folgende Fragen im Vordergrund:

- Finden sich genug andere Bedarfsträger, um so die „kritische Masse“ an Kooperationspartnern zu erreichen, damit sich ein langfristiger gemeinsamer Betrieb auch aus wirtschaftlicher Sicht lohnt?
- Wie kann in der Betriebskooperation auch der spätere Beitritt für weitere Partner ermöglicht werden?
- Wie kann bei der gemeinsamen Finanzierung einer beitriffsffenen Betriebskooperation der Bedarf an kompensatorischen Zahlungen vermieden werden?

Die letzte Frage ist vor allem in der Anbahnung der Kooperation von großer Bedeutung, wenn die Initiatoren der Kooperation mit potenziellen Partnern über die Mehrwerte und die gegenüberstehenden Kosten und Aufwände verhandeln.

Beispiele für Kooperationen mit offener Beitrittsregelung sind die „115“²² und „govdata.de“. Beide Projekte sind mit dem Ziel, weitere Partner dazu zu holen, gestartet. Bei der „115“ wurde z. B. in der Kalkulation ein erhöhter Grundbedarf in der Startphase angesetzt, um Kompensation bei späterem Beitritt zu vermeiden.

Die interviewten Expertinnen und Experten haben die gemeinsame fachliche Zielsetzung als einen kritischen Erfolgsfaktor für Kooperationen hervorgehoben. Ohne ein gemeinsames Verständnis der fachlichen Zielsetzung könnten die Partner ihre individuellen Ziele in der Kooperation nicht verwirklichen. Dies ist in der Praxis der beitriffsffenen Kooperationen eine besondere Herausforderung, weil in der gemeinsamen Zielformulierung bereits für die künftigen Partner „mitgeplant“ werden muss.

3.3.3 Analyse der Vertragsformate

Betrachtet man die eingesetzten Vertragsformate von ihrer äußeren Form her, zeigt die Analyse deutlich, dass rechtsförmlich vielen Verwaltungskooperationen eine Verwaltungsvereinbarung zu Grunde liegt. Von den 92 untersuchten Kooperationen haben 92 Prozent auf Basis einer als Verwaltungsvereinbarung bezeichneten Vereinbarung kooperiert. Darüber hinaus kommen auch andere Vertragsformate mit folgenden Bezeichnungen zum Einsatz:

- Privatrechtlicher Vertrag,
- Staatsvertrag und
- EVB-IT Vertrag (nur in Ergänzung zur Verwaltungsvereinbarung).

Staatsverträge sind die am seltensten in der Stichprobe vorkommende Vertragsform. Nur bei drei Prozent der Kooperationen wurde ein Staatsvertrag genutzt. In der Praxis regeln Staatsverträge vor allem grundsätzliche Inhalte, wie Benennung der Partner, Definition des inhaltlichen Rahmens oder Zielsetzung der Kooperation. Sie erscheinen in der Praxis in Punkto Regelungsspektrum und Festlegung der Grundlagen der Zusammenarbeit in

²² Siehe auch www.115.de.

der Kooperation aber nicht als „Ersatz“ für eine Projektvereinbarung bzw. eine Verwaltungsvereinbarung. Das dürfte u. a. darauf zurückzuführen sein, dass der Abschluss eines Staatsvertrages eines Parlamentsbeschlusses der beteiligten Länder bzw. des Bundes bedarf, also einen erhöhten Verfahrensaufwand bedeutet. Grundsätzlich ist aber ohne weiteres vorstellbar, dass auch in Staatsverträgen Einzelheiten geregelt werden können.

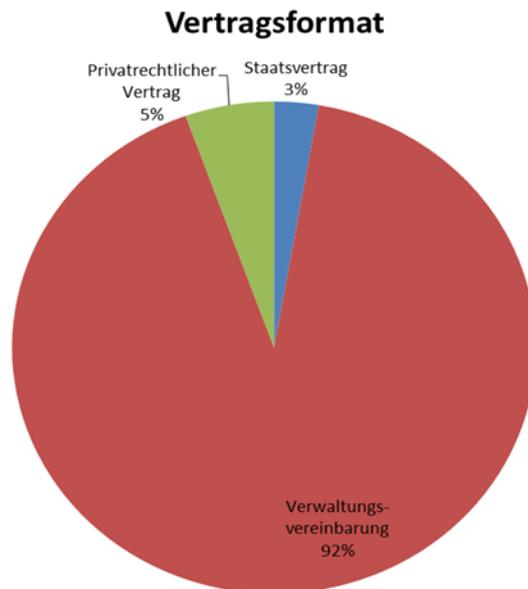


Abbildung 5: Verteilung des Vertragsformats in der Untersuchungsstichprobe

Bei fünf Prozent der Kooperationen in der untersuchten Stichprobe wurde ein so bezeichneter privatrechtlicher Vertrag eingesetzt.

Insbesondere für die Beauftragung von Betrieb und Pflege von Software werden ergänzend zur Verwaltungsvereinbarung auch regelmäßig EVB-IT-Vertragsmuster genutzt. Diese ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT)²³ wurden vom Kooperationsausschuss ADV Bund/ Länder/ Kommunalen Bereich (KopA ADV) in Abstimmung mit dem Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) erstellt und sind von allen Vergabestellen in Bund, Ländern und Kommunen zu nutzen.²⁴ Von den stichprobenhaft untersuchten Kooperationen nutzen zehn Prozent auch einen EVB-IT-Vertrag zur Regelung einzelner Kooperationsbestandteile mit dem Betreiber. Die Besonderheit bei der Nutzung der EVB-IT Verträge ist, dass sie im Kontext von Kooperationen nicht als vertragliche Grundlage für die Kooperation an sich genutzt werden. EVB-IT Verträge sind standardisierte Leistungs-

²³ Übersicht aller EVB-IT Vertragsmuster unter www.cio.bund.de.

²⁴ Dazu noch unter 4.2.2.4.

bzw. Werkverträge, die z. B. die Überlassung von Software, den Betrieb oder die Pflege vertraglich regeln.

Sie werden zur Regelung von Leistungen im Rahmen der Kooperation, wie z. B. gemeinsamer Betrieb und Pflege oder Überlassung von Software, genutzt. Die Verwaltungsvereinbarung bildet in diesem Fall – vereinfachend – den Rahmen für die Kooperation und spart die detaillierte Regelung von Leistungen aus.²⁵

Zu den in der Grafik unter „Privatrechtlicher Vertrag“ zusammengefassten Formaten gehören z. B. der eingetragene Verein (e.V.)²⁶, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)²⁷, die Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) sowie die Körperschaft des öffentlichen Rechts (KöR). Durchaus vorstellbar ist, dass zukünftig häufiger auf die gemeinsame Einrichtung einer AöR oder einer KöR zurückgegriffen wird, wenn eine institutionelle Kooperation angestrebt wird.

3.3.4 Analyse der Vertragsinhalte

Das inhaltliche Regelungsspektrum der untersuchten Kooperationen ist breit gefächert. Die untersuchten Kooperationsverträge sind hinsichtlich Umfang und geregelter Inhalte sehr unterschiedlich ausgestaltet. Um einen Eindruck der Bandbreite zu vermitteln, werden nachfolgend zwei Beispiele vorgestellt. Ein Beispiel für eine detailliert ausgestaltete Verwaltungsvereinbarung ist die Verwaltungsvereinbarung GDI-DE – Geodateninfrastruktur Deutschland. Ein Beispiel für eine eher knapp gehaltene Kooperationsvereinbarung ist die Vereinbarung zur Pflege des Standards OSCI-XMeld. Nachfolgend sind beide Gliederungen abgebildet.

²⁵ Zur rechtlichen Bedeutung der EVB-IT-Vertragsmuster noch unter 4.2.2.4.

²⁶ Beispiel für eine Kooperation auf Basis eines eingetragenen Vereins war der Deutschland online Infrastruktur e.V.

²⁷ Kooperationen auf Basis einer GbR finden sich vor allem im Bereich der Einkaufskooperationen.

Verwaltungsvereinbarung: Geodateninfrastruktur Dtl.

Abschnitt 1 (Allgemeines)

- § 1 Zweck der Vereinbarung
- § 2 Zusammenarbeit der Vereinbarungspartner
- § 3 Gremien und Stellen

Abschnitt 2 Lenkungsgrremium

- § 4 Aufgaben des Lenkungsgrremiums
- § 5 Besetzung des Lenkungsgrremiums
- § 6 Beschlussfähigkeit, Beschlussverfahren

Abschnitt 3 Koord. d. Umsetzung d. Geodateninfrastr. Dtl.

- § 7 Koordinierungsstelle
- § 8 Aufgaben der Koordinierungsstelle
- § 9 Kontaktstellen der Vereinbarungspartner

Abschnitt 4 Betrieb der GDI-DE): ®

- § 10 Betrieb der nationalen technischen Komponenten

Abschnitt 5 Finanzierung und Bewirtschaftung

- § 11 Finanzierung
- § 12 Bewirtschaftung

Abschnitt 6 Schlussvorschriften

- § 13 Rechte der Vereinbarungspartner
- § 14 Schlussbestimmungen

Anlage 1 – Finanzierungsplan ...GDI-DE® 2013 bis 2017

Anlage 2 – Leistungskatalog ... Betrieb der GDI-DE®

Kooperationsvereinbarung:

Pflege des Standards OSCI-XMeld

- § 1 Gegenstand
- § 2 Organisation
- § 3 Aufwand und Finanzierung
- § 4 Inkrafttreten und Geltungsdauer

Abbildung 6: Beispielgliederungen Kooperationsvereinbarung

In der Analyse wurden zwölf wesentliche Aspekte identifiziert, die in den Kooperationsvereinbarungen geregelt werden:

- Gegenstand bzw. Zweck der Kooperation,
- Ziele,
- Kündigung,
- Finanzierung,
- Organisation, Steuerung,
- Geltungsdauer bzw. Laufzeit,
- Haftung,
- Beitritt,
- Inkrafttreten,
- Änderungen und
- vergaberechtliche Aspekte.

Die nachfolgende Abbildung zeigt die Häufigkeitsverteilung dieser Punkte in der untersuchten Stichprobe.

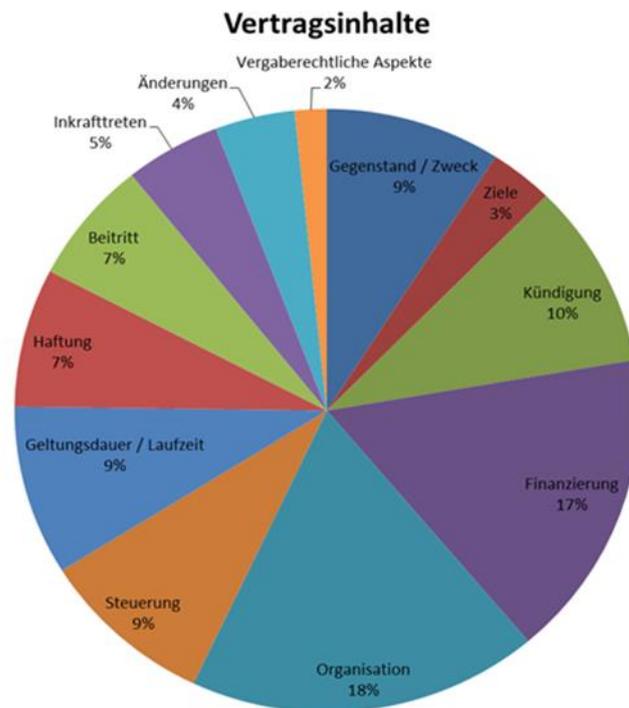


Abbildung 7: Verteilung der Vertragsinhalte in der Untersuchungsstichprobe

Die Analyse hat gezeigt, dass sich die Verträge hinsichtlich Detaillierung und Umfang der geregelten Inhalte zum Teil stark unterscheiden. So fehlen in Verträgen wichtige Regelungsinhalte, und andere enthalten nur unspezifische Absichtsbeschreibungen, deren Mehrwert für die Kooperationsvereinbarung nicht immer deutlich wird.

In der Praxis sind allgemein gehaltene Beschreibungen einzelner Regelungspunkte nicht immer ein Versehen, sondern durchaus beabsichtigt. So wollen sich die Kooperationspartner durch eine zunächst allgemeine Beschreibung eine spätere Ausgestaltung offenhalten und eine spätere Anpassung der Kooperationsvereinbarung vermeiden. Dieses Vorgehen wird insbesondere bei Regelungsdetails genutzt, deren konkrete (z. B. technische oder organisatorische) Ausgestaltung erst im Laufe der Kooperation erfolgen wird. Die Ausgestaltung bzw. Detaillierung findet dann in der praktischen Umsetzung statt und zieht an dieser Stelle keine Anpassung der Beschreibungen in der Kooperationsvereinbarung nach sich.

Die Analyse der bestehenden Kooperationspraxis deutet darauf hin, dass es Regelungsbestandteile zu geben scheint, die jeder Kooperationsvertrag enthalten sollte. Beispielfähig kann hier die Regelung von Laufzeit und Kündigung genannt werden. In einigen der untersuchten Verträge waren diese Regelungen allerdings nicht enthalten.

Die Analyse hat weiterhin gezeigt, dass die vier Aspekte Beschaffung, Steuerung, Organisation und Finanzierung in den Kooperationsverträgen sehr unterschiedlich ausgestal-

tet sind. Die gemeinsame Beschaffung war nur in wenigen der in der Stichprobe untersuchten Verträge Kooperationsgegenstand. Da sich die meisten Kooperationen mit der gemeinsamen Entwicklung und dem anschließenden Betrieb von Fachsoftware befassen, spielt der gemeinsame Einkauf hier kaum eine Rolle. Das Vorgehen zur gemeinsamen Beschaffung ist zumeist im Kontext einer Einkaufskooperation geregelt.

Effiziente Steuerungsstrukturen werden in den meisten Kooperationen (vor allem wenn die Fachverwaltung beteiligt ist) als ein wichtiger Bestandteil angesehen. In den ergänzenden Interviews wurde deutlich, dass in der Praxis die Steuerungsgewalt von der Fachseite ausgehen sollte. Insbesondere bei Kooperationen mit sehr vielen Partnern (z. B. alle Bundesländer) besteht in Bezug auf die Abstimmung und Konsensbildung Bedarf an einer übergeordneten Steuerung. Die Abstimmung aller relevanten Punkte jeweils im Kreis aller Partner wird als kritisch für das Gelingen der Kooperation eingeschätzt.

Insbesondere bei großen und auch bei langfristigen Kooperationen spielt Organisation eine wichtige Rolle. Bei einmaliger zeitlich begrenzter Kooperation besteht dagegen oft kein Bedarf an einem Projektbüro, einer Arbeitsgruppe, festgelegten Prozessen für Kommunikation und Zusammenarbeit, benannten Rollen und Verantwortlichkeiten oder ähnlichen Organisationsmaßnahmen. Obwohl mit Hilfe von Organisationsmaßnahmen ein entscheidender Beitrag für eine effiziente und effektive Kooperation geleistet werden kann, werden diese Instrumente nicht in allen untersuchten Verträgen genutzt.

Fragen zur Finanzierung sind einer der wichtigsten Abstimmungspunkte in der Vorbereitung von Kooperationen. Die Analyse hat gezeigt, dass nicht alle zur Verfügung stehenden Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis genutzt werden. Die Darstellung der Finanzierung ist in den Verträgen zum Teil sehr kurz gehalten. Zurückgegriffen wird auf unterschiedliche Finanzierungsmodelle und -herangehensweisen, die sich z. T. gerade auch in den Ländern erheblich unterscheiden. So wird in einzelnen Ländern z. B. bei der Kooperation zwischen Land und Kommunen die zentrale Einbeziehung des Kooperationsbeitrags aus dem kommunalen Finanzausgleich praktiziert.

In den Interviews wurden insbesondere zwei Aspekte genannt, die sich in der heutigen Praxis positiv bewährt hätten:

- Die anteilige Finanzierung auf Basis des Königsteiner Schlüssels als Finanzierungsinstrument in der Kooperation zwischen Ländern (mit oder ohne Beteiligung des Bundes) sowie
- Die zentrale Abwicklung der Finanzierung, z. B. durch ein Projektbüro oder einen Verantwortlichen für die Einziehung der Beiträge.

3.4 Risiken für den Erfolg von Kooperation

In der heutigen Kooperationspraxis bestehen unterschiedliche Risiken bzw. Hemmnisse für Kooperationen.²⁸ Auf Basis der Quellenauswertung und der Interviews wurden folgende Risiken für den Erfolg von Kooperationen identifiziert:

- Fehlen einer politisch- bzw. fachlich-strategischen Zielsetzung,
- Desinteresse der Leitungsebene,
- Mangelnde Entscheidungsbefugnis der praktisch agierenden Vertreter der Kooperationspartner,
- Mangelnde Kooperationsbereitschaft in der praktischen Zusammenarbeit bzw. im Rahmen der Ausgestaltung und Umsetzung der Kooperationsziele,
- Zu komplexe Entscheidungsprozesse, die kurzfristige Weiterentwicklung bzw. Anpassung des Vorgehens innerhalb der Kooperation hemmen,
- Mangelnde Professionalisierung in der Partnerschaft (gemeinsame Aufgabewahrnehmung vs. Auftraggeber-Auftragnehmer-Verhältnis),
- Zu geringe Transparenz über bestehende IT-Angebote (Innensicht der einzelnen Partner sowie auch Überblick über die „IT-Landschaft“ von Bund und Ländern),
- Unterschätzter Aufwand für die Integration von gemeinschaftlich entwickelter Software in die IT-Landschaft der einzelnen Kooperationspartner,
- Zwischen den Partnern nicht abgestimmte rechtliche Anforderungen (z. B. IT-Sicherheit, Standards sowie Vergabe-, Haushalts-, Kartell-, Steuer-, Lizenz- und Urheberrecht),
- Zu geringe personelle und finanzielle Ressourcenausstattung der Kooperation insbesondere für Koordination und Kommunikation im Rahmen der gemeinsamen Arbeit,
- Unzureichende Regelung der Finanzierung (z. B. fehlende Regelung von Details, Zahlungsmodalitäten oder Regelungen zu notwendigen Preisanpassungen),
- Wirtschaftlichen Erfolgsrisiken (z. B. wenn die Kooperation auf hinzukommende Partner ausgelegt ist und diese nicht oder später hinzukommen oder wenn sich durch Planungsfehler oder mangels effektiver Steuerung die Zeitplanung verschiebt),
- Unzureichende Abstimmung der Haushaltsplanungen.

²⁸ Ergänzend zu notwendigen Rahmenbedingungen für Kooperationen: Graudenz/ Schramm, in: Kammer/ Hippertz/ Westerfeld (Hrsg.), IT-Kooperationen, Teil 1: Kontext, Lösungsoptionen und Rahmenbedingungen, ISPRAT Whitepaper, 2009, S. 21 ff.

4 Grundlagen der Machbarkeit (vertraglicher) Kooperation

4.1 Methode und Vorgehen

Angesichts der hohen Variabilität, die sich aus dem breiten Spektrum an Kooperationsmöglichkeiten ergibt, hatte zwangsläufig eine präzisierende Beschränkung zu erfolgen. Diese wird im Folgenden näher beschrieben ebenso wie die allgemeine Vorgehensweise, um nicht nur die rechtlichen Rahmenbedingungen zu beschreiben, sondern auch die Zweckmäßigkeitserwägungen (also Praktikabilität, politische Rahmenbedingungen, strategische Implikationen, organisationstheoretische Erkenntnisse etc.) zielführend abzubilden.

4.1.1 Machbarkeitsprüfung: Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtsgestaltung

Ob eine Kooperation im hier gemeinten Sinne machbar ist, ergibt sich aus der Beantwortung von drei zentralen, aufeinander aufbauenden Fragen:

- Welche Grenzen werden den Kooperationsbeteiligten durch (für sie – praktisch – nicht zur Disposition stehendes) Recht (z. B. Gesetze, Verfassung) für die Kooperation gezogen? → *Rechtmäßigkeitserwägungen*
- Wie sollte der ggf. damit rechtlich eröffnete Kooperations- und Gestaltungsspielraum zweckmäßig (also etwa wirtschaftlich sinnvoll, effektiv oder strategisch klug)²⁹ ausgefüllt werden? → *Zweckmäßigkeitserwägungen* Wie müssen die so in Betracht kommenden Kooperationslösungen rechtlich umgesetzt bzw. ausgestaltet werden, um insbesondere die Kooperationslösung rechtssicher zu machen? → *Rechtsgestaltungserwägungen*

Der so skizzierte Dreischritt ist das grundlegende Schema für die Ermittlung der bestimmenden Rechts- und Machbarkeitsfragen einer konkreten Kooperation. Er liegt grundsätzlich dem Gutachten (und darauf aufbauend dem Leitfadens) zugrunde.

²⁹ Das Recht oder rechtliche Erwägungen spielen allerdings bei diesem zweiten Schritt und anderes als beim ersten und dritten Schritt allenfalls eine untergeordnete Rolle.

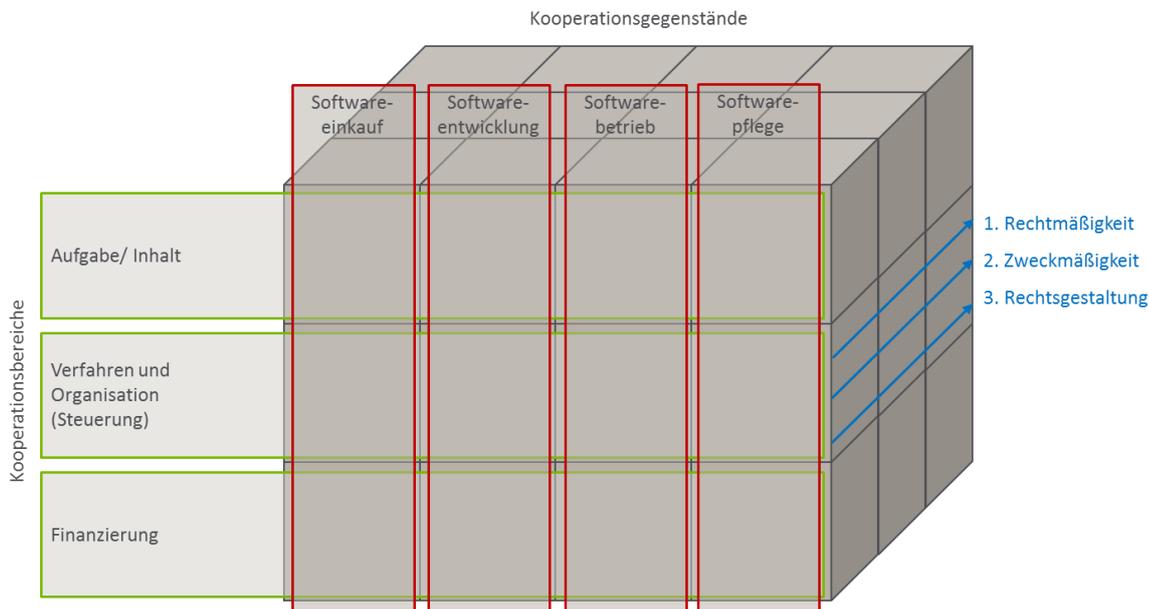


Abbildung 8: Systematik von Kooperationsbereichen und -gegenständen

Allerdings ist angesichts der Vielfalt der möglichen Kooperationsformen, -akteure, -gegenstände und -bereiche deren umfassende Abbildung im vorliegenden Rahmen nicht leistbar. Daher beschränken sich die Zweckmäßigkeitsausführungen oftmals auf grundlegende Erwägungen, auf die auch die Rechtsgestaltungserwägungen aufsetzen.

Welches Recht (bzw. welche Rechtsgebiete) im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung relevant ist und in der Folge auch die Rechtsgestaltungsprüfung mitbestimmt, hängt – da das geltende Recht (also z. B. die geltenden Gesetze) in der Regel an Lebens-, Aufgaben- oder Gegenstandsbereiche anknüpft – wiederum ab von

- den jeweiligen Kooperationsakteuren bzw. -partnern – hier also etwa Bund, Länder oder Kommunen –,
- dem Gegenstand der Kooperation – hier also Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software –,
- dem Inhalt der Kooperation im Hinblick auf eine unmittelbare öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung – also die Fachspezifik – und
- den Kooperationsbereichen – hier also Aufgabe, Organisation und Verfahren sowie Finanzierung.

Angesichts der Vielzahl möglicher Kooperationen, Kooperationspartner, Inhalte der Kooperation, fachlicher Gegenstände der Software und der deshalb stets hoch variablen rechtlichen Rahmenbedingungen sind letztverbindliche Aussagen für jede vorstellbare Konstellation einer Kooperation kaum möglich. Die folgenden Überlegungen sind daher Anstöße, die im Einzelfall bedacht werden sollten. Das Gutachten beschränkt sich darauf,

größere Problembereiche, wie sie sich insbesondere aus den Interviews ergeben haben, aufzugreifen und anzusprechen.

4.1.2 Weiteres Vorgehen

Die Ausführungen des Teils 4 folgen weitgehend dem vorstehend skizzierten Dreischritt „Rechtmäßigkeitsprüfung, Zweckmäßigkeitsprüfung und Rechtsgestaltungsprüfung“.³⁰ Regelmäßig ergibt sich daraus folgender Prüfungs-/ Analysegang:

Den Bezugs- bzw. Ausgangspunkt einer Dreischrittprüfung bildet ein einzelner Kooperationsaspekt (z. B. Einrichtung eines Steuerungsgremiums) eines Kooperationsbereichs (z. B. Organisation und Verfahren einer Kooperation). Soweit erforderlich wird nach Kooperationsgegenständen differenziert (im Beispiel: die Einrichtung eines Steuerungsgremiums als Frage von Organisation und Verfahren einer Kooperation zum gemeinsamen Einkauf von Software). Ergänzend werden Differenzierungen vorgenommen, wenn sich erhebliche Unterschiede aus einzelnen Teilschritten ergeben, etwa weil bestimmte Akteurskonstellationen Besonderheiten darstellen.³¹ Damit ist bereits aufgeworfen, welche Schwierigkeiten die Präzisierung im Einzelfall aufwirft.

Bei der Frage, welche Kooperationsaspekte erörtert werden und welche nicht, kann im Rahmen dieses Gutachtens kein systematischer Anspruch erhoben werden. Die Überlegungen lassen sich davon leiten, welche Aspekte bereits in der Praxis als wichtige Fragestellungen angesehen worden sind. Da als zentrale Fragen – auch im Sinne der Auftragsstellung – bereits im Vorfeld und wiederholt auch in den Interviews und Analysen bestehender Vereinbarungen das Vergaberecht einerseits und Überlegungen zur Finanzierung von Kooperationen andererseits angeklungen sind, werden hier hineinfallende Kooperationsaspekte schwerpunktmäßig und in eigenen Unterkapiteln behandelt (vergaberechtliche Kooperationsaspekte im Kooperationsbereich Aufgabe und Inhalt s. 4.4, finanzierungsrechtliche Kooperationsaspekte im Kooperationsbereich Finanzierung s. 4.6).

4.2 Allgemeine Anforderungen an die rechtliche und rechtsförmliche Ausgestaltung von Kooperationen

Ob und in welcher *rechtlichen* Form eine Kooperation auszugestalten ist, ist selbst eine vom Recht zu beantwortende Frage, insbesondere des Verfassungsrechts, aber auch des einfachen Gesetzesrechts und des untergesetzlichen Rechts. In diesem Sinne las-

³⁰ Teilweise ist der Dreischritt bereits aus den Überschriften bzw. Zwischenüberschriften kenntlich; teilweise sind die drei Schritte zusammengefasst.

³¹ Zu den Kooperationsakteuren und der Unterscheidung von Kooperationspartnern und deren Organen s. bereits unter 2.2.1.

sen sich allgemeine Voraussetzungen und Maßstäbe der rechtlichen und rechtsförmlichen Ausgestaltung und Umsetzung von Kooperationen prinzipiell feststellen. Sie betreffen vor allem den Beschluss von Kooperationsregelungen, insbesondere den Abschluss von Staatsverträgen und Verwaltungsvereinbarungen, und hier wiederum

- die Kompetenz zum Be- bzw. Abschluss solcher Kooperationsregelungen und
- die formellen Anforderungen, die beim Beschluss solcher Regelungen etwa in Hinblick auf Zuständigkeit, Verfahren und Form zu beachten sind.
- In Einzelfällen können zudem inhaltliche Anforderungen, die über die soeben genannten hinausgehen, zu beachten sein. Dazu gehören vor allem informationsrechtliche Vorgaben.

Im Folgenden sollen einige dieser wichtigen Aspekte dargestellt werden, ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Bei den inhaltlichen Punkten werden – neben dem Vergaberecht als eigenständigem Rechtsgebiet – vorrangig die informationsrechtlichen Aspekte angesprochen, weil hier zu erwarten ist, dass sie die meisten Kooperationen zu Einkauf, Entwicklung, Pflege und Betrieb von Software der öffentlichen Hand betreffen können. Zu den genannten Bereichen können zudem Anforderungen aus der jeweiligen sonstigen Fachmaterie hinzukommen (z. B. dem Straßenverkehrsrecht, dem Gewerbeamt, dem Polizeirecht etc.), die insbesondere von den Fachspezialisten zusätzlich zu berücksichtigen und zu ergänzen sind.

In Bezug auf die im Folgenden angesprochenen Regelungsbedarfe lassen sich zunächst einige zentrale rechtliche Anforderungen (ergänzt um Erwägungen zur zweckmäßigen Ausgestaltung) ausmachen, die bei allen Kooperationsregelungen – ungeachtet ihrer speziellen Rechtsform – zu berücksichtigen sind.

Die weiteren Anforderungen richten sich dann nach der jeweiligen Rechtsform.³² Entsprechend der gegenständlichen Ausrichtung dieser Untersuchung³³ beschränken sich die Ausführungen auf die Kooperation in der Rechtsform³⁴ vertraglicher Regelungen (s. dazu 1.2), wie insbesondere Staatsvertrag und Verwaltungsvereinbarung.

Lediglich zu Vergleichszwecken und um den Übergang zu den institutionellen Kooperationsformen anzudeuten, soll zudem summarisch auf die Möglichkeit eingegangen werden, im Wege von Entscheidungen und Beschlüssen des IT-Planungsrats (s. dazu 4.2.2.5) vorzugehen. Auf die Amtshilfe (s. dazu 4.2.4) als binnenadministratives Vorgehen wird angesichts der Zielsetzungen der Auftraggeber, über eine Basis für die Neuordnung der Kieler Beschlüsse nachzudenken, nicht eingegangen. Nichtsdestotrotz kann

³² In dieser (dogmatischen) Funktion, nämlich bestimmte rechtliche Anforderungen zu begründen oder rechtliche Folgen auszulösen, liegt die (rechtliche) Bedeutung der Unterscheidung von verschiedenen (hier insbesondere vertraglichen) Rechtsformen, vgl. dazu etwa Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen in: ders./ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2. Aufl. 2012, § 33 Rn. 1 ff.

³³ S. dazu bereits unter 1.2.

³⁴ Zur Beschränkung auf bestimmte Rechtsformen s. bereits unter 2.2.5.

auch dies weiterhin ein gut gangbarer, möglicherweise in seiner Eignung unterschätzter Weg zur Abwicklung einzelner Kooperationen sein.

Wenngleich auch angeleitet von den nachfolgend dargelegten allgemeinen Maßstäben und Voraussetzungen der einzelnen Kooperationsformen, bestimmt sich die Frage der Kooperationsform im Übrigen durch die Umstände des Einzelfalls, nämlich insbesondere danach, welche Akteure oder Partner (s. dazu nachfolgend 4.3) in Hinblick auf welchen Inhalt und in welcher Weise (s. dazu 4.4 bis 4.6) *konkret* miteinander kooperieren. **Wie bereits oben aufgezeigt (unter 2.2.3), ist daher im Einzelfall vor allem ein besonderes Augenmerk auf die Feststellung zu richten, worin genau die Kooperationshandlungen oder -beiträge der einzelnen Kooperationspartner bestehen, was also genau das „Kooperative“ ausmacht.** Fragen der richtigen Kooperationsform werden daher – ebenso wie sonstige rechtliche Anforderungen, die zur rechtskonformen und -sicheren Verwirklichung der Kooperation zu beachten sind (etwa Anforderungen der Vergabe oder der Mitbestimmung) – in diesen Zusammenhängen wieder aufgegriffen, zumal die akteursbezogene und in Bezug auf die einzelnen Kooperationsbereiche inhaltliche Ausgestaltung einer Kooperation von Spielräumen und Zweckmäßigkeitserwägungen geprägt ist. Diese leiten dann abschließend erste Überlegungen dazu an, wie deren Wirksamkeit rechtlich gesichert werden kann.

4.2.1 Rechtsformübergreifende Anforderungen und Zweckmäßigkeitserwägungen

Die nachfolgenden rechtlichen Anforderungen und Zweckmäßigkeitserwägungen beanspruchen Beachtung ungeachtet der speziellen Form der jeweiligen Kooperationsregelung.³⁵

4.2.1.1 Anforderungen im Zuge der Kooperationsanbahnung

In Abhängigkeit von der Bedeutung der Kooperation sind bestimmte Verfahrensmodalitäten einzuhalten.

So kann insbesondere die verfassungsrechtliche Wesentlichkeitstheorie, abgeleitet aus dem verfassungsrechtlich verankerten Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG, bei besonders weitreichenden Kooperationen, etwa zur gesamtheitlichen Umgestaltung des Verwaltungsverfahrensrechts durch IT, verlangen, dass die Vereinbarung unter Beteiligung des Parlaments auf Bundes- wie auf Länderebene erfolgt. Es bedarf dann also eines formalen parlamentarischen Beschlusses. Insbesondere langfristige Vereinbarungen

³⁵ Für eine – im vorliegenden Gutachten nicht betrachtete – steuerrechtliche Bewertung siehe das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse´ (EvaKB) im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 60 f.

sind hierfür anfällig. Eine erneute Bestätigung nach Wahlentscheidungen des Volkes ist zu erwägen, auch aus Akzeptanzgründen.³⁶

Auch im kommunalen Kontext bestehen solche Bindungen. Da nach den Gemeindeordnungen in aller Regel der Bürgermeister nur zur Entscheidung der Geschäfte der laufenden Verwaltung ohne Beteiligung des Gemeinde-/ Kreisrats befugt ist, muss bedacht werden, inwieweit eine Software-Kooperation noch unter diesen Sondertatbestand fällt.³⁷ In der Konsequenz wäre dann der Gemeinderat Entscheidungsorgan und müsste entsprechend früh integriert werden.

Bereits hier gilt, dass in den unterschiedlichen Ländern verschiedene Verständnisse von der Auslegung einzelner Vorschriften bestehen können. So kann das kommunalrechtliche Verständnis in einem Land eher eine Beteiligung des Landesparlaments, der Gemeindevertretung oder des Kreistags vorsehen als in einem anderen Land. Dies muss die Kooperation nicht nachhaltig verändern, kann aber mindestens zu zeitlichen Verzögerungen führen, wenn nicht sogar durch das von der Fachkompetenz gelöste demokratische Verfahren inhaltliche Änderungen in die Kooperation hineingetragen werden. Diese Unberechenbarkeiten können zwar nicht gänzlich aus der Welt geschafft werden.

Sie können aber dazu führen, dass Kooperationen inhaltlich anders (d. h. vor allem in der Bedeutung stärker zurückgenommen) zugeschnitten werden, um solche Beteiligungs- und Verfahrensrechte nicht auszulösen.

Es gilt daher, Verfahrensregelungen und Beteiligungsrechte insbesondere der demokratisch legitimierenden Gremien wie Parlamente und Gemeinde-/ Kreisräte zum Abschluss von Kooperationsvereinbarungen frühzeitig zu berücksichtigen. **Da Rückwirkungen aus den Gegenständen der Kooperation erfolgen können, ist dies während der inhaltlichen Konkretisierung einschließlich der Länderverschiedenheiten der Interpretation rechtlicher Regelungen in Bezug auf die Tatbestände, die Verfahrensvorschriften auslösen, immer im Blick zu halten.**

4.2.1.2 Anforderungen an die Verschriftlichung von Kooperationsregelungen

Den Verfahrensregelungen nahe stehen die Formvorschriften. Ungeachtet und vorbehaltlich etwaiger *rechtlicher* Formpflichten, die sich insbesondere auch aus Formvorschriften in Beteiligungsverfahren (z. B. die Schriftlichkeit von Staatsverträgen) ergeben können, ist es generell *zweckmäßig*, eine Kooperation schriftlich zu fixieren, weil die Langfristigkeit der hier in Rede stehenden Vereinbarungsgegenstände regelmäßig dazu führen wird, dass Personen und Institutionen, die beim Abschluss zuständig und beteiligt waren, nicht zwingend mehr bei der Durchführung und bei späteren Konflikten Auskunft erteilen können.

³⁶ Zum Erfordernis eines Parlamentsbeschlusses s. im Übrigen 4.2.2.1.

³⁷ S. dazu noch unter 4.2.2.2.2.

Daher ist aus Gründen der Klarstellung, Transparenz und der Nachweisbarkeit des Inhalts der Vereinbarung eine Verschriftlichung anzuraten. Sollte zudem eine spätere Befassung der Parlamente erforderlich sein, wäre wegen der dortigen Verfahrensvorschriften ohnehin eine Verschriftlichung erforderlich. Auch aus archiv- und statistikrechtlichen Gründen mag dies angeraten sein. Selbstverständlich kann auch eine etwaige Kooperationsvereinbarung Schriftlichkeit für alle weiteren Schritte vorschreiben.

Andererseits ist mit der Verschriftlichung auch ein wesentlicher Schritt dahin getan, die Vereinbarung öffentlich zugänglich zu machen.³⁸ Aus nicht-rechtlicher Perspektive ist nicht zu vernachlässigen, dass unter gewissen Umständen eine Verschriftlichung auch als Ausdruck eines gewissen Misstrauens missverstanden werden kann. Daher sollte auch hier mit Augenmaß vorgegangen werden.

4.2.1.3 Anforderungen an Information, Transparenz und Geheimnisschutz von Kooperationsregelungen

Aus inhaltlicher Sicht sind zu bedenkende Faktoren die Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder, soweit diese über ein solches verfügen.³⁹ Der jeder Person zustehende Informationszuganganspruch im Rahmen dieser Gesetze richtet sich auf amtliche Informationen, d. h. zu amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnungen (vgl. § 1 Informationsfreiheitsgesetz (IFG)), zu denen grundsätzlich auch Kooperationsregelungen etwa in Form von Verwaltungsvereinbarungen und Staatsverträgen gehören. Der Informationszugang kann jedoch eingeschränkt werden, sofern dies dem Schutz des geistigen Eigentums, von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder von besonderen öffentlichen Belangen (etwa Geheimnisschutz oder Schutz der Eigenständigkeit der Verwaltung) dient. Die Informationsfreiheitsgesetze sehen insgesamt nur eine passive Informationspflicht für die Behörden vor, d. h. die Information muss auf konkrete bzw. konkretisierte Anfragen hin herausgegeben werden, eine aktive Informationspflicht besteht regelmäßig nicht.⁴⁰ Weiterhin ist allgemein anerkannt, dass nur solche Information herausgegeben werden muss, die bereits vorhanden ist, die Behörde also aufgrund einer Anfrage nach dem IFG keine Pflicht trifft, ihre Informationen gezielt auszuwerten oder auf Wunsch des Antragstellers neu zusammenzustellen.

Ein erhöhtes Öffentlichkeitsniveau (etwa eine staatliche Pflicht zur proaktiven Veröffentlichung) kann auch aus einer bestehenden Kooperationsregelung folgen, etwa wenn in einem Staatsvertrag eine Veröffentlichung ausdrücklich vereinbart wurde, der auf das konkret in Rede stehende IT-Kooperationsvorhaben anwendbar ist.

³⁸ Siehe dazu noch nachfolgend unter 4.2.1.3.

³⁹ Den folgenden Ausführungen liegt das IFG des Bundes zugrunde, soweit nicht anders vermerkt. Die einzelnen Ländergesetze sehen zum Teil aber abweichende Modalitäten vor.

⁴⁰ Siehe zu den verschiedenen Informationsmodalitäten staatlichen Handelns I. Spiecker gen. Döhmnn, Jahrbuch der Juristischen Studiengesellschaft, Bremen 2012, S. 110 ff.

Das Informationszugangsrecht befindet sich allerdings derzeit unter der Überschrift „Transparenz“ in der Weiterentwicklung, sodass in einzelnen Ländern (z. B. in Hamburg mit dem sog. Transparenzgesetz – HmbTG) von vornherein ein über die (hergebrachten) Informationsfreiheitsgesetze hinausreichendes Öffentlichkeitsniveau gilt⁴¹ oder künftig absehbar gelten wird (z. B. in Rheinland-Pfalz).⁴² Die europäischen Entwicklungen im Rahmen der Überarbeitung der sog. Public-Sector-Information-Richtlinie⁴³ und deren nationaler Umsetzung im Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) verstärken diese Entwicklung noch, deren Konsequenzen für das staatliche Handeln noch nicht recht erfasst und verstanden sind und daher auch noch nicht abgesehen werden können.⁴⁴ **Zukünftig wird also besonders darauf zu achten sein, welche Öffentlichkeitsanforderungen bestehen.** Ist eine öffentliche Zugänglichkeit der Kooperationsvereinbarungen nicht erwünscht, sind entsprechende Vorkehrungen zu treffen – etwa gerade Schriftlichkeit zu vermeiden, soweit hierfür rechtlich Spielraum besteht. Sollten Gründe des öffentlichen Geheimnisschutzes geltend gemacht werden, ist sicherzustellen, dass diese Gründe bereits frühzeitig dokumentiert werden und somit für spätere Anfragen ein argumentatives Potential bereitgestellt ist.

Rechtlich unsicher ist, was gilt, wenn für die jeweils beteiligten Kooperationspartner (etwa der Bund und zwei Länder) unterschiedliche Öffentlichkeitsniveaus Anwendung finden, sodass für eine Kooperationsvereinbarung nach der Vorgabe des Gesetzes eines Landes (z. B. nach dem Hamburgischen Transparenzgesetz) ein Informationszugangsanspruch oder sogar eine staatliche Veröffentlichungspflicht besteht, nach der Vorgabe der Gesetze eines anderen Landes oder des Bundes hingegen nicht (oder sogar Geheimnisschutz o.Ä. angenommen wird). **Zusammenfassend ist zu empfehlen, solche Unterschiede in den Öffentlichkeitsniveaus bzw. die Veröffentlichungspflichten insgesamt vorab zu prüfen und gegebenenfalls im Rahmen einer (vertraglichen) Kooperationsregelung einer Lösung zuzuführen.** Diese kann etwa vorsehen, dass jeweils die engsten Grenzen gelten sollen. Einzelne Länder könnten hier aber auch Sonderregelungen vereinbart wissen wollen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Partner in der Vereinbarung auch Vertraulichkeitsabsprachen treffen können. Diese Vertraulichkeitsvereinbarung führt nicht zwangsläufig dazu, dass nicht über die Informationsfreiheits- oder Transparenzgesetze eine allgemeine Verfügbarkeit der Vereinbarungen hergestellt werden kann. Die Vertraulichkeit kann sich aber z. B. auf Folgeentscheidungen oder Hintergründe beziehen. Insbesondere dann, wenn Kooperationen langfristig erfolgen und mit eigenen Steuerungsgremien ausgestattet sein sollen, kann dies Bedeutung erlangen.

⁴¹ Vgl. etwa für Staatsverträge § 16 HmbTG.

⁴² Vgl. dazu Beaucamp, Zur Transparenz vertraglichen Handelns des Staates, in: NordÖR 2014, S. 149 ff.

⁴³ EU-Richtlinien 2003/98/EG und 2013/37/EU über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors

⁴⁴ Siehe dazu Th. Dreier/V. Fischer/A. van Raay/I. Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Zugang und Verwertung öffentlicher Informationen, i.E. 2014.

Auch dies sollte zumindest intern in Vermerken entsprechend dokumentiert sein, damit im Falle von Personalwechsel und Umstrukturierungen das Wissen um diese Elemente nicht verloren geht und nachweisbar bleibt.

4.2.1.4 Ausschluss und Einschränkungen vertraglicher Kooperation durch bestehende institutionelle Kooperationen (insbes. „DVZ-Gesetze“)⁴⁵

Seit geraumer Zeit sind Bestrebungen insbesondere der Länder zu beobachten, Datenverarbeitungszentren zu installieren, mittels derer eine „zentrale Dienstleisterin auf dem Gebiet der Informations- und Kommunikationstechnik“ etabliert wird, um „Synergieeffekte [...], Kostensenkungen und Effizienzsteigerungen zu ermöglichen“.⁴⁶

Mit diesen institutionellen Kooperationen, die im Rahmen dieses Gutachtens grundsätzlich nicht näher betrachtet werden,⁴⁷ können für die Etablierung von nicht-institutionellen Kooperationen, wie sie in diesem Gutachten näher betrachtet werden, zwei größere Fragenkomplexe einhergehen, die bei jeder neuerlichen Kooperationsanstrengung zu beachten sind.

Der erste Themenkomplex fragt nach den gegenwärtigen Konsequenzen dieser Vereinbarungen.⁴⁸ Sehen diese womöglich bereits jetzt Klauseln vor, nach denen Einkauf, Entwicklung, Pflege und Betrieb von Software durch Kooperationen außerhalb dieser Datenverarbeitungszentren nicht möglich sein sollen? Dies liegt auch deshalb nahe, um keine „Konkurrenz im eigenen Haus“ zu etablieren und damit womöglich gerade die gewünschten Synergieeffekte zu schmälern. Der zweite Themenkomplex befasst sich mit der zukünftigen Entwicklung: Können andere Vereinbarungen womöglich Klauseln vorsehen, die ihrerseits weitere Kooperationen hindern bzw. deren Tätigkeit sperren und damit nachträglich die Rahmenbedingungen der hier in Rede stehenden Kooperationen verändern?

Eine vollständige Analyse der bestehenden Vereinbarungen kann in diesem Rahmen nicht geleistet werden. Daher erfolgen auf der Grundlage einer der bedeutendsten DVZ-Vereinbarungen, nämlich derjenigen zu Dataport, einige grundlegende Ausführungen.

Für die Fragestellung, ob bestehende Verträge weitere Kooperationen sperren, ist die konkrete Ausgestaltung solcher Verträge maßgeblich. Eine juristische Auslegung der jeweiligen Vorschriften ist erforderlich, da zumeist Überlegungen zum Verhältnis zu anderen Kooperationen nicht oder nur in Ansätzen in die Vereinbarung eingegangen sind.

⁴⁵ Datenverarbeitungszentrums-Gesetze (DVZ-Gesetze)

⁴⁶ Siehe beispielhaft den Staatsvertrag zum Beitritt von Sachsen-Anhalt zur Einrichtung „Dataport“ vom Februar 2014.

⁴⁷ S. Ziffer 1.2.

⁴⁸ Wenn an dieser Stelle davon gesprochen wird, dass die hier in Rede stehenden institutionellen Kooperationen auf „Vereinbarungen“ beruhen, so schließt dies den – häufigen – Fall ein, dass diese Vereinbarungen (regelmäßig Staatsverträge) in Form eines Gesetzes (dann in der Praxis häufig als „DVZ-Gesetz“ bezeichnet) in das Recht von Bund und Ländern transferiert wurden. In diesem Sinne beruhen die institutionellen Kooperationen (jedenfalls auch) auf einem Gesetz.

Der Dataport-Vertrag bspw. sieht vor, dass Dataport als „zentrale IT-Dienstleisterin“ fungiert (§ 3 Abs. 1 Satz 2 Dataport-StV) und die Verwaltungen „unterstützt“ (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Dataport-StV). Dataport selbst wird das Recht eingeräumt, daneben weitere Aufgaben übernehmen zu können (§ 3 Abs. 1 Satz 3). In § 21 Dataport-StV ist dem Land Niedersachsen die Option zur Wahrnehmung weiterer Leistungen übertragen. Genau aufgeschlüsselt ist, welche Sacheinlagen übergehen, für welche Einrichtungen Dataport Gesamtrechtsnachfolgerin sein soll und für welche Aufgaben damit faktisch Dataport als zentrale IT-Dienstleisterin vorgesehen ist (vgl. § 2 Dataport-StV).

Aus diesen Vorschriften ergibt sich zunächst das Bild, dass Dataport diejenigen Aufgaben übernehmen soll, die zuvor von den einzelnen Einrichtungen der verschiedenen beteiligten Länder wahrgenommen worden sind. Eine deutliche und umfangreiche Aufgabenerweiterung ist mit dieser Übertragung aber nicht einhergegangen. Erkennbar ist auch der Wille, wie er in der Präambel zum Ausdruck kommt, dass eine Zentralisierung und verbindliche Verknüpfung der verschiedenen IT-Dienstleistungsfunktionen verschiedener Länder mit der Gründung von Dataport einhergehen soll.

Daher wird ersichtlich, dass mit der Gründung von Dataport kein gänzlich neuer Aufgabenbereich eröffnet werden sollte, sondern vielmehr bestehende, vergleichbare Strukturen mehrerer Bundesländer in einen Träger überführt werden sollten. Formuliert wird auch der Anspruch zurzeit des Dataport-Staatsvertrags, dass damit eine zentrale Dienstleistungseinheit geschaffen wird. Allerdings ist dem nicht zu entnehmen, dass damit andere, parallele Dienstleistungseinheiten per se ausgeschlossen sein sollten. Weder die Gesamthandsübertragung (bestehender Dienstleistungseinheiten) noch die Formulierung der Stellung als zentraler IT-Dienstleister verweisen darauf. Sie machen deutlich, wie es auch in der Präambel zum Ausdruck kommt, dass es als ungemein wichtig angesehen wird, gemeinsame IT-Kooperationen zu installieren. Damit ist aber nicht kenntlich gemacht, dass es ein Ausschließlichkeitsrecht von Dataport geben soll, dass also die Übertragung der Aufgaben als IT-Dienstleister umfassend und ausschließlich sein sollen. Auch aus übergeordneter Sichtweise wäre eine solche Vorgehensweise unangebracht: Die Aufgabenerfüllung auf der Dienstleistungsebene gehört nicht zwingend zu den allein durch den Staat wahrnehmbaren Aufgaben, wie auch die Erfahrung der Einbeziehung privater Dienstleister zeigt. Schon aus Gründen von Systemwettbewerb, Vermeidung von Pfadabhängigkeiten und der Etablierung alternativer Vorgehensweisen sollte eine Konzentration auf ein einziges Dienstleistungszentrum möglichst vermieden werden.

Die vorstehenden Überlegungen betreffen indes allein die Vereinbarungen einiger Bundesländer im Rahmen des Dataport-Staatsvertrags. In anderen Vereinbarungen könnte sehr wohl ein Ausschließlichkeitsrecht vereinbart sein, das gerade auch Einkauf, Entwicklung, Pflege und Betrieb von Software erfassen könnte, wie sich mittels Auslegung ergeben kann. **Daher sind bestehende DVZ-Gesetze/ Staatsverträge/ Vereinbarungen bei Eingehen neuer Kooperationen zuvor daraufhin zu überprüfen, ob in diesen ein etwaiges Ausschließlichkeitsrecht der bestehenden Kooperation vereinbart ist und daher weitere Kooperationen gesperrt sein können.**

Entsprechend ist auch die zweite Teilfrage zu beantworten. Für denjenigen, der sich in kooperativer Weise mit Einkauf, Entwicklung, Pflege und Betrieb von Software befasst, spielt diese zweite Frage indes nur dann eine Rolle, wenn eine mittel- oder langfristige Beziehung geplant ist. Denn nur dann könnten mögliche zukünftige Sperrklauseln sich auf die weitere Ausgestaltung und Entwicklung auswirken. Bei kurzfristigen Vorhaben, etwa dem gemeinsamen Aushandeln von Rahmenbedingungen für Software, welche dann von jedem Kooperationspartner separat genutzt wird, sind diese zukunftsgerichteten Überlegungen vernachlässigbar.

Vorstellbar ist es, dass zukünftige Vereinbarungen vorsehen, dass auch bestehende Kooperationen davon erfasst sein sollen. **Insofern ist auch bei einer laufenden Kooperation stets darauf zu achten, wie sich andere Vereinbarungen dazu verhalten.**

4.2.1.5 Anforderungen des Datenschutzes und der IT-Sicherheit an Kooperationsregelungen

Das Datenschutzrecht und das IT-Sicherheitsrecht stellen vielfältige Anforderungen an den Einsatz von Informationstechnologie. Diese hohe Datenschutz- und Sicherheitsrechtsrelevanz von IT im Allgemeinen kommt darin zum Ausdruck, dass nicht nur beim Betrieb, sondern bereits beim Einkauf, bei der Entwicklung und der Pflege von Software Anforderungen an den Datenschutz und die IT-Sicherheit bestehen – und zwar auch dann, wenn dies in Kooperation geschieht. Für die hier betrachteten Kooperationen stellen sich datenschutz- und sicherheitsrechtliche Anforderungen an das Produkt und in diesem Sinne an Aufgabe und Inhalt der Kooperation, die unter diesem Punkt (4.4.3) abgehandelt werden.

Daneben müssen die Kooperationspartner, die Einkauf, Entwicklung, Pflege und Betrieb von Software betreiben, während ihrer Kooperation ihrerseits Datenschutz und IT-Sicherheit wahren. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Kooperationspartner federführend mit der Software umgeht, etwa weil er sie einkauft (und die anderen Partner es ihm dann gleich tun) oder weil er sie betreibt (und den anderen Partnern zur Verfügung stellt). Angesichts der hohen Entwicklungsgeschwindigkeit in diesem Bereich ist darauf zu achten, dass die aktuelle IT-Sicherheits- und Datenschutzgesetzgebung, auch auf der europäischen Ebene, proaktiv erkannt und integriert wird.

Beide Bereiche, also IT-Sicherheit und Datenschutz, sind zusätzlich über ihre eigentlichen inhaltlichen Anforderungen weiter problematisch, weil Bund und Länder jeweils unterschiedliche Vorstellungen zur Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe dieser Rechtsmaterien haben können und somit die Anforderungen unterschiedlich ausgestaltet werden müssen. Hinzu kommen zudem unterschiedliche Anknüpfungspunkte je nach Ausgestaltung der Kooperation. Da etwa das Datenschutzrecht zentral an die Rechtskonstruktion der „verantwortlichen Person“ anknüpft, müssen Zugriffsrechte eindeutig geklärt sein. Für den Fall einer Auftragsdatenverarbeitung (vgl. § 11 BDSG; vergleichbare Nor-

men bestehen auch in den Landesdatenschutzgesetzen) müssen Kontrollrechte entsprechend verankert sein. **Es ist daher darauf zu achten, dass auch datenschutz- und IT-sicherheitsrechtlicher Sachverstand möglichst frühzeitig eingebunden wird; dies gilt erst recht, wenn verschiedene Länder beteiligt sind.**

4.2.1.6 Vorgaben des IT-Planungsrats an Kooperationsregelungen

Eine Besonderheit stellen die Beschlüsse und Entscheidungen des IT-Planungsrats dar. Diese können Anforderungen an alle Arten von IT-relevanten Kooperationen stellen.

Das Grundgesetz in Art. 91c GG und der darauf basierende IT-Staatsvertrag (IT-StV) regeln ausdrücklich, dass und wie Bund und Länder auf dem Gebiet ihrer informationstechnischen Systeme zusammenwirken. Dass sich die verfassungsgebenden Organe des Bundes sowie alle Länder auf diese rechtlich hochrangig verankerten Weichenstellungen geeinigt haben, beruht auf der Zielsetzung, eine hohe Qualität der informationstechnischen Infrastruktur des Staatshandelns zu erreichen. *Hierzu* – so die gemeinsame Einsicht – ist eine gute Kooperation von Bund und Ländern – und damit faktisch auch der Kommunen – auf gesicherter Rechts- und Tatsachengrundlage unabdingbar.⁴⁹

Insofern steht die vorliegende Fragestellung, wie mit den kooperationsrechtlichen Konkretisierungen umzugehen ist, die bei der Durchführung von speziellen IT-Dienstleistungen auftreten, nämlich Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software, in engem Zusammenhang mit der Tätigkeit des IT-Planungsrats (IT-PLR), der diese Kooperationsleistungen in erheblichem Umfang wahrnimmt. Auch wenn im Rahmen von Leitfaden und Gutachten die Stellung des IT-Planungsrats nicht vollumfänglich gewürdigt und unter sachdienlichen Aspekten integriert werden kann, so können sich aber doch rechtlich verbindliche Vorgaben unter dem Dach des IT-Planungsrats ergeben haben, die auch für alle Software-relevanten Kooperationen zu beachten sind.

Zu den vom IT-Staatsvertrag in Verbindung mit Art. 91c GG zugewiesenen Aufgaben des IT-Planungsrats gehört die verbindliche Beschlussfassung über fachunabhängige und fachübergreifende IT-Interoperabilitäts- und IT-Sicherheitsstandards. Was genau solche Standards sind, wird im Rahmen der allgemeinen rechtlichen Vorstellungen zu unbestimmten Rechtsbegriffen durch den IT-Planungsrats zunächst selbst ausgefüllt, ist aber grundsätzlich einer vollumfänglichen gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Zugewiesen werden können dem IT-Planungsrats zudem Projekte aus dem Bereich des E-Governments. Im Rahmen seines allgemeinen Koordinationsauftrags in Fragen der Informationstechnik kann der IT-Planungsrats ferner selbst darüber bestimmen, welcher Themen er sich annimmt und in welcher Intensität und Breite er dies tut.⁵⁰

⁴⁹ Siehe zu den folgenden grundsätzlichen Ausführungen zum IT-Planungsrats das umfangreiche Gutachten von E. Richter, A. Schmehl und I. Spiecker gen. Döhmann, Die Funktionen des IT-Planungsrats bei normgebenden Verfahren auf dem Gebiet von IT und E-Government (www.it-planungsrats.de).

⁵⁰ Siehe zu den unterschiedlichen Kompetenzen des IT-Planungsrats das umfangreiche Gutachten von E. Richter, A. Schmehl und I. Spiecker gen. Döhmann, Die Funktionen des IT-Planungsrats bei normgebenden Verfahren auf dem Gebiet von IT und E-Government (www.it-planungsrats.de).

Die Wirkung der Entscheidungen und Beschlüsse des IT-Planungsrats sind ganz überwiegend der politischen Ebene zuzuordnen. Er ist in erster Linie ein politisches Gremium und eher in zweiter Linie ein Fachgremium, wenn es um die inhaltliche Ausgestaltung seiner Entscheidungen geht. Dennoch gibt es einen Bereich, in dem die Konsequenzen der Beschlüsse nicht allein dem politischen Sektor zugewiesen sind, sondern vielmehr größtmögliche rechtliche Bindungen entfalten. Denn für Bund und Länder sind Beschlüsse zu IT-Interoperabilitäts- und IT-Sicherheitsstandards einzuhalten (Pflicht zur *Beachtung*). Entscheidungen in Empfehlungsform können je nach dem Bezugspunkt, auf den sie sich auswirken, eine Pflicht zur *Berücksichtigung* bei Abwägungen auslösen. **Insofern sind inhaltlich die Vorgaben des IT-Planungsrats bei der Eingehung einer Kooperation unbedingt zu beachten und, je nach Bindungsgrad, in die Entscheidung einzubeziehen.** Der IT-Planungsrat ist aber nicht selbst Teil einer solchen Kooperation.

Darüber hinaus nimmt der IT-Planungsrat nach den Vorstellungen des Staatsvertrags einige kooperationswichtige Funktionen wahr. Vorweggenommen sei bereits, dass diese weiteren Aufgaben allerdings nur in geringem Ausmaß die Kooperation zu Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software institutionell beeinflussen.

Anderes gilt für die inhaltlichen Vorgaben, die vom IT-Planungsrat in seinen Beschlüssen festgelegt worden sind. Handelt es sich um Festsetzungen im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 IT-StV, also um festgelegte Standards der Interoperabilität und der IT-Sicherheit, so sind diese zwingend zu beachten als inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Software, die eingekauft, entwickelt, betrieben oder gepflegt werden soll.

Diese Vorgaben sind dann auch denjenigen mitzuteilen, die die konkrete Softwarebetreuung vornehmen. **Die sonstigen Beschlüsse und Empfehlungen des IT-Planungsrats sind dagegen in Abwägungen und dergleichen einzustellen. Auch dies ist denjenigen, die sich mit dem Softwareprodukt befassen, mitzuteilen und die Einhaltung/Berücksichtigung zu überprüfen.**

4.2.1.7 Vergaberechtliche Anforderungen an Kooperationsregelungen (an und für sich)

Eine Kooperationsvereinbarung zwischen öffentlichen Stellen könnte *an und für sich* – d. h. ungeachtet ihres konkreten Kooperationsgegenstands – stets als ein öffentlicher Auftrag im Sinne des unionsrechtlichen Vergaberechts anzusehen sein. In der Folge müsste jeder Kooperation *per se* ein Vergabeverfahren vorgeschaltet werden. Das ist jedoch nicht der Fall, da das Eingehen einer Kooperation an und für sich grundsätzlich noch keinen Beschaffungsbezug in Form eines öffentlichen Auftrags aufweist, sondern ein Beschaffungsbezug erst durch die konkrete Ausgestaltung der Kooperation mit bestimmten Leistungserbringungsverpflichtungen zwischen den Kooperationspartnern ent-

stehen kann (vgl. unten 4.4.2.1). Die Frage etwaiger vergaberechtlicher Ausschreibungspflichten kann daher nicht losgelöst vom konkreten Kooperationsgegenstand beurteilt werden.

4.2.2 Vertragliche Kooperationsformen

Der Vertrag als Rechtsform ist keinem besonderen Rechtsgebiet zugeordnet.⁵¹ Dies erklärt die Vielfalt von vertraglichen Formen und die Schwierigkeit, sie in eine Systematik zu bringen, zumal die Bezeichnung eines Vertrags in der Praxis⁵² (etwa als „Verwaltungsvereinbarung“)⁵³ grundsätzlich keine rechtliche Relevanz oder Folge hat. Jedenfalls ist der Vertrag heute auch als Handlungsform der Verwaltung in den entsprechenden Normen, allen voran den Verwaltungsverfahrensgesetzen, anerkannt.

Aus einer praktischen Perspektive, die – wie vorliegend – den Vertrag als Mittel zur rechtlichen Umsetzung begreift, bilden indes die von der Untersuchung in den Blick genommenen Kooperationspartner und Kooperationsgegenstände die Ausgangspunkte.⁵⁴ Vorliegend kommen daher jene vertragliche Formen in den Blick, über die Bund, Länder und Kommunen den gemeinsamen Einkauf, die gemeinsame Entwicklung, den gemeinsamen Betrieb oder die gemeinsame Pflege vereinbaren und in ihren rechtlichen Folgen regeln können. Danach lassen sich folgende Vertragsformen unterscheiden: Staatsvertrag und Verwaltungsvereinbarung (wiederum unterschieden in Verwaltungsabkommen und interkommunale Vereinbarung). Sie eint, dass sie die jeweiligen Kooperationspartner in Form unmittelbar geltenden Vertragsrechts binden. In Hinblick auf die Art und Weise der Geltung lässt sich von ihnen die Koordinationsabsprache unterscheiden, die innerstaatlich (also im Innenbereich der jeweiligen Kooperationspartner) nicht unmittelbar angewendet werden kann.⁵⁵

Qualifizierung eines Vertrags als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich, insbesondere „Wahlfreiheit“ der öffentlichen Hand zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertragshandeln

Gleichsam „quer“ zur dargestellten Unterscheidung der einzelnen Vertragsformen liegt die – die deutsche Rechtsordnung prägende – Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht: Die Rechtsfolgen der genannten Vereinbarungen, insbesondere die auf sie anzuwendenden Gesetze, können grundsätzlich entweder privatrechtlicher oder

⁵¹ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 475.

⁵² Zur Bezeichnungspraxis s. die (empirische) Analyse der Vertragsformate in der heutigen Kooperationspraxis unter Ziffer 3.3.3.

⁵³ Siehe Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 60 mit Fn. 152; David, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 43 Rn. 22. Zur „Bezeichnungspraxis“.

⁵⁴ Zum Begriff der Kooperationspartner und der Kooperationsgegenstände s. 2.2.1.1 und 2.2.2.

⁵⁵ Zur Koordinationsabsprache noch unter Ziffer 4.2.2.3.

öffentlich-rechtlicher Art sein, so dass es sich bei der jeweiligen Vertragsform von der juristischen Einordnung her prinzipiell um eine privatrechtliche oder um eine öffentlich-rechtliche Vertragskooperation handeln kann.⁵⁶ Dabei steht der öffentlichen Hand auch beim vertraglichen Handeln – wie in anderen Handlungsbereichen auch – grundsätzlich eine Kompetenz oder „Freiheit“ zu, zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher (Vertrags-)Ausgestaltung zu wählen.

Damit stellt sich in jedem Einzelfall einer vertraglichen IT-Kooperation die Ausgangsfrage, ob der zu schließende Vertrag dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist bzw. wäre. Die Klärung dieser Frage ist für jede einzelne Kooperation von erheblicher Bedeutung, da davon abhängt, welches Vertragsrecht (etwa in Hinblick auf das Vertragsverfahren oder die Form des Vertrags) anzuwenden ist, welche Haftungsregelungen gelten, welche Vollstreckungsmöglichkeiten bestehen und welcher Rechtsweg im Streitfall offensteht.⁵⁷ Auch wenn der öffentlichen Hand dabei ein Wahlrecht zukommt, bestimmt sich die (privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche) Rechtsnatur des Vertrags letztlich objektiv und zwar nach dem Gegenstand, also dem Inhalt des jeweiligen Vertrags. Es kommt darauf an, ob sich dieser Inhalt auf einen öffentlich-rechtlich zu beurteilenden Sachverhalt beziehen würde, insbesondere ob die vertraglich zu übernehmende Verpflichtung öffentlich-rechtlichen Charakter hätte.⁵⁸ Für den hier in Rede stehenden Bereich der vertraglichen IT-Kooperationen kommen damit die für die Abgrenzung typischer Schwierigkeiten zum Tragen. Denn zum einen reichen – wie die eingangs dargelegten typische Kooperationskonstellationen illustrieren⁵⁹ – IT-Kooperationen von der schlichten Überlassung einer Software bis hin zu einer Form des gemeinsamen Betriebs einer Software, die einer Beauftragung zur inhaltlichen Durchführung der Verwaltungsaufgabe des einen Partners durch den anderen Partner recht nahe kommt. Zum anderen haben viele IT-Kooperationen auch die Verpflichtungen zur Zahlung eines Geldbetrags zum Gegenstand, die als solche weder öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sind. Letztlich wird vertreten, in solchen Fällen auf den Zweck der Leistungsverpflichtung und den Gesamtcharakter des Vertrags abzustellen.⁶⁰

Für die Kooperation im Einzelfall ist daher die Notwendigkeit in ihrer Bedeutung kaum zu unterschätzen, den Kooperationsgegenstand (das „Kooperative“)⁶¹ und damit den Gegenstand der (zu schließenden) vertraglichen Vereinbarung genau zu definieren, um das auf die Vereinbarung anzuwendende (gesetzliche) Vertrags-

⁵⁶ Zur grundsätzlichen, im deutschen Recht angelegten und sich am Vertragsgegenstand orientierenden Einteilung von Verträgen in zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche s. Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 475.

⁵⁷ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 14 Rn. 8.

⁵⁸ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 14 Rn. 9, 10 und 11.

⁵⁹ S. dazu 2.2.3.

⁶⁰ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 14 Rn. 11.

⁶¹ S. dazu bereits 2.2, insbesondere 2.2.2 und 2.2.3.

recht (z. B. VwVfG oder BGB) bestimmen zu können. Dies wird nachfolgend im Rahmen der einzelnen Vertragsformen (Staatsvertrag, Verwaltungsabkommen, interkommunale Vereinbarung) noch vertieft.

Vertragsformenspektrum

Nachfolgend sollen die Vertragsformen des aufgespannten Formenspektrums erläutert werden:

- (öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher) Staatsvertrag (4.2.2.1)
- Verwaltungsvereinbarung, nämlich
 - (öffentlich-rechtliches und privatrechtliches) Verwaltungsabkommen (4.2.2.2.1)
 - (öffentlich-rechtliche und privatrechtliche) interkommunale Vereinbarung (4.2.2.2.2)
- Koordinationsabsprache (4.2.2.3)

Im Mittelpunkt stehen dabei jeweils

- Gegenstand und Notwendigkeit der jeweiligen Vertragsform,
- die Kompetenzen zum und
- die formellen Anforderungen an den Abschluss des Vertrages.

In der Praxis der Beschaffung von IT-Leistungen spielen die sogenannten ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) eine besondere Rolle. Sie sollen daher zu der hier in Rede stehende Frage der vertragliche Rechtsform einer IT-Kooperation ins Verhältnis gesetzt werden (dazu 4.2.2.4).

4.2.2.1 Staatsvertrag

Unter den vertraglichen Formen von Kooperationsregelungen nehmen Staatsverträge eine wichtige Rolle ein. Dabei steht die Bezeichnung „Staatsvertrag“ weniger für den Umstand, dass die vertraglichen Regelungen zwischen Staaten bestehen (auch Verwaltungsvereinbarungen können von Staaten geschlossen werden), sondern für solche vertraglichen Regelungen, denen das jeweilige Parlament zustimmt bzw. zustimmen muss.

Gegenstand und Notwendigkeit eines Staatsvertrags

Ganz allgemein sind Staatsverträge vor allem dann notwendig, wenn die zu regelnde Materie nach Bundes- oder Landes(verfassungs)recht unter Parlamentsvorbehalt steht. Es bedarf also immer dann einer staatsvertraglichen Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern bzw. zwischen den Ländern, wenn der konkret in Rede stehende Kooperationsgegenstand – vorliegend also eine Angelegenheit des Einkaufs, der Entwicklung, des Betriebs oder der Pflege von Software – innerstaatlich, also im Bund oder in einem Land, durch Gesetz geregelt werden müsste. Dürfte die Angelegenheit innerstaatlich durch

Rechtsverordnung oder durch Verwaltungsvorschrift geregelt werden, so genügt im Rahmen einer Kooperation eine Verwaltungsvereinbarung (s. dazu noch unter 4.2.2.2).

Ob ein Staatsvertrag zur Regelung des Kooperationsgegenstands notwendig ist oder ob eine Verwaltungsvereinbarung genügt, richtet sich nach dem jeweiligen Bundes- oder Landesrecht, insbesondere dem Verfassungsrecht des Bundes und des jeweiligen Landes. Dabei stellt sich die Rechtslage im Bund und in den Ländern unterschiedlich dar. Regelmäßig dürfte es dabei keine rechtlichen Vorgaben geben, die ausdrücklich festlegen, welche IT- oder E-Government-Angelegenheiten – oder noch spezifischer: welche Angelegenheiten des Einkaufs, der Entwicklung, des Betriebs oder der Pflege von Software – durch Gesetz (und in einer Kooperation dementsprechend durch Staatsvertrag) zu regeln sind. Vielmehr führt das Bundes- und das Landes(verfassungs)recht grundlegendere Kriterien an, die unter dem Gesichtspunkt des Parlamentsvorbehalts allgemein auf die funktionale Abgrenzung von Legislativ- und Exekutivkompetenz zielen⁶² und die dann in Bezug auf die konkret in Rede stehende Software-Angelegenheit zu interpretieren und auszulegen sind. So bestimmt etwa Art. 43 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg (HmbVerfG), dass Verträge der Zustimmung der Bürgerschaft bedürfen, sofern sie Gegenstände der Gesetzgebung betreffen oder Aufwendungen erfordern, für die Haushaltsmittel nicht vorgesehen sind.⁶³

Verallgemeinernd bedarf es eines Staatsvertrags, soweit Inhalt und Gegenstand der beabsichtigten IT-Kooperation den Kompetenzbereich der Legislative berühren, also insbesondere

- Gegenstände der Gesetzgebung betreffen,
- eine von den geltenden Landesgesetzen oder -verordnungen oder bestehenden Staatsverträgen⁶⁴ abweichende Regelung verlangen,
- zu Regelungen führen, die dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen (z. B. Beschränkung und Aufhebung von Rechten sowie Begründung und Ausweitung von Pflichten der Bürgerinnen und Bürger),
- die Übertragung von Hoheitsrechten notwendig machen,
- die Bereitstellung finanzieller Mittel verlangen, weil neue Aufgaben begründet oder bestehende Aufgaben ausgeweitet werden oder
- aus anderen Gründen so wesentlich sind, dass eine Entscheidung durch die Legislative erforderlich ist.

⁶² Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 59.

⁶³ Ähnlich etwa Art. 30 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein.

⁶⁴ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Form des Staatsvertrags zwar nicht gewählt werden muss, aber gewählt werden kann, wenn die hier erwähnten Notwendigkeitskriterien nicht vorliegen, also etwa eine Verwaltungsvereinbarung ausreichen würde, vgl. Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 60. Auch in diesen Fällen bedarf dann jede abweichende Regelung wiederum eines Staatsvertrags.

Im Einzelnen kann die Rechtslage im Bund oder in den beteiligten Ländern jeweils unterschiedlich sein,⁶⁵ so dass zu empfehlen ist, im Zweifel, jedenfalls aber dann, wenn die genannten Aspekte durch die konkrete IT-Kooperation berührt sein könnten, die Notwendigkeit eines Staatsvertrags prüfen zu lassen.

Privatrechtlicher Staatsvertrag

Wie die vorstehende Liste regelmäßiger Gegenstände zeigt, liegt ein verfassungsrechtlicher und staatsrechtlicher Vertrag vor, wenn es sich um Rechtsbeziehungen zwischen Verfassungsorganen bzw. am Verfassungsleben beteiligten Organen des Bundes und/oder der Länder handelt oder aber an ihnen Verfassungsorgane beteiligt sind und der prägende Vertragsinhalt im Zweifel verfassungsrechtliche Rechte und Pflichten begründet, ändert oder aufhebt.⁶⁶ Die Liste zeigt aber auch, dass damit ein Staatsvertrag nicht automatisch stets öffentlich-rechtlicher Rechtsnatur sein muss, auch wenn dies häufig der Fall sein dürfte. So wird die staatsvertragliche Form – und die damit verbundene Notwendigkeit eines Parlamentsbeschlusses – eben auch dann ausgelöst, wenn der Vertrag die Bereitstellung (bislang nicht vom Parlament bewilligter) finanzieller Mittel bedingt. Dies kann grundsätzlich aber auch bei Verträgen mit fiskalischen und damit grundsätzlich zivilrechtlich zu qualifizierenden Gegenständen der Fall sein (z. B. Einkauf).

Kompetenz zum Be- und Abschluss eines Staatsvertrags

In Hinblick auf das Zustandekommen eines Staatsvertrags ist zwischen der Kompetenz zum (inhaltlichen) Beschluss – auch ist häufig von Zustimmung die Rede – und der Kompetenz zum (formellen) Abschluss des Staatsvertrags – einschließlich Ratifikation – zu unterscheiden.

Der Abschluss von Staatsverträgen obliegt entsprechend der staatsrechtlichen Doktrin, nach der die „auswärtige Gewalt“ in ihrem Kern bei der Exekutive liegt,⁶⁷ nach den meisten Landesverfassungen der Regierungschefin oder dem Regierungschef aufgrund seiner Vertretungsbefugnis nach außen (vgl. etwa Art. 50 S. 1 BadWürttVerf, Art. 103 Abs. 1 S. 1 HessVerf, Art. 26 Abs. 1 NiedersächsVerf).⁶⁸ Zum Teil ist sie ihr oder ihm auch ausdrücklich (vgl. Art. 72 Abs. 2 BayVerf) oder der Landesregierung als Kollegial (vgl. Art. 43 S. 1 HmbVerf, Art. 57 S. 1 NordrhWestfVerf) oder den Regierungsmitgliedern innerhalb deren Geschäftsbereich (Art. 120 S. 2 BremVerf) explizit zugewiesen.

⁶⁵ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 59.

⁶⁶ Etwa BVerfGE 22, 221; BVerfGE 42, 345; BVerfGE 90, 43; ferner BVerwGE 36, 218, 227 f.; BVerwG NJW 1976, 637; NJW 1985, 2344; zum Bonn/Berlin-Vertrag vgl. BVerfG DVBl 1992, 1289.

⁶⁷ Vgl. hierzu BVerfGE 68, 1 (87).

⁶⁸ Weitere Nachweise bei Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 61.

Die Kompetenz zum Beschluss des oder zur Zustimmung zum Staatsvertrag, wodurch der jeweilige Vertrag erst zu innerstaatlich verbindlichem Recht wird, fällt dem Parlament zu.

Weitere Anforderungen an Zuständigkeit, Verfahren und Form

In der Praxis des Bundes und der Länder werden die Staatsverträge von den zuständigen Ressorts ausgehandelt und von der Regierungschefin/ vom Regierungschef oder von der/ dem zuständigen Ressortministerin/ Ressortminister, auf die bzw. den die Abschlussbefugnis delegiert werden kann, unterzeichnet.

Zumeist erst nach Abschluss des Vertrags wird das Parlament um Zustimmung ersucht. Dies erfolgt in den meisten Ländern durch Gesetz, in wenigen Ländern auch durch einfachen Parlamentsbeschluss. Im Verfassungs- und Parlamentsrecht des Bundes und der Länder ist verschiedentlich auch vorgesehen, dass das Parlament oder ein Parlamentsausschuss bereits vor Eintritt in die Vertragsverhandlungen oder vor dem Vertragsabschluss durch die Regierung über die Angelegenheit zu unterrichten ist. Dass eine Einbindung des Parlaments bereits in der Phase der Kooperationsanbahnung ohnehin auch aus verfassungsrechtlichen Gründen notwendig, jedenfalls aber zur Akzeptanzsicherung zweckmäßig sein kann, wurde bereits ausgeführt.⁶⁹

Weniger aus den Verfassungen von Bund und Ländern selbst als vielmehr aus den sie in Hinblick auf Staatsverträge konkretisierenden Regelungen des Parlamentsrechts oder des exekutivischen Innenrechts (z. B. Verwaltungsvorschriften) dürfte sich ergeben, dass Staatsverträge schriftlich zu fassen sind. Dies resultiert jedenfalls mittelbar aus anderen Verfahrensvorgaben, etwa zur Urkundenaufbewahrung. Im Übrigen ist die Schriftform schon aus Gründen der Vielzahl der zu beteiligenden Akteure zweckmäßig, wenn nicht unumgänglich (s. auch 4.2.1).

Wie schon zur Notwendigkeit eines Staatsvertrags gilt auch zur Ab- und Beschlusskompetenz sowie zur Zuständigkeit, zum Verfahren und zur Form, dass sich diesbezügliche rechtliche Vorgaben in Bund und Ländern im Einzelnen unterscheiden können, so dass auch insoweit eine genaue Prüfung zu empfehlen ist, wenn und soweit eine staatsvertragliche Regelung notwendig erscheint.

4.2.2.2 Verwaltungsvereinbarung (Verwaltungsabkommen und interkommunale Vereinbarungen)

Während Staatsverträge schon begrifflich, aber auch verfassungsrechtlich, Kooperationspartnern mit eigener Staatsqualität, vorliegend also Bund und Ländern, vorbehalten sind, kann eine Verwaltungsvereinbarung auch zwischen Rechtsträgern ohne Staatsqualität und damit vorliegend nicht nur intraföderal – also zwischen Bund und Ländern oder zwischen den Ländern –, sondern auch interkommunal bzw. unter Beteiligung der Kommunen – also zwischen Bund und Kommune, Land und Kommune oder zwischen den

⁶⁹ S. unter 4.2.1.1.

Kommunen – geschlossen werden. Erstere werden nachfolgend in ihren Anforderungen unter der Bezeichnung Verwaltungsabkommen (dazu 4.2.2.2.1), letztere unter der Bezeichnung interkommunale Vereinbarungen (dazu 4.2.2.2.2) dargestellt.

4.2.2.2.1 Verwaltungsabkommen

Ebenso wie zum Abschluss von Staatsverträgen folgt die Kompetenz von Bund und Ländern zum Abschluss von Verwaltungsabkommen aus ihrer jeweiligen Staatsqualität.⁷⁰

Gegenstand und Notwendigkeit eines Verwaltungsabkommens

Verwaltungsabkommen, also Verwaltungsvereinbarungen zwischen Bund und Ländern oder zwischen den Ländern, sind entweder Regierungs- oder Ressortabkommen, die sich auf Gegenstände beziehen, die von der Exekutive in eigener Zuständigkeit geregelt werden können.⁷¹ Wie bei Staatsverträgen richtet sich ihre Notwendigkeit an der Abgrenzung von Legislativ- und Exekutivkompetenzen aus. Soweit die zu regelnde Kooperation nach Bundes- bzw. Landesrecht unter Parlamentsvorbehalt (dazu unter 4.2.2.1) steht, reicht ein zwischen den Regierungen oder Ministerien geschlossenes Verwaltungsabkommen nicht aus, sondern es bedarf eines Staatsvertrags.⁷² Unterhalb dieser Abgrenzung zur Notwendigkeit eines Staatsvertrags ist der Anwendungsbereich eines Verwaltungsabkommens im Grunde unbegrenzt. Jedenfalls bestehen keine rechtlichen Grenzen etwa dergestalt, dass Verwaltungsabkommen nur bei Regelungen von einigem Gewicht notwendig oder zulässig sind. Denkbar sind auch Vereinbarungen, die sich in Absichtsbekundungen oder Symbolik erschöpfen.

Kompetenz zum Abschluss eines Verwaltungsabkommens

Abgeschlossen werden Verwaltungsabkommen regelmäßig von dem Regierungsmitglied oder einer beamteten Person des zuständigen Ressorts, auf das bzw. die die Regierungschefin bzw. der Regierungschef die Vertretungsbefugnis delegiert hat.⁷³

Im Bund und in den Ländern ist die innerexekutivische Kompetenzverteilung zum Abschluss eines Verwaltungsabkommens in der Regel durch entsprechende Verwaltungsvorschriften ausdifferenziert. Dabei bestehen verschiedene Besonderheiten, zum Beispiel bei Kollegialverfassungen.⁷⁴

⁷⁰ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 54.

⁷¹ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 63.

⁷² Dazu vorstehend unter 4.2.2.1.

⁷³ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 63.

⁷⁴ So in Hamburg, wo die Kompetenz zum Abschluss von Verwaltungsabkommen dem Senat als Kollegial zufällt, was regelmäßig eine Ermächtigung eines Senatsmitglieds durch Senatsbeschluss erforderlich macht, vgl. Art. 33 Abs. 2 HmbVerf sowie David, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 43 Rn. 24.

Weitere Anforderungen an Zuständigkeit, Verfahren und Form

Wie Staatsverträge werden auch Verwaltungsabkommen regelmäßig durch die zuständigen Ressorts ausgehandelt und vorbereitet. Im Übrigen bestehen, meist eher vereinzelte, Vorgaben zu Zuständigkeit, Verfahren und Form, die sich in den genannten Verwaltungsvorschriften finden und die sich nach Land oder Bund unterscheiden können.

Im Unterschied zum Staatsvertrag, der innerstaatlich (also innerhalb des jeweils beteiligten Landes oder des Bundes) regelmäßig durch Parlamentsbeschluss oder Gesetzesbeschluss Gesetzesrang erhält, hängt der Rang eines Verwaltungsabkommens von der Art der innerstaatlichen Behandlung und Umsetzung ab. Soll es etwa im Rang einer Rechtsverordnung stehen, muss es mittels einer solchen verkündet werden; ist bezweckt, dass keine Außenwirkung (also im Verhältnis zum Bürger) eintreten soll, sondern dass nur – wie dies bei den hier in Rede stehenden IT-Kooperationen regelmäßig der Fall sein dürfte – Organe, Behörden und Amtswalter verpflichtet werden, genügt ein Verfahren, wie es nur für entsprechende Verwaltungsvorschriften vorgesehen ist.⁷⁵

Die dargestellten Aspekte zum Verwaltungsabkommen bieten insgesamt nur Anhaltspunkte, um einschätzen zu können, ob im Einzelfall eine konkrete IT-Kooperation durch Verwaltungsabkommen umsetzbar ist. Dies schon deshalb, weil sich auch in Hinblick auf Notwendigkeit, Abschlusskompetenz und Anforderungen an Zuständigkeit, Verfahren und Form im Übrigen die diesbezüglichen rechtlichen Vorgaben in Bund und Ländern im Einzelnen unterscheiden können. **Insoweit gilt hier wie auch schon zur Rechtsform des Staatsvertrags, dass im Zweifel eine genaue Prüfung des Einzelfalls zu empfehlen ist, wenn und soweit eine Regelung durch Verwaltungsabkommen angezeigt erscheint.**

4.2.2.2 Interkommunale Vereinbarungen

Die oft als Kooperationshoheit bezeichnete Kompetenz der Kommunen, eine bestimmte Aufgabe gemeinsam wahrzunehmen, wird als Ausprägung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 GG und damit als durch diese gewährleistet angesehen.⁷⁶ Zumindest wird es von der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie gedeckt, dass die Gemeinden – und entsprechendes gilt für die Landkreise – von den Kooperationsformen Gebrauch machen, die der Gesetz- bzw. Verfassungsgeber bereitgestellt hat.⁷⁷ Dazu gehören auch die interkommunalen Vereinbarungen, die zumeist in den Landesgesetzen über kommunale Zusammenarbeit,⁷⁸ (s. etwa §§ 2 Abs. 1, 24 ff. des Hess. Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit – KGG), direkt in den Kommunalverfassungen (s. etwa §§ 149 bis 170b MVKomVerf) oder in den Landesverfassungen geregelt sind.

⁷⁵ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 63.

⁷⁶ BVerfG, NVwZ 1987, S. 123 (124); BVerfGE 119, 331 (362).

⁷⁷ Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 19 Rn. 17.

⁷⁸ S. die Übersicht bei Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 19 Rn. 4 bis 16.

Gegenstand und Notwendigkeit einer interkommunalen Vereinbarung

Grundsätzlich können alle gemeindlichen Aufgaben Gegenstand einer interkommunalen Kooperation bzw. Vereinbarung sein. Entscheidend ist zunächst nur, dass es sich ihrem Ursprung nach um Aufgaben handelt, die in die Kompetenz keines anderen Verwaltungsträgers als der Gemeinde fallen. Umfasst sind damit – im Sinne des dualistischen Aufgabenmodells – jedenfalls die Selbstverwaltungsaufgaben (Aufgaben im eigenen Wirkungskreis), während dies für Auftragsangelegenheiten (Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis) nicht unumstritten ist.⁷⁹ Dafür dürfte die in Art. 28 Abs. 2 GG verankerte Organisationshoheit der Kommunen, über die Art der Wahrnehmung ihrer Aufgaben eigenverantwortlich zu entscheiden, sowie die dem Staat ungeachtet verbleibende Weisungsmöglichkeit sprechen.⁸⁰ **Der Wortlaut der Zusammenfassungsgesetze ist insoweit allerdings nicht immer eindeutig, so dass im Einzelfall zu prüfen ist, wie der jeweilige Kooperationsgegenstand – vorliegend also Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software – in das kommunale Aufgabenmodell einzuordnen ist.**

Im Grundsatz umstritten ist, ob Gemeinden auch befugt sind, etwa im Wege einer interkommunalen Vereinbarung eigene Zuständigkeiten auf andere Gemeinden zu übertragen. Zum Teil wird die Zuständigkeitsordnung als eine äußere, grundsätzliche Grenze für die Kooperation angesehen, die nur auf Grundlage einer gesetzlichen Grundlage überschreitbar ist.⁸¹ Andere sehen solche mandatierende Vereinbarungen als von der Kompetenz in Art. 28 Abs. 2 GG mitumfasst an, sofern den Kommunen angemessene Einwirkungs- und Kündigungsmöglichkeiten verbleiben.⁸² Auch die Rechtsprechung weist in diese, die Selbstverwaltung stärkende Richtung.⁸³ Die Grenze soll erst bei sog. Existenzaufgaben, die für den Bestand als Selbstverwaltungsträger konstitutiv sind, verlaufen, sowie dort, wo durch Übertragung eines großen oder gar überwiegenden Teils der gemeindlichen Aufgaben die demokratische Legitimation geschwächt wird.⁸⁴ In vielen Ländern ist indes eine gesetzliche Grundlage auch für eine die Zuständigkeitsordnung verändernde Kooperation vorhanden, was die Streitfrage in ihrer praktischen Tragweite relativiert. **Im Einzelfall sollten jedoch die anwendbaren Kommunalgesetze genau geprüft werden, ob der konkret in Rede stehende Einkauf oder Betrieb bzw. die konkret in Rede stehende Entwicklung oder Pflege von Software auf eine Zuständigkeitsübertragung hinausläuft, wenn diese Aufgabe im Wege einer Kooperation wahrgenommen wird.**

⁷⁹ Ablehnend wohl Regeling, in: HKWP, 2. Aufl., Bd. 2, S. 385 (394).

⁸⁰ Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 19 Rn. 17.

⁸¹ Oebbecke, in: HKWP, Bd. 1, § 29 Rn. 20.

⁸² Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 19 Rn. 18.

⁸³ BVerfG, in: NVwZ 1987, S. 123 (124); BVerwG, in: NVwZ 2007, S. 584.

⁸⁴ Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 19 Rn. 19 ff.

Exkurs: Statuierung einer Verpflichtung zur interkommunalen Zusammenarbeit

Gemeinden können durch das Land auch verpflichtet werden, eine Aufgabe in Wege einer interkommunalen Zusammenarbeit wahrzunehmen.⁸⁵ Handelt es sich dabei um eine Selbstverwaltungsaufgabe⁸⁶, bedarf es hierzu eines Gesetzes sowie in inhaltlicher Hinsicht tragende Gemeinwohlgründe, um den mit der Verpflichtung verbundenen Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG zu rechtfertigen.⁸⁷

Organkompetenz zum Abschluss einer interkommunalen Vereinbarung

Gehen Kommunen miteinander eine Kooperation ein, ist zu prüfen, welches Organ innerhalb der jeweiligen Kommune befugt ist, die Eingehung zu beschließen. Die Kommunalgesetze (s. etwa § 66 Abs. 1 S. 2 HessGO, § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 NdsKommVG, vgl. auch den Vorbehalt in § 41 Abs. 3 NWGO) sehen dazu Kompetenzabgrenzungsregelungen zwischen der Gemeindevertretung („Gemeindeparlament“) und den Leitungsorganen (Gemeindevorstand, Magistrat, Bürgermeister) vor, die in verallgemeinernder Begrifflichkeit darauf abstellen, ob sich die konkrete Entscheidung – hier also das Eingehen einer vertraglichen IT-Kooperation – noch als ein „Geschäft der laufenden Verwaltung“ oder schon als „grundsätzliche oder wichtige Angelegenheit“ darstellt. Als Geschäft der laufenden Verwaltung unterliegt die Entscheidung zur Eingehung der Kooperation regelmäßig geringeren innergemeindlichen, insbesondere formalen Voraussetzungen. Ist der Kooperationsvertrag dagegen als grundsätzliche oder wichtige Angelegenheit einzuordnen, muss regelmäßig die Gemeindevertretung (Gemeinderat, „Gemeindeparlament“) eingebunden⁸⁸ werden und Beschluss fassen.⁸⁹

Die genaue Abgrenzung der Kompetenzen ist freilich in jedem Bundesland anders ausgeprägt und zeigt auch Besonderheiten. Dies beginnt bereits mit dem vom jeweiligen Landesgesetzgeber in den Kommunalgesetzen vorgegebenen Leitbegriffen, für die hier stellvertretend das Begriffspaar „laufende Verwaltung/ wichtige Angelegenheit“ steht – und deren Auslegung durch die Gerichte. Vor diesem Hintergrund können hier nur einige verallgemeinernde Aspekte genannt werden, die für eine erste Einschätzung einer beabsichtigten IT-Kooperation im Einzelfall hilfreich sein können und die letztlich zu spezifizieren versuchen ob eine Angelegenheit nach ihrer Bedeutung einer Entscheidung der Gemeindevertretung bedarf oder nicht:⁹⁰

⁸⁵ Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 19 Rn. 22; vgl. auch § 27 BWGKZ, § 29 HessKGG, § 26 NWGKG, § 12 Abs. 3 RhPfKomZG, § 73 SächsKomZG, § 15 ThürKGG.

⁸⁶ Nach BVerfGE 107, 1 (18) liegt dagegen im Fall von Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis von vornherein kein Eingriff vor, weil Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG keinen Rechtsanspruch der Gemeinden auf Wahrnehmung staatlicher Aufgaben begründet.

⁸⁷ Vgl. BVerwG, in: NVwZ 1984, S. 378 (379).

⁸⁸ Ungeachtet der hier behandelten Frage, ob eine Einbindung der Gemeindevertretung *rechtlich* notwendig ist, kann eine Einbindung unter Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkten geboten sein, insbesondere um Akzeptanz zu sichern, s. dazu bereits unter 4.2.1.1.

⁸⁹ Allgemein zur Abgrenzung der Kompetenz von Gemeindevertretung und Gemeindevorstand s. Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 8 Rn. 91 ff.

⁹⁰ Vgl. zum Folgenden Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 8 Rn. 93 ff., 99, 103 f., 106, 109.

- Mit Angelegenheiten der laufenden Verwaltung sind regelmäßig Angelegenheiten gemeint, die im Verwaltungsalltag eher routinemäßig, jedenfalls ohne Entscheidungsprozesse, die nach ihrer Bedeutung in die Gemeindevertretung gehören, erledigt werden können.
- Auf der anderen Seite kann auch mit der regelmäßigen Wiederkehr von Geschäften eine Entscheidung von erheblicher Bedeutung verbunden sein, sodass die Gemeindevertretung zu entscheiden hätte.
- Möglich ist es auch, dass die Gemeindevertretung durch den Erlass entsprechender Richtlinien – auch in Hinblick auf IT-Kooperationen – vorentschieden hat, welche Entscheidungen als grundsätzliche Angelegenheit der Gemeinde anzusehen und damit auch von der Gemeindevertretung zu treffen sind.
- Regelmäßig wichtige und damit von der Gemeindevertretung zu entscheidende Angelegenheiten sind solche, die unter finanziellen oder wirtschaftlichen Aspekten für die Gemeinde von Bedeutung sind. Dabei kann die Bedeutung einer Angelegenheit – z. B. in Hinblick auf finanzielle Verpflichtungen oder Haftungspflichten im Rahmen einer IT-Kooperation – erst unter Berücksichtigung von Größe, Umfang der Verwaltungstätigkeit und Finanzkraft der Gemeinde zu beurteilen sein.
- Schließlich hängt die Bedeutung einer Angelegenheit als kompetenzbestimmendes Kriterium weitgehend von der Einschätzung durch die Gemeindevertretung selbst ab, das heißt dieser fällt im Sinne einer „Kompetenz-Kompetenz“ ein Beurteilungsspielraum zu, eine IT-Kooperation als wichtig zu definieren und damit die eigene Entscheidungskompetenz zu begründen.
- Verbleiben nach alledem noch Zweifel, ob eine IT-Kooperation als Angelegenheit zur laufenden Verwaltung gehört, wird verbreitet angenommen, dass dann von der Zuständigkeit der Gemeindevertretung auszugehen ist.

Wegen der unter Umständen weitreichenden und nachhaltigen Konsequenzen – nicht zuletzt der Eröffnung eines eventuell langwierigen und komplizierten, von politischen Mehrheiten abhängigen Abstimmungsprozesses sowie geringeren haushaltsrechtlichen Beschränkungen (Sparanstrengungen, Haushaltssperre) – ist dies insgesamt, besonders aber beim Einkauf und bei der Entwicklung, bedeutungsvoll. **Es ist daher seitens der beteiligten Kommunen stets zu prüfen, was nach der jeweiligen kommunalen Rechtsprechung und Gesetzesinterpretation in den Kommunen als „Geschäft der laufenden Verwaltung“ eingestuft wird und ob die Beschaffung/ Entwicklung dazu gehört.**

Inbesondere: Ausübung der Wahlfreiheit zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertragshandeln sowie rechtliche Qualifizierung der Vereinbarung

In der Kommunalpraxis hat die erwähnte Wahlfreiheit der öffentlichen Hand zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertragshandeln⁹¹ beim vertraglichen Handeln zwischen Kommunen eine besondere Bedeutung: Interkommunale Zusammenarbeit, auch und vor allem im Wege vertraglicher Formen, kann sowohl in privatrechtlicher als auch in öffentlich-rechtlicher Form stattfinden (vgl. etwa Art. 1 Abs. 3 S. 1 BayKomZG, § 1 Abs. 3 BbgGKG, § 1 Abs. 3 NWGKG).

Privatrechtliche (Vertrags-)Formen, auf die hier im Einzelnen nicht eingegangen werden kann, können insbesondere für wirtschaftliche Vorhaben, bei denen ein hohes Maß an Flexibilität erforderlich ist, attraktiv sein.⁹² Ausgeschlossen sind privatrechtliche Vertragsformen interkommunaler Zusammenarbeit allerdings, soweit Aufgaben nur hoheitlich wahrgenommen werden können und soweit es um zivilrechtliche Formen geht, deren Verwendung den Gemeinden gesetzlich untersagt ist.⁹³ **Dies dürfte bei den vorliegend in Rede stehenden IT-Kooperationen regelmäßig nicht der Fall sein, was jedoch im Einzelfall zu prüfen wäre.** Auch die erwähnten Kompetenz- und Zuständigkeitsverlagerungen⁹⁴ sind im Wege privatrechtlicher Formen nicht möglich.⁹⁵

Weitere Anforderungen an Zuständigkeit, Verfahren und Form

Je nachdem, ob die jeweilige interkommunale Vereinbarung für eine IT-Kooperation öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu qualifizieren ist, insbesondere wie die Kommune ihre diesbezügliche Wahlfreiheit ausgeübt hat, richten sich die weiteren Anforderungen an Zuständigkeit, Verfahren und Form nach durchaus unterschiedlichen rechtlichen Regelungen und Gesetzen.

Die als öffentlich-rechtlich zu qualifizierende Vereinbarung ist, sofern sie freiwillig geschlossen wird, ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 S. 1 der VwVfG der Länder. Sie ist dann schriftlich zu schließen, was sich teils aus spezialgesetzlichen Vorschriften (z. B. 24 Abs. 1 S. 1 BbgGKG, § 24 Abs. 4 S. 2 HessKGG), ansonsten aus den kommunalrechtlichen Vorschriften über gemeindliche Verpflichtungserklärungen,⁹⁶ jedenfalls aber aus der allgemein für öffentlich-rechtliche Verträge geltenden Schriftform (§ 57 LVwVfGe der Länder) ergibt. In den meisten Bundesländern muss die Vereinbarung entweder von der Aufsichtsbehörde genehmigt (und zudem öffentlich bekanntzugeben) oder ihr angezeigt werden.

⁹¹ S. die Einleitung zu 0.

⁹² Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 19 Rn. 25; Rengeling, in: HKWP, 2. Aufl., Bd. 2, S. 395 ff. (411).

⁹³ Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 19 Rn. 25.

⁹⁴ S. in diesem Abschnitt vorstehend.

⁹⁵ Gern, Kommunalrecht, Rn. 912; Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 19 Rn. 25.

⁹⁶ S. dazu Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 8 Rn. 178 ff.

4.2.2.3 Koordinationsabsprache

Im Gegensatz zu Staatsverträgen und Verwaltungsvereinbarungen, insbesondere Verwaltungsabkommen, die nach Inkrafttreten innerstaatlich unmittelbar anwendbar sind, können Koordinationsabsprachen innerstaatlich nicht unmittelbar angewendet werden. Sie können die Vertragspartner – etwa zwei Länder – nur verpflichten oder ihnen empfehlen, dass ihre Organe die notwendigen Maßnahmen zur Erreichung des Vertragszwecks ergreifen.⁹⁷ Zu solchen Koordinationsabsprachen, die bestimmte Rahmenbedingungen festlegen, gehören etwa Empfehlungen oder Absprachen in Form von Beschlüssen von Fachministerkonferenzen, dass jedes Land für sich bestimmte, etwa gleichlautende Regelungen erlässt. Koordinationsabsprachen zielen also – und dies mit einer durchaus rechtlich verbindlichen Wirkung⁹⁸ – auf ein abgestimmtes oder übereinstimmendes Vorgehen im eigenen Kompetenzbereich des jeweiligen Partners, sind für sich aber und anders als Staatsverträge und Verwaltungsvereinbarungen („self-executing“) nicht anwendungsreif („non-self-executing“), sondern bedürfen dazu noch eines (innerstaatlichen) Umsetzungsakts.⁹⁹

Ihre Attraktivität zieht eine Koordinationsabsprache regelmäßig daraus, dass die „Partner“ koordiniert zueinander handeln, ohne jedoch gemeinsame Regelungen und Vereinbarungen zu treffen, die für beide Partner unmittelbar verbindlich sind.¹⁰⁰ Aus demselben Grund ist allerdings im Einzelfall zu prüfen, ob eine Koordinationsabsprache für die Regulierung von Kooperationen nicht von vornherein ungeeignet ist, eben weil und soweit es bei solchen Kooperationen um die Regulierung eines *gemeinsamen*, im Sinne eines beide Seiten wechselseitig bindenden Vorgehens geht und nicht um die Regulierung einer (im Grunde unabhängigen) Parallelität des gleichen Vorgehens.

4.2.2.4 Insbesondere: Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT)

In der Praxis der Beschaffung von IT-Leistungen spielen die sogenannten ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) eine besondere Rolle. Bei den EVB-IT handelt es sich um Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Leistungen im Bereich der Informationstechnik, die vom Kooperationsausschuss ADV

⁹⁷ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 64.

⁹⁸ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 66.

⁹⁹ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 57.

¹⁰⁰ Gemessen an diesem Maßstab lassen sich auch die Kieler Beschlüsse als Kooperationsabsprache qualifizieren, vgl. auch deren rechtliche Einordnung im Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 28 f.: „gleichgerichtete Willensbekundungen“.

Bund/ Länder/ Kommunalen Bereich (KoopA ADV) in Abstimmung mit dem Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) formuliert wurden. Ihre Funktion ist es – nicht anders als andere formularmäßige Vertragsbedingungen – die Standardisierung von IT-Verträgen zu fördern. Sie stehen also nicht – gleichsam als weitere Vertragsform – neben den dargelegten öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Vertragsformen, sondern ergänzen diese. Zu beachten ist, dass in den Verwaltungsvorschriften zu den Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder bestimmt ist, dass für Verträge im IT-Bereich die EVB-IT anzuwenden sind (vgl. z. B. § 55 Abs. 2 BHO i.V.m. Ziffer 3.1.1 VV zu § 55 BHO). Geltung zwischen den Vertragspartnern erlangen sie im Einzelfall jedoch nur, wenn sie in dem jeweiligen Vertrag auch tatsächlich und ausdrücklich vereinbart werden. Dabei dürften die EVB-IT grundsätzlich auf alle IT-Verträge ungeachtet der Frage anwendbar sein, ob diese privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind.

Die EVB-IT sind in ihrer inhaltlichen Ausrichtung für die hier in Rede stehenden Kooperationen allerdings nur eingeschränkt von Bedeutung, so dass jeweils zu beurteilen ist, ob ein eigentliches Beschaffungsverhältnis vorliegt. Denn die EVB-IT haben dieses eigentliche Beschaffungsverhältnis im Blick, also etwa das Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer beim Einkauf von Hard- oder Software oder das Verhältnis von Auftragnehmer und Auftraggeber bei der Beauftragung mit bestimmten IT-Dienstleistungen. Soweit solche Geschäfte zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern stattfinden, sie also selbst die Pole dieser Geschäftsverhältnisse darstellen (also zum Beispiel ein Land eine Software einem anderen Land verkauft), kann dies in einem weiten Sinne zwar auch als Kooperation verstanden werden.¹⁰¹ Soweit es aber etwa darum geht, das gemeinsame Einkufen zweier Kooperationspartner – also gleichsam die „Käuferseite“ intern – bei einem Dritten zu koordinieren, sind die EVB-IT schon der Sache nach nicht einschlägig. Gleiches gilt, wenn die Kooperationspartner gemeinsam Pflege- oder Betriebsleistungen bei einem Dritten besorgen. Die EVB-IT standardisieren den Einkauf, die Beschaffung von IT-Leistungen, die Überlassung von Software usw., aber nicht jede Form der hier in Rede stehenden IT-Kooperationen.

Die nachfolgende Tabelle stellt die verfügbaren EVB-IT Vertragstypen mit Hinweis auf ihre praktischen Anwendungsmöglichkeiten dar.

EVB-IT (Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik)	
EVB-IT Beschaffung IT-Dienstleistung	<ul style="list-style-type: none"> – Beschaffung aller Arten von Informationstechnik (Datenverarbeitungstechnik, Kommunikationstechnik, Bürotechnik) einschl. dazugehöriger Leistungen – Zusammenarbeit der Vertragspartner
EVB-IT Kauf von Hardware	<ul style="list-style-type: none"> – Kauf von Hardware (zusammen mit Standardsoftware)

¹⁰¹ S. dazu typische Fallkonstellation „Softwareüberlassung“ unter 2.2.3.

EVB-IT (Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik)	
EVB-IT Instandhaltungsvertrag	<ul style="list-style-type: none"> - Instandhaltung, Inspektion und Wartung von Hardware
EVB-IT Pflegevertrag	<ul style="list-style-type: none"> - Pflege, Änderung & Weiterentwicklung von Standardsoftware - Pflegeleistungen zur Behebung von Mängeln an Standardsoftware und Bezug von Upgrades und Releases/ Versionen - Weitere Leistungen, zum Beispiel Umsetzungs- und Installationsleistungen, Hotline- und Informationsservice
EVB-IT Systemvertrag	<ul style="list-style-type: none"> - Vertragsbedingungen zur Erstellung eines IT-Systems (einschließlich Realisierung von Individualprodukten, Integration und Zusammenfügung von Einzelleistungen, der Einbindung in die Systemumgebung des Auftraggebers sowie in der Herbeiführung der Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems) - Leistungen des Auftragnehmers zur Erstellung des Gesamtsystems
EVB-IT Systemlieferung	<ul style="list-style-type: none"> - Kauf mit Montageverpflichtung (§ 434, Abs. 2 BGB), Lieferung der Systemkomponente ist Hauptleistung
EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A	<ul style="list-style-type: none"> - Zeitlich unbefristete Überlassung von Standardsoftware
EVB-IT Überlassungsvertrag Typ B	<ul style="list-style-type: none"> - Zeitlich befristete Überlassung von Standardsoftware gegen monatliche Vergütung

Tabelle 1: Übersicht EVB-IT-Vertragstypen

4.2.2.5 Insbesondere: Umgang mit Ungewissheiten, insbesondere Verwendung salvatorischer Klauseln

Grundsätzlich ist es geboten, in der jeweiligen vertraglichen Kooperationsform alle inhaltlichen, relevanten Fragen zu regulieren. Die im Zivilrecht vertretene Auffassung, dass die Parteien sich grundsätzlich auch über einen Streit, eine offene Frage oder eine Ungewissheit vergleichen können, ob ein Vertrag nichtig sei (sog. salvatorische Klausel), begegnet jedenfalls für öffentlich-rechtliche, wohl aber auch für privatrechtliche Kooperationsformen zwischen den hier in Betracht kommenden (öffentlich-rechtlichen) Partnern wegen der Gesetzesbindung der Verwaltung grundsätzlichen Bedenken. Dementsprechend werden salvatorische Klauseln, in denen sich die Parteien verpflichten, sich im Falle einer Nichtigkeit nicht auf die Ungültigkeit des Vertrages oder einzelner Regelungen zu berufen, in öffentlich-rechtlichen Verträgen im Sinne des VwVfG regelmäßig für unwirksam gehalten.¹⁰² **Die Verwendung salvatorischer Klauseln in Staatsverträgen und Verwaltungsvereinbarungen sollte daher im Einzelfall streng geprüft werden.**

¹⁰² Vgl. etwa Bonk/Neumann, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 8. Auflage 2014, VwVfG § 55 Rn 58.

4.2.3 Vertragsäquivalente Kooperationen durch Beschlüsse und Entscheidungen des IT-Planungsrats nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 IT-StV¹⁰³

Nach § 1 Abs.1 Nr. 1 IT-StV obliegt dem IT-Planungsrat auch die Koordination der „Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern in Fragen der Informationstechnik. Darunter werden alle technischen Mittel zur Verarbeitung und Übertragung von Informationen verstanden.“¹⁰⁴ Zudem ist – und dies ist die rechtlich stärkste Position des IT-Planungsrats – nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 IT-StV ihm die Möglichkeit eingeräumt, verbindlich Interoperabilitätsstandards und IT-Sicherheitsstandards festzulegen.

Nun ist der IT-Planungsrat durch Art. 91c GG bzw. den umsetzenden Staatsvertrag gerade eingerichtet worden, um Kooperationen zu erleichtern, ohne die ein effektiver Einsatz von Informationstechnologie in Deutschland kaum möglich ist. Daraus könnte man folgern, dass diese Erleichterung auch darin zum Ausdruck kommen kann, dass Bund und Land unter dem Dach des IT-Planungsrats IT-Kooperationen rechtsförmlich – gleichsam an Stelle ansonsten notwendiger vertraglicher Einzelvereinbarungen – zustande bringen könnten. Bi- und multilaterale Vertragsformen wären dann möglicherweise überflüssig. Der Bund und ein oder mehrere Länder könnten auf der Basis eines solchen Beschlusses des IT-Planungsrats miteinander kooperieren, ohne eine Verwaltungsvereinbarung oder einen Staatsvertrag schließen zu müssen. Beschlüsse des IT-Planungsrats würden bei einem solchen Verständnis von Art. 91c GG und dem IT-StV (einzel-)vertragliche Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern entbehrlich machen, jedenfalls aber als „(IT-StV-)vertragsbasierende Kooperationsrechtsformen“ neben die vertraglichen Rechtsformen (Staatsvertrag, Verwaltungsvereinbarungen) und die (in diesem Gutachten nicht betrachteten) institutionellen Rechtsformen treten.

So kooperationsfreundlich diese Perspektive auch sein mag, so stößt sie doch auf rechtliche und rechtstechnische Bedenken, die im Folgenden näher ausgeführt werden. Allerdings ist hier erneut darauf hinzuweisen,¹⁰⁵ dass ein verbindliches „Kooperationsverwaltungsrecht“ nicht existiert, so dass die hier aufgeworfenen Fragen ohnehin weder in der Wissenschaft noch in der Rechtsprechung abschließend geklärt sind. Zumeist sind sie noch nicht einmal identifiziert. Dies gilt gerade auch für die rechtliche Position des IT-Planungsrats.¹⁰⁶ Daher können hier keine abschließenden Äußerungen getätigt werden und sind die folgenden Ausführungen als kursorisch zu betrachten.

¹⁰³ Grundlagen sind dem Gutachten von E. Richter, A. Schmehl und I. Spiecker gen. Döhmann, Die Funktionen des IT-Planungsrats bei normgebenden Verfahren auf dem Gebiet von IT und E-Government, abrufbar unter www.it-planungsrat.de, entnommen.

¹⁰⁴ BT-Drs. 16/12410, S. 8; Siekmann, in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 91c Rn. 9.

¹⁰⁵ S. bereits unter 2.1.

¹⁰⁶ Jenseits des bereits erwähnten Gutachten von E. Richter, A. Schmehl und I. Spiecker gen. Döhmann, Die Funktionen des IT-Planungsrats bei normgebenden Verfahren auf dem Gebiet von IT und E-Govern-

Art. 91c GG ist vorrangig als eine Vorschrift aufgenommen worden, mittels derer das Verbot der Mischverwaltung um eine weitere Ausnahme ergänzt werden sollte. Bund und Länder sollten zusammenwirken (können), um Informationstechnologie einsetzen zu können.¹⁰⁷ Lediglich die Vorschrift des Art. 91c GG kann allerdings als verfassungsgemäßer Belang angesehen werden, der andere verfassungsrechtliche Vorgaben womöglich beschränken kann. Die Konkretisierungen des IT-Staatsvertrags als ein regulärer Staatsvertrag zwischen Bund und Ländern dagegen sind nicht als Normen von Verfassungsrang zu begreifen. Daher ist es im Kern der Art. 91c GG, der Auskunft über die aufgeworfene Fragestellung zu geben vermag.

Hier hilft vor allem Art. 91c Abs. 2 GG weiter. Dieser spricht davon, dass „Vereinbarungen“ möglich sind. Damit ist im Kern der IT-Staatsvertrag gemeint, der den IT-Planungsrat institutionalisiert. Abs. 2 Satz 2 beschreibt den Inhalt von solchen Vereinbarungen über Art. 91c Abs. 1 GG (d. h. über das Zusammenwirken bei der Planung, Errichtung und dem Betrieb informationstechnischer Systeme) näher. Dabei ist die Rede davon, dass „nähere Regelungen [...] in Kraft treten“, wenn sie von einer qualifizierten Mehrheit beschlossen wurden, wie sie in der Vereinbarung (also im IT-Staatsvertrag) vorgesehen ist. Gemeint ist also, dass nähere Bestimmungen für informationstechnische Systeme durch den IT-Planungsrat getroffen werden können, wenn sie mit der erforderlichen qualifizierten Mehrheit beschlossen worden sind. Zusätzlich bedürfen sie nach Abs. 2 S. 3 aber zudem „der Zustimmung des Bundestags und der Volksvertretungen der beteiligten Länder. Selbst wenn der IT-Planungsrat also die Hoheit erhalten würde, Regelungen zu treffen, so wären die Bedingungen der Wirksamkeit doch so gleichgeartet wie bei einem Staatsvertrag. Lediglich im Bereich des Abs. 2 Satz 1 gestaltet sich die Lage anders: Hier greift tatsächlich für den Bereich der Standards und Sicherheitsanforderungen ein Regelungsvorbehalt auf der Basis der Vereinbarung (also des IT-StV) zugunsten des IT-Planungsrats.

Zusätzliche Auskunft gibt zudem der Abs. 3, der bisher weitgehend als unbeachtlich und deklaratorisch betrachtet worden ist. Er stellt nämlich fest, dass die Länder den gemeinschaftlichen Betrieb von informationstechnischen Systemen vereinbaren können. Evident soll also eine Kooperation auf der Basis einer „Vereinbarung“ erfolgen und erfolgen können.

Das Zusammenspiel beider Absätze deutet daher darauf hin, dass jedenfalls für den Bereich, in dem keine Standards und Sicherheitsanforderungen festgelegt werden, eine zusätzliche Vereinbarung über die Grundlage zur Einrichtung des IT-Planungsrats hinaus erforderlich ist.

ment, abrufbar unter www.it-planungsrat.de, hat es vor allem im Umfeld des Art. 91c GG einige Stellungnahmen gegeben, die allerdings die konkreten Rechtsfragen des Handelns des IT-Planungsrats naturgemäß weitgehend außer Acht lassen.

¹⁰⁷ Siehe dazu noch unter Ziffer 4.6.1.1.1.

Anders dagegen könnte man es wegen der Klausel des Art. 91c Abs. 2 Satz 1 GG für den Bereich der Standards und Sicherheitsanforderungen beurteilen. Dabei ist zum einen die Umschreibung einer bestimmten Kategorie zu erwähnen – nämlich IT-Interoperabilitäts- und IT-Sicherheitsstandards – und zum anderen eine bestimmte Untergruppierung, nämlich die „fachunabhängigen und fachübergreifenden“ Standards, wie sie § 1 Abs. 1 Nr. 2 IT-StV vorsieht.¹⁰⁸ Die Aufgabe der Standardisierung ist gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 IT-StV zudem auf „Marktstandards“ ausgerichtet. Die Bedeutung wird vom IT-StV nicht näher definiert. Sie ist jedenfalls im Lichte von Art. 12 Abs. 1 GG, der Wettbewerbsfreiheit der privaten Anbieter von IT-Sicherheits- und IT-Interoperabilitätsprodukten zu lesen. Daraus folgt, dass der gemeinsame Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software, die hier Beurteilungsgegenstand ist, eher selten unter den Begriff des „Standards“ subsumiert werden kann, selbst wenn alle Länder und der Bund gemeinschaftlich auf ein Produkt zurückgriffen. Allein eine faktische Häufigkeit, dass gegenwärtig die öffentliche Verwaltung einheitlich eine Software benutzte, bedeutete noch nicht, dass dies auch stets so wäre oder damit ein Standard festgelegt wäre. Von der Faktizität kann nicht auf die Normativität geschlossen werden.

Im Ergebnis also käme höchstens ausnahmsweise in Betracht, dass IT-Planungsrats-Beschlüsse zur Standardsetzung den Gegenstandsbereich des Gutachtens erfassten. Diese Ausnahmefälle sollen hier außer Betracht bleiben, sodass die Fragestellung, ob IT-Planungsratsbeschlüsse eine vertragliche Vereinbarung ersetzen könnten, offen bleiben kann. **Es wird jedoch angeregt, diesen Aspekt bei der Prüfung der Verwirklichung einer IT-Kooperation mit einzubeziehen.** Hinzuweisen bleibt allerdings noch, dass mit diesen Vereinbarungen sonstige verfassungsrechtliche Positionen nicht umgangen werden dürften. Dazu gehört auch das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, oder auch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie, Art. 28 Abs. 2 GG, die sich gerade auch in der Ausgestaltungsentscheidung der Software widerspiegeln kann. Andererseits wäre bei einer näheren Untersuchung auch zu berücksichtigen, dass die Zielsetzung des Art. 91c GG gerade darauf gerichtet ist, möglichst geringe Hürden für kooperatives Zusammenwirken unter dem Dach des IT-Planungsrats zu ermöglichen, so dass beispielsweise die Erfordernisse für eine Beteiligung von Bundestag und Länderparlamenten deutlich herabgesetzt sein könnten.

4.2.4 Vertragsäquivalente Kooperation im Wege der Amtshilfe

Die Kieler Beschlüsse, deren Geltung Auslöser für das vorliegende Gutachten und den darauf basierenden Leitfaden zum Umgang mit Kooperationen zu Einkauf, Entwicklung,

¹⁰⁸ Näher dazu das Gutachten von E. Richter, A. Schmehl und I. Spiecker gen. Döhmman, Die Funktionen des IT-Planungsrats bei normgebenden Verfahren auf dem Gebiet von IT und E-Government, abrufbar unter www.it-planungsrat.de, S. 19 ff. (2.2.2).

Betrieb und Pflege von Software waren, beruhen auf einem frühzeitig ausgeprägten Verständnis von dem Miteinander der unterschiedlichen Verwaltungseinheiten im Staat. Dem liegt die Vorstellung von der Einheit der Staatsgewalt zugrunde. Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben soll nicht daran scheitern, dass eine organisatorische Trennung und Ausdifferenzierung existiert.

In dieser Intention ähneln die Kieler Beschlüsse dem Rechtsinstitut der Amtshilfe, wie diese im Grundgesetz (Art. 35 GG) und auf verwaltungsverfahrensgesetzlicher Ebene (vgl. z. B. §§ 4 ff. VwVfG des Bundes) normiert ist. Nach ihnen besteht grundsätzlich eine Pflicht der Behörden zur wechselseitigen Amtshilfe. Für die Kostenregelung sieht etwa § 7 Abs. 1 VwVfG vor, dass keine Verwaltungsgebühren zu entrichten sind und Auslagen nur im Einzelfall auf Anforderung zu erstatten sind. Diesem Grundprinzip entspricht auch die Regelung der Kieler Beschlüsse.

An dieser Stelle soll daher auf das Rechtsinstitut der Amtshilfe hingewiesen werden, über die möglicherweise bestimmte Fallkonstellationen der IT-Kooperation rechtmäßig und zweckmäßig verwirklicht werden können. **Da das Gutachten und der Leitfaden allerdings gerade die Erfahrung aufgreifen sollen, dass über die amtshilfeähnlichen Regelungen der Kieler Beschlüsse hinaus Kooperationen im IT-Bereich stattfinden und andere Formen der Kostentragung etabliert werden sollen, wird der Weg der Amtshilfe hier nicht weiter verfolgt, wohl aber angeregt, ihn als Alternative bei der Prüfung zur Umsetzung einer IT-Kooperation im Blick zu behalten.**

4.3 Kooperationspartner

Es ist bereits mehrfach angeklungen, dass die Auswahl der Kooperationspartner Auswirkungen auf die Ausgestaltung und Intensität der Kooperationsleistungen haben kann. Im Folgenden sollen daher einige als zentral identifizierte Problembereiche angesprochen werden. Rechtliche Grenzen werden hier oftmals weniger schwerwiegend sein, wenngleich auch sie existieren können. Häufig wird es auf eine kluge Einschätzung der Kooperationspartner übereinander und über die Stabilität auch bei wechselnden politischen Vorgaben und wechselndem Leitungspersonal der beteiligten Behörden und öffentlichen Einrichtungen ankommen. Daher werden auch die außerrechtlichen Faktoren, die insbesondere die Verwaltungswissenschaft identifiziert hat, berücksichtigt, um auch hierfür zu sensibilisieren.

4.3.1. Partnerkonstellationen der Kooperation

4.3.1.1 Rechtliche Grenzen und Rahmenbedingungen

Bei Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software in Kooperationen mit verschiedenen Akteuren stellt sich zunächst die Frage, ob es jedenfalls faktisch indisponible rechtliche Grenzen und/ oder Vorgaben gibt, welche Akteure und Partner miteinander kooperieren können.

4.3.1.1.1 Verbot der Mischverwaltung

Eine wesentliche Grenze für Kooperationen zwischen Bund und Ländern stellt das Verbot der Mischverwaltung auf. Darauf wird im Rahmen der Finanzierung (s. 4.6.) ausführlich eingegangen (Lasten- und Einnahmenverteilung zwischen den Kooperationspartnern), so dass hier keine weiteren Ausführungen erfolgen.

4.3.1.1.2 Sonstige Grenzen der Kooperation von Bund, Ländern und Kommunen

4.3.1.1.2.1 Systemverschiebungen durch IT-Verlagerung; Rechte zur Teilnahme an Kooperationen

Mit dem Eingehen von Kooperationen über Software kann durchaus befürchtet werden, dass zentrale Entscheidungskompetenzen verlagert werden. Das gilt insbesondere dann, wenn mit dem Betrieb der Software im Rahmen einer Kooperation auch Aufgabenerfüllung übertragen wird. Dies kann dazu führen, dass es innerhalb des bestehenden föderalen Systems zu Verlagerungen kommt, die mit dessen Funktionsvorstellungen nicht mehr rechtlich in Einklang stehen.

Kommunale Kooperationen unterliegen kommunalrechtlichen Beschränkungen insoweit, dass sie keine vollumfänglichen Auslagerungen gänzlich aus der Kontrolle der örtlichen Gemeinschaft heraus vorsehen dürfen.¹⁰⁹ Insofern ist auf die Erfahrungen und Erkenntnisse, die bei der Eingehung kommunaler Public Partnerships sowie Public Private Partnerships gemacht worden sind, zurückzugreifen. Da hierzu umfangreiche Erfahrungsberichte und rechtliche Stellungnahmen vorliegen, soll dieser Punkt hier nicht weiter vertieft werden. Insbesondere können die kommunalen Aufsichtsbehörden, denen nach den Ländergesetzen zumeist auch eine Informations- und Beratungspflicht der Kommunen zugewiesen ist, hierzu beratend eingebunden werden.

Anders als im kommunalen Bereich ist auch in Länder- sowie Bund-/ Länder-Kooperationen grundsätzlich die Frage aufgeworfen, ob und wie eine grundsätzliche Änderung des föderalen Systems möglich wäre. Dies setzte aber voraus, dass die IT-relevanten Vorgänge ein solches Gewicht aufwiesen, dass von einer Auflösung der föderalen Grenzziehungen gesprochen werden könnte. Dies ist ersichtlich gegenwärtig nicht der Fall, auch wenn E-Government und daraus entwickelte Instrumente der IT einen immer größeren

¹⁰⁹ S. dazu auch unter 4.2.2.2.2.

Stellenwert zuweisen. Daher ist dieser derzeit fiktive Problembereich nicht weiter zu vertiefen.

Überlegenswert ist aber, dass es ein Recht/ eine Pflicht geben kann, einen bestimmten Partner integrieren zu müssen. Unter gewissen Umständen kann also etwa eine Kommune verlangen, dass auch sie an einer Land-Kommune-Kooperation beteiligt wird, oder es kann ein Land sich darauf berufen, dass es einer Kooperation zwischen mehreren Ländern oder zwischen Bund und mindestens einem Land beitreten können muss.

Im Bereich der kommunalen Kooperationen lässt sich ein solches Recht der Kommune vor allem dann herleiten, wenn die Kooperation unter Beteiligung des Landes stattfindet. Das Land ist verpflichtet, die Kommunen nach den Grundsätzen der Fairness, Gleichbehandlung und Sachlichkeit zu behandeln. Werden also Kooperationen einzelnen Kommunen ermöglicht, so ist eine dauerhafte Nicht-Beteiligung anderer Kommunen bzw. die Verweigerung des Angebots eines Mitwirkens/ eines Beitritts sachlich begründungsbedürftig. Hierbei ist allerdings auch zu beachten, ob das Land hier eine federführende Rolle einnimmt – z. B. durch eine Teilfinanzierung etc. – oder ob das Land lediglich gleichberechtigt und gleichgewichtig mit den Kommunen statt als übergeordneter Partner der Kooperation auftritt. Dies wiederum bestimmt sich nachdrücklich nach der Ausgestaltung der individuellen Kooperation und deren Inhalten. Wird also beispielsweise eine Personalverwaltungssoftware eingekauft, so wird das Land nicht anders als die Kommunen tätig und bleibt Gleicher unter Gleichen.

Kauft das Land dagegen eine Software ein, die den Kommunen dann zur Verfügung gestellt wird zur Ausführung von Aufgaben nach Weisung, die im kompetenziellen Gefüge zunächst einmal dem Land als Verwaltungsaufgabe zugewiesen sind, so kommt hier der Gedanke der Gleichbehandlung zum Tragen.

Ähnliches gilt auch auf der förderalen Ebene. In Kooperationen ohne Beteiligung des Bundes gilt ein vergleichbarer Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens. Dieses schließt sowohl Kooperationen allein zwischen den Ländern als auch Kooperationen zwischen Bund und Land/ Ländern ein. Die Kooperationen dürfen also nicht gezielt eine Benachteiligung anderer Länder herbeiführen wollen. Für Differenzierungen muss es sachliche Gründe geben.

4.3.1.1.2.2 Beteiligung des IT-Planungsrats wegen dessen Koordinationsaufgabe nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 IT-StV

Nach § 1 Abs.1 Nr. 1 IT-StV obliegt dem IT-Planungsrat u. a. auch die Koordination der „Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern“ in Fragen der Informationstechnik. Darunter werden alle technischen Mittel zur Verarbeitung und Übertragung von Informationen verstanden.¹¹⁰ Fraglich ist daher, ob und in welcher Weise der IT-Planungsrat zu

¹¹⁰ BT-Drs. 16/12410, S. 8; Siekmann, in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 91c Rn. 9.

beteiligen ist, wenn es um die Eingehung einer Kooperation geht. Die inhaltliche Beteiligung ist, wie gesagt, über die jeweilige, unterschiedlich ausgeprägte Bindungswirkung seiner Beschlüsse und Entscheidungen vorgegeben. Aber auch institutionell könnte der IT-Planungsrat zu beteiligen sein. Die ihm im Rahmen des IT-StV zugewiesene Kompetenz könnte gleichzeitig eine Sperrfunktion gegenüber anderen Kooperationen haben.

Man könnte aus der Formulierung „Bund und Länder“ in § 1 Abs. 1 Nr. 1 StV folgern, dass der IT-Planungsrat allein für die Vorbereitung und den Abschluss solcher Formen der Zusammenarbeit zuständig sein soll, die den Bund einschließen. Dem entspräche auch die Entwicklung des Art. 91c GG, mit dem eine weitere Ausnahme vom Verbot der Mischverwaltung in das Grundgesetz eingeführt werden sollte. Das wäre aber andererseits wenig überzeugend, als der Art. 91c GG zum Ziel hatte, eine möglichst kooperationsfreundliche Umgebung zu schaffen, die zu einer effektiven Bewältigung der anstehenden Aufgaben im IT-Bereich führt. Insofern ist zu folgern, dass die Lenkungswirkung des IT-Planungsrats auch die anderen Formen der Zusammenarbeit erfasst.

§ 1 Abs. 1 Nr. 1 IT-StV spricht zudem allein von der Aufgabe, dass die „Zusammenarbeit“ koordiniert werde. Welche Art der Zusammenarbeit vorliegt, ist dabei unspezifisch belassen. Weit verstanden dürften damit auch die hier interessierenden nicht-institutionalisierten Kooperationen erfasst sein. Die damit angeordnete Koordinierungsaufgabe bedeutet aber nicht, dass eine Kooperation ohne Beteiligung des IT-Planungsrats nicht möglich wäre. Der IT-Planungsrat ist insoweit kein eigenständiger Kooperationspartner; vielmehr beschränkt sich nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 IT-StV seine Aufgabe darauf, solche Kooperationen zu begleiten und möglicherweise auch – im Hinblick auf Differenzen und Streitigkeiten – aktiv anzuleiten.¹¹¹

Vielmehr leistet der IT-Planungsrat im Rahmen seiner Möglichkeiten und seiner Fokussierung auf wesentliche Themenstellungen eine Schnittstellenfunktion, die gerade in der Beratung bei Kooperationen eine wichtige Rolle einnehmen kann. Der IT-Planungsrat kann für die kooperationswilligen Kooperationspartner wichtige Informationen bündeln und bereithalten und damit für eine kooperationsfreundliche Kultur im Bereich der IT in Deutschland sorgen. Er ist aber nicht zwangsläufig die zwingende Schnittstelle aller Kooperationen.

4.3.1.1.2.3 Weitere Aufgaben des IT-Planungsrats, etwa nach Art. 91c Abs. 4 GG

Weitere Aufgaben des IT-Planungsrats, bei denen möglicherweise kooperations-erhebliche Konsequenzen zu erwarten sind, sollen mangels der gegenwärtigen Bedeutung nicht angesprochen werden, könnten aber in Einzelfällen durchaus Relevanz einfordern. Dazu gehört insbesondere die Aufgabe in Bezug auf das Verbindungsnetz nach Art. 91c Abs. 4 GG (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 IT-StV).

¹¹¹ Das Ausmaß dieser Aufgabe kann für das vorliegende Gutachten dahinstehen, da jedenfalls kein Alleinauftrag des IT-Planungsrats vorliegt.

4.3.1.2 Zweckmäßigkeitserwägungen in Bezug auf die Gestaltungsspielräume und dabei zu beachtende rechtliche Anforderungen

In diesem rechtlich weit gesteckten Spielraum zulässiger Akteurs- und Partnerkonstellationen ist aus politisch strategischer Sicht jede Partnervariante der Ebenen-übergreifenden Kooperation denkbar – allerdings mit Ausnahmen bzw. Eingrenzungen aus Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten. Im Folgenden sollen daher einige kurze Erwägungen eine erste Hilfestellung geben, die Partnerwahl zu strukturieren und relevante Vor- und Nachteile gerade auch mit ihren rechtlichen Konsequenzen zu identifizieren. Ziel der Kooperation ist es, Partner zu finden, um schneller, effizienter, wirtschaftlicher einzukaufen, zu entwickeln, zu betreiben oder zu pflegen bzw. (beschränkte) eigene Kapazitäten durch Partnering zu ergänzen.

Dementsprechend werden für die Kooperation meist Partner mit ergänzendem Wissen, Erfahrungen oder Ressourcen gesucht. Grundlage für eine Kooperation sind die individuelle Bedarfssituation aller Partner und die gemeinsame fachliche Zielsetzung. Insofern sollte die Partnerauswahl für die Kooperation vor allem von der Suche nach Akteuren mit gleichen oder ähnlichen fachlichen Aufgaben und daraus abgeleitet vergleichbarem Bedarf und vergleichbaren Interessen geleitet sein. Vor diesem Hintergrund ist die Partnersuche auf gleicher föderaler Ebene mit hoher Wahrscheinlichkeit für viele Kooperationen zielführend. Auf gleicher Ebene können auch strukturelle Rahmenbedingungen für die Partnerauswahl relevant sein (z. B. Flächenland, Stadtstaat, großes Land, kleines Land, Vorhandensein oder Fehlen eines leistungsstarken zentralen IT-Dienstleisters oder Rechenzentrums, landesspezifische IT-Lösungen oder IT-Rahmenstruktur, unterschiedliche politische Ziel- und Schwerpunktsetzung im E-Government). Je nach Bedarfssituation können hier entweder Ähnlichkeit oder Unterschiedlichkeit besonders gefragt sein. Dies gilt auch für fachliches oder politisches Engagement und Finanzkraft. Wenn vergleichbare Ausgangspositionen der potenziellen Partner bestehen, kann dies eine gleichgewichtige Verteilung der Lasten ermöglichen. In der Praxis kann allerdings auch gewollt sein, dass ein Partner federführend tätig wird oder ein Partner eine besondere Stellung einnimmt, weil er bereits eine Software entwickelt hat, die anderen Partnern zur Verfügung gestellt werden soll. Für den letztgenannten Fall können Partner vor allem dort gefunden werden, wo die Bereitschaft zur Abnahme weitgehend fertiger Software besonders groß ist, z. B. weil nur geringe Finanzmittel zur Verfügung stehen.

Bei Ebenen-übergreifenden Kooperationen können eher Zielkonflikte entstehen bzw. können sich Unterschiede negativ auswirken, wenn die Erwartungen an die Kooperation, die eingebrachten Erfahrungen und Ressourcen sowie organisatorische und finanzielle Rahmenbedingungen sich in eine andere Richtung entwickeln.

Gegen die Beschränkung einer Kooperation auf dieselbe Ebene spricht ggf., dass die „Verwaltungskraft“ der Beteiligten (z. B. im Fall von Kommunen) eventuell zu schwach ist

oder diese nicht ausreichend gleichwertig verteilt ist, um eine kompetente Steuerung größerer Kooperationen „mitleisten“ zu können. In diesem Fall wäre die Einbindung von Partnern mit mehr Kapazität bzw. Ressourcen sinnvoll.

Abgesehen davon hängt die Suche nach Kooperationspartnern auch davon ab, ob eine für späteren Beitritt offene oder „geschlossene“ (nicht um neue Partner erweiterbare) Kooperation angestrebt wird. Bei der offenen Variante werden entsprechende Regularien und ein dauerhaftes „Erweiterungsmanagement“ sowie ggf. auch eine „Federführerschaft“ benötigt. Insofern wären Erfahrungen in der Leitung von Kooperationen und die Ressourcen, eine solche Federführerschaft zu übernehmen, zusätzliche Kriterien für die Partnerauswahl.

Es zeigt sich also, dass die geringen Verpflichtungen in der Konsequenz breite Gestaltungsspielräume hinsichtlich der Partnerwahl ermöglichen. Eine Kooperation allein auf der horizontalen Ebene (also bspw. Kommunen mit Kommunen, Länder mit Ländern) enthält im Prinzip geringeren rechtlichen und strategischen Problemlösungsbedarf als Kooperationen mit vertikalen Strukturen (Bund-Länder, Land-Kommunen). **Über den kommunalen Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. das Prinzip bundesfreundlichen Verhaltens kann eine nachträgliche Integrationsmöglichkeit für alle potentiellen Kooperationspartner einer Ebene zu beachten sein.**

4.3.2 Insbesondere: Beitrittsoffene Kooperationen

Dies leitet unmittelbar über zur sog. beitriffs offenen Kooperation, die auch noch das nachträgliche Hinzukommen von Partnern vorsieht. Externe Partner, also mögliche Kooperationspartner auf paralleler Ebene, können möglicherweise auf der Basis einer Verpflichtung zur Gleichbehandlung bzw. zum bundesfreundlichen Verhalten sogar erzwingen, dass ein als geschlossene Kooperation gedachtes Zusammenwirken ihren späteren Beitritt dennoch ermöglichen muss. **Daher kann es sinnvoll sein, bereits vorab über die Bedingungen und Möglichkeiten einer solchen Beitrittsoffenheit nachzudenken und ggf. dafür Regelungen vorzusehen.**

Auch wenn solche Bedenken nicht bestehen oder von der Möglichkeit der Regelung des späteren Beitritts zu Beginn der Kooperation gezielt kein Gebrauch gemacht wird, kann eine Beitrittsoffenheit oftmals von den Ursprungspartnern gezielt gewünscht sein. Daher ist zu skizzieren, welche Besonderheiten in diesem Kooperationsmodus zu bedenken sind.

Es könnte sich beispielsweise das Problem ergeben, dass Kooperationspartner der „ersten Stunde“ finanzielle Kompensation geltend machen, sobald weitere Partner in das Vorhaben eintreten. Um zu verhindern, dass es hier zu Konflikten über die Höhe und die Leistungen kommt, können die Partner in der ursprünglichen Kooperationsvereinbarung von vornherein eine Kompensationsregelung treffen oder aber ein durch den Neupartner zu zahlendes „Eintrittsgeld“ festlegen. Bezüglich der Erhebung solcher nachträglicher

Forderungen sind vergaberechtliche Anforderungen zu berücksichtigen. Falls eine solche entgeltliche Ausgestaltung erfolgt, ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht bestehen (z. B. öffentlich-öffentliche Kooperation, siehe auch 4.4.1.2.3). Dies verweist bereits darauf, dass der Zutritt neuer Partner nicht dazu führen sollte, dass die bestehende Kooperation nunmehr rechtlichen (oder auch zweckmäßigen) Problemen begegnet. So sind etwa Regelungen zu treffen, die sicherstellen, dass auch seitens des neu hinzutretenden Partners die von den bereits kooperierenden Partnern berücksichtigten rechtlichen Bedingungen (s. dazu unter 4.2.1) erfüllt werden bzw. wenigstens geprüft werden. In der Folge kann es je nach Ausgestaltung des Kooperationsvertrags notwendig sein, bei Neueintritten den ursprünglichen Vertrag samt Finanzplan anzupassen.

Da hierfür das Einverständnis aller Beteiligten und dies möglicherweise in z. T. formal und verfahrensmäßig sehr aufwendiger Weise eingeholt werden muss, ist es bei von vornherein als beitriffs offen angelegten Kooperationen sinnvoll, die Kooperationsvereinbarung direkt so auszugestalten, dass der Beitritt ohne solche Veränderungsmodalitäten möglich ist bzw. die Verpflichtung zur Einhaltung der Vorgaben durch den hinzutretenden Partner alleine erfüllbar ist. Ist also bereits absehbar, dass ein Partner möglicherweise mit Verzögerung hinzustoßen wird, sollte er frühzeitig einbezogen werden.

Denkbar wäre etwa eine Ausgestaltung derart, dass bei Neueintritt eines Partners z. B. nur eine zusätzliche Anlage zum Vertrag erfolgt (Eintrittserklärung) und der Finanzplan entsprechend eines bereits vorher festgelegten Mechanismus dynamisch in Abhängigkeit von der Zahl und Art der Kooperationspartner angepasst wird. Das ist im Einzelfall für jede Kooperation im Vorfeld zu prüfen und festzulegen. Für unvorhergesehene Entwicklungen sollten im Kooperationsvertrag zudem Anpassungsmöglichkeiten und deren Abwicklung vorgesehen werden, die eine erneute Kontrolle insbesondere durch die parlamentarischen Gremien entbehrlich machen. Selbstverständlich ist dies nur möglich, wenn nicht durch die Änderungsmodalitäten neue parlamentarische oder sonstige Beteiligungsrechte ausgelöst werden, etwa nach dem Wesentlichkeitsprinzip (s. dazu 4.5).

4.4 Kooperationsbereich Aufgabe und Inhalt

Mit dem Kooperationsbereich Aufgabe und Inhalt ist jener Bereich der Kooperation gemeint, der die „eigentliche“ Aufgabe der Kooperation betrifft, also die Aufgabe, die durch gemeinsames Handeln erfüllt und durch die Kooperationsbereiche Organisation und Verfahren sowie Finanzierung unterstützt und ergänzt wird. Wie bedeutsam diese Aufgabe für die Aussagen über die Kooperation ist, lässt sich schon daran ablesen, dass die Einordnung der Basis einer Kooperation wesentlich davon abhängt, worauf sie gerichtet ist.

Der Aufgabenbereich betrifft hier den gemeinsamen Einkauf, die gemeinsame Entwicklung, den gemeinsamen Betrieb und die gemeinsame Pflege von Software. Dementsprechend stehen im Folgenden etwa Fragen zur Beschaffung bzw. Vergabe, zu Marktaspekten, aber auch zur Eigenleistungserbringung im Mittelpunkt.

Dabei können nicht alle denkbaren Aspekte und Fragen zum Kooperationsbereich Aufgabe und Inhalt abgehandelt werden. Die Analyse bestehender und abgeschlossener Kooperationen sowie die Interviews mit in der Kooperation erfahrenen Vertretern haben allerdings gezeigt, dass bestimmte Kooperationsaspekte der gemeinsamen Aufgabenerfüllung sich regelmäßig als besonders praxisrelevant erweisen. Immer wieder wurden vergaberechtliche Fragestellungen genannt, die zu beachten sind und über die zum Teil große Unsicherheit besteht.¹¹² Dazu gehören:

- die vergaberechtlichen Grenzen und die vergaberechtliche Ausgestaltung der Eingehung von Kooperationen im Allgemeinen (s. dazu 4.4.1) und
- die Betrachtung der vergaberechtlichen Besonderheiten verschiedener Kooperationsoptionen, die für die gemeinsame Beschaffung von Software oder Entwicklungsleistungen im Rahmen einer Kooperation bestehen (s. dazu 4.4.2), nämlich das Eingehen der Kooperation als vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang, vergaberechtliche Aspekte von Einkaufsgemeinschaften, die Nutzung bestehender Rahmenverträge, die Eigenentwicklung innerhalb der Kooperation und vergaberechtliche Aspekte von Betriebskooperationen.

Da sich der Einkauf, die Entwicklung, der Betrieb und die Pflege von Software vor allem als Aufgabe einer Beschaffung von Leistungen darstellen, werden Inhalt und Aufgabe der hier in Rede stehenden IT-Kooperationen vor allem durch das Vergaberecht geprägt. Wegen des Softwarebezugs wird ihre Aufgabe und ihr Inhalt auch durch andere Rechtsgebiete geprägt, insbesondere durch

- das Datenschutz- und IT-Sicherheitsrecht (dazu 4.4.3) und
- das Urheber- und sonstige Informationsrecht (dazu 4.4.4).

4.4.1 Die vergaberechtlichen Grenzen und Vorgaben der Eingehung von Kooperationen im Allgemeinen

Bei den Überlegungen zu möglichen Kooperationsgegenständen und zur konkreten Ausgestaltung einer angestrebten Kooperation sind bereits zu einem frühen Zeitpunkt mögliche vergaberechtliche Aspekte zu berücksichtigen. Je nach vergaberechtlicher Einordnung eines Kooperationsvorhabens kann für die Beschaffung einer bestimmten Leistung

¹¹² Angesichts der großen Bedeutung, die dem Vergaberecht seitens der Interviewpartner zugewiesen wurde und die ihm als eine der zentralen Bindungen zukommt, werden im Folgenden auch die Grundlagen näher dargestellt, auf deren Basis dann eine genauere Beurteilung möglicher Kooperationen zu Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software erfolgen kann.

(z. B. Softwareentwicklung) bzw. die Eingehung einer Kooperation mit einem bestimmten Partner die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens erforderlich sein.

Unter Vergaberecht ist die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften zu verstehen, die staatlichen Stellen, öffentlich beherrschten Unternehmen sowie sog. Sektorenauftraggebern eine bestimmte Vorgehensweise beim Einkauf von Gütern und Leistungen vorschreiben, die zur Erfüllung der Aufgaben der jeweiligen Institution erforderlich sind. Einkauf bedeutet dabei grundsätzlich jede Inanspruchnahme einer Leistung am Markt gegen Entgelt.¹¹³

Wesentliche Rechtsquellen des Vergaberechts sind die europäischen Vergaberichtlinien,¹¹⁴ die in Deutschland im vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung (VgV) sowie den Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A, VOL/A, VOF) umgesetzt wurden.

4.4.1.1 Anwendbarkeit des Vergaberechts

Das GWB-Vergaberecht findet gemäß § 97 Abs. 1 GWB Anwendung auf die Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber. Der Anwendungsbereich des Vergaberechts wird bestimmt durch die beiden Begriffe des öffentlichen Auftraggebers (§ 98 GWB) und des öffentlichen Auftrags (§ 99 GWB). Sofern es sich um Vorhaben handelt, die aufgrund ihrer Gesamtgröße die europäischen Schwellenwerte nicht erreichen und damit nicht dem Anwendungsbereich des GWB bzw. der VgV unterliegen, sind die vergaberechtlichen Vorschriften für den Unterschwellenbereich einzuhalten.

Sofern im Rahmen einer Kooperation ein bzw. mehrere öffentliche/r Auftraggeber eine entgeltliche Leistung oberhalb der Schwellenwerte beschafft bzw. beschaffen und keine andere Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts vorliegen, ist im Grundsatz zunächst von der Anwendbarkeit des Vergaberechts auszugehen. In diesem Fall muss der Eingehung einer Kooperation bzw. der gemeinsamen Beschaffung im Rahmen einer Kooperation grundsätzlich ein förmliches Vergabeverfahren mit europaweiter Bekanntmachung vorausgehen.

4.4.1.1.1 Öffentliche Auftraggeber

An den im Rahmen dieser Untersuchung betrachteten Kooperationen werden sich in der Regel Bundesländer oder Kommunen und ihre Zusammenschlüsse mit ihren öffentlichen Sondervermögen und Eigenbetrieben beteiligen. Diese Beteiligten sind neben dem Bund die sog. „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber (§ 98 Nr. 1 GWB), die grundsätzlich

¹¹³ Siehe auch Beck-Texte im dtv, Vergaberecht, 16. Aufl., 2014, Einführung.

¹¹⁴ Derzeit geltende EU-Vergaberichtlinie für klassische öffentliche Auftraggeber: Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge; neue Richtlinie für Auftragsvergaben klassischer öffentlicher Auftraggeber: Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (in deutsches Recht umzusetzen bis 18. April 2016, vgl. Art. 90).

Vergaberecht anzuwenden haben. Der funktionale Auftraggeberbegriff des § 98 GWB umfasst jedoch nicht nur die Gebietskörperschaften, sondern auch andere juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen und durch die öffentliche Hand beherrscht oder finanziert werden (§ 98 Nr. 2 GWB). **Insofern ist auch bei Kooperationen von Projektpartnern, die keine Gebietskörperschaften sind (z. B. privatrechtlich organisierte kommunale EDV-Zentrale¹¹⁵), im Einzelfall zu prüfen, ob sie als öffentlicher Auftraggeber das GWB-Vergaberecht anzuwenden haben.**

4.4.1.1.2 Öffentlicher Auftrag

Öffentliche Aufträge sind gemäß § 99 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer- Bau oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

4.4.1.1.2.1 Rechtsnatur des abzuschließenden Vertrags

Es kommt nicht auf die Rechtsnatur des abzuschließenden Vertrags an. Grundsätzlich fallen damit sowohl zivilrechtliche als auch öffentliche-rechtliche Verträge¹¹⁶ (Verwaltungsvereinbarung, Staatsvertrag etc.) unter den öffentlichen Auftragsbegriff. Das GWB-Vergaberegime soll dann anwendbar sein, wenn der öffentliche Auftraggeber Leistungen durch einen Dritten für wünschenswert oder notwendig erachtet und dies zum Anlass nimmt, deren Erbringung auf vertraglichem Weg und nicht in anderer Weise, etwa durch einen Beleihungsakt sicherzustellen.¹¹⁷ Zur Einordnung eines Vertrags als öffentlicher Auftrag kommt es auch nicht darauf an, ob in der Übernahme einer Leistung im Sinn des § 99 Abs. 4¹¹⁸ GWB ein wesentlicher oder der Hauptzweck des angestrebten Vertragschlusses liegt. Der Vertrag muss lediglich Leistungen zum Gegenstand haben, deren Umfang den maßgebenden Schwellenwert erreicht.

Eine Ausnahme ist grundsätzlich nur dann in Betracht zu ziehen, wenn die Pflicht zur Dienstleistung völlig untergeordneter Art und deshalb auszuschließen ist, dass ihretwegen ein Vertrag eingegangen werden soll.¹¹⁹

4.4.1.1.2.2 Unternehmensbegriff

Der Unternehmerbegriff des § 99 Nr. 1 GWB erfasst alle sich wirtschaftlich betätigenden Rechtsträger, unabhängig davon, ob diese selbst auch öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB sind. Das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten

¹¹⁵ Vgl. OLG Celle, Beschl. V. 14.09.2006 – 13 Verg 3/06.

¹¹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.11.2013 - Verg 39/11.

¹¹⁷ Vgl. BGH, Beschl v. 08.04.2011 – X ZB 31/08.

¹¹⁸ http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/_99.html

¹¹⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.02.2013 - VII-Verg 31/12.

Markt ist das, was den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnet. Dagegen haben Tätigkeiten, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgen, keinen wirtschaftlichen Charakter, der die Anwendung des Vergaberechts rechtfertigen würde.¹²⁰ Auch das Handeln eines Hoheitsträgers ist dasjenige eines „Unternehmens“ und an den Vergaberechtsvorschriften des GWB zu messen, wenn der Hoheitsträger den ihm durch das öffentliche Recht zugewiesenen Aufgabenbereich verlässt und er sich funktional und gewerbsmäßig wie ein Marktteilnehmer verhält.¹²¹ Es ist damit nicht von Bedeutung, ob die betreffende Einrichtung in erster Linie Gewinnerzielung anstrebt, ob sie unternehmerisch strukturiert ist oder ständig auf dem Markt tätig ist.¹²² Geht man von diesem funktionellen Unternehmerbegriff und der Marktteilnahme als entscheidendem Kriterium aus, ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts nur dann ausgeschlossen, wenn der kooperierende Verwaltungsträger im Einzelfall nicht wie ein Privater am Markt tätig wird. Dies kann dann der Fall sein, wenn ein Wettbewerb am Markt aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen schlichtweg ausgeschlossen ist, also bei ausschließlichen öffentlichen Aufgaben im Sinne eines Verwaltungsmonopols.¹²³

4.4.1.1.2.3 Entgeltlichkeit

Kein öffentlicher Auftrag im Sinne des GWB-Vergaberechts liegt vor, wenn – unabhängig vom Kooperationsgegenstand – keine entgeltliche Erbringung von Leistungen erfolgt, sondern Leistungen unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden.

Nur entgeltliche Verträge sind öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB. Durch die Bezeichnung als "entgeltlicher" Vertrag soll klargestellt werden, dass der öffentliche Auftraggeber eine Gegenleistung im Sinne einer eigenen Zuwendung geben muss. Ein solcher Vertrag besteht grundsätzlich aus einer vereinbarten Leistung des Auftragnehmers und einer geldwerten Gegenleistung des Auftraggebers. Die Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers muss nicht notwendigerweise in Geld bestehen; erfasst wird vielmehr jede Art von Vergütung, die einen Geldwert haben kann.¹²⁴

Ein Vertrag ist auch dann als "entgeltlich" anzusehen, wenn sich die vorgesehene Vergütung auf den Ersatz der Kosten beschränkt, die durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstehen.¹²⁵

Die Zahlung eines Entgelts kann auch in einem Verzicht auf Ansprüche des Auftraggebers bestehen. Es kommt lediglich darauf an, dass der betreffende Vertrag überhaupt eine geldwerte Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers vorsieht, die nicht notwendigerweise im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der zu erbringenden Leistung stehen

¹²⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.12.2013 – Rs. C-327/12, „Soa Nazionale Costruttori“.

¹²¹ OLG Celle, Beschl. v. 14.01.2014 - 13 Verg 11/13.

¹²² EuGH, Urt. v. 13.06.2013 – Rs. C-386/11, „Piepenbrock“.

¹²³ OLG Naumburg, Beschl. v. 03.11.2005 - 1 Verg 9/05.

¹²⁴ BGH, Beschl. v. 01.12.2008 - X ZB 31/08.

¹²⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.11.2013 - Verg 39/11; EuGH, Urt. v. 13.06.2013 – Rs. C-386/11, „Piepenbrock“.

muss.¹²⁶ Eine geldwerte Leistung ist grundsätzlich auch bei einem durch eine Rahmenvereinbarung auch ohne Mindestabnahmemengen vermittelten, wirtschaftlich werthaltigen ausschließlichen Leistungsrecht zu bejahen.¹²⁷

4.4.1.1.3 Schwellenwerte

Entsprechend den europarechtlichen Vorgaben für die Anwendbarkeit der EU-Vergaberichtlinien hat der deutsche Gesetzgeber die Geltung der § 97 GWB auf öffentliche Aufträge ab bestimmten Auftragschwellenwerten beschränkt. Die aktuellen Schwellenwerte ab dem 1. Januar 2014 ergeben sich aus der Verordnung (EU) Nr. 1336/2013. Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge (außerhalb des Sektorenbereichs) beträgt der Schwellenwert derzeit EUR 207.000. Für oberste oder obere Bundesbehörden sowie vergleichbare Bundeseinrichtungen liegt der Schwellenwert bei EUR 134.000. Die Schätzung des Auftragswerts, die zu erfolgen hat, um das Erreichen bzw. Nichterreichen der Schwellenwerte festzustellen, richtet sich nach den Regelungen in § 3 VgV.

Unterhalb der Schwellenwerte ist das GWB-Vergaberecht nicht anwendbar. Öffentliche Auftraggeber unterliegen dennoch bei der Vergabe von Aufträgen haushaltsrechtlichen Bindungen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch bei Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte nach Ansicht der Europäischen Kommission die Grundsätze des primären Gemeinschaftsrechts wie Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und Nichtdiskriminierung zu beachten sein können.

Entsprechende Vorgaben sind der „*Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen*“ vom 1. August 2006¹²⁸ zu entnehmen.

4.4.1.2 Vergaberechtliche Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht

Sofern anhand der vorstehend erläuterten Kriterien festgestellt wurde, dass ein Kooperations Sachverhalt einen öffentlichen Auftrag oberhalb der EU-Schwellenwerte darstellt, gelten grundsätzlich die Vorschriften des GWB-Vergaberechts in Verbindung mit der VgV sowie der einschlägigen Vergabe- und Vertragsordnung (vorliegend VOL/A-EG oder VOF). Sofern keine ungeschriebenen oder geschriebenen Ausnahmetatbestände vorliegen, ist grundsätzlich ein europaweit bekanntgemachtes förmliches Vergabeverfahren durchzuführen.

In Bezug auf mögliche Ausnahmetatbestände vom Vergaberecht, ist zunächst anzumerken, dass das Vergaberecht nicht bestimmte der hier betrachteten Kooperationsgegenstände (Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software) als solche von seinem

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 12.07.2001, Rs. C-399/98, "Teatro alla Biccoca", Rn. 76ff.

¹²⁷ Dreher in: Immenga/ Mestmäcker GWB § 99, 4. Aufl. 2007, Rn. 20,21.

¹²⁸ Kommissions-Dokument 2006/C 179/02.

Anwendungsbereich ausnimmt und diese daher nicht unter die Ausschreibungspflicht fallen würden. **Vielmehr ist das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands in aller Regel danach zu prüfen, ob die konkrete Konstellation zwischen den Kooperationspartnern unter eine der anerkannten Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht fällt.**

4.4.1.2.1 Ausnahme für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen

4.4.1.2.1.1 Tatbestandsvoraussetzungen § 100 Abs. 4 Nr. 2 GWB

Sofern eine Kooperation Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen zum Gegenstand hat, besteht die Möglichkeit, dass eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts gemäß § 100 Abs. 4 Nr. 2 GWB vorliegt. Die Ausnahmegesetzvorschrift gilt jedoch nicht, wenn die Ergebnisse dieser Dienstleistungen ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit werden und die Dienstleistung vollständig durch den Auftraggeber vergütet wird. In einem solchen Fall sind die Normen des GWB-Vergaberechts anzuwenden.

Die Ausnahmegesetzvorschrift für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen beruht u. a. auf Art. 16 Buchst. f) der Richtlinie 2004/18/EG. Im Erwägungsgrund 23 der Richtlinie 2004/18/EG wird diesbezüglich unter Verweis auf Art. 179 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) erläutert, dass zu den Zielsetzungen der Union die Stärkung der wissenschaftlichen und technischen Grundlagen der gemeinschaftlichen Industrie gehört. Diese soll durch die Öffnung der öffentlichen Dienstleistungsmärkte verfolgt werden, weshalb die öffentliche Mitfinanzierung von Forschungs- und Entwicklungsprogrammen vom Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts auszunehmen ist.

Die Begriffe Forschung und Entwicklung sind weder in der Richtlinie 2004/18/EG noch im AEUV definiert. Nach Art. 1 Nr. 27 der Richtlinie 2009/81/EG¹²⁹ umfasst „Forschung und Entwicklung“ alle Tätigkeiten, die Grundlagenforschung, angewandte Forschung und experimentelle Entwicklung beinhalten, wobei letztere die Herstellung von technologischen Demonstrationssystemen, d. h. von Vorrichtungen zur Demonstration der Leistungen eines neuen Konzepts oder einer neuen Technologie in einem relevanten oder repräsentativen Umfeld einschließen kann. Reine Entwicklungsdienstleistungen, z. B. hinsichtlich der Weiterentwicklung einer bestimmten Software, ohne Bezug zu staatlicher Forschungsförderung sind davon wohl nicht erfasst.¹³⁰ Zur Bejahung der Ausnahmegesetzvorschrift reicht nach der Rechtsprechung, die sich für eine restriktive Auslegung der Vorschrift ausspricht, ein wie auch immer gearteter Nutzen für die Allgemeinheit nicht aus.

¹²⁹ Richtlinie vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG.

¹³⁰ Vgl. Antweiler in: Ziekow/ Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 100, Rn. 25; Dippel in: Hattig/ Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 2. Aufl. 2014, § 100, Rn. 51.

Dieser würde bei öffentlicher Auftragsforschung kaum je verneint werden können. Lediglich reflexartige Begünstigungen der Allgemeinheit nehmen dem Forschungsergebnis nicht die alleinige Zuordnung zur Eigentumssphäre des Auftraggebers und die Bestimmung zur Nutzung durch dessen eigene Behörden, wenn dieser sich ein ausschließliches Nutzungsrecht einräumt lässt.¹³¹

4.4.1.2.1.2 Einschätzung der Praxisrelevanz für vertragliche IT-Kooperationen

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist bei einer IT-Kooperation mit einem wesentlichen Forschungs- und Entwicklungswirkungsbestandteil zu prüfen, ob eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts vorliegt. **Das könnte vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen dann der Fall sein, wenn die Ergebnisse der Forschung und Entwicklung nicht ausschließlich im Eigentum des oder der Auftraggeber stehen, sondern ein direkter Nutzen der Neuentwicklung für die Allgemeinheit vorliegt und der Allgemeinheit auch ein tatsächliches Nutzungsrecht im Sinne eines Rechts auf Verwertung eingeräumt wird.**

In der Praxis dürfte der Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Bereichsausnahme für Forschungs- und Entwicklungsleistungen in Bezug auf IT-Kooperationen der öffentlichen Hand eher begrenzt sein.

4.4.1.2.2 In-house-Ausnahme

Für IT-Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften und mit ihnen verbundenen öffentlichen Stellen oder Unternehmen kommt grundsätzlich die in der vergaberechtlichen Rechtsprechung des EuGH¹³² entwickelte Ausnahme der ausschreibungsfreien In-house-Vergabe in Betracht. Der In-house-Ausnahme liegt der Gedanke zugrunde, dass es öffentlichen Auftraggebern ebenso wie privaten Marktteilnehmern frei steht, sich zur Deckung ihres Bedarfs an Dritte zu wenden oder aber die Leistung mit eigenen Mitteln selbst zu erbringen. Sofern sie sich dafür entscheiden, die Leistungen selbst zu erbringen oder durch ihnen angeschlossene bzw. kontrollierte Stellen erbringen zu lassen, liegt aus vergaberechtlicher Sicht grundsätzlich eine Eigenleistung ohne Bezug zum Markt vor. Mangels Marktbezug der Leistungsbeschaffung sind entsprechende Konstruktionen nach den Grundsätzen des In-house-Geschäfts vom Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien und des GWB-Vergaberechts ausgenommen.

Nach den von der Rechtsprechung des EuGH auf der Grundlage der EU-Vergaberichtlinie 2004/18/EG sowie deren Vorgängerrichtlinie 93/36/EWG entwickelten Grundsätzen, die auch von der deutschen Vergaberechtsprechung angewendet werden, liegt ein vergaberechtsfreies In-house-Geschäft dann vor, wenn die folgenden Bedingungen kumulativ vorliegen:

¹³¹ BayObLG, Beschl. v. 27.02.2003 - Verg 25/02.

¹³² Vgl. EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – Rs. C-196/08, „Acoset“; BGH, Beschl. v. 03.07.2008 - I ZR 145/05; KG Berlin, Beschl. v. 19.04.2012 - Verg 7/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.03.2011 - VII-Verg 48/10.

- Zum einen muss der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen eine ähnliche Kontrolle über den Auftragnehmer ausüben wie über seine eigenen Dienststellen.
- Zum zweiten muss der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften verrichten, die seine Anteile innehaben.¹³³

4.4.1.2.2.1 Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle

Bei der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft, die den Zuschlag erhält, eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung muss zu dem Ergebnis führen, dass die den Zuschlag erhaltende Gesellschaft einer Kontrolle unterliegt, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf ihre Entscheidungen einzuwirken. Hierbei muss die Möglichkeit gegeben sein, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.

Möglich ist auch, dass mehrere öffentliche Auftraggeber insgesamt die Anteile an der Gesellschaft halten, wenn auch in unterschiedlicher Höhe. Auch dieser Fall der gemeinsamen Kontrolle erfüllt das Kontrollkriterium. Der Umstand, dass ein öffentlicher Auftraggeber zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Grundkapital einer den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft hält, deutet darauf hin – ohne entscheidend zu sein –, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt.¹³⁴

Allerdings kann auch bei einer 100-Prozent-Tochtergesellschaft das Merkmal der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle zu verneinen sein, wenn es sich bei der beherrschten Gesellschaft beispielsweise um eine Aktiengesellschaft handelt und die Geschäftsführung beträchtliche Vollmachten zur Erledigung auch wichtiger Geschäfte hat, die praktisch ohne Kontrolle durch die Anteilseigner ausgeübt werden können.¹³⁵

Nach derzeitiger Rechtslage schließt eine – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.¹³⁶

Nach der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU, in der die In-house-Ausnahme erstmals ausdrücklich normiert wird, ist grundsätzlich von der Fortgeltung der bisher von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien an die „*ähnliche Kontrolle wie über eine eigene*

¹³³ Vgl. EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – Rs. C-196/08, „Acosef“; BGH, Beschl. v. 03.07.2008 - I ZR 145/05; KG Berlin, Beschl. v. 19.04.2012 - Verg 7/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.03.2011 - VII-Verg 48/10.

¹³⁴ EuGH, Urt. v. 10.09.2009 – Rs. C-573/07, „Se.T.Co“.

¹³⁵ EuGH, Urt. v. 11.05.2006 – Rs. C-340/04, „Carbotermo“.

¹³⁶ EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – Rs. C-196/08, „Acosef“.

Dienststelle“ auszugehen. Gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 Richtlinie 2014/24/EU wird bei einem öffentlichen Auftraggeber davon ausgegangen, dass er über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Es reicht auch weiterhin aus, wenn die Kontrolle durch mehrere Auftraggeber gemeinsam ausgeübt wird (vgl. Art. 12 Abs. 3 Richtlinie 2014/24/EU).

Zudem wird ausdrücklich klargelegt, dass auch mittelbare Kontrolle über den Auftragnehmer ausreicht, sofern die Kontrolle durch eine andere juristische Person ausgeübt wird, die vom öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.

Hinsichtlich der Möglichkeit einer privaten Beteiligung an dem im Wege eines In-house-Geschäfts zu beauftragenden Unternehmen fordert die neue Richtlinie, dass keine „direkte private Kapitalbeteiligung“ bestehen dürfe, wobei für bestimmte gesetzlich vorgeschriebene Minderheitsbeteiligungen ohne Sperrminorität eine Ausnahme gemacht wird. Vergaberechtlich interessant im Sinne einer Rechtsfortbildung ist die ausdrückliche Festlegung auf „direkte“ private Kapitalbeteiligungen, die In-house-schädlich sein sollen. Daraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass eine private Kapitalbeteiligung am kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder den kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern die ausschreibungsfreie Vergabe öffentlicher Aufträge an die kontrollierte juristische Person nicht ausschließt. Vom Gemeinschaftsgesetzgeber ist das ausdrücklich so gewollt, da nach seinem Dafürhalten solche privaten Beteiligungen an den kontrollierenden Auftraggebern den Wettbewerb zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern nicht nachteilig beeinflussen.¹³⁷ Hinsichtlich der Auswirkungen der teilweise neuen Tatbestandsvoraussetzungen der In-house-Ausnahme in der Richtlinie 2014/24/EU auf die vergaberrechtliche Praxis in Deutschland bleibt die konkrete Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien durch den deutschen Gesetzgeber abzuwarten, die bis Frühjahr 2016 zu erfolgen hat.

4.4.1.2.2.2 Wesentlichkeitskriterium

Das zweite In-house-Kriterium fordert, dass das ausschreibungsfrei zu beauftragende Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber verrichtet. Nach aktueller Rechtslage gibt es keine ausdrückliche Regelung dazu, wann davon auszugehen ist, dass ein im Wege eines In-house-Geschäfts zu beauftragendes Unternehmen „im Wesentlichen“ für den Auftraggeber tätig ist. Der Rechtsprechung des EuGH folgend sollte das beauftragte Unternehmen mindestens zu 90 Prozent für den Auftraggeber tätig werden.¹³⁸ Konkrete Schwellenwerte wurden hierzu bislang jedoch noch nicht normiert.

¹³⁷ S. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/14/EU.

¹³⁸ EuGH, Urt. v. 19.04.2007, Rs. C-295/05, "Tragsa".

Nach Art. 12 Abs. 1 lit. b der neuen europäischen Vergaberichtlinie 2014/24/EU (die bis Frühjahr 2016 auch in Deutschland umzusetzen ist), ist zukünftig ausreichend, wenn mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person der Ausführung der Aufgaben dienen, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen betraut wurden. Diese Festlegung einer ausdrücklichen Prozentgrenze ist nicht nur im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen. Sie wird aller Voraussicht auch zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der In-house-Ausnahme führen, da in Zukunft auch öffentlich kontrollierte Gesellschaften, die bis zu 20 Prozent Fremdgeschäft am Markt erbringen, noch für die ausschreibungsfreie Beauftragung von In-house-Geschäften in Betracht kommen.

4.4.1.2.2.3 Einschätzung der Praxisrelevanz für vertragliche IT-Kooperationen

Auch wenn die In-house-Ausnahme wegen ihrer relativ klaren Tatbestandsvoraussetzungen grundsätzlich eine rechtssichere Variante für die ausschreibungsfreie Beschaffung von Leistungen ist und sich ihr Anwendungsbereich durch die Lockerung des Wesentlichkeitskriteriums zukünftig noch erweitern wird, ist fraglich, ob diese Ausnahmenvorschrift in der Praxis von vertraglichen IT-Kooperationen der öffentlichen Hand eine wesentliche Rolle spielen wird. In der Regel wird es bei den in Betracht genommenen Kooperationskonstellationen (Zusammenarbeit von verschiedenen Bundesländern bzw. von mehreren Kommunen) bereits am Vorliegen des Kontrollkriteriums fehlen. **Die Kooperationspartner werden regelmäßig auf einer Stufe – in einem horizontalen Verhältnis zueinander – stehen, sodass eine Kontrolle des einen Partners über den anderen ausscheidet.**

Bedeutung kann die In-house-Ausnahme insbesondere für institutionelle Kooperationen erlangen, bei denen beispielsweise mehrere Kommunen eine Dienstleistungsgesellschaft gründen und diese gemeinsam kontrollieren. Soweit der Dienstleister im Wesentlichen für die kontrollierenden Auftraggeberkommunen tätig wird, kommt eine ausschreibungsfreie Beauftragung auf der Grundlage der In-house-Ausnahme für alle kontrollierenden Kommunen in Betracht.¹³⁹ Institutionelle Kooperationen werden in diesem Gutachten jedoch nicht oder allenfalls am Rande betrachtet (s. dazu 1.2).

4.4.1.2.3 Interkommunale Kooperation bzw. horizontale Zusammenarbeit

Jenseits von In-house-Geschäften ist die interkommunale Kooperation bzw. die ausschreibungsfreie Zusammenarbeit zwischen mehreren öffentlichen Stellen (ohne Vorliegen einer In-house-Konstellation) eine in der Praxis wichtige Ausnahme vom Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien bzw. des GWB-Vergaberechts. Zur Vereinfachung der Begrifflichkeit und zur Klarstellung, dass diese Ausnahme nicht nur im kommunalen Bereich Anwendung findet, wird im Folgenden einheitlich von „horizontaler Zu-

¹³⁹ Bereits existierende Beispiele für vergleichbare institutionelle Kooperationen sind d-NRW (www.d-nrw.de) und dataport (www.dataport.de).

sammenarbeit“ bzw. „horizontaler Kooperation“ gesprochen (im Unterschied zur „vertikalen Zusammenarbeit“ bei In-house-Konstellationen). Während „vertikale Zusammenarbeit“ grundsätzlich dadurch gekennzeichnet ist, dass die auftraggebende Stelle den Auftragnehmer (z. B. eine 100-prozentige Tochtergesellschaft) kontrolliert, ist bei „horizontaler Zusammenarbeit“ wegen des Rechtsverhältnisses zwischen den Kooperationspartnern keine Kontrolle im Sinne der In-House-Kriterien (s. oben 4.4.1.2.2.1) möglich (z. B. ein Land kontrolliert kein anderes Land oder eine Kommune).

Wie das In-house-Geschäft ist die ausschreibungsfreie horizontale Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nach der derzeit geltenden Rechtslage nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Die geltenden Rahmenbedingungen für eine ausschreibungsfreie horizontale Kooperation wurden vom EuGH in seiner Rechtsprechung in den letzten Jahren entwickelt und geschärft. Die Voraussetzungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Es handelt sich um eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe,
- die Verträge werden ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater geschlossen,
- kein privater Dienstleistungserbringer wird besser gestellt als seine Wettbewerber und
- die vereinbarte Zusammenarbeit ist nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.¹⁴⁰

4.4.1.2.3.1 Allen beteiligten Auftraggebern obliegende öffentliche Aufgabe

Im Bereich der IT-Kooperation ist die ausschreibungsfreie horizontale Zusammenarbeit in der jüngeren Vergangenheit teilweise an dem Erfordernis der „Erledigung einer allen beteiligten Stellen obliegenden öffentlichen Aufgabe“ gescheitert.¹⁴¹

Der Begriff der gemeinsamen öffentlichen Aufgabe ist nicht legal definiert und ist auch nach den von der Rechtsprechung festgelegten Kriterien weiterhin nicht abschließend abgegrenzt.¹⁴² Der Begriff der "Aufgabe" bezieht sich danach auf die Zuständigkeiten, die staatlichen Einrichtungen aufgrund gesetzlicher Vorgaben zukommen. Dabei sei konkret auf die Zuständigkeit abzustellen, die die einzelne öffentliche Einrichtung kraft Gesetzes tatsächlich hat. Die gemeinsame Aufgabe müsse jedem Vertragspartner einer solchen

¹⁴⁰ EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Rs. C-159/11, „Lecce“, Rz. 34ff.; EuGH, Urt. v. 13.06.2013 – Rs. C-386/11, „Piepenbrock“.

¹⁴¹ EuGH, Urt. v. 08.05.2014, Rs. C-15/13, „Datenlotsen Informationssysteme“, Rz. 35; KG Berlin, Beschl. v. 16.09.2013 – Verg 4/13.

¹⁴² Vgl. dazu spezifisch aus kommunalrechtlicher Sicht auch Lange, Öffentlicher Zweck, öffentliches Interesse und Daseinsvorsorge als Schlüsselbegriffe des kommunalen Wirtschaftsrechts, in: NVwZ 2014, S. 616 ff. (620 f.).

Vereinbarung auch einzeln obliegen. Der einzelne Vertragspartner müsse zur Erfüllung dieser Aufgabe gesetzlich verpflichtet sein.¹⁴³ Das ist nach der Rechtsprechung nicht der Fall, wenn die beteiligten öffentlichen Stellen nicht zur gemeinsamen Erfüllung einer Aufgabe horizontal (kooperativ und „auf Augenhöhe“) zusammenarbeiten, sondern es sich eher um die Erfüllung von der einen Stelle obliegenden Aufgaben durch eine andere öffentliche Stelle im Vertikal-Verhältnis (Dienstleistung gegen Entgelt) handelt.¹⁴⁴

Konkret für Kooperationen im IT-Bereich wurde entschieden, dass die Entwicklung und Pflege von Software keine öffentliche Aufgabe des fraglichen Bundeslandes sei. Weder aus der Verfassung des Landes noch nach dem einfachen Recht des Landes oder des Bundes ergebe sich eine solche Aufgabe. Zwar wurde anerkannt, dass es für eine Landesverwaltung nützlich sei, wenn deren Aufgaben IT-gestützt unter Verwendung geeigneter Software durchgeführt wird. Aus diesem Umstand folge jedoch nicht, dass dem Land die Aufgabe rechtlich zugewiesen wäre, selbst eine bestimmte Software zu entwickeln.¹⁴⁵ Diese Entscheidung ist für IT-Kooperationen auf der Grundlage der Ausnahmegesetzgebung für interkommunale bzw. horizontale Kooperationen zunächst nicht hilfreich. Es ist jedoch fraglich, ob die Entscheidung des KG Berlin und die darin getroffene Einschätzung, Softwareentwicklung und -pflege stellen keine „öffentliche Aufgabe“ dar, die Gegenstand einer horizontalen Kooperation sein kann, als genereller Maßstab für vergleichbare IT-Kooperationen der öffentlichen Hand heranzuziehen ist. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass in der konkreten Fallkonstellation geplant war, dass ein Kooperationspartner die entwickelte Softwarelösung am Markt anbieten sollte, so dass neben der Frage der öffentlichen Aufgabe auch die weitere Voraussetzung fehlte, dass die vereinbarte Zusammenarbeit nach der Rechtsprechung des EuGH nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt sein darf, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Bei diesem Aspekt handelt es sich zwar um einen anderen Prüfungsschritt, der vom Kammergericht auch so behandelt wurde. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass der Marktbezug der Kooperation aus Sicht des Gerichts die gesamte Konstellation gewissermaßen infiziert hat.

Fraglich könnte zudem sein, ob die durch das KG Berlin vorgenommene Bewertung dass die Pflege und Entwicklung von Software keine öffentliche Aufgabe sei, vor dem Hintergrund von Art. 91c GG auch anders ausfallen kann. Gemäß Art. 91c Abs. 1 GG können Bund und Länder bei der Planung, der Errichtung und dem Betrieb der für ihre Aufgabenerfüllung benötigten informationstechnischen Systeme (Hardware und Software) zusammenwirken. Dabei ist davon auszugehen, dass Art. 91c GG voraussetzt, dass sowohl die

¹⁴³ VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 31.01.2012 - 1 VK 66/11; VK Münster, Beschl. v. 22.07.2011 - VK 07/11.

¹⁴⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.11.2013 - Verg 39/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.11.2012 - VII-Verg 69/11.

¹⁴⁵ KG Berlin, Beschl. v. 16.09.2013 - Verg 4/13 (inhaltlich ging es um die Entwicklung und Pflege einer Software, welche der Unterstützung der öffentlichen Verwaltung im Bereich der Jugendhilfe dienen sollte).

„Planung, Errichtung und der Betrieb informationstechnischer Systeme“ als auch das Zusammenwirken in diesem Bereich öffentliche Aufgaben von jeweils Bund und den Ländern sind. Anderenfalls würde es keinen Sinn machen, das diesbezügliche Zusammenwirken verfassungsrechtlich zu regeln. Sinn und Zweck des Art. 91c GG ist es jedenfalls, die auf Informationstechnik basierte Staatsreform zu fördern.¹⁴⁶ Damit kommt auch die Überzeugung des Verfassungsgebers zum Ausdruck, dass das in diesem Zusammenhang stehende Verwaltungshandeln als die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe anzusehen ist.

Es ist zudem zweifelhaft, ob die Beschaffung etc. von Software durch Eingehen einer Kooperation bereits deswegen von vornherein als Wahrnehmung einer „öffentlichen Aufgabe“ ausscheidet, weil sie nur „Mittel zur Aufgabe/ zum Zweck“ und nicht als „selbständige Aufgabe/ Selbstzweck“ erscheint. Gerade am Beispiel von IT zeigt sich doch, wie wenig die öffentliche Aufgabe bzw. das Verwaltungshandeln und die dafür eingesetzten Mittel trennscharf voneinander abzugrenzen sind. Der Einsatz einer Software steuert und prägt die Aufgabenerfüllung selbst, lässt IT also nicht nur ein neutrales Hilfsmittel zur Aufgabenerfüllung sein. Vor diesem Hintergrund verbleiben zwar angesichts der Rechtsprechung des KG Berlin Unsicherheiten.¹⁴⁷ Es erscheint jedoch zumindest vertretbar, die Planung, Errichtung und den Betrieb von bei der Aufgabenerfüllung benötigten informationstechnischen Systemen als öffentliche Aufgabe anzusehen, die im Rahmen einer horizontalen Kooperation gemeinsam erfüllt werden kann.

4.4.1.2.3.2 Neue EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU

Gegebenenfalls ist auf der Grundlage der neuen EU-Vergaberichtlinie eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen ohne Vorliegen einer In-house-Konstellation („horizontale Zusammenarbeit“) auf breiterer Basis möglich. Die neue Vergaberichtlinie 2014/24/EU ist bis Frühjahr 2016 in deutsches Recht umzusetzen. Nach Art. 12 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU sind horizontale öffentlich-öffentliche Kooperationen unter folgenden Voraussetzungen ausschreibungsfrei möglich:

- Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,

¹⁴⁶ Vgl. M. Schallbruch/ M. Städler, Neuregelung der Bund-Länder-Zusammenarbeit bei der IT durch Art. 91c, in: CR 2009, S. 619 ff. (620); U. Schliesky, Art. 91c GG als archimedischer Punkt staatlicher Informationsverarbeitung und Wissensgenerierung im Bundesstaat, in: ZSE 2013, S. 281 ff. (282 ff. u. 288 ff.); W. Hoffmann-Riem, Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, in: JZ 2014, S. 53 ff. (58); siehe ausführlich und mit weiteren Nachweisen E. Richter, A. Schmehl und I. Spiecker gen. Döhmann, Die Funktionen des IT-Planungsrats bei normgebenden Verfahren auf dem Gebiet von IT und E-Government, abrufbar unter www.it-planungsrat.de, S. 9 ff. (2.1).

¹⁴⁷ Siehe dazu auch das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./Büsing, Müffelmann & Theye), S. 48 f.

- die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und
- die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 Prozent der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

Die neue Vergaberichtlinie enthält damit weiterhin die Anforderung, dass „von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen“ Gegenstand der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern sein müssen. Allerdings ist Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU zu entnehmen, dass der Bereich der Zusammenarbeit gegebenenfalls in Zukunft weiter gezogen werden kann als bisher. Dort heißt es:

“Die öffentlichen Auftraggeber sollten auch beschließen können, ihre öffentlichen Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen, ohne zur Einhaltung einer bestimmten Rechtsform verpflichtet zu sein. Diese Zusammenarbeit könnte alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den teilnehmenden Stellen zugeteilt 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.“

Der Vergleich dieser vergleichsweise weiten Formulierung im Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU mit der restriktiven Haltung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH sowie der deutschen Nachprüfungsinstanzen lässt es zumindest möglich erscheinen, dass der Anwendungsbereich von horizontalen Kooperationen nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers zukünftig breiter sein soll. Auch der neuen Anforderung in Art. 12 Abs. 4 Buchst. c Richtlinie 2014/24/EU, wonach die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 Prozent der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen, lässt sich entnehmen, dass der europäische Gesetzgeber es für praktikabler hält, die vergaberechtliche Privilegierung einer Kooperation zukünftig eher durch den fehlenden bzw. geringfügigen Marktbezug der Kooperation als durch die enge Fassung des Begriffs „gemeinsame öffentliche Aufgabe“ zu rechtfertigen. Insofern ließe sich aus heutiger Sicht – je nach konkretem Kooperationsgegenstand – wohl argumentieren, dass die Erbringung von IT-Entwicklungs- und Pflegedienstleistungen innerhalb einer horizontalen Kooperation Tätigkeiten zum Gegenstand hat, die in Verbindung mit der Ausführung von Dienstleistungen stehen, die gesetzliche oder freiwillige Aufgaben der Gebietskörperschaften betreffen.

Nach der neuen Vergaberichtlinie ist es auch ausdrücklich nicht erforderlich, dass sämtliche Vertragsparteien vertragliche Hauptleistungen erfüllen. Notwendig ist lediglich, dass

sich alle Vertragsparteien verpflichten, einen Beitrag zur gemeinsamen Erbringung der Dienstleistung zu leisten.¹⁴⁸

4.4.1.2.3.3 Einschätzung der Praxisrelevanz für vertragliche IT-Kooperationen

Vor dem Hintergrund der aktuellen restriktiven Rechtsprechung ist nach derzeitiger Rechtslage im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob sich eine IT-Kooperation mit Erfolg auf den vergaberechtlichen Ausnahmetatbestand der horizontalen Zusammenarbeit berufen kann. Das erscheint jedoch insbesondere dann nicht ausgeschlossen, wenn die horizontale

IT-Zusammenarbeit einen Bereich betrifft, der unmittelbar Verwaltungshandeln und die gemeinsame Ausführung von gesetzlichen bzw. öffentlichen Aufgaben der beteiligten Einrichtungen zum Gegenstand hat. Dabei kann ggf. auch mit der verfassungsrechtlich in Art. 91c GG normierten Möglichkeit zur IT-Kooperation bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben argumentiert werden. **Darüber hinaus könnte für konkret zu bestimmende Einzelfälle, etwa aus dem Bereich der Standardsetzung, in Erwägung gezogen werden, inwieweit durch Beschlussfassung des IT-Planungsrats hinsichtlich der Durchführung von Kooperationen deren Charakter als öffentliche Aufgabe hervorgehoben und geschärft werden könnte.**

Durch die Kodifizierung des Ausnahmetatbestands für die horizontale Zusammenarbeit in der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU und die Einführung des „20 Prozent“-Tatbestandsmerkmals ist grundsätzlich von einem breiteren Anwendungsbereich der Ausnahmevorschrift auszugehen. Ob bzw. in welchem Umfang die Regelungen der neuen Richtlinie 2014/24/EU zur horizontalen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit (interkommunale Kooperation) vermehrt im Rahmen von zukünftigen IT-Kooperationen der öffentlichen Hand einschlägig sein werden, hängt auch von der – zurzeit in der Vorbereitung befindlichen – Umsetzung ins deutsche Recht sowie ggf. weiteren Konkretisierungen der Rechtsprechung ab und muss im Einzelfall geprüft werden.

4.4.1.2.4 Nur ein Anbieter – Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

Für bestimmte Konstellationen, die auch bei IT-Kooperationen auftreten können, kann sich die Situation aus Sicht des beschaffenden öffentlichen Auftraggebers bzw. der Kooperationspartner so darstellen, dass die nachgefragte Leistung außer von einem Anbieter (dem Kooperationspartner) nicht auf dem Markt angeboten wird. In diesem Fall erscheint die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens mangels ausreichenden Angebots auf dem Markt nicht möglich.

4.4.1.2.4.1 Tatbestandsvoraussetzungen § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A

Für eine solche Situation sieht die EG VOL/A einen Ausnahmetatbestand von der Pflicht zur Bekanntmachung und Ausschreibung vor. Gemäß § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A kann ein Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und Bekanntmachung

¹⁴⁸ Vgl. Erwägungsgrund 33, Unterabs. 3 Richtlinie 2014/24/EU.

(d. h. freihändig) vergeben werden, wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten (z. B. Patent-, Urheberrecht) nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann. In der Praxis sind die Anforderungen für das Vorliegen des Ausnahmetatbestands sehr hoch: Voraussetzung für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A ist nicht nur, dass ein Ausschließlichkeitsrecht besteht. Die Norm fordert als eng auszulegender Ausnahmetatbestand, dass aufgrund des Ausschließlichkeitsrechts oder der technischen Besonderheiten nur ein einziges Unternehmen in der gesamten EU den fraglichen Auftrag durchführen kann.¹⁴⁹ Die Bestimmung des § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A meint nach der aktuellen Rechtsprechung mit dem Tatbestandsmerkmal "*wenn (...) der Auftrag nur von einem Unternehmen durchgeführt werden kann*" nämlich nur, ob es generell auch noch andere Unternehmen gibt, welche die Leistung grundsätzlich anbieten. Nicht dagegen komme es darauf an, ob diese anderen Unternehmen auch tatsächlich lieferfähig sind. Diese Frage bleibt der Eignungsprüfung im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vorbehalten.¹⁵⁰ Nur ein Unternehmen darf in der Lage sein, den Auftrag durchzuführen. Das Unternehmen muss gleichsam Monopolist für die Erbringung der nachgefragten Leistung sein. Nur ein bestimmter Lieferant darf also in technischer Hinsicht die zur Auftragsausführung erforderliche besondere Befähigung oder die geeignete Ausstattung besitzen. Der Auftrag muss mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sein, die einer fachlich ungewöhnlichen Lösung bedürfen.

Diese Voraussetzung liegt nicht vor, wenn ein Lieferant sich die erforderlichen besonderen Fähigkeiten oder Ausstattungen bis zur Ausschreibung bzw. zum Zuschlagstermin aneignen bzw. erwerben kann. Berücksichtigt und geprüft werden muss auch, ob eventuell ein ausreichender Zeitraum für neue Entwicklung vorhanden ist.¹⁵¹

Entscheidet sich ein öffentlicher Auftraggeber dafür, bei der durchzuführenden Beschaffung auf vorhandenen Lizenzen „aufzubauen“, rechtfertigt dies nach der Rechtsprechung nicht, andere Unternehmen unter Berufung auf die Ausnahmvorschrift des § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A vom Wettbewerb auszuschließen. Unterschieden werden müssen zwei Fallkonstellationen: die von § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A gedeckte, wonach es aufgrund objektiver Faktoren tatsächlich nur einen Anbieter gibt, und die zweite, wonach der Auftraggeber sich – aus welchen Gründen auch immer – aus mehreren Anbietern einer technischen Lösung für ein bestimmtes Unternehmen und seine Produkte entscheidet. Der zweite Fall kann nicht zur Begründung dienen, dass kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt wird. Der Auftraggeber hat vielmehr die Möglichkeit, das zu beschaffende Produkt anhand seiner Zuschlagskriterien im Wettbewerb zu ermitteln. Diese Situation rechtfertigt nicht die Anwendung der grundsätzlich eng auszulegenden Ausnahmvorschrift des § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A. Der Ausnahmetatbestand kann aber zur Anwendung kommen,

¹⁴⁹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.07.2010 - 15 Verg 6/10; VK Bund, Beschl. v. 03.09.2009 - VK 1 - 155/09.

¹⁵⁰ VK Bund, Beschl. v. 24.07.2013 - VK 3 - 62/13.

¹⁵¹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.07.2010 - 15 Verg 6/10.

wenn Programme mit Schnittstellen zu einer vorhandenen Software nur von dem Inhaber der Ausschließlichkeitsrechte an der vorhandenen Software beschafft werden können bzw. wenn die Andockung der neuen Software an eine vorhandene nur unter Eingriff in die Programmstruktur und unter Verletzung von Urheberrechten möglich ist.¹⁵² Ansonsten wird in der Regel die Forderung der Kompatibilität mit der Bestandslösung die mildere – und damit allein zulässige – Verfahrensgestaltung sein.

4.4.1.2.4.2 Einschätzung der Praxisrelevanz für vertragliche IT-Kooperationen

Der Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands, wonach ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden darf und damit faktisch freihändig vergeben werden kann, ist in der Praxis generell sehr begrenzt.

Dennoch ist der Fall vorstellbar, dass ein öffentlicher Auftraggeber eine Softwarelösung sucht, die nur von einer anderen öffentlichen Stelle beschafft werden kann (z. B. Eigenentwicklung der entsprechenden Stelle). **Auch in diesem Fall muss sich der beschaffende Auftraggeber ggf. mit den vorgenannten engen Anforderungen der Rechtsprechung auseinandersetzen und jedenfalls sorgfältig prüfen, ob tatsächlich auf dem europäischen Markt kein anderer Anbieter in der Lage ist, die Leistung zu erbringen.**

4.4.1.3 Erlangung von vergaberechtlicher Rechtssicherheit

Es ist davon auszugehen, dass bei einigen Kooperationen, die öffentliche Auftraggeber im Sinne des GWB-Vergaberechts eingehen wollen, nicht abschließend rechtssicher festzustellen sein wird, ob ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen ist oder ob ggf. ein Ausnahmetatbestand vom Anwendungsbereich des Vergaberechts vorliegt, der die Eingehung einer Kooperation bzw. die Beschaffung einer Leistung ohne vorhergehende Ausschreibung ermöglicht.

Die verbleibende Rechtsunsicherheit könnte zu einem maßgeblichen Hinderungsgrund für das Eingehen von Kooperationen werden. Dieses Ergebnis wäre vor dem Hintergrund der mit einer Kooperation ggf. verbundenen (Effizienz-)Vorteile nicht wünschenswert. Insofern sollten folgende Erwägungen zur Erhöhung der vergaberechtlichen Rechtssicherheit in solchen Fällen angestellt werden.

Mit Einführung der sog. Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG¹⁵³ und deren Umsetzung in deutsches Recht wurde u. a. geregelt, dass ein Vertrag von Anfang an unwirksam ist, wenn der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an einen Dritten erteilt hat, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies auf-

¹⁵² VK Hessen, Beschl. v. 27.04.2007 - 69 d VK - 11/2007.

¹⁵³ Richtlinie 2007/66/EG v. 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge.

grund Gesetzes gestattet ist (§ 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB). Diese Regelung will ermöglichen, dass ein vergaberechtswidrig erteilter Auftrag noch nachträglich im Wege eines Nachprüfungsverfahrens angegriffen werden kann und der Auftrag so einem geordneten Vergabeverfahren zugeführt werden kann.¹⁵⁴

Im Gegenzug zu dieser grundsätzlichen Verschärfung der vergaberechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten wurde geregelt, dass die Unwirksamkeit eines vergaberechtswidrig vergebenen Auftrags nur im Nachprüfungsverfahren festgestellt werden kann, wenn sie von einem Dritten innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist. Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union (§ 101b Abs. 2 GWB). Sinn und Zweck des § 101b Abs. 2 GWB ist es, dass nach Ablauf der dortigen Fristen die Wirksamkeit der Verträge nicht mehr aus vergaberechtlichen Gründen in Frage gestellt werden können soll. Nach Ablauf der Fristen soll für Rechtssicherheit gesorgt werden, indem ein vergaberechtliches Vorgehen gegen bereits abgeschlossene Verträge nach Ablauf dieser Zeit untersagt wird, so dass die Verträge wirksam sind.¹⁵⁵

Vor diesem Hintergrund könnten öffentliche Auftraggeber bezüglich des Eingehens einer Kooperation in vergaberechtlicher Hinsicht Rechtssicherheit erlangen, in dem sie den Abschluss des Vertrags im Amtsblatt der Europäischen Union ordnungsgemäß bekannt machen und den Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren objektiv begründen.¹⁵⁶

4.4.1.4 Kündigungsmöglichkeit für die Kooperation aus vergaberechtlichen Gründen

Auch nach der Erlangung von vergaberechtlicher Rechtssicherheit in Bezug auf die Nichtanfechtbarkeit einer abgeschlossenen Kooperationsvereinbarung vor den deutschen Nachprüfungsinstanzen (s. oben 4.4.1.3) könnte in einem Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH festgestellt werden, dass der Abschluss einer Kooperationsvereinbarung vergaberechtswidrig erfolgt ist. Vor diesem Hintergrund kann zur Offenhaltung der in einem solchen Fall notwendig werdenden Herstellung eines vergaberechtskonformen Zustandes in Betracht gezogen werden, in der Kooperationsvereinbarung eine Kündigungsmöglichkeit für den Fall eines festgestellten Verstoßes gegen das EU-Vergaberecht vorzusehen. Sofern der EuGH im Nachhinein zu dem Schluss kommen sollte, dass der Abschluss der Kooperationsvereinbarung nicht vergaberechtskonform erfolgt ist, kann eine entsprechende Regelung hilfreich sein, um einen anhaltenden Vergaberechtsverstoß zu

¹⁵⁴ BGH, Beschl. v. 18.06.2012 - X ZB 9/11.

¹⁵⁵ OLG München, Beschl. v. 19.07.2012 - Verg 8/12.

¹⁵⁶ Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.09.2013 - 11 Verg 12/13.

beenden. **Nach Kündigung der Ursprungsvereinbarung kann dann, ggf. nach Durchführung eines Vergabeverfahrens, eine vergaberechtskonforme Konstruktion installiert werden.**

Nach derzeitiger Rechtslage ist eine entsprechende Kündigungsregelung nicht verpflichtend; wohl aber nach der neuen EU-Vergaberichtlinie. Nach Art. 73 Richtlinie 2014/24/EU ist bei der Umsetzung in deutsches Recht vorzusehen, dass öffentliche Auftraggeber u. a. über die Möglichkeit verfügen, einen öffentlichen Auftrag während seiner Laufzeit zu kündigen, wenn der Auftrag aufgrund einer schweren Verletzung der Anforderungen des EU-Vergaberechts, die der Gerichtshof der Europäischen Union in einem Verfahren nach Artikel 258 AEUV (Vertragsverletzungsverfahren) festgestellt hat, nicht an den Auftragnehmer hätte vergeben werden dürfen.

4.4.2 Vergaberechtliche Besonderheiten verschiedener Kooperationsoptionen

Vor dem Hintergrund der dargestellten vergaberechtlichen Rahmenbedingungen für Kooperationen öffentlicher Einrichtungen eröffnen sich den Kooperationspartnern verschiedene Optionen zur vergaberechtskonformen Ausgestaltung der Kooperation. Im Folgenden sollen die vergaberechtlichen Besonderheiten von in der Praxis regelmäßig auftretenden Konstellationen im Zusammenhang mit der Eingehung von Kooperationen zwischen öffentlichen Auftraggebern betrachtet werden, nämlich:

- Eingehen oder Verlängerung der Kooperation als vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang (dazu 4.4.2.1),
- Vergabe- und kartellrechtliche Aspekte von Einkaufsgemeinschaften (dazu 4.4.2.2),
- Beitritt von Auftraggebern zu bestehenden Rahmenvereinbarungen (dazu 4.4.2.3),
- Eigenentwicklung innerhalb der Kooperation (dazu 4.4.2.4),
- Vergaberechtliche Aspekte von Betriebskooperationen (dazu 4.4.2.5).

4.4.2.1 Eingehen oder Verlängerung der Kooperation als vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang

Grundsätzlich ist die Vereinbarung einer Kooperation *an und für* sich mangels Beschaffungselement kein vergaberechtlich relevanter. Die Frage nach Ausschreibungspflichten stellt sich dann in der Regel erst auf der zweiten Stufe, nämlich dann, wenn die Kooperationspartner gemeinsam bestimmte Leistungen beschaffen wollen (s. dazu unten zu „Einkaufsgemeinschaften“ 4.4.2.2).

Allerdings kann auch bereits die Auswahl des Kooperationspartners – also das Eingehen der Kooperation *an und für sich* – einen ausschreibungspflichtigen Vorgang darstellen. Das kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn ein Kooperationspartner bereits Teile

der Leistung „mitbringt“ (oder nachträgliche entgeltliche Leistungen zwischen den Kooperationspartnern erbracht werden) und andere Teile der Leistung z. B. später gemeinsam beschafft werden sollen. Grundsätzlich sind die möglichen Leistungen durch einen Kooperationspartner bzgl. aller hier betrachteten Kooperationsgegenstände (Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege) als Liefer- bzw. Dienstleistungen anzusehen, für die vergaberechtlich das gleiche Regelwerk gilt. In aller Regel werden für Kooperationen mit Beschaffungsbezug und einem Auftragswert oberhalb der EU-Schwellenwerte die EG VOL/A (Vergabe- und Vertragsordnung Leistungen, Teil A) gelten.

Aus vergaberechtlicher Sicht macht es keinen Unterschied, ob eine Leistung entgeltlich von einem Kooperationspartner oder von einem Dritten beschafft wird. In beiden Fällen handelt es sich in aller Regel zunächst um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 GWB (entgeltliche Leistungsbeschaffung), der grundsätzlich ausschreibungspflichtig ist. **Sowohl bei einer Leistungsbeschaffung beim Kooperationspartner als auch beim Einkauf von Dritten ist jeweils zu prüfen, ob ggf. ein Ausnahmetatbestand für ein zulässiges Absehen von einer Ausschreibung vorliegt (z. B. In-house-Konstellation bei Beauftragung eines beherrschten rein öffentlichen Unternehmens oder „horizontale Kooperation“ bei gemeinsamer Aufgabenerbringung mit einem Kooperationspartner gegen Kostenersatz, s. oben 4.4.1.2.2 und 4.4.1.2.3).**

Die Zahlung eines „Eintrittsgelds“ eines neuen Kooperationspartners in eine bestehende Kooperation kann aus vergaberechtlicher Sicht als leistungsbezogene Zuwendung an die bestehenden Kooperationspartner bzw. einen von diesen beauftragten Dritten zu betrachten sein. Bei Zahlung eines „Eintrittsgelds“ für den Beitritt in eine bestehende Kooperation ist regelmäßig vom Vorliegen eines entgeltlichen öffentlichen Auftrags auszugehen. Das gilt insbesondere dann, wenn das „Eintrittsgeld“ als Gegenleistung für bereits erbrachte Leistungen der Kooperationspartner oder Dritter gezahlt wird. Wenn hingegen bestimmte Leistungen der Kooperationspartner bzw. von diesen bereits erworbene Software ausdrücklich unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird und das erhobene „Eintrittsgeld“ tatsächlich anderen – nicht beschaffungsbezogenen – Zwecken zugewiesen ist, kann die Entgeltlichkeit eines Kooperationsbeitritts und damit auch ein öffentlicher Auftrag im vergaberechtlichen Sinn zu verneinen sein. In diesem Zusammenhang ist jedoch auch darauf zu achten, dass sich die angestrebte Konstruktion bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung nicht als Umgehung vergaberechtlicher Vorschriften darstellt.¹⁵⁷

Für die vergaberechtliche Einordnung des Sachverhalts kommt es weiterhin grundsätzlich nicht darauf an, ob die Kooperationspartner für den fraglichen Kooperationsgegenstand erstmals zusammenwirken wollen oder ob es sich um einen Beitritt eines weiteren Kooperationspartners zu einer bestehenden Kooperation handelt. Insofern ist in beiden Fällen aus vergaberechtlicher Sicht die Frage entscheidend, ob durch den fraglichen Schritt ein entgeltlicher Bezug von Leistungen bewirkt wird, der als öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB anzusehen ist (vgl. oben 4.4.1.1.2).

¹⁵⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 - Verg 15/12.

Bei der Fortsetzung einer bereits bestehenden Kooperation über die ursprünglich geplante Laufzeit und Vorliegen eines Beschaffungsbezugs kann auch die reine Fortsetzung bzw. Verlängerung der ursprünglichen Vertragslaufzeit eine wesentliche Änderung der ursprünglichen Vereinbarung darstellen, die ggf. zu Neuausschreibungspflichten führt. Der Sachverhalt kann aber unter Umständen trotz Vorliegens eines Beschaffungsbezugs von einer Pflicht zur Neuausschreibung freigestellt sein, wenn es sich lediglich um eine unwesentliche Änderung der ursprünglichen Kooperationsvereinbarung handelt. Als Anhaltspunkt, wann eine Vertragsänderung wesentlich ist, kann neben der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH¹⁵⁸ auch Art. 72 der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU herangezogen werden, die bis Frühjahr 2016 in deutsches Recht umzusetzen ist.

4.4.2.2 Vergabe- und kartellrechtliche Aspekte von Einkaufsgemeinschaften

4.4.2.2.1 Vergaberechtliche Aspekte von Einkaufsgemeinschaften

Grundsätzlich ist die Eingehung einer Einkaufskooperation kein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang, da die Gründung der Einkaufskooperation als solche in der Regel keine Beschaffung von Leistungen zum Gegenstand hat. Die Frage nach Ausschreibungspflichten stellt sich in aller Regel erst, wenn die Einkaufskooperation, die selbst öffentlicher Auftraggeber ist,¹⁵⁹ sich gemeinsam Leistungen von Dritten (am Markt) beschaffen möchte oder aber wenn bereits die Kooperation darin besteht, dass ein Partner entgeltlich (einen Teil der insgesamt benötigten) Leistungen vom anderen Partner beschafft (s. oben 4.4.2.1).

Die Vereinbarung einer Kooperation zum Zweck des gemeinsamen Einkaufs und die Bündelung der Bedarfe mehrerer öffentlicher Auftraggeber in einem oder mehreren Vergabeverfahren ist vergaberechtlich grundsätzlich unbedenklich.¹⁶⁰ Hierbei kann auch ein Dritter das Vergabeverfahren durchführen und dabei ausdrücklich im Namen und auf Rechnung der Auftraggeber handeln. Er ist damit lediglich „Vergabestelle“ und wird nicht selbst Vertragspartner.¹⁶¹

Bei Kooperationen, die eine „gemeinsame Stelle“ (Vergabestelle, Projektbüro o.ä.) für die Abwicklung eines Vergabeverfahrens einrichten, ist gesondert zu beachten, dass sich die Vergabeentscheidung nur an den im Voraus bekanntgemachten Kriterien (Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, Leistungsbeschreibung, Anforderungen an die Angebote gemäß Vergabeunterlagen) orientieren darf. Um der Vergabestelle bei der Führung des

¹⁵⁸ EuGH, Urt. v. 29.04.2010 – Rs. C-160/08 „Kommission./Deutschland, Rz. 99ff; EuGH, Urt. v. 19.06.2008, Rs. C-454/06 „presstext Nachrichtenagentur“.

¹⁵⁹ Siehe bereits das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./Büsing, Müffelmann & Theye), S. 34 f.

¹⁶⁰ Siehe dazu auch das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./Büsing, Müffelmann & Theye), S. 37 f.

¹⁶¹ Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 30.10.2012 - 1 Verg 5/12.

vergaberechtskonformen Verfahrens einen gewissen Spielraum zu geben, können diesbezügliche Regelungen in der Kooperationsvereinbarung vorgesehen werden. Darüber hinaus sollte bestimmt werden, dass die Kooperationspartner vor Zuschlagserteilung den Vergabevorschlag der Vergabestelle auf ihre Richtigkeit bzw. auf Einhaltung der entsprechenden Verfahrensregeln einschließlich Dokumentation überprüfen können und somit in die Lage versetzt werden, die wesentlichen Entscheidungen im Vergabeverfahren selbst zu treffen.

Das Gebot der losweisen Vergabe, das sich zum Schutz mittelständischer Interessen aus § 97 Abs. 3 GWB ergibt, ist bei der Vergabe von Aufträgen durch eine Einkaufsgemeinschaft ebenso zu berücksichtigen¹⁶² wie bei der Vergabe eines Auftrags durch einen einzelnen öffentlichen Auftraggeber. Die Losbildung soll das Volumen der zu vergebenden einzelnen Aufträge verringern, damit nicht nur Großunternehmen in der Lage sind, Angebote abzugeben. Im Fall einer Bedarfsbündelung durch eine Einkaufsgemeinschaft ist das Gebot der losweisen Vergabe nicht mehr für die einzelnen Bedarfe der beteiligten öffentlichen Auftraggeber anzuwenden, sondern bezogen auf das Volumen aller „gebündelten“ Aufträge.¹⁶³

Für Kooperationen (Einkaufsgemeinschaften), die Leistungen von Dritten am Markt beschaffen wollen, gelten grundsätzlich die gleichen vergaberechtlichen Anforderungen, als wenn ein einzelner Auftraggeber den Beschaffungsbedarf umsetzen will. Bei Vorliegen eines entsprechenden Ausnahmetatbestands (z. B. interkommunale Kooperation) ist es prinzipiell auch möglich, einen bestimmten Bedarf innerhalb der Kooperation zu decken (d. h. ein Kooperationspartner erbringt Leistungen gegenüber dem/ den anderen) und andere Bedarfe am Markt einzukaufen. Solange die sonstigen Voraussetzungen der Ausnahmeregelung vorliegen (s. oben 4.4.1.2.3), ist es grundsätzlich auch möglich, dass die Leistungen zwischen den Kooperationspartnern so erbracht werden, dass nicht jeder die gleiche Leistung erbringen muss, sondern sich die Einzelleistungen der Partner im Sinne einer echten Kooperation ergänzen. Das Bestehen vergaberechtlicher Ausschreibungspflichten ist in jedem Einzelfall zu prüfen. Zudem ist fortlaufend zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer anfänglich zulässigerweise in Anspruch genommene Ausnahmeschrift auch später weiterhin vorliegen.

4.4.2.2 Kartellrechtliche Aspekte von Einkaufsgemeinschaften

Die Bündelung des Beschaffungsbedarfs mehrerer öffentlicher Auftraggeber unterfällt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich dem Kartellverbot des § 1 GWB, weil das Nachfrageverhalten abgestimmt und in einer (juristischen) Person

¹⁶² Siehe dazu auch das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 34 f.

¹⁶³ Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 30.10.2012 - 1 Verg 5/12.

gebündelt wird.¹⁶⁴ In Bezug auf die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts hat der EuGH entschieden, dass die notwendige Unternehmenseigenschaft einer öffentlichen Einkaufskooperation dann zu verneinen ist, wenn die erworbenen Güter oder Leistungen ausschließlich im Bereich der öffentlichen Hand verbleiben und Gemeinwohlzwecken dienen.¹⁶⁵

Die gemeinsame Beschaffung im Rahmen einer Einkaufskooperation kann nach deutschem Kartellrecht gemäß § 3 i.V.m. § 2 Abs. 1 GWB zulässig sein. Diese Vorschrift erlaubt kleinen und mittleren Unternehmen die Zusammenarbeit in Einkaufskooperationen, damit sie vergleichbare Einkaufskonditionen wie Großunternehmen erzielen können. Diese Bestimmung findet auch für Kommunen, Bundesländer und andere öffentliche Auftraggeber Anwendung, soweit sie als Nachfrager für bestimmte Waren oder Leistungen am Markt auftreten. Allerdings darf die Einkaufskooperation nicht ihrerseits eine so erhebliche Nachfragemacht entwickeln, dass der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird.¹⁶⁶

Für die kartellrechtliche Beurteilung von Einkaufskooperationen ist in der Praxis die durch die Nachfragebündelung entstehende Marktmacht ein wesentliches Kriterium. Wenn die an der Vereinbarung Beteiligten einen gemeinsamen Marktanteil von weniger als 15 Prozent sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch den Verkaufsmärkten halten, ist es nach den Leitlinien der EU-Kommission zur Anwendbarkeit von Art 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit unwahrscheinlich, dass eine bedenkliche Marktmacht vorhanden ist. Eine solche Einkaufskooperation fällt regelmäßig nicht unter § 1 GWB, jedenfalls sind bei einem Marktanteil von weniger als 15 Prozent die Voraussetzungen für eine Freistellung nach den §§ GWB § 2, GWB § 3 GWB wahrscheinlich.¹⁶⁷ Überschreitet ein Marktanteil diese Schwelle auf einem oder beiden Märkten, so heißt dies nicht automatisch, dass die Einkaufskooperation wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat. **Eine gemeinsame Einkaufsregelung, die nicht in diesen geschützten Bereich fällt, muss eingehend auf ihre Auswirkungen auf den Markt geprüft werden, unter anderem unter Berücksichtigung von Faktoren wie Marktkonzentration und mögliche Gegenmacht starker Anbieter.**

Im Allgemeinen ist es jedoch weniger wahrscheinlich, dass gemeinsame Einkaufsregelungen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, wenn die Parteien auf den

¹⁶⁴ BGH, Urt. v. 12.11.2002 - KZR 11/01.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 11.07.2006 - Rs. C-205/03 - „FENIN“.

¹⁶⁶ BGH, Urt. v. 12.11.2002 - KZR 11/01.

¹⁶⁷ vgl. Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit - 2011/C 11/01; Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, Stand: März 2007, Rz. 38ff.

Verkaufsmärkten nicht über Marktmacht verfügen.¹⁶⁸ Das dürfte bei Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand in der Regel der Fall sein, da diese oftmals nicht auf den Verkaufsmärkten auftreten.

4.4.2.3 Beitritt von Auftraggebern zu bestehenden Rahmenvereinbarungen

Für kooperationswillige öffentliche Auftraggeber kann es unter Umständen erstrebenswert sein, nachträglich einer bestehenden Rahmenvereinbarung einer oder mehrerer anderer öffentlicher Auftraggeber beizutreten, um so Leistungen unter dieser Rahmenvereinbarung abrufen zu können. Ein solcher nachträglicher Beitritt eines weiteren öffentlichen Auftraggebers ist jedoch aus vergaberechtlicher Sicht problematisch.

Bei einer Rahmenvereinbarung handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die dazu dient, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Mit Ausnahme angemessen begründeter Sonderfälle, in denen dies insbesondere aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt werden kann, darf die Laufzeit der Rahmenvereinbarung maximal vier Jahre betragen.¹⁶⁹

Mit Abschluss einer Rahmenvereinbarung werden regelmäßig noch keine konkreten Leistungspflichten begründet, jedoch ermöglicht die vergaberechtskonform abgeschlossene Rahmenvereinbarung anschließend die weitgehend formlose Beauftragung von Einzelleistungen und begründet eine auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehung. Mit Abschluss der Rahmenvereinbarung gilt der Zuschlag für die gesamte ausgeschriebene Leistung als erteilt, auch wenn noch keine konkreten Einzelaufträge erteilt sind und offen bleibt, ob die Vergabestelle Folgeleistungen überhaupt abrufen.¹⁷⁰ In Rahmenvereinbarungen werden Beschaffungsvorgänge gebündelt mit dem Ziel der Vereinfachung der Beschaffung durch die Verminderung des Ausschreibungsaufwands, aber auch mit dem Vorteil einer größeren Flexibilität.¹⁷¹ Rahmenvereinbarungen haben für öffentliche Auftraggeber den Vorteil, dass sie zu Beginn des Vergabeverfahrens bzw. zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht abschließend wissen müssen, in welchem Umfang sie während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen und bezahlen müssen.

¹⁶⁸ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit - 2011/C 11/01, Rz. 209.

¹⁶⁹ vgl. § 4 EG VOL/A, Art. 1 Abs. 5, Art. 32 Richtlinie 2004/18/EG sowie Art. 33 Richtlinie 2004/14/EU.

¹⁷⁰ Thüringer OLG, Beschl. v. 19.10.2010 - 9 Verg 5/10.

¹⁷¹ VK Thüringen, Beschl. v. 10.06.2011 - 250-4003.20-2151/2011-E-003-EF.

4.4.2.3.1 Rahmenvereinbarung als geschlossenes System

Während eine Rahmenvereinbarung in Bezug auf die abzurufenden Leistungen ein gewisses Maß an Flexibilität bietet, gilt dies nicht für die an einer Rahmenvereinbarung beteiligten Parteien. § 4 EG Abs. 2 VOL/A bestimmt ausdrücklich, dass die Erteilung von Einzelaufträgen auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung nur zulässig ist zwischen den Auftraggebern, die ihren voraussichtlichen Bedarf für das Vergabeverfahren gemeldet haben und den Unternehmen, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wurde.

Bei Rahmenvereinbarungen handelt es sich somit grundsätzlich um ein sog. geschlossenes System. Das ergibt sich auch aus Art. 32 Abs. 2 Satz 4 i. V. m. Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2004/18/EG sowie der Mitteilung der Europäischen Kommission zu Rahmenvereinbarungen. In der Mitteilung der Kommission heißt es ausdrücklich:

„Soll eine Rahmenvereinbarung von mehreren öffentlichen Auftraggebern verwendet werden, müssen diese mithin in der Bekanntmachung klar angegeben werden, [...]. Die Rahmenvereinbarungen sind ein geschlossenes System, zu dem niemand nachträglich Zutritt erhält, weder auf Seiten der Käufer noch auf Seiten der Lieferanten.“¹⁷²

Das bedeutet, dass der Abruf von Leistungen auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung vergaberechtlich nur durch die öffentlichen Auftraggeber zulässig ist, die von Anfang an an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind. **Ein späterer Eintritt in die Rahmenvereinbarung auf Auftraggeber- oder Auftragnehmerseite ist damit nicht ohne erneute Ausschreibung zulässig.**

Auch die neue Vergaberichtlinie 2014/24/EU enthält eine Regelung in Art. 33 Abs. 2 Unterabs. 2, die weiterhin an dem Prinzip der Rahmenvereinbarung als geschlossenem System festhält. Insofern ist auch durch die anstehende Vergaberechtsreform keine Änderung der dargestellten Rechtslage zu erwarten.

4.4.2.3.2 Keine Einbeziehung von öffentlichen Auftraggebern über Öffnungsklausel

Die Vereinbarung einer Öffnungsklausel in der Rahmenvereinbarung zugunsten anderer öffentlicher Auftraggeber, die an der ursprünglichen Ausschreibung nicht beteiligt waren, besitzt zunächst keine vergaberechtliche, sondern lediglich eine schuldrechtliche Wirkung. Denn bei ihr handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 Abs. 1 BGB zwischen den bei der Ausschreibung beteiligten Auftraggebern und den Auftragnehmern. Die Öffnungsklausel der Rahmenvereinbarung wirkt deshalb lediglich im Rechtsverhältnis zwischen diesen Auftraggebern und den Auftragnehmern. Sie

¹⁷² Europäische Kommission, Erläuterungen - Rahmenvereinbarungen - Klassische Richtlinie, v. 14.07.2005, Dok. CC/2005/03, S. 5.

entbindet die übrigen öffentlichen Auftraggeber nicht von ihren vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten nach den §§ 97 ff. GWB und ermöglicht damit keine Erweiterung des Kreises der berechtigten Auftraggeber.

Anders kann die Lage zu beurteilen sein, wenn das nachträgliche Hinzutreten bestimmter benannter Auftraggeber bereits Gegenstand der ursprünglichen Rahmenvertragsausschreibung war und im Vertrag entsprechend geregelt ist. In diesem Fall erscheint ein ausschreibungsfreier nachträglicher Beitritt möglich.¹⁷³

4.4.2.4 Eigenentwicklung innerhalb der Kooperation

Eine praxisrelevante Konstellation zur Kooperation verschiedener öffentlicher Stellen ist die Vereinbarung einer Zusammenarbeit zwecks Eigenentwicklung einer bestimmten Softwareanwendung innerhalb der Kooperation, d. h. durch einen oder mehrere Kooperationspartner. Die vergaberechtliche Einordnung des Sachverhalts hängt auch in diesem Fall maßgeblich von der konkreten Ausgestaltung ab.

Im Grundsatz gilt zunächst, dass aus vergaberechtlicher Sicht kein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag vorliegt, wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber entscheidet, eine Leistung nicht am Markt von einem Dritten zu beschaffen, sondern mit eigenem Personal und eigenen Mitteln selbst zu erbringen. Eine vergaberechtliche Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, benötigte Leistungen nur am Markt zu vergeben, besteht nicht.¹⁷⁴ Auch die neue EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU führt in diesem Zusammenhang aus:

„Die Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge sollte öffentliche Stellen jedoch nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben auszuüben, indem sie ihre eigenen Mittel verwenden, wozu die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen gehört.“¹⁷⁵

Neben der Erbringung einer bestimmten Leistung mit eigenen Mitteln und mit eigenem Personal liegt eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts auch vor, wenn die fraglichen Leistungen durch eine vom öffentlichen Auftraggeber unterschiedliche juristische Person erbracht werden, aber die in der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für ein ausschreibungsfreies In-house-Geschäft oder eine ausschreibungsfreie horizontale Zusammenarbeit vorliegen (s. hierzu im Einzelnen 4.4.1.2.2 und 4.4.1.2.3).¹⁷⁶

¹⁷³ Siehe dazu bereits das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 50 f.

¹⁷⁴ Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 13.12.2001 - 1 Verg. 4/01.

¹⁷⁵ Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund 32.

¹⁷⁶ Siehe dazu auch das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 33 f.

Wenn mehrere öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer vertraglichen Kooperation zusammenwirken und innerhalb dieser Kooperation gemeinsam oder gegenseitig bestimmte Leistungen erbringen, sind vor dem Hintergrund der vorstehend genannten Grundsätze aus vergaberechtlicher Sicht insbesondere die nachfolgenden Aspekte zu betrachten.

4.4.2.4.1 Unentgeltlichkeit der Leistungserbringung

Sofern die Leistungserbringung innerhalb der Kooperation bzw. durch einzelne Kooperationspartner unentgeltlich erfolgt, fehlt es grundsätzlich an einem wesentlichen Tatbestandsmerkmal für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags im Sinne des § 99 GWB. Der Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts bzw. der EU-Vergaberichtlinien ist in diesem Fall nicht eröffnet.

Wie bereits erläutert (s. oben 4.4.1.1.2) ist der Begriff der „Entgeltlichkeit“ im vergaberechtlichen Sinne weit auszulegen und umfasst nicht nur Geldzahlungen des öffentlichen Auftraggebers, sondern grundsätzlich jede geldwerte Gegenleistung. Auch der reine Kostenersatz durch den Leistungsempfänger lässt grundsätzlich die Entgeltlichkeit einer Leistungsbeziehung nicht entfallen.

Bei Anwendung des Prinzips der allgemeinen Gegenseitigkeit nach Maßgabe der Kieler Beschlüsse durch die Kooperationspartner ohne weiteren Kostenersatz für die Erbringung von Leistungen oder Überlassung von Software ist davon auszugehen, dass es sich um eine unentgeltliche Leistungserbringung im vergaberechtlichen Sinne handelt.¹⁷⁷

Denn bei Anwendung des Prinzips der allgemeinen Gegenseitigkeit verpflichtet sich der Leistungsempfänger nicht konkret zu einer geldwerten Vergütung. Er hat lediglich abstrakt geregelt, in einer vergleichbaren Konstellation ggf. ebenfalls Softwareentwicklungen unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

4.4.2.4.2 Horizontale Kooperation

Eine vergaberechtsfreie Eigenentwicklung innerhalb einer Kooperation ist auch dann denkbar, wenn es sich zwar wegen einer Verpflichtung der Kooperationspartner zum Kostenersatz um ein entgeltliches Vertragsverhältnis handelt, jedoch die Voraussetzungen für eine ausschreibungsfreie horizontale Kooperation vorliegen (im Einzelnen s. dazu 4.4.1.2.3). Eine aus vergaberechtlicher Sicht maßgebliche Frage wird es dabei in der Regel sein, festzustellen, ob es sich bei der Kooperation um ein Zusammenwirken von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe handelt. Sofern das der Fall ist, ist bei der Ausgestaltung der Kooperation und der Überlassung von Leistungen an Kooperationspartner insbesondere auf folgende Parameter zu achten:

¹⁷⁷ Siehe dazu auch das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 57.

- Die an der Kooperation Beteiligten sind öffentliche Einrichtungen, die die fraglichen Leistungen nicht in nennenswertem Umfang am Markt anbieten.
- Ein Rückgriff auf einen Dritten ist nicht zulässig, da dieser Dritte gegenüber den übrigen auf demselben Markt tätigen Unternehmen begünstigt werden könnte.
- Um zu dokumentieren, dass die vereinbarte Zusammenarbeit nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, sollte zwischen den Kooperationspartnern nur ein Ersatz von tatsächlich anfallenden Kosten vereinbart werden.

Angesichts der anstehenden Vergaberechtsreform in Deutschland und den teilweise neuen Tatbestandsvoraussetzungen für eine zulässige horizontale Kooperation in der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU, ist die Entwicklung hier genau zu beobachten. Ggf. können sich durch die Neuregelungen weitere Spielräume und ein breiterer Anwendungsbereich für die horizontale Kooperation ergeben.

4.4.2.5 Vergaberechtliche Aspekte von Betriebskooperationen

Aus vergaberechtlicher Sicht ist die entgeltliche Erbringung von Softwarebetriebs- oder Pflegeleistungen grundsätzlich als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren, der bei Überschreitung der maßgeblichen Schwellenwerte nach dem GWB-Vergaberecht in einem europaweiten Vergabeverfahren zu vergeben ist.

Auch für die Erbringung von Betriebs- und Pflegeleistungen durch Kooperationspartner muss daher ein vergaberechtlicher Ausnahmetatbestand erfüllt sein, um ein Absehen von einer Ausschreibung zu rechtfertigen.

Reine Betriebskooperationen, in denen zum Beispiel eine Kommune mit einer anderen Kommune dergestalt zusammenarbeiten möchte, dass eine benötigte Fachsoftwareanwendung durch das Rechenzentrum einer anderen Kommune betrieben wird, stellt sich – sofern die Leistungserbringung durch die Kommune entgeltlich erfolgt – zunächst als öffentlicher Auftrag dar.

4.4.2.5.1 Kein In-house-Geschäft mangels Kontrolle

Mangels Kontrolle der einen Kommune über die andere ist eine ausschreibungsfreie Beauftragung auf der Grundlage der In-house-Ausnahme in aller Regel nicht möglich (vgl. zu den Anforderungen an die In-house-Ausnahme 4.4.1.2.2).

4.4.2.5.2 Horizontale Kooperation

Für eine ausschreibungsfreie horizontale Kooperation (zu den einzelnen Anforderungen s. 4.4.1.2.3) wäre sicherzustellen, dass der Betrieb der entsprechenden Software sich für beide/ alle Kooperationspartner als öffentliche Aufgabe darstellt.¹⁷⁸ Je nach konkretem

¹⁷⁸ Siehe dazu auch das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 55.

Kooperationsgebiet und Anwendungsbereich der Software lässt sich das unter Umständen entsprechend argumentieren. Bei der Abfassung einer entsprechenden Kooperationsvereinbarung wäre dann auch besonders darauf zu achten und zu dokumentieren, dass die vereinbarte Zusammenarbeit nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

Weiterhin wäre zur Inanspruchnahme der Ausnahmegesetzgebung eine Konstruktion erforderlich, in der sich alle Kooperationspartner dazu verpflichten, einen bestimmten Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten. Zwar müssen nicht alle Kooperationspartner wesentliche Leistungspflichten übernehmen, d. h. dass beispielsweise die Verpflichtung zur Erbringung der eigentlichen Betriebsleistung bei einem Kooperationspartner liegen kann. Dennoch ist zur Unterstreichungs des „kooperativen Konzepts“ und zur Abgrenzung von einem reinen vertikalen Auftragsverhältnis sicherzustellen, dass auch die Kooperationspartner, die keine wesentlichen Leistungspflichten übernehmen, einen bestimmten Beitrag (keine reine Entgeltleistung) zur Kooperation leisten, von dem auch der Hauptleistungserbringer in irgendeiner Weise profitiert. Zur Unterstreichungs des Kooperationscharakters in Abgrenzung zur Leistungsbeschaffung am Markt sollte weiterhin geregelt werden, dass die zu leistenden Beiträge der Kooperationspartner nicht über die Erstattung der tatsächlichen Kosten für die Erbringung der kooperationsgegenständlichen Leistungen hinaus gehen.¹⁷⁹ **Schließlich ist es für eine ausschreibungsfreie horizontale Kooperation notwendig, dass kein privater Dienstleistungserbringer durch die Kooperationsvereinbarung besser gestellt wird.** Das wäre zum Beispiel dann der Fall, wenn die Leistungserbringung innerhalb der Kooperation nicht durch eigenes Personal einer beteiligten Kommune erfolgt, sondern durch eine Tochtergesellschaft, die auch sonst ihre Leistungen am Markt im Wettbewerb mit anderen anbietet.

Wie bereits (s. 4.4.1.2.3) erläutert, ist angesichts der neuen Vorgaben aus der Richtlinie 2014/24/EU und der in diesem Zusammenhang anstehenden Vergaberechtsreform derzeit nicht absehbar, welche konkreten Anforderungen an die Ausgestaltung von ausschreibungsfreien horizontalen Kooperationen in Zukunft bestehen werden. Insofern ist eine sorgfältige Prüfung anhand der Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der aktuellen vergaberechtlichen Entwicklungen anzuraten.

4.4.2.5.3 Es gibt nur einen Anbieter für die Betriebsleistung

Aus der Sicht eines öffentlichen Auftraggebers als Nachfrager einer Betriebsleistung für eine bestimmte Fachsoftwareanwendung kann sich die Situation so darstellen, dass es nur einen möglichen Anbieter für die nachgefragte Leistung gibt.¹⁸⁰ In einem solchen Fall

¹⁷⁹ Vgl. EuGH, Ur. v. 09.06.2009 - Rs. C-480/06, „Stadtreinigung Hamburg“ Rz. 43.

¹⁸⁰ Siehe dazu auch das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 55 f.

ist es aus vergaberechtlicher Sicht gerechtfertigt, auf die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens mit europaweiter Bekanntmachung zu verzichten und den Auftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung an den einzigen vorhandenen Anbieter zu vergeben (§ 3 EG Abs. 3 lit. c VOL/A). Wie bereits erläutert (s. 4.4.1.2.4) werden die Tatbestandsvoraussetzungen für das Vorliegen des Ausnahmetatbestands von der Rechtsprechung jedoch sehr eng ausgelegt, so dass der jeweilige Auftraggeber genau zu prüfen hat, ob auf dem europäischen Markt tatsächlich nur ein Anbieter zur Verfügung steht.

4.4.3 Datenschutz- und IT-sicherheitsrechtliche Anforderungen

Neben dem Vergaberecht kann auch das Datenschutz- und IT-Sicherheitsrecht Aufgabe und Inhalt¹⁸¹ der hier in Rede stehenden Kooperationen prägen.¹⁸² Die Grundlagen bilden das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und die Datenschutzgesetze der Bundesländer. In der Praxis kann im Einzelfall, abhängig von der im Mittelpunkt stehenden Software, die Beteiligung der Datenschutzbeauftragten des Bundes bzw. der Länder notwendig sein. Bei Software, die personenbezogene Daten enthalten soll, sind in jedem Fall die Datenschutzbeauftragten der kooperierenden Behörden einzubeziehen.

Im Bereich der IT-Sicherheit ist das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) jedenfalls kraft fachlicher Expertise eine zentrale Instanz für Behörden. Verschiedentlich ist es auch rechtlich oder auf Grund von Verwaltungsvorschriften geboten, sich an den Empfehlungen und Richtlinien des BSI zu Schutzbedarf, Standards und Maßnahmen der IT-Sicherheit, zur Compliance sowie zur Qualitätssicherung in der IT-Sicherheit zu orientieren. Auch im Rahmen von Kooperationen mit Beschaffungs- oder Entwicklungsziel sollten Datenschutz, Datensicherheit und IT-Sicherheit bereits von vorneherein mitgedacht werden. Dabei können sich normative und rechtliche Grundlagen beim Bund sowie in den einzelnen Bundesländern und in den Kommunen unterscheiden. Damit ist nicht nur sicherzustellen, dass etwaige Produkte einer Kooperation – etwa eine gemeinsam gekaufte Software – den datenschutz- und sicherheitsrechtlichen Anforderungen aller Partner gerecht werden. Wenn die Kooperation sich z. B. auch darauf erstreckt, eine Software partnerübergreifend gemeinsam zu betreiben, kann es für die Partner auch erforderlich werden, sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben auf ein gemeinsames datenschutz- und IT-sicherheitsrechtliches Niveau und damit – etwa im Falle von zwei Ländern – auf ein intraföderales Recht zu verständigen. Aufgrund der föderalen Regulierung

¹⁸¹ Von den hier thematisierten datenschutz- und sicherheitsrechtlichen Anforderungen an das *Produkt* und in diesem Sinne an Aufgabe und Inhalt der Kooperation sind solche datenschutz- und sicherheitsrechtlichen Anforderungen zu unterscheiden, die die Kooperation *als solche* betreffen (s. dazu unter 4.2.1.5).

¹⁸² Zur Bedeutung des Datenschutz- und IT-Sicherheitsrechts für IT-Kooperationen siehe auch Graudenz/Schramm, in: Kammer/ Hippertz/ Westerfeld (Hrsg.), IT-Kooperationen, Teil 1: Kontext, Lösungsoptionen und Rahmenbedingungen, ISPRAT Whitepaper, 2009, S. 23.

des Datenschutzrechts kann dies etwa bereits mit der Frage beginnen, welches Datenschutzgesetz (des Bundes oder eines Landes) für anwendbar erklärt wird. **Dementsprechend ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit datenschutz- und IT-sicherheitsrechtliche Anforderungen in der Kooperationsvereinbarung zu regeln sind.**

4.4.4 Anforderungen des Urheber- und des sonstigen Informationsrechts

Mit Informationszugangs-, Informationsfreiheits- und Transparenzrechten ist das weite und bisher noch nicht systematisch erfasste Feld des Informationsrechts in seinen Auswirkungen auf die hier zu untersuchenden Rechtsgebiete angesprochen. Dabei sind Urheber- und u.U. Patentrechte ebenso zu berücksichtigen.¹⁸³ **Es gilt also auch hier, frühzeitig die rechtlich relevanten Punkte für den jeweiligen Kooperationsgegenstand zu identifizieren und ggf. Lösungen zu entwickeln, sofern dies nach den rechtlichen Vorgaben möglich ist.**

4.4.5 Ausschluss weiterer Kooperationen

Es ist vorstellbar, dass die Kooperation die Kooperationspartner dahingehend binden will, dass parallele und alternative Kooperationen in dem Software-Bereich nicht möglich sein sollen. Die Kooperationsvereinbarung würde dann ein Ausschließlichkeitsrecht der Kooperation vereinbaren.

Ob dies überhaupt möglich ist, hängt von einer Vielzahl an Faktoren ab. Wenn nur ein kleiner Bereich der IT-Dienstleistungen eines Landes, einer Kommune oder des Bundes darüber gebunden wird, dürfte dem zumeist nichts entgegenstehen und kann dies aus politischer Klugheit auch durchaus geboten sein, etwa um die Kooperation wirkungsvoll auszugestalten und tatsächlich zu gewünschten Standards, Interoperabilität und Synergieeffekten vorzudringen.¹⁸⁴ **Werden weitreichende Regelungen getroffen, sollte eine rechtliche und strategische Prüfung dahingehend durchgeführt werden, ob eine solche Vereinbarung nicht zu weitreichende Bindungen enthält (die beispielsweise das Selbstbestimmungsrecht der Kommune) zu beschränken.**

¹⁸³ Siehe dazu bereits das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 58 f.

¹⁸⁴ Dies war gerade das Anliegen, warum Art. 91c GG und der IT-Staatsvertrag den IT-Planungsrat etabliert haben und warum konkurrierende Kooperationen wie etwa der E-Justice-Rat damit durchaus in Kollision geraten, vgl. dazu E. Richter/ A. Schmehl/I. Spiecker gen. Döhmann, Die Funktionen des IT-Planungsrats bei normgebenden Verfahren auf dem Gebiet von IT und E-Government, Gutachten im Auftrag des IT-Planungsrats, März 2013, abrufbar unter www.it-planungsrat.de.

4.5 Kooperationsbereich Organisation und Verfahren

Staatliche Verwaltung ist wesentlich davon geprägt, wie das jeweilige Innenrecht ausgestaltet ist. Dieses bestimmt insbesondere die Beziehungen der Organe einzelner Rechtsträger zueinander, aber auch wie die Willensbildung erfolgt, wie die Verteilung der Sachmittel geregelt wird oder wie die innere Organisation aufgebaut ist. Kooperationen zur Beschaffung und zum Betrieb von Software müssen sich daher auch an solchem Innenrecht orientieren, wenn es verbindliche Regelungen enthält. Bindungen einzelner Kooperationsteilnehmer können die Gesamtkooperationsgestaltung beeinflussen, da die Kooperation sich entweder insgesamt auf einen gemeinsamen Nenner einigen oder aber Sonderregelungen für diejenigen Partner treffen muss, die höheren rechtlichen Anforderungen unterliegen als die anderen Partner. **Insofern ist auch in diesem Bereich geboten, dass bereits frühzeitig Klarheit über verbindliche und einzuhaltende rechtliche Regelungen hergestellt wird.**

Die Begrifflichkeiten der Organisation und des Verfahrens sind dabei rechtlich kaum verbindlich festgelegt. In verschiedenen Disziplinen werden sie unterschiedlich definiert und verstanden. Aus juristischer Sicht kann man darunter eine beabsichtigte, legitimierte, dauerhafte und zielgerichtete Struktur verstehen. Dadurch entsteht eine Zuständigkeitsordnung, die den aufgabenbezogenen Einsatz von Ressourcen gewährleisten soll.¹⁸⁵

In diesem Teilbereich sind Fragen der internen Ausgestaltung einer Kooperation zu stellen und zu beantworten. Insbesondere bei mittel- und langfristigen Kooperationen ist eine Verständigung über die Steuerung, das Verfahren der Entscheidungsfindung und die Organisation der Kooperation von vorneherein empfehlenswert. Dies gilt erst recht, wenn keine paritätischen, gleichberechtigten Modi vorgesehen werden oder einzelne Kooperationspartner besondere Leistungen für die Kooperation erbringen.

Das Gelingen einer Kooperation hängt aber nicht allein von rechtlichen Faktoren ab. Auch eine gemeinsame inhaltliche Ausrichtung genügt regelmäßig nicht, um das Gelingen des Kooperationsziels sicherzustellen.¹⁸⁶ Vielmehr spielen eine Reihe von Faktoren eine Rolle, die man auch als „soft factors“ im Gegensatz zu den „hard factors“ der rechtlichen Bindung bezeichnen könnte.

Weil solche Gelingensfaktoren die Effektivität von IT-Kooperationen nachhaltig beeinflussen können, ist auf sie im Rahmen einer Beurteilung der Effektivität großer Wert zu legen. Gleichwohl sind sie nur höchst allgemein beschreibbar, da sie von der individuellen Ausgangslage und der jeweiligen konkreten Entwicklung abhängen.

¹⁸⁵ Vgl. Groß, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Auflage, § 13 Rdnr. 4.

¹⁸⁶ Siehe zur Illustration nur das Gutachten von E. Richter/ A. Schmehl/I. Spiecker gen. Döhmann, Die Funktionen des IT-Planungsrats bei normgebenden Verfahren auf dem Gebiet von IT und E-Government, Gutachten im Auftrag des IT-Planungsrats, März 2013, abrufbar unter www.it-planungsrat.de, das sich mit den Problemen der Kommunikation, Organisation und dem Verfahren einer institutionellen Kooperation im IT-Bereich befasst.

4.5.1 Rechtliche Grenzen und Rahmenbedingungen

Die Einrichtung von dauerhaften oder institutionalisierten Arbeitszusammenhängen wie regelmäßige Besprechungen, Steuerungs- und Entscheidungsgremien oder Arbeitsgruppen stößt grundsätzlich kaum auf rechtliche Grenzen. Dies ist zum Teil auch darauf zurückzuführen, dass Organisation und Verfahren rechtlich bisher wenig Augenmerk zugeachtet ist, so dass die zum Teil erheblichen tatsächlichen Wirkungen wenig erfasst sind. Verwaltungsrechtliches Innenrecht ist nach wie vor wenig konkretisiert.

Insbesondere bei der Einrichtung von Steuerungsgremien sollte bedacht werden, dass die Verlagerung von Entscheidungskompetenzen in Kooperationsgremien hinein nicht zur Aushöhlung von Kompetenzen – etwa auf der Ebene der Selbstverwaltung – führen darf. Es muss jederzeit sichergestellt werden, dass genügend Entscheidungshoheit bei den Kooperationspartnern verbleibt. Zunächst ist daher zu gewährleisten, dass die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen in die Kooperation hinein nicht zu weitreichend erfolgt. Kooperationen dürfen weder die grundgesetzlich vorgegebene bundesstaatliche Gliederung noch die dort festgelegte Kompetenzverteilung grundlegend ändern oder unterlaufen.

Daher sollte in der Praxis mindestens die Ausgestaltung eines ordentlichen Kündigungsrechts sowie die Möglichkeit, sich anderen Verbänden anzuschließen (z. B. nationalen oder auch europäischen), vorgesehen sein. Gleichzeitig sind zu weit reichende Delegationen unter Beteiligung von Ländern und Kommunen schon allein deshalb zu vermeiden, um nicht mit dem Selbstverwaltungsrecht der Kommunen (Art. 28 GG) oder der bundesstaatlichen Ordnung (Art. 20 Abs. 1 GG) in Konflikt zu geraten. Auch im Rahmen einer Kooperation können den Partnern keine Kompetenzen zuwachsen, die ihnen nach der grundgesetzlichen Ordnung nicht zustehen. Gleichwohl gilt auch hier, dass der präzise Blick auf die Kooperationstätigkeit im Bereich der Beschaffung, der Entwicklung, des Betriebs und der Pflege von Software sehr wohl Spielräume verschafft. Wenngleich bspw. eine inhaltliche Zusammenarbeit von Bundespolizei, Bundeskriminalamt und Landespolizei bestimmten Grenzen unterliegt, die sich aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung ergibt, kann eine Kooperation zur Bereitstellung der Sachmittel, mittels derer die Aufgabe erfüllt wird, also z. B. die gemeinsame Anschaffung von Software, möglich sein.

Auch die verfassungsrechtliche Wesentlichkeitstheorie kann bei besonders weitreichenden Kooperationen, etwa zur gesamtheitlichen Umgestaltung des Verwaltungsfahrensrechts durch IT, hindern, dass ohne Beteiligung des Parlaments die Kooperation selbst über diese Änderungen verbindlich befinden kann.

Im kommunalen oder länderbezogenen Kontext könnte daher eine Kooperation zu Problemen führen, wenn sie ohne Rückbindung an und ohne Kontrolle durch die jeweiligen Volksvertretungen erfolgt und wesentliche Änderungen herbeiführt, etwa eine umfangreiche Delegation von IT in Teilbereichen außerhalb der Landesgrenzen. Dies gilt insbeson-

dere dann, wenn eine langfristige Kooperation angestrebt wird. Möglicherweise ist ohnehin eine erneute zwischenzeitige Bestätigung der Kooperation nach Kommunal- und Landtagswahlen vorzusehen, um etwaige Demokratiedefizite zu vermeiden oder auszugleichen. Dies ist allerdings zumeist kein rechtliches, sondern eher ein politisches/ akzeptanzförderndes Desiderat. Letztendlich müssen die angewendeten Steuerungsmechanismen vor allem mit Blick auf den tatsächlichen Bedarf angemessen sein.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sogar eine gemeinsame Behörde aller Länder in einigen Bereichen als zulässig angesehen wird. Dass Zusammenschlüsse von Gemeinden oder Landkreisen zur gemeinsamen Erfüllung einzelner Verwaltungsaufgaben in sog. Zweckverbänden in den meisten Gemeindeordnungen allgemein anerkannt sind, kann dagegen nicht herangezogen werden, um grenzüberschreitende Verbünde zu legitimieren, da es hier in aller Regel eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage in den jeweiligen Gemeindeordnungen gibt und sich eine Analogie wegen der Ausnahmestellung verbietet. Daraus lässt sich insgesamt folgern, dass regelmäßig, jedenfalls dann, wenn eine institutionelle Kooperation möglich wäre, dies auch für nicht institutionalisierte Verbünde möglich sein sollte. Entgegenstehen kann dann höchstens, dass der Institutionalisierungsgrad eine eigene rechtliche Schutzfunktion erfüllt, die eine lediglich informale Kooperation nicht leisten kann.

Neben der eigentlichen Kompetenzproblematik darf die Kooperation auch nicht die vorgeschriebene innere Struktur der beteiligten Einheiten durchbrechen. Insbesondere Aufgabenklarheit und Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter, speziell der Bürgerinnen und Bürger, dürfen nicht durch die Kooperationsorganisation beschränkt oder undurchsichtig ausgestaltet werden. Am deutlichsten wird dieser Zuweisungsgehalt etwa im Ressortprinzip, wie es im Grundgesetz in Art. 65 Satz 2 GG und einer Reihe von Landesverfassungen vorgesehen ist. Kooperationen, die diese Grundlagen umgehen oder aufheben, sind rechtlich kritisch zu betrachten.

Ein anderes, in der Kooperation schnell vernachlässigtes rechtliches Kriterium ist die Aufsicht. Koordination darf in der Ausgestaltung nicht dazu führen, dass die hierarchische Aufgliederung der Verwaltung umgangen oder gar aufgehoben wird. Inhalte von Kooperation, die also der Aufsicht ohne eine Kooperation unterlägen, sind auch weiterhin grundsätzlich in diesem Rahmen überprüfungs- und weisungsfähig. Da in den Ländern verschiedene Modelle der Aufsicht bestehen, ist auch hier frühzeitig zu überprüfen, wie diese verschiedene Wahrnehmung im Rahmen einer Kooperation eingebunden werden kann.

Ähnliches lässt sich auch für inhaltliche rechtliche Bindungen feststellen. Sollten z. B. Benehmens-/ Einvernehmenspflichten bestehen, also die zwangsweise Beteiligung anderer Behörden etc. vorgesehen sein, ist dies auch für den Fall einer Kooperation zu

bedenken und zu integrieren. Dies ist im Wesentlichen abhängig vom Inhalt der Kooperation, ob das Mittel der horizontalen Inbezugsetzung¹⁸⁷ der verschiedenen Verwaltungsebenen auch hierfür einschlägig sein könnte.

4.5.2 Ausfüllung bestehender Gestaltungsspielräume und Aspekte ihrer rechtsgestalterischen Umsetzung

Das geltende Recht lässt den Kooperationspartnern einen weiten Spielraum bei der Einrichtung von Steuerungseinheiten zur Unterstützung der Zusammenarbeit in der Kooperation. **Die Möglichkeit, Gremien, Gruppen, Büros, Boards oder andere Instrumente zur Organisation und Steuerung einzurichten, sollte in der Praxis auch aktiv genutzt werden, weil damit ein wichtiger Beitrag zum Erfolg der Kooperation geleistet werden kann.** Sie erlaubt Kontinuität und Eigenständigkeit zugleich.

In der Praxis besteht bezüglich des Organisationsbedarfs hinsichtlich der Kooperationschwerpunkte Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege kaum ein Unterschied. Der Organisationsbedarf hängt vielmehr von den sonstigen Charakteristika der Zusammenarbeit ab, wie z. B. Laufzeit, Kooperationsintensität und -umfang oder der Anzahl der Partner.

Für kurzfristige Kooperationen, z. B. zur einmaligen gemeinsamen Beschaffung oder Entwicklung, wird eine gemeinsame Organisation kaum zweckmäßig sein. **Bei längerfristigen Kooperationen und vor allem, wenn sie mit vielen Partnern geschlossen werden, kann die Festlegung von Organisationsmaßnahmen einen entscheidenden Beitrag zum Erfolg leisten.** Beispiele für Kooperationen mit Organisationsbedarf sind z. B. Kooperationen mit Schwerpunkt Betrieb und Pflege, wenn es etwa um den Erhalt oder die Unterstützung der Nutzbarkeit der Software geht.

In der Steuerung können zwei Schwerpunkte unterschieden werden:

1. die strategische Steuerung, d. h. die Steuerung von Zielen und
2. die operative Steuerung, d. h. die Steuerung und Planung von Aktivitäten, Maßnahmen und Meilensteinen.

Die operative Steuerung kann in der Praxis mit Hilfe verschiedener Instrumente und Maßnahmen umgesetzt werden. Es sollten mindestens Aufgaben und Mitwirkungspflichten für alle Partner abgestimmt und ergänzend Kommunikationsmaßnahmen und Prozesse zur praktischen Umsetzung der Kooperation festgelegt werden. Je nach Bedarf können darüber hinaus bestimmte Rollen unter den Kooperationspartnern (z. B. Federführer, Finanzkoordination) festgelegt oder ein Projektbüro (mit eigenem Sitz oder räumlich bei einem der Partner angesiedelt) eingerichtet werden. Insbesondere bei Kooperationen zum Betrieb oder zur Pflege können die Bereitstellung von Nutzerinformationen (z. B. per

¹⁸⁷ Jestaedt, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Auflage, § 13 Rdnr. 61.

FAQ, Intranet-Seite, Handbuch, Newsletter) oder die Einrichtung einer Hotline für technischen oder fachlichen Support hilfreich sein.

Eine besondere Bedeutung kommt den folgenden Instrumenten der Steuerung zu, die die Kommunikation zur gemeinsamen Entscheidungsfindung im Rahmen der Ausgestaltung der Kooperation in den Mittelpunkt stellen.

(Regelmäßige) Treffen der Kooperationspartner

- *Vorteile:* Die Treffen sind vergleichsweise schnell zu organisieren und ggf. sogar kurzfristig durchführbar. Durch die Selbstorganisation (z. B. jedes Treffen wird von einem anderen Partner organisiert) entstehen keine relevanten Aufwände. Eine kleine Teilnehmerzahl kann die Konsensfindung begünstigen.
- *Nachteile:* Es müssen immer alle Themen in der „großen Runde“ abgestimmt werden. Die Entscheidung per Mehrheitsbeschluss kann sich nachteilig auf die Ausgestaltung der fachlichen Details (z. B. bei der Softwareentwicklung) auswirken. Zudem müsste gesichert sein, dass alle Teilnehmer auch Entscheidungsbefugnis haben. Die Verbindlichkeit der Teilnahme hängt von der – extern gesteuerten – Bedeutung der Mitwirkung in der Heimatinstitution ab.

Einrichtung eines Lenkungskreises oder Steuerungsgremiums

- *Vorteile:* Es können verbindliche Entscheidungen getroffen werden, weil die Entscheider teilnehmen. Mit Hilfe dieses Gremiums wäre auch die Anpassung der Strategie und die Ausrichtung einer laufenden Kooperation möglich. Eine kleine Teilnehmerzahl kann die Konsensfindung begünstigen. Es kann gezielt Expertise gebildet bzw. aufgebaut werden.
- *Nachteile:* Die Treffen müssen gut vor- und nachbereitet werden. Es ist eine fortlaufende organisatorische Unterstützung für das Gremium notwendig. Die Weitergabe von Informationen, Argumenten und Entscheidungen an die weiteren Beteiligten der Kooperation erfolgt nur mittelbar und könnte sich bei zu knapper oder unvollständiger Weitergabe ggf. negativ auf Akzeptanz von Entscheidungen auswirken.

Einrichtung von Arbeitsgruppen

- *Vorteile:* Es sind regelmäßige Treffen möglich, bei denen organisatorische und fachliche Punkte besprochen werden können. Bei Arbeitsgruppen ist die Selbstorganisation möglich, es wird ggf. keine oder nur geringe organisatorische Unterstützung benötigt. Arbeitsgruppen können je nach Bedarf kurzfristig und zeitlich befristet eingerichtet werden. Kleine Arbeitsgruppen sind tendenziell flexibler. Allgemein kann durch Arbeitsgruppen eine hohe Expertisesicherung erreicht werden.

- *Nachteil:* Kennzeichen einer Arbeitsgruppe ist die Fachkompetenz. Sie ist kein geeignetes Gremium zur Klärung strategischer oder politischer Fragestellungen sowie für verbindliche Grundsatzentscheidungen in der Kooperation. Hier werden Arbeitsfragen bzw. Fragen zur fachlichen Ausgestaltung von Details besprochen und entschieden. Die Arbeitsgruppe kann das Steuerungsgremium von der Detailklärung entlasten.

Gemeinsame Infrastruktur wie z. B. Projektbüro, Geschäftsstelle oder Sekretariat

- *Vorteile:* Es erfolgt eine kontinuierliche und konsequente administrative Begleitung. Administrative bzw. organisatorische Unterstützung des Steuerungsgremiums oder auch von Arbeitsgruppen kann hier geleistet werden. Ein Wissensmanagementsystem für alle Beteiligten der Kooperation könnte hier zentral gepflegt werden. Um die Kosten für Geschäftsstelle, Projektbüro oder Sekretariat gering zu halten, kann die organisatorische Ansiedlung bei einem Partner (z. B. beim Federführer oder rotierend) geprüft werden.
- *Nachteile:* Mit der Einrichtung fester bzw. dauerhafter Strukturen steigen die Fixkosten für die Kooperation. Mit der Einrichtung gemeinsamer Strukturen sollten ein Aufgabenplan (z. B. Geschäftsplan) und ein Modus für das Berichtswesen (z. B. jährlicher Geschäftsbericht) festgelegt werden. Bei einer Geschäftsstelle können zudem Mechanismen für die Entlastung der Geschäftsleitung festgelegt werden.

Grundsätzlich ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Steuerung in der Kooperation notwendig ist und mit welchen Instrumenten sie sinnvoll und zielgenau durchgeführt werden kann. **Bevor für eine Kooperation neue Strukturen und Gremien zur Steuerung eingerichtet werden, sollte geprüft werden, ob dies auch durch bereits bestehende übergeordnete Strukturen (z. B. Gremien) oder Strukturen innerhalb der Partner (z. B. Kooperationsgruppe) erfolgen kann.** Dies ist auch in Anbetracht von Rechtfertigungsnotwendigkeiten bei Etablierung neuer, potentiell kostenträchtiger Steuerungselemente empfehlenswert.

In der Praxis geht der Anstoß für eine Kooperation für Entwicklung und Betrieb einer Fachsoftware regelmäßig von einem Fachgremium oder einer Arbeitsgruppe eines Fachgremiums aus (z. B. Fachministerkonferenzen, länderübergreifende Arbeitsgruppen). Diese Gremien können dann auch strategische Steuerungsaufgaben wahrnehmen. Allerdings ist auch hier mit Augenmaß vorzugehen, um nicht womöglich Kooperationserfolge dadurch zu beeinträchtigen, dass bei „nachziehenden“ Partnern Akzeptanzprobleme des initiierenden Partners auftreten.

Bei der Einrichtung von passenden Steuerungsmechanismen sind zudem weitere Aspekte zu berücksichtigen. Die Steuerungsmechanismen sind insbesondere auf den Kooperationsumfang, das Partnermodell und die Laufzeit der jeweiligen Kooperation abzustimmen. Gerade mit Blick auf das Partnermodell ist zu beachten, dass manche Akteure

in Kooperationen eine besondere Rolle spielen könnten und sich bei Abstimmungen unter den Kooperationspartnern Mehrheitsverhältnisse unmittelbar auf das Ergebnis auswirken können. Bei Einrichtung von Steuerungsmechanismen sollten daher die organisatorische Verankerung, die Entscheidungsprozesse und die personelle Zusammensetzung eines Steuerungsgremiums durchdacht gewählt werden. Es kann hier von Vorteil sein, wenn auf etablierte Strukturen und Verteilungsmechanismen zurückgegriffen wird, weil damit eine potenziell konflikträchtige Verhandlung über die Ausgestaltung des Steuerungsgremiums entfallen kann. Insofern sind allgemein anerkannte Verwaltungsvorgehensweisen wie der Königsteiner Schlüssel möglicherweise zwar inhaltlich durchaus im konkreten Fall kritisch zu sehen, wenn man auf die verschiedenen Investitionen der Kooperationspartner blickt. Eine andere Verteilung würde aber möglicherweise zu einem veränderten politischen Rechtfertigungsdruck führen, der das Zustandekommen und Gelingen der Kooperation nachteilig beeinflussen kann.

Sowohl die strategische als auch die operative Steuerung sind insbesondere für langfristig angelegte Kooperationen sinnvoll und können hier von entscheidender Bedeutung sein. Dies gilt vor allem für Kooperationen zum Betrieb und zur Pflege von Softwarelösungen (unabhängig davon, ob mit oder ohne gemeinsame vorherige Entwicklung). Betriebskooperationen haben üblicherweise eine längere Laufzeit und produzieren daher potenziell eher einen geringeren Steuerungsaufwand. Bei Kooperationen mit Schwerpunkt Beschaffung oder einmaliger Entwicklung besteht deutlich seltener Bedarf an Steuerungsmechanismen. Allerdings kann im Bereich der Entwicklung eine Offenlegung von Interessen und faktischen Möglichkeiten der Beteiligten vonnöten sein, die daher ein besonders vorsichtiges Vorgehen bedingen. Ein Steuerungsgremium, das vor allem Fachkompetenz betont, kann hier z. B. Vertrauen schaffen.

Organisatorische Maßnahmen sollten in der Kooperationsvereinbarung in Form von Verfahrens-, Organisations- und Entscheidungsregeln verbindlich festgelegt werden. **Dies gilt insbesondere für die Einrichtung von Steuerungsgremien und bezieht sich hier vor allem auf die Auswahl des Vorsitzes von Gremien und die Bestimmung von Mehrheits- und Minderheitsrechten für Abstimmungen im Gremium.** Dies trägt gerade bei längerfristigen und kostenintensiven Kooperationen dazu bei, dass personeller Wechsel eine belastbare und zuverlässige Zusammenarbeit nicht hindert.

Ein wechselnder Vorsitz (z. B. rotierend zwischen Bund, Ländern und Kommunen) kann von Vorteil sein, weil alle Partner gleichmäßig beteiligt werden. Das kann aber in größeren Kooperationen auch erhebliche Nachteile mit sich bringen, wie z. B. mangelnde Professionalität, längere Zeiträume der „Nicht-Führung“ beim Wechsel der örtlichen und personellen Zuständigkeit. Auch Örtlichkeiten können für die Ausgestaltung eine erhebliche Rolle spielen. Wenn Kooperationsgegenstände für einzelne Partner leichter zugänglich oder veränderbar sind als für andere, ist dies entsprechend zu berücksichtigen.

Die Kooperationsvereinbarung sollte auch Vorgaben zur Verbindlichkeit von Entscheidungen und die Möglichkeit von Ausnahme- bzw. Einzelregelungen enthalten. Insbesondere dann, wenn es sich um Kooperationen zur gemeinsamen Entwicklung handelt und diese Entwicklung nicht zum laufenden Geschäft der Verwaltung gehört, ist auf kommunaler Ebene der Gemeinderat als Organ der Kommune zu befassen. Im jeweiligen Landesrecht ist vorab zu prüfen, inwieweit hier möglicherweise auch eine – schnellere und in der Regel unkompliziertere – Entscheidung allein durch den Bürgermeister möglich ist. Sollte dies vertretbar sein, ist dennoch abzuklären, ob seitens des Gemeinderats erhebliche Bedenken bestehen, die möglicherweise sogar zu einem Organstreitverfahren im Rahmen des Kommunalverfassungsrechts um die Beteiligungspflichten führen könnten. Dies kann auch bereits bei Einkauf/ Beschaffung der Fall sein. Die Organkompetenz der jeweiligen Kooperationspartner sollte sich in der internen Organisationsstruktur jedenfalls insoweit spiegeln, als dass Einflussmöglichkeiten auf die Ausgestaltung der Kooperation möglich sind. **Wenn dies nicht zu gewährleisten ist (etwa wegen der großen Anzahl der beteiligten Kommunen und/ oder Länder), sollte ein demokratisches Entscheidungsverfahren mit Mehrheitsrechten und unter Orientierung an den allgemeinen Wahlrechtsgrundsätzen eingerichtet werden, um einer möglichen Kritik bezüglich eines Demokratiedefizits begegnen zu können.**

Alles in allem dürften diese Aspekte bei einer Entwicklungsleistung oder einer dauerhaften Pflege und dem Betrieb von Software, die Fragen aufwirft, von größerer Bedeutung sein als bei der Beschaffung von Standardsoftware.

Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass organisatorische Maßnahmen, wenn davon Personen betroffen sind, mitbestimmungspflichtige Tatbestände auslösen können. Diese ergeben sich bei Beteiligung privater Akteure, auch wenn sie mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand sind, aus dem Betriebsverfassungsgesetz und bei der Beteiligung der öffentlichen Hand aus dem öffentlichen Dienstrecht, insbesondere dem Personalvertretungsrecht. Um etwaige zeitliche und verfahrenstechnische Hindernisse frühzeitig identifizieren zu können, ist hierauf besonders zu achten.

4.6 Kooperationsbereich Finanzierung

Für den vorliegenden Zusammenhang einer Kooperation von zwei oder mehreren Rechtsträgern (Bund, Länder, Kommunen) für den gemeinsamen Einkauf, die gemeinsame Entwicklung, den gemeinsamen Betrieb und die gemeinsame Pflege von Software erscheint es im Hinblick auf die Frage der Finanzierung solcher Kooperationen sinnvoll, grundsätzlich zwei Fragenkomplexe zu unterscheiden:

Zum einen schließen sich der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung von zwei oder mehreren Rechtsträgern Fragen an, in welchen Grenzen und mit welchen Spielräumen eine entsprechend gemeinsame Finanzierung möglich und machbar ist. Ganz allgemein geht es dann um die *Lasten-* (dazu 4.6.1) *und Einnahmenverteilung* (dazu 4.6.2) *zwischen den*

Kooperationspartnern. Rechtlich angesprochen ist damit der (engere) Bereich des Finanzverfassungsrechts einschließlich des für die Verteilung von den Ländern an die Kommunen geltende Verfassungs- und Haushaltsrecht.

Zum anderen und davon jedenfalls grundsätzlich zu trennen sind Fragen, die die Bereitstellung und Verwaltung der vom einzelnen Kooperationspartner im Rahmen solcher kooperativ finanzierter Aufgaben beizubringenden finanziellen Beiträge und Anteile. Ganz allgemein geht es hier um die jeweilige *Haushaltswirtschaft des einzelnen Kooperationspartners* und rechtlich um Fragen des Haushaltsrechts (dazu unter 4.6.2).

4.6.1 Lastenverteilung zwischen den Kooperationspartnern

Für die (finanzielle) Lastenverteilung in einer IT-Kooperation bestehen rechtliche Grenzen und Rahmenbedingungen (dazu 4.6.1.1), die jedoch den Kooperationsbeteiligten einen, in bestimmten Fällen auch großen, Spielraum eröffnen, die Lastenverteilung in Hinblick auf die Anforderungen des Einzelfalls zweckmäßig auszugestalten (dazu unter 4.6.1.2).

4.6.1.1 Rechtliche Grenzen und Rahmenbedingungen

Die bundesstaatliche Finanzverfassung ist grundsätzlich zweigliedrig aufgebaut und unterscheidet die Ebene des Bundes und die der Länder (vgl. Art. 104a ff. GG). Durch die verfassungsrechtlich ebenso fundierte finanzielle Eigenverantwortung der Kommunen (vgl. Art 28 Abs. 2 S. 3 1. Hs. GG) wird diese Zweigliedrigkeit allerdings um eine weitere Ebene erweitert.¹⁸⁸ Aufgrund dieser grundgesetzlichen Vorstrukturierungen hängen die rechtlichen Grenzen für die Lasten- und Einnahmenverteilung innerhalb einer Kooperation in erster Linie von der Partnerkonstellation ab, also ob es um eine Kooperation zwischen

- Bund und Land (dazu 4.6.1.1.1),
- Ländern (dazu 4.6.1.1.2),
- Kommunen (dazu 4.6.1.1.3) oder
- Land und Kommune (dazu 4.6.1.1.4) handelt.¹⁸⁹

¹⁸⁸ BVerfGE 101, 158 (230); BVerfG, in: NVwZ 2010, S. 885 (897 f.).

¹⁸⁹ Eine Kooperation zwischen Bund und Kommunen ist in der Praxis eher selten und bleibt deshalb im Weiteren unbetrachtet.

4.6.1.1.1 Verhältnis des Bundes zu Ländern: Getrennte Finanzierungsverantwortung als Regel und Mischfinanzierung als Ausnahme

Lastenverteilungsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG

Im Verhältnis des Bundes zu den Ländern werden die rechtlichen Grundlagen zur finanziellen Lastenverteilung aus ihrem vermittelnden Kontext zur Aufgabenverantwortung und Einnahmeverteilung im Bundesstaat verständlich.¹⁹⁰ Systemprägend ist der Lastenverteilungsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG: Der Bund und die Länder tragen gesondert die Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben, soweit das Grundgesetz nichts anders bestimmt. Dahinter steht der Grundsatz: Wer die Aufgabe erfüllt, trägt auch die Lasten dafür.

Zugleich wird erkennbar, dass der in Art. 104a Abs. 1 GG normierte Lastenverteilungsgrundsatz seinerseits am Grundsatz der Trennung von Aufgaben von Bund und Ländern ansetzt und diesen in Hinblick auf die Finanzierung fortführt und stabilisiert. Die Verantwortung für die Ausgaben folgt der Wahrnehmung der (durch das GG) zugewiesenen Aufgaben.¹⁹¹ Indem die Ausgaben „gesondert“ zu tragen sind, wird ein Trennsystem als Grundsatz eingeführt (vgl. auch Art. 104a Abs. 5 S. 1 1. Hs. GG). Daraus folgt letztlich nicht nur ein verfassungsrechtliches Gebot, die Ausgaben im Bereich der jeweiligen Wahrnehmungszuständigkeit zu tragen, sondern – für die hier diskutierten Software-Kooperationen bedeutungsschwer – auch ein Verbot für den Bund, Aufgaben eines Landes zu finanzieren. Auch umgekehrt gilt dies: Ein Land darf demnach keine Aufgaben (jedenfalls¹⁹²) des Bundes finanzieren.¹⁹³ Das Grundgesetz sieht zwar ausdrücklich vor, dass es Ausnahmen geben kann, etwa in Art. 104a Abs. 4 GG (Art. 104a Abs. 1 letzter Halbsatz GG).¹⁹⁴ Allein durch vertragliche Abmachung der Beteiligten kann – und dies ist in Hinblick auf die hier in Rede stehende kooperative Aufgabenwahrnehmung von größter Bedeutung – die verfassungsrechtliche Finanzordnung hingegen nicht modifiziert werden.¹⁹⁵

Der auf der Aufgabentrennung beruhende Lastenverteilungsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG basiert entscheidend auf der Grundannahme, dass es regelmäßig erst der Aufgabenvollzug ist, der letztlich entscheidend die Höhe der Ausgaben bestimmt. Wie und insbesondere mit welchen Kosten und Aufwendungen eine Aufgabe aber vollzogen

¹⁹⁰ Vgl. Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Auflage 2000, Rn. 183; Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 91; Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III, 2. Aufl. 2008, Art. 104a, Rn. 10.

¹⁹¹ Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III, 2. Aufl. 2008, Art. 104a, Rn. 12.

¹⁹² Zur Geltung des Art. 104a Abs. 1 GG zwischen den Ländern im Anschluss unter 4.6.1.1.2.

¹⁹³ Zur Geltung des Art. 104a Abs. 1 GG zwischen den Ländern im Anschluss unter 4.6.1.1.2.

¹⁹⁴ Vgl. BVerwGE 81, 312 (314); Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Auflage 2000, Rn. 189; Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 97; Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2011, Art. 91c, Rn. 12.

¹⁹⁵ Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2011, vor § 104a, Rn. 27.

wird – so die Annahme im Weiteren –, liegt in der Hand der jeweils vollziehenden Verwaltung. In der Konsequenz koppelt Art. 104a Abs. 1 GG die Kostentragungspflicht bzw. Finanzierungsverantwortung an die grundgesetzliche Vollzugsverantwortung bzw. Verwaltungszuständigkeit (und nicht etwa an den Akt der Aufgabenfestlegung oder -übertragung).¹⁹⁶ Damit ergibt sich nach den Art. 83 ff. GG folgendes Bild:¹⁹⁷

Dient der Einkauf, die Entwicklung, der Betrieb oder die Pflege einer Software dem landeseigenen Vollzug von Landesgesetzen (Art. 30 GG) oder von Bundesgesetzen (Art. 83, 84 GG), auch soweit sie EG-Richtlinien umsetzen,¹⁹⁸ liegt die Verwaltungskompetenz als Ausdruck der Aufgabenverantwortung und damit auch die Ausgabenverantwortung bei dem jeweiligen Land. Gleiches gilt gemäß Art. 30 GG grundsätzlich für die Ausführung (unmittelbar geltender) EG-Verordnungen.¹⁹⁹ Bei der bundeseigenen Verwaltung liegt die Verwaltungskompetenz als Ausdruck der Aufgabenverantwortung hingegen beim Bund, so dass in der Folge auch ihm gemäß Art. 104a Abs. 1 GG die Ausgabenlast zufällt.

Die Anknüpfung an die grundgesetzlichen Verwaltungskompetenzen lässt zugleich erkennen, dass mit „Aufgabe“ im Sinne des Lastenverteilungsgrundsatzes zwischen Bund und Ländern nicht der Einkauf, die Entwicklung, der Betrieb oder die Pflege von Software an und für sich gemeint sein kann. Sie sind in diesem Kontext vielmehr „Mittel zum Zweck bzw. zur Aufgabenerfüllung“, nämlich zur Sicherstellung der persönlichen und sächlichen Mittel und die mit ihnen verbundenen Ausgaben, die die Tätigkeit des Verwaltungsapparates und damit die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben erst ermöglichen.²⁰⁰ Die Anschaffung von Software wird also nicht etwa durch die öffentliche Aufgabe, die damit erfüllt wird, gleichfalls zur öffentlichen Aufgabe. Für den Bereich des Art. 104a Abs. 1 GG gilt dies allerdings – wie in diesem Abschnitt noch ausgeführt wird – aufgrund der speziellen Vorschrift des Art. 104a Abs. 5 S. 1 1. Hs. GG – nur für sog. Zweckausgaben.

Ausnahmen der Mischfinanzierung

Dementsprechend kommt eine gemeinsame Finanzierung bzw. eine Mitfinanzierung des Bundes oder eines Landes beim Einkauf, bei der Entwicklung, beim Betrieb oder bei der Pflege einer Software nur in Betracht, wenn dies zur Wahrnehmung einer Aufgabe erfolgt, die sich als verfassungsrechtlich vorgesehene (Art. 104a Abs. 1 letzter Hs. GG) Durchbrechung der grundsätzlichen Aufgabentrennung von Bund und Ländern darstellt, also etwa wenn

- die Länder mit Hilfe der Software einen Auftrag des Bundes, Art. 104a Abs. 2 GG, oder

¹⁹⁶ Vgl. Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Auflage 2000, Rn. 191; Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 91; Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III, 2. Aufl. 2008, Art. 104a, Rn. 12 u. 15.

¹⁹⁷ Vgl. Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Auflage 2000, Rn. 193.

¹⁹⁸ Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 93.

¹⁹⁹ Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 93.

²⁰⁰ Vgl. Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Auflage 2000, Rn. 195.

- der Bund und die Länder mit Hilfe der Software die Gemeinschaftsaufgaben
 - Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur, der Agrarstruktur oder des Küstenschutzes, Art. 91a GG,
 - Forschungsförderung sowie Leistungsvergleiche im Bildungswesen, Art. 91b GG oder
 - Grundsicherung für Arbeitssuchende, Art. 91e GG.

erfüllen. An dieser Liste lässt sich ablesen, dass die Grenzen der Mischverwaltung grundsätzlich eng gezogen sind. **Festhalten lässt sich aber dieser Stelle auch, dass im Rahmen einer konkreten IT-Kooperation zwischen Bund und Ländern zu prüfen ist, ob einer der genannten Ausnahmetatbestände zur Mischfinanzierung eingreifen.**

Insbesondere: Art. 91c GG

Für den vorliegenden Zusammenhang ist über die genannten Ausnahmen hinaus insbesondere die (vergleichsweise neue) Vorschrift des Art. 91c GG zu nennen,²⁰¹ der ganz überwiegend auch als eine Ausnahme vom Aufgabentrennungsprinzip und in der Folge vom Lastenverteilungsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 angesehen wird.²⁰² Gemäß der allgemeinen Aufgabennorm des Art. 91c Abs. 1 GG, die durch Absatz 2 der Vorschrift für Standards und Sicherheitsanforderungen spezifiziert wird, können Bund und Länder bei der Planung, der Errichtung und dem Betrieb der für ihre Aufgabenerfüllung benötigten informationstechnischen Systeme zusammenwirken. Im Unterschied zu den vorstehenden Ausnahmen begreift die Vorschrift das Zusammenwirken bei informationstechnischen Systemen (in diesem Sinne also den Einsatz von IT) in gewisser Weise als für sich betrachtbare, gemeinsame Aufgabe („für ihre Aufgabenerfüllung“). Das Zusammenwirken im Bereich der IT wird damit per se zum Bezugspunkt von gemeinsamer Aufgabe und Finanzierung. Im Ergebnis dürfte die Vorschrift damit den Möglichkeitsraum gemeinsamer Finanzierung der in Rede stehenden IT-Kooperationen besonders ausweiten.²⁰³

Dementsprechend sollte im Rahmen einer konkreten IT-Kooperation zwischen Bund und Ländern neben den hergebrachten Ausnahmetatbeständen der Mischfinanzierung auch Art. 91c GG in den Blick genommen werden, um eine gemeinsame Finanzierung zu rechtfertigen.

²⁰¹ Vgl. dazu auch das Gutachten von E. Richter/ A. Schmehl/ I. Spiecker gen. Döhmman, Die Funktionen des IT-Planungsrats bei normgebenden Verfahren auf dem Gebiet von IT und E-Government, Gutachten im Auftrag des IT-Planungsrats, März 2013, abrufbar unter www.it-planungsrat.de, S. 6 ff.

²⁰² Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2011, Art. 91c, Rn. 7 („zum Teil“) und Art. 104a Rn. 2; Suerbaum, in: Epping/ Hillgruber (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar GG, Stand 1.3.2014, Art. 91c Rn. 8; Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 93. Art. 91c GG wird nicht als abweichende Zuordnung der Ausgabenlast genannt bei Kube, in: Epping/ Hillgruber (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar GG, Stand 1.3.2014, Art. 104a Rn. 27.

²⁰³ Vgl. Suerbaum, in: Epping/ Hillgruber (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar GG, Stand 1.3.2014, Art. 91c Rn. 7.

Rechtsfolge: Art der von Art. 104a Abs. 1 GG erfassten Finanzierungen

Ist nach dem dargestellten Regel-Ausnahmesystem des Art. 104a Abs. 1 GG eine Mitfinanzierung oder gemeinsame Finanzierung verboten oder auch – etwa nach den hergebrachten Mischfinanzierungstatbeständen oder auch nach Art. 91c GG – ausnahmsweise erlaubt, stellt sich die Frage, welche Art der Finanzierung damit eigentlich angesprochen ist. Denn unter „Ausgaben“ bzw. „Finanzierung“ im Sinne von Art. 104a Abs. 1 GG kann man zum einen Geldströme verstehen; bei den im Raum stehenden Software-Kooperationen dagegen geht es zum Teil auch um den Austausch von Sachleistungen und andere, nicht geldlicher Leistungen, denen man z. T. aber einen Vermögenswert zuweisen kann.

Unter Betonung der Lastentrennungsregel ließe sich vertreten, dass jede Form vermögenswerter Zuwendung als Finanzierung im Sinne von Art. 104a GG anzusehen ist. Danach wären nicht nur kassenwirksame Geldzahlungen erfasst, sondern mit der Rechtsfolge der Unzulässigkeit auch die Zuwendung etwa von Sachmitteln, z. B. die Überlassung einer Software oder die Bezahlung eines Mitarbeiters. Kooperationsfreundlicher und unter Hinweis auf die kameralistische Prägung des Art. 104a Abs. 1 GG ließe aber auch anführen, dass grundsätzlich nur kassenwirksame Geldzahlungen als Finanzierungen im Sinne von Art. 104a Abs. 1 GG anzusehen sind.²⁰⁴ Sachleistungen wären dann also nicht erfasst; Kooperationen, soweit sie sich auf den Austausch solcher Leistungen beschränken, stünde das Verbot der Mischverwaltung und die Rechtsfolgen des Art. 104a Abs. 1 GG damit entgegen. Da beide Ansichten vertretbar erscheinen, kann eine Kooperation durchaus auf dieser Basis den Austausch von Sachleistungen betreiben. Dies würde z. B. den Einkauf von Software durch einen Kooperationspartner, die dann kostenlos dem anderen Partner bereitgestellt wird, begünstigen. Die kooperierenden Partner sollten sich allerdings bewusst sein, dass diese Form der Kooperation als rechtlich möglicherweise fragwürdig angesehen werden kann und damit angreifbar ist. **Dementsprechend sollte im Einzelfall genau geprüft werden, welche rechtlichen Risiken verbleiben, wenn man sich zur Rechtfertigung einer IT-Kooperation zwischen Bund und Ländern auf die kooperationsfreundliche Auslegung des Art. 104a Abs. 1 GG stützt.**

Sonderbereich: Verwaltungsaufgaben nach Art. 104a Abs. 5 S. 1 1. Hs. GG

Während sich die Grundregel des Art. 104a Abs. 1 GG auf die Ausgaben bezieht, die sich mit der Wahrnehmung der Aufgaben von Bund und Länder verbinden, sieht Art. 104a Abs. 5 Abs. 1 S. 1. Hs. GG eine spezielle Regelung für Verwaltungsausgaben vor:²⁰⁵ Danach tragen Bund und Länder die bei ihren Behörden entstehenden Verwaltungsausgaben, und zwar im Sinne einer strikten Trennung, also anders als Art. 104a Abs. 1 GG ohne die Möglichkeit ausnahmsweiser Mischfinanzierung.

²⁰⁴ S. dazu Schmehl, in: Friauf/ Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Berlin 2000, Stand: 30. Ergänzungslieferung 2010, Art. 104a Rn. 21.

²⁰⁵ Hellermann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 104 Rn. 37.

Ob damit das vorstehend dargelegte Regel-Ausnahme-System des Art. 104a Abs. 1 GG, insbesondere i.V.m. dem für die hier in Rede stehenden IT- Kooperationsbereich besonders bedeutsamen Art. 91c GG, oder die „rigidere“ Lastentrennung des Art. 104a Abs. 5 S. 1 1. Hs. GG zur Anwendung kommt, hängt maßgeblich von der in Art. 104a Abs. 1 und 5 GG aufgemachten Unterscheidung von „Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung der Aufgaben ergeben“ einerseits und von „Verwaltungsausgaben“ andererseits ab.²⁰⁶

Als Verwaltungsausgaben im Sinne des Art. 104a Abs. 5 S. 1 GG werden diejenigen Ausgaben angesehen, die für den Betrieb und Erhaltung des Verwaltungsapparats erforderlich sind.²⁰⁷ Sie lassen sich in Personalkosten (z. B. Ausgaben für Sekretariatskräfte, Sachbearbeiter, Hausmeister, sonstiges Personal) und Sachkosten (z. B. Ausgaben für Dienstgebäude, Geräte, Fahrzeuge, Büromaterial) unterteilen. In Abgrenzung dazu wird unter „Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung der Aufgaben ergeben“, die also wie ausgeführt ihren grundsätzlichen Bezugspunkt in der Kompetenzverteilung nach Art. 30, 83 ff. GG finden, nicht mehr sämtliche Ausgaben verstanden, sondern allein die hiervon zu unterscheidenden Zweckausgaben, mithin die Ausgaben, die unmittelbar der Förderung des jeweiligen Sachanliegens dienen sollen.²⁰⁸ Auch wenn diese Unterscheidung von Zweckaufgaben und Verwaltungsaufgaben allgemein geteilt wird, wirft sie vielfältige Abgrenzungsprobleme auf, weil auch der allgemeine Verwaltungsapparat zur Erfüllung der Aufgaben im Sinne von Art. 104a Abs. 1 GG beiträgt.²⁰⁹ Auch und gerade bei Software dürfte nicht immer eindeutig zu entscheiden sein, ob sie nur dem Betrieb und Erhalt des Verwaltungsapparats oder nur dem Vollzug einer Aufgabe im Sinne der Art. 30, 83 ff. GG oder auch beidem dient. **Dementsprechend sollte auch hier im Einzelfall genau geprüft werden, welche Bedeutung Art. 104a Abs. 5 S. 1 1. Hs. GG für die finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit der konkreten IT-Kooperation hat.**

4.6.1.1.2 Verhältnis zwischen den Ländern: v.a. zur Grenze des Art. 107 Abs. 2 S. 1 GG

Anders als im Verhältnis des Bundes zu Ländern ist im Verhältnis zwischen einzelnen Ländern schon die Anwendbarkeit der Lastenverteilungsregel des Art. 104a Abs. GG umstritten:

Zum Teil wird dies befürwortet,²¹⁰ weil auch in diesem Verhältnis eine dem Föderalismus und der Eigenstaatlichkeit einzelner Länder abträgliche Einflussnahme finanzstärkerer

²⁰⁶ Hellermann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 104 Rn. 50.

²⁰⁷ Hellermann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 104 Rn. 50 u. 144.

²⁰⁸ Hellermann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 104 Rn. 50 u. 144.

²⁰⁹ Hellermann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 104 Rn. 144.

²¹⁰ Kube, in: Epping/ Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand 1.3.2014, Art. 104a Rn. 8.

auf finanzschwächere Länder drohe. In der Folge sei insoweit eine finanzielle Beteiligung eines Landes an Aufgaben eines anderen Landes untersagt, was jedoch eine gemeinsame Finanzierung gemeinsamer Aufgaben der Länder nicht ausschließe.²¹¹ Im Ergebnis dürften nach dieser Auffassung für die hier in Rede stehenden IT-Kooperationen letztlich wie im Verhältnis Bund zu Land auch im Verhältnis der Länder untereinander die Zulässigkeit und Grenzen kooperativer Finanzierung vor allem durch die Vorschrift des Art. 91c geprägt werden, der gleichfalls auf reine Länderkooperationen für anwendbar gehalten wird²¹² und – wie dargelegt²¹³ – einen weitreichenden Möglichkeitsraum finanzieller Kooperation eröffnet.

Überwiegend wird die Anwendbarkeit des Art. 104a Abs. 1 GG jedoch abgelehnt,²¹⁴ weil sich das horizontale Verhältnis zweier Länder vom vertikalen Verhältnis des Bundes zu einem Land prinzipiell unterscheide. Art. 104a Abs. 1 GG diene der Stabilisierung und dem Schutz der Eigenstaatlichkeit der Länder vor dem finanzstärkeren Bund, was zwischen zwei Ländern entbehrlich sei. Die Verfassung gehe für das Verhältnis zwischen den Ländern von einer prinzipiell gleichen Situation aus und mache es in Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG ausdrücklich zur Aufgabe des Finanzausgleichs, einen angemessenen Ausgleich der Finanzkraft der Länder sicherzustellen. Schließlich erscheine die (grundsätzliche) Zulassung der finanziellen Kooperation zwischen den Ländern gerade als Folgerung aus ihrer Eigenstaatlichkeit; diese werde im Verhältnis zum Bund eher noch gestärkt, wenn die Länder untereinander zur Finanzhilfe befugt sind und die Möglichkeit erhalten, durch Kooperation einem möglichen Übergewicht des Bundes entgegenzuwirken. Nach dieser Auffassung richtet sich die Frage der Zulässigkeit finanzieller Kooperationen zwischen den Ländern danach, ob und unter welchen Voraussetzungen Art. 107 Abs. 2 S. 1 GG eine Grenze für eine finanzielle Kooperation zwischen den Ländern zieht. **Inbesondere dieser Aspekt ist im Fall einer konkreten IT-Kooperation zwischen den Ländern zu prüfen.**

4.6.1.1.3 Verhältnis zwischen den Kommunen: finanzielle Eigenverantwortung der Gemeinden

Die Verfassungsgarantie der gemeindlichen Selbstverwaltung umfasst auch die Finanzhoheit der Gemeinden und Gemeindeverbände, genauer die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung (Art. 28 Abs. 2 S. 3 1. Hs. GG). Dies meint vor allem die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Einnahme- und Ausgabewirtschaft im Rahmen des gesetz-

²¹¹ Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III, 2. Aufl. 2008, Art. 104a, Rn. 21.

²¹² Volkman, in: v. Mangoldt/ Klein/ Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 91c Rn. 11; vgl. auch BT-Drs. 16/12410, S. 9.

²¹³ S. unter 4.6.1.1.1.

²¹⁴ Siehe dazu und zum Folgenden die zahlreichen Nachweise bei Hellermann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 104 Rn. 22.

lich geordneten Haushaltswesens, sowie das Recht, in diesem Rahmen über die Aufteilung der zur Verfügung stehenden Finanzmittel frei zu disponieren.²¹⁵ **Was die Verteilung von Lasten in einer kommunalen IT-Kooperation betrifft, besteht mithin ein grundsätzlich weiter, von den beteiligten Kommunen eigenverantwortlich auszufüllender Spielraum, der lediglich in besonderen Fällen überschritten sein dürfte.**

Einschränkungen ergeben sich im Fall interkommunaler Kooperation damit vor allem durch einfachgesetzliche Vorgaben, die dann aber die Haushaltsführung der Gemeinden betreffen (insbesondere in Hinblick auf Wirtschaftlichkeit, Effizienz und Sparsamkeit).²¹⁶

4.6.1.1.4 Verhältnis der Länder zu ihren Kommunen: Verursachungskonnexität

Auch das Verhältnis der Länder zu ihren Kommunen ist verfassungsrechtlich geprägt durch ein Konnexitätsprinzip. Im Unterschied zum erwähnten bundesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzip (Art. 104a Abs. 1 GG) koppelt dieses gemeindliche Konnexitätsprinzip die Kostentragungslast indes nicht – im Sinne einer Vollzugskausalität – an die Verantwortung für den Vollzug einer Aufgabe, sondern – im Sinne einer Verursachungsverantwortung des Gesetzgebers – an den gesetzlichen Akt der Übertragung von Aufgaben auf die Kommunen. Nach dieser, in den Landesverfassungen verankerten Gesetzeskonnexität haben die Länder sicherzustellen, dass auch die den Kommunen durch die Aufgabenübertragung entstehenden Kosten vollständig finanziell ausgeglichen werden. Dies lässt sogleich erkennen, dass diese landesverfassungsrechtliche Verursachungskonnexität für die hier in Rede stehenden Kooperationen von Land und Kommune nur eine untergeordnete Rolle spielen kann, gründen diese Kooperationen im Sinne von Gleichordnungsverhältnissen doch gerade auf vertraglicher Vereinbarung und nicht im Sinne von Über-Unterordnungsverhältnissen auf gesetzlichen Aufgabenübertragungen. Relevant könnte die landesverfassungsrechtliche Verursachungskonnexität möglicherweise aber sein, wenn Länder eine Beteiligung der Kommunen an IT-Kooperationen vorschreiben sollten.²¹⁷

4.6.1.2 Zweckmäßige Ausfüllung bestehender Gestaltungsspielräume zur Lasten- und Einnahmenverteilung: Modelle kooperativer Finanzierungsstrukturen

In den genannten, vor allem durch das Finanzverfassungsrecht gezogenen rechtlichen Grenzen besteht ein gewisser, zum Teil durchaus großer Spielraum zur Ausgestaltung der Finanzierungsstrukturen der Kooperation. Das Gutachten nähert sich über drei Finanzierungsmodelle (bei denen wiederum mehrere Varianten unterschieden werden können) an die verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten an:

- Zentrale Finanzierung, nämlich

²¹⁵ Nierhaus, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2011, § 28 Rn. 84 m.w.N.; Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 1 Rn. 76. Vgl. auch BVerfGE 26, 228 (244); 71, 25 (36); 119, 331 (361).

²¹⁶ Siehe dazu unten 4.6.2.1.3.

²¹⁷ Siehe dazu der Hinweis unter 4.2.2.2.2.

- durch einen der Partner oder
- durch ein Steuerungsgremium, und
- übergreifend koordinierte Finanzierung, nämlich
 - durch Bundesressorts,
 - durch Gremien,
 - durch Königsteiner Schlüssel (Länder oder Bund und Länder),
 - durch Bund, Länder, Kommunen je nach Inanspruchnahme bzw. nach Teilnahme, sowie
- Finanzierung über den kommunalen Finanzausgleich.

Wesentliches Kriterium für die Auswahl des passenden Finanzierungsmodells ist die Unterscheidung in einmalige Finanzierung (z. B. für den Einkauf oder die Entwicklung einer Software) oder wiederkehrende Finanzierung (z. B. für den Betrieb oder Pflege einer Software).

Eine einmalige Finanzierung (die ggf. sogar in Form einer einzelnen Zahlung erfolgt) bedarf keiner Koordinierung oder Steuerung. Die Finanzierung kann durch einen Partner bzw. durch ein Gremium allein übernommen oder anteilig zwischen den Partnern aufgeteilt werden. Bei der anteiligen bzw. gemeinsamen Finanzierung kann der Gesamtbetrag zu gleichen Teilen von den Partnern aufgebracht oder ein geeigneter Verteilungsschlüssel festgelegt werden. Der in der Praxis bekannteste und am meisten genutzte Verteilungsschlüssel ist der Königsteiner Schlüssel. Er betrifft die Lastenverteilung zwischen Bundesländern und legt die Lastenanteile der Länder nach Steueraufkommen und Bevölkerungszahl fest. Dabei wird das Steueraufkommen mit zwei Dritteln und die Bevölkerungszahl mit einem Drittel gewichtet.

Der Verteilungsschlüssel kann auch nach individuellen Kriterien gestaltet werden, z. B. nach

- der Anzahl der Partner (gleiche Teile für alle Partner),
- der Einwohnerzahl,
- den zu erwartenden Nutzerzahlen,
- der Anzahl der Arbeitsplätze (Clients etc.), auf denen die Software genutzt werden soll,
- der Anzahl der benötigten Einzellizenzen sowie
- dem (voraussichtlichen oder gemessenen) Nutzungsumfang bzw. der Nutzungsintensität.

Nicht alle aufgezählten Varianten sind für eine Einmalfinanzierung zweckmäßig. Die Variantendarstellung soll an dieser Stelle lediglich den Gestaltungsspielraum deutlich machen.

Ein weiteres Kriterium zur Auswahl des geeigneten Finanzierungsmodells ist der individuelle Bedarf in Bezug auf Koordinierung bzw. Steuerung der Kooperation.

Werden gemeinschaftlicher Einkauf, Entwicklung, Betrieb oder Pflege übergeordnet koordiniert bzw. gesteuert, dann umfasst dies in der Praxis auch regelmäßig die Koordination der Finanzierung. Je nach Partnerkonstellation kann die übergreifende Koordinierung der Finanzierung durch Ressorts, Gremien, Bund, einzelne Länder oder Kommunen erfolgen. Insbesondere für Bund-Länder-Kooperationen oder Länder-Kooperationen besteht in der Praxis regelmäßig die Möglichkeit, die übergeordnete Koordinierung der Kooperation und damit auch die Finanzierung zielgerichtet und auf Basis strategischer Überlegungen auszuwählen.

Nachfolgend werden die genannten Finanzierungsmodelle und ihre Varianten jeweils mit ihren besonderen Anforderungen und Vorteilen aufgezeigt. Zu beachten ist, dass einige dieser Finanzierungsmodelle nicht für alle, sondern nur für bestimmte Partnerkonstellationen (z. B. nur für Bund-Länder- oder nur für Land-Kommunen-Kooperationen) gelten oder jedenfalls nur auf bestimmte Partnerkonstellationen zugeschnitten sind.

4.6.1.2.1 Zentrale Finanzierung

Für die zentrale Finanzierung bestehen in der Praxis mehrere Möglichkeiten. Sie kann insbesondere durch einen der Partner (Bund/ Bundesressort, Land/ Landesbehörde, Kommune/ kommunale Behörde) oder ein eingesetztes Steuerungsgremium (z. B. IT-Planungsrat oder Fachministerkonferenz) erfolgen.

An die zentrale Finanzierung (also Einer-für-alle-Finanzierung) bestehen besondere Anforderungen. Dazu gehören der dauerhafte oder zumindest längerfristige Finanzierungsbedarf und die Identifizierung des Finanziers. Die zentrale Finanzierung wird in der Praxis zumeist durch einen entsprechend belastbaren gemeinsamen Beschluss oder vergleichbare (politische) Entscheidung legitimiert (z. B. Kabinettsentscheidung zur zentralen Finanzierung durch ein bestimmtes Ressort).

Aus der zentralen Finanzierung ergeben sich besondere Vorteile. Die zentrale Finanzierung signalisiert aufgrund des Beschlusses den beteiligten Akteuren Verlässlichkeit und Kontinuität sowie politische Relevanz des Vorhabens (Stichwort: politische Signalwirkung). Bei zentraler Finanzierung entsteht nur geringer Steuerungsaufwand, weil die Zahlung bzw. Zahlungen aus einer Hand geleistet wird/ werden. Auch die kurzfristige Umsetzbarkeit ist ein Vorteil, der z. B. auch für eine Anschubfinanzierung oder Grundfinanzierung genutzt werden kann.

4.6.1.2.2 Übergreifend koordinierte Finanzierung

Übergreifend koordinierte Finanzierung durch Bundesressorts

Diese Form der übergreifend koordinierten Finanzierung ist für Partner auf Bundesebene geeignet und stellt besondere Anforderungen. Zunächst ist als Rahmen eine starke, über-

greifend koordinierte und fachlich abgestimmte Grundausrichtung der Kooperation notwendig, um die freiwillige Zusammenarbeit zielgerichtet in eine gemeinsame Richtung zu führen. Zudem ist eine „kritische Masse“ an Partnern notwendig, damit sich der Aufwand und die Kosten für die Koordination lohnen. Schlanke Strukturen für Organisation und Steuerung der Kooperation ermöglichen nicht nur eine schnelle Abstimmung und Koordinierung, sondern verringern auch den zusätzlichen Finanzbedarf. In der Praxis sind für dieses Finanzierungsmodell ggf. bilaterale Vereinbarungen der einzelnen Partner mit dem Koordinator (z. B. Ressortvereinbarungen) notwendig.

Die besonderen Vorteile dieser Form der übergreifend koordinierten Finanzierung sind die vergleichsweise kurzfristige Umsetzbarkeit und der geringe Steuerungsaufwand.

Übergreifend koordinierte Finanzierung durch Gremien, wie z. B.:

- ein eingesetztes Steuerungsgremium oder
- ein bestehendes politisch übergeordnetes Gremium (z. B. Fachministerkonferenz).

In der Praxis bedarf es hier eines belastbaren Regelwerks bzw. Vorgaben dazu, wie finanziert werden soll, was von der Finanzierung abgedeckt ist und was nicht erfasst ist. Diese Finanzierung ist insbesondere für eine zeitlich begrenzte Finanzierung oder eine Anschubfinanzierung, jedoch nicht für eine dauerhafte Finanzierung, geeignet.

Besonderer Vorteil dieses Finanzierungsmodells ist der geringere fachliche Abstimmungsaufwand als bei anderen übergreifend koordinierten Finanzierungsvarianten.

Übergreifende Koordination bei gemeinsamer Finanzierung durch Bund und Länder nach dem Königsteiner Schlüssel

In der Partnerkonstellation „Bund-alle-Länder“ ist die Festlegung des Bundesanteils eine besondere Herausforderung. Da der Königsteiner Schlüssel lediglich die Länderanteile im Verhältnis berechnet, ist bei Kooperation unter Einbindung des Bundes jeweils ergänzend der Bundesanteil abzustimmen. Knackpunkt dabei ist die Freiwilligkeit der Bundeszahlung bzw. der Festlegung der Höhe der Bundeszahlung. Der Bundesanteil muss von der beteiligten Behörde im internen Haushaltsvermerk jeweils begründet werden, was in der Praxis regelmäßig zu „Begründungs- bzw. Herleitungsnot“ führt, weil der Anteil ausgehandelt und eben nicht auf einen bestimmten Schlüssel zurückzuführen ist (wie etwa anteilig zu gleichen Teilen). Darüber hinaus werden für die Organisation und Durchführung derart finanzierter Kooperationen übergreifende Steuerungs- und Abstimmungsstrukturen benötigt.

Dieses Finanzierungsmodell ist gut für langfristige Finanzierungen geeignet und bringt besondere Vorteile mit sich. Der Königsteiner Schlüssel ist ein vielfach bewährter, akzeptierter und fairer Finanzierungsschlüssel. Er ermöglicht sowohl eine Ein-Ebenen- als auch eine Zwei-Ebenen-Finanzierung (Bund und Länder) und ist solide und tragfähig.

Übergreifend koordinierte Finanzierung durch Bund, Länder, Kommunen je nach Inanspruchnahme bzw. nach Teilnahme

Dieses Finanzierungsmodell eignet sich gut für eine langfristig angelegte Finanzierung und insbesondere auch für eine beitriffsoffene Finanzierung. Es wird in der Praxis z. B. bei der „115“ eingesetzt. Zur Unterstützung der praktischen Umsetzung sind Ebenenübergreifende Steuerungs- und Abstimmungsstrukturen notwendig.

Eine Besonderheit im Vergleich zu den anderen Finanzierungsmodellen ist, dass für die Aufbauphase des Vorhabens eine Grundfinanzierung empfehlenswert ist. Über diese Grundfinanzierung kann ein erhöhter Kostenbedarf in der Startphase gedeckt und können je nach Vorhaben ggf. erste Maßnahmen bis zur Erreichung eines Grundbetriebs durchgeführt werden. Auf dieser Basis kann dann der teilnahmebasierte Finanzierungsteil aufsetzen.

Erfolgskriterium für dieses Finanzierungsmodell ist eine absolute Kostentransparenz für alle Beteiligten, die z. B. durch detaillierte Kosteninformationen belegt wird. Die Organisation kann in der Praxis sehr aufwendig sein und bedarf daher zusätzlicher Koordinierungsstrukturen, wie z. B. beim IT-Planungsrat oder der Koordinierungs- und Geschäftsstelle bei der „115“. Es sind belastbare und auf Zuwachs ausgelegte Beteiligungsmodelle bzw. Beteiligungsstrukturen notwendig, da die Fortentwicklung ansonsten sehr schwierig ist.

Die teilnahmebasierte Finanzierungsmodell bringt besondere Vorteile mit sich. Es ist auf kleine, große und vor allem steigende Partnerzahl ausgelegt bzw. anpassbar und damit sehr gut für die beitriffsoffene Finanzierung geeignet. Es kann sowohl zur Gesamtfinanzierung als auch zur Finanzierung einzelner Vorhaben oder Teilvorhaben genutzt werden. Es ist sowohl für eine Ein- und Zwei- als auch für eine Drei-Ebenen-Finanzierung geeignet. Es ermöglicht eine solide und tragfähige Finanzierung. Für den Steuerungs- und Organisationsbedarf sollte geprüft werden, inwiefern vorhandene Steuerungs- und Organisationsstrukturen genutzt werden können.

4.6.1.2.3 Kommunalen Finanzausgleich unter fachlicher Koordination eines Landes

Unter „Kommunalen Finanzausgleich“ wird die (in der Praxis sehr unterschiedlich gehandhabte) Regelung der einzelnen Länder bezüglich der Verteilung von Landesmitteln an die Kommunen und die Umverteilung von Mitteln zwischen den Kommunen durch die Länder verstanden (Umlagefinanzierung). Dieses Instrument „kommunalen Finanzausgleich“ kann auch als Modell für die Finanzierung von Kooperation im Bereich IT und Software zwischen Ländern und Kommunen genutzt werden. Dabei kann z. B. von vorneherein ein bestimmter Anteil der Mittel für Kooperationsvorhaben von Kommunen und Land mit dem Ziel „Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software“ reserviert werden.

In diesem Finanzierungsmodell ergeben sich besondere Vorteile. So können Mittel für die Finanzierung, für die Bereitstellung und ggf. den Betrieb von Basisdiensten und Fachsoftware abgesichert werden. Dabei ermöglicht der jährliche „Finanztopf“ dem Land mehr Flexibilität, weil er nach Bedarfslage und Dringlichkeit genutzt werden kann und das Land dabei die fachliche Koordination übernimmt. Der zur Verfügung stehende Betrag ist vom Land vorab kalkulierbar und hängt nicht von der tatsächlichen Inanspruchnahme der gemeinschaftlich entwickelten oder bereitgestellten Dienste durch die Kommunen ab. Die zentrale Bereitstellung von Basisdiensten, Fachsoftware und grundlegenden Leistungen durch das Land wird in diesem Modell durch abgestimmte und überschaubare funktionale Anforderungen erleichtert. Optionale bzw. erweiterte Funktionalitäten können bei Bedarf gesondert durch die Bedarfsträger (Behörden des Landes, Kommunen) finanziert werden. Die Nutzung der bereitgestellten Dienste und Software durch die Kommunen ist freiwillig.

Dieses Finanzierungsmodell ermöglicht insgesamt eine solide, langfristige und vor allem eine nachhaltige Planung des Gesamtportfolios des Landes im Bereich IT und Software. Der Aufwand für die Abstimmung, die Organisation und Steuerung bleibt „überschaubar“, weil die Struktur des Finanzausgleichs an sich schon besteht.

Ein Praxisbeispiel ist das Land Mecklenburg-Vorpommern. Hier werden IT-Basisdienste und Fachsoftware über den kommunalen Finanzausgleich finanziert. Auf diese Weise kann das Land für die Kommunen eine Grundversorgung mit Diensten und Software bereitstellen. Die Nutzung der Dienste ist freiwillig.

4.6.1.2.4 Abschließend: vergaberechtliche Implikationen der Finanzierungsgestaltung sowie Erfolgshinweise aus der Praxis der Kooperationsfinanzierung

Unabhängig von der Auswahl des geeigneten Finanzierungsmodells sollte in jedem Fall geprüft werden, ob die Finanzierung der Kooperation auch vergaberechtlich relevante Aspekte hat, bspw. wenn nachträglich eine entgeltliche Leistungserbringung hinzu kommt, die zuvor nicht Gegenstand der Kooperation war.

Abschließend sollen an dieser Stelle zudem drei Erfolgshinweise aus der Praxis vorgestellt werden. **Auf Basis der Dokumentenanalyse und insbesondere der Interviews²¹⁸ werden folgende Lösungen aufgrund vielfacher positiver Praxiserfahrungen empfohlen:**

- Der Königsteiner Schlüssel hat sich vor allem als solides Finanzierungsinstrument bei der Kooperation zwischen Ländern – mit und auch ohne Beteiligung des Bundes – bewährt. Er wird z. B. für die Finanzierung des IT-Planungsrats genutzt. Auch der gemeinsame Betrieb und die Pflege der Anwendungen des IT-Planungs-

²¹⁸ Siehe dazu oben 3.

rats, wie z. B. „115“, Deutsches Verwaltungsdienstverzeichnis oder Behördenfinder sowie die Entwicklung und Pflege der IT-Standards, werden über dieses Modell finanziert.

- Der kommunale Finanzausgleich wird als Finanzierungsmodell für Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software bereits in mehreren Ländern praktiziert. Die Alleinstellungsmerkmale sind hier die Unterstützung der Gesamtportfolio-Planung der Länder und daran anknüpfend der Aufbau einer Grundversorgung bzw. eines Basisangebots mit wesentlichen IT-Diensten und Services.
- Für die Abwicklung der Beitragszahlungen hat sich in der Praxis das zentrale Vorgehen als sehr effizient erwiesen. Dabei können die Einziehung der Beiträge und die Abwicklung der Finanzierung (Rechnungstellung, Buchung etc.) durch ein Projektbüro oder durch einen der Partner durchgeführt. Wenn einer der Partner diese Aufgaben übernimmt, wird in der Regel keine neue Struktur eingerichtet, sondern lediglich diese zusätzliche Aufgabe an einen Verantwortlichen übertragen. Auch die Bündelung der Zahlungsabwicklung für mehrere Finanzierungen ist sinnvoll.

Der Aufwand für Maßnahmen zur Organisation und Steuerung der Kooperation (z. B. Kosten für ein Projektbüro, für die Abwicklung der Beitragszahlungen an den Betreiber o. ä.) kann per Umlage auf alle Kooperationspartner verteilt werden. Im Rahmen der Finanzierungsplanung muss dieser Aufwand neben den Kosten für Beschaffung, Entwicklung, Betrieb oder Pflege zusätzlich berücksichtigt werden. **Grundsätzlich ist im Einzelfall zu überlegen, welche Instrumente jeweils sinnvoll, bedarfsgerecht und effizient eingesetzt werden sollen.**

4.6.2 Einnahmeverteilung zwischen den Kooperationspartnern

Eine IT-Kooperation kann nicht nur Lasten begründen und damit die Frage der zulässigen Lastenverteilung aufwerfen,²¹⁹ sondern sie kann – auch wenn dies seltener der Fall sein dürfte - auch zu Einnahmen oder Vermögenszuwächsen führen. So erfolgt dies zum Beispiel, wenn zu einer bestehenden Kooperation nachträglich ein weiterer Kooperationspartner²²⁰ beitrifft und dieser sich an den durch die bisherigen Kooperationspartner bereits geleisteten Investitionen (etwa für die Entwicklung einer Software) beteiligen soll, indem er die anderen Kooperationspartner in irgendeiner Form, z. B. anteilig, „ausbezahlt“. Es stellt sich dann die – in diesem Gutachten allerdings nur anzureißende – Frage, ob und ggf. mit welchem Inhalt das Recht Rahmenbedingungen und Grenzen für die Einnahmeverteilung zwischen den jeweils beteiligten Partnern setzt. Solche Grenzen oder Leitvorgaben zur Einnahmenverteilung könnten vor allem dann bestehen, wenn und soweit die

²¹⁹ Dazu vorstehend unter 4.6.1.

²²⁰ Von vornherein unbetrachtet bleiben hier hingegen Fälle, in denen Dritte, die nicht Kooperationspartner sind oder werden, Leistungen der Kooperation nutzen. Sie können ein erhebliches Finanzierungspotenzial für die Kooperation mitbringen.

Kooperation oder die Mitwirkung daran (jedenfalls rechtlich) als staatliche Wirtschaftstätigkeit anzusehen wäre.²²¹ Damit wäre insbesondere auf die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verwiesen, die nicht nur für die Haushaltswirtschaft des Bundes, eines Landes oder einer Kommune gilt, sondern bei jeder einzelnen Maßnahme zu beachten sind. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz umfasst nach verbreiteter Auffassung die Pflicht, sowohl bestimmte Ziele mit geringstmöglichem finanziellen Einsatz zu erreichen als auch mit einem bestimmten Mitteleinsatz einen größtmöglichen Erfolg zu erzielen.²²² Insgesamt dürften jedoch die Vorgaben zur Einnahmeverteilung im Falle – der hier in Rede stehenden – *vertraglichen* Kooperationen weniger dicht sein als etwa bei Beteiligungen an institutionellen Kooperationen.²²³ **Im Einzelfall sollte geprüft werden, welche Vorgaben für die jeweils in Rede stehende IT-Kooperation in Hinblick auf die Verteilung von Einnahmen und Vermögenszuwächsen bestehen und ob die Aufnahme einer entsprechendem Regelung in einer Vereinbarung angezeigt ist.**

4.6.3 Haushalterische Umsetzung beim einzelnen Kooperationspartner

Von der Frage der Lasten- und Einnahmenverteilung *zwischen* den Partnern einer IT-Kooperation ist die Frage zu trennen, wie die Bereitstellung und Verwaltung der vom einzelnen Kooperationspartner im Rahmen solcher kooperativ finanzierter Aufgaben beizubringenden finanziellen Beiträge und Anteile finanziert werden darf und – soweit auch hier wieder Gestaltungsspielräume bestehen – unter Berücksichtigung von Zweckmäßigkeitserwägungen werden sollte. Angesprochen ist hier praktisch die *jeweilige Haushaltswirtschaft des einzelnen Kooperationspartners* und rechtlich das Haushaltsrecht, also die haushalterischen Gesetze und Regeln, Verpflichtungen und Üblichkeiten der einzelnen Kooperationspartner. Diese sind zum Teil sehr speziell und von der Praxis geprägt, weshalb sich eine umfassende Abhandlung im Rahmen dieses Gutachtens verbietet. **Daher ist generell anzuraten, frühzeitig einen kompetenten Ansprechpartner aus dem Haushaltsbereich der potentiellen Kooperationspartner hinzuzuziehen, der mit den jeweiligen Besonderheiten vertraut ist und auch die Gestaltungsspielräume einschätzen kann.**

4.6.3.1 Haushaltsrechtliche Grenzen und Rahmenbedingungen

Ausgangspunkt haushaltsrechtlicher Grenzen und Rahmenbedingungen bildet Art. 109 Abs. 1 GG, wonach Bund und Länder in ihrer Haushaltswirtschaft selbständig und voneinander unabhängig sind, sowie Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG, wonach die Gewährleistung der

²²¹ S. dazu Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Auflage 2000, Rn. 487 ff.

²²² Für den Bereich der Kommunen Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 16 Rn. 53 m.w.N.

²²³ S. z. B. zum kommunalen Zweckverband etwa § 18 HessKGG, der auf die Vorschriften des Gemeindefinanzrechts verweist.

gemeindlichen Selbstverwaltung auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung umfasst.²²⁴

Dementsprechend sollen nachfolgend die Grenzen der haushalterischen Umsetzung einer Mitwirkung an einer IT-Kooperation nach Bund (dazu 4.6.3.1.1), Ländern (dazu 4.6.3.1.2) und Kommunen (dazu 4.6.3.1.3) skizziert werden, und zwar jeweils in Hinblick auf die haushalterische Umsetzung von Lasten als auch von Einnahmen aus der Kooperation.

4.6.3.1.1 Bundesebene

Lasten

Soweit es um die Bereitstellung zur Aufgabenerfüllung notwendiger Ressourcen geht, gilt für die haushalterische Bewältigung von Lasten aus einer Mitwirkung des Bundes in einer der hier betrachteten IT-Kooperationen grundsätzlich nichts anderes als für Lasten aus anderen öffentlichen Aufgaben des Bundes. Die rechtlichen Rahmenbedingungen werden vor allem durch die grundgesetzlichen und haushaltsrechtlichen, insbesondere im Haushaltsgrundsätzegesetz, der Bundeshaushaltsordnung und den dazu gehörigen Verwaltungsvorschriften normierten Vorgaben zur Finanzplanung, zur Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sowie die Allgemeinen Haushaltsgrundsätze geprägt.²²⁵

Nach Art. 110 Abs. 1 GG sind alle Ausgaben des Bundes in den Haushaltsplan einzustellen, der durch Gesetz festgestellt wird. Dies greift § 2 S. 2 HGrG auf und definiert den Haushaltsplan als die Grundlage für die Haushalts- und Wirtschaftsführung. Diese Rechts- und Kontrollfunktion sieht im Haushaltsplan das Instrument, durch das die Verwaltung bei ihrer Aufgabenerfüllung (im Voraus) an die Ausgabenermächtigung gebunden ist und das (im Nachhinein) dem Nachweis der Einhaltung der Ermächtigungen dient.²²⁶ Ausgaben dürfen nur geleistet werden, wenn sie von einem Haushaltsplan bzw. einem Haushaltsgesetz festgestellt, also die veranschlagten Mittel bewilligt worden sind. Dabei verdienen im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Grundsätze der Vorrangigkeit und – als Grundsatz zur Aufstellung des Haushaltsplans – der Einzelveranschlagung (sachliche Spezialität) besonderer Erwähnung, weil und soweit die Implementierung von IT allgemein und nochmal mehr im Wege der Eingehung von Software-Kooperationen es in der Praxis häufig notwendig macht, Finanzmittel rasch einem veränderten Bedarf anpassen zu können.

Nach Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG wird der Haushaltsplan für ein oder mehrere Rechnungsjahre, nach Jahren getrennt, vor Beginn des ersten Rechnungsjahres durch Haushalts-

²²⁴ Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 1 und 52 f.

²²⁵ Dazu Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Kap. 7 und 9 bis 11.

²²⁶ Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 679.

gesetz festgestellt. Ausgaben, auch im Rahmen einer Mitwirkung an einer IT-Kooperation, dürfen also grundsätzlich nur getätigt werden, soweit sie im Haushaltsgesetz bzw. im Haushaltsplan vor Beginn des Rechnungsjahres festgestellt worden sind. Der Grundsatz der Vorherigkeit dient auf diese Weise einmal dem Ziel einer geordneten Finanzwirtschaft und zum anderen der Verwirklichung des Budgetrechts des Parlaments.²²⁷ Von dieser Vorherigkeit kann – abgesehen von den hier nicht näher betrachteten Möglichkeiten des Nothaushaltsrechts und der vorläufigen Haushaltsführung²²⁸ – nur unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden, etwa in Form von „Nachträgen“ zum Haushaltsgesetz und zum Haushaltsplan nach § 33 BHO. Diese kommen in Betracht, sobald das Haushaltsgesetz zustande gekommen ist und sich bei der Ausführung des Haushalts Änderungsbedarf ergibt, allerdings nur solange, wie der Haushalt, auf den sich der jeweilige Nachtrag bezieht, Grundlage der Haushaltsausführung ist (vgl. § 33 S. 2 BHO).²²⁹ Zu beachten ist außerdem, dass Nachträge wie der Haushaltsplangesetzentwurf und das Haushaltsgesetz zu behandeln sind (vgl. § 33 S. 1 BHO), sie also selbst eines Parlamentsbeschlusses bedürfen.

In der Folge der zeitlichen Anforderungen des Vorherigkeitsgrundsatzes hängt die Flexibilität der Ressourcenbereitstellung, wie sie auch für die Mitwirkung an vertraglichen IT-Kooperationen von Bedeutung ist, vor allem von den Anforderungen ab, unter denen die jeweils benötigten Ressourcen als im Haushaltsplan hinreichend veranschlagt gelten. Nicht selten werden Zweck und Gegenstand einer sich anbietenden IT-Kooperation in concreto nicht bereits mit dem zeitlichen Vorlauf bekannt sein, dessen es nach dem Grundsatz der Vorherigkeit eigentlich bedarf. Antwort auf die Problematik der sachlichen Spezialität einer Veranschlagung gibt der Grundsatz der Einzelveranschlagung in § 17 BHO, der das Bruttoprinzip für die Haushaltsaufstellung konkretisiert und der sich vor allem aus § 12 Abs. 2, 4 und 5 HGrG ableitet. Der Haushaltsplan muss mit seinen Ansätzen und Zweckbestimmungen grundsätzlich so genau sein, dass eine wirksame Bindung der Regierung (bzw. der Verwaltung) an den fiskalischen Willen des Parlaments eintritt. Im kameralen Haushalt ist daher die jeweilige Zweckbestimmung – weil gleichsam die Grenze der Haushaltsdisposition markierend²³⁰ – präzise zu formulieren, so dass keine Zweifel über die Auslegung entstehen.²³¹

Allerdings können zusammengehörende Ausgaben unter einer gemeinsamen Zweckbestimmung in einem Titel zusammengefasst werden. Auch ist zu beachten, dass sich für bestimmte Aufgabenbereiche standardisierte Vorgaben für die Zweckbestimmung herausgebildet haben, die vor allem in den Haushaltstechnischen Richtlinien des Bundes

²²⁷ Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 774.

²²⁸ Dazu Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 779 ff.

²²⁹ Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 776.

²³⁰ Häußler, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 17 Rn. 10.

²³¹ Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 842.

(HRB) niedergeschrieben sind. Bei den verschiedenen Ausgaben für Informationstechnik, bei denen für eine Veranschlagung mehr als ein Titel in Betracht kommen kann, ist sogar einer Festtitelgruppe IT vorgesehen.²³² Ob die Zweckbestimmung im konkreten Fall – also etwa im Rahmen einer vertraglichen IT-Kooperation – eine Verwendung der Mittel für eine bestimmte Maßnahme – also z. B. für den (gemeinsamen) Einkauf oder die (gemeinsame) Entwicklung einer Software – zulässt, ist jeweils im Wege der Auslegung zu ermitteln. Aus Sicht des Haushaltsvollzugs wiederum ergibt sich aus der Einzelveranschlagung, dass Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen nur zu dem im Haushaltsplan umschriebenen Zweck, soweit und solange er fort dauert, geleistet oder in Anspruch genommen werden dürfen (vgl. § 45 BHO).²³³

Vor diesem Hintergrund sollte bereits in der Phase der Anbahnung der Software-Kooperation, in der nicht selten noch Gestaltungsspielraum besteht, was genau Gegenstand der Kooperation und damit der haushalterischen Finanzierung sein soll, der Rat der für die Haushaltsplanung und -ausführung zuständigen Verwaltungsmitarbeiterinnen und -mitarbeiter eingeholt werden. Dabei können sich Finanzierungsmöglichkeiten auch aus der Festlegung von Übertragbarkeiten und Deckungsfähigkeiten als Ausnahmen von der Einzelveranschlagung ergeben (vgl. § 15 HGrG).²³⁴ Schließlich sind die Unterschiede in den haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten, die sich mit der Umstellung auf Produkthaushalte, mit der Einführung der Budgetierung oder mit dem Einsatz von Globalhaushalten ergeben.²³⁵

Einnahmen und Vermögenszuwächse

Grundsätzlich steht es dem Bund zu, Einnahmen aus wirtschaftlicher Tätigkeit zu erlösen. Dies gilt auch für Einnahmen oder Vermögenszuwächse aus hier in Rede stehenden IT-Kooperationen, etwa in dem Fall, dass der Bund einem Land oder auch mehreren Ländern eine Software gegen Entgelt zur Verfügung stellt oder erwirbt. Solche Erlöse aus dem Verkauf von Gütern und Diensten bzw. aus Vermögensveräußerungen stellen wie Mieten nur einen Teil der verschiedenen Arten an Einnahmen aus der wirtschaftlichen Tätigkeit dar, die der Staat nicht wie Abgaben kraft seiner Finanzhoheit, sondern aufgrund seiner Betätigung am wirtschaftlichen Prozess erzielt.²³⁶

Auch wenn Art. 110 Abs. 1 GG bestimmt, dass alle Einnahmen und Ausgaben des Bundes in den Haushaltsplan einzustellen sind, bedarf es zur Entgegennahme von Zahlun-

²³² Häußler, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 17 Rn. 13.

²³³ Häußler, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 17 Rn. 7.

²³⁴ Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 849.

²³⁵ Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 848, 851 ff. und 854.

²³⁶ Vgl. Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Auflage 2000, Rn. 456 f.

gen – anders als für die Vornahme von Ausgaben – keiner Ermächtigung im Haushaltsplan.²³⁷ Eine wichtige, haushaltsrechtliche Grenze in Hinblick auf Einnahmen aus einer IT-Kooperation kann sich aber aus § 63 BHO ergeben. Nach § 63 Abs. 1 BHO sollen Vermögensgegenstände – zu denen alle Gegenstände (bewegliche und unbewegliche Sachen, Rechte, tatsächliche Werte), denen nach der Verkehrsanschauung ein Geldwert beizumessen ist, gezählt werden²³⁸ und die damit auch Software sowie Entwicklungs-, Betriebs- oder Pflegeleistungen umfassen dürften – nur erworben werden, soweit sie zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes in absehbarer Zeit erforderlich sind. Der Begriff des Bedarfs in absehbarer Zeit nimmt Bezug zu der allgemeinen Vorschrift des § 34 Abs. 2 S. 1 BHO, nach der Ausgaben nur soweit und nicht eher geleistet werden dürften, als sie zur wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung erforderlich sind. Das heißt, auch im Rahmen von IT-Kooperationen gilt, dass der Bund einen Vorratserwerb vermeiden soll bzw. nur in angemessenen zeitlichen Grenzen „(absehbar“) tätigen darf, damit eine wirtschaftliche Verwaltung gewährleistet bleibt.²³⁹ **Es ist also auch im Rahmen einer IT-Kooperation im Einzelfall genau zu prüfen, ob der Erwerb einer Software oder einer IT-Dienstleistung diese Grenzen eines zulässigen Vorratserwerbs einhält.**

Soweit sich umgekehrt eine IT-Kooperation aus Sicht des Bundes als Veräußerung eines Vermögensgegenstandes (z. B. einer Software) oder auch als Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes darstellt, darf der Bund dies nur tun, wenn er den Vermögensgegenstand bzw. dessen Nutzungsmöglichkeit zur Erfüllung seiner Aufgaben in absehbarer Zeit nicht benötigt (§ 63 Abs. 2 S. 1 und Abs. 4 BHO). Allerdings dürfte im speziellen Fall von Software zu berücksichtigen sein, dass Eigentum und Nutzung von Software technisch und rechtlich teilbar sind. Soweit daher der Bund z. B. eine Software einem Land überlässt, braucht dieser nicht in der eigenen Nutzungsmöglichkeit der Software eingeschränkt zu sein, so dass er dann durch § 63 Abs. 2 S. 1 und Abs. 4 BHO nicht an der Überlassung gehindert sein dürfte, sollte er die Software weiterhin auch selbst benötigen und nutzen.

Gemäß § 63 Abs. 3 S. 1 BHO dürften Vermögensgegenstände nur zu ihrem vollem Wert veräußert werden.²⁴⁰ Für die Überlassung der Nutzungsmöglichkeit gilt entsprechendes (§ 63 Abs. 4 BHO). Eine unentgeltliche Veräußerung oder Überlassung scheidet also auch im Rahmen einer IT-Kooperation grundsätzlich aus. Als „voller Wert“ wird der Verkehrswert angesehen, also der Preis, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der

²³⁷ Siekmann, in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 110 Rn. 12 u. 24; Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 687.

²³⁸ Wernsmann, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 63 Rn. 2.

²³⁹ Wernsmann, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 63 Rn. 3.

²⁴⁰ Zu § 63 Abs. 3 BHO vgl. auch das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse´ (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 59.

Beschaffenheit des Gegenstandes bei einer Veräußerung oder Nutzungsüberlassung zu erzielen wäre (vgl. auch Nr. 2 zu § 63 der VV zur BHO).²⁴¹

Vom Grundsatz der Veräußerung oder Nutzungsüberlassung zum vollen Wert (§ 63 Abs. 3 S. 1 BHO) sind wiederum unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen Ausnahmen zulässig, die dann auch eine unentgeltliche Veräußerung oder Nutzungsüberlassung rechtfertigen können.²⁴² Vom Erfordernis des vollen Werts kann zum einen abgesehen werden, wenn dies im Haushaltsplan vorgesehen ist (§ 62 Abs. 3 S. 2 BHO).²⁴³ Zum anderen kann das Bundesministerium der Finanzen (BMF) Ausnahmen zulassen, wenn der Wert gering ist oder ein dringendes Bundesinteresse besteht (§ 62 Abs. 3 S. 3 BHO). Eine solche Ausnahme wegen geringen Werts hat das BMF mit Nr. 3 zu § 63 der VV zur BHO für Vermögensgegenstände, die 25.000 € nicht übersteigen, in genereller Form erklärt. Soweit eine Veräußerung getätigt wird, sieht die BHO im Rahmen von § 63 BHO – anders als etwa im Fall des § 64 Abs. 2 und § 65 Abs. 7 BHO – keine Beteiligung des Parlaments vor. Zur Feststellung des Verkehrswertes sind alle Umstände, die den Preis beeinflussen, abgesehen von ungewöhnlichen oder persönlichen Verhältnissen, zu berücksichtigen; ist ein Marktpreis so feststellbar, bedarf es keiner gesonderten Wertermittlung.²⁴⁴

Da § 63 BHO keine Außenwirkung hat, zeitigt ein Verstoß gegen diese Vorschrift, insbesondere gegen dessen Absätze 2 bis 4, grundsätzlich keine Rechtsfolgen für das Kooperationsgeschäft.²⁴⁵

In Ausnahmefällen könnte eine Nichtigkeit in Betracht kommen, soweit der in § 63 Abs. 2 bis 4 BHO zum Ausdruck kommende Grundsatz, dass der Bund nichts verschenken darf, als ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB oder als Teil der guten Sitten im Sinne von § 138 BGB angesehen werden kann.²⁴⁶

4.6.3.1.2 Landesebene

Lasten

Für die haushalterische Bewältigung von Lasten aus einer Mitwirkung der Länder in einer der hier betrachteten IT-Kooperationen kann auf die Ausführungen zur

²⁴¹ Vgl. auch Wernsmann, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 63 Rn. 6.

²⁴² Wernsmann, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 63 Rn. 7.

²⁴³ S. dazu auch Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 59 f.

²⁴⁴ Wernsmann, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 63 Rn. 6.

²⁴⁵ Gatzler, in: Piduch (Hrsg.), Bundshaushaltsrecht, Kommentar, Loseblatt, Stand: Nov. 2011, § 63 Rn. 10; Wernsmann, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 63 Rn. 11.

²⁴⁶ Vgl. BGHZ 36, 395 (Ls. 1); 47, 30 (Ls. 2). Auch Wernsmann, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 63 Rn. 11.

Bundesebene verwiesen werden. Die Empfehlung gilt hier entsprechend. Die maßgeblichen Gesetze und Vorschriften, insbesondere die Landeshaushaltsordnungen der Ländern sehen weitgehend gleichgerichtete Rahmenbedingungen vor. Insbesondere gilt gemäß Art. 110 Abs. 2 GG der Grundsatz der Vorherigkeit auch für die Länder. In den Landeshaushaltsordnungen findet sich der Grundsatz der Einzelveranschlagung weitgehend regelungsähnlich wieder. Standardisierungen in der Zweckbestimmung für den Aufgabenbereich der IT, die den erwähnten Standardisierungen der Haushaltstechnischen Richtlinien des Bundes (HRB) vergleichbar sind, sind auch in den Haushalten der Länder festzustellen.²⁴⁷

Einnahmen und Vermögenszuwächse

Was die Seite der Einnahmen und Vermögenszuwächse betrifft, kann vergleichbar auf die Ausführungen zur Bundesebene verwiesen werden.²⁴⁸ Insbesondere § 63 BHO ist in den Landeshaushaltsordnungen der Länder weitestgehend inhaltsgleich geregelt.²⁴⁹ Hervorzuheben sind § 63 Abs. 3 LHO LSA und § 63 Abs. 4 S. 2 NdsLHO, die eine unentgeltliche Abgabe von Software zur Informationsverarbeitung an andere Stellen der öffentlichen Verwaltung ermöglichen, sofern Stellen der Landesverwaltung diese Software entwickelt oder erworben haben und soweit Gegenseitigkeit besteht.²⁵⁰

4.6.3.1.3 Kommunale Ebene

Auf kommunaler Ebene ergeben sich die haushaltsrechtlichen Grenzen für die Mitwirkung an Software-Kooperationen zunächst aus den Kommunalgesetzen der Länder, die grundlegende Vorschriften zur Planung, Aufstellung, Ausführung und Abrechnung des Kommunalhaushalts enthalten.²⁵¹ In der Sache folgen diese Vorschriften in vielen Hinsichten den dargestellten Haushaltsgrundsätzen für Bund und Länder.²⁵² Weitere Einschränkungen können sich eventuell neben der Gemeindeordnung aus dem jeweiligen Gesetz über die (inter-)kommunale Zusammen-/ Gemeinschaftsarbeit ergeben. In NRW gilt z. B. das Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit, das etwa Bestimmungen über die Zweckverbände, kommunale Gemeinschaftsunternehmen etc. trifft. Je nach Bundesland könnten hier weitere Vorgaben auch für weniger organisatorisch verfestigte

²⁴⁷ Häußler, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/ LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 17 Rn. 13 u. 84.

²⁴⁸ S. dazu vorstehend unter 4.6.3.1.1.

²⁴⁹ S. dazu auch das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 59 f.

²⁵⁰ S. dazu Rabenschalg, in: Heuer/ Engels/ Eibelshäuser (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht, Loseblatt, Stand: Dezember 2013, § 63 Rn. 28. Möglicherweise einschlägige Abweichungen finden sich zudem in Form des (zusätzlichen) § 63a LHO MV. Vgl. auch § 63 Abs. 3 S. 3 BbgLHO und § 63 Abs. 3 S. 3 LHO NW. Siehe außerdem das Gutachten „Rechtswissenschaftliche Evaluierung der `Kieler Beschlüsse` (EvaKB)“ im Auftrag des IT-Planungsrates“ (November 2012; Institute of Electronic Business e.V./ Büsing, Müffelmann & Theye), S. 59 f.

²⁵¹ Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 58.

²⁵² Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 704.

Zusammenarbeitsstrukturen bestehen; häufig wird auch schlicht auf die jeweiligen Haushaltsgrundsätze der Gemeindeordnung verwiesen.

Lasten

So sind die allgemeinen Vorgaben der Wirtschaftlichkeit, Effizienz und Sparsamkeit der Haushaltsführung (s. etwa § 75 GO NW, §110 Abs. 2 NKomVG; die Gemeindeordnungen der anderen Länder enthalten weit überwiegend entsprechende Bestimmungen) von den Gemeinden nicht nur bei der Planung, sondern auch beim Umgang mit Finanzen insgesamt zu beachten. Diese Grundsätze kommen z. B. einem Modell entgegen, in dem eine Gemeinde sich im Vergleich mit einer anderen bei ähnlichem Nutzen in besonders hohe Kosten „stürzen“ würde. Auch dürften die Kosten, Chancen oder Risiken der Aufgabewahrnehmung im Wege der Kooperation nicht völlig außer Verhältnis zu anderen Varianten der Aufgabenerfüllung stehen. Ähnliches dürfte für die Beantwortung der Frage gelten, ab wann der oder die kommunalen Amtsinhaber bei ihrer Entscheidung über die Kooperation eine Amtspflicht verletzen.

Rechtliche Grenzen bei IT-Kooperationen könnten sich auch aus dem generellen Örtlichkeitsprinzip der kommunalen Aufgabewahrnehmung ergeben, wie etwa in den Vorschriften der §§ 4, 5 Abs. 1 und 2 NKomVG normiert, die insoweit durch die Kommunalaufsicht nur auf Rechtsverstöße hin zu kontrollieren sind. Das Örtlichkeitsprinzip kann eine Grenze des Zulässigen sein, wenn die IT-Leistungen gar nicht oder kaum für eine Kommune erbracht werden, diese Kommune aber dann einen Großteil der Finanzierung erbringen soll.

Einnahmen und Vermögenszuwächse

Auch was die Seite der Einnahmen und Vermögenszuwächse betrifft, bestehen für die Gemeinden haushaltsrechtliche Rahmenbedingungen, die sich zunächst aus den Gemeindeordnungen der Länder ergeben und auch im Rahmen der hier in Rede stehenden Software-Kooperationen zu beachten sind. Dabei ähnelt die Rechtslage derjenigen des Bundes und der Länder, weicht von diesen aber in Teilen ab. So soll die Gemeinde insbesondere Vermögensgegenstände nur erwerben, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist (s. etwa § 91 Abs. 1 BWGO, Art. 74 Abs. 1 BayGO, § 90 Abs. 1 NWGO, § 89 Abs. 2 SächsGO).²⁵³ Was die Erfüllung dieser Voraussetzung anbelangt, kommt den Gemeinden allerdings ein weiter Spielraum zu. Denn einmal steht es innerhalb weit gezogener Grenzen in ihrem Ermessen, welche Aufgaben sie verfolgen. Zum anderen muss nicht der Vermögensgegenstand, sondern sein Erwerb zur Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben erforderlich sein, und bei der Beurteilung dieser Erforderlichkeit

²⁵³ Dazu und zum Folgenden Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 16 Rn. 101 ff. m.w.N. Siehe auch § 108 Abs. 1 HessGO, der ähnlich wie § 63 BHO (s. dazu oben 4.6.3.1.1) und die vergleichbaren Vorschriften der LHO der Länder (dazu 4.6.3.1.2) formuliert: „in absehbarer Zeit erforderlich“.

garantiert das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde wiederum einen weiten Beurteilungsspielraum.²⁵⁴ Ungeachtet dessen bestehen Unsicherheiten, was genau unter dem Erwerb von Vermögensgegenständen zu verstehen ist,²⁵⁵ so dass gerade in Hinblick auf die hier in Rede stehenden Kooperationsgegenstände fraglich ist, wann genau der Anwendungsbereich überhaupt eröffnet ist.

Umgekehrt ist die Veräußerung von Vermögensgegenständen den Gemeinden nach den Vorschriften der Kommunalgesetze nur gestattet, wenn sie diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht brauchen (s. etwa § 92 Abs. 1 S. 1 BWGO, Art. 75 Abs. 1 S. 1 BayGO).²⁵⁶ Ähnlich wie Bund und Länder dürfen die Gemeinden Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußern (vgl. § 92 Abs. 1 S. 2 BWGO, Art. 75 Abs. 1 S. 2 BayGO), was ein Schenkungsverbot einschließt; Ausnahmen hiervon sind im öffentlichen Interesse zulässig (s. etwa § 109 Abs. 3 S. 1 HessGO²⁵⁷). Das so gekennzeichnete Veräußerungsverbot gilt sinngemäß auch für die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes (s. etwa § 92 Abs. 2 BWGO, Art. 75 Abs. 2 u. 3 BayGO, § 109 Abs. 2 HessGO, § 90 Abs. 4 NWGO, § 90 Abs. 2 SächsGO).

Zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die genannten Vorgaben bestehen ähnliche Unsicherheiten wie auf der Ebene des Bundes und der Länder.²⁵⁸ Dies gilt insbesondere im Hinblick auf §§ 134, 138 BGB. So hat die Rechtsprechung Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot der Veräußerung oder Nutzungsüberlassung unter Wert verstoßen, als nichtig nach § 134 BGB erklärt.²⁵⁹

Nur hingewiesen werden kann an dieser Stelle, dass – falls die Ausgestaltung der Kooperation als wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden einzustufen ist – neben den skizzierten kommunalhaushaltsrechtlichen Vorschriften auch die für die wirtschaftliche Betätigung geltenden Vorschriften des Landesrechts beachtet werden müssen (s. etwa §§ 136 ff. NWGO).²⁶⁰

4.6.3.2 Zweckmäßige Ausfüllung bestehender Gestaltungsspielräume zur haushalterischen Umsetzung

Die skizzierten, durch das Haushaltsrecht des Bundes, der Länder und Kommunen gezogenen rechtlichen Grenzen eröffnen für haushalterische Umsetzung einer Beteiligung

²⁵⁴ Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 16 Rn. 103.

²⁵⁵ S. dazu etwa Richter, in: Henneke/ Pünder/ Waldhoff, Recht der Kommunal Finanzen, 2006, § 38 Rn. 76, der Erwerb von Eigentum und der Inhaberschaft von verwertbaren Rechten, nicht aber die Erlangungen bloßer obligatorischer Nutzungsrechte wie z. B. eines Mietrechts erfassen will.

²⁵⁶ Auch hier formuliert § 109 Abs. 1 S. 1 HessGO zusätzlich: „in absehbarer Zeit nicht braucht“. Zusätzliche Kriterien sowie eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde sehen § 90 Abs. 1 S. 1 SächsGO und § 90 Abs. 3 SHGO vor.

²⁵⁷ Strenger ist das Veräußerungsverbot z. B. in Art. 75 Abs. 3 BayGO normiert.

²⁵⁸ S. dazu oben 4.6.3.1.1; speziell zu den Gemeinden Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 16 Rn. 111 f.

²⁵⁹ BayObIG, in: NVwZ-RR 1996, S. 342 (342); OLG Jena, in: LKV 2006, S. 94 (94 f.). Kritisch Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 16 Rn. 111 f.

²⁶⁰ Dazu Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 14, insbes. Rn. 65 ff. und 154 ff.

an einer IT-Kooperation einen gewissen Spielraum für den jeweiligen Kooperationspartner.

Zur Sicherstellung der Finanzierung sollten bereits bei Kooperationsanbahnung bzw. so früh, wie der Bedarf absehbar ist, Mittel im Haushalt eingeplant werden. Je nach Kooperationsgegenstand und Zeitplan für das Vorhaben muss auch vorausschauend geplant werden. Für Behörden aus Bund, Ländern und Kommunen ist ergänzend zum jährlichen Haushaltsplan ein mehrjähriger Finanzplan gesetzlich vorgeschrieben (s. Stabilitäts- und Wachstumsgesetz (StWG)). Kommunale Gebietskörperschaften sollten prüfen, ob sie als Grundlage für ihre mehrjährige Finanzplanung zusätzlich ggf. ein Investitionsprogramm aufstellen müssen. Bei Bund und Ländern wird in der Praxis auf die Investitionspläne der Ministerien zurückgegriffen.

Insbesondere bei Beschaffung oder Entwicklungskooperationen sollten von Anfang auch der spätere Betrieb bzw. die Pflege in der Mittelplanung berücksichtigt werden, auch wenn noch offen ist, wo dies erfolgen soll.

5 Hervorzuhebende Regelungsbedarfe

Die Analyse hat gezeigt, dass Kooperationen im fachlichen Umfang sehr unterschiedlich gestaltet sein können bzw. müssen und damit unterschiedliche Anforderungen an die Tiefe der Zusammenarbeit stellen. Sich der notwendigen Kooperationstiefe bewusst zu sein, ist die Voraussetzung für die individuell angemessene Auswahl des Kooperationsformats und die Ausgestaltung der Kooperationsvereinbarung. Je tiefer man kooperiert, desto größer ist die Abhängigkeit der Partner voneinander. Dies wiederum wirkt sich erheblich darauf aus, wie die Kooperation von Beginn an vorbereitet und wie die Kooperationsvereinbarung angelegt sein sollte. Eine langfristige Kooperation mit erheblichen Vorleistungen der Beteiligten wird besser gelingen, wenn Fragen der Organisation, Finanzierung, Steuerung und Anpassung geregelt sind und sich die Partner ihrer Interessen, Ziele und Möglichkeiten bewusst sind. In einer kurzfristigen Kooperation kann eher darauf verzichtet werden und können auch größere Interessengegensätze oftmals leichter verarbeitet werden. Andererseits können in einer langfristigen Kooperation Vertrauen und Zuverlässigkeit verbindliche Absprachen und genaue Regelungen eher ersetzen als in einer kurzfristigen Zusammenarbeit.

Eine umfassende Kooperation stellt besondere Anforderungen an die Partner und an die Zusammenarbeit im Rahmen der Kooperation:

- Die gemeinsame Struktur und die darauf basierenden Einzelentscheidungen lässt weniger Flexibilität für die Partner zu.
- Es besteht mehr fachlicher Regelungsbedarf sowie der Bedarf an Regelungen zur Organisation, Kommunikation und Steuerung in der Kooperation.
- Unterschiedliche Motive und Interessen können im Laufe der Zeit zu Problemen führen.
- Veränderungen der personellen Besetzung, der Prioritäten der Partner und der politischen Parameter können Änderungsbedarfe produzieren.
- Reputationseffekte, gemeinsames Wissen und Erfahrungen können Mitnahmegewinne verhindern und die Notwendigkeit von zeitaufwendigen Aushandlungen und fixierten Anpassungen sowie das Ausmaß an Formalisierung verringern.
- Eine tiefe Kooperation mit kleinem Partnerkreis erfordert häufig weniger Aufwand bezüglich Organisation, Kommunikation und Steuerung als im großen Partnerkreis.
- Eine tiefe Kooperation benötigt zumeist Aufgaben- und Rollenabstimmung innerhalb der eigenen Strukturen jedes Kooperationspartners, weil zahlreiche Verantwortliche bzw. Verantwortliche aus verschiedenen Bereichen mit einbezogen sind.
- Die Kooperation benötigt Aufgaben- und Rollenabstimmung sowie die Festlegung von Prozessen zwischen den Partnern.
- Für die Zeitziele im Gesamtvorhaben sind die besonderen Anforderungen an Kommunikation und Detailabstimmung zu berücksichtigen.

- Rechtliche Fehler fallen zumeist schwerer ins Gewicht, da sie Folgewirkungen aufweisen können. Andererseits bestehen in größerem Umfang Lern- und Anpassungsmöglichkeiten.

Für umfassende Kooperation ist neben der Abstimmung der fachlichen Fragen die Ausgestaltung der Zusammenarbeit ein entscheidender Erfolgsfaktor. Die Kooperationsvereinbarung sollte insbesondere Instrumente zur Organisation und Steuerung, wie z. B. Arbeits- und Entscheidungsstrukturen sowie Kommunikationswege, umfassen.

Nachfolgend werden die in den einzelnen Kooperationsbereichen (vorstehend 4.3 bis 4.6) identifizierten Regelungsbedarfe zusammengefasst, die in einer vertraglichen Regelung geregelt sein sollten. Dazu muss jeweils im Einzelfall überlegt werden, welche der Fragen im konkreten Fall relevant sind und wie die Ausgestaltung aussehen soll.

In Vorbereitung der Kooperationsvereinbarung sind zahlreiche organisatorische, fachliche, technische und rechtliche Fragen zwischen den Partnern abzustimmen. Die wichtigsten Punkte sollten auch in der vertraglichen Vereinbarung schriftlich festgehalten werden. Die Schriftlichkeit erlaubt, dass auch bei einem personalen Wechsel bei den Kooperationspartnern die Grundlagen und Inhalte der Vereinbarung nachvollziehbar sind.

Regelungsbereiche	Beschreibung
Zielsetzung	<ul style="list-style-type: none"> • Beschreibung dessen, was die Partner mit der Kooperation erreichen wollen • Anhand der Zielsetzung werden das gemeinsame Vorgehen, die Organisation, die Steuerung, die Finanzierung und weitere Regelungspunkte ausgerichtet
Gegenstand der Kooperation bzw. Kooperationszweck	<ul style="list-style-type: none"> • Darstellung der Schwerpunkte der Kooperation bzw. Beschreibung Geschäftsmodell mit Fokus <ul style="list-style-type: none"> ○ Einkauf ○ Entwicklung ○ Betrieb ○ Pflege ○ bzw. der jeweiligen Kombination • Abgrenzung der Kooperationsbreite und des Umfangs
Inkrafttreten, Geltungsdauer, Laufzeit	<ul style="list-style-type: none"> • Festlegung des Beginns und der vorgesehenen Laufzeit • In der Praxis wird das Ende der Laufzeit oft nicht mit Termin oder Frist festgelegt sondern an ein bestimmtes Ergebnis geknüpft • Es kann auch ein regelmäßiger Prüftermin für eine Verlängerungsoption festgelegt werden • Die Laufzeit ist Grundlage für die verbindliche Finanzplanung und Kostenschätzung

Regelungsbereiche	Beschreibung
Beendigung	<ul style="list-style-type: none"> • Festlegung dazu, unter welchen Bedingungen und mit welchen Maßnahmen eine Auflösung der Kooperation vorgenommen werden kann • Festlegung dazu, ob, wie, mit welcher Frist und mit welchen Konsequenzen (für beide Seiten) ein Kooperationspartner kündigen kann
Nachträglicher Beitritt	<ul style="list-style-type: none"> • Festlegung dazu, ob die Kooperation offen oder geschlossen sein soll • Festlegung, wie mit nachträglichem Beitritt organisatorisch, finanziell und praktisch umgegangen wird <ul style="list-style-type: none"> ○ Beitrittskandidaten ○ Beitrittsbedingungen ○ Anpassung der Finanzierung/ Beitragszahlung ○ ggf. Festlegung eines „Eintrittsgelds“ • Ggf. Kompensation für Partner der „ersten Stunde“
Vertraulichkeit	<ul style="list-style-type: none"> • Regelung dazu, welche Informationen und Erkenntnisse ggf. vertraulich zu behandeln sind • Festlegung dazu, ob die Vertraulichkeit ggf. auch über die Kooperation hinaus zu wahren ist • ggf. Abstimmung mit Vorschriften der Informationsfreiheitsgesetze
Nutzungsrechte, Ergebnisweitergabe	<ul style="list-style-type: none"> • Regelung, wie mit den Ergebnissen der Kooperation (z. B. beschaffte oder entwickelte Fachsoftware) umgegangen werden soll • Regelung der Nutzungsrechte und Ergebnisweitergabe in der laufenden Kooperation und über die Kooperation hinaus
Haftung, Haftungsausschluss, Gewährleistung	<ul style="list-style-type: none"> • Information dazu, wie mit Haftungsfragen umgegangen wird
Technische Standards, Methoden, Regeln	<ul style="list-style-type: none"> • Festlegung dazu, welche Standards, Methoden und Regeln genutzt werden sollen bzw. welche Anforderungen hier bestehen, z. B. bzgl. <ul style="list-style-type: none"> ○ IT-Sicherheit ○ Datenschutz ○ Barrierefreiheit ○ Schnittstellen
Organisation	<ul style="list-style-type: none"> • Festlegung von Maßnahmen oder Prozessen zur Unterstützung der gemeinsamen Organisation, z. B. <ul style="list-style-type: none"> ○ Mitwirkungspflichten ○ Verteilung von Rollen und Aufgaben ○ Federführerschaft ○ Kommunikation und Prozesse in der Zusammenarbeit

Regelungsbereiche	Beschreibung
	<ul style="list-style-type: none"> ○ Einrichtung eines Projektbüros (z. B. bei einem der Partner angehängt) ○ Berufung einer Arbeitsgruppe ○ Projektbüro ○ Öffentlichkeitsarbeit
Steuerung	<ul style="list-style-type: none"> ● Festlegung, was gesteuert werden soll (auf Basis der Vorab-Prüfung, ob grundsätzlich Bedarf an Steuerung besteht) ● Festlegung von geeigneten Maßnahmen oder Prozessen für die Entscheidungsfindung in der Kooperation, z. B. Mehrheitsverhältnisse zur Entscheidung, Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens, Berufung eines Gremiums: <ul style="list-style-type: none"> ○ Lenkungsausschuss ○ Kooperationsausschuss ○ Koordinierungsstelle
Beschaffung	<ul style="list-style-type: none"> ● Festlegung, ob eine gemeinsame Beschaffung Thema des Vertrags ist oder nicht ● Darstellung von Abstimmungs- oder Kommunikationsprozessen oder Vorgehensbeschreibungen bei der Beschaffung im Rahmen der gemeinsamen Kooperation ● Feststellung, ob es für die Beschaffung „In-house-Optionen“ gibt, und Beschreibung des Nutzungsweges im Rahmen der Kooperation ● Beschreibung von Restriktionen oder Besonderheiten
Aufwand und Kosten	<ul style="list-style-type: none"> ● Bereitstellung einer Aufwands- und Kostenschätzung ● Regelung dazu, wer die Schätzung bei länger laufenden Kooperationen überprüft und ggf. anpasst
Finanzierung	<ul style="list-style-type: none"> ● Beschreibung des Finanzierungsmodells und des Verteilungsschlüssels ● Bereitstellung des Finanzplans ● Darstellung von Mengen, Preise und Konditionen von Leistungen für ein entgeltbasiertes Modell ● Festlegung der Abrechnungsmodalitäten
Änderungen bzw. Änderungsbedarf	<ul style="list-style-type: none"> ● Festlegung der Regeln für den Umgang mit Änderungen in unterschiedlichen Bereichen, z. B. <ul style="list-style-type: none"> ○ Technische Änderungen durch Fortschritt oder veränderte Anforderungen ○ Partnerkreis verändert sich, weil ein Partner austritt ○ Zielsetzung soll angepasst werden, weil sich Rahmenbedingungen geändert haben

Regelungsbereiche	Beschreibung
Übergangsregelung	<ul style="list-style-type: none"> • Information dazu, dass ob Übergangsphasen erwartet werden und ob dazu bestimmte Festlegungen getroffen werden müssen, z. B. wenn <ul style="list-style-type: none"> ○ eine Aufbauphase vorgesehen ist, ○ eine Anschubfinanzierung vorgesehen ist, ○ die einzurichtenden Strukturen für Organisation und Steuerung noch nicht einsatzbereit sind, ○ zunächst eine gemeinsame Entwicklung erfolgt und daher die Anforderungen für den folgenden Betrieb noch nicht ganz klar sind, ○ Veränderungen der gesetzliche oder fachlichen Regelungen zu erwarten sind, ○ technischer Fortschritt bzw. veränderte Anforderungen im Zusammenhang mit IT (Datenschutz, Sicherheit etc.) zu erwarten sind, ○ die Kooperation beitriffs offen mit kleinem Partnerkreis startet, aber eigentlich auf einen größeren Partnerkreis angelegt ist.
Einzelvereinbarungen	<ul style="list-style-type: none"> • über die Festlegung der Kooperationsbedingungen im Kooperationsvertrag hinaus können ergänzend Einzelvereinbarungen genutzt werden, z. B. <ul style="list-style-type: none"> ○ um optionale Leistungen aus der Kooperation heraus zu regeln, ○ wenn der Kooperationsvertrag als Rahmenvereinbarung genutzt und individueller Gestaltungsspielraum über Einzelvereinbarungen ermöglicht werden soll, ○ wenn nach der gemeinsamen Entwicklung einer Fachsoftware einige Partner den Betrieb gern selbst übernehmen und andere Partner gern den Betrieb beauftragen wollen.

Tabelle 2: Überblick der Regelungsbereiche von Kooperationsvereinbarungen

Als Grundmatrix sollte stets in dem in Kapitel 4 beschriebenen Dreischritt (Rechtmäßigkeitsprüfung – Zweckmäßigkeitprüfung – Rechtsgestaltungsprüfung) vorgegangen und in Abhängigkeit von Kooperationspartnern, -bereichen, -gegenständen und -inhalten umsichtig und weitreichend auch externer Sachverstand aus den beteiligten Institutionen sowie von außerhalb einbezogen werden. Dabei sind insbesondere rechtliche Fragestellungen als problematisch und in hohem Maße von Unsicherheit geprägt einzuschätzen, da ein öffentlich-rechtliches Kooperationsrecht bisher nicht existiert.

6 Anlage: Übersicht untersuchter Kooperationen

Kooperation	Information zu Zielsetzung und Kooperationsgegenstand
Virtuelle Region Nord-West (ViR Nordwest)	Kommunen arbeiten als Netzwerk zusammen, um E-Government Kooperationen miteinander zu entwickeln und zu fördern.
Verfahrensmanagement für Großraum- und Schwertransporte (VEMAGS)	Entwicklung, Betrieb und Pflege des onlinebasierten Antrags- und Genehmigungsverfahrens VEMAGS, das als Kommunikationsplattform die Antragsdaten zwischen Antragsteller und Behörden verfügbar macht
Telefonischer Hamburgservice (THS)	Verbesserung der Hamburger Verwaltung sowie Trennung von Front- und Back-Office-Aufgaben, um die Fachabteilungen der Behörden zu entlasten Bessere Auslastung und Reduktion von Bearbeitungs- bzw. Gesprächsdauern durch die Aufnahme des THS in den 115-Verbund
Möglichkeiten der Zusammenarbeit von Land und Kommunen im IT-Bereich (Niedersachsen)	Bereitstellung, Betrieb und Aufbau einer gemeinsamen IT-Infrastruktur und eines Ebenen-übergreifenden Dienstleistungsangebots („Niedersachsen-Cloud“), um langfristig Kosten einsparen zu können und die Qualität der Leistungserbringung für Bürger und Wirtschaft zu erhöhen sowie IT-Sicherheit gewährleisten zu können
Konzeption, Entwicklung und Pflege einer neuen Fachanwendung für die Justiz (NeFa)	Konzeption, Entwicklung und Pflege einer Fachanwendung für die Justiz (NeFa) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Nutzung von eJustice Potenzialen und Entwicklung einer moderneren, zukunftssicheren Fachanwendung ▪ Schaffung einer Anwendungsbasis, die die Anforderungen aller Bereiche der Justiz abbildet, die mit geringem Aufwand an die Besonderheiten möglichst vieler Sachgebiete in der Justiz angepasst werden kann und mittelfristig alle vorhandenen Fachverfahren ersetzt
Vereinbarung mit dem Projektbüro des KoopA ADV über den Beitritt zum Projekt 'Pflege, Weiterentwicklung und technische Bereitstellung des Leistungskataloges mit Leistungsbeschreibung' Projektvereinbarung LeiKa-plus	Dauerhafte Nutzbarmachung des Kataloges für Verwaltungsleistungen (Leistungskatalog) für E-Government-Anwendungen
Abkommen zur Regelung der Zusammenarbeit im Vorhaben KONSENS über eine Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Informationstechnik für das Besteuerungsverfahren sowie für das Steuerstraf- und Bußgeldverfahren	Die Verbesserung des Vollzugs der Steuergesetze durch einheitliche Automationsunterstützung für die Finanzämter und die Schaffung der organisatorischen Voraussetzungen für den Einsatz einer länderübergreifend einheitlichen Software
Vereinbarung mit dem Projektbüro des KoopA ADV über den Beitritt zum Projekt 'Behördenfinder Deutschland' ab 2010	Vernetzung der Suchmaschinen der Verwaltungsportale von Bund, Ländern und Kommunen für die Zuständigkeitsfindung durch die Einrichtung des Zentralen Zuständigkeitsfinders

Kooperation	Information zu Zielsetzung und Kooperationsgegenstand
Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung und Weiterentwicklung der universell einsetzbaren Bürgerinformationsdienste Sachsen-Anhalts im Rahmen einer länderübergreifenden Zusammenarbeit mit dem Land Hessen	Ziel der Zusammenarbeit ist es, einen kompetenten Leistungsverbund zu etablieren, der mit einem komplementären Leistungsangebot die bestehende Anwendung effizient betreut und weiterentwickelt. Weiterhin sind die Partner daran interessiert, die bestehende Lösung in anderen Anwendungen zu platzieren, um die Effizienz der Betreuung und Weiterentwicklung sowie die Innovationsfähigkeit des Produktes zu erhöhen
Vertrag über die Teilnahme an der Entwicklungs- und Pflegegemeinschaft Mobiler Auskunftsdienst (mpol) des INPOL Land POLAS Competence Center (IPCC)	Teilung von Entwicklungs- und Pflegekosten, um dadurch die Kosten für Entwicklung und Pflege der Kooperationspartner und möglicher Teilnehmer zu minimieren
Verwaltungsvereinbarung über die Pflege des Standards OSCI-Xmeld in den Jahren 2011 bis 2015	Die Pflege und Weiterentwicklung des Standards OSCI-Xmeld für die sichere Datenübermittlung der öffentlichen Verwaltung
Vereinbarung mit dem Projektbüro des Kooperationsausschusses ADV Bund/ Länder/ Kommunalen Bereich zum Beitritt zum Projekt 'Pflege Governikus'	Pflege der Software Governikus zur dauerhaften Funktionsfähigkeit und nachhaltigen Weiterentwicklung der Software
Kooperationsvereinbarung zur Durchführung des gemeinsamen Modellvorhabens 'Kooperatives E-Government in föderalen Strukturen'	Entwicklung eines E-Government in der Modellregion; darüber hinaus wird angestrebt, über die Region hinaus wichtige Impulse für die Entwicklung eines E-Government in föderalen Strukturen zu geben und dadurch zur Zukunftssicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland beizutragen
Vereinbarung über die Errichtung des E-Justice Rats und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in der Justiz	Zusammenarbeit des Bundes und der Länder bei der Planung, Errichtung und dem Betrieb der für ihre Aufgabenerfüllung benötigten informationstechnischen Systeme sowie bei der Festlegung von Standards und Sicherheitsanforderungen für den Bereich der Justiz
Vereinbarung zur Zusammenarbeit zwischen dem Freistaat Bayern und den kommunalen Spitzenverbänden im Bereich eGovernment	Erneuerung von gemeinsamen eGovernment-Initiativen, um interne und externe Verwaltungsvorgänge umfassender als bisher elektronisch darzustellen
Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern über den gemeinsamen Betrieb und die gemeinsame Entwicklung und Pflege des Metainformationssystems Umwelt-Datenkatalog UDK und des Umweltinformationsnetzes Deutschland GEIN	Die Vereinbarungspartner werden GEIN als zentrales Portal für Umweltinformationen in Deutschland von Bund und Ländern gemeinsam betreiben und ausbauen. Zum Nachweis der Informationsquellen wird von den Vereinbarungspartnern ein Metainformationssystem eingesetzt, gepflegt und weiter entwickelt. Grundlage ist die gemeinsame Entwicklung und Pflege des Metainformationssystems Umwelt-Datenkatalog (UDK)

Kooperation	Information zu Zielsetzung und Kooperationsgegenstand
Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern zum gemeinsamen Aufbau und Betrieb der Geodateninfrastruktur Deutschland (Verwaltungsvereinbarung GDI-DE)	Die Verwaltungsvereinbarung dient der fach- und Ebenen-übergreifenden interoperablen Bereitstellung und Nutzung öffentlicher Geodaten verschiedener Herkunft über standardbasierte Dienste. Sie regelt Gegenstand, Umfang und Verfahren des gemeinsamen Aufbaus und Betriebs nationaler technischer Komponenten zur Erreichen dieser Ziele.
Vereinbarung mit dem Projektbüro des KoopA ADV zum Beitritt zum Projekt 'Pfleger Deutsches Verwaltungsdienstverzeichnis (DVDV) 2009/ 2010'	Pfleger, Anpassung und Weiterentwicklung der Software des Deutschen Verwaltungsdienstverzeichnisses, DVDV, sowie für laufende koordinierende Aufgaben und für den Betrieb des DVDV-Bundesmasters inkl. Testumgebung
Verwaltungsvereinbarung für den 115-Regelbetrieb	Etablierung der Behördenrufnummer 115 als dauerhaften telefonischen Bürgerservice in Deutschland
Drei-Länder Kooperation zur Software-Fortentwicklung DIMAG	Langzeitsicherung digitaler Informationen: Auf der Grundlage der bisher ausschließlich vom Landesarchiv Baden-Württemberg entwickelten Software DIMAG soll ein internationalen und nationalen Standards genügendes digitales Archiv entwickelt werden.
KFZ-Zulassungssoftware VIATON	Entwicklungsgemeinschaft
KFZ-Zulassungssoftware VIATON	Softwareübernahme per Lizenzvertrag
Kooperation zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte	Entwicklungs- und Pflegebetrieb im Hinblick auf den elektronischen Rechtsverkehr und die elektronische Aktenführung, optimaler Einsatz von Ressourcen, Aufteilung notwendiger Investitionen unter den Ländern, Entwicklung notwendiger Kompetenzen
Polizeiliches Dokumentenmanagementsystem (PoIDMS)	Übergreifende Zusammenarbeit und Kosteneinsparung
Kooperationsvereinbarung zwischen dem Land Hessen und dem Bundesverwaltungsamt (BVA) zur "eBeihilfe"	Integration der Fachfunktionen und Geschäftsprozesse des neuen hessischen Verfahrens zur elektronischen Beihilfenbearbeitung (e-Beihilfe) in die bestehende Dokumentenmanagementstruktur des BVA. Ziel ist es, einen dem Beihilferecht des Bundes entsprechenden Einsatz der eBeihilfe zu ermöglichen
Kooperationsvertrag IBM-Bundesministerium des Innern (plus potenzielle weitere Partner)	Einsatz von freier und offener Software und die Anwendung offener Standards in der Informationstechnik der öffentlichen Verwaltung zu fördern
Niedersächsisches Vorschrifteninformationssystem (NI-VORIS)	Bereitstellung eines Rechtsinformationsdienstes für die Landesbediensteten
Organisationsübergreifende Störungsbearbeitung für IT-Kooperationen auf Basis eines Angebots der HZD	Übergreifende Störungs-Bearbeitung und Kopplung der Ticketsysteme für den automatisierten, medienbruchfreien Austausch von Störungsmeldungen unter Nutzung der landeseigenen Infrastruktur. Diese wird dokumentiert und damit transparent.
IT-Kooperation zur länderübergreifenden operativen und strategischen Zusammenarbeit	Synergieeffekte, Wettbewerbsfähigkeit steigen, Aufwand und Kosten minimieren durch verstärkten Wissensaustausch sowie gemeinsames Erarbeiten und Umsetzen von Lösungen

Kooperation	Information zu Zielsetzung und Kooperationsgegenstand
Bildungs- und Wissensmanagement P-Online Hessen	Dazu liegt keine weitere Information vor
INPOL (Polizei)	Leitung IT-Leiter HE, BW und HH und BB; Geschäftsführung Hessen: eigene Infrastrukturen wie Testzentrum oder eigenes Entwicklungsnetz
Analyse- und Ermittlungssoftware Crime (IPCC)	Dazu liegt keine weitere Information vor
Digitaler Erkennungsdienst EDDI (IPCC)	Dazu liegt keine weitere Information vor
Fuhrparkverwaltung ADCO	Dazu liegt keine weitere Information vor
Mobiler Auskunftsdienst mpol (IPCC)	Dazu liegt keine weitere Information vor
Polizeiliche Kriminalstatistik PKS (IPCC)	Dazu liegt keine weitere Information vor
Zugriff auf Einwohnermeldedaten EWO (IPCC)	Dazu liegt keine weitere Information vor
Verkehrsunfallanalyse und –typensteckkarte EUSka	Weiterentwicklung um ergänzende polizeispezifische Anforderungen und Implementation von neuen oder verbesserten Anforderungen in einem länderübergreifenden Erfahrungsaustausch
Abfragemanager Sicherheitsüberprüfung (IPCC)	Dazu liegt keine weitere Information vor
Vorgangsbearbeitung ComVor	Dazu liegt keine weitere Information vor
Elektronisches Tätigkeitsbuch ETB	Dazu liegt keine weitere Information vor
Zentrale IT-Aufbereitung der Baustatistiken der Statistischen Landesämter	Statistische Produktion (Erfassung, Prüfung und Aufbereitung der Daten) effizienter und wirtschaftlicher organisieren: Verringerung der Kosten für Programmpflege und Programmanpassung
Kooperation Elektronische Aufenthaltüberwachung (EAÜ)	Betrieb länderübergreifender Überwachungszentrale
Kooperationsvertrag zur Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien zwischen Bayern und Baden-Württemberg	Engere Zusammenarbeit bei der Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien. Synergien im Bereich IT-Sicherheit, Cloud-Computing
Kooperation Fachhochschule Brandenburg und Brandenburgischer IT-Dienstleister	Gemeinsame Lehr- und Forschungsvorhaben
Gemeinsamer Bibliotheksverbund (GBV)	Die Hauptaufgabe des GBV ist die Kooperation und Organisation von Dienstleistungen von und für Bibliotheken im Verbundgebiet. Dazu gehören vor allem das zentrale Bibliothekssystem (CBS) zur gemeinsamen Katalogisierung und die lokalen Bibliothekssysteme (LBS).
Länderkooperation zur EU-Agrarpolitik	Vermeidung von Doppelaufwänden und Einsparungen

Kooperation	Information zu Zielsetzung und Kooperationsgegenstand
Bayernweite Software TIZIAN	TIZIAN dient der Umsetzung der fachübergreifenden Integration aller Bereiche des gesundheitlichen Verbraucherschutzes, wie sie durch die europäische Gesetzgebung vorgegeben ist.
Verwaltungssoftware Kooperation im Bereich der Personaldienste) KoPers	Dazu liegt keine weitere Information vor
Entwicklung des Programmes FOLIA/ EGB (Elektronisches Grundbuch)	Elektronische Führung des Grundbuches und zur Verfügung stellen der Daten an Dritte im Internet
Software für Haushalts- und Kassenwesen	Vereinheitlichung elektronischer Datenverarbeitung im Bereich Haushalts- und Kassenwesen Durch den gemeinsamen Einsatz von Hard- und Software hofft man auf erhebliche Kosteneinsparungen von Personal- und Betriebskosten
GDI-DE	INSPIRE sollte sich auf die von den Mitgliedstaatengeschaffenen Geodateninfrastrukturen stützen, die anhand gemeinsamer Durchführungsvorschriften kompatibel gemacht und durch Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene ergänzt werden. Mit diesen Maßnahmen sollte sichergestellt werden, dass die von den Mitgliedstaaten geschaffenen Geodateninfrastrukturen kompatibel sind und gemeinschaftsweit und grenzüberschreitend genutzt werden können
Kooperationsvereinbarung zur Gründung der GDI Waldbeck-Frankenber	Schaffung einer Geodateninfrastruktur (GDI) zur Intensivierung kommunaler Zusammenarbeit und Optimierung der Zusammenarbeit •Erfüllung der INSPIRE-Richtlinie der Europäischen Union zur Schaffung einer Geodateninfrastruktur •Vereinfachte Datenverarbeitung durch gegenseitigen Zugriff aller Mitglieder auf die zur Verfügung gestellten Daten.
Kooperationsvereinbarung zwischen den staatlichen geologischen Diensten Deutschlands über den Aufbau und laufenden Betrieb eines länderübergreifenden Produktportals	Die Kooperationspartner verfolgen das Ziel des gemeinsamen Aufbaus, des Betriebs und der Nutzung eines länderübergreifenden geologischen Produktportals
Vereinbarung zur länderübergreifenden Zusammenarbeit der Polizeien	Länderübergreifende Zusammenarbeit der Polizeien zur höheren Verfügbarkeit von Polizistinnen und Polizisten, Festlegung einheitlicher Standards, Steigerung der Qualität sowie Kriminalitätsbekämpfung
Kooperationsvereinbarung Vorgangsbearbeitungssystem @rtus	Die Vertragspartner streben eine gemeinsame Nutzung, Weiterentwicklung und Pflege des Vorgangsbearbeitungssystems @rtus an
Anstalt für kommunale Datenverarbeitung Bayern (AKDB)	Erledigung automationsfähiger Arbeiten, die der AKDB von kommunalen Gebietskörperschaften, dem Staat oder Dritten übertragen werden, Wirtschaftlichkeit durch Bündelung und Verzicht auf individuelle IT, Angebot von wettbewerbsfähigen Leistungen
ekom21	Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der IT-Leistungserbringung für die Kommunen in Hessen.

Kooperation	Information zu Zielsetzung und Kooperationsgegenstand
ProVitako	Die Mitglieder der Genossenschaft ProVitako Marketing- und Dienstleistungsgesellschaft der Kommunalen IT-Dienstleister eG wollen durch gemeinsame Beschaffung von Güter und Dienstleistungen wirtschaftliche Vorteile erzielen. Um die Wirtschaftlichkeit der kommunalen IT-Dienstleister zu sichern und zu verbessern, kann ein gemeinsamer Einkauf einen wichtigen Beitrag leisten.
Benutzungsvereinbarung über die Beschaffung von IT-Dienstleistungen: Hessenfinder	Die HZD beschafft IT-Dienstleistungen nach den Vorgaben des Benutzers
Verbindungsnetz DOI (Deutschland-Online Infrastruktur)	Errichtung einer nationalen Netzinfrastruktur für alle Verwaltungsebenen. Harmonisierung und Standardisierung der Verwaltungsnetze sowie die sichere Konnektivität aller Netze unter- und zueinander über ein Verbindungsnetz.
Vereinbarung zwischen dem Land und den kommunalen Spitzenverbänden in Nordrhein-Westfalen über die Arbeitsteilung bei der Wartung und Verwaltung von Computerarbeitsplätzen, Multimediaeinrichtungen und Netzwerken in Schulen	Angemessene und sicher funktionierende IT-Ausstattung der Schulen
D-NRW	Ziel ist der Aufbau von modernen, flächendeckenden und wirtschaftlichen E-Government-Komponenten als Ergänzung der bestehenden E-Government-Ansätze des Landes und der Kommunen
Dataport	Strategische Gründe: Adressierung des demografischen Wandels in der Belegschaft und damit der Vorbeugung eines möglichen IT-Fachkräftemangels sowie Spezialisierung, das Teilen von Know-how und wirtschaftliche Ziele: Synergieeffekte
Statistikverbund	Dazu liegt keine weitere Information vor
Wohngeld-Rechner	Dazu liegt keine weitere Information vor
Online Sicherheitsprüfung OSIP	Länderübergreifendes Koordinierungsprojekt, Auslieferung des Quellcodes an andere Bundesländer durch IT NRW
Beihilfe BAföG	Austausch mit anderen Ländern im Rahmen der Länderkooperation mit Hessen und Rheinland-Pfalz
JUKOS	Vom Statistischen Landesamt betreutes Justizverfahren, das auch in anderen Ländern eingesetzt wird
SolumWeb	Vom Statistischen Landesamt betreutes Justizverfahren, das auch in anderen Ländern eingesetzt wird
SolumKost	Vom Statistischen Landesamt betreutes Justizverfahren, das auch in anderen Ländern eingesetzt wird
RefIS/ ExamIS	Vom Statistischen Landesamt betreutes Justizverfahren, das auch in anderen Ländern eingesetzt wird
ArcGIS	Wahlkreiseinteilung
eKIS	Dazu liegt keine weitere Information vor
eAkte	Die Kooperation ist in Planung, der Austausch von CMIS-Client (durch NRW) und Entwicklungsleistungen von Hessen und Hamburg soll durch separaten Staatsvertrag geregelt werden

Kooperation	Information zu Zielsetzung und Kooperationsgegenstand
E-PayBL	Folgenden Punkte spielen eine zentrale Rolle: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Umsetzung des Standards X-Finanz ▪ Integration neuer online Bezahlverfahren der Kreditwirtschaft ▪ Einbeziehung neuer Zahlungsinstrumente aus den Vorgaben für SEPA (Single Euro Payments Area) zur Bildung eines einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraum sowie ▪ Erfüllung neuer Sicherheitsanforderungen aus dem Bereich der Kreditkartenzahlungen (PCI-Standard, Kartenzahlungen mit 3D-Sicherheitscode)
Parlamentsspiegel	Dazu liegt keine weitere Information vor
Elektronische Schriftgutverwaltung DoRIS (Dokument Retrieval Information System)	Optimierung elektronischer Akten und elektronischer Zusammenarbeit
SUN-Arbeitshilfen	Dazu liegt keine weitere Information vor
Lehrereinstellung Online	Dazu liegt keine weitere Information vor
Fachanwendung KiBiz.web	Dazu liegt keine weitere Information vor
Xjustiz	Dazu liegt keine weitere Information vor
Vollstreckungsportal	Dazu liegt keine weitere Information vor
Handelsregister	Dazu liegt keine weitere Information vor
EGVP	Dazu liegt keine weitere Information vor

Tabelle 3: Übersicht der untersuchten Kooperationen