

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung
in Schleswig-Holstein



Schwerpunktthema: Vergaberecht

Norbert Portz

Interkommunale Zusammen-
arbeit und Vergaberecht

Bernd Düsterdiek

Elektronische Vergabe als
Schwungrad zur Prozess-
optimierung und Mittelstands-
förderung

Dr. Kay Ruge

Kein Primärrechtsschutz bei
Vergabe öffentlicher Aufträge
unterhalb der Schwellenwerte

Klaus-Peter Kessal,
Reinhard Kehr-Ritz

Die VOL/A nach der Vergabe-
rechtsreform

Hans Schaller

Der Wettbewerbliche Dialog

Präqualifikation für Bauunter-
nehmen in Deutschland –
Ein Interview

Bernd Düsterdiek

Aktuelles zur Präqualifikation
von Bauunternehmen

Dr. Thomas Ax, Carsten Trappe

Für und Wider der
Gesellschaftsformen bei
Public-Private-Partnership

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung
in Schleswig-Holstein

Herausgeber Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

59. Jahrgang · April 2007

Impressum

Schriftleitung:

Jörg Bülow
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied

Redaktion:

Ute Bebensee-Biederer
Stellv. Geschäftsführerin

Anschrift Schriftleitung und Redaktion:

Reventlouallee 6, 24105 Kiel
Telefon (0431) 57 00 50 50
Telefax (0431) 57 00 50 54
E-Mail: info@shgt.de
Internet: www.shgt.de

Verlag:

Deutscher Gemeindeverlag GmbH
Jägersberg 17, 24103 Kiel
Postfach 1865, 24017 Kiel
Telefon (0431) 55 48 57
Telefax (0431) 55 49 44

Anzeigen:

W. Kohlhammer GmbH
Anzeigenmarketing, Corinna Rapp
70549 Stuttgart
Telefon (0711) 78 63 - 72 66
Telefax (0711) 78 63 - 83 93
Zur Zeit ist Anzeigenpreisliste Nr. 29 vom
1.1.2007 gültig.

Bezugsbedingungen

Die Zeitschrift „Die Gemeinde“ erscheint
monatlich; einmal jährlich können zwei Hefte
zu einem Doppelheft zusammengefasst wer-
den. Bezugspreis ab Verlag jährlich 75,00 €
zzgl. Versandkosten. Einzelheft 8,80 € (Dop-
pelheft 17,60 €) zzgl. Versandkosten.
Abbestellungen: 6 Wochen vor Jahresende
beim Verlag.

Die angegebenen Preise enthalten die
gesetzl. Mehrwertsteuer.

Druck: Howaldtsche Buchdruckerei, Kiel

Satz & Gestaltung: Reimers DTP Medien-
gestaltung, Wapelfeld

Für unverlangt eingesandte Manuskripte
und Bildmaterial übernehmen Verlag und
Redaktion keine Verantwortung.
Die Redaktion behält sich Kürzungen und
Überarbeitungen vor. Rücksendung erfolgt
nur, wenn Rückporto beigefügt wird.

ISSN 0340-3653

Titelbild: Frühjahrsmarkt auf der Blumen-
burg, Selent
Foto: Ute Bebensee-Biederer

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Vergaberecht

Auf ein Wort:

Jörg Bülow
Schleswig-Holstein ein Jahr vor der Kom-
munalwahl: Fragen an die Parteien 90

Aufsätze

Norbert Portz
Interkommunale Zusammenarbeit
und Vergaberecht 93

Bernd Düsterdiek
Elektronische Vergabe als Schwungrad
zur Prozessoptimierung und Mittel-
standsförderung 96

Dr. Kay Ruge
Kein Primärrechtsschutz bei Vergabe öf-
fentlicher Aufträge unterhalb der Schwel-
lenwerte..... 97

Klaus-Peter Kessal, Reinhard Kehr-Ritz
Die VOL/A nach der
Vergaberechtsreform – ein Überblick .. 98

Hans Schaller
Der Wettbewerbliche Dialog – Eine neue
Vergabeart bei Aufträgen oberhalb der
EU-Schwellenwerte..... 101

Präqualifikation für Bauunternehmen in
Deutschland – Ein Interview102

Bernd Düsterdiek
Aktuelles zur Präqualifikation von Bauun-
ternehmen 103

Dr. Thomas Ax, Carsten Trappe
Für und Wider der Gesellschaftsformen
bei Public-Private-Partnership 104

Rechtsprechungsberichte

EU-Kommission stellt kommunalbedeut-
same Vertragsverletzungsverfahren ge-
gen Deutschland ein 107

BVerfG: Vergaberechtliche Tariftreue-
erklärung verfassungsgemäß 108

Interkommunale Zusammenarbeit:
Entscheidung des OLG Düsseldorf ... 109

OLG Düsseldorf zur vergaberechtlichen
Einordnung von Wartungs- und Instand-
setzungsverträgen110

Als Treuhänder für Immobilienfonds
tätige Wirtschaftsprüfer sind
gewerbesteuerpflichtig110

Aus der Rechtsprechung

Art. 3 GG, §§ 97 ff. GWB
Verfassungsbeschwerde, Vergabeverfah-
ren, unerschwerliche Vergaben
Beschluss des Bundesverfassungsge-
richts vom 13. Juni 2006
– 1 BvR 1160/03 110

Vergaberecht, nichtoffenes Verfahren
GWB § 123 Satz 2, VOL/A §§ 3a Nr. 1,
7a Nr. 3
Beschluss des Vergabesenats des
Schleswig-Holsteinischen Oberlandes-
gerichts vom 29. Januar 2007
– 1 Verg 14/06 115

Aus dem Landesverband 117

Aus den Kreisverbänden 120

Mitteilungen des DStGB 121

Pressemitteilungen 123

Personalnachrichten 124

Buchbesprechungen 124

Schleswig-Holstein ein Jahr vor der Kommunalwahl: Fragen an die Parteien

I. Auftakt:

Lob für Kommunen von auswärts

Die Bertelsmann-Stiftung hat im Februar 2007 eine Untersuchung veröffentlicht, derzufolge die Kommunen in Schleswig-Holstein die geringste Pro-Kopf-Verschuldung im Vergleich der deutschen Länder aufweisen. So beträgt laut Bertelsmann-Stiftung nach Daten von Ende 2005 die Pro-Kopf-Verschuldung der schleswig-holsteinischen Kommunen 2.031,00 €, gefolgt von Bayern (2.566,00 €), Niedersachsen (2.802,00 €) und Baden-Württemberg (2.855,00 €). Dagegen beträgt die Pro-Kopf-Verschuldung der Kommunen in Nordrhein-Westfalen 4.083,00 €, in Hessen 4.102,00 €, in Sachsen-Anhalt 4.193,00 € und im Saarland 4.265,00 €, in Mecklenburg-Vorpommern sind es gar 4.645,00 €.

Die Meldung der Bertelsmann-Stiftung löste bundesweit Aufmerksamkeit und in Schleswig-Holstein Fragen aus: Wie ist das möglich? Warum stehen die Kommunen in Schleswig-Holstein so gut da? Haben die Kommunen nicht gerade über ihre schlechten Finanzen und den willkürlichen Griff des Landes in die kommunalen Kassen geklagt? Welche Schlussfolgerungen sind daraus zu ziehen?

Da staunt der Fachmann ...: Gemeinden im Land gering verschuldet

Die Bertelsmann-Stiftung hätte nicht eindrucksvoller bestätigen können, was der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag gerade im Jahr 2006 immer wieder betont hat: Die schleswig-holsteinischen Gemeinden haben in der Vergangenheit besonders sparsam gewirtschaftet. Sie haben damit im besten Sinne zukunftsgerichtet und zukunftsfähig mit Blick auf den demografischen Wandel gehandelt, denn sie hinterlassen somit nur vergleichsweise geringe Lasten der aktuellen Kommunalpolitik, die von den künftigen Generationen mit immer weniger Einwohnern bezahlt werden müssen.

Die Erklärung für den statistisch nachweisbaren Erfolg ist denkbar einfach: In Schleswig-Holstein wohnt knapp die Hälfte der Landesbevölkerung in den amtsangehörigen und amtsfreien Gemeinden. Die Kommunalpolitiker in diesen im bundesweiten Maßstab relativ kleinen selbständigen Kommunen können sich einfach nicht abgewöhnen, nur das Geld auszugeben, das sie auch haben. D. h. besondere Leistungen mutet man sich nur dann zu, wenn

man sie bezahlen kann, Investitionen werden aus zuvor angesparten Rücklagen finanziert oder dadurch überflüssig gemacht, dass – meist unter Anführung der Bürgermeister – die Einwohner, Vereine und Verbände ihre Gemeinde in Eigenleistung ausbauen, anstatt nach dem Einsatz von Beamten oder Steuermitteln zu rufen.

... und der Laie wundert sich nicht: erfolgreiche Kommunalpolitik

D. h.: Die Selbständigkeit der Gemeinden in überschaubaren, vom Ehrenamt gut zu steuernden Strukturen gewährleistet eine sparsame, zukunftsgerichtete Finanzpolitik!

Der Vergleich der Bertelsmann-Stiftung zeigt auch: Überall dort, wo in Westdeutschland durch Gebietsreformen besonders große Kommunen gebildet worden sind (z. B. Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland) liegt die Verschuldung der Kommunen am höchsten.

II. Schlussfolgerung Nr. 1:

Zukunft durch starke Gemeinden

Gleichwohl ist die Verschuldungslage der Kommunen keinesfalls befriedigend. Die Schulden müssten sinken statt wie in den letzten Jahren weiter anzusteigen. Wer ernsthaft daran interessiert ist, sparsame öffentliche Haushalte zu erhalten und den zukünftigen Generationen in Schleswig-Holstein solide Finanzen zu hinterlassen, muss daraus folgende Schlussfolgerung ziehen:

1. Wer in der Vergangenheit gespart hat, darf nun nicht bestraft werden!
2. Wer die Pro-Kopf-Verschuldung der Menschen in Schleswig-Holstein gering halten will, muss die Selbständigkeit der Gemeinden (auch der kleinen amtsangehörigen Gemeinden) mit Leistungskraft und funktionsfähigem Ehrenamt gewährleisten und den zentralen Orten starke, frei verfügbare Finanzen sichern.
3. Zur Gewährleistung leistungsfähiger Gemeinden mit starkem Ehrenamt genügt es nicht, eine zwangsweise Gemeindegebietsreform auszuschließen. Vielmehr müssen auch die Bedingungen dafür geschaffen werden, dass diese Gemeinden finanziell handlungsfähig bleiben und die Kommunalpolitik für das Ehrenamt attraktiv ist.

Vertrauen in Politik?

Gerade letzteres scheint der Politik immer schlechter zu gelingen. Es mehren sich die

Nachrichten über geplante Gemeindezusammenschlüsse. Mutige Kommunalpolitiker starten einen stets schmerzhaften Prozess. Den Bürgermeistern geht es um die Bürger: eine stärkere Position der Gemeinde wird gesucht, gegenüber Amt, Kreis, der benachbarten kreisfreien Stadt. Es geht um Investitionen und Entwicklungschancen. Es gibt aber offenbar auch einen Verlust an Vertrauen darin, dass die Politik den Gemeinden und dem dortigen Ehrenamt eine verlässliche Zukunftsperspektive bei Bewahrung der Selbständigkeit gibt.

Zukunftsfähiges Land nur mit starken Gemeinden

Die Bertelsmann-Studie zeigt: bei der Frage, wie die künftige kommunale Landschaft in Schleswig-Holstein aussehen wird und unter welchen Bedingungen die Kommunalpolitik arbeiten wird, geht es also um mehr als die Frage, wie viele Bürgermeister, Amtsvorsteher und Leitende Verwaltungsbeamte es in Zukunft gibt. Es geht darum, ob das Land Schleswig-Holstein finanzpolitisch und gesellschaftspolitisch zukunftsfähig ist. Dies wird das Land nur sein,

- wenn die Bedingungen dafür geschaffen werden, dass viele Menschen sich dauerhaft dort ehrenamtlich engagieren, wo sie sich heimisch fühlen und eine politische Identifikation verspüren,
- wenn diese Identifikationsorte, d. h. unsere Gemeinden die finanzielle Kraft zur Gestaltung der Lebensqualität und Entwicklung der Infrastruktur haben,
- wenn diese Gemeinden eine stabile und verlässliche Zukunftsperspektive haben und
- wenn die Menschen in den Gemeinden auch die notwendigen Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheiten haben.

III. Zwei Jahre Große Koalition: Enttäuschung für Kommunen

Gemessen an diesen Maßstäben müssen wir jedoch leider feststellen: die Große Regierungskoalition in Kiel ist nach den ersten zwei Jahren ihrer Arbeit eine große Enttäuschung. Die kommunalen Finanzen werden als Reservekasse des Landes missbraucht, die Kommunalverfassung wird zum Instrument von Bevormundungsansprüchen der Landesregierung, die Sorgen, Bedenken, Argumente und Konzepte der Kommunalpolitiker werden zur Wahrung der koalitionsären Geschlossenheit allzu häufig vom Tisch gewischt.

Selbstverwaltung geschwächt

Um konkreter zu werden: Anstatt konsequenterweise die Chancen zu nutzen, die in der Gestaltungskraft und in dem Einsatzwillen in unseren kleineren wie größeren

ren Gemeinden liegen, werden die Bedingungen für kommunale Selbstverwaltung stets weiter verschlechtert. Viele Gemeinden drohen in den kommenden Jahren finanziell auszubluten, auch wenn die Entwicklung derzeit durch die gestiegenen Steuereinnahmen verdeckt wird.

- Der willkürliche und angesichts der stark steigenden Steuereinnahmen des Landes zur Haushaltskonsolidierung überflüssige Griff in die kommunalen Kassen in Höhe von 480 Mio. € in dieser Wahlperiode trifft besonders stark die amtsangehörigen und amtsfreien Gemeinden, von denen viele vom Ansteigen der Gewerbesteuererinnahmen nicht profitieren und wegen schwacher Finanzkraft besonders auf die Zuweisungen des Finanzausgleiches angewiesen sind. Gleichzeitig diskutiert das Innenministerium immer öfter über eine Besserstellung der teils hoch verschuldeten Städte im Finanzausgleich. Lehre: wer spart, wird bestraft? Die versprochene Kompensation bleibt aus.
- Die finanzielle Handlungsfähigkeit wird für viele Gemeinden zusätzlich in besonderer Weise durch eine exorbitante Anhebung der Schulkostenbeiträge ab 2008 und im Landesteil Schleswig durch die Abwälzung der Schulkosten der dänischen Minderheit auf die Gemeinden gefährdet.
- Die großräumige Gestaltung der künftigen Förderkulissen der ländlichen Entwicklung und die Vorgaben für die zu bildenden Körperschaften in den Aktiv-Regionen führen zu einem deutlichen Verlust des Einflusses der Selbstverwaltung in den Gemeinden auf die Entscheidungen. Jüngste Nachrichten lassen eine Kürzung der Fördermittel befürchten, sie sogar lange geplante LSE-Projekte gefährdet.
- Für die Verwaltungsstrukturreform fehlt weiter jedes Gesamtkonzept, das für die Gemeinden und Ämter die ihnen vom Land zugedachte Rolle für Daseinsvorsorge und Verwaltungsdienste erkennen lässt; dies sorgt für permanente Planungsunsicherheit und ruft überflüssige Konflikte unter den Kommunen hervor.
- Eine entschlossene Entlastung der Gemeinden von Aufgaben und Standards ist nicht erkennbar, stattdessen werden die Freiräume der kommunalen Selbstverwaltung durch stets neue gesetzliche Vorgaben vermindert. Von den 50 Vorschlägen, die der Gemeindetag hierfür vorgelegt hat, sind nur die wenigsten bisher umgesetzt.
- Bisherige Aussagen lassen erkennen, dass die landesplanerischen Entwicklungsspielräume der allermeisten Gemeinden eher noch restriktiver als bisher gestaltet werden.
- Bei der Diskussion um eine mögliche Kreisgebietsreform gerät völlig aus dem Blick, dass die Kreise gemäß § 5 der

Kreisordnung daran auszurichten sind, dass sie die Gemeinden bestmöglich unterstützen können; das Problem der Kreise ist nicht deren Gebietsstruktur, sondern dass ihre von Land und Bund verursachte strukturelle Unterfinanzierung im Bereich der Weisungsaufgaben zu einem stetig weiteren Abbau der Selbstverwaltungsaufgaben und gleichzeitig stetigem Anstieg der Kreisumlage zu Lasten der Gemeinden führt.

- Die strategischen Ausgangsbedingungen gerade der Gemeinden im ländlichen Raum stehen trotz der anzuerkennenden Bemühungen des MLUR und des Wirtschaftsministeriums vor zunehmenden Herausforderungen, teils durch politische Entscheidungen (z. B. erheblich stärkere Elternbeteiligung an der Schülerbeförderung) teils durch den kurzfristigen Abzug vieler Dienstleister aus dem ländlichen Raum (z. B. Post, Sparkassen, Ärzteversorgung etc.) sowie durch die noch unzureichenden Instrumente zur Sicherung unverzichtbarer Infrastrukturen wie der Versorgung mit Breitbandnetzen für das Internet.
- Die Anhörungs- und Beteiligungsrechte der Kommunen werden in wesentlichen Fragen verletzt (z. B. fehlende Landtagsanhörungen zum Ersten Verwaltungsstrukturreformgesetz und zum Eingriff in die kommunalen Finanzen, ausgebliebene Antwort der Koalitionsfraktionen auf die Fragen der kommunalen Landesverbände zu der von den Regierungsparteien fest versprochenen Kompensation des Finanzeingriffes).
- Durch den Griff in die kommunalen Kassen und die nachhaltige Schwächung des Kommunalen Investitionsfonds werden die Freiräume für eigenverantwortete kommunale Investitionen immer weiter verringert, die „Goldenen Zügel“ staatlich gelenkter Investitionen werden noch stärker als bisher schon angezogen.

Was ist zu tun?

IV. Schlußfolgerung Nr. 2: Das Ruder herumreißen

Nachdem knapp zwei Jahre lang die Kompromisse im Zweifel zu Lasten der Kommunen ausgefallen sind, muss es nun etwa ein Jahr vor der nächsten Kommunalwahl gelten, das Ruder entschlossen herumzureißen. Es genügt nicht, dass die Oppositionsparteien dankenswerterweise im Landtag immer wieder kommunale Themen und Fragestellungen zum Gegenstand ihrer Anträge und Anfragen machen und so immerhin dafür sorgen, dass kommunale Belange im Landtag nicht völlig untergehen.

Vielmehr stehen die Volksparteien in einer besonderen Verantwortung. Denn sie gewährleisten bis hin zum Europäischen Parlament die Sichtweisen aller Ebenen aufnimmt und Grundlagen folgt, die die

Interessen möglichst aller gesellschaftlichen Gruppen ausgleicht :

- Die Volksparteien müssen zur Kommunalwahl deutlich machen, wie sie sich eine Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung aller Gemeinden und so auch die künftige Attraktivität der Kommunalpolitik für das Ehrenamt vorstellen.
- Dieses muss durch konkretes Handeln der Regierung glaubhaft gemacht und mit Fakten untermauert werden. Die Zeit der gebrochenen Parteitags-Versprechen muss vorbei sein.
- Es genügt nicht, sich mit dem Status quo zufrieden zu geben. Es bedarf stattdessen neuer Konzepte für die vor den Kommunen stehenden Herausforderungen, Aufgaben und Kostenbelastungen.

Dies gilt z. B. für folgende Aufgaben, die das Land mit Blick auf seine Kommunen hat und die teilweise sofort in Angriff genommen werden können.

- Der Griff des Landes in die kommunalen Kassen muss beendet bzw. rückgängig gemacht werden. Die Kompensation ist weitgehend gescheitert. Die Parteien müssen erläutern, wie sie die kommunale Finanzkraft erhalten und stärken wollen, damit die Kommunen ihre Schulden abbauen, mehr investieren und die zukünftigen Herausforderungen meistern können. Dem wird stets entgegen gehalten, diese Forderung sei völlig unrealistisch, weil sonst die ganze Haushaltskonsolidierung gescheitert sei. Aber was soll denn da scheitern? In der Struktur der Landesaufgaben ist bisher kaum etwas eingespart worden, Stellenabbau ist beim Land nicht erkennbar. Stattdessen werden schon jetzt zahlreiche neue Aufgabenwünsche beschlossen (z. B. Umsetzung des neuen Schulgesetzes, Ausbau der Kinderbetreuung unter 3 Jahre, neue Fehmarnbeltquerung usw.)
- Statt immer neuer Förderprogramme mit bürokratischer staatlicher Lenkung des Mitteleinsatzes braucht die Kommunalpolitik eine Stärkung der eigenen Finanzmittel, über die sie frei verfügen und so selbst die Schwerpunkte für Investitionen setzen kann.
- Die Aufgabenwende, d. h. der Abbau von gesetzlichen Pflichtaufgaben, bürokratischen Vorgaben und Standards und die Stärkung der kommunalen Entscheidungsrechte muss endlich geschafft werden. Die Parteien müssen erläutern, von welchen Vorgaben die Kommunen entlastet werden sollen. Wer Angst vor den Folgen von weniger Standards hat, dem kann geholfen werden: gemeinsam mit dem Unternehmensverband Unterelbe-Westküste hat der SHGT ein Modellkommunen-Gesetz vorgeschlagen, mit dem dies erprobt werden kann.
- Das kommunale Ehrenamt muss attraktiver gemacht werden, was nicht zuletzt

mit den beiden zuvor genannten Punkten zusammenhängt. Die Parteien müssen erläutern, auf welche Weise sie dies erreichen und damit die Voraussetzungen für langfristiges ehrenamtliches Engagement in der Kommunalpolitik behalten wollen.

- Die Entwicklungspotentiale der Gemeinden gerade auch im ländlichen Raum müssen genutzt und gestärkt werden. Eine alleinige Konzentration der Förderpolitik des Landes auf wenige Zentren und „Leuchttürme“ oder „Cluster“ führt bei einem Land wie Schleswig-Holstein gerade auch in Zeiten des demografischen Wandels in die Sackgasse. Die Parteien müssen erläutern, auf welche Weise sie im Sinne von Wachstum, Arbeitsplätzen und gleichwertiger Lebensverhältnisse im ganzen Land die Entwicklungschancen und Wachstumspotentiale auch der Gemeinden im ländlichen Raum stärken und nutzen wollen.
- Die Position der amtsangehörigen und amtsfreien Gemeinden im Gesamtsystem des Finanzausgleiches darf nicht weiter geschwächt werden. Die Kreisumlagen sind aufgrund der fehlenden Finanzierung staatlicher Aufgaben in den Kreisen stetig weiter gestiegen. Allein durch die Erhöhungen seit 2004 zahlen die Städte und Gemeinden in 2005 – 2007 deutlich über 70 Mio. € zusätzlich an Kreisumlage wegen nicht ausreichend finanzierter Staatsaufgaben bei den Kreisen, während deren Selbstverwaltungsaufgaben immer weiter zurückgehen. Diese Kosten müssten eigentlich Land und Bund tragen. Einige Kreise planen derzeit eine weitere Anhebung der Umlage.
- Die Parteien müssen erläutern, auf welche Weise sie diesen Fehlentwicklungen begegnen wollen. Der Gemeindetag fordert seit längerem, die Kreisumlage gesetzlich auf die Finanzierung der Selbstverwaltungsaufgaben zu beschränken. Möglicherweise muss auch über eine gesetzliche Beschränkung der Höhe nachgedacht werden.
- Der demografische Wandel trifft das Land unterschiedlich früh und unterschiedlich stark. Für Kinderbetreuung, Schulen, Wohnen, Betreuung und Pflege im Alter sowie andere Teile des kommunalen Lebens bedarf es nachhaltiger Konzepte.
- Die interkommunale Zusammenarbeit hat in Schleswig-Holstein größte Bedeutung und diese wird weiter zunehmen. Dies kann durch neue und flexiblere gesetzliche Instrumente erleichtert werden, europäisches Recht darf dies nicht blockieren.
- Die Infrastruktur im ländlichen Raum steht vor neuen Herausforderungen, auf die die Kommunalpolitik nicht alleine reagieren kann. Hier bedarf es der Unterstützung des Staates und einer Art

„Dorfverträglichkeitsprüfung“ für politische Entscheidungen. Das Ziel muss bleiben, die ländlichen Räume sowohl für Arbeitsplätze als auch als Wohnort und Freizeitraum attraktiv zu halten.

- Die kommunale Organisationshoheit ist in der Kommunalverfassung immer weiter beschnitten worden. Auch Lesbarkeit und Praktikabilität der Gemeindeordnung haben stark gelitten. Eine ehrenamtsfreundliche Neufassung und eine Fortsetzung des im Haushaltsrecht begonnenen Bürokratieabbaus sind notwendig.
- Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die kommunale Selbstverwaltung und für solide Staats- und Kommunal Finanzen müssen verbessert werden. Dazu gehört z. B. die Einführung eines Konsultationsverfahrens nach bayerischem Vorbild.

V. Welche Zukunft haben wir ?

Viele der eben genannten Themen bedürfen vor allem landespolitischer Entscheidungen. Aber die kommunalpolitischen Programme der Parteien stehen neben den vielen Fachthemen von der Kinderbetreuung bis zur Gewerbeansiedlung (die hier nicht behandelt werden sollen) auch vor **ungeklärten Grundfragen in Schleswig-Holstein**: es fehlt eine klare konzeptionelle Vorstellung davon, welche Rolle Kreise, kreisfreie Städte, Mittelzentren, übrige zentrale Orte, Ämter und amtsangehörige Städte und Gemeinden bis hin zu den kleinen selbständigen Dörfern langfristig spielen sollen.

Öfter als früher stellen sich die Kommunen aller Größenordnungen die Frage: „Welche Zukunft haben wir?“ Nahezu ungebremste Eingriffe der Europäischen Union (Vergaberecht, Lärmkartierung, Dienstleistungsrichtlinie etc.), Vertrauenskrise in die Landespolitik, immer mehr Bürokratie, schärfere Konkurrenz- und Verteilungskämpfe, schlechte Finanzen, Gefährdungen der Motivation des Ehrenamtes, unsichere Förderbedingungen, all diese Aspekte führen zu erheblichen Verunsicherungen in der Frage, mit welcher Struktur eine Gemeinde, ein Amt, eine Stadt oder ein Kreis gut aufgestellt ist für die Zukunft.

VI. Schlussfolgerung Nr. 3:

Parteien brauchen Gesamtkonzept

Gerade die Volksparteien sollten aber den Anspruch erheben, eine kommunale Gesamtkonzeption zu haben, die im Einklang von Landes- und Kommunalpolitik der Partei verfolgt wird. Gerade dies ist ihre Stärke.

Beispiel:

Es ist schon erstaunlich, dass die CDU es in ihrem Parteitagtsbeschluss vom November 2006 schafft, in einem einzigen Absatz zwei sich widersprechende Ziele zu formulieren:

„Künftige Kreisstrukturen in Schleswig-Holstein werden sich entscheidend daran zu orientieren haben, wie die Aufgabenverlagerungen vom Land und die gewachsene Aufgabenwahrnehmung der Kreise am wirtschaftlichsten und zweckmäßigsten durchzuführen ist. Sie muss die Kreise in die Lage versetzen, ihre Ausgleichsfunktion wieder stärker wahrnehmen zu können.“

Wenn Kreisstrukturen sich künftig nicht mehr an § 5 der KrO, sondern an den Zielen der Funktionalreform zu orientieren haben, dann bedeutet das möglicherweise deutlich größere Kreise und eine stärkere Bedeutung der Weisungsaufgaben bei den Kreisen und das schwächt automatisch deren Ausgleichsfunktion. Beides passt also nicht zusammen. Schon seit 2004 heben die Kreistage die Kreisumlagen kräftig an und bauen gleichzeitig die Ausgleichsfunktion der Kreise vor allem in den Bereichen Schule, Kultur, Sport kräftig ab. Eine klare Fehlentwicklung auf dem Rücken der Gemeinden und zu Lasten der Investitionen in Schleswig-Holstein. Die Kommunalpolitiker in den Gemeinden stellen wieder immer öfter die Frage, ob wir Kreise überhaupt noch benötigen. Wie soll das in größeren Kreisgrenzen besser werden?

Welche Kreise wollen wir?

Die oben erwähnten mehr als 70 Mio. € zusätzlicher Kreisumlagen zur Abdeckung struktureller Defizite der Kreise allein seit 2004 haben im wesentlichen drei Effekte:

- sie senken bei den Kreisen die Neuverschuldung,
 - sie nehmen den Druck von Landes- und Bundespolitik, die Kreise von Aufgaben zu entlasten oder diese ausreichend zu finanzieren
 - und sie schwächen die Fähigkeit der Städte und Gemeinden, zu investieren.
- Volkswirtschaftlich und im Sinne solider Staatsfinanzen ist das grober Unfug.

Die Parteien stehen also vor der Frage: welche Kreise wollen wir? Vereinfacht lauten die Alternativen: entweder überschaubare Selbstverwaltungskörperschaften mit Kraft zur Wahrnehmung der Ergänzungs- und Ausgleichsfunktion im Interesse der Gemeinden oder staatliche Vollzugsbehörden, quasi Regierungspräsidien, die aber größtenteils von den Gemeinden finanziert werden.

Es stellt sich aber genauso die Frage nach der **Zukunft der Ämter**. Diese sind gut aufgestellt, sehr kostengünstig und haben im Zuge der Verwaltungsstrukturreform eine stärkere Bedeutung gewonnen. Im Zusammenhang mit der Frage, in welchem Umfang die Gemeinden den Ämtern Selbstverwaltungsaufgaben übertragen, wird sich aber früher oder später das Problem der demokratischen Legitimation stellen. Auch hier ist Übereinstimmung von Kommunal- und Landespolitik der Parteien wichtig, denn: wenn den Ämtern durch

die Kommunalpolitik mehr Selbstverwaltungsaufgaben zugewiesen werden, steigt die landespolitische Notwendigkeit, sich über die Zukunft der Amtsverfassung Gedanken zu machen.

All dies sind nur einige Beispiele für Fragen, die sich mit Blick auf die Kommunal-

wahl 2008 stellen. Die Diskussion darüber lohnt sich, denn festzustellen ist: die Kommunalpolitik ist nach wie vor die kreative, lebendige, unverzichtbare Basis der Demokratie. Aber sie muss wieder gestärkt werden. Kommunalpolitik braucht Zutrauen des Staates statt Bevormundung.

An Konzepten und Ideen der Kommunen mangelt es nicht. Der Gemeindegtag hat zu vielen dieser Themen frühzeitig konkrete Vorstellungen, Ideen und Konzepte eingebracht. Die Parteien müssen nur zugreifen. Herzliche Grüße
Ihr Jörg Bülow

Aufsätze

Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht

Beigeordneter Norbert Portz, Deutscher Städte- und Gemeindebund

I. Aktuelle Situation

1. Gefahr der Aushöhlung interkommunaler Kooperationen

Die bereits seit längerem stattfindende Debatte um die Zukunft der kommunalen Daseinsvorsorge findet zurzeit eine konkrete und aktuelle Ausprägung in einer zunehmenden Gefährdung der interkommunalen Zusammenarbeit durch EU-vergaberrechtliche Vorgaben. Durch Urteile des Europäischen Gerichtshofs sowie der nationalen Vergabesenate, aber insbesondere durch die Auffassung der EU-Kommission und der von ihr durchgeführten Beanstandungsverfahren, wird das vergaberechtliche Netzwerk immer enger gezogen. Es besteht die konkrete Sorge, dass die Städte und Gemeinden immer weniger eigenverantwortlich darüber entscheiden können, ob sie eine Aufgabe – vergaberechtsfrei – in eigener Regie bzw. interkommunal durchführen oder aber – nach vorheriger Ausschreibung – an einen Privaten vergeben.

Das sowohl wirtschaftliche als auch bürgernahe Erfolgsmodell der interkommunalen Zusammenarbeit, z. B. in der Abwasser- und Wasserversorgung, droht daher durch das europäische Wettbewerbs- und Vergaberecht zunehmend ausgehöhlt zu werden. Konsequenz ist ein faktischer Zwang zur Privatisierung kommunaler Aufgaben.

2. Notwendigkeit interkommunaler Zusammenarbeit

Dabei ist die Notwendigkeit interkommunaler Zusammenarbeit in den letzten Jahren gewachsen. Grund hierfür ist das Ziel vieler Gemeinden, auch angesichts einer z. T. schrumpfender Bevölkerung effiziente Strukturen bei der Gewährleistung eines breiten Dienstleistungsangebots zugunsten ihrer Bürgerinnen und Bürger vorzuhalten. Weiter können Städte und Gemeinden gerade durch interkommunale Kooperationen vielfach Kosten bei Beibehaltung der Leistungsvielfalt senken. Die interkommunale Zusammenarbeit ist für die Städte und Gemeinden auch des-

wegen von Vorteil, weil es deren Handlungsfähigkeit stärkt, ohne dass notwendigerweise die Personalhoheit verloren gehen muss. Allerdings zeigen alle Beispiele gelungener interkommunaler Kooperationen, dass für diese sowohl eine Freiwilligkeit als auch ein partnerschaftliches Verständnis zwischen den beteiligten Kommunen erforderlich sind.

3. Hauptaufgabenfelder interkommunaler Zusammenarbeit

Die Intensität der Zusammenarbeit zwischen den Städten und Gemeinden variiert je nach Aufgabenbereich erheblich. Die Bereiche, in denen interkommunale Zusammenarbeit sehr häufig praktiziert wird sind Tourismusförderung und Regionalmarketing, Wasserver- und Abwasserentsorgung, Informationstechnologie, der Kulturbereich und der Bildungsbereich. In anderen Aufgabenbereichen, wie z. B. der

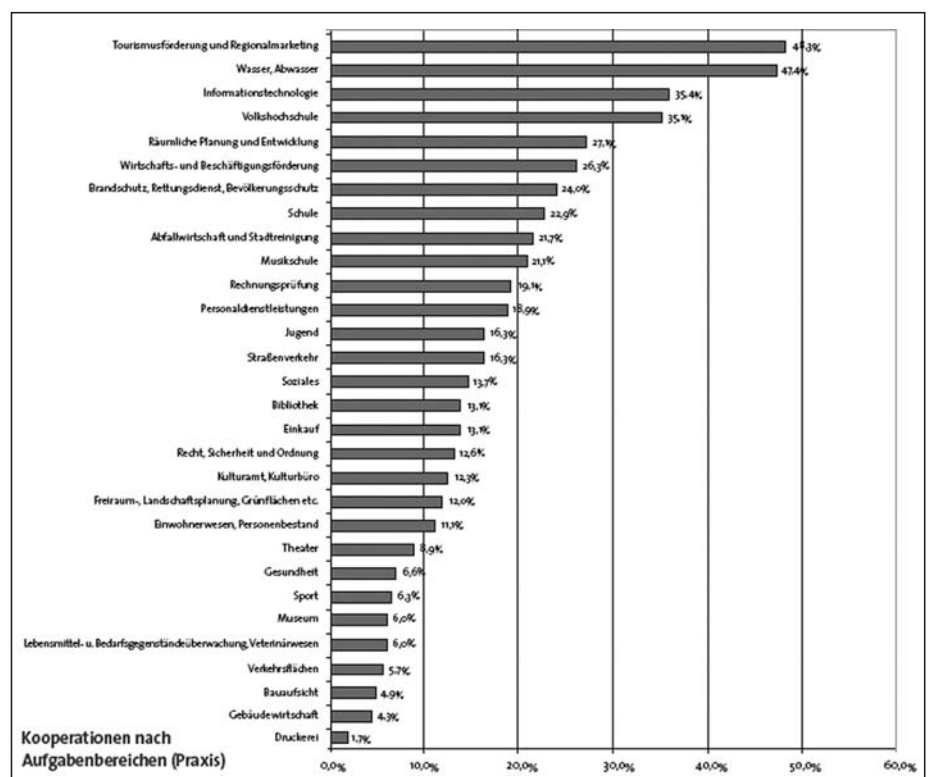
Gebäudewirtschaft oder der Bauaufsicht, ist die Kooperationsneigung demgegenüber eher gering.

Dieses Ergebnis hat eine Studie der Kiessbaum Management Consultants GmbH erbracht, die in Kooperation mit dem Deutschen Städte- und Gemeindebund Anfang 2004 veröffentlicht wurde (siehe unten).

In dieser Studie kommen ca. 80 % der Kommunen über 10.000 Einwohner, die interkommunale Zusammenarbeit betreiben, zu dem Ergebnis, dass diese erfolgreich oder überwiegend erfolgreich eingeschätzt wird. Auch gehen die Kommunen davon aus, dass die interkommunale Zusammenarbeit in Zukunft noch an Bedeutung gewinnen wird. Die größten Chancen werden hierbei in der Steigerung der Effizienz und der Verbesserung der Qualität der Aufgabenerfüllung gesehen.

II. Rechtsgrundlagen interkommunaler Zusammenarbeit

1. Öffentlich-rechtliche Vereinbarung
Während die formlose Zusammenarbeit zwischen Städten und Gemeinden ebenso wenig wie die kommunale Arbeitsgemeinschaft eine beschaffungsrelevante



Übertragung von Zuständigkeiten oder Aufgaben beinhaltet und daher keinen vergaberechtsrelevanten Vorgang darstellt, kann dies bei der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung bzw. Zweckvereinbarung zumindest nach Auffassung der Rechtsprechung anders sein. Ein derartiger und auf der Grundlage des Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit geschlossener öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Gemeinden führt dazu, dass die an der Vereinbarung beteiligten Gebietskörperschaften Aufgaben mit einem bestimmten Zweck interkommunal übertragen. Bei einer derartigen öffentlich-rechtlichen Vereinbarung entsteht jedoch kein neuer Rechtsträger mit eigenen Institutionen, sondern es findet nur ein Übergang von Aufgaben statt.

Die Aufgabenübertragung bei einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung kann auf zwei verschiedene Arten erfolgen:

– Delegierende Vereinbarung

Bei einer – in der Praxis sehr selten vorkommenden – delegierenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen Gemeinden überträgt die „abgebende“ Gemeinde ihre Rechte und Pflichten i. S. einer kompletten Verantwortungs- und Aufgabenübertragung auf die „übernehmende“ Gemeinde. Die „abgebende“ Gemeinde wird in einem derartigen Fall also, z. B. bei der Entsorgung von Restabfällen, von ihrer Pflicht zur Aufgabewahrnehmung befreit. Dies beinhaltet grundsätzlich auch, dass z. B. die „übernehmende“ Gemeinde die Gebührenhoheit für das Gemeindegebiet der „abgebenden“ Gemeinde erhalten würde. Schon dies zeigt, dass die delegierende Vereinbarung wenig praxisrelevant ist.

– Mandatierende Vereinbarung

Bei einer mandatierenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen zwei Kommunen nimmt die „übernehmende“ Gemeinde eine Aufgabe in fremdem Namen, also in Form der Beauftragung wahr. Die Rechte und Pflichten der „abgebenden“ Gemeinde bleiben also unberührt. Demnach wird lediglich die Durchführung einer Aufgabe, z. B. die der Abfallentsorgung, von einer Gemeinde auf eine andere übertragen.

2. Zweckverband

Der Zweckverband ist die typische institutionelle Organisationsform interkommunaler Zusammenarbeit. In der Form eines Zweckverbands als Körperschaft des öffentlichen Rechts können sich Gemeinden und Gemeindeverbände zur gemeinsamen Aufgabenerfüllung zusammenschließen. Übertragen Gemeinden ihre Aufgaben auf einen gemeinsamen Zweckverband, gehen hiermit auch die Rechte und Pflichten auf diesen Zweckverband über. Aufgaben, die ein Zweckverband wahr-

nehmen soll, sind in einer von den Verbandsmitgliedern vereinbarten und von der Rechtsaufsichtsbehörde genehmigten Verbandssatzung festzulegen. Grundsätzlich können alle kommunalen Aufgaben auf einen Zweckverband übertragen werden, d. h. sowohl solche des eigenen wie auch des übertragenen Wirkungskreises.

In der Praxis sind Zweckverbände insbesondere in folgenden Bereichen anzutreffen:

- Wasserver- und Abwasserentsorgung
- Abfallbeseitigung/Recycling
- Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV)
- Kommunale Informationstechnologie und Datenverarbeitungszentren
- Tourismuseinrichtungen und (Volks-)hoch-)Schulen.

III. Interkommunale Zusammenarbeit zwischen Ausschreibungspflicht und Ausschreibungsfreiheit

Die Frage der Ausschreibungspflicht bzw. der Ausschreibungsfreiheit bei interkommunalen Kooperationen, die den Bau-, den Liefer- oder den Dienstleistungsbereich betreffen, ist gerade in jüngster Zeit sowohl von der Rechtsprechung als auch von der EU-Kommission und dem EU-Parlament, aber insbesondere auch von den kommunalen Spitzenverbänden, thematisiert worden. Im Folgenden wird ein schwerpunktmäßiger Überblick über die aktuelle Rechtssituation bzw. die Rechtsauffassungen gegeben:

1. Auffassung des Europäischen Gerichtshofs und der EU-Kommission

a) EuGH-Entscheidung vom 13. Januar 2005

Der Europäische Gerichtshof hat in einem Grundsatzurteil vom 13. Januar 2005¹ entschieden, dass eine nationale (spanische) Regelung, die öffentliche Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften **generell** vom Vergaberecht ausnimmt, EU-rechtswidrig ist. Grund sei, dass das Vergaberecht bei entgeltlichen Verträgen zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern Anwendung finde und daher eine derartige Anwendung nicht generell bei Verträgen zwischen verschiedenen Gebietskörperschaften als Vertragspartner ausgeschlossen werden könne.

Gerade wegen der dem EuGH-Fall allein zugrunde liegenden generellen spanischen Gesetzesregelung hat das Urteil wenig Aussagekraft. Insbesondere kann diese Entscheidung nicht dafür herangezogen werden, allgemein interkommunale Kooperationen dem Vergaberecht zu unterwerfen. Vielmehr folgt im Umkehrschluss aus dieser Entscheidung, dass es auch Formen der Übertragung von Aufgaben und Zuständigkeiten zwischen Gebietskörperschaften gibt, die vergaberechtsfrei sind.

b) Auffassung der EU-Kommission
Die EU-Kommission hat in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland betreffend die Gemeinde Hinte die Auffassung vertreten, dass die Übertragung der Abwasserentsorgung von einer Gemeinde auf einen gemeinsam von ihr mitgetragenen Wasserverband (Oldenburgisch-Ostfriesischer Wasserverband – OOWV), der sich über die Gebührenerhebung bei den Nutzern refinanziert (EU-Dienstleistungskonzession), grundsätzlich nach dem EU-Primärrecht in einem transparenten Wettbewerbsverfahren zu vergeben sei (**Anmerkung:** Das Vertragsverletzungsverfahren ist nach Auflösung des Vertrages zwischen der Gemeinde Hinte und dem OOWV eingestellt worden).

Etwas anderes gelte nur dann, wenn sich die „abgebende Gemeinde“ bei der Übertragung keine Kontroll- und Informationsrechte vorbehalte, also sozusagen eine komplette Delegation vornehme. Aktuelle Vertragsverletzungsverfahren, bei der die EU-Kommission inzwischen Klage vor dem EuGH erhoben hat, betreffen die interkommunale Übertragung von Abfallbeseitigungsaufgaben, die schleswig-holsteinische und niedersächsische Nachbarkommunen von Hamburg an die (kommunale) Stadtreinigung Hamburg vergeben haben.

2. Auffassung der deutschen Vergabesenate bei öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen zwischen Kommunen

Die deutsche Vergaberechtsprechung (OLG Düsseldorf vom 05. Mai 2004 und OLG Frankfurt/Main vom 07. September 2004)² hat **öffentlich-rechtliche Vereinbarungen** zwischen Kommunen auf der Grundlage der Gesetze über kommunale Gemeinschaftsarbeit (Hier: Übertragung von Abfallentsorgungsaufgaben) immer dann dem Vergaberecht unterstellt, wenn sich eine Kommune im Rahmen dieser Vereinbarung dazu verpflichtet, einzelne Aufgaben für die übrigen an der Vereinbarung Beteiligten **in fremdem Namen** durchzuführen (**mandatierende Vereinbarung**).

Als „Ausreißerentscheidungen“ müssen demgegenüber zwei Beschlüsse des OLG Naumburg vom 03. November 2005³ sowie vom 02. März 2006⁴ angesehen werden. In diesen Entscheidungen hatte das OLG Naumburg – weitergehend als die EU-Kommissionsauffassung (siehe Fall „Hinte“) – sogar eine so genannte **delegierende** öffentlich-rechtliche Vereinbarung im Bereich der Abfallentsorgung, bei

¹ EuGH, VergabR 2005, 176 ff.

² OLG Düsseldorf, VergabR 2004, 619 ff. und OLG Frankfurt, VergabR 2005, 80 ff.

³ OLG Naumburg, VergabR 2006, 88 ff. mit Anm. Portz.

⁴ OLG Naumburg, Beschluss vom 02.03.2006, Az.: 1 Verg 1/06.

der eine komplette Zuständigkeits- und Aufgabenübertragung von einer Kommune auf die „übernehmende Kommune“ stattfand, dem Vergaberecht unterstellt.

3. OLG Düsseldorf: Übertragung auf Zweckverband ist vergaberechtsfrei

a) Verwaltungsinterner Organisationsakt
In einer grundlegenden Entscheidung vom Sommer 2006⁵ hat das OLG Düsseldorf die Gründung eines kommunalen Zweckverbandes in der Region Aachen und die erfolgte Aufgabenübertragung der beteiligten Kommunen auf diesen Zweckverband im Rahmen der Abfallentsorgung auf der Grundlage des Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit als interne Aufgabenbewältigung sowie als kommunale Eigenleistung angesehen. Diese interne Verwaltungsorganisation „sei dem EU-Vergaberecht entzogen und sei – da der interkommunale Bereich nicht verlassen werde – einer Leistungsbeschaffung am Markt sachlich vorgelagert“. Dabei spielt es nach dem OLG Düsseldorf keine Rolle, dass mit der Zweckverbandsgründung keine vollständige, also quasi „delegierende“ Übertragung aller kommunalen Zuständigkeiten und Aufgaben von Seiten der beteiligten Kommunen auf den Zweckverband erfolgt sei.

Vielmehr sei der Vorbehalt bestimmter Einflussmöglichkeiten der Träger eines kommunalen Zweckverbandes mit neu geschaffenen Aufgabengebieten als eine rechtliche Folge der Organisationshoheit der beteiligten Kommunen hinzunehmen. Derartige Vorbehalte sind nach dem OLG Düsseldorf Ausdruck des Bestrebens, die nachgelagert zuständig gewordenen Aufgabenträger einer demokratisch legitimierten Kontrolle zu unterziehen. Einer Umsetzung dieses legitimen Vorhabens stehe auch das EU-Vergaberecht nicht entgegen.

b) Anknüpfung an EuGH-Urteile zum In-House-Geschäft

Das vergaberechtsfreie Eigengeschäft (In-House-Geschäft) nimmt das OLG Düsseldorf auch auf der Grundlage der EuGH-Entscheidungen „Teckal“⁶ und „Carbotermo“⁷ deswegen an, weil

– die den Zweckverband bildenden Kommunen gemeinsam über den Zweckverband eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben und

– der Zweckverband zugleich im Wesentlichen für die sie kontrollierenden Kommunen (Mehrheit) tätig ist.

Insoweit stellt das OLG Düsseldorf gerade vor dem Hintergrund der EuGH-Entscheidung „Carbotermo“ vom 11. Mai 2006 nochmals klar, dass auch mehrere Kommunen über den „beauftragten Zweckverband“ eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben können. Voraussetzung sei jeweils nur, dass privates Kapital am Auftrag nicht beteiligt ist.

Die maßgeblichen Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs in seiner Entscheidung vom 11. Mai 2006 („Carbotermo“) zur Frage des In-House-Geschäfts lauten insoweit (Ziffer 37):

„Dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, deutet darauf hin, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt“!

Hieraus folgert der EuGH, dass auch in diesem Fall grundsätzlich die zur Vergaberechtsfreiheit erforderlichen In-House-Kriterien vorliegen.

IV. DStGB-Positionen

Interkommunale Zusammenarbeit beinhaltet als bewusste Alternative zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben eine hocheffiziente Möglichkeit für die Städte- und Gemeinden, gegenüber ihren Bürgern ein breites Dienstleistungsspektrum in eigener Verantwortung orts- und bürgernah vorzuhalten. Die Gemeinden sind staatliche Einheiten Deutschlands und ihre Selbstverwaltung und Organisationshoheit gehört zur Identität des deutschen Staates, die auch die EU zu achten hat.

Der DStGB hat daher gegenüber den EU-Institutionen und der Bundesregierung stets betont, dass es sich bei allen gegenseitig sowie dauerhaft aufeinander fixierten Formen rein interkommunaler Kooperationen ohne Beteiligung privater Dritter, die grundsätzlich zwischen benachbarten Gemeinden stattfinden (Bsp.: Zweckverbände, öffentlich-rechtliche Vereinbarungen), nicht um vergaberechtspflichtige Beschaffungen der Kommunen auf dem – externen – Markt handelt. Vielmehr handelt es sich hierbei um rein interne Aufgaben- und Zuständigkeitsverlagerungen innerhalb der – kommunalen – Verwaltungseinheit. Mit diesen Kooperationsformen wird in besonderem Maße das Subsidiaritätsprinzip gewahrt.

Die im Wege der rein kommunalen Zusammenarbeit ohne Beteiligung privater Dritter nach den in Deutschland bestehenden Gesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit stattfindenden Kooperationsformen sind daher allesamt in einem funktionalen Sinne „In-House“ und damit vergaberechtsfrei, unabhängig davon, ob es sich hierbei um mandatierende oder delegierende öffentlich-rechtliche Vereinbarungen (Anmerkung: In vielen Landesgesetzen gibt es eine entsprechende Unterscheidung nicht) oder aber um Zweckverbände etc. handelt.

V. „Weiler Bericht“ zum Grünbuch der EU-Kommission zu ÖPP und öffentlichen Aufträgen

Erst jüngst ist der DStGB gemeinsam mit den anderen kommunalen Spitzenverbänden aktiv in dem federführend von der deutschen Europaabgeordneten Barbara

Weiler zu erstellenden Bericht des EU-Parlaments über das „Grünbuch der Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen“ eingebunden gewesen.

In dem „Weiler-Bericht“, der am 26. Oktober 2006 im EU-Parlament abgestimmt wurde, war auch die Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen ein Thema. Die EU-Parlamentarier haben dabei i. S. d. DStGB-Forderung festgestellt, dass „die Übertragung von Zuständigkeiten für öffentliche Aufgaben von einer öffentlichen Stelle an eine andere nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Gemeinschaft fällt“ (Rdn. 47).

VI. Formulierungsvorschlag der kommunalen Spitzenverbände

Mit dem Ziel einer Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen hatten bereits im Vorfeld der Parlamentsabstimmung die deutschen kommunalen Spitzenverbände auf der Grundlage einer „DStGB-Formulierung“ für den „Weiler-Bericht“ einen Änderungsantrag erarbeitet, der auch – allerdings unter Aufnahme von Erweiterungen (insbesondere: Regionalbezug) – auch von deutschen EU-Parlamentariern (MdEP Andreas Schwab, EVP; Heidi Rühle, Grüne) in deren eigene Anträge aufgenommen wurde. Dieser Formulierungsvorschlag lautete:

„Die Übertragung von Zuständigkeiten oder Aufgaben im Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsbereich zwischen rein kommunalen Einrichtungen oder die Bildung rein kommunal getragener Einrichtungen ohne Beteiligung privater Dritter und ohne Öffnung für private Dritte beinhaltet keinen öffentlichen Auftrag i. S. d. Vergaberechts. Voraussetzung ist, dass die Einrichtungen diese Zuständigkeiten und Aufgaben

– ausschließlich mit eigenen personellen und sachlichen Mitteln erfüllen und

– ihrerseits im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber tätig sind, der oder die ihnen die Aufgabe bzw. Zuständigkeit übertragen hat bzw. übertragen haben.“

VII. Aktivitäten der EU-Kommission sowie der Bundesregierung

Dieser Formulierungsvorschlag ist auch Grundlage gegenüber der EU-Kommission, die zurzeit prüft, zu den öffentlich-öffentlichen Partnerschaften eine interpretative Mitteilung herauszugeben.

Positiv zu erwähnen ist, dass die Bundesregierung (Bundeswirtschaftsministerium) die Forderung der kommunalen Spitzenverbände nach einer Vergaberechtsfreiheit

⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.06.2006, Az.: VII-Verg 17/06, vorgestellt in diesem Heft, S. 109

⁶ EuGH, NZBau 2000, 90 f.

⁷ EuGH, VergabER 2006, 478 ff.

interkommunaler Kooperationen in der anstehenden Novellierung des Vergaberechts, zu der in diesem Frühjahr der Referentenentwurf erwartet wird, festzuschreiben will.

VIII. Fazit

Die Übertragung von Zuständigkeiten oder Aufgaben zwischen rein kommunalen Einrichtungen oder die Bildung rein kommunal getragener Einrichtungen ohne Beteiligung privater Dritter stellt als reiner interner kommunaler Organisationsakt keine Beschaffung auf dem Markt dar,

sondern muss als funktionales „In-House-Geschäft“ vom Vergaberecht freigestellt werden. Die Vergaberechtsfreiheit muss alle Formen der rein interkommunalen Aufgaben- und Zuständigkeitsübertragungen, also sowohl die Gründung von Zweckverbänden sowie die Übertragung von Aufgaben an diese als auch die verschiedenen Formen öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen umfassen. Die EU-Kommission und das EU-Parlament werden daher aufgefordert, in das EU-Recht eine eindeutige Formulierung aufzunehmen, wonach die Übertragung rein kommunaler

Aufgaben vom Wettbewerbs- und Vergaberecht ausgenommen wird.

Vor diesem Hintergrund hat auch das Präsidium des Deutschen Städte- und Gemeindebundes in einem einstimmigen Beschluss am 20. November 2006 in Bonn die EU-Kommission, das EU-Parlament sowie die Bundesregierung aufgefordert, alle Formen der rein interkommunalen Aufgaben- und Zuständigkeitsübertragungen als verwaltungsinterne Organisationsakte vom Vergaberecht freizustellen.

Elektronische Vergabe als Schwungrad zur Prozessoptimierung und Mittelstandsförderung

Bernd Düsterdiek, Referatsleiter, Deutscher Städte- und Gemeindebund

Was für Private gilt, gilt auch für die öffentliche Hand: Städte und Gemeinden entdecken immer häufiger das Internet als Möglichkeit, nicht nur innerhalb der Verwaltungen und Behörden miteinander zu kommunizieren, sondern hiermit auch ein deutlich verbessertes Dienstleistungsangebot für die Bürgerinnen und Bürger sowie die örtliche Wirtschaft bereitzustellen.

Elektronische Auftragsvergabe in Deutschland

Ein bislang erst in der Startphase stehender Bereich des digitalen Verwaltungshandelns stellt das öffentliche Auftragswesen dar. Hier sind insbesondere die Städte und Gemeinden gefordert, die rechtlich geschaffenen Möglichkeiten einer elektronischen Auftragsvergabe mittel- und langfristig zu nutzen. Von den in Deutschland pro Jahr vergebenen öffentlichen Aufträgen in Höhe von über 250 Milliarden Euro im Bau-, Liefer- und Dienstleistungssektor werden von den über 12.000 Städten, Gemeinden und Landkreisen mehr als die Hälfte vergeben. Rund 460.000 baunahe Handwerksbetriebe erbringen zudem Leistungen, die in ca. sechs Millionen Aufträgen pro Jahr vergeben werden. Umso wichtiger ist es daher, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Möglichkeiten des Internets zu nutzen und damit eine Modernisierung der Beschaffungsorganisation und Kosteneinsparpotentiale herbeizuführen.

Rechtliche Rahmenbedingungen zur eVergabe

Der seit dem 01. November 2006 mit der Vergabeverordnung (VgV) und den Verdingungsordnungen (VOB/A, VOL/A und VOF 2006) überarbeitete und an EU-Vorgaben angepasste Rechtsrahmen eröffnet für Städte und Gemeinden die Möglichkeit, elektronische Angebote in einem Ver-

gabeverfahren zuzulassen. Die Wahl elektronischer Systeme zur Vergabe öffentlicher Aufträge wurde durch die neuen EU-Vergaberichtlinien bereits im Jahr 2004 mit einer erheblichen Zeitverkürzung bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens sowie durch die Zulassung elektronischer Angebote und Teilnahmeanträge nachhaltig gefördert.

Zentrale eVergabe-Plattform – DVBN

Vor diesem Hintergrund begrüßen der Deutsche Städte- und Gemeindebund (DStGB) und der Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH) die Idee einer neuen eVergabe-Plattform des Deutschen Vergabe- und Beschaffungsnetzes (DVBN), welches seit dem Jahr 2006 mit unterschiedlichen Partnern ein Netzwerk für die elektronische Vergabe von Bauleistungen in Deutschland anbietet. Auf der zentralen eVergabe-Plattform dvbn.de sollen zukünftig öffentliche, gewerbliche und private Auftraggeber sowie Bau- und Ausbaugewerbe, Hersteller und Handel bundesweit vernetzt werden. Ziel ist es, alle Prozesse der digitalen Auftragsvergabe vergaberechtskonform (nach VOB/A, VOL/A und VOF) im Internet abzubilden sowie Auftraggebern und Auftragnehmern eine innovative Lösung zum Austausch aller Dokumente und Unterlagen anzubieten. Vom Portal des DVBN werden ebenfalls eine deutliche Vereinfachung der Vergabeprozesse, weitere Möglichkeiten zur Kosteneinsparung sowie eine unmittelbare Förderung des Handwerks und der mittelständischen Wirtschaft erwartet. Mittelfristig werden circa 60 bis 70 Prozent der öffentlichen Aufträge und Beschaffungen elektronisch abgewickelt. Dies verdeutlicht das große Potential des eVergabemarktes. Es muss daher das Ziel aller Beteiligten sein, Vergabeverfahren – insbesondere im Bereich des handwerklichen

Bau- und Ausbaugewerbes – noch kostengünstiger, transparenter und effizienter zu gestalten.

Netzwerk für elektronische Auftragsvergabe

Zentrale Idee der neuen Plattform dvbn.de ist es, die bereits am Markt bestehenden eVergabe-Systeme, auf denen Auftraggeber sowie Bewerber und Bieter zusammengeführt werden, zu einer praxisgerechten und funktionsfähigen übergeordneten Plattform zu verknüpfen. Bereits bestehende Ausschreibungssysteme können als Netzwerkpartner ihre individuellen Geschäftsmodelle und damit auch ihre wirtschaftliche und leistungsmäßige Unabhängigkeit wahren. Aufgrund der offenen und flexiblen Systemarchitektur können bereits bestehende Lösungen, zum Beispiel von Softwareherstellern und Betreibern von Ausschreibungsplattformen oder Bauportalen, in die webbasierte Infrastruktur integriert werden.

Schnittstellen zur EU, zur Bundesplattform und zu Landesplattformen wie vergabe.bayern.de, vergabe.berlin.de oder zur NRW-Lösung „d-NRW“ sind bereits realisiert. Derzeit haben sich die DVBN-Netzwerkpartner ventasoft GmbH und altenda GmbH auf die Bedürfnisse öffentlicher und privatwirtschaftlicher Auftraggeber beziehungsweise Auftragnehmer spezialisiert. Das Deutsche Vergabe- und Beschaffungsnetz verweist zudem auf folgende weitere Vorteile der neuen Internet-Plattform dvbn.de:

- Die eVergabe-Plattform wird durch Nutzung verfügbarer Standards und einer modernen Benutzerführung ausgesprochen anwenderfreundlich sein. Je einfacher und verständlicher es für die kommunale Vergabepaxis und die Auftragnehmer aus Handwerk und Mittelstand ist, umso höher wird die Akzeptanz sein.
- Die Interessen von Auftraggebern und Auftragnehmern werden auf einer gemeinsamen Plattform gebündelt und können durch Mehrwertdienste aus dem Vergabebereich (zum Beispiel elektronisches Erstellen des Leistungsverzeichnisses) bereichert werden, so dass eine medienbruchfreie elektronische

Auftragsvergabe möglich und auch wirtschaftlich wird.

- Ein großes Manko bei bereits bestehenden regionalen Vergabelösungen („Insellösungen“) war bislang die fehlende Bereitstellung von Schulungen. Das DVBN bietet eine bundesweite Infrastruktur an ausgebildeten Dozenten an, um Auftraggebern und Auftragnehmern die optimale Nutzung der neuen Plattform kompetent näher zu bringen. Dazu sollen auch die Berufsbildungszentren der Handwerksorganisation einbezogen werden.
- An die Stelle vieler heterogener Einzellösungen wird zukünftig ein Standardsystem treten, das sowohl von Auftraggebern wie von Auftragnehmern genutzt werden kann. Aus unterschiedlichen Datenbanken kann eine große Ausschreibungsplattform geschaffen werden.

Ein Blick in die kommunale Vergabepaxis belegt, dass es derzeit an einer transparenten und übersichtlichen Struktur des eVergabe-Marktes mangelt. Bund, Länder und Kommunen bedienen sich unterschiedlichster „Insellösungen“. Deshalb wickeln bislang nur wenige öffentliche Auftraggeber die Vergabe ihrer Aufträge in elektronischer Form ab. In einer elektronischen Vergabe liegt nach Auffassung von DStGB und ZDH jedoch eine große Chance für die Zukunft. Experten gehen davon aus, dass durch elektronische Beschaffungsprozesse Einsparungen der öffentlichen Hand in Höhe von bis zu 10 Prozent erzielt werden können. Für den Public Sector in Deutschland würde dies bis zu 25 Milliarden Euro bedeuten. Auch für das Handwerk und den Mittelstand sind erhebliche Kosteneinsparungen aus der eVergabe und -Beschaffung zu erwarten. Der Erfolg der elektronischen Auftragsvergabe wird sich allerdings nur dann einstellen können, wenn die am Markt vorhandenen Kräfte gebündelt werden und sich die bisher am Markt „eVergabe“ aktiven Marktteilnehmer in einem Netzwerk zusammenschließen. Vor diesem Hintergrund erscheint der seitens der DVBN gewählte Ansatz einer zentralen und offenen eVergabe-Plattform besonders interessant.

Materialbeschaffung und Finanzierung

Neben der Erstellung, Recherche und Durchführung von Ausschreibungen soll es zukünftig auf der Plattform dvbn.de auch die Möglichkeit einer elektronischen Materialbeschaffung sowie Finanzierungsmöglichkeiten geben. Die Beschaffung von Materialien über die DVBN-Plattform soll eine schnellere Kalkulation der Angebote und eine unkomplizierte Bestellung benötigter Materialien bei Lieferanten (durch Bieter) ermöglichen. Finanzierungsmodelle sollen schließlich zur Lösung der insbesondere durch Basel II verschärften Liquiditätsprobleme im deutschen Handwerk beitragen, womit gleichzeitig eine zentrale Anforderung des ZDH erfüllt wird. Mit diesen Angeboten – von Vergabe über Beschaffung bis zur Finanzierung – will die DVBN-Vergabeplattform die gesamte Wertschöpfungskette insbesondere in der Bauwirtschaft abdecken.

Kostenfreier e-Veröffentlichungsservice für Kommunen

Um Kommunen den Einstieg in die elektronische Vergabe zu erleichtern, bietet das DVBN in Kooperation mit dem Deutschen Städte- und Gemeindebund seit Dezember 2006 zudem einen für Kommunen kostenfreien eVeröffentlichungsservice an: Über www.dstgb-vis.de können Kommunen Vergabebekanntmachungen von Bauleistungen (VOB/A) sowie von Liefer- und Dienstleistungen (VOL/A) einfach, sicher und rechtskonform veröffentlichen. Zugleich werden die gewohnten Veröffentlichungswege vom System unterstützt. Zur Erstellung von öffentlichen Bekanntmachungen verwendet der eVeröffentlichungsservice intelligente PDF-Formulare mit Plausibilitätsprüfungen. Weiterführende Informationen sind unter www.dstgb-vis.de abrufbar.

Mittlerweile nutzen zahlreiche Kommunen sowie andere öffentliche Auftraggeber die zentrale eVergabe-Plattform dvbn.de des Deutschen Vergabe- und Beschaffungsnetzes: Beispielhaft seien die Städte Neuss, Stuttgart, Freising, Augsburg, Gera, Wuppertal sowie das Landratsamt Ravensburg und die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung Berlin genannt; weitere

Nutzer sind etwa der Abwasserverband Porta Westfalica, die Emscher-Genossenschaft, außerdem das Landratsamt Aschaffenburg, das Tiefbauamt der Stadt Dortmund oder auch die Oberste Baubehörde im Bayerischen Innenministerium.

Bewertung und Ausblick

Grundsätzlich bietet sich beim Thema „eVergabe“ interessierten Städten und Gemeinden am Markt eine Palette an unterschiedlichen eVergabe-Lösungen privater wie öffentlicher Anbieter (auch die Einbindung in „Landesplattformen“). Daher ist es empfehlenswert, sich mit den jeweiligen Angeboten der entsprechenden Dienstleister eingehend auseinander zu setzen. Der vorstehend beschriebene Lösungsansatz der DVBN-Vergabeplattform, also der Ansatz einer elektronischen Infrastruktur zur Vernetzung der öffentlichen Hand sowie der gesamten Bauwirtschaft in Deutschland bietet allerdings aus kommunaler Sicht einen besonders interessanten und praxisgerechten Ansatz. Die eVergabe-Plattform dvbn.de ermöglicht über Netzwerkpartner eine kostengünstige und effektive Abwicklung der komplexen Auftragsvergabe im Baubereich und schafft damit gleichzeitig die Voraussetzungen zur Erfüllung der Vorgaben der Europäischen Kommission, bis zum Jahr 2010 die öffentliche Auftragsvergabe in den EU-Mitgliedsstaaten weitgehend elektronisch durchzuführen. Als zentrale Plattformlösung kann dvbn.de schließlich auch einen wesentlichen Beitrag zur Modernisierung der Verwaltung mit den damit einhergehenden Prozessvereinfachungen und Kosteneinsparungen leisten. Ein Aspekt, der in Zeiten einer katastrophalen Haushaltslage bei Bund, Ländern und insbesondere den Kommunen nicht unterschätzt werden darf.

Die weitere Entwicklung im Bereich der elektronischen Auftragsvergabe darf letztlich mit großer Spannung erwartet werden. Sowohl der Deutsche Städte- und Gemeindebund als auch der Zentralverband des Deutschen Handwerks werden diese Entwicklung jedenfalls weiterhin aktiv begleiten.

Kein Primärrechtsschutz bei Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte*

Dr. Kay Ruge, Beigeordneter beim Deutschen Landkreistag, Berlin

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung¹ die Beschränkung des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht auf Auftragsvergaben oberhalb bestimm-

ter Schwellenwerte als verfassungsgemäß angesehen. Es begründet dies damit, dass bei einer Einräumung von Rechtsschutz für unterlegene Bieter bei Vergaben

unterhalb der Schwellenwerte der Grundgedanke der Wirtschaftlichkeit von Beschaffungen gefährdet werde.

Im deutschen Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge gilt eine Zweiteilung. Das Vergaberecht der §§ 97 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist nur auf Vergaben mit Beträgen ab be-

* Dieser Text ist ein Nachdruck aus Der Landkreis 12/2006 und erscheint mit freundlicher Genehmigung des Autors.

¹ BVerfG, Beschluss v. 13.6.2006 - 1 BVR 1160/03, abgedruckt in diesem Heft.

stimmten Schwellenwerten anwendbar. Diese Schwellenwerte orientieren sich an europäischen Vorgaben. Für Bauaufträge liegt das Auftragsvolumen bei 5 Mio. Euro. Für die Durchsetzung von Rechten aus diesen Vergabeverfahren besteht aus diesen Vergabeverfahren besteht aus Vergabekammern ein besonderes Nachprüfungsverfahren sowie sofortiger Beschwerde zum Oberlandesgericht eröffnet ist. Da Zuschlag und Vertragsschluss in einem Akt zusammenfallen, begründet dies die Gefahr, dass ein Antrag auf Nachprüfung zu spät kommt. Um dies zu vermeiden und (Primär-)Rechtsschutz zu ermöglichen, sieht das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte vor, dass die unterlegenen Bieter vor Vertragsschluss über ihre Nichtberücksichtigung informiert werden.

Für Verträge, deren Volumen den maßgeblichen Schwellenwert nicht erreicht, bestehen entweder keine Unterlassungsansprüche oder diese sind faktisch in aller Regel nicht durchsetzbar, da sie jedenfalls mit der Erteilung des Zuschlags untergehen. Allerdings kann ein auf Schadenersatz gerichteter Rechtsanspruch bestehen.

Die Beschwerdeführerin im konkreten Verfahren betreibt ein Unternehmen, das seinen Umsatz ausschließlich durch öffentliche Aufträge erwirtschaftet. Obwohl sie das günstigste Angebot abgab, wurde sie ausgeschlossen, weil nicht alle in den Verdingungsunterlagen gestellten Bedingungen erfüllt seien. Dagegen erhob sie Klage.

Entscheidungsgründe

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

Ein allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch bestehe nur, wenn die Verletzung einer Rechtsposition geltend gemacht werden könne. Ein solches subjektives Recht ergäbe sich aus dem Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG. Dieser sei allerdings nicht verletzt, weil die in der Rechtsordnung vorgesehenen Möglichkeiten des Rechtsschutzes ausreichen. „Der Justizgewährleistungsanspruch ermöglicht und verlangt in Lagen, in denen unterschiedliche Interessen mehrerer betroffen sind, keine schlichte Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Rechtsuchenden. Er zielt vielmehr auf eine sachgerechte Gewich-

tung und Zuordnung der betroffenen rechtlich geschützten Belange [...]. Bei der gerichtlichen Kontrolle von Vergabeentscheidungen ist eine Konfliktlage in einem Rechtsverhältnis zu bewältigen, an dem beteiligt sind: die staatliche Stelle, die den umstrittenen Auftrag vergibt, um ihre öffentlichen Aufgaben zu erfüllen; ferner der erfolgreiche Bieter, der ein Interesse an einer raschen Zuschlagsentscheidung und einer zuverlässigen Vertragserfüllung hat; schließlich erfolglose Bieter [...], die ein Interesse an möglichst effektivem Schutz ihrer privatrechtlich ausgeformten Verfahrensrechte haben.

Je weiter die Rechtsschutzmöglichkeiten der erfolglosen Bieter ausgedehnt werden, desto eher können sowohl die öffentlichen Interessen, denen die Erfüllung des vergebenen Auftrags letztlich dienen soll, als auch die Interessen des erfolgreichen Bieters verhindert oder sogar vereitelt werden. Aufgrund des zeitlichen und sächlichen Aufwands, den ein Nachprüfungsverfahren erfordert, kann zudem die Wirtschaftlichkeit der Vergabe leiden [...]. Zudem besteht das Risiko, dass der erfolglose Bewerber seine Rechtsschutzmöglichkeiten in sachwidriger oder sogar missbräuchlicher Weise nutzt. Auch dadurch kann die Vergabe unwirtschaftlich oder das Beschaffungsziel ganz verfehlt werden.“

„Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber das Interesse an einer raschen Vergabeentscheidung und damit an der Möglichkeit einer sofortigen Ausführung der Maßnahme für gewichtiger als das des erfolglosen Bieters gehalten hat. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sind ein Massenphänomen. Müssten für solche Vergaben stets bestimmte Verfahrensvorkehrungen getroffen werden, um einen effektiven Primärrechtsschutz zu ermöglichen, könnte das die Verwaltungsarbeit erheblich beeinträchtigen. Zum einen würde der Verwaltungsaufwand bei solchen Vergaben steigen, zum anderen könnte es zu Engpässen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben kommen, für die die Produkte oder Dienstleistungen, die mittels der Vergabe beschafft werden sollen, benötigt werden.“ Dass der Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte anders gestaltet sei als bei Vergabeentscheidungen darunter, verstoße auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG selbst. Zwar bestehe damit eine Ungleich-

behandlung, diese sei jedoch durch hinreichend gewichtige Gründe gerechtfertigt. „Das öffentliche Beschaffungswesen dient der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel. Diese Zielsetzung [...] hat zur Folge, dass sich die Regeln über die Beschaffung vor allem an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientieren. Führen bestimmte rechtliche Maßgaben für das Vergabeverfahren zu einer Verteuerung der Auftragsvergabe, ist es sachgerecht, über ihre Einführung mit Blick auf solche wirtschaftlichen Gesichtspunkte zu entscheiden. [...]

Allerdings birgt diese Mobilisierung [subjektiver Rechte] auch Risiken für die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens. Werden rechtmäßige Vergabeverfahren auf Initiative des Einzelnen überprüft, so entstehen Verfahrenskosten, ohne dass diesen Kosten ein Gewinn an Wirtschaftlichkeit gegenüberstünde. Zudem besteht stets die Gefahr, dass die den Konkurrenten eingeräumten Rechtsschutzmöglichkeiten sachwidrig genutzt oder sogar missbraucht werden. Auch darunter kann die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens leiden. Weiter kann unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Vergabe die Verzögerung, die ein Kontrollverfahren regelmäßig mit sich bringt, ihrerseits Kosten verursachen. Schließlich kann wegen dieser Verzögerung die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, um deren Willen Mittel beschafft werden sollen, beeinträchtigt oder sogar verfehlt werden.“

Bewertung

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist zu begrüßen. Sie trägt praktischen Bedürfnissen wie dem Anliegen nach Rechtsklarheit Rechnung. Es wird höchstrichterlich klargestellt, dass die rechtlich unterschiedliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes oberhalb bzw. unterhalb der Schwellenwerte verfassungsgemäß ist. Soweit dagegen andere Auffassungen vertreten wurden, beendet das Gericht mit seiner klaren Argumentation diesbezügliche Ansätze. Hinsichtlich der EU bleibt zu wünschen, dass dort die Begründung des Gerichts berücksichtigt wird, dass durch eine zu starke Formalisierung und Einräumung subjektiver Rechte der Grundgedanke der Wirtschaftlichkeit im Beschaffungswesen selbst gefährdet wird.

ben leichter macht? Hierzu ist zunächst ein kurzer Blick auf die Entstehungsgeschichte der Reform erforderlich.

Der Hintergrund

Forderungen nach einer grundlegenden

¹ Der Beitrag ist ein Nachdruck aus NST-N 8-9/2006 und erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors und des Niedersächsischen Städtetages.

² Der Autor arbeitet in Kooperation bei der Kanzlei Kehr-Ritz & Kollegen in Hannover

Die VOL/A nach der Vergaberechtsreform – ein Überblick¹

Rechtsanwalt Klaus-Peter Kessal² und Rechtsanwalt Reinhard Kehr-Ritz M.A., Hannover

Gut Ding will Weile haben, könnte man mit Blick auf die lange Entstehungsgeschichte der Vergaberechtsreform meinen. Aber ist mit der Neufassung der Vergabeverord-

nung und der Verdingungsordnungen tatsächlich der große Wurf gelungen, der einerseits für mehr Wettbewerb sorgt und andererseits den Vergabestellen das Le-

Reformierung des als kompliziert geltenden Vergaberechts wurden schon bald nach seinem Inkrafttreten in der bekannten Form im Jahr 1999 laut. Am 31. März 2004 traten die EG-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S.1 ff, 114 ff) in Kraft. Sie waren durch die Mitgliedstaaten bis zum 31. Januar 2006 in nationales Recht umzusetzen.

Die maßgeblichen Gremien in Deutschland nahmen die Richtlinien zum Anlass, auf eine grundlegende Reform des nationalen Vergaberechts hinzuwirken. Die Verschärfung der Normen und das sog. Kaskadenprinzip, also als mehrstufige Gebilde aus Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Vergabeverordnung (VgV) und den verschiedenen Verdingungsordnungen VOL/A, VOB/A und VOF sollten verschwinden. Dieses gesetzgeberische Ansinnen brachte es sogar bis zu einem Regierungsentwurf mit Datum vom 18. März 2005 für eine neue Vergabeverordnung, die die einzelnen Verdingungsordnungen unter einem Dach vereinen sollte.

Dieser wegen seiner tiefgreifenden Änderungsvorschläge nicht unumstrittene Entwurf aus dem Bundeswirtschaftsministerium wurde im letzten Jahr jedoch nicht weiterverfolgt. Eine grundlegende Reform des Vergaberechts war damit zunächst einmal vom Tisch.

Was blieb?

Da das EG-Recht die Bundesregierung jedoch unter Zugzwang setzte, entstand das sog. „Sofortpaket“, das im Wesentlichen aus drei Teilen bestand, die nacheinander umgesetzt wurden:

– sog. ÖPP-Beschleunigungsgesetz mit Änderungen des GWB und der VgV

– Anpassung der Verdingungsordnungen

– erneute Anpassung der VgV
Damit war zunächst einmal klar, dass die Reform des Vergaberechts und die Anpassung an die neuen Vorgaben des europäischen Rechts innerhalb des bestehenden Systems erfolgen sollten. Die „große“ Reform wurde also verschoben und der von vielen erhoffte Systemwechsel blieb aus.

Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz trat bereits im September 2005 in Kraft. Die neuen Verdingungsordnungen wurden mittlerweile im Bundesanzeiger veröffentlicht, zuletzt die VOL/A am 30. Mai 2006³. Die neue VgV (Dritte Verordnung zur Änderung der Vergabeordnung) vom 23.10.2006 ist am 01.11.2006 in Kraft getreten und schreibt die Anwendung der Abschnitte 2 bis 4 der VOL/A verbindlich vor. Bereits vor

dem 01.11.2006 begonnene Vergabeverfahren sind nach den alten Vorschriften zu Ende zu führen. Für den Beginn des Vergabeverfahrens ist der Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung maßgeblich.

Die Neuerungen des Vergaberechts betreffen wegen ihres europarechtlichen Hintergrundes grundsätzlich nur die Verfahren oberhalb der Schwellenwerte, wenngleich natürlich bei nationalen Verfahren bei Auslegungsfragen im Zweifel auf den europäischen Rechtsrahmen zurückgegriffen werden kann.

Die folgende Darstellung der wichtigsten Neuerungen beschränkt sich auf die für die klassischen öffentlichen Auftraggeber bedeutsamen Änderungen im Bereich des 2. Abschnitts der VOL/A. Entsprechungen finden sich aber auch in den von der Sektorenrichtlinie umfassten Bereichen.

Was ist neu?

Man könnte auch die Frage stellen: „Was ist wirklich neu?“. Denn im Folgenden wird sich zeigen, dass einige Bestandteile des neuen Rechts auch schon bisher gängige Praxis und durch die Rechtsprechung der Vergabekammern und -senate anerkannt waren. Allerdings bringt das neue Recht auch einige beachtliche Neuheiten mit sich.

Vergleichsweise unbedeutend ist zunächst hingegen die Anhebung der EU-Schwellenwerte, also der Auftragswerte, bei deren Überschreitung das EU-Vergaberecht überhaupt erst zum Tragen kommt und insbesondere der Primärrechtsschutz vor der Vergabekammer eröffnet ist⁴.

Die Schwellenwerte betragen im VOL- und VOF-Bereich nunmehr 211.000 EUR (bisher 200.000 EUR) und im VOB-Bereich 5.278.000 EUR (statt bisher 5.000.000 EUR).

Der wettbewerbliche Dialog

Das neu eingeführte Verfahren des wettbewerblichen Dialoges bleibt den Vergaben oberhalb der Schwellenwerte (anders noch im ursprünglichen Regierungsentwurf) vorbehalten. Der wettbewerbliche Dialog wird in § 101 Abs. 5 GWB als ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge durch staatliche Auftraggeber beschrieben und wird in § 6a VgV ausführlich geregelt. Er soll Auftraggebern eine Hilfe sein, wenn die technischen Möglichkeiten eines zu vergebenden Auftrags sowie dessen finanzielle und rechtliche Bedingungen nicht von vornherein angegeben werden können und bleibt damit in der Regel besonders komplexen Beschaffungsmaßnahmen vorbehalten.

In verschiedenen Phasen – sie werden gewöhnlich als „Dialogphase“, „finale Dialogphase“ und „Angebotsphase“ bezeichnet – soll mit den Bietern eine Lösung erarbeitet werden, die zum Gegenstand der Leis-

tungsbeschreibung wird. Hierauf sollen dann von den oder jedenfalls einigen zuvor beteiligten Unternehmen die Angebote abgegeben werden.

Die Wertung der eingegangenen Angebote soll sich dann in den bekannten Bahnen der §§ 25, 25a VOL/A vollziehen.

Im Rahmen des wettbewerblichen Dialoges soll die Zahl der beteiligten Unternehmen nach und nach verringert werden können (§§ 3a Nr. 1 Abs. 3 VOL/A) – vorausgesetzt, dies ist im Rahmen der Bekanntmachung veröffentlicht worden und erfolgt unter Beachtung der definierten Zuschlagskriterien. Ein echter Wettbewerb muss stets gewährleistet sein.

Die Möglichkeit des „Abschichtens“ von Bietern war durch die Rechtsprechung auch schon bisher im Rahmen des Verhandlungsverfahrens anerkannt worden. Nunmehr ist diese Möglichkeit ausdrücklich normiert.

Rahmenvereinbarungen

Teilweise neu ist die ausdrückliche Zulassung von Rahmenvereinbarungen im Bereich der klassischen öffentlichen Auftraggeber. Sie waren durch die VOL/A bisher dem Bereich der Sektorenauftraggeber vorbehalten, wurden aber auch für den Bereich der klassischen öffentlichen Auftraggeber unter bestimmten Umständen als zulässig angesehen.

Gemäß § 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A sind Rahmenvereinbarungen nunmehr als öffentliche Aufträge definiert, die Auftraggeber an ein oder mehrere Unternehmen vergeben können, um die Bedingungen für Einzelaufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis. Rahmenvereinbarungen dürfen eine Laufzeit von vier Jahren in der Regel nicht überschreiten.

Rahmenvereinbarungen dürfen zwar auch mit mehreren Unternehmen (in der Regel dann mindestens drei) abgeschlossen werden. Für einen Leistungsgegenstand darf es allerdings nur eine Rahmenvereinbarung geben.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass die Vergabe des Rahmenvertrages natürlich uneingeschränkt den Regeln des Vergaberechts unterliegt. Nur die unter dem Rahmenvertrag erfolgenden Einzelabrufe von Leistungen sind vereinfacht, erfolgen aber auch nicht im „rechtsfreien Raum“.

Sind mehrere Unternehmen an der Rahmenvereinbarung beteiligt, erfolgt der Einzelauftrag erst nach der Durchführung eines erneuten Aufrufs zum Wettbewerb unter den beteiligten Unternehmen – quasi die Durchführung eines Vergabeverfahrens.

³ Bundesanzeiger Nr 100 a (Beilage).

⁴ Die aktuelle Diskussion über den verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Die Zahl der Verwaltungsgerichte, die eine derartige Rechtsschutzmöglichkeit als zulässig betrachten, nimmt allerdings kontinuierlich zu.

rens „light“ mit dem Ziel, innerhalb der am Rahmenvertrag beteiligten Unternehmen das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln.

Nachweis der Einhaltung bestimmter Qualitäts- und Umweltauforderungen

Dem Auftraggeber ist es nunmehr möglich, die Eignung eines Unternehmens anhand der Einhaltung bestimmter Qualitätsanforderungen und Umweltstandards zu messen. Hier stellt § 7a Nr. 5 VOL/A klar, dass der Nachweis grundsätzlich auch durch den europäischen Normen entsprechende Nachweise erbracht werden kann, damit jede Diskriminierung ausländischer Unternehmer ausgeschlossen ist.

Technische Anforderungen

In dieselbe Richtung zielt § 8a VOL/A. Technische Anforderungen müssen unter Bezugnahme auf die im Anhang TS zur VOL/A aufgeführten technischen Spezifikationen beschrieben werden. Jede Bezugnahme der Leistungsbeschreibung auf technische Normen oder Spezifikationen ist zudem mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen⁵.

Ein Angebot darf nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass die Leistungen nicht den in der Leistungsbeschreibung in Bezug genommenen Normen oder Spezifikationen entspricht. Dem Bieter muss der Nachweis „mit geeigneten Mitteln“ ermöglicht werden, dass seine Leistungen den Anforderungen gleichwohl entsprechen.

Dadurch soll in erster Linie jegliche Diskriminierung der Wettbewerbsteilnehmer aus Gründen der Nationalität ausgeschlossen werden. Wenn die Leistung unter Bezugnahme auf nationale Normen beschrieben wird, die ein ausländischer Bieter nicht erfüllt, muss dem Bieter der Nachweis „mit geeigneten Mitteln“ ermöglicht werden, dass seine Leistungen dieser Norm gleichwohl entsprechen.

„Geeignete Mittel“ sind nach § 8a Nr. 2 VOL/A insbesondere Herstellerbeschreibungen (deren Tauglichkeit man aber wohl anzweifeln darf) und Prüfberichte anerkannter Stellen. „Anerkannte Stellen“ sind die Prüf- und Eichlaboratorien im Sinne des Eichgesetzes sowie die Inspektions- und Zertifizierungsstellen, die mit den anwendbaren europäischen Normen übereinstimmen. Der Auftraggeber muss Bescheinigungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen anerkannten Stellen anerkennen.

Die Zuschlagskriterien und ihre Bekanntgabe

Schon nach alter Rechtslage war die Bekanntgabe der Wertungsmatrix (nicht zuletzt aufgrund der strengen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs) in der Regel zwingend. Nunmehr heißt es in §§ 9a Nr. 1 a) VOL/A, dass alle vorgesehenen Zuschlagskriterien einschließlich ihrer Gewichtung bekannt zu geben sind.

Die Bekanntmachung muss entweder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe, der Veröffentlichung im EU-Amtsblatt oder in den Vergabeunterlagen erfolgen.

Eine Ausnahme ist nur in den Fällen des § 25a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A zulässig, wenn der Auftraggeber die Gewichtung „aus nachvollziehbaren Gründen“ nicht angeben kann. In diesem Fall sind die Kriterien in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung festzulegen. Was unter solchen „nachvollziehbaren Gründen“ zu verstehen ist, erläutert die VOL/A nicht weiter. Man wird diesen Ausnahmetatbestand allerdings mit Sicherheit sehr restriktiv handhaben müssen. Das Erfordernis der Nachvollziehbarkeit rückt den Ausnahmetatbestand zudem vollumfänglich in die Nachprüfbarkeit durch die Vergabekammer.

Vorgaben für die Wahl der Zuschlagskriterien regelt nunmehr der neu eingeführte § 25a VOL/A. Das schon bisher geltende Verbot vergabefremder Kriterien wurde durch eine beispielhafte Aufzählung zulässiger Kriterien konkretisiert (Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- und Ausführungsfrist).

Bei der Wertung der Angebote dürfen ausschließlich die Kriterien zur Anwendung kommen, die in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt worden sind. Dies entspricht auch schon der bisherigen Rechtspraxis. Der Auftraggeber ist an die einmal bekannt gegebene Wertungsmatrix gebunden.

Unzulässig ist nach § 25a Nr. 2 VOL/A, ein Angebot nur aus dem Grunde zurückzuweisen, dass es aufgrund einer staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig ist. Hier muss dem Bieter die Möglichkeit eingeräumt werden, den Nachweis der Rechtmäßigkeit der Beihilfe zu führen.

Elektronische Kommunikationswege

An mehreren Stellen in der VOL/A hat die moderne Kommunikationstechnik weiter Einzug gehalten.

So kann der Auftraggeber im Internet ein Beschafferprofil einrichten, das interessierte Unternehmen über geplante, laufende und abgeschlossene Vergabeverfahren, Kontaktmöglichkeiten und sonstige für eine Auftragsvergabe relevante Daten informiert.

Werden Bekanntmachungen (unter Verwendung der zwingend vorgeschriebenen neuen Formulare!) elektronisch an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften übersandt, erfolgt die Veröffentlichung spätestens fünf Tage nach ihrer Absendung.

Teilnahmeanträge können nach § 16 a Nr. 2 VOL/A nunmehr auch telefonisch oder per Telefax gestellt werden, wenn sie bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist durch den Bewerber schriftlich bestätigt werden. Beim Auftraggeber sind elektronisch ein-

gegangene Teilnahmeanträge durch geeignete technische Vorkehrungen (Verschlüsselung) vor unbefugter Kenntnisnahme zu schützen. Dies dürfte die Vergabestellen in der Regel vor ganz neue Aufgaben stellen, da die vertrauliche Verwahrung von Teilnahmeanträgen Papierform sicherlich einfacher zu bewerkstelligen ist. § 18 a VOL/A erlaubt zudem die Verkürzung der Angebotsfrist im Offenen Verfahren von regulär 52 Tagen um sieben Tage; wenn auch die Vergabeunterlagen elektronisch zum Download bereitgestellt werden, ist eine Verkürzung um weitere fünf Tage möglich.

Diese Möglichkeiten gelten entsprechend für die Frist für den Antrag auf Teilnahme beim Nichtoffenen Verfahren, beim Wettbewerblichen Dialog und im Verhandlungsverfahren.

Eigenleistungsanteil

In der bisherigen Vergabepaxis wurde wegen des Erfordernisses der „gewerbsmäßigen Befassung mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art“ (§ 7 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A) in der Regel ein Eigenleistungsanteil von 30 Prozent gefordert.

§ 4 Abs. 4 VgV lässt demgegenüber jetzt zu, dass der Auftragnehmer sich bei der Erfüllung der Leistung der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen kann. Damit ist eine Generalübernehmervergabe ausdrücklich für zulässig erklärt worden. Anders herum darf auch kein Unternehmen mehr ausgeschlossen werden, das die ausgeschriebene Leistung fast ausschließlich durch Subunternehmer erbringen lässt und sich selbst nur auf Koordinierungsleistungen beschränkt.

Ob dies aus Auftraggebersicht immer wünschenswert ist, kann man sicherlich mit Recht hinterfragen. Der europäische Rechtsrahmen zwang jedoch zu dieser Aufweichung des Eigenleistungserfordernisses.

Sog. Projektantenausschluss

Für Streit hat in der Vergangenheit immer wieder die Frage gesorgt, ob in der Planungsphase beauftragte Personen oder Unternehmen sich wegen ihrer Vorbehaftung u. U. nicht um den Realisierungsauftrag bewerben konnten.

Argumentiert wurde mit der Wettbewerbsverzerrung durch die Vorkenntnisse des Planers und vor allen damit, dass dieser geeignet sein könnte, seine Planung genau auf die von ihm angebotenen Realisierungsleistungen zuzuschneiden. In einem solchen Fall wäre die Wirtschaftlichkeit einer Beschaffungsmaßnahme wegen der Befangenheit des Planers in der Tat gefährdet. Auf der anderen Seite kann es durchaus der Wirtschaftlichkeit dienen, wenn der Einarbeitungsaufwand des mit

⁵ Vgl. für IT-Ausschreibungen ausführlich NST-N 2006, 45 ff.

der Realisierung beauftragten Unternehmens möglichst gering ist.

Nachdem die Vergabekammern dieses Problem schon in der Vergangenheit eher „großzügig“ behandelt hatten, gibt es in § 4 Abs. 5 VgV nunmehr eine Neuregelung: „Hat ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber beraten oder sonst unterstützt, so hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird.“

Damit ist es ausdrücklich nicht untersagt, mit der Planung befasste Unternehmen auch mit der Realisierung – ihrer eigenen Planung – zu beauftragen. Sicherergestellt werde lediglich, dass objektiv keine Wettbewerbsverzerrung eintritt. Dem die Vergabestelle durch ein transparentes und alle Unternehmen gleich behandelndes Ver-

fahren durchaus vorbeugen und so auch den Planer mit der Realisierung beauftragen, wenn denn sein entsprechendes Angebot das wirtschaftlichste ist.

Fazit

Die viel diskutierte Vergaberechtsreform beschränkt sich auf eine zeitweise wortgetreue Übernahme der maßgeblichen EG-Richtlinien in den Text der Verdingungsordnungen. Einige Änderungen setzen nur eine schon bisher geübte Rechtspraxis um. Eine wirklich „große Reform“ ist damit nicht erfolgt. Die Neuerungen bewegen sich im bestehenden System der vergaberechtlichen Normen, so dass man nun mit Spannung auf den angekündigten Systemwechsel im Vergaberecht warten kann. Das Bundeskabinett hat am 28. Juni 2006 Leitlinien für eine Vereinfachung und Modernisierung sämtlicher Vergabe-

verfahren beschlossen. Ziel ist ein transparentes, mittelstandsfreundliches Vergaberecht. Die Vergabeverfahren sollen einfacher ausgestaltet, Bürokratie abgebaut und überflüssige Formalien gestrichen werden. Der vom Bundeswirtschaftsministerium in Aussicht gestellte Entwurf zur Vereinfachung und Modernisierung des Vergaberechts konnte bislang nicht vorgelegt werden, da eine Einigung der beteiligten Ressorts in den Ministerien zur Zeit noch nicht absehbar ist. Davon betroffen sind wesentlichen Punkte wie: die Aufnahme vergabefremder Aspekte, die stärkere Berücksichtigung des Mittelstandes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sowie die Freistellung der interkommunalen Zusammenarbeit vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Allesamt Themen, die dringend einer Regelung bedürfen.

Der Wettbewerbliche Dialog

Eine neue Vergabeart bei Aufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte

Oberregierungsrat Hans Schaller, Burglengenfeld

Für die vom EU-Recht erfassten Aufträge¹ wurde durch Änderung der vergaberechtlichen Bestimmungen im Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen² neben den bereits bekannten Offenen Verfahren, den Nicht Offenen Verfahren und den Verhandlungsverfahren die in der EU-Vergaberichtlinie 2004/18/EG optimal vorgesehene neue Verfahrensart des Wettbewerblichen Dialogs eingeführt³.

Der „Wettbewerbliche Dialog“

Als Wettbewerblicher Dialog wird § 101 Abs. 5 GWB ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauaufträge oberhalb der in § 2 VgV festgelegten Schwellenwerte durch staatliche Auftraggeber bezeichnet, bei dem eine Aufforderung zur Teilnahme und anschließend Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrags erfolgt.

Das Verfahren beim „Wettbewerblichen Dialog“

Vollzugsvorschriften zu der neuen Vergabeart des Wettbewerblichen Dialogs enthält § 6 a der zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes vom 1.9.2005⁴ geänderten VgV. Danach

- kann ein Wettbewerblicher Dialog nur dann greifen, wenn die staatlichen Auftraggeber objektiv nicht in der Lage sind, die technischen Mittel, mit denen ihre Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben (§ 6a Abs. 1 VgV n. F.),
- haben die staatlichen Auftraggeber beim Wettbewerblichen Dialog ihre Bedürfnisse und Anforderungen europä-

weit bekannt zu machen,

- erfolgt die Erläuterung der Anforderungen der staatlichen Auftraggeber beim Wettbewerblichen Dialog in der Bekanntmachung oder in einer Beschreibung (§ 6 a Abs. 2 GWB).

Eröffnung und Abschluss des wettbewerblichen Dialogs

Mit den im Anschluss an die Bekanntmachung nach § 6 a Absatz 2 VgV n. F. ausgewählten Unternehmen ist ein Dialog zu eröffnen, in dem die staatlichen Auftraggeber ermitteln und festlegen, wie ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können.

Dabei

- können die staatlichen Auftraggeber mit den ausgewählten Unternehmen alle Einzelheiten des Auftrages erörtern⁶,
- dürfen nicht Informationen so weitergeben werden, dass bestimmte Unternehmen begünstigt werden könnten,
- dürfen die staatlichen Auftraggeber Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmen weitergeben und diese nur im Rahmen des Vergabeverfahrens verwenden,
- können die staatlichen Auftraggeber vorsehen, dass der Dialog in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern.

Wird der wettbewerbliche Dialog in verschiedene aufeinanderfolgenden Phasen abgewickelt,

- ist dies in der europaweiten Bekanntma-

chung oder in einer Beschreibung anzugeben

- haben die staatlichen Auftraggeber die Unternehmen, deren Lösungen nicht für die nächstfolgende Dialogphase vorgesehen sind, darüber zu informieren.

Die staatlichen Auftraggeber haben den Dialog für abgeschlossen zu erklären, wenn

- eine Lösung gefunden worden ist, die ihre Bedürfnisse erfüllt oder
- erkennbar ist, dass keine Lösung gefunden werden kann (§ 6 a Abs. 5 Satz 1 VgV n. F.).

Dabei haben die staatlichen Auftraggeber

- die Unternehmen über die Abschlusserklärung des Dialogs zu informieren
- dann, wenn eine Lösung gefunden worden ist, die ihre Bedürfnisse erfüllt (§ 6 a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 VgV), die Unternehmen aufzufordern, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen (endgültige Leistungsbeschreibung) ihr endgültiges Angebot vorzulegen (§ 6 a Abs. 5 Satz 2 VgV).

Die Angebote müssen alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten. Der staatliche Auftraggeber kann verlangen, dass Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen zu diesen Angeboten gemacht werden, ohne dass dies zu einer Änderung der grundlegenden Elemente des Angebotes oder der Ausschreibung zur Folge hat, die den Wettbewerb verfälschen oder diskriminierend wirken könnte.

¹ Vgl. dazu §§ 2, 3 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV).

² GWB in der Fassung vom 26. August 1998, BGBl. I S. 2546, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 1. September 2005, BGBl. I S. 2676.

³ Vgl. dazu Art. 101 Abs. 1, Abs. 5, 6 GWB n. F.

⁴ BGBl. I S. 2676.

⁵ Diese Bekanntmachung ähnelt einer vereinfachten funktionalen Ausschreibung.

⁶ Die staatlichen Auftraggeber haben dafür zu sorgen, dass alle Unternehmen bei dem Dialog gleich behandelt werden (§ 6a Abs. 3 VgV n. F.).

Die Auswahl der Angebote

Die staatlichen Auftraggeber

- haben die Angebote auf Grund der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung festgelegten Zuschlagskriterien zu bewerten und das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen,
- dürfen das Unternehmen, dessen Angebot als das wirtschaftlichste ermittelt wurde, auffordern, bestimmte Einzelhei-

ten des Angebotes näher zu erläutern oder im Angebot enthaltene Zusagen zu bestätigen⁷.

Angemessene Kostenerstattung

Verlangen die staatlichen Auftraggeber, dass die am wettbewerblichen Dialog teilnehmenden Unternehmen Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten, müssen sie

Präqualifikation für Bauunternehmen in Deutschland – Ein Interview*

Frage: „Herr Parlamentarischer Staatssekretär Großmann, Sie haben Anfang des Jahres 2006 die Präqualifikation für Bauunternehmen in Deutschland eingeführt. Das System bietet öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit, im Vergabeverfahren zur Eignungsprüfung eine Internetliste präqualifizierter Unternehmen zu nutzen. Trotzdem arbeiten Auftraggeber in den Kommunen teilweise nach wie vor lieber mit dem Einzelnachweis. Worin sehen Sie die Ursachen?“

Antwort: „Um bei Unternehmen und Vergabestellen der öffentlichen Auftraggeber die Belastung durch die Erbringung des Eignungsnachweises im Einzelfall zu verringern, haben wir mit der Online-Schaltung der Liste präqualifizierter Unternehmen das Präqualifikationssystem „PQ VOB“ für den Baubereich eingeführt. D. h. Bauunternehmen können damit ihre Eignung und Zuverlässigkeit auftragsunabhängig gegenüber einer neutralen privaten Stelle nachweisen. Den Vergabestellen der öffentlichen Auftraggeber stehen in der Liste der präqualifizierten Unternehmen alle Eignungsnachweise, die auf Vollständigkeit und Aktualität von den Präqualifizierungsstellen geprüft wurden, einschließlich der für die Beurteilung der Fachkunde wichtigen Referenzen, zur Verfügung. Insbesondere bei kommunalen Auftraggebern ist das System jedoch teilweise nicht hinreichend bekannt. Daran arbeiten wir. Mein Haus hat es sich zum erklärten Ziel gesetzt, das Präqualifikationssystem bundeseinheitlich zu etablieren. Für die Akzeptanz bei Unternehmen und öffentlichen Auftraggebern werden wir verstärkt öffentlich über das Verfahren und seine Vorteile informieren. Ursachen für noch bestehende mögliche Barrieren bei der Beteiligung an der Präqualifikation werden intensiv in einem Gutachten untersucht.“

Frage: „Welche Vorteile haben Vergabestellen in den Städten und Gemeinden von der Verwendung der Internetliste?“

Antwort: „Vergabestellen können bei präqualifizierten Unternehmen sicher sein,

dass deren Angebote nicht aus formellen Gründen wegen unvollständiger oder nicht aktueller Eignungsnachweise ausgeschlossen werden müssen. Sie erhalten Angebote von Unternehmen, die ihre Zuverlässigkeit mit einer Art Gütesiegel dokumentieren. Vergabestellen können sich bei der Eignungsprüfung auf auftragsbezogene Kriterien konzentrieren und so die Qualität der Prüfung im Vergabeverfahren verbessern. Erleichtert wird auch die Auswahl von Teilnehmern an beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und Verhandlungsverfahren, da insbesondere die Referenzen mit der Internetliste stets abrufbar zur Verfügung stehen.“

Frage: „Bauunternehmen beklagen jedoch, dass sie bei der Einzelfallprüfung den Vergabestellen Eignungsnachweise oft in viel geringerem Umfang als durch das Präqualifikationssystem vorgegeben vorlegen müssen!“

Antwort: „Natürlich muss ein Präqualifikationssystem alle nach VOB möglichen Eignungsnachweise vorhalten, die vielleicht nicht in vollem Umfang bei jeder Vergabe benötigt werden. Grundsätzlich sind Vergabestellen jedoch verpflichtet, die Prüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei jeder Vergabeart, d.h. einschließlich der freihändigen Vergabe ordnungsgemäß zu prüfen. Wenn sie dies tun, stellt die Nachweishinterlegung in der Präqualifikationsliste eine belegbare Aufwandsminimierung dar. Im Übrigen sei in diesem Zusammenhang auch auf gesetzliche Vorgaben hingewiesen, wie die Verpflichtung nach dem Schwarzarbeitergesetz, einen aktuellen Auszug aus dem Gewerbezentralregister, der nicht älter sein darf als drei Monate, von Bietern vorlegen zu lassen. Hier haben Vergabestellen keinen Spielraum. Ansonsten verstoßen sie gegen gesetzliche Verpflichtungen.“

Frage: „Von Vergabestellen wird auch kritisiert, dass neben der Eintragung in der Liste für jeden einzelnen Auftrag weitere Eignungsnachweise hinzukommen, wo-

dafür einheitlich für alle Unternehmen, die die geforderten Unterlagen rechtzeitig vorgelegt haben, eine angemessene Kosten-erstattung gewähren.“

⁷ Dies darf nicht dazu führen, dass wesentliche Aspekte des Angebotes oder der Ausschreibung geändert werden, und dass der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden.

durch sich die versprochene Aufwandsminimierung aufhebe. Was halten Sie von diesem Argument?“

Antwort: „Jeden möglichen Auftrag kann eine Präqualifikation nicht abdecken. Das würde das System technisch verkomplizieren und aufblähen. Dazu sind Bauleistungen zu differenzieren. Der Auftraggeber muss immer die Möglichkeit haben, für die konkrete Aufgabe spezielle Nachweise zu verlangen. Das Potential für die Aufwandsminimierung bei der Masse aller Aufträge ist trotzdem enorm. Eine Pilotmessung der Nord West Consult nach einer niederländischen Methode zur Messung administrativer Belastungen für Unternehmen, dem so genannten Standardkostenmodell, ist zu folgendem Ergebnis gekommen: Danach können bei öffentlichen Ausschreibungen durch die Anwendung der Präqualifikation in der Bauwirtschaft Kostenreserven in einer Bandbreite von ca. 235.000.000 € bis zu ca. 1.140.000.000 € freigesetzt werden.“

Frage: „Was genau werden Sie tun, um dem System zum Erfolg zu verhelfen?“

Antwort: „Wir haben bereits allen Vergabestellen des Bundes für die Bereiche Hochbau, Straßenbau und Wasserbau einheitlich per Erlass die Anerkennung der Präqualifikationen der Unternehmen für die Eignungsprüfung vorgegeben. Die Länder sind dem gefolgt. Mit Anwendung der VOB/A 2006 seit dem 1.11.2006, in deren § 8 Nr. 3 VOB/A die Öffnung für die Präqualifikation vorgesehen wurde, wurde allen öffentlichen Auftraggebern die Anerkennung der Präqualifikation vorgegeben. Es wird der Präqualifikation den entscheidenden Aufwind verleihen, wenn Unternehmen davon ausgehen können, dass ihre Eintragung in der Liste präqualifizierter Unternehmen in ganz Deutschland von allen öffentlichen Auftraggebern, insbesondere auch einheitlich von allen Städten und Gemeinden anerkannt wird. Sie werden sich leichter entschließen, an diesem neuen Verfahren zum Eignungsnachweis teilzunehmen.“

* Interview mit dem Parlamentarischen Staatssekretär im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Herrn Achim Großmann für die Verbandszeitschrift des Deutschen Städte- und Gemeindebundes.

Frage: „Wohin sollten sich Kommunen für die Teilnahme an der Präqualifikation wenden?“

Antwort: „Beim Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. unter www.pq-verein.de finden Vergabestellen alle Informationen zur Präqualifikation und die Liste der präqualifizierten Unternehmen. Firmennamen und präqualifizierte Leistungsbereiche einschließlich Adresse stehen der Öffentlichkeit zur Verfügung. Die konkreten Nachweise sind in einem Passwort geschützten Bereich der PQ-Liste hinterlegt. Zu diesen Daten erhalten öffentliche Auftraggeber auf Anforderung per Email unter: info@pq-vob-verein.de eine Zugangsberechtigung.“

Frage: „Kommunale Auftraggeber erkennen teilweise auch Präqualifikationen der Auftragsberatungsstellen an. Wie stehen Sie dazu?“

Antwort: „Seit längerem initiieren Auftragsberatungsstellen regionale Präqualifikationssysteme und bieten diese den öffentli-

chen Auftraggebern zur Anerkennung an. Die Etablierung solcher abweichenden regionalen Präqualifikationssysteme birgt die Möglichkeit der Gefährdung eines bundeseinheitlichen Verfahrens in sich. Insbesondere die Suggestivwirkung eines vergabe-rechtlich abgesicherten bundeseinheitlichen Systems durch die Auftragsberatungsstellen führt zu Verwechslungen bei Bietern und Auftraggebern und kann sich kontraproduktiv für die Anwendung der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen auswirken. Die Aussagekraft der Präqualifikationen der Auftragsberatungsstellen deckt sich bei weitem nicht mit der der bundeseinheitlichen Präqualifikation. Der Eignungsnachweis beschränkt sich auf rein formale Eignungskriterien. Eine echte Aussage zur Qualität der Eignung der Unternehmen wird nicht getroffen, da insbesondere keine Referenzen verlangt werden. Es fehlt auch an der fachlichen Prüfung der Eignungsnachweise. So können Unternehmen Aktualisierungen der Nachweise selbst in die Internet-Liste einstellen. Da im System der Auftragsberatungsstellen hin-

sichtlich der Zuverlässigkeit keine Verpflichtungen der Unternehmen existieren, dass deren Nachunternehmen ebenfalls die Kriterien der Präqualifikation erfüllen müssen, kann hier von keiner echten „weißen Liste“ gesprochen werden. Die Anforderungen der öffentlichen Auftraggeber an die Eignungsprüfung nach § 8 Nr. 3 VOB/A können durch solche regionalen Präqualifikationssysteme der Auftragsberatungsstellen nicht erfüllt werden.“

Frage: „Herr Staatssekretär, was möchten Sie den Vergabestellen der Städte und Gemeinden mit auf den Weg geben?“

Antwort: „Ich möchte alle Vergabestellen der Kommunen aufrufen, intensiv die Onlineliste der präqualifizierten Unternehmen zu nutzen und die an ihren Vergabeverfahren teilnehmenden Bauunternehmen mit dem Hinweisblatt für Bieter (downloadbar unter: www.pq-verein.de) zu informieren. Verhelfen Sie dem bundeseinheitlichen PQ-System zum Erfolg!“

Aktuelles zur Präqualifikation von Bauunternehmen

Bernd Düsterdiek, Referatsleiter, Deutscher Städte- und Gemeindebund

I. Allgemeines

Seit dem vergangenen Jahr können sich die Vergabestellen von Bund, Ländern und Kommunen über Unternehmen des Bauhaupt- und Baunebengewerbes hinsichtlich deren Eignung für öffentliche Bauaufträge in Deutschland in einer einheitlichen Liste präqualifizierter Unternehmen erkundigen. Die Liste wird im Internet unter www.pq-verein.de veröffentlicht und fortlaufend aktualisiert. Sie enthält einen der Öffentlichkeit frei zugänglichen Teil sowie einen passwortgeschützten Teil für die öffentlichen Auftraggeber.

Die Möglichkeit der Berücksichtigung präqualifizierter Unternehmen im Rahmen der Eignungsprüfung ist durch die Novellierung der VOB/A 2006 geschaffen worden. Nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A ist vorgesehen, dass als Nachweis der Eignung insbesondere auch die vom Auftraggeber direkt abrufbare Eintragung in die allgemein zugängliche Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen zulässig ist.

Die vorstehende Formulierung des § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A verdeutlicht, dass öffentliche Auftraggeber im Falle der Vorlage von Präqualifikationsnachweisen durch Bieter verpflichtet sind, diese Nachweise als Eignungsnachweis anzuerkennen. Interpretationsspielräume öffentlicher Auf-

traggeber bestehen nach Auffassung der Hauptgeschäftsstelle nicht. Etwaige Rechtsunsicherheiten zu dieser Frage konnten in einem Mitte März 2007 mit dem BMVBS geführten Gespräch seitens der Hauptgeschäftsstelle ausgeräumt werden.

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund hat gegenüber dem BMVBS noch einmal deutlich gemacht, dass das neue Präqualifikationssystem des Bundes sowohl für öffentliche Auftraggeber wie für Auftragnehmer als positiver Ansatz zu einer Verfahrensvereinfachung gewertet werden kann. Städte und Gemeinden können zukünftig den Arbeitsaufwand für die Eignungsprüfung im Falle der Vorlage von Präqualifikationsnachweisen bei jedem einzelnen Angebot deutlich minimieren. Die Eignungsprüfung kann auf auftragsbezogene Kriterien konzentriert werden. Damit das Präqualifikationssystem des Bundes flächendeckend greift, bedarf es aber zeitnah einer verstärkten Nutzung durch die Bauwirtschaft.

Nachfolgend möchte die Hauptgeschäftsstelle nach Rücksprache mit dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) noch einige Praxishinweise auf wiederholt gestellte Fragen kommunaler Auftraggeber geben:

II. Welche Nachweise deckt die Präqualifikation ab?

Weist ein Unternehmen seine auftragsunabhängige Eignung mittels eines Verweises auf die Eintragung in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. – ausgestellt von einer der 6 vom Verein beauftragten Präqualifizierungsstellen – nach, so sind mit dieser Eintragung folgende Eignungskriterien erfüllt:

1. rechtliche Zuverlässigkeit:

- Nachweis, dass die in § 8 Nr. 5 Abs. 1a) bis d) genannten Ausschlussgründe nicht vorliegen (vgl. Nrn. 1. bis 3, 6, 7, 10 Anlage 1 der Leitlinie vom 25.4.2005);
- Nachweis der ordnungsgemäßen Gewerbebeantragung und Eintragung im Handelsregister und im Berufsregister des Firmensitzes nach § 8 Nr.3 Abs.1f) und Abs.2 VOB/A (vgl. Nr. 11 Anlage 1);
- gesetzliche Verpflichtungen:
 - Nachweis, dass keine Eintragungen im Gewerbezentralregister nach § 150a GewO vorliegen, die z.B. einen Ausschluss nach § 21 SchwarzArbG oder nach § 5 Abs. 1 oder 2 Arbeitnehmerentendegesetz rechtfertigen;
 - Nachweis der Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns (§ 1 AEntG), soweit diese Verpflichtung besteht (vgl. Nr. 8 Anlage 1);
- Nachweis, dass keine Eintragung im Landeskorrupsionsregister vorliegt (vgl. Nr. 5 Anlage 1);
- Nachweis der Verpflichtung, nur Nachunternehmer einzusetzen, die ihrerseits präqualifiziert sind oder per Einzelnachweis belegen können, dass alle Präqualifikationskriterien erfüllt sind, dem öffent-

lichen Auftraggeber jeglichen Nachunternehmereinsatz mitzuteilen, rechtzeitig den Namen und die Kennziffer anzugeben, unter der der Nachunternehmer für den auszuführenden Leistungsbereich in der Liste präqualifizierter Unternehmer geführt wird, dem öffentlichen Auftraggeber auf Anforderung im Einzelfall die Eignungsnachweise des Nachunternehmers vorzulegen, (vgl. Nr. 9 Anlage 1);

2. Leistungsfähigkeit und Fachkunde (§ 8 Nr.3 Abs. 1 a) bis c), e)VOB/A bezogen auf die präqualifizierten Leistungsbereiche (vgl. Anlage 2 der Leitlinie vom 25.4.2005:

- Nachweis des Gesamtumsatzes für Bauleistungen des Unternehmers in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren (vgl. Nr. 12 Anlage 1);
- Nachweis der auftragsgemäßen Ausführung von im eigenen Betrieb erbrachten Leistungen in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren für eine oder mehrere zu qualifizierende Einzelleistung und/oder Komplettleistung (vgl. Nr. 13 Anlage 1);
- Nachweis der in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, gegliedert nach Lohngruppen mit extra ausgewiesenen technischem Leitungspersonal (vgl. Nr. 14 Anlage 1).

Weiterhin können folgende Angaben informativ entnommen werden:

- Tariftreueerklärung Bund nach dem Erlass vom 7.7.1997 (B I 2 – 0 1082 – 102/31);
- Tariftreueerklärungen der Länder;
- Nachweis über bevorzugte(r) Bewerber nach der Richtlinie für die Berücksichtigung

von Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Die Gültigkeit der Nachweise ergibt sich aus dem aktuellen Internetauszug. Alle Nachweise, die die Unternehmen bei den Präqualifizierungsstellen eingereicht haben, stehen als PDF-Dokumente zur Verfügung. Vergabestellen können diese Dateien herunterladen und abspeichern oder für die Vergabeakten ausdrucken. Eine Vorlage der Einzelnachweise durch den Bieter ist daher überflüssig.

III. Welche eigenen Erkenntnisse dürfen Vergabestellen berücksichtigen?

Von der vom Unternehmen nachgewiesenen Eintragung in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. unbenommen bleibt die Berücksichtigung aktuellerer Erkenntnisse der Vergabestellen mit dem betreffenden Unternehmen. Liegen also beispielsweise Erkenntnisse aus vorangegangenen Vergabeverfahren vor, die seine Zuverlässigkeit in Zweifel ziehen, z. B. nichtgenehmigter Nachunternehmereinsatz, hat die Vergabestelle trotz vorliegender Präqualifikation immer die Möglichkeit ein solches Unternehmen wegen Unzuverlässigkeit beim nächsten Vergabeverfahren auszuschließen.

IV. Welche Nachweise können Vergabestellen trotz der Präqualifikation verlangen?

Auf den konkreten Auftrag bezogene zusätzliche Nachweise können immer zusätzlich zur nachgewiesenen Präqualifikation verlangt werden. Dies betrifft beispielsweise Nachweise der fachlichen Eignung der Bieter in Bezug auf technische Anforderungen der ausgeschriebenen

Bauleistung. Die Präqualifikation kann und soll nur die Masse aller Eignungsprüfungen für die Vielzahl aller Vergaben abdecken. Baumaßnahmen, insbesondere bei Umbauten oder Bauten an denkmalgeschützter Bausubstanz haben jedoch immer ihre Besonderheiten, die von der Präqualifikation nicht erfasst werden. Dies kann z.B. folgende Fragen betreffen, von deren Beantwortung, die Eignung für den konkreten Auftrag abhängt.

Beispiel 1: Ein Rohbau für ein sehr komplexes und großes Bauvorhaben muss unter großem Termindruck erstellt werden. Grundsätzlich weist ein Unternehmen mit der Präqualifikation nach, dass es das notwendige Personal, insbesondere technisches Leitungspersonal, für die Erfüllung dieser Leistung besitzt. Der Auftraggeber möchte aber wissen, wird dieses Personal auch im Auftragsfall in vollem Umfang eingesetzt werden können. Welches technische Leitungspersonal steht für diesen Auftrag zur Verfügung?

Beispiel 2: Ein Unternehmen ist für Maurerarbeiten präqualifiziert. Dies weist es mit mindestens 3 Referenzen nach. Mehrere Referenzen beziehen sich auf die Erstellung von Sichtmauerwerk im denkmalgeschützten Bereich. Für den konkreten Auftrag muss jedoch Sichtmauerwerk an einem denkmalgeschütztem Bauwerk in einem speziellen im Mittelalter verwendeten Verbund originalgetreu gemauert werden. Der Auftraggeber verlangt vom Unternehmen Referenzen für Maurerarbeiten in diesem speziellen Verbund.

Weitergehende Hinweise zur Präqualifikation für Bauunternehmen finden Sie im Internet unter www.pq-verein.de.

Für und Wider der Gesellschaftsformen bei Public-Private-Partnership

Rechtsanwalt Dr. Thomas Ax und Rechtsassessor Carsten Trappe, Ax, Schneider & Kollegen, Neckargemünd

Öffentlich-Private-Partnerschaften sind mittlerweile in aller Munde. Doch ist damit nur ganz allgemein eine Zusammenarbeit zwischen einem privaten Investor und einem öffentlichen Auftraggeber gemeint. Diese Zusammenarbeit kann ganz unterschiedlich ausgestaltet sein. Es stellt sich dabei die Frage, welche Möglichkeiten der Zusammenarbeit bestehen und welche Form gewählt werden soll. Dazu ist eine Kenntnis der Möglichkeiten mit deren Vor- und Nachteilen erforderlich. Mit dem folgenden Beitrag wollen wir helfen, die Materie zu durchschauen, um die richtige Wahl hinsichtlich der Zusammenarbeit zu treffen.

1. Gesellschaftsformen

Bei einer PPP-Projektgesellschaft kom-

men als Gesellschaftsformen grundsätzlich sowohl Kapitalgesellschaften (GmbH, AG) als auch Personengesellschaften (OHG, KG, GmbH & Co. KG) in Betracht. Die Kapitalgesellschaften bieten insbesondere den Vorteil, dass die persönliche Haftung der einzelnen Gesellschafter grundsätzlich ausgeschlossen ist. Als Nachteil ist es jedoch anzusehen, dass der öffentliche Auftraggeber in einer Kapitalgesellschaft Einfluss auf die Entscheidung der Gesellschaft nur mittelbar über die Gesellschafterversammlung bzw. die Hauptversammlung nehmen kann. Lediglich der Gesellschafterversammlung einer GmbH steht ein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung zu. Im Gegensatz hierzu kann dem öffentlichen Auftraggeber als Gesellschafter einer Personengesellschaft

auch selbst die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft übertragen werden. Die öffentliche Hand kann unmittelbar auf die Entscheidungen der Gesellschaft Einfluss nehmen. Allerdings haftet der einzelne Gesellschafter einer Personengesellschaft regelmäßig persönlich, unmittelbar und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Eine Haftungsbeschränkung kommt beispielsweise bei der KG dann in Betracht, wenn der öffentliche Auftraggeber als Kommanditist dieser Gesellschaft auftritt. Nachteil dieser Haftungsbeschränkung ist aber der weitestgehende Ausschluss von der Geschäftsführung und der Vertretung der KG. Der öffentliche Auftraggeber könnte in dieser Konstellation nur in geringem Umfang Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft nehmen. Das Ziel einer Haftungsbeschränkung bei gleichzeitiger Einflussmöglichkeit auf die Entscheidungen der Gesellschaften könnte die öffentliche Hand durch eine Beteiligung an einer – in der Haftung beschränkten – GmbH erreichen, die als Komplementärin die Ge-

schäfte einer KG führt (GmbH & Co. KG). Dementsprechend sind in erster Linie für die Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an einer PPP-Projektgesellschaft insbesondere die Gesellschaftsformen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und der GmbH & Co. KG zu betrachten.

2. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die GmbH ist eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete handelsrechtliche Kapitalgesellschaft, die zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden kann. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet lediglich das Gesellschaftsvermögen. Das Stammkapital der GmbH beträgt mindestens 25.000 Euro. Die GmbH hat als Organ mindestens einen Geschäftsführer und eine Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafterversammlung stellt die Gesamtheit der Gesellschafter als Willensbildungsorgan dar. Der oder die Geschäftsführer werden im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss bestimmt und sind die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft. Jede unbeschränkt geschäftsfähige Person kann Geschäftsführer sein. Die Geschäftsführer haften der GmbH gegenüber dafür, dass sie bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwenden. Bei Verletzung dieser Sorgfaltspflicht haften sie auf Schadensersatz. Die Gesamtheit der Gesellschafter fasst die Gesellschafterbeschlüsse regelmäßig in der Gesellschafterversammlung. Insbesondere sind die Gesellschafter mit der Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung und der Bestellung, Abberufung und Entlassung der Geschäftsführer befasst. Einschränkungen und Ausweitungen der Aufgaben der Gesellschafterversammlung können im Gesellschaftsvertrag geregelt werden. Die Gesellschafter können unmittelbar Einfluss auf die Führung der Gesellschaft nehmen, da das GmbHG die Ausgestaltung der Funktionsverteilung zwischen den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer weitestgehend der Gesellschafterautonomie überlässt. Der Geschäftsführer ist insbesondere an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden. Die Gesellschafter haben darüber hinaus weitergehende Mitgliedschaftsrechte. Hierzu zählen insbesondere das Auskunfts- und Einsichtsrecht, das Recht auf Gewinnbeteiligung und das Recht auf den Liquidationsüberschuss. Sofern der Gesellschaftsvertrag keine anderweitige Regelung trifft, können sowohl natürliche als auch juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts Gesellschafter der GmbH sein.

3. GmbH & Co. KG

Die GmbH & Co. KG ist eine besondere Erscheinungsform der Kommanditgesellschaft,

deren persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin) keine natürliche Person, sondern eine GmbH (juristische Person) ist. Die Sicherheit ist etwa die gleiche wie bei der GmbH. Die Gründung einer GmbH & Co. KG erfolgt durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zwischen einer bereits bestehenden oder zu diesem Zweck gegründeten Komplementär-GmbH und mindestens einem Kommanditisten. Die Gründung einer GmbH & Co. KG erfordert den Abschluss von zwei Gesellschaftsverträgen: den der GmbH und den der KG. Der unbeschränkten Haftung der Komplementär-GmbH steht die beschränkte Haftung der Kommanditisten gegenüber. Die unternehmerischen Haftungsrisiken des Komplementärs werden der GmbH zugewiesen, deren Gesellschafter grundsätzlich nicht für die Gesellschaftsverbindlichkeiten eintreten. Infolgedessen besteht eine faktische Haftungsbeschränkung des Komplementärs. Da die GmbH persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin) ist, besteht zusätzlich zur beschränkten Haftung der Kommanditisten eine faktische Haftungsbeschränkung der Komplementärin. Die GmbH besitzt als Komplementärin die Befugnis zur Führung der Geschäfte und deren Vertretung nach außen. Die Kommanditisten sind regelmäßig sowohl von der Geschäftsführung als auch von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen. Diese Aufgabe übernimmt allein die Komplementärin. Da es sich bei der GmbH & Co. KG um eine Mischform handelt, ergibt sich aus dieser Konstellation eine Besonderheit. Die GmbH benötigt zur Führung der Geschäfte und zur Vertretung nach außen einen Geschäftsführer, da sie als juristische Person selbst nicht handlungsfähig ist. Somit kann eine gesellschaftsfremde Person die Geschäfte führen bzw. die Gesellschaft nach außen vertreten, die nicht das Risiko der persönlichen Haftung trägt. Sind die Kommanditisten, wie häufig, Gesellschafter der Komplementär-GmbH, und üben sie zugleich noch deren Geschäftsführungsfunktion aus, ergibt sich daraus eine umfassende Leitungsbefugnis der Kommanditisten. Im Übrigen stehen auch den Kommanditisten Kontrollrechte sowie Rechte zur Beteiligung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft zu.

4. Entscheidungserhebliche Aspekte bei der Rechtsformwahl

Bei der Errichtung einer PPP-Projektgesellschaft können die Gesellschaftsformen nicht per se als generell vorzugswürdig noch als generell ausgeschlossen betrachtet werden. Vielmehr kommt es regelmäßig auf die Umstände des Einzelfalls an. Zu denken ist an den Zweck, den die Gesellschaft verfolgt, das Risikopotenzial, das Know-how, die Zuverlässigkeit der anderen Gesellschafter und die Notwendigkeit der Steuerungselemente auf Seiten

des öffentlichen Auftraggebers. Bei der Auswahl sind ferner gesellschaftsrechtliche, kommunalrechtliche und steuerrechtliche Aspekte zu berücksichtigen.

a) Gesellschaftsrechtliche Aspekte

Alle Gesellschaftsformen haben gemein, dass sie ihren Gesellschaftern Rechte zur Kontrolle, Auskunft und Beteiligung am Gewinn bzw. Liquidations- oder Auseinandersetzungsüberschuss gewähren. Im Hinblick auf die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft kann die öffentliche Hand in einer Kapitalgesellschaft (GmbH) nur im Rahmen der Benennung der Geschäftsführung durch die Gesellschafterversammlung Einfluss auf die Besetzung der operativen Führungsebene der Gesellschaft nehmen. Allerdings kann der öffentliche Auftraggeber – als juristische Person des öffentlichen Rechts – nicht selbst Mitglied der Geschäftsführung sein. Allerdings steht den Gesellschaftern einer GmbH ein besonderes Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung zu. Durch die Übernahme entsprechender Geschäftsanteile kann sich die öffentliche Hand die Mehrheit der Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung sichern. Grundsätzlich besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den Gesellschaftsformen im Hinblick auf den Umfang des vom einzelnen Gesellschafter zu tragenden Haftungsrisikos. Bei der Kapitalgesellschaft haftet lediglich die Gesellschaft als juristische Person. Der einzelne Gesellschafter haftet nicht persönlich. Bei den Personengesellschaften haften grundsätzlich neben der Gesellschaft auch die einzelnen Gesellschafter persönlich, unmittelfar und unbeschränkt. Allerdings kann die Haftungsbeschränkung der öffentlichen Hand durch eine Beteiligung an einer GmbH erreicht werden. Dies gilt insbesondere auch für die KG, wenn als Komplementärin eine GmbH eingesetzt wird (GmbH & Co. KG). Die Haftung der Komplementärin ist auf das Gesellschaftsvermögen der GmbH begrenzt. Die Haftung der öffentlichen Hand ist auch insoweit eingeschränkt, als sie sich als Kommanditistin beteiligt. Die Haftung der Kommanditisten ist auf deren jeweilige Einlage beschränkt. Zu bedenken ist hierbei jedoch, dass die Kommanditisten regelmäßig von der Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sind.

b) Kommunalrechtliche Aspekte

In Hinblick auf die zu gründende Gesellschaftsform setzt insbesondere auch das Kommunalrecht wesentliche Rahmenbedingungen. Dabei geht es vor allem um die nach geltendem Recht zu beachtenden Vorgaben.

Der Umfang der Zulässigkeit einer partnerschaftlichen Aufgabenerfüllung von Gemeinden und einem privaten Partner hängt zunächst davon ab, ob die zu erfüll-

lende Aufgabe nicht ausschließlich der kommunalen Eigenwahrnehmung vorbehalten ist. Die nachfolgend zu betrachtenden Grenzen der Übertragung von kommunalen Aufgaben auf private Dritte ergeben sich vor allem aus der Bindung der Gemeinden an die ihnen ausdrücklich übertragenen Aufgaben. Deswegen wird herkömmlich zwischen Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben der Gemeinde unterschieden.

Zur Wahrnehmung von Pflichtaufgaben ist die öffentliche Hand verpflichtet, sie kann sich ihrer nicht vollständig entledigen. Das schließt aber nicht aus, dass die Gemeinde die ihr übertragenen Aufgaben in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt, sich also der Hilfe Privater bedient, solange die Aufgabe selbst bei ihr verbleibt. Lediglich die Aufgabe selbst muss der öffentlichen Hand verbleiben, ihre Durchführung kann durch einen privaten Dritten erfolgen.

Den soeben dargestellten Grenzen im Hinblick auf Pflichtaufgaben unterliegt die öffentliche Hand nicht der Erfüllung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben. Beispiele für solche freiwilligen Aufgaben sind z. B. die Errichtung und das Betreiben von Sportanlagen, Bädern und Theatern. Der öffentlichen Hand steht hier ein Recht zur Aufgabenfindung zu, das heißt, sie entscheidet sowohl über das „ob“ als auch über das „wie“ der Aufgabenerfüllung. Es liegt im Ermessen der Gemeinde, ob sie die Aufgabe wahrnimmt, ob sie die Aufgabe alleine wahrnimmt oder ob sie die Aufgabe mit einem privaten Dritten erfüllt. Im Ergebnis ist die öffentliche Hand bei der Erfüllung von freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben weitgehend frei. Die Übertragung der Aufgaben auf einen Privaten bedarf demnach keiner gesetzlichen Ermächtigung. Allerdings ist die öffentliche Hand nicht gänzlich frei bei der Erfüllung freiwilliger Aufgaben. Entschließt sich die Gemeinde zum Betrieb einer öffentlichen Einrichtung wie etwa einer Sportanlage oder eines Schwimmbades, haben die Gemeindeeinwohner kommunalrechtlich verankerte Nutzungsansprüche gegen die Gemeinde. Diese Nutzungsansprüche bestehen auch dann, wenn die Einrichtung von einem Privaten betrieben wird, solange sie als öffentliche Einrichtung gewidmet ist. Das Nutzungsrecht der Gemeindeeinwohner sollte deshalb in dem PPP-Vertrag vereinbart sein und im Einzelnen geregelt sein. Darüber hinaus sollte sich die öffentliche Hand vertraglich hinreichende Einflussmöglichkeiten vorbehalten, um gegebenenfalls gegen sie gerichtete Nutzungsansprüche erfüllen zu können. Die Gemeinde hat darüber hinaus die Möglichkeit die Einrichtung zu entwiden oder die Widmung einzuschränken.

Die regelmäßig vorzufindende Voraussetzung einer Haftungsbegrenzung schließt die Beteiligung der öffentlichen Hand an der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) und der Offenen Handelsgesell-

schaft (OHG) aus und beschränkt die gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten vor allem auf die oben erläuterten Gesellschaften (GmbH, GmbH & Co. KG).

c) Steuerrechtliche Aspekte

Im Rahmen der Rechtsformwahl sind auch die steuerlichen Aspekte zu überdenken. Aus steuerlicher Sicht ist die Möglichkeit, dass betriebliche Verluste bei der GmbH & Co. KG mit anderen positiven Einkünften der Gesellschafter ausgeglichen werden können, als vorteilhaft anzusehen. Im Gegensatz hierzu kann der GmbH Gesellschafter Verluste der Gesellschaft nicht mit eigenen positiven Einkünften verrechnen. Wird die Übertragung eines betriebsnotwendigen Grundstückes auf das gemischtwirtschaftliche Unternehmen erwogen, so unterliegt dieser Übertragungsvorgang nicht der Grunderwerbssteuer. Mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz wurde eine Befreiungsregelung für die Grunderwerbssteuer geschaffen. Diese Befreiung gilt für die Grunderwerbssteuer für an ÖPP-Projektgesellschaften übertragene Grundstücke, solange sie für hoheitliche Zwecke genutzt und sofern eine Rückübertragung des Grundstückes an die öffentliche Hand innerhalb eines bestimmten Zeitraums vorgesehen wird.

5. Wahl der Organisationsform

Für die Wahl der Organisationsform eines Unternehmens, an welchem eine Gemeinde beteiligt ist, kommt entsprechend dem Gesagten in erster Linie die Organisationsform der GmbH bzw. der GmbH & Co. KG in Betracht. Welche Gesellschaftsform letztendlich gewählt wird, hängt regelmäßig von den Umständen des Einzelfalles ab. Bei der Auswahl der geeigneten Gesellschaftsform sind alle entscheidungserheblichen Umstände und Beschränkungen zu berücksichtigen. Die GmbH bietet vor allem die Möglichkeit, der öffentlichen Hand die angemessenen Einflussmöglichkeiten zu bieten, damit die demokratisch legitimierten Gemeindeorgane ihrer Einwirkungspflicht nachkommen können. Aber auch die Möglichkeit der Beteiligung der öffentlichen Hand an der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG ist zu überdenken. Bei der Beteiligung der öffentlichen Hand als Kommanditistin ist zu beachten, dass sie in dieser Konstellation regelmäßig von der Geschäftsführung und der Vertretung ausgeschlossen sein wird. Möglicherweise kann diese beschränkte Einflussmöglichkeit kommunalwirtschaftsrechtlich problematisch sein.

6. Besteuerung der Kommune

Wenn Kommunen über ein Zivilrechtssubjekt im Rahmen einer PPP-Projektgesellschaft am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen, verdoppelt sich die Zahl möglicher Steuerschuldner: neben der Kommune (als Anteilseignerin) kommt auch eine Besteuerung der Gesellschaft

als solcher in Betracht. Spezifische Effekte aus dem Zusammenwirken ergeben sich bei einer Beteiligung einer Kommune an einer Projektgesellschaft im Bereich der Körperschaftsteuer.

a) Kommunale Kapitalgesellschaften aa) Besteuerung der Gesellschaft

Zwar gilt auch für die Körperschaftsteuer, dass Kapitalgesellschaften (GmbH, AG) – mit wenigen Ausnahmen – steuerlich eine vollständige Abschirmwirkung entfalten. Danach ist grundsätzlich die Gesellschaft als solche mit ihrem Gewinn steuerpflichtig, ohne dass es auf Besonderheiten im Kreis der Gesellschafter ankäme.

(1) Spezialgesetzliche subjektive Steuerbefreiungen

Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich zunächst aus einzelnen spezialgesetzlichen Privilegierungen. So sind etwa Wirtschaftsfördergesellschaften von der Körperschaftsteuer befreit, wenn an ihnen überwiegend Gebietskörperschaften beteiligt sind (§ 5 Abs. 1 Nr. 18 KStG). Gleiches gilt für die sog. Gesamthafenbetriebe (§ 5 Abs. 1 Nr. 19 KStG i.V.m. den Vorschriften des Gesetzes über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers für Hafenanarbeiter) und für die kommunalen Ausgleichskassen für Pensionsverpflichtungen (§ 5 Abs. 1 Nr. 20 KStG).

(2) Gemeinnützigkeit

Von ungleich größerer praktischer Bedeutung sind die allgemeinen Gemeinnützigkeitsprivilegien. Sie bilden die zweite Gruppe von Ausnahmen von der Regelbesteuerung kommunaler Kapitalgesellschaften. Voraussetzung für diese subjektive Steuerbefreiung ist, dass die Gesellschaft wegen ihrer satzungsmäßigen Zwecksetzung und einer dieser entsprechenden tatsächlichen Geschäftsführung und Vermögensverwendung steuerlich als gemeinnützig angesehen werden kann (§§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, 3 Nr. 6 Satz 1 GewStG, 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GrStG, 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. b ErbStG). Soweit die Gesellschaft allerdings einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält, entfallen die Gemeinnützigkeitsprivilegien aber i. d. R. (§§ 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 KStG, 3 Nr. 6 Satz 2 GewStG, 64 AO). Der Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ist nicht deckungsgleich mit dem Begriff des Betriebs gewerblicher Art. Wirtschaftliche Geschäftsbetriebe sind vielmehr alle selbstständigen nachhaltigen Tätigkeiten, durch die Einnahmen oder andere wirtschaftliche Vorteile erzielt werden und die über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgehen (§ 14 AO). Wirtschaftliche Geschäftsbetriebe können selbstständigste Organisationseinheiten, aber auch nachhaltige Einzelaktivitäten sein. Der Ausschlussbestand der Vermögensverwaltung liegt nur vor, wenn sich die Betätigung noch als Nutzung von Ver-

mögen im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten darstellt; die Ausnutzung substanzieller Vermögenswerte durch Umschichtung darf nicht im Vordergrund stehen. Nach h. M. ist diese Abgrenzung mit der einkommensteuerlichen Abgrenzung zwischen betrieblichen (§§ 13, 15, 18 EStG) und privaten Einkünften (§§ 20, 21 EStG) identisch.

Unterhält ein und dieselbe gemeinnützige Gesellschaft mehrere wirtschaftliche Geschäftsbetriebe, werden diese zu einem zusammengefasst, sodass steuerlich eine Ergebniskonsolidierung (insbesondere ein Verlustausgleich) möglich ist (§ 64 Abs. 2 AO). Im Bereich der Körperschaft- und Gewerbesteuer gibt es zudem eine auf die Bruttoeinnahmen bezogene Geringfügigkeitsgrenze, unterhalb derer eine Besteuerung entfällt (§ 64 Abs. 3 AO).

bb) Besteuerung der Kommune als Gesellschafterin

Auf der Ebene der Kommune spielen vor allem ertragsteuerliche Gesichtspunkte eine Rolle. Im Grundsatz gelten hier die oben skizzierten Regeln. Während natürliche Personen, die an Kapitalgesellschaften beteiligt sind, ihre daraus gezogenen Vermögensmehrungen (Dividenden, Veräußerungsgewinne) versteuern müssen (Halbeinkünfteverfahren; § 3 Nr. 40 EStG), bleiben alle diese Vorteile bei Kommunen allein aufgrund ihrer Stellung als Körperschaftsteuersubjekte grundsätzlich steuerfrei (§ 8b Abs. 1 bzw. Abs. 2 KStG). Allerdings gelten 5 % der Bruttodividende als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben (§ 8b Abs. 3 bzw. Abs. 5 KStG). Nichtabziehbare Betriebsausgaben führen zu außerbilanziellen Hinzurechnungen, lösen also auf der Ebene der empfangenden Körperschaft eine geringe Sockelbesteuerung eingehender Dividenden bzw. Veräußerungsgewinne auf Bruttobasis aus. Soweit

die Kommune Dividenden vereinnahmt, behält die ausschüttende Kapitalgesellschaft allerdings grundsätzlich Kapitalertragsteuer in Höhe von 20 % der Bruttodividende ein. Der Steuerabzug entfällt nur, wenn die ausschüttende Gesellschaft – etwa wegen Gemeinnützigkeit (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG) – von der Körperschaftsteuer befreit ist (§ 44a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. Satz 2 EStG).

cc) Sonderfall - Organschaft

Wenn eine Kapitalgesellschaft nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in ein anderes Unternehmen (den Organträger) eingegliedert ist, bildet sie eine Organgesellschaft; der Inbegriff der beiden Unternehmen ist die Organschaft.

(1) Körperschaftsteuer

Für Zwecke der Körperschaftsteuer wird das Ergebnis (der Gewinn oder Verlust) der Organgesellschaft nicht auf der Ebene dieser Kapitalgesellschaft erfasst, sondern nach oben, d. h. letztlich auf die Ebene der Anteilseignerin Kommune durchgereicht, wo es mit deren sonstigen steuerbaren und steuerpflichtigen Einkünften (d. h. insbesondere mit den ebenfalls durchgereichten Ergebnissen anderer Organgesellschaften) saldiert werden kann.

(2) Gewerbesteuer

Auf die körperschaftsteuerliche Organschaft verweist auch § 2 Abs. 2 Satz 2 58 GewStG, der die Organgesellschaft in eine Betriebsstätte des Organträgers umqualifiziert und auf diese Weise eine echte Konsolidierung herbeiführt.

(3) Umsatzsteuer

Wiederum anders gestaltet das Umsatzsteuerrecht die Rechtsfolgen der Organschaft aus: Hier führt sie dazu, dass In-

nenleistungen zwischen den im Inland gelegenen Unternehmensteilen als nicht steuerbar angesehen werden.

b) Beteiligung an Personengesellschaften

Diametral unterschiedlich ist die Ertragsbesteuerung dagegen, wenn sich die Kommune statt an einer Kapital- an einer Personengesellschaft (OHG, KG, GmbH & Co. KG) beteiligt. Denn Personengesellschaften sind zwar Subjekte der (steuerlichen) Gewinnerzielung und -gewinnermittlung, werden aber als solche weder zur Einkommen- noch zur Körperschaftsteuer herangezogen. Grundsätzlich kommt es hier vielmehr – ausschüttungsunabhängig – zur Besteuerung auf der Ebene der Anteilseigner. Voraussetzung ist allerdings wiederum, dass die Beteiligung an der Personengesellschaft als Betrieb gewerblicher Art der Kommune anzusehen ist. Der BFH sieht diese Voraussetzung grundsätzlich in den Fällen als gegeben an, in denen nach der Wertung des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG eine natürliche Person als Gesellschafter gewerbliche Einkünfte bezöge. Das ist insbesondere für den typischen Kommanditisten zu bejahen.

7. Ergebnis

All die angesprochenen Punkte sind bei der Frage nach der Organisationsform der angestrebten PPP-Projektgesellschaft zu beachten. Aufgrund der vielen Möglichkeiten fällt es nicht leicht, die richtige Entscheidung zu treffen. Die obige Darstellung der einzelnen Möglichkeiten mit ihren Vor- und Nachteilen sowie die dargestellten steuerlichen Auswirkungen für den öffentlichen Auftraggeber helfen sicherlich, die im konkreten Fall bestmögliche Ausgestaltung der Öffentlich-Privaten-Partnerschaft zu finden.

Rechtsprechungsberichte

Quelle: DStGB aktuell

1. EU-Kommission stellt kommunalbedeutsame Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein

In zwei für die Städte und Gemeinden bedeutsamen Sachverhalten hat die EU-Kommission Vertragsverletzungsverfahren im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe gegen Deutschland eingestellt. Im ersten Fall lässt die Kommission erkennen, dass sie Aufträge mit einem geringen Wert nicht als EU-vergaberechtlich relevant ansieht. Im zweiten Fall hat sie – wie bereits zuvor das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 21. Juni 2006 – die interkommunale Aufgabenübertragung auf einen gemeinsamen kommunalen Zweckverband als nicht ausschreibungspflichtig angesehen.

a. Juristische Dienstleistungen

Die Kommission hat – wie sie am 21. März 2007 (IP/07/357) mitgeteilt hat – ein Verfahren eingestellt, bei dem es um die Freihändige Vergabe von Rechtsberatungsaufträgen im Rahmen von Haftungsklagen gegen Behörden vor deutschen Gerichten in mehreren Bundesländern ging. Die Kommission bemängelte die Vergabe solcher Aufträge durch Kommunen, die Mitglied der KSA (Kommunaler Schadensausgleich), einer nicht juristischen Vereinigung von Behörden der Bundesländer Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen sind. Es werden zwar über 3.000 Aufträge über juristische Dienstleistungen jährlich vergeben; dies geschieht jedoch nicht gemeinsam, sondern von Fall

zu Fall durch die jeweilige Kommune. Der Durchschnittswert je Auftrag beträgt etwa 5.000 Euro. Die Kommission hat nunmehr festgestellt, dass „Verträge mit einem derart geringen Auftragswert nicht unter das EU-Vergaberecht fallen“. Im Hinblick auf die Klage der Bundesregierung vom September 2006 gegen die Mitteilung der EU-Kommission zu den nicht vom EU-Vergaberecht erfassten Aufträgen kann die jetzige Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission ein positives Indiz für die Kommunen sein.

b. Interkommunale Zusammenarbeit

Ebenfalls eingestellt hat die Kommission ein weiteres Verfahren gegen Deutschland, bei dem es um die Freihändige Vergabe von Abfallbeseitigungsaufträgen

durch die Gemeinden Langerwehe, Inden, Linnich und Würselen (Nordrhein-Westfalen) an den von ihnen geschaffenen Zweckverband Regio Entsorgung ging. Nach Ansicht der Kommission ist die vollständige Übertragung einer öffentlichen Aufgabe von einer öffentlichen Einrichtung auf eine andere, die diese Aufgabe völlig unabhängig und eigenverantwortlich wahrnimmt, nicht mit einer vergüteten Dienstleistung gemäß Art. 49 EG-Vertrag gleichzusetzen. Bei einer solchen Übertragung handele es sich vielmehr um eine Maßnahme zur „internen Organisation der öffentlichen Verwaltung des Mitgliedstaates“. Daher gelten hierfür nicht die EU-Rechtsvorschriften und die darin enthaltenen Freiheitsrechte. Auch diese Einstellung der EU-Kommission ist aus kommunaler Sicht nachdrücklich zu begrüßen. Sie bestätigt die bereits ergangene nationale Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21. Juni 2006 in der gleichen Sache. Zu hoffen bleibt, dass künftig i. S. der DStGB-Forderung nicht nur jeweils interkommunale Zweckverbände bzw. gemeinsame Gesellschaften, sondern auch öffentlich-rechtliche Verträge, die ausschließlich zwischen Kommunen geschlossen werden, vom Vergaberecht freigestellt werden.

2. BVerfG: Vergaberechtliche Tarifierklärung verfassungsgemäß

In einem am 03.11.2006 veröffentlichten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11.07.2006 (1 BvL 4/00) hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass das Verlangen nach Abgabe einer Tarifierklärung bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge verfassungsgemäß ist.

a. Sachverhalt:

Der Entscheidung zugrunde lag eine gesetzliche Regelung im Berliner Vergabegesetz. Danach sollen die Berliner Vergabestellen Aufträge unter anderem für Bauleistungen mit der Auflage vergeben, dass die Unternehmen ihre Auftragnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach dem jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen. Ähnliche Tarifierregelungen gibt es auch in anderen Bundesländern (Anmerkung: Allerdings hat die Landesregierung Nordrhein-Westfalen gerade erst die dortige Tarifierregelung aufgehoben). Der Kartellsenat des Bundesgerichtshof, der über eine Rechtsbeschwerde im Rahmen der Vergabe von Straßenbauaufträgen zu entscheiden hatte, hielt die Regelung noch für verfassungswidrig und hatte sie dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorgelegt. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts entschied nunmehr, dass die Tarifierregelung des § 1 Abs. 1 S. 2 VgG in Berlin mit dem Grundgesetz und dem übrigen Bundesrecht vereinbar ist.

b. Entscheidungsgründe:

(1) Kein Verstoß gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts verstößt die Tarifierregelung nicht gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG, da die Verpflichtung zur Einhaltung von Tarifregeln nicht das Recht der beteiligten Unternehmen einschränke, der tarifvertragsschließenden Koalition fernzubleiben. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schützt das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit nicht dagegen, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsverhandlungen zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen nimmt. Gegen eine gleichheitswidrige oder unverhältnismäßige Auferlegung der Ergebnisse fremder Koalitionsvereinbarungen ist der Unternehmer gegebenenfalls durch Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Die Regelung führt nach dem Bundesverfassungsgericht auch nicht zu einer staatlichen Normsetzung in einem Bereich, in dem den tarifautonom gesetzten Absprachen der Sozialpartner ein Vorrang zukommt. Die örtlichen tarifvertraglichen Entgeltabreden werden nicht Kraft staatlicher Geltungsanordnung Inhalt der Arbeitsverträge der bei der Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeiter, sondern nach individualvertraglicher Umsetzung der Tarifierverpflichtung durch den Auftraggeber.

(2) Keine Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Nach dem Bundesverfassungsgericht verletzt die Tarifierregelung auch nicht Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit). Die Einflussnahme auf die Verträge mit Auftragnehmern werde dadurch gemindert, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Tariflöhne nicht unmittelbar aus einer gesetzlichen Anordnung folgt, sondern erst in Folge der eigenen Entscheidung, im Interesse der Erlangung eines öffentlichen Auftrags eine Verpflichtungserklärung abzugeben. Auch seien die Auswirkungen der Tarifierpflicht auf den einzelnen Auftrag beschränkt. Umgekehrt haben nach dem Bundesverfassungsgericht die rechtfertigenden Gründe, insbesondere das Ziel, die Arbeitslosigkeit im Bausektor zu bekämpfen, erhebliches Gewicht. Sie dienen dem Schutz der Beschäftigung solcher Auftragnehmer, die bei tarifgebundenen Unternehmen arbeiten und damit auch der Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards.

Das Bundesverfassungsgericht hält insgesamt die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung für ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber gerade unter den schwierigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen

ein relativ großer Entscheidungsspielraum zugestanden werden müsse.

(3) Stellungnahme des DStGB:

Unabhängig von der jetzigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat der DStGB Tarifierregelungen, die die Kommunen als größte öffentliche Auftraggeber im Rahmen von Vergabeverfahren von den anbietenden Unternehmen qua gesetzlicher Vorgabe fordern müssen, stets kritisiert. Hintergrund ist, dass sowohl die Belastungen für die Kommunen als öffentliche Auftraggeber als auch für die Bieter bei der Abforderung und Prüfung von Tarifierregelungen unverhältnismäßig sind. Dies betrifft insbesondere die erforderlichen Kalkulationsüberprüfungen und auch die Kontrollen, ob tatsächlich die Tariflöhne vor Ort eingehalten werden. Dabei hat der DStGB stets darauf hingewiesen, dass das rein eignungs- und leistungsbezogene Vergaberecht der falsche Ort ist, hiermit politisch durchaus unterstützenswerte Ziele (Vermeidung von Dumpinglöhnen) zu erreichen. Daher müsse das Vergaberecht grundsätzlich auch zur Aufrechterhaltung eines sauberen Wettbewerbs von vergabefremden Zwecken freigehalten werden. Insofern ist erwähnenswert, dass die Landesregierung Nordrhein-Westfalen erst jüngst das dortige Tarifiergesetz auf der Grundlage eines entsprechenden Gutachtens aufgehoben hat. Das Gutachten der Dortmunder Sozialforschungsstelle belegte, dass sich das Tarifiergesetz insgesamt als unwirksam erwiesen hat, unpraktikabel und bürokratielastig ist. Die Aufhebung des Tarifiergesetzes in Nordrhein-Westfalen war daher aus kommunaler Sicht zu begrüßen.

Unabhängig von der verfassungsrechtlichen Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht, insbesondere im Hinblick auf das Grundrecht der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) und das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ist zweifelhaft, ob eine durch Gesetz festgeschriebene regionale beziehungsweise lokale Tarifierregelung europarechtlichen Bestand hat. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung trotz angedeuteter Bedenken (s. Rn. 51 und 53 des Beschlusses) nicht geprüft. Insoweit hat jedoch die EU-Kommission tendenziell – etwa was die damalige NRW-Tarifierregelung angeht – erkennen lassen, dass die Einhaltung von Tarifiervorgaben gegen EU-Recht, insbesondere gegen das Recht der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43 und 49 EG-Vertrag), verstoßen kann. Von daher bedeutet die jetzige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht, dass eine nationale beziehungsweise regional-örtliche Tarifierregelung, mit der etwa ein portugiesischer Bauunternehmer gebunden wird, bei einem Bauvorhaben in einer deutlichen Stadt oder Gemeinde, bei seinem

Angebot den dortigen Tariflohn zugrunde zu legen, EU-rechtlich Bestand hat.

3. Interkommunale Zusammenarbeit: Entscheidung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf hat mit einer Entscheidung vom 21.06.2006 (VII-Verg 17/06) zur vergaberechtlichen Bewertung der interkommunalen Zusammenarbeit in Form eines Zweckverbandes Stellung genommen. Dem Beschluss zufolge unterfällt die Bildung eines Zweckverbandes und die Übertragung von Zuständigkeiten auf einen rein kommunalen Zweckverband als so genanntes In-House-Geschäft regelmäßig nicht dem Vergaberecht.

a) Sachverhalt

Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatten vier nordrhein-westfälische Kommunen einen Zweckverband gegründet und diesem die Zuständigkeit für die kommunale Abfallentsorgung übertragen. Der Zweckverband hatte seinerseits – satzungsmäßig abgesichert – in der Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts ein Kommunalunternehmen ins Leben gerufen und dieses mit der Ausführung der Entsorgungsaufgaben betraut. Hiergegen wandte sich mit einem Nachprüfungsantrag ein privates Entsorgungsunternehmen, das in einigen beteiligten Gemeinden bislang mit der Abfallentsorgung beauftragt war. Die VK Köln lehnte den Nachprüfungsantrag ab. Die Beschwerde beim OLG Düsseldorf hatte keinen Erfolg.

b) Entscheidung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf hat sowohl der Gründung des Zweckverbandes als auch der Aufgabenübertragung auf den Zweckverband sowie der Weiterleitung auf eine Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) attestiert, vom Vergaberechtsregime befreit zu sein. Das OLG hat sich diesbezüglich insbesondere auf folgende Gründe gestützt: Vorrangig war die Überlegung, dass der EG-Vertrag den Mitgliedsstaaten Hoheit über ihre interne staatliche Organisation belässt und belassen muss. Hieraus leite sich das kommunale Selbstverwaltungsrecht in Art. 28 Abs. 2 GG ab. Dies umfasse Organisationshoheit und Kooperationsautonomie. Das in den §§ 4 ff. GkG verankerte Recht, Zweckverbände zu gründen, bilde zudem eine Ausformung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts. Auf interne Akte der Verwaltungsorganisation – darunter ist insbesondere die gesetzlich zugelassene Verlagerung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen von einem Aufgabenträger auf einen anderen zu verstehen – sei Vergaberecht deshalb schon im Ansatz nicht anwendbar. Ganz im Sinne der Argumentation des DStGB hat das OLG Düsseldorf unterstrichen, dass hinsichtlich derartiger organisatorischer Akte der Mitgliedsstaaten und der angehörenden Kommunen die Europäische Union keine Normgebungskompetenz habe.

Der Vergabesenat hat darüber hinaus festgestellt, dass der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich in der Entscheidung frei ist, welcher Mittel er sich zur Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen bedient. Er könne seinen Bedarf durch eine Auftragsvergabe nach außen, aber auch mit eigenen personellen und technischen Mitteln decken, zum Beispiel durch einen Eigenbetrieb. Auf Eigenleistungen sei das Vergaberecht nicht anzuwenden. Die Gründung eines Zweckverbandes und die Zuständigkeitsübertragung von Aufgaben auf einen Zweckverband stelle eine Form der internen Aufgabenbewältigung durch Eigenleistung dar. Nur werde sie nicht von einem Auftraggeber allein, sondern von einem kooperativen Zusammenschluss mehrerer Auftraggeber, gewissermaßen durch eine Bündelung von Eigenleistungen, erbracht. Der Leistungsbedarf werde aber nicht am Markt, also bei einem der Wirtschaft angehörenden Unternehmen, sondern in einem vorgelagerten Bereich gedeckt. Dies zeige zugleich, dass die Grenzen der Eigenleistung überschritten zu werden drohen, sofern natürliche oder juristische Personen des Privatrechts Verbandsmitglieder sind.

Das OLG Düsseldorf hat im Ergebnis festgestellt, dass die Bildung eines Zweckverbandes und die Übertragung von Zuständigkeiten auf einen rein kommunalen Zweckverband als so genanntes In-House-Geschäft nicht dem Vergaberecht unterliegt.

In Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung (Rs. „Teckal“) ist ein vergabefreies Eigengeschäft regelmäßig anzunehmen, wenn

- der öffentliche Auftraggeber oder eine Mehrheit von Auftraggebern über die beauftragte Person eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und
- diese Person zugleich im Wesentlichen für den sie kontrollierenden Auftraggeber tätig wird.

Der Vergabesenat hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass es genügt, wenn der öffentliche Auftraggeber den Beauftragten zusammen mit anderen öffentlichen Stellen kontrolliert (vgl. EuGH-Urteil vom 11.05.2006 – Carbotermo). An einem Beauftragten (hier einem Zweckverband) dürfe – auch minderheitlich – allerdings privates Kapital nicht beteiligt sein. Im zugrunde liegenden Sachverhalt waren die In-House-Kriterien zu bejahen. Die beteiligten Kommunen übten ausweislich der Satzung über den Zweckverband eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus und der Verband sollte die Abfallentsorgung ausschließlich für jene Gemeinden erbringen. Durch diese Überlegungen des Gerichts war vorgezeichnet, dass auch die Aufgabenübertragung vom Zweckverband auf das – ohne private Beteiligung – als Anstalt öffentlichen Rechts

gegründete Kommunalunternehmen als ein vergaberechtsfreies In-House-Geschäft zu werten war. Die Anstalt wird kraft satzungsgemäßer Mitwirkungsbefugnisse von den am Zweckverband beteiligten Kommunen kontrolliert. Ihr ist ausschließlich die Entsorgung in den beteiligten Gemeinden übertragen worden.

c) Anmerkung des DStGB

Die vorliegende Entscheidung des OLG Düsseldorf ist aus kommunaler Sicht zu begrüßen. Der Vergabesenat hat festgestellt, dass die Gründung eines kommunalen Zweckverbandes und die Zuständigkeitsübertragung von Aufgaben auf einen kommunalen Zweckverband eine Form der internen Aufgabenbewältigung durch Eigenleistung darstellt. Eine derartige Eigenleistung unterfällt grundsätzlich nicht dem EU-Wettbewerbs- und -Vergaberecht.

Der DStGB hat in der Vergangenheit stets darauf hingewiesen, dass es sich im Falle einer Zweckverbandsgründung zwischen mehreren Kommunen oder im Falle eines Zweckverbandsbeitritts grundsätzlich um einen rein innerstaatlichen Organisationsakt handelt, der nicht den Regeln des Vergaberechts unterworfen werden kann. Eine Vergaberechtspflichtigkeit ist insbesondere deshalb zu verneinen, weil sich die beteiligten Kommunen eines Zweckverbandes in der Regel nicht – wie vom Vergaberecht vorausgesetzt – als Auftraggeber und Wirtschaftsteilnehmer (Unternehmer) gegenüberstehen. Vielmehr handelt es sich dann, wenn mehrere Kommunen ihre bisher separat erbrachten Aufgaben, also zum Beispiel der Abwasserentsorgung, aus Synergieeffekten in eine gemeinsam getragene öffentliche Einrichtung einbringen, nicht um einen entgeltlichen Beschaffungsvertrag zwischen einem Auftraggeber und einem Unternehmen, sondern lediglich um eine öffentlich-rechtliche Aufgabenzusammenführung auf gleichberechtigter Ebene zwischen verschiedenen öffentlichen Stellen. Das Vergaberecht darf folglich bei dieser rein internen Neuordnung öffentlicher Befugnisse grundsätzlich nicht zur Anwendung kommen.

Ungeachtet der vorstehenden Entscheidung des OLG Düsseldorf wird der DStGB auch in Zukunft für eine umfassende Freistellung der interkommunalen Zusammenarbeit vom Vergaberecht eintreten. Interkommunale Zusammenarbeit, sei es auf der Basis von Gesetzen, öffentlich-rechtlichen Verträgen (Zweckvereinbarungen) oder durch die Bildung eines Zweckverbandes, ist kein Beschaffungsgeschäft am Markt, sondern eine interne und verwaltungsorganisatorische Angelegenheit der jeweiligen kommunalen Stellen, und zwar unabhängig von der Form der Beauftragung. Vor diesem Hintergrund sind die vergaberechtlichen Regelungen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.

4. OLG Düsseldorf zur vergaberechtlichen Einordnung von Wartungs- und Instandsetzungsverträgen

Das OLG Düsseldorf hat in einem Beschluss vom 18.10.2006 – Verg 35/06 entschieden, dass Verträge über die Wartung und Instandsetzung hinsichtlich des Bauleitungsanteils genau abzugrenzen sind. Allein die Tatsache, dass der Instandsetzungsanteil ca. 25 % beträgt, rechtfertigt nicht die Annahme, dass die VOB/A Anwendung findet. Wenn der Auftrag neben Dienstleistungen auch Bauleistungen umfasst, die im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten sind, findet nach dem OLG die VOL/A Anwendung. (Quelle: IBR 2007, 44)

Problem/Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schrieb im Wege einer nationalen Bekanntmachung die Wartung von Gefahrenmeldeanlagen sowie von informations- und sicherheitstechnischen Anlagen nach der VOB/A aus. Der Auftragswert betrug 590.000 Euro. Nach eigener Schätzung nahmen die für Bauleistungen infrage kommenden Instandsetzungsarbeiten einen Anteil von etwa 25 % am Gesamtauftragswert ein. Entsprechend des Wartungsvertrages sollte der Auftragnehmer unter anderem Instandsetzungsarbeiten im Zusammenhang mit der Wartung zur Wiederherstellung des Sollzustandes vornehmen. Der Aufwand sollte pro Einsatz auf eine Arbeitsstunde und 50 Euro für Material begrenzt sein. Daneben sollten Instandsetzungsarbeiten nur auf Anforderung der AG geleistet werden. Nach Aufhebung des Verfahrens und Durchführung eines beschränkten Verfahrens, rügte die Antragstellerin, dass es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen nicht um Bau-, sondern um Dienstleistungen handle und eine europaweite Bekanntmachung hätte erfolgen müssen. Die AG erteilte dennoch einem anderen Bieter den Zuschlag. Den infolgedessen gestellten Nachprüfungsantrag verwarf die Vergabekammer, woraufhin die Antragstellerin Beschwerde einlegte.

Entscheidung

Mit Erfolg! Bei den öffentlichen Aufträgen handelt es sich um Dienstleistungsaufträge mit der Folge, dass diese Aufträge europaweit auszuschreiben gewesen wären. Die Begriffsbestimmung bei Bau- und Dienstleistungen ist autonom vorzunehmen und entzieht sich einer generalisierenden Bewertung. Soweit es sich jedoch um einen Auftrag handelt, der neben Dienstleistungen auch Bauleistungen umfasst, die im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten sind, liegt ein Dienstleistungsauftrag vor. Entscheidend kommt es darauf an, wo nach den rechtlichen sowie wirtschaftlichen Gesamtumständen der Schwerpunkt des Auftrages liegt. Allein der 25 %-Anteil der Instandsetzungsarbeiten reicht für die Einordnung als Bauleistung nicht aus, auch wenn dieser Anteil nahe legt, dass der Bauleistungsanteil nicht lediglich eine Nebenarbeit zum Hauptgegenstand ist. Die Instandsetzungsarbeiten im Zusammenhang mit der Wartung, deren Aufwand pro Einsatz auf eine Arbeitsstunde und 50 Euro für Material begrenzt sein soll sowie die Instandsetzungsarbeiten, die lediglich auf Anforderung des AG geleistet werden, scheiden jedoch nach Art und Umfang für eine Einordnung des Gesamtauftrages als Bauleistung aus.

Praxishinweis

Auftraggebern ist zu empfehlen, vor der Wahl der Verdingungsordnung, den Leistungsgegenstand des Vertrages nach Bauleistungen und Dienstleistungen genau abzugrenzen. Gefährlich ist es, den Instandsetzungsanteil mit dem Bauleistungsanteil gleichzusetzen. Bieter sollten ebenfalls auf die angewandte Verdingungsordnung achten, da ansonsten die Gefahr besteht, dass sie mit Auftragserteilung einen nichtigen Vertrag geschlossen haben.

5. Als Treuhänder für Immobilienfonds tätige Wirtschaftsprüfer sind gewerbesteuerpflichtig

Der XI. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH)

hat mit Urteil vom 18. Oktober 2006 XI R 9/06 entschieden, dass eine aus Wirtschaftsprüfern bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts gewerbesteuerpflichtig ist, wenn sie im Rahmen von Immobilienfonds als Treuhänderin tätig wird.

Im Streitfall war die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Rahmen von geschlossenen Immobilienfonds ausschließlich für die (künftigen) Treuhandkommanditisten und nicht als Wirtschaftsprüferin oder Steuerberaterin für die Fonds tätig. Ihre Tätigkeit beschränkte sich auf die Konzeptions- und Investitionsphase der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft und endete mit dem treuhänderischen Erwerb der Kommanditbeteiligungen. Sie betreute in den Jahren 1991 bis 1998 zwischen 1 551 Zeichner aus 8 Fonds und 11 235 Zeichner aus 19 Fonds.

Der XI. Senat des BFH vertrat in Anknüpfung an bereits vorliegende Rechtsprechung die Auffassung, dass Wirtschaftsprüfer nur insoweit freiberuflich i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) tätig und damit nicht gewerbesteuerpflichtig seien, als sie berufstypische Aufgaben eines Wirtschaftsprüfers, nämlich betriebswirtschaftliche Prüfungen, insbesondere solche von Jahresabschlüssen wirtschaftlicher Unternehmen durchführten. Dazu gehöre eine Treuhänder Tätigkeit nicht. Unerheblich sei, dass Wirtschaftsprüfer seit 1995 berufsrechtlich befugt seien, auch Treuhänder Tätigkeiten zu übernehmen. Eine steuerliche Bevorzugung der Wirtschaftsprüfer gegenüber den Rechtsanwälten und Steuerberatern, die ebenfalls treuhänderisch tätig würden, wäre mit dem Gleichheitssatz nicht zu vereinbaren. Es liege auch keine sonstige selbständige und damit nicht gewerbesteuerpflichtige Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG vor. Diese erfasse nach ständiger Rechtsprechung nur gelegentliche und vermögensverwaltende Tätigkeiten. Davon könne in Anbetracht der Tatsache, dass die Tätigkeit der Gesellschaft mit dem Erwerb der Treuhandbeteiligung endete, und in Anbetracht der Vielzahl der Anleger nicht ausgegangen werden.

Aus der Rechtsprechung

Art. 3 GG, §§ 97 ff. GWB Verfassungsbeschwerde, Vergabeverfahren, unerschwerliche Vergaben

- 1. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bindet staatliche Stellen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.**
- 2. Die in der Rechtsordnung dem übergangenen Konkurrenten eingeräumten Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen Entscheidungen über die Vergabe öffentlicher**

cher Aufträge mit Auftragssummen unterhalb der Schwellenwerte genügen den Anforderungen des Justizgewährungsanspruchs (Art. 20 Abs. 3 GG).

- 3. Es verletzt nicht den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte anders gestaltet hat als den gegen Vergabeentscheidungen, die die Schwellenwerte übersteigen.**

Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2006 – 1 BvR 1160/03

Zum Tatbestand:

Die Beschwerdeführerin beteiligte sich an einer Ausschreibung des Landesamtes für Straßenwesen des Saarlandes für Verkehrssicherungsmaßnahmen auf einer Autobahn. Die Auftragssumme lag unter 5 Mio. Euro und damit unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes. Da ein anderer Bieter den Zuschlag erhielt, beantragte

die Beschwerdeführerin bei der Vergabekammer die Nachprüfung der Vergabe. Die Kammer wies den Antrag als unzulässig zurück. Das Oberlandesgericht bestätigte die Entscheidung. Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil der ausgeschriebene Auftrag den für die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB erforderlichen Schwellenwert nicht erreiche. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde richtet sich die Beschwerdeführerin gegen die Beschränkung des Primärrechtsschutzes auf Entscheidungen über die Vergabe von Aufträgen, deren Volumen oberhalb des Schwellenwertes liegen. Die Verfassungsbeschwerde hatte keinen Erfolg. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte fest, es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte anders gestaltet hat als den gegen Vergabeentscheidungen, die die Schwellenwerte übersteigen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist unbegründet. Der angegriffene Beschluss, der Primärrechtsschutz gegen die in Frage stehende Vergabeentscheidung versagt, verletzt die Beschwerdeführerin weder in ihrem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG (I.) noch in dem im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verbürgten allgemeinen Justizgewährungsanspruch (II.). Auch ist Art. 3 Abs. 1 GG nicht dadurch verletzt, dass die besonderen Regelungen für den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen oberhalb der Schwellenwerte nicht auch auf die anderen Vergabeentscheidungen erstreckt worden sind (III.).

I.

Das Oberlandesgericht hat nicht dadurch Art. 19 Abs. 4 GG verletzt, dass es der Beschwerdeführerin Primärrechtsschutz gegen die umstrittene Vergabeentscheidung versagt hat. Der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG ist nicht berührt; die Vergabeentscheidung erfolgt nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne dieser Vorschrift.

1. Nicht jedes staatliche Handeln eröffnet die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Ziel der Normierung der besonderen Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG war aufgrund historischer Erfahrungen der Schutz vor dem Risiko der Missachtung des Rechts durch ein Handeln der dem Bürger übergeordneten und gegebenenfalls mit den Mitteln des Zwangs arbeitenden Exekutive (vgl. BVerfGE 107, 395 <404>). Das Grundrecht soll Rechtsschutz dort gewährleisten, wo der Einzelne sich zu dem Träger staatlicher Gewalt in einem Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung befindet. Insoweit bedingen die damit verbundenen Einwirkungsmöglichkeiten des Staates ein be-

sonderes Bedürfnis des Einzelnen nach gerichtlichem Schutz, der die Abwehr einer Beeinträchtigung ermöglicht. Von diesem spezifischen Schutzzweck her ist der Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG zu bestimmen.

2. Die Vergabestelle handelt vorliegend nicht als Trägerin öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG. Der Staat wird als Nachfrager am Markt tätig, um seinen Bedarf an bestimmten Gütern oder Leistungen zu decken. In dieser Rolle als Nachfrager unterscheidet er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern. Auf seine übergeordnete öffentliche Rechtsmacht greift er bei einer Vergabeentscheidung nicht zurück, so dass kein Anlass besteht, seine Maßnahme als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG einzuordnen.

II.

Das Grundgesetz garantiert Rechtsschutz vor den Gerichten nicht nur gemäß Art. 19 Abs. 4 GG, sondern darüber hinaus im Rahmen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs (vgl. BVerfGE 107, 395 <401>). Dieser gewährleistet in den nicht von Art. 19 Abs. 4 GG erfassten Fällen Rechtsschutz gegenüber der behaupteten Verletzung einer Rechtsposition. Eine solche steht dem erfolglosen Bieter um einen öffentlichen Auftrag zu (1). Der der Beschwerdeführerin offen stehende Rechtsschutz genügt allerdings den verfassungsrechtlichen Anforderungen (2).

1. Das Grundgesetz garantiert mit dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch ebenso wie mit Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz nur zu dem Zweck des Schutzes subjektiver Rechte, die von beiden Gewährleistungen vorausgesetzt und nicht selbst geschaffen werden. Der Einzelne kann sich auf die Rechtsschutzgarantie nur berufen, wenn er die Verletzung einer Rechtsposition geltend macht, die ihm die Rechtsordnung gewährt (vgl. BVerfGE 113, 273 <310>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Mai 2006 – 1 BvR 2530/04 –, BB 2006, S. 1702 <1703>). Der Gesetzgeber befindet in den Regelungen des einfachen Rechts darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zustehen und welchen Inhalt es haben soll (vgl. BVerfGE 78, 214 <226>; 83, 182 <195>). Daneben kann sich eine rechtsschutzfähige Rechtsposition aus Grundrechten und sonstigen von der Verfassung gewährten Rechten ergeben. Ein subjektives Recht der Beschwerdeführerin gegen ihre Nichtberücksichtigung im Rahmen der umstrittenen Auftragsvergabe folgt nicht aus der einfachrechtlichen Norm des § 97 Abs. 7 GWB. Auch die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG scheidet als Grundlage eines derartigen Rechts der Beschwerdeführerin aus. Demgegenüber begründet der aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Anspruch auf Gleichbehandlung bei Vergabeentscheidungen ein ge-

gen den Staat gerichtetes subjektives Recht, dessen Verletzung der Benachteiligte mit Hilfe des Justizgewährungsanspruchs rügen kann.

a) Ein subjektives Recht der Beschwerdeführerin gegen die umstrittene Vergabeentscheidung ergibt sich nicht aus § 97 Abs. 7 GWB. Das Oberlandesgericht hat in dem angegriffenen Beschluss ausgeführt, § 97 Abs. 7 GWB gelte aufgrund der Einschränkung des § 100 Abs. 1 GWB ausschließlich für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte. Für Aufträge mit einem geringeren Auftragswert habe der Gesetzgeber bewusst von der Schaffung eines subjektiven Rechts auf Einhaltung der Vergaberegeln abgesehen. Diese vom Oberlandesgericht vorgenommene Auslegung des einfachen Rechts, die auch der herrschenden Meinung entspricht (vgl. statt vieler Binder, ZJP 2000, S. 195 <202>; Dreher, NZBau 2002, S. 419), begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

b) Auch Art. 12 Abs. 1 GG scheidet als Grundlage eines subjektiven Rechts der Beschwerdeführerin aus. Ob und inwieweit eine staatliche Stelle, die sich in privatrechtlicher Handlungsform auf eine Ebene der Gleichordnung mit Privaten begibt, gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an das Grundrecht der Berufsfreiheit gebunden ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Selbst wenn von einer grundsätzlichen Bindung der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, an Art. 12 Abs. 1 GG ausgegangen wird, hängt die Reichweite dieser Grundrechtsbindung maßgeblich von der Schutzrichtung und dem Schutzgehalt des Grundrechts ab. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an einen Mitbewerber berührt grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers.

aa) In der bestehenden Wirtschaftsordnung schützt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen am Markt (vgl. BVerfGE 105, 252 <265 ff.>; 106, 275 <298 f.>). Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen (vgl. BVerfGE 105, 252 <265>; BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 – 1 BvR 2087/03 u.a. –, EuGRZ 2006, S. 159 <165>). Dagegen umfasst das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (vgl. BVerfGE 24, 236 <251>; 34, 252 <256>). Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen. Bei der Vergabe eines öffentlichen Auf-

trags beeinflusst die handelnde staatliche Stelle den Wettbewerb nicht von außen, sondern wird selbst auf der Nachfrageseite wettbewerbtätig und eröffnet so einen Vergabewettbewerb zwischen den potentiellen Anbietern. Ein solches Verhalten einer staatlichen Stelle steht mit den Funktionsbedingungen der bestehenden Wirtschaftsordnung in Einklang. Es ist ein Wesenselement dieser Wirtschaftsordnung, dass ein Nachfrager den auf der Angebotsseite bestehenden Wettbewerb zu seinen Zwecken nutzt, indem er konkurrierende Angebote vergleicht und sich für das entscheidet, das ihm am günstigsten erscheint. Dabei ist es grundsätzlich Sache des Nachfragers, nach welchen Kriterien und in welchem Verfahren er das günstigste Angebot auswählt. Dementsprechend trägt ein Wettbewerber auf der Angebotsseite stets das Risiko, dass seinem Angebot ein anderes, für den Nachfrager günstigeres vorgezogen wird. Der wettbewerblichen Herausforderung durch konkurrierende Angebote hat der Anbieter sich durch sein eigenes wettbewerbtätiges Verhalten zu stellen. Soweit der Staat sich als Nachfrager am Markt der Mittel des Wettbewerbs bedient, hat grundsätzlich auch er die allgemein geltenden Regelungen zu beachten, die Wettbewerb ermöglichen und begrenzen, insbesondere solche, die dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht entgegenwirken (vgl. GemSOGB, BGHZ 97, 312 <316>). Dagegen dient das Haushaltsrecht, das den Staat als Auftraggeber insbesondere verpflichtet, Aufträge öffentlich auszuschreiben und das Gebot der Wirtschaftlichkeit zu beachten, nicht der Sicherung des Wettbewerbs oder der Einrichtung einer besonderen Wettbewerbsordnung für das Nachfrageverhalten des Staates. Ziel der haushaltsrechtlichen Vorgaben ist vielmehr ein wirtschaftlicher und sparsamer Umgang mit Haushaltsmitteln, der im öffentlichen Interesse liegt. Der Wettbewerb der Anbieter um einen ausgeschriebenen Auftrag wird als Mittel genutzt, um dieses Ziel zu erreichen, ist aber nicht selbst Zweck der haushaltsrechtlichen Normen.

bb) Besondere Umstände, aufgrund derer die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin bei der umstrittenen Auftragsvergabe gleichwohl an der Berufsfreiheit zu messen sein könnte, weil sie nach Ziel und Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre (vgl. BVerfGE 105, 252 <273>; 105, 279 <303>), hat die Beschwerdeführerin nicht dargelegt und sind auch nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass die Beschwerdeführerin sich ausschließlich auf die Ausführung von Maßnahmen im Verkehrssicherungsbereich beschränkt, für die praktisch nur der Staat als Auftraggeber in Betracht kommt, macht die Vergabeentscheidung nicht zum funktionalen Äquivalent eines Eingriffs.

c) Ein subjektives Recht der Beschwerdeführerin, das im Rahmen des Justizgewährungsanspruchs gerichtlich verfolgt werden kann, ist allerdings der Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG). Jede staatliche Stelle hat bei ihrem Handeln, unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich, die in dem Gleichheitssatz niedergelegte Gerechtigkeitsvorstellung zu beachten. Dieses Handeln ist anders als die in freiheitlicher Selbstbestimmung erfolgende Tätigkeit eines Privaten stets dem Gemeinwohl verpflichtet. Eine willkürliche Ungleichbehandlung kann dem Gemeinwohl nicht dienen. Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist es daher verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Darüber hinaus kann die tatsächliche Vergabepraxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen. Aufgrund dieser Selbstbindung kann den Verdingungsordnungen als den verwaltungsinternen Regelungen über Verfahren und Kriterien der Vergabe eine mittelbare Außenwirkung zukommen (vgl. BVerfGE 73, 280 <299 f.>; 111, 54 <108>; BVerwGE 35, 159 <161>; 104, 220 <223>; BGHZ 139, 259 <267>; Dörr, DÖV 2001, S. 1014 <1017>). Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben kann eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht, für das effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muss (vgl. BVerfGE, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Mai 2006 – 1 BvR 2530/04 –, BB 2006, S. 1702 <1703>).

2. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts über die Unzulässigkeit des Antrags zur Überprüfung einer Auftragsvergabe, deren Volumen unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes lag, verletzt den allgemeinen Justizgewährungsanspruch allerdings nicht. Die in der Rechtsordnung vorgesehenen Möglichkeiten des Rechtsschutzes genügen rechtsstaatlichen Anforderungen.

a) Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtsschutzsystem auszuformen und sicherzustellen, dass effektiver Rechtsschutz für den einzelnen Rechtsuchenden besteht (vgl. BVerfGE 107, 395 <408>; stRspr). Bei einem Widerstreit zwischen den Belangen des Einzelnen, die für einen möglichst weitgehenden Rechtsschutz streiten, und gegenläufigen Belangen muss der Gesetzgeber entscheiden, ob die allgemeinen in der Rechtsschutzordnung vorgesehenen Schutzmöglichkeiten ausreichen oder aber Sonderregeln geschaffen werden sollen. Der Justizgewährungsanspruch ermöglicht und verlangt in Lagen, in denen unterschiedliche

Interessen Mehrerer betroffen sind, keine schlichte Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Rechtsuchenden. Er zielt vielmehr auf eine sachgerechte Gewichtung und Zuordnung der betroffenen rechtlich geschützten Belange. Einzubeziehen ist das Interesse des Rechtsuchenden an einem effektiven Schutz seiner subjektiven Rechte (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Mai 2006 – 1 BvR 2530/04 –, BB 2006, S. 1702 <1706>). Der Gesetzgeber ist auch bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes dazu berufen, die miteinander kollidierenden und verflochtenen Interessen in einen Ausgleich zu bringen, der allen in verhältnismäßiger Weise gerecht wird (vgl. BVerfGE 88, 118 <123 ff.>; 93, 99 <107 f.>). Dabei kommt ihm ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu, der sich auf die Beurteilung der Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Güter sowie auf die Güterabwägung mit Blick auf die Folgen für die verschiedenen rechtlich geschützten Interessen bezieht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 – 1 BvR 2087 / 03 u. a. –, EuGRZ 2006, S. 159 <167>). Ob besondere Maßgaben aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch für den Gesetzgeber folgen, wenn er den Rechtsschutz in einer Situation ausgestaltet, durch die unterschiedliche Interessen betroffen sind, lässt sich nur mit Rücksicht auf die Eigenart gerade der konkret betroffenen Interessenlage beurteilen. Der Gesetzgeber hat insbesondere grundrechtliche Schutzaussagen zugunsten des Rechtsuchenden, aber auch zugunsten Dritter, deren Belange durch den begehrteten Rechtsschutz berührt werden, zu beachten und hierbei bereichsspezifischen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Sollen Rechtsschutzmöglichkeiten aufgrund öffentlicher Belange erweitert oder beschränkt werden, muss auch das Gewicht dieser Belange in die Abwägung eingestellt werden.

b) Nach diesen Maßstäben ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Rechtsschutz der Beschwerdeführerin sich nach der allgemeinen Rechtsschutzordnung richtet, ohne dass besondere Vorkehrungen für die Durchsetzung von Primärrechtsschutz geschaffen worden sind.

aa) Gegenstand der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht ist das einfache Recht in der Auslegung, die es durch die dazu in erster Linie berufenen Fachgerichte erfahren hat. Nach der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts steht der Beschwerdeführerin ein Primärrechtsschutz gegen die umstrittene Vergabeentscheidung nach der Erteilung des Zuschlags nicht zu. Ob es der Beschwerdeführerin rechtlich möglich gewesen wäre, zuvor im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes den Zuschlag zu verhindern (dazu vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 11. April 2002 – 2 U 240/01 –, NZBau

2002, S. 395; OVG Bautzen, Beschluss vom 13. April 2006 – 2 E 270/05 –, NZBau 2006, S. 393; Dreher, NZBau 2002, S. 419 <426 f.>; Pietzcker, NJW 2005, S. 2881 <2882>), hatte das Oberlandesgericht nicht zu entscheiden. Diese Möglichkeit hätte im vorliegenden Fall jedenfalls – wie regelmäßig – nur theoretisch bestanden. Die Beschwerdeführerin hat nicht rechtzeitig von der beabsichtigten Vergabeentscheidung erfahren, um ein derartiges Verfahren anstrengen zu können. Der für Vergaben oberhalb des Schwellenwertes geltende § 13 VgV, der die Nichtigkeit eines Vertrags anordnet, der ohne vorherige Information der unterlegenen Bewerber zustande gekommen ist, ist nach Auffassung des Oberlandesgerichts nicht anwendbar. Praktisch war die Beschwerdeführerin damit von vornherein auf Rechtsschutz in Form einer Schadensersatz- oder Feststellungsklage verwiesen.

bb) Der allgemeine Justizgewährungsanspruch soll den Rechtsuchenden so weit wie möglich auch davor bewahren, dass durch die sofortige Vollziehung einer Maßnahme Tatsachen geschaffen werden, die für den Fall, dass sich die Maßnahme als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können (vgl. BVerfGE 35, 263 <274>; 37, 150 <153>; 46, 166 <178>; 51, 268 <284>; 65, 1 <70>; 67, 43 <58>; 79, 69 <74>; 93, 1 <13>). Aus ihm können zu diesem Zweck auch Vorwirkungen auf ein Verfahren einer staatlichen Stelle folgen, das einem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagert ist (vgl. BVerfGE 61, 82 <110>; 69, 1 <49>). Bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes hat der Gesetzgeber die verschiedenen betroffenen Interessen unter Beachtung der Eigenarten der jeweiligen Konfliktlage aufeinander abzustimmen.

Es liegt im Hinblick auf Vergabeentscheidungen im gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, das Interesse des Auftraggebers an einer zügigen Ausführung der Maßnahmen und das des erfolgreichen Bewerbers an alsbaldiger Rechtssicherheit dem Interesse des erfolglosen Bieters an Primärrechtsschutz vorzuziehen und Letzteren regelmäßig auf Sekundärrechtsschutz zu beschränken. Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet, eine auch faktisch realisierbare Möglichkeit eines Primärrechtsschutzes im Vergaberecht zu schaffen. Insbesondere muss er keine Pflicht der vergebenden Stelle zu einer rechtzeitigen Information der erfolglosen Bieter regeln, wie sie sich für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte in § 13 VgV findet.

(1) Bei der gerichtlichen Kontrolle von Vergabeentscheidungen ist eine Konfliktlage in einem Rechtsverhältnis zu bewältigen, an dem beteiligt sind: die staatliche Stelle, die den umstrittenen Auftrag vergibt, um ihre öffentlichen Aufgaben zu erfüllen; ferner der erfolgreiche Bieter, der ein Interesse an einer raschen Zuschlagsentscheidung

und einer zuverlässigen Vertragserfüllung hat; schließlich erfolglose Bieter wie die Beschwerdeführerin, die ein Interesse an möglichst effektivem Schutz ihrer privatrechtlich ausgeformten Verfahrensrechte haben. Je weiter die Rechtsschutzmöglichkeiten der erfolglosen Bieter ausgedehnt werden, desto eher können sowohl die öffentlichen Interessen, denen die Erfüllung des vergebenen Auftrags letztlich dienen soll, als auch die Interessen des erfolgreichen Bieters behindert oder sogar vereitelt werden. Aufgrund des zeitlichen und sächlichen Aufwands, den ein Nachprüfungsverfahren erfordert, kann zudem die Wirtschaftlichkeit der Vergabe leiden. Diese Folgen kann ein solches Verfahren unabhängig davon bewirken, ob sich die Rügen des erfolglosen Bieters letztlich materiell-rechtlich als begründet oder als unbegründet erweisen. Zudem besteht das Risiko, dass der erfolglose Bewerber seine Rechtsschutzmöglichkeiten in sachwidriger oder sogar missbräuchlicher Weise nutzt. Auch dadurch kann die Vergabe unwirtschaftlich oder das Beschaffungsziel ganz verfehlt werden. Wird andererseits erfolglosen Bietern durch die Verfahrensgestaltung effektiver Primärrechtsschutz versagt, kann das nicht nur die Durchsetzung rechtlich begründeter individueller Anliegen verhindern. Daneben kann auch das öffentliche Interesse an einem rechtmäßigen Handeln der Verwaltung und an einem wirtschaftlichen Umgang mit Haushaltsmitteln beeinträchtigt werden. Den kollidierenden Privatinteressen sowohl des erfolgreichen Bieters als auch der erfolglosen Wettbewerber entspricht jeweils auch ein öffentliches Interesse. Das komplexe Geflecht öffentlicher und privater Interessen kann nicht in einer Weise aufgelöst werden, die alle Interessen gleichermaßen befriedigt.

(2) Bei der hier zu überprüfenden Ordnung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes hat der Gesetzgeber die Grenzen seines Gestaltungsspielraums gewahrt. Er durfte das Interesse des erfolglosen Bieters speziell an Primärrechtsschutz im Verhältnis zu den anderen betroffenen Interessen als weniger gewichtig bewerten.

Das wirtschaftliche Interesse des erfolglosen Bieters an einer Auftragsvergabe genießt nicht als solches verfassungsrechtlichen Schutz (s.o. 1 b), sondern nur hinsichtlich der Beachtung des Gleichheitssatzes bei der Gestaltung von Verfahren und der Auswahl sowie Anwendung der Kriterien der Vergabe (s.o. 1 c). Der erfolglose Bieter ist durch die Auftragsvergabe in einer bloßen Umsatzchance, nicht in seiner persönlichen Rechtsstellung betroffen. Wird der erfolglose Bieter auf einen Schadensersatzanspruch verwiesen, kann sein auf den Erhalt einer Umsatzchance gerichtetes Interesse durch einen solchen Anspruch grundsätzlich ausgeglichen werden. Im Übrigen darf bei der Abwägung typisierend berücksichtigt wer-

den, dass die einzelne Auftragsvergabe für den Bieter in der Regel lediglich eine Umsatzmöglichkeit unter vielen darstellt.

Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber das Interesse an einer raschen Vergabeentscheidung und damit an der Möglichkeit einer sofortigen Ausführung der Maßnahme für gewichtiger als das des erfolglosen Bieters gehalten hat. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sind ein Massenphänomen. Müssten für solche Vergaben stets bestimmte Verfahrensvorkehrungen getroffen werden, um einen effektiven Primärrechtsschutz zu ermöglichen, könnte das die Verwaltungsarbeit erheblich beeinträchtigen. Zum einen würde der Verwaltungsaufwand bei solchen Vergaben steigen. Zum anderen könnte es zu Engpässen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben kommen, für die die Produkte oder Dienstleistungen, die mittels der Vergabe beschafft werden sollen, benötigt werden.

Durfte das Interesse des erfolglosen Bieters an einem effektiven Primärrechtsschutz als weniger gewichtig und durften die durch einen solchen Primärrechtsschutz andererseits berührten privaten und öffentlichen Interessen als gewichtiger bewertet werden, ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber den in der allgemeinen Rechtsordnung verfügbaren Sekundärrechtsschutz als ausreichend angesehen und keine besonderen Vorkehrungen zur Realisierbarkeit von Primärrechtsschutz, etwa durch eine Pflicht zur Information des erfolglosen Bieters vor der Zuschlagserteilung, getroffen hat.

(3) Der allgemeine Justizgewährungsanspruch wirkt allerdings auf die Auslegung und Anwendung der privatrechtlichen und zivilprozessualen Normen ein, auf die sich ein erfolgloser Bieter stützen kann, um Rechtsschutz gegen eine rechtswidrige Übergehung bei der Auftragsvergabe zu erlangen. Die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Normen, aus denen sich ein Schadensersatzanspruch des erfolglosen Bieters ergeben kann, müssen in einer Weise bestimmt werden, die seinem auf die Beachtung des Art. 3 Abs. 1 GG gerichteten Rechtsschutzinteresse hinreichend Rechnung trägt. Darüber hinaus entspricht es dem Justizgewährungsanspruch, dass dem erfolglosen Bieter die Feststellungsklage eröffnet ist, die allerdings – wie auch sonst – ein jeweils ausreichendes Feststellungsinteresse verlangt.

III.

Es verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass der Rechtsschutz oberhalb des Schwellenwertes anders gestaltet ist als bei Vergabeentscheidungen mit Auftragssummen unterhalb des Schwellenwertes. Der Gesetzgeber hat besondere Regelungen und damit auch Rechtsschutzmöglichkeiten für Vergabeentscheidungen

oberhalb des Schwellenwertes in Umsetzung entsprechender Vorgaben europarechtlicher Richtlinien vorgesehen (s.o. A I 1). Vorliegend bedarf keiner Entscheidung, ob Art. 3 Abs. 1 GG gebieten kann, auch für die von solchen Richtlinien nicht erfassten Sachverhalte die gleichen Regelungen wie die europarechtlich vorgegebenen zu schaffen, oder ob Art. 3 Abs. 1 GG insoweit nicht anwendbar ist (zum Meinungsstreit vgl. etwa Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, S. 426 ff.; Osterloh, in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 3 Rn. 71; Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 11; alle m.w.N.. Vgl. auch Österreichischer VfGH, Erkenntnis vom 30. November 2000 – G 110/99 u.a. –, VfSlg. 16027/2000). Selbst wenn Art. 3 Abs. 1 GG als Maßstab anzuwenden wäre, läge ein Grundrechtsverstoß nicht vor, da die Ungleichbehandlung (1) vorliegend sachlich gerechtfertigt wäre (2).

1. Die Regelung des § 100 Abs. 1 GWB führt in zweifacher Hinsicht zu einer Ungleichbehandlung von öffentlichen Aufträgen, deren Betrag den jeweils maßgeblichen Schwellenwert erreicht oder übersteigt, gegenüber Aufträgen unterhalb des Schwellenwertes.

Zum einen gewährt § 97 Abs. 7 GWB nur im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts den Unternehmen ein subjektives Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Unterhalb der Schwellenwerte besteht kein einfachrechtliches subjektives Recht. Zum anderen stellen die §§ 102 ff. GWB dem Bewerber um eine Auftragsvergabe ein besonderes Rechtsschutzverfahren zur Durchsetzung seines subjektiven Rechts hinsichtlich der einzelnen Vergabeentscheidung zur Verfügung. Dagegen bleibt ein Unternehmen, das gegen eine Vergabeentscheidung unterhalb der Schwellenwerte vorgehen will, auf die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten verwiesen. Diese bleiben hinter dem Verfahren nach §§ 102 ff. GWB hinsichtlich des Primärrechtsschutzes zurück. Regelmäßig wird ein Primärrechtsschutz faktisch ganz ausscheiden, da zwischenzeitlich der Zuschlag erteilt worden ist.

2. Diese Ungleichbehandlung zwischen Auftragsvergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte ist jedoch durch hinreichend gewichtige Gründe gerechtfertigt.

a) Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfGE 101, 54 <101>; 103, 172 <193>). Ein strenger Prüfungsmaßstab ist insbesondere angezeigt, wenn eine gesetzliche Regelung zu einer Differenzierung zwischen Personengruppen und nicht lediglich zwischen Sachverhalten führt (vgl. BVerfGE

90, 46 <56>; 91, 346 <362 f.>; 99, 367 <388>; 100, 195 <205>; 103, 310 <318 f.>). Weiter ergeben sich aus dem Gleichheitssatz umso engere Grenzen für den Gesetzgeber, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 89, 15 <22 f.>; 90, 46 <56>; 97, 271 <290 f.>; 99, 341 <355 f.>; 103, 242 <258>; 105, 73 <110 f.>).

Nach diesen Kriterien ist es hier nicht angezeigt, der Prüfung einen strengeren Maßstab als das Willkürverbot zugrunde zu legen. Die Unterscheidung im Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen knüpft nicht an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe an, sondern an die Höhe des finanziellen Betrags des zu vergebenden Auftrags. Dies ist ein rein sachverhaltsbezogenes Kriterium. Auch eine mittelbare Ungleichbehandlung von Personengruppen ist nicht ersichtlich. Zudem wirkt sich die Ungleichbehandlung von öffentlichen Aufträgen oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte nicht auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten aus. Die Vergabe solcher Aufträge ist lediglich an dem allgemeinen Gleichheitssatz zu messen (vgl. oben II 1 c). Freiheitsrechtliche Schutzbereiche, insbesondere die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, werden durch eine Nichtberücksichtigung bei der Vergabe dagegen grundsätzlich nicht berührt (vgl. oben II 1 b).

b) In seiner Ausprägung als Willkürverbot verlangt Art. 3 Abs. 1 GG nicht, dass der Gesetzgeber unter mehreren möglichen Lösungen die zweckmäßigste oder vernünftigste wählt. Ein vom Bundesverfassungsgericht zu beanstandender Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz ist erst dann anzunehmen, wenn offenkundig ist, dass sich für die angegriffene gesetzliche Regelung und die durch sie bewirkte Ungleichbehandlung kein sachlicher Grund finden lässt (vgl. BVerfGE 83, 1 <23>; 89, 132 <141 f.>; 91, 118 <123>; 99, 367 <389>). Nach diesem Maßstab ist die Differenzierung anhand der Schwellenwerte nicht zu beanstanden.

aa) Das öffentliche Beschaffungswesen dient der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel. Diese Zielsetzung, die sich in § 6 und § 30 HGrG und den entsprechenden Normen der Haushaltsordnungen niederschlägt, hat zur Folge, dass sich die Regeln über die Beschaffung vor allem an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientieren. Führen bestimmte rechtliche Maßgaben für das Vergabeverfahren zu einer Verteuerung der Auftragsvergabe, ist es sachgerecht, über ihre Einführung mit Blick auf solche wirtschaftlichen Gesichtspunkte zu entscheiden. Wenn dem einzelnen Unternehmen das subjektive Recht verliehen wird, die rechtlichen Regeln über das Vergabeverfahren durchzusetzen, wird es dadurch zugleich zur Durchset-

zung des objektiven Rechts mobilisiert, das wiederum auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit ausgerichtet ist. Insofern trägt der mit dem subjektiven Recht ausgestattete Einzelne gerade auch zur objektiv-rechtlich im Vordergrund stehenden Wirtschaftlichkeit des Vergabeverfahrens bei. Allerdings birgt diese Mobilisierung auch Risiken für die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens. Werden rechtmäßige Vergabeverfahren auf Initiative des Einzelnen überprüft, so entstehen Verfahrenskosten, ohne dass diesen Kosten ein Gewinn an Wirtschaftlichkeit gegenüberstehe. Zudem besteht stets die Gefahr, dass die den Konkurrenten eingeräumten Rechtsschutzmöglichkeiten sachwidrig genutzt oder sogar missbraucht werden. Auch darunter kann die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens leiden. Weiter kann unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Vergabe die Verzögerung, die ein Kontrollverfahren regelmäßig mit sich bringt, ihrerseits Kosten verursachen. Schließlich kann wegen dieser Verzögerung die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, um deretwillen Mittel beschafft werden sollen, beeinträchtigt oder sogar verfehlt werden. Ob und wann ein subjektives Recht des Unternehmens, das an einem Vergabeverfahren beteiligt ist, auf Einhaltung der Verfahrensregeln die Wirtschaftlichkeit der Vergabe erhöht oder vermindert, erfordert komplexe Bewertungen und Abschätzungen, zu denen der Gesetzgeber berufen ist und bei denen er einen weiten Spielraum genießt.

bb) Der Gesetzgeber hat sich bei der Entscheidung über die Zweiteilung des Vergaberechts nach Maßgabe der Schwellenwerte innerhalb dieses Spielraums gehalten. Nach der gesetzgeberischen Lösung hängt von der Größenordnung der Auftragsvergabe ab, ob ein einfachrechtliches subjektives Recht besteht und das besondere Kontrollverfahren der §§ 102 ff. GWB eröffnet wird. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Gesetz davon ausgeht, dass der mögliche Ertrag an Wirtschaftlichkeit, den ein solches Verfahren mit sich bringen kann, mit dem Betrag der Beschaffung steigt, und dass der Vorteil bei Vergabeentscheidungen oberhalb der Schwellenwerte typischerweise nicht wegen der Kosten entfällt, die mit der Kontrolle nach §§ 102 ff. GWB verbunden sind. Angesichts dieser Sachlage durfte der Gesetzgeber den Zugang zu dem Kontrollverfahren der §§ 102 ff. GWB in einer typisierenden Regelung davon abhängig machen, dass ein bestimmtes Auftragsvolumen erreicht wird, auch wenn dieses eine bloße Bagatellgrenze übersteigt. Mit der Übernahme der Schwellenwerte, oberhalb derer aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen effektiver Primärrechtsschutz gewährleistet werden muss, hat der Gesetzgeber sich an einem für eine bestimmte (grenzüberschreitende) Relevanz der Vergabe geltenden Richt-

wert orientiert, den er grundsätzlich auch ohne die europarechtlichen Vorgaben hätte wählen können. Die Anknüpfung an die europarechtlich vorgegebene Typisierung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Vergaberecht, nichtoffenes Verfahren GWB § 123 Satz 2, VOL/A §§ 3a Nr. 1, 7a Nr. 3

Fordert ein öffentlicher Auftraggeber Teilnahmeanträge für einen Vergabewettbewerb um einen Kauf bestimmter Waren oder Dienstleistungen an, müssen die Bewerber bis zum Schlusstermin für die Abgabe der Teilnahmeanträge eindeutig erklären, dass sie die nachgefragte Leistung im Kaufwege anbieten können.

Eine erst danach – in der mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren verbal – erklärte Bereitschaft, auch „etwas“ zum Verkauf anbieten zu können, führt nicht gleichsam rückwirkend zur Rechtswidrigkeit der Ablehnung des Teilnahmeantrags eines Bewerbers.

Auch im Teilnahmewettbewerb gilt, dass ein Bewerber seinen Teilnahmeantrag nur bis zum Schlusstermin für dessen Eingang fixieren und die damit bezogene Wettbewerbsposition nicht nachträglich verändern kann.

Beschluss des Vergabesenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 29. Januar 2007 – 1 Verg 14/06

Aus den Gründen:

I.

Der Antragsgegner und Beschwerdegegner sowie 2 Kreise beabsichtigen, ein eigenes Netz zur digitalen Funkalarmierung zu beschaffen, einzurichten und zu unterhalten. Für das Netz stehen den Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) zugewiesene Frequenzen zur Verfügung. Der geschätzte Auftragswert liegt bei rund einer Million Euro. Der Beschwerdegegner veröffentlichte im Juli 2006 eine Vergabebekanntmachung über ein nichtoffenes Verfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb zur Lieferung eines flächendeckenden digitalen Alarmierungsnetzes. Im August 2006 wurde die Vergabebekanntmachung dahingehend ergänzt, dass die Bezeichnung des zu liefernden Netzes mit den Zusätzen „im 2-m-Band der BOS nach der Technischen Richtlinie für BOS (TR-BOS)“ und „oder gleichwertig“ versehen wurde. Unter „Auftragsgegenstand“ war in der Vergabebekanntmachung (zu II.1.2) „Lieferung“ und „Kauf“ angekreuzt. Zu III.2.3 wurden von den Bewerbern Referenzen „von mindestens drei erfolgreich durchgeführten gleichartigen Installationen“ sowie weitere Erklärungen (zur TR-BOS, Ende-zu-Ende-

Verschlüsselung, Störfall-Service) und Nachweise (Schnittstelle, Versicherung) gefordert. Die Beschwerdeführerin gab am 26. Juli 2006 einen Teilnahmeantrag ab. Sie rügte im weiteren Verfahren, dass die Absicht des Beschwerdegegners zum Aufbau eines eigenen Funknetzes der ursprünglichen Ausschreibung nicht zu entnehmen gewesen und erst in Kenntnis ihres Angebots nachträglich aufgenommen worden sei. Daraufhin verschob der Beschwerdegegner den Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge auf den 20. September 2006. Die Beschwerdeführerin erklärte, es bleibe bei ihrem Teilnahmeantrag vom 26. Juli 2006. Der Beschwerdegegner teilte der Beschwerdeführerin am 27. September 2006 mit, ihr Teilnahmeantrag werde abgelehnt, da die angegebenen Referenzen keine Kauf-, sondern Mietlösungen (Pagingdienstleistungen) seien und keine Gleichwertigkeit hinsichtlich der Versorgungssicherheit und der Geheimschutzinteressen gegeben sei. Die Erklärung der Beschwerdeführerin zu den Referenzen sei zudem unvollständig. Die Beschwerdeführerin rügte dies am 29. September 2006. Der Beschwerdegegner half der Rüge nicht ab. Die Beschwerdeführerin stellte einen Nachprüfungsantrag, den die Vergabekammer ohne mündliche Verhandlung als teilweise unzulässig und im Übrigen als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen hat. Gegen den Beschluss hat die Beschwerdeführerin sofortige Beschwerde eingelegt, die ohne Erfolg blieb.

II.

1) Die Beschwerde ist nach §§ 116 Abs. 1, 117 GWB zulässig. Einer Beiladung der übrigen am Teilnahmewettbewerb beteiligten Bewerber, die auch noch im Beschwerdeverfahren erfolgen kann (§§ 119, 109 GWB; vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 9. Dezember 2004, 1 Verg 2/04, Juris), bedarf es vorliegend nicht. Deren Interessen wären auch dann nicht „schwerwiegend“ berührt, wenn die Beschwerdeführerin zum Angebotsverfahren zugelassen werden würde.

2) Die sofortige Beschwerde ist unbegründet.

a) Es ist fraglich, ob der Nachprüfungsantrag ohne mündliche Verhandlung wegen offensichtlicher Unbegründetheit hätte zurückgewiesen werden dürfen. Selbst wenn das nicht der Fall wäre, was nicht fern liegend erscheint (vgl. Beschluss des Senats vom 30. Juni 2005, 6 Verg 5/05, SchlHA 2006, 142; Maier, NZBau 2004, 667/669), bestünde kein Anlass, die Vergabekammer gemäß § 123 Satz 2 (2. Alt.) GWB zu einer erneuten Entscheidung über die Sache zu verpflichten. Eine solche „Zurückverweisung“ kommt grundsätzlich nur in Fällen in Betracht, in denen die Beschwerde (sachlich) begründet ist. Auch dann muss sie im vergaberechtli-

chen Beschwerdeverfahren – wegen des damit verbundenen zusätzlichen Zeitbedarfs – auf seltene Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Der Senat kann bei begründeter Beschwerde gemäß § 123 Satz 2 GWB „in der Sache selbst“ entscheiden; dies gilt erst recht, wenn die Beschwerde unbegründet ist (vgl. Beschluss des Senats vom 30. Juni 2005, a.a.O., m.w.N. bei Tz. 19; ebenso: Möllenkamp, in: Kulartz/Kus/Portz, Komm. zum GWB-Vergaberecht, 2006, § 123 Rn. 12). Die Ablehnung des Teilnahmeantrages der Beschwerdeführerin ist nach dem Ergebnis der ausführlichen Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung im Ergebnis zu Recht erfolgt.

b) Der Beschwerdegegner hat einen Teilnahmewettbewerb (§ 3 a Nr. 1 Abs. 1 u. 2 VOL/A) durchgeführt, der mit einer Auswahlentscheidung abgeschlossen wird (§ 7 a Nr. 3 VOL/A); daran (erst) schließt sich der eigentliche Auftragswettbewerb unter den zugelassenen Teilnehmern an, der eine inhaltliche Bewertung der angebotenen Leistungen und der geforderten Preise erfordert. Zum Auftragswettbewerb ist die Beschwerdeführerin zu Recht nicht zugelassen worden.

aa) Dem Beschwerdevorbringen ist insoweit zuzustimmen, als sowohl in der Entscheidung der Vergabestelle als auch in den Beschlussgründen der Vergabekammer Gesichtspunkte, die die Auswahlentscheidung im Teilnahmewettbewerb betreffen (§ 7 a Nr. 3 VOL/A), nicht immer hinreichend klar von den Fragen unterschieden worden sind, die gemäß §§ 21, 23, 25 VOL/A erst im Auftragswettbewerb zu prüfen sind. Die im Teilnahmewettbewerb zu treffende Entscheidung erfolgt bieterbezogen zur Auswahl derjenigen Bewerber, deren Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit eine ordnungsgemäße Ausführung der geforderten (und noch anzubietenden) Leistung sicherstellt. Von diesen Fragen sind leistungs- oder produktbezogene Fragen des (späteren) Angebots strikt zu trennen (Kulartz, in: Daub/Eberstein, VOL/A, 2000, § 25 Rn. 34; Noch, in: Müller-Wrede, VOL/A, 2001, § 25 Rn. 67, 68). Nach diesen Grundsätzen kommt es für die Auswahlentscheidung gemäß § 7 a Nr. 3 VOL/A nicht darauf an, ob die Funknetzplanung bzgl. der Gerätestandorte diskriminierend erfolgt ist und ob die Beschwerdeführerin ein digitales Alarmierungssystem mit einer sog. „Ende-zu-Ende“-Verschlüsselung anbieten wird. Das Fehlen einer diesbezüglichen Angabe im Teilnahmeantrag der Beschwerdeführerin ist damit im Rahmen des § 7 a Nr. 3 VOL/A unerheblich. Auch die Frage, ob ein im 0,7-m-Band betriebenes Funknetz im Verhältnis zu dem „2-m-Band der BOS“ lt. Vergabebekanntmachung unter die Ausschreibungsalternative „oder gleichwertig“ subsumiert und ob

eine „Gleichwertigkeit“ angenommen werden kann, ist außerhalb der Teilnehmerauswahl, mithin erst im anschließenden Auftragsverfahren zu entscheiden. Die von der Beschwerdeführerin angebotene 0,7-m-Band-Frequenz wäre als bieterbezogenes Auswahlkriterium allenfalls in Betracht zu ziehen, wenn das zu beschaffende Alarmierungssystem nur im „2-m-Band der BOS“ betrieben werden dürfte. Dann wäre ein Bieter, der die (allein) zugelassene Frequenz nicht anzubieten imstande ist, von vornherein nicht leistungsfähig i. S. d. § 7 a Nr. 3 VOL/A. Von einer solchen Sachlage ist aber nicht auszugehen. Indiziell steht dem der Umstand entgegen, dass in Schleswig-Holstein zwei andere Gebietskörperschaften das 0,7-m-Band unbeanstandet nutzen. Die Ausschreibung des Beschwerdegegners eröffnet durch den Zusatz „oder gleichwertig“ die Möglichkeit, dass andere Bandfrequenzen als das 2-m-Band möglich sind. Eine Zuweisung des Innenministeriums des Landes Schleswig-Holstein ausschließlich zum 2-m-Band in dem Sinne, dass ein digitales Alarmierungssystem auf anderen Funkbändern rechtlich nicht betrieben werden darf, besteht nicht und ist gemäß § 55 TKG frequenzrechtlich auch nicht möglich. Der Beschwerdeführerin ist von der zuständigen Bundesnetzagentur eine ausschließliche Frequenz für den hier geforderten Alarmierungszweck zugeteilt worden (Bescheid vom 16. August 2004). Sie ist damit in der Lage, dieses Ausschließlichkeitsrecht im Falle ihrer Beauftragung auch dem Beschwerdegegner zur Verfügung zu stellen. Damit kann die Beschwerdeführerin unter diesem Aspekt nicht als ungeeignet zur Teilnahme am Auftragswettbewerb eingestuft werden. Die konkurrierenden 0,7-m-bzw. 2-m-Funkbänder sind allein unter dem Aspekt ihrer „gleichwertigen“ Qualität zu prüfen, die funktional, nach den Anforderungen der Alarmierung zu bestimmen ist. Das ist eine Frage des Auftragsverfahrens.

bb) Die Eignungskriterien der Fachkunde und der Zuverlässigkeit erfüllt die Beschwerdeführerin. Den Einwänden des Beschwerdegegners gegen die vorgelegten Referenzen bzw. deren Vollständigkeit ist nicht zu folgen. Die angegebenen Referenzen betreffen, wie gefordert, digitale Alarmierungssysteme. Sie ergeben auch, dass die Systeme „installiert“ worden sind; ferner – über die Referenzanforderung hinausgehend –, dass sie betrieben und gewartet werden. Keine Angaben finden sich, wie der Beschwerdegegner zutreffend bemerkt, zur Frage des Kaufs oder der Miete der Systeme. Allerdings sind diese Angaben zu „Referenzen“ (II.2.3) auch nicht gefordert; sie gehören nach der Vergabebekanntmachung (II.1.2) zur „Art des Auftrags“.

cc) Entscheidend ist damit, ob die Beschwerdeführerin die für den ausgeschriebenen Auftrag geforderte Leistungsfähig-

keit besitzt. Dafür kommt es auf den Inhalt der Vergabebekanntmachung i. d. F. der geänderten Bekanntmachungen (§ 7 a Nr. 2 Abs. 3 i.V.m. § 17 Nr. 2 Abs. 2, § 17 a VOL/A). Dort ist als „Art des Auftrags“ (durch Ankreuzen) „Lieferung“ bzw. „Kauf“ des Alarmierungsnetzes angegeben worden. Ausgehend davon sind nur solche Bieter leistungsfähig i. S. d. § 7 a Nr. 3 VOL/A, die einen Verkauf der nachgefragten Leistung anbieten. Wer demgegenüber nach dem Erkenntnisstand der Vergabestelle im maßgeblichen Zeitpunkt der Auswahlentscheidung gemäß § 7 a Nr. 3 VOL/A nur Miet- oder Leasingangebote unterbreitet hat, ist aus dem Kreis der geeigneten Bieter auszuschließen mit der Folge der Ablehnung seines Teilnahmeantrages. Bei objektiver Auslegung ist die Vergabebekanntmachung nur so zu verstehen, dass ein Kauf des Alarmierungsnetzes erfolgen sollte. Den dagegen erhobenen Zweifeln der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen. Der Inhalt des angekreuzten Textes, die Gestaltung des „Formulars“ und der Rückschluss aus den nicht angekreuzten Alternativen (u. a. „Leasing“, „Miete“, „Mietkauf“) ergeben eindeutig, dass die ausgeschriebene Beschaffung in Form eines Kaufs vorgenommen werden sollte. Aus dem der Vergabebekanntmachung beigefügten Zusatz „oder gleichwertig“ ist nicht abzuleiten, dass in die Teilnehmerauswahl auch Bieter einzubeziehen sind, die keine durch Kauf, sondern durch Leasing oder Miete erfolgende „Beschaffung“ des digitalen Alarmierungsnetzes anbieten. Der Zusatz „oder gleichwertig“ bezieht sich auf das Produkt bzw. auf Produktmerkmale, nicht dagegen auf die Form seiner Beschaffung. Die Frage der Gleichwertigkeit einer Beschaffung im „Mietmodell“ wäre nur angebotsbezogen zu beurteilen und damit nicht der Entscheidung nach § 7 a Nr. 3 VOL/A über die Auswahl der Bieter zuzuordnen. In ökonomischer bzw. hauswirtschaftlicher Hinsicht ist freilich die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, die Wirtschaftlichkeit einer Beschaffung in Kauf-, Miet- oder Leasingform oder in anderen Formen auf ihre „Gleichwertigkeit“ zu untersuchen (§§ 57 KrO, 75 Abs. 2 GO; vgl. Bemerkungen 1999 des LRH Schl.-H., S. 99 -100; luK Mindestanforderungen der Rechnungshöfe [Stand 26.09.2001], S. 6). Dem kann im Rahmen einer Ausschreibung durch die Zulassung von Nebenangeboten mit Leasing- oder Mietformen Rechnung getragen werden. Vorliegend ist diese Möglichkeit aber durch den Ausschluss von Varianten und Alternativangeboten ausdrücklich ausgeschlossen worden (Ziff. II.1.9 der Vergabebekanntmachung). Die für die Auswahlentscheidung nach § 7 a Nr. 3 VOL/A maßgebliche Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Bieter kann deshalb nur auf eine „Kauflösung“ – wie ausgeschrieben – bezogen werden. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Teil-

nahmeantrag nicht ausdrücklich erklärt, dass sie das angebotene Produkt im Wege des Kaufs vertreibt. Weder dem Teilnahmeantrag noch den dazu vorgelegten Unterlagen ist eine eindeutige Erklärung darüber zu entnehmen, ob ein Verkauf der nachgefragten Leistung angeboten werden wird oder kann. In Anlage 7 ihres Teilnahmeantrages gibt die Beschwerdeführerin ihre Umsätze für „Pagingdienstleistungen“ an, also einer Leistungserbringung, die gegen Netznutzungs- bzw. Dienstleistungsgebühren erbracht wird. Den „Lieferumfang“ berechnet sie in Anlage 12 aus einer Hochrechnung der Nutzung auf zehn Jahre. Diese (wenigen) Angaben sind zumindest aufklärungsbedürftig. Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin dementsprechend mit Schreiben vom 25. September 2006 ausdrücklich um Mitteilung gebeten, ob „es sich bei der geplanten Alarmierungs-Infrastruktur (...) um eine Mietlösung handelt“. Eine solche, nachträgliche, d. h. nach dem Schlusstermin für die Abgabe der Teilnahmeanträge am 26. Juli 2006 erfolgende Aufklärung des Inhalts des Teilnahmeantrags der Beschwerdeführerin ist zulässig (§ 24 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A). Die Beschwerdeführerin hat auf die klare Frage des Beschwerdegegners mit Schreiben vom 26. September 2006 nichtssagend und auf die konkretisierende Nachfrage, ob die Netzkomponenten „zum Kauf“ angeboten werden oder ob es um eine „Pagingdienstleistung durch Zahlung einer Netznutzungsgebühr ... (sprich, einer Miete)“ geht (Schreiben des Beschwerdegegners vom 26. September 2006), keine klärende Antwort gegeben. Aus dem Antwortverhalten der Beschwerdeführerin durfte der Beschwerdegegner danach entnehmen, dass die Beschwerdeführerin keine Lieferung durch Kauf anzubieten beabsichtigt. Die vergaberechtliche Eignung (Leistungsfähigkeit) i. S. d. § 7 a Nr. 3 VOL/A konnte damit zu Recht verneint werden.

Soweit die Beschwerdeführerin dazu, nach Erörterung im Termin, mündlich erklärt hat, sie könne die ausgeschriebenen Leistungen auch im Kaufwege anbieten, kommt dies zu spät. Fordert ein öffentlicher Auftraggeber Teilnahmeanträge für einen Vergabewettbewerb um einen Kauf bestimmter Waren oder Dienstleistungen an, müssen die Bewerber bis zum Schlusstermin für die Abgabe der Teilnahmeanträge eindeutig erklären, dass sie die nachgefragte Leistung im Kaufwege anbieten können. Eine erst danach – in der mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren verbal (und ohne nähere Konkretisierung) – erklärte Bereitschaft, auch „etwas“ zum Verkauf anbieten zu können, führt nicht gleichsam rückwirkend zur Rechtswidrigkeit der Ablehnung des Teilnahmeantrags der Beschwerdeführerin. Auch im Teilnahmewettbewerb gilt, dass ein Bewerber seinen Teilnahmeantrag nur bis zum Schlusstermin für dessen Eingang

fixieren und die damit bezogene Wettbewerbsposition nicht nachträglich verändern kann. Auch die entsprechend § 24 VOL/A vorgenommene Angebotsaufklärung darf nur Inhalte des Teilnahmeantrags aufdecken, die dieser bereits hatte, nicht aber nachträglich fehlende Angaben ergänzen oder „ungünstige“ Angaben modifizieren. Verbleiben nach (in diesem Rahmen zulässiger) Angebotsaufklärung noch Zweifel, ob der Bewerber eine Teilnahme an einem Wettbewerb um (genau) die ausgeschriebene Leistung erstrebt, was auch die Form der Beschaffung (Kauf/Miete) betrifft, gehen diese Zweifel zu Lasten des Teilnahmebewerbers. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der (Vergabe-) Rechtmäßigkeit des Ergebnisses eines Teilnahmewettbewerbs ist derjenige der Auswahlentscheidung i. S. d. § 7 a Nr. 3 VOL/A; nach diesem Zeitpunkt abgegebene Bietererklärungen sind unbeachtlich. Damit bedurfte die Frage, hinsichtlich welcher Komponenten ihres Lieferangebots die Beschwerdeführerin einen Kauf anbieten konnte oder kann, im Beschwerdeverfahren keiner weiteren Klärung mehr.

dd) Der Rüge, der Beschwerdegegner erge den Wettbewerb ein, indem er die „Art und Weise“ der Beschaffung mit der „Produktauswahl“ in unzulässiger Weise zusammenfasse, wäre für die hier streitige Teilnehmerauswahl nur erheblich, wenn die vorgesehene Beschaffungsform „Kauf“ zu einem sachlich nicht gerechtfertigten Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Wettbewerb führte.

Die Vergabestelle ist gemäß §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 3 GWB und § 2 Nr. 1, § 7 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A zu einer wettbewerblich effektiven Teilnehmerauswahl verpflichtet. Dazu gehört, dass nach einer Markterkundung absehbar ist, dass genügend Bewerber für einen wirksamen Wettbewerb

in Betracht kommen. Der Beschwerdegegner hat dazu ermittelt, dass für eine „Kauflösung“ drei deutsche und ein österreichischer Anbieter in Betracht kommen. Die gewählte Art des Vergabeverfahrens ist vor diesem Hintergrund sachgerecht. Seine Entscheidung für die Beschaffungsform „Kauf“ hat der Beschwerdegegner u. a. mit den Zielen der „alleinigen Netzhoheit“ und einer eigenen Infrastruktur, der Vermeidung eines Insolvenzrisikos und von laufenden Kosten (Gebühren) begründet (Vergabevermerk vom 9. Januar 2006). Diese Erwägungen sind tragfähig. Der Senat hat nicht darüber zu befinden, ob andere oder weitere Erwägungen ebenso (oder besser) vertretbar gewesen wären. Solange die Beschaffungsform noch eine wettbewerbliche Vergabe zulässt, kann die Vergabestelle diese nach ihren Zweckmäßigkeitserwägungen festlegen. Die Entscheidung, das Alarmierungsnetz – ausdrücklich – kaufen und die Alarmierungsleistung nicht in anderer Rechtsform (Miete, Leasing o. a.) beschaffen zu wollen, war (auch indirekt) nicht produktbezogen, sondern an den mit einem Kauf verbundenen allgemeinen Zielen (s. o.) orientiert. Die haushaltswirtschaftliche Frage, ob andere Beschaffungsformen dem Kauf vorzuziehen wären, obliegt gemäß § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Kommunalprüfungsgesetz Schl.-H. i. d. F. vom 28. Februar 2003 (GVOBl. S. 129) der Kontrolle der Rechnungsprüfungsbehörden; sie ist dem Vergabewettbewerb nicht unterworfen, sondern vorgelagert. Der von der Beschwerdeführerin am 25. Juli 2006 im Hinblick auf die (ursprüngliche) Bezugnahme auf die TR-BOS gerügte zu enge Produktbezug ist durch die von dem Beschwerdegegner am 31. Juli 2006 veranlasste Änderung der Bezeichnung des Auftrags (II.1.1 der Vergabebekanntmachung) durch den Zusatz „oder gleichwertig“ entfallen. Für den Teilnahmewettbewerb ist damit zugleich die Gefahr einer wettbewerbsschädlichen Ausgrenzung bestimmter Wettbewerbsteilnehmer beseitigt worden. Eine Verpflichtung, darüber hinaus auch die vorgegebene Beschaffungsform „Kauf“ fallen zu lassen und (damit) auch Teilnahmebewerber zuzulassen, die ihr Produkt nicht zum Kauf anbieten oder diesbezüglich im Teilnahmeantrag keine Erklärung abgeben, bestand nicht. Wird ein Teilnahmeantrag im Hinblick auf diese Vorgabe abgelehnt, erfolgt dies weder produktbezogen oder in sonstwie diskriminierender Weise, sondern in Anknüpfung an eine objektiv neutrale Entscheidung für eine bestimmte Beschaffungsform.

ee) Soweit die Beschwerdeführerin beanstandet, die Ausschreibung habe keine Vorgaben für die „Kaufentscheidung“ des Beschwerdegegners enthalten, ist dies für die hier zu überprüfende Teilnehmerauswahl unerheblich. Solche Vorgaben (Vergabekriterien, vgl. § 9 a VOL/A) betreffen den Auftragswettbewerb. Vorliegend wird gerade um die Teilnahme daran gestritten, folglich kann es für die Entscheidung nicht auf Fragen ankommen, die sich erst nach einer Zulassung zum Auftragswettbewerb stellen. Die weitere, in der mündlichen Verhandlung erörterte Frage, ob der Teilnahmeantrag der Beschwerdeführerin auch abgelehnt werden durfte, weil ihr vorausichtiges Angebot für die örtlichen Träger der Feuerwehr- oder Rettungsdienste (insbesondere Gemeinden) mit weiteren Kostenbelastungen (Netznutzungsentgelten o. ä.) verbunden gewesen wäre, bedarf ebenfalls keiner Entscheidung. Anzumerken ist dazu, dass aus den der Vergabebekanntmachung zu entnehmenden Teilnahmebedingungen ein solches Entscheidungskriterium nicht zu entnehmen ist.

Grundlegende Lösung des Problems im Bundesrecht. Der Innenminister hat dazu auch im Bundesrat das Wort ergriffen. Leider fanden diese Anträge letztlich keine Mehrheit. Stattdessen hat sich der Bundesrat immerhin für eine Anhebung der Steuerfreigrenze von 154 € auf 175 € monatlich entsprechend der vorgesehenen Regelung bei Sporttrainern ausgesprochen.

Nun wird sich der Gemeindegtag weiter gegenüber Bundesregierung und Bundestag für eine Lösung im Sinne des Ehrenamtes einsetzen. Es kann aus unserer Sicht nicht sein, dass der Bund ein langes Gesetz zu Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements verabschiedet und dabei ausgerechnet die Probleme des kommunalen Ehrenamtes außer Acht lässt.

Aus dem Landesverband

Infothek

Initiativen des Gemeindegtages zur steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Freistellung kommunaler Ehrenamtler

Die Bemühungen des Schleswig-Holsteinischen Gemeindegtages, die kommunalen Ehrenämter von Belastungen durch das Steuer- und Sozialversicherungsrecht zu befreien, haben zu Initiativen der Landesregierung geführt, die Gegenstand der Bundesratssitzung am 30. März 2007 waren.

So hat auf Bitte des Gemeindegtages hin Finanzminister Wiegand beantragt, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur weiteren Stärkung des ehrenamtlichen

Engagements (Bundesratsdrucksache 117/07) eine generelle Freistellung der Aufwandsentschädigung kommunaler Mandatsträger von der Steuerpflicht bis zur Höhe von 3.600,00 € jährlich im Einkommensteuergesetz fordert. Bisher lag die Freigrenze bei Mitgliedern der Gemeindevertretung bei einem Betrag von 154 € pro Monat.

Ferner hat auf Bitten des Gemeindegtages der Innenminister eine Forderung des Bundesrates an Bundesregierung und Bundestag dahingehend beantragt, „zeitnah eine angemessene Freistellung ehrenamtlich Tätiger von der Sozialversicherungspflicht umzusetzen“. Dies zielt auf eine Änderung von § 7 SGB IV dergestalt ab, dass als Beschäftigung nicht die Wahrnehmung von Ehrenämtern gilt. Dies wäre die vom Gemeindegtag geforderte

Gemeindetag fordert: Zweckverbände innerhalb eines Amtes zulassen

Nachdem der Gemeindetag diesen Vorschlag bereits in Stellungnahmen vom November 2005 und Februar 2006 unterbreitet hatte, hat der SHGT nun erneut gegenüber dem Innenministerium eine Initiative dafür ergriffen, künftig neben den Schulverbänden auch andere Zweckverbände innerhalb eines Amtes zuzulassen. Angesichts der heterogeneren Interessenstruktur in größeren Ämtern steigt die Notwendigkeit, interkommunale Zusammenarbeit insbesondere bei der Trägerschaft für bestimmte Einrichtungen in der bisherigen Form weiterhin organisieren zu können und nicht gezwungen zu sein, Aufgaben an das Amt abzugeben, von denen ein Großteil der übrigen amtsangehörigen Gemeinden nicht betroffen ist. Daher tritt der Gemeindetag dafür ein, den Zweckverband als bewährtes und zukunftsfähiges Instrument der kommunalen Zusammenarbeit in seinem Anwendungsbereich zu flexibilisieren und so auch zu verhindern, dass bestehende Zweckverbände bei Bildung eines Amtes aufgelöst werden müssten.

Aktuelle Informationen zum neuen Haushaltsrecht

Wie bereits in der Ausgabe 03/2007 angekündigt, hat die Arbeitsgruppe „Reform des Gemeindehaushaltsrechts“ den Entwurf einer Gemeindehaushaltsverordnung-Doppik (GemHVO-Doppik) am 29. März 2007 abschließend beraten. Das Innenministerium hat das förmliche Beteiligungsverfahren am darauffolgenden Tag eingeleitet. Im Einzelnen handelt es sich dabei um folgende Regelungen:

- Entwurf zu Vorschriften einer Gemeindehaushaltsverordnung-Doppik (GemHVO-Doppik)
- Entwurf einer Neufassung einer Ausführungsanweisung zur Gemeindehaushaltsverordnung-Doppik (AA GemHVO-Doppik)
- Entwurf zur Neufassung einer Landesverordnung über die Eigenbetriebe der Gemeinden (EigVO)
- Entwurf zur Neufassung einer Ausführungsanweisung zur Landesverordnung über die Eigenbetriebe der Gemeinden (AA EigVO)
- Entwurf zu Verwaltungsvorschriften über den Produktrahmen für die Haushalte der Gemeinden (VV-Produktrahmen)
- Entwurf zu Verwaltungsvorschriften über den Kontenrahmen für die Haushalte der Gemeinden (VV-Kontenrahmen)
- Entwurf zu Verwaltungsvorschriften über Abschreibungen von abnutzbaren Vermögensgegenständen des Anlagevermögens der Gemeinden (VV-Abschreibungen)

Die kommunalen Landesverbände haben bis zum 1. Juni 2007 Gelegenheit, zu den

Entwürfen Stellung zu nehmen. Informationen zum aktuellen Stand des Verfahrens und die aktuellen Entwürfe erhalten Sie auf den Webseiten des Innenministeriums bzw. des Innovationsrings unter www.nkr-sh.de.

Koalition für den ländlichen Raum

Mit Unterstützung des Gemeindetages setzt die Akademie für die ländlichen Räume ihre Formation einer Koalition für den ländlichen Raum fort, die die Interessenvertretung der ländlichen Räume in Schleswig-Holstein durch Bündelung der Akteure stärken und inhaltliche Impulse mit neuen Konzepten und Ideen setzen soll. Dafür wurden Arbeitsgruppen zu den Themen Schule / Bildung, Verkehr / Mobilität, Gesundheit, Wirtschaft- und Regionalentwicklung sowie Infrastruktur, Kultur, Umwelt / Naturschutz gebildet. Die ersten Ergebnisse sollen bis Ende 2007 vorliegen. Der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag wirkt in diesen Arbeitsgruppen mit. Näheres unter www.alr-sh.de.

Gespräche mit dem Bildungsministerium über Kindertagesstättenstandards und Sprachförderung

In einem Gespräch mit dem Bildungsministerium haben die Kommunalen Landesverbände auf die Notwendigkeit hingewiesen, die Kommunen umfassend von bürokratischen Hindernissen und von Standards im Bereich der Kindertagesstätten zu entlasten. So könne ein schnellerer Ausbau der Kinderbetreuung und mehr Flexibilität für Lösungen vor Ort geschaffen werden. Beschlüsse der Koalition, bis zum Ende der Wahlperiode keinen Abbau von Bürokratie vorzunehmen, könnten aus kommunaler Sicht nicht akzeptiert werden.

Ein weiteres Thema betraf die vorschulische Sprachförderung von Kleingruppen. Hierfür erhalten die Kreise in den nächsten Wochen Fördermittel, die von interessierten Kindertagesstätten beantragt werden können. Die Kommunalen Landesverbände haben erfolgreich darauf gedrungen, das damit verbundene Verwaltungsverfahren so schlank und einfach wie möglich zu gestalten.

Gespräche mit der Landesregierung zum Aufgabenabbau und zur Verwaltungsstrukturereform

In zahlreichen Gesprächen mit Vertretern der Landesregierung im Zusammenhang mit der Verwaltungsstruktur- und Funktionalreform fordert der Gemeindetag die Landesregierung auf, endlich konsequent mit dem Abbau von Aufgaben und Standards zu beginnen. Bisher sind für die dringend notwendige Aufgabenwende (Abbau von gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben, von Standards und von Verwaltungsverfahren und gleichzeitig Stärkung der kommunalen Entscheidungsrechte und Gestaltungsfreiheiten) keine mutigen

Schritte des Landes erfolgt. Zur Frage der Verwaltungsstruktur- und Funktionalreform weist der Gemeindetag immer wieder auf folgende sieben Fragen hin, die sich aus Sicht der Gemeinden und Ämter stellen und die bisher von der Regierung nicht zufriedenstellend beantwortet worden sind:

- Gelingt es, die Finanzierung der staatlichen Aufgaben der Kreise von der Kreisumlage abzutrennen und so die Gemeinden vor weiteren Kostensteigerungen zu schützen? Zumindest bei den neuen, jetzt vom Land auf die Kreise übertragenen Aufgaben ist dies ohne tiefgreifende FAG Reform als Einstieg möglich.
- Werden bei einer Kreisgebietsreform Einsparungen in den Kreisverwaltungen erzielt, die sich auch in einer Senkung der Kreisumlage niederschlagen?
- Wie kann in deutlich größeren Kreisen die kommunalpolitische Rolle der Gemeinden gestärkt und ihre Selbständigkeit gesichert werden?
- Wird die interkommunale Funktionalreform durch die jetzige Debatte auf die lange Bank geschoben oder bekommen die größer gewordenen Ämter jetzt neue Aufgaben zur bürgernahen Erledigung? Die Ämter und Gemeinden im ganzen Land stehen bereit.
- Werden zwangsweise Eingemeindungen zu den kreisfreien Städten ausgeschlossen?
- Welche Auswirkungen hat eine deutliche Vergrößerung der Kreise auf deren Dienstleistungen im Interesse der Gemeinden, auf deren Selbstverwaltungsaufgaben, auf deren verfassungsrechtlichem Status und auf das Ehrenamt?
- Werden die Gebietskulissen neuer Kreise und der künftigen Regionalplanungsräume ausschließlich an den Oberzentren ausgerichtet oder gelingt es, die Entwicklungspotentiale auch in den ländlichen Räumen und Stadtrandbereichen zu stärken?

Zahl der Gemeindevertreter und hauptamtliche Bürgermeister in den Kreistag: Gemeindetag für mehr Flexibilität im Kommunalwahlrecht

Im Zusammenhang mit dem laufenden Gesetzgebungsverfahren zum Gemeinde- und Kreiswahlgesetz setzt sich der Gemeindetag dafür ein, eine Öffnungsklausel im GKWG mit dem Ziel einzuführen, dass die Gemeinden ab 2.000 Einwohner die Zahl der Gemeindevertreter absenken können. So könnte mehr Flexibilität dafür geschaffen werden, die Größe der Gemeindevertretung den örtlichen Bedürfnissen anzupassen. Außerdem hat sich der Gemeindetag dafür eingesetzt, dass hauptamtliche Bürgermeister künftig wieder das passive Wahlrecht zum Kreistag und auch zum Landtag haben. So kann die politische Rolle der kreisangehörigen Gemeinden in der Kreispolitik und Landespolitik gestärkt werden.

Gemeindetag gewinnt stetig neue Mitglieder

Seit dem Jahr 2004 konnte der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag zahlreiche neue Mitglieder in seinen Reihen begrüßen. So waren folgende Neueintritte zu verzeichnen:

- Schulverband Hamdorf (06.07.2004)
- Schulverband Tarp-Jerrishoe (02.09.2005)
- Schulverband Sieverstedt-Havetoft (15.09.2005)
- Zweckverband Bauhof Altenholz-Dänischenhagen (23.09.2005)
- Abwasserverband Elbmarsch (05.10.2005)
- Stadtentwässerung Glückstadt (05.10.2005)
- Schulverband Oeversee-Sankelmark (30.11.2005)
- Abwasserzweckverband Ostufer Kieler Förde (12.01.2006)
- Schulverband Großhansdorf (16.05.2006)
- Schwarzdeckenunterhaltungsverband Süd (März 2007)

Damit sind mittlerweile fast 40 Zweckverbände Mitglied des Gemeindetages. Wei-

tere Zweckverbände sind herzlich willkommen. Diese Entwicklung entspricht der Bedeutung der interkommunalen Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden, die stetig wächst. Der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag betrachtet diese Zusammenarbeit als besonders wichtige Säule der modernen und innovativen Arbeit unserer Gemeinden, die die Selbständigkeit und die Wirtschaftlichkeit unserer Gemeinden stützt. Deswegen setzt der Gemeindetag bei den Zweckverbänden einen besonderen Schwerpunkt seiner Arbeit. So gibt es einen gesonderten Zweckverbandsausschuss, der spezielle Fragen des Zweckverbandsrechts und gemeinsame Belange der Zweckverbände berät. Der Vorsitzende des Zweckverbandsausschusses, Verbandsvorsteher Lutz Altenwerth (Abwasser-Zweckverband Pinneberg), ist Mitglied des Landesvorstandes des Gemeindetages. Zwei spezielle Facharbeitskreise der Schulverbände und wirtschaftlichen Zweckverbände leisten spezialisierte Facharbeit in ihren Bereichen. In den Jahren 2003 und 2005 veranstaltete

der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag erstmals in Schleswig-Holstein den 1. und 2. Zweckverbandstag, der sich mit Fragen der interkommunalen Zusammenarbeit in Zweckverbänden befasste. Die Delegiertenversammlung im Jahre 2005 verabschiedete im Oktober 2005 Thesen zur Entwicklung des Zweckverbandsrechts, die nach wie vor aktuell und von Bedeutung sind (abrufbar im Internet unter www.shgt.de).

Ferner tritt der Gemeindetag dafür ein, dass gerade angesichts der Bildung größerer Ämter künftig neben den Schulverbänden auch weitere Zweckverbände innerhalb der Ämter gegründet werden können. Dies würde bestehende Hindernisse für die interkommunale Zusammenarbeit gerade in den neu gebildeten Ämtern beseitigen.

Weitere Zweckverbände sind herzlich willkommen. Bitte wenden Sie sich in diesem Fall an die Geschäftsstelle des Gemeindetages, Herrn Landesgeschäftsführer Jörg Bülow, Reventlouallee 6, 24105 Kiel. Der Mitgliedsbeitrag für Zweckverbände ohne eigene Verwaltung beträgt 55,00 Euro, für Zweckverbände mit eigener Verwaltung 1.232,00 Euro.

Delegation des SHGT besuchte die CeBIT

Eine Delegation von schleswig-holsteinischen Verwaltungschefs besuchte am 19. März 2007 auf Einladung des schleswig-holsteinischen Gemeindetages die diesjährige CeBIT in Hannover. Dort wurden die Bürgermeister, Amtsvorsteher und Leitenden Verwaltungsbeamten zunächst von Landesgeschäftsführer Jörg Bülow begrüßt. Anschließend fand eine exklusive Führung durch den Public Sector Parc statt, die am Stand des Landes Schleswig-Holstein endete, wo die Gäste von Staatssekretär Schlie aus dem Finanzministerium begrüßt wurden. Im Anschluss an den Messe-Empfang des SHGT hatten alle Teilnehmer noch genug Gelegenheit für individuelle Gespräche mit Ausstellern und einen informativen Rundgang über die weltweit größte Messe für Informations- und Kommunikationstechnik.

Mit dem neuen Angebot „Marktplatz Kommune“ hat die CeBIT in diesem Jahr einen besonderen Fokus auf kommunale Besucher gelegt. Dies war für den SHGT Anlass, mit der Deutschen Messe Hannover eine Vereinbarung zu treffen, die zum Ziel hatte, dass sich alle Verwaltungschefs über die neuesten IT-gestützten Lösungen und zukunftsweisende eGovernment-Strategien für die Verwaltungsmodernisierung informieren können.



Der Kämmerer des Kreises Pinneberg berichtet am Stand von H+H Datenverarbeitungs- und Beratungsgesellschaft mbH von der erfolgreichen Umstellung auf die Doppik.

Energie-Olympiade: Die Zeit läuft ... noch bis 30. April



Die Energie-Olympiade der Kommunen in Schleswig-Holstein, der Wettbewerb um ausgezeichnete Energieeffizienzprojekte in den Kommunen des Landes, ist in vollem Gang. Er ist Teil der von der Innovationsstiftung Schleswig-Holstein (ISH), den Kommunalen Landesverbänden, der Investitionsbank-Energieagentur sowie dem Wirtschaftsministerium getragenen Initiative „e-ko“ – Energieeffizienz in Kommunen. Noch bis zum 30. April ist Zeit, herausragende Energieeffizienzprojekte in den Kommunen des Landes einzureichen und sich um die Prämiegelder der Innovati-

onsstiftung im Gesamtwert von 50.000 € zu bewerben. Durch ihre Energieeffizienz-Projekte kann jede Kommune zeigen, dass und wie sie ihren Beitrag zum Klimaschutz leistet. Landesweit können die kommunalen Verwaltungen dabei zudem jährliche Kosten in Höhe von mindestens 14 Mio € sparen. Im Internet unter www.energieolympiade.de ist alles für eine einfache und schnelle Bewerbung vorbereitet. Es können auf diesem Weg z. B. Plakate (s. Abb.) kostenfrei bestellt werden, um in der

eigenen Verwaltung für Energieeffizienz zu werben. Auch wer schon eingereicht hat, ist auf der Web-Seite zu sehen (unter „Mitmachen/aktuell dabei“).

Für Rückfragen steht die Innovationsstiftung jederzeit gern zur Verfügung. Auch die Energieagentur unterstützt die Gemeinden mit Rat und Tat, wenn es um Energieeffizienz geht, so auch bei Einreichungen für den Wettbewerb. Die Initiatoren freuen sich auf Ihren Beitrag zur Energie-Olympiade: **Einreichungsschluss für Beiträge: 30. April 2007**

Nähere Informationen: Dr. Klaus Wortmann, Innovationsstiftung Schleswig-Holstein, Telefon 0431-9805-880 und www.energieolympiade.de.

Aus den Kreisverbänden

Tarp als „sportfreundliche Kommune“ ausgezeichnet

Da zeigte die Bürgermeisterin Brunhilde Eberle ihr strahlendstes Lachen. In großem Rahmen war die Gemeinde Tarp als Landessiegerin in einem vom Lande Schleswig-Holstein mit Unterstützung der Volks- und Raiffeisenbanken (VR-Banken) ausgeschriebenen Wettbewerb zur „Sportfreundlichen Kommune“ ausgezeichnet worden. Die 5000 Euro Preisgeld stockte Sievert Rathje von der VR-Bank Flensburg-Schleswig um weitere 1 500 Euro auf, weil „das auch eine schönes Bild für Aktivitäten in unserem Kreisgebiet zeigt“.

Der Rahmen war toll. Während der Halbzeit des Championsligaspiels des THW Kiel in der Ostseehalle vor 10 500 Zuschauer wurden sie aufgerufen. Bei den Orten bis 8 000 Einwohner wurde die Gemeinde Tarp durch den Innenminister Ralf Stegner geehrt. Bei den Kommunen zwischen acht- und zwanzigtausend Einwohnern war Preetz Gewinner. Die ausgewählte Kommune über 20 000 Einwohner heißt Ahrensburg. Von jeder ausgezeichneten Kommune waren drei Vertreter zugelassen, die eine Urkunde, eine Plakette und einen Scheck überreicht bekamen. Die Tarper Farben vertraten neben der Bürgermeisterin noch der Leitende Verwaltungsbeamte Gerhard Beuck und der Ausschussvorsitzende für Jugend und Sport, Dr. Hans-Werner Johannsen. Der Innenminister des Landes Ralf Stegner lobte die VR-Banken für die Idee und die Unterstützung bei der ersten Auflage dieses Wettbewerbes. „Niemand muss überzeugt werden, welch positive Auswirkungen der Sport hat“, erklärte er den zu ehrenden Gemeindevertretern zu und trat damit offene Türen ein. Ein Lob ging an die

Kommunen, weil sie zwei Drittel aller Sportstätten kostenfrei bereit stellen mit der weiteren Aussage, dass „Investitionen in den Sport sinnvoll“ seien. Der Präsident des Landessportverbandes Dr. Ekkehard Wienholtz freute sich über den Partner VR-Banken, „der Seinesgleichen sucht“. Den ausgezeichneten Kommunen bescheinigte er, dass sie „die Flaggschiffe für den Sport“ seien. Er wünscht sich, dass „auch andere hinschauen und es nachmachen“. Als Brunhilde Eberle ende des letzten Jahres die Ausschreibung zum Wettbewerb in Händen hielt, packte sie der Ehrgeiz: „Da machen wir mit, da sind wir gut dabei“, war sie sich sicher. Alle Vereine des Ortes, die sich mit Sport befassen, wurden zusammen getrommelt. Auf 5 000 Zeichen waren die Bewerbungsbögen begrenzt, ein richtiges Problem bei der Fülle der Vorschläge.

Überzeugt hat die Jury vor allem der Organisationsgrad: „49,5 % aller Tarper Bür-

ger sind in irgend einem Verein sportlich engagiert“, hatte die Auszählung ergeben. Der größte Verein ist der TSV mit 1 387 Mitgliedern. Aber auch in der DLRG, im Tanzclub, Wander- oder Schützenverein wird Sport angeboten und betrieben. Es werden die Bereiche Leistungs-, Breiten- und Behindertensport abgedeckt. Verschiedene Sportstätten von Hallen, Plätzen, Schwimmbad und Schießstand werden vorgehalten. Mit erheblichen gemeindlichen Zuschüssen sind zwei hauptamtliche Sportlehrer beschäftigt.

Bürgermeisterin Brunhilde Eberle freute sich: „Das ist der verdiente Lohn und eine Anerkennung für die Menschen in der Gemeinde, die sich ehrenamtlich für den Sport einsetzen“. Sievert Rathje von der VR-Bank Flensburg-Schleswig legte dann auch gerne 1 500 Euro zum Preisgeld dazu: „Damit kann sich die Gemeinde einen zusätzlichen Wunsch erfüllen“. Weder der LVB Gerhard Beuck noch der Ausschussvorsitzende Dr. Hans-Werner Johannsen noch die Bürgermeisterin wussten spontan, den Geldsegen zu verplanen: „Aber das Geld wird sinnvoll eingesetzt werden“, versprachen sie. *Peter Mai*



Die Ehrung war erfolgt: Brunhilde Eberle, Innenminister Ralf Stegner, LSV Präsident Dr. Ekkehard Wienholtz, Sievert Rathje

1. Investitionspakt Bund-Länder-Gemeinden zur nachhaltigen Modernisierung sozialer Infrastruktur

Bereits im Januar hatte ein ausführliches Gespräch des Bundesbauministeriums mit den kommunalen Spitzenverbänden zu einem möglichen Investitionspakt zwischen Bund, Ländern und Gemeinden zur nachhaltigen Modernisierung sozialer Infrastruktur (kommunale Schulen, Kindergärten, Turnhallen) stattgefunden. Aktuell haben sich die kommunalen Spitzenverbände im Februar nochmals auf Präsidentsenebene (Präsident Roland Schäfer, DStGB; Präsident Christian Ude, DST) unter Einbindung der zuständigen Beigeordneten zu einem Gespräch zu der Thematik mit den Bundesministern Tiefensee und Müntefering in Berlin getroffen. Beteiligt an dem Gespräch waren auch die Vorsitzende der Bauministerkonferenz, Frau Ministerin Ross-Luttmann (Niedersachsen), Herr Minister Dr. Ralf Stegner (Schleswig-Holstein), Herr Minister Dr. Günther Beckstein (Bayern) sowie ein Vertreter der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern.

Im Gesprächsergebnis wurden zwischen den Beteiligten folgende Punkte festgehalten bzw. problematisiert:

a. Laufendes Zinsverbilligungsprogramm für Kommunen (200 Millionen Euro) bereits ab 01. Januar 2007

Bereits ab dem 01. Januar 2007 hat die Bundesregierung gemeinsam mit der KfW Förderbank ein Förderpaket zur energetischen Gebäudesanierung gestartet. Danach ist ab 2007 die Förderung auf Kindertagesstätten, Schulen und Turnhallen in Trägerschaft von Kommunen und gemeinnützigen Organisationen sowie sonstige Gebäude von gemeinnützigen Vereinen ausgeweitet worden. Dieses drei Jahre (2007, 2008 und 2009) laufende CO₂-Gebäudesanierungsprogramm ist praktischer Klimaschutz und trägt zu einer Entlastung der Energiekosten bei. Für das Programm stellt der Bund jedes Jahr 200 Millionen Euro bereit.

b. Geplanter Investitionspakt Bund-Länder-Kommunen

Gerade um die Investitionen der kommunalen Einrichtungen nicht zuletzt zur Stärkung der guten Konjunktur zu erhöhen, will der Bund zusätzliche Mittel in einem gemeinsamen Investitionspakt zwischen Bund, Ländern und Gemeinden zur nachhaltigen Modernisierung sozialer Infrastruktur zur Verfügung stellen. Während im ersten Gespräch von jeweils 350 Millionen Euro Bundesmitteln (Zuschussprogramm zur Ergänzung der Städtebauförderung sowie zinsverbilligte KfW-Kredite) gespro-

chen wurde, hielten sich die Vertreter der Bundesregierung in dem jetzigen Gespräch mit konkreten Zahlen zurück. Dennoch wurde allgemein der Wille deutlich, durch eine konzertierte Aktion Mittel insbesondere zur CO₂-Minderung in die häufig desolaten kommunalen Schulen, Kindergärten und Turnhallen zu geben. Hiermit könne auch ein wirksamer Beitrag zur Senkung der Arbeitslosigkeit sowie zur weiteren Ankurbelung der Wirtschaft geleistet werden.

c. Bewertung durch die kommunalen Spitzenverbände

Die kommunalen Spitzenverbände begrüßten im Grundsatz die Zielrichtung des geplanten Investitionspaktes. Hiermit werde eine dreifache WIN-Situation beschränkt werden dürften, sondern insoweit die Investitionen konkret vom Bedarf her erfolgen müssten. Der Präsident des DStGB, Herr Roland Schäfer, betonte weiterführend, dass insbesondere auch Städte und Gemeinden, die im Haushaltssicherungskonzept seien und bei denen die Mängel an Schulen etc. häufig am größten sind, von dem Programm profitieren müssten. Hier müsse überlegt werden, inwieweit diese Gemeinden nicht zuletzt im Hinblick auf die schnelle Amortisation der Mittel (Investitionen in der Energieeinsparung amortisieren sich häufig bereits nach fünf bis acht Jahren) über eine genehmigte Kreditaufnahme etc. ebenfalls in den Genuss der Mittel kommen könnten.

d. Bewertung durch die Länder

Die Ländervertreter begrüßten zwar im Grundsatz das Bundesangebot, neben haushaltsrechtlichen Problemen (Jahreshaushaltsberatungen sind abgeschlossen) wiesen jedoch auch sie darauf hin, dass eine Ankoppelung der Bundesmittel an die Gebietskulisse „Städtebauförderung“ etwa für Schulsanierungen nicht sachgerecht sei, da nur wenige Schulen in Städtebauförderungsgebieten liegen würden. Insofern sei es gerade umgekehrt, dass viele Schulen in Städtebauförderungsgebieten bereits saniert seien. Die Vertreter des Bundes wiesen insoweit darauf hin, dass wegen der erforderlichen Mischfinanzierung dieses Problem dadurch „gelöst“ werden könne, dass die Gemeinde

gem. § 141 BauGB einen vorbereitenden Beschluss zur Festlegung eines Sanierungsgebietes („energetisches Sanierungsgebiet“) fasst.

In einem weiteren Gespräch auf Arbeitsebene sollen nunmehr die Einzelheiten des geplanten Investitionspaktes erörtert werden.

2. Geld vom Staat fürs Energiesparen: Broschüre des Bundesumweltministeriums informiert über Förderprogramme

Steht der Neubau bzw. die Renovierung eines Hauses an, gibt es zahlreiche Möglichkeiten für den Einsatz erneuerbarer Energien und Energieeinsparungen. Genauso zahlreich sind die Förderprogramme. Damit dieses Förderdickicht durchschaubar wird, hat das Bundesumweltministerium in Zusammenarbeit mit dem BINE Informationsdienst eine komplett aktualisierte Auflage der Informationsbroschüre über Förderprogramme für Energiesparmaßnahmen und erneuerbare Energien herausgegeben. Rund 900 Förderprogramme der Europäischen Union, von Bund, Ländern, Kommunen und Energieversorgern werden vorgestellt. Die Broschüre „Geld vom Staat für Energiesparen und erneuerbare Energien“ ist kostenlos erhältlich beim BMU, Postfach 30 03 61, 53183 Bonn, Fax: 0228/99305-3356, E-Mail: bmu@broschuerenversand.de (Bestellnummer 2108). Die Broschüre kann auch im Internet unter <http://www.bmu.de/36207> abgerufen werden. Zusätzlich informiert der BINE Informationsdienst Privatpersonen unter einer Förder-Hotline, Telefon 0228/9 23 79-14, sowie im Internet unter <http://www.energiefoerderung.info>. Hier werden auch aktuelle Änderungen angezeigt, die mit Blick auf zukünftige Programmänderungen berücksichtigt werden sollten.

3. Bundesregierung zur Strafverfolgung bei Spenden/Sponsoring

In ihrer Antwort auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion begrüßt es die Bundesregierung, wenn Bürger durch Spenden gemeinnützige und soziale Zwecke unterstützen. Auch die Einwerbung solcher Mittel durch Bürgermeister und andere Amtsträger sei grundsätzlich erwünscht. Allerdings müsse die Verwaltung bei der Annahme von privaten Mitteln schon jeden Anschein fremder Einflussnahme auf Verwaltungsentscheidungen vermeiden, um die Integrität und die Neutralität des Staates zu wahren. Die Bundesregierung räumt ein, dass es nach dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption von 1997 „zu Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Einwerbung und Annahme von Spenden durch Bürgermeister“ komme. Dem könne

allerdings „durch die Einführung klarer und transparenter Genehmungsverfahren für die Einwerbung und Annahme von Spenden und sonstigen Zuwendungen im kommunalen Bereich entgegengewirkt werden“. Der DStGB fordert hingegen, im Strafgesetzbuch klarzustellen, dass die Einwerbung von privaten Mitteln für gemeinnützige Zwecke nicht den Tatbestand der Vorteilsannahme / der Bestechung erfüllt. Die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion kann in Bundestagsdrucksache 16/4333 nachgelesen werden.

4. DStGB plädiert erneut für eine Stärkung des politischen Ehrenamtes

Auf die Forderung des DStGB, bei der anstehenden Reform des Gemeinnützigkeitsrechts nicht nur das Ehrenamt bei Vereinen und Stiftungen zu betrachten, sondern auch das politische Ehrenamt auf kommunaler Ebene in die Überlegung einzubeziehen, nahm das Bundesministerium der Finanzen nun schriftlich Stellung. Als Reaktion auf die Vorstellung des Zehn-Punkte-Programms „Hilfen für Helfer“ im Hinblick auf die Reform des Gemeinnützigkeitsrechts im vergangenen Jahr hatte sich der DStGB in einem Schreiben im Dezember 2006 an Bundesfinanzminister Steinbrück dafür ausgesprochen, steuerliche Anreize auch für das politische Ehrenamt vorzusehen. Dies soll in erster Linie dazu beitragen, die zurückgehende Bereitschaft der Bürger zum politischen Ehrenamt ins Gegenteil umzukehren. Dies wird vor allem durch die Auffassung einiger Sozialversicherungsträger hinsichtlich der Sozialversicherungspflicht notwendiger denn je. Der Hauptgeschäftsstelle liegt nun ein Antwortschreiben auf das Schreiben vom Dezember 2006 vor. Hierin wird eine Erhöhung des Steuerfreibetrages und eine Prüfung der Befreiung von der Sozialversicherungspflicht für ehrenamtlich Tätige unter Hinweis darauf, dass eine Ausnahmeregelung wäre im Sozialversicherungsrecht systemwidrig und sozialpolitisch nicht akzeptabel sei, abgelehnt. Inzwischen hat sich der DStGB in einer gemeinsamen Stellungnahme der drei kommunalen Spitzenverbände zum Referentenentwurf erneut für eine Stärkung des

Tabelle 1: CO₂-Emissionen in Deutschland von 1990 bis 2004 nach Sektoren

	1990	1995	2000	2001	2002	2003 ¹⁾	2004 ¹⁾	Durchschnitt	Veränderung
	Mio. t CO ₂							2000-2002	1990 bis
									2000-2002
									%
Energieerzeugung/-umwandlung	436,1	376,4	364,4	370,5	378,8	386,2	382,8	371,2	-14,9
• Kraftwerke	350,2	320,4	311,9	317,3	326,8	334,3	330,4	318,7	-9,0
• Heizkraft/Fernheizwerke und übrige Umwandlungsbereiche	85,8	56,0	52,5	53,2	52,0	51,9	52,4	52,5	-38,8
Summe Industrie	216,2	173,5	167,4	160,7	155,8	156,8	162,1	161,3	-25,4
• Industrie (energiebedingt)	131,7	92,9	84,5	82,1	77,6	77,9	81,4	81,4	-38,2
• Industrieprozesse	84,5	80,6	82,9	78,6	78,2	78,9	80,7	79,9	-5,4
Summe Energie und Industrie	652,2	549,9	531,7	531,2	534,6	543,0	544,9	532,5	-18,4
Gewerbe/Handel/Dienstleistungen²⁾	90,3	68,4	59,3	62,1	59,2	60,6	58,1	60,2	-33,3
Verkehr³⁾	158,2	172,6	178,4	174,7	172,6	166,5	167,3	175,2	10,8
Haushalte	129,5	129,2	116,8	131,2	120,1	122,4	115,6	122,7	-5,2
Summe andere Sektoren	378,0	370,3	354,5	368,1	351,9	349,6	341,0	358,2	-5,2
Gesamtemissionen³⁾	1030,2	920,2	886,3	899,3	886,5	892,5	885,9	890,7	-13,5

1) Vorläufig

2) einschließlich militärische Dienststellen

3) ohne internationalen Luftverkehr

Quellen: Umweltbundesamt; Öko-Institut; Berechnungen des DIW Berlin.

politischen Ehrenamtes ausgesprochen. Der DStGB wird sich im Rahmen der anstehenden Gemeinnützigkeitsrechtsreform auch weiterhin für eine stärkere Betonung des politischen Ehrenamtes und für eine Freistellung ehrenamtlich Tätiger von der Sozialversicherungspflicht aussprechen.

5. Öffentliche Klimaschutzdebatte – CO₂-Einsparpotenziale

Das Thema Erderwärmung und Klimaschutz dominiert weiterhin die Medien, wobei die bedauerliche Tendenz festzustellen ist, dass Interessengruppen ihren jeweiligen Anteil am CO₂-Ausstoß relativierend darstellen und auf das Einsparpotenzial in anderen Bereichen verweisen. Ebenso bedauerlich ist es, wenn Vorschläge von Entscheidungsträgern zum Klimaschutz primär an der politischen Durchsetzbarkeit und weniger am jeweiligen Klimaschutzpotenzial orientiert sind. Als ein Beitrag zu mehr Transparenz sind nachfolgend Eckdaten zum Ausstoß des Haupttreibhausgases CO₂ wiedergegeben. Der Gesamt-CO₂-Ausstoß in Deutschland liegt derzeit bei rund 900 Mio. Tonnen. Weltweit werden rund 30 Mrd. Tonnen ausgestoßen. Der Anteil der einzelnen Sektoren am CO₂-Ausstoß in Deutschland ist aus oben stehender Übersicht ersichtlich [Quelle: Nationaler Allokationsplan].

Weitere Statistiken mit prozentualen Angaben zu den einzelnen Sektoren einschließlich grafischer Aufbereitung finden

sich unter http://www.umweltbundesamt.de/emissionen/archiv/Trendtabellen_Emissionen_DE_1990_2004_CO2.xls.

6. Bayerischer Leitfaden „Der Umweltbericht in der Praxis“

Auch wenn das am 01. Januar 2007 in Kraft getretene neue BauGB für Bebauungspläne der Innenentwicklung eine Privilegierung enthält, müssen die Städte und Gemeinden grundsätzlich seit dem Jahre 2004 für alle Bauleitpläne eine Umweltprüfung durchführen. Deren Herzstück ist die Erarbeitung eines Umweltberichts. Einen sehr guten Leitfaden „Der Umweltbericht in der Praxis“ hat jetzt die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern gemeinsam mit dem Bayerischen Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz, dem Bayerischen Gemeindetag und dem Bayerischen Städtetag herausgegeben. Der Leitfaden enthält neben einer Übersicht zu Aufgaben und Zielen der Umweltprüfung eine Darstellung der Vorgehensweise im Überblick sowie eine ausführliche Darstellung der konkreten Vorgehensweise bei der Bebauungsplanung und bei der Flächennutzungsplanung. Ergänzt wird der Leitfaden mit Hinweisen zur Honorierung sowie zur weiterführenden Literatur. Der Leitfaden kann von allen hieran interessierten Städten und Gemeinden kostenlos beim Bayerischen Innenministerium (www.innenministerium.bayern.de/baue/baurecht/stadtebau/15463/) bezogen werden.

SHGT und Unternehmensverband Unterelbe-Westküste e. V. vom 2. April 2007

Gemeinsame Initiative von Gemeinden und Unternehmen: Modellkommunen-Gesetz für Schleswig-Holstein

„Schleswig-Holstein braucht ein Modellkommunen-Gesetz. So wollen wir neue Wege beim Abbau von Bürokratie und bei der Stärkung des Wirtschaftswachstums gehen. Es geht um eine schnellere Verwaltung, mehr Flexibilität für Entscheidungen vor Ort und weniger Ausgaben für bürokratische Anforderungen“, sagten Rainer Bruns, Geschäftsführer des Unternehmensverbandes Unterelbe-Westküste, und Jörg Bülow, Geschäftsführer des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages, heute in Kiel. In einer bislang einzigartigen gemeinsamen Initiative von Gemeinden und Unternehmen stellten beide die gemeinsamen Eckpunkte für ein Modellkommunen-Gesetz vor.

„Es gibt noch zu viele Tabus und zu wenig Zutrauen in Gemeinden und Unternehmen. Lasst uns den Abbau von Bürokratie und Standards einfach ausprobieren“, begründeten Bruns und Bülow den gemeinsamen neuen Ansatz.

Gemeindetag und Unternehmensverband schlagen vor, in zwei Kreisen Schleswig-Holsteins mit ihren Städten und Gemeinden die Geltung bestimmter bürokratischer Vorschriften und Standards für drei Jahre auszusetzen und so der kommunalen Selbstverwaltung mehr Entscheidungsspielräume und schnellere Verwaltungsverfahren für die Wirtschaft zu ermöglichen. Ähnliche Gesetze gibt es bereits in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen.

Nach Auffassung von Gemeindetag und Unternehmensverband sollte die Landesregierung eine solche Initiative im Rahmen der derzeitigen Aufgabenkritik auf den Weg bringen, damit das Modellkommunen-Gesetz noch am 01. Januar 2008 in Kraft treten kann.

Eckpunkte für ein Modellkommunen-Gesetz

Der Unternehmensverband Unterelbe-Westküste und der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag wollen neue Wege beim Abbau von Bürokratie und bei der Stärkung des Wirtschaftswachstums gehen. Sie ergreifen gemeinsam die Initiative zum Abbau von Bürokratie und Standards, für eine schnellere und kostengünstigere Verwaltung: Schleswig-Holstein braucht ein Modellkommunen-Gesetz.

Das Ziel

Gemeinden und Unternehmen wollen gemeinsam die Selbstverwaltung stärken und Wachstum fördern durch

- eine schnellere Verwaltung
- mehr Flexibilität für Entscheidungen vor Ort
- weniger Ausgaben für bürokratische Anforderungen.

Das Problem

• Unternehmen und Kommunen werden von der EU, dem Bund und dem Land mit immer neuen Verwaltungsverfahren, bürokratischen Anforderungen und Standardvorgaben belastet. Dies verursacht Kosten, Verwaltungsaufwand und Verzögerungen bei Genehmigungen für Kommunen und Wirtschaft.

- Die Aufgabenkritik des Landes hat noch keine ausreichenden Ergebnisse erzielt. Zu viele Vorschläge zum Abbau von Bürokratie scheitern an Argumenten wie
 - „das war aber schon immer so“,
 - „die in den Kommunen können das nicht richtig“
 - „da muss ja ein Gesetz geändert werden“ oder
 - „die Wirtschaft macht sonst, was sie will“.

- Fazit: es gibt zu viele Tabus und zu wenig Zutrauen in Gemeinden und Unternehmen.

Die Lösung

Gemeindetag und Unternehmensverband sagen gemeinsam: „Lasst es uns ausprobieren“ und schlagen ein Modellkommunen-Gesetz für Schleswig-Holstein mit folgenden Eckpunkten vor:

Das sind Modellkommunen:

- Es werden zwei Landkreise mit ihren kreisangehörigen Gemeinden, Städten und Ämtern als Modellkommunen ausgewählt. Dabei bietet es sich an, einen eher ländlich geprägten und einen dicht besiedelten Kreis auszuwählen.
- In den Modellkommunen werden für drei Jahre ab 01.01.2008 bestimmte gesetzliche Vorgaben und Standards des Landes für zwei Jahre ausgesetzt.
- Es erfolgt eine wissenschaftliche Begleitung und Auswertung.
- Nach Ablauf des Modells kann das Land

die gewonnenen Erkenntnisse umsetzen und gesetzliche Regelungen dazu treffen, auf welche Standards und gesetzlichen Vorgaben künftig in Schleswig-Holstein dauerhaft verzichtet wird.

Beispiele: In diesen Bereichen können Vorschriften ausgesetzt und Verfahren beschleunigt werden

- Standards für Kindertagesstätten im Kindertagesstättengesetz und der Kindertagesstättenverordnung (z. B. für Gruppengrößen, Personalschlüssel, Fachkraftquoten, Dokumentationspflichten, Ermöglichung flexibler und kostengünstiger Modelle der Tagespflege ohne die Schaffung neuer stationärer Einrichtungen)
- Reduzierung des Kosten- und Verwaltungsaufwandes für Mitbestimmungsverfahren in der Kommunalverwaltung (Reduzierung der Anzahl der Personalräte, Verminderung der Freistellungsfälle, Verringerung der Mitbestimmungsverfahren, Verringerung des Aufwandes für Personalratswahlen in kleineren Verwaltungen)
- Aussetzung der Pflicht zur Beschäftigung hauptamtlicher Gleichstellungsbeauftragter und Streichung der Abberufungshindernisse
- Aussetzung der Pflicht zur förmlichen Beteiligung von Kindern und Jugendlichen bei kommunalen Planungen in § 47 f GO
- Aussetzung des Informationsfreiheitsgesetzes
- Aussetzung von Vorgaben des Gleichstellungsgesetzes
- Aussetzung von Standards des Archivgesetzes
- Abbau von Standards und Genehmigungserfordernissen im Naturschutzrecht
- Aussetzung von wasserrechtlichen Genehmigungsverfahren
- Verringerung des Aufwandes für Bauleitplanung, soweit landesrechtlich möglich
- Aussetzung von Genehmigungserfordernissen im Baurecht
- Aussetzung aller Verpflichtungen zur Kunst am Bau der öffentlichen Hand
- Weitgehende Aussetzung landesplanerischer Beschränkungen für Wohn- und Gewerbeentwicklung bei Vorhandensein nachbarschaftlicher Abstimmung der Kommunen vor Ort
- Aussetzung von Ansprüchen der Mitarbeiter nach Bildungsfreistellungs- und Qualifizierungsgesetz
- Ersetzung einer Reihe ordnungsrechtlicher Erlaubnisse durch Anzeigeverfahren (z. B. bestimmte Umzüge und Veranstaltungen)
- Verlängerung der Zeitabstände von Kontrollen, z. B. im Umweltbereich

Personalnachrichten

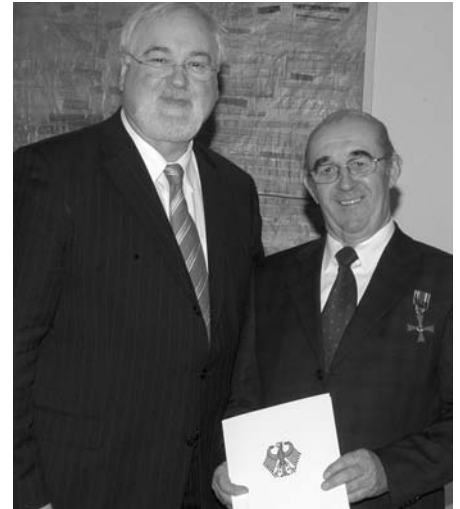
Werner Schumacher mit Verdienstkreuz am Bande geehrt

Werner Schumacher, 1. Stellv. Landesvorsitzender des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages, ist vom Bundespräsidenten für herausragende Verdienste im ehrenamtlichen Bereich mit dem Verdienstkreuz am Band ausgezeichnet worden. Die Auszeichnung ist vom Ministerpräsident Peter Harry Carstensen am 27. Februar 2007 überreicht worden. Der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag gratuliert herzlich zu dieser hohen Auszeichnung!

Werner Schumacher ist seit 37 Jahren Bürgermeister der Gemeinde Krüzen, seit fast 20 Jahren Amtsvorsteher des Amtes Lüttau, seit rund 13 Jahren Kreisvorsitzender und Mitglied des Landesvorstandes des Gemeindetages, davon seit fast 9 Jahren als stellvertretender Landesvorsitzender des SHGT. In der Würdigung für die Ordensverleihung heißt es außerdem: „Die Verbesserung der Infrastruktur im ländlichen Raum, u. a. durch eine zentrale Frischwasserversorgung, die Versorgung mit Erdgas sowie der Bau von zentralen Abwasseranlagen in den Amtsgemeinden

waren ebenso ein Anliegen wie zahlreiche Bauentwicklungsprogramme. Er kümmerte sich um die gemeindeübergreifenden Kindergärten und engagierte sich in der Feuerwehr. Herr Werner Schumacher war 21 Jahre Mitglied des Kreistages im Kreis herzogtum Lauenburg und viele Jahre Vorsitzender des Land- und Forstauschusses. Darüber hinaus war er von 2003 bis 2006 Vorsitzender der Interessengemeinschaft Tourismus in Herzogtum Lauenburg. Hier sorgte er für ein internetgestütztes Vermarktungskonzept sowie die Stärkung des Tourismus im ländlichen Bereich. Außerdem war über 17 Jahre Vorstandsvorsitzender der Raiffeisenbank Lauenburg“.

Der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag zeigte sich aus Anlass der Auszeichnung froh, stolz und dankbar, wie es Landesgeschäftsführer Jörg Bülow als einer der ersten Gratulanten in einem Grußwort ausdrückte. „Froh, dass die Gemeinden so engagierte Fürkämpfer gerade auch für die Belange des Ehrenamtes und des ländlichen Raumes haben wie Werner Schumacher. Stolz, dass Werner Schumacher als gewichtige Stimme der Ge-



Ministerpräsident Peter Harry Carstensen und Werner Schumacher

meinden im Land mit einer so hohen Auszeichnung gewürdigt wird und dankbar für den hohen ehrenamtlichen Einsatz zum Wohle der Bürger und aller Gemeinden.“ Der Gemeindetag dankte Frau Schumacher für ihre Unterstützung für dieses Engagement mit einem Blumenstrauß.

Buchbesprechungen

Huttner, Georg

Die Unterbringung Obdachloser durch die Polizei- und Ordnungsbehörden

4. Auflage 2007, kartoniert, 154 Seiten, Format 16,5 x 23,5 cm, Preis € 19,80 ISBN 978-3-8293-0786-4

Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co. KG, Im Grohenstück 2, 65396 Walluf (b. Wiesbaden)
Tel. 06123/97970, Fax 06123/97977
info@kommunalpraxis.de
www.kommunalpraxis.de

Obdachlosigkeit ist vor allem auf Zwangsvollstreckungen aus Räumungsklagen gegen säumige Mieter zurückzuführen. Verschärft wurde das Problem durch die Aufnahme von Asylbewerbern und die Unterbringungspflicht von de-facto-Flüchtlingen. Auch Hartz IV dürfte diesbezüglich Auswirkungen haben. Die soziale Hilfe und Betreuung von Obdachlosen beschränkt sich in der Regel auf die ordnungs-/polizeirechtliche Unterbringung durch die Kommunen. Dabei muss jedoch darauf geachtet werden, dass auf Grund unzureichender Mittel und Möglichkeiten die Obdachlosen nicht noch mehr an den Rand unserer Gesellschaft gedrängt werden. Der Autor, Amtsrat Georg Huttner, Leiter eines Ordnungsamtes, verfügt über profunde Sachkenntnis und weit reichende Praxiserfahrung mit der Obdachlosenunter-

bringung.

Der vorliegende Leitfaden hat sich zur Aufgabe gemacht, die Obdachlosenunterbringung auf der Grundlage der Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder möglichst optimal zu bewerkstelligen. Praxisnahe, an der neuesten Rechtsprechung orientierte Erläuterungen, wichtige Ratschläge und Hinweise, sachdienliche Anleitungen und Muster erleichtern eine bedarfsgerechte Unterbringung Obdachloser ganz wesentlich.

Die einschlägigen Rechtsvorschriften der einzelnen Bundesländer werden ebenso dargestellt wie die Abgrenzung zum Sozialhilferecht, die Mindestanforderungen an eine menschenwürdige Unterkunft, die Erhebung von Benutzungsgebühren bei einer Einweisung, die Voraussetzungen und Folgen einer Wiedereinweisung und die Schadenersatzansprüche. Auf die Einbeziehung soziologisch-struktureller Problemfelder wurde ebenso bewusst verzichtet wie auf wohnungsbau- und finanzpolitische Fragen.

Straßen- und Wegegesetz des Landes Schleswig-Holstein - StrWG -

Von Richter am OVG Schleswig Reinhard Wilke und Bürgermeister Günther Gröller
1. Lieferung, Februar 2007, 270 Seiten, € 33,80

Gesamtwerk: Kommentar, 3. Auflage,

Stand 2007, Loseblattausgabe, 538 Seiten,

Format 16,5 x 23,5 cm, Preis einschließlich Kunststoffordner € 54,- ISBN 978-3-8293-0394-1

Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co., Wiesbaden
65026 Wiesbaden, Postfach 3629
Tel. 06123/97970, Fax 06123/97977
www.kommunalpraxis.de
Info@kommunalpraxis.de

Mit dieser Lieferung wurde § 8 a (Entscheidung über Widmung, Umstufung und Einziehung in der Planfeststellung) erstmals kommentiert. Darüber hinaus wurden neben dem Gesetzestext die Erläuterungen zu den §§ 4 (Ortsdurchfahrten), 6 (Widmung), 8 (Einziehung), 9 (Sicherheitsvorschriften), 21 (Sondernutzung), 24 (Zufahrten), 28 (Nutzung nach bürgerlichem Recht), 52 (Behörden nach diesem Gesetz), 55 (Behörden nach dem Bundesfernstraßengesetz), 56 (Ordnungswidrigkeiten) und 57 (Vorhandene öffentliche Straßen [Übergangsvorschrift zu den §§ 2 und 3]) entsprechend der Fassung des Gesetzes vom 25.11.2003 mit der letzten Änderung vom 12.10.2005 überarbeitet. Die Überarbeitung der weiteren Kommentierungen folgt nach.

Die im Anhang abgedruckten Texte wurden auf den aktuellen Stand gebracht.