

6/2010

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein



Schwerpunktthema: Vergaberecht

- *Dr. Markus Groß:* Ausschreibungspflicht von Vertragsänderungen und -verlängerungen
- *Norbert Portz:* EuGH: Kommunale Immobiliengeschäfte grundsätzlich nicht ausschreibungspflichtig
- *Hans Schaller:* Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen durch die Kommunen: Behandlung, Prüfung und Wertung der Angebote
- *Bernd Düsterdiek:* Neue Vergabeverordnung (VgV) in Kraft getreten
- *Nadine Schulz:* Die Neuregelungen der Schleswig-Holsteinischen Vergabeverordnung

C 3168 I

ISSN 0340-3653

61. JAHRGANG

SHGT
Schleswig-Holsteinischer
Gemeindetag

Deutscher
Gemeindeverlag
GmbH Kiel

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung
in Schleswig-Holstein

Herausgeber Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

62. Jahrgang · Juni 2010

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
70549 Stuttgart
Telefon (0711) 78 63 - 72 23
Telefax (0711) 78 63 - 83 93
Preisliste Nr. 32, gültig ab 1. Januar 2010.

Bezugsbedingungen

Die Zeitschrift „Die Gemeinde“ erscheint monatlich; einmal jährlich können zwei Hefte zu einem Doppelheft zusammengefasst werden. Bezugspreis ab Verlag jährlich 78,40 € zzgl. Versandkosten. Einzelheft 9,25 € (Doppelheft 18,50 €) zzgl. Versandkosten. Abbestellungen: 6 Wochen vor Jahresende beim Verlag.

Die angegebenen Preise enthalten die gesetzl. Mehrwertsteuer.

Druck:

Howaldtsche Buchdruckerei, Kiel

Satz & Gestaltung:

Reimers DTP Mediengestaltung, 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 beigelegt wird.

ISSN 0340-3653

Titelbild: Die Segelsaison ist eröffnet!

Foto: Ute Bebensee-Biederer, Kiel

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Vergaberecht

Aufsätze

Dr. Markus Groß
Ausschreibungspflicht von Vertragsänderungen und -verlängerungen 154

Norbert Portz
EuGH: Kommunale Immobiliengeschäfte grundsätzlich nicht ausschreibungspflichtig..... 158

Hans Schaller
Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen durch die Kommunen: Behandlung, Prüfung und Wertung der Angebote 160

Bernd Düsterdiek
Neue Vergabeverordnung (VgV) in Kraft getreten 164

Nadine Schulz
Die Neuregelungen der Schleswig-Holsteinischen Vergabeverordnung 165

Aus der Rechtsprechung

Keine Ausschreibungspflicht für Anmietung einer geringfügig umzubauenden Bestandsimmobilie
GWB § 99, § 100 Abs. 2 lit. h, § 101 b Abs. 2
OLG Schleswig (Vergabesenat), Beschluss vom 01. April 2010, 1 Verg 5/09..... 165

Einstweiliger Rechtsschutz in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte
BGB § 241 Abs. 1 S. 2, § 280 Abs. 1; GWB § 100 Abs. 1, § 103 Abs. 2; ZPO §935; Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein §14; VOB/A § 9, § 22, § 26, § 27
OLG Schleswig (Vergabesenat), Urteil vom 09. April 2010, 1 U 27/10..... 169

Aus dem Landesverband 172

Die neuen Ämter stellen sich vor ..176

Die innovative Gemeinde 179

Buchbesprechungen 180

Ausschreibungspflicht von Vertragsänderungen und -verlängerungen

Von Rechtsanwalt Dr. Markus Groß*, Saarbrücken

I. Problemstellung: Dauerschuldverhältnisse im Vergaberecht

1. Ausgangslage

Bei öffentlichen Beschaffungsvorgängen, die längerfristige Dienstleistungs- und Lieferaufträge zum Gegenstand haben, lässt sich in der kommunalen Praxis eine Tendenz zur langfristigen Bindung an den einmal gefundenen Vertragspartner feststellen. Ist der Auftrag nach vorgeschaltetem Vergabeverfahren erst einmal an den Auftragnehmer erteilt, ist es keine Seltenheit, dass der zugrunde liegende Vertrag über viele Jahre fortgeführt und ggf. verlängert oder inhaltlich angepasst wird.

Die Motivlage der öffentlichen Auftraggeber ist nachvollziehbar: Im Vordergrund steht zumeist die Aufrechterhaltung einer bewährten und kalkulierbaren Vertragsbeziehung mit einem Vertragspartner, der sich in der Vergangenheit als zuverlässig erwiesen hat. Bei komplexen Vertragsgegenständen – etwa bei Betreiberverträgen über Entsorgungsanlagen¹ – hat der Auftraggeber ein Interesse daran, sich das erworbene Know-how des Auftragnehmers aus der bisherigen Vertragsbeziehung zu erhalten. Nichts anderes gilt im Bereich von Public Private Partnership. Häufig erfolgt die Auftragserteilung an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen, welches der öffentliche Auftraggeber zusammen mit einem Privaten gegründet hat, um die gewünschte öffentliche Leistung gemeinsam zu erbringen.² Hier ist eine langfristige Bindung der Vertragspartner bereits in der Natur der Sache veranlagt und steht einer regelmäßigen Neuausschreibung entgegen.³ Hinzu kommen der beträchtliche Aufwand einer neuerlichen Ausschreibung und das damit verbundene Risiko einer zuungunsten des Auftraggebers veränderten Marktlage, die ihm nach der Neuausschreibung deutlich schlechtere Bezugskonditionen beschert.⁴

Pragmatische aber nicht immer vergaberechtlich konforme Lösungen bestanden bisweilen darin, entweder unbefristet Verträge abzuschließen, oder befristete Verträge – sei es durch Ausübung einer Verlängerungsoption, Verzicht auf Kündigung oder durch erneute vertragliche Vereinbarung – zu verlängern und erforderlichenfalls inhaltlich anzupassen. Vertragsänderungen in langfristig angelegten Dauerschuldverhältnissen werden auch während einer unveränderten Vertragslaufzeit praktiziert, et-

wa zum Zwecke der Preisanpassung⁵ oder zur Erweiterung des Auftragsgegenstands um einen weiteren Leistungsbereich.⁶ Diese Vorgehensweise birgt erhebliche Risiken für den öffentlichen Auftraggeber in sich. Stellt sich die Änderung oder Verlängerung des Vertrages als unzulässige De-facto-Vergabe heraus, droht dem Vertrag die Nichtigkeit nach § 13 Satz 6 VgV.⁷

2. Vergaberechtliche Beurteilung – Stand der Diskussion

Das gleichwohl verständliche Bestreben der Auftraggeber, Dauerschuldverhältnisse möglichst einer regelmäßigen Neuvergabe zu entziehen, begründet erkennbar Konflikte mit den wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen des Vergaberechts. Allgemeiner Konsens besteht zumindest darüber, dass eine einmalige öffentliche Vergabe einen Vertrag nicht für alle Zukunft dem Vergaberechtsregime entziehen kann.⁸ Die Frage, wann in solchen Fällen der Vertragsänderung oder -verlängerung tatsächlich eine Neuvergabe erforderlich wird, ist in Rechtsprechung und Literatur äußerst umstritten und nicht abschließend geklärt. Im Kartellvergaberecht wird die entsprechende Vertragsänderung, damit sie ausschreibungspflichtig wird, unter den Begriff des öffentlichen Auftrags nach § 99 Abs. 1 GWB zu subsumieren sein.⁹ Nach herrschender Auffassung liegt der Ausgangspunkt der Beurteilung in dem Merkmal eines „Vertrages gegen Entgelt“, das zumindest eine wesentliche Vertragsänderung voraussetzt.¹⁰

Mit seinem Urteil im Fall presstext Nachrichtenagentur hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften¹¹ zuletzt einige grundlegende Fragen zur Ausschreibungspflicht von Vertragsänderungen und -verlängerungen beantwortet. Insbesondere die Bestimmung einer wesentlichen Vertragsänderung hatte den EuGH beschäftigt. Gleichwohl lassen sich daraus nur bedingt Anhaltspunkte für das gesamte Spektrum möglicher Vertragsänderungen entnehmen. Neben den grundsätzlichen Erwägungen haben die Richter nur zu den konkret anhängigen Streitfragen Stellung genommen.

II. Wesentliche Vertragsänderung

Einigkeit besteht darüber, dass nicht jede Vertragsänderung die Anwendbarkeit des Vergaberechts nach sich zieht. Das Verga-

berecht selbst sieht die Anpassung und Änderung von Verträgen ausdrücklich vor. So bestimmen z.B. § 3a Nr. 2 lit. e), f) und g) VOL/A und § 3a Nr. 6 lit. e), f) und g) VOB/A, dass zusätzliche Lieferungen oder Dienstleistungen unter bestimmten Voraussetzungen im Verhandlungsverfahren – also ohne Teilnehmerwettbewerb und Vergabebekanntmachung – vergeben werden können. Es darf aber keineswegs davon ausgegangen werden, dass es sich bei diesen ausdrücklich in den Verdingungsordnungen behandelten Fällen um eine abschließende Aufzählung zulässiger Vertragsänderungen handelt.¹² Eine grundsätzliche Abgrenzung, wann eine wesentliche Vertragsänderung mit vergaberechtswidriger Marktabschottung¹³ vorliegt, ist damit unumgänglich. Das gilt, zumal das Vergaberecht zur Zulässigkeit der Vertragsverlängerung – als wichtigstem Unterfall einer Vertragsänderung – gar keine Regelung trifft, allerdings in § 3 Abs. 6 VgV prinzipiell die Möglichkeit von vertragsverlängernden Optionsrechten voraussetzt.

1. Vertrag als Grundvoraussetzung

Ausgehend von dem Merkmal eines „entgeltlichen Vertrags“ in § 99 Abs. 1 GWB wird zum Teil die Auffassung vertreten, eine dem Vergaberecht unterliegende Vertragsänderung könne nur vorliegen bei Zustandekommen durch zwei übereinstim-

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Heimes & Müller in Saarbrücken und Mitglied im Gemeinderat von Eppelborn (Saarland).

¹ So das Beispiel von Gruneberg, VergabeR 2005, 171 (ebd.).

² Grundlegend zum sich anschließenden sog. Inhouse-Geschäfts: EuGH, Urteil v. 18.11.1999, C 107/98 – Teckal –, NZBau 2000, 90 ff.; Urteil v. 11.1.2005, C 26/03 – Stadt Halle –, NZBau 2005, 111 ff.; Schröder, NZBau 2005, 127 ff.; Jennert, NZBau 2006, 623 ff.

³ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 99 Rn. 42; Ziekow, VergabeR 2006, 702 ff.

⁴ Ähnlich: Knauff, NZBau 2008, 347 (348).

⁵ So z. B. bei der Aktualisierung eines Preisindex oder im Rahmen von Lohngleitklauseln, siehe dazu auch Jaeger, EuZW 2008, 492 (493).

⁶ So z. B. bei OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.1.2004, VII Verg 71/03, NZBau 2004, 343 (344), wo ein Entsorgungsvertrag um eine weitere Abfallart erweitert werden sollte.

⁷ Eingehend: Knauff, NZBau 2008, 347 (350); zurückhaltend: VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 24.7.2007, VK-SH 16/07.

⁸ Jaeger, EuZW 2008, 492 (ebd.).

⁹ OLG Rostock, Beschluss v. 5.2.2003, 17 Verg 14/02, VergabeR 2003, 321 (325); OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.2.2001, Verg 13/00, NZBau 2002, 54 (55).

¹⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.2.2001, Verg 13/00, NZBau 2002, 54 (55); Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 99 Rn. 79 f.; Jaeger, EuZW 2008, 492 (493).

¹¹ EuGH, Urteil v. 19.6.2008, C 454/06, NZBau 2008, 518 ff. = NJW 2008, 3341 ff.

¹² Kulartz/Duikers, VergabeR 2008, 728 (732) sehen darin nur eine Fallgruppe.

¹³ Jaeger, EuZW 2008, 492 (ebd.).

mende Willenserklärungen.¹⁴ Damit seien solche Änderungen, die bereits im ursprünglichen Vertrag veranlagt waren und durch einseitige Rechtsausübung eines Vertragspartners eintreten, per se nicht neu auszuschreiben. Insbesondere das Gebrauchmachen von Verlängerungsklauseln oder -optionen wäre dann nicht ausschreibungspflichtig.

Diese Auffassung dürfte nach dem Urteil des EuGH nicht mehr haltbar sein. Der EuGH betont, dass die Ausschreibungspflicht von Vertragsänderungen nicht vertrags- und damit parteibezogen sondern drittschutzorientiert nach den Kriterien Transparenz und Bieterschutz zu beurteilen ist.¹⁵ Es kann danach keinen Unterschied machen, ob ein Beschaffungsvorgang zivilrechtlich durch ein einseitiges oder beiderseitiges Rechtsgeschäft begründet wird.

Nichts anderes ergibt sich aus § 99 Abs. 1 GWB. Der dort vorausgesetzte, durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande gekommene Vertrag besteht im Ursprungsvertrag. Wird dem Auftraggeber ein einseitig auszuübendes Recht eingeräumt, war diesem Recht doch zumindest im Ursprungsvertrag eine korrespondierende Willenserklärung des Vertragspartners vorausgegangen.¹⁶ Der vergaberechtlich maßgebliche öffentliche Beschaffungsvorgang vollzieht sich indes erst mit der Ausübung dieses Rechts durch den Auftraggeber. Der Auftraggeber muss eine bewusste Entscheidung über die weitere Beschaffung treffen und eine entsprechende Erklärung abgeben. Die Wesentlichkeit der Vertragsänderung ist folglich wie bei einem beiderseitigen Rechtsgeschäft unter Wettbewerbsgesichtspunkten zu prüfen.

2. Abgrenzungskriterien der bisherigen Rechtsprechung und Literatur

a) Vertragsbezogener Ansatz

In der bisherigen Diskussion wurde die Schwelle für eine wesentliche Vertragsänderung überwiegend vertragsrechtlich definiert und sollte überschriften sein, wenn es zu einer Änderung der vertraglichen Hauptleistungspflichten (*essentialia negotii*) kommt.¹⁷ Beispielhaft wurden erhebliche Entgeltänderungen, Leistungserweiterungen, – sehr undifferenziert – Laufzeitverlängerungen¹⁸ und Änderungen der vertragstypischen Leistungspflicht des Auftragnehmers¹⁹ genannt. In weiteren Einzelfallentscheidungen sollte eine vergaberechtsrelevante Änderung vorliegen, wenn der eigentliche Leistungsgegenstand eine völlig andere Qualität erhält oder sein Umfang sich deutlich erhöht,²⁰ nicht jedoch, wenn es sich um die geringfügige Anpassung eines im Kern unveränderten Vertrages handelt.²¹ Vertreten wurde auch, dass eine Ausschreibung erforderlich wird, wenn die Änderung nach ihrem Umfang oder ihrer Wirkung so gewichtig ist, dass sie der Aufhebung des al-

ten und dem Abschluss eines neuen Vertrages gleichkommt.²²

All diesen Definitionsversuchen ist zu Eigen, dass Sie für eine verlässliche praktische Abgrenzung zu unpräzise sind und vor allem das Vorliegen einer wettbewerbsrechtlichen Tendenz der zugrunde liegenden Vertragsänderung ausblenden. Eine Vertragsänderung kann ohne weiteres zu einer identitätsändernden Umgestaltung der Hauptleistungspflicht führen, ohne dass dadurch gleich die Wettbewerbssituation im Vergabeverfahren beeinträchtigt wird. Man denke nur an eine technisch gebotene Planungsänderung bei einem Bauvertrag. Genauso kann eine (womöglich indexierte) Preisanpassung in einem Dauerschuldverhältnis aufgrund allgemeiner Preissteigerungen geboten sein, um das vertragliche Äquivalenzverhältnis aufrecht zu erhalten. Damit muss nicht gleich eine Unterwanderung des Bieterwettbewerbs einhergehen. Gerade die Einhaltung von Wettbewerbsgrundsätzen, insbesondere Transparenz, Bietergleichbehandlung²³ und die Verhinderung permanenter Marktabschottung, ist aber Intention des Kartellvergaberechts und muss bei der Bestimmung seines Anwendungsbereichs im Vordergrund stehen. Die genannten vertragsrechtlichen Kriterien sind weder hinreichend noch notwendig, um die Ausschreibungspflicht einer Vertragsänderung zu begründen²⁴ und widersprechen im Einzelfall der Neutralität des Vergaberechts.²⁵ Gleichwohl können sie als Indiz für das Vorliegen eines erneuten Beschaffungsvorgangs herangezogen werden.

b) Erforderlichkeit einer Neuvergabe als Kriterium

Angesichts der vergaberechtlichen Ungeeignetheit des vertragsrechtlichen Ansatzes wurde auch vertreten, dass die Vertragsänderung einer Neuvergabe gleich kommen müsse.²⁶ Bei dieser Argumentation handelt es sich um einen unzulässigen Zirkelschluss. Die Frage, ob eine Neuvergabe überhaupt erforderlich ist, soll beantwortet werden und kann nicht konstitutive Voraussetzung einer Ausschreibungspflicht sein. Dem folgend hat auch das LG Frankfurt a. M. diesen Ansatz abgelehnt und in Anlehnung an die hier vertretene Auffassung eine spürbare Bedeutung der Vertragsänderung für den Bieterwettbewerb gefordert.²⁷

3. Abgrenzungskriterien des EuGH

Der EuGH hat einen rein wettbewerbsrechtlichen Ansatz gewählt. Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, seien Änderungen in den Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags als Neuvergabe anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestim-

mungen erkennen lassen.²⁸ Konsequenter stellt der EuGH dabei auf das Merkmal von Neuverhandlungen ab, denn diese indizieren die Möglichkeit eines neuen Bieterwettbewerbs. Dort wo wesentliche Vertragsbestandteile ausgehandelt werden, ist in der Regel auch ein möglicherweise wirtschaftlicherer Wettbewerber zu vermuten. Daraus abgeleitet hat der EuGH drei Fallgruppen²⁹ gebildet, die in ihren Grundaussagen als Orientierung für die Ausschreibungspflicht herangezogen werden können:

- eine ausschreibungspflichtige Änderung liegt dann vor, wenn sie Bedingungen in den Vertrag einführt, die die Zulassung anderer, als der ursprünglichen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglichen Angebots erlaubt hätten.
- die Änderung eines ursprünglichen Auftrags ist auch dann als wesentliche anzusehen, wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert.
- eine wesentliche Änderung liegt auch dann vor, wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages in einer im ursprünglichen Vertrag nicht vorgesehenen Weise zu Gunsten des Auftragnehmers ändert.

III. Änderungen am Vertragsgegenstand

1. Preisänderungen

Preisänderungen erfüllen das Kriterium einer Veränderung vertraglicher Hauptleistungspflichten³⁰ und tragen die Gefahr eines Verstoßes gegen die Grundsätze der Transparenz und Bietergleichbehandlung in sich. Der EuGH hat einer vergaberechtsfreien Preisänderung aus letzterem

¹⁴ OLG Rostock, Beschluss v. 5.2.2003, 17 Verg 14/02, VergabeR 2003, 321 (325); Kulartz/Duikers, VergabeR 2008, 728 (733).

¹⁵ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3342 f.); zustimmend: Jaeger, EuZW 2008, 492 (493).

¹⁶ OLG Celle, Beschluss v. 4.5.2001, 13 Verg 5/00, NZBau 2002, 53 (54).

¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.2.2001, Verg 13/00, NZBau 2002, 54 (55); Beschluss v. 12.1.2004, VII Verg 71/03, NZBau 2004, 343 (344); Eschenbruch (o. Fußn. 10), § 99 Rn. 79; Jaeger, EuZW 2008, 492 (493).

¹⁸ Jagenberg/Brück, NJW 2002, 2677 (2683); Grunberg, VergabeR 2005, 171 (172).

¹⁹ OLG Celle, Beschluss v. 4.5.2001, 13 Verg 5/00, NZBau 2002, 53 (54).

²⁰ Grunberg VergabeR 2005, 171 (172).

²¹ VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 26.3.2002, 1 VK 7/02.

²² Eschenbruch, (o. Fußn. 10), § 99 Rn. 70; Braun, VergabeR 2005, 586 (588).

²³ So der EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3342).

²⁴ Ähnlich: Jaeger, EuZW 2008, 492 (493).

²⁵ Knauff, NZBau 2008, 347 (348).

²⁶ OLG Rostock, Beschluss v. 5.2.2003, 17 Verg 14/02, VergabeR 2003, 321 (325); Kulartz/Duikers, VergabeR 2008, 728 (739); Grunberg, VergabeR 2005, 171 (172).

²⁷ LG Frankfurt, Beschluss v. 28.1.2008, 2-4 O 201/06, VergabeR 2008, 513 (520).

²⁸ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3342).

²⁹ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3343).

³⁰ Jaeger, EuZW 2008, 492 (494).

Grund enge Grenzen gesetzt. Kommt es entsprechend der dritten Fallgruppe zu einer nicht nur unwesentlichen und objektiv begründbaren Änderung zu Gunsten des Auftragnehmers – also zu einer Preiserhöhung –, wird grundsätzlich eine Neuvergabe erforderlich.³¹ Diese Position verdient bis auf die nachfolgenden Ausnahmen uneingeschränkte Zustimmung, denn bei einem höheren Preis liegt es auf der Hand, dass auch andere Bieter bzw. Angebote in Betracht gezogen werden könnten.

Etwas anderes soll aber gelten, wenn die Preisanpassung zum Nachteil des Auftragnehmers – im Fall des EuGH durch Ausweitung von Rabatten – erfolgt. Dann könne es nicht ohne weiteres zu einer Wettbewerbsverzerrung kommen.³² Ob es bei diesem Grundsatz in jedem Einzelfall bleiben wird, erscheint schon wegen der einschränkenden Formulierung des EuGH fraglich. Insbesondere wenn die Reduzierung des Vertragspreises erst nach einem gewissen Zeitablauf vereinbart wird, ist nicht auszuschließen, dass zwischenzeitlich ein anderer bisheriger oder ein neu in den Markt eingetretener Bieter ein wirtschaftlicheres Angebot abgeben könnte.³³ Diese Konstellation würde die Vergabe an einen anderen Bieter – entsprechend der ersten Fallgruppe – rechtfertigen und hätte eine den Wettbewerb beeinträchtigende Tendenz. Führt man den Gedanken fort, liegt auch die Gefahr auf der Hand, dass ein bisheriger Vertragspartner gezielt zur Vermeidung einer Neuvergabe der für ihn nachteiligen Preisänderung zustimmt.

Schließlich hat der EuGH bestimmte Fälle einer sog. derivativen Preisänderung, also des Gebrauchmachens von einer im Ursprungsvertrag enthaltenen Preisgleitklausel, von der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht ausgenommen.³⁴ Daraus darf aber nicht die generelle Vergabefreiheit für jede vom ursprünglichen Vertrag abgeleitete Preisänderung entnommen werden. Voraussetzung für die Wahrung von Bieterwettbewerb müssen Transparenz und Bestimmtheit der vertraglichen Regelung sein. Erforderlich sind im Voraus festgelegte objektive Kriterien³⁵ für die Ermittlung der Preisänderung.³⁶ Konkrete Nachverhandlungen über eine neue Preisgestaltung indizieren hingegen Wettbewerbsrelevanz und die Erforderlichkeit einer Neuvergabe. Ausnahmen können dann nur noch unter den Kriterien des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB gelten,³⁷ wobei eine derart weitreichende Änderung der vertraglichen Ausgangssituation wiederum eine veränderte Marktlage und damit eine Verschiebung des Wettbewerbsgefüges unter den potentiellen Bietern nahe legt.

2. Änderungen des Leistungsgegenstands

Es liegt in der Natur von Dauerschuldver-

hältnissen, dass sich die technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Rahmenbedingungen während der Vertragslaufzeit in anpassungsbedürftiger Weise verändern können. Die wichtigsten Fallgruppen sollen kurz skizziert werden.

a) Leistungsumfang

Mit dem zweiten Abgrenzungskriterium aus der presstext-Entscheidung hat der EuGH die Erweiterung eines Dienstleistungsauftrags in großem Umfang als wesentliche Vertragsänderung angesehen.³⁸ Änderungen im Leistungsumfang, insbesondere die nicht unerhebliche gegenständliche oder mengenmäßige Ausweitung eines Vertrages, führen zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Vergaberechts. Wird beispielsweise ein Facility-Management-Vertrag auf einen weiteren Gebäudeblock oder – aktuell – ein Entsorgungsvertrag um die Abfuhr von Papier, Pappe und Kartonage erweitert,³⁹ muss entweder die isolierte Leistungserweiterung oder der Gesamtvertrag neu ausgeschrieben werden. Die genannten Beispielfälle weisen eine klare gegenständliche Abgrenzbarkeit der Leistungserweiterung vom Ursprungsvertrag auf, so dass es sich schon aufgrund der Eigenständigkeit der Leistungserweiterung um eine wesentliche Vertragsänderung handelt. Fehlt es daran, z. B. bei der rein mengenmäßigen Erhöhung des Reinigungsintervalls im besagten Facility-Management-Vertrag, wird die Wettbewerbsrelevanz am Wert der Vertragsänderung zu messen sein. Übersteigt er die im Vergaberecht übliche Wesentlichkeitsschwelle von 10 % des Ursprungsvertrags, dürfte eine gewisse Vermutung für die Wettbewerbsrelevanz begründet sein.⁴⁰

Nach der wettbewerbsorientierten Abgrenzung des EuGH kann aber auch die Reduzierung des Auftragsgegenstands um einzelne Teilbereiche bei gleichzeitiger Reduzierung des Entgelts eine Neuvergabe erforderlich machen. Für sich genommen fehlt der Umfangsreduzierung zwar der öffentliche Beschaffungscharakter. In Bezug auf die im Vertrag verbleibende Restleistung könnte aber durchaus die Zulassung eines anderen – bisher nicht geeigneten – Bieters oder der Zuschlag auf ein anderes Angebot gerechtfertigt sein. Das erste Kriterium der presstext-Entscheidung würde unter diesen Voraussetzungen eine Neuausschreibung der Restleistung verlangen.⁴¹

Bei öffentlichen Bauaufträgen, auf die nach § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A regelmäßig die VOB/B anzuwenden ist, besteht die Besonderheit, dass § 1 Nr. 4 VOB/B die Anordnung oder Vereinbarung zusätzlicher Leistungen vorsieht. Ein einseitiges Anordnungsrecht des Auftraggebers besteht nach § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B nur, wenn die zusätzliche Leistung zur Ausführung der vertragsursprünglichen Leistung erforderlich ist. In diesen Fällen,

könnte man vertreten, ist eine wesentliche Vertragsänderung wegen der verbleibenden Ausrichtung auf den ursprünglichen vertraglichen Erfolg per se ausgeschlossen. Damit würde aber verkannt, dass die anzuordnende zusätzliche Leistung typischerweise in der ursprünglichen Ausschreibung gefehlt hat und sich bei ordnungsgemäßer Ausschreibung ein anderes Wettbewerbsgefüge hätte ergeben können. Je höher der wertmäßige Umfang der zusätzlichen Leistung und je geringer der Grad ihrer technischen oder wirtschaftlichen Verflechtung mit der Hauptleistung,⁴² desto eher wird man im Wege einer Einzelfallbetrachtung zur Ausschreibungspflicht kommen müssen. Bei den sog. anderen Leistungen nach § 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B, die die Zustimmung des Auftragnehmers, also einen Vertrag, voraussetzen, kommt es wiederum auf den Umfang der Vertragsverweiterung an, wobei auch hier technische Eigenständigkeit und Wert als Indizien herangezogen werden können. Falls dann tatsächlich eine Neuausschreibung durchzuführen ist, kann unter den Voraussetzungen des § 3a Nr. 6 lit. f) VOB/A das Verhandlungsverfahren angewendet werden.⁴³

b) Beschaffenheit der Leistung

Sowohl § 1 Nr. 3 VOB/B als auch § 2 Nr. 1 VOL/B sehen Änderungen im Bauentwurf bzw. in der Beschaffenheit der Leistung vor. Teilweise wird vertreten, dass Änderungen im Rahmen dieser Vorschriften als sog. derivative Vertragsänderungen nicht die Wesentlichkeitsschwelle hin zu einer Neuvergabe überschreiten.⁴⁴ Dem wird man unter der Voraussetzung zustimmen können, dass als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die Identität des Vertragsgegenstands gewahrt bleiben muss.⁴⁵ Die Abgrenzung erweist sich allerdings in der Praxis als überaus schwierig und muss im Lichte der vom EuGH aufgestellten wettbewerbsorientierten Kriterien erfolgen. Wenn sich der Änderungsbedarf aus einer beachtlichen Unzulänglichkeit des ur-

³¹ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3344); EuGH, Uteil v. 29.4.2004, C 496/99, Slg. 2004, I-3801.

³² Ähnlich: VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 24.7.2007, VK-SH 16/07.

³³ Dazu schon: VK Köln, Beschluss v. 20.2.2004, VK VOL 40/2003.

³⁴ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3344).

³⁵ Z. B. Koppelung an einen Preisindex.

³⁶ Jaeger, EuZW 2008, 492 (494).

³⁷ Krohn, NZBau 2008, 619 (622).

³⁸ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3343).

³⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.1.2004, VII Verg 71/03, NZBau 2004, 343 (344); Weyand, Praxiskommentar Vergaberecht, 2. Aufl., Rn. 1021 f.

⁴⁰ Kulartz/Duikers, VergabeR 2008, 728 (735).

⁴¹ Im Ergebnis so schon: OLG Düsseldorf Beschluss v. 14.2.2001, Verg 13/00, NZBau 2002, 54 (55).

⁴² Kulartz/Duikers, VergabeR 2008, 728 (737); Krohn, NZBau 2008, 619 (624).

⁴³ Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion, 16. Aufl., § 3a Rn. 49.

⁴⁴ Eschenbruch, (o. Fußn. 10), Rn. 78.

⁴⁵ Kulartz/Duikers, VergabeR 2008, 728 (737).

sprünglichen Leistungsverzeichnisses ergibt, die nachträglich repariert werden soll, liegt das Potential für eine Wettbewerbsverfälschung auf der Hand.⁴⁶ In diesem Fall werden die für den Zuschlag maßgeblichen Kriterien nachträglich verändert und ein möglicherweise vorausschauend kalkulierender Bieter würde benachteiligt. Das zweite Kriterium des EuGH erfordert dann eine Neuvergabe.

Eine restriktivere Beurteilung der Ausschreibungspflicht ist bei nicht vorhersehbaren, aber zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertragszwecks erforderlichen nachträglichen Änderungen geboten. Dem Auftraggeber muss die Möglichkeit bleiben, angemessen auf veränderte Rahmenbedingungen zu reagieren. Mit dem EuGH ist aber dann von einer wesentlichen Vertragsänderung auszugehen, wenn die Änderungen so weit reichen, dass sie Neuverhandlungen erforderlich machen.⁴⁷ Das wird spätestens der Fall sein, wenn die Preisverhandlungen mangels geeigneter Kalkulationsgrundlage des Ursprungsvertrags über den Rahmen der Preisvorschriften in § 2 Nr. 5 VOB/B und § 2 Nr. 3 VOL/B hinausgehen. Im Übrigen wird eine Neuvergabe generell dann erforderlich, wenn sich das gesamte vertragliche Preisgefüge derart verschiebt, dass ein anderer Bieter hätte zum Zug kommen können. Als praktisches Abgrenzungskriterium bietet sich dann wiederum eine Wesentlichkeitsschwelle von 10 % des ursprünglichen Auftragswerts an.

c) Technische Innovationen

Soweit die Vertragsänderung sich aus technischen Innovationen und veränderten technischen Aufgabenstellungen ergibt, die im Energie- oder IT-Bereich keine Seltenheit sind, hat der EuGH grundsätzlich anerkannt, dass nicht jede vertragliche Übernahme einer neuen technologischen Entwicklung zu einer dem Vergaberegime unterliegenden Neuverhandlung wesentlicher Vertragsbestimmungen führen muss.⁴⁸ Für den dortigen Fall des Übergangs auf ein während des laufenden Vergabeverfahrens technisch weiterentwickeltes Nachfolgemodell, das aber noch den grundlegenden technischen Spezifikationen entsprach, hatte der EuGH eine wesentliche Vertragsänderung verneint. Ausgehend vom dritten Grundsatz der presstext-Entscheidung ist hingegen kein Raum für eine vergaberechtsfreie Übernahme technischer Neuerungen in einen Vertrag, wenn sich Umfang oder Wesen einzelner Leistungsbestandteile derart ändern, dass der Gesamtauftrag möglicherweise einem anderen Bieter hätte erteilt werden müssen. Besteht die technische Innovation demnach in der Entwicklung eines gänzlich neuen Produkts oder bewirkt sie eine substantielle Erweiterung der Funktionalität im Sinne eines Technologiesprungs⁴⁹, liegt ein neuer vergabepflichtiger Beschaffungsvorgang vor.

IV. Vertragsverlängerungen

Wenig problematisch erscheint die Verlängerung bestimmter vertraglicher Fristen, wie etwa Ausführungsfristen eines Bauvertrags, wenn dadurch der eigentliche Vertragsgegenstand, zum Beispiel die Errichtung des Bauwerks, nicht verändert wird. Etwas anderes gilt hingegen bei Dauerschuldverhältnissen, die nicht einen punktuellen vertraglichen Erfolg zum Ergebnis haben, sondern die Leistungserbringung für einen bestimmten Zeitraum vorsehen.⁵⁰ Das Zeitmoment definiert dann den Leistungsumfang, so dass die Verlängerung der Vertragslaufzeit grundsätzlich einen Beschaffungsvorgang darstellt. Die Verlängerung von im Vorhinein befristeten Verträgen, die keine Verlängerungsmöglichkeiten vorsehen, unterliegt daher generell dem Vergaberegime⁵¹ und zwar auch dann, wenn Verlängerungsmöglichkeiten nachträglich in den Vertrag aufgenommen werden.⁵² Eine differenziertere Betrachtung ist hingegen bei unbefristeten Verträgen, Optionsrechten und Verlängerungsklauseln geboten.

1. Zulässigkeit unbefristeter Verträge

Der EuGH hat in der Sache presstext entschieden, dass das europäische Kartellvergaberecht „bei seinem derzeitigen Stand“ nicht den Abschluss von Dienstleistungsverträgen auf unbestimmte Dauer verbietet. Genauso wenig sei es vergaberechtlich zu beanstanden, in einem unbefristeten Vertrag für einen bestimmten Zeitraum auf das Recht der Kündigung zu verzichten.⁵³

Daraus lässt sich aber nichts Grundsätzliches für die Vergaberechtsdogmatik herleiten – insbesondere nicht der Erst-Recht-Schluss, wenn schon ein gänzlich unbefristeter Vertrag zulässig sei, müsse Gleiches für die Verlängerung befristeter Verträge oder für die Nichtausübung eines Kündigungsrechts gelten. Nach Auffassung des EuGH fehle lediglich eine Rechtsvorschrift, die den Abschluss langfristiger oder unbefristeter Verträge verbietet.⁵⁴ Trotzdem widerspreche ein unbefristeter Vertrag der Systematik und den Zielen des europäischen Vergaberechts, könne Wettbewerb zwischen potenziellen Bietern beeinträchtigen und auf lange Sicht die Anwendung der Vergabevorschriften verhindern.⁵⁵

2. Befristete Verträge mit Verlängerungsoption

Das Vergaberecht sieht grundsätzlich vor, dass bereits im Ursprungsvertrag Optionsrechte vereinbart werden dürfen. Das ergibt sich zumindest mittelbar aus der Wertvorschrift des § 3 Abs. 6 VgV. Die bislang herrschende Auffassung hat daraus abgeleitet, dass eine solche Verlängerungsoption bereits Gegenstand eines Vergabeverfahrens war und daher im Ursprungsvertrag dem erforderlichen Bieterwettbewerb unterzogen wurde.⁵⁶ Ein-

schränkend ist hinzuzufügen, dass diese Grundsätze freilich nur gelten können, wenn die Option neben dem Vertrag auch Gegenstand der Ausschreibung war.⁵⁷ Dem wurde entgegengehalten, dass Optionsrechte durchaus geeignet seien, gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot und Transparenzgebot zu verstoßen.⁵⁸ Hintergrund dieser Überlegung ist der formale Unterschied, dass das Ziehen eines Optionsrechts – im Gegensatz zum unbefristeten Vertrag – eine aktive ausübende Entscheidung der Vergabestelle über die weitere öffentliche Beschaffung erfordert. Unterbliebe die Rechtsausübung, würde die Verlängerung nicht eintreten. Regelmäßig werden Optionsrechte sogar bewusst einer unbefristeten Vertragslaufzeit vorgezogen, um eine erneute Entscheidungsfindung zu ermöglichen. Die formale Unterscheidung hat daher auch einen materiellen Kern. Diese Auffassung dürfte mit der presstext-Entscheidung des EuGH zusätzliche Nahrung erhalten haben. Grundsätzlich hält der EuGH unbefristete Verträge für nicht mit der Systematik des Vergaberechts vereinbar, sieht aber mangels einer ausdrücklichen Verbotsvorschrift keine Angriffsmöglichkeit.⁵⁹ Genau diese Angriffsmöglichkeit könnte zukünftig in der Ausübung eines Optionsrechts bestehen, denn darin liegt immer ein – wenn auch einseitig erklärter – Zusatz zum Ursprungsvertrag.⁶⁰ Wenn sich diese Auffassung durchsetzt, müsste das Ziehen einer Option sich an den vom EuGH aufgestellten Kriterien messen lassen. In jedem Fall wird das weitere Festhalten an der vergaberechtlichen Gleichstellung von Optionen mit einem unbefristeten Vertrag erfordern, dass zumindest ein gewichtiger sachlicher Grund für die im Ursprungsvertrag vereinbarte Option vorlag.⁶¹

⁴⁶ Krohn, NZBau 2008, 619 (623).

⁴⁷ Hier wäre das erste Kriterium einschlägig, siehe EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3342).

⁴⁸ EuGH, Urteil v. 5.10.2000, C 337/98 – Matra –, NZBau 2001, 272 (275).

⁴⁹ Krohn, NZBau 2008, 619 (622).

⁵⁰ Weyand (o. Fußn. 39), Rn. 1026; Eschenbruch (o. Fußn. 10), § 99 Rn. 75.

⁵¹ OLG Thüringen, Urteil v. 14.10.2003, 6 Verg 5/03, VergabeR 2004, 113 (116); OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.2.2001, Verg 13/00, NZBau 2002, 54 (55); Eschenbruch (o. Fußn. 10), § 99 Rn. 70.

⁵² Knauff, NZBau 2007, 347 (349); a. A. Dreher (o. Fußn. 3), Rn. 36 ff.

⁵³ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3345).

⁵⁴ Zustimmend Jaeger, EuZW 2008, 492 (494).

⁵⁵ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3344 f.).

⁵⁶ OLG Celle, Beschluss v. 4.5.2001, 13 Verg 5/00, NZBau 2002, 53 (54); VK Hamburg, Beschluss v. 27.4.2006, VgK FB 2/06; Hailbronner, VergabeR 2001, 327 (328); Knauff, NZBau 2007, 347 (348 f.); Weyand, (o. Fußn. 39), Rn. 1028 f.; Dreher (o. Fußn. 3), § 99 Rn. 45.

⁵⁷ Jaeger, EuZW 2008, 492 (495).

⁵⁸ Braun, VergabeR 2005, 586 (589); VK Stuttgart, Beschluss v. 16.11.2004, 1 K 69/04.

⁵⁹ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3344 f.).

⁶⁰ Jaeger, EuZW 2008, 492 (495); Knauff, NZBau 2007, 347 (350).

⁶¹ So schon bisher: Eschenbruch (o. Fußn. 10), § 99 Rn. 74.

3. Befristete Verträge mit automatischer Verlängerungsklausel

Eine häufig gewählte Vertragsgestaltung besteht darin, eine befristete Vertragslaufzeit zu vereinbaren, die sich automatisch verlängert, wenn nicht rechtzeitig vor Ablauf eine Kündigung erfolgt. Nach ganz überwiegender Auffassung sind solche Verträge wie unbefristete Verträge zu behandeln.⁶² Der Auftraggeber gibt lediglich keine neue Willenserklärung ab und unterlässt die Kündigung.⁶³ Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob es sich um einen unbefristeten Vertrag handelt, der keine Regelung zur Kündigung enthält aber nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen kündbar ist, oder ob die Kündigungsmodalitäten im Wege einer Verlängerungsklausel fest vereinbart sind. In beiden Fällen führt die Nicht-Kündigung dazu, dass der Vertrag inhaltlich unverändert fortgeführt wird.

Die Zulässigkeit von Verlängerungsklauseln findet ihre Stütze auch in der presse-text-Entscheidung des EuGH. Im dortigen Fall hatten die Vertragsparteien eines unbefristeten Vertrages für einen bestimmten Zeitraum auf die Ausübung des Kündigungsrechts verzichtet. Der EuGH hat darin keine wesentliche Vertragsänderung gesehen, weil der Auftraggeber es prinzipiell vergaberechtsfrei unterlassen dürfte, einen Vertrag zu kündigen und sich dazu auch in einer Vereinbarung verpflichten dürfte.⁶⁴ Wenn der Kündigungsverzicht nach dieser Rechtsprechung sogar für einen bestimmten Zeitraum zulässig ist, kann nichts anderes für das punktuelle

Verstreichenlassen einer vertraglichen Kündigungsmöglichkeit gelten,⁶⁵ die sich schließlich nach Ablauf des Verlängerungszeitraums wiederholt. Solange keine bewusste Umgehungs konstruktion vorliegt – so die generelle Einschränkung des EuGH⁶⁶ – ist damit von der Zulässigkeit von Verträgen mit automatischen Verlängerungsklauseln auszugehen.

Vereinzelt wurde argumentiert, die Wirkungsgleichheit von Nicht-Kündigung und Ausübung eines Optionsrechts verlange auch vergaberechtlich eine Gleichbehandlung.⁶⁷ Eine sachgerechte Unterscheidung muss jedoch berücksichtigen, dass im Ziehen einer Option immer ein aktiver Beschaffungsakt liegt, dem zwingend eine bewusste Entscheidung der Vergabestelle vorausgegangen ist. Im Falle der Nicht-Kündigung wird ein einmal in Gang gesetzter Beschaffungsvorgang nicht beendet, weil für den Auftraggeber keine Veranlassung für Veränderungen an der bisherigen Vertragsbeziehung bestand. Die Situation ist daher vergaberechtlich dem unbefristeten Vertrag gleichzustellen. Dem Auftraggeber, der sich ein klares Beendigungsszenario genauso vorbehalten möchte wie die vergabefreie Fortsetzung des Vertrages, ist daher zu automatischen Verlängerungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen zu raten.

V. Fazit

Die presstext-Entscheidung des EuGH hat zumindest in die dogmatische Beurteilung der Ausschreibungspflicht von Vertragsänderungen und -verlängerungen

mehr Klarheit gebracht. Wiewohl noch viele Einzelfragen für die Praxis der Rechtsanwendung offen geblieben sind, können doch einige konkrete Rückschlüsse gezogen werden. Deutlich wird, dass der inhaltlichen Veränderung von Verträgen während ihrer Laufzeit durch die neuere Rechtsprechung enge Grenzen gesetzt sind. Umgekehrt stehen öffentlichen Auftraggebern bei der Vertragsverlängerung weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten zur Seite, die allerdings im Rahmen der ursprünglichen Vertragsausschreibung veranlagt und vergaberechtskonform ausgestaltet sein müssen. Schwierigkeiten werden sicherlich Fälle hervorrufen, bei denen es zur Verlängerung der Vertragslaufzeit unter gleichzeitiger inhaltlicher Anpassung kommt. Oft wird man dann um die Unsicherheiten einer wertenden Einzelfallbetrachtung nicht umhin kommen.

⁶² OLG Celle, Beschluss v. 4.5.2001, 13 Verg 5/00, NZ-Bau 2002, 53 (54); OVG Brandenburg, Beschluss v. 26.6.2001, 1 B 77/00.Z; Eschenbruch (o. Fußn. 10), § 99 Rn. 76; Dreher (o. Fußn. 3), § 99 Rn. 46; Weyand (o. Fußn. 39), Rn. 1028; Gruneberg, VergabeR 2005, 171 (175); AschlStemmer, VergabeR 2005, 287 (293); a. A. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 16.11.2004, 1 K 69/04.

⁶³ OLG Celle, Beschluss v. 4.5.2001, 13 Verg 5/00, NZ-Bau 2002, 53 (54); VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 26.3.2002, 1 VK 7/02; Gruneberg, VergabeR 2005, 171 (175).

⁶⁴ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3345).

⁶⁵ Zustimmend Jaeger, EuZW 2008, 492 (495).

⁶⁶ EuGH (o. Fußn. 11), NJW 2008, 3341 (3343).

⁶⁷ Knauff, NZBau 2008, 347 (349); undifferenziert: OLG Celle, Beschluss v. 4.5.2001, 13 Verg 5/00, NZBau 2002, 53 (54); a. A. Braun, VergabeR 2005, 586 (589); Jaeger, EuZW 2008, 492 (495).

EuGH: Kommunale Immobiliengeschäfte grundsätzlich nicht ausschreibungspflichtig

Beigeordneter Norbert Portz, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

1. EuGH korrigiert „Ahlhorn-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf

Der Europäische Gerichtshof hat in einer grundlegenden Entscheidung vom 25. März 2010 (Rs. C 451/08) festgestellt, dass der Verkauf kommunaler Grundstücke an Investoren zum Zwecke der Bebauung durch diese (Beispiel: Einkaufszentrum) auch dann nicht ausschreibungspflichtig ist, wenn die Bebauung nach den städtebaurechtlichen Vorgaben der Gemeinde erfolgt. Damit hat der EuGH die sogenannte „Ahlhorn-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf in weiten Teilen verworfen. Zugleich hat der EuGH mit seiner Entscheidung die Vereinbarkeit des seit dem 24. April 2009 geltenden neuen § 99 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (GWB), mit dem die Ahlhorn-Rechtsprechung „korrigiert“ wur-

de, bestätigt.

2. Die Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf

Anlass der EuGH-Entscheidung war die „Ahlhorn-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf (s. u. a. Entscheidungen vom 13. Juni 2007 – Ahlhorn; vom 12. Dezember 2007 – Wuppertal-Vohwinkel und vom 06. Februar 2008 – Oer-Erkenschwick). Danach unterliegen kommunale Grundstücksveräußerungen, die mit städtebaurechtlichen Vorgaben der Gemeinde verbunden sind bzw. gemäß den von der Gemeinde genannten Erfordernissen gebaut werden sollen, der EU-weiten Ausschreibungspflicht. Für die Ausschreibungspflicht war nach Auffassung des OLG Düsseldorf weder das Eigentum des Auftraggebers an dem zu beschaffenden

Bauwerk noch ein unmittelbarer (körperlicher) Beschaffungszweck erforderlich. Ausreichend sei vielmehr, dass sich der Auftraggeber die „Verfügbarkeit“ des Bauwerks für (s)einen öffentlichen Zweck rechtlich sichert. In der Folge waren insbesondere kommunale Immobiliengeschäfte in Verbindung mit städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB sowie Vorhaben- und Erschließungspläne nach § 12 BauGB bei Überschreiten des EU-Schwellenwerts (4,845 Millionen Euro) ausschreibungspflichtig.

Diese zum Teil von anderen Gerichten (OLG Bremen vom 13. März 2008 für Verpachtung von Windenergieflächen, OLG Karlsruhe vom 13. Juni 2008 betreffend einen Verbrauchermarkt) bestätigte Rechtsprechung, hat bei Kommunen und Investoren für erhebliche Rechtsunsicherheit gesorgt. Sie wurde durch den Gesetzgeber mit der am 24. April 2009 in Kraft getretenen und vom Deutschen Städte- und Gemeindebund unterstützten Novellierung des § 99 Abs. 1, 3 und 6 GWB korrigiert. Danach ist neben dem Erfordernis der „Beschaffung“ von Leistungen als Voraussetzung für eine Ausschreibungspflicht

(§ 99 Abs. 1 GWB) auch die Notwendigkeit einer „unmittelbar dem Auftraggeber wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung“ normiert worden (§ 99 Abs. 3 GWB). Weiterhin hat der Gesetzgeber bestimmt, dass eine – der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in der Regel zugrunde liegende – Baukonzession zwingend die Übertragung eines „befristeten Rechts auf Nutzung“ durch den Konzessionär voraussetzt (§ 99 Abs. 6 GWB).

Diese GWB-Gesetzesänderung hat das OLG Düsseldorf mit einem Vorlageverfahren vor dem EuGH vom 02. Oktober 2008 in der Sache „Helmut Müller/Bundesanstalt für Immobilienaufgaben“ dem EuGH zur Prüfung vorgelegt.

3. Kernaussagen des Europäischen Gerichtshofs

In seiner Entscheidung vom 25. März 2010 verurteilt der EuGH die Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in weiten Teilen und bestätigt zugleich die Neufassung des § 99 GWB. Die Kernaussagen lauten:

- (1) Der Begriff „Öffentliche Bauaufträge“ setzt zwar nicht voraus, dass die zu erbringende Bauleistung in einem gegenständlichen oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird. Sie muss diesem jedoch „unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen“. Die Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber genügt nicht, um diese Voraussetzung zu erfüllen.
- (2) Der Begriff „Öffentliche Bauaufträge“ erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbaren Verpflichtung handelt.
- (3) Die „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse“ können nicht bloß darin bestehen, dass eine Gemeinde die ihr vorgelegten Baupläne prüft oder in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten eine Entscheidung trifft.
- (4) Eine ausschreibungspflichtige öffentliche Baukonzession liegt nicht vor, wenn das Nutzungsrecht allein im Eigentumsrecht des entsprechenden Wirtschaftsteilnehmers verwurzelt ist.

4. Die EuGH-Aussagen im Einzelnen

Zunächst stellt der EuGH klar, dass der reine Verkauf eines unbebauten oder bebauten Grundstücks durch eine Kommune an einen Investor, bei dem die Kommune die Rechtstellung des Verkäufers und gerade nicht des Erwerbs einnimmt, keinen öffentlichen Bauauftrag darstellt. Der EuGH weist weiter darauf hin, dass öffentliche

Aufträge stets „schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge“ sind. Der entgeltliche Charakter impliziert stets, dass der Auftraggeber eine „Leistung gegen eine Gegenleistung“ erhält.

(1) Leistung muss Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen

Eine solche Leistung muss daher, um ausschreibungspflichtig zu sein, nach dem System des Vergaberechts für den Auftraggeber, d. h. für die Kommune, ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ beinhalten. Dieses unmittelbare wirtschaftliche Interesse braucht zwar nicht in einem gegenständlichen/körperlichen Sinne zu verstehen zu sein. Die Ausübung reiner kommunaler sowie städtebaurechtlicher Regelungs- oder Prüfständigkeiten genügt jedoch insoweit nicht. Der EuGH erwähnt drei Beispielsfälle (Rn. 50 bis 52), in denen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber gegeben ist:

- Der Auftraggeber wird Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks, das Gegenstand des Auftrags ist.
- Der Auftraggeber verfügt über einen Rechtstitel, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt.
- Das wirtschaftliche Interesse kann in wirtschaftlichen Vorteilen liegen, die der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann. Es kann auch in seiner finanziellen Beteiligung an der Erstellung des Bauwerks oder in den Risiken, die er im Fall eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks trägt, bestehen.

Nach diesen Vorgaben unterliegen kommunale Grundstücksveräußerungen in Verbindung mit städtebaurechtlichen Vorgaben oder Verträgen grundsätzlich schon deswegen nicht dem Vergaberecht, weil nicht die Gemeinde, sondern der Investor das Projekt (Beispiel: Einkaufszentrum) im eigenen Namen und zur eigenen wirtschaftlichen Zielerfüllung baut.

Die erste vom EuGH vorgenommene Konkretisierung zur Bestimmung des „unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses“ (Auftraggeber wird Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks) ist insoweit problemlos. Bei der dritten vom EuGH angenommenen Möglichkeit (Auftraggeber kann wirtschaftliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung / Veräußerung des Bauwerks ziehen bzw. er beteiligt sich finanziell an der Erstellung oder trägt die Risiken eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks) knüpft der EuGH an seine Rechtsprechung „Stadt Roanne“ vom 18. Januar 2007 an. In dieser Fallgestaltung war insbesondere eine erhebliche finanzi-

elle Beteiligung der Stadt an dem zu errichtenden Freizeitzentrum (ca. drei Millionen Euro) sowie die Übernahme der Risiken durch die Stadt im Falle der Nichterfüllung der Verträge durch den Auftraggeber vorgesehen. So sollte die Stadt automatisch Eigentümerin der nicht an Dritte verkauften Grundstücke werden und die Erfüllung der Verträge garantieren. Auch hier kann daher eine relativ klare Grenzziehung vorgenommen werden.

Die verbliebene Konkretisierung durch den EuGH (öffentlicher Auftraggeber hat einen Rechtstitel, der ihm die Verfügbarkeit des Bauwerks zur öffentlichen Zweckbestimmung sichert) muss in Ergänzung zu den zwei anderen Konstellationen ausgelegt werden. Danach kann als Rechtstitel nicht allein der städtebauliche Vertrag zwischen den Parteien ausreichend sein. Dieser sichert dem Auftraggeber gerade nicht i. S. eines Rechtstitels die Verfügbarkeit des Bauwerks (Beispiel: Einkaufszentrum), das Gegenstand des Auftrags ist. Daher können mit dem „Rechtstitel“ nur die dem Eigentum vergleichbaren Nutzungsrechte (Miete, Nießbrauch etc.) gemeint sein, da der Auftraggeber nur hiermit seine rechtliche und tatsächliche Verfügbarkeit über das Bauwerk für den öffentlichen Zweck sicherstellen kann.

Ein Grundstücksverkauf, bei dem etwa eine Gemeinde im Vertrag mit dem Erwerber „nur“ eine öffentliche Zwecksetzung verbindet (Sozialer Wohnungsbau, Alteneinrichtungen etc.) ist danach auf jeden Fall nicht ausschreibungspflichtig. Wenn die Kommune dieses Grundstück ggf. preiswerter abgibt, ist neben den hier zu prüfenden beihilferechtlichen Fragen ebenfalls das Ausschreibungsrecht nicht anwendbar, weil auch in diesem Fall kein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers“ gegeben sein dürfte. Denn auch in diesem Fall einer mit einer verbilligten Grundstücksabgabe gekoppelten öffentlichen Zweckbestimmung hat das primäre und „unmittelbare wirtschaftliche Interesse“ an der Nutzung der Einrichtung (Altenheim, Wohnungen etc.) nicht die Gemeinde, sondern der jeweilige (private) Investor.

(2) Öffentlicher Bauauftrag setzt einklagbare Verpflichtung voraus

Der EuGH hat ferner klargestellt, dass der Begriff „Öffentliche Bauaufträge“ eine direkte oder indirekte Verpflichtung des Auftragnehmers zur Erbringung der Bauleistung erfordert. Damit unterliegen Grundstückskaufverträge immer dann nicht dem Vergaberecht, wenn die Realisierung von Bauleistungen oder eines Bauwerks nur Vertragsgrundlage ist, an deren Nichterfüllung ein Rücktritt, ein Widerkaufsrecht oder auch Vertragsstrafen geknüpft sind, ohne dass der Investor insoweit zur Bauleistung verpflichtet ist.

(3) Baurechtliche Vorgaben und Prüfungen nicht ausreichend

Der für eine Ausschreibungspflicht ausreichende Tatbestand der Erbringung einer „Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“ (s. § 99 Abs. 3 GWB) liegt nach dem EuGH nicht schon dann vor, wenn die öffentliche Hand die Baupläne des privaten Bauherrn lediglich in Ausübung ihrer städtebaulichen Zuständigkeit prüft oder in dieser Ausübung eine Entscheidung trifft. Damit macht der EuGH deutlich, dass der öffentliche Auftraggeber zur Anwendung des Vergaberechts als „Bauherr“ einen entscheidenden Einfluss auf die Erbringung und Durchführung der Bauleistung haben muss. Städtebaurechtliche Vorgaben der Gemeinde allein genügen hierzu keinesfalls.

(4) Keine Baukonzession bei Eigentumsrecht des Wirtschaftsteilnehmers

Der EuGH stellt schließlich klar, dass es an einer vergaberechtpflichtigen Baukonzession, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Bauleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks

oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht, in der Regel fehlt, wenn das Nutzungsrecht allein im Eigentumsrecht des entsprechenden Wirtschaftsteilnehmers verwurzelt ist. Daher kann einem Unternehmen keine Konzession an einer Immobilie erteilt werden, deren Eigentümer er nach der Grundstücksveräußerung ist. Der EuGH sieht weiter gewichtige Wettbewerbsgründe dafür (Rn. 79), dass eine unbefristete Erteilung von Konzessionen gegen die Rechtsordnung der Union verstoßen würde. Damit ist deutlich die Tendenz des EuGH erkennbar, nach der eine bei Grundstücksveräußerungen vorliegende unbefristete Erteilung von Konzessionen wegen Verstoßes gegen die EU-Rechtsordnung (Einheit der Rechtsordnung) auch nicht vergaberechtskonform ist.

5. Fazit

Der EuGH hat in deutlicher Klarheit eine knapp drei Jahre bestehende und auf der Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf fußende Rechtsunsicherheit für Kommunen und Investoren beendet. Auch die Rechtsbeständigkeit des seit dem April 2009 geltende § 99 GWB, mit dem kommunale Immobiliengeschäfte

grundsätzlich von der Ausschreibungspflicht freigestellt wurden, ist bestätigt worden. Insgesamt ist mit der EuGH-Entscheidung das kooperative deutsche Städtebaurecht gestärkt worden. Schwierige Projektentwicklungen und Verzögerungen bei Investorenauswahlverfahren infolge einer Anwendung des komplexen Vergaberechts und eingeleiteter Nachprüfungsverfahren gehören damit hoffentlich der Vergangenheit an.

Dennoch ist auf eines hinzuweisen: Der EuGH hat zwar das Bestehen eines EU-Vergabewettbewerbs für kommunale Immobiliengeschäfte verneint. Die Verpflichtung zur Durchführung eines „normalen Wettbewerbs“ (Investorenauswahlverfahren) können sich jedoch auch weiterhin aus haushaltsrechtlichen und beihilferechtlichen Gründen, aber auch aus der Anwendung des EG-Primärrechts (Wettbewerb, Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung) sowie aus Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichbehandlung) ergeben. Ein Auswahlprozess von Investoren im Wettbewerb für die Veräußerung und Entwicklung kommunaler Flächen sollte daher auch in Zukunft – wenngleich auch ohne Rückgriff auf das Vergaberecht – stattfinden.

Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen durch die Kommunen: Behandlung, Prüfung und Wertung der Angebote

Oberregierungsrat Hans Schaller, Burglengenfeld

Die für die Vergabe öffentlicher Aufträge erforderlichen Unterlagen bestehen aus dem eigentlichen Angebot, das ab einer vom Auftraggeber bestimmten Beschaffungshöhe in doppelter Ausfertigung verlangt werden sollte, und gegebenenfalls aus den Kalkulationsunterlagen. Diese Unterlagen sollen jeweils in verschiedenen, verschlossenen und einwandfrei gekennzeichneten Umschlägen eingereicht werden.

Die Behandlung, Prüfung und Wertung der Angebote, von der Anbringung des Eingangsvermerks bis zur Erteilung des Zuschlags, erfordert die Beachtung strenger formaler Vorgaben durch den öffentlichen Auftraggeber. Letztlich hängt die Rechtmäßigkeit der Beschaffung von der ordnungsgemäßen und transparenten Durchführung des gesamten Vergabeverfahrens ab.

Behandlung der Vergabeunterlagen

Regelungen zur Behandlung der Vergabeunterlagen bringt im nationalen Bereich für die förmlichen Verfahren¹ § 14 VOL/A, für

alle Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte² (EU-weite Vergabeverfahren, § 3 EG VOL/A, einschließlich der Verhandlungsverfahren) § 17 EG VOL/A. Danach sind

- auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote beim öffentlichen Auftraggeber ungeöffnet zu lassen, von einem unbeteiligten Bediensteten mit einem Eingangsvermerk zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten (§ 14 Abs. 1 Satz 1, § 17 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A),
- Elektronische Angebote und mittels Telekopie eingereichte Angebote auf geeignete Weise zu kennzeichnen,
- Elektronische Angebote verschlüsselt aufzubewahren,
- mittels Telekopie eingereichte Angebote auf geeignete Weise (z. B. durch Benutzung eines sogenannten Fax-Servers)³ unter Verschluss zu halten (§ 14 Abs. 1 Sätze 2 und 3, § 17 EG Abs. 1 Sätze 2 und 3 VOL/A).

Bei größeren Aufträgen, in der Praxis im Liefer- und Dienstleistungsbereich bei Auf-

tragssummen ab 1 Mio. Euro⁴,

- sollen die Angebotsunterlagen unmittelbar nach ihrem Eingang versiegelt und bis zum Eröffnungstermin in besondere Verwahrung genommen werden,
- sollte die für die Beschaffung zuständige Fachabteilung während dieser Zeit keinen Zugriff auf die Unterlagen haben⁵.

Öffnen, Kennzeichnen, Nachrechnen und Verwahrung der Angebote

Die Angebote sind unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist (§ 10 Abs. 1, § 12 EG VOL/A) gemeinsam durch mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers („Vier-

¹ Beschränkte oder Öffentliche Ausschreibung (§ 3 Abs. 1 bis 4 VOL/A).

² Der Schwellenwert beträgt für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im kommunalen Bereich seit 1. Januar 2010 allgemein 193.000 Euro, im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung und im Verkehrsbereich 387.000 Euro, für Lose von Dienstleistungsaufträgen 80.000 Euro, bei Losen unterhalb von 80.000 Euro deren addierter Wert ab 20 vom Hundert des Gesamtwertes aller Lose (alle Beträge von Umsatzsteuer, Verordnung der EU-Kommission Nr. 1177/2009 vom 30. November 2009 und § 2 der Vergabeverordnung – VgV – i. d. F. der Verordnung vom 7. Juni 2010, BGBl. I S. 724). Zur Schätzung der Schwellenwerte vgl. § 3 VgV.

³ Wenn die Anforderungen an die Unversehrtheit und Vertraulichkeit der Angebote (§ 13 Abs. 2, § 16 EG Abs. 2 VOL/A) nicht sichergestellt werden können, ist ein Angebot mittels Telekopie/ Fax nur bei Freihändiger Vergabe zulässig.

⁴ Die VOL/A enthält keine Vorgaben; Regelungen hierzu sollten im Rahmen der Vermeidung von Korruption und Manipulation im öffentlichen Auftragswesen örtlich getroffen werden.

⁵ Diese Regelung dient der Vermeidung von Manipulationen.

Augen-Prinzip“) zu öffnen („Eröffnungstermin“); Bieter sind dabei nicht zugelassen (§ 14 Abs. 2 Sätze 1 und 2, § 17 EG Abs. 2 Sätze 1 und 2 VOL/A).

Das geöffnete Angebot soll unverzüglich – z. B. durch Lochung mit einem besonderen „Lochstempel“ gekennzeichnet werden⁶,
– von erfahrenen und zuverlässigen Bediensteten darauf durchgesehen werden, ob Anhaltspunkte für eine Manipulationsabsicht (z. B. Doppelblätter, Bleistifteintragungen, Leerspalten, nicht ausgefüllte Positionen, sonstige Auffälligkeiten) vorliegen,
– auf rechnerische Richtigkeit überprüft werden („erste Prüfung“).

Die zum Öffnen, zur ersten Durchsicht und zum Nachrechnen eingesetzten Bediensteten („besondere Beauftragte“) sollten von der Beschaffungsstelle bzw. vom beauftragten Planer unabhängig sein.

Das Nachrechnen sollte auf mehrere Bedienstete verteilt werden. Es soll ein Verfahren angewendet werden, mit dem unter anderem auf der Basis eines Einheitspreisspiegels und einer Bieterangabelliste Normabweichungen deutlich gemacht werden können.

Werden die Angebote nicht mehr benötigt, sind sie sorgfältig wegzuschließen. Besteht der Verdacht einer Manipulationsabsicht, sollten, falls auf eine Zweitausfertigung verzichtet wurde, die betreffenden Angebote vor der eigentlichen Prüfung für Beweis Zwecke fotokopiert werden. Das geprüfte Angebot ist später mit der Zweitausfertigung / Fotokopie zu vergleichen und auf nachträgliche Änderungen durchzusehen.

Dokumentation

Die Öffnung der Angebote ist mindestens mit
– Name und Anschrift der Bieter,
– den Endbeträgen der Angebote und andere den Preis betreffende Angaben,
– Angaben ob und von wem Nebenangebote eingereicht worden sind
zu dokumentieren („Öffnungsdokumentation“, § 14 Abs. 2 Sätze 2 und 4, § 17 EG Abs. 2 Sätze 2 und 4 VOL/A)⁷.

Obwohl in die (Mindest-) Dokumentation die nicht
– ordnungsgemäß verschlossenen,
– äußerlich gekennzeichneten,
– ordnungsgemäß verschlüsselten,
– rechtzeitig bei der zuständigen Stelle eingegangenen
Angebote nicht (mehr) zwingend aufzunehmen sind⁸, sollten derartige Sachverhalte schon allein zur Vermeidung von Manipulationsvorwürfen bei der Angebotsöffnung dokumentiert werden⁹.

Verwahrung und vertrauliche Behandlung der Angebote

Die Angebote und ihre Anlagen sowie die Dokumentation über die Angebotsöffnung sind auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln (§ 14 Abs. 3, § 17 EG Abs. 3 VOL/A)¹⁰.

Soweit angefordert, bleiben die Zweitausfertigung des Angebots¹¹ und die Kalkulationsunterlagen bis zur Prüfung, z. B. durch eine überörtliche Prüfungseinrichtung oder ihrer Vernichtung in versiegeltem Zustand in der besonderen Verwahrung außerhalb der Fachabteilung.

Wenn sich eine nennenswerte Auftragserrhöhung, der Wegfall oder die Hinzunahme von finanziell bedeutsamen Leistungen oder erhebliche Mengenverschiebungen abzeichnen, sollte eine unabhängige Stelle, wie z. B. das Rechnungsprüfungsamt oder die Innenrevision, eingeschaltet werden, damit eine sofortige Prüfung erfolgen kann.

Aufklärung des Angebotsinhalts, Verbot von Verhandlungen mit Bietern

Bei förmlichen (Beschränkten oder Öffentlichen) Ausschreibungen bzw. bei Nichtoffenen oder Offenen Verfahren darf mit den Bietern zwischen der Öffnung der Angebote und der Zuschlagserteilung nur Kontakt aufgenommen werden, um Zweifel über die
– Angebote oder
– Eignung der Bieter (§ 6, § 6 EG VOL/A) zu beheben (§ 15 Satz 1, § 18 EG Satz 1 VOL/A). Verhandlungen jeder Art, wie z. B. Preisverhandlungen, sind dagegen unzulässig (§ 15 Satz 2, § 18 EG Satz 2 VOL/A).

Prüfung und Wertung der Angebote

Der „ersten Prüfung“ (§ 14, § 17 EG VOL/A) folgt unverzüglich nach dem Eröffnungstermin die in § 16, § 17 EG VOL/A geregelte eigentliche Prüfung und Wertung der Angebote. Danach sind die Angebote sind auf Vollständigkeit sowie auf rechnerische und fachliche¹² Richtigkeit zu prüfen (§ 16 Abs. 1 Satz 1, § 19 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A)¹³.

Erläuterungen und Nachweise, die auf Anforderung der Auftraggeber bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt wurden, können bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Frist nachgefordert werden („Nachfrist“, § 16 Abs. 2 Satz 1, § 17 EG Abs. 2 Satz 2 VOL/A). Eine Verpflichtung zu dieser Nachforderung durch den Auftraggeber besteht nicht. Die Unternehmen können sich also nicht darauf verlassen, dass der öffentliche Auftraggeber tatsächlich von der „Kann-Vorschrift“ des § 16 Abs. 2 Satz 1, § 17 EG Abs. 2 Satz 2 VOL/A Gebrauch macht.

Der öffentliche Auftraggeber wird von dem ihm eingeräumte Ermessen in der Praxis wohl nur dann Gebrauch machen, wenn sonst ein wirtschaftlicheres Angebot nach den Vorgaben in § 16 Abs. 3, § 19 EG Abs. 3 VOL/A vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müsste.

Das dem Auftraggeber eingeräumte Ermessen ist jedoch stets unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes sachgerecht und nicht willkürlich auszuüben. Andernfalls könnten auf den Auftraggeber Forderungen wegen der Diskriminierung eines Unternehmens zukommen. Im Vollzug der o. a. Vorgaben besteht auch ein Manipulationsrisiko. In der Praxis empfiehlt es sich daher

– bereits in den Vergabeunterlagen/ der Bekanntmachung darauf hinzuweisen, wie im Rahmen der Ermessensausübung § 16 Abs. 3 bzw. § 19 EG Abs. 3 VOL/A vollzogen wird oder
– jeweils von allen Bietern, von denen bis zum Ablauf der Angebotsfrist unvollständige Angebote vorgelegt wurden, die fehlenden Nachweise anzufordern.

Keine Nachforderungsmöglichkeit besteht bei fehlenden Preisangaben, sofern es sich nicht um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen (§ 16 Abs. 2 Satz 2, § 19 EG Abs. 2 Satz 2 VOL/A).

Angebotsausschluss

Angebote,
– die nicht die geforderten oder nachgeforderten (§ 16 Abs. 2, § 19 EG Abs. 2 VOL/A) Erklärungen und Nachweise enthalten,
– die nicht unterschrieben bzw. nicht elektronisch signiert sind,
– in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind,
– bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen vorgenommen worden sind,

⁶ Dabei ist darauf zu achten, dass die einzelnen Seiten des Leistungsverzeichnisses fest miteinander verbunden sind.

⁷ Hier handelt sich – im Verhältnis zu § 20, § 20 EG VOL/A – um eine gesonderte Dokumentation.

⁸ § 22 Nr. 4 Abs. 2 VOL/A a. F. sah eine solche Dokumentation noch zwingend vor.

⁹ Andernfalls wäre dies in der allgemeinen Dokumentation (§ 20, § 24 EG VOL/A) zu festzuhalten.

¹⁰ Diese Vorschrift stellt, wie auch § 111 GWB (Akteneinsicht), eine Spezialvorschrift im Verhältnis zu den Informationsfreiheitsgesetzen dar.

¹¹ Bzw. die vom Auftraggeber angefertigte Kopie des Angebots.

¹² Die Überprüfung auf fachliche Richtigkeit enthält auch die Überprüfung technischer Gesichtspunkte (Anhang IV – „Erläuterungen“ – zur VOL/A).

¹³ Nach den Erläuterungen in Abschnitt IV der VOL/A ist aus der Anordnung der Absätze des § 16 VOL/A keine verbindliche (justiziable) Prüfungs- und Wertungsreihenfolge abzuleiten. Danach stellen mögliche Abweichungen von der Reihenfolge des für EU-weite Vergaben zutreffenden § 19 EG VOL/A auch keinen Verstoß gegen § 97 Abs. 7 GWB dar.

– die nicht form¹⁴- oder fristgerecht eingegangen sind, sofern der Bieter dies zu vertreten hat¹⁵
sowie nicht zugelassene Nebenangebote (§ 8 Abs. 4, § 9 EG Abs. 5 VOL/A) und, bei EU-Vergaben, Nebenangebote welche die verlangten Mindestanforderungen nicht erfüllen (§ 9 EG Abs. 5 Satz 2 VOL/A), müssen von einer Prüfung und Wertung ausgeschlossen werden (§ 16 Abs. 3, § 19 EG Abs. 3 VOL/A)

Bei EU-weiten Ausschreibungen sieht § 19 EG Abs. 7 VOL/A einen weiteren Ausschlussgrund vor. Danach können Angebote, die aufgrund einer staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig sind, allein aus diesem Grund nur dann zurückgewiesen werden, wenn das Unternehmen nach Aufforderung innerhalb einer von den Auftraggebers festzulegenden ausreichenden Frist nicht nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde (§ 19 EG Abs. 7 Satz 1 VOL/A).¹⁶

Außerdem können nach § 16 Abs. 4 i. V. § 6 Abs. 5, § 19 EG Abs. 6 i. V. mit § 6 EG Abs. 6 VOL/A Angebote von Bietern ausgeschlossen werden (fakultative Auschlussstatbestände),

- über deren Vermögen das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt oder dieser Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist,
- die sich in Liquidation befinden,
- die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt,
- die ihre Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung nicht ordnungsgemäß erfüllt haben,
- die im Vergabeverfahren unzutreffende Erklärungen in Bezug auf ihre Eignung abgegeben haben.

Vergabe an geeignete Bieter

Bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, sind nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Eignung besitzen (§ 16 Abs. 5, § 19 EG Abs. 5 VOL/A).

Ungewöhnlich niedrige („unauskömmliche“) Angebote

Auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, darf der Zuschlag nicht erteilt werden (§ 16 Abs. 6, § 19 EG Abs. 6 VOL/A).

Ein offenes Missverhältnis zwischen Preis und Leistung ist dann anzunehmen, wenn der Preis von den Erfahrungswerten wettbewerblicher Preisbildung so grob abweicht, dass dies sofort ins Auge fällt. Die Vergabestelle wird in ihre Abwägung, ob ein offenes Missverhältnis vorliegt, alle Erkenntnisse zur Beurteilung des

Preis-/Leistungsverhältnisses im Einzelfall einbeziehen¹⁷. Dazu verlangen die Auftraggeber vom Bieter Aufklärung, wenn ein Angebot im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint.

Dabei bietet sich z. B. eine Prüfung der Einzelposten oder die Anforderung von Belegen an.

Benennung / Gewichtung von Zuschlagskriterien

Bei der Wertung der Angebote berücksichtigen die Auftraggeber vollständig und ausschließlich die Kriterien, die in der Bekanntmachung (§ 12 VOL/A) oder den Vergabeunterlagen (§ 8 VOL/A) genannt sind (§ 16 Abs. 7, § 19 EG Abs. 8 VOL/A).

Im Gegensatz zur nationalen Regelung (§ 16 Abs. 7 VOL/A) sieht § 19 EG Abs. 8 VOL/A für überschwellige Vergaben vor, dass bei der Wertung der Angebote die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannten Kriterien entsprechend der Gewichtung zu berücksichtigen sind.¹⁸

In diesem Zusammenhang ist auch auf § 4 Abs. 6 VgV n. F.¹⁹ hinzuweisen. Nach den dortigen Vorgaben findet § 19 EG VOL/A mit der Maßgabe Anwendung, dass der Energieverbrauch von technischen Geräten und Ausrüstungen als Kriterium bei der Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigt werden kann²⁰.

Zuschlagskriterien

Bei der Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigen die Auftraggeber nach § 16 Abs. 8 VOL/A verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, beispielsweise

- Qualität,
- Preis,
- technischer Wert,
- Ästhetik,
- Zweckmäßigkeit,
- Umwelteigenschaften,
- Betriebskosten,
- Lebenszykluskosten,
- Rentabilität,
- Kundendienst und technische Hilfe,
- Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist.

Aufhebung von Vergabeverfahren

Die Vergabeverfahren können nach § 17 Abs. 1, § 20 EG Abs. 1 VOL/A ganz oder bei Vergabe nach Losen auch teilweise aufgehoben werden, wenn

- kein Angebot eingegangen ist, das den Bewerbungsbedingungen entspricht,
- sich die Grundlagen der Vergabeverfahren wesentlich geändert haben²¹,
- sie kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt haben²²,
- andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Die Bewerber oder Bieter sind von der Aufhebung der Vergabeverfahren unter Bekanntgabe der Gründe unverzüglich zu benachrichtigen (§ 17 Abs. 2, § 20 EG Abs. 2 VOL/A). Dabei genügt es nicht, auf den Wortlaut von § 17 Abs. 1 Buchst. a) b) bis d), § 20 EG Abs. 1 Buchst. a) bis d) VOL/A zurückzugreifen. Vielmehr bedarf es einer genaueren Angabe der Gründe.

Nicht geregelt ist, in welcher Form die Benachrichtigung zu erfolgen hat. Für die Praxis empfiehlt sich schon aus Gründen der Beweissicherung die Textform.

Eine besondere Form der Benachrichtigung eines im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft bekannt gemachten Auftrages sieht § 20 EG Abs. 3 VOL/A vor²³. Danach teilen die Auftraggeber den Bewerbern oder Bietern nach Aufhebung des Vergabeverfahrens unverzüglich die Gründe für ihre Entscheidung mit, auf eine Vergabe zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Auf Antrag teilen sie ihnen dies auch in Textform mit²⁴.

Aufhebung des Verfahrens bei Freihändigen Vergaben

Auch bei Freihändigen Vergaben wird ein schutzwürdiges Interesse des Bieters oder Bewerbers auf eine nachvollziehbare und willkürfreie Beendigung des Vergabeverfahrens durch eine potentielle Aufhebung gesehen.

Die Vorschriften zur Aufhebung von Vergabeverfahren (§ 17 Abs. 1 VOL/A) sollen daher, im Gegensatz zur bisherigen Regelung in § 26 VOL/A 2006, zumindest vom Wortlaut her für alle Vergabeverfahren, also auch für Freihändige Vergaben gelten. Ob dies allerdings in der Praxis bei der Vielzahl von kleineren Beschaffungen im Rahmen einer Freihändigen, zum Teil

¹⁴ Der öffentliche Auftraggeber hat die freie Wahl der Kommunikationsmittel (§ 11 Abs. 1, § 13 EG Abs. 1 VOL/A) und kann demzufolge ein schriftliches Angebot ausschließen, wenn er z. B. nach § 13 Abs. 1 Satz 1, § 16 EG Abs. 1 VOL/A nur elektronische Angebote zugelassen hat.

¹⁵ Die Beweislast liegt hier beim Bieter, vgl. dazu auch Berichtigung der VOL/A 2009 vom 19. 2. 2010, BAnz. Nr. 32 vom 26. 2. 2010.

¹⁶ Auftraggeber, die unter diesen Umständen ein Angebot zurückweisen, müssen die Kommission der Europäischen Gemeinschaften darüber unterrichten.

¹⁷ Anhang IV - „Erläuterungen“ - zur VOL/A.

¹⁸ Bei nationalen Vergaben ist dies nicht zwingend vorgeschrieben. Hier reicht es, die Zuschlagskriterien überhaupt anzugeben.

¹⁹ BGBl I S. 724.

²⁰ Damit wird der vergaberechtliche Teil der Richtlinie 2006/32/EG vom 5. April 2006 (Energieeffizienzrichtlinie) in das nationale Recht umgesetzt.

²¹ Wie z. B. bei einem nicht vorhersehbaren Haushaltsmittelstopp.

²² Hierunter ist auch der Fall zu verstehen, dass selbst das Mindestangebot zu hoch befunden wurde (Anhang IV - „Erläuterungen“ - zur VOL/A)

²³ Für den nationalen Bereich fehlt eine entsprechende Regelung.

²⁴ Diese Verpflichtung gilt allerdings nicht bei Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb; hier gilt lediglich die Mitteilungspflicht nach § 20 EG Abs. 1 VOL/A.

mündlichen, Angebotseinholung vollziehbar ist, mag bezweifelt werden.

Zuschlag

Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, wobei der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend ist (§ 18 Abs. 1, § 21 EG Abs. 1 VOL/A).

Das wirtschaftlichste Angebot ist

- unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu ermitteln,
- dasjenige Angebot, bei dem das günstigste Verhältnis zwischen der gewünschten Leistung und dem angebotenen Preis erzielt wird.

Maßgebend für die Leistung sind alle auftragsbezogenen Umstände (siehe auch § 16 Abs. 8 VOL/A). Nichtauftragsbezogene Gesichtspunkte dürfen als Kriterien bei der Wertung der Angebote nicht herangezogen werden²⁵.

Mit der Annahme des Angebotes (Zuschlag, § 18 Abs. 2 VOL/A), die in Schriftform, elektronischer Form oder mittels Telekopie erfolgt, kommt der Vertrag zustande. Weicht der Zuschlag vom ursprünglichen Angebot ab oder ist der endgültige Vertragsinhalt erst durch mehrere Verhandlungen, festgelegt worden, ist, um eine Übereinstimmung zwischen Antrag (Angebot) und Annahme (Zuschlag) herzustellen, eine besondere Vertragsurkunde erforderlich.

Bei einer Zuschlagserteilung

- in elektronischer Form genügt im nationalen Bereich eine „fortgeschrittene elektronische Signatur“, in den Fällen des § 3 Abs. 5 Buchst. i) VOL/A²⁶ eine „elektronische Signatur“ nach dem Signaturgesetz²⁷,
- durch Telekopie genügt die Unterschrift auf der Telekopievorlage (§ 18 Abs. 3 VOL/A)²⁸.

Informations-, Bekanntmachungs- und Wartepflichten

In den §§ 19, 22 EG und 23 EG VOL/A sind verschiedene Informations-, Bekanntmachungs- und Wartepflichten enthalten.

a) Nach § 19, § 22 EG Abs. 1 VOL/A teilen die Auftraggeber unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang eines entsprechenden Antrags, den nicht berücksichtigten

- Bieter die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie den Namen des erfolgreichen Bieters und
- Bewerber die Gründe für ihre Nicht-

berücksichtigung mit.

§ 22 EG VOL/A dehnt dabei die Informationspflicht über die Vorgaben der Richtlinie 2004/18/EG hinaus aus.

Weiter müssen die Auftraggeber nach Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb (§ 3 Abs. 4 VOL/A) und Freihändigen Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb (§ 3 Abs. 5 VOL/A) zur Erhöhung der Transparenz im Vergaberecht für die Dauer von drei Monaten über jeden vergebenen Auftrag ab einem Auftragswert von 25.000 Euro ohne Umsatzsteuer auf Internetportalen²⁹ oder ihren Internetseiten informieren (§ 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A, Ex-post-Transparenz). Der Mindestinhalt dieser Information wird in § 19 Abs. 2 Satz 2 VOL/A wie folgt angegeben:

- Name des Auftraggebers und dessen Beschaffungsstelle sowie deren Adressdaten,
- Name des beauftragten Unternehmens; soweit es sich um eine natürliche Person handelt, ist deren Einwilligung einzuholen (siehe § 4 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz) oder die Angabe zu anonymisieren,
- Vergabeart,
- Art und Umfang der Leistung,
- Zeitraum der Leistungserbringung.

Bisher nicht bedachte Unternehmen sollen damit zu deren verbesserten Marktübersicht über den Bedarf des öffentlichen Auftraggebers informiert werden.

Allerdings können die Auftraggeber die Informationen zurückhalten, wenn die Weitergabe den Gesetzesvollzug vereiteln würde, sonst nicht im öffentlichen Interesse läge, oder die berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen oder den fairen Wettbewerb beeinträchtigen würde (§ 19 Abs. 3, § 22 EG Abs. 2 VOL/A).

Mit § 19 VOL/A werden im unterschweligen Bereich im Wesentlichen die gleichen Informationspflichten gegenüber nicht berücksichtigten Angeboten übernommen, wie sie bisher nur im EU-Bereich üblich waren (siehe § 27 a VOL/A 2006).

Unabhängig von der Informationspflicht nach § 22 EG VOL/A sieht § 101 a GWB zwingend eine Pflicht zur Information vor der Zuschlagserteilung vor. Beide Informationspflichten treffen unterschiedliche Sachverhalte. § 22 EG VOL/A soll die Ex-post-Transparenz gewährleisten, § 101 a GWB dient einem effektiven Rechtsschutz.

Bekanntmachung über die Auftragserteilung

Bei EU-weiten Vergaben müssen die Auftraggeber innerhalb von 48 Tagen nach Vergabe des Auftrags über jeden vergebene

nen Auftrag eine gesonderte Mitteilung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften machen³⁰ (§ 23 EG Abs. 1 Satz 1).

Diese Mitteilung richtet sich zwingend nach den Vorgaben im Anhang III der Verordnung (EG) zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rats in der jeweils geltenden Fassung.

Die Auftraggeber brauchen bestimmte Angaben über die Auftragsvergabe jedoch nicht mitzuteilen, wenn die Weitergabe den Gesetzesvollzug vereiteln würde oder dies dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft, die legitimen geschäftlichen Interessen einzelner öffentlicher oder privater Unternehmen berührt oder den fairen Wettbewerb zwischen den Unternehmen beeinträchtigen würde (§ 23 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A).

Bei der Mitteilung von vergebenen Aufträgen über Dienstleistungen nach Anhang I B zur VOL/A geben die Auftraggeber an, ob sie mit der Veröffentlichung einverstanden sind (§ 23 EG Abs. 2 VOL/A).

Bei Rahmenvereinbarungen umfasst die Bekanntmachung den Abschluss der Rahmenvereinbarung, aber nicht die Einzelaufträge, die aufgrund der Rahmenvereinbarung vergeben wurden (§ 23 EG Abs. 3 VOL/A).

Die Auftraggeber können die Bekanntmachung nach § 23 EG Abs. 1 VOL/A mit dem Ergebnis der Vergabe der Einzelaufträge im Rahmen eines dynamisch elektronischen Verfahrens pro Quartal eines Kalenderjahres zusammenfassen. In diesem Fall versenden sie die Zusammenstellung spätestens 48 Tage nach Quartalsende (§ 23 EG Abs. 4 VOL/A).

²⁵ Anhang IV – „Erläuterungen“ – zur VOL/A

²⁶ Dies sind Fälle, bei denen die Freihändige Vergabe bis zu einem bestimmten, von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde festgesetzten Höchstbetrag zugelassen wurde.

²⁷ Für den überschwelligen Bereich fehlt in § 21 EG Abs. 3 eine entsprechende Vorschrift.

²⁸ Vgl. dazu auch § 13 Abs. 1 VOL/A.

²⁹ Internetportale in diesem Sinne sind nach den Erläuterungen zu § 12 Abs. 1 Satz 2 in Abschnitt IV der VOL/A Internetseiten, die verschiedene regelmäßig benötigte Dienste bündeln oder eine Übersicht für den Einstieg in einen Themenkomplex schaffen. Über in aller Regel leicht bedienbare, sichere und personalisierbare Zugangssysteme erhält der Anwender mit Rücksicht auf seine jeweiligen Zugriffsberechtigungen einen internetbasierten Zugang zu Informationen, Anwendungen, Prozessen und Personen, die auf den durch das Portal erschlossenen Systemen verfügbar sind.

³⁰ Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2, rue Mercier, L-2985 Luxemburg

Informations- und Wartepflicht nach § 101 a GWB

Bei überschwelligen Vergaben hat der Auftraggeber die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über

- den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll,
- die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und
- den frühesten Zeitpunkt des Vertragschlusses unverzüglich in Textform zu informieren (§ 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB).

Diese Informationspflicht gilt auch für Be-

werber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist (§ 101 a Abs. 2 Satz 1 VOL/A).

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach § 101 a Abs. 1 Sätze 1 und 2 VOL/A geschlossen werden (§ 101 Abs. 1 Satz 3 GWB). Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der In-

formation durch den Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an (§ 101 a Abs. 1 Sätze 4 und 5 VOL/A).

Diese Informationspflicht entfällt lediglich in Fällen, in denen das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist (§ 101 a Abs. 2 GWB).

Unwirksamkeit des Vertrages

Wird die Pflicht zur Information bzw. die Wartepflicht nicht beachtet, tritt unter den in § 101 b GWB genannten Voraussetzungen die Unwirksamkeit des Vertrages ein.

Neue Vergabeverordnung (VgV) in Kraft getreten

Bernd Düsterdiek, Referatsleiter im Deutschen Städte- und Gemeindebund

Die Verordnung zur Anpassung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) ist am Donnerstag, 10.06.2010, im Bundesgesetzblatt I Nr. 30 Seite 724 verkündet worden und damit am Freitag, 11. Juni 2010 in Kraft getreten.

Mit der neuen Vergabeverordnung können endgültig die bereits im Bundesanzeiger verkündeten (VOB/A: Bundesanzeiger vom 15.10.2009, VOL/A: Bundesanzeiger vom 29.12.2009 und VOF: Bundesanzeiger vom 18.11.2009) und novellierten Vergabe- und Vertragsordnungen, also die neue VOB/A, die VOL/A und die VOF in Kraft treten. Dies gilt unmittelbar wegen der entsprechenden Verweisung in der Vergabeverordnung für alle Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte (VOB/A: 4,845 Mio. €; VOL/A und VOF: 193.000 €, jeweils ohne Umsatzsteuer) und damit für die 2. Abschnitte von VOB/A und VOL/A sowie für die VOF.

Bei Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte ist das Vergaberecht für die öffentlichen Auftraggeber Haushaltsrecht. Die neuen ersten Abschnitte der VOB/A und der VOL/A treten damit nicht automatisch am 11. Juni, also unmittelbar nach Inkrafttreten der nur für die Oberschwellenvergaben geltende neue Vergabeverordnung (VgV), in Kraft. Vielmehr sind zur Inkraftsetzung der VOB/A 2009 und VOL/A 2009 (1. Abschnitt) noch gesonderte Erlasse der für die jeweiligen Auftraggeber maßgeblichen Dienststellen bzw. der (vorgesehenen) Behörden, Regierungen etc. erforderlich. Dies sind für die Städte und Gemeinden die jeweiligen Landesregierungen. Von daher ist den Kommunen zu raten, vor einer endgültigen Anwendung der neuen VOB/A und VOL/A (1.

Abschnitt) die zukünftigen Länderregelungen für Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte abzuwarten.* Lediglich in Rheinland-Pfalz war bereits vorab eine Inkraftsetzung der VOB/A und der VOL/A (1. Abschnitt) auf der Grundlage der dort geregelten dynamischen Verweisung erfolgt.

Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) hat zudem darauf hingewiesen, dass ab dem 11.06.2010 das überarbeitete und an die VOB/A 2009 angepasste Vergabe- und Vertragshandbuch für Baumaßnahmen des Bundes (VHB Bund) auf den Internetseiten des BMVBS (www.bmvbs.de / Bauwesen / Bauauftragsvergabe) verfügbar ist. Das Vergabehandbuch wird bei der Durchführung von Bauvorhaben des Bundes als Arbeitsmittel für die Vergabe und für die vertragliche Abwicklung von Bauleistungen genutzt. Die Veröffentlichung des neuen Vergabe- und Vertragshandbuchs wird von einem Anwendungserlass des BMVBS (zur Anwendung der VOB/A 2009) begleitet werden.

Die Novellierung der Vergabeverordnung hat – kurzgefasst – zu folgenden Veränderungen geführt:

– Hinweis, dass für Sektorenauftraggeber (Trinkwasser, Energieversorgung und Verkehr) die Sektorenverordnung (SektVO vom 23.09.2009) zur Anwendung kommt (§ 1 Abs. 2 VgV). Die 3. und 4. Abschnitte von VOB/A und VOL/A sind damit entfallen

– Die Neuregelung der EU-Schwellenwerte findet sich in der Vergabeverordnung in § 2 VgV

– § 3 VgV über die Schätzung des Auf-

tragswerts ist redaktionell neu gefasst worden.

- In der VgV ist erstmalig eine Berücksichtigung des „Energieverbrauchs“ im Rahmen der Leistungsbeschreibung und als Zuschlagskriterium vorgesehen (s. § 4 Abs. 6 und § 6 Abs. 2 VgV). Damit ist sowohl für die VOB/A als auch für die VOL/A eine einheitliche Umsetzung des vergaberelevanten Teils der EU-Richtlinie 2006/32/EG – „Energieeffizienz und Energiedienstleistungen“ erfolgt.
- Die Regelung über den „Wettbewerblichen Dialog“ ist in der Vergabeverordnung entfallen. Stattdessen ist eine vollständige Übernahme dieser Normen in die novellierten Abschnitte 2 der VOB/A und VOL/A erfolgt.
- Entfallen sind die bisherigen Regelungen der §§ 7 bis 13 VgV, insbesondere über die Vorinformationspflicht des Auftraggebers gegenüber den nicht berücksichtigten Bietern. Diese Regelungen wurden in das GWB vom 20. April 2009 bzw. in die neue SektVO überführt und übernommen.
- Zukünftig erfolgt keine Veröffentlichung des CPV-Codes mehr im Bundesanzeiger, sondern nur noch der Änderungen (§ 14 Abs. 2 VgV).
- Eine Zusammenfassung der bislang in § 30a VOL/A und § 19 VOF geregelten Melde- und Berichtspflichten ist im neuen § 17 VgV erfolgt.
- Schließlich hat eine vollständige Streichung des Abschnitts 2 der VgV (Nachprüfungsverfahren) stattgefunden. Die Übernahme der Nachprüfungsbestimmungen in das GWB ist bereits erfolgt (vgl. § 102 ff. GWB).

Die Neufassung der Vergabeverordnung kann im Internet unter www.dstgb-vis.de abgerufen werden.

* Anmerkung der Redaktion: vgl. nachfolgenden Beitrag S. 165

Die Neuregelungen der Schleswig-Holsteinischen Vergabeverordnung

Nadine Schulz, Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein

Am 29.09.2009 ist die Bundesverordnung zur Neuregelung der für die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung anzuwendenden Regeln vom 23. September 2009 (SektVO) in Kraft getreten. Sie dient der endgültigen Umsetzung der Richtlinie 2004/17/EG in nationales Recht und regelt den Mindeststandard für die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge im sog. Sektorenbereich. Die SektVO dient ferner dem Ziel, die bisher in den Abschnitten 3 und 4 der VOL/A und der VOB/A enthaltenen komplexen Regelungen für den Sektorenbereich zu verschlanken, auf das notwendige Maß zu reduzieren, in einer Vorschrift zusammenzufassen und in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich gleiche Bedingungen zu schaffen. Die spezifischen Regelungen der Vergabeverordnung des Bundes (VgV) für den Sektorenbereich sowie auch die 3. und 4. Abschnitte der VOL/A und VOB/A wurden im Zuge der SektVO aufgehoben, stattdessen wurde für diesen Bereich eine

neue eigene Verordnung, die SektVO, geschaffen.

Bei öffentlichen Aufträgen im unter-schweligen Sektorenbereich in Schleswig-Holstein fanden aufgrund der globalen Anwendungs- verpflichtung aus § 14 Abs. 3 Nr. 1 und 2 Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz (MFG) und § 5 Schleswig-Holsteinische Vergabeverordnung (SHVgVO) bis zur besagten Aufhebung die 3. und 4. Abschnitte der VOL/A und VOB/A Anwendung. Die SektVO gilt unmittelbar nur für den ober-schweligen Bereich. Da die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich in Schleswig-Holstein auch vor Inkrafttreten der SektVO im ober-schweligen Bereich (über § 7 VgV a.F.) sowie im unter-schweligen Bereich (über § 14 Abs. 3 Nr. 1 und 2 MFG i.V.m. § 5 SHVgVO) den gleichen Regelungen – nämlich denen der 3. und 4. Abschnitte der VOL/A und der VOB/A – unterworfen war und um die öffentlichen Auftraggeber im Sektorenbereich auch im unter-schweligen Bereich

von den weniger strengen und regelungsintensiven Vorschriften der SektVO profitieren zu lassen, hat das Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr (MWW) die SHVgVO per Änderungsverordnung dergestalt angepasst, dass die Vorschriften der SektVO auf Aufträge im unter-schweligen Sektorenbereich entsprechende Anwendung finden. Ferner enthält die SHVgVO in ihrer neuen Fassung erstmals eine Bagatellgrenze. Danach müssen bei Aufträgen bis zu einem Auftragswert von 500 EUR netto die VOL/A, VOB/A sowie die SektVO nicht angewendet werden. Die SHVgVO in ihrer neuen Fassung wird voraussichtlich im Juli im Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlicht und am folgenden Tag in Kraft treten. Im Zuge der nächsten Änderung wird zudem das MFG um eine Anwendungs- verpflichtung der Vorschriften der SektVO ergänzt.

Darüber hinaus ist die seit langem erwartete VgV am 10.06.2010 im Bundesgesetzblatt verkündet worden und damit am 11.06.2010 in Kraft getreten. Die Vergabeverordnung verpflichtet öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der neuen VOL/A sowie der neuen VOB. Das MWW wird die neue VOL/A sowie die neue VOB gleichzeitig mit Verkündung der neuen Fassung der SHVgVO im Gesetz- und Verordnungsblatt für verbindlich erklären.

Aus der Rechtsprechung

Keine Ausschreibungspflicht für Anmietung einer geringfügig umzubauenden Bestandsimmobilie
GWB § 99, § 100 Abs. 2 lit. h, § 101 b Abs. 2

1. Der „Beginn“ eines Vergabeverfahrens ist nicht formell - orientiert an bestimmten vergabetypischen Verfahrensschritten –, sondern materiell zu bestimmen. Maßnahmen zur bloßen Markterkundung sind noch nicht als Beginn eines Vergabeverfahrens anzusehen. In Abgrenzung dazu ist der Beginn eines materiellen Vergabeverfahrens erst dann anzunehmen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine bestimmte Maßnahme definiert hat und hierzu hinreichend konkret bestimmte Aufträge an Dritte vergeben will, so dass sich die Frage stellt, wer den Auftrag erhalten soll.
2. Die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit eines vergaberechtswidrigen Vertrages ist eine Ausschlussfrist, die keiner Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zugänglich ist. Für den Beginn oder den Ablauf der 30-Tage-Frist ist eine Belehrung der Verga-

bestelle über die Berechnung der Frist, die Folgen einer Versäumung der Frist oder darüber, bei welcher Stelle die Unwirksamkeit eines vergaberechtswidrigen Vertrages geltend zu machen ist, nicht erforderlich.

3. Der Vertrag über die Anmietung einer Bestandsimmobilie ist vergaberechtsfrei. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das angemietete Objekt erst noch zu errichten ist und der öffentliche Auftraggeber mit dem (künftigen) Vermieter die Errichtung des Objekts nach seinen Spezifikationen vereinbart. In diesem Fall enthält ein als „Mietvertrag“ bezeichneter Vertrag alle Elemente eines öffentlichen Bauauftrages.
4. Werden bei der Anmietung einer Bestandsimmobilie Bauleistungen in einem (geringen) Umfang vereinbart, so dass sie als „Nebearbeiten im Verhältnis zum Hauptgegenstand“ zu bewerten sind, bleibt der Mietvertrag vergaberechtsfrei. Das gilt auch dann, wenn der Mietvertrag abgeschlossen worden ist, nachdem ein zuvor ausgeschriebener Bauvertrag für ein an-

deres Objekt, das der gleichen Nutzung dienen sollte, gescheitert ist.

OLG Schleswig (Vergabesenat), Beschluss vom 01. April 2010. 1 Verg 5/09

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin erstrebt die Feststellung der Unwirksamkeit eines zwischen dem Beschwerdegegner und der Beigeladenen Ende Juli 2009 abgeschlossenen Vertrages.

Der Beschwerdegegner schrieb 2007 die Bereitstellung eines Verwaltungsgebäudes (Kreishaus) im Rahmen eines sog. PPP-Projektes aus. Der Auftragnehmer sollte u. a. die Planung, den Bau und Betrieb sowie die Wartung, Instandhaltung und Reinigung des Gebäudes übernehmen. Nach Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beschwerdeführerin schloss der Beschwerdegegner mit dieser einen „Entwicklungs- und Mietvertrag“ über eine Laufzeit von 25 Jahren ab; in dem Vertrag behielt der Beschwerdegegner sich den Rücktritt vor, falls bis Mitte April 2009 keine Baugenehmigung vorliegt und mit den Bauarbeiten nicht begonnen worden ist. Bezugnehmend darauf erklärte der Beschwerdegegner am 2. Juni 2009 den Rücktritt vom Vertrag.

Ab Mitte April führte der Beschwerdegegner Gespräche mit einem Immobilienmakler über die Anforderungen an ein Gebäude, das von der Kreisverwaltung genutzt werden könnte. In diesem Zusammenhang wurden auch die Verdingungsunterlagen aus dem Jahr 2007 und das Funktions- und Flächenprogramm der Kreisverwaltung ausgehändigt. Nach weiteren Gesprächen kam der Beschwerdegegner zu dem Schluss, dass in dem zuvor von einer Privatfirma genutzten Bürogebäude am T.-Platz 1 in E. die Nutzungsanforderungen erfüllt werden können. Ende Juli 2009 schloss er mit der Beigeladenen einen „Mietvertrag“ über das Gebäude mit einer Laufzeit von 25 Jahren (mit Verlängerungsoption). Der Vertragsschluss wurde am 12. August 2009 im Amtsblatt der Europäischen Union (S. 153 f.) bekannt gemacht.

Ihren Nachprüfungsantrag hat die Beschwerdeführerin damit begründet, der Ende Juli 2009 abgeschlossene Vertrag sei ein öffentlicher Auftrag, der ohne das gebotene Vergabeverfahren erteilt worden und daher nichtig sei. Die gesetzliche Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit habe nicht mit der Vergabebekanntmachung vom 12. August 2009 begonnen, weil diese Bekanntmachung lückenhaft erfolgt sei.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen, da hier die Ausnahmenvorschrift des § 100 Abs. 2 lit. h GWB gelte. Es liege kein „verdeckter“ Bauauftrag vor, denn der Mietvertrag betreffe eine Bestandsimmobilie. Vereinbarte Umbauten gingen nicht über übliche Anpassungen hinaus. Der Vertrag sei auch nicht als Dienstleistungsauftrag im Sinne eines „Facility Managements“ einzuordnen.

Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die gemäß § 116 Abs. 1 GWB statthafte sofortige Beschwerde ist unbegründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zu Recht zurückgewiesen. Der Antrag ist bereits unzulässig, weil er nach Ablauf der in § 101 b Abs. 2 GWB bestimmten Frist gestellt worden ist (unten 1.). Unabhängig davon teilt der Senat die Beurteilung der Vergabekammer, dass dem [Ende] Juli 2009 abgeschlossenen Vertrag kein Vergabeverfahren vorauszu-gehen hatte, weil die Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 lit. h GWB erfüllt sind (unten 2. und 3.). ...

1. Die Unwirksamkeit des [Ende] Juli 2009 abgeschlossenen Vertrages kann nur festgestellt werden, wenn die Beschwerdeführerin sie in einem Nachprüfungsverfahren fristgerecht geltend macht. Nachdem der Beschwerdegegner den Abschluss des Vertrages, also das, was die Beschwerdeführerin für eine Auftragsvergabe hält, am 12. August 2009 im Amtsblatt

der Europäischen Union bekannt gemacht hat, endete die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage danach (§ 101 b Abs. 2 Satz 2 GWB), mithin spätestens am 12. September 2009 (§ 187 BGB).

Diese Frist hat die Beschwerdeführerin verfehlt, denn sie hat die Unwirksamkeit des o. g. Vertrages erstmals am 6. Oktober 2009 geltend gemacht. Die Frist des § 101 b Abs. 2 Satz 2 GWB ist eine Ausschlussfrist, deren Ablauf – ohne Wieder- einsetzungsmöglichkeit – zum Rechtsverlust betroffener Bieter führt.

Die Einwände der Beschwerdeführerin gegen die Anwendung des § 101 b Abs. 2 GWB greifen nicht durch. Weder ist im vorliegenden Fall die – nicht an eine Frist gebundene – (Vorgänger-)Bestimmung des § 13 VgV anzuwenden (unten a) noch wird der Ablauf der 30-Tage-Frist durch den Inhalt der Vergabebekanntmachung vom 12. August 2009 in Frage gestellt (unten b).

a) Gemäß § 131 Abs. 8 GWB wäre § 13 VgV noch anzuwenden, wenn das Vergabeverfahren, das zum Abschluss des Vertrages von [Ende] Juli 2009 geführt hat, vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 23. April 2009 (BGBl. I S. 790) am 24. April 2009 (Art. 4 des Gesetzes) begonnen hätte. Das ist nicht der Fall.

Das 2007 durchgeführte Vergabeverfahren war mit dem Zuschlag zu Gunsten der Beschwerdeführerin abgeschlossen. Jenes Verfahren konnte durch die Vorgänge im Jahr 2009 weder fortgesetzt noch nach dem Rücktritt des Beschwerdegegners vom Vertrag wieder aufgegriffen werden. In Betracht kommt nur, dass der Beschwerdegegner eine dem Anwendungsbereich der §§ 99, 100 GWB unterfallende Beschaffungsabsicht nach dem Scheitern des im April 2008 abgeschlossenen Vertrages mit der Beschwerdeführerin erneut aufgegriffen hat. Das „Scheitern“ in diesem Sinne war erst mit der Erklärung des Beschwerdegegners über den Rücktritt von dem im April 2008 abgeschlossenen Vertrag gegeben. Diese Rücktrittserklärung erfolgte am 2. Juni 2009. Ein danach eingeleitetes Vergabeverfahren unterlag damit dem „neuen“ Recht des § 101 b Abs. 2 GWB.

Die Beschwerdeführerin erinnert demgegenüber daran, dass der „Beginn“ eines Vergabeverfahrens nicht formell – orientiert an bestimmten vergabetypischen Verfahrensschritten –, sondern materiell danach zu bestimmen sei, wann ein öffentlicher Auftraggeber zur Deckung eines fortbestehenden Bedarfs entschlossen ist und „mit organisatorischen und/oder planenden Maßnahmen begonnen hat zu regeln, auf welche Weise, insbesondere in welcher Vergabeart und mit welchen gegenständlichen Leistungsanforderungen, das Beschaffungsvorhaben eingeleitet und durchgeführt und wie die Person oder

der Personenkreis des oder der Leistenden ermittelt und mit dem Endziel des Abschlusses eines entgeltlichen und verbindlichen Vertrages ausgewählt werden soll“ (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Mai 2002, VII-Verg 8-15/01 [bei Juris Tz. 47] sowie Beschluss vom 20. Juni 2001, VII-Verg 3/01, NZBau 2001, 696; BayObLG, Beschluss vom 22. Januar 2002, Verg 18/01, NZBau 2002, 397 [bei Juris Tz. 18]). Bei Zugrundelegung dieses Ansatzes sei zu berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner schon in der Zeit der „Krise“ des mit der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Vertrages vom April 2008 anderweitige Bemühungen zur „Beschaffung“ eines neuen Kreisverwaltungsgebäudes eingeleitet habe. Kontakte zu einem Makler hätten schon Mitte April bestanden; dieser habe aufgrund des ihm übergebenen, im Juni 2007 erstellten „Funktions- und Flächenprogramms der Kreisverwaltung P.“ ein „Angebot über Mietflächen“ überreicht.

Aus den genannten Vorgängen ergibt sich kein tragfähiger Ansatzpunkt dafür, den Beginn eines (de-facto-)Vergabeverfahrens, das hinsichtlich der Beschaffungsform und der Kriterien für eine Auftragserteilung schon hinreichend konkretisiert war, schon vor dem 24. April 2009 zu datieren. Zum einen stand seinerzeit noch nicht abschließend fest, ob ein Rücktritt von dem im April 2008 abgeschlossenen Vertrag tatsächlich erfolgen sollte. Die Beschlussfassung im Hauptausschuss bzw. im Kreistag ist dazu erst Mitte bis Ende Mai 2009 erfolgt. Zum anderen ist ein öffentlicher Auftraggeber – gerade – in der Phase einer „Vertragskrise“ nicht gehindert, schon vor einem Rücktritt vom Vertrag anderweitige Möglichkeiten einer Problemlösung zu sondieren. Diese können – je nach Profil des Bedarfs und der Struktur des Marktes – von einer „Eigendeckung“ über eine Anmietung bis hin zu einer Neuausschreibung nach dem Konzept reichen, das bereits 2007 praktiziert worden ist. Die Sondierung und Erkundung der insoweit gegebenen Möglichkeiten ist noch keine (de-facto-)Vergabetätigkeit des öffentlichen Auftraggebers. Eine „bloße Ausforschung des Marktes durch den öffentlichen Auftraggeber“ und ein lediglich zu diesem Zweck aufgenommener Kontakt unterliegt nicht dem Vergaberechtsregime (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Mai 2002, a.a.O.). In Abgrenzung zu einer bloßen Markterkundung ist der Beginn eines materiellen Vergabeverfahrens erst dann anzunehmen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine bestimmte Maßnahme definiert hat und hierzu hinreichend konkret bestimmte Aufträge an Dritte vergeben will, so dass sich die Frage stellt, wer den Auftrag erhalten soll. Auch eine Vorinformation über ein künftiges Beschaffungsvorhaben genügt für den materiellen Beginn eines Vergabeverfahrens noch nicht (vgl. OLG Naumburg, Beschluss

vom 8. Oktober 2009, 1 Verg 9/09, VergabeR 2010, 219 f. [zu Ls. 1.2]; OLG Jena, Beschluss vom 22. November 2000, 6 Verg 8/00, VergabeR 2001, 52/54). Diese Konkretisierung hatte der Beschwerdegegner – jedenfalls – am 24. April 2009 noch nicht erreicht, so dass ein „neues“ (faktisches) Vergabeverfahren – wenn überhaupt – unter der Geltung des § 101 b Abs. 2 GWB begonnen hat. Die Beschwerdeführerin hatte demgemäß die in § 101 b Abs. 2 Satz 2 GWB bestimmte 30-Tage-Frist zu beachten.

b) Der Ansicht der Beschwerdeführerin, die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit von 30 Kalendertagen habe nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 12. August 2009 nicht zu laufen begonnen, weil der Auftragsgegenstand ungenau beschrieben, das Gesamtvolumen nicht angegeben worden und kein Hinweis auf die Nachprüfungsstelle, auf die Rechtsschutzmöglichkeiten und die Fristen erfolgt sei, ist nicht beizutreten.

Dem Wortlaut des § 101 b Abs. 2 GWB ist nicht zu entnehmen, dass es für den Beginn oder den Ablauf der 30-Tage-Frist der Angaben und Hinweise bedarf, die die Beschwerdeführerin für erforderlich hält. Auch aus den – in § 101 b GWB umgesetzten – Bestimmungen der Richtlinie 2007/66/EG vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG (Amtsblatt EU Nr. L 335 vom 20. Dezember 2007, S. 31 ff.) ergeben sich keine Anforderungen in diesem Sinne. Nach Art. 2 f Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2007/66/EG muss sich aus der Bekanntmachung über den Abschluss eines Vertrages nur eine Zusammenfassung der „einschlägigen Gründe gemäß Art. 41 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG ..., vorbehaltlich des Art. 41 Abs. 3 der genannten Richtlinie“ ergeben. Für eine solche „Zusammenfassung“ bestand im vorliegenden Fall kein Anlass, weil für die bekannt gemachte „Anmietung von Büroflächen einer Bestandsimmobilie in E. für die Kreisverwaltung ...“ (Abschn. I.1 der Bekanntmachung) kein „nicht erfolgreicher“ oder „nicht berücksichtigter“ Bewerber im Sinne des Art. 41 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG vorhanden war. Die Vergabebekanntmachung vom 12. August 2009 entsprach damit den europarechtlichen Anforderungen.

Unabhängig davon ist der Bekanntmachung vom 12. August 2009 entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin der Auftragsgegenstand hinreichend genau zu entnehmen (Abschn. I.1); das Gleiche gilt für das Auftragsvolumen (Anmietung über 25 Jahre; Abschn. II.1.1, II.1.4). Ein Hinweis auf die Nachprüfungsstelle und ggf. einzuhaltende Fristen fehlt zwar, doch ist dies auch entbehrlich: Weder das deutsche noch das europäische Vergabeverfahrensrecht fordern eine Rechtsmittelbelehrung, wie sie etwa in § 58 Abs. 1 VwGO

vorgesehen ist.

Die Sachlage ist nicht mit der Situation gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB vergleichbar. In jenem Fall hat der Gesetzgeber an die Nichtabhilfe einer Vergaberüge eine 15-Tage-Frist geknüpft, die den Primärrechtsschutz des Bieters zeitlich begrenzt. Die öffentlichen Auftraggeber sind gemäß § 17 a Nr. 1 Abs. 3 VOB/A bzw. § 17 a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A in Verbindung mit Ziffer VI.4.2. des Anhangs II der VO (EG) Nr. 1564/2005 (ABI. Nr. L 257 vom 1. Oktober 2005) u. a. verpflichtet, den Bietern genaue Angaben zur einzuhaltenden Rechtsbehelfsfrist zu machen oder eine Stelle zu benennen, bei der Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erhältlich sind (VI.4.4.; vgl. dazu OLG Celle, Beschluss vom 4. März 2010, 13 Verg 1/10, Juris [bei Tz. 36, m. w. N.]). Für den Bereich der (ex-post-)Transparenz nach § 101 b Abs. 2 GWB fehlen entsprechende Regelungen. Hier geht es um eine Ausschlussfrist. Der Gesetzgeber ist insoweit davon ausgegangen, dass die betroffenen Bieter jedenfalls dann, wenn sie aufgrund der in Art. 2 f der Richtlinie 2007/66/EG geforderten Angaben erkennen können, dass der bekannt gegebene – vergebene – Auftrag für sie von Interesse ist, die weiteren Anforderungen zur Rechtsverfolgung ohne Weiteres dem Gesetz entnehmen können. Auf die Ausschlussfrist ist auch die Regelung für Vergabeverfahren, wie sie in Anhang VII Teil A zur Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (unter „Bekanntmachung“ Nr. 24) enthalten ist, nicht anzuwenden. Weder im Rahmen der Richtlinie 2007/66/EG (Art. 2 f) noch des § 101 b Abs. 2 GWB sind die detaillierten Anforderungen an eine Belehrung über Adressat oder Frist eines Rechtsbehelfs für einen – hier gegebenen – Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrages übernommen worden.

2. Die Vergabekammer hat – unabhängig von Vorstehendem – den Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin zu Recht zurückgewiesen, weil die Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 lit. h GWB erfüllt sind.

Nach der genannten Vorschrift gilt das Vergaberechtsregime nicht für Aufträge über den Erwerb oder über Mietverhältnisse oder über Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden. Ein solcher Fall ist gegeben: Der [Ende] Juli 2009 geschlossene Vertrag ist nach seinem Inhalt als ein Mietvertrag anzusehen, dessen Abschluss kein Vergabeverfahren vorauszugehen hat (unten a). Auch wenn der Beschwerdeführerin darin gefolgt wird, dass es für die Frage der Anwendung des § 100 Abs. 2 lit. h GWB nicht auf die Rechtsnatur des Vertrages zum Zeitpunkt des Abschlusses, sondern darauf ankomme, welchen Rechtscharakter die Beschaffung zur Zeit ihres Beginns gehabt habe, ist daraus kein – zur Unwirksamkeit des Vertrages führender – Verstoß des Beschwer-

degegners gegen die Ausschreibungspflicht gemäß §§ 97 ff. GWB abzuleiten (unten b). Auch ein unterstellter Verstoß gegen die vergaberechtliche Dokumentationspflicht führt nicht zu dieser Rechtsfolge (unten c).

a) Die Vergabekammer hat in ihrem Beschluss (...) überzeugend begründet, dass der Vertrag von [Ende] Juli 2009 in seiner Gesamtheit als Mietvertrag einzuordnen ist; der Senat nimmt darauf Bezug. Weder die (geringen) baulichen Anpassungen noch die in dem für (Gewerbe-)Mietverträge üblichen Rahmen liegenden Dienstleistungen der Beigeladenen rechtfertigen eine andere Qualifizierung des Vertrages.

Ein Mietvertrag unterfällt dem Ausnahmereich des § 100 Abs. 2 lit. h GWB. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das angemietete Objekt erst noch zu errichten ist und der öffentliche Auftraggeber mit dem (künftigen) Vermieter die Errichtung des Objekts nach seinen Spezifikationen vereinbart. In diesem Fall enthält ein als „Mietvertrag“ bezeichneter Vertrag alle Elemente eines öffentlichen Bauauftrages (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 29. Oktober 2009, C-536/07, NZBau 2009, 792). Eine solche Konstellation ist nicht gegeben. Die Beschwerdeführerin hat nur geltend gemacht, dass der Beschwerdegegner – ausgehend von dem ursprünglichen, 2007 verfolgten Beschaffungsvorhaben – Teilelemente aus dem vorliegenden Vertragswerk ausgegliedert habe. Dies betreffe den Kreistagssitzungssaal, aber auch andere bauliche Anpassungen.

Der Senat ist dem nachgegangen. Die in der Anlage 1.4 b zum Vertrag von [Ende] Juli 2009 geregelten Arbeiten stehen der Qualifizierung als Mietvertrag nicht entgegen. Die vereinbarten Bauleistungen sind nach ihrem (geringen) Umfang als „Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptgegenstand“ im Sinne des Satzes 3 des 10. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2004/18/EG einzuordnen. Der Kreistagssitzungssaal soll nach dem in der mündlichen Verhandlung vom Beschwerdegegner vorgebrachten Sachstand überhaupt nicht in dem E. Gebäude untergebracht werden, sondern weiterhin in P. bleiben. Auch wenn angenommen wird, dass der Kreis in P. noch Bauaufwendungen zur Herstellung eines Kreistagssaales tätigen muss, gehören diese Aufwendungen nicht mehr zu der in E. vorgesehenen Beschaffungsmaßnahme. Bauliche Anpassungen im E. Gebäude im Bereich von Laboren (Gesundheitsamt) bzw. der Sicherheitstechnik erfolgen durch den Beschwerdegegner, nicht durch die Beigeladene.

Ansatzpunkte dafür, dass zwischen dem Beschwerdegegner und der Beigeladenen außerhalb des Vertrages von [Ende] Juli 2009 weitere Bau- oder Dienstleistungen vereinbart worden sind, liegen nicht vor. Ein greifbarer Anlass für weitere Ermittlungen des Senats (§§ 120 Abs. 2, 70 Abs. 1 GWB) ist auch aus der ausführlichen Erör-

terung in der mündlichen Verhandlung nicht hervorgegangen. Der Beschwerdegegner hat den „Wert“ der im angemieteten Gebäude vorgesehenen Bauarbeiten (für Bodenbeläge, Gipskartonwände, Malerarbeiten, Teeküchen etc.) zwar nur vage („1 - 2 Mio. Euro“) angeben können, doch liegt dieser Wert auch unter Einbeziehung eines „Unsicherheitszuschlags“ immer noch weit unterhalb einer Größenordnung, jenseits derer an eine die Miete dominierende Bauvergabe gedacht werden kann. Die Annahme der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner habe das 2009 verfolgte Beschaffungsvorhaben „künstlich aufgespalten“, um ein erneutes Vergabeverfahren zu umgehen, trifft nicht zu. Es ist Sache des Beschwerdegegners, den Beschaffungsgegenstand zu bestimmen und (auch) zu begrenzen. Wenn dieser abweichend von der im Jahr 2007 konzipierten Absicht nunmehr Teile der Kreisverwaltung in P. belassen will (Landrat, Kreistagssitzungssaal) und die Teile der Verwaltung, deren räumlicher Bedarf durch die Anmietung eines – verhältnismäßig geringfügig umgebauten – Bürogebäudes zu decken ist, nach E. „verlegen“ will, so ist gegen diese „Neuprofilierung“ des Beschaffungsbedarfs vergaberechtlich nichts einzuwenden. Der Beschwerdegegner war nicht verpflichtet, seinen Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Interessenten anbieten können (vgl. Beschluss des Senats vom 19. Januar 2007, 1 Verg 14/06).

Für den Abschluss des Vertrages von [Ende] Juli 2009 sind somit die Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 lit. h GWB gegeben. b) Unter Zugrundelegung des Rechtsstandpunkts der Beschwerdeführerin, die für die Frage, ob ein (de-facto-)Vergabeverfahren vorliegt, nicht auf den Inhalt des „am Ende“ abgeschlossenen Vertrages, sondern – ex ante – auf die aus den Umständen zu erschließende Vergabeabsicht des öffentlichen Auftraggebers im Zeitpunkt des Beginns des (faktischen) Vergabeverfahrens abstellen will, ist kein anderes Ergebnis zu gewinnen.

Hätte der Beschwerdegegner im Jahr 2009 ein neues „Beschaffungsvorhaben“ begonnen, das dem im Jahr 2007 durchgeführten Vergabeverfahren entsprach, könnte der Beschwerdeführerin darin gefolgt werden, dass eine Ausschreibungspflicht bestand. Hierfür hätte der Beschwerdegegner eine Maßnahme treffen müssen, die als „erster Schritt“ zur Herbeiführung eines konkreten Vertragsabschlusses anzusehen wäre und deshalb „der förmlichen Einleitung eines Vergabeverfahrens funktional gleich“ stünde (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 8. Oktober 2009, a.a.O.).

Eine solche Maßnahme könnte faktisch die Weitergabe der im Jahr 2007 entstandenen Verdingungsunterlagen an einen Makler bzw. (später) an die Beigeladene

sein, die – nach der in der mündlichen Verhandlung vorgelegten „Zeitschiene“ – Ende April 2009 erfolgt ist. Der Beschwerdegegner und die Beigeladene werten diese Vorgänge – anders als die Beschwerdeführerin – nicht als „ersten Schritt“ zu einem bestimmten Vergabeverfahren, sondern als Sondierung bzw. Markterkundung vor Beginn eines Vergabeverfahrens. Der Senat folgt dieser Wertung. Sie wird gestützt durch die protokollierten Beratungen des Hauptausschusses des Kreises vom 22. April 2009, in denen drei Alternativen (Neu-Ausschreibung, Anmietung, Renovierung des Altgebäudes) diskutiert wurden, ferner durch die Beratungs-Vorlagen des Kreises vom 6. und vom 13. Mai 2009, in denen die Ausschreibungspflicht verschiedener Fallgestaltungen („reine“ Miete, Miete mit mieterbezogenen Umbauten) behandelt wird. Soweit die Beratungen auch die Frage betrafen, ob das „Risiko“ einer Ausschreibungspflicht „durch eine unter dem vergaberechtlichen Aspekt optimale Gestaltung des Mietvertrages“ zu beseitigen ist, besagt dies nichts über die – hier zu entscheidende – Frage, ob der „erste Schritt“ zu einem Vergabeverfahren materiell bereits vollzogen war. Im Gegenteil: Ein öffentlicher Auftraggeber ist noch vor dem „ersten Schritt“ zu einem Vergabeverfahren berechtigt zu prüfen, ob der ins Auge gefasste Bedarf auch in anderer Weise als durch eine ausschreibungspflichtige Beschaffung gedeckt werden kann, sei es durch Selbstdurchführung (z. B. als Alternative zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen), durch Rekommunalisierung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Oktober 2003, VII-Verg 50/03, NZBau 2004, 58), durch Kooperationen (vgl. EuGH, Urteil vom 9. Juni 2009, C-480/06, NZBau 2009, 527) oder – wie hier – durch Gestaltungen im Anwendungsbereich des § 100 Abs. 2 lit. h GWB. Solche Überlegungen sind auch finanzwirtschaftlich geboten, um zu prüfen, ob die betroffenen Aufgaben oder der Bedarf nicht ebenso gut oder besser in anderer Weise als durch eine öffentliche Ausschreibung abgedeckt werden können. Sie liegen daher in aller Regel noch vor dem „ersten Schritt“ zu einem Vergabeverfahren.

Auch wenn man dies anders sieht und – mit der Beschwerdeführerin – vom Beginn eines materiellen Vergabeverfahrens, das mit demjenigen aus 2007 „identisch“ ist, ausgeht, ist daraus nicht abzuleiten, dass der [Ende] Juli 2009 abgeschlossene Vertrag unwirksam ist. In diesem Falle wäre nämlich festzustellen, dass der Beschwerdegegner an seiner (zunächst) „identischen“ Absicht, ein Kreisverwaltungsgebäude über eine sog. „Public-Private-Partnership“ zu beschaffen und zu diesem Zweck einen Planungs-, Bau-, Betriebs- und Wartungs-, Instandhaltungsvertrag sowie einen Gebäudemietvertrag zu „vergeben“, nicht festgehalten hat. Er hat die

se Vergabeabsicht vielmehr aufgegeben und – anschließend – einen Mietvertrag abgeschlossen, der gemäß § 100 Abs. 2 lit. h GWB vergaberechtsfrei ist.

Die von der Beschwerdeführerin erstrebte Feststellung der Unwirksamkeit des am 29. Juli 2009 geschlossenen Vertrages setzt voraus, dass dieser als öffentlicher Auftrag im Rechtssinne unmittelbar an ein Unternehmen vergeben worden ist, ohne andere Unternehmen an einem Vergabeverfahren zu beteiligen. Wird demgegenüber ein Vertrag geschlossen, der entweder kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB oder ein Auftrag ist, der den Ausnahmebereichen in § 100 Abs. 2 GWB zuzuordnen ist, greift die Unwirksamkeitsfolge nach § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht ein. So liegt der Fall hier.

Der Beschwerdegegner wäre auch im Falle eines „förmlichen“ Vergabeverfahrens berechtigt gewesen, von der Vergabe eines sog. PPP-Vertrages Abstand zu nehmen und stattdessen einen „einfachen“ Mietvertrag über eine Bestandsimmobilie abzuschließen. In einem „förmlichen“ Vergabeverfahren ist es anerkannt, dass ein Auftraggeber ein nicht ausschreibungskonformes Angebot eines Bieters zum Anlass nehmen kann, die Ausschreibung aufzuheben und – anschließend – seine Beschaffungsabsicht zu wechseln (vgl. Portz in: Kulartz u. a., VOL/A, 2007, § 26 Rn. 40 und Rn. 53 [S. 611]). Diese Möglichkeit besteht ebenso auch in einem „faktischen“ Vergabeverfahren. Wenn man darin eine rechtswidrige Aufhebung der Ausschreibung sehen wollte, könnte dies allenfalls Schadensersatzfolgen zeitigen, nicht aber dazu führen, dass dem Mietvertrag der Unwirksamkeitsgrund des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB anhaftet.

Die „neue“ Vergabeabsicht des Beschwerdegegners war nicht auf den Abschluss eines ausschreibungspflichtigen Vertrages gerichtet. Die Anmietung einer Bestandsimmobilie unterfällt, wie ausgeführt, dem Anwendungsbereich des § 100 Abs. 2 lit. h GWB.

c) Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die fehlende Dokumentation des zum Vertrag von [Ende] Juli 2009 führenden Verfahrens vermag ebenfalls nicht die erstrebte Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages zu begründen.

Ein öffentlicher Auftraggeber ist gehalten, die wesentlichen Grundlagen, Entscheidungsabläufe und Entscheidungen eines Vergabeverfahrens zu dokumentieren; dies erfolgt gemäß § 30 VOB/A in einem Vergabevermerk (vgl. auch Art. 43 der Richtlinie 2004/18/EG).

Der Beschwerdegegner hätte einen Vergabevermerk nur insoweit und so lange führen müssen, wie er ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages durchführt. Rückt er davon ab, weil er – wie vorliegend – einen ausschreibungsfreien Mietvertrag abschließt, bedarf es insoweit keines Vergabevermerks. Soweit un-

terstellt wird, dass zuvor ein mit dem 2007 durchgeführtes Verfahren „identisches“ Vergabeverfahren (faktisch) begonnen worden ist, hätte es ... einer Dokumentation bedurft. Das Fehlen eines Vergabevermerks insoweit führt indes weder zur Unwirksamkeit des [Ende] Juli 2009 abgeschlossenen Vertrages noch dazu, dass deshalb im Sinne der von der Beschwerdeführerin reklamierten „negativen Beweiswirkung“ (...) unmittelbar vom Vorliegen der materiellen Voraussetzungen des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB ausgegangen werden könnte. In Anbetracht des Vertragsinhalts liegt es auf der Hand, dass der Beschwerdegegner das (unterstellte) „identische“ Verfahren nicht fortgeführt hat.

3. Die Beschwerdeführerin hat in der mündlichen Verhandlung die Frage einer möglichen Divergenz von den Entscheidungen des Oberlandesgerichts Bremen (Beschluss vom 13. März 2008, Verg 5/07, VergabeR 2008, 558 ff.) und des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 1. Februar 2005, X ZB 27/04, NZBau 2005, 290) aufgeworfen.

Der Senat weicht mit seiner hier getroffenen Entscheidung von den genannten Entscheidungen nicht ab. Das Oberlandesgericht Bremen hatte einen Fall zu beurteilen, in dem ein Pächter zugleich mit der Pacht auch Bauverpflichtungen übernommen hatte; Vergleichbares ist vorliegend in Bezug auf die Beigeladene nicht gegeben. Der Bundesgerichtshof hatte eine sog. de-facto-Vergabe am Maßstab des § 13 VgV a. F. zu beurteilen; dies ist vorliegend obsolet, nachdem § 101 b Abs. 2 GWB anzuwenden ist. Auch eine anderweitige Divergenz ist nicht gegeben, so dass eine Vorlage nach § 124 Abs. 2 GWB nicht veranlasst ist.

Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage, ob hinsichtlich des Mietvertrages von [Ende] Juli 2009 ein haushaltsrechtliches Ausschreibungs- und Vergabeverfahren hätte durchgeführt werden müssen, kann dahinstehen, weil im vorliegenden Verfahren nur die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften entscheidungserheblich sein kann (§§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 GWB).

Einstweiliger Rechtsschutz in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte

BGB § 241 Abs. 1 S. 2, § 280 Abs. 1; GWB § 100 Abs. 1, § 103 Abs. 2; ZPO § 935; Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein § 14; VOB/A § 9, § 22, § 26, § 27

1. In Vergabeverfahren für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte steht betroffenen Bietern gegen eine drohende (vergabe-)rechtswidrige Handlung eines öffentlichen Auftraggebers ein präventiver Unterlassungsanspruch zu, wenn dadurch deren Bewer-

bungs- bzw. Auftragschancen konkret und in rechtswidriger Weise gefährdet werden. Die betroffenen Bieter können unter den Voraussetzungen des zivilprozessualen einstweiligen Rechtsschutzes gerichtliche Regelungen oder Verfügungen erlangen.

2. Die Vergabeprüfstelle besteht in Schleswig-Holstein für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte als Kommunaufsichtsbehörde weiter. Ihre Prüftätigkeit wirkt gegenüber Bietern allenfalls im Sinne eines Rechtsreflexes.

3. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel, die Angebotseröffnung zu unterlassen, ist nach Abgabe eines Angebots nicht (mehr) dringlich. Dem Bieter ist zuzumuten, die Information der Vergabestelle über das Ergebnis der Angebotswertung abzuwarten, die in Schleswig-Holstein auch bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte vorgeschrieben ist.

4. Das Gleiche gilt, wenn ein Bieter eine Angebotsabgabe unterlässt, obwohl ihm diese zuzumuten ist. Allein die Erhebung einer Vergaberüge begründet die Unzumutbarkeit nicht.

OLG Schleswig, Urteil vom 09. April 2010, 1 U 27/10

Sachverhalt:

Der Beklagte führte ein Vergabeverfahren für Unterhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten an Straßen und Wegen auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) durch. Auftragsgegenstand war die Beseitigung von Frost- und sonstigen Winterschäden. Das Auftragsvolumen entsprechender Vergaben in den Vorjahren lag bei ca. 1 Mio. Euro.

Im Leistungsverzeichnis wurde die Lieferung und der Einbau bestimmter Mengen Asphaltbeton gefordert. Die Positionen waren in drei Gruppen nach Tagesleistungen bis 20 Tonnen, von 20 bis 40 Tonnen und über 40 Tonnen aufgegliedert. Die Bieter konnten für die drei Gruppen unterschiedliche Einheitspreise eintragen. Für die Gruppe bis 20 Tonnen Tagesleistung heißt es, dass „bei der Kalkulation des Einheitspreises ... von einer Tagesleistung von 20 t auszugehen“ ist. Für die anderen beiden Gruppen fehlt eine vergleichbare Vorgabe.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe hieß es u. a.: „... [Es] kann ... sein, dass innerhalb einer Gemeinde Tonnagen von 0,5 t - 15 t und mehr zum Einsatz kommen ... [Das Wegeschauprotokoll] bildet Grundlage für die erforderlichen Unterhaltungsarbeiten in der jeweiligen Gemeinde. ... Gleichzeitig ist dieses Protokoll für die Firma eine Art Auftrag, in dem die er-

forderlichen Arbeiten dargestellt sind. Es dient als Abrechnungsgrundlage und bildet ... das Auftragsvolumen, das die Firma zu erbringen hat. ... Das Gesamtvolumen der in diesem Protokoll errechneten Summen [darf] nicht überschritten werden ...“ Nach Übersendung einer „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ rügte die Klägerin einen Verstoß des Leistungsverzeichnisses gegen § 9 VOB/A. Sie verlangte, das Ausschreibungsverfahren aufzuheben und das Leistungsverzeichnis „grundlegend“ zu überarbeiten.

Anfang März beantragte die Klägerin bei der Vergabeprüfstelle im Innenministerium Schleswig-Holstein die „Nachprüfung“ der Vergabe.

Zur Begründung ihres Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Untersagung der Submission hat die Klägerin angeführt, die ausgeschriebenen Bauleistungen seien so nicht kalkulierbar, da die je Gemeinde einzubauenden Mengen nicht angegeben seien. Diese sollten aber Abrechnungsgrundlage sein. Sie könne deshalb auch kein Angebot abgeben.

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. In der Urteilsbegründung heißt es u. a., die Ausschreibung entspreche zwar nicht § 9 VOB/A. Ein Anspruch auf Verschiebung des Submissionstermins ergebe sich daraus aber nicht. Der Aspekt der eventuellen Vereitelung von Primärrechtsschutz liege in der Verantwortung der Vergabeprüfstelle.

Die Klägerin hat dagegen Berufung eingelegt. In der mündlichen Berufungsverhandlung hat sie erklärt, sie habe mittlerweile fristgemäß ein Angebot abgegeben.

Aus den Gründen:

... Die Klägerin kann ... den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung nicht beanspruchen. Dafür fehlt sowohl der erforderliche Verfügungsgrund (unten 1.) als auch ein Verfügungsanspruch (unten 2.).

1. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung erfordert, dass die Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs ohne eine gerichtliche Entscheidung vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 935 ZPO). ... Der Stand des Vergabeverfahrens ... steht der Annahme einer schon vor Durchführung eines Submissionstermins (§ 22 VOB/A) nur durch eine einstweilige Regelung abzuwendenden Gefährdung des von der Klägerin verfolgten Anspruchs entgegen.

... Nachdem die Klägerin inzwischen – unstreitig – ein Angebot abgegeben hat, ist ihre Besorgnis, sich infolge der Kenntnis der submittierten Preise anderer Bieter am Vergabeverfahren nicht mehr beteiligen zu können, obsolet geworden. Das Angebot der Klägerin wird nach der Submission ebenso wie die ggf. vorliegenden Angebote anderer Bieter der stufenweisen Angebotsprüfung und -wertung zugeführt wer-

den (vgl. dazu BGH, Urteil vom 8. Sept. 1998, X ZR 109/96, BGHZ 139, 273).

Ob der Klägerin darin zu folgen ist, dass das vorliegende Leistungsverzeichnis nicht den Anforderungen des § 9 VOB/A entspricht, wird der Beklagte nach der Submission zu prüfen haben. Nach § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Förderung des Mittelstandes (Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz – MFG –) des Landes Schleswig-Holstein vom 17. Sept. 2003 (GVObI. S. 432) in der Fassung vom 20. Juli 2007 (GVObI. S. 364) hat der Beklagte ebenso wie jede Gemeinde, deren Straßenbaulast durch die ausgeschriebenen Arbeiten materiell betroffen ist, die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Teil A, idF der Bekanntmachung vom 20. März 2006 (BAz. Nr. 94 a vom 18. Mai 2006) zu beachten.

Sollte der Beklagte der Rüge der Klägerin (im Ergebnis) folgen, wird er in geeigneter Weise zu reagieren haben, sei es durch eine Aufhebung der Ausschreibung (§ 26 VOB/A) oder durch eine – das vergaberechtliche Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot beachtende – nachträgliche Änderung der Leistungsbeschreibung (BGH, Beschluss vom 1. August 2006, X ZR 115/04, NZBau 2006, 797 [bei Juris Tz. 17] ; vgl. Summa, in jurisPK-VergR, 2. Aufl. 2008, § 26 VOB/A 2006 Rn. 79, Punkt 5). Sollte der Beklagte der Rüge der Klägerin nicht folgen, kann er entweder eine Vergabeentscheidung zu Gunsten des Angebots der Klägerin treffen oder zu Gunsten eines konkurrierenden Angebots. In beiden Fällen hätte der Beklagte die Pflicht zur Vorabinformation über die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu beachten, die in Schleswig-Holstein in § 14 Abs. 6 MFG ausdrücklich auch für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nach § 100 Abs. 1 GWB, § 2 Nr. 5 VgV (jetzt: Art. 1 Nr. 1 b der Verordnung (EG) Nr. 1177/2009) vorgeschrieben ist. Der Beklagte hat danach die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluss in Textform zu informieren.

Der von der Klägerin verfolgte Anspruch auf Unterlassung „vergaberechtswidrigen Verhaltens“ wird – vor diesem Hintergrund – geltend gemacht, bevor ein solches Verhalten ihr gegenüber wirksam werden kann. Der Anspruch kann derzeit weder durch eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens in Form einer Angebotseröffnung gemäß § 22 VOB/A noch durch die nachfolgende Prüfung von Aufhebungsgründen im Sinne des § 26 VOB/A oder die Möglichkeit einer Änderung des Leistungsverzeichnisses oder durch die stufenweise Angebotsprüfung und -wertung gemäß §§ 23 - 25 VOB/A gefährdet wer-

den. Ob die Besorgnis einer Gefährdung von Rechten oder Ansprüchen der Klägerin später, im Zusammenhang mit der nach § 14 Abs. 3 MFG anzukündigenden Vergabeentscheidung, entstehen kann, ist jetzt weder abzusehen noch zu beurteilen. Der ... Befürchtung der Klägerin, dass der Beklagte ihrer auf § 9 VOB/A gestützten Rüge nicht entsprechen werde, liegt kein greifbarer Anhaltspunkt zugrunde. Abgesehen von der durch § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 MFG begründeten Rechtspflicht zur Beachtung (auch) des § 9 VOB/A kann im gegenwärtigen Zeitpunkt auch nicht „wie selbstverständlich“ davon ausgegangen werden, dass die weitere Prüfung des Beklagten nicht nur „vergaberechtswidrig“, sondern auch (einseitig) zu Lasten der Klägerin vorgenommen werden wird. Auch wenn unterstellt wird, dass der Beklagte letztlich zu Ungunsten der Klägerin entscheiden wird, entsteht für sie weder ein Rechtsverlust noch eine unzumutbare Situation, denn sie kann im Anschluss an die nach § 14 Abs. 6 MFG erfolgende Mitteilung des Beklagten ihre – unterstellt gegebenen – Ansprüche in gleicher Weise geltend machen, wie sie dies jetzt versucht.

Auch wenn die Klägerin (noch) kein Angebot abgegeben hätte, wäre ein Verfügungsgrund nicht gegeben. Solange die Klägerin einer Gefährdung der geltend gemachten Rechte durch zumutbare außergerichtliche Möglichkeiten entgegenwirken kann, ist eine einstweilige Verfügung nicht dringlich. Die Klägerin könnte nur dann und insoweit eine besondere Dringlichkeit gerichtlichen Eilrechtsschutzes geltend machen, als ihr die Abgabe eines Angebots nicht zuzumuten ist. Dafür ist nichts ersichtlich.

Der Umstand, dass die Klägerin ... eine schriftliche Vergaberüge erhoben hat, führt nicht dazu, dass ihr deshalb eine Angebotsabgabe unzumutbar ist. Eine Vergaberüge ist – auch im Unterschwellenbereich – eine den Bietern an die Hand gegebene Möglichkeit, die Vergabestelle noch vor Abschluss des Vergabeverfahrens zur Heilung vermeintlicher Fehler mit möglichst geringer zeitlicher Verzögerung zu veranlassen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 4. Februar 2005, 1 Verg 25/04, OLG R 2005, 602 [bei Juris Tz. 19]). Die Prüfung und ggf. Reaktion auf eine Rüge ist in das Vergabeverfahren integriert. Wollte man bereits die Rüge eines Ausschreibungsfehlers – im Sinne der Klägerin – genügen lassen, um die Dringlichkeit einer einstweiligen Verfügung zu begründen, liefe dies dem Beschleunigungsziel des Vergaberechts zuwider.

Eine Angebotsabgabe kann nur bei „gewichtigen“ Ausschreibungsfehlern unzumutbar sein, die eine Beteiligung am Vergabeverfahren als „nutzlosen Aufwand“ erscheinen lassen, weil keinerlei Zuschlagsaussichten bestehen (Möllenkamp, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB, 2009,

§ 107 Rn. 30 m.w.N.). Die Rügen der Klägerin – unterstellt, sie treffen zu – erreichen diese Qualität nicht. Soweit die Positionen 01.3, 01.4, 02.3 und 02.4 der Leistungsbeschreibung für die Abrechnung keine „Gesamttonnage in der jeweiligen Gemeinde“ (...) angeben, mag eine Erschwerung der Preiskalkulation vorliegen. Diese kann indes – vergaberechtlich zulässigerweise (BGH, Urteil vom 25. Februar 1988, VII ZR 310/86, BauR 1988, 338/340) – durch eine Bieterückfrage bei der Vergabestelle geklärt werden. Bleibt eine solche ... Klärung aus Gründen aus, die auf Seiten des Beklagten liegen, wird er eine vertretbare Auslegung des Inhalts der Leistungsbeschreibung durch die Klägerin im weiteren Vergabeverfahren hinnehmen müssen.

2. Die beantragte Entscheidung kann auch deswegen nicht ergehen, weil der Klägerin kein Verfügungsanspruch zur Seite steht. Das folgt zwar ... nicht schon daraus, dass einem Bieter gegen die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Unterschwellenbereich kein Primärrechtsschutz zuzubilligen ist (unten a). Der Unterlassungsanspruch der Klägerin scheitert aber daran, dass ihr kein subjektives Recht in dem Sinne zusteht, dass der Beklagte – wie beantragt – die „Fortsetzung des Vergabeverfahrens“ unterlässt (unten b).

a) Bisher konnte die Vergabeprüfstelle gemäß § 103 Abs. 2 Satz 2 GWB die Vergabestelle verpflichten, rechtswidrige Maßnahmen aufzuheben bzw. zu treffen. Für das vorliegende, erst 2010 eingeleitete Vergabeverfahren besteht diese Möglichkeit nicht mehr, weil § 103 GWB durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 23. April 2009 (BGBl. I S. 790) aufgehoben worden ist. Die Vergabeprüfstelle besteht in Schleswig-Holstein zwar für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte (§ 100 Abs. 1 GWB i.V.m. Art. 1 Nr. 1 b der Verordnung (EG) Nr. 1177/2009) weiter, dies aber als Kommunalaufsichtsbehörde (Ziff. 4 des Runderlasses des Innenministeriums Schleswig-Holstein vom 7. Sept. 1999, Amtsbl. Schl.-H. S. 508). Sie kann Bieterangaben zum Anlass nehmen, gemäß §§ 59 ff. KrO kommunalaufsichtlich tätig zu werden. Dem Bieterrechtsschutz dient die Prüftätigkeit demgegenüber allenfalls im Sinne eines Rechtsreflexes.

Ob zivilgerichtlicher Rechtsschutz gegen die Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte zu gewähren ist, ist unabhängig von einer (öffentlich-rechtlich geregelten) Vergabeprüfung zu beurteilen. Die Rechtsprechung des erkennenden Gerichts hat dazu nur auf der Grundlage der früheren „haushaltsrechtlichen Lösung“ im Vergaberecht gemäß §§ 57 b, 57 c HGrG a.F. Stellung genommen (OLG Schleswig, Urteil vom 20. Mai 1999, 11 U 196/98 [Juris]). Danach wurde Bietern im Unterschwellenbereich „grundsätzlich

kein Primärrechtsschutz“ zuerkannt, da dieser durch die Überwachung der Vergabe von Bauaufträgen sichergestellt sei. Diese Rechtsprechung ist überholt, nachdem die haushaltsrechtliche Überwachung der Auftragsvergabe (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 11. August 1995, C-433/93, NVwZ 1995, 367) im Bereich kommunaler Auftragsvergaben entfallen ist: An die Stelle des § 29 GemHVO, der gemäß § 57 KrO auch für den Beklagten galt, ist nunmehr § 14 MFG getreten. In der bisherigen Rechtsprechung und Literatur ist die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen im Unterschwellenbereich Primärrechtsschutz erlangt werden kann, umstritten (u.a. dafür: OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Jan. 2010, 27 U 1/09, IBR 2010, 160; OLG Jena, Urteil vom 8. Dez. 2008, 9 U 431/08, VergabeR 2009, 524; OLG Brandenburg, Beschluss vom 17. Dez. 2007, 13 W 79/07, VergabeR 2008, 294; LG Frankfurt/M, Beschluss vom 28. Jan. 2008, 2-4 O 201/06, NZBau 2008, 599; offen gelassen: OLG Naumburg, Beschluss vom 29. Apr. 2008, 1 W 14/08, OLGR 2008, 957; OLG Brandenburg, Urteil vom 29. Mai 2008, 12 U 235/07; OLG Dresden, Beschluss vom 25. Apr. 2006, 20 U 467/06, VergabeR 2006, 774). Soweit Zivilrechtsschutz gewährt wird, ist strittig, auf welche Anspruchsgrundlagen dieser gestützt werden kann; angeführt werden Art. 3 Abs. 1 GG, § 1004 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB und dem (primär-europarechtlichen) Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot sowie §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 i.V.m. § 249 Abs. 1 Satz 1 BGB, letztere auch mit dem Inhalt eines Unterlassungsanspruchs (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Jan. 2010, a.a.O. [m.w.N. bei Juris, Tz. 30]; Knöbl, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, Diss., 2009, S. 80 ff.).

Das erkennende Gericht neigt dazu, der Rechtsprechung des OLG Jena (Urteil vom 8. Dez. 2008, a.a.O. [bei Juris Tz. 34]) zu folgen. Den Teilnehmern (Bietern) eines Vergabeverfahrens steht danach gegen eine drohende (vergabe-) rechtswidrige Handlung eines öffentlichen Auftraggebers ein präventiver Unterlassungsanspruch zu, soweit und solange die Verletzungshandlung oder der pflichtwidrig geschaffene Zustand zum Nachteil eines einzelnen Wettbewerbsteilnehmers andauert (§ 241 Abs. 1 Satz 2, § 280 Abs. 1 BGB). Danach käme bei einer fortbestehenden Vergaberechtsverletzung des Beklagten ein Unterlassungsanspruch der Klägerin spätestens ab dem Zeitpunkt in Betracht, von dem an sie – durch Abgabe eines Angebots – Bieterin im Sinne des § 8 Nr. 1 VOB/A geworden ist.

Eine abschließende Klärung kann insoweit offenbleiben, weil eine Verletzung einer vergaberechtlichen Bestimmung, die kon-

kret dem Schutz der Klägerin und ihrer Bieterrechte dient, nicht festgestellt werden kann.

b) Ein im Wege der einstweiligen Verfügung zu schützender Unterlassungsanspruch der Klägerin ist nicht schon dann gegeben, wenn der Beklagte Vorschriften über das Vergabeverfahren nicht einhält. Weder die Führung noch die „Fortsetzung eines Vergabeverfahrens“ können – als solche – eine Verletzung von Gleichbehandlungsansprüchen oder sonstigen (gerade) der Klägerin zuzuordnenden Bieterrechten begründen. Ein Bieter kann – mit anderen Worten – im Unterschwellenbereich ebenso wenig eine allgemeine „Verfahrensaufsicht“ über den Ablauf oder die Handhabung eines Vergabeverfahrens für sich in Anspruch nehmen, wie dies bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte der Fall ist (vgl. § 107 Abs. 2 GWB).

Eine anspruchsbegründende Wirkung vermögen erst Maßnahmen der Vergabestelle auszulösen, die die Bewerbungsbzw. Auftragschancen eines Bieters konkret und in rechtswidriger Weise gefährden. Dafür kommen in aller Regel nur solche Maßnahmen der Vergabestelle in Betracht, die abschließenden Charakter tragen. Das ist (etwa) bei der Teilnehmerauswahl (§ 8 Nr. 4 VOB/A), der Aufhebung der Ausschreibung (§ 26 VOB/A) oder der – einer Angebotsprüfung und -wertung folgenden – Vergabeinformation (§ 27 VOB/A; § 14 Abs. 6 MFG) der Fall. Die Durchführung einer Angebotseröffnung (§ 22 VOB/A) gehört nicht dazu. Zwar entfaltet auch diese gegenüber Angeboten, die nicht vorgelegen haben, eine „abschließende“ Wirkung (§ 23 Nr. 1 VOB/A), doch ist diese Wirkung nicht der Vergabestelle zuzurechnen, sondern Folge eines Verhaltens derjenigen, die – aus welchen Gründen auch immer – kein Angebot eingereicht haben. Abgesehen von den (seltenen) Fällen der Unzumutbarkeit einer Angebotsabgabe (s. o. 1.) wird damit ein vergaberechtlicher Unterlassungsanspruch ohne Beteiligung eines Auftragsbewerbers am Vergabeverfahren nicht in Betracht kommen.

Nach den genannten Maßstäben steht der Klägerin kein Anspruch auf Unterlassung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu. Ob sie für den Fall, dass der Beklagte ihr Angebot nicht annimmt, eine – künftige – anderweitige Vergabeentscheidung mit Erfolg angreifen kann, kann bei dem jetzigen Stand des Verfahrens nicht beurteilt werden. Das hängt sowohl vom Ergebnis der – noch ausstehenden – Angebotsprüfung und der Wertung als auch davon ab, ob der Beklagte sich veranlasst sieht, auf die Vergaberüge der Klägerin zu reagieren und das Leistungsverzeichnis – unter Beachtung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgebots – zu ändern. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, diesen Entscheidungen gleichsam vorzugreifen.

3. Die Frage, ob ... die vorgesehenen Abrechnungsgrundlagen („Wegeschauprotokoll mit der Angabe der Gesamtonnage in der jeweiligen Gemeinde“) gegen das Gebot der Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung und der Angabe aller preisrelevanten Umstände sowie gegen das Verbot der Überbürdung ungewöhnlicher Wagnisse gemäß § 9 Nr. 1 Satz 1, Nr. 2, Nr. 3 Abs. 1 VOB/A verstoßen, kann im Hinblick auf die Ausführungen zu 1. und 2. offen bleiben.

Lediglich angemerkt sei Folgendes:

Der Beklagte verfolgt mit der Anforderung von Einheitspreisen, die nach Tages-Einbaumengen gestaffelt sind (bis 20 t, 20 bis 40 t, über 40 t), erkennbar das ökonomische Ziel, den mit zunehmender Einbaumenge sinkenden Anteil sog. „Fixkosten“ in den Einheitspreisen sichtbar werden zu lassen. Gleichzeitig sollen die Einbaumengen aber gemeindeweise erfasst werden. Die mündliche Verhandlung hat dazu ergeben, dass größere Einbaumengen, die in zwei benachbarten Gemeinden anfallen, „geteilt“ werden sollen mit der Folge, dass anschließend – mehr zufällig – je nach betroffener Staffel unterschiedliche Einheitspreise angesetzt werden. Das ökonomische Ziel kann damit verfehlt werden. Zugleich entsteht sowohl für die Bieter als auch für den Beklagten (bzw. die Straßenbaulastträger) eine Ungewissheit über die Auskömmlichkeit der Erlöse bzw. des (plafondierten) Budgets. Wenn die Bieter ... auf diese Ungewissheit in der Weise reagieren, dass zu den betroffenen Positionen gleichlautende Preise angeboten werden, entfernt sich dies von dem o.g. ökonomischen Ziel; andererseits entfallen „Zuordnungsprobleme“ bei Einbaumengen in mehreren (benachbarten) Gemeinden. Ein Verzicht auf die Staffelung nach Tages-Einbaumengen wäre vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Der Beklagte wird zu entscheiden haben, ob er an seiner Ausschreibung unverändert festhalten will, einen Verzicht auf die Staffelung auch im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit der Bauausführung und eine ökonomische Preisfindung für die in diesem Jahr vorgesehenen Instandsetzungsmaßnahmen hinnehmen will, ... oder andere Maßnahmen treffen will. Möglicherweise ist das oben dargestellte Problem zu vermeiden, wenn bei der Bestimmung der für den „richtigen“ Einheitspreis anzuwendenden Mengestaffel auf eine gemeindeweise Erfassung der Einbaumengen verzichtet wird. Die – für die Auftragsvergabe als solche und die Wirtschaftlichkeit der Bauausführung nicht relevante – (spätere) Ermittlung der auf die einzelnen Gemeinden entfallenden Baukosten bleibt trotzdem möglich.

Infothek

Neue Sportboothafen-VO in Kraft getreten

Am 1. Juni 2010 ist eine neue Sportboothafen-Verordnung in Kraft getreten. Wie der für den Bereich neuerdings zuständige Verkehrsminister Jost de Jager sagte, werden damit die mehrjährigen Diskussionen um die an den Betrieb von Sportboothäfen gestellten Anforderungen beendet. Im Mittelpunkt der Kritik standen vor allem Abfallwirtschafts- und die Brandschutzbestimmungen. Die Kommunalen Landesverbände hatten immer wieder darauf hingewiesen, dass kommunale Häfen und auch die kleinen Vereinshäfen nicht durch überbordende Vorschriften belastet werden dürften.

Mit der neuen Fassung der Verordnung werden Klarstellungen und Erleichterun-

gen im Bereich Abfallwirtschaft geschaffen. So gilt beispielsweise künftig für Sportboothäfen mit weniger als 300 Liegeplätzen eine Ausnahmeregelung für vorzuhaltende mobile oder stationäre Abwasserabsauganlagen aus Sammel tanks. Die bisherigen detaillierten Regelungen zu vorzuhaltenden Feuerlöschern entfallen in der Sportboothafenverordnung. Der Brandschutz richtet sich künftig allein nach den Bestimmungen der Landesbauordnung.

Stellungnahme zum geplanten neuen Schulgesetz

Der SHGT hat seine Stellungnahme zum geplanten neuen Schulgesetz abgegeben. Schwerpunkte der Stellungnahme sind die geplanten Änderungen im Schullastenausgleich, die Eingriffe in die Gemeinschaftsschule und Regelungen für Gymnasien (Bildungsgang G8/G9). Wesentlicher Kritikpunkt an dem Gesetzesentwurf ist auch das fehlende Engagement des Landes im

Bereich der Schulsozialarbeit. Die vollständige Stellungnahme können Sie auf unserer Homepage www.shgt.de einsehen.

Termine:

01.07.2010: Zweckverbandsausschuss des SHGT um 10:00 Uhr in Kiel, Reventouallee 6, Haus der kommunalen Selbstverwaltung, Großer Sitzungssaal

05.07.2010: Veranstaltung „Schnelles Internet für alle – Regionalkonferenz Schleswig-Holstein“ in der IHK zu Kiel, 15.00 bis 18.00 Uhr

26.08.2010: Landesvorstand, Haus der kommunalen Selbstverwaltung, Kiel, 10.00 Uhr

30.09.-1.10.2010: Bürgermeisterfachkonferenz des SHGT, Töpferhaus, Alt Duvenstedt

26.10.2010: Landesvorstand des SHGT, Haus der kommunalen Selbstverwaltung in Kiel um 10.00 Uhr

Sitzung des Schul- Sozial und Kulturausschusses des SHGT

Am 11. Mai tagte der Schul-, Sozial- und Kulturausschuss des SHGT in der Landesgeschäftsstelle in Kiel.

Schwerpunkte der Sitzung waren die aktuellen Themen, wie die Neuorganisation der Jobcenter, die der Referatsleiter, Herr Kruse vom Ministerium für Arbeit, Soziales und Gesundheit, dem Ausschuss vortrug. Weiter befasste sich der Ausschuss ausführlich mit der geplanten Schulgesetzän-

derung und der Stellungnahme des SHGT hierzu im vorgezogenen Beteiligungsverfahren. Der Ausschuss teilte die Kritik der Stellungnahme u.a. an den fehlenden Aussagen zur Finanzierung der schulpädagogischen Arbeit an den Schulen, dem geplanten Schullastenausgleich oder auch der Erschwerung der Einführung einer gymnasialen Oberstufe an Gemeinschaftsschulen. Der Entwurf schaffe große

Unruhe sowohl bei Schulträgern als auch bei Wohnsitzgemeinden.

In der Sitzung verabschiedet der Ausschussvorsitzende Bürgermeister Roman Hoppe das langjährige Ausschussmitglied Detlev Brüggemann. Herr Brüggemann schied nach 12 Jahren Tätigkeit aus dem Ausschuss aus, da sein Amt als hauptamtlicher Bürgermeister der Gemeinde Appen zum 30.04.2010 endete. Als Nachfolger wurde Herr Bohland für den Kreisverband Pinneberg vom Ausschussvorsitzenden begrüßt.

Hans Joachim Am Wege

Bund der Steuerzahler Schleswig-Holstein e. V.

Grußwort: „Sozialpolitik unter dem Druck knapper Kassen – Anspruch oder Widerspruch?“

Sehr geehrter Herr Dr. Borchert, sehr geehrter Herr Kersten, sehr geehrter Herr Minister Dr. Garg, sehr geehrte Damen und Herren,

Ich freue mich, heute im Rahmen eines Grußwortes als Landesvorsitzender des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages zu Ihnen sprechen zu dürfen und überbringe Ihnen die Grüße des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages und unseres Geschäftsführers, Jörg Bülow. Der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag ist Interessenvertreter und Repräsentant der Schleswig-Holsteinischen Gemeinden, Ämter, der Städte Tornesch und Schwentinental sowie vieler Zweckverbände.

Der SHGT vertritt in besonderer Weise die ländlichen Räume mit ihren zentralen Orten und die Stadtrandkommunen in Schleswig-Holstein. In der Arbeitsgemeinschaft der Kommunalen Landesverbände arbeitet der Gemeindetag mit den anderen kommunalen Landesverbänden, also dem Städteverband und dem Landkreistag, zusammen.

Sie können sich sicherlich vorstellen, dass wir Anfang Mai mit besonderer Spannung auf die Ergebnisse des Arbeitskreises Steuerschätzung sowie die Veröffentlichung der Vorschläge der Haushaltsstrukturkommission des Landes in der vergangenen Woche gewartet haben.

Gegenüber der letzten Steuerschätzung vom November 2009 werden die Steuereinnahmen der Schleswig-Holsteinischen Kommunen für den Zeitraum von 2010 bis 2014 insgesamt 1,8 Mrd. Euro geringer ausfallen, als bei der Steuerschätzung im Mai 2008 prognostiziert.

Auch die Vereinbarungen der Haushaltsstrukturkommission werden zwangsläufig zu Einsparungen und Leistungsabbau führen.

Knapp zusammengefasst lautet das Ergebnis: Keine guten Zahlen, keine guten Aussichten! Für die Gemeinden ein äußerst problematisches Fazit, denn sie leiden unter dem Prinzip: „Die Letzten beißen die Hunde“.

Die Gemeinden können den teils politisch geschürten Bedürfnissen der Bürger nicht ausweichen, wollen dieses auch gar nicht, haben aber nur das Geld, dass Bund, Länder und Kreise lassen.

Neben dem skizzierten Einnahmeverlust hält das Land an seinem Eingriff in den kommunalen Finanzausgleich fest. Seit



Landesvorsitzender Koch berichtet über die Herausforderungen der Kommunen in der Sozialpolitik

2007 wurden den Kommunen auf diesem Weg 480 Mio. € entzogen, ohne dass die zugesagte Kompensation durch Aufgabenreduzierung erfolgt ist, was jetzt zumindest nicht mehr bestritten wird.

Aber damit nicht genug: Weiterhin hat der Bund seinen Anteil an den Unterkunftskosten für Hartz-IV-Empfänger reduziert und den Ausbau für Kinderbetreuung und Ganztagschulen festgeschrieben, ganz zu schweigen vom Wachstumsbeschleunigungsgesetz.

Alles Maßnahmen und Pläne, die die Finanzsituation der Kommunen weiter verschärfen, ohne dass es einen Beleg dafür gibt, ob die Maßnahmen auch den beabsichtigten politischen Erfolg erzielen.

Insgesamt werden den SH-Kommunen neben dem 1,8 Mrd. € Einnahmeausfall bei den Steuern durch den Finanzeingriff des Landes in das FAG und das Wachstumsbeschleunigungsgesetz rd. 1 Mrd. € zusätzlich fehlen.

Welche Auswege gibt es aus diesem kommunalen Finanzdesaster? Nur sparen alleine wird in der Zukunft nicht mehr helfen, sondern wir werden neben den zu erfüllenden Aufgaben auch die Aufgabenverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen auf den Prüfstand stellen müssen.

Darüber hinaus werden Bürger und Politiker sich darauf einstellen müssen, dass das Prinzip „Politik nach Kassenlage“ gelten und auch umgesetzt werden muss!

Dazu bedarf es zunächst einer stärkeren Kommunalaufsicht gegenüber kreisfreien Städten und Kreisen mit besonders hohen Defiziten und Schulden. Es kann nicht angehen, dass Haushalte besonders hoch verschuldeter kreisfreier Städte und Kreise immer wieder genehmigt werden und, außer sie zur Erhöhung der Kreisumlage aufzufordern, keine Einsparmöglichkeiten oder eine Perspektive zur Defizitreduzierung aufgezeigt werden, zumal wir alle wissen, dass die Erhöhung der Kreisum-



Führten eine angeregte Diskussion: Landesvorsitzender Koch, Steuerzahler-Präsident Dr. Borchert und Sozialminister Dr. Garg

Fotos (2): Schneider

lage für die Gemeinden weniger Geld und damit weniger eigenen Gestaltungsspielraum bedeutet.

Gerade auch deshalb ist das Thema Ihrer 44. ordentlichen Delegiertenversammlung unter dem Titel „Sozialpolitik unter dem Druck knapper Kassen – Anspruch oder Widerspruch?“ eine ganz aktuelle Thematik und sie passt natürlich auch in das Jahr 2010, dem europäischen Jahr gegen Armut und soziale Ausgrenzung, in dem Öffentlichkeit und Politik auf verschiedenen Ebenen für mehr Engagement gewonnen werden sollen.

Angesichts der Ergebnisse der Steuererschätzungen und der Haushaltsstrukturkommission könnte es eine neue Redensart geben, wenn eine glaubhafte Begründung und Rechtfertigung dafür gesucht wird, dass wichtige soziale Maßnahmen und Projekte mangels Geld nicht finanzierbar sind oder weiter durchgeführt werden können, nämlich „Dazu hat Wiegard kein Geld!“

Und da das Finanzproblem von Bund, Ländern und Kommunen allein durch Einsparungen nicht lösbar ist, werden natürlich zahlreiche Denkmodelle, wie dem Pleitegeier entronnen werden kann, diskutiert. Die Vorschläge reichen von Finanzreform, über Schuldenbremse bis hin zur Schaffung des Insolvenzrechtes für Kommunen. Lassen Sie mich kurz auf das Thema „Schuldenbremse“ eingehen. Die Schuldenbremse erzwingt eigentlich eine Verfassungsänderung, die die Kommunen vor der Verschiebung von Finanzlasten vom Land auf die Kommunen schützt. Die Kommunen in Schleswig-Holstein hatten eine entsprechende Verfassungsänderung vorgeschlagen, die bundesweit von den kommunalen Landesverbänden im Deutschen Städte- und Gemeindebund getragen wird.

Leider hat die Landesregierung keinerlei Notwendigkeit gesehen, die Frage einer

angemessenen Finanzausstattung der Kommunen zum Gegenstand der Schuldenbremse zu machen.

Vielmehr wurde ein solches Ansinnen der Kommunen zurückgewiesen. Um nicht falsch verstanden zu werden: Die Einführung einer Schuldenbremse ist grundsätzlich zu begrüßen. Sie kann ihre Schutzwirkung für die kommenden Generationen und zur Erhaltung der Handlungsfähigkeit des Staates jedoch nicht entfalten, wenn es der Landespolitik weiter möglich ist, durch willkürliche Kürzungen des Finanzausgleichs oder andere Verschiebungen von Finanzlasten auf die Kommunen zwar die Verschuldung des Landeshaushaltes zu begrenzen, andererseits aber die Verschuldung der Kommunen zu erhöhen. Genau diese Gefahr sehen wir jedoch in der vom Landtag beschlossenen Verfassungsänderung.

Ob dann aber, wie auch von Ihnen in Ihrer Delegiertenversammlung durch eine Resolution beschlossen, in der Zukunft eine auf freiwillige Leistungen beschränkte kommunale Insolvenz der richtige Weg ist, weiß ich nicht.

Ich bin skeptisch, denn ein Insolvenzrecht für Kommunen könnte ziemlich schnell zu einem Bumerang werden, wenn die finanzielle Konsolidierung der Kommunen zu Lasten ihrer Gläubiger erfolgt, denn die mittelständischen, ortsansässigen Unternehmen laufen Gefahr, mit ihren Forderungen aus der Abwicklung von Aufträgen für Städte und Gemeinden ganz oder teilweise auszufallen.

Auch eine beschränkte Insolvenzfähigkeit, bezogen nur auf die „freiwilligen Leistungen“ der Kommunen begegnet m.E. Bedenken, denn ob die kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 GG in einem solchen Fall noch gewahrt wäre, bedarf zumindest genauerer Prüfung.

Kommunale Selbstverwaltung bedeutet unter Aufsicht des Staates die selbstständige Verwaltung durch eigene, selbstbe-

stimmte Organe in eigenem Namen und eigener Verantwortung. In einem Insolvenzverfahren würde dieses Recht aber nach geltendem Insolvenzrecht auf den Insolvenzverwalter übergehen.

Meines Erachtens müssen wir uns so schwierigen rechtlichen Erwägungen häufig gar nicht stellen.

Im Spiegel dieser Woche ist in einem Artikel mit dem Thema „Kürzen als Chance“ u. a. zu lesen, ich zitiere: „Wissenschaftler der Universität Frankfurt haben einmal versucht, sämtliche staatlichen Förderinstrumente für Kinder und Familien zu erfassen; es war eine harte Fleißarbeit. Die Forscher stießen auf mehr als 150 Leistungen, die von knapp 40 unterschiedlichen Behörden verwaltet werden.“

Das muss man nicht kommentieren!

Ein zentrales Problem der kommunalen Finanzsituation ist die Entwicklung der Ausgaben für soziale Leistungen. Diese sind bundesweit von rd. 26 Mrd. Euro in 1999 auf knapp 40 Mrd. Euro in 2009 gestiegen. Bund, Länder und Kommunen gehen einvernehmlich davon aus, dass bis 2013 ein weiterer Anstieg auf gut 45 Mrd. Euro zu erwarten ist. Einzelne Aufgabenbereiche, wie die Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderung oder die Ausgaben für die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsunfähigkeit weisen eine erhebliche Dynamik auf. Hinzu kommen steigende Bruttoausgaben für die Kinderbetreuung, deren Ausbau mit dem Rechtsanspruch für Betreuungsplätze unter 3-jähriger Kin-

der ab 2013 die Kommunen vor neue Herausforderungen stellt.

Aber nicht nur bei der Betreuung der Kinder in Kindertagesstätten kommen neue Kosten auf die Städte und Gemeinden zu, sondern auch durch die Änderungen und die sicherlich notwendige Besserstellung von Tagesmüttern im Kinderbetreuungssystem sind auf die Kreise und kreisfreien Städte neue Kosten zugekommen, die diese aus ihren Haushalten allein finanzieren müssen, was die Haushaltslöcher aber noch weiter erhöht, so dass in den Kreisen Gespräche mit den kreisangehörigen Kommunen stattfinden, um über eine Beteiligung der Städte und Gemeinden an diesen zusätzlichen Kosten zu verhandeln. So könnte man sicherlich noch weitere Beispiele nennen, wie die immer dringender werdende Notwendigkeit sozialpädagogischer Betreuung an unseren Schulen, eine Aufgabe des Landes und der Kreise, die aber die Schulträger, also Städte und Gemeinden, finanzieren.

Nun hat unsere Landesregierung mit ihrer Entscheidung, die Beitragsfreiheit des 3. Kindergartenjahres aufzuheben eine Kehrtwendung vollzogen und handelt sich dafür zurzeit erhebliche Kritik ein, die in „Parteiheretik“ abzugleiten droht. Das hilft nicht weiter!

Zumal bei der Kritik an der Aufhebung der Beitragsfreiheit des 3. Kindergartenjahres völlig untergeht, dass das Land Kommunen und Eltern bei den Betreuungskosten entlastet, indem es einer langjährigen Forderung des SHGT und der kommunalen

Spitzenverbände nach kommt und von den ersparten Aufwendungen für die Finanzierung der Beitragsfreiheit des 3. Kindergartenjahres den Landeszuschuss für die Betriebskosten der Kindertagesstätten von 60 Mio. € auf 70 Mio. € jährlich erhöht. Bund, Länder und Kommunen stehen vor gigantischen Aufgaben in der eigenen Gesellschaft.

Was erwartet der Bürger von seinen Politikern?

Ich denke, die Erwartungen des Bürgers lassen sich in wenigen Schlagworten zusammenfassen, nämlich Gesundheit und Sicherheit, Gerechtigkeit in der Verteilung der Chancen und Güter des Lebens und natürlich Wohlstand.

Soweit es seine Einstellung zum Gemeinwesen betrifft, nimmt der Bürger natürlich das in Anspruch, was „kostenlos“ zu haben ist. Andererseits weiß der Bürger natürlich aus seinem privaten Haushalt heraus, dass er nur ausgeben kann, was er einnimmt. Deshalb ist der Bürger an Maßstäben der Vernunft und Wirtschaftlichkeit in der Politik interessiert und ich behaupte, dass sich die Einsicht der Mehrheit der Bürger, das ungeschminkte Vorhersagen und langfristige Zielsetzungen notwendig sind, auch wenn sie eingefahrenen Gewohnheiten widersprechen, größer ist, als die Sucht der Wähler nach neuen Versprechungen.

Das ist ein hoher Anspruch an alle politisch Verantwortlichen!

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

5. Parlamentarischer Abend der kommunalen Landesverbände des Landes Schleswig-Holstein am 20. Mai 2010 in Kiel



Die Vorstände des Städteverbandes Schleswig-Holstein, des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages und des Schleswig-Holsteinischen Landkreistages haben am 20. Mai 2010 zum 5. Mal gemeinsam die Mitglieder des 17. Schleswig-Holsteinischen Landtages und der Landesregierung zu einem Parlamentarischen Abend der kommunalen Landesverbände in das Haus der kommunalen Selbstverwaltung nach Kiel eingeladen.

Zu diesem Meinungs- und Informationsaustausch konnten die kommunalen Landesverbände, die in der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Landesverbände zusammenarbeiten, mehr als 100 Gäste begrüßen, um in lockerer Atmosphäre „ohne Block und Bleistift“ über bundes-, landes- und vor allem kommunalpolitische Themen zu diskutieren. Im Mittelpunkt der Gespräche standen in diesem Jahr vor allem die Umsetzung des Urteils des Landesverfassungsgerichts zur Amtsordnung und die anstehenden Sparbeschlüsse der Landesregierung. Der Vorsitzende des

Landesvorsitzender Koch begrüßt Ministerpräsident Carstensen

Schleswig-Holsteinischen Landkreistages, Landrat Reinhard Sager, Kreis Segeberg, begrüßte im Namen der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Landesverbände die Gäste, die gern bis in den späten Abend blieben.

Ute Bebensee-Biederer

Angeregte Diskussion zur Amtsordnung: Prof. Utz Schliesky, Landtagsabgeordnete Silke Hinrichsen, Amtsvorsteher Hagen Klindt



Mitgliederversammlung des Gemeindetages – Kreisverband Herzogtum Lauenburg – lehnt einstimmig Direktwahl der Amtsausschüsse ab

Rund 80 Teilnehmer konnte Amtsvorsteher Werner Schumacher aus Krüzen, Vorsitzender des Kreisverbandes des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages (SHGT), zur außerordentlichen Mitgliederversammlung am 11. Mai 2010 in Sandesneben begrüßen. Neben den Bürgermeistern und Amtsvorstehern der kreisangehörigen Gemeinden nahmen auch Kreispräsident Meinhard Füllner, Landrat Gerd Krämer, Landesgeschäftsführer Jörg Bülow aus Kiel sowie die Leitenden Verwaltungsbeamten der Ämter teil, um über die Konsequenzen und Lösungen aus dem Urteil des Landesverfassungsgerichts zur Amtsordnung zu diskutieren.

In seinen Begrüßungsworten wies Werner Schumacher darauf hin, dass es nach dem Urteil vom 26. Februar 2010 um die Zukunft des Ehrenamtes geht. Gleichzeitig stelle dieses eine Herausforderung für den Gemeindetag und deren Mitglieder dar, mit Vernunft die Gemeinden zu stärken, leistungsfähige Amtsverwaltungen zu erhalten und die Gemeinden und Ämter in ihrem Bestand und ihren Strukturen zu sichern. Bürgermeister Erich Bünger aus Sandesneben wies in seiner Begrüßungsansprache auf die Erfolge seiner Gemeinde hin und stellt u. a. fest, dass diese ohne das ehrenamtliche Engagement vor Ort nicht möglich gewesen wären. Konsequenzen aus dem Urteil des Landesverfassungsgerichts dürften daher keine negativen Auswirkungen auf die ehrenamtliche Arbeit und somit auf die Zukunft der Dörfer haben.

In seinem Referat stellte Landesgeschäftsführer Jörg Bülow die aktuelle Rechtslage dar. Nach der Amtsordnung dürften die Gemeinden in der Theorie unbegrenzt Selbstverwaltungsaufgaben auf

die Ämter übertragen. Dies stimme nicht mit dem „Demokratieprinzip“ überein, das eine vom Volk gewählte Vertretung vorsieht, wenn die Ämter durch die Aufgabenübertragungen quasi den „Gemeindeverbänden“ gleichgestellt sind. Dies habe das Verfassungsgericht beanstandet und den Landesgesetzgeber aufgefordert, bis zum 31.12.2014 gesetzgeberisch tätig zu werden.

Der Landesgesetzgeber könne daher zwei grundsätzliche Richtungen einschlagen. Es könnte eine Direktwahl der Amtsausschüsse in die Amtsordnung eingefügt werden. Alternativ könnte der Gesetzgeber aber auch eine Grenze für die Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben nach Quantität und Qualität übernehmen, etwa dergestalt, dass aus einem Katalog festgelegter Selbstverwaltungsaufgaben nur eine bestimmte Zahl übertragen werden darf. Abschließend wies Jörg Bülow darauf hin, dass das Gericht die Leistungsfähigkeit der Ämter sowie die Strukturen der Gemeinden nicht in Frage gestellt hat.

Nach Meinung von Bürgermeister Hans-Georg Weißkichel aus Groß Grönau dürfe man daher ein gut funktionierendes System aufgrund des Urteils nicht zerstören. Genauso sah es Amtsvorsteher Ulrich Hardtke aus Labenz, der darauf hinwies, dass die Amtsausschüsse sachbezogen entscheiden würden und vor einer Politisierung warnte. Auch wäre mit Blick auf zurückgehende Wahlbeteiligungen eine zusätzliche Wahl, nämlich die des Amtsausschusses, für die Menschen vor Ort eher nachrangig. Diese hätten ein starkes Interesse an der Erbringung von Dienstleistungen und kämen mit Wünschen und Sorgen zu den ehrenamtlichen Bürger-

meistern. Daher müsse man die Gemeinden stärken und nicht schwächen.

In der Diskussion wurde weiter darauf hingewiesen, dass eine Direktwahl der Amtsausschüsse dazu führen würde, dass einige kleinere Gemeinden nicht mehr im Amtsausschuss vertreten sein könnten. Direkt- und Listenmandate einer Direktwahl würden außerdem zu Amtsausschüssen führen, die kaum arbeitsfähig wären. Weiter würde sich die kommunalpolitische Landschaft für die beiden großen Volksparteien, aber auch für die kleinen Parteien und zahlreichen Wählergemeinschaften stark verändern. Spätestens dann würde eine Diskussion um eine Gemeindegebietsreform einsetzen, die das Ehrenamt als tragende Säule in den Dörfern gefährdet. Am Ende der Diskussion war das Votum der Mitgliederversammlung eindeutig. Einstimmig sprachen sich die Teilnehmer gegen eine Direktwahl aus. Der Gesetzgeber soll hingegen eine Beschränkung der Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben in Form eines Positiv-/Negativkataloges vornehmen.

Auf Vorschlag von Brigitte Mirow, Leitende Verwaltungsbeamtin des Amtes Hohe Elbgeest, wurde der Beschluss dahingehend ergänzt, das Gesetz über kommunale Zusammenarbeit zu ändern und die Gründung von Zweckverbänden von Gemeinden innerhalb eines Amtes zur Wahrnehmung einzelner Aufgaben zu erleichtern.

Weitere Punkte der Mitgliederversammlung:

In der Ersatzwahl des Kassenprüfers wurde Bürgermeister Andreas Albrecht aus Rondeshagen von der Mitgliederversammlung gewählt.

Zum Thema „Dichtigkeitsprüfungen von Abwasserhausanschlussleitungen auf privatem Grund“ wies Landesgeschäftsführer Jörg Bülow auf derzeitige Unsicherheiten und Differenzen in der Auslegung von DIN und Rechtsnormen hin. Hier gilt es in den nächsten Monaten nach einvernehmlichen Lösungen mit dem Umweltministerium zu suchen, die sich allerdings sehr schwer gestalten.

Frank Hase, Amt Berkenthin

Beim SHGT werden Sie laufend beraten!

Die Landesgeschäftsstelle des SHGT hat erstmals beim schleswig-holsteinischen Firmenlauf mitgemacht. Am Samstag, 12. Juni 2010 starteten die sechs Läuferinnen und Läufer (Erika Blumenberg, unsere Praktikantin Alexa Iwanovski, Jochen Nielsen, Hans Joachim Am Wege, Frank Weidemann, für den verletzten Torsten Hansen, KomFIT, sprang kurzfristig Prof. Jürgen Biederer ein) zu einem fünf Kilometer langen Lauf um die Kieler Hörn, die äußerste Spitze der Kieler Förde. Nach der Begrüßung und Startschuss durch Innenminister Klaus Schlie wurden die Läuferinnen und Läufer bei kühlem, aber sonnigem und recht windigem Wetter von den Kolleginnen und Kollegen und ihren Familien angefeuert. In dem Feld von 134 teilnehmenden Firmen nahm der SHGT einen beachtlichen Platz im Mittelfeld ein, für die er-



Die Teilnehmer des Firmenlaufs 2010

ste Teilnahme also ein sehr gutes Ergebnis! Trotz müder Beine stand für alle Beteiligten fest: im nächsten Jahr nehmen wir wieder teil!
Ute Bebensee-Biederer

SHGT unterstützt die Aktion „Schüler helfen leben“

Auch in diesem Jahr hat sich der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag wieder an der bundesweiten Aktion „Schüler helfen leben“ beteiligt. Am 17. Juni 2010 halfen die beiden 13-jährigen Schülerinnen Svea Blumberg und Paulina Drapatz der Kieler IGS Hassee in der Landesgeschäftsstelle des SHGT. Papierberge, die schon seit einiger Zeit aus dem Keller des Gemeindetages hatten entfernt werden sollen, wurden bei dieser Gelegenheit genau so schnell beseitigt wie Voraufgaben veralteter Kommentare und nicht mehr benötigte Flyer und Zeitschriften. Zu ihren Motiven befragt sagten die beiden Mädchen übereinstimmend, dass es einfach ein gutes Gefühl sei, mal einen Tag etwas anderes

als die Schule zu sehen und gleichzeitig Jugendlichen zu helfen, die echte Probleme hätten. Die Initiative, die während des Jugoslawienkrieges 1992 von Schülerinnen und Schülern gegründet wurde, findet inzwischen jährlich statt und kann in diesem Jahr über 100.000 teilnehmende Schülerinnen und Schüler aus fast 900 Schulen verzeichnen, die ihren Lohn für Jugend- und Bildungsprojekte in Südosteuropa spenden. Das ist eine gute Aktion, die der SHGT gern unterstützt. Neben der Hilfe besteht dabei die Gelegenheit, engagierten Schülern einen Einblick in die Arbeit des SHGT und seiner Mitglieder zu gewähren.

Ute Bebensee-Biederer



Paulina Drapatz und Svea Blumberg helfen in der SHGT-Geschäftsstelle

Die neuen Ämter stellen sich vor

Stadt und Land – Hand in Hand!

Das Amt Nortorf-Land wurde am 1.4.1970 aus den Ämtern Bargstedt, Borgdorf, Timmaspe und Teilen des Amtes Westensee gebildet und bestand bis zum 31.12.2006 nach einigen Gebietsänderungen aus 16 Gemeinden. Eine Veränderung ergab sich zum 1.1.2007 aufgrund der Vorgaben des zweiten Verwaltungsstrukturreformgesetzes, mit dem die Mindestgröße für eine hauptamtliche Verwaltung auf 8.000 Einwohner festgelegt wurde. Auf der Grundlage eines zuvor zwischen der Stadt Nortorf und dem Amt Nortorf-Land geschlossenen „Öffentlich-rechtlichen Vertrages über den Beitritt der Stadt Nortorf zum Amt Nortorf-Land“ hat das Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein mit Erlass vom 18.12.2006 gemäß § 1 Abs. 2 der Amtsordnung entschieden, dass die Stadt Nortorf als siebzehnte amtsangehörige Kommune mit Wirkung vom 1.1.2007 in das Amt Nortorf-Land eingegliedert wird. Das Amt Nortorf-Land führt mit Wirkung vom 1.1.2007 den Namen „Amt Nortorfer Land“.

Zum gleichen Zeitpunkt wurde das Amt nach Änderung seiner Hauptsatzung „hauptamtlich verwaltetes Amt“ im Sinne des § 15 a der Amtsordnung. Dieser Eingliederungsprozess gestaltete sich – wie bei vielen anderen Kommunen – zunächst sehr schwierig, da die Stadt Nortorf mit ihren ca. 6.400 Einwohnerinnen und Einwohnern nicht auf einen hauptamtlichen Bürgermeister verzichten wollte. Beim „alten“ Amt Nortorf-Land bestand wenig Handlungsbedarf, da man schon im Jahre 2006 mit einer Einwohnerzahl von über 12.000 den Ansprüchen des zweiten Verwaltungsstrukturgesetzes genügte. Aus diesem Grunde kam für das „alte“ Amt Nortorf-Land auch nur die Ein-



Wappentafel am alten Marktplatz in Nortorf

amung der Stadt Nortorf in Frage. Erst nachdem auch die letzten Bemühungen der Stadt Nortorf für den Erhalt der Hauptamtlichkeit beim Innenministerium scheiterten, entschloss sich die Stadtverordnetenversammlung im November 2006, dem Amt Nortorfer Land beizutreten. Aufgrund dieses Beitritts „in letzter Minute“ war es für die neue Verwaltungsleitung sehr schwierig, in kurzer Zeit aus zwei Verwaltungen einen neuen schlagkräftigen Dienstleistungsbetrieb zu formen.

Dabei waren die Randbegleitungen zunächst glücklich, da sowohl der leitende Verwaltungsbeamte des „alten Amtes“ als auch der hauptamtliche Bürgermeister der Stadt Nortorf zeitgleich in den Ruhestand gingen. Die Stelle des Amtsdirektors wurde ausgeschrieben und im Rahmen eines gemeinsam durchgeführten Auswahlverfahrens neu besetzt. Dabei entschied man sich bewusst für einen Bewerber, der von außerhalb kam und der sich völlig neutral mit den seinerzeit noch befürchteten Spannungen der verschiedenen politischen Gremien auseinandersetzen konnte.

Beide Verwaltungen waren seit Bau des neuen Rathauses in den siebziger Jahren in einem Gebäude untergebracht. Leider hatte man es aber versäumt, die technische Infrastruktur gemeinsam zu entwickeln. So gab es zum Start des neuen Amtes kaum eine Software, die in beiden Verwaltungen eingesetzt wurde. Insbesondere die Zusammenführung der Meldedaten und der Daten aus den unterschiedlichen HKR Verfahren bereiteten große Probleme.

Das Amt Nortorfer Land hat im Wege der Rechtsnachfolge von der Stadt insgesamt 26 Beamte und Beschäftigte (23,21 Vollzeitstellen) übernommen. Der neue Stellenplan 2007 wies 58 Beamte und Beschäftigte mit zusammen 50,7 Vollzeitstellen aus. Im Stellenplan 2008 reduzierte

sich die Zahl der Stellen schon auf 47,92 Vollzeitstellen. Zwei Beschäftigte sind derzeit in der aktiven Phase einer Altersteilzeit. Es sind noch Überkapazitäten in der Amtsverwaltung vorhanden, die in den nächsten Jahren durch altersbedingtes Ausscheiden von Beschäftigten abgebaut werden sollen.

Seit August letzten Jahres wird erstmals eine Anwärtlerin für den gehobenen Dienst ausgebildet. Die Gesamtzahl der Vollzeitstellen im Stellenplan 2010 beträgt 47,22 Stellen. Die Personalkosten belaufen sich derzeit auf 139,59 € je Einwohner.

Die Zusammenführung beider Verwaltungen ist im Jahre 2007 zunächst in der bisherigen Organisationsform von 3 Fachbereichen geschehen. Die publikumsintensiven Dienststellen (Einwohnermeldeamt, Ordnungsamt, Amtskasse und Steueramt) wurden in das Erdgeschoss des Rathauses verlegt, die übrigen Dienststellen mussten in das Obergeschoss umziehen. Die Zusammenführung der Verwaltungen bietet mehr als bisher die Möglichkeit, die Arbeitsabläufe zu überprüfen und zu optimieren und eine ständige Vertretung in Ur-



„Geographischer Mittelpunkt Schleswig-Holsteins“

laubs- und Krankheitszeiten zu realisieren. Nach nunmehr dreieinhalb Jahren kann man durchaus feststellen, dass die gesamte Region des Amtes Nortorfer Land von der Eingliederung der Stadt Nortorf in das Amt profitiert hat. Die Kosten der Verwaltung konnten erheblich gesenkt werden. Das politische Miteinander ist ausgesprochen positiv und entspricht nicht der pauschalen und wenig objektiven Berichterstattung des Städtebundes über die Situation der eingemeindeten Städte in Schleswig-Holstein. Die Vertreter der

Stadt Nortorf fühlen sich im Amtsausschuss gut aufgehoben und voll integriert. Dabei wird nicht verkannt, dass die Belastung des ehrenamtlichen Bürgermeisters der Stadt Nortorf nicht unerheblich ist. Aber auch diese Situation lässt sich durch eine vertrauensvolle Zusammenarbeit gut regeln. Nicht umsonst wurde im vergangenen Jahr anlässlich der 100 Jahr Feier der Stadt Nortorf der Slogan geprägt: „Stadt und Land – Hand in Hand“.

Dies zeigen zwei Beispiele:

Beispiel 1:

Mit dem Zweiten Verwaltungsstrukturreformgesetz ist in § 22 Abs. 2 Amtsordnung folgender Satz 2 angefügt worden: „Die Umlageverpflichteten können durch öffentlich-rechtlichen Vertrag eine von Satz 1 abweichende Erhebung der Amtsumlage vereinbaren“. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung den Besonderheiten in der Finanzstruktur der amtsangehörigen Gemeinden Rechnung tragen, die bei einer strikten Anwendung der Regelungen des Finanzausgleichsgesetzes zu einer unbilligen Lastenverteilung führen würden. Die abweichende Erhebung der Amtsumlage ist durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zu vereinbaren und damit nur im Einvernehmen aller amtsangehörigen Gemeinden möglich.

Zu solch einer unbilligen Lastenverteilung wäre es durch den Beitritt der Stadt Nortorf zum Amt gekommen, da die Personalkosten der Stadtverwaltung mit 170,29 € je Einwohner die Personalkosten des Amtes Nortorf-Land mit 111,06 € je Einwohner erheblich überstiegen, auch wenn die Umlagegrundlagen der Stadt mit 709,33 €/Einwohner deutlich höher ausfielen, als die Umlagegrundlagen der 16 bisher amtsangehörigen Gemeinden mit 607,07 €/Einwohner.

In § 2 des öffentlich-rechtlichen Vertrages über die Vorbereitung des Beitritts der Stadt Nortorf in das Amt Nortorf-Land wurde daher vereinbart, dass es durch den Beitritt der Stadt Nortorf nicht zu einer wesentlich höheren Amtsumlagebelastung der bisherigen amtsangehörigen Gemeinden kommen durfte.

Bei der Formulierung des öffentlich-rechtlichen Vertrages über die Höhe der jeweiligen Ausgleichszahlung der Stadt Nortorf war aber auch zu beachten, dass ein zentraler Ort wie die Stadt Nortorf allein von der Aufgabenstellung her die Verwaltung dauerhaft in einem prozentual höherem Maße in Anspruch nehmen muss, als die Gemeinden, in denen sich neben der Verwaltung 16 ehrenamtliche Bürgermeister/innen um die örtlichen Belange von rund 12.000 Einwohnern „kümmern“, während die Stadt Nortorf für 6.400 Einwohner nur über einen ehrenamtlichen Bürgermeister verfügt, der allein vom Zeitaufwand her eine vergleichbare Leistung nicht erbringen kann.

Mit Zustimmung aller amtsangehörigen

Kommunen konnte am 28.07.2008 ein ‚öffentlich-rechtlicher Vertrag über die abweichende Erhebung der Amtsumlage von der Stadt Nortorf‘ abgeschlossen werden, der für die Haushaltsjahre 2007 und 2008 die Zahlung eines Ausgleichsbetrages von 308.200,00 Euro bzw. 286.199,00 Euro und danach bis zum Jahre 2018 eine Reduzierung des Ausgleichsbetrages auf einen Sockelbetrag von 100.000,00 Euro vorsieht.

Beispiel 2:

Das im Januar 2007 novellierte Schulgesetz und die Einamtung der Stadt Nortorf hat die Schullandschaft im Nortorfer Land erheblich verändert. Alle amtsangehörigen Gemeinden, sofern Schulstandort, haben sich entschlossen, ihre Grundschulen in die Trägerschaft des Schulverbandes Nortorf zu übergeben. Die Stadt Nortorf brachte neben ihrer Grundschule auch die Realschule und die Förderschule L in den bis dahin nur für die Hauptschule zuständigen Schulverband ein. Durch den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, dem alle amtsangehörigen Kommunen zugestimmt haben, wurden die Aufgaben des Schulverbandes entsprechend erweitert. Das Ministerium für Bildung und Frauen hat mit Erlass vom 4.2.2008 auf Antrag des Schulverbandes die Verbindung der bisherigen Hauptschule und Realschule zu einer Gemeinschaftsschule mit Wirkung vom 1.8.2008 genehmigt. Die Genehmigung der Gemeinschaftsschule wurde gleichzeitig für eine Offene Ganztagschule ausgesprochen, die ihren Betrieb am 8.9.2008 aufgenommen hat.

Die Verwaltung des vergrößerten Schulverbandes erfolgt durch das Amt Nortorfer Land. Da in den Schulgebäuden sehr vielfältige Nutzungen vorhanden sind, wurde darauf verzichtet, das Grundvermögen dem Schulverband zu übertragen. Das Eigentum an den Schulgrundstücken als auch die Unterhaltung und Bewirtschaftung der Gebäude verbleibt bei den Standortgemeinden. Diese erhalten dafür neben der Erstattung der Unterhaltungs- und Bewirtschaftungskosten eine aus dem Aufkommen der Schulverbandsumlage finanzierte Nutzungsentschädigung. Einzelheiten sind in öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen mit jeder Schulstandortgemeinde festgelegt worden.

Abschließend noch einige allgemeine Daten zum Amt Nortorfer Land:

Das Amt Nortorfer Land liegt in zentraler Lage zwischen Kiel, Rendsburg und Neumünster. Der geographische Mittelpunkt Schleswig-Holsteins wurde im Stadtgebiet Nortorf (Ortsbereich Thienbüttel) festgestellt. Die Region verfügt durch die BAB 7 mit den Auffahrten ‚Bordesholm‘ (bei Dätgen), ‚Warder‘ und ‚Neumünster-Nord‘ (bei Krogaspe) sowie die L 328, die ebenfalls bei der Anschlussstelle

‚Neumünster-Nord‘ eine Autobahnauffahrt vermittelt, über eine sehr gute Verkehrsanbindung.

Die Strukturschwäche des Amtsbereiches, die Vielzahl der teilweise recht kleinen Gemeinden und die unterschiedliche Größe und Aufgabenstellung wirft erhebliche Probleme für die Amtsverwaltung auf. Die kleinste Gemeinde hat 155, die Stadt Nortorf als mittlerweile größte amtsangehörige Kommune weist 6.293 Einwohner auf. Im Mittelpunkt des Amtsbezirks liegt das Unterzentrum Nortorf mit der Aufgabe, die Grundversorgung auch der Bevölkerung des Amtsbezirks sicherzustellen. Vordringliches Ziel der ab dem 1.1.2007 bestehenden Verwaltung muss es sein, die Verwaltungsleistungen für alle amtsangehörigen Gemeinden und ihre Einwohner zeitnah, sachgerecht und kostengünstig zu erbringen.

Die Gesamtfläche des Amtsbezirks beläuft sich gegenwärtig auf 24.520 ha. Davon entfallen auf die 16 Gemeinden 23.246 ha und auf die Stadt Nortorf 1.274 ha.

Die 16 ursprünglichen Gemeinden des Amtes sowie der Ortsteil Thienbüttel der Stadt Nortorf sind landwirtschaftlich orientiert. Eine vom Amt im Jahre 2009 durchgeführte Umfrage bei den amtsangehörigen Gemeinden ergab 144 landwirtschaftliche Haupteinwerbsbetriebe und 81 Nebenerwerbsbetriebe. 30 ehemalige Betriebe hatten die Betriebsfläche verpachtet.

Ein Aufgabenschwerpunkt des Amtes liegt seit dem Jahre 2008 in der Verbesserung der Breitbandversorgung in den amtsangehörigen Kommunen. Diese zukunftsfähige Infrastruktur wird in den kommenden Jahren die Standortattraktivität erheblich beeinflussen. Mit Ausnahme der Stadt Nortorf, in deren Stadtgebiet Übertragungsgeschwindigkeiten von 6 bis teilweise 16 Mbit/s erreicht werden und wenigen Gemeinden, in denen teilweise Datenraten von 1 bis 2 Mbit/s möglich sind, sind leistungsfähige Internetverbindungen im überwiegenden Teil des Amtsgebietes nicht vorhanden. Der Amtsausschuss hat daher im Jahre 2008 eine Vorstudie zur Breitbandförderung erstellen lassen und im Jahre 2009 die Untersuchungen für ein Leerrohrkonzept eingeleitet. Zwischenzeitlich haben die Stadtwerke Neumünster begonnen, Glasfaserkabel zu verlegen. Es ist beabsichtigt, bis zum Jahre 2014 alle Gemeinden des Amtes mit einer schnellen Internetanbindung über Glasfaserkabel, die eine Datenübertragung bis 100 Mbit/s ermöglichen, zu versorgen.

Eine der vorrangigsten Aufgaben der Verwaltungsleitung wird darin gesehen, den Kundenservice der Verwaltung weiter zu optimieren. Angesichts des in vollem Gange befindlichen Aufbruchs in das Informationszeitalter des 21. Jahrhunderts ist es unumgänglich, Informationen und Dienstleistungen der Amtsverwaltung für die Bevölkerung auch im Internet verfü-

bar zu machen. Seit dem 27. Juni 2001 ist das Amt mit einer eigenen Homepage, zugleich mit allen amtsangehörigen Gemeinden, im Internet vertreten. Die Aufbereitung der Informationen und die laufende Pflege der Homepage werden vom entsprechenden eigenen Fachpersonal der Amtsverwaltung vorgenommen. An der Neugestaltung des Internetauftritts der Amtsverwaltung wird derzeit unter Mitwirkung eines externen Dienstleisters gearbeitet.

Zur weiteren Verbesserung der Qualität der Verwaltungsleistungen ist inzwischen ein wesentlicher Teil der IT-Arbeitsabläufe durch Aufbau eines Intranets auf die Inter-

net-Technologie umgestellt worden. Dies verursacht außer beträchtlichem Arbeitsaufwand direkt nur verhältnismäßig geringe Kosten. Mit der Weiterentwicklung des Intranets wird das Ziel verfolgt, vorrangig für die Verwaltung, möglichst unter Mitwirkung aller Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, das im Betrieb vorhandene Wissen in strukturierter Form in gut handhabbarer Weise an allen Arbeitsplätzen verfügbar zu machen und damit einen ersten Schritt zur einem geordneten Wissensmanagement zu gehen.

Um diesen Prozess zu unterstützen wurde Anfang des Jahres ein „Dokumentenmanagementsystem“ (DMS) eingeführt. Zur

Verbesserung der Informationsmöglichkeiten der kommunalen Mandatsträger als auch der Einwohnerinnen und Einwohner ist im Herbst dieses Jahres noch die Installation eines „Ratsinformationssystems“ vorgesehen.

Abschließend bleibt festzustellen, dass sich das Amt Nortorfer Land nicht nur beim Ehrenamt sondern auch in der Bevölkerung gut etabliert hat. Hoffen wir nur, dass diese Strukturen durch die erforderliche Änderung der Amtsordnung aufgrund des Urteils des Landesverfassungsgerichtes nicht wieder zerschlagen werden.

Dieter Staschewski
Amtdirektor

Die innovative Gemeinde

Mit Büchern über Grenzen lesen – das erste deutsch-dänische Buchdorf

Aventoft – Kreis Nordfriesland – liegt im deutsch-dänischen Grenzgebiet im Amt Südtondern und hat ca. 460 Einwohner

Eine Initiative im deutsch-dänischem Grenzgebiet sorgt in den Gemeinden Tondern (DK) und Aventoft (D) für mehr Lese-Spaß und einen kulturellen Austausch in der Grenzregion Westküste. Diese findet „erlesenen“ Zuspruch bei Einheimischen wie Besuchern von nah und fern. Vom alten Schmöker bis zum Sammlerstück ist alles zu finden. Beide Gemeinden haben sich zu einem Buchdorf bzw. einer Buchregion zusammengeschlossen.

Ein Buchdorf – was ist das? In einem Buchdorf befinden sich auf engstem Raum sehr viele Läden, die riesige Mengen von gebrauchten bzw. antiquarischen Büchern anbieten. Bücher kann man auch im Gasthof, beim Bäcker, Kaufmann oder in einem Buch-Café erstehen. Gäste werden zum Verweilen angeregt; denn für das Stöbern in den Büchern reicht oft ein Tag nicht aus.

In Aventoft wurde das weltweit erste grenzüberschreitende, räumlich nicht eng konzentrierte Buchdorf gegründet. Nicht ohne Grund bedeutet die Abkürzung des Vereins „B.O.G. e.V.“ das dänische Wort für „Buch“. Die Sprachenvielfalt im dänisch-deutschen Grenzgebiet soll so erhalten werden und Weltoffenheit präsentieren- und dies erfolgreich.

So wurde der Verein „Bücher ohne Grenzen /Boeger over Graensen B.O.G.e.V. erst kürzlich mit einem Preis von der Akademie für ländliche Räume (ALR e.V.) in Höhe von 2500,-€ ausgezeichnet. Landwirtschaftsministerin Rumpf sagte bei der Preisverleihung in Aventoft: „Das Buchdorf



Preisverleihung für B.O.G.: vlnr: Gebbe List Petersen, Ein Signal gleich am Ortsein-Niels-Erik Tyge (Tondern), Ulla Pieper, Rüdiger von gang: Hier ist ein Buchdorf! Plüskow (ALR)

Aventoft trägt seinen Namen zu Recht. Hier begegnen sich kulturelles Engagement, grenzübergreifende Ideen und ländliche Kultur in vorbildlicher Weise“, so die Ministerin. Gemeinsam mit dem dänischen Generalkonsul Henrik Becker Christensen würdigte Ministerin Rumpf den in Aventoft und Tondern beiderseits der deutsch-dänischen Grenze ansässigen Trägerverein, der in beiden Dörfern über jeweils mehr als 100.000 Bücher zu allen Themen verfügt. „Die Arbeit der Vereins ist einfach Klasse“, so die Bürgermeisterin Christine Harksen. Die vielen Aktivitäten locken viele Touristen zum Verweilen nach Aventoft.

Das erste Buchdorf entstand 1961 in dem kleinen, abgelegenen Ort Hay-on-Wye, Wales (GB). Inzwischen gibt es in Europa mehr als 20 Buchdörfer. Das deutsche Buchdorf Mühlbeck-Friedersdorf bereichert seit 1997 Jahren die Gegend um Bitterfeld. Fjaerland und Tvedestrand sind norwegische Buchdörfer in idyllischer Lage, ebenso wie das finnische Sysmä.

Nach Gründung des Fördervereins Bücher

ohne Grenzen (B.O.G.) 2005 in Aventoft konnte bereits Ende 2006 der kooperierende Buchladen im dänischen Tondern eröffnet werden. Viele Aktivitäten für Leserratten bereichern seither immer wieder das Dorfleben. Veranstaltungen (Lesungen, Kurse) und Märkte rund ums Buch gehören dazu, ebenso wie die Ansiedlung von Buchbinder, bzw. Drucker, Kunsthandwerk und Galerien. Grundsätzlich soll die Buchdorf-Idee die ländliche Entwicklung fördern, auf der Basis des kulturellen Erbes. Es werden Gespräche zwischen Jung und Alt angeregt, natürlich unter dem Motto: Lesen!

„Das Buchdorf Aventoft und der Verein Bücher ohne Grenzen beweisen, dass mit einem großen persönlichen und vor allem ehrenamtlichen Engagement die Idee eines Buchdorfes grenzüberschreitend möglich ist. Menschen diesseits und jenseits der Grenze haben diese Idee in ihren Dörfern umgesetzt und sie mit Leidenschaft und hohem zeitlichen Einsatz begleitet“, dankte Ministerin Rumpf der Vereinsvorsitzenden, Frau Ulla Pieper.

Hans Joachim Am Wege



Appell, Baumgart **Die zweite Amtsglocke**

Humoriges gesammelt. Verse, Sprüche, Anekdoten, 2010, 164 Seiten, kartoniert, ISBN 978-3-8293-0912-7, Preis 9,80 €

Die zweite Amtsglocke soll – wie schon der erste Band – mit vergnüglichen und besinnlichen Sprüchen und Reimen sowie heiteren und ernsthaften Weisheiten zum Schmunzeln und Nachdenken anregen. Sie dient Bürgermeister, Stadt- und Gemeinderäten, Politikern und Funktionären, Vereinsvorständen und Festrednern als Fundgrube für die Gestaltung, Formulierung und Auflockerung von Grußworten, Ansprachen und Reden jedweder Art. „Die zweite Amtsglocke“ eignet sich natürlich auch vortrefflich als begehrtes und passendes Geschenk zu Geburtstagen, Jubiläen und Ehrungen sowie bei vielen weiteren Anlässen und Gelegenheiten.

Damit ist das Buch ein ideales Präsent für alle Angehörigen des Öffentlichen Dienstes, für ehrenamtlich tätige Mandatsträger, für Vereinsvorsitzende und letztlich für alle Bürgerinnen und Bürger, die einmal herzlich lachen oder auch nur still schmunzeln wollen.

Ehrenbürgermeister Dr. Ehrhart Appell hat gemeinsam mit Fides Baumgart wieder viele durchweg neue Beiträge gesammelt, gesichtet, ausgewählt und zum Teil auch selbst verfasst.

Übersichtlich sind diese den folgenden Kapiteln zugeordnet: Bürgermeister und Räte, Beamte und Politiker, Pfarrer und Lehrer, Richter und Advokaten, Bauern und Landfrauen, Rentner und Pensionisten, Vereine und Verbände, Reisen und Wandern, Feste und Feiern, Lebensweisheiten und Sprüche, Nachdenkliches und Vergnügliches.

Jedenfalls ist auch „Die zweite Amtsglocke“ ein ebenso interessantes und anregendes wie kurzweiliges und unterhaltendes Lesevergnügen für alle.

Bürgermeister a.D. Dr. Ehrhart Appell, kann nach über 40 Jahren kommunaler Praxis auf einen reichen Kenntnisstand und Erfahrungsschatz zurückgreifen. Fides Baumgart hat mit sorgsam eingestreuten Illustrationen die Lacher auf ihrer Seite. Bürgermeister Roland Schäfer, Vizepräsident des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, hat wieder ein treffendes Geleitwort beigeleitet.

Krautscheid Andreas (Hrsg.), **„Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl“**

455 Seiten, Broschur, EUR 34,90, ISBN 978-3-531-16686-5

Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009

Das Thema Daseinsvorsorge in Europa ist

insbesondere für die kommunale Ebene, die in Deutschland die Erbringung der im europäischen Sprachgebrauch so bezeichneten „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ gewährleistet, von großer Bedeutung. Der Umgang mit dem europäischen Wettbewerbsrecht stellt viele Kommunen und Kreise vor enorme Herausforderungen. Dieser Sammelband liefert eine Einführung in die europarechtliche und -politische Diskussion und analysiert die einzelnen Sektoren der Daseinsvorsorge mit ihrer jeweiligen Betroffenheit durch das Gemeinschaftsrecht. Außerdem wird die Organisation der Daseinsvorsorge in ausgewählten anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union vorgestellt.

Der Herausgeber des höchst informativen Sammelbandes, Andreas Krautscheid, ist Minister für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien des Landes Nordrhein - Westfalen. Die beteiligten Eberhard Waiz und Dr. Claudia Münch sind Mitarbeiter der Staatskanzlei Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf.

Der Band enthält nach einer einführenden Gesamtdarstellung von Henneke Beiträge zu den europarechtlichen und politischen Entwicklungen auf dem Feld der Daseinsvorsorge in den letzten 20 Jahren von Waiz, Steger und v. Danwitz. Danach werden einzelne Sektoren der Daseinsvorsorge und die Einflussnahme des Europarechts darauf betrachtet: Elektrizität und Gas (Pielow), Öffentlicher Personennahverkehr (Faber), Wasserversorgung (Keller), Abfallentsorgung (Friege), Krankenhäuser und Gesundheitsdienstleistungen (Bauckhage - Hoffer), Sozialdienstleistungen (Maucher), Sozialer Wohnungsbau (Kessler/Dahlke) Sparkassen (Landsberg). Ein dritter Teil ist der Darstellung der Organisation der Daseinsvorsorge in anderen Mitgliedstaaten gewidmet (Schweden - Lippert-, Italien - Donati/Grasse, Polen - Knopp, Österreich - Pürgy), die zwar unterschiedlich von der deutschen sein mag, aber von denselben Diskussionen geprägt ist. Es folgen zum Schluss Beiträge zur Zukunftsperspektive der Daseinsvorsorge in Europa von Lattmann und Hieronymi, die zusammenfassend deutlich machen, wo Positionen aus deutscher Sicht im Interesse des Erhalts bewährter Strukturen zu markieren sind.

Recht der Ratsfraktionen **Dr. Hubert Meyer**

5. Auflage, 2009, 186 Seiten, kartoniert, Format 16,5 x 23,5 cm, ISBN 978-3-8293-0877-9, Preis 22,00 €

Bei allen kommunalpolitischen Entscheidungen kommt den Fraktionen in den Gemeinden, Städten und Landkreisen große Bedeutung zu. Im Zeichen zunehmender

parteipolitischer Durchdringung der kommunalen Selbstverwaltung erfolgt in den Fraktionen auch die Weichenstellung für die Sach- und Personalpolitik.

Die Verlagsausgabe nimmt eine realistische Betrachtung des Fraktionsrechts für Gemeinden, Städte und Landkreise vor. Der informativen Einführung folgt ein Überblick, der die gesetzlichen Regelungen zum Fraktionswesen und die Bedeutung der Fraktionen aus Sicht der Gemeindevertretung, des Gemeinderatsmitglieds, des Wählers und der Parteien veranschaulicht. Im Rahmen der Beschreibung über die Bildung, Mitgliedschaft und Beendigung von Fraktionen wird deren Charakter als freiwilliger Zusammenschluss von Ratsmitgliedern mit gemeinsamer politischer Grundüberzeugung betont. Ein Abschnitt zum Geschäftsordnungsrecht trägt den Rechten und Pflichten der Fraktionen Rechnung. Wegen der einschneidenden Wirkungen werden die rechtlichen Voraussetzungen eines Fraktionsausschlusses besonders gewürdigt.

Einen weiteren Schwerpunkt bilden die kommunalverfassungsrechtlichen Rechte der Fraktionen, die im Überblick für alle Flächenbundesländer erörtert werden. Schließlich beinhaltet das Werk die derzeit wohl umfassendste Darstellung des hochsensiblen Themas der Finanzierung der Fraktionen auf kommunaler Ebene.

In kompakter Form informiert „Recht der Ratsfraktionen“ kompetent und zuverlässig insbesondere alle Ratsmitglieder, Kommunalpolitiker, Mandatsträger, Fraktionen, Parteien, Verwaltungsgerichte und Rechtsanwälte.

Rudolf Ley **Das neue Vergaberecht 2009**

Schnelleinstieg mit Erläuterungen

1. Auflage 2009; VIII, 192 Seiten, Softcover; Eur (D) 29,95;

ISBN 978-3-8073-0123-5

Rehm

Der sichere Weg ins neue Vergaberecht! Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts ist ein wichtiger Schritt zur Weiterentwicklung der Rechtsmaterie erfolgt. Für Praktiker gilt es nun, die umfangreichen Neuerungen im GWB und der Vergabeverordnung umzusetzen.

Das vorliegende Werk hilft ganz konkret, in der Übergangsphase bis zur weiteren Ausgestaltung von VOL, VOB und VOF sicher und zielführend zu handeln.

Die Ziele sind klar: mehr Transparenz, die Förderung des Mittelstands sowie die Berücksichtigung aktueller EU-Regelungen. Anhand dieses Schnelleinstiegs wissen Sie sofort, was wann zu tun ist!