

06/2018

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein



- *Norbert Portz*, Die neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)
- *Dr. Benjamin Pfannkuch*, Vorabinformation und Rechtsschutz im Vergaberecht auch unterhalb der EU-Schwellenwerte? Zugleich Besprechung des Urteils des OLG Düsseldorf vom 13.12.2017 – I – 27 U 25/17
- *Sven Krassow*, Kommunen als Energieversorger – Rechtspflichten bei der Stromlieferung an Dritte
- *Dr. Fiete Kalscheuer*, Kommunale Verpackungsteuer als Mittel zur Abfallvermeidung
- *Lukas Gundermann*, Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung – was ändert sich bei der Datenverarbeitung durch Kommunen? Teil 2: Rechte der Betroffenen, organisatorische Vorgaben, Aufsichtsbehörden

C 31168 E

ISSN 0340-3653

70. JAHRGANG

SHGT
Schleswig-Holsteinischer
GEMEINDETAG

Deutscher
Gemeindeverlag
GmbH Kiel

NACHHALTIGE ENTWICKLUNG HAT DIE WELT VOR AUGEN



Globale Entwicklungsziele kommunal umsetzen

Die 17 globalen Entwicklungsziele der Agenda 2030 bieten Anlass und unzählige Möglichkeiten, eine lebenswerte und zukunftsfähige Kommune für kommende Generationen zu gestalten. Die Servicestelle Kommunen in der Einen Welt unterstützt Landkreise, Städte und Gemeinden auf diesem Weg.

Wir beraten Sie · Telefon: 0228 20 717-670 · www.kommunal-global-engagiert.de

**ENGAGEMENT
GLOBAL**
Service für Entwicklungsinitiativen



mit ihrer

SERVICESTELLE
KOMMUNEN IN DER EINEN WELT

Im Auftrag des



Bundesministerium für
wirtschaftliche Zusammenarbeit
und Entwicklung

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung
in Schleswig-Holstein

Herausgeber Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

70. Jahrgang · Juni 2018

Impressum

Schriftleitung:

Jörg Bülow
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied

Redaktion:

Daniel Kiewitz

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. 37, gültig ab 1. Januar 2017.

Bezugsbedingungen:

Die Zeitschrift „Die Gemeinde“ erscheint monatlich; einmal jährlich können zwei Hefte zu einem Doppelheft zusammengefasst werden. Bezugspreis ab Verlag jährlich 90,00 € zzgl. Versandkosten. Einzelheft 11,20 € (Doppelheft 22,40 €) zzgl. Versandkosten. Abbestellungen: 6 Wochen vor Jahresende beim Verlag.
Die angegebenen Preise enthalten die gesetzl. Mehrwertsteuer.

Druck: dfn! Druckerei Fotosatz Nord, Kiel

Satz & Gestaltung:

Agentur für Druck und Werbung, Laboe
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 beiliegt.

ISSN 0340-3653

Titelbild: Leuchtturm Amrum

Foto: Henrik Bayer, St. Peter-Ording

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Norbert Portz
Die neue Unterschwellen-
vergabeordnung (UVgO).....158

Dr. Benjamin Pfannkuch
Vorabinformation und Rechtsschutz im
Vergaberecht auch unterhalb der
EU-Schwellenwerte?
Zugleich Besprechung des Urteils
des OLG Düsseldorf
vom 13.12.2017 – I – 27 U 25/17164

Sven Krassow
Kommunen als Energieversorger –
Rechtspflichten bei der Stromlieferung
an Dritte166

Dr. Fieta Kalscheuer
Kommunale Verpackungsteuer als
Mittel zur Abfallvermeidung171

Lukas Gundermann
Die neue EU-Datenschutz-
Grundverordnung – was ändert sich
bei der Datenverarbeitung durch
Kommunen?
Teil 2: Rechte der Betroffenen,
organisatorische Vorgaben,
Aufsichtsbehörden174

Rechtsprechungsberichte

BFH:
Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit
des Nachzahlungszinssatzes von
sechs Prozent.....178

VG Mainz:
Pferdestall im Außenbereich
stellt keine unzumutbare
Geruchsbelästigung dar.....179

VK Hessen:
Gesamtvergabe ausnahmsweise
zulässig.....179

Aus der Rechtsprechung

Aufwandsentschädigungen für
Mitglieder des Hauptausschusses;
Entschädigungssätze für Mitglieder
mit Stimmrecht und mit nur beratender
Stimme
Urteil des OVG Schleswig
vom 21.09.2017 – 3 KN 1/16.....179

Aus dem Landesverband183

Personalnachrichten183

Dieser Ausgabe liegt eine Beilage der
EKSH bei.

Wir bitten um Beachtung.

Die neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

Norbert Portz, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn / Berlin

Mit Veröffentlichung vom 07. Februar 2017 ist im Bundesanzeiger unter B1, S. 1 bis 18, die neue „Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte“ und damit die Unterschwellenvergabeordnung – UVgO – bekannt gemacht worden. Die Erläuterungen des Bundeswirtschaftsministeriums zur UVgO finden sich in der gleichen Ausgabe des Bundesanzeigers unter B2 (Anmerkung: Eine geringfügige Korrektur der UVgO wegen einer fehlerhaften Paragrafenbezeichnung erfolgte in der Ausgabe des Bundesanzeigers vom 08. Februar 2017).

I. UVgO ersetzt 1. Abschnitt der VOL/A

Die neue UVgO ersetzt die VOL/A, 1. Abschnitt, Ausgabe 2009, vom 20. November 2009 (BANz. Nr. 196 a, BANz. 2010, S.755). Bereits am 18. April 2016 wurde in einem ersten Reformschritt die früher oberhalb der EU-Schwellenwerte (209 000 Euro ohne Umsatzsteuer) geltende EG-VOL/A abgeschafft. Diese ist in die neue Vergabeverordnung (VgV) integriert worden. Auf der Grundlage des zweiten Reformschritts wird durch die UVgO künftig auch die bisherige VOL/A, 1. Abschnitt, und damit das Vergaberecht für Liefer- und Dienstleistungsaufträge bei Unterschwellenvergaben der Vergangenheit angehören. Damit wird die aus dem Jahre 1932 stammende VOL/A nach insgesamt 85 Jahren vollständig entfallen und durch ein neues Regelwerk abgelöst.

II. Pflicht zur Anwendung der UVgO erfordert zusätzliche Inkraftsetzung

Die UVgO regelt ausschließlich die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte. Als Unterschwellenrecht handelt es sich bei ihr um eine Verwaltungsvorschrift, die sich in die haushaltsrechtlichen Vorgaben von Bund, Ländern und Kommunen einfügt. Als solche tritt die UVgO nicht bereits mit der Bekanntmachung im Bundesanzeiger in Kraft. Vielmehr ist zur Inkraftsetzung und Anwendung durch die Kommunen eine separate Regelung des für die Kommunen zuständigen Landesrechtsgebers erforderlich. Eine derartige Inkraftsetzung der UVgO für die Kommunen kann – wie vielfach bisher auch für die VOL/A, 1. Abschnitt,

praktiziert – durch Erlasse der jeweiligen Landesregierung erfolgen. Möglich wäre auch eine Integration bzw. Verbindung in und mit den in vielen Ländern bestehenden Vergabe- oder Tariftreuegesetzen.

Die Landesregierungen und Landesgesetzgeber sind aber insgesamt in der Festlegung frei, ob überhaupt und wenn ja, mit welchem Inhalt sie ihren Kommunen die Anwendung der UVgO im Rahmen des Haushaltsrechts vorgeben. Insoweit sei daran erinnert, dass gegenwärtig die Landesregierungen der Bundesländer Nordrhein-Westfalen, Bayern und Baden-Württemberg ihren jeweiligen Kommunen die VOL/A, 1. Abschnitt, „nur“ durch entsprechende Hinweise „zur Anwendung empfohlen haben“ während andere Länder ihren Kommunen die Anwendung verbindlich vorgegeben haben. Aber selbst dann, wenn die Landesrechtsgeber ihren Kommunen die Anwendung der UVgO als Nachfolgewerk der VOL/A künftig freistellen, können die Hauptverwaltungsbeamte (Ober-Bürgermeister/innen oder Landräte) ihren Kommunen die Anwendung vorgeben oder auch die Kommunen selbst eigenverantwortlich die UVgO anwenden. So ist es bisher vielfach im Bereich der VOL/A, 1. Abschnitt, erfolgt.

III. UVgO-Struktur: Übernahme vieler GWB- und VgV-Regelungen

Die UVgO umfasst mit 54 Normen im Vergleich zur VOL/A, 1. Abschnitt (20 Normen), mehr als das Doppelte an Regelungen. Grund ist insbesondere, dass erklärtes Vorbild der UVgO primär das Vergabeverfahrensrecht der VgV sowie das Oberschwellenrecht des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist. Ziel war und ist damit eine möglichst einheitliche Ausgestaltung des Vergaberechts sowohl bei der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen ober- als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte. Dabei wurden bestehende Besonderheiten für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte in der UVgO aufrechterhalten oder neu geregelt.

Folge dieser „Rechtsangleichung“ zwischen Ober- und Unterschwellenrecht bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen ist zum einen, dass der Unterschied zur VOB/A, 1. Abschnitt, und deren Inhalt

ten noch größer wird. Denn die VOB/A kennt für Bauvergaben im Unterschwellenbereich eine Rechtsangleichung an das Oberschwellenrecht, wie sie mit der UVgO erfolgt ist, nicht. Zum anderen führt die Übernahme vieler GWB- und VgV-Regeln schon allein wegen der vielen damit verbundenen Querverweise auf diese Normen für den Praktiker zu einer schwierigen Handhabbarkeit und Lesbarkeit der UVgO. Denn neben der UVgO muss der Anwender in vielen Fällen auch den Text des GWB und der VgV ergänzend zu Grunde legen.

IV. Wesentliche Neuregelungen

Im Folgenden werden die wesentlichen Neuregelungen der UVgO dargestellt:

1. Anwendungsbereich

Die UVgO richtet sich nur an „Auftraggeber“ und nicht an „öffentliche Auftraggeber“. Folge ist, dass für den Bereich der Kommunen die jeweiligen Landesrechtsgeber die Freiheit haben, in ihren Vorgaben zur Anwendung der UVgO den persönlichen Anwendungsbereich konkret festzulegen. Neben den klassischen öffentlichen Auftraggebern, also Städten, Gemeinden und Kreisen sowie deren Eigenbetrieben, könnten damit durch die Bundesländer auch privatisierte kommunale Auftraggeber, also etwa kommunale Eigengesellschaften, der UVgO unterworfen werden. Ansonsten gilt die UVgO grundsätzlich für alle Vergaben öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge und Rahmenvereinbarungen, die unterhalb des EU-Schwellenwerts gemäß § 106 GWB liegen (§ 1 Abs. 1 UVgO).

2. Ausnahmen (§ 1 Abs. 2 UVgO)

Trotz Unterschreiten des EU-Schwellenwerts findet die UVgO nicht auf Sachverhalte Anwendung, für die auch das GWB in den §§ 107, 108, 109, 116, 117 oder 145 Ausnahmen vom Vergaberecht vorsieht (§ 1 Abs. 2 UVgO). Hierzu gehört wohl als kommunalrelevanteste Ausnahme der seit dem 18. April 2016 erstmalig kodifizierte § 108 GWB („Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit“). Diese Ausnahme vom Vergaberecht erfasst sowohl die In-House-Vergabe als auch die Ausnahme bei – horizontaler – kommunaler Kooperation.

3. Grundsätze der Vergabe (§ 2 UVgO)

Erstmalig werden in § 2 Abs. 1 S. 2 UVgO als Grundsätze der Vergabe auch die „Wirtschaftlichkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“ genannt. Damit wird herausgestellt, dass diese Grundsätze neben den Prinzipien des Wettbewerbs und der Transpa-

renz (§ 2 Abs. 1 S. 1 UVgO) sowie der Gleichbehandlung (§ 2 Abs. 2 UVgO) allgemein sowie im gesamten Verfahrensablauf und nicht etwa nur bei dessen Einzelstufen (Beispiel: Eignungsanforderungen und Zuschlagskriterien) zu berücksichtigen sind.

Nach § 2 Abs. 3 UVgO werden bei der Vergabe auch die

„Aspekte der Qualität, der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte „nach Maßgabe dieser Verfahrensordnung“ berücksichtigt“.

Damit verbunden ist eine rechtspolitische Aufwertung dieser strategischen Kriterien. Im Verfahren können Auftraggeber derartige strategische Kriterien insbesondere bei der Markterkundung und der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes selbst, aber auch bei der Leistungsbeschreibung, der Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie der Auftragsausführung berücksichtigen.

4. Übernahme allgemeiner VgV-Grundsätze (§§ 3 bis 6 UVgO)

Unter Übernahme bzw. teilweiser Übernahme von Regelungen aus der VgV (§§ 5 bis 8 VgV) erfasst die UVgO ausdrücklich Regelungen zur „Wahrung der Vertraulichkeit“ (§ 3 UVgO), „Vermeidung von Interessenkonflikten“ (§ 4 UVgO), „Mitwirkung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens“ (§ 5 UVgO) und zur „Dokumentation“ (§ 6 UVgO).

Bei den §§ 3 bis 5 UVgO handelt es sich um inhaltsgleiche Übernahmen von Normen aus den §§ 5 bis 7 der VgV. Diese Übernahmen dienen dem Ziel, die Vertraulichkeit, Lauterkeit, Neutralität und Objektivität von Vergabeverfahren zu wahren. Demgegenüber wird in § 6 UVgO statt eines in § 8 VgV vorgesehenen „Vergabevermerks“ nur eine „Dokumentation“ gefordert. Neu ist, dass nach § 6 Abs. 2 S. 1 UVgO vorbehaltlich anderer Vorschriften zur Aufbewahrung

„die Dokumentation sowie die Angebote, Teilnahmeanträge und ihre Anlagen mindestens für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlags aufzubewahren sind“.

5. Elektronische Kommunikation (§§ 7, 38 UVgO)

Auch im Bereich der UVgO wird für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren grundsätzlich die elektronische Kommunikation eingeführt (§ 7 Abs. 1 UVgO). Danach ist unter Übernahme von § 9 Abs. 3 VgV vorgesehen (siehe § 7 Abs. 3 UVgO), dass

„der Auftraggeber von jedem Unternehmen die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie eine elektronische Adresse verlangen kann (Registrierung). Für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung und zu den Vergabeunterlagen darf der Auftraggeber keine Regi-

strierung verlangen; eine freiwillige Registrierung ist zulässig“.

Im Übrigen erfolgt nach § 38 UVgO die Einführung der eVergabe zeitlich gestuft:

- Bis 31. Dezember 2018: Der Auftraggeber legt fest, in welcher Form (Textform, elektronisch, Postweg, Telefax, anderer geeigneter Weg, Kombination) die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote einreichen (§ 38 Abs. 1 UVgO).
- Ab 01. Januar 2019: Der Auftraggeber akzeptiert die Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten in Textform nach § 126b BGB mit Hilfe elektronischer Mittel (§ 38 Abs. 2 UVgO).
- Ab 01. Januar 2020: Der Auftraggeber gibt vor, dass die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote in Textform nach § 126b des BGB ausschließlich mit Hilfe elektronischer Mittel übermitteln (§ 38 Abs. 3 UVgO).

Ausnahmen von diesen Vorgaben, die es so nach der VOB/A, 1. Abschnitt, wegen der dort nach wie vor für Auftraggeber bestehenden Wahlfreiheit nicht gibt, stehen dem Auftraggeber nach § 38 Abs. 4 UVgO nur zu, wenn

- der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer 25 000 Euro nicht überschreitet oder
- eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird.

6. Vergabeverfahren (§§ 8 bis 14 UVgO)

Die UVgO-Regelungen zum Vergabeverfahren lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Neueinführung der „Verhandlungsvergabe“ (§§ 8 Abs. 1, 12 UVgO)

Durch die bewusste Ersetzung des Begriffs „Freihändige Vergabe“ aus der VOL/A durch den Begriff „Verhandlungsvergabe“ in der UVgO soll deutlich werden, dass es sich auch hierbei um ein wettbewerbliches und transparent durchzuführendes Vergabeverfahren handelt. Dieses hat eine Parallelität zum „Verhandlungsverfahren“ im EU-Bereich. Demgegenüber bleibt die „Freihändige Vergabe“ im Rahmen der VOB/A, 1. Abschnitt, weiter bestehen.

Die Neueinführung der Verhandlungsvergabe scheint zwar auf den ersten Blick, gerade durch die in § 8 Abs. 4 UVgO eingeführte Möglichkeit, diese nach Wahl mit oder ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen, für Auftraggeber mit mehr Gestaltungsspielraum verbunden zu sein. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass – anders als nach der VOL/A, 1. Abschnitt – das Verhandlungsverfahren nunmehr durch Angleichung an die VgV erstmalig in einer eigenen Norm, nämlich § 12 UVgO, geregelt und damit formalisiert

wird. Dadurch werden bisher vorhandene Spielräume auch für Auftraggeber eingengt und ganz klare Leitplanken für Verhandlungsvergaben geschaffen.

- Kein Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung (§ 8 Abs. 2 S. 1 UVgO)

Ebenso wie nach § 14 Abs. 2 S. 1 VgV und der dort geregelten Wahlfreiheit zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren fällt auch im Rahmen der UVgO der Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung weg. Dem Auftraggeber stehen daher nach der UVgO die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach seiner freien Wahl zur Verfügung (§ 8 Abs. 2 S. 1 UVgO). In der Regel wird sich die Öffentliche Ausschreibung für Auftraggeber weiter bei Standardbeschaffungen empfehlen. Demgegenüber kann die Beschränkte Ausschreibung nach vorangegangenen Teilnahmewettbewerb dann sinnvoll sein, wenn im Rahmen eines zweistufigen Wettbewerbs vorgeschaltete und komplexere Eignungsprüfungen der Unternehmen notwendig sind. Mit der freien Wahl des Auftraggebers zwischen Öffentlicher und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb weicht die UVgO von der aktuellen VOB/A ab, die im 1. Abschnitt keine entsprechende Wahlfreiheit vorsieht.

Die bisherigen haushaltsrechtlichen Regelungen des Bundes (§ 55 Haushaltsgrundsatzgesetz - HGrG, § 55 Bundeshaushaltsordnung – BHO) und der Bundesländer sehen im Unterschwellenbereich noch die öffentliche Ausschreibung als Regelverfahren mit Vorrang vor. Um insoweit die Gleichrangigkeit von Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb im Haushaltsrecht zu etablieren, muss das Haushaltsrecht daher geändert und angepasst werden. Dieser Rechtssetzungsprozess ist sowohl auf der Ebene des Bundes als auch der Länder im Gange.

- Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 3 UVgO)

Unter den beiden Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 und 2 UVgO (Öffentliche Ausschreibung hat kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt oder Öffentliche oder Beschränkte Ausschreibungen mit Teilnahmewettbewerb würde für Auftraggeber oder Bewerber/Bieter einen Aufwand verursachen, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde) kann ein Auftraggeber auch eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb durchführen. Eine derartige Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb hat in der VgV keine Parallele. Denn das der Beschränkten Ausschreibung

ohne Teilnahmewettbewerb entsprechende nicht offene Verfahren nach § 16 VgV setzt stets einen vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb voraus.

Im Übrigen fällt auf, dass sich die jeweiligen Voraussetzungen für eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nach § 8 Abs. 1 UVgO mit nahezu gleichem Wortlaut auch als Möglichkeiten für eine Verhandlungsvergabe in § 8 Abs. 4 UVgO wiederfinden. So spiegelt sich § 8 Abs. 3 Nr. 1 UVgO mit der dort vorgesehenen Möglichkeit zur Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb bei einer nicht wirtschaftlichen Öffentlichen Ausschreibung im Grundsatz in § 8 Abs. 4 Nr. 4 UVgO wieder. Weiter enthält § 8 Abs. 3 Nr. 2 UVgO mit dem dort beschriebenen „Missverhältnis“ zwischen dem Ausschreibungsaufwand einerseits und dem erreichten Vorteil oder dem Wert der Leistung andererseits eine auch zur Anwendung der Verhandlungsvergabe berechtigte Parallele in § 8 Abs. 4 Nr. 8 UVgO. Da die Verhandlungsvergabe nach dem ausdrücklichen Wortlaut im Einleitungssatz des § 8 Abs. 4 UVgO aber sowohl mit als auch ohne Teilnahmewettbewerb erfolgen kann, dürfte davon auszugehen sein, dass bei Vorliegen der genannten Tatbestände der Auftraggeber nicht auf die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nach § 8 Abs. 3 UVgO zurückgreift. Vielmehr wird er oftmals gleich von der ihm eingeräumten Verhandlungsvergabe mit dem dort ihm zugutekommenden größeren Spielraum (Verhandlungen über Inhalte und auch Preise) Gebrauch machen.

- Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 4 UVgO)

Nach § 8 Abs. 4 UVgO kann der Auftraggeber nach seiner freien Wahl auch Aufträge im Rahmen der Verhandlungsvergabe entweder mit oder ohne Teilnahmewettbewerb vergeben. Voraussetzung ist, dass einer der Tatbestände des § 8 Abs. 4 Nr. 1 bis 14 UVgO vorliegt. Diese Tatbestände entsprechen weitestgehend entweder der VgV (siehe § 14 Abs. 3 und Abs. 4 VgV) oder aber dem bisherigen § 3 Abs. 4 und 5 der VOL/A, 1. Abschnitt. Ins Auge springt, dass in § 8 Abs. 4 Nr. 14 UVgO wieder der Tatbestand der „vorteilhaften Gelegenheit“ in den Katalog der Möglichkeiten für eine Verhandlungsvergabe aufgenommen wurde. Damit wird insbesondere eine Verhandlungsvergabe dann ausdrücklich ermöglicht, wenn der Auftraggeber, etwa aufgrund von Insolvenzverfahren des Unternehmens oder sonstigen günstigen Bedingungen, von diesem „vorteilhafte Leistungen“ beziehen kann.

- Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (§ 12 UVgO)

Bei allen Vergabeverfahren mit Teilnahme-

wettbewerb, also der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (§ 10 UVgO) und der Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb (§ 12 Abs. 1 UVgO), findet auf der Grundlage der Aufforderung einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmen eine vorgezogene Eignungsprüfung statt. Demgegenüber fordert der Auftraggeber bei einer Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb (§ 11 Abs. 1 UVgO) sowie bei einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (§ 12 Abs. 2 S. 1 UVgO) grundsätzlich mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots oder – bei der Verhandlungsvergabe – zur Teilnahme an Verhandlungen auf. Diese Vorgaben beinhalten aber, dass in begründeten Ausnahmefällen auch nur zwei Unternehmen aufgefordert werden dürfen.

Anders als im Oberschwellenbereich darf ein Auftraggeber bei einer Verhandlungsvergabe auch unmittelbar Verhandlungen mit Unternehmen beginnen, selbst wenn er keine Erstante eingefordert hat. Damit deckt die Verhandlungsvergabe im Rahmen der UVgO auch die Verfahrensart des hier nicht erwähnten Wettbewerblichen Dialogs (§ 18 VgV) mit ab.

Im Unterschied zum Oberschwellenbereich ist es Auftraggebern nach § 11 Abs. 2 S. 2 und § 12 Abs. 2 S. 2 UVgO erlaubt, unter bestimmten Umständen die notwendigen Nachweise und Erklärungen zur Eignung von den jeweiligen Unternehmen auch noch „mit oder nach Versendung“ der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu verlangen. Mit dieser Möglichkeit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass dem Auftraggeber nicht immer das Unternehmen, das er auffordert oder auffordern will, bereits im Vorfeld vollumfänglich bekannt ist. In diesen Fällen kann der Auftraggeber auch nicht vorab abschließend feststellen, ob die grundsätzlich vor der Aufforderung vorliegenden Eignungsanforderungen für das jeweilige Unternehmen erfüllt sind. Dann ist es aber nur sachgerecht, wenn der Auftraggeber die notwendigen Nachweise und Erklärungen auch noch mit oder nach Versendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe anfordern kann.

- Aufforderung auch nur „eines“ Unternehmens (§ 12 Abs. 3 UVgO)

Im Falle einer Verhandlungsvergabe nach § 8 Abs. 4 Nr. 9 bis 14 UVgO darf auch nur „ein“ Unternehmen vom Auftraggeber zur Abgabe eines Angebots oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufgefordert werden (§ 12 Abs. 3 UVgO). Denn in diesen explizit geregelten Fällen kommt für den Auftrag sinnvollerweise nur ein bestimmtes und spezifisches Unternehmen in Frage. Da aber in den Fällen des § 8 Abs. 4 Nr. 9 bis 14 UVgO kein Wettbewerb

erfolgt und die Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Teilnahme an Verhandlungen auf nur „ein“ Unternehmen beschränkt ist, sind diese Tatbestände eng auszulegen.

- Direktauftrag (§ 14 UVgO)

Leistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 1 000 Euro ohne Umsatzsteuer (Bisher = § 3 Abs. 6 VOL/A, 1. Abschnitt: 500 Euro ohne Umsatzsteuer) können nach § 14 UVgO unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens beschafft werden (Direktauftrag). Der Auftraggeber soll in diesen Fällen aber zwischen den beauftragten Unternehmen wechseln. Der Begriff „Direktauftrag“ macht deutlich, dass hiervon sowohl Liefer- wie auch Dienstleistungen erfasst sind. Zudem handelt es sich im eigentlichen Sinne beim „Direktauftrag“ nicht um ein Vergabeverfahren.

7. Rahmenvereinbarungen (§ 15 UVgO)

Bei der Regelung zu den Rahmenvereinbarungen (§ 15 UVgO) ist in Absatz 3 S. 2 eine dem § 21 Abs. 2 S. 2 VgV entsprechende Klarstellung erfolgt. Danach ist *„die Erteilung von Einzelaufträgen nur zulässig zwischen den in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannten Auftraggebern und den Unternehmen, mit denen Rahmenvereinbarungen abgeschlossen wurden“*. Hierdurch wird deutlich, dass privilegierte Parteien der Rahmenvereinbarungen, zwischen denen der Abruf der Einzelaufträge erfolgen kann, jeweils nur die aus dem Wettbewerb hervorgegangenen Vertragspartner sein dürfen.

Im Übrigen legt § 15 Abs. 4 UVgO fest, dass

„die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung höchstens sechs Jahre betragen darf, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor“.

Mithin können Auftraggeber ohne Begründung Rahmenvereinbarungen für einen Zeitraum von sechs Jahren abschließen. Dies beinhaltet im Vergleich zum EU-Bereich (§ 21 Abs. 6 VgV: Höchstens vier Jahre) eine zweijährige Ausdehnung. Hinzu kommt, dass derartige sechsjährige Rahmenvereinbarungen auch für die Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen nach § 49 UVgO, die bis zu einem Auftragswert von 750 000 Euro nach der UVgO vergeben werden dürfen, anwendbar sind.

8. Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe – Zentrale Beschaffung (§ 16 UVgO)

Indem § 16 UVgO auf § 120 Abs. 4 GWB verweist, wird klargestellt, dass dessen Satz 3 auch für die Vergabe von Lieferun-

gen und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich gilt. Danach „können öffentliche Aufträge zur Ausübung zentraler Beschaffungstätigkeiten an eine zentrale Beschaffungsstelle (Anmerkung: Im Kommunalbereich sind dies externe und dritte Bündelbeschaffungsstellen) vergeben werden, ohne ein Vergabeverfahren durchzuführen“.

Durch den Verweis auf § 4 VgV wird klargestellt, dass auch im Rahmen der UVgO mehrere öffentliche Auftraggeber vereinbaren können, bestimmte öffentliche Aufträge gemeinsam zu vergeben.

9. Dynamische Beschaffungssysteme, elektronische Auktionen, elektronische Kataloge (§§ 17 bis 19 UVgO)

Durch die Aufnahme und inhaltliche Erwähnung der „Dynamischen Beschaffungssysteme“ (§ 17 UVgO), der „elektronischen Auktionen“ (§ 18 UVgO, Beispiel: Stromlieferungen) sowie der „elektronischen Kataloge“ (§ 19 UVgO) und die in den Normen vorgenommenen Verweise auf Regeln bzw. Teilregeln der §§ 23, 25 und 27 der VgV wird klargestellt, dass diese innovativen Beschaffungssysteme auch im Unterschwellenbereich bei der Vergabe von Lieferungen und Dienstleistungen zum Tragen kommen.

10. Markterkundung (§ 20 UVgO)

Bei der Regelung zur Markterkundung in § 20 UVgO wurde die schon in der in § 2 Abs. 3 VOL/A bestehende Norm, wonach *„die Durchführung von Vergabeverfahren lediglich zur Markterkundung und zum Zwecke der Ertragsberechnungen unzulässig ist“*

mit etwas anderem Wortlaut in § 20 Abs. 2 UVgO übernommen. Neu und zusätzlich ist in § 20 Abs. 1 UVgO vorgesehen, dass der Auftraggeber

„vor Einleitung eines Vergabeverfahrens Markterkundungen zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne und –Auftragsanforderungen durchführen darf“.

Damit wird der große Stellenwert von Markterkundungen für den Auftraggeber – etwa für die konkrete Festlegung des Beschaffungsgegenstandes oder für die Vorgabe von Festpreisen (s. § 43 Abs. S. 2 UVgO) - herausgestellt. Markterkundungen durchzuführen macht für Auftraggeber auch deshalb Sinn, damit sie eine exakte Kostenschätzung durchführen können.

11. Aufteilung nach Losen (§ 22 UVgO)

In § 22 Abs. 1 S. 3 und 4 UVgO wurde die bereits nach § 30 Abs. 1 VgV bestehende Möglichkeit für den Auftraggeber zur Limitierung der Lose sowohl im Hinblick auf die Angebotslimitierung als auch im Hinblick auf die Zuschlagslimitierung übernommen. Dort ist bestimmt:

„Der Auftraggeber kann festlegen, ob die Angebote nur für ein Los, für mehrere Lose oder für alle Lose eingereicht werden dürfen. Er kann, auch wenn Angebote für mehrere oder alle Lose eingereicht werden dürfen, die Zahl der Lose auf eine Höchstzahl beschränken, für die ein einzelner Bieter den Zuschlag erhalten kann.“

Mit diesen beiden dem Auftraggeber ausdrücklich eingeräumten Möglichkeiten bei der Ausgestaltung der Losvergabe ist ein Mehr an Rechtssicherheit verbunden.

12. Nachweis durch Gütezeichen (§ 24 UVgO)

In weitgehender Übernahme des § 34 VgV enthält § 24 UVgO die „Nachweisführung durch Gütezeichen“. Ein wesentlicher Unterschied zu der engeren VgV-Regel ist jedoch, dass nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 UVgO nicht alle Anforderungen des Gütezeichens mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 UVgO müssen die Kriterien des Gütezeichens für die Bestimmung der Merkmale der Leistung „nur“ geeignet sein. Folge ist, dass Auftraggeber Gütezeichen im Unterschwellenbereich leichter vorgeben können als dies bei Oberschwellenvergaben der Fall ist.

13. Nebenangebote (§ 25 UVgO)

Die Norm des § 25 UVgO über Nebenangebote ist zwar im Wesentlichen § 35 Abs. 1 VgV nachgebildet. Im Unterschied zur Oberschwellennorm darf ein Auftraggeber aber im Unterschwellenbereich die Vorlage von Nebenangeboten nicht vorschreiben. Auch ist, anders als in § 35 Abs. 2 S. 1 VgV, in § 25 UVgO nicht vorgeschrieben, dass der Auftraggeber dann, wenn er Nebenangebote zulässt, auch Mindestanforderungen festlegen muss. Stattdessen wird in § 25 S. 4 UVgO in allgemeiner Form die Einhaltung der Grundsätze der „Transparenz und Gleichbehandlung“ vorgegeben. Im Ergebnis haben Auftraggeber damit im Vergleich zur VgV im Rahmen der UVgO-Vergaben größere Gestaltungsspielräume bei der Zulassung von Nebenangeboten.

14. Unteraufträge (§ 26 UVgO)

Bei der weitestgehend an die Vorgabe des § 36 VgV angelehnten Vorschrift des § 26 UVgO über „Unteraufträge“ springt als Besonderheit der Absatz 6 ins Auge. Danach kann der Auftraggeber anders als im Rahmen der VgV

„vorschreiben, dass alle oder bestimmte Aufgaben bei der Leistungserbringung unmittelbar vom Auftragnehmer selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen“.

§ 26 Abs. 6 UVgO enthält damit in einem zu begrüßenden Sinne ein umfassendes Selbstauftragsgebot für den Auftrag-

geber. Folge ist, dass dieser die Leistungserbringung unmittelbar durch den Auftragnehmer vorschreiben kann und nicht die Einbindung von Nachunternehmern durch diesen zulassen muss.

15. Veröffentlichungen von Auftragsbekanntmachungen (§ 28 UVgO)

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 und 2 UVgO sind Auftragsbekanntmachungen im Gegensatz zum bisherigen § 12 Abs. 1 S. 1 VOL/A zwingend auf den Internetseiten des Auftraggebers oder auf Internetportalen, wie etwa Vergabeplattformen von Drittanbietern, zu veröffentlichen. Ergänzend können sie auch auf konventionellem Wege, also zum Beispiel in gedruckten Medien, veröffentlicht werden. Ansonsten bleibt es nach § 28 Abs. 1 S. 3 UVgO dabei, dass die Auftragsbekanntmachung zentral über die Suchfunktion von www.bund.de ermittelt werden können muss.

16. Bereitstellung von Vergabeunterlagen (§ 29 UVgO)

Nach § 29 Abs. 1 UVgO gibt der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen

„unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können“.

Damit wird in Entsprechung zu § 41 Abs. 1 VgV auch für den Unterschwellenbereich festgelegt, dass die Vergabeunterlagen „ohne jegliche Schranken“ und damit direkt über das Internet des Auftraggebers abrufbar sein müssen. Jedoch hat der Auftraggeber ebenso wie nach § 41 Abs. 3 VgV auch nach § 29 Abs. 3 UVgO die Möglichkeit, in der Auftragsbekanntmachung anzugeben, welche Maßnahmen er zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen anwendet und wie auf die Vergabeunterlagen zugegriffen werden kann.

17. Auswahl geeigneter Unternehmen; Ausschluss von Bewerbern und Bietern (§ 31 UVgO)

Insgesamt wird im Unterabschnitt 5 der UVgO betreffend die Anforderungen an Unternehmen sowie die Eignung weitestgehend auf die Vorgaben der §§ 123 und 124 GWB verwiesen (siehe § 31 Abs. 1 UVgO). Daneben entsprechen die Vorschriften der §§ 31 ff. UVgO in großem Umfang auch den Vorschriften in §§ 42 ff. VgV. Eine erwähnenswerte Besonderheit betrifft § 31 Abs. 2 S. 5 UVgO. Danach findet § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB mit der Maßgabe entsprechende Anwendung,

„dass die mangelhafte Vertragserfüllung weder zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags, noch zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben muss“.

Folge ist, dass Auftraggeber im Unterschwellenbereich der UVgO im Vergleich

zur strengerer Norm des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB leichter in der Lage sind, Unternehmen wegen der wesentlichen Schlechterfüllung eines früheren öffentlichen Auftrags und damit wegen Ungeeignetheit auszuschließen. Allein entscheidend für einen derartigen Ausschluss ist, dass das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fort-dauernd mangelhaft erfüllt hat. Hiervon ist nach einer Entscheidung des OLG Celle (OLG Celle, Beschluss vom 09.01.2017) immer dann auszugehen, wenn die mangelhafte Leistung den Auftraggeber in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich belastet. Nicht nötig ist, dass der Auftraggeber in dem Vorgängerverfahren auch eine konkrete Rechtsfolge aus diesem Fehlverhalten des Unternehmens gezogen hat.

18. Eignungsleihe (§ 34 UVgO)

In weitgehender Übereinstimmung mit § 46 VgV kann auch im Rahmen von § 34 UVgO ein Bewerber oder Bieter für einen bestimmten öffentlichen Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche, finanzielle, technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn er etwa über eine Verpflichtungserklärung nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen.

19. Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen (§ 35 UVgO)

Nach § 35 Abs. 3 S. 1 UVgO

„kann der Auftraggeber als vorläufigen Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) nach § 50 der Vergabeverordnung verlangen“.

Im Unterschied zu der entsprechenden Regelung des § 48 Abs. 3 S. 1 VgV wird allerdings im Unterschwellenbereich keine Akzeptanzpflicht des Auftraggebers eingeführt. Ein Auftraggeber kann also die Verwendung des EEE-Formulars vorgeben; er muss eine EEE aber nicht akzeptieren, wenn eine solche von einem Unternehmen unverlangt vorgelegt wird. Auch ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, sich vor Zuschlagserteilung die eigentlichen Nachweise und Belege vom Unternehmen, das den Zuschlag erhalten soll, vorlegen zu lassen. Auch wenn die Vorlage einer EEE im Bereich der UVgO kaum zum Tragen kommen dürfte und daher der Verweis auf die EEE bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte wenig angebracht ist, sind zumindest die Voraussetzungen zur Nutzung der EEE hier mit Recht reduziert worden.

20. Aufbewahrung ungeöffneter Teilnahmeanträge und Angebote (§ 39 UVgO)

Hinzuweisen ist darauf, dass nach § 39 UVgO nicht nur elektronisch übermittelte Teilnahmeanträge und Angebote, sondern auch mittels Telefax übermittelte Teilnahmeanträge und Angebote *„auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten sind“*. Dies beinhaltet selbst für Angebote bei Beschaffungen mit geringfügigen Werten und Summen (Bsp.: 1500,00 Euro) für Auftraggeber, dass diese besondere Sicherungsmaßnahmen treffen müssen. Folge ist speziell im Massengeschäft der Beschaffungen mit geringem Auftragswert im Kommunalbereich, wo oftmals Bieter durch E-Mail oder Fax zur Angebotsabgabe aufgefordert werden und auch entsprechend anbieten, ein zusätzlicher und bisher nach der VOL/A nicht bestehender Aufwand.

21. Öffnung der Teilnahmeanträge und Angebote (§ 40 UVgO)

Hervorzuheben ist weiter § 40 Abs. 1 S. 1 UVgO. Danach darf der Auftraggeber grundsätzlich vom Inhalt der Teilnahmeanträge und Angebote erst nach Ablauf der entsprechenden Fristen Kenntnis nehmen. Auch dies dürfte bei mail-Angeboten im niedrighschwelligem Bereich (Bsp.: 1500,00 Euro) nur bei entsprechender Sicherung und Verschlüsselung möglich sein.

Zusätzlicher Aufwand für Auftraggeber selbst bei niedrigen Angebotssummen bringt auch § 40 Abs. 2 UVgO. Danach wird die Öffnung der Angebote *„von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers durchgeführt“*. Auch diese Vorgabe beinhaltet einen zusätzlichen Aufwand gerade für kleinere Kommunen, der über die bisherigen Vorhaben der VOL/A, 1. Abschnitt, hinausgeht.

22. Prüfung der Teilnahmeanträge und Angebote; Nachforderung von Unterlagen (§ 41 UVgO)

In wortgleicher Übernahme des § 56 VgV enthält § 41 Abs. 2 S. 1 UVgO eine Möglichkeit für den Auftraggeber, wonach dieser Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern kann, nicht nur fehlende oder unternehmensbezogene Unterlagen (2. Wertungsstufe) nachzureichen, sondern auch unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen zu vervollständigen oder zu korrigieren.

Auch ist der Auftraggeber nach § 41 Abs. 2 S. 2 UVgO berechtigt, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird.

Nach § 41 Abs. 3 UVgO ist die *„Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbe-*

wertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ausgeschlossen. Dies gilt nicht für Preisangaben, wenn es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen“.

Damit ist es etwa grundsätzlich ausgeschlossen, dass der Auftraggeber Konzepte, die er neben dem Preis als Grundlage seiner Zuschlagskriterien im Rahmen der Bewertung gemacht hat, nachfordert.

23. Zuschlag und Zuschlagskriterien (§ 43 UVgO)

§ 43 UVgO übernimmt in den ersten beiden Absätzen die Regelungen des § 58 Abs. 1 und 2 VgV. Erwähnenswert ist insoweit, dass nach § 43 Abs. 2 Nr. 2 UVgO für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auf der Grundlage des besten *„Preis-Leistungs-Verhältnisses“* auch herangezogen werden kann:

„Die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“.

Derartige Zuschlagskriterien kommen immer dann in Frage, wenn es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um stark personenbezogene Dienstleistungen, wie etwa Architekturleistungen oder Beratungsleistungen, handelt.

Weiter wird in § 43 Abs. 2 S. 2 UVgO dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt, *„Festpreise oder Festkosten vorzugeben“*. Dies macht dann Sinn, wenn der Auftraggeber aufgrund eigener Marktkenntnis oder Markterkundung einen genauen Preisüberblick über die zu beschaffende Leistung hat. Folge ist in einem derartigen Fall, dass das wirtschaftlichste Angebot durch den Auftraggeber ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien, nicht aber nach dem Preis, bestimmt wird.

24. Unterrichtung der Bewerber und Bieter (§ 46 UVgO)

Die Vorschrift des § 46 UVgO über die *„Unterrichtung der Bewerber und Bieter“* entspricht im Absatz 1 im Wesentlichen § 62 Abs. 1 VgV. Im Unterschied zum bisherigen § 19 Abs. 1 VOL/A, 1. Abschnitt, wird allerdings die Ex-Post-Informationspflicht des Auftraggebers aufgeteilt: In einem ersten Schritt muss der Auftraggeber jeden Bewerber und Bieter über die Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung automatisch, also ohne Aufforderung der Unternehmen, informieren (§ 46 Abs. 1 S. 1 UVgO). Das Gleiche gilt nach Satz 2 der Bestimmung nunmehr für die Aufhebung oder erneute Einleitung eines Vergabeverfahrens einschließlich der Gründe dafür. In

einem zweiten Schritt unterrichtet der Auftraggeber

„auf Verlangen des Bewerbers oder Bieters unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrags die nicht berücksichtigten Bieter über die wesentlichen Gründe für die Ablehnung ihres Angebots, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieters, und die nicht berücksichtigten Bewerber über die wesentlichen Gründe ihrer Nichtberücksichtigung“.

Die bisherige Bestimmung in § 19 Abs. 2 und 3 VOL/A, 1. Abschnitt, findet sich jetzt in § 30 UVgO („Vergabebekanntmachung“). Nach dessen Abs. 1

„informiert der Auftraggeber nach der Durchführung einer Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb oder einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb für die Dauer von drei Monaten über jeden so vergebenen Auftrag ab einem Auftragswert von 25 000 Euro ohne Umsatzsteuer auf Internetseiten oder Internetportalen“.

Unter den in § 30 Abs. 2 UVgO genannten vier Voraussetzungen (s. bisher entsprechend § 19 Abs. 3 VOL/A, 1. Abschnitt) ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen.

25. Auftragsänderungen (§ 47 UVgO)

Während in § 47 Abs. 1 UVgO für die Änderung eines öffentlichen Liefer- oder Dienstleistungsauftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens auf die entsprechende Geltung des § 132 Abs. 1, 2 und 4 GWB verwiesen wird, enthält § 47 Abs. 2 UVgO eine von der GWB-Bestimmung abweichende Besonderheit. Danach ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, *„wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderungen nicht mehr als 20 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts beträgt. Bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich“.*

Im Vergleich zur entsprechenden Vorgabe in § 132 Abs. 3 Nr. 2 GWB (10 Prozent) besteht damit im Rahmen der UVgO die Möglichkeit für eine Vergaberechtsfreiheit trotz Vertragsänderungen bis zu einer Größenordnung von 20 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts. Dabei erfasst § 47 Abs. 2 UVgO anders als § 132 GWB nach den Erläuterungen des BMWI auch Aufträge, die bereits voll erfüllt oder abgewickelt sind. Hiernach erstreckt sich die Unterschwellennorm auch auf Nachbestellungen im Anschluss an einen bereits bestehenden Vertrag. Eine Begrenzung auf die Laufzeit „während des Vertrages“ wie bei § 132 GWB wurde daher im Rahmen der UVgO bewusst nicht übernommen.

26. Vergabe von Aufträgen für besondere Leistungen (§ 49 UVgO)

Die für soziale und andere besondere Dienstleistungen unterhalb eines geschätzten Auftragswerts von 750 000 Euro ohne Umsatzsteuer geltende Norm des § 49 UVgO sieht in Absatz 1 eine freie Wahl des Auftraggebers zwischen der Öffentlichen Ausschreibung, der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb und der Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb vor. Damit engt diese Regelung – anders als Artikel 76 der zugrundeliegenden Richtlinie 2014/24/EU dies vorsieht – die Wahlfreiheit des Auftraggebers unnötig ein. Denn insoweit werden in Artikel 76 der Richtlinie 2014/24/EU für den Auftraggeber „nur“ die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung bei einer Auftragsvergabe über die betreffenden Leistungen für anwendbar erklärt.

27. Sonderregelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen (§ 50 UVgO)

Erstmalig wird in § 50 UVgO eine vergaberechtliche Regelung zur Vergabe freiberuflicher Leistungen eingeführt. § 50 UVgO entspricht den bisherigen haushaltsrechtlichen Vorgaben von Bund, Ländern und Kommunen. Danach *„sind öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist“.*

Die Regelung des § 50 UVgO ist in sich abschließend. Ein Verweis auf die Vergabearten der UVgO hat in § 50 UVgO explizit nicht stattgefunden. Dies verdeutlicht bereits die Überschrift „Sonderregelung“. Die Sonderstellung des § 50 UVgO kommt aber auch in den Erläuterungen zur UVgO zum Ausdruck. Danach können freiberufliche und geistig-kreative Leistungen, nicht zuletzt wegen ihrer besonderen Natur und des speziellen Vertrauensverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem Freiberufler, auch freihändig bzw. im Wege der Verhandlungsvergabe vergeben werden. Weil gerade bei Architekten und Ingenieuren bei Leistungsvergaben die HOAI zur Anwendung kommt, muss der in § 50 UVgO erwähnte „Wettbewerb“ stets als Leistungswettbewerb und nicht als Preiswettbewerb verstanden werden. Besonderes Augenmerk ist daher auf die Durchführung eines Qualitätswettbewerbs zu legen.

28. Durchführung von Planungswettbewerben

In diesem Sinne kann auch die Durchführung eines erstmalig in § 52 UVgO ausdrücklich aufgeführten Planungswettbe-

werbs nach § 52 UVgO ein geeignetes Instrument sein, diesen Qualitätswettbewerb zu gewährleisten. Nach § 52 UVgO können

„Planungswettbewerbe insbesondere auf den Gebieten der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens oder der Datenverarbeitung durchgeführt werden“.

Die Erläuterungen zu § 52 UVgO führen ergänzend aus,

„dass bei Architekten- und Ingenieurleistungen Planungswettbewerbe dem Ziel dienen, alternative Vorschläge für Planungen auf der Grundlage veröffentlichter einheitlicher Richtlinien zu erhalten. Sofern sich der Auftraggeber bei diesen Leistungen für einen Planungswettbewerb entscheidet, wendet er daher bei ihrer Durchführung die Richtlinien für Planungswettbewerbe (RPW) oder vergleichbare Richtlinien an“.

V. Fazit

Die neue Unterschwellenvergabeordnung bietet für Auftraggeber und Unternehmen in vielen Bereichen ein Mehr an Gestaltung und Flexibilität. Sie ist daher grundsätzlich zu begrüßen. Dennoch findet trotz neuer Freiheiten, etwa bei der Wahl zwischen der Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb, gerade bei dieser Verfahrensart eine größere Formalisierung statt (s. § 12 UVgO). Auch ist prinzipiell zu hinterfragen, ob das primäre „Denken“ aus dem Oberschwellenbereich und dem EU-Wettbewerbsrecht für die UVgO überall zielführend ist. Jedenfalls wird die Lesbarkeit und Praxistauglichkeit durch die vielen Querverweise in der UVgO auf das GWB und auf die VgV erschwert. Anders als der 1. Abschnitt der VOB/A und anders als die bisherige VOL/A beinhaltet die UVgO kein in sich geschlossenes Regelwerk. Damit wird in der Folge die Divergenz zur VOB/A, 1. Abschnitt, leider noch größer. Zu wünschen wäre aber aus Sicht des Vergabepraktikers, dass das Unterschwellenrecht insgesamt, also die UVgO und die VOB/A, 1. Abschnitt, inhaltlich zusammengeführt wird und nicht Divergenzen aufweist (Bsp.: Einführung der eVergabe), die unnötig sind. Jedenfalls lässt der Begriff „Unterschwellenvergabeordnung“ auch eine künftige Integration der VOB/A, 1. Abschnitt, ohne Begriffsänderung zu. Wegen einer schon aus praktischen Gründen anzustrebenden Angleichung der UVgO mit der VOB/A, 1. Abschnitt, gilt daher der Satz: „Die Hoffnung stirbt zuletzt!“

Anmerkung der Redaktion:

Nach uns vorliegenden Informationen ist seitens des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus angedacht, die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) zum 1.1.2019 in Kraft zu setzen. Möglicherweise erfolgt dies in Zusammenhang mit der bis dahin

erforderlichen Verlängerung der Gültigkeit der Schleswig-Holsteinischen Vergabeverordnung (SHVgVO), die mit Ablauf des 1. Oktober 2018 außer Kraft tritt.

Es ist geplant, geringfügige Abweichungen und Erleichterungen von der UVgO zu regeln. Beispielsweise ist beabsichtigt, die E-Vergabe mit Rücksicht auf kleinere

Unternehmen nicht verpflichtend einzuführen, was seitens des SHGT ausdrücklich begrüßt wird.

Vorabinformation und Rechtsschutz im Vergaberecht auch unterhalb der EU-Schwellenwerte?

Zugleich Besprechung des Urteils des OLG Düsseldorf vom 13.12.2017 – I – 27 U 25/17

Dr. Benjamin Pfannkuch, Rechtsanwalt, Kanzlei Wiegert Werner Partnerschaft mbB, Kiel

1. Ausgangslage

Mittlerweile hat das durch die EU-Vergaberichtlinien aus dem Jahr 2014¹ reformierte und im vierten Teil des GWB umgesetzte² Vergaberecht schon seit ca. zwei Jahren Bestand. Die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB betreffen nur Aufträge ab den jeweiligen EU-Schwellenwerten, die derzeit 221.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungen, 5.548.000 Euro für Bauleistungen und 443.000 Euro im Sektorenbereich betragen.³ Im Unterschwellenbereich ist ebenfalls eine grundlegende Reform des Vergaberechts zu verzeichnen, die auf einen weitgehenden Gleichlauf mit dem EU-Vergaberecht abzielt. Bund und Länder haben hierzu die „Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der Schwellenwerte“ (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) erarbeitet, welche die VOL/A in ihrem ersten Abschnitt ersetzt⁴ und auf Bundesebene sowie in einigen Bundesländern inzwischen anzuwenden ist.⁵

Wenn auch die Vergaberechtsreform im Unterschwellenbereich zahlreiche Neuregelungen mit sich brachte⁷ – in einem wesentlichen Punkt befindet sich die Rechtslage hier auf dem Stand vor der Reform: Es besteht im Gegensatz zu § 134 Abs. 1, 2 GWB nach der UVgO keine Pflicht des Auftraggebers, nicht berücksichtigte Bieter vor Vertragsschluss zu informieren und sodann 15 Tage bis zum Vertragsschluss zu warten (Vorabinformations- und Wartepflicht). Bei einem Verstoß hiergegen ist ein Vertrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB bei entsprechender Feststellung in einem Nachprüfungsverfahren von Anfang an unwirksam. Damit wird dem Gebot effektiven Rechtsschutz Rechnung getragen – im Oberschwellenbereich. Das ausdifferenzierte gesetzliche Rechtsschutzsystem mit Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und Sofortiger Beschwerde vor dem Oberlandesgericht ist jedoch in der UVgO nicht vorgesehen. Primärrechtsschutz gegen Vergaben unterhalb dieser

Schwellenwerte, d.h. gerichtet auf die Verhinderung des Zuschlags als solches, können die Unternehmen daher nach wie vor nur vor den Zivilgerichten⁸ mit dem allgemeinen zivilprozessualen Mittel einer einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 ff. ZPO erlangen. Hierbei treten die Nachteile des unterschwelligen Primärrechtsschutzes zu Tage: Im Gegensatz zum Oberschwellenbereich gibt es keinen gesetzlichen Sicherungsmechanismus, der eine Zuschlagsentscheidung verhindern könnte; es gilt nicht der Amtsermittlungs-, sondern der Beibringungsgrundsatz, und zudem stellen die Zivilgerichte z.T. unterschiedliche Anforderungen an den Erfolg einer einstweiligen Verfügung.⁹ Vor allem aber muss das Unternehmen von dem beabsichtigten Zuschlag erst einmal überhaupt Kenntnis erlangen. Eine aufschlussreiche Entscheidung in diesem Zusammenhang liegt nun mit dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 13.12.2017 (I 27 U 25/17) vor.

2. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

In dem Verfahren wollte eine Stadt eine in ihrem Eigentum stehende Fläche einem Verein überlassen, der dort Freizeitanlagen ausbauen und unterhalten und der Öffentlichkeit im Wesentlichen unentgeltlich zur Verfügung stellen sollte. Ein Unternehmen meinte, die Stadt hätte dafür ein Auswahlverfahren durchführen müssen und beantragte beim Landgericht Wuppertal den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Stadt, um ihr den Abschluss des Vertrages mit dem Verein zu untersagen. Das Landgericht wies den Antrag zurück.

Die Berufung des Unternehmens vor dem OLG Düsseldorf hatte keinen Erfolg. Das OLG hielt den Antrag für unzulässig, da das Rechtsschutzinteresse fehle; das Unternehmen habe nicht hinreichend glaubhaft gemacht, ein eigenes Interesse am Vertragsschluss zu haben. Denn nach Ansicht des OLG lägen gewichtige Indi-

zien dafür vor, dass das Interesse am Auftrag nur vorgeschoben sei und das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung missbraucht werde, um die Interessen eines mit dem Unternehmen verbundenen Anwohners zu vertreten. Diese Aspekte sind für die hier interessierende Betrachtung aber unerheblich.

Relevant sind vielmehr die Ausführungen des OLG zu dem Punkt, ob auch außerhalb des EU-Vergaberechts, d.h. bei fehlender Anwendbarkeit der §§ 134, 135 GWB, die eingangs erwähnte Pflicht des Auftraggebers zur Vorabinformation über den beabsichtigten Vertragsschluss besteht, deren Verletzung die Unwirksamkeit des Vertrags nach sich ziehen kann.

Nach Auffassung des OLG sprechen gewichtige Gründe dafür, auch im Unterschwellenbereich die Einhaltung einer Informations- und Wartepflicht durch den öffentlichen Auftraggeber zu verlangen. Es führt zur Begründung einer Wartepflicht die Rechtsprechung des EuG sowie Grundsätze aus anderen Rechtsgebieten an, wie z.B. bei Beförderungen im Beamtenrecht und bei der Vergabe von Wochenmarktveranstaltungen. Führe man, so das OLG,

¹ Richtlinie 2014/24/EU des Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG vom 26.02.2014, ABl. 2014 L 94, 65; Richtlinie 2014/25/EU des Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG vom 26.02.2014, ABl. 2014 L 94, 243 und Richtlinie 2014/23/EU des Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe vom 26.02.2014, ABl. 2014 L 94, 1.

² Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG) vom 17.02.2016, BGBl. I, 203 vom 23.02.2016.

³ Delegierte Verordnung der Kommission vom 18.12.2017 (ABl. EU L 337/19 v. 19.12.2017).

⁴ Der zweite Abschnitt der VOL/A ist durch die VgV ersetzt worden.

⁵ Z.B. in Hamburg und Bayern. Weitere Bundesländer beabsichtigen die Einführung, z.B. Berlin.

⁶ Die UVgO wurde am 07.02.2017 im Bundesanzeiger veröffentlicht. Für ihre Anwendbarkeit bedurfte es eines Anwendungsbefehls in § 55 BHO, der mit Rundschreiben des BMF vom 01.09.2017 (GZ: II A 3 – H 1012-6/16/10003:003) erging.

⁷ Für einen Überblick s. z.B. Neun/Otting, in: EuZW 2014, 446; Pfohl/Wagner, in: ZfBR 2014, 745; Pfannkuch, in: Die Gemeinde 2014, 186.

⁸ Zur Zuständigkeit s. grundlegend BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007 - 6 B 10/07.

⁹ Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Auflage 2017, vor § 155, Rn. 45f. S. zu den Maßstäben der Rechtsprechung z.B. OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 13.10.2015 - 11 W 32/15; OLG Schleswig, Beschluss vom 08.01.2013 - 1 W 51/12OLG und auch den Überblick bei OLG München, Beschluss vom 19.06.2017 - 21 W 314/17.

diese Grundsätze konsequent fort, müsste, da nur dies effektiven Rechtsschutz sicherstellt, ein unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geschlossener Vertrag gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz als nichtig eingestuft werden. Letztlich musste sich das OLG damit jedoch nicht auseinandersetzen, da der Antrag mangels ausreichend glaubhaft gemachten Interesses schon unzulässig war.

3. Bewertung

Die Diskussion um den Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte ist nicht neu.¹⁰ Es wäre zu wünschen gewesen, dass sich das OLG mit der Frage der Vorabinformationspflicht unterhalb der Schwellenwerte abschließend auseinandersetzt. Aus Sicht der Bieter erscheint es generell und insbesondere in Fällen, in denen die Schwellenwerte nur ganz knapp nicht erreicht werden, misslich, dass die strengeren Vorgaben der §§ 97 ff. GWB nicht zur Anwendung gelangen. Aus Sicht der Auftraggeber bedeutet die Entscheidung (zusätzliche) Unsicherheit. Fest steht jedenfalls, dass das Bundesverfassungsgericht das Fehlen eines dem vierten Teil des GWB entsprechenden Rechtsschutzsystems im Unterschwellenbereich und die damit einhergehende Zerteilung des Vergabe (prozess)rechts für verfassungskonform hielt und keine Pflicht des Gesetzgebers sah, im Unterschwellenbereich eine Pflicht zur Vorabinformation zu regeln.¹¹ Das Bundesverfassungsgericht hat dabei auch deutlich gemacht, dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, das Rechtsschutzsystem auszuformen und sicherzustellen, dass effektiver Rechtsschutz für den einzelnen Rechtsuchenden besteht.¹² Vor diesem Hintergrund ist einerseits zu beachten, dass in der UVgO gerade keine Vorabinformationspflicht und auch im Übrigen keinerlei Rechtsschutzregelungen vorgesehen sind. Andererseits steht es den Landesgesetzgebern¹³ durchaus frei, im Unterschwellenbereich (landeseigene) Vorschriften zu erlassen und insoweit auch Informations- und Wartepflichten zu normieren¹⁴. Solche Bestimmungen haben z.B. die Länder Sachsen¹⁵, Mecklenburg-Vorpommern¹⁶ und Thüringen¹⁷ in ihre Landesvergabegesetze aufgenommen, wobei die Regelungsdichte variiert: So beschränkt sich § 12 VgG M-V auf eine Informationspflicht vor Zuschlagserteilung, ohne weitere Konsequenzen zu regeln, während § 19 ThürVgG darüber hinaus die Befassung der Nachprüfungsbehörde bei Beanstandung durch einen Bieter und Nichtabhilfe vorsieht. Ein weiteres Detail ist für die Einschätzung von Bedeutung: Das OLG qualifizierte den in Rede stehenden Vertrag als Dienstleistungskonzession¹⁸. Diese sind jedoch von der UVgO gar nicht erfasst, und auch die Landesvergabegesetze gelten nur für

NORDBAU₁₈

**5. bis 9. September 2018
in den Holstenhallen Neumünster**

Erleben Sie Nordeuropas größte
Kompaktmesse rund ums Bauen

www.nordbau.de

Entdecken Sie Neuheiten im Bereich:

- Baustoffe ■ Heiztechniken ■ Baumaschinen
- Digitale Baustelle ■ E-Nutzfahrzeuge ■ u.v.m.

SCHWERPUNKTTHEMA
safe@home & Smart Home

die Vergabe öffentlicher Aufträge¹⁹ und nicht für Konzessionen. Im Unterschwellenbereich bestehen somit überhaupt keine Regelungen zur Vergabe von Konzessionen und damit auch nicht zu Informationspflichten oder Rechtsschutz. Hier fragt sich nun, ob das OLG seine Ansicht nur auf die in seinem Fall relevante Konzession bezog oder ob es eine Informationspflicht - samt Nichtigkeitsfolge bei Verletzung - generell bei jeglicher Vergabe als geboten erachtet. Ob es einer solchen Differenzierung jedoch bedarf, ist fraglich: Denn es wäre im Ergebnis fernliegend, würde das OLG für Konzessionsvergaben eine Informationspflicht fordern, für öffentliche Aufträge hingegen nicht. Die Ansicht des OLG ist damit generell für die Vergabe von Aufträgen und Konzessionen im Unterschwellenbereich zu verstehen. Ob sich die Ansicht des OLG durchzusetzen vermag, bleibt abzuwarten.²⁰ Derzeit bleibt festzuhalten, dass Anzeichen für die Einführung eines Rechtsschutzsystems durch den Bundesgesetzgeber nicht ersichtlich sind.²¹ Es wird deshalb wohl an den Ländern liegen, zu entscheiden, ob sie - wie es vereinzelt schon der Fall ist - Vorabinformationspflichten und ggf. einen weitergehenden Rechtsschutz in ihr Landesvergaberecht aufnehmen.²² Doch auch wenn dies nicht erfolgt, bleibt für Auftraggeber die Entscheidung des OLG von nicht zu unterschätzender Relevanz. Nicht berücksichtigte Bieter könnten das Urteil durchaus zum Anlass nehmen, Vergaben unterhalb der Schwellenwerte bei fehlender Vorabinformation verstärkt anzugreifen - angesichts der vom OLG genannten, gravierenden Rechtsfolge der Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB liegt darin ein beträchtliches Risiko.

¹⁰ S. dazu André/Sailer, in: NZBau 2011, 394.
¹¹ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03; s. dazu bspw. Sauer, Hollands, in: NZBau 2006, 763; André/Sailer, a.a.O.
¹² BVerfG, a.a.O.
¹³ Zu denken ist auch an eine bundesrechtliche Regelung auf Grundlage des Art. 74 Abs. 2 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft). Die Einführung eines wirksamen Rechtsschutzsystems bei Unterschwellenaufträgen war sogar im Koalitionsvertrag der Fraktionen von Union und FDP aus dem Jahr 2009 (S. 17) vorgesehen. Kritisch dazu Burgi, in: NVwZ 2011, 1217.
¹⁴ Zumal die UVgO nicht einmal eine Rechtsverordnung, sondern lediglich eine „Ordnung“ darstellt. S. zum vergaberechtlichen Rechtsschutz auf Landesebene Conrad, in: ZfBR 2016, 124.
¹⁵ § 8 Sächsisches Vergabegesetz - SächsVergabG.
¹⁶ § 12 Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern - VgGM-V.
¹⁷ § 19 Thüringer Vergabegesetz - ThürVgG.
¹⁸ Kritisch zu dieser Einschätzung Otting, in: VPR 2018, 2325. Konzessionen sind nach § 105 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge, mit denen ein Konzessionsgeber ein Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen oder Dienstleistungen betraut, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks bzw. zur Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Abzugrenzen von einem öffentlichen Auftrag ist die Konzession also anhand des Vergütungsmodells.
¹⁹ S. § 1 TTG SH.
²⁰ In ihrem Beschluss vom 06.02.2018 (VgK-42/2017) hat die VK Niedersachsen unter Bezugnahme auf das Urteil des OLG Düsseldorf festgestellt, dass die „Wartepflicht [...] sogar im Unterschwellenbereich verbindlich“ sei. Dies hat allerdings nur begrenzte Aussagekraft, da eine Vergabekammer über unterschwellige Vergabeverfahren nicht befindet.
²¹ Im jüngsten Koalitionsvertrag auf Bundesebene finden sich dazu keine Aussagen. Das gilt auch für den Koalitionsvertrag in Schleswig-Holstein.
²² In Schleswig-Holstein ist dafür nach dem Entwurf des neuen Vergabegesetzes Schleswig-Holstein (VGSH, Entwurf abrufbar unter https://www.abstsh.de/fileadmin/downloads/24_5_18/KV_VGSH_Anlage-GE.pdf) derzeit nichts ersichtlich. Regelungen zur Vorabinformations- und Wartepflicht sind darin nicht enthalten.

Kommunen als Energieversorger – Rechtspflichten bei der Stromlieferung an Dritte

Sven Krassow¹

Um den Kommunen und ihren Unternehmen bei der Energiewende erweiterte wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeiten einzuräumen², erleichtert das Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft vom 21. Juni 2016³ es den Kommunen in Schleswig-Holstein, energiewirtschaftlich tätig zu werden. So schafft § 101a der entsprechend geänderten Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (GO)⁴ u.a. eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die energiewirtschaftliche Betätigung einem öffentlichen Zweck dient, so dass dieser im Einzelfall nicht mehr dargelegt werden braucht.

Der Begriff der energiewirtschaftlichen Betätigung wird in § 101a Abs. 1 GO in Anlehnung an § 3 Nr. 36 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)⁵ definiert als „wirtschaftliche Betätigung zur Erzeugung oder zur Gewinnung, zum Vertrieb oder zur Verteilung von Energie im Bereich der Strom-, Gas-, Wärme- und Kälteversorgung“. Umfasst sind damit sämtliche Stufen der Produktion und Distribution von Endenergie, insbesondere auch deren Speicherung zur Sicherung der Versorgung und der Netzstabilität.⁶ Gemäß § 101a Abs. 2 GO fällt unter den Begriff der energiewirtschaftlichen Betätigung unter den dort genannten Voraussetzungen zudem eine Betätigung ausschließlich zur Erzeugung oder Gewinnung von Energie im Bereich erneuerbarer Energien.

Vor diesem Hintergrund kann der von Kommunen und ihren Unternehmen in Energieerzeugungsanlagen produzierte Strom auf höchst unterschiedlichen Wegen vermarktet bzw. verwendet werden. Denkbar ist beispielsweise der Verbrauch des Stroms für eigene Zwecke. Möglich ist aber auch die Einspeisung des Stroms ins öffentliche Stromnetz oder die Direktvermarktung, also insbesondere der Verkauf des erzeugten Stroms an Großabnehmer oder an der Strombörse.

Schließlich kommt die Lieferung des produzierten Stroms an (sonstige) Dritte, beispielsweise an sog. Letztverbraucher, in Betracht.⁷ Die von den Kommunen bzw. ihren Unternehmen dabei zu beachtenden wesentlichen Rechtspflichten, die sich aus energiewirtschaftsrechtlichen Vorschriften ergeben, sollen in diesem Beitrag kurz dargestellt werden.

I. Rechtspflichten gemäß Energiewirtschaftsgesetz

Der Ordnungsrahmen für die leitungsge-

bundene Versorgung mit Elektrizität und Gas wird maßgeblich durch das EnWG geprägt.⁹ Aus dem EnWG ergeben sich für Kommunen, die Strom an Dritte liefern, zum Teil sehr unterschiedliche Pflichten.

1. Anzeige der Belieferung von Haushaltskunden bei der Bundesnetzagentur

Ist die Kommune Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 3 Nr. 18 EnWG, ist sie gemäß § 5 Satz 1 EnWG zur Anzeige der Belieferung von Haushaltskunden bei der Bundesnetzagentur (BNetzA) verpflichtet.

Wer Energieversorgungsunternehmen ist, bestimmt sich nach § 3 Nr. 18 EnWG. Danach sind Energieversorgungsunternehmen natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern, ein Energieversorgungsnetz betreiben oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen; der Betrieb einer Kundenanlage oder einer Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung macht den Betreiber nicht zum Energieversorgungsunternehmen. Der Verbrauch des produzierten Stroms für eigene Zwecke wird davon ebenfalls nicht umfasst. Die Stromversorgung an einen anderen, die nur teilweise oder im Nebenbetrieb erfolgt, erfüllt demgegenüber diese Voraussetzung.¹⁰ Darüber hinaus ist auch die Einspeisung des erzeugten Stroms in das Netz eines (anderen) Energieversorgungsunternehmens eine Versorgung anderer im Sinne des § 3 Nr. 18 EnWG.¹¹ Dies gilt schließlich auch für den Fall, dass eine juristische Person ihre Gesellschafter oder Mitglieder mit Strom beliefert, z.B. ein Zweckverband die ihm angeschlossenen Gemeinden oder eine gemeindeeigene GmbH die Gemeinde.¹² Allerdings bedarf die im Wortlaut von § 3 Nr. 18 EnWG angelegte Beschränkung auf rechtsfähige Personen der Erweiterung, so dass auch nicht rechtsfähige Einheiten, z.B. ein öffentlich-rechtlich geregelter Eigenbetrieb, ein Energieversorgungsunternehmen sein können.¹³

Ist die Kommune danach Energieversorgungsunternehmen, muss sie gemäß § 5 Satz 1 EnWG die Aufnahme und Beendigung der Tätigkeit sowie Änderungen ihrer Firma bei der BNetzA als Regulierungsbehörde unverzüglich anzeigen. Die Anzeigepflicht besteht allerdings nur im Falle der Belieferung von Haushaltskunden. Zu den Haushaltskunden zählen

gemäß § 3 Nr. 22 EnWG Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den eigenen Haushaltsverbrauch oder für ihren den Jahresverbrauch von 10.000 kWh nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen.

Von der Anzeigepflicht ausgenommen ist gemäß § 5 Satz 1 Halbsatz 2 EnWG die Belieferung von Haushaltskunden ausschließlich innerhalb einer Kundenanlage (§ 3 Nr. 24a EnWG) oder eines geschlossenen Verteilernetzes (§ 110 EnWG) sowie über nicht auf Dauer angelegte Leitungen. Mit der Anzeige der Aufnahme der Tätigkeit ist gemäß § 5 Satz 3 EnWG auch das Vorliegen der personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung darzulegen.¹⁴ Entsprechende Formulare für die Anzeige stehen auf der Homepage der BNetzA bereit; diese sind jedoch nicht zwingend zu verwenden.

Erfolgt die Anzeige nach § 5 Satz 1 EnWG nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig, so liegt darin eine Ordnungswidrigkeit im Sinne von § 95 Abs. 1 Nr. 2 EnWG, die gemäß § 95 Abs. 2 EnWG mit einer Geldbuße geahndet werden kann.

¹ Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) Sven Krassow, LL.M., Zweckverband Ostholstein (Sierksdorf). Der vorliegende Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder.

² LT-Drs. 18/3152, S. 36

³ Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein 2016, S. 528

⁴ Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein 2003, S. 57, zuletzt geändert durch Gesetz vom 04.01.2018 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein 2018, S. 6)

⁵ Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 6 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808) geändert worden ist

⁶ LT-Drs. 18/3152, S. 36

⁷ Eventuelle Besonderheiten von sog. Mieterstrommodellen sollen vorliegend nicht berücksichtigt werden.

⁸ Im vorliegenden Beitrag wird davon ausgegangen, dass die Kommune nicht selbst, sondern über ihr kommunales Unternehmen energiewirtschaftlich tätig wird.

⁹ Klees, Einführung in das Energiewirtschaftsrecht, 1. Aufl. 2012, Kap. 1, Rn. 84

¹⁰ Danner/Theobald, Energierecht, 94. EL Juli 2017, Rn. 145

¹¹ Danner/Theobald, Energierecht, 94. EL Juli 2017, Rn. 147

¹² Danner/Theobald, Energierecht, 94. EL Juli 2017, Rn. 149

¹³ Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 3 Rn. 34

¹⁴ Die Anzeige ist abrufbar auf der Internetseite der BNetzA unter dem Link https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/HandelundVertrieb/Lieferantenanzeige/lieferantenanzeige.html (Stand: 29.11.2017), abgerufen am 27.05.2018



Neben verschiedenen Reorganisations- und Digitalisierungsprojekten in der Landesverwaltung begleitet HÖHN CONSULTING die schleswig-holsteinischen Kommunen auf ihrem Weg in die digitale Zukunft, die sich nach unserem Verständnis nicht in der Online-Verfügbarkeit von Verwaltungsdienstleistungen erschöpft. Daher liegt ein Schwerpunkt unserer Kommunalberatung auf der Entwicklung und Umsetzungsbegleitung der digital unterstützten Daseinsvorsorge - von digitalen Angeboten für das Mobilitätsmanagement über eine verbesserte Beteiligung der Bürger an kommunalen Entscheidungsprozessen bis zur Unterstützung der Nachbarschaftshilfe bzw. von Kultur, Freizeit und Bildung sowie der Förderung von lokaler Wirtschaft und Tourismus. Wir setzen in unseren Mandaten nicht nur auf moderne Methoden und Tools, sondern auch auf die fachliche und persönliche Autorität unserer Beraterinnen und Berater, deren fortlaufende Qualifikation wir intensiv fördern.

Für unsere Beratungsprojekte auf Landes- und kommunaler Ebene suchen wir zum nächstmöglichen Zeitpunkt ...

IT- und Organisationsberater/innen mit Verwaltungserfahrung

Als zukünftiges Teammitglied verfügen Sie über ...

- ▶ einen qualifizierten, gerne IT-nahen oder verwaltungsnahen Studien- oder Berufsabschluss,
- ▶ fundierte Kenntnisse und mehrjährige Erfahrung in Innovationsprojekten der öffentlichen Verwaltung,
- ▶ die Befähigung zur Analyse sowie konzeptionellen Aufbereitung komplexer Sachverhalte sowie
- ▶ über sicheren Ausdruck in Wort und Schrift.

Sie sind außerdem in der Lage, Lösungsvorschläge auch auf der Entscheidungsebene unserer Verwaltungskunden überzeugend darzustellen und zu diskutieren. Sie zeichnen sich ferner durch die Fähigkeit zu eigeninitiativem Arbeiten aus, sind offen für wechselnde, innovative Themenstellungen und in der Beratung unserer Mandanten flexibel und kreativ.

Ihre Aufgaben umfassen u.a.

- ▶ die Spezifikation fachlicher Anforderungen im Zusammenhang der Implementierung bzw. Anpassung von IT-Fachverfahren sowie die Steuerung und Qualitätssicherung ihrer Umsetzung auf der Basis agiler Methoden (SCRUM, PRINCE 2® Agile) und
- ▶ die konzeptionelle und operative Mitwirkung bei der Optimierung von Verwaltungsstrukturen und -prozessen.

Ihre Bewerbung ...

übermitteln Sie bitte in elektronischer Form unter Angabe des frühestmöglichen Eintrittstermins sowie Ihrer Gehaltsvorstellung an die Geschäftsführung unter thomas.hoehn@hoehn-consulting.de

Wir bieten Ihnen ...

- ▶ ein eigenverantwortliches Arbeitsumfeld mit großen Gestaltungsspielräumen,
- ▶ ein motivierendes Klima in einem überschaubaren, erfolgreich agierenden Beraterteam mit viel Spaß an der gemeinsamen Arbeit,
- ▶ eine umfassende Einarbeitung in Ihre neuen Aufgaben sowie zielgerichtete und fortlaufende Qualifizierungsmaßnahmen und
- ▶ eine leistungsorientierte Bezahlung sowie einen langfristigen Tätigkeitsschwerpunkt in Schleswig-Holstein sowie den angrenzenden norddeutschen Bundesländern.

2. Vorschriften für die Abrechnung der Stromlieferung

Darüber hinaus sind seitens der Kommune gemäß § 40 EnWG im Zusammenhang mit der Abrechnung der Stromlieferung eine Vielzahl von Vorgaben zu beachten. Diese richten sich grundsätzlich an Lieferanten, d.h. Energieversorgungsunternehmen, die Energie an Letztverbraucher liefern.¹⁵ Letztverbraucher sind dabei gemäß § 3 Nr. 25 EnWG natürliche oder juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen; der Strombezug der Ladepunkte für Elektromobile¹⁶ steht dem Letztverbrauch insoweit grundsätzlich gleich.

Im Einzelnen zielen die Vorgaben des § 40 EnWG auf die Transparenz und den notwendigen Inhalt von Rechnungen für Energielieferungen an Letztverbraucher (§ 40 Abs. 1, 2 und 6 EnWG), auf die Intervalle der Abrechnung und die Fristen für die Rechnungsübermittlung (§ 40 Abs. 3 und 4 EnWG) sowie auf das Angebot von besonderen Stromliefertarifen (§ 40 Abs. 5 EnWG).¹⁷

Danach müssen Rechnungen über Stromlieferungen an Letztverbraucher gemäß § 40 Abs. 2 EnWG folgende Angaben enthalten:

- den Namen, die ladungsfähige Anschrift und das zuständige Registergericht des Lieferanten sowie Angaben, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme ermöglichen, einschließlich der Adresse der elektronischen Post,
- die Vertragsdauer, die geltenden Preise, den nächstmöglichen Kündigungstermin und die Kündigungsfrist,
- den zuständigen Messstellenbetreiber sowie die für die Belieferung maßgebliche Zählpunktbezeichnung und die Codenummer des Netzbetreibers,
- den ermittelten Verbrauch im Abrechnungszeitraum und bei Haushaltskunden Anfangszählerstand und den Endzählerstand des abgerechneten Zeitraums,
- den Verbrauch des vergleichbaren Vorjahreszeitraums,
- bei Haushaltskunden unter Verwendung von Grafiken die Darstellung, wie sich der eigene Jahresverbrauch zu dem Jahresverbrauch von Vergleichskundengruppen verhält,
- die Belastungen aus der Konzessionsabgabe und aus den Netzentgelten für Letztverbraucher und gegebenenfalls darin enthaltene Entgelte für den Messstellenbetrieb und die Messung beim jeweiligen Letztverbraucher sowie
- Informationen über die Rechte der Haushaltskunden im Hinblick auf Streitbeilegungsverfahren, die ihnen im Streitfall zur Verfügung stehen, einschließlich der für Verbraucherbeschwerden nach § 111b EnWG einzurichtenden Schlichtungsstelle und

deren Anschrift sowie die Kontaktdaten des Verbraucherservice der Bundesnetzagentur für den Bereich Elektrizität und Gas.

Darüber hinaus müssen Kommunen, die Lieferanten im Sinne von § 40 EnWG sind, gemäß § 40 Abs. 4 EnWG sicherstellen, dass der Letztverbraucher die Abrechnung nach § 40 Abs. 3 EnWG spätestens sechs Wochen nach Beendigung des abzurechnenden Zeitraums und die Abschlussrechnung spätestens sechs Wochen nach Beendigung des Lieferverhältnisses erhält.

Werden die Vorgaben des § 40 EnWG nicht eingehalten, stellt dies keine Ordnungswidrigkeit dar. Die Nichteinhaltung der in § 40 EnWG normierten Informationspflichten führt zudem nicht dazu, dass ein Abrechnungsbetrag nicht fällig wird.¹⁸ Der Verstoß gegen § 40 Abs. 3 Satz 1 EnWG gibt dem Kunden jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich weiterer Abschlagszahlungen (§ 273 BGB); außerdem kann er den Lieferanten hinsichtlich der Abrechnung in Verzug setzen, um ggf. Verzugszinsen zu erhalten, und u. U. Schadensersatz geltend machen.¹⁹

3. Stromkennzeichnung

Gemäß § 42 Abs. 1 EnWG sind Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet, in oder als Anlage zu ihren Rechnungen an Letztverbraucher (s.o. Ziffer 2) und in an diese gerichtetem Werbematerial sowie auf ihrer Website für den Verkauf von Elektrizität Informationen über den Energieträgermix und die Umweltauswirkungen anzugeben. Durch diese sog. Stromkennzeichnung soll es dem Letztverbraucher ermöglicht werden, seine Nachfrageentscheidung auch anhand der jeweils verwendeten Primärenergieträger und deren Umweltauswirkungen zu treffen.²⁰

§ 42 EnWG adressiert ausschließlich Elektrizitätsversorgungsunternehmen, mithin gemäß § 3 Nr. 14 und Nr. 18 EnWG natürliche oder juristische Personen, die Elektrizität an andere liefern, ein Elektrizitätsversorgungsnetz betreiben oder an einem Elektrizitätsversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen.²¹

Steht vor diesem Hintergrund fest, dass die Kommune ein Elektrizitätsunternehmen ist, hat sie im Rahmen der Stromkennzeichnung den Anteil der einzelnen Energieträger am Gesamtenergieträgermix des Lieferanten sowie Informationen über die Umweltauswirkungen in Bezug auf Kohlendioxidemissionen und radioaktivem Abfall anzugeben. Dies ist gemäß § 42 Abs. 2 EnWG mit entsprechenden Durchschnittswerten der Stromerzeugung in Deutschland zu ergänzen und verbraucherfreundlich und in angemessener

Größe in grafisch visualisierter Form darzustellen. Dies gilt gemäß § 42 Abs. 3 EnWG entsprechend für den Fall, dass die Kommune im Rahmen des Stromverkaufs an Letztverbraucher verschiedene Produkte mit unterschiedlichem Energieträgermix anbietet.

Ein Gestaltungsvorschlag für die Darstellung der Stromkennzeichnung befindet sich in der Gesetzesbegründung zu § 42 EnWG.²² Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW) hat daneben einen „Leitfaden Stromkennzeichnung“ für Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Erzeuger und Lieferanten herausgegeben, der regelmäßig aktualisiert wird.

Werden die Vorgaben des § 42 Abs. 1 bis 3 EnWG vom Lieferanten nicht eingehalten, ist dies ebenfalls keine Ordnungswidrigkeit. Die Verletzung von Stromkennzeichnungsvorschriften kann allerdings unter Umständen wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche begründen.²³

Schließlich sind Elektrizitätsversorgungsunternehmen gemäß § 42 Abs. 7 EnWG verpflichtet, einmal jährlich zur Überprüfung der Richtigkeit der Stromkennzeichnung die nach § 42 Abs. 1 bis 4 EnWG gegenüber den Letztverbrauchern anzugebenden Daten sowie die der Stromkennzeichnung zugrunde liegenden Strommengen der BNetzA zu melden.

4. Teilnahme am Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsstelle Energie e.V.

Schließlich ist die Kommune als Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 3 Nr. 18 EnWG (s.o. Ziffer 1) zur Teilnahme am Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsstelle Energie e.V. verpflichtet.

Gemäß § 111b Abs. 1 Satz 1 EnWG kann zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen und Verbrauchern über den Anschluss an das Versorgungsnetz, die

¹⁵ Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 40 Rn. 12

¹⁶ siehe auch Schalle/Hilgenstock, Einordnung der Stromlieferung beim Aufladen von Elektromobilen, EnWZ 2017, 291

¹⁷ Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 40 Rn. 1

¹⁸ LG Kiel, Urteil vom 10.06.2015 - 12 O 351/14, BeckRS 2015, 12321; vgl. auch OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 15.4.2016 - 8 U 129/15, EnWZ 2016, 515

¹⁹ Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 40 Rn. 32

²⁰ BT-Drs. 15/3917, S. 67

²¹ Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 1. Aufl. 2015, § 42 Rn. 3

²² BT-Drs. 17/6072, S. 86

²³ vgl. dazu OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 12.04.2011 - 11 U 5/11 (Kart), BeckRS 2011, 26752

Belieferung mit Energie sowie die Messung der Energie die anerkannte oder beauftragte Schlichtungsstelle angerufen werden. Anerkannte Schlichtungsstelle ist die Schlichtungsstelle Energie e.V.²⁴

Das Schlichtungsverfahren ist nach § 111b Abs. 1 Satz 1 EnWG für Streitigkeiten zwischen Unternehmen im Sinne von § 111a Satz 1 EnWG und Verbrauchern im Sinne von § 13 BGB eröffnet. Zu den Unternehmen nach § 111a Satz 1 EnWG zählen auch Energieversorgungsunternehmen gemäß § 3 Nr. 18 EnWG.

Sofern ein Verbraucher eine Schlichtung bei der Schlichtungsstelle Energie e.V. beantragt, ist das Unternehmen gemäß § 111b Abs. 1 Satz 2 EnWG verpflichtet, an dem Schlichtungsverfahren teilzunehmen.

Der Antrag des Verbrauchers auf Einleitung des Schlichtungsverfahrens ist gemäß § 111b Abs. 1 Satz 3 EnWG allerdings erst dann zulässig, wenn das Unternehmen im Verfahren nach § 111a EnWG der Verbraucherbeschwerde nicht abgeholfen hat. Fehlt dieser obligatorische Verfahrensschritt, so hatte das Unternehmen keine Möglichkeit, eine Abhilfe außerhalb des Schlichtungsverfahrens herbeizuführen, so dass die Durchführung des Schlichtungsverfahrens unzulässig ist.²⁵ Der weitere Ablauf des Schlichtungsverfahrens ergibt sich im Einzelnen aus § 111b EnWG i.V.m. der Verfahrensordnung der Schlichtungsstelle Energie e.V.²⁶

Das Ergebnis der Schlichtung ist eine bloße Empfehlung, die für die Beteiligten unverbindlich ist, soweit diese nicht die Empfehlung annehmen. Das Recht der Beteiligten, die Gerichte anzurufen oder ein anderes Verfahren nach dem EnWG zu beantragen, bleibt zudem gemäß § 111b Abs. 1 Satz 5 EnWG unberührt.

Im Übrigen ist das Schlichtungsverfahren gemäß § 111b Abs. 6 EnWG für den Verbraucher kostenfrei, es sei denn, sein Antrag ist offensichtlich missbräuchlich.²⁷

II. Rechtspflichten gemäß

Erneuerbare-Energien-Gesetz 2017

Neben Rechtspflichten aus dem EnWG können sich für Kommunen, die Strom an Dritte liefern, Pflichten aus dem Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG 2017)²⁸ ergeben.²⁹

1. Meldepflichten gemäß

§ 74 EEG 2017

Gemäß § 74 Abs. 1 EEG 2017 müssen Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucher liefern, ihrem regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber im Sinne von § 3 Nr. 44 EEG 2017 grundsätzlich unverzüglich unterschiedliche Angaben mitteilen, die der Klärung der EEG-Umlagepflicht dienen sollen.

Gemäß § 3 Nr. 20 EEG 2017 ist ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität an Letztverbraucher liefert. Der Begriff des Elektrizitätsversorgungsunternehmens ist im Sinne einer breiten Verteilung der Kosten des EEG und der Vermeidung von Ungleichbehandlungen weit auszulegen.³⁰ Der Begriff umfasst deshalb jede natürliche oder juristische Person einschließlich deren unselbständiger Untergliederungen oder Zusammenschlüsse.³¹ Letztverbraucher ist gemäß § 3 Nr. 33 EEG 2017 jede natürliche oder juristische Person, die Strom verbraucht. Bei den Angaben im Sinne von § 74 Abs. 1 EEG 2017 handelt es sich im Einzelnen um folgende Angaben:

- die Angabe, ob und ab wann ein Fall im Sinne des § 60 Absatz 1 EEG 2017 vorliegt,
- die Angabe, ob und auf welcher Grundlage die EEG-Umlage sich verringert oder entfällt und
- Änderungen, die für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen eines Entfallens oder einer Verringerung der EEG-Umlage weiterhin vorliegen, relevant sind oder sein können, sowie der Zeitpunkt, zu dem die Änderungen eingetreten sind.

Elektrizitätsversorgungsunternehmen müssen darüber hinaus gemäß § 74 Abs. 2 EEG 2017 ihrem regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber im Sinne von § 3 Nr. 44 EEG 2017 unverzüglich die an Letztverbraucher gelieferte Energiemenge elektronisch mitteilen und bis zum 31. Mai die Endabrechnung für das Vorjahr vorlegen. Soweit die Belieferung über Bilanzkreise erfolgt, muss das Elektrizitätsversorgungsunternehmen dem regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber zudem die Energiemengen bilanzkreisscharf mitteilen.

Ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das die Mitteilungspflichten nicht erfüllt, kann nicht oder nur in einem verringerten Umfang von einer Sonderregelung profitieren, da es stattdessen die vollständige oder eine erhöhte EEG-Umlage für das jeweilige Kalenderjahr zahlen muss (§ 61k Abs. 1b Nr. 2 und Abs. 4 EEG 2017).

2. Meldepflichten gemäß

§ 76 EEG 2017

Darüber hinaus können sich Meldepflichten für Kommunen, die Elektrizitätsversorgungsunternehmen sind, aus § 76 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 ergeben. So müssen der BNetzA auf Verlangen die Angaben nach § 74 EEG 2017 (s.o.) in elektronischer Form vorgelegt werden. Die BNetzA stellt dafür verbindliche Erhebungsbögen bereit, die für die Mitteilungen zu verwenden sind. Die gemeldeten Daten werden dann - mit Ausnahme der Strombezugskosten - von der BNetzA u.a. dem Bundesministe-

rium für Wirtschaft und Energie für statistische Zwecke zur Verfügung gestellt.

III. Rechtspflichten gemäß

Stromsteuergesetz und Stromsteuer-Durchführungsverordnung

Auch aus dem Stromsteuergesetz (StromStG)³² ergeben sich für Kommunen, die Strom an Dritte liefern, einzuhaltende Pflichten.

Voraussetzung dafür ist zunächst, dass die Kommune Versorger im Sinne von § 2 Nr. 1 StromStG ist. Danach ist Versorger derjenige, der Strom leistet. Wesentlich ist insoweit, dass Strom aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung verschafft wird. In der Regel wird dafür ein Kauf als Rechtsgeschäft zugrunde liegen.³⁴ Nach dem Hinweisblatt zu Vordruck 1410 der Zollverwaltung³⁵ soll das Leisten von Strom zudem selbst dann vorliegen, wenn die Stromabnahme durch einen Dritten geduldet wird; auf die Entgeltlichkeit soll es nicht ankommen. Das Leisten von Strom an einen Letztverbraucher ist jedoch nicht Voraussetzung.³⁶ Schließlich können Versorger sowohl natürliche als auch juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts sein.³⁷ Allerdings dürften auch nicht rechtsfähige Einheiten, z.B. ein öffentlich-rechtlich geregelter Eigenbetrieb, Versorger im Sinne von § 2 Nr. 1 StromStG sein können.

²⁴ Die Anerkennung der Schlichtungsstelle Energie e.V. erfolgte am 25.10.2011 und wurde im Bundesanzeiger mit deklaratorischer Wirkung bekannt gemacht (Bundesanzeiger v. 11.11.2011, S. 3977).

²⁵ Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 1. Aufl. 2015, § 111b Rn. 6

²⁶ abrufbar https://www.schlichtungsstelle-energie.de/files/sse/content/pdf/Verfahrensordnung_2018.pdf; abgerufen am 27.05.2018

²⁷ bzgl. verfassungsrechtlicher Bedenken zu § 111b Abs. 6 EnWG und zur Höhe der Fallpauschalen vgl. OLG Köln, Beschluss vom 17.02.2016 - 18 U 127/14

²⁸ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2532) geändert worden ist

²⁹ Die Pflichten eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens gemäß § 60 EEG 2017 und gemäß §§ 78ff. EEG 2017 sollen nicht behandelt werden. Darüber hinaus bleiben auch die sich aus dem EEG 2017 für Anlagenbetreiber im Sinne von § 3 Nr. 42 EEG 2017 ergebenden Pflichten unberücksichtigt.

³⁰ Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 64

³¹ Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 64

³² Stromsteuergesetz vom 24. März 1999 (BGBl. I S. 378; 2000 I S. 147), das zuletzt durch Artikel 3 und 4 des Gesetzes vom 27. August 2017 (BGBl. I S. 3299) geändert worden ist

³³ BT-Drucksache 14/40, S. 11

³⁴ BT-Drucksache 14/40, S. 11

³⁵ abrufbar unter https://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Steuern/Verbrauchssteuern/Strom/Verfahren-Erteilung-einer-Erlaubnis/Antragstellung/antragstellung_node.html, abgerufen am 27.05.2018

³⁶ Möhlenkamp/Milewski, StromStG, 1. Aufl. 2012, § 2 Rn. 7

³⁷ Möhlenkamp/Milewski, StromStG, 1. Aufl. 2012, § 2 Rn. 7

Neuerdings enthält § 1a der Verordnung zur Durchführung des Stromsteuergesetzes (Stromsteuer-Durchführungsverordnung - StromStV)³⁸ Ausnahmen vom Versorgerbegriff im Bereich Kundenanlagen, beim Mieterstrom und in ähnlichen Konstellationen, auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden soll.³⁹

Im Einzelnen können sich für Kommunen, die Versorger im Sinne von § 2 Nr. 1 StromStG sind, folgende Pflichten ergeben:

1. Erlaubnis gemäß § 4 StromStG

Zunächst muss derjenige, der als Versorger mit Sitz im Steuergebiet Strom leisten will, gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 StromStG, eine Erlaubnis einholen. Gemäß § 2 Abs. 1 StromStV ist die Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Satz 1 StromStG vor Aufnahme der Tätigkeit schriftlich nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck beim zuständigen Hauptzollamt zu beantragen. Im Antrag sind Name, Geschäfts- oder Wohnsitz, Rechtsform, bei jährlicher Steueranmeldung die voraussichtlich zu erwartende Jahressteuerschuld, die Steuernummer beim zuständigen Finanzamt und - sofern erteilt - die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer anzugeben. Darüber hinaus sind dem Antrag die in § 2 Abs. 2 StromStV genannten Unterlagen beizufügen.

2. Steueranmeldung gemäß § 8 StromStG

Darüber hinaus hat der Versorger, der unter den Voraussetzungen von § 3 StromStG Steuerschuldner ist, gemäß § 8 StromStG für Strom, für den die Stromsteuer entstanden ist, eine Steuererklärung abzugeben und darin die Steuer selbst zu berechnen. Diese Steueranmeldung ist gemäß § 5 StromStV ebenfalls nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck abzugeben.

3. Pflichten gemäß § 4 Stromsteuer-Durchführungsverordnung

Für den Versorger, der Strom leistet, ergeben sich schließlich weitere Pflichten aus § 4 StromStV. Dazu zählen insbesondere Aufbewahrungspflichten, Aufzeichnungspflichten und Mitteilungspflichten. So muss der Versorger beispielsweise gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 StromStV ein Belegheft und nach § 4 Abs. 2 Satz 1 StromStV Aufzeichnungen führen, aus denen sich u.a. der geleistete, durch Letztverbraucher im Steuergebiet entnommene Strom ergibt.

Der Versorger ist darüber hinaus seit dem 01.01.2018 gemäß § 4 Abs. 7 StromStV verpflichtet, in seinen Rechnungen über den an gewerbliche Letztverbraucher mit einem Stromverbrauch von mehr als 10 Megawattstunden pro Jahr geleisteten Strom die jeweiligen Steuerbegünstigungen nach § 9 StromStG gesondert auszuweisen. Diese Ausweisung hat deutlich

sichtbar und in gut lesbarer Schrift zu erfolgen. Dabei sind die Strommengen in Kilowattstunden getrennt nach den jeweiligen Steuerbegünstigungen aufzuführen. Der Verstoß gegen diese Ausweisungspflicht stellt gemäß § 20 Nr. 4a StromStV eine Ordnungswidrigkeit dar.

Schließlich ist nunmehr in § 17a Abs. 4a StromStV vorgeschrieben, dass der Versorger die im Rahmen von § 9a StromStG für bestimmte Prozesse und Verfahren („dual use“) entlastungsfähigen Energiemengen zu messen hat.

IV. Rechtspflichten gemäß

Marktstammdatenregisterverordnung

Schließlich ergeben sich für Kommunen im Zusammenhang mit der Stromlieferung an Dritte Pflichten aus der Verordnung über das zentrale elektronische Verzeichnis energiewirtschaftlicher Daten (Marktstammdatenregisterverordnung - MaStRV).⁴⁰

Das Marktstammdatenregister ist ein elektronisches Verzeichnis mit energiewirtschaftlichen Daten, das gemäß § 111e Abs. 1 Satz 1 EnWG von der BNetzA errichtet und betrieben wird. Das Marktstammdatenregister soll nach § 111e Abs. 1 Satz 2 EnWG dazu dienen, die Verfügbarkeit und Qualität der energiewirtschaftlichen Daten zur Unterstützung des Zwecks und der Ziele nach § 1 EnWG für die im Energieversorgungssystem handelnden Personen sowie für die zuständigen Behörden zur Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben zu verbessern, den Aufwand zur Erfüllung energierechtlicher Meldepflichten zu verringern und die Transformation des Energieversorgungssystems gegenüber der Öffentlichkeit transparent darzustellen. Die vom Marktstammdatenregister umfassten Daten werden im Einzelnen in § 111e Abs. 2 EnWG genannt.

Die Marktstammdatenregisterverordnung wiederum dient der Ausgestaltung des Marktstammdatenregisters. So müssen sich Stromlieferanten gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 MaStRV innerhalb eines Monats nach dem erstmaligen Tätigwerden im Marktstammdatenregister registrieren. Stromlieferant ist dabei gemäß § 2 Nr. 12 MaStRV jede natürliche oder juristische Person, die Strom an andere liefert. Von dem Begriff des Stromlieferanten dürften sowohl natürliche als auch juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts sowie nicht rechtsfähige Einheiten, wie z.B. ein öffentlich-rechtlich geregelter Eigenbetrieb, umfasst sein. Darüber hinaus muss der Stromlieferant gemäß § 7 Abs. 1 MaStRV Änderungen der im Marktstammdatenregister eingetragenen Daten oder der Stromerzeugungseinheit innerhalb eines Monats nach ihrem Eintritt im Marktstammdatenregister registrieren.

Schließlich muss gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1

MaStRV für die Registrierungen im Marktstammdatenregister grundsätzlich die elektronische Plattform genutzt werden, die die BNetzA im Internet bereitstellt.

Nimmt der Stromlieferant vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 3 Abs. 1 MaStRV oder § 7 Abs. 1 MaStRV eine Registrierung nicht, nicht richtig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig vor, handelt er gemäß § 21 Nr. 1 MaStRV ordnungswidrig. Dies kann gemäß § 95 Abs. 2 EnWG mit einer Geldbuße geahndet werden.

Abschließend ist allerdings anzumerken, dass sich der Start des Marktstammdatenregisters, der ursprünglich für den 01.07.2017 geplant war, bereits mehrfach verschoben hat. Die BNetzA, hat nunmehr in einem Informationsschreiben⁴¹ mitgeteilt, dass das Webportal für das Marktstammdatenregister zum 04.12.2018 in Betrieb gehen soll. Bis dahin ist eine Registrierung zumindest für Stromlieferanten noch nicht möglich. Dementsprechend werden keine Bußgeldverfahren für Verzögerungen eingeleitet, die sich aus der verspäteten Verfügbarkeit des Webportals ergeben.⁴²

IV. Zusammenfassung

Dieser Beitrag soll lediglich als erster Überblick über die energiewirtschaftsrechtlichen Pflichten einer Kommune, die Strom an Dritte liefert, dienen. Es zeigt sich, dass diese Pflichten, die sich insbesondere aus dem EnWG, dem EEG 2017, dem StromStG und der MaStRV ergeben, vielfältiger Natur sind. Es ist dringend anzuraten, sich frühzeitig damit auseinanderzusetzen. Andernfalls drohen unter Umständen Bußgelder und teilweise sogar der Verlust von gesetzlichen Ansprüchen.

³⁸ Stromsteuer-Durchführungsverordnung vom 31. Mai 2000 (BGBl. I S. 794), die zuletzt durch Artikel 4 der Verordnung vom 2. Januar 2018 (BGBl. I S. 84) geändert worden ist

³⁹ vgl. dazu Reuter, *Versorgungswirtschaft* 2018, 80 (VV-DokNr. 18002123)

⁴⁰ Marktstammdatenregisterverordnung vom 10. April 2017 (BGBl. I S. 842), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2532) geändert worden ist

⁴¹ https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/DatenaustauschUndMonitoring/MaStR/Netzbetreiber/InfoschreibenAnlagenbetreiber2017neu.pdf?__blob=publicationFile&v=3; abgerufen am 27.05.2018

⁴² Information der BNetzA, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/DatenaustauschUndMonitoring/MaStR/MaStR_node.html; abgerufen am 27.05.2018

Kommunale Verpackungsteuer als Mittel zur Abfallvermeidung

RA Dr. Fiete Kalscheuer*

I. Einleitung

Allein in Deutschland werden jedes Jahr ca. 2,8 Milliarden „Coffee to go“-Einwegbecher verbraucht.¹ Dies sind stündlich 320.000 Einwegbecher.² Hinzu kommt, dass noch im Jahre 2015 ca. 5,7 Milliarden Plastiktüten in Deutschland in den Verkehr gebracht wurden.³ Die Probleme, die dadurch entstehen, liegen auf der Hand. Zum einen kommt es zu „wildem Müll“, d.h. die „Coffee to go“-Einwegbecher und Plastiktüten werden häufig nicht sachgerecht entsorgt, sondern landen letztlich auf der Straße. Überdies bestehen nicht nur Plastiktüten aus Kunststoff, sondern auch die „Coffee to go“-Einwegbecher sind üblicherweise von innen mit dem Kunststoff Polyethylen beschichtet.⁴ Dies aber führt dazu, dass die Becher in der Natur nur langsam abgebaut werden. Die übrig bleibenden Kunststoffteilchen zerfallen in Mikroplastik und gelangen in den Boden, das Wasser und in die Nahrungskette.⁵ Einsichtig ist, dass es durch die „Coffee to go“-Einwegbecher und die Plastiktüten außerdem zu einem erheblichen Ressourcenverbrauch kommt. Allein für die jährlich anfallenden „Coffee to go“-Einwegbecher werden 43.000 Bäume für das Papier und rund 1,5 Milliarden Liter Wasser benötigt.⁶ Überdies kommen für die Herstellung der Polyethylen-Beschichtungen der Kaffeebecher sowie der Polystyrol-Deckel ca. 22.000 Tonnen Rohöl im Jahr zusammen.⁷ Da die „Coffee to go“-Einwegbecher von innen mit Kunststoff beschichtet sind, lassen sich diese üblicherweise auch nicht recyceln⁸ und es entstehen zudem erhebliche CO₂-Emissionen: allein für die „Coffee to go“-Becher rund 83.0000 Tonnen jährlich.⁹

In Deutschland versucht man anhand verschiedener Lösungsansätze diese Problematik zu bewältigen. In Erprobung ist etwa ein privates Mehrweg-Pfandsystem des Unternehmens „RECUP“¹⁰, das vielfach vom Staat gefördert wird. Danach bekommt der Käufer bei einem Kaffee zum Mitnehmen einen Becher aus recyceltem Kunststoff und zahlt dafür einen Euro Pfand. Den Kaffeebecher kann der Käufer sodann in allen Cafés und Geschäften abgeben, die an der Aktion „RECUP“ teilnehmen.¹¹ Das private Pfandsystem des Unternehmens „RECUP“ wurde etwa in Oldenburg, aber auch in Berlin und anderen Städten eingeführt.¹² Als Lösungsansatz kommt auch ein öffentliches Pfandsystem in Betracht, wie etwa in Freiburg. Dort wird in 16 Cafés

und Backshops der Mehrwegbecher „FreiburgCup“ angeboten. Das Freiburger Modell entspricht dabei im Ergebnis dem privaten Modell von „RECUP“: Kaffeetrinker zahlen einen Euro Pfand für den „FreiburgCup“ und können diesen anschließend in den teilnehmenden Cafés und Geschäften wieder abgeben.¹³ In München wurde im Jahre 2017 überdies eine große Aufklärungskampagne zu den Umweltproblemen, die durch „Coffee to go“-Becher entstehen, durchgeführt.¹⁴ Im Hinblick auf Plastiktüten ist zudem bereits im Juli 2016 eine „Vereinbarung zur Verringerung des Verbrauchs von Kunststofftragetaschen“ zwischen dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit und dem Handelsverband Deutschland (HDE) in Kraft getreten.¹⁵ Danach verpflichtet sich der Handel, „ein angemessenes Entgelt für Kunststofftüten“ vom Kunden zu verlangen.¹⁶ Diese Vereinbarung hat bereits zu einer Reduzierung an Plastiktüten um 2 Milliarden geführt, d.h. um eine Reduzierung von rund 30 Prozent im Vergleich zum Jahre 2015.¹⁷

Dieser Aufsatz behandelt einen weiteren Ansatz, der dazu dienen soll, den Verbrauch von Plastiktüten und „Coffee to go“-Einwegbechern zu verringern: die kommunale Verpackungsteuer. Eine Plastiktütensteuer wurde etwa im Jahre 2002 in Irland eingeführt.¹⁸ Irland erhebt eine Plastiktütensteuer von nunmehr 0,22 € pro Stück.¹⁹ Die Plastiktütensteuer hat in Irland innerhalb von nur fünf Monaten zu einer Reduzierung des Verbrauchs von Plastiktüten um 90 % geführt: Anstelle eines Pro-Kopf-Verbrauchs von 328 Tüten im Jahr werden in Irland nur noch 21 Tüten pro Jahr verbraucht.²⁰ Auch die Berliner SPD schlägt vor, eine Steuer von 0,10 € bis 0,20 € pro Einweg-Kaffeebecher zu erheben.²¹ Es wird vermutet, dass bei einer derartigen Verpackungsteuer der jährliche Steuerzufluss für Berlin zwischen 28 Millionen und 56 Millionen liegen würde.²² Bei der Verpackungsteuer würde es sich mit anderen Worten um einen Lösungsansatz handeln, der das Gute (die Abfallvermeidung) mit dem Nützlichen (dem Steuerzufluss) verbinden könnte.

Im Folgenden soll hierzu zunächst die Geschichte der kommunalen Verpackungssteuer in Deutschland vorgestellt werden (II.). Sodann soll dargestellt werden, dass diesbezüglich die Gesetzgebungskompetenz bei den einzelnen Ländern liegt, die diese Kompetenz wiederum an die Gemeinden und Städte weitergeleitet

haben (III.). Im Weiteren wird ausgeführt, dass eine Verpackungssteuer nicht gegen die Grundsätze des bundesrechtlichen Abfallrechts verstößt (IV.) und zudem mit Europarecht vereinbar ist (V.). Der Aufsatz endet mit einer Zusammenfassung (VI.).

II. Geschichte der kommunalen Verpackungssteuer in Deutschland

Die Geschichte der kommunalen Verpackungssteuer in Deutschland ist schnell erzählt: Bis Mitte 1997 hatten in ganz Deutschland ca. 50 Städte und Gemeinden eine kommunale Verpackungssteuer eingeführt.²³ Überdies führte der Druck der Möglichkeit einer Verpackungssteuer dazu, dass es zu vielen Kooperationen mit Gewerbebetrieben (insbesondere Schnellimbiss-Restaurants) kam, die dem Ziel dienten, den Einwegabfall durch freiwillige

* Der Autor ist Rechtsanwalt der Kanzlei Brock Müller Ziegenbein Rechtsanwälte Partnerschaft mbB in Kiel.

¹ Siehe dazu Klinger/Krebs, ZUR 2015, 664 m.w.N.

² Ausführlich dazu Deutsche Umwelthilfe e.V. „Coffee to go-Einwegbecher – Umweltauswirkungen und Alternativen. Hintergrundpapier der Deutschen Umwelthilfe“, Stand: 01.09.2015, S. 3.

³ Klinger/Krebs (o. Fußn. 1), S. 664 m.w.N.

⁴ Siehe dazu Deutsche Umwelthilfe e.V. (o. Fußn. 2), S. 7.

⁵ Zum Problem des Mikroplastiks siehe auch den „Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V.“ (BUND) unter www.bund.net/meere/mikroplastik/.

⁶ Siehe dazu den Norddeutschen Rundfunk (NDR) unter www.ndr.de/ratgeber/Coffee-to-go-Becher-Muell-im-Sekundentakt,zerowaste134.html.

⁷ Deutsche Umwelthilfe e.V. (o. Fußn. 2), S. 7.

⁸ Norddeutscher Rundfunk (o. Fußn. 6).

⁹ Deutsche Umwelthilfe e.V. (o. Fußn. 2), S. 7.

¹⁰ www.recup.de.

¹¹ Siehe dazu Gerhard/Schughart unter www.zeit.de/wissen/umwelt/2017-08/kaffeebecher-pfand-nachhaltigkeit-umweltschutz.

¹² Gerhard/Schughart (o. Fußn. 11).

¹³ Siehe dazu www.freiburgcup.de.

¹⁴ Siehe dazu www.muenchen.de/aktuell/2017-10/kampagne-abfallvermeidung-einweg-kaffeebecher.html.

¹⁵ www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Abfallwirtschaft/vereinbarung_tragetaschen_bf.pdf

¹⁶ Ebenda.

¹⁷ Siehe dazu Dierig unter www.welt.de/wirtschaft/article165603712/Die-unangenehme-Kehrseite-des-Plastiktueten-Banns.html.

¹⁸ Conradi unter www.sueddeutsche.de/wirtschaft/eu-gegen-plastiktaschen-kommt-in-die-tuete-1.2225852.

¹⁹ Ebenda.

²⁰ Siehe dazu Klinger/Krebs (o. Fußn. 1), S. 664.

²¹ Loy unter www.tagesspiegel.de/berlin/verpackungsmuell-in-berlin-umweltpolitiker-schlagensteuer-auf-kaffeebecher-vor/11828694.html.

²² Ebenda.

²³ Arnsberg, Bonn, Brühl (bei Köln), Chemnitz, Coesfeld, Delmenhorst, Detmold, Dormagen, Dresden, Dülmen, Eckernförde, Erkrath, Frankfurt/Main, Gießen, Greven, Gummersbach, Hagen, Hannover, Heidelberg, Herford, Karlsruhe, Kassel, Kiel, Leipzig, Lemgo, Löhne, Lübeck, Marburg, Mülheim/Ruhr, Münster, Neuwed, Nordhausen, Bad Oeynhausen, Bad Oldesloe, Kreis Ostholstein, Osnabrück, Ralsdorf, Rendsburg, Riesa/Sachsen, Saarbrücken, Bad Salzungen, Soest, Bad Vilbel, Wadgassen, Wesel, Wuppertal.

Regelungen zu verringern.²⁴ Die Gesetze der Verpackungsteuer endete jedoch abrupt mit dem Urteil des BVerfG vom 7.5.1998, wonach eine kommunale Verpackungsteuer verfassungswidrig sei.²⁵ Gegenstand der Entscheidung des BVerfG war eine Satzung der Stadt Kassel, mit der auf nicht wiederverwendbare Verpackungen für Speisen und Getränke (Einwegdosen, -flaschen, -becher und sonstige Einwegbehälter, Einweggeschirr und Einwegbesteck) eine kommunale Steuer erhoben wurde. Voraussetzung war, dass Speisen und Getränke im Zusammenhang mit diesen Gegenständen zum Verzehr an Ort und Stelle verkauft wurden. Je Einweg-Gegenstand ging es um einen Betrag zwischen 0,10 DM und 0,50 DM. Solche kommunalen Steuern wurden vom VGH Kassel²⁶, vom OVG Schleswig²⁷ und vom BVerwG²⁸ zuvor als rechtmäßig bestätigt.

III. Gesetzgebungskompetenz der Länder

Nach Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung über die örtlichen Verbrauchs- und Aufwandsteuern, solange und soweit sie nicht bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig sind.

1. Einordnung als Verpackungsteuer

Verbrauchssteuern sind Warensteuern, durch die der Verbrauch vertretbarer, in der Regel zur kurzfristigen Verwendung bestimmter Güter besteuert wird.²⁹ Regelmäßig sind sie dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht direkt beim Verbraucher, sondern bei dem Vertreiber der Waren ansetzen, aber vom Steuerschuldner über den Preis auf den Endverbraucher abgewälzt werden.³⁰ Dadurch belasten sie indirekt den Verbrauch.³¹ Örtlich ist dabei die Verbrauchsteuer,

„wenn [die Steuern] an örtliche Gegebenheiten, vor allem an die Belegenheit einer Sache oder an einen Vorgang im Gebiet der steuererhebenden Gemeinde anknüpfen und wegen der Begrenzung ihrer unmittelbaren Wirkungen auf das Gemeindegebiet nicht zu einem die Wirtschaftseinheit berührenden Steuereffekte führen können“.³²

Beides ist bei einer kommunalen Verpackungsteuer der Fall. Bei einer kommunalen Verpackungssteuer auf „Coffee to go“-Becher handelt es sich um eine Verbrauchsteuer, da die Einwegbecher nach dem Austrinken des Kaffees regelmäßig nutz- und wertlos werden.³³ Entsprechendes gilt für Plastiktüten. Diese sind ebenfalls ein verbrauchsfähiges Gut; sie werden häufig bereits nach einmaligem Gebrauch, jedenfalls aber nach mehrmaligem Gebrauch, „verbraucht“, da die Plastiktüten von den Kunden nach ihrer Nutzung entsorgt werden.

Zudem knüpft die kommunale Verpackungssteuer auf „Coffee to go“-Becher und Plastiktüten an örtliche Gegebenheiten an: Die Einwegbecher werden in der Regel an Ort und Stelle verbraucht und auch die Plastiktüten werden regelmäßig im Gemeinde- oder Stadtgebiet verbraucht, da die Kunden die Tüten typischerweise für den Transport der örtlichen Einkäufe vom Geschäft zum Wohnsitz verwenden. Die Voraussetzungen einer örtlichen Verbrauchsteuer liegen damit vor.³⁴

2. Kein Verstoß gegen das Gleichartigkeitsverbot

Im Weiteren verstößt die kommunale Verpackungssteuer auch nicht gegen das Gleichartigkeitsverbot im Sinne von Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG.

Das Ziel des Gleichartigkeitsverbots ist, dass eine Doppelbelastung einer Steuerquelle verhindert werden soll. Wenn überhaupt, könnte eine kommunale Verpackungssteuer der bundesrechtlichen Umsatzsteuer gleichartig sein. Während allerdings die Umsatzsteuer eine Verkehrssteuer darstellt, handelt es sich bei der Verpackungssteuer – wie oben dargelegt – um eine Verbrauchsteuer. Eine Verkehrssteuer besteuert Akte oder Vorgänge des Rechtsverkehrs. Da sie wirtschaftlich ebenfalls die Verwendung von Einkommen und Vermögen erfassen, haben sie eine ähnliche Wirkung wie Verbrauchs- und Aufwandsteuern. Typischerweise herrschen aber bei Verkehrssteuern wertbezogene Steuermaßstäbe vor, während Verbrauchsteuern regelmäßig durch mengenbezogene Bemessungsmaßstäbe gekennzeichnet sind.³⁵ Es liegt daher nach der Rechtsprechung jedenfalls keine Gleichartigkeit zwischen (kommunaler) Verpackungssteuer und Umsatzsteuer vor, wenn die Verpackungssteuer sich – anders als die Umsatzsteuer – nicht am Wert orientiert, sondern an der Stückzahl.³⁶ Gegen die Gleichartigkeit von Verpackungssteuer und Umsatzsteuer spricht zudem, dass die Umsatzsteuer auf die Kaufkraft des Verbrauchers zielt, die Verpackungssteuer hingegen auf die Umweltbelastung:

„Die Umsatzsteuer erfasst die beim Konsumenten vermutete Belastbarkeit, die Verpackungssteuer den vermeidbaren, umweltschädlichen Verbrauch. Verpackungssteuer und Umsatzsteuer haben deshalb einen je verschiedenen Belastungsgrund.“³⁷

3. Keine zusätzliche Gesetzgebungskompetenz erforderlich

Das BVerfG führt in dem genannten Urteil vom 7.5.1998 zu Recht aus, dass die Verpackungssteuer als Verbrauchsteuer mit Lenkungscharakter ausschließlich auf Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG gestützt werden könne.³⁸ Man benötige dafür keine weitere Gesetzgebungskompetenz. Voraus-

setzung ist allerdings, dass die Verpackungssteuer nicht in eine

„reine Verwaltungsfunktion mit Verbotscharakter umschlägt und – unter Missbrauch der Form – in Wahrheit ausschließlich die entsprechende Sachregelung und nicht mehr die Einnahmeerzielung bezweckt; dies wäre der Fall, wenn der Steuer regelmäßig erdrosselnde Wirkung zukäme oder wenn das Steuergesetz in seiner konkreten Ausgestaltung – auch unterhalb des Umschlags ‚in eine reine Verwaltungsfunktion mit Verbotscharakter‘ [...] – einem unmittelbaren, gezielten sachlichen (hier abfallrechtlichen) Gebot oder Verbot nach Gewicht und Auswirkung gleichkäme, d.h. die Befolgung des außerfiskalischen Zwecks unausweichlich wäre.“³⁹

Eine kommunale Verpackungssteuer lässt sich nach wie vor derart gestalten, dass ihr keine erdrosselnde Wirkung und keine reine Verwaltungsfunktion mit Verbotscharakter zukommt. Aus diesem Grund ist für eine kommunale Verpackungssteuer noch immer keine zusätzliche Gesetzgebungskompetenz neben Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG erforderlich.

4. Weiterleitung der Gesetzgebungskompetenz an die Gemeinden und Städte

Länder haben die Möglichkeit, die Gesetzgebungskompetenz für örtliche Verbrauchs- und Aufwandsteuern auf die Gemeinden und Städte zu übertragen. Davon haben die einzelnen Bundesländer in weitem Umfang Gebrauch gemacht. § 3

²⁴ Siehe dazu StGB NRW-Pressemitteilung 14/1998 unter www.kommunen-in-nrw.de/presse/pressemitteilungen/detail/dokument/verpackungssteuer-dient-der-muellervermeidung.html?cHash=14445ddc19fba757fab894c276fc2aaf.

²⁵ BVerfG, Urteil vom 7.5.1998 - 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95 -, juris, BVerfGE 98, 106 ff.

²⁶ VGH Kassel, Urteil vom 29.6.1995 - 29.06.1995 - 5 N 378/95 -, juris.

²⁷ OVG Schleswig, Beschluss vom 27.6.1995 - 2 M 21/95 -, juris; Beschluss vom 05.03.1997 - 2 M 9/96 -, juris.

²⁸ BVerwG, Urteil vom 19.8.1994 - 8 N 1.93 -, juris; Beschluss vom 14. Juni 1996 - 8 NB 5.95 -, juris. BVerwG, Urteil vom 19.8.1994 - 8 N 1.93 -, juris Rn. 14.

³⁰ Ebenda, Rn. 14.

³¹ Ebenda, Rn. 14.

³² BVerfG, Beschluss vom 23.07.1963 - 2 BvL 1/61 -, juris LS.

³³ BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 73.

³⁴ Siehe dazu auch Kalscheuer/Harding, NordÖR 2017, 113 f.

³⁵ Siehe dazu BVerwG, Beschluss vom 19.08.1994 8 N 1/93, juris Rn. 14 m.w.N.

³⁶ BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 76.

³⁷ BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 76.

³⁸ BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 37.

³⁹ VGH Kassel (o. Fußn. 26), Rn. 59; vgl. BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 37.

Abs. 1 Satz 1 des Kommunalen Abgabengesetzes von Schleswig-Holstein (KAG) lautet etwa wie folgt:

„Die Gemeinden und Kreise können vorbehaltlich der Absätze 2 bis 6 örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern erheben, soweit sie nicht dem Land vorbehalten sind.“

Da – wie oben dargelegt – eine Verpackungsteuer eine Verbrauchsteuer ist und es keine Sonderregelung hierzu in § 3 Abs. 2 – 6 KAG gibt, haben somit in Schleswig-Holstein – aber auch in anderen Bundesländern – die Gemeinden und Städte die (von den Ländern) weitergeleitete Gesetzgebungskompetenz für eine kommunale Verpackungsteuer.

IV. Kein Verstoß gegen die Grundsätze des Abfallrechts

Das BVerfG kommt im Urteil vom 7.5.1998 indes zu dem Ergebnis, dass eine kommunale Verpackungssteuer gegen die Grundsätze des Abfallrechts verstoßen würde. Diese Rechtsprechung des BVerfG soll im Weiteren näher erörtert werden. Letztlich gründet die Rechtsprechung des BVerfG⁴⁰ auf einem Fünfschritt:

1. Das damals geltende Abfallrecht sei nicht auf Zwangsmaßnahmen ausgelegt, sondern auf „kooperatives Verhalten“.⁴¹
2. Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung sei als Verfassungsprinzip zu beachten.
3. Aus dem abfallrechtlichen Kooperationsgebot folge die Rechtspflicht für den Gesetzgeber, einseitige Regelungen, wie z.B. eine Lenkungssteuer, zu unterlassen.
4. Die Verpackungssteuer sei eine Lenkungssteuer, da sie „wie ein Zwangsgeld für die Nichtbefolgung des Umweltprogramms“⁴² wirke.
5. Schlussfolgerung: Die Verpackungssteuer sei verfassungswidrig, da sie gegen die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung verstoße.

An dieser Rechtsprechung lassen sich verschiedene Schritte kritisieren. Zum einen könnte man den zweiten Schritt kritisieren, wonach die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ein Verfassungsprinzip sei.⁴³ Zudem könnte auch der dritte Schritt kritisiert werden, wonach das Kooperationsgebot im Widerspruch zu einer Lenkungssteuer stehe.⁴⁴ Vorliegend soll sich allerdings darauf konzentriert werden, dass es – anders als womöglich noch im Jahre 1998 – zumindest heute nicht mehr das alles überwältigende Prinzip des Kooperationsgebotes im Abfallrecht gibt. Zum Beleg dieser These soll kurz die jüngere Geschichte des Abfallrechts in Deutschland nachgezeichnet werden.⁴⁵

1. Abfallgesetz aus dem Jahre 1986

Wenn man sich zunächst das Abfallgesetz vom 27.8.1986 anschaut, dann fällt hierbei § 14 Abs. 2 Satz 1 des Abfallgesetzes auf:

„Die Bundesregierung legt zur Vermeidung oder Verringerung von Abfallmengen nach Anhörung der beteiligten Kreise binnen angemessener Frist zu erreichende Ziele für Vermeidung, Verringerung oder Verwertung von Abfällen aus bestimmten Erzeugnissen fest.

Soweit die Zielfestlegung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Abfallgesetz keinen Erfolg haben, kann nach § 14 Abs. 2 Satz 2 Abfallgesetz eine Verordnung erlassen werden“ (Hervorhebungen vom Verfasser).

Anhand dieser Regelungen, wonach zwingend die beteiligten Kreise anzuhören sind und erst bei fehlendem Erfolg der Zielfestlegungen eine Verordnung erlassen werden kann, lässt sich das Kooperationsgebot als Grundprinzip des Abfallrechts festmachen. Dies sieht auch das BVerfG so:

„Der Gesetzgeber verzichtete hier gänzlich auf ordnungsrechtliche Regelungen, um den kooperativen Gestaltungsraum nicht einzuengen. Die Ermächtigungen des § 14 Abs. 2 Satz 3 AbfG in der Hand des Verordnunggebers sollten Kooperationsbereitschaft und Akzeptanz fördern. Das Gesetz sah Wirtschaft und Handel insgesamt als verantwortliche Verursacher, von denen es eigene Konzepte zur Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen und deren Realisierung erwartete.“⁴⁶

2. Verpackungsverordnung aus dem Jahre 1991

Auch die noch immer geltende Verpackungsverordnung vom 12.6.1991 geht grundsätzlich vom Kooperationsgebot aus. Die Verpackungsverordnung ist das Ergebnis der kooperativen Beteiligung der betroffenen Kreise; sie fordert zudem ein weitergehendes Zusammenwirken, insbesondere auch unter Einbeziehung der Hersteller von Verpackungen.⁴⁷ Die Verpackungsverordnung enthält die erstmalige Verpflichtung der Wirtschaft, Verpackungen nach Gebrauch zurückzunehmen und bei deren Entsorgung mitzuwirken. Bis dahin waren ausschließlich die Gemeinden für die Abfallentsorgung zuständig.⁴⁸

3. Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz aus dem Jahre 1994

Eine gewisse Abkehr vom Kooperationsgebot ergibt sich sodann bereits aus dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (Krw-AbfG) aus dem Jahre 1994. Darin heißt es in § 4 Abs. 1 wie folgt:

„Abfälle sind

1. in erster Linie zu vermeiden, insbesondere durch die Verminderung ihrer Menge und Schädlichkeit,
2. in zweiter Linie
 - a) Stoffe zu verwerten oder
 - b) zur Gewinnung von Energie zu nutzen (energetische Verwertung)“ (Hervorhebungen vom Verfasser).

Anders als das BVerfG meint,⁴⁹ entfernt sich mit dieser Regelung das Krw-AbfG vom Kooperationsgebot als alles überwältigendes Prinzip des Abfallrechts. Es gilt nunmehr das oberste Gebot der Abfallvermeidung.⁵⁰ Bereits im Jahre 1994 war es danach gesetzgeberisch erwünscht, wenn – wie vom BVerfG 1998⁵¹ befürchtet – die Adressaten des Steuergesetzes die nicht-abgabepflichtigen Verhaltensweisen bevorzugen, anstatt andere Möglichkeiten des Umgangs mit Plastiktüten und „Coffee to go“-Einwegbechern (Recycling oder Rücknahme etwa) zu erwägen.

4. Kreislaufwirtschaftsgesetz aus dem Jahre 2012

Die Abkehr vom Kooperationsgebot wird noch deutlicher im Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) vom 24.2.2012. Der § 6 Abs. 1 KrWG präzisiert die Abfallhierarchie; er lautet wie folgt:

„Maßnahmen der Vermeidung und der Abfallbewirtschaftung stehen in folgender Rangfolge:

1. Vermeidung,
2. Vorbereitung zur Wiederverwendung,
3. Recycling,
4. sonstige Verwertung, insbesondere energetische Verwertung und Verfüllung,
5. Beseitigung.“

Nach § 33 a Abs. 1 KrWG erstellt der Bund zudem ein Abfallvermeidungsprogramm und nach § 33 Abs. 2 KrWG können die

⁴⁰ Siehe dazu BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 80 ff.

⁴¹ BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 62.

⁴² BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 66.

⁴³ So etwa Brüning, NVwZ 2002, 33.

⁴⁴ Schließlich erhöht der Druck der Möglichkeit einer Verpackungssteuer kooperatives Verhalten der Gewerbetreibenden.

⁴⁵ Siehe dazu die von Rechtsanwalt Remo Klinger erstellte „Rechtsgutachterliche Stellungnahme zur Zulässigkeit landesrechtlicher Regelungen zur Erhebung einer Sonderabgabe oder einer Verpackungssteuer auf die Abgabe von PET-Einkaufstragetaschen oder Einweggeschirr (wie Coffee-To-Go-Bechern)“ für die Deutsche Umwelthilfe e.V.

⁴⁶ BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 89.

⁴⁷ BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 92.

⁴⁸ Siehe dazu Klinger (o. Fußn. 45), S. 8 f.

⁴⁹ Siehe BVerfG (o. Fußn. 25), Rn. 93.

⁵⁰ So auch Klinger (o. Fußn. 45), S. 9.

⁵¹ BVerfG (o. Fußn. 25) Rn. 67.

Länder auch eigene Abfallvermeidungsprogramme erstellen. Beispiele für Abfallvermeidungsmaßnahmen nach § 33 KrWG sind sodann in Anlage 4 Nr. 3 a KrWG enthalten. Darin wird etwa ausgeführt, dass etwa

„wirtschaftliche Instrumente wie zum Beispiel Anreize für umweltfreundlichen Einkauf oder die Einführung eines vom Verbraucher zu zahlenden Aufpreises für einen Verpackungsartikel oder Verpackungsteil, der sonst unentgeltlich bereit gestellt werden würde“,

mögliche Abfallvermeidungsmaßnahmen darstellen.

Diese Regelungen bestätigen, dass das Kooperationsgebot jedenfalls seit 2012 nicht mehr das alles beherrschende Prinzip des Abfallrechts ist; vielmehr geht es vorrangig um Abfallvermeidung, wozu folgerichtig auch einseitige Regelungen wie kommunale Verpackungssteuern erlassen werden können und dürfen.⁵²

5. Abfallvermeidungsprogramme

Aus den Abfallvermeidungsprogrammen des Bundes und der Länder folgt nichts anderes. Mit den Abfallvermeidungsprogrammen nach § 33 KrWG ist ein Instrument eingeführt worden, das auf der Umsetzung der unionrechtlichen Richtlinie 2008/98/EG beruht. Es dient dazu, der Abfallvermeidung mehr Gewicht zukommen zu lassen.⁵³ In den Abfallvermeidungsprogrammen sollen Ziele festgelegt und die dazu notwendigen Maßnahmen bewertet werden.⁵⁴ Ungeachtet des Umstands, dass die Abfallvermeidungsprogramme letztlich nur eine unverbindliche Orientierungshilfe darstellen,⁵⁵ steht eine kommunale Verpackungssteuer mit den Abfallvermeidungsprogrammen des Bundes und der Länder in Einklang. Das Abfallvermeidungsprogramm des Bundes zieht etwa zum Erreichen des Ziels der Reduktion der Abfallmenge die Möglichkeit herein, Verbrauchsteuern zu erheben.⁵⁶ Das Abfallvermeidungsprogramm des Landes Schleswig-Holstein erwähnt darüber hinaus positiv die erfolgreiche Verteuerung von Pappbechern durch das Studentenwerk Schleswig-Holstein.⁵⁷ Auch in den Abfallvermeidungsprogrammen wird also nicht allein auf das Kooperationsgebot abgestellt, sondern ebenso auf Möglichkeiten, durch eine einseitige Regelung eine Abfallvermeidung zu bewirken.⁵⁸

V. Kein Verstoß gegen das Europarecht

Abschließend ist zudem festzustellen, dass eine kommunale Verpackungssteuer, die ohne spezifische Benachteiligung von EU-Ausländern erhoben wird, auch mit dem Unionsrecht vereinbar ist.⁵⁹ Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Anlage 4 Nr. 3 a KrWG, die Aufpreise für Verpackungsartikel für möglich erachtet, auf einer EU-Richtlinie gründet.⁶⁰

VI. Zusammenfassung

Auch wenn es nicht in Stein gemeißelt ist, dass dies die Gerichte ebenfalls so sehen werden, sprechen die besseren Gründe für die Rechtmäßigkeit einer kommunalen Verpackungssteuer: Sie ist eine gemäß Art. 105 Abs. 2a GG zulässige örtliche Verbrauchsteuer, die mit den bundesrechtlichen Grundsätzen des Abfallrechts in Einklang steht. Unionsrecht steht der Einführung einer kommunalen Verpackungssteuer ebenso nicht entgegen, wenn diese diskriminierungsfrei erhoben wird. Es wäre also an der Zeit, erneut den Versuch zu starten, eine kommunale Verpackungssteuer einzuführen.

⁵² So auch Klinger/Krebs (o. Fußn. 1), S. 667; Kalscheuer/Harding (o. Fußn. 34), S. 115.

⁵³ Landmann/Rohmer UmweltR/Beckmann KrWG, Stand: Juni 2012, § 33 Rn. 1.

⁵⁴ Vgl. Art. 29 AbfRRL (RL 2008/98/EG).

⁵⁵ Vgl. Landmann/Rohmer UmweltR/Beckmann KrWG, Stand: Juni 2012, § 33 Rn. 6.

⁵⁶ Abfallvermeidungsprogramm des Bundes, hrsg. vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Stand: Juli 2013), S. 20, S. 58.

⁵⁷ Abfallvermeidungsplan des Landes Schleswig-Holstein, Teilplan Siedlungsabfälle (2014-2023), S. 14f.

⁵⁸ Siehe dazu Kalscheuer/Harding (o. Fußn. 34), S. 115f.

⁵⁹ So auch Klinger/Krebs (o. Fußn. 1), S. 668; Kalscheuer/Harding (o. Fußn. 34), S. 116.

⁶⁰ Anhang IV Nr. 11 der Richtlinie 2008/98/EG vom 19.11.2008.

Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung – was ändert sich bei der Datenverarbeitung durch Kommunen?

Teil 2: Rechte der Betroffenen, organisatorische Vorgaben, Aufsichtsbehörden

Lukas Gundermann, LL.M. (Edinburgh), Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein

Im ersten Teil fanden sich Ausführungen zur Einordnung der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in dem Kontext des europäischen und deutschen Datenschutzrechts (S. Die Gemeinde SH 05/2018, S. 126 ff.). Außerdem wurden die Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen beleuchtet. In diesem zweiten Teil werden kurz die Rechte der Betroffenen vorgestellt und einige der organisatorischen Vorgaben genannt. Abschließend wird ein Blick auf die Befugnisse der Aufsichtsbehörden und die dagegen möglichen Rechtsmittel geworfen.

Im ersten Teil wurde schon erwähnt, dass der Rechtsanwender den Blick zwischen der DSGVO und dem nationalen Recht, welches die Öffnungsklauseln ausfüllt, hin und her wandern lassen muss. Für die Kommunen in Schleswig-Holstein finden sich die wichtigsten Vorschriften des nationalen Rechts im neuen Landesdatenschutzgesetz (LDSG), das zum Zeitpunkt der Abfassung des ersten Teils noch nicht verkündet worden war. Es kann nun verkündet werden, dass das Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 vom

2. Mai 2018 im Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein, Ausgabe 8/2018 vom 17. Mai 2018, S. 162, veröffentlicht wurde (uldsh.de/ldsg). Es trat mit der DSGVO zusammen am 25. Mai in Kraft. In Artikel 1 des Gesetzes findet sich das neue LDSG. Artikel 2 ist das Gesetz zur Errichtung eines Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz. In den insgesamt 41 Artikeln werden weitere Fachgesetze an die DSGVO angepasst. Im Folgenden sind alle zitierten Artikel solche der DSGVO, soweit nicht andere Rechtsquellen ausdrücklich genannt werden.

1. Rechte der Betroffenen

Die meisten der Betroffenenrechte sind im Grunde alte Bekannte; sie gab es schon in der Richtlinie 95/46/EG und den dazu erlassenen nationalen Vorschriften. Einige wenige Rechte sind neu hinzugekommen. Die Rechte der Betroffenen selbst ergeben sich aus der DSGVO direkt. Allerdings erlaubt eine Öffnungsklausel in Art. 23 dem nationalen Gesetzgeber, die Rechte für bestimmte Zwecke einzuschränken. Daher muss, wie schon erwähnt, auch hier der Blick des Rechtsanwenders zwischen den Art. 12 bis 22, die die Rechte

selbst enthalten, und den §§ 8 bis 11 LDSG mit den Einschränkungen hin und her schweifen.

Es kann hier nicht auf alle Rechte im Detail eingegangen werden. Von Bedeutung ist zunächst Art. 12, der selbst kein Recht enthält, sondern die Modalitäten bei der Ausübung der Rechte behandelt. Nach Abs. 1 der Vorschrift hat der Verantwortliche geeignete Maßnahmen zu treffen, um den Verpflichtungen in diesem Kapitel der DSGVO nachkommen zu können. Diese Maßnahmen sollten Bestandteile eines Datenschutz-Managementsystems sein, bei dem durch Zuweisung von Aufgaben und Festlegung von Verfahren im Voraus definiert wird, wie z.B. mit Auskunftersuchen der Betroffenen umgegangen wird. Art. 12 verlangt weiter, dass den Betroffenen alle Informationen „in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“ übermittelt werden. Diese Vorgabe steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den z.T. recht detailliert beschriebenen Pflichtinformationen nach Art. 13 und Art. 14, dazu sogleich. Es besteht keine Pflicht, die Informationen in einer anderen als der Landessprache des jeweiligen Mitgliedstaats zur Verfügung zu stellen.

Machen die Betroffenen ihre Rechte gegenüber dem Verantwortlichen geltend, so gilt neuerdings eine Frist von einem Monat, innerhalb der der Verantwortliche reagieren muss (Art. 12 Abs. 3). Bei Komplexität der Angelegenheit oder bei einer großen Zahl von Anträgen kann der Verantwortliche dem Betroffenen mitteilen, dass er die Frist auf weitere zwei Monate verlängern möchte.

Alle Informationen und Mitteilungen im Kontext der Ausübung der Rechte der Betroffenen werden unentgeltlich zu Verfügung gestellt. Nur bei offenkundig unbegründeten oder exzessiven Anträgen kann der Verantwortliche doch ein Entgelt verlangen oder den Antrag ignorieren. Die Beweislast liegt aber beim Verantwortlichen, d.h. Exzessivität oder offenkundige Unbegründetheit sind zu dokumentieren. An verschiedenen Stellen in Art. 12 wird deutlich, dass der Verantwortliche die Pflicht hat, die Identität des Antragstellers zu prüfen, bevor er dem Antrag nachkommt. Das ist in der Praxis vor allem bei der Wahrnehmung des Auskunftsrechts von Bedeutung. Hier genügt es keinesfalls, dass die Anfrage per E-Mail mit einer namentlich passenden E-Mail-Adresse gesendet wurde. In der Regel wird die Vorlage des Personalausweises oder eine Kopie desselben als ausreichender Nachweis der Identität angesehen werden können. Ausweiskopien sollten nicht gespeichert werden; vielmehr genügt ein Aktenvermerk mit dem Inhalt, dass die Ausweiskopie vorgelegen hat und die Identität geprüft wurde.

„Die Übermittlung der Informationen erfolgt schriftlich oder in anderer Form, gegebenenfalls auch elektronisch.“ (Art. 12 Abs. 1 Satz 2). Wegen der bekannten Vertraulichkeitsprobleme bei E-Mails kommt jedoch z.B. die Übersendung eines Auszugs aller gespeicherten Daten an den Betroffenen nur per verschlüsselte E-Mail in Betracht. Reine Verfahrensmittelungen, wie z.B. die Verlängerung der Bearbeitungsfrist, können auch durch einfache E-Mail versendet werden.

Das Recht, das derzeit wohl am meisten im Fokus steht, ist in der DSGVO als Pflicht des Verantwortlichen formuliert: die Pflicht zur Information des Betroffenen. Diese ergibt sich in zwei Ausprägungen: Art. 13 enthält die Pflicht zur Information im Falle der Erhebung beim Betroffenen, Art. 14 die Informationspflicht, wenn die Daten bei Dritten erhoben werden. Diese Informationspflichten waren schon in der Vorläufervorschrift, der Richtlinie 95/46/EG, enthalten und durch § 26 LDSG-alt in Landesrecht umgesetzt worden. Zwar erweitert die DSGVO den Katalog der Angaben, die dem Betroffenen zur Verfügung gestellt werden müssen. Gleichwohl überrascht die Aufregung, die jetzt durch die vermeintlich neuen Informationspflichten hervorgerufen wird.

Art. 13 wie auch Art. 14 teilen die Informationen, die den Betroffenen zu geben sind, jeweils zwischen Absatz 1 und Absatz 2 auf, wobei nach „Absatz 2 folgende weitere Informationen zur Verfügung (gestellt werden), die notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten“. Die Gelehrten rätseln noch, was das bedeuten soll. Denn unbestritten dienen die Angaben nach dem jeweiligen Absatz 1 auch der Transparenz. Für die praktische Umsetzung ist zu empfehlen, stets alle Angaben nach Absatz 1 und 2 zu machen, jedenfalls soweit einschlägig. Gibt es z.B. keine automatisierte Entscheidungsfindung, so entfällt natürlich die Information nach Art. 13 Abs. 2 Buchstabe f). Weiterhin fällt auf, dass es in Art. 13 Abs. 1 und in Art. 14 Abs. 1 heißt, der Verantwortliche „teilt mit“, während im jeweiligen Absatz 2 nur verlangt wird, dass der Verantwortliche die Informationen „zur Verfügung stellt“. Hierbei handelt es sich jedoch um einen Übersetzungsfehler. In der englischen und der französischen Sprachfassung wird jeweils in Absatz 1 und Absatz 2 derselbe Begriff verwendet (im Englischen: „to provide“, das dem „zur Verfügung stellen“ entspricht). Alle Informationen müssen also nur zur Verfügung gestellt werden.

Für die Praxis ist bedeutsam, wie dieses Zur-Verfügung-Stellen konkret aussehen muss. Dabei geht es vor allem in Art. 13 auch um das Wann. Der Wortlaut spricht vom „Zeitpunkt der Erhebung dieser Daten“. Die Datenschutz-Aufsichtsbehörden sind Befürchtungen entgegenge-

treten, dass nun z.B. schon im Vorwege telefonischer Kontaktaufnahme den Anrufern zunächst die Pflichtinformationen vorgelesen werden müssten. Das ULD gibt Hinweise zur Umsetzung in Heft 4 der Praxis-Reihe (abzurufen unter uldsh.de/dsgvo). So empfiehlt es sich bei der Gestaltung von Formularen, die Pflichtinformationen in diesen unterzubringen. Hier kann auch auf das bewährte Konzept der gestuften Datenschutzhinweise zurückgegriffen werden. Das Formular kann erste Informationen in der geforderten einfachen Sprache enthalten, für weitere, detailliertere Angaben aber z.B. auf die Homepage der Organisation verweisen. Nicht ausreichend wäre es, zwar Informationsblätter mit den Pflichtangaben vorzuhalten, diese aber erst auf Nachfrage herauszugeben. Denn der Verantwortliche hat die Pflicht, die Angaben zur Verfügung zu stellen. Dazu gehört, dass zumindest ein Hinweis auf diese Angaben dem Betroffenen „aufgedrängt“ wird, z.B. durch ein gut lesbares Hinweisschild auf dem Tresen des Bürgerbüros. Nur so werden die Informationen auch denjenigen zur Verfügung gestellt, die nicht wissen, wonach sie fragen sollen.

Werden die Daten nicht beim Betroffenen, sondern bei einem Dritten erhoben, so kommt die Informationspflicht nach Art. 14 zu Anwendung. Hier ist zusätzlich zu den Pflichtangaben nach Art. 13 auch die Information erforderlich, welche Kategorien von Daten verarbeitet werden und aus welcher Quelle die Daten stammen. Der Zeitpunkt der Information ist hier fallweise gestuft: die Information ist fällig spätestens einen Monat nach Erhebung. Kommt es zuvor zu einer Übermittlung, dann muss zum Zeitpunkt der Übermittlung der Betroffene informiert werden. Sollen die Daten vor Ablauf der Monatsfrist für eine Kommunikation mit dem Betroffenen verwendet werden (also z.B. zur Anhörung im Verwaltungsverfahren, § 87 LVwG), so muss die Pflichtinformation zusammen mit dieser Kommunikation erfolgen.

Bei Art. 13 und Art. 14 entfällt die Mitteilungspflicht, wenn und soweit der Betroffene schon über die Information verfügt. Dass dies der Fall ist, muss im Zweifel durch den Verantwortlichen nachgewiesen werden. Nach Art. 14 Abs. 5 Buchstaben b)-c) entfällt die Mitteilungspflicht außerdem, wenn sie unmöglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (z.B., wenn die Kommunikationsdaten nicht bekannt und nur sehr aufwendig zur ermitteln sind), wenn die Datenerhebung ausdrücklich gesetzlich geregelt ist oder wenn die Daten einem Berufsgeheimnis unterliegen. Gerade der Fall des Buchstaben c) (Erhebung bzw. Übermittlung ist durch Rechtsvorschrift vorgesehen, die geeignete Maßnahmen zum Schutz der berechtigten Interessen der betroffenen Person vorsieht) ist im öffentli-

chen Bereich die Regel. So handelt es sich z.B. beim Abrufen von Daten aus dem Melderegister um die Erhebung bei Dritten im Sinne von Art. 14. Sind diese Abrufe speziell im Gesetz geregelt, so entfällt die Informationspflicht. Ein Beispiel ist die Übermittlung von bestimmten Daten aus den Melderegistern an das Landesamt für soziale Dienste zur Erfüllung von dessen Aufgaben nach § 6 Landesmeldegesetz. Hier ist die Übermittlung von Daten für bestimmte Aufgaben vorgesehen. Daher muss das LASD keine Mitteilung nach Art. 14 machen. Zum Auskunftsrecht nach Art. 15 sei außer der oben angesprochenen Monatsfrist nur auf Folgendes hingewiesen: Inhalt des Rechts ist auch die Negativauskunft (es sind keine Daten über den Anfragenden gespeichert). Werden Daten über den Anfragenden gespeichert, so sind die Angaben nach Abs. 1 und 2 zu machen. Von besonderer Bedeutung ist freilich die Kopie der gespeicherten Daten nach Abs. 3, die den eigentlichen Wesenskern der Auskunft ausmachen. Dabei ist die erste Kopie kostenfrei, für alle weiteren kann ein angemessenes Entgelt verlangt werden. In Wahrnehmung der Öffnungsklausel in Art. 23 beschränkt das LDSG die Rechte aus Art. 13 bis 15 auch in anderen Fällen, z.B. für den Fall, dass die „Erteilung der Information die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährden oder sonst dem Wohl des Bundes oder eines Landes schwere Nachteile bereiten würde und die Interessen des Verantwortlichen an der Nichterteilung der Information die Interessen der betroffenen Person überwiegen“ oder dass „die personenbezogenen Daten oder die Tatsache ihrer Verarbeitung nach einer Rechtsvorschrift oder wegen der Rechte und Freiheiten anderer Personen geheim zu halten sind“. Hieraus, sowie aus Art. 15 Abs. 4 ergibt sich, dass bei der Gewährung der Auskunft in der Regel die Daten Dritter, die mit den Daten des Antragstellers verbunden sind, zu schwärzen oder in anderer Weise unkenntlich zu machen sind. Dies betrifft insbesondere die Daten von Behördeninformanten, wie das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung urteilt (BVerwG, Urteil vom 04.09.2003, 5 C 48/02). Das dem Namen nach neue „Recht auf Vergessenwerden“ (Art. 17) entspricht dem bisherigen Recht auf Löschung, wenn die Daten nicht länger benötigt werden. Neu dabei ist die Pflicht des Verantwortlichen bei Daten, die er (im Internet) veröffentlicht hat, anlässlich der Löschung im eigenen System darauf hinzuwirken, dass diese Daten auch in Systemen anderer Verantwortlicher gelöscht werden und von Suchmaschinen nicht mehr angeboten werden. Wegen des offenen Wortlauts herrscht noch einige Unklarheit über den genauen Inhalt des Rechts nach Art. 17 Abs. 2.

Ein weiteres neues Betroffenenrecht ist das Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 20). Dieses ist jedoch beschränkt auf Verarbeitungen, die auf der Grundlage einer Einwilligung oder eines Vertrages stattfinden und dürfte daher im öffentlichen Bereich kaum relevant werden (außer freilich bei den Beschäftigtendaten).

2. Organisatorische Vorgaben

Im Kapitel IV der DSGVO findet sich sodann eine Reihe von organisatorischen Vorgaben, von denen einige im Folgenden beleuchtet werden sollen.

Art. 24 Abs. 1 verpflichtet den Verantwortlichen, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, um die Umsetzung der Vorgaben der DSGVO sicherzustellen und auch den Nachweis hierüber zu erbringen. Letztlich beinhaltet dies die Pflicht, ein Datenschutz-Managementsystem zu installieren, siehe oben zu Art. 12. Aus Art. 24 zusammen mit Art. 5 Abs. 2 ergibt sich auch die Pflicht zur Dokumentation der getroffenen Maßnahmen, dazu sogleich mehr.

Nach Art. 25 hat der Verantwortliche für „Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen“ zu sorgen. Namentlich der erste Aspekt, geregelt in Abs. 1 der Vorschrift und meist englisch als „Privacy by Design“ bezeichnet, kann im öffentlichen Bereich eine Rolle spielen, und zwar bei Beschaffungsentscheidungen. Dabei müssen Grundsätze wie der der Datenminimierung bereits bei Ausschreibungen in das Pflichtenheft aufgenommen werden. Bei vergleichbarer Preisgestaltung ist das datenschutzfreundlichere Produkt zu beschaffen.

Wegen der erheblichen praktischen Bedeutung sei auf Art. 30 hingewiesen, der die Verantwortlichen verpflichtet, ein Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten zu führen. Diese Pflicht trifft unabhängig vom Verantwortlichen nun auch den Auftragsverarbeiter. Es gilt nicht mehr nur für automatisierte Verfahren, sondern auch für Aktenbestände in Papierform. Anders als das frühere Verfahrensverzeichnis nach § 7 LDSG-alt gibt es keinen allgemeinen Anspruch auf Einsicht in das Verzeichnis unmittelbar aus den datenschutzrechtlichen Vorschriften. Allerdings wird meist ein Antrag nach dem Informationszugangsgesetz zu identischen Ergebnissen führen. Wie oben erwähnt bringt die DSGVO mit der Pflicht, die Einhaltung der Vorschriften nachweisen zu können, zusätzliche Dokumentationspflichten mit sich. Das ULD hat hierzu eine Hilfestellung veröffentlicht, die es ermöglichen soll, eine vollständige Dokumentation zu erstellen (uldsh.de/doku). Dabei sind mehr Angaben erforderlich als nach Art. 30 für das Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten gefordert. So kann die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nur nachgewiesen

werden, wenn auch die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung dokumentiert wird – eine Angabe, die in Art. 30 nicht genannt wird, aber in dem Muster des ULD enthalten ist. Bereits bisher bestand für öffentliche Stellen nach der Schleswig-Holsteinischen Datenschutzverordnung (DSVO) eine recht weitgehende Dokumentationspflicht. Stellen, die diese Vorgaben eingehalten haben, werden es leichter haben, den Dokumentationsanforderungen der DSGVO zu genügen. Die DSVO gilt als Landesverordnung bis Ende 2018; es ist zu erwarten, dass eine Nachfolge-Vorschrift auf der Ermächtigungsgrundlage in § 7 Abs. 2 LDSG-neu erlassen wird.

Art. 32 ist die zentrale Vorschrift zur Datensicherheit in der DSGVO. Allerdings sind die Anforderungen wenig konkret und fallen insoweit hinter die Regelungen in den §§ 5 und 6 LDSG-alt und in der Anlage zu § 9 BDSG-alt zurück. Die in der Vorschrift genannten Maßnahmen, die unter Berücksichtigung des Risikos und anderer Faktoren eingesetzt werden sollen, stellen eine Mischung aus konkreten Technologien, Schutzziele und Verfahren dar, die in jedem Fall weiter spezifiziert werden müssen. Erfreulich ist in diesem Zusammenhang, dass der Landesgesetzgeber das bewährte Konzept von Test und Freigabe (bisher § 7 Abs. 2 LDSG-alt) in § 7 Abs. 1 LDSG-neu übernommen hat. Wie schon erwähnt gilt das auch für die dazu erlassene Landesverordnung, die im Detail regelt, wie der Einsatz von Informationstechnik, die Sicherheitsmaßnahmen und das Vorgehen bei Test und Freigabe zu dokumentieren sind.

Nach Art. 37 Abs. 1 Buchstabe a) haben alle Behörden und öffentlichen Stellen die Pflicht, einen behördlichen Datenschutzbeauftragten (DSB) zu benennen. Aus welchem Grund die DSGVO hier von der in Richtlinie 95/46/EG eingeführten Begrifflichkeit abweicht, bleibt unklar. Jedenfalls hat der neue Begriff „benennen“ keine andere Bedeutung als der bisher in § 10 LDSG-alt verwendete Begriff „bestellen“.

Die Pflicht trifft alle Kommunen und die von ihnen gegründeten Zweckverbände. Eigenbetriebe und andere rechtlich selbstständige Einrichtungen zählen als Teil der Kommune. Ein von der Kommune bestellter DSB ist daher auch für den Eigenbetrieb etc. zuständig. Hat die Gemeinde ihre Aufgaben vollständig auf eine Amtsverwaltung übertragen, so ist die Gemeinde nicht mehr Verantwortlicher, wenn sie selbst keine personenbezogenen Daten mehr verarbeitet. Bleiben Teile der Aufgaben bei der amtsangehörigen Gemeinde oder hat die Gemeinde zwar alle Verwaltungsaufgaben übertragen, aber einen Eigenbetrieb eingerichtet, der personenbezogene Daten verarbeitet (z.B. der Kurbetrieb bei der Erhebung der Kurabgabe), so bleibt die Gemeinde

insoweit Verantwortlicher und unterliegt der Pflicht zur Bestellung eines DSB. Werden Aufgaben auf privatrechtlich konstituierte Träger (z.B. den Kommunen gehörende GmbHs) ausgelagert, so richtet sich die Bestellung eines DSB bei diesen Stellen nach dem Bundesdatenschutzgesetz. Die Benennung erfolgt mit einem formlosen Schreiben, das vom DSB gegengezeichnet werden sollte.

Für die Position kommen neben eigenem Personal auch externe DSB in Betracht. Die DSGVO sieht auch vor, dass öffentlichen Stellen einen gemeinsamen DSB benennen können. Soweit Kreise und kreisangehörige Kommunen dies vor haben, wird in der Regel ein Vorgehen nach § 19a GkZ gewählt. Bei der gemeinsamen Bestellung müssen Organisationsstruktur und Größe der beteiligten Stellen berücksichtigt werden (Art. 37 Abs. 3). In der Praxis bedeutet das vor allem, dass ein realistischer Personalschlüssel zugrunde gelegt wird. Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz hat im Hinblick auf die Bundesverwaltung die Einhaltung des Verhältnisses von 1000 Beschäftigten auf eine Vollzeitstelle eines DSB angemahnt. Vor diesem Hintergrund geht das ULD derzeit davon aus, dass auch bei Kommunen eine Obergrenze von 1000 Beschäftigten pro Vollzeitstelle eines DSB gilt. Tatsächlich ließe sich auch eine geringere Beschäftigtenzahl pro volle DSB-Stelle rechtfertigen. Denn die behördlichen DSB bei den Bundesministerien, für die die Vorgabe der Bundesbeauftragten gemacht wurde, betreuen Stellen mit einer homogenen Organisations- und IT-Struktur, die zudem relativ wenige Daten der Bürger verarbeiten. Das Gegenteil gilt für die Betreuung einer Vielzahl von Kommunen: Hier finden sich unterschiedliche Organisationsstrukturen und IT-Systeme und dazu eine große Zahl von Daten der Bürger. Konkret bedeutet die genannte Vorgabe z.B. Folgendes: Hat ein Kreis ca. 700 Mitarbeiter, so dürfen die von dem gemeinsam bestellten DSB betreuten Kommunen und Zweckverbände nicht mehr als 300 Mitarbeiter haben. Wird diese Anzahl überschritten, ist die Schaffung einer weiteren (ggfs. anteilmäßigen) Stelle erforderlich. Bei kleineren öffentlichen Stelle kann der DSB auch mit anderen Aufgaben betraut werden. Diese dürfen jedoch nicht zu einem Interessenkonflikt führen. Damit scheidet die Benennung von leitenden Mitarbeitern der öffentlichen Stelle oder auch der Leitung der IT-Abteilung aus.

Wichtig ist, dass der DSB die notwendige Fachkunde im Datenschutzrecht und in der Praxis besitzt oder sich diese zumindest in kurzer Zeit verschafft. Die DATENSCHUTZAKADEMIE SH bietet Fortbildungen an (siehe: uldsh.de/dsa).

Die Kontaktdaten der DSB sind zu veröffentlichen und der zuständigen Aufsichts-

behörde mitzuteilen. Das ULD stellt hierfür unter uldsh.de/dsb-meld ein Meldeportal zur Verfügung.

Der DSB muss als Stabstellenfunktion eingerichtet sein, die unmittelbar der Leitung der jeweiligen Stelle zugeordnet ist. Der DSB ist in der Ausübung seiner Funktion unabhängig, Anweisungen bezüglich der Ausübung der Aufgaben dürfen nicht erteilt werden. Den DSB müssen die notwendigen Ressourcen zur Verfügung gestellt werden. Dazu gehört, dass die öffentliche Stelle

- ein Einzelbüro zur Nutzung zur Verfügung stellt, um dem DSB die Wahrung der Vertraulichkeit bei der Ausübung der Aufgabe zu ermöglichen;
- eine eigene E-Mail-Adresse einrichtet, die im alleinigen Zugriff des DSB liegt;
- Fortbildungen ermöglicht und finanziert;
- die Teilnahme an Sitzungen mit anderen DSB ermöglicht und Reisekosten übernimmt.

Der DSB muss frühzeitig in alle mit dem Schutz personenbezogener Daten zusammenhängenden Fragen eingebunden werden. Konkret bedeutet dies, dass die Leitung der öffentlichen Stelle den DSB über jeden geplanten neuen Einsatz von IT-Verfahren oder über relevante Änderungen an bestehenden Verfahren informiert. Dies betrifft sowohl die Verarbeitung der personenbezogenen Daten von Bürgerinnen und Bürgern als auch die Verarbeitung von Beschäftigendaten. Die Betroffenen können sich in allen Fragen der Datenverarbeitung direkt an den DSB wenden. Der DSB ist zum Stillschweigen über die Sachverhalte verpflichtet, die ihm in dieser Eigenschaft bekannt werden.

Zu den Aufgaben des DSB gehören die Beratung der öffentlichen Stelle und die Schulung der Mitarbeiter sowie die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften über den Datenschutz. Für die Aufsichtsbehörde (dazu sogleich) dient er als Kontaktperson. Es ist wichtig zu betonen, dass der DSB keinesfalls selbst die Verantwortung für die Datenverarbeitung trägt. Diese verbleibt bei der Leitung der öffentlichen Stelle.

Aufsichtsbehörde

Art. 51 verpflichtet die Mitgliedstaaten, unabhängige Datenschutz-Aufsichtsbehörden zu installieren. In § 17 bestimmt das neue LDSG dazu, dass die oder der Landesbeauftragte für Datenschutz in Schleswig-Holstein die Aufsichtsbehörde nach Art. 51 ist. Dies stellt eine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage dar, wonach das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz (ULD) die Aufsichtsbehörde war. Ein substantieller Wandel ist damit jedoch nicht verbunden. Das im Jahr 2000 als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts konstituierte ULD

bleibt bestehen, wobei die Vorschriften über die Errichtung des ULD in ein separates „Gesetz zur Errichtung eines Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz“ (Errichtungsgesetz ULD) ausgelagert wurden. Das ULD ist jetzt sozusagen das Büro der Landesbeauftragten und diese dessen Leiterin. Verwaltungsakte werden von der Landesbeauftragten erlassen, während das ULD z.B. die Verträge mit seinen Mitarbeitern schließt und der Dienstherr seiner Beamten ist. Von Interesse ist hier vielleicht noch, dass die Dauer einer Amtszeit der Landesbeauftragten von fünf auf sechs Jahre und damit auf den Zeitraum von vor 2000 angehoben wurde. Erst vor nicht allzu langer Zeit hatte der Landtag in der sog. „Lex Weichert“ (GVBl. 2014, 105) auch beschlossen, die Sperre der mehr als einmaligen Wiederwahl der oder des Landesbeauftragten aufzuheben. Nun hat der Gesetzgeber seine Meinung wieder geändert und erlaubt erneut nur eine Wiederwahl des Amtsinhabers.

Die Aufgaben und Befugnisse der Datenschutz-Aufsichtsbehörden sind in Art. 57 und Art. 58 geregelt. Von Interesse sind hier vor allem die Untersuchungsbefugnisse nach Art. 58 Abs. 1 und die sog. Abhilfebefugnisse nach Art. 58 Abs. 2. Die Untersuchungsbefugnisse entsprechen im Wesentlichen den bisher in den §§ 39 bis 41 LDSG-alt geregelten Befugnissen. Dazu gehört, Auskunft verlangen zu können, Prüfungen durchzuführen und Zugang zu allen relevanten Daten zu erhalten. Ergänzend regelt § 18 LDSG-neu (wie bisher § 41 LDSG-alt), dass die öffentlichen Stellen die Landesbeauftragte und ihre Beschäftigten bei der Ausübung ihrer Aufgaben zu unterstützen haben. Insbesondere ist Auskunft zu erteilen sowie Zutritt zu Dienst- und Geschäftsräumen und Einsicht in Unterlagen und Daten zu gewähren.

Neu ist allerdings die Qualität der in Art. 58 Abs. 2 enthaltenen Abhilfebefugnisse. Bisher war die schärfste Waffe gegenüber öffentlichen Stellen die Beanstandung. Dies war der Qualität nach eine schriftliche Rüge, die keine direkten Wirkungen hatte und auch nicht vor Gericht angegriffen werden konnte (OVG Schleswig, Urteil vom 16.09.1991, 1 L 18/91). Nun stehen neben der Warnung (Hinweis auf zukünftig eintretende Rechtswidrigkeit) als aufsichtsbehördliche Mittel auch die Verwarnung, Anordnungen und sogar das Verbot der Datenverarbeitung zur Verfügung. Bei den beiden letzten handelt es sich um die Befugnis, entsprechende Verwaltungsakte gegenüber öffentlichen Stellen zu erlassen. Zwar hat die Verwarnung (wie die frühere Beanstandung) keinen Regelungsgehalt. Sie wird allerdings als feststellender Verwaltungsakt angesehen. Durch EU-Recht, das – wie im 1. Teil des Beitrags angedeutet wurde – keine Rück-

sicht auf Befindlichkeiten im mitgliedstaatlichen Verwaltungsrecht nimmt, ist also die ungewöhnliche Situation eingetreten, dass die Landesbeauftragte als eine Behörde des Landes gegenüber anderen Behörden Verwaltungsakte erlassen kann.

Nach Art. 78 hat jeder Adressat von aufsichtsbehördlichen Maßnahmen das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf. Während sich dies nach deutschem Verfassungsrecht für Privatrechtssubjekte schon aus Art. 19 Abs. 4 GG und für Kommunen im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG ergibt, eröffnet Art. 78 nun auch allen anderen Behörden und öffentlichen Stellen die Möglichkeit, Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde zu suchen. Ergänzend regelt § 20 BDSG dazu, dass ein Vorverfahren (mangels Devolutiveffekt) nicht stattfindet und dass die Verwaltungsgerichte für die Streitigkeit zuständig sind. Weiterhin ist geregelt, dass die Aufsichtsbehörde nicht die sofortige Vollziehung gegenüber einer Behörde anordnen darf. Ein größeres Problem bei der Durchsetzung der Verwaltungsakte der Aufsichtsbehörde ist allerdings, dass diese gegenüber öffentlichen Stellen nicht vollstreckbar sind. Dazu hätte es wegen § 234 LVwG einer Rechtsvorschrift bedurft, die den Vollzug gegen Träger der öffentlichen Verwaltung erlaubt. An einer solchen Norm fehlt es aber. Es bleibt abzuwarten, wie sich die

Durchsetzung der Aufsichtsbefugnisse gegenüber Kommunen und anderen öffentlichen Stellen unter der neuen Rechtslage in der Praxis gestaltet.

Im Grundsatz besteht nach Art. 83 für die Datenschutzaufsichtsbehörden auch die Möglichkeit, Bußgelder zu verhängen. Adressat der Geldbuße ist dabei der Verantwortliche als Organisation (also in der Regel als juristische Person). Vor allem die exorbitante Höhe möglicher Geldstrafen (bis zu 20 Millionen Euro oder 4% des weltweiten Jahresumsatzes) hat dazu beigetragen, dass die DSGVO ins Gespräch kam. Im Grundsatz können Bußgelder gegen alle Arten von Verantwortlichen verhängt werden. Allerdings findet sich in Art. 83 Abs. 7 eine Öffnungsklausel, die es Mitgliedstaaten erlaubt, Behörden und öffentliche Stellen von Bußgeldern auszunehmen. § 19 Abs. 1 LDSG-nu nimmt die Öffnungsklausel wahr und schließt Bußgelder gegen öffentliche Stellen in Schleswig-Holstein aus. Entsprechende Regelungen finden sich im BDSG und in allen neuen Landesdatenschutzgesetzen. Bisher fand sich in § 44 LDSG-alt noch die Befugnis, Bußgelder gegen Individuen wegen Verstößen gegen das Datenschutzrecht zu erlassen. Dies betraf vor allem Situationen, in denen Beschäftigte öffentlicher Stellen ihren Zugang zu Datenbeständen für private Zwecke nutzten. Eine solche Vorschrift fehlt im neuen LDSG; stattdessen gibt es dort eine Strafvorschrift, die in solchen

Fällen greifen kann. Diese verlangt allerdings, dass der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht gehandelt hat, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen. Nach Auffassung des Gesetzgebers war kein Raum für eine Vorschrift wie die frühere, niedrigrschwellige Bußgeldnorm, weil keine Öffnungsklausel in der DSGVO zur Verfügung stand. Dies wurde allerdings von anderen Landesgesetzgebern anders gesehen. Es ist allerdings denkbar, dass Verstöße durch Mitarbeiter öffentlicher Stellen künftig gleichwohl verfolgt werden, indem der Täter selbst als Verantwortlicher angesehen wird, der die Daten in unzulässiger Weise verarbeitet.

Abschließend soll noch darauf hingewiesen werden, dass hier aus Platzrunden nur ein Teil der Aspekte angesprochen werden konnte, die für Kommunen und andere öffentliche Stellen relevant werden können. Nicht erwähnt werden konnten z.B. die Meldung von Datenschutzverletzungen nach Art. 33 und 34 sowie die eventuell erforderlich werdende Datenschutz-Folgenabschätzung. Hierzu sowie zu vielen anderen Fragen rund um die Umsetzung der DSGVO finden sich Hinweise und Muster auf der Homepage des ULD (uldsh.de/dsgvo). Hier sind auch die sog. Kurzpapiere abrufbar, die die Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder zu einzelnen Themen rund um die DSGVO zusammengestellt hat.

Rechtsprechungsberichte

BFH: Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Nachzahlungszinssatzes von sechs Prozent

Der Bundesfinanzhof hat in seinem Beschluss vom 25.04.2018 - IX B 21/18 die Verfassungsmäßigkeit des Zinssatzes von sechs Prozent auf nachzuzahlende Steuern (§ 233a AO in Verbindung mit § 238 Abs. 1 Satz 1 AO) für Verzinsungszeiträume ab dem Jahr 2015 angezweifelt. Vor diesem Hintergrund hat der BFH in einem Eilverfahren die Aussetzung der Vollziehung des Zinsbescheids gewährt. Zur Begründung führte er an, dass der Zinssatz angesichts eines strukturellen und verfestigten Niedrigzinzniveaus realitätsfern und gleichheitswidrig sei. Er wirke wie ein rechtsgrundloser Zuschlag auf die Steuerfestsetzung.

In dem zugrundeliegenden Sachverhalt hatte das Finanzamt die von den Antragstellern, einem Ehepaar, für das Jahr 2009 zu entrichtende Einkommensteuer zunächst auf 159.139 Euro festgesetzt. Im

Anschluss an eine Außenprüfung änderte es im November 2017 die Einkommenssteuerfestsetzung auf 2.143.939 Euro. Nachzuzahlen war eine Steuer von 1.984.800 Euro. Das Finanzamt verlangte zudem in dem mit der Steuerfestsetzung verbundenen Zinsbescheid für den Zeitraum vom 01.04.2015 bis zum 16.11.2017 Nachzahlungszinsen in Höhe von 240.831 Euro. Die Antragsteller begehrten die Aussetzung der Vollziehung des Zinsbescheids, da die Höhe der Zinsen von 0,5 Prozent für jeden Monat verfassungswidrig sei. Das Finanzamt und das Finanzgericht lehnten dies ab. Anschließend legten die Antragsteller Beschwerde ein. Die Beschwerde hatte Erfolg. Der BFH hat dem Antrag stattgegeben und die Vollziehung des Zinsbescheids in vollem Umfang ausgesetzt. Er äußert im Hinblick auf die Zinshöhe für Verzinsungszeiträume ab dem Jahr 2015 schwerwiegende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von § 233a AO in Verbindung mit § 238 Abs. 1 Satz 1 AO. Die Bemessung des Zinssatzes sei

realitätsfern und verletze den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Der gesetzlich festgelegte Zinssatz überschreite den angemessenen Rahmen der wirtschaftlichen Realität erheblich, da sich im Streitzeitraum ein niedriges Marktzinsniveau strukturell und nachhaltig verfestigt habe.

Schließlich sei auch für die gesetzliche Zinshöhe bei der gebotenen summarischen Prüfung keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich. Auf Grund des Einsatzes moderner Datenverarbeitungstechnik in der Steuerverwaltung könnten Erwägungen wie Praktikabilität und Verwaltungsvereinfachung einer Anpassung der seit dem Jahr 1961 unveränderten Zinshöhe an den jeweiligen Marktzinssatz oder an den Basiszinssatz im Sinne des § 247 BGB nicht mehr entgegenstehen.

Für die Höhe des Zinssatzes fehle es an einer Begründung, so der BFH weiter. Der Sinn und Zweck der Verzinsungspflicht bestehe darin, den Nutzungsvorteil wenigstens zum Teil abzuschöpfen, den der

Steuerpflichtige dadurch erhalte, dass er während der Dauer der Nichtentrichtung über eine Geldsumme verfügen könne. Dieses Ziel sei wegen des strukturellen Niedrigzinsniveaus im typischen Fall für den Streitzeitraum nicht erreichbar und trage damit die realitätsferne Bemessung der Zinshöhe nicht.

Nach Ansicht des BFH bestehen außerdem schwerwiegende verfassungsrechtliche Zweifel, ob der Zinssatz dem aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Übermaßverbot entspricht. Die realitätsferne Bemessung der Zinshöhe wirke in Zeiten eines strukturellen Niedrigzinsniveaus wie ein rechtsgrundloser Zuschlag auf die Steuerfestsetzung.

Im Rahmen der Interessenabwägung führt der BFH aus, dass der Gesetzgeber um die Notwendigkeit einer Anpassung des Zinssatzes gewusst habe, aber dennoch bis heute nichts unternommen habe, obwohl er vergleichbare Zinsregelungen in der Abgabenordnung und im Handelsgesetzbuch geändert habe.

VG Mainz:

Pferdestall im Außenbereich stellt keine unzumutbare Geruchsbelästigung dar

Von einem in den Außenbereich gebauten Pferdestall gehen keine unzumutbaren Belästigungen etwa durch Geruch für ein am Rand einer Gemeinde liegendes Wohngrundstück aus. Dies hat das Verwaltungsgericht Mainz mit Urteil vom 25.04.2018 - 3 K 289/17.MZ - entschieden. Unmittelbar an den Außenbereich angrenzend seien stärkere Immissionen hinzunehmen.

Die klagende Eigentümerin eines am Ortsrand gelegenen Wohngebäudes mit Garten wandte sich gegen die der Beigeladenen erteilte Baugenehmigung zur Errichtung eines (zweiten) Pferdestalles auf einer Außenbereichsfläche. Diese grenzt unmittelbar an die Wohngrundstücke der Klägerin und der Beigeladenen an. Die Klägerin ist der Auffassung, der zur Hobbytierhaltung genutzte Stall sei im Außenbereich schon baurechtlich unzulässig. Darüber hinaus werde ihr Wohnanwesen

infolge der Pferdehaltung unzumutbaren Geruchsbelästigungen ausgesetzt.

Das VG wies die Klage ab. Der Begründung zu Folge verletze die Baugenehmigung die Grundstückseigentümerin nicht in nachbarschützenden Rechten. Ein im Innenbereich gelegener Nachbar könne einen Abwehranspruch nicht damit begründen, ein Bauvorhaben sei im Außenbereich objektiv unzulässig. Ihm stehe kein allgemeiner Anspruch auf die Bewahrung des Außenbereichs zu. Nachbarlicher Schutz vor Außenbereichsanlagen werde nur über das Gebot der Rücksichtnahme gewährt.

Es sei vorliegend jedoch nicht ersichtlich, dass die Klägerin erheblichen und damit unzumutbaren Immissionen durch die Nutzung des weiteren Pferdestalles und die Haltung eines zweiten Pferdes auf dem zugleich als Koppel genutzten Baugrundstück ausgesetzt werde. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Schutzwürdigkeit der Klägerin herabgesetzt sei. Der Eigentümer eines an den Außenbereich grenzenden Grundstücks müsse stärkere Immissionen hinnehmen als der Grundstückseigentümer in einem durch Wohnnutzung geprägten innerörtlichen Gebiet. Es gelte insoweit regelmäßig eine Zumutbarkeitsgrenze ähnlich der in einem Dorfgebiet, dem Tierhaltung nicht wesensfremd sei. Hiernach lasse die sachgerechte Haltung zweier Pferde durch die Beigeladene keine unzumutbaren Belastungen für das Wohngrundstück der Klägerin erwarten. Insbesondere aufgrund der abgewandten Lage des genehmigten Pferdestalls und der Größe des langgezogenen Koppel-Grundstücks sei nicht mit besonders intensiven Einwirkungen wie Geruch und vermehrtem Auftreten von Fliegen zu rechnen.

VK Hessen:

Gesamtvergabe ausnahmsweise zulässig

Die VK Hessen hat mit Beschluss vom 12. Februar 2018 - 69d-VK-21/2017 - entschieden, dass eine Gesamtvergabe ausnahmsweise zulässig ist, wenn eine losweise Vergabe nach umfassender und

sorgfältiger Interessenabwägung unwirtschaftlich wäre.

Im zugrundeliegenden Fall war die Übertragung eines Kreisstraßenbetriebes mit Instandsetzung des Teilnetzes als funktionale Einheit im offenen Verfahren nach VOB/A europaweit ausgeschrieben worden. Nach der Bekanntmachung rügte ein Unternehmen u. a., dass gegen das Gebot der Losvergabe verstoßen worden sei, wodurch mittelständische Interessen nicht berücksichtigt worden seien. Der nach Zurückweisung der Rüge eingereichte Nachprüfungsantrag blieb ohne Erfolg.

Zur Begründung führte die VK aus, dass sich aus dem grundsätzlichen Vorrang der Losvergabe nicht zwangsläufig die Vorgabe zur Aufteilung in Lose ergebe. Mit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 97 Abs. 4 GWB solle die Gesamtvergabe nicht völlig zurückgedrängt werden, sondern einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung zugänglich bleiben. Mit den Ausnahmegründen für eine Gesamtvergabe habe der Gesetzgeber nicht festgelegt, dass sein Ziel, die stärkere Berücksichtigung mittelständischer Interessen, lediglich durch Losvergabe erreicht werden solle. Diese sei nur eines von mehreren Mitteln zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen.

Dem stehe § 97 Abs. 4 S. 1 GWB nicht entgegen, wonach diese Interessen vornehmlich zu berücksichtigen seien. Das in der Vorschrift enthaltene "vornehmlich" sei in seiner adverbialen Verwendung vielmehr als "insbesondere" zu verstehen. Dadurch solle der öffentliche Auftraggeber kleinen und mittleren Unternehmen die Einbeziehung in die Beschaffung bloß erleichtern, eine Mittelstandsförderung um jeden Preis werde damit jedoch nicht verlangt.

Dies trage auch dem Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 97 Abs. 1 S. 2 GWB Rechnung, das als allgemeiner Grundsatz des Vergabeverfahrens von hervorgehobener Bedeutung sei. Danach sei der öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren gehalten, sparsam und wirtschaftlich zu handeln sowie ein angemessenes und sinnvolles Ausgabeverhalten zu gewährleisten, um einen effizienten und effektiven Einsatz von öffentlichen Mitteln zu erreichen.

Aus der Rechtsprechung

Urteil des OVG Schleswig vom 21.09.2017 – 3 KN 1/16

GG Art. 3 Abs. 1

GO §§ 4 Abs. 2, 21, 22, 23, 24 Abs. 1 bis 3, 45b, 46 Abs. 2, 135 Abs. 1 S. 1 Nr. 5a und b)

EntschVO §§ 1 Abs. 4, 2 Abs. 2 Nr. 1a),

9 Abs. 1 und 2

VwGO § 47

SH-AG VwGO § 5

Aufwandsentschädigungen für Mitglieder des Hauptausschusses; Entschädigungssätze für Mitglieder mit Stimmrecht und mit nur beratender Stimme

Leitsätze der Redaktion:

1. Zwischen stimmberechtigten und nur beratenden Hauptausschussmitgliedern bestehen nicht derartige Unterschiede, die es rechtfertigen, den nur beratenden Mitgliedern eine Aufwandsentschädigung zu verwehren.

2. Entschädigungssatzungen müssen die Arbeitsleistung und den zeitlichen Aufwand berücksichtigen, den auch Mitglieder mit nur beratender Stimme bei der Wahrnehmung der Funktion leisten müssen.

Zum Sachverhalt:

Die Antragsteller wenden sich mit dem Normenkontrollverfahren gegen die Änderung der Satzung der Antragsgegnerin über die Entschädigung der Ratsmitglieder, der Ehrenbeamtinnen und Ehrenbeamten und der ehrenamtlich tätigen Bürgerinnen und Bürger betreffend die Entschädigung der Mitglieder des Hauptausschusses.

Die Antragstellerin zu 1) ist Ratsfraktion in der Ratsversammlung der Antragsgegnerin. Der Antragsteller zu 2) gehört der Ratsversammlung an. Seine Fraktion, die Antragstellerin zu 1), hatte ihn als Mitglied mit beratender Stimme in den Hauptausschuss entsandt. Diesem gehören neben der Oberbürgermeisterin oder dem Oberbürgermeister 13 stimmberechtigte Mitglieder sowie weitere Mitglieder mit beratender Stimme an. In der Sitzung vom 8. Juni 2017 wählte die Ratsversammlung den Antragsteller zu 2) zum ordentlichen Mitglied des Hauptausschusses mit Stimmrecht.

Mit Wirkung vom 1. Juli 2009 regelte die Antragsgegnerin die Entschädigung ihrer Ehrenbeamtinnen und Ehrenbeamten, Ratsmitglieder und übrigen ehrenamtlich tätigen Bürgerinnen und Bürger erstmals in einer Entschädigungssatzung. Danach erhielten Ratsmitglieder eine monatliche Aufwandsentschädigung in Höhe von 333,00 Euro und die Mitglieder des Hauptausschusses daneben eine monatliche Aufwandsentschädigung in Höhe von 300,00 Euro. Vorher waren weitgehend identische Entschädigungsregelungen in der Hauptsatzung enthalten.

Mit der ersten Änderung der Entschädigungssatzung, in Kraft getreten am 1. Juli 2013, passte die Antragsgegnerin die Höhe der Entschädigungen den geänderten Sätzen der Landesverordnung über Entschädigungen in kommunalen Ehrenämtern (Entschädigungsverordnung – EntschVO) an. Den Ratsmitgliedern steht seitdem eine monatliche Aufwandsentschädigung in Höhe von 361,00 € zu, den Mitgliedern des Hauptausschusses zusätzlich eine monatliche Aufwandsentschädigung in Höhe von 330,00 €.

Am 9. Juni 2016 beschloss die Ratsversammlung die 2. Nachtragssatzung zur Entschädigungssatzung mit folgendem Inhalt:

Artikel 1

Die Satzung der Landeshauptstadt Kiel über die Entschädigung der Ratsmitglieder, der Ehrenbeamtinnen und Ehrenbe-

amten und der ehrenamtlich tätigen Bürgerinnen und Bürger (Entschädigungssatzung) vom 17. Juni 2009 wird wie folgt geändert:

In § 2 Absatz 2 Nummer 5 wird hinter dem Wort „die“ das Wort „übrigen“ und hinter dem Wort „Hauptausschuss“ die Worte „mit Stimmrecht“ eingefügt.

Artikel 2

Die Nachtragssatzung tritt am 01.07.2016 in Kraft.

Danach erhalten neben der Vorsitzenden oder dem Vorsitzenden des Hauptausschusses nur die übrigen Mitglieder des Hauptausschusses mit Stimmrecht eine zusätzliche monatliche Aufwandsentschädigung.

In der Beschlussvorlage zur Ratsversammlung hieß es zur Begründung der Änderung der Entschädigungsregelung, dass das mit der Aufwandsentschädigung abzudeckende Haftungsrisiko für Ausschussmitglieder mit beratender Stimme nicht bestehe, weshalb die Aufwandsentschädigung künftig nur noch den stimmberechtigten Mitgliedern gewährt werden solle.

Der Oberbürgermeister hat die Nachtragssatzung am 14. Juni 2016 ausgefertigt. Sie ist auf der Internetseite der Antragsgegnerin bekanntgemacht worden, worauf in den Kieler Nachrichten vom 18. Juni 2016 hingewiesen worden ist.

Mit ihrem am 4. November 2016 bei dem Schleswig-Holsteinischen Obergericht eingegangenen Normenkontrollantrag machen die Antragsteller geltend, dass § 2 Abs. 2 Nr. 5 der Entschädigungssatzung in der Fassung der Nachtragssatzung vom 14. Juni 2016 ungültig sei, weil die Regelung gegen höherrangiges Recht verstoße, insbesondere gegen § 24 Abs. 1 GO und den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Grundgesetzes. Gemäß § 24 Abs. 1 GO hätten die Gemeindevertreterinnen und Gemeindevertreter einen Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen, der gemäß Absatz 2 in Form einer angemessenen Aufwandsentschädigung gewährt werden könne. Dieser Anspruch werde dem Antragsteller zu 2) genommen, weil er für seine Tätigkeit im Hauptausschuss keine Entschädigung mehr erhalte. Darüber hinaus sei der Gleichheitsgrundsatz verletzt, weil der Antragsteller zu 2) im Gegensatz zu den übrigen Mitgliedern des Hauptausschusses keine Entschädigung erhalte. Ein sachgerechter Grund für diese Ungleichbehandlung bestehe nicht; denn es gebe keinen entscheidenden Unterschied zwischen den Mitgliedern des Hauptausschusses, denen ein Stimmrecht eingeräumt sei und denen, die dieses Stimmrecht nicht hätten. Der Zeitaufwand für die Teilnahme an den Sitzungen sei genau gleich. Die beratenden Mitglieder hätten

ebenso wie die Mitglieder mit Stimmrecht das öffentliche Wohl und die Gesetzesbindung der Verwaltung zu beachten. Wer von seinem Recht, Debattenbeiträge zu halten und eigene Anträge zu stellen, Gebrauch machen wolle, müsse sich auf die Sitzungen ebenso vorbereiten wie jemand, dem ein Stimmrecht zustehe. Die größeren Fraktionen könnten sich die Arbeit unter den Mitgliedern aufteilen, während er - der Antragsteller zu 2) - die Arbeit allein bewältigen müsse. Dass er nicht das Recht habe, im Hauptausschuss mitzuzentscheiden, sei somit kein taugliches Kriterium dafür, seine Arbeit geringer zu entgelten. Das von der Antragsgegnerin zur Begründung der Änderung herangezogene Haftungsrisiko sei ebenfalls nicht geeignet, die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Ein solches Haftungsrisiko bestehe auch für die übrigen Mitglieder des Hauptausschusses nicht. Denn es sei kein Fall vorstellbar, dass ein Mitglied des Hauptausschusses wegen der Ausübung des Stimmrechts bei den dem Hauptausschuss zugewiesenen Tätigkeiten persönlich haftbar gemacht werden könne. Noch nie sei ein Mitglied des Hauptausschusses der Antragsgegnerin mit einer Schadensersatzforderung überzogen worden.

Nachdem die Antragstellerin zu 1) ihren Antrag in der mündlichen Verhandlung zurückgenommen hat, beantragt nur noch der Antragsteller zu 2) festzustellen, dass § 2 Abs. 2 Nr. 5 der Satzung der Landeshauptstadt Kiel über die Entschädigung der Ratsmitglieder, der Ehrenbeamtinnen und Ehrenbeamten und der ehrenamtlich tätigen Bürgerinnen und Bürger in der Fassung der 2. Nachtragssatzung vom 14. Juni 2016 unwirksam ist.

Die Antragsgegnerin beantragt, den Antrag abzulehnen.

Sie ist der Auffassung, der Normenkontrollantrag sei unbegründet. Der Aufwand für die ehrenamtliche Mitgliedschaft in der Gemeindevertretung und ihren Ausschüssen sei mit der Aufwandsentschädigung nach § 2 der Entschädigungsverordnung (EntSchVO) abgedeckt. Die Entscheidung über zusätzliche Aufwandsentschädigungen stehe nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 1 EntschVO im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde. Während die Gemeinde Aufwandsentschädigungen nach § 24 Abs. 1 bis 3 GO zu gewähren habe und ihr diesbezüglich nur ein eingeschränkter Gestaltungsspielraum zustehe, erstrecke sich der Ermessensspielraum bei den in § 9 EntschVO vorgesehenen Aufwandsentschädigungen auch auf die Entscheidung, ob überhaupt eine Entschädigung gewährt werden solle. Sie - die Antragsgegnerin - habe die Ent-

schädigungsregelung für die Mitglieder des Hauptausschusses in Ausübung des Ermessens nach sachgerechten Maßstäben getroffen. Die Anforderungen, die die Mitgliedschaft im Hauptausschuss mit sich bringe, seien nicht für alle Mitglieder gleich. Als Differenzierungskriterium müsse das Stimmrecht herangezogen werden, weil die gestaltende Ausschussarbeit für das Mitglied mit Stimmrecht eine zusätzliche Verantwortung bedeute. Im Rahmen der kommunalen Aufgabenerfüllung hätten die stimmberechtigten Mitglieder rechtmäßige Entscheidungen zu treffen. Damit gehe ein höherer Vorbereitungsaufwand einher. Demgegenüber sei das Mitglied mit nur beratender Stimme auf Debattenbeiträge und eigene Anträge beschränkt. So könne es zwar die Willensbildung im Ausschuss beeinflussen, entscheiden könne das Mitglied ohne Stimmrecht aber nicht. Vielmehr solle das mit der Gesetzesnovelle vom 1. Februar 2005 eingeführte Institut des stimmlosen Grundmandats Fraktionen und fraktionslosen Ratsmitgliedern lediglich die politische Mitwirkung in einem Ausschuss ihrer Wahl ermöglichen. Das Entsenderecht der Ratsfraktion sei optional und könne auch jederzeit widerrufen werden. Zudem entscheide das Stimmrecht darüber, ob ein Hauptausschussmitglied einem Haftungsrisiko ausgesetzt sei. Auch wenn ein derartiges Haftungsrisiko in der Praxis gering erscheinen möge, bleibe ein abstrakt erscheinendes Risiko ein Risiko.

Aus den Gründen:

A. Das Verfahren ist hinsichtlich des Antrags der Antragstellerin zu 1) einzustellen, weil es insoweit durch die Rücknahme des Normenkontrollantrags beendet worden ist (§ 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO in entsprechender Anwendung). Die vor Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung erklärte Antragsrücknahme bedurfte in entsprechender Anwendung von § 92 Abs. 1 Satz 2 VwGO nicht der Einwilligung der Antragsgegnerin.

B. Der Normenkontrollantrag des Antragstellers zu 2) hat Erfolg.

I. Der Antrag ist zulässig.

Die streitgegenständliche Satzung der Antragsgegnerin über die Entschädigung der Ratsmitglieder, der Ehrenbeamtinnen und Ehrenbeamten und der ehrenamtlich tätigen Bürgerinnen und Bürger vom 17. Juni 2009 in der Fassung der 2. Nachtragssatzung vom 14. Juni 2016 unterliegt nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 5 SH-AG VwGO der Normenkontrolle durch das Oberverwaltungsgericht, da es sich um eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift handelt, für die der Landesgesetzgeber die Möglichkeit der Normenkontrolle eröffnet hat. Als natürliche Person ist der Antragsteller

zu 2) antragsberechtigt. Als Ratsmitglied und Mitglied des Hauptausschusses ist er auch nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt. Denn die Gemeindevertreterinnen und Gemeindevertretern zu gewährende Aufwandsentschädigung bemisst sich nach der gemäß §§ 4, 24 Abs. 3 GO erlassenen Entschädigungssatzung, sodass er durch die Nichtgewährung einer Aufwandsentschädigung trotz Mitgliedschaft im Hauptausschuss in seinen Rechten verletzt sein könnte.

Das Rechtsschutzbedürfnis ist nicht entfallen, obwohl der Antragsteller zu 2) am 8. Juni 2017 stimmberechtigtes Mitglied im Hauptausschuss geworden ist und nunmehr auch nach Auffassung der Antragsgegnerin einen Entschädigungsanspruch nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 der Entschädigungssatzung hat. Denn ihm geht es weiterhin um die Frage, ob ihm auch für die Zeit, als er Mitglied mit beratender Stimme war, ein Anspruch zusteht.

Mit der Antragsgegnerin ist zutreffend die Körperschaft in Anspruch genommen worden, die die Rechtsvorschrift erlassen hat (vgl. § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO). Eine Beteiligung des Landes (vgl. § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO), insbesondere der Kommunalaufsicht, war nicht erforderlich. Denn gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 und 3 GO bedarf lediglich die Hauptsatzung der Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde. Die Antragsgegnerin hat mit Erlass der Entschädigungssatzung im Juni 2009 den Regelungsgegenstand der Entschädigung bewusst aus der Hauptsatzung herausgenommen und verselbständigt, um Satzungsänderungen zukünftig ohne Beteiligung der Kommunalaufsicht vornehmen zu können.

Der Antragsteller zu 2) hat auch die Frist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO gewahrt, wonach der Antrag innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift zu stellen ist. Gegenstand der Normenkontrolle ist § 2 Abs. 2 Nr. 5 der Entschädigungssatzung in der durch die Nachtragssatzung vom 14. Juni 2016 geänderten Fassung. Die Nachtragssatzung ist im Internet bekanntgemacht worden (vgl. zur amtlichen Bekanntmachung § 68 LVwG), worauf in den Kieler Nachrichten vom 18. Juni 2016 hingewiesen worden ist. Der Normenkontrollantrag ist am 4. November 2016, mithin vor Ablauf eines Jahres, bei Gericht eingegangen.

Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle ist auf den durch den Antrag allein beanstandeten Teil der Norm - § 2 Abs. 2 Nr. 5 der Entschädigungssatzung in der Fassung der 2. Nachtragssatzung - beschränkt; denn dieser Teil ist abtrennbar (vgl. dazu: OVG Schleswig, Urteile vom 14. Juni 2006 - 2 KN 5/05 -, Juris Rn. 52 und vom 15. Mai 2017 - 2 KN 1/16 -, Juris Rn. 43; Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO Großkommentar, 4. Auflage 2014, § 47 Rn. 358). Im Übrigen

wären die anderen - in einem trennbaren Zusammenhang stehenden - Vorschriften der Entschädigungssatzung wegen Ablaufs der Jahresfrist ohnehin nicht mehr anfechtbar.

II. Der Normenkontrollantrag ist auch begründet. § 2 Abs. 2 Nr. 5 der Entschädigungssatzung vom 17. Juni 2009 in der Fassung der 2. Nachtragssatzung vom 14. Juni 2016 (im Folgenden: Entschädigungssatzung) ist unwirksam.

1. Die angegriffene Satzungsänderung begegnet zwar keinen formellen Bedenken. Insbesondere ist sie - wie in § 4 Abs. 2 GO vorgesehen - vom (Ober-) Bürgermeister ausgefertigt worden, entspricht den Formvorschriften des § 66 LVwG und ist amtlich bekanntgemacht worden (vgl. § 68 LVwG).

2. § 2 Abs. 2 Nr. 5 der Entschädigungssatzung verstößt aber gegen § 24 Abs. 2 GO und den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Die Erwägung, ein Ausschussmitglied ohne Stimmberechtigung trage weder ein Haftungsrisiko, noch die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der vom Hauptausschuss gefassten Beschlüsse, rechtfertigt es nicht, Mitglieder mit beratender Funktion von der zusätzlichen Aufwandsentschädigung auszunehmen. Denn auch das ohne Stimmberechtigung in den Hauptausschuss entsandte Mitglied hat einen Aufwand an Zeit und Arbeitsleistung für die Tätigkeit im Hauptausschuss. Dieser Aufwand gebietet es, nicht nur stimmberechtigte, sondern auch Mitglieder im Hauptausschuss mit nur beratender Funktion zusätzlich zu entschädigen.

a) § 24 Abs. 1 GO regelt Ersatzleistungsansprüche der Ehrenbeamtinnen und -beamten, Gemeindevertreterinnen und -vertreter sowie der ehrenamtlich tätigen Bürgerinnen und Bürger. Diese haben gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO einen Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen. Anstelle des Auslagenersatzes kann gemäß § 24 Abs. 2 GO eine angemessene Aufwandsentschädigung gewährt werden, mit der auch der Aufwand an Zeit und Arbeitsleistung und das mit dem Ehrenamt oder der ehrenamtlichen Tätigkeit verbundene Haftungsrisiko abgegolten wird. Gemäß § 24 Abs. 3 Satz 1 GO sind die Entschädigungen in einer Satzung zu regeln.

Im Gegensatz zu den Ersatzleistungsansprüchen, die dem Grunde nach nicht erst durch Satzung, sondern durch § 24 Abs. 1 GO selbst begründet werden, haben die Aufwandsentschädigungen, zu deren Gewährung die Gemeinde nicht verpflichtet ist und die erst durch die Entschädigungssatzung an die Stelle der Ansprüche aus Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 treten, ihre Rechtsgrundlage nicht in § 24 Abs. 1 GO, sondern in der Entschädigungssatzung selbst (vgl. Bülow in KVR S-H, § 24 GO Rn. 27).

Der kommunale Satzungsgeber hat die Landesverordnung über Entschädigungen in kommunalen Ehrenämtern (Entschädigungsverordnung – EntschVO) vom 18. März 2008 (GVObI S. 150) zu beachten, die auf Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 135 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 GO vom Innenministerium erlassen worden ist.

§ 135 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5a) GO ermächtigt das Ministerium, Bestimmungen zu treffen über die Gewährung von Entschädigungen unter anderem an Gemeindevertreterinnen und Gemeindevertreter, insbesondere über die Höchstbeträge für Entschädigungen, insbesondere Aufwandsentschädigungen. § 2 Abs. 2 Nr. 1a) EntschVO bestimmt dementsprechend, dass die Höhe der Aufwandsentschädigung bei Mitgliedern der Gemeindevertretung in Gemeinden über 150.000 Einwohnerinnen und Einwohnern seit dem 31. Dezember 2015 monatlich 389 Euro beträgt. Dabei handelt es sich um den Höchstbetrag (vgl. § 1 Abs. 4 EntschVO). Die in der Entschädigungssatzung der Antragsgegnerin in § 2 Abs. 1 getroffene Regelung, wonach Ratsmitglieder eine monatliche Aufwandsentschädigung in Höhe von 361,00 Euro erhalten, steht im Einklang mit der Entschädigungsverordnung; denn die Satzungsregelung überschreitet den durch die Entschädigungsverordnung bestimmten Höchstbetrag nicht. Der Antragsteller zu 2) erhält diese Aufwandsentschädigung für seine Ratsmitgliedschaft.

b) Darüber hinaus ermächtigt § 135 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5b) GO das Innenministerium, durch Verordnung die Funktionen, für die eine Aufwandsentschädigung nach § 24 Abs. 2 gewährt werden kann, zu bestimmen. Davon hat das Ministerium Gebrauch gemacht und in § 9 Abs. 1 der Entschädigungsverordnung unter der Überschrift „Aufwandsentschädigung für weitere ehrenamtliche Tätigkeit“ geregelt, dass eine monatliche oder anlassbezogene Aufwandsentschädigung oder Sitzungsgeld unter anderem Mitglieder der Hauptausschüsse sowie deren Stellvertretende erhalten können (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 EntschVO), wobei das Sitzungsgeld oder die Aufwandsentschädigung nach § 2 unberührt bleiben.

Im Rahmen ihrer Befugnis, die örtlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu regeln, ist es der einzelnen Gemeinde vorbehalten, entsprechend den örtlichen Gegebenheiten unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben und des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine angemessene Aufwandsentschädigung für ihren Bereich zu regeln. Der Antragsgegnerin steht im Hinblick auf die Gewährung von zusätzlichen Aufwandsentschädigungen für Funktionen im Sinne des § 9 Abs. 1 EntschVO ein weiter Ermessensspielraum zu; dieser umfasst auch die Mög-

lichkeit, keine entsprechende Regelung für zusätzliche Entschädigungen zu treffen. Sofern aber eine Aufwandsentschädigung gewährt wird, ist gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 EntschVO bei Bemessung ihrer Höhe der mit der Funktion verbundene Aufwand zu berücksichtigen.

Zudem dürfen die in § 9 Abs. 2 Satz 1 EntschVO bestimmten Höchstbeträge nicht überschritten werden.

Mit § 2 Abs. 2 der Entschädigungssatzung hat die Antragsgegnerin ihr diesbezügliches Ermessen ausgeübt und sich entschieden, für die Wahrnehmung der aufgelisteten Funktionen eine zusätzliche Entschädigung zu gewähren. Nach dieser Vorschrift erhalten neben der nach Ziffer 1 (gemeint sein dürfte Absatz 1 – für die Ratsmitgliedschaft) zu gewährenden Entschädigung eine monatliche Aufwandsentschädigung die unter Nr. 1 bis 7 bestimmten Funktionsträger. Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 5 der Entschädigungssatzung erhalten eine solche zusätzliche Entschädigung die (neben dem Vorsitzenden) übrigen Mitglieder des Hauptausschusses mit Stimmrecht in Höhe von 330,00 Euro.

Diese Regelung verstößt gegen die Vorgaben des § 24 Abs. 2 GO. Danach kann anstelle der Entschädigung nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 eine angemessene Aufwandsentschädigung gewährt werden, mit der auch der Aufwand an Zeit und Arbeitsleistung und das mit dem Ehrenamt oder der ehrenamtlichen Tätigkeit verbundene Haftungsrisiko abgegolten wird.

§ 24 Abs. 2 GO gilt auch für die zusätzlich gewährten Aufwandsentschädigungen für die Wahrnehmung von Funktionen im Sinne von § 9 EntschVO. Dies ergibt sich bereits aus der Verordnungsermächtigung in § 135 Abs. 1 Nr. 5b) GO, die ausdrücklich Bezug nimmt auf § 24 Abs. 2 GO. Außerdem heißt es in § 1 Abs. 2 der EntschVO - den Inhalt von § 24 Abs. 2 GO wiederholend -, dass die Aufwandsentschädigung pauschalierter Auslagenersatz und Entschädigung für den Aufwand an Zeit und Arbeitsleistung und das mit dem Ehrenamt oder der ehrenamtlichen Tätigkeit verbundene Haftungsrisiko ist.

Die Antragsgegnerin hat laut der entsprechenden Beschlussvorlage zur Änderung von § 2 Abs. 2 Nr. 5 Entschädigungssatzung lediglich den Aspekt des mit der ehrenamtlichen Tätigkeit verbundenen Haftungsrisikos als Entscheidungskriterium dokumentiert, um eine Entschädigung nur für stimmberechtigte Mitglieder des Hauptausschusses zu rechtfertigen. Die zwei weiteren Vorgaben „Entschädigung für Zeit und Arbeitsleistung“, die kumulativ in § 24 Abs. 2 GO genannt sind, hat die Antragsgegnerin jedoch entgegen der gesetzlichen Anordnung unberücksichtigt gelassen.

Die vielfältigen Aufgaben des Hauptausschusses sind in § 45b GO sowie in § 8 Abs. 1 Nr. 1 der Hauptsatzung geregelt.

Daraus ergibt sich, dass der Hauptausschuss zum einen koordinierende, kontrollierende, steuernde und vorbereitende Aufgaben hat. Zum andern ist er auch befugt, Entscheidungen zu treffen, die ihm die Gemeindevertretung übertragen hat (vgl. § 45b Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 GO).

Ob daraus tatsächlich ein zusätzliches Haftungsrisiko für Mitglieder des Hauptausschusses mit Stimmberechtigung folgt, ist zweifelhaft. Unter Haftungsrisiko ist das Risiko zu verstehen, zu Schadensersatzleistungen für fehlerhafte ehrenamtliche Amtstätigkeit einstehen zu müssen oder für rechtswidriges ehrenamtliches Handeln zur Verantwortung gezogen zu werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es für die Inanspruchnahme weitgehend auf den Verschuldensgrad ankommt, da für den größten Teil der Haftungsschäden die Gemeinde über ihre Versicherung, den „Kommunalen Schadensausgleich“, aufkommt. Der ehrenamtlich Tätige hat daher nur für ein Restrisiko selbständig versicherungsmäßig Vorsorge zu treffen; der finanzielle Aufwand dafür wird mit der Aufwandsentschädigung abgegolten (vgl. Bülow, KVR SH, Stand April 2016, § 24 Rn. 23).

Selbst wenn man allein aufgrund der Übernahme einer weiteren Funktion ein höheres Haftungsrisiko bejaht, ist es gleichheitswidrig, den Aufwand, den auch beratende Mitglieder durch die Mitgliedschaft im Hauptausschuss haben, überhaupt nicht zu entschädigen. Der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verlangt vom kommunalen Satzungsgeber, gleiche Sachverhalte, die der Natur der Sache nach und unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit eine gleiche Behandlung erfordern, nicht willkürlich ungleich zu regeln. Die mit der Normenkontrolle angegriffene Bestimmung führt zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der Mitglieder ohne Stimmberechtigung gegenüber den stimmberechtigten Mitgliedern. Denn jedenfalls ist der Zeitaufwand für die Teilnahme an den Hauptausschusssitzungen für alle Mitglieder - d.h. unabhängig von der Stimmberechtigung - identisch. Außerdem hat auch das beratende Mitglied - abstrakt bzw. pauschalierend betrachtet - einen Arbeitsaufwand. Denn obwohl es nicht stimmberechtigt ist, verfügt es über Mitgliedschaftsrechte und -pflichten. Hierzu gehören neben dem Recht auf Ladung und dem Anwesenheitsrecht - auch bei nicht öffentlichen Beratungen - insbesondere das Rede- und das Antragsrecht. Als Mitglied des Ausschusses kann es auch Geschäftsordnungs- und Verfahrensanträge stellen (vgl. Dehn in: KVR SH, Stand November 2016, § 46 Rn. 6). Zu den Pflichten gehören etwa die Verschwiegenheitspflicht (§ 21 GO), die Pflicht zur Mitteilung von Ausschlussgründen (§ 22 GO) und das Verbot, Ansprüche Dritter gegen die Ge-

meinde geltend zu machen (§ 23 GO) (vgl. Dehn, a.a.O., § 46 Rn 6 a.E.). Die Regelungen über die Entsendung von stimmlosen Mitgliedern (§ 46 Abs. 2 GO) sollen sicherstellen, dass alle Fraktionen, unabhängig von ihrer Größe an der vorbereitenden Willensbildung mitwirken können; fraktionslosen Mitgliedern soll ein angemessenes Maß an Einflussnahme auf die Vorbereitung der Beschlüsse eingeräumt werden (vgl. Dehn, a.a.O., § 46 Rn. 7).

Wie groß der tatsächliche Aufwand an Arbeitsleistung bei der Vorbereitung von und durch die Teilnahme an Hauptausschusssitzungen bei jedem einzelnen Mitglied ist, ist bei den pauschaliert durch Satzung festgelegten Beträgen irrelevant. Denn ob ein Mitglied von seinen Möglichkeiten, sich in den Willensbildungsprozess einzubringen, Gebrauch macht, hängt insbesondere von der Motivation und Ar-

beitseinstellung des einzelnen ab. Arbeitsumfang und Tiefe der Auseinandersetzung mit Fragestellungen sind unabhängig davon, ob ein Mitglied stimmberechtigt ist oder nur beratende Funktion hat. So kann es Mitglieder im Hauptausschuss ohne Stimmberechtigung geben, die sich besonders intensiv engagieren, um der Minderheit, der sie angehören, Gehör zu verschaffen. Denkbar wäre es aber auch, dass ein Mitglied lediglich anwesend ist, ohne eigene Beiträge zu leisten. Letzteres kann auch für stimmberechtigte Mitglieder gelten, die ausschließlich bei der Abstimmung mitwirken, ohne sich zuvor in den Willensbildungsprozess eingebracht zu haben.

Allerdings sind es nur die Mitglieder mit Stimmrecht, die die Verantwortung für die im Hauptausschuss getroffenen Entscheidungen tragen, indem sie diese nach

außen vertreten müssen und insoweit auch ein - jedenfalls hypothetisches - zusätzliches Haftungsrisiko haben. Ob dieser Umstand es rechtfertigt, den stimmberechtigten Mitgliedern eine höhere funktionsbezogene Entschädigung zuzubilligen als den nur beratenden Mitgliedern, obliegt der Beurteilung des Satzungsgebers im Rahmen seines Ermessens. Dabei wird er aber zu berücksichtigen haben, dass jedenfalls der Zeitaufwand und ein abstrakt zu bemessender Aufwand an Arbeitsleistung in der Höhe der Aufwandsentschädigung für beratende Mitglieder angemessen berücksichtigt werden müssen, sofern weiterhin eine zusätzliche Entschädigung für die übrigen Hauptausschussmitglieder gewährt werden soll.

Die Revision wurde nicht zugelassen.

Aus dem Landesverband

Infothek

Auf die Plätze. Fertig. Los! - EnergieOlympiade in den Startlöchern

Die besten kommunalen Energieprojekte des Landes werden wieder gesucht, wenn zum 1. September die neue Wettbewerbsrunde der EnergieOlympiade startet. Wie in den Vorjahren winken rund 100.000 Euro Preisgeld für innovative, Energie und Kosten sparende kommunale Projekte aus Schleswig-Holstein. Mit solchen Projekten wird zugleich der Klimaschutz und nicht selten auch die wirtschaftliche Entwicklung der Kommune gefördert. Durch ihre Initiative will die Gesellschaft für Energie und Klimaschutz Schleswig-Holstein (EKSH) zusammen mit ihren Partnern – den kommunalen

Landesverbänden, der Landesregierung, der Investitionsbank (IB.SH) und dem Klimabündnis nicht nur herausragende Beispiele finden und prämiieren. Sie setzt damit auch ein Zeichen für die Unterstützung vorbildlicher und für andere Kommunen nachahmenswerter Vorhaben. Die vier Disziplinen des Wettbewerbs sind *EnergieProjekt* (Projekte zur Energieeffizienz und -einsparung), *ThemenPreis* (in dieser Runde: Nachhaltige Mobilität), *EnergieKonzept* (Modellhafte Konzepte, die über ein einzelnes Gebäude hinausgehen) und *EnergieHeld* (Auszeichnung für engagierte Ehrenamtler). Die Bewerbungsfrist läuft bis zum 1. Dezember und die feierliche Siegerehrung ist für den

Frühsommer 2019 geplant. Alle Informationen zum Wettbewerb und die (Online-) Bewerbung sowie ein Überblick über die bisherigen Wettbewerbsbeiträge finden sich auf www.energieolympiade.de.

Termine:

04.07.2018: Landesvorstand des SHGT

04.07.2018: Parlamentarischer Abend der Kommunalen Landesverbände

05.09.2018: Bau-, Planungs- und Umweltausschuss des SHGT

13.09.2018: Schul-, Sozial- und Kulturausschuss des SHGT

20.09.2018: Bürgermeisterfachkonferenz

24.09.2018: Rechts-, Verfassungs- und Finanzausschuss des SHGT

Personalnachrichten

Mirko Spieckermann zum neuen Bürgermeister von Neustadt gewählt



Am 4. März 2018 wurde in Neustadt ein neuer Bürgermeister gewählt. Der parteilose Kandidat Mirko Spieckermann konnte sich mit absoluter Mehrheit gegen seine zwei Mitbewerber durchsetzen. Er erhielt 51 Prozent der abgegebenen Stimmen. Die ebenfalls parteilose Verena Jeske erhielt 25,6 Prozent und der von der CDU unterstützte parteilose Kandidat Hans Marenbach 23,5 Prozent der Stimmen. Die Wahlbeteiligung lag bei 44,9 Prozent. Die Amtszeit beginnt am 1. Oktober 2018. Der SHGT gratuliert Mirko Spieckermann

herzlich zur Wahl und wünscht für das neue Amt viel Erfolg!

Jan Lindenau seit Mai Bürgermeister von Lübeck

Jan Lindenau hat seit dem 1. Mai 2018 das Amt des Bürgermeisters der Hansestadt Lübeck übernommen.

Nachdem im ersten Wahldurchgang keiner der Kandidaten die absolute Mehrheit auf sich vereinen konnte, wurde zur Wahl eines neuen Bürgermeisters in



Lübeck eine Stichwahl erforderlich. Am 19. November 2017 konnte sich Jan Lindenau (SPD) mit 50,9 Prozent der Stimmen durchsetzen. Die von CDU, BfL, FDP, Grünen und Linken unterstützte Mitbewerberin Kathrin Weiher (parteilos) erhielt 49,1 Prozent der Stimmen. Der SHGT gratuliert Jan Lindenau herzlich zur Wahl und wünscht für das neue Amt viel Erfolg!

Stefan Mohrdieck neuer Landrat des Kreises Dithmarschen



Am 1. Juni 2018 hat der ehemalige Bürgermeister der Stadt Brunsbüttel Stefan Mohrdieck das Amt des Landrats im Kreis Dithmarschen übernommen. Bereits am 18. Januar wählte der Kreistag Mohrdieck zum Nachfolger von Jörn Klimant. Zur Wahl stand neben dem parteilosen Stefan Mohrdieck, der von SPD, FDP, Grüne, Linke und der Wählergemeinschaft UWD unterstützt wurde, der CDU-Kandidat Peter Becker. Nachdem in den ersten beiden Wahlgängen keiner der beiden Kandidaten die erforderliche absolute Mehrheit auf sich vereinen konnte, wurde ein dritter Wahlgang erforderlich. Die dann erforderliche einfache Mehrheit erreichte Stefan Mohrdieck mit 24 der 47 Stimmen. Der SHGT gratuliert Stefan Mohrdieck herzlich zur Wahl und wünscht zum Amtsantritt viel Erfolg!

Bürgermeister von Harrislee Martin Ellermann wiedergewählt



Am Tag der Kommunalwahl am 6. Mai 2018 waren 3679 Harrisleer dazu aufgerufen, neben der Wahl der Gemeindevertretung über die Wiederwahl des Bürgermeisters abzustimmen. Einen Gegenkandidaten gab es nicht. Dabei erreichte der Amtsinhaber 87,57 Prozent der Stimmen und wurde damit für weitere sechs Jahre im Amt bestätigt. Die Kandidatur wurde von allen in der Gemeindevertretung vertretenen Fraktionen (CDU, SPD und SSW) unterstützt. Der SHGT gratuliert Martin Ellermann herzlich zur Wiederwahl und wünscht für die weiteren sechs Jahre im Amt viel Erfolg!

Matthias Bonse als Bürgermeister in Wahlstedt bestätigt



Parallel zur Kommunalwahl am 6. Mai 2018 waren 7.790 Wahlstedter dazu aufgerufen, über die Wiederwahl von Bürgermeister Matthias Bonse (CDU) abzustimmen, der einziger Kandidat war. 81,1 Prozent der Bürger bestätigten ihn bei der Wahl im Amt, der damit seine zweite Amtszeit antreten wird. Der SHGT gratuliert Matthias Bonse herzlich zur Wiederwahl und wünscht für die weitere Amtszeit viel Erfolg!

Olaf Plambeck als Bürgermeister von Flintbek bestätigt



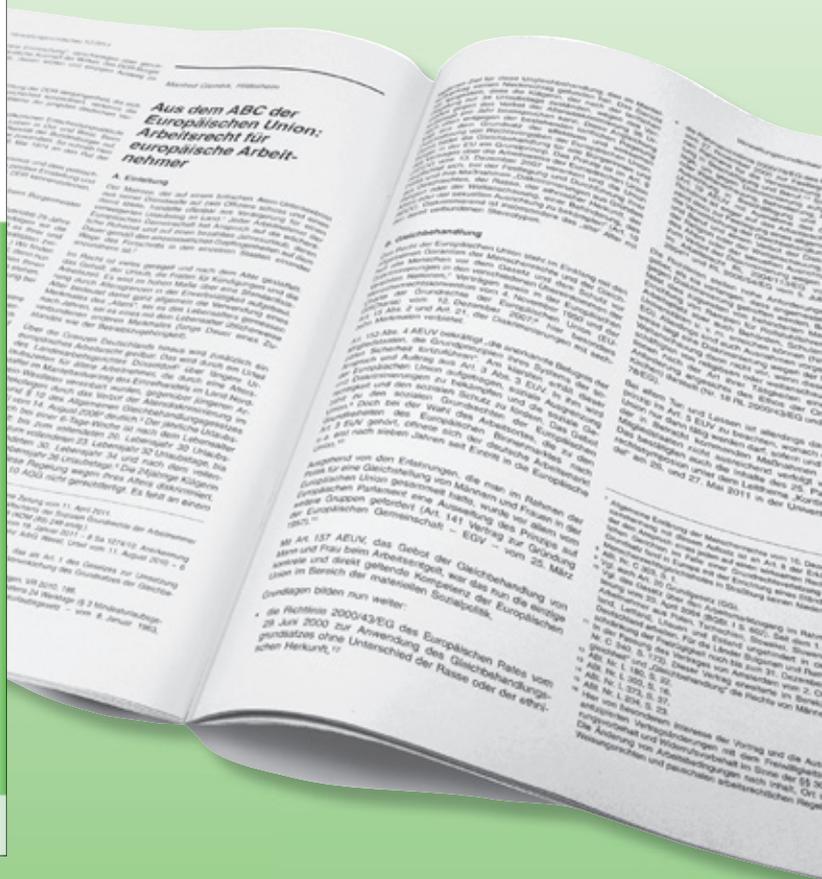
Parallel zur Kommunalwahl am 6. Mai 2018 waren die Flintbeker dazu aufgerufen, über die Wiederwahl von Bürgermeister Olaf Plambeck (einziger Kandidat) abzustimmen. Der parteilose Amtsinhaber erhielt 71,6 Prozent der Stimmen und wurde damit in seinem Amt bestätigt. Der SHGT gratuliert Olaf Plambeck herzlich zur Wiederwahl und wünscht für die weitere Amtszeit viel Erfolg!

Sabine Kählert neue Bürgermeisterin von Tornesch



Am 27. Mai 2018 wählten die Bürgerinnen und Bürger in Tornesch Sabine Kählert (parteilos) zur neuen Bürgermeisterin. Sie wird Roland Krügel ablösen, der über 30 Jahre hauptamtlicher Bürgermeister in Tornesch war. Nachdem am 6. Mai 2018 keiner der drei Kandidaten die absolute Mehrheit auf sich vereinen konnte, wurde eine Stichwahl erforderlich. Dabei konnte sich Sabine Kählert mit 58,8 Prozent der Stimmen gegen den Mitbewerber Bernhard Janz (CDU) durchsetzen, der 41,2 Prozent der Stimmen erhielt. Der SHGT gratuliert Sabine Kählert herzlich zur Wahl und wünscht für das neue Amt viel Erfolg!

Der zuverlässige Begleiter durch die Aus- und Fortbildung!



Verwaltungs-rundschau

Zeitschrift für Verwaltung in Praxis und Wissenschaft

Die Verwaltungs-rundschau ist seit mehr als 50 Jahren das zentrale Diskussionsforum für alle Fragen der Aus- und Fortbildung der Mitarbeiter in der Verwaltung. Die Thematik umfasst nicht nur rechtliche Fragen, sondern auch verwaltungsrelevante Gebiete der Wirtschafts- und Finanzwissenschaft, der Sozialwissenschaften und der Verwaltungslehre, die entsprechend ihrer Bedeutung für Studium und die Praxis vertreten sind.

Weitere Informationen unter www.verwaltungs-rundschau.de

Das Abo der Verwaltungs-rundschau bietet Ihnen:

- Beiträge zu aktuellen Fragen aus Gesetzgebung und Rechtsprechung
- Ausbildungsspezifische Probleme und Lehraufsätze zu Methodik und Didaktik
- Methodische Anleitungen und Originalklausuren mit Musterlösungen zum „trainieren“ von praktischen Fällen
- Entscheidungen im Volltext, mit kommentierten Grundsatzurteilen und Leitsätzen
- Aktuelle Informationen
- Qualifizierte und ausführliche Besprechungen von Fachliteratur

„Die Gemeinde“

ist **die** Zeitschrift für die
Schleswig-Holsteinische Selbstverwaltung.

Als kommunalpolitische Zeitschrift auf Landes-
ebene bietet sie einen umfassenden Service
für die Selbstverwaltung.

Werden auch Sie Leser der „Gemeinde“!

Deutscher Gemeindeverlag GmbH.,
24017 Kiel, Postfach 1865, Ruf (04 31) 55 48 57

Deutscher Gemeindeverlag GmbH, Postfach 1865, Jägersberg 17, 24017 Kiel
- V 3168 E - Entgelt bezahlt

Let's do

IT.

Nicole J. (31),
seit zwei Jahren
bei Dataport.

Daten sichern mit kugelsicherer Weste.

Der Sinn-Faktor kommt in IT-Berufen oft zu
kurz. Bei uns ist er sozusagen im Quellcode
festgeschrieben. Wir arbeiten stets mit der
Gewissheit, der Gesellschaft etwas zu geben.
Zum Beispiel eine zeitgemäße IT-Forensik.

www.dataport.de



dataport
GUT FÜR ALLE. GUT FÜR DICH.