

Bayerischer Kommunalen
Prüfungsverband

BKPV

BKPV-Mitteilungen

1/2005
März 2005

Bayerischer Kommunalen Prüfungsverband
Renatastraße 73, 80639 München
Telefon: (089) 1272-0, Telefax: (089) 1688646
E-Mail: geschaefsstelle@bkpv.de
Internet: www.bkpv.de

INHALTSVERZEICHNIS

RdNr.		Seite
-	Vorwort	3
1	Nichtigkeit kommunaler Beihilfen wegen Unterlassens des Notifizierungsverfahrens (Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG-Vertrag)	5
2	Kein Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Stadtwerke durch Kopplungsangebote für Strom und Telefonanschluß	11
3	Vergabe eines Entsorgungsauftrags an ein städtisches Unternehmen: Rekommunalisierung der Abfallentsorgung als vergaberechtsfreies In-House-Geschäft	12
4	Änderung der Vorschriften über die Entlastung durch die Gesetzesänderung zum 01.08.2004	15
5	EuGH: Beteiligung Privater schließt In-House-Vergabe aus	19
6	Gründung und Handeln kommunaler Gesellschaften und kommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts	22
7	Presserechtlicher Auskunftsanspruch gegen ein in der Rechtsform der GmbH betriebenes kommunales Unternehmen	51
8	Auskunftsrecht eines Journalisten	53
9	Zur Unwirksamkeit einer mietvertraglichen Formulklausel, durch die dem Mieter die Ausführung der Schönheitsreparaturen nach einem „starrten“ Fristenplan auferlegt wird	55
Bau 1	Unlauterer Wettbewerb bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen hier: von Vermessungsleistungen	57
Bau 2	Vergaberecht: Spekulationsangebote sind zwingend auszuschließen, wenn die Einheitspreise einzelner Positionen in Mischkalkulationen auf andere Positionen umgelegt werden	59

RdNr.		Seite
Bau 3	Unwirksame Bürgschaften „auf erstes Anfordern“	68
Bau 4	Erleichterungen für kommunale Auftraggeber bei der Anwendung der VOB/A und der VOL/A	69
Bau 5	Überzahlungen an Baufirmen und sonstige Vertragspartner: Aktuelle Hinweise zur Verjährung von Rückforderungsansprüchen zum Jahresende 2004	72
Bau 6	Der Kostenanschlag Instrument der Kostenplanung und Grundlage für das Honorar der Architekten und Ingenieure	77
Bau 7	Abrechnung von Mauerarbeiten: Herstellen von Tür- und Fensteröffnungen	85
Bau 8	Honorare der Architekten und Ingenieure für Leistungen, die Freianlagen, Verkehrsanlagen und verkehrsberuhigte Bereiche umfassen	87
Bau 9	Neue Normen für Tragwerke aus Beton, Stahlbeton und Spannbeton	95

BKPV-Mitteilungen 1/2005

Liebe Leserinnen und Leser,

Ihnen liegt die neue umfangreiche Ausgabe unserer BKPV-Mitteilungen vor. In den Mitteilungen sind die im Laufe des vergangenen Jahres bereits auf unserer Homepage unter „Aktuelles“ (www.bkpv.de/Aktuelles) eingestellten Beiträge zusammengefaßt. Künftig finden Sie die während eines Jahres verfaßten Beiträge für unsere Mitteilungen jeweils unter „Veröffentlichungen/Mitteilungen 200x“. Diese Beiträge werden dann am Ende des Jahres in Papierform herausgegeben. Bitte nutzen Sie die Möglichkeit, sich bereits vor Erscheinen der Mitteilungen über neue Urteile und Beiträge auf unserer Internetseite zu informieren, und weisen Sie auch Ihre Mitarbeiter darauf hin.

Die vorliegenden Mitteilungen befassen sich neben anderen Themen vor allem mit neueren Entwicklungen im Vergaberecht. Bedeutsam waren hier vor allem das Urteil des BGH vom 18.05.2004 zu den Spekulationspreisen (RdNr. Bau 2) und die Entscheidung des EuGH vom 11.01.2005 zu den sog. In-House-Vergaben (RdNr. 5). Letztere Entscheidung wird die bisherigen Formen der Zusammenarbeit zwischen Kommunen und Privatfirmen erheblich beeinflussen und vielfach freihändige Vergaben im Rahmen einer sog. Public-Private-Partnership nicht mehr zulassen. Vielleicht sollten die Kommunen diese Entscheidung auch als Chance sehen, die nicht selten zu ihren Lasten gehenden gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen und Vereinbarungen mit Privatfirmen etwas zurückzufahren.

Die Diskussion im kommunalen Bereich war in letzter Zeit - neben Hartz IV und Verwaltungsreform - vor allem von der Finanzknappheit bei den Kommunen beherrscht. Auch für unsere Tätigkeit war und ist dieses Thema bestimmend, u.a. im Zusammenhang mit einigen Sonderaufträgen zu Fragen der Haushaltskonsolidierung und zur Analyse von Kostenstrukturen. Wir sehen es als eine wichtige Aufgabe unseres Verbandes an, Möglichkeiten aufzuzeigen, wie man den Finanzproblemen der Kommunen begegnen kann. Deshalb verlagern wir auch die Schwerpunkte der überörtlichen Prüfung verstärkt auf Fragen der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung, insbesondere des Personalbedarfs. So führen wir derzeit flächendeckend bei den kreisangehörigen Gemeinden, aber auch bei einigen kreisfreien Städten, entsprechende Untersuchungen und Erhebungen durch. Dabei prüfen wir, ob Aufgaben mit geringerem Personalaufwand erledigt werden können (Art. 106 Abs. 1 Nr. 4 GO), und zeigen den Gemeinden entsprechende Einsparungsmöglichkeiten auf. Die Erhebungen nützen der jeweils geprüften Gemeinde, aber auch allen unseren Mitgliedsgemeinden. Deshalb bitte ich Sie auch an dieser Stelle sehr herzlich, unsere Mitarbeiter bei den notwendigen Untersuchungen weiterhin zu unterstützen.

Ein weiterer Schwerpunkt unserer Arbeit ergibt sich aus der Entwicklung bei der Einführung der Doppik im kommunalen Bereich. Auch wenn in Bayern noch keine Entscheidung darüber gefallen ist, ob die Kommunen zu einer Umstellung auf die Doppik verpflichtet werden sollen (derzeit sieht es eher nicht danach aus), wird schon wegen der inzwischen eingetretenen tatsächlichen Entwicklung die Doppik sicher eine zulässige Form des Rechnungswesens bleiben. Wir haben uns deshalb bereits intensiv mit den dabei auftretenden praktischen Problemen befaßt, einige Kommunen bei der Einführung der Doppik beraten und begleitet und uns auch personell auf weitere Beratungen und auf erste Prüfungen doppischer Haushalte eingestellt. Wir geben Ihnen keine Empfehlungen, **ob** Sie Ihr Rechnungswesen umstellen sollen, aber wir unterstützen Sie bei einer von Ihnen gewünschten Umstellung, ggf. auch durch begleitende Prüfungen. Wir wollen damit auch dazu beitragen, daß ein gewisses Maß an Einheitlichkeit bei der Umstellung sichergestellt wird und nicht jede Kommune ihren eigenen Weg geht, wodurch gerade das wichtige Ziel der Vergleichbarkeit der Haushalte gefährdet wäre.

Ihr

Wolfram Zwick

1 **Nichtigkeit kommunaler Beihilfen wegen Unterlassens des Notifizierungsverfahrens (Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG-Vertrag)**

In jüngerer Zeit haben wir bereits mehrfach Themen aus dem EG-Beihilferecht der Art. 87 f. EG-Vertrag aufgegriffen (Geschäftsbericht 2000, S. 18 ff., BKPV-Mitteilungen 1/2003, RdNr. 2). Gegenstand des folgenden Beitrags ist ein Urteil des BGH vom 04.04.2003 (Az.: V ZR 314/02), in dem sich das Gericht mit der rechtlichen Bewertung und den Folgen einer unter Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG-Vertrag (Notifizierungsverfahren) gewährten staatlichen Beihilfe befaßt. Der BGH kommt dabei zum Ergebnis, daß die Gewährung der Beihilfe nichtig ist, wenn zuvor das nach Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG-Vertrag vorgeschriebene Notifizierungsverfahren nicht durchgeführt wurde. Die Beihilfe ist dann grundsätzlich zurückzufordern. Da Art. 87 f. EG-Vertrag auch kommunale Beihilfen erfassen, kommt dem Urteil auch diesbezüglich Bedeutung zu.

1. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin wurde von der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben mit der Privatisierung ehemals volkseigener land- und forstwirtschaftlicher Flächen beauftragt. Sie veräußerte im Rahmen des Flächenerwerbsprogramms nach § 3 Ausgleichleistungsgesetz - AusglLeistG - (a.F.) Ackerland an den Beklagten. Unter Bezugnahme auf die Bestimmungen des AusglLeistG und der hierzu erlassenen Flächenerwerbsverordnung vereinbarten die Parteien einen Gesamtkaufpreis, der sich aus einem Anteil für begünstigt erworbene Flächen und aus einem Anteil für zum Verkehrswert erworbene Flächen zusammensetzte. Der Beklagte zahlte den Kaufpreis und wurde am 29.07.1998 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Am 20.01.1999 entschied die Europäische Kommission (ABl. EG Nr. L 107 vom 24.04.1999 S. 21), daß das in § 3 AusglLeistG a.F. geregelte Flächenerwerbsprogramm mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbare Beihilfen enthalte, soweit sich die durch den begünstigten Flächenerwerb gewährten Vorteile - wie hier - nicht auf den Ausgleich von Vermögensschäden beschränkten, die auf Enteignungen oder enteignungsgleichen Eingriffen staatlicher Stellen beruhten, und die Intensität der Beihilfe die Höchstgrenze von 35 % für landwirtschaftliche Flächen in nicht benachteiligten Gebieten gemäß der EG-Verordnung Nr. 950/97 überschreite. Der Bundesrepublik Deutschland wurde aufgegeben, gewährte Beihilfen nach Maßgabe des deutschen Rechts einschließlich Zinsen ab dem Zeitpunkt der Gewährung zurückzufordern und zukünftig Beihilfen dieser Art nicht mehr zu gewähren.

Auf der Grundlage der zur Erfüllung der Rückforderungspflicht durch das Vermögensrechtsänderungsgesetz vom 15. September 2000 eingeführten Vorschriften des § 3 a AusglLeistG bestimmte die Klägerin einen neuen Kaufpreis für die von dem Beklagten begünstigt erworbenen Flächen, der 65 % des Verkehrswerts ent-

sprach, und forderte den Beklagten zur Nachzahlung des Differenzbetrages zuzüglich Zinsen auf.

2. Der BGH hielt diesen Nachzahlungsanspruch für begründet und führte dazu im einzelnen folgendes aus:
 - a) Der auf der Grundlage von § 3 AusglLeistG a.F. geschlossene Kaufvertrag gewähre dem Käufer keine geschützte Rechtsposition, da er gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Gebot nichtig sei.

Das folge allerdings nicht schon daraus, daß der begünstigte Flächenerwerb nach der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.01.1999 eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe darstellte und deshalb gegen das Beihilfeverbot gemäß Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag (früher Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag) verstieß. Denn diese Bestimmung entfalte in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten erst dann unmittelbare Wirkung, wenn sie insbesondere durch eine Entscheidung der Europäischen Kommission nach Art. 88 Abs. 2 EG-Vertrag (früher Art. 93 Abs. 2 EG-Vertrag) konkretisiert worden sei. Daran fehlte es im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen den Parteien.

Der Vertrag verstieß darüber hinaus aber gegen das in Art. 88 Abs. 3 Satz 3 (früher Art. 93 Abs. 3 Satz 3) EG-Vertrag enthaltene Verbot der Durchführung beabsichtigter Beihilfemaßnahmen. Diese Norm ist unmittelbar anwendbar und betrifft nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs insbesondere jede Beihilfemaßnahme, die ohne die in Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG-Vertrag vorgeschriebene Notifizierung durchgeführt wird. Eine Notifizierung des Flächenerwerbsprogramms war unterblieben.

Dieser Verstoß führt nach Auffassung des BGH zur Nichtigkeit des Vertrages; denn Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag sei ein Verbotsgesetz i.S. von § 134 BGB. Zwar stelle die unterlassene Notifizierung (Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG-Vertrag) einen lediglich formellen Verstoß dar, der für sich genommen noch nicht die Sanktion des § 134 BGB auslöse. Doch komme dem Abschluß Beihilfe gewährender Verträge ohne vorherige Notifizierung und ohne abschließende (positive) Kommissionsentscheidung materielle Bedeutung zu. Das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag solle im Interesse gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen eine solche verfrühte Beihilfegewährung verhindern. Um diesen materiellen Gesetzesverstoß gehe es.

Daß sich das Durchführungsverbot seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten der EU, nicht jedoch an die Empfänger staatlicher Beihilfen richtet, steht nach Auffassung des BGH der Anwendbarkeit des § 134 BGB nicht entgegen. Zum einen sei fraglich, ob es sich nach dem Sinn und Zweck der Norm nicht auch an die Begünstigten richte. Denn der Schutz des freien Wettbewerbs als Voraussetzung für einen Gemeinsamen Markt lasse sich ohne Einbeziehung der durch die staatli-

chen Beihilfen Begünstigten nicht verwirklichen. Jedenfalls sei aber anerkannt, daß § 134 BGB auch dann Anwendung finde, wenn es zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots gehe, der Zweck des Gesetzes aber anders als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung nicht zu erreichen sei. Das treffe vorliegend zu. Das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag diene nicht nur der Sicherung des Systems der präventiven Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission. Es gehe auch konkret darum, Wettbewerbsvorteile des Einzelnen zu verhindern, die er aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen könnte. Dieses Ziel könne nur erreicht werden, wenn der privatrechtliche Vertrag, durch den die Beihilfe gewährt wird, als nichtig angesehen werde, damit der Beihilfegeber oder ein Wettbewerber des Begünstigten in die Lage versetzt werde, zur Vermeidung einer - weiteren - Wettbewerbsverzerrung umgehend die Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe zu verlangen. Daher lasse der Europäische Gerichtshof keinen Zweifel daran, daß ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Unwirksamkeit der betreffenden Beihilfemaßnahme zur Folge habe, und zwar selbst dann, wenn die Europäische Kommission in ihrer abschließenden Entscheidung die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erkläre. Im nationalen Zivilrecht ergebe sich dieselbe Rechtsfolge aus § 134 BGB.

- b) Im konkreten Fall sah der BGH die Rückforderung der Beihilfe auch nicht aufgrund außergewöhnlicher Umstände des Einzelfalls als ausgeschlossen an.

Zwar könne die in die Kaufpreisnachforderung gekleidete Rückforderung im Ausnahmefall unter Berücksichtigung von Grundsätzen des Verwaltungsverfahrensrechts (§ 48 Abs. 2 VwVfG, vgl. auch Art. 48 Abs. 2 BayVwVfG) treuwidrig und damit nach § 242 BGB unzulässig sein. Das Vorliegen der Voraussetzungen hierfür hat der BGH aber verneint.

Werden Beihilfen, wie üblich, durch Verwaltungsakt gewährt, so ist eine Rückforderung nicht generell ausgeschlossen, aber nur unter den sich aus § 48 Abs. 2 VwVfG (oder Art. 48 Abs. 2 BayVwVfG) ergebenden Voraussetzungen möglich. Diesen öffentlich-rechtlichen Bindungen kann sich die öffentliche Hand nicht dadurch entziehen, daß sie die Beihilfe durch eine von ihr beherrschte Kapitalgesellschaft gewähren läßt. Daher können in einem solchen Fall die ansonsten nach § 48 Abs. 2 VwVfG zu berücksichtigenden Gesichtspunkte in ihrem sachlichen Gehalt zivilrechtlich nicht ausgeblendet werden. Es geht bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Rückforderung ausnahmsweise ausscheidet, um Fragen des Vertrauensschutzes, um die Berücksichtigung besonderer Belange des Empfängers der Beihilfe, die auch dem Zivilrecht nicht fremd sind und hier unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu prüfen sind.

§ 48 Abs. 2 VwVfG verbietet die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, der eine Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewährt, dann, wenn der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Ver-

trauen unter Abwägung mit den öffentlichen Interessen an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Solche Umstände lagen im entschiedenen Fall nicht vor.

Der BGH läßt es dahinstehen, ob der Auffassung zuzustimmen ist, daß ein Beihilfebegünstigter wegen der durch Art. 88 EG-Vertrag zwingend vorgeschriebenen Überwachung staatlicher Beihilfen durch die Europäische Kommission nur dann auf die Rechtmäßigkeit der Beihilfe vertrauen darf, wenn diese unter Beachtung des darin vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde, und ob es dem Beklagten im konkreten Fall bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt möglich und von ihm zu erwarten gewesen wäre, sich über die Einhaltung des Notifikationsverfahrens zu vergewissern. Dagegen spreche, daß der Kaufvertrag, der dem Beklagten die Vergünstigung gewährte, dem geltenden Recht zu entsprechen schien. Daß der Beklagte hätte erkennen können, daß die in dem Vertrag enthaltene Beihilfegewährung dem EG-Vertrag widersprach, sei immerhin zweifelhaft.

Aber auch wenn man davon ausgehe, daß dem Beklagten eine Sorgfaltspflichtverletzung nicht anzulasten sei, ist sein Vertrauen in den ungeschmälernten Bestand der rechtswidrig gewährten Beihilfe nach den Ausführungen des BGH nicht schutzwürdig. Bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen trete neben das öffentliche Interesse der Mitgliedstaaten an einer Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands ein öffentliches Interesse der EU an der Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung. Gegenüber diesem gesteigerten öffentlichen Rückforderungsinteresse konnte sich der Beklagte im entschiedenen Fall nicht auf Umstände stützen, die es ausnahmsweise gerechtfertigt erscheinen ließen, seinen Interessen den Vorrang zu geben.

3. Das Urteil des BGH verdeutlicht eine Problematik, die in einer Vielzahl von vertraglichen Beziehungen zwischen Kommunen und (ggf. sogar kommunal beherrschten) Unternehmen, insbesondere in sog. Public Private Partnerships, versteckt sein könnte. Das bislang in der Erörterung von Beihilfefragen gegenüber dem materiellen Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag eher nachrangige, an die Mitgliedstaaten gerichtete formelle Verbot, Beihilfen vor Abschluß eines Notifizierungsverfahrens bei der Europäischen Kommission zu gewähren, erweist sich als Verbotsgesetz i.S. von § 134 BGB, das zur Nichtigkeit der Beihilfegewährung und zur Rückabwicklung führt. Dabei dürfte es im Ergebnis ohne Belang sein, ob eine Beihilfe mittels Verwaltungsakt oder in einem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag gewährt wird. Im ersten Fall ist (landesrechtlich) Art. 48 BayVwVfG einschlägig, im zweiten Fall ergibt sich die Nichtigkeit aus Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i.V. mit § 134 BGB, wobei die Beihilfe auf der Grundlage des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs zurückgefordert werden kann. Im dritten Fall führt die Nichtigkeit gemäß § 134 BGB zum Rückforderungsanspruch nach §§ 812 ff. BGB.

Bemerkenswert ist, daß der BGH der Ansicht, § 134 BGB verlange einen beiderseitigen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, mit der Argumentation entgegentritt,

der Zweck des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag sei nicht anders zu erreichen als durch Annullierung der durch den Vertrag getroffenen Regelung. Denn das gesetzgeberische Ziel, Wettbewerbsvorteile eines Einzelnen zu verhindern, die dieser aus einer nicht im vorgeschriebenen Verfahren gewährten Beihilfe ziehen könne, lasse sich nur über die Nichtigkeit des Vertrages und die Erstattung der Beihilfe erreichen.

Dabei wird in komplexen Beihilfefällen zu prüfen sein, ob nicht ausnahmsweise nach § 139 BGB nur Teilnichtigkeit anzunehmen ist. Damit würde etwa ein zuvor durch unrechtmäßige Beihilfe begünstigtes Unternehmen an einer im öffentlichen Interesse liegenden Investition festgehalten und könnte sich nicht mehr zu Lasten der öffentlichen Hand davon lösen (vgl. Koenig, EuZW 2003, S. 417).

Abschließend ist festzuhalten, daß dringend davor zu warnen ist, auf ein Notifizierungsverfahren etwa in der Hoffnung zu verzichten, die Beihilfegewährung werde ohnehin nicht zu einem Rechtsstreit führen und von der Europäischen Kommission nicht bemerkt. Die drohende Nichtigkeit und Rückabwicklung sprechen gegen ein solches Vorgehen. Das haben wir schon im Geschäftsbericht 2000, S. 27, betont.

Der BGH bestätigte seine Rechtsprechung mittlerweile mit der Entscheidung vom 20.01.2004 (Az.: XI ZR 53/03). Daraus ist folgendes hervorzuheben:

1. Der BGH bejahte für den Fall unwirksamer Beihilfevereinbarungen das Bestehen bereicherungsrechtlicher Ansprüche auf Rückzahlung der Beihilfe unter dem Gesichtspunkt der Leistungskondition, während vertragliche Rückzahlungsansprüche ausschieden. Dem lasse sich nicht entgegenhalten, der geschlossene Vertrag sehe bereits die Rückzahlung einer rechtswidrig geleisteten Beihilfe vor, so daß es der Sanktion seiner Nichtigkeit nicht bedürfe. Eine Rückforderung der Beihilfe auf der Grundlage eines wirksamen Vertrages würde nämlich nach Auffassung des BGH den Vorgaben des europäischen Rechts schon deshalb nicht gerecht, weil sich auf den vertraglichen Rückforderungsanspruch, anders als auf die Nichtigkeit des Vertrages, lediglich der Vertragspartner, nicht aber ein Dritter, etwa ein Wettbewerber des Begünstigten, berufen könnte. Das hat u.a. zur Folge, daß der zurückzuzahlende Betrag nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zu verzinsen ist, nicht dagegen mit einem womöglich höheren vertraglich vereinbarten Satz.
2. Der BGH stellte ferner klar, daß der bereicherungsrechtliche Rückzahlungsanspruch trotz des im entschiedenen Fall verstrichenen Zeitraums von über acht Jahren seit dem für die Nichtigkeit der Beihilfe maßgeblichen Urteil des EuGH und der entsprechenden Versicherungen deutscher Behörden, insoweit werde die Beihilfe nicht zurückgefordert, nicht verwirkt sei. Denn der Beihilfeempfänger habe sich darauf nicht einrichten dürfen. Die nationalen Behörden hätten nämlich hinsichtlich der Rückforderung kein Ermessen; ihre Rolle beschränke sich auf die Durchführung der Entscheidung der EU-Kommission.

3. Ergänzend führte das Gericht aus, ein zurückzuzahlender Beihilfebetrug sei vom Zeitpunkt der Auszahlung an gemäß den marktüblichen Zinssätzen zu verzinsen. Der Zinssatz könne nach § 287 ZPO geschätzt werden; die vom Beihilfeempfänger behauptete Möglichkeit einer zinsgünstigen konzerninternen Kreditierung blieb außer Betracht. Der Zinsanspruch richte sich - wie die Rückforderung insgesamt - nach nationalem Recht; dieses werde aber von Vorgaben des europäischen Rechts überlagert und modifiziert. Dabei sei zu berücksichtigen, daß die Rückforderung der Beihilfe der Wiederherstellung der vorherigen Lage diene. Deshalb müßten alle sich aus der Beihilfe ergebenden finanziellen Vorteile, die wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt haben, beseitigt werden. Nach den Vorgaben des EuGH werde die vorherige Lage nur dann annähernd wiederhergestellt, wenn der zurückzuzahlende Beihilfebetrug vom Zeitpunkt der Auszahlung an zu verzinsen sei und wenn die angewandten Zinssätze den marktüblichen Zinssätzen entsprächen. Andernfalls verbliebe dem Empfänger zumindest ein Vorteil, der der kostenlosen Verfügung über Barmittel oder einem vergünstigten Darlehen entspreche. Davon ausgehend könne sich der Beihilfeempfänger nicht auf eine ihm angeblich möglich gewesene konzerninterne Finanzierung zu einem günstigeren Zinssatz berufen.

EAPI.: 00 (0000)

2 **Kein Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Stadtwerke durch Kopplungsangebote für Strom und Telefonanschluß**

In den BKPV-Mitteilungen 1/2002 hatten wir unter RdNr. 4 bereits von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Zulässigkeit der Koppelung des Verkaufs gemeindlicher Grundstücke mit dem Bezug von Fernwärme berichtet. Der Bundesgerichtshof befaßte sich nunmehr mit einer weiteren Thematik aus dem Bereich der wettbewerbsrechtlichen Einordnung kommunalen Handelns. Mit Urteil vom 04.11.2003, Az.: KZR 16/02, äußerte er sich zu der Frage, ob Stadtwerke kartellrechtswidrig handeln, wenn sie in Kooperation mit einem Telekommunikationsunternehmen den Bezug von elektrischem Strom und Telefondienstleistungen zu einem gemeinsamen (vergünstigten) monatlichen Grundpreis anbieten. Die Klägerin, die Deutsche Telekom AG, sah in solchen Angeboten den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Der Bundesgerichtshof folgte dieser Auffassung nicht.

Die Pressestelle des Bundesgerichtshofs führt dazu folgendes aus (Pressemitteilung Nr. 130/2003 vom 04.11.2003):

„Der Bundesgerichtshof bejahte allerdings eine marktbeherrschende Stellung der beklagten Stadtwerke. Zwar hatten sie nur einen geringen Anteil am deutschen Gesamtmarkt der Belieferung der privaten Endabnehmer und gewerblichen Kleinverbraucher mit elektrischer Energie. In ihrem angestammten örtlichen Versorgungsgebiet belieferten sie - wie das Berufungsgericht unterstellt hat - jedoch trotz der Angebote bundesweit tätiger Stromanbieter 96 % der privaten Endabnehmer und gewerblichen Kleinverbraucher. Da danach die Liberalisierung des Energiemarktes im Bereich des Stromnetzes der Stadtwerke nicht zu einer spürbaren faktischen Belebung des Wettbewerbs geführt hat, sah der Bundesgerichtshof es als geboten an, in einem derartigen Fall den räumlich relevanten Markt trotz des Wegfalls der Versorgungsmonopole und des dadurch an sich möglichen bundesweiten Wettbewerbs weiterhin örtlich abzugrenzen.

Der Bundesgerichtshof hielt das Kopplungsangebot jedoch nicht für einen Mißbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung. Da die Kunden wählen konnten, ob sie wie bisher nur Strom von den Stadtwerken beziehen oder einen Vertrag über den Bezug von Strom und Telefon zu einem gemeinsamen Grundpreis schließen wollten, und somit beide Leistungen nicht zwangsweise gekoppelt wurden, sah der Bundesgerichtshof in dem Angebot einen legitimen Bestandteil des auch dem marktbeherrschenden Unternehmen offenstehenden Wettbewerbs um Strom- und Telefonkunden. Er wäre nach Auffassung des Kartellsenats nur dann bedenklich, wenn durch eine Sogwirkung des Angebots der Marktzutritt für Wettbewerber auf dem Markt für Telefondienstleistungen verhindert oder beschränkt würde; dafür bestanden jedoch keine Anhaltspunkte, zumal Verbraucher, die das Angebot der Beklagten annahmen, sich von überkommenen Gewohnheiten („Strom von den Stadtwerken, Telefon von der Deutschen Telekom“) lösen mußten.“

EAPI.: 85 (854); 86 (861); 87 (870)

3 Vergabe eines Entsorgungsauftrags an ein städtisches Unternehmen: Rekommunalisierung der Abfallentsorgung als vergaberechtsfreies In-House-Geschäft

In der Vergangenheit berichteten wir bereits mehrfach über Gerichtsentscheidungen, die sich mit den Voraussetzungen sog. In-House-Geschäfte zwischen Kommunen und kommunalen Unternehmen befaßten. In-House-Geschäfte sind dadurch gekennzeichnet, daß auf sie die Vergaberechtsvorschriften nicht angewendet werden müssen (BKPV-Mitteilungen 2/2002, RdNr. 8, 1/2003, RdNr. 1).

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf entschied nunmehr mit Beschluß vom 15.10.2003 (Az.: VII-Verg 50/03) folgenden Fall:

Die Stadt Fröndenberg in Nordrhein-Westfalen hatte ursprünglich eine private GmbH mit der Entsorgung des Hausmülls in der Stadt beauftragt. Dieser Vertrag wurde gekündigt. Die Stadt beschloß, die Stadtwerke, deren Anteile sie zu 100 % hielt, mit der Abfallbeseitigung zu beauftragen. Der Auftrag sollte aus tarifrechtlichen Gründen von einer 100%igen Tochtergesellschaft der Stadtwerke, also einer „Enkelgesellschaft“ der Stadt, in GmbH-Form ausgeführt werden. Eine Ausschreibung fand nicht statt.

Hiergegen wandte sich ein privates Entsorgungsunternehmen an die zuständige Vergabekammer. Diese gelangte zu der Auffassung, daß die Voraussetzungen für ein vergaberechtsfreies In-House-Geschäft nicht gegeben seien. Sie stützte ihre Entscheidung auf das sog. AWISTA-Urteil des OLG Düsseldorf aus dem Jahre 2000 (Verg 3/99), das die wirtschaftliche Betätigung eines kommunalen Abfallentorgers außerhalb des eigenen Stadtgebiets für rechtmäßig befand. Die Abfallentsorgung geschehe im Wettbewerb. Wegen der deshalb naheliegenden Möglichkeit der überörtlichen Betätigung sei nicht mehr sichergestellt, daß die Leistungen überwiegend für die eigene Kommune erstellt würden. Dies, so die Vergabekammer, sei jedoch eine der Voraussetzungen für ein vergabefreies In-House-Geschäft.

Dieser Auffassung trat das OLG Düsseldorf entgegen. Das Gericht sah die Rekommunalisierung der Abfallentsorgung als vergaberechtsfreies In-House-Geschäft der Kommune an. Das Gericht setzte sich dabei insbesondere mit drei Fragenkreisen auseinander:

1. Auftragserfüllung durch ein Tochterunternehmen der Stadtwerke

Der Annahme eines In-House-Geschäftes stehe, so das Gericht, nicht entgegen, daß der öffentliche Auftraggeber den Auftrag zunächst an eine städtische Gesellschaft erteilt habe, die Leistung aber nicht durch dieses Unternehmen, sondern ausschließlich durch ein noch zu gründendes Tochterunternehmen jener Gesellschaft erbracht werden und dieses Tochterunternehmen durch Vertragsübernahme in das ursprünglich begründete Auftragsverhältnis eintreten solle. Voraussetzung sei in diesem Fall, daß

das zu gründende Tochterunternehmen die Voraussetzungen für ein vergaberechtfreies Eigengeschäft erfülle, also die Kommune über das zu beauftragende Unternehmen eine Kontrolle ausübe wie über ihre eigenen Dienststellen und das Unternehmen seine Tätigkeit im wesentlichen für die Kommune verrichtet. Nicht erheblich sei, ob daneben auch das zunächst beauftragte Mutterunternehmen jene Voraussetzungen erfülle. Vergaberechtlich sei es ohne Belang, ob sich ein öffentlicher Auftraggeber zur Aufgabenerfüllung eines Tochter- oder eines Enkelunternehmens bediene. Gleichgültig sei es ebenso, ob jenes in kommunaler Hand stehende Unternehmen direkt oder mittels Vertragsübernahme mit der Leistungserbringung beauftragt werde, da in beiden Fällen ein unmittelbares Auftragsverhältnis zum öffentlichen Auftraggeber bestehe.

2. Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle

Das Gericht kam zum Ergebnis, daß die Stadt ihre Enkelgesellschaft wie eine eigene Dienststelle beherrsche. Denn die Geschäftsführer der Stadtwerke und der Enkelgesellschaft seien personengleich. Außerdem knüpfe die Gesellschaftssatzung wichtige Entscheidungen an die vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats, dessen Mitglieder ausschließlich durch den Stadtrat bestellt würden.

Das Gericht betonte außerdem, der Gesellschaftsvertrag ordne ergänzend an, daß bestimmte Aufgaben der Gesellschafterversammlung unmittelbar vom Stadtrat unter Vorsitz des Bürgermeisters wahrgenommen würden. Dadurch sei sichergestellt, daß das Entscheidungsorgan der Stadt selbst direkten Einfluß auf die Stadtwerke erhalte. Bezüglich der Enkelgesellschaft solle gleich verfahren werden.

Dazu ist zu bemerken, daß die kommunalrechtliche Zuständigkeit einzelner Organe selbstverständlich nicht gesellschaftsvertraglich geändert werden kann. Nach Art. 93 Abs. 1 GO vertritt grundsätzlich der erste Bürgermeister die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung. Ob er seinerseits gehalten ist, im Vorfeld einen Beschluß des Stadt- oder Gemeinderats herbeizuführen, bestimmt sich nach Kommunalrecht, nicht nach dem Gesellschaftsvertrag. Dies dürfte jedoch im Ergebnis nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Denn der maßgebliche Einfluß der Gemeinde ist jedenfalls allein dadurch sichergestellt, daß wesentliche Entscheidungen der Gesellschafterversammlung vorbehalten sind. Dort hat wie bei anderen gemeindlichen Einrichtungen auch die Gemeinde nach Maßgabe der kommunalrechtlichen Vorschriften zu entscheiden, also durch den Bürgermeister, in der Regel auf der Grundlage eines Gemeinderatsbeschlusses.

3. Aufgabenerfüllung im wesentlichen für den Auftraggeber

Für die Beantwortung der Frage, ob Dienstleistungen im wesentlichen nur für die Stadt erbracht werden sollten, stellte das Gericht nicht auf die Stadtwerke, sondern auf die Enkelgesellschaft als tatsächliche Auftragnehmerin ab. Im zugrunde liegenden Sach-

verhalt konnte dabei nach Auffassung des Gerichts glaubhaft dargelegt werden, daß eine geschäftliche Betätigung der Enkelgesellschaft nach dem Gesellschaftszweck für dritte Auftraggeber aktuell wie auch für die Zukunft ausgeschlossen sei; insbesondere sei die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen nicht geplant.

EAPI.: 80 (808)

Änderung der Vorschriften über die Entlastung durch die Gesetzesänderung zum 01.08.2004

Durch das insoweit am 01.08.2004 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Kommunalrechts vom 26.07.2004 (GVBl S. 272) wurden auch die Vorschriften über die Entlastung neu gefaßt (Art. 102 GO, Art. 88 LKrO, Art. 84 BezO). Nunmehr stellt das kommunale Vertretungsgremium (Gemeinderat, Kreistag, Bezirkstag) nach Durchführung der örtlichen Prüfung der Jahresrechnung und der Jahresabschlüsse und Aufklärung etwaiger Unstimmigkeiten alsbald, jedoch in der Regel bis zum 30.06. des auf das Haushaltsjahr folgenden übernächsten Jahres, die Jahresrechnung in öffentlicher Sitzung fest und beschließt über die Entlastung.

Zu der Neuregelung, deren Wortlaut einige Fragen offenläßt, haben uns mittlerweile mehrere Anfragen erreicht. Wir geben deshalb folgende Hinweise:

1. Entlastung bereits nach der örtlichen Prüfung

Nicht nur (wie schon bisher) die Feststellung der Jahresrechnung, sondern auch der Beschluß über die Entlastung setzt die vorherige Durchführung der überörtlichen Prüfung nicht mehr voraus. Anders als in den meisten Bundesländern war nach bayerischem Kommunalrecht der Entlastungsbeschluß bislang erst nach der überörtlichen Prüfung zu fassen. Die Beschlußfassung über die Entlastung nach Durchführung der überörtlichen Prüfung bereitete in der Praxis mitunter Schwierigkeiten, weil überörtliche Prüfungen nur in mehrjährigem Abstand stattfinden und bis zum Zeitpunkt der Beschlußfassung die Organmitglieder gewechselt hatten oder Organe gar nicht mehr bestanden (z.B. bei Auflösung von Zweckverbänden). Die den Bestimmungen der meisten Länder im Grundsatz folgende Neuregelung begegnet dieser Problematik und läßt die Feststellung der Jahresrechnung und den Beschluß über die Entlastung unabhängig von der Durchführung der überörtlichen Prüfung zu (vgl. Gesetzesbegründung, LT-Drs. 15/1063, S. 21).

Daß der Gesetzgeber den 30.06. des dem Haushaltsjahr folgenden übernächsten Jahres als Termin wählte, während die anderen Bundesländer regelmäßig auf den 31.12. des dem Haushaltsjahr folgenden Jahres abheben, beruht auf der Überlegung, nach Durchführung der örtlichen Prüfung und ggf. der Abschlußprüfungen ausreichend Zeit für die Aufklärung etwaiger Unstimmigkeiten zu lassen (vgl. Art. 103 Abs. 4 GO, Art. 89 Abs. 4 LKrO, Art. 85 Abs. 4 BezO). Die neu eingefügte zeitliche Grenze des 30.06. des auf das Haushaltsjahr folgenden übernächsten Jahres soll nach der Gesetzesbegründung einerseits eine ausreichende Abklärung offener Fragen ermöglichen, andererseits aber den Zeitraum zwischen Haushaltsjahr und Entlastung nicht zu groß werden lassen.

Die Neuregelung ist im Hinblick auf das Wesen der Entlastung und die mit ihr verbundenen Folgen unbedenklich. Mit der Entlastung wird zum Ausdruck gebracht, daß das

kommunale Vertretungsgremium mit der Abwicklung der Finanzwirtschaft im betreffenden Haushaltsjahr einverstanden ist, ihre Ergebnisse billigt und auf haushaltsrechtliche Einwendungen verzichtet. Ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche ist mit der Erteilung der Entlastung nicht verbunden (vgl. Gesetzesbegründung, LT-Drs. 15/1063, S. 21). Ebensowenig macht sie die überörtliche Prüfung und das Abarbeiten ihrer Feststellungen entbehrlich.

2. Getrennte oder gemeinsame Beschlußfassung über Jahresrechnung und Entlastung

Die bisherigen Gebote, die Jahresrechnung alsbald festzustellen und über die Entlastung alsbald zu beschließen, wurden auch zur Verwaltungsvereinfachung zusammengefaßt, ohne daß dadurch (zeitlich) getrennte Beschlüsse über die Feststellung der Jahresrechnung und die Entlastung ausgeschlossen wären. Das bedeutet, daß der Gemeinderat (Kreistag, Bezirkstag) in der gleichen Sitzung die Jahresrechnung feststellen und über die Entlastung beschließen kann. Die jeweiligen Beschlüsse müssen aber formal getrennt sein; denn bezüglich der Beschlußfassung über die Entlastung ist zumindest der Bürgermeister (Landrat, Bezirkstagspräsident) als Leiter der Verwaltung bei der Beratung und Abstimmung wegen persönlicher Beteiligung (Art. 49 GO, Art. 43 LKrO, Art. 40 BezO) nicht stimmberechtigt.

3. Anwendung auf „Altfälle“

Das Gesetz äußert sich nicht zu der Frage, ob die Neuregelung auch auf Jahresrechnungen Anwendung findet, die vor dem Inkrafttreten zum 01.08.2004 gelegt, aber noch nicht überörtlich geprüft wurden; eine Übergangsregelung fehlt. Diese Frage wird in dem Sinn zu beantworten sein, daß bezüglich dieser Jahresrechnungen vor Durchführung der überörtlichen Prüfung die Entlastung beschlossen werden kann. Andernfalls müßte etwa bei einem Prüfungszeitraum der überörtlichen Prüfung für die Haushaltsjahre 2003 bis 2006 mit der Entlastung für die Jahresrechnung 2003 bis nach Durchführung der überörtlichen Prüfung zugewartet werden, während die Entlastung für die Jahresrechnung 2004 wesentlich früher beschlossen werden könnte. Eine solche zu einem Wertungswiderspruch führende Fortwirkung alten Rechts, die noch dazu von der zeitlich nach anderen Gesichtspunkten geplanten Durchführung der überörtlichen Prüfung abhinge und von Kommune zu Kommune unterschiedlich sein könnte, findet weder im Gesetz eine Stütze noch entspräche sie der gesetzgeberischen Zielsetzung.

4. Reichweite der Entlastung

Der Gesetzeswortlaut läßt die Reichweite des Beschlusses über die Entlastung offen. Insbesondere hinsichtlich der Jahresabschlüsse selbständiger Unternehmen wirft das Fragen auf.

Denkbar erscheint, den Begriff „Jahresabschlüsse“ in Absatz 3 im Sinn der Art. 103 Abs. 3 und 4 GO (Art. 89 Abs. 3 und 4 LKrO, Art. 84 Abs. 3 und 4 BezO) und des Art. 105 GO (Art. 91 LKrO, Art. 87 BezO) zu verstehen, so daß es bei der Entlastung um die Jahresabschlüsse der Eigenbetriebe ginge, nicht aber um die Jahresabschlüsse der Kommunalunternehmen und der kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform.

Der nach bisherigem Recht hinter dem Begriff „Jahresabschlüsse“ befindliche Klammerzusatz mit Verweis auf Art. 105 GO (Art. 91 LKrO, Art. 87 BezO) hat allerdings in die geänderte Fassung des Absatzes 3 Satz 1 nicht Eingang gefunden. Außerdem umfaßt die örtliche Prüfung auch die Prüfung der Betätigung der Kommunen in Kommunalunternehmen und Unternehmen in Privatrechtsform (Art. 106 Abs. 4 Sätze 1 und 2 GO, Art. 92 Abs. 4 Sätze 1 und 2 LKrO, Art. 88 Abs. 4 Sätze 1 und 2 BezO). Ihre Wirtschaftspläne und Jahresabschlüsse sind bei einer über 50 v.H. liegenden Beteiligung der Kommune grundsätzlich dem Haushaltsplan beizufügen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 Satz 2 KommHV). Auch wenn es sich bei der örtlichen Prüfung der Jahresabschlüsse von Kommunalunternehmen und kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform regelmäßig nicht um eine „Vollprüfung“ im herkömmlichen Sinn handelt (es sei denn, in der Satzung oder sonst vertraglich wären volle Prüfungsrechte eingeräumt und würden auch genutzt), ist es sachgerecht, die Entlastung ebenso weit reichen zu lassen wie die kommunale unternehmerische Betätigung. Die Entlastung erstreckt sich nach Sinn und Zweck der mit der Rechnungsprüfung verfolgten, möglichst lückenlosen öffentlichen Finanzkontrolle auch auf die Betätigung der Kommune in Kommunalunternehmen und kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform.

5. Behandlung der Berichte über die überörtliche Prüfung

Die Gesetzesänderung zum 01.08.2004 läßt offen, wie nunmehr mit den Berichten der überörtlichen Prüfung verfahren werden soll. Eine Bestimmung, wonach das kommunale Vertretungsgremium über den wesentlichen Inhalt des Prüfungsberichts zu unterrichten wäre, fehlt. Letztlich leitet sich eine entsprechende Unterrichtungspflicht des Bürgermeisters (des Landrats, Bezirkstagspräsidenten) aber bereits aus Art. 30 Abs. 2 und 3 GO (Art. 23 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 LKrO, Art. 22 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 BezO) ab. Art. 102 Abs. 4 GO (Art. 88 Abs. 4 LKrO, Art. 84 Abs. 4 BezO), der nach seinem Wortlaut nicht zwischen Berichten der örtlichen und der überörtlichen Prüfung unterscheidet, unterstreicht das.

6. Aufbewahrung der Bücher und Belege bis zum Abschluß der überörtlichen Rechnungsprüfung und der Bereinigung ihrer Feststellungen

Nach Art. 82 Abs. 2 Sätze 2 und 3 KommHV sind die Bücher zehn Jahre, die Belege sechs Jahre aufzubewahren. Die Fristen beginnen am 1. Januar des der Aufstellung der Jahresrechnung folgenden Haushaltsjahres und enden frühestens sechs Monate nach der Beschlußfassung über die Entlastung. Nach dem Wortlaut der Vorschrift

könnte es bei sehr langen Prüfungszeiträumen dazu kommen, daß Aufbewahrungsfristen vor der überörtlichen Rechnungsprüfung abgelaufen wären.

Nach unserer Auffassung ist § 82 Abs. 2 Satz 3 KommHV gesetzeskonform in dem Sinn auszulegen, daß eine Vernichtung vor Durchführung der überörtlichen Prüfung und vor der Bereinigung ihrer Feststellungen ausscheidet. Die Vorschrift stellt für das Fristende auf die Entlastung ab, die nach dem bis 31.07.2004 geltenden Recht erst nach der überörtlichen Prüfung und der Aufklärung etwaiger Unstimmigkeiten beschlossen werden konnte. Der Verordnungsgeber hat die Vorschrift bislang nicht geändert. Ohne Bücher und Belege wären weder die überörtliche Prüfung noch die Aufklärung von Unstimmigkeiten sinnvoll möglich. Nach bisherigem Recht war dieser Zweck mit dem Abstellen auf die zeitlich nach dem Ende des Prüfungsverfahrens liegende Entlastung erreicht. Der Gesetzgeber wollte von der Notwendigkeit einer überörtlichen Prüfung und der Aufklärung von Unstimmigkeiten nicht abrücken. Die dem höherrangigen und zeitlich neueren Gesetz nachgehende und niederrangigere Vorschrift des § 82 Abs. 2 Satz 3 KommHV ist damit bis zu einem Tätigwerden des Verordnungsgebers gesetzeskonform in dem Sinn auszulegen, daß eine Vernichtung vor Durchführung der überörtlichen Prüfung ausscheidet, da nur auf diese Weise eine wirksame überörtliche Prüfung gewährleistet ist.

Im übrigen gilt für Betriebe gewerblicher Art ohnehin auch für Belege eine zehnjährige Aufbewahrungsfrist (§ 147 AO).

EAPI.: 96 (960)

5 **EuGH: Beteiligung Privater schließt In-House-Vergabe aus**

Am 11.01.2005 verkündete der EuGH seine mit Spannung erwartete Entscheidung zu einer der bislang am meisten diskutierten Fragen des Vergaberechts, nämlich zu den Anforderungen an ein sog. vergabefreies In-House-Geschäft. Dabei ging es um ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Naumburg, in dem das Gericht u.a. die Frage aufwarf, ob bei der Auftragserteilung an gemischtwirtschaftliche Unternehmen ein vergabefreies Eigengeschäft stets durch die bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Vertragspartner ausgeschlossen sei (siehe BKPV-Mitteilungen 1/2003, RdNr. 1). Das Europabüro der bayerischen Kommunen hat in Brüssel Aktuell 2/2005, S. 2, die auch für Kommunen und ihre Unternehmen bedeutsame Entscheidung des EuGH besprochen und den folgenden Beitrag veröffentlicht:

„Der Europäische Gerichtshof hat am 11. Januar ein Grundsatzurteil zur umstrittenen Frage der ausschreibungsfreien ‚In-House-Geschäfte‘ verkündet (C-26/03). Demnach sind die Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen stets anzuwenden, auch wenn die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags an eine ‚eigene‘ gemischtwirtschaftliche Gesellschaft erfolgt, an der ein privates Unternehmen nur eine Minderheitsbeteiligung hält. Die Teckal-Rechtsprechung des EuGH (C-107/98) greift hier nach Auffassung der Richter nicht, da auch die minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausschließt.

Die Entscheidung des EuGH folgt nicht den Schlussanträgen der Generalanwältin Stix-Hackl vom Herbst vergangenen Jahres (s. Brüssel Aktuell 28/2004). Diese war der Auffassung, dass auch Einrichtungen, an denen ein privater Minderheitsgesellschafter beteiligt ist, das Kontrollkriterium erfüllen können und daher die Teckal-Ausnahme nicht nur für Eigengesellschaften, sondern auch für gemischtwirtschaftliche Gesellschaften gelten könne. Die Hereinnahme privater Unternehmen - so die Generalanwältin - schade grundsätzlich nicht.

Die Luxemburger Richter machen in ihrer Urteilsbegründung jedoch relativ ‚kurzen Prozess‘. Sie verweisen auf die enge Auslegung von Ausnahmemöglichkeiten und stellen schlichtweg fest, dass im Falle ‚Teckal‘ die betroffene Einrichtung zu 100% von öffentlichen Stellen gehalten wurde. ‚Dagegen schließt die - auch nur minderheitliche - Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen‘ - so der EuGH. Die Beziehungen zwischen einer öffentlichen Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, und ihren Dienststellen seien durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruhe dagegen auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen, und verfolge andersartige Ziele. Des weiteren würde die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den in der Richt-

linie 92/50 genannten Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen, insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.

Der denkwürdige - geradezu ungewöhnlich eindeutige - Tenor der Entscheidung, dem Vorlagefragen des OLG Naumburg zu Grunde lagen, lautet: *„Beabsichtigt ein öffentlicher Auftraggeber, mit einer Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist, einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 in der Fassung der Richtlinie 97/52 fallen, so sind die in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stets anzuwenden.“*

Die Europäische Kommission wird sich in ihrer restriktiven Handhabung der Teckal-Rechtsprechung bestätigt fühlen. Sie hatte mehrfach betont, dass bereits die einprozentige Beteiligung eines Privaten einen In-House-Fall ausschliesse. Die Entscheidung des EuGH ist für die Diskussion um PPPs von Bedeutung, da die Kommission in ihrem Grünbuch zu öffentlich privaten Partnerschaften und Konzessionen ausdrücklich auf mehrere beim EuGH anhängige Vorlageverfahren verwiesen hatte (Brüssel Aktuell 15/2004), darunter auch das diese Woche entschiedene. Das Urteil trifft keine Aussagen zu den in letzter Zeit in die Diskussion geratenen Zweckverbänden, da sich die Vorlagefragen des OLG Naumburg auf die Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50 zu öffentlichen Dienstleistungsaufträgen an eine privatrechtliche Gesellschaft bezogen.

Das Urteil des EuGH beschäftigt sich des weiteren intensiv mit Fragen des gerichtlichen Rechtsschutzes und der Auslegung der Richtlinie 89/665 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren (Rechtsmittelrichtlinie). Demnach erstreckt sich der gerichtliche Rechtsschutz, den die Mitgliedstaaten zur Verfügung stellen müssen, auch auf Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens und im Vorfeld einer förmlichen Ausschreibung. Dies gilt insbesondere für ihre Entscheidungen über die Frage, ob ein im Gemeinschaftsrecht vorgesehenes Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge eingeleitet wird. Nicht nachprüfbar sind jedoch Handlungen, die eine bloße Vorstudie des Marktes darstellen oder die rein vorbereitend sind und sich im Rahmen der internen Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers abspielen. Ist dagegen die Willensäußerung des öffentlichen Auftraggebers über dieses Stadium hinausgegangen und kann sie Rechtswirkungen entfalten, so ist diese Äußerung nachprüfbar. Beschließt daher ein öffentlicher Auftraggeber, kein Vergabeverfahren einzuleiten, weil der Auftrag seiner Auffassung nach nicht unter die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften fällt, so handelt es sich um die erste Entscheidung, die gerichtlich überprüfbar ist. Die Aufnahme konkreter Vertragsverhandlungen mit einem Interessenten ist ebenfalls nachprüfbar.

Das Urteil kann im Internet unter Angabe des Aktenzeichens (C-26/03) abgerufen werden unter: <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>.“

Noch ungeklärt ist, welche Konsequenzen sich für schon bestehende Verträge zwischen Kommunen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ergeben, die ohne Vergabeverfahren geschlossen wurden. Wegen der gemeinschaftswidrigen Vergabe der Abwasserbeseitigung in Bockhorn und der Müllentsorgung in Braunschweig (Urteil des EuGH vom 10.04.2003, verbundene Rechtssachen Az.: C-20/01 und C-28/01), bei denen die deutschen Behörden nach Erlass des Feststellungsurteils des EuGH nicht zur Kündigung der Verträge bereit waren, ist beim EuGH ein Antrag der EU-Kommission auf Verhängung täglicher Zwangsgelder gegen die Bundesrepublik Deutschland nach Art. 228 Abs. 2 UAbs. 2 EG-Vertrag anhängig, obwohl die Verträge nicht gelöst werden können, ohne daß Schadensersatz in beträchtlichem Umfang zu leisten ist. Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH antragsgemäß entscheidet und damit die Beendigung der vergaberechtswidrigen Verträge erzwingt.

EAPI.: 80 (804)

6 Gründung und Handeln kommunaler Gesellschaften und kommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts

Inhaltsverzeichnis	Seite
1. Einleitung	23
2. Aufträge der öffentlichen Hand an kommunale Gesellschaften	24
2.1 Grundsatz: (europaweite) öffentliche Ausschreibung	24
2.1.1 Gemischte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsverträge	26
2.1.2 Abgrenzung öffentliche Aufträge/Konzessionen	27
2.2 Ausnahmen von der Verpflichtung, öffentlich auszuschreiben	28
2.2.1 § 100 Abs. 2 lit. g GWB	28
2.2.2 In-House-Geschäfte (vergabefreie Eigengeschäfte)	29
2.2.3 Vertragsverlängerungen und Vertragsänderungen	32
3. Gründung kommunaler Gesellschaften; Veräußerung von Gesellschaftsanteilen	34
4. Kommunale Gesellschaften als öffentliche Auftraggeber	35
5. Erschließungsgesellschaften	37
6. ÖPNV-Zuschüsse an defizitäre Verkehrsunternehmen	38
7. Beteiligung kommunaler Gesellschaften am Wettbewerb	40
8. Kommunale Zusammenarbeit und Ausschreibungspflicht	41
8.1 Neuere obergerichtliche Rechtsprechung	42
8.2 „Spanien“-Urteil des EuGH vom 13.01.2005	44
8.3 Fall „Hinte“	45
8.4 Bewertung	46
9. Einkaufsgemeinschaften	47
10. Rechtsschutzmöglichkeiten	49

1. Einleitung

Immer mehr Kommunen erfüllen ihre Aufgaben der Daseinsvorsorge durch kommunale Gesellschaften des Privatrechts. Entlastung des Kommunalhaushalts sowie mehr Flexibilität und Wirtschaftlichkeit der privaten Gesellschaft werden als Gründe genannt. Sind an diesen Gesellschaften Private dauerhaft und partnerschaftlich beteiligt, spricht man von Public Private Partnerships (bisweilen auch von ÖPP - Öffentlich Private Partnerschaften). Anzutreffen sind solche Konstruktionen z.B. in der Abfallentsorgung, beim Betrieb von Kläranlagen und Abwasserentsorgungseinrichtungen, in der Gas-, Wasser- und Energieversorgung, der Straßenreinigung, beim Winterdienst, bei der Gebäudereinigung, in der Wohnungswirtschaft, beim Betreiben von Bädern und im öffentlichen Personennahverkehr. Die Gründung und das Handeln kommunaler Gesellschaften werfen neben haushaltsrechtlichen, steuerrechtlichen, kommunalrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Problemstellungen schwierige Fragen des Vergaberechts auf. Anhand einiger Beispielfälle sollen wesentliche Aspekte des Vergaberechts dargestellt werden.¹

Bei der vergaberechtlichen Beurteilung der Gründung und des Handelns kommunaler Gesellschaften müssen im wesentlichen drei Problemkomplexe voneinander unterschieden werden:

- Inwieweit gilt das Vergaberecht, wenn die öffentliche Hand eine kommunale Gesellschaft beauftragt? (Dazu 2.)
- Ist das Vergaberecht schon bei der Suche und Auswahl eines privaten Partners (Gründung einer gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft oder Veräußerung eines Anteils an einer Eigengesellschaft an einen Privaten) zu beachten? (Dazu 3.)
- Muß eine kommunale Gesellschaft ihrerseits Vergaberecht anwenden? (Dazu 4.)

Außerdem soll auf Erschließungsgesellschaften (5.), die jüngste Entscheidung des EuGH zu Zuschüssen im ÖPNV (6.), die Beteiligung kommunaler Gesellschaften am Wettbewerb (7.), die Thematik kommunale Zusammenarbeit und Ausschreibungspflicht (8.), Einkaufsgemeinschaften (9.) und die Rechtsschutzmöglichkeiten von Konkurrenten (10.) kurz eingegangen werden.

¹ Über Einzelfälle und aktuelle Gerichtsentscheidungen zu dieser Thematik haben wir bereits in unseren BKPV-Mitteilungen 2/2002 und 1/2003 und auf unserer Homepage unter „Aktuelles“ berichtet.

2. Aufträge der öffentlichen Hand an kommunale Gesellschaften

Beispiel 1- Eigengesellschaft

Die Landkreise A und B als entsorgungspflichtige Körperschaften für in ihrem Gebiet anfallende Abfälle gründeten die private, an ihre Vorgaben gebundene und ausschließlich für die beiden Landkreise tätige EntsorgungsgmbH C. Die Landkreise halten jeweils 50 % der Anteile. Die C-GmbH erhält vom Landkreis A den Auftrag zum Einsammeln, Sortieren und Entsorgen von Hausmüll (Auftragsvolumen 250.000 EUR jährlich). Ist dieser Auftrag ausschreibungspflichtig?

Beispiel 2 - Enkelgesellschaft

Die Stadt A gründete die private Stadtentwässerungswerke-GmbH, eine 100%ige Eigengesellschaft. Die Stadtentwässerungswerke-GmbH ist auch mit der Reinigung der Kanäle im Stadtgebiet nach Vorgaben der Stadt betraut. Aus tarifrechtlichen Gründen soll die T-GmbH, eine 100%ige Tochtergesellschaft der Stadtentwässerungswerke-GmbH, diesen Auftrag übernehmen (Auftragsvolumen 300.000 EUR). Ist die Leistung ausschreibungspflichtig?

Beispiel 3 - Schwestergesellschaft

Die Stadt A gründete die Stadtwerke GmbH B, eine 100%ige Eigengesellschaft, und die AbfallentsorgungsgmbH C, eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft, bei der die Stadt A 51 % der Anteile, die private D-GmbH 49 % der Anteile halten. Die Stadtwerke GmbH B soll Dienstleistungen für die AbfallentsorgungsgmbH C erbringen (Auftragsvolumen 250.000 EUR). Ist dieser Auftrag ausschreibungspflichtig?

Beispiel 4 - gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft

Die Stadt A und die private B-GmbH gründeten die Betreiber-GmbH C. Die Stadt hält 51 %, die B-GmbH 49 % der Anteile. Nach der Gesellschaftssatzung können Beschlüsse der Gesellschafterversammlung in der Regel mit einfacher Mehrheit, in bestimmten Ausnahmefällen jedoch nur einstimmig gefaßt werden. Die C-GmbH erhält von der Stadt A den Auftrag zur Modernisierung des städtischen Hallenbades (Auftragsvolumen 4,5 Mio EUR). Ist dieser Auftrag ausschreibungspflichtig?

2.1 Grundsatz - (europaweite) öffentliche Ausschreibung

Als öffentliche Auftraggeber (§ 98 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB vom 26.08.1998, BGBl I S. 2547) schreiben Kommunen öffentliche Aufträge (entgeltliche Verträge, die Liefer-, Bau- und Dienstleistungen zum Gegenstand haben, § 99 Nr. 1 GWB) grundsätzlich (Ausnahmen vgl. unten 2.2) europaweit im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren aus, wenn die EU-Schwel-

lenwerte überschritten sind (§ 97 Abs.1 GWB). Die Schwellenwerte betragen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die nicht aus den Bereichen Trinkwasser, Energie oder Verkehr und nicht von obersten oder oberen Bundesbehörden stammen, derzeit noch 200.000 EUR (§ 2 Nr. 3 VgV) und für Bauaufträge 5 Mio EUR Nettoauftragswert (§ 2 Nr. 4 VgV). Die europaweite Ausschreibung dürfte daher bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sehr häufig sein.

Rechtsgrundlagen für die europaweite Ausschreibung sind die §§ 97 ff. GWB, durch die die europäischen Koordinierungs- und Rechtsschutzrichtlinien² in deutsches Recht umgesetzt wurden. Detaillierte Verfahrensvorschriften enthalten die auf den §§ 97 ff. GWB basierende Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV vom 11.02.2003 BGBl I S. 169) und die Verdingungsordnungen (jetzt Vergabe- und Vertragsordnungen) VOB/A, VOL/A und VOF, Ausgaben 2002.³

Unterhalb der Schwellenwerte bilden das deutsche Haushaltsrecht (HGrG, BHO, BayHO, KommHV) und die Verdingungsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF den vergaberechtlichen Ausgangspunkt. In Bayern ist nach § 31 Abs. 2 KommHV und der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 24.05.1995 (AllMBl S. 506), zuletzt geändert durch Bek vom 14.02.2003 (AllMBl S. 85), die Einhaltung der VOB bei Bauaufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte verbindlich. Aber auch der Vergabe von Aufträgen für Liefer- und Dienstleistungen hat aus haushaltsrechtlichen Gründen nach § 31 Abs. 1 KommHV eine öffentliche Ausschreibung vorauszugehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.

² RL 92/50/EWG vom 18.06.1992 - Dienstleistungskordinierungsrichtlinie; RL 93/37/EWG vom 14.06.1993 - Baukordinierungsrichtlinie; RL 93/36/EWG vom 14.06.1993 - Lieferkordinierungsrichtlinie; RL 93/38/EWG vom 14.06.1993 - Sektorenrichtlinie; RL 89/665/EWG vom 21.12.1989 - Überwachungsrichtlinie; RL 92/12/EWG vom 25.02.1992 - Sektorenüberwachungsrichtlinie

³ Die Vergabevorschriften wurden in jüngster Zeit erneut überarbeitet. Die bislang getrennten Richtlinien für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge wurden in eine Richtlinie (Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABIEG Nr. L 134 vom 30.04.2004, 114, sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie - VKR) integriert, Aufträge aus den Bereichen Wasser, Energie, Verkehr und Postdienste fallen unter die neue sog. Sektorenkoordinierungsrichtlinie - SKR (Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABIEG Nr. L 134 vom 30.04.2004, 1). Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge sind nach den neuen Richtlinien ab einem Schwellenwert von 249.000 EUR (162.000 EUR für Aufträge von zentralen Regierungsbehörden) und öffentliche Bauaufträge ab einem Schwellenwert von 6.242.000 EUR europaweit auszuschreiben. Die Mitgliedstaaten haben bis zum 31.01.2006 Zeit, die Vergaberichtlinien in nationales Recht umzusetzen.

Zu den Beispielen

Im o.a. Beispiel 1 hat der Landkreis A als öffentlicher Auftraggeber den Auftrag zum Einsammeln, Sortieren und Entsorgen von Hausmüll, einen Dienstleistungsauftrag i.S. des § 99 Abs. 1 und 4 GWB oberhalb des EU-Schwellenwertes, auszuschreiben, falls keine Ausnahmen in Betracht kommen (vgl. unten 2.2). Gleiches gilt in den Beispielen 2 und 3 für die Aufträge an die Enkel- bzw. Schwestergesellschaften. Bei dem Auftrag zur Modernisierung des Hallenbades an die C-GmbH durch die Stadt A im Beispiel 4 handelt es sich um einen Bauauftrag i.S. des § 99 Abs. 1 und 3 GWB unterhalb des Schwellenwertes, der nach § 31 Abs. 2 KommHV und der oben erwähnten Bekanntmachung des Innenministeriums grundsätzlich auszuschreiben ist.

2.1.1 Gemischte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsverträge

Bei gemischten Verträgen, die Bau-, Liefer- und/oder Dienstleistungselemente enthalten, stellt sich angesichts der unterschiedlichen Schwellenwerte für die jeweiligen Vergabearten nach EU-Recht die Frage, welcher Schwellenwert für den Gesamtvertrag anzuwenden ist. Im Ergebnis hängt das davon ab, welches Vertragsziel mit der ausgeschriebenen Leistung erreicht werden soll. Grundsätzlich ist die Tendenz zum möglichst breiten öffentlichen Leistungswettbewerb zu beachten.

Bestellt der Auftraggeber beispielsweise eine Solaranlage, die er vom Lieferanten einbauen läßt, ist zu entscheiden, ob ein Werk-(Bau-) oder ein Kauf-(Liefer-)auftrag mit Montageverpflichtung vorliegt. In seinem Urteil vom 03.03.2004⁴ hat der BGH zu dieser üblicherweise aus einer Hand bezogenen Leistung darauf abgestellt, auf welcher der Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt. Bei der Schwerpunktbetrachtung war entscheidend, daß der Vertragsgegenstand nicht eine Anpassung typisierter Einzelteile an individuelle Wünsche erforderte, sondern daß die Anlage ohne größeren Aufwand wieder zu demontieren und gegebenenfalls anderweitig zu verwenden war.

Der BGH nahm hier insgesamt einen Lieferauftrag an, auf den bei EU-weiter Vergabe die VOL anzuwenden ist.

Den Auftrag für die Sanierung und Erneuerung der Brandmeldeanlage in Museumsbauten hat das BayObLG⁵ als Bauauftrag und nicht als Lieferauftrag angesehen und dabei auf die Definition in § 99 GWB und den Schwerpunkt des Vertrags abgestellt. Zu den Bauleistungen zählten insbesondere auch die Lieferung und Montage der für die bauliche Anlage erforderlichen maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen und Anlagenteile. Auch bei einem etwaigen hohen Lieferanteil sei nicht die Lieferung einer Ware geschuldet, die als Nebenleistung verlegt oder angebracht

⁴ BGH, Urteil vom 03.03.2004, VII ZR 76/03

⁵ BayObLG, Beschluß vom 23.07.2002, NZBau 2003, 340 - 342

werde, sondern die mittels Installation unter Einsatz bauhandwerklicher Leistungen zu bewirkende Herstellung eines Zustands, in dem das Museum über eine sanierte und erneuerte Brandmeldeanlage verfüge.

Das BayObLG sah hierin einen Bauauftrag, der der VOB/A unterfällt.

Komplexer wird die Problematik, wenn die gesamte Leistung nicht herkömmlich von einem Auftragnehmer erbracht wird und eine Leistung nicht notwendiger Teil einer anderen ist, um ein Gesamtziel zu erreichen (wie dies das BayObLG bei der Brandmeldeanlage gesehen hat), sondern jeder Teil im Grundsatz auch isoliert in Auftrag gegeben werden könnte, beispielsweise die Sanierung und der Betrieb einer Kläranlage oder die Errichtung eines Wärmekraftwerks, das anschließend ein Dritter zur Stromlieferung betreiben soll. Hier stellt sich die Frage, ob die getrennte Vergabe (erst Errichtung; später Betrieb bzw. Energielieferung) vergaberechtlich anders zu beurteilen ist als die gleichzeitige Ausschreibung beider Leistungen, und wenn ja, welche der mehreren in Betracht kommenden Ausschreibungsarten (VOB, VOL oder VOF) anzuwenden ist. Läßt der Bauherr eine Kläranlage sanieren, die er selbst betreiben will, und kommt er erst später auf die Idee, den Betrieb zu vergeben, so sind der Bau nach VOB, der Betrieb nach VOL je für sich zu beurteilen und auszuschreiben. Läßt der Auftraggeber die Kläranlage durch einen Dritten sanieren, der sie auch betreiben soll, liegen verschiedene Ziele vor. Von diesen kann man nicht ohne weiteres sagen, daß das eine in rechtlicher Hinsicht der Schwerpunkt und das andere untergeordnet sei. Daß die Sanierung als solche notwendige Voraussetzung für den Betrieb ist, heißt nicht, daß sie der Schwerpunkt des Gesamtleistungszieles ist. Der Schwerpunkt richtet sich auch nicht nach dem möglicherweise subjektiven Ziel des Auftraggebers, den Betrieb in private Hände zu legen und deshalb die Anlage zugleich sanieren zu lassen. Entscheidend für das Vergaberecht ist, daß die an Schwellenwerte gebundene förmliche Vergabe mit dem Ziel, jeweils einen breiten öffentlichen Leistungswettbewerb sicherzustellen, durchgeführt wird. Das bedeutet: Erreicht keiner der Leistungsteile Bau und Betrieb den für ihn geltenden EU-Schwellenwert, so ist die Leistung nicht EU-weit auszuschreiben. Erreicht einer der beiden Teile den EU-Schwellenwert, so ist die Gesamtmaßnahme nach diesem auszuschreiben. Erreichen beide den Schwellenwert, so ist nach den Vergaberegeln auszuschreiben, die den strengeren Wettbewerb fordern, sonst würde das Vergaberecht für die unter seine Anwendung fallenden Bieter umgangen. Ebenso darf der Auftrag nicht in der Absicht in zwei Schritte aufgeteilt werden, das Vergaberecht zu umgehen, wenn der Auftraggeber eine Gesamtlösung anstrebt.

2.1.2 Abgrenzung öffentliche Aufträge/Konzessionen

Eine andere Möglichkeit, die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (insgesamt) auf Private zu übertragen, ist die Konzession. Bei ihr werden die notwendigen Leistungen durch private Unternehmen erbracht. Sie erhalten als Gegenleistung keine direkte Bezahlung, sondern das Recht, über eine bestimmte Zeitspanne hinweg ein Bauwerk exklusiv zu

nutzen oder eine Dienstleistung exklusiv zu erbringen und abzurechnen.⁶ Ein privater Konzessionär erbringt auf Grund einer von der Gebietskörperschaft erteilten Konzession seine Leistung unmittelbar an den Bürger. Beispiele für die in Deutschland bisher seltenen Baukonzessionen sind die Sanierung des Olympiastadions in Berlin und große Infrastrukturprojekte, wie die Errichtung von Brücken oder Tunnel auf Autobahnen. Dienstleistungskonzessionen unterliegen nicht dem Vergaberecht. Bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession sind gleichwohl die Grundregeln des EG-Vertrags im allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im besonderen zu beachten, das insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt, damit festgestellt werden kann, ob das Verbot beachtet wurde.⁷ Sie unterliegen außerdem dem Haushaltsrecht. Ein Beispiel aus jüngster Zeit ist die Übernahme der Essensversorgung für Schulen und Kindertagesstätten durch einen Auftragnehmer.⁸ Zentrales Kriterium für Konzessionen ist, ob der jeweilige Konzessionär ganz oder jedenfalls zum überwiegenden Teil das wirtschaftliche Nutzungsrisiko der in Rede stehenden Dienstleistung trägt.

2.2 Ausnahmen von der Verpflichtung, öffentlich auszuschreiben

2.2.1 § 100 Abs. 2 lit. g GWB

Nach § 100 Abs. 2 lit. g GWB sind Aufträge, die an eine Person vergeben werden, die ihrerseits Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 GWB ist und ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung hat, nicht auszuschreiben. Die Ausnahmvorschrift ist in den o.a. Beispielen und auch sonst im Regelfall nicht einschlägig, da die Aufträge an private Gesellschaften kaum vorher durch Gesetz oder VO übertragen werden.

⁶ vgl. Endler, Privatisierungen und Vergaberecht, NZBau 2002, 125

⁷ vgl. Europäische Kommission, Stellungnahme vom 30.03.2004, S. 6 ff. Nach Auffassung der EU-Kommission erfüllt die Übertragung der kommunalen Aufgabe Abwasserbeseitigung auf einen Abwasser-Zweckverband alle Voraussetzungen, um als Dienstleistungskonzession qualifiziert zu werden. Die weitere Rechtsentwicklung ist abzuwarten.

⁸ Vergabekammer Brandenburg, Beschluß vom 12.08.2003, VK 48/03, DStGB Aktuell 0704 vom 13.02.2004

2.2.2 In-House-Geschäfte (vergabefreie Eigengeschäfte)

Fraglich ist, ob in den o.a. Beispielfällen die vom Europäischen Gerichtshof in der sog. Teckal-Entscheidung⁹ für Lieferaufträge und in der Entscheidung „ARGE Gewässerschutz“¹⁰ für Dienstleistungen formulierten und vom BGH¹¹ übernommenen Ausnahmen einer sog. In-House-Vergabe vorliegen.¹²

a) In-House-Geschäfte bei Eigengesellschaften

Nach den vom EuGH in den oben genannten Urteilen aufgestellten Grundsätzen liegt ein In-House-Geschäft vor,

- wenn eine Gebietskörperschaft einen Vertrag mit einer rechtlich von ihr verschiedenen Person, an der sie beteiligt ist, schließt,
- wenn die Gebietskörperschaft über die juristische Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und
- wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehat/innehaben.

Es muß also ausgeschrieben werden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber, wie etwa eine Gebietskörperschaft, beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren, über Bauleistungen oder freiberufliche Leistungen zu schließen, soweit die Einrichtung für diesen Auftrag im Wettbewerb mit Dritten steht, die ebenfalls die Chance erhalten müssen, anzubieten. Dabei ist es unerheblich, ob diese Einrichtung selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist.

Zu den Beispielen

Im Beispiel 1 sind die Anteile an der EntsorgungGmbH C jeweils zu 50 % im Besitz der Landkreise A und B. Die Landkreise erfüllen ihre Aufgaben anstatt durch Eigen- oder Regiebetriebe in privater Organisationsform. Die Gründung der EntsorgungGmbH war eine interne Organisationsmaßnahme ohne Wettbewerbsrelevanz. Die private GmbH ist, wenn der Gesellschaftsvertrag umfassende Kontroll- und Weisungsrechte vorsieht, einer Organisationseinheit der Landkreise vergleichbar. Bei dem Auftrag durch den Landkreis A liegt damit ein In-House-Geschäft vor. Der Umstand,

⁹ Urteil vom 18.11.1999, NZBau 2000, 90

¹⁰ EuGH, Urteil vom 07.12.2000, NZBau 2001, 99

¹¹ BGH, Beschluß vom 12.06.2001, NZBau 2001, 517

¹² Urteil vom 13.01.2005, C-84/03

daß an der EntsorgungsgmbH zwei Kommunen beteiligt sind, führt nach der ausdrücklichen Rechtsprechung des EuGH nicht zu einem anderen Ergebnis. Bei mehreren am Auftragnehmer beteiligten öffentlichen Auftraggebern genügt es, wenn die Entscheidungsgewalt im Sinne einer gemeinsamen Kontrolle bei allen öffentlichen Auftraggebern gegeben ist (vgl. § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB).¹³

Im Beispiel 2 erfüllt die Enkelgesellschaft T-GmbH der Stadt A, entsprechende Kontroll- und Weisungsrechte und Tätigkeiten fast nur für die Stadt unterstellt, die vom EuGH aufgestellten Kriterien für ein vergabefreies Eigengeschäft. Es ist gleichgültig, ob sich der öffentliche Auftraggeber zur Aufgabenerfüllung eines Tochter- oder eines Enkelunternehmens bedient. Ebenso gleichgültig ist es, ob das kommunale Unternehmen direkt beauftragt wird oder den Auftrag von der Muttergesellschaft übernimmt. In dem einen wie in dem anderen Fall wird nämlich die zu vergebende Leistung durch ein Unternehmen erbracht, das in einem unmittelbaren Auftragsverhältnis zum öffentlichen Auftraggeber steht und die erörterten Voraussetzungen, unter denen die Rechtsprechung ein vergabefreies Eigengeschäft zulässt, erfüllt.¹⁴

b) Keine In-House-Geschäfte bei gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften

Die Teckal-Entscheidung des EuGH umreißt lediglich allgemein die Konturen des In-House-Geschäfts. Sie bezieht sich auf Fallgestaltungen, bei denen der Staat an den Gesellschaften zu 100 % beteiligt ist. Dementsprechend wurde in Deutschland sehr kontrovers diskutiert, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein vergabefreies In-House-Geschäft auch dann vorliegt, wenn ein privates Unternehmen an der Gesellschaft beteiligt ist.

Das OLG Naumburg¹⁵ legte dem EuGH in seinem Vorlagebeschuß vom 08.01.2003 neben Fragen zum gerichtlichen Rechtsschutz (vgl. dazu unten Abschnitt 9) diese strittige Frage zur Entscheidung vor. Am 11.01.2005 verkündete der EuGH sein mit Spannung erwartetes Grundsatzurteil.¹⁶

Der EuGH führt aus, jede Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der öffentliche Auftraggeber beteiligt sei, schließe es aus, daß der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübe wie über seine eigenen Dienststellen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruhe auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen. Zudem würde die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen,

¹³ vgl. BayObLG, Beschluß vom 22.01.2002, NZBau 2002, 387

¹⁴ vgl. OLG Düsseldorf, Beschluß vom 15.10.2003, NZBau 2004, 58

¹⁵ OLG Naumburg, Vorlagebeschuß vom 08.01.2003, NZBau, 2003, 224

¹⁶ EuGH, Urteil vom 11.01.2005, C-26/03, vgl. RdNr. 5 dieser Mitteilungen

insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffe.

Die Antwort des EuGH auf die Vorlagefrage des OLG Naumburg lautet:

Beabsichtigt ein öffentlicher Auftraggeber mit einer Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist, einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50¹⁷ fallen, sind die in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge **stets** anzuwenden.¹⁸

Zu den Beispielen

Für die gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung im Beispiel 4 hatte das Bayerische Oberste Landesgericht¹⁹ vor der Grundsatzentscheidung des EuGH die „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ als Voraussetzung eines In-House-Geschäfts verneint. Sie liege nicht vor, da in bestimmten Fällen Beschlüsse nur einstimmig gefaßt werden können und damit der Minderheitsgesellschafter ein Blockaderecht habe. Da der EuGH das Vorliegen von In-House-Geschäften bei gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften generell verneint, ist die jeweilige Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags nicht (mehr) entscheidend.

Im Beispiel 3 würde die Annahme eines In-House-Geschäfts auch im horizontalen Verhältnis bei Schwestergesellschaften naheliegen, wenn die Stadt A als Mutter bei beiden Tochtergesellschaften 100 % der Anteile hielte. Da es sich bei der Abfallentsorgung GmbH C aber um eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft handelt, liegt kein In-House-Geschäft vor.

¹⁷ die „Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie“

¹⁸ Das Urteil (vgl. Fußnote 16) trifft keine Aussage zu der Frage, ob die Übertragung von Aufgaben auf Zweckverbände ausschreibungspflichtig ist, da sich die Vorlagefragen auf die Übertragung von Aufgaben auf eine private Gesellschaft bezogen. In seinem Urteil vom 13.01.2005 (C-84/03), in dem es um die nicht ordnungsgemäße Umsetzung europäischer Richtlinien in spanisches nationales Recht ging, entschied der EuGH, daß eine nationalstaatliche Regelung, die öffentlich-rechtliche Kooperationen von vorneherein vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausschließt, mit europäischem Recht nicht vereinbar ist. Eine Aussage, ob die interkommunale Zusammenarbeit auf der Grundlage des Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit ausschreibungspflichtig ist, ist damit nicht verbunden.

¹⁹ BayObLG, Beschluß vom 22.01.2002, BayVBI 2002, 641

2.2.3 Vertragsverlängerungen und Vertragsänderungen

Beispiel 5

Die Stadt A hat die Reinigung ihrer Schul- und Verwaltungsgebäude seit 3 Jahren vertraglich unbefristet an die private Gebäudereinigungsfirma C-GmbH übertragen, deren Anteile die Stadt zu 20 % und die private ReinigungsGmbH B zu 80 % halten. Der Vertrag kann mit einer Frist von 6 Wochen zum Jahresende gekündigt werden. Der C-GmbH soll nun auch die Reinigung des neuen Schwimmbades übertragen werden (Auftragsvolumen 250.000 EUR). Außerdem soll das Leistungsentgelt angepaßt werden, da die Gebäude nicht mehr wie bisher an vier, sondern nur noch an drei Tagen gesäubert werden sollen. Besteht aus vergaberechtlichen Gründen eine Kündigungspflicht für den laufenden Vertrag und sind die Vertragserweiterung und die Vertragsänderung ausschreibungspflichtig?

In der Praxis werden Dienstleistungsverträge zumeist unbefristet (mit Kündigungsmöglichkeit) oder befristet mit automatischer Verlängerungsklausel abgeschlossen. Es ist fraglich, ob und wann in derartigen Fällen die bestehenden Verträge gekündigt und die Aufträge neu ausgeschrieben werden müssen.

Soweit die Vorschriften über die Schwellenwertberechnung längerfristige Vertragsbeziehungen berücksichtigen (etwa § 3 Abs. 3 und 4 VgV) und dies bei der Vergabe beachtet wurde, ist die bloße Nichtkündigung solcher unbefristeter Verträge keine neue Vergabe.²⁰ Unbefristete Verträge müssen in diesen Fällen nicht neu ausgeschrieben werden. Eine Kündigung ist aber vergaberechtlich geboten und kann rechtsaufsichtlich gefordert werden, wenn der ursprüngliche Vertrag vergaberechtswidrig zustande gekommen ist. Auch aus haushaltsrechtlichen und/oder betriebswirtschaftlichen Gründen kann eine Kündigung geboten sein, beispielsweise, weil sich die wirtschaftlichen und/oder technischen Rahmenbedingungen, die dem ursprünglichen Vertragsschluß zugrunde lagen, geändert haben. Ein Zeitraum, ab dem derartige Veränderungen zu vermuten sind, kann nicht allgemein angegeben werden. Dieser ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig, z.B. ob dem Vertrag erhebliche Investitionskosten zugrunde liegen oder ob es sich um einen schnellebigen Bereich (z.B. IT) handelt.

Ein auf bestimmte Zeit geschlossener Vertrag, der, wenn er nicht zu einem bestimmten Termin gekündigt wird, automatisch weiterläuft, steht einem kündbaren unbefristeten Vertrag gleich.²¹

Üblich sind bei befristeten Verträgen auch vertraglich vereinbarte Verlängerungsoptionen. Sind sie so verbindlich vereinbart, daß der Auftragnehmer (gegebenenfalls unter

²⁰ vgl. auch Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede, 15. Aufl., § 99 GWB RdNr. 14 unter Bezugnahme auf OLG Celle, Beschluß vom 04.05.2001, NZBau 2002, 53; offengelassen in OLG Düsseldorf, Beschluß vom 14.02.2001, NZBau 2002, 54

²¹ vgl. Marx, Verlängerung bestehender Verträge und Vergaberecht unter Bezugnahme auf Marx in Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 99 GWB RdNr. 8

bestimmten Voraussetzungen) frei ist, die Option auszuüben, ist nicht neu auszusprechen, da der ursprünglich ausgeschriebene Vertrag nur vollzogen wird. Ist die Option zugunsten des Auftraggebers vereinbart, kann die vergabe- und haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht im Einzelfall der Ausübung des Optionsrechts vorgehen.

Werden bei der Verlängerung eines Vertrags wesentliche Vertragsinhalte geändert, muß der Auftrag neu vergeben werden.²² Davon zu unterscheiden sind Vertragsmodifizierungen. Bei der Beurteilung der Relevanzschwelle ist auf die Gesamtumstände des Einzelfalls abzustellen.²³

Nach einer neuen Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg²⁴, bei der es um die automatische Vertragsverlängerung um 1 Jahr bei einer ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit von 4 Jahren (mit der Möglichkeit beider Parteien, nach 4 Jahren unter bestimmten Voraussetzungen die Änderung der Vergütung zu beantragen) ging, begründet allerdings auch eine automatische Vertragsverlängerung vergaberechtlich einen neuen Beschaffungsvorgang. Eine Vertragsverlängerung um ein Jahr bedeute im konkreten Fall die Ausweitung des Vertragsinhalts um 20% hinsichtlich Umfang und Wert und in jedem weiteren Jahr, in dem der Vertrag nicht gekündigt werde, vergrößere sich der Auftragsumfang. Dies sei nicht unbedeutend, sondern komme wirtschaftlich einem Neuabschluß gleich. Hinzu komme, daß in der Klausel nach Ablauf von vier Jahren Preisverhandlungen zugelassen seien.

Zum Beispiel 5

Im Beispiel 5 verstößt die Nichtkündigung des unbefristeten Vertrags nicht gegen Vergaberecht, wenn der Vertrag ursprünglich korrekt ausgeschrieben und vergeben wurde. Die Reinigung der Schwimmhalle ist als wesentliche Änderung auszusprechen, die bloße Anpassung des Vertrags an veränderte Umstände (Reinigung an 3 anstatt an 4 Tagen) dagegen nicht. Anders könnte der Fall dagegen zu sehen sein, wenn statt an 4 Tagen nun an 5 Tagen gereinigt werden soll.

²² OLG Düsseldorf, Beschluß vom 14.02.2001, NZBau 2002, 54

²³ so zum Ganzen auch die Gemeinsamen Leitlinien für die Vergabe von Dienstleistungen des StMWIVT vom 20.08.2004 - I/4a -

²⁴ Beschluß vom 16.11.2004 - 1 VK 69/04

3. Gründung kommunaler Gesellschaften; Veräußerung von Gesellschaftsanteilen

Beispiel 6 - Gründung einer gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft

Die Stadt A und die private B-GmbH gründeten im März 2002 die Betreiber-GmbH C. Die Stadt hielt 51 %, die B-GmbH 49 % der Anteile. Die C-GmbH erhielt von der Stadt A anschließend den Auftrag zur Modernisierung des städtischen Hallenbades (Auftragsvolumen 5,5 Mio EUR). War bereits die Gründung der C-GmbH ausschreibungspflichtig?

Beispiel 7 - Veräußerung von Anteilen an einer Eigengesellschaft an einen Privaten

Die Stadt A und der Landkreis B gründeten am 01.03.2002 die Betreiber-GmbH C, bei der sie jeweils 50 % der Anteile hielten. Die Betreiber-GmbH C erhielt von der Stadt A am 01.05.2002 den Auftrag zur Errichtung einer Kläranlage (Auftragsvolumen 10 Mio EUR). Am 01.03.2003 veräußerten sowohl die Stadt A als auch der Landkreis B jeweils 24,5 % ihrer Anteile an die private GmbH D. Waren die Veräußerungen an die D-GmbH ausschreibungspflichtig?

Es ist umstritten, ob vor der Gründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens bzw. bei der Gründung einer Eigengesellschaft mit anschließender Veräußerung von Anteilen an einen Privaten schon bei der Auswahl des privaten Gesellschafters ein öffentliches Vergabeverfahren durchzuführen ist.

Es wird gelegentlich die Auffassung vertreten, daß eine Ausschreibungspflicht nicht angenommen werden könne, da weder der Gründungsakt eines gemischt-wirtschaftlichen Entsorgungsunternehmens noch die Veräußerung der Anteile eine Beschaffungsmaßnahme der öffentlichen Hand oder eine Lieferung, Bauleistung, Konzession oder ein Dienstleistungsvorgang seien. Zudem sei ein Ausschreibungsverfahren mit dem Wesen einer Gesellschaft und dem dort gebotenen engen Vertrauensverhältnis nicht vereinbar.²⁵

In der Rechtsprechung und der vergaberechtlichen Literatur hat sich dagegen die Ansicht gefestigt, daß die Veräußerung eines Geschäftsanteils an einem kommunalen Unternehmen ausnahmsweise ausschreibungspflichtig sein kann, wenn sie wirtschaftlich in eine Gesamtkonstruktion eingebettet ist, deren Ziel die Umgehung des Vergaberechts ist. Eine Anteilsveräußerung mit einer vorausgegangenen Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die zu privatisierende kommunale Gesellschaft könne als einheitlicher Vorgang betrachtet werden, wenn die Anteilsveräußerung mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags an diese Gesellschaft einhergehe, der ansonsten hätte ausgeschrieben werden müssen. Wenn folglich das „gestufte Verfahren“ nur die Vergabe von Aufträgen zum Ziel hat und die Veräußerung von Geschäftsanteilen bloßes Mittel zum

²⁵ vgl. Steffen/Venus, VKS-News 01/2001

Zweck der Vergabe ist, so ist eine Ausschreibung der Anteilsveräußerung erforderlich.²⁶ Dies gilt insbesondere dann, wenn bei einer Gesamtbetrachtung die Vergabe eines Auftrags zeitlich und sachlich mit der Veräußerung eines Geschäftsanteils eng verbunden ist (Infizierung der Geschäftsanteilsveräußerung) und der Auftrag im Rahmen der Veräußerung der Geschäftsanteile keine untergeordnete Bedeutung hat.²⁷

Zu den Beispielen 6 und 7

Die Gründung einer kommunalen Gesellschaft und die Veräußerung von Geschäftsanteilen sind grundsätzlich keine öffentlichen Aufträge i.S. des § 99 Abs. 1 GWB. Liegt ein „gestuftes Verfahren“ vor, so daß letztlich die Vergabe von Aufträgen Ziel der Gründung der Gesellschaft bzw. der Veräußerung der Gesellschaftsanteile ist, ergibt sich folgendes: Bei der Veräußerung der Gesellschaftsanteile ist im Einzelfall ein Vergabeverfahren durchzuführen. Dies ist bei einer Gesamtbetrachtung insbesondere bei engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang, wie im Beispielsfall 7, anzunehmen. Im Beispielsfall 6 ist nach dem EuGH-Urteil vom 11.01.2005 stets die der Gesellschaftsgründung nachfolgende Auftragsvergabe ausschreibungspflichtig.

4. Kommunale Gesellschaften als öffentliche Auftraggeber

Beispiel 8 - Vergabe durch eine kommunale Gesellschaft

Die Stadt A gründete die Stadtwerke A GmbH, eine 100%ige Eigengesellschaft der Stadt. Die Stadtwerke A GmbH betreibt unter anderem das U-Bahn-Netz der Stadt A. Die Stadtwerke A GmbH möchte das Videoüberwachungsnetz für die U-Bahnhöfe (Umstellung auf digitale Videoüberwachung mit einem Auftragsvolumen, das den Schwellenwert von 400.000 EUR weit überschreitet) erneuern. Ist dieser Auftrag ausschreibungspflichtig und falls ja, nach welchen Vergabevorschriften richtet sich die Ausschreibung? (nach BayObLG, NZBau 2003, 342)

Nach § 98 Nr. 2 GWB sind öffentliche Auftraggeber auch juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn sie die öffentliche Hand überwiegend finanziert oder über ihre Leitung die Aufsicht ausübt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt hat. Die öffentlichen Auftraggeber i.S. des § 98 Nr. 2 GWB sind also durch eigene Rechtspersönlichkeit, einen besonderen Gründungs-

²⁶ Vergabekammer Stuttgart, Beschluß vom 24.01.2001, NZBau 2001, 340; Vergabekammer Düsseldorf, Beschluß vom 07.07.2000, NZBau 2001, 46

²⁷ vgl. Vergabekammer Stuttgart, Beschluß vom 18.07.2001 - 1 Vergabekammer 12/01, zitiert nach Krutisch, NZBau 2003, 650; weitergehend - Veräußerung von Geschäftsanteilen stets ausschreibungspflichtig - etwa Vergabekammer Brandenburg, Beschluß vom 09.04.2001, NZBau 2001, 647L; OLG Brandenburg, Beschluß vom 13.07.2001, NZBau 2001, 645; Jaeger, NZBau 2001, 6

zweck und die Beherrschung dieser Rechtsperson durch die öffentliche Hand gekennzeichnet.

Nach § 98 Nr. 4 GWB sind öffentliche Auftraggeber auch „*natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs oder der Telekommunikation tätig sind, wenn diese Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt werden ... oder wenn Auftraggeber, die unter Nummern 1 bis 3 fallen, auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluß ausüben können*“ (sog. Sektorenauftraggeber).

Im **Beispiel 8** sind die Stadtwerke A sowohl Auftraggeber i.S. des § 98 Nr. 2 als auch i.S. des § 98 Nr. 4 GWB. In diesem Fall geht § 98 Nr. 2 als speziellere Norm vor, der dem Auftraggeber nicht die erleichterten Vergabevorschriften für Sektorenauftraggeber (Verhandlungsverfahren) ermöglicht. Der Auftrag ist also öffentlich auszuschreiben.

Der Inhalt des § 98 Nr. 2 GWB ist stark durch die Entscheidungspraxis des EuGH geprägt. Das Bestehen oder Nichtbestehen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nichtgewerblicher Art ist danach unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände wie Gründungszweck und Gegenstand des Unternehmens zu würdigen. Dabei sind wertend unter anderem die Wettbewerbssituation auf dem betreffenden Markt sowie die Gewinnerzielungsabsicht, Risikotragung und Finanzierung der unternehmerischen Betätigung zu berücksichtigen.²⁸ Eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art ist verneint worden für eine Lotteriegesellschaft, ein regionales Verkehrsunternehmen, das Bayerische Rote Kreuz und eine Ordensgemeinschaft sowie ein Diakoniewerk. Sie ist angenommen worden im Falle einer Bekleidungsgesellschaft zur Versorgung der Bundeswehr, eines Wohnungsbauunternehmens, der das U-Bahn-Netz betreibenden Stadtwerke-GmbH im Beispiel 8, einer Parkraumbewirtschaftungsgesellschaft und einer gesetzlichen Krankenkasse.²⁹

Das OLG Düsseldorf³⁰ hat in einer viel beachteten Entscheidung eine private Gesellschaft, die zum Zweck der Organisation des Bekleidungswesens der Bundeswehr das gesamte operative Versorgungsgeschäft (Einkauf, Lagerung, Verteilung, Transport, Service vor Ort, Aufbereitung) für mehrere Jahre betreiben sollte, als öffentlichen Auftraggeber angesehen, obwohl der Bund nur eine Minderheitsbeteiligung hatte, und dabei auf die zwischen dem Bund und der Gesellschaft bestehenden Vereinbarungen abgestellt, die es dem Bund ermöglichen, die Entscheidungen der Gesellschaft auch in bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen. Bei der Annahme der öffentlichen Auftraggebereigenschaft bei gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften kommt es stets auf eine Gesamtschau der Umstände des Einzelfalls an.

²⁸ EuGH, Urteil vom 22.05.2003, NZBau 2003, 396

²⁹ vgl. Byok, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2002, NJW 2004, 198

³⁰ Beschluß vom 30.04.2003, NZBau 2003, 400

5. Erschließungsgesellschaften

Beispiel 9

Die Stadt A und der private Erschließungsträger B gründeten die ErschließungsGmbH C, bei der B 75 %, die Stadt A 25 % der Anteile halten. Der ErschließungsGmbH C soll vertraglich die gesamte Erschließung für die neuen Baugebiete im Stadtgebiet übertragen werden. Die GmbH C soll die Erschließung vollständig und endgültig auf eigene Kosten durchführen. Die Grundstücke im Baugebiet stehen teils im Eigentum der Stadt A, teils im Eigentum der B. Ist der Abschluß des Erschließungsvertrags ausschreibungspflichtig? Muß die ErschließungsGmbH C ihrerseits Verträge an Nachunternehmer ausschreiben?

Wie bei allen Verträgen ist auch bei Erschließungsverträgen die für die konkrete Vertragsgestaltung von einzelfallabhängigen Faktoren bestimmte Interessenlage der Vertragspartner entscheidend. Dennoch kann grob nach sog. „echten“ Erschließungsverträgen und durch Kostenabrede modifizierten³¹ (sog. „unechten“³²) Erschließungsverträgen, die ebenfalls den Regeln des § 124 BauGB unterliegen, unterschieden werden.

Das Vergaberecht ist unstreitig auch auf öffentlich-rechtliche Verträge anwendbar. Mangels Entgeltlichkeit handelt es sich aber bei einem sog. „echten“ Erschließungsvertrag nicht um einen öffentlichen Auftrag i.S. des § 99 GWB, so daß eine Ausschreibungspflicht deswegen ausscheidet. Bei diesem Vertrag überträgt die Gemeinde dem Erschließungsunternehmer die technische Durchführung und kostenmäßige Abwicklung der Erschließung mit der Folge, daß Erschließungskosten nicht bei ihr, sondern bei dem Erschließungsunternehmer entstehen.³³ Die Erschließung erfolgt also ohne Gegenleistung oder anteilige Beteiligung der Gemeinde an den Erschließungsaufwendungen. Entgeltlichkeit ist auch nicht deswegen anzunehmen, weil der Erschließungsunternehmer die Grundstücke als Gegenleistung erhält, um sie mit Gewinn weiterveräußern zu können. Ob der Erschließungsunternehmer nur eigene oder auch fremde Grundstücke, sog. Fremdanliegergrundstücke, erschließt, ist für die vergaberechtliche Beurteilung nicht entscheidend.

Ein durch Kostenabrede modifizierter Erschließungsvertrag muß dagegen öffentlich ausgeschrieben werden, da es sich um einen entgeltlichen Auftrag i.S. des § 99 GWB an den Erschließungsunternehmer handelt. Bei diesem Vertragstyp werden die Erschließungsaufwendungen von der Gemeinde refinanziert. Da der Erschließungsunternehmer nicht zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen von Fremdanliegern berechtigt ist, ist es in dem auf die Erschließung eines Baugebiets ausgerichteten Vertrag angezeigt und üblich, eine besondere Kostenvereinbarung aufzunehmen, die einen beitragsfähigen Erschließungsaufwand der Gemeinde begründet und auf diesem Weg

³¹ BVerwG, Urteil vom 22.03.1996, NVwZ 1996, 794

³² vgl. auch Wilke, Erschließungsverträge und Vergaberecht, ZfBR 2002, 231

³³ BVerwG a.a.O.

eine der Vorteilssituation seines Grundstücks entsprechende Belastung des Fremdanliegers mit Erschließungskosten ermöglicht.³⁴

Zum Beispiel 9

Erschließungsverträge werden in der Regel mit „rein“ privaten Erschließungsunternehmen geschlossen. Dennoch ist auch die Übertragung der Erschließung auf die Erschließungs-GmbH C, an der die Stadt A beteiligt ist, möglich. Da die GmbH C nach der vertraglichen Vereinbarung die Erschließung vollständig und endgültig auf eigene Kosten durchführt, muß der Auftrag an die GmbH C nicht ausgeschrieben werden. Die Eigentumsverhältnisse an den Grundstücken sind nicht entscheidend. Da die GmbH C nicht von der Stadt A beherrscht wird, ist sie schon deswegen kein öffentlicher Auftraggeber i.S. des § 98 Nr. 2 GWB und muß ihrerseits Aufträge an Nachunternehmer nicht ausschreiben.

6. ÖPNV-Zuschüsse an defizitäre Verkehrsunternehmen

Beispiel 10

Die Verkehrswerke GmbH der Stadt A, eine 100%ige Eigengesellschaft, betreibt die Straßenbahn und mehrere Buslinien. Dieser eigenwirtschaftliche Verkehr wurde ohne Ausschreibung von der zuständigen Bezirksregierung genehmigt. Da die Verkehrswerke GmbH ihre Verkehrsleistungen nicht kostendeckend anbieten kann, erhält sie von der Stadt A jährliche Zuschüsse. Hätte die Beauftragung der Verkehrswerke GmbH vor der Genehmigung ausgeschrieben werden müssen und/oder handelt es sich bei den Zuschüssen um EU-Beihilfen, die bei der Europäischen Kommission notifiziert hätten werden müssen?

Erhebliche Unsicherheiten gab es in jüngster Zeit hinsichtlich der Frage, ob Kommunen auszuschreiben und ein EU-beihilferechtliches Notifizierungsverfahren bei der EU-Kommission durchzuführen haben, wenn sie, wie dies allgemein üblich ist, i.S. des § 8 Abs. 4 PBefG eigenwirtschaftlich tätigen defizitären Verkehrsunternehmen Zuschüsse (auch in Form von Quersubventionen; z.B. indem der ertragsschwache Verkehrsbe- reich durch den ertragsstarken Versorgungsbereich quersubventioniert wird) gewähren. Das BVerwG hatte dem EuGH mit Beschluß vom 06.04.2000³⁵ europarechtliche Fragen zur Auslegung der EG-Verordnung 1191/ 69 und zur Finanzierung des ÖPNV in Deutschland zur Vorabentscheidung vorgelegt. Die Grundsatzentscheidung des EuGH vom 24.07.2003³⁶, „Altmark Trans“, wurde mit Spannung erwartet.

Zur Umsetzung der EG-Verordnung 1191/69 unterscheidet der deutsche Gesetzgeber in § 8 Abs. 4 und § 13 a PBefG zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehrs-

³⁴ vgl. BVerwG a.a.O.

³⁵ NVwZ 2001, 320

³⁶ NJW 2003, 2515

leistungen. Eigenwirtschaftlich sind nach § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG alle Verkehre, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmererträge im handelsrechtlichen Sinne. Alle anderen Verkehrsleistungen sind gemeinwirtschaftlich. Zuschüsse zu gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen sind keine Beihilfen i.S. des EU-Beihilferechts und müssen deswegen nicht von der EU-Kommission notifiziert werden. Gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen dürfen erst nach einer Ausschreibung genehmigt werden. Im Gegensatz dazu können eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen ohne Ausschreibung genehmigt werden. Die Abgrenzung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen ist im Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale „Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen“ und die „sonstigen Unternehmererträge im handelsrechtlichen Sinne“ problematisch.

Die EuGH-Entscheidung besagt im wesentlichen folgendes:

Es ist dem nationalen Gesetzgeber möglich, zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesene Betriebe von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr von der einschlägigen EU-Verordnung Nr. 1191/69 (und damit von der Zuordnung zu einem gemeinwirtschaftlichen Verkehr) auszunehmen. Damit können auch defizitäre Verkehrsleistungen eigenwirtschaftlich sein. Voraussetzung ist allerdings, daß der Grundsatz der Rechtssicherheit gewahrt ist. Die Entscheidung über die Bestimmtheit der Unterscheidung des deutschen Gesetzgebers nach eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren im Personenbeförderungsgesetz wies der EuGH zur Klärung zurück an das BVerwG.

Auch Zuschüsse an Verkehrsdienste mit örtlichem oder regionalem Charakter können EU-beihilferechtlich relevant sein. Öffentliche Zuschüsse, die den Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr ermöglichen sollen, sind aber keine notifizierungspflichtigen Beihilfen, soweit sie als Ausgleich für Leistungen anzusehen sind, die von den begünstigten Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden. Dies ist unter vier Voraussetzungen der Fall:

- Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen müssen klar definiert werden.
- Die Maßstäbe, nach denen der Ausgleich berechnet wird, müssen vor Erteilung des Auftrags objektiv und transparent aufgestellt worden sein.
- Der Ausgleich darf nicht über das Erforderliche hinausgehen.
- Die Höhe des Ausgleichs ist, wenn der Anbieter nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens ausgewählt wurde, im Vergleich mit den Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Verkehrsunternehmen zu tragen hätte.

Das BVerwG stellte das Ausgangsverfahren nach übereinstimmender Erledigterklärung der Parteien mit Beschluß vom 11.12.2003 ein, ohne sich nochmals in der Sache zu äußern.³⁷ Ob eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen durch das PBefG vom Anwendungsbereich der EU-Verordnung ausgenommen worden sind, ist derzeit höchststrichterlich ungeklärt und streitig.³⁸ Nach einer - nicht rechtskräftigen - Entscheidung des VG Stade³⁹ hat der Bundesgesetzgeber in § 8 Abs. 4 PBefG eine wirksame Teilbereichsausnahme von den Regelungen in der EU-Verordnung (EWGV 1191/69) betreffend den eigenwirtschaftlich betriebenen Verkehr getroffen. Die Abgrenzung zwischen gemeinwirtschaftlichem und eigenwirtschaftlichem Verkehr sei so hinreichend bestimmt, daß eine Auslegung möglich sei, die mit Verfassungs- und Europarecht in Einklang stehe.

Für das **Beispiel 10** ergibt sich:

Die Verkehrswerke GmbH der Stadt A kann derzeit weiterhin subventioniert, ihre Tätigkeit konnte ohne Ausschreibung genehmigt werden. Die weitere Rechtsentwicklung bleibt abzuwarten.

7. Beteiligung kommunaler Gesellschaften am Wettbewerb

Beispiel 11

Die Stadtwerke GmbH, eine Eigengesellschaft der Stadt A, führte Elektroarbeiten für private Auftraggeber aus und trat damit in Konkurrenz zum Elektrohandwerk. Wie ist diese Praxis vergaberechtlich zu würdigen?

Kommunale Unternehmen und kommunal beherrschte Public Private Partnerships beschränken sich zunehmend nicht mehr darauf, an Stelle der öffentlichen Hand Leistungen der Daseinsvorsorge im eigenen Gemeindegebiet zu erbringen. Sie bieten zusätzlich Leistungen an, die ursprünglich von Privatunternehmen erbracht wurden, und dies auch außerhalb des eigenen Gemeindegebiets.

Kommunen ist zwar erwerbswirtschaftliches Tätigwerden nur in engen Grenzen erlaubt (Art. 87 BayGO). Verstöße gegen das Kommunalrecht sind nach der sog. „Elektroarbeitenentscheidung“ des BGH⁴⁰, nach der das Beispiel 11 gebildet wurde, aber nicht unmittelbar sittenwidrig i.S. des § 1 UWG, so daß private Konkurrenzunternehmen

³⁷ Lotze/Jennert, Herausforderung ÖPNV, ZKF 2004, 289, Fußnote 12) unter Hinweis auf den Bericht des Bund-Länder-Fachausschusses Straßenpersonenverkehr vom 18.02.2004 zu den Konsequenzen der „Altmark“ - Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für die Finanzierungs- und Ausschreibungspraxis ÖPNV/SPNV in Deutschland S. 12

³⁸ vgl. Lotze/Jennert a.a.O.

³⁹ Urteil vom 16.09.2004, Az.: 1 A 463/03

⁴⁰ BGH, Urteil vom 25.04.2002, NJW 2002, 2645

nach Wettbewerbsrecht keine Unterlassungsansprüche gegen die kommunalen Unternehmen haben. Kommunale Gesellschaften sind aus diesem Grund nicht schon wegen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens i.S. des § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. b VOL/A i.V. mit § 1 UWG von einem Vergabeverfahren auszuschließen.

Nach einer nicht ohne weiteres von der Hand zu weisenden Ansicht⁴¹ sind kommunale Gesellschaften aber wegen eines Verstoßes gegen § 25 Nr. 2 VOL/A wegen „Unzuverlässigkeit“ von der Wertung auszuschließen. Unzuverlässig ist nach dieser Vorschrift, wer nicht die Gewähr für eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung bietet. Wenn kommunale Gesellschaften bei erwerbswirtschaftlichem Tätigwerden mit kommunalrechtlichen Verboten wirtschaftlicher Betätigung (Art. 87 BayGO) in Konflikt geraten könnten, müsse mit einem Einschreiten der Mutterkommune, der Kommunalaufsicht oder mit öffentlich-rechtlichen Unterlassungsklagen von Konkurrenten gerechnet werden. Eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung sei in diesen Fällen nicht gewährleistet.

Andererseits läßt das EU-Gemeinschaftsrecht öffentlich beherrschte oder subventionierte Unternehmen grundsätzlich zu Vergabeverfahren zu. Das hat der EuGH in einem Fall entschieden, in dem es um die Zulassung einer Dienstleistung des öffentlichen Sektors, der hohe staatliche Subventionszahlungen ohne konkrete Projektbindung erhielt, zu einer öffentlichen Vergabe eines Auftrags zur Entnahme und Analyse von Wasserproben in österreichischen Seen und Flüssen ging.⁴²

Unproblematisch dürfte es angesichts der derzeit unsicheren Rechtslage wohl lediglich sein, wenn kommunale Gesellschaften in erster Linie ihre Stammgeschäfte aus dem Bereich der Daseinsvorsorge ausüben und weitere Aufträge lediglich zur (ggf. vorübergehenden) Abrundung vorhandener Kapazitäten annehmen. Personalerweiterungen gerade für erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten dürften aber zumindest den kommunalrechtlichen Vorschriften widersprechen.

8. Kommunale Zusammenarbeit und Ausschreibungspflicht

Im Zusammenhang mit dem Tätigwerden kommunaler Gesellschaften in Privatrechtsform und ihrer Beauftragung durch die Kommune ist die Aufgabenwahrnehmung in kommunaler Zusammenarbeit nach dem KommZG und die Frage, inwieweit die Erfüllung der Aufgabe auszuschreiben ist, zu erörtern. Diese Thematik hat vor allem durch neuere Gerichtsentscheidungen sowie Äußerungen der EU-Kommission und die ihnen folgende öffentliche Diskussion eine besondere Aktualität gewonnen.

⁴¹ vgl. Zeiss, Wechselwirkungen zwischen kommunalem Wirtschaftsrecht und Vergaberecht, NZBau 2003, 475

⁴² EuGH, Urteil vom 07.12.2000, NVwZ 2001, 785

8.1 Neuere obergerichtliche Rechtsprechung

Breite Aufmerksamkeit erweckten zunächst die Entscheidungen des OLG Düsseldorf⁴³ und des OLG Frankfurt a.M.⁴⁴, in denen es um folgenden Sachverhalt ging:

Beispiel 12

Die Stadt A als entsorgungspflichtige Körperschaft beabsichtigte, die Sammlung und Beförderung von Altpapier im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung „gegen Kostenerstattung“ (Auftragsvolumen 250.000 EUR jährlich) von der Nachbarstadt B durchführen zu lassen. Ist diese Dienstleistung ausschreibungspflichtig oder deshalb nicht ausschreibungspflichtig, weil es sich um eine kommunalrechtlich zulässige Zweckvereinbarung handelt?

Das OLG Düsseldorf und das OLG Frankfurt a.M. entschieden, daß eine Kommune, die beabsichtige, die ihr obliegende Sammlung und Beförderung von Altpapier mit einem den EU-Schwellenwert übersteigenden Auftragsvolumen im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung entgeltlich von einer Nachbarkommune durchführen zu lassen, diese Dienstleistung in einem Vergabeverfahren gemäß § 97 Abs. 1 GWB zu beschaffen habe.

Der beabsichtigte Vertrag sei entgeltlich i.S. von § 99 Abs. 1 GWB. Dieser Begriff sei weit auszulegen. Erfasst sei jede Art von Vergütung, die einen Geldwert habe. Die Bezeichnung als „Kostenerstattung“ schade dieser Einordnung nicht. Die Vertragsparteien des in Rede stehenden Auftrags seien „öffentlicher Auftraggeber“ und „Unternehmen“. Die Auftraggeberin sei eine Gebietskörperschaft i.S. des § 98 GWB. Auch wenn die Auftragnehmerin, die in den entschiedenen Fällen die Aufgabe durch ihre Eigenbetriebe erledigen wolle, eine Gebietskörperschaft sei, sei sie in bezug auf die von ihr durchzuführende Aufgabe „Unternehmen“. Auszugehen sei von einem weiten, namentlich funktionell zu verstehenden Unternehmerbegriff.⁴⁵ Er bezeichne einen Rechtsträger, gleich welcher Rechtsform, der sich wirtschaftlich betätige. Dazu gehörten auch Rechtsträger, die ihrerseits die öffentlichen Auftraggebereigenschaften nach § 98 GWB erfüllten, sich jedoch im konkreten Fall gewerbsmäßig mit der Erstellung der betreffenden Leistung befaßten. Die Auftragnehmerin sei zwar selbst öffentliche Entsorgungsträgerin, dies jedoch nur für ihr eigenes Gemeindegebiet. Auch das Handeln eines Hoheitsträgers sei dasjenige eines „Unternehmens“ und an den Vergaberechtsvorschriften des GWB zu messen, wenn der Hoheitsträger den ihm durch das öffentliche Recht zugewiesenen Aufgabenbereich verlasse und sich funktional und gewerbsmäßig wie

⁴³ Beschluß vom 05.05.2004, Az.: VII-Verg 78/03, NVwZ 2004, 1022 - 1023

⁴⁴ Beschluß vom 07.09.2004, Az.: 11 Verg 11 und 12/04

⁴⁵ erinnert sei in diesem Zusammenhang an die gleiche Haltung des EuGH zum Auftraggeberbegriff: Ein Auftraggeber, der selbst Leistungen anbietet, bleibt auch dann öffentlicher Auftraggeber mit der Verpflichtung zur förmlichen Ausschreibung, wenn er die Leistung bei einem Dritten als Subunternehmer nachfragt und über diesen erbringt (EuGH, Urteil vom 18.11.2004, C-126/03, NZBau 2005, 49).

ein Marktteilnehmer verhalte. Anders verhielte es sich, wenn lediglich eine verwaltungsorganisatorische Ausgliederung der Aufgabe in Rede stünde, etwa im Rahmen der Übertragung auf einen Eigenbetrieb der Auftraggeberin oder in der Gestaltungsform eines sog. In-House-Geschäftes. Es handle sich auch nicht um einen Vorgang der Rekommunalisierung, der nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ebenfalls vergaberechtsfrei wäre.⁴⁶ Denn die Auftraggeberin beabsichtige gerade nicht, die in ihre Zuständigkeit fallende Sammlung und Beförderung von Altpapier fortan selbst oder durch eigene Tochtergesellschaften durchzuführen.

Die Beschaffungsmaßnahme sei dem sachlichen Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB auch nicht dadurch entzogen, daß die beteiligten Kommunen die Durchführung der Aufgabe durch eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung zu regeln beabsichtigten. Die Qualifizierung eines Auftrags als privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich sei für die Anwendung des Vergaberechts nicht maßgeblich. § 100 Abs. 2 lit. g GWB, wonach der 4. Teil des GWB nicht für Aufträge gelte, die an eine Person vergeben werden, die ihrerseits Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 GWB sei und ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung habe, greife nicht ein, da der Auftragnehmerin kein ausschließliches Recht zur Abfallentsorgung außerhalb ihres eigenen Stadtgebiets zustehe.

Auch die Bestimmungen des kommunalen Gemeinschaftsrechts⁴⁷, nach denen Gemeinden und Gemeindeverbände vereinbaren könnten, daß einer der Beteiligten sich verpflichtet, einzelne Aufgaben der übrigen Beteiligten für diese durchzuführen, bedeuteten nicht, daß damit auch die Anwendbarkeit des Vergaberechts zur Disposition der Vertragschließenden stünde. Denn die Ausnahmetatbestände nach den EG-Vergaberichtlinien seien abschließend. Ob eine echte Zuständigkeitsübertragung⁴⁸ im Rahmen einer Zweckvereinbarung oder die Gründung eines Zweckverbands als interkommunaler und damit ausschreibungsfreier Vorgang anzusehen wären, war vom OLG Düsseldorf nicht zu entscheiden. Diese Frage wurde auch vom OLG Frankfurt a.M. ausdrücklich offengelassen.

Ausdrücklich anderer Auffassung als das OLG Düsseldorf ist die Vergabekammer Münster.⁴⁹ In dieser Entscheidung heißt es, „*dass die gemeinsame Durchführung von hoheitlichen Aufgaben zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden ... kein Beschaffungsvorgang im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist, sondern lediglich die ansonsten nicht zulässige Verlagerung von hoheitlichen Befugnissen, also Zuständigkeiten, beinhaltet.*“

⁴⁶ vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluß vom 15.10.2003, NZBau 2004, 58

⁴⁷ in Bayern: das Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit - KommZG -

⁴⁸ in Bayern: Aufgabenübertragung

⁴⁹ VK Münster, Beschluß vom 04.10.2004, VK 21/04

8.2 „Spanien“-Urteil des EuGH vom 13.01.2005

Mit Urteil vom 13.01.2005 (Az.: C-84/03)⁵⁰ entschied der EuGH, daß eine Regelung, die Beziehungen zwischen öffentlichen Verwaltungen von vornherein vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausschließe, nicht zulässig sei. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Beispiel 13

Das Königreich Spanien nahm in seinen landesgesetzlichen Bestimmungen zur Umsetzung der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG und der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG⁵¹ im Jahr 2000 unter anderem Kooperationsvereinbarungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und anderen öffentlichen Einrichtungen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts insgesamt aus. Von dieser Ausnahmeregelung waren damit auch Vereinbarungen erfaßt, die öffentliche Aufträge i.S. der genannten Richtlinien sein konnten.

Die EU-Kommission vertrat die Auffassung, die spanischen Bestimmungen seien mit den genannten Richtlinien nicht vereinbar, und erhob Feststellungsklage beim EuGH.

Der EuGH bestätigte die Auffassung der EU-Kommission und führte aus, nach Art. 1 Buchst. a der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG (und wegen der übereinstimmenden Definitionsmerkmale in gleicher Weise nach der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG) genüge es grundsätzlich, daß ein schriftlicher entgeltlicher Vertrag über den Kauf von Waren oder die Ausführung einer bestimmten Art von Arbeiten zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen werde, damit er als öffentlicher Liefer- oder Bauauftrag zu qualifizieren sei. Etwas anderes könne nur beim Vorliegen der Voraussetzungen eines sog. In-House-Geschäftes gelten, also wenn die Gebietskörperschaft über die betreffende Person eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübe und diese Person zugleich im wesentlichen für die sie kontrollierende Gebietskörperschaft oder Gebietskörperschaften tätig sei. Der EuGH sah in der spanischen Regelung eine nicht ordnungsgemäße Umsetzung der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG und der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, da sie bereits von vornherein Kooperationsvereinbarungen zwischen öffentlichen Einrichtungen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausnahm.

Obwohl die Entscheidung des EuGH anders als die Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des OLG Frankfurt a.M. eine abstrakte gesetzliche Regelung und nicht einen konkreten Einzelfall betrifft, liegt sie inhaltlich auf der gleichen Linie. Sie läßt deutlich werden, daß der Spielraum des nationalen Gesetzgebers, einzelne Bereiche vom An-

⁵⁰ IBR 2005, 104 (<http://www.ibr-online.de/IBRZeitschrift/inhalt-jahrgang.php#22> - gesichtet 10.03.2005)

⁵¹ s. Fußnote 2

wendungsbereich des Vergaberechts insgesamt auszunehmen, aus europarechtlicher Sicht sehr begrenzt ist.

8.3 Fall „Hinte“

Aufsehen im kommunalen Bereich erregte im Jahr 2004 das Vorgehen der EU-Kommission wegen der Vergabe einer Dienstleistungskonzession durch die Niedersächsische Gemeinde Hinte. Dabei ging es um folgenden Sachverhalt:

Beispiel 14

Eine Gemeinde vergab ohne vorhergehendes Ausschreibungsverfahren an einen von ihr mitgetragenen Wasserverband eine Dienstleistungskonzession über die Beseitigung von Abwasser. Auf die Vergabe war lediglich in Regionalzeitschriften hingewiesen worden.

Die EU-Kommission vertritt hierzu die Auffassung, daß zwar die Vergabe der Dienstleistungskonzession nicht dem Vergaberecht unterfalle, daß aber nach dem im EG-Vertrag verankerten Diskriminierungsverbot, das die Verpflichtung zur Transparenz einschliesse, ein für alle interessierten Bieter angemessener Grad an Öffentlichkeit hätte hergestellt werden müssen. Sie verweist dazu auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-324/98 vom 07.12.2000 (Telaustria)⁵², wonach das EG-Recht auch für Verträge zwischen öffentlichen Einrichtungen gelte. Die in Regionalzeitschriften veröffentlichten Artikel genügten diesen Anforderungen nicht. Ein interkommunaler Zusammenschluß könne zwar als rein administrative Maßnahme von der Anwendung des Gemeinschaftsrechts über den freien Dienstleistungsverkehr ausgenommen sein. Dafür sei aber die vollständige Aufgabenübertragung erforderlich, woran es fehle, da die Gemeinde sich Kontroll- und Informationsrechte sowie bestimmte Entscheidungsbefugnisse vorbehalten habe.

Die Bundesregierung ist dem mit der Argumentation entgegengetreten, es handle sich um eine reine Zuständigkeitsübertragung im kommunalen Bereich, bei der die Beteiligten nicht wie Private als Nachfrager auf dem Markt aufträten und kein Beschaffungsvorgang vorliege. Für die Fragen der innerstaatlichen Organisationsakte enthalte der EG-Vertrag aber keine Vorgaben.

Die Haltung der EU-Kommission läßt die Tendenz erkennen, den Anwendungsbereich des Vergaberechts zumindest materiell auszudehnen, wenngleich sie konkrete Maßstäbe für die angeblich einzuhaltenden Vorgaben angemessener Transparenz vermissen läßt. Die vorgebliche Schädlichkeit verbleibender Informations- und Kontrollrechte vermag nicht recht zu überzeugen, soweit es nur um das Ausüben mitgliedschaftlicher

⁵² NZBau 2001, 148

Rechte geht, die einem sachlich begründeten Stimmenverhältnis entsprechen.⁵³ Die Entscheidung des von der EU-Kommission angerufenen EuGH bleibt abzuwarten.

8.4 Bewertung

Vom Anwendungsbereich des Vergaberechts dürften die vollständige Übertragung einer kommunalen Aufgabe auf einen Zweckverband als Organisationsakt, die vollständige Übertragung auf eine andere Kommune durch Zweckvereinbarung sowie die Beauftragung eines gemeinsamen Kommunalunternehmens oder eines kommunalen Unternehmens in Privatrechtsform ausgenommen sein, dessen Gesellschafter ausschließlich Kommunen sind.

Eine überzeugende Abgrenzung ausschreibungspflichtiger wirtschaftlicher Betätigung in kommunaler Zusammenarbeit und ausschreibungsfreier kommunaler Zusammenarbeit (z.B. in Form gemeinsamer Einrichtungen zur Kosteneinsparung, etwa eines gemeinsamen Bauhofes) ist mit den bislang vorliegenden Entscheidungen freilich noch nicht gelungen. Insbesondere mag zwar die echte Zuständigkeitsübertragung vergaberechtlich gefordert sein, sachlich ist sie aber nicht unbedingt sinnvoll.

Um den nach den Entscheidungen des EuGH vom 11.01.2005 und 13.01.2005 (Az.: C-26/03 und C-84/03)⁵⁴ verbliebenen Spielraum zu Gunsten der öffentlichen Auftraggeber zu nutzen, schlägt das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit im Entwurf des Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts in § 99 Abs. 1 Satz 2 E-GWB folgende Definition und Abgrenzung vor:⁵⁵

„Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 erbringen lässt, sofern dieser Auftraggeber nicht am Markt für die einzukaufende Leistung tätig ist und an ihm Private nicht beteiligt sind.“

Damit soll erreicht werden, daß das Vergaberecht die kommunale Zusammenarbeit nicht behindert. Betätigen sich allerdings Kommunen wie gewerbliche Unternehmen am Markt (wie im Beispiel 11), verlangte ihre Beauftragung auch nach dem Gesetzesentwurf eine vorausgehende Ausschreibung. Eine Beauftragung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, an denen Private beteiligt sind, wäre - in Einklang mit den Kriterien der sog. Teckal-Entscheidung des EuGH - ohne Ausschreibung nicht möglich. Damit wäre der Entscheidung des EuGH vom 11.01.2005 Rechnung getragen. Man darf gespannt sein, in welcher Weise der Bundesgesetzgeber bei der anstehenden Reform des Vergaberechts verfährt.

⁵³ Flömer/Thomerius, NZBau 2004, 660, 665

⁵⁴ s. Fußnoten 16 und 49

⁵⁵ Stand 08.02.2005

Um dem Zweck der kommunalen Zusammenarbeit Rechnung zu tragen, und ohne gegen die Vorgaben des Vergaberechts zu verstoßen, wäre möglicherweise auch folgende Regelung denkbar: „Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zusammen mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber erbringt, sofern beide nicht am Markt für die zu erbringende Leistung tätig sind und der Leistungsinhalt zum Aufgabenbereich der verbundenen Auftraggeber gehört.“

Soweit nicht die Aufgabenwahrnehmung durch einen Zweckverband ohnehin ein vergaberechtsfreier Organisationsakt ist, ließen sich möglicherweise auch die für das Vorliegen eines vergaberechtsfreien In-House-Geschäftes entwickelten Kriterien für das Verhältnis Kommune - Zweckverband fruchtbar machen, wenn ein Zweckverband als eine Gesellschaft im weiteren Sinn verstanden wird.

9. Einkaufsgemeinschaften

Beispiel 15

Die mittelgroßen Städte A, B, C, D und E gründen die EinkaufsGmbH X, deren Zweck es ist, Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge kostengünstig zu beschaffen.⁵⁶

Variante

Die Städte A, B, C, D und E schließen einen Vertrag (eine Zweckvereinbarung), in der sie sich verpflichten, die Ausrüstungsgegenstände für ihre Feuerlöschzüge gemeinsam zu beschaffen.

Wie sind die Einkaufsgesellschaft X und die Kooperationsvereinbarung vergaberechtlich und kartellrechtlich zu würdigen?

Nicht selten schließen sich Kommunen untereinander oder mit privaten Partnern in unterschiedlicher gesellschafts- und schuldrechtlicher Ausgestaltung zu sog. Einkaufsgemeinschaften zusammen, um ihre Nachfrage zu bündeln und sich eine verbesserte Marktposition zu schaffen.⁵⁷

Kommunalrechtliche Vorschriften stehen solchen Einkaufsgemeinschaften nicht entgegen.

Vergaberechtlich sind solche Einkaufsgemeinschaften, auch wenn private Partner eingebunden werden, ebenfalls nicht unzulässig. § 97 Abs. 1 GWB kann ein Verbot von

⁵⁶ vgl. BGH, Urteil vom 12.11.2002, NVwZ 2003, 1012

⁵⁷ Ein Beispiel ist auch die Beschaffung von Dienstkleidung für Polizisten durch die Länder Hamburg und Niedersachsen beim Logistikzentrum Niedersachsen, vgl. Der Spiegel, Heft 20/2003, S. 52.

Kooperationen verschiedener Auftraggeber, wenn das Transparenzgebot beachtet ist, nicht entnommen werden,⁵⁸ und bei Kooperationsverträgen handelt es sich nicht um die Vergabe öffentlicher Aufträge i.S. des § 99 GWB. Jedenfalls findet die In-House-Rechtsprechung des EuGH (vgl. oben 2.2.2) Anwendung. Allein der Mittelstandsaspekt des § 97 Abs. 3 GWB kann die Bildung von Auftraggebergemeinschaften immer dann begrenzen, wenn mittelständische Unternehmen im Einzelfall durch die Bündelung des Auftragsvolumens vom Bietermarkt verdrängt würden.⁵⁹

Kommunale Einkaufsgemeinschaften werden nach der Rechtsprechung am Kartellverbot des § 1 GWB gemessen. Es kann gegen § 1 GWB verstoßen, wenn Kommunen ihre Nachfrage bündeln, selbst wenn sich die Nachfrage auf Gegenstände richtet, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der hoheitlichen Tätigkeit stehen. Die Beschränkung des Wettbewerbs auf dem betroffenen Beschaffungsmarkt kann in den von den Einkaufsgemeinschaften angestrebten Preisnachlässen und sonstigen günstigen Konditionen liegen.⁶⁰ Ob die Nachfragebündelung tatsächlich geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken, muß in jedem Einzelfall im Hinblick auf den sachlich und räumlich relevanten Markt und die Marktverhältnisse sowohl auf Anbieter- als auch auf Nachfragerseite untersucht werden. Ein genereller Verdacht, daß Einkaufsgemeinschaften grundsätzlich Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken, ist nicht berechtigt. Die Marktbeeinträchtigung muß spürbar sein, die Handlungsweise also mehr als nur unbedeutende Wirkung auf die Wettbewerbsverhältnisse am konkreten Markt haben. Hierzu ist jeweils der betroffene Markt zu untersuchen.⁶¹ Der Markt für Feuerlöschfahrzeuge wurde von der Rechtsprechung⁶² räumlich auf die ganze Bundesrepublik erstreckt. Ob bereits bei dem gemeinsamen Einkauf von Büroartikeln eine spürbare Marktbeeinträchtigung vorliegen könnte, müßte im Detail geprüft werden.⁶³ Darüber hinaus sind nach der sog. „Bagatellbekanntmachung“ des Bundeskartellamtes⁶⁴ Wettbewerbsbeschränkungen in aller Regel dann nicht zu verfolgen, wenn nur ein kleiner Kreis rechtlich und wirtschaftlich selbständiger kleiner und mittlerer Unternehmen beteiligt ist und der Marktanteil dieser Unternehmen 5 % nicht überschreitet. Die Bekanntmachung dürfte auch auf kommunale Kooperationen anzuwenden sein.

⁵⁸ vgl. Kämper/Heßhaus, Möglichkeiten und Grenzen von Auftraggebergemeinschaften, NZBau 2003, 303

⁵⁹ Kämper/Heßhaus a.a.O.

⁶⁰ BGH, Urteil vom 12.11.2002, a.a.O.

⁶¹ Kämper/Heßhaus a.a.O.

⁶² OLG Koblenz, WuW 1999, 316, zitiert nach Kämper/Heßhaus a.a.O.

⁶³ Kämper/Heßhaus a.a.O.

⁶⁴ Nr. 57/80 vom 08.07.1980, BAnz Nr. 133, zitiert nach Kämper/Heßhaus a.a.O.

§ 1 GWB gilt nach § 4 Abs. 2 GWB nicht bei sog. Mittelstandskartellen.⁶⁵ § 4 Abs. 2 GWB stellt Vereinbarungen und Beschlüsse kleiner und mittlerer Unternehmen, die den gemeinsamen Einkauf von Waren oder die gemeinsame Beschaffung gewerblicher Leistungen zum Gegenstand haben, ohne einen über den Einzelfall hinausgehenden Bezugszwang für die beteiligten Unternehmen zu begründen, von dem Kartellverbot des § 1 GWB frei, wenn diese Kooperation den Wettbewerb auf dem konkreten Markt nicht wesentlich beeinträchtigt. Mit dieser Ausnahme sollen strukturelle Nachteile mittelständischer Unternehmen im Verhältnis zu konkurrierenden Großunternehmen ausgeglichen werden. Nach dieser Rechtsprechung⁶⁶ können auch kleine und mittlere Gemeinden Einkaufsgemeinschaften nach § 4 Abs. 2 GWB bilden, da das strukturelle Defizit, schwieriger günstige Beschaffungskonditionen zu erzielen, im Verhältnis von kleinen zu großen Gemeinden gleichermaßen wie im Verhältnis von kleinen zu großen Wirtschaftsbetrieben besteht.

Zum Beispiel 15

Die Bildung von Einkaufsgemeinschaften kleiner und mittlerer Gemeinden zur preisgünstigen Beschaffung von Waren, wie im Beispiel 13, ist grundsätzlich zulässig und für die kommunalen Haushalte zweckmäßig. Allerdings darf die Bildung von Einkaufsgemeinschaften nicht dazu führen, daß ein breit angelegter und fairer Wettbewerb nicht mehr stattfindet.

10. Rechtsschutzmöglichkeiten

Unternehmen haben nach § 97 Abs. 7 GWB einen einklagbaren Anspruch darauf, daß der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Sie können die Nachprüfung der Vergabe bei den Vergabekammern beantragen, wenn sie ein Interesse am Auftrag haben und die Verletzung ihres subjektiven Rechts geltend machen (§ 107 Abs. 2 GWB). Das Verfahren richtet sich im wesentlichen nach verwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsätzen. Bei Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens darf das Vergabeverfahren noch nicht wirksam durch Zuschlagserteilung beendet sein. In diesem Zusammenhang spielt § 13 VgV eine wichtige Rolle, der eine Vorabinformation der Bieter vorsieht, die nicht berücksichtigt werden sollen. Ein Nachprüfungsverfahren ist auch bei sog. de-facto-Vergaben (wenn ein an sich notwendiges förmliches Ausschreibungsverfahren unterlassen wird) zulässig. Denn der Beginn eines der Nachprüfung zugänglichen Vergabeverfahrens bestimmt sich allein nach materiellen Gesichtspunkten. Für die Zwecke des Primärrechtsschutzes genügt es, daß der Auftraggeber sich zur Deckung eines bestimmten Bedarfs entschlossen und mit dem Ziel eines Vertragsschlusses mit organisatorischen und/oder planerischen Schritten zur

⁶⁵ BGH, Urteil vom 12.11.2002, NVwZ 2003, 1012

⁶⁶ BGH, Urteil vom 12.11.2002, a.a.O.

Durchführung des Beschaffungsvorhabens begonnen hat.⁶⁷ In seinem Grundsatzurteil vom 11.01.2005⁶⁸ bestätigt der EuGH diese Rechtsauffassung. Er legt den Begriff „Entscheidung“ der Rechtsmittelrichtlinie⁶⁹ weit aus und betont, daß sich der gerichtliche Rechtsschutz auch auf Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens und im Vorfeld einer förmlichen Ausschreibung erstreckt. Dies gelte insbesondere für Entscheidungen über die Frage, ob ein förmliches Vergabeverfahren eingeleitet werde. Nicht nachprüfbar seien dagegen bloße Vorstudien oder vorbereitende Handlungen, die sich im Rahmen interner Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers abspielten.

Gegen die Entscheidungen der Vergabekammern, die Verwaltungsakte sind, ist sofortige Beschwerde zu den zuständigen Oberlandesgerichten möglich. Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes regelt § 115 GWB. Fragen zum EU-(Vergabe)recht sind unter bestimmten Voraussetzungen nach § 234 EGV dem EuGH vorzulegen. Aus diesem Grund ist das Vergaberecht durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt. Daneben sind eine formlose Beschwerde an die europäische Kommission und die Anregung der Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens an den EuGH möglich. Unterhalb der EU-Schwellenwerte gibt es keinen Primärrechtsschutz. Übergangene Bieter können sich an die Rechtsaufsichtsbehörden wenden. Sie können ggf. auch Schadensersatzansprüche für fehlgeschlagenen Aufwand oder entgangenen Gewinn (aus c.i.c., jetzt §§ 305 ff. BGB n.F.) geltend machen.

EAPI.: 804; 87; 05

⁶⁷ vgl. Byok, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2002, NJW 2004, 198, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung

⁶⁸ EuGH, a.a.O. (s. Fußnote 16)

⁶⁹ Richtlinie 89/665 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren

7 **Presserechtlicher Auskunftsanspruch gegen ein in der Rechtsform der GmbH betriebenes kommunales Unternehmen**

Die Pressegesetze der Länder regeln das Informationsrecht der Presse gegenüber Behörden. So bestimmt Art. 4 Bayerisches Pressegesetz - BayPrG, daß die Presse gegenüber Behörden ein Recht auf Auskunft hat. Sie kann es nur durch Redakteure oder andere von ihnen genügend ausgewiesene Mitarbeiter von Zeitungen oder Zeitschriften ausüben. Das Recht auf Auskunft kann nur gegenüber dem Behördenleiter und den von ihm Beauftragten geltend gemacht werden. Die Auskunft darf nur verweigert werden, soweit auf Grund beamtenrechtlicher oder sonstiger gesetzlicher Vorschriften eine Verschwiegenheitspflicht besteht. Fraglich kann dabei sein, ob unter Behörden im Sinn des Presserechts auch kommunale Unternehmen zu verstehen sind.

Der Bundesgerichtshof hatte jüngst Gelegenheit, die Reichweite des presserechtlichen Behördenbegriffs in einer Entscheidung zum Pressegesetz des Landes Niedersachsen näher zu bestimmen (Urteil vom 10.02.2005 - Az.: III ZR 294/04). Die Pressestelle des Bundesgerichtshofs führt dazu folgendes aus (Pressemitteilung 23/2005 vom 10.02.2005):

„Die Kläger sind der Herausgeber und der verantwortliche Redakteur einer Zeitschrift, die sich kritisch mit Vorgängen der öffentlichen Finanzen und der öffentlichen Hauswirtschaft auseinandersetzt. Die Beklagte ist eine GmbH, die Aufgaben der kommunalen Energieversorgung wahrnimmt. Ihr Stammkapital befindet sich zu mehr als 70 % entweder unmittelbar oder mittelbar (über weitere ‚kommunale‘ Beteiligungs-GmbH) in der Hand von Gemeinden.

Nach Presseberichten über eine angebliche Vervierfachung der Sitzungsgelder des Aufsichtsrats der Beklagten verlangten die Kläger von der Beklagten Auskunft über (insbesondere) die Höhe der Sitzungsgelder der Aufsichtsratsmitglieder. Sie stützten ihr Auskunftsbegehren auf § 4 des Niedersächsischen Pressegesetzes. Nach dieser Bestimmung sind Behörden verpflichtet, den Vertretern der Presse die für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienenden Auskünfte zu erteilen.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landgericht hat ihr stattgegeben.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die Revision der beklagten GmbH zurückgewiesen. Er geht in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht davon aus, daß unter den presserechtlichen Behördenbegriff des § 4 des Niedersächsischen Pressegesetzes auch juristische Personen des Privatrechts wie eine GmbH fallen, auf die die öffentliche Hand maßgeblichen Einfluß ausübt und deren sie sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben bedient.“

Diese Entscheidung ist aus unserer Sicht auch auf Auskunftsbegehren nach Art. 4 BayPrG übertragbar, die sich gegen kommunale Unternehmen richten, auf welche die Kommune einen maßgeblichen Einfluß ausübt.

Der Rechtsform, in der Kommunen öffentliche Aufgaben erfüllen, kommt bei der Frage, ob sie den rechtlichen Bindungen staatlichen Handelns unterliegen, keine maßgebliche Bedeutung bei. Es kommt vielmehr auf den unmittelbaren oder mittelbaren (kommunalen) Einfluß auf das Unternehmen an. Dem presserechtlichen Auskunftsrecht würde nicht Genüge getan, müßte sich die Presse wegen einer das kommunale Unternehmen betreffenden Information an die hinter diesem stehende Kommune verweisen lassen. Die Kommune wäre auskunftspflichtig für Handlungsweisen, die ihr zwar materiell zuzurechnen sind, die sie aber - anders als bei behördeninternen Vorgängen - üblicherweise nicht oder nicht in gleicher Weise kennt. Sie selbst wäre darauf angewiesen, sich die geforderten Auskünfte zunächst - notfalls sogar mit gerichtlicher Hilfe - von ihrem Unternehmen zu beschaffen. Ein solch umständliches Verfahren mit allen damit verbundenen Unwägbarkeiten liefe einer dem Postulat der Pressefreiheit entsprechenden möglichst quellen- und zeitnahen Informationsverschaffung, die schließlich auch für die Qualität der begehrten Information nicht unerheblich ist, zuwider (so schon Obergerverwaltungsgericht des Saarlandes, Urteil vom 01.04.1998, Az.: 8 R 27/96 (JURIS-Nr: MWRE106759800), für eine kommunale Eigengesellschaft.

Zum Auskunftsrecht eines Journalisten gegenüber einer Gemeinde siehe auch RdNr. 8 dieser Mitteilungen.

EAPI.: 314 (3140); 87

8 **Auskunftsrecht eines Journalisten**

Beschluß des VGH vom 13.08.2004, Az.: 7 CE 04.1601

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (VGH) befaßte sich in einer in die Schlagzeilen geratenen Eilentscheidung vom 13.08.2004 - Az.: 7 CE 04.1601 - mit dem Auskunftsrecht eines Journalisten gegenüber einer Gemeinde.

Der Journalist hatte schriftlich um Auskunft über die Anzahl der Neueinstellungen in der Gemeinde in den letzten zwei Jahren, die Namen der neu eingestellten Beschäftigten und deren Funktionen, die Anzahl der eingegangenen Bewerbungen und die Begründungen der Auswahlentscheidungen ersucht. Außerdem hatte er um Mitteilung der in einer nichtöffentlichen Gemeinderatssitzung gefaßten Beschlüsse gebeten. Die Gemeinde hatte zu der Personalanfrage nur einige Details preisgegeben und die Mitteilung der Beschlüsse aus der nichtöffentlichen Sitzung abgelehnt. Einige Angaben waren im Mitteilungsblatt der Gemeinde erschienen.

Der VGH gab der Beschwerde des Journalisten weitgehend statt und führte aus, daß Pressevertretern auch gegenüber Gemeinden nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Bayerisches Pressegesetz (BayPrG) ein Recht auf Auskunft zustehe. Die Auskunft dürfe nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BayPrG nur verweigert werden, soweit aufgrund beamtenrechtlicher oder sonstiger gesetzlicher Vorschriften eine Verschwiegenheitspflicht bestehe. Die Formulierung sei als Einräumung eines Ermessensspielraums zu verstehen. Unter die Regelung fielen sowohl Geheimhaltungsvorschriften als auch Regelungen, die private Geheimnisse schützten. Schutzwürdig sei insbesondere das Persönlichkeitsrecht. Auf diesen Aspekt sei vor allem bei der Erteilung von Auskünften zu personalpolitischen Entscheidungen Rücksicht zu nehmen. Die von der Behörde erteilte Auskunft müsse sachgerecht und vollständig sein. Eine anderweitige Veröffentlichung, z.B. in dem Mitteilungsblatt der Gemeinde, sei nicht geeignet, ein schriftlich an die Gemeinde gerichtetes Auskunftersuchen eines Presseorgans zu erledigen.

Im konkreten Fall sei kein Grund ersichtlich, der Öffentlichkeit die Zahl der zur Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben neu eingestellten Personen, die von ihnen wahrgenommenen Funktionen, ihre Namen und die Zahl der eingegangenen Bewerbungen für die einzelnen Neueinstellungen vorzuenthalten. Die Auskunft könne nicht unter Berufung auf die Nichtöffentlichkeit von Sitzungen nach Art. 52 Abs. 2 Satz 1 GO abgelehnt werden. Selbst wenn davon ausgegangen werde, daß sämtliche Personalangelegenheiten vom Gemeinderat in nichtöffentlicher Sitzung behandelt worden seien, könne dies der begehrten Auskunftserteilung nicht entgegenstehen. Denn die Anfragen bezögen sich auf allgemeine personalwirtschaftliche Aspekte, die keiner Geheimhaltung unterliegen.

Dagegen stehe dem Antragsteller kein Auskunftsrecht darüber zu, welche Begründungen der Auswahl der neuen Mitarbeiter zugrunde lagen. Konkrete, auf einzelne Auswahlentscheidungen bezogene Begründungen unterlägen der Verschwiegenheitspflicht. Derartige Begründungen könnten nur durch Wertung persönlicher Merkmale,

wie Ausbildung, Fähigkeiten und Eignung, gewonnen werden. Ihre Offenbarung würde in das schutzwürdige Persönlichkeitsrecht der Bewerber eingreifen. Der Antragsteller habe kein öffentliches Interesse geltend gemacht, das eine Auskunftserteilung zu diesem Punkt unvermeidlich machen würde.

Der Journalist kann nach Auffassung des VGH auch Auskunft darüber beanspruchen, welche Beschlüsse in der betreffenden nichtöffentlichen Sitzung des Gemeinderats gefaßt wurden. Bei einer Verweigerung der Auskunft seien ihm zumindest die Versagungsgründe mitzuteilen. Es spreche viel dafür, die Vorschriften der Gemeindeordnung, die nichtöffentliche Sitzungen vorsehen, nicht als Vorschriften anzusehen, die eine Verschwiegenheitspflicht nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BayPrG begründen. Bei Art. 52 Abs. 2 GO handle es sich um eine Verfahrensvorschrift. Die Entscheidung des Gemeinderats, eine Angelegenheit in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln oder die in nichtöffentlicher Sitzung gefaßten Beschlüsse der Öffentlichkeit nicht bekanntzugeben, sei nicht dafür maßgeblich, ob ein presserechtlicher Auskunftsanspruch bestehe. Der Behandlung einer Angelegenheit in nichtöffentlicher Sitzung komme lediglich indizielle Wirkung dafür zu, daß sie der Geheimhaltung im Sinn von Art. 20 Abs. 2 GO unterliege; für die Verschwiegenheitspflicht nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BayPrG könne nichts anderes gelten. Hinzu komme, daß nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BayPrG selbst bei Vorliegen einer Verschwiegenheitspflicht die Auskunft nicht zwingend zu verweigern, sondern eine Ermessensentscheidung zu treffen sei. Dies erfordere auf seiten des Antragsgegners eine Güterabwägung zwischen der Notwendigkeit der öffentlichen Information und den entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen.

Der Erlaß einer einstweiligen Anordnung sei wegen des starken Aktualitätsbezugs und des effektiven Rechtsschutzes notwendig. Die Presse sei ansonsten nicht mehr in der Lage, ihrer für eine freiheitlich-demokratische Grundordnung unerläßlichen Aufgabe nachzukommen. Eine derartige Grundordnung bedinge ein Verhalten der Behörden, das in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse von Offenheit geprägt sei. Dazu sei es notwendig, dem Bürger diese Angelegenheiten dadurch durchsichtig zu machen, daß der Presse durch die Erteilung von Auskünften eine genaue und gründliche Berichterstattung ermöglicht werde.

EAPI.: 314 (3140); 024 (0241)

9 Zur Unwirksamkeit einer mietvertraglichen Formulklausel, durch die dem Mieter die Ausführung der Schönheitsreparaturen nach einem „starren“ Fristenplan auferlegt wird

BGH, Urteil vom 23.06.2004 - VIII ZR 361/03 = NJW 2004, S. 2586

Der BGH äußerte sich jüngst (Urteil vom 23.06.2004 - Az.: VIII ZR 361/03 -, veröffentlicht z.B. in NJW 2004, S. 2586) zu einer mietvertraglichen Formulklausel, die dem Mieter die Ausführung der Schönheitsreparaturen nach einem „starren“ Fristenplan auferlegte.

Der BGH sah folgende Klausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (beziehungsweise § 9 Abs. 1 AGBG a.F.) als unwirksam an:

*„Der Mieter ist insbesondere verpflichtet, auf seine Kosten die Schönheitsreparaturen (...) in den Mieträumen, wenn erforderlich, mindestens aber in der nachstehenden Zeitfolge fachgerecht auszuführen. ... Die Zeitfolge beträgt:
bei Küche, Bad und Toilette 2 Jahre,
bei allen übrigen Räumen 5 Jahre.“*

Zur Begründung führt der BGH aus, daß die Formulklausel den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Die Fälligkeitsregelung sei als Vereinbarung verbindlicher Renovierungsfristen auszulegen. Diese „starre Fälligkeitsregelung“ lege dem Mieter ein Übermaß an Renovierungsverpflichtungen auf.

Eine unangemessene Benachteiligung sei gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (beziehungsweise § 9 Abs. 1 AGBG a.F.) im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werde, nicht zu vereinbaren sei. Nach der gesetzlichen Regelung in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB habe der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Hierzu gehöre auch die Pflicht zur Ausführung von Schönheitsreparaturen. Zwar könne der Vermieter die Pflicht durch Vereinbarung - auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen - auf den Mieter übertragen. Jedoch sei eine formularvertragliche Bestimmung, die den Mieter mit Renovierungsverpflichtungen belaste, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen, mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar. Sie würde dem Mieter eine höhere Instandhaltungsverpflichtung auferlegen, als der Vermieter dem Mieter ohne vertragliche Abwälzung der Schönheitsreparaturen gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB schulden würde.

Wir empfehlen daher, in die Mietverträge für die Ausführung von Schönheitsreparaturen keine „starren“ Fristenregelungen, sondern Regelfristen aufzunehmen, nach denen vermutet wird, daß die Mieträume mehr als nur unerheblich durch den Gebrauch beeinträchtigt sind. Mit diesen Regelfristen bleibt den Mietern der Nachweis möglich, daß die Mieträume nach Ablauf der Fristen nicht renovierungsbedürftig sind. Anhaltspunkte

für einen tatsächlich entstehenden Renovierungsbedarf in Wohnräumen bietet nach Auffassung des BGH der im vom Bundesministerium der Justiz herausgegebenen Mustermietvertrag 1976 enthaltene und in der Praxis anerkannte Fristenplan, wonach Schönheitsreparaturen im allgemeinen in Küchen, Bädern und Duschen alle drei Jahre, in Wohn- und Schlafräumen, Fluren, Dielen und Toiletten alle fünf Jahre und in anderen Nebenräumen alle sieben Jahre erforderlich sein werden.

EAPI.: 912 (9123); 043

Bau 1 Unlauterer Wettbewerb bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen hier: von Vermessungsleistungen

Mit Urteil vom 15.05.2003 - I ZR 292/00 - hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß ein Auftraggeber nicht bereits deshalb als Wettbewerbsstörer i.S. des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) haftet, weil er nicht alle für die Honorarermittlung nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) notwendigen Angaben gemacht hat. Eine Haftung des Auftraggebers, der anders als die Architekten und Ingenieure nicht unmittelbar an die Wettbewerbsregelungen der HOAI gebunden sei, trete nur ein, wenn er Prüfungspflichten verletzt oder den Architekten und Ingenieuren nach der Art der Ausschreibung nahegelegt habe, Angebote unter den Mindestsätzen der HOAI abzugeben.

Damit dürfte den gelegentlichen Abmahnungen von Interessenverbänden gegenüber Kommunen in den meisten Fällen der Boden entzogen sein.

In den **Entscheidungsgründen** des Urteils heißt es:

„Es muß ... anhand einer am Schutzzweck des § 1 UWG auszurichtenden Würdigung geprüft werden, ob das beanstandete Verhalten durch den Gesetzesverstoß das Gepräge eines wettbewerbsrechtlich unlauteren Verhaltens erhält. Der Gesetzesverstoß als solcher kann dazu allein nicht ausreichen, wenn die verletzte Norm nicht zumindest auch eine wettbewerbsbezogene, d.h. - entsprechend dem Normzweck des § 1 UWG - eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion hat ...

Die hier in Rede stehende Vorschrift des § 4 Abs. 2 HOAI, nach der die Mindestsätze der §§ 97 b, 98 b, 99 HOAI durch schriftliche Vereinbarung (nur) in Ausnahmefällen unterschritten werden dürfen, weist eine solche wettbewerbsbezogene Schutzfunktion auf. Sie soll einen ruinösen Preiswettbewerb zwischen Architekten und Ingenieuren verhindern und gleiche rechtliche Voraussetzungen für die auf dem fraglichen Markt tätigen Wettbewerber schaffen ...

Nach der Rechtsprechung des Senats darf die wettbewerbsrechtliche Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte, die als solche einem Verbot nicht unterworfen sind, erstreckt werden. Die Bejahung der Störerhaftung setzt in einem derartigen Fall deshalb stets die Verletzung zumutbarer Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfungspflichten voraus. Ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen eine Prüfung zuzumuten ist, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Funktion und Aufgabenstellung des als Störer in Anspruch Genommenen sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat ...

Schon nach diesen Grundsätzen reicht die von der Beklagten durchgeführte Ausschreibung für Vermessungsleistungen nicht aus, um ihre Haftung zu begründen.

Die in Rede stehende Honorarordnung regelt den Wettbewerb der Architekten und Ingenieure. Die Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen obliegt den Architekten und Ingenieuren, die selbständig und in eigener Verantwortung die Rechnung für ihre Leistungen zu erstellen haben, und nicht ihren jeweiligen Auftraggebern.

Die Honorartafel zu § 99 Abs. 1 HOAI enthält für die Grundleistungen einen Gebührenrahmen durch die Angabe von Gebührenzonen, die der Ingenieur selbst zu ermitteln und in seine Rechnung einzustellen hat. Die Beklagte war nicht verpflichtet, ihre Ausschreibung derart vorzunehmen, daß sie bereits alle für die Ermittlung der Sätze nach der Honorarordnung erforderlichen Angaben enthielt. Sie konnte vielmehr darauf vertrauen, daß die von ihr angeschriebenen Vermessungsingenieure die für die Ermittlung ihres nach der HOAI zulässigen Honorars erforderlichen Grundlagen in eigener Verantwortung prüfen und die Beklagte gegebenenfalls um die ergänzende Mitteilung solcher in der Ausschreibung fehlenden Angaben bitten würden, die sie für die ordnungsgemäße Berechnung ihres Honorars nach der HOAI etwa noch benötigten. Eine weitgehende generelle Prüfungspflicht trifft die Beklagte hingegen nicht.

Zwar wäre die Beklagte nicht berechtigt, die angeschriebenen Ingenieure durch gezielte, von dem zwingenden Preisrecht der HOAI abweichende oder unvollständige Vorgaben zur Preisermittlung, die diese nicht mehr als ein Versehen ansehen könnten, zu einer Unterschreitung der Mindestsätze der Honorarordnung aufzufordern (vgl. BGH, Ur. v. 2.5.1991 - I ZR 227/89, GRUR 1991, 769, 770 f. - Honoraranfrage). Denn in einem solchen Fall wäre es für die Beklagte nicht nur offensichtlich, daß diejenigen Ingenieure, die sich an ihre Vorgaben halten, gegen nicht abdingbares Preisrecht der Honorarordnung verstoßen würden, vielmehr würde sie durch eine solche Form der Ausschreibung zu erkennen geben, daß sie gerade auf einen derartigen Verstoß abzielt (vgl. auch BGH WRP 2003, 886, 888 - Kleidersack). Eine solche Fallgestaltung ist jedoch - worauf die Revision mit Recht hinweist - im Streitfall schon deshalb nicht gegeben, weil die Beklagte den angeschriebenen Ingenieuren in ihrer Ausschreibung keinerlei konkrete Vorgaben für die Preisermittlung gemacht hat, so daß die Annahme des Landgerichts, die Beklagte habe den angeschriebenen Vermessungsingenieuren nahegelegt, eine Honorarforderung unterhalb der Mindestsätze der Honorarordnung anzugeben, und damit verdeckte Honorarnachlässe provoziert, mit der allgemeinen Lebenserfahrung nicht in Einklang steht. Das Landgericht hat bei seiner Beurteilung der Tatsache zu wenig Bedeutung beigemessen, daß die Vermessungsingenieure ihre Honorarforderung eigenverantwortlich stellen und sich dabei in einem Rahmen unterschiedlicher Honorarzonen bewegen und nicht einem festen Honorarsatz unterliegen.“

EAPI.: 80 (804)

Bau 2 Vergaberecht: Spekulationsangebote sind zwingend auszuschließen, wenn die Einheitspreise einzelner Positionen in Mischkalkulationen auf andere Positionen umgelegt werden

Vgl. zunächst BKPV-Mitteilungen 3/2002, RdNr. Bau 9.

Mit Beschluß vom 18.05.2004 - X ZB 7/04 hat sich der Bundesgerichtshof grundsätzlich zur Wertung von Spekulationsangeboten geäußert und der insbesondere im Tiefbau weit verbreiteten Praxis der Spekulationsangebote unter bestimmten Voraussetzungen einen Riegel vorgeschoben.

Zugrunde lag diesem Beschluß eine Vorlage des Kammergerichts Berlin (Beschluß vom 26.02.2004, 2 Verg 16/03). Das Kammergericht wollte von einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26.11.2003 (Verg 53/03, ZfBR 2004, 298 ff.) abweichen, in der dieses entschied, daß ein Angebot, bei dem der Bieter für eine Wirtschaftswegbrücke „1 €“ in das Leistungsverzeichnis eingetragen und den tatsächlich kalkulierten Preis von 140.000 € zugeständenermaßen in die Baustelleneinrichtung eingerechnet hatte, von der Wertung auszuschließen ist. Das Kammergericht vertrat die Auffassung, im Rahmen seiner Kalkulationsfreiheit seien dem Bieter Mischkalkulationen, d.h. Preisverlagerungen von einer Position in eine andere, nicht verwehrt. Der BGH ist dem nicht gefolgt.

I. Inhalt des BGH-Beschlusses vom 18.05.2004

Der Beschluß des BGH enthält im wesentlichen vier Aussagen:

1. Angebote mit Einheitspreisen, die den für die jeweilige Position tatsächlich geforderten Preis nicht vollständig ausweisen, sind von der Wertung auszuschließen

Dazu heißt es im Beschluß:

„Ein transparentes, gemäß § 97 Abs. 2 GWB auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren, wie es die VOB/A gewährleisten soll, ist nur zu erreichen, wenn in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebender Hinsicht und grundsätzlich ohne weiteres vergleichbare Angebote abgegeben werden. Damit ein Angebot gewertet werden kann, ist deshalb jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird. ...

An der danach für die Berücksichtigung eines Angebots erforderlichen vollständigen und den Betrag, der für die betreffende Leistung beansprucht wird, benennenden Erklärung über den Preis fehlt es beim Angebot der Antragstellerin schon deshalb, weil

dieses - wie die Antragstellerin im Verfahren nach § 24 VOB/A eingeräumt hat - auf einer Mischkalkulation beruht, bei der durch sogenanntes ‚Abpreisen‘ bestimmter ausgeschriebener Leistungen auf einen Einheitspreis von 0,01 € und sogenanntes ‚Aufpreisen‘ der Einheitspreise anderer angebotener Positionen Preise benannt werden, die die für die jeweiligen Leistungen geforderten tatsächlichen Preise weder vollständig noch zutreffend wiedergeben. Ein Bieter, der in seinem Angebot die von ihm tatsächlich für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, benennt nicht die von ihm geforderten Preise im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A, sondern ‚versteckt‘ die von ihm geforderten Angaben zu den Preisen der ausgeschriebenen Leistungen in der Gesamtheit seines Angebots. Ein solches Angebot widerspricht dem in § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A niedergelegten Grundsatz, weil es grundsätzlich ungeeignet ist, einer transparenten und alle Bieter gleichbehandelnden Vergabeentscheidung ohne weiteres zu Grunde gelegt zu werden. Deshalb sind Angebote, bei denen der Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in ‚Mischkalkulationen‘ der vorliegenden Art auf andere Leistungspositionen umlegt, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A).“

2. Ob Spekulationsangebote ausgeschlossen werden können, hängt nicht davon ab, ob der Gesamtpreis des Angebots unangemessen hoch oder niedrig ist

Der BGH führt aus:

„Die Frage, ob ein als Grundlage der Wertung der Angebote in einem transparenten und die Bieter gleichbehandelnden Verfahren geeignetes, weil § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A i.V. mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A genügendes Angebot vorliegt, ist von der Frage zu trennen, ob ein solches Angebot einen unangemessen hohen oder niedrigen Gesamtpreis beinhaltet. Das aus § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A abgeleitete Erfordernis, alle geforderten Erklärungen abzugeben und insbesondere jeden in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Preis so wie gefordert vollständig mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird, dient nicht dem Zweck, unangemessen hohe oder niedrige Angebote aus der Wertung auszuschneiden; vielmehr soll sichergestellt werden, daß die Wirtschaftlichkeit des Angebots im Vergleich zu anderen Angeboten auf transparenter und alle Bieter gleichbehandelnder Grundlage festgestellt wird. Werden einzelne Leistungen infolge einer ‚auf-‘ und ‚abpreisenden‘ Mischkalkulation unrichtig ausgewiesen und damit die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Preise teilweise oder insgesamt nicht wie durch § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A geboten angegeben, ist es der Vergabestelle nicht möglich, die Wirtschaftlichkeit des Angebots im Vergleich zu anderen Angeboten zu bewerten.“

3. Die Gründe, die einen Bieter zu einer Mischkalkulation bewogen haben, sind für den Ausschluß des Angebots ohne Bedeutung

Der BGH führt aus:

„Da ein sich an der Ausschreibung nach Einheitspreisen beteiligender Bieter gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A bei Meidung des Ausschlusses seines Angebots von der Wertung gehalten ist, die für die jeweiligen Leistungen geforderten tatsächlichen Preise vollständig und zutreffend anzugeben, kommt es für die Frage, ob ein Angebot dieser Voraussetzung genügt, nicht auf die Frage an, aus welchen Gründen ein Bieter in seinem Angebot Einheitspreise für bestimmte Leistungspositionen auf andere Leistungspositionen verteilt und so die tatsächlich für die jeweiligen Leistungen geforderten Preise nicht wie in der Ausschreibung gefordert angibt. Maßgeblich ist, ob das Angebot die tatsächlich geforderten Einheitspreise für die jeweilige Leistungsposition ausweist, so daß die Vergabestelle auf transparenter und alle Bieter gleich behandelnder Grundlage regelmäßig ohne weiteres in die Wertung der Angebote eintreten kann. Für den Ausschluß eines Angebots nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A ist es daher unerheblich, ob es sich bei dem Angebot des Bieters um ein sogenanntes ‚Spekulationsangebot‘ (vgl. dazu Thormann, BauR 2000, 953 ff. ...) handelt, mit dem der Bieter infolge einer Mischkalkulation durch ‚Aufpreisung‘ bereits bei Beginn der Ausführung des Auftrags fälliger Leistungen überhöhte oder durch ‚Abpreisung‘ verminderte Abschlagszahlungen auslösen und so eine Vorfinanzierung des Auftrags im Verhältnis zu anderen Angeboten eintreten lassen oder den Anschein eines besonders günstigen Angebots erwecken will; unerheblich ist auch, wie sich die Wirtschaftlichkeit der zu vergleichenden Angebote unter Berücksichtigung des Umstandes darstellt, daß es bei Angeboten zu Einheitspreisen zu Mengenänderungen kommen kann und sich infolge der ‚Aufpreisung‘ von Positionen des Leistungsverzeichnisses, bei denen eher mit Mengenerhöhungen zu rechnen ist, und infolge der ‚Abpreisung‘ von Positionen, bei denen eher mit Mengenreduzierungen zu rechnen ist, erhebliche Verschiebungen des Gesamtpreises ergeben können. Ein Bieter, der in seinem Angebot Positionen des Leistungsverzeichnisses mit Preisen versieht, bei denen Teile des tatsächlich geforderten Entgelts nicht bei der jeweils ausgewiesenen Position erklärt werden, sondern in andere Positionen eingerechnet werden, ohne daß aus dem Angebot der tatsächlich geforderte Preis für die Leistung etwa infolge erläuternder Zusätze ersichtlich wird, gibt schon objektiv die geforderten Erklärungen nicht vollständig im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ab, so daß sein Angebot als Grundlage einer transparenten und alle Bieter gleich behandelnden Wertung ungeeignet und daher nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A von der Wertung auszuschneiden ist.“

4. Angebote mit Einheitspreisen, die die geforderten Preise ersichtlich nicht ausweisen, sind auszuschließen; im Zweifelsfall ist dem Bieter Gelegenheit zur Aufklärung seiner Preiskalkulation zu geben

Der BGH weist auf folgendes hin:

„Das vorliegende Oberlandesgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend ausgeführt, daß es im Verantwortungsbereich des Bieters liegt, wie er seine Preise kalkuliert und zu welchen Preisen er welche Leistungen des Leistungsverzeichnisses anbietet. Die vergaberechtlichen Vorschriften enthalten keine Regelungen, nach denen die Vergabestelle gehalten wäre, die Preiskalkulation eines Bieters auf ihre Richtigkeit oder Angemessenheit zu überprüfen und zu bewerten. Grundlage der Wertung sind die von den Bietern nach Maßgabe der Ausschreibungsunterlagen abgegebenen Angebote. Enthalten diese Einheitspreise für die einzelnen ausgeschriebenen Leistungen, welche die für die jeweiligen Leistungen geforderten Preise ersichtlich nicht ausweisen, ist die Vergabestelle nicht gehalten, die Gründe zu ermitteln, die den Bieter veranlaßt haben, die tatsächlich geforderten Preise für die betreffenden Leistungspositionen nicht auszuweisen, sondern andere Preise anzugeben. Ist zweifelhaft, ob das Angebot die tatsächlich geforderten Preise für die jeweiligen Leistungspositionen ausweist, kann sich die Vergabestelle gemäß § 24 Nr. 1 VOB/A über die Angemessenheit der Preise unterrichten. Ergibt sich durch die Erklärungen des Bieters, daß die ausgewiesenen Preise die von ihm für die Leistungen geforderten Preise vollständig wiedergeben, kann das Angebot nicht nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A ausgeschlossen werden. Ergibt die Aufklärung dagegen wie im Streitfall, daß die Preise für die ausgeschriebenen Leistungen nicht in der nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A erforderlichen Weise das tatsächlich für die Leistung geforderte Entgelt ausweisen, ist die Vergabestelle nicht verpflichtet, Ermittlungen darüber anzustellen, welche Preise für welche Leistungen tatsächlich gefordert werden, um auf diese Weise die Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen. Vielmehr ist das Angebot gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A i.V. mit § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A von der Wertung auszuschließen.“

II. Folgerungen aus dem Beschluß des BGH

Der Beschluß des BGH ermöglicht es, in vielen Fällen der weitverbreiteten Unsitte der Spekulationsangebote entgegenzutreten. Sobald sich die Bieter jedoch auf die neue Rechtsprechung eingestellt haben, wird die Wertung von Spekulationsangeboten nicht einfacher. Der Beschluß des BGH erlaubt es nicht ohne weiteres, Angebote mit Unterpreisen oder mit signifikant überhöhten Preisen bei einzelnen Positionen einfach auszuschließen. Der Auftraggeber muß sich die Preisgestaltung genau ansehen. Von offensichtlichen Preisverlagerungen abgesehen, wird künftig vielfach ein Aufklärungsgespräch nach § 24 Nr. 1 VOB/A stattfinden müssen.

1. Wann liegen Einheitspreise vor, welche die für die jeweiligen Leistungen geforderten Preise „ersichtlich nicht ausweisen“?

Der BGH stellt nicht darauf ab, ob die in das Leistungsverzeichnis eingetragenen Einheitspreise unauskömmlich oder überhöht sind. Wie der Bieter seine Preise kalkuliert, bleibt weiterhin ausschließlich seine Sache. Unterbunden wird die Verlagerung von Preiselementen einer Position in eine andere. Die in der Praxis bisher häufig angetroffenen Cent-Beträge bei bestimmten Positionen, die mit Verlagerungen der tatsächlichen Kosten in andere Positionen verbunden waren, z.B. in die Baustelleneinrichtung oder in Positionen, bei denen der Bieter eine Mengenerhöhung erwartete, sind künftig ausgeschlossen.

Nicht bei jedem Preis unter Wert sind aber die dort nicht angesetzten Kosten verlagert. In der Praxis ist es durchaus möglich, daß der Bieter bei wirtschaftlich weniger bedeutenden Positionen einen unauskömmlichen Preis einsetzt in der Hoffnung oder in der Erwartung, daß diese Position entfällt oder die dort angegebene Menge kleiner wird. Stellt sich die Leistung mit der angegebenen Menge als notwendig heraus, führt sie der Bieter zu dem angesetzten und im Sinne der BGH-Rechtsprechung „vollständigen“ Preis aus. (Während der Ausführung ist es dann Sache des Auftraggebers, die Leistung zum vereinbarten Preis durchzusetzen und sich nicht auf eventuelle Nachtragsangebote über entbehrliche Alternativen einzulassen.)

Grundlage der Wertung durch die Vergabestelle ist das vom Bieter abgegebene Angebot, wie es sich bei objektiver Betrachtung für die Vergabestelle darstellt. Nach dem Bekanntwerden der Entscheidung des BGH werden Bieter in aller Regel nicht mehr eingestehen, daß eine Mischkalkulation vorliegt, sondern auffallend niedrige Preise z.B. damit begründen, Teile der benötigten Stoffe seien noch von früheren Baumaßnahmen vorhanden oder die Geräte stünden unnütz auf dem Bauhof und seien nicht ausgelastet.

Die Vergabestelle muß prüfen, ob sich aus der Anzahl und der Bedeutung der „auf-“ oder „abgepreisten“ Einheitspreispositionen auf eine Mischkalkulation schließen läßt. Ergibt eine Kontrolle durch den Ausschreibenden, daß unauskömmliche Preise gerade bei Positionen eingetragen sind, bei denen sogar der Planer selbst davon ausgeht, daß sie möglicherweise nicht anfallen werden, kann allein mit dieser Begründung eine Mischkalkulation nicht unterstellt werden. Gleiches gilt für Positionen mit hohen Preisen, die bei nochmaliger Betrachtung möglicherweise in größerer Menge anfallen werden. Eine solche Preisgestaltung allein belegt nicht zwingend eine Mischkalkulation, da sie isoliert für die betreffende Position begründbar ist. Zum Vorgehen in diesen Fällen s. unten Abschnitt 3. Die Frage des Angebotsausschlusses wegen Mischkalkulation wird im Einzelfall von der Größe der Baumaßnahme und der Bedeutung der einzelnen Leistungen und Einheitspreise abhängen. Ist bei einer sechsstelligen Auftragssumme beispielsweise eine Spundwand von lediglich 20 m² ausgeschrieben, kann ein Preis von 10 € pro m² statt etwa angemessener 40 € pro m² durchaus „vollständig“, d.h. ohne Umlagerung in andere Positionen zustande gekommen sein. Sind dagegen z.B.

1.000 m² Spundwand ausgeschrieben und je m² für 10 € angeboten, muß ersichtlich von einer Verlagerung der Kosten auf andere Positionen ausgegangen werden, wenn die Leistung in diesem Umfang objektiv zu erwarten oder nach dem Vertrag zwingend zu erbringen ist. Das Risiko, 30.000 € aufs Spiel zu setzen, nimmt kein durchschnittlicher, wirtschaftlich denkender Bieter auf sich. Die evtl. Aussage des Bieters, daß er die Leistung selbstverständlich für 10 € ausführen werde, ist ohne Belang, denn entscheidend sind ausschließlich die objektiven Gegebenheiten.

Bleiben Zweifel, ob eine Mischkalkulation vorliegt, ist ein Aufklärungsgespräch nach § 24 Nr. 1 VOB/A zu führen. Kann ein Bieter dabei beispielsweise nachweisen, daß er den ausgeschriebenen Aushub bei einer Kanalbaumaßnahme für eine naheliegende Straßenbaumaßnahme, die er bereits in Auftrag hat, verwenden kann, ist ein isoliert für den Aushub unauskömmlicher Preis kein Beleg für eine Preisverlagerung. In dem Aufklärungsgespräch muß der Bieter seine Kalkulationsüberlegungen nachweisbar und im Detail offenlegen. Bloße Behauptungen oder Erwartungen, etwa daß er hoffe, den Aushub für eine künftige Straßenbaumaßnahme verwenden zu können, an deren Ausschreibung er sich gerade beteilige, genügen nicht, um bei gestreuten „Auf-“ und „Abpreisungen“ im Leistungsverzeichnis zu belegen, daß keine Mischkalkulation vorliege. Bleiben auch nach dem Aufklärungsgespräch aus der Sicht eines objektiven Dritten Zweifel, ob eine Mischkalkulation vorliegt, geht dies zu Lasten des Bieters.

2. Welche Bedeutung haben angesichts der Entscheidung des BGH künftig Spekulationspreise und wie ist mit ihnen zu verfahren?

Der BGH weist in seinem Beschluß vom 18.05.2004 ausdrücklich darauf hin, daß das Motiv, weshalb ein Bieter die tatsächlich für die jeweilige Leistung geforderten Preise nicht angibt, sondern diese auf andere Positionen verlagert, für einen Ausschluß des Angebots nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 i.V. mit § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A keine Rolle spielt. Ein Risiko für die Vergabestelle sind aber auch Einheitspreise ohne derartige Preisverlagerungen, bei denen der vom Bieter ins Leistungsverzeichnis eingetragene Preis ersichtlich nicht ausreicht, den mit der Leistung verbundenen Aufwand zu decken, oder bei denen der Preis deutlich über dem Wert liegt, der am Markt üblicherweise für eine Leistung der ausgeschriebenen Art erzielt werden kann (sog. Spekulationspreise).

Vor dem Beschluß des BGH waren die Bieter in der Lage und haben dies häufig genutzt, einerseits durch Cent- und andererseits durch deutlich überhöhte Preise zu spekulieren. Das wird künftig nicht mehr möglich sein, weil die Mischkalkulation generell untersagt ist. Folge kann sein, daß die Bieter künftig Preise nicht mehr wie bisher offensichtlich, sondern verdeckt in andere Positionen in Form von „Auf-“ und „Abpreisungen“ verlagern. Werden Preise von ca. 20 % bis 30 %, in Einzelfällen auch mehr, des Wettbewerbsdurchschnitts- oder Marktpreises für bestimmte Positionen im Leistungsverzeichnis nach oben oder nach unten geändert, wird es dem Bieter häufig gelingen, betriebsspezifische Eigenheiten nachzuweisen, die belegen, daß er einen vollständi-

gen Preis und keine Mischkalkulation angeboten hat. Möglich ist das beispielsweise, wenn der Bieter - je nachdem, welche Entwicklung er bei der Ausführung der Baumaßnahme erwartet - Restposten von Materialien gerade bei dieser Baumaßnahme einsetzen oder gerade hier neu gekaufte, teure oder bei anders erwarteter Bauausführung bereits lange abgeschriebene, billige Spundwände einsetzen will. Ein derartiges Angebot kann, wenn die Angaben des Bieters nachweislich zutreffen, nicht nach § 21 i.V. mit § 25 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen werden.

Es stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob das Angebot das **wirtschaftlichste** im Sinne des § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A ist oder ob für den Bauherrn durch Mengenänderungen, Änderungen der Ausführungsart oder den Wegfall von Positionen Vergütungsnachteile entstehen können.

Liegen hierfür Anhaltspunkte vor, sind die ausgeschriebenen Mengen und Leistungsarten vom Architekten oder Ingenieur nochmals zu überprüfen und die finanziellen Folgen eventueller Mengen- oder sonstiger Veränderungen zu untersuchen. Ob das Ausmaß der mit einer derartigen Preisgestaltung verbundenen Risiken und die Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung die Wirtschaftlichkeit eines solchen Angebotes in Frage stellen, ist durch eine Prognoseentscheidung zu ermitteln (vgl. dazu den Beschluß des Kammergerichts Berlin vom 15.03.2004, 2 Verg 17/03). Das Kammergericht ist zu dem Ergebnis gekommen, daß eine mit hohen Preisen angebotene Baustelleneinrichtung zu Insolvenzrisiken und zum Risiko von Zinsverlusten führt, daß bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung auch die Auswirkungen überhöhter Bedarfspositionen und eventuelle Mehrkosten, die sich im Rahmen der Bauausführung durch abzu- sehende technische Veränderungen oder durch Veränderungen der Statik ergeben, zu würdigen sind und daß Mengenansätze, die zum Zeitpunkt der Wertung als unzutreffend erkannt werden, für die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung korrigiert werden dürfen. Das Kammergericht weist zum letzten Punkt ausdrücklich darauf hin, daß die fiktiven Mengenänderungen nicht nur in dem in § 2 Nr. 3 VOB/B vorgesehenen Bereich von $\pm 10\%$ angesetzt werden können, sondern in der realistisch zu erwartenden Größe, die sich auch bei sorgfältigen Voruntersuchungen z.B. aus dem Baugrund- oder Altbaurisiko ergibt. Zulässig ist eine derartige Korrektur allerdings nicht mehr, wenn sie das Gesamtgefüge der Ausschreibung verzerrt und deshalb eine Aufhebung der Ausschreibung geboten ist.

3. Wie ist mit dem Argument eines Bieters umzugehen, die Mengenvordersätze des Leistungsverzeichnisses seien unzutreffend, er habe deshalb auf Mengenänderungen gesetzt, ohne die Kosten in andere Positionen zu verlagern?

In derartigen Fällen ist zu prüfen, ob ein Ausschluß des Bieters wegen Unzuverlässigkeit i.S. des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A in Frage kommt. Das OLG Düsseldorf hat mit Urteil vom 28.07.1993 (22 U 55/93, BauR 1994, 240) festgestellt, ein Bieter, der erkenne, daß einzelne Positionen mit weit überhöhten Massenansätzen ausgeschrieben seien, und auf die Unrichtigkeit der Leistungsbeschreibung nicht hinweise, sondern

versuche, durch aus dem Rahmen fallende niedrige Einheitspreise in diesen Positionen eine günstige Stelle im Ausschreibungsverfahren zu erlangen, sei nicht ausreichend zuverlässig i.S. des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A. Auch wenn der Bieter solche Mengenänderungen lediglich vermutet, kann sein Ausschluß zulässig sein (vgl. OLG Naumburg, Beschluß vom 07.05.2002, ZfBR 2002, 618).

Die Vergabestelle kann bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Bieter wegen Unzuverlässigkeit ausschließen, muß dies aber nicht tun (vgl. BGH, ZfBR 2002, 60, und FStBay 159/2002). Ein Ausschluß dürfte allerdings nur in Fällen von einiger Tragweite zu begründen und sinnvoll sein, z.B. wenn umfangreiche Spekulationen bei preisbedeutsamen Leistungen vorliegen.

4. Wie kann man sich generell gegen Mischkalkulationen und Spekulationspreise schützen?

Mischkalkulationen und Spekulationspreise verlieren ihren Sinn, wenn die ausgeschriebenen Mengen zutreffend ermittelt sind und die Leistung unverändert ausgeführt wird. Die Pflicht zu korrekter Mengen- und Leistungsermittlung ergibt sich für die Vergabestelle bereits aus § 9 VOB/A. Diese Pflicht, die im Interesse beider Vertragsparteien besteht, wird sehr oft nicht beachtet. Die Bieter setzen sich zum Zeitpunkt der Ausschreibung leider zu wenig zur Wehr (sie suchen den häufig erfolgreichen Ausgleich durch spekulative Preisgestaltung).

Ergeben sich - vor allem im Tiefbaubereich - bei der Ausführung Leistungs- oder Mengenerhöhungen bei Positionen mit hoch angesetzten Preisen, ist vom Auftraggeber bzw. seinem Architekten und Ingenieur zu prüfen, ob dafür eine andere Firma herangezogen werden kann, wenn sich der Auftragnehmer vor der Ausführung der zusätzlichen Leistungen nicht auf einen angemessenen Preis einläßt. § 1 Nrn. 3 und 4 VOB/B geben dem Auftraggeber das Recht, für die Bauausführung notwendige Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen anzuordnen. Der Auftraggeber ist aber nicht verpflichtet, diese Leistungen beim zu teuren Auftragnehmer abzurufen. Gleiches gilt für Mengenerhöhungen i.S. des § 2 Nr. 3 VOB/B, die über die vertraglich vereinbarte Leistungsmenge hinausgehen. Nachteile, wenn der Bauherr einen Dritten beauftragt, sind eventuelle Gewährleistungsprobleme und Mehrkosten wegen Behinderungen bei der Bauausführung oder wegen zeitweiligen Baustillstands. Die Vor- und Nachteile sind gegeneinander abzuwägen. Oft sind Firmen auch bereit, sich in Verhandlungen auf einen sachgerechten Preis einzulassen.

5. Auswirkungen der BGH-Entscheidung auf Ansprüche aus Verträgen auf der Basis von Spekulationsangeboten

Die BGH-Entscheidung dürfte auch Auswirkungen auf den Vollzug von Verträgen haben, die auf der Grundlage von Spekulationspreisen abgeschlossen wurden. Ist in ei-

nem solchen Fall eine Mischkalkulation offensichtlich oder feststellbar, dann bedeutet dies, daß in den „abgepreisten“ Positionen nicht der volle Preis für die angebotene Leistung enthalten ist, in den „aufgepreisten“ Positionen dagegen auch der Preis für andere Positionen. Beispiel: Eine mit 0,01 €/m² anstatt angemessenen rd. 40 €/m² angebotene Spundwand von 1.000 m² entfällt oder der Unternehmer führt sie vertragswidrig nicht aus. Die 40.000 € tatsächlicher Kosten für die Spundwand sind in aller Regel (zumindest teilweise) in anderen Positionen enthalten. In diesem Fall kann es nicht sein, daß der Unternehmer lediglich seinen Anspruch auf (1.000 m² x 0,01 €/m² =) 10 € verliert. Vielmehr muß er sich konsequenterweise auch die in andere Positionen verlagerten Preise, deren Höhe festzustellen ist, von seiner Gesamtvergütung abziehen lassen.

Auch im umgekehrten Fall müßten sich aus der BGH-Entscheidung günstige Auswirkungen für den Bauherrn ableiten lassen: Ergeben sich bei sogenannten „aufgepreisten“ Positionen, in denen auch teilweise Preise für andere Positionen enthalten sind, Mengenerhöhungen, dann kann folgerichtig der Mehrpreis nicht auf der Grundlage dieser überhöhten, auch andere Positionen mit abdeckenden Einheitspreisen ermittelt, sondern müßte um diese Anteile reduziert werden.

Wir werden über weitere Entwicklungen der Rechtsprechung umgehend berichten.

EAPI.: 80 (804)

Bau 3 Unwirksame Bürgschaften „auf erstes Anfordern“

In den BKPV-Mitteilungen 2/2002 vom November 2002 haben wir über das Urteil des Bundesgerichtshofs am 04.07.2002 berichtet, nach dem formularmäßig vereinbarte Bürgschaften „auf erstes Anfordern“ unwirksam sind und unter bestimmten Umständen allenfalls als „einfache“ Bürgschaften aufrechterhalten werden können. Mit Urteil vom 25.03.2004 (VII ZR 453/02) hat der BGH die bislang umstrittene Frage, ob dies auch dann gilt, wenn der Sicherungsnehmer ein öffentlicher Auftraggeber ist, bejaht und die Möglichkeit, eine unwirksame Bürgschaft auf erstes Anfordern als „einfache“ Bürgschaft auszulegen, auf Verträge begrenzt, die vor dem 01.01.2003 geschlossen worden sind.

Der BGH hat folgenden Leitsatz formuliert:

„Die Verpflichtung eines Bauunternehmers, zur Sicherung von Vertragserfüllungsansprüchen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, ist auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines öffentlichen Auftraggebers unwirksam.“

In den Urteilsgründen führt der BGH aus:

„Die Unwirksamkeit der Klausel ... hat nicht zur Folge, daß keine Verpflichtung des Auftragnehmers besteht, eine Bürgschaft zu stellen. Vielmehr ist für eine Übergangszeit der Vertrag dahin auszulegen, daß der Auftragnehmer eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft schuldet. ... Ein Herausgabeanspruch des Auftragnehmers besteht nicht. Der Auftragnehmer kann lediglich verlangen, daß sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer und dem Bürgen schriftlich verpflichtet, die Bürgschaft nicht auf erstes Anfordern, sondern nur als selbstschuldnerische Bürgschaft geltend zu machen. ...

Ein schützenswertes Vertrauen der öffentlichen Auftraggeber in die Wirksamkeit der Klausel ... besteht allerdings nur für Verträge, die bis zum Bekanntwerden der Entscheidung vom 4. Juli 2002 geschlossen worden sind. Danach ist ein Vertrauen nicht mehr schützenswert. Der maßgebende Zeitpunkt ist der 1. Januar 2003. Im Hinblick auf den Zeitraum zwischen der Verkündung der Entscheidung vom 4. Juli 2002 und diesem Zeitpunkt ist gewährleistet, daß den beteiligten Verkehrskreisen, also auch den öffentlichen Auftraggebern, die Entscheidung bekannt geworden ist.“

EAPI.: 804 (8040)

Bau 4 Erleichterungen für kommunale Auftraggeber bei der Anwendung der VOB/A und der VOL/A

Mit Schreiben vom 22.12.2004 (Az.: IB3-1512.4-138) hat das Staatsministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie Erleichterungen für kommunale Auftraggeber bei der Anwendung der VOB/A und der VOL/A unterhalb der EU-Schwellenwerte eingeführt.

Im Vorgriff auf eine Bek des Innenministeriums zu § 31 Abs. 2 KommHV können ab dem 01.01.2005 folgende **Wertgrenzen** für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben berücksichtigt werden, wobei es sich um Bruttobeträge handelt:

1. Beschränkte Ausschreibungen

Im IMS heißt es:

„In Auslegung des § 3 Nr. 3 Abs. 1 lit. a VOB/A ist abweichend vom IMS vom 10.03.2004, Nr. IIZ5-40011-130/03, bis zu folgenden Wertgrenzen eine Beschränkte Ausschreibung von kommunalen Bauleistungen ohne weitere Einzelbegründung zulässig:

- **300.000 €** im Tiefbau
- **150.000 €** im Hochbau/Rohbau für Erd-, Beton- und Maurerarbeiten mit und ohne Putzarbeiten
- **75.000 €** für Ausbaugewerke im Hochbau, Pflanzungen und Straßenausstattung.

Die Möglichkeit einer Beschränkten Ausschreibung oberhalb dieser Wertgrenzen bei entsprechender Begründung im Einzelfall nach § 3 Nr. 3 VOB/A bleibt unberührt.

Um die Ziele der Vergabe im Wettbewerb und der Transparenz zu gewährleisten und die Manipulationsgefahr zu minimieren, werden bei der Durchführung von Beschränkten Ausschreibungen folgende Maßnahmen empfohlen:

- Erkundung des regionalen Markts durch formlose Information der Fachöffentlichkeit über größere Bauvorhaben in regionalen Tageszeitungen oder anderen geeigneten Medien und Aufforderung an Baufirmen, ihr Interesse an einer Beteiligung zu bekunden.
- Aufforderung von mindestens drei bis acht Bewerbern, abhängig von Marktsituation und Auftragswert.

- Ausreichende Streuung der aufgeforderten Bewerber (in der Regel ein bis zwei aus anderen Gemeinden bzw. aus anderen Landkreisen).
- Organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung von Manipulation und Korruption (z.B. organisatorische Maßnahmen im Sinne der Korruptionsbekämpfungsrichtlinie¹).“

2. Freihändige Vergaben

Das StMI führt aus:

„Bis zu einer Wertgrenze von **30.000 €** ist eine Freihändige Vergabe von kommunalen Bauleistungen ohne weitere Einzelbegründung zulässig.

Soweit die Kommunen im Einzelfall bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die VOL anwenden (z.B. aufgrund entsprechender Einzelaufgaben in Zuwendungsbescheiden), ist auch hier eine Freihändige Vergabe bis zu einer Wertgrenze von **30.000 €** zulässig.

Die Möglichkeit einer Freihändigen Vergabe oberhalb dieser Wertgrenze bei entsprechender Begründung im Einzelfall nach § 3 Nr. 4 VOB/A bzw. § 3 Nr. 4 VOL/A bleibt unberührt.“

3. Berücksichtigung der Wertgrenzen bei der staatlichen Förderung

Das StMI weist auf folgendes hin:

„Wenn die oben genannten Wertgrenzen unterschritten werden, verstößt die Wahl einer Beschränkten Ausschreibung bzw. einer Freihändigen Vergabe nicht gegen die Vergabebestimmungen; dies wird auch bei einer eventuellen staatlichen Förderung berücksichtigt. In Zweifelsfällen wird empfohlen, daß sich die Zuwendungsempfänger zur vorherigen Beratung an die VOB-Stellen wenden.“

4. Weitere Erleichterungen

Zu einem künftigen „pauschalierten Spielraum bei der Wertung von Angeboten“ (einer sog. „Wirtschaftlichkeitspauschale“) teilt das Innenministerium mit, daß dazu nach Beteiligung der betroffenen Verbände eine konkrete Handreichung beabsichtigt sei, die noch erarbeitet werden müsse. Diese werde erst mit einer Änderungsbekanntmachung

¹ AIIMBI 2004 S. 87

zur „Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich“ (IMBek vom 24.05.1995, AllMBI S. 506) in Kraft treten. Wir werden darüber zu gegebener Zeit berichten.

EAPI.: 804 (8040)

Bau 5 **Überzahlungen an Baufirmen und sonstige Vertragspartner: Aktuelle Hinweise zur Verjährung von Rückforderungsansprüchen zum Jahresende 2004**

1. **Überzahlungen**

Bei örtlichen und überörtlichen Prüfungen, aber auch durch die Kommunen selbst, wird immer wieder festgestellt, daß dem Vertragspartner mehr an Vergütung oder an Honorar gezahlt wurde als nach der vertraglichen Vereinbarung geschuldet. Das kann Bauleistungen, insbesondere Nachtragsforderungen, aber auch das Architektenhonorar, die Vergütung für Liefer- und Dienstleistungen sowie sonstige Zahlungen betreffen. Die Rückforderungen können nicht unbeschränkte Zeit geltend gemacht werden; sie unterliegen der Verjährung. Die Verjährungsregelungen werden im folgenden dargestellt.

2. **Die Verjährung von Rückforderungsansprüchen nach altem Recht**

Nach altem Recht konnten Überzahlungen nach § 812 BGB i.V. mit § 195 BGB a.F.¹ (abgesehen von dem hier nicht weiter interessierenden Rechtsgedanken der Verwirkung) innerhalb eines Zeitraumes von 30 Jahren zurückgefordert werden. Der Rückforderungsanspruch entstand an dem Tag, an dem der Vertragspartner das Geld ohne Rechtsgrund erhielt. Für den Beginn der Verjährung war es gleichgültig, ob und wann der Zahlende vom Rückforderungsanspruch Kenntnis hatte.

3. **Die Verjährung von Rückforderungsansprüchen nach neuem Recht**

Das zum 01.01.2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat neue, für die Praxis wichtige Verjährungsregelungen gebracht. Nach den neuen Regelungen des BGB² hängt die Verjährung von Rückforderungsansprüchen wegen rechtsgrundloser Zahlungen davon ab, wann der Rückforderungsanspruch entstanden ist **und** der Rückzahlungsgläubiger (derjenige, der ohne Rechtsgrund gezahlt hat) Kenntnis von der rechtsgrundlosen Zahlung und der Person des Schuldners erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 BGB n.F.). Die an diese Voraussetzungen anknüpfende Verjährungsfrist beträgt 3 Jahre (§ 195 BGB n.F.). Sie beginnt am Ende des Kalenderjahres, in dem **beide** für ihren Beginn entscheidenden Voraussetzungen (Entstehen des Anspruchs **und** Kenntnis von Anspruch und Schuldner oder grob fahrlässige Unkenntnis) vorliegen.

¹ BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung

² BGB in der seit 01.01.2002 geltenden Fassung

Beispiele:

Ein Bauunternehmer erhielt von einer Gemeinde am 10.01.2002 wegen fehlerhafter Rechnungsprüfung des Architekten eine um 10.000 € zu hohe Vergütung. Die Gemeinde erfuhr dies aufgrund einer örtlichen Rechnungsprüfung noch im November des gleichen Jahres:

Der Rückforderungsanspruch entstand am 10.01.2002. Die Verjährung begann mit dem Schluß des Jahres, in dem die Gemeinde Kenntnis von der Zahlung ohne Rechtsgrund erhielt (31.12.2002, 24 Uhr). Die Verjährung endet nach 3 Jahren am 31.12.2005.

Hätte die Rechnungsprüfung den Fehler erst im Oktober 2004 aufgedeckt, würde der Anspruch am 31.12.2007 verjähren.

Würde der Fehler erst im November 2010 aufgedeckt, träte die Verjährung nicht erst nach 3 Jahren zum Ende des Jahres 2013 ein, sondern wegen der Begrenzung der Verjährung durch § 199 Abs. 4 BGB auf 10 Jahre ab Entstehen des Anspruchs am 10.01.2012 (24 Uhr). (Der 10.01. ist der Tag, an dem der Rückzahlungsanspruch im Jahr 2002 entstand).

4. Die Übergangsregelungen des Art. 229 § 6 EGBGB für Altfälle

Der Gesetzgeber hat für Altfälle, bei denen eine Zahlung ohne Rechtsgrund vor dem 01.01.2002 lag und nach altem Recht für die Rückforderung eine dreißigjährige Verjährungsfrist galt, eine Übergangsregelung geschaffen. Die Übergangsregelungen des Art. 229 § 6 Abs. 1 Sätze 1 und 2 sowie Abs. 4 EGBGB lauten:

„(1) ¹Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung finden auf die an diesem Tag bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. ²Der Beginn, die Hemmung, die Ablaufhemmung und der Neubeginn der Verjährung bestimmen sich jedoch für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2002 nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung. ...“

“(4) ¹Ist die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung kürzer als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung, so wird die kürzere Frist von dem 1. Januar 2002 an berechnet. ...“

Nach dem Wortlaut dieser Übergangsregelungen ergäbe sich für Überzahlungen folgendes:

Erhielt der Vertragspartner die ohne Rechtsgrund gezahlte Vergütung vor dem 01.01.2002, begann die Verjährung des Rückforderungsanspruchs unabhängig davon, ob der Zahlende Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit der Zahlung hatte, mit dem Eingang des Geldes beim Vertragspartner. Der Rückforderungsanspruch war am Tag des Geldempfanges entstanden. An diesen Zeitpunkt knüpft § 6 Abs. 1 Satz 2 des EGBGB an, indem er bestimmt, daß für den Beginn der Verjährung das vor dem 1. Januar 2002 geltende BGB anzuwenden ist. Stellt man allein auf den Wortlaut der Übergangsregelung ab, bedeutet das, daß unabhängig von der Kenntnis des Zahlenden über die Rechtsgrundlosigkeit bei einer Zahlung im Jahr 2001 oder in den Jahren davor die Verjährung am 01.01.2002 (0 Uhr) begann und nach § 6 Abs. 2 Satz 1 EGBGB i.V. mit § 195 BGB n.F. nach drei Jahren, am 31.12.2004 (24 Uhr), abläuft. Das neue Recht des § 199 Abs. 1 BGB, das im Gegensatz zum alten Recht für den Beginn der Verjährung auf die Kenntnis oder die grob fahrlässige Unkenntnis der den Rückforderungsanspruch begründenden Umstände (die Überzahlung ohne Rechtsgrund und den Schuldner) abstellt, kommt wegen der Übergangsregelung zum Verjährungsbeginn in § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB nicht zur Anwendung.

Daraus folgt: Nur ein Tag Unterschied bei der Zahlung (noch Ende 2001 oder erst Anfang 2002) kann eine um Jahre kürzere oder längere Verjährung auslösen. Erfolgte die Zahlung 2001 oder früher, läuft die Verjährung unabhängig von jeder Kenntnis über den mangelnden Zahlungsgrund bis 31.12.2004 (24 Uhr). Erfolgte die Zahlung 2002 oder später, läuft eine von der Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis abhängige Verjährungsfrist von 3 Jahren (§ 199 Abs. 1 BGB n.F.), ansonsten eine zehnjährige Frist nach § 199 Abs. 4 BGB n.F. In dem oben geschilderten Fall, in dem die Gemeinde erst im Oktober 2004 von der fehlerhaften Zahlung erfährt, würde die Verjährung bei einer vorausgegangenen Zahlung Ende 2001 zum Jahresende 2004, bei einer Zahlung Anfang 2002 erst zum Jahresende 2007 eintreten.

Die dargestellte Umstellung vom alten auf das neue Recht würde dazu führen, daß der Rückzahlungsberechtigte über die ohnehin wesentlich kürzere Verjährungsfrist hinaus (Wegfall der 30 Jahre Verjährungsdauer) eine weitere Verkürzung hinnehmen müßte. Die Verjährungsfrist im Übergangsrecht wäre noch kürzer als bei alleiniger Anwendung der neuen Verjährungsregelungen, weil der Beginn der Verjährung nicht von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis abhängt. In der Übergangszeit stünde der Berechtigte also sowohl im Vergleich zur alten wie auch zur neuen Rechtslage schlechter da. Mit dem Sinn und Zweck der Überleitungsvorschriften ist dieses Ergebnis nicht vereinbar. Die Problematik ist vom Gesetzgeber wohl nicht ausreichend bedacht worden.

5. Lösung der durch die Überleitungsvorschrift entstandenen Problematik

Die kurze Frist von 3 Jahren läuft nach dem neuen Recht am Ende des Jahres an, in dem der Berechtigte vom Anspruch Kenntnis hat oder davon aufgrund grob fahrlässiger Unkenntnis nichts weiß. Nach dem Überleitungsrecht verlöre diese kurze Frist von

3 Jahren diese „Kenntnisabhängigkeit“. Die Überleitungsvorschrift des § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB ist u.E. deshalb eingeschränkt so anzuwenden, daß ein Anspruch, der vor dem 01.01.2002 entstand, zwar nach der kurzen Fristdauer von 3 Jahren verjährt, diese Frist aber nach dem seit 01.01.2002 geltenden Recht - und damit kenntnisabhängig - beginnt.

Rechtsprechung dazu liegt noch nicht vor. Die Diskussion hierzu wird bereits in der juristischen Literatur geführt. Es mehren sich die Stimmen, die die dargestellte einschränkende Auslegung angesichts der vom Gesetzgeber nicht beachteten Wertungswidersprüche für unausweichlich halten (vgl. Gsell, NJW 2002, 1297, 1300). Schon das Reichsgericht mußte im Zusammenhang mit den Überleitungsvorschriften bei der Einführung des BGB ähnliches entscheiden, da der damalige Gesetzgeber einen vergleichbaren Wertungswiderspruch nicht erkannte (siehe Reichsgericht RGZ 73, 434, 439 f.). Bis der Bundesgerichtshof die o.g. Rechtsfrage geklärt hat, besteht Unsicherheit.

6. Empfehlungen

Für Überzahlungen aus den Jahren 2001 und früher gilt folgendes: War die Überzahlung der Gemeinde bereits 2001 oder früher bekannt, verjährt der Rückzahlungsanspruch auf jeden Fall, sofern die Verjährung nicht gehemmt wurde, am 31.12.2004. Wurde die Überzahlung erst 2002 oder später bekannt, ist die Rechtslage unsicher. In beiden Fällen empfehlen wir, verjährungshemmende Maßnahmen noch im Jahr 2004 zu ergreifen.

Die Hemmung der Verjährung richtet sich gemäß den Überleitungsvorschriften nach dem neuen Recht der §§ 203 ff. BGB n.F. (§ 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB).

Hervorzuheben sind insbesondere das gerichtliche Mahnverfahren sowie die Zahlungs- und Feststellungsklage (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 bzw. Nr. 1 BGB n.F.).

Der Zeitraum, währenddessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet. Die Hemmung endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens (vgl. § 209, § 204 Abs. 2 BGB n.F.). Gerät das Verfahren, z.B. das Mahnverfahren, dadurch in Stillstand, daß die Parteien es nicht betreiben, tritt an die Stelle der Beendigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befaßten Stelle. Soweit ein Mahnbescheid beantragt wird, ist also z.B. nach der Mitteilung des Amtsgerichts, daß Widerspruch eingelegt sei, dafür zu sorgen, daß die Überleitung in das streitige Verfahren wegen des sechs Monate nach der Mitteilung des Gerichts eintretenden Endes der Hemmung rechtzeitig beantragt wird.

Außerdem ist die Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen über den Anspruch möglich (§ 203 BGB n.F.). Dieser Hemmungstatbestand erfordert eine rechtssichere

Anwendung. Dies wird wohl nur bei rechtskundiger Beratung sichergestellt werden können. Dagegen ist eine nach § 202 Abs. 2 BGB n.F. durch Vereinbarung mögliche Verlängerung der Verjährung in aller Regel ohne Probleme herbeizuführen.

7. Besonderheiten bei Abschlagszahlungen

Wurde bei Abschlagszahlungen für Bauleistungen bereits mehr bezahlt als vertraglich geschuldet, ist dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (s. Urteil vom 19.03.2002, BauR 2002, 1257, 1259) im Wege der Verrechnung bei der Schlußzahlung zu berücksichtigen. Ein Rückzahlungsanspruch entsteht erst bei der Schlußabrechnung, sofern ein negativer Saldo verbleibt. Für Abschlagszahlungen als solche stellt sich die dargestellte Problematik der Verjährung daher nicht.

8. Haftung des Architekten und Ingenieurs

Vorsorglich weisen wir darauf hin, daß bei vorwerfbar falscher Rechnungsprüfung durch Architekten und Ingenieure deren Haftung zu prüfen ist. Für den gegen diese gerichteten Schadensersatzanspruch gelten eigenständige Regelungen zur Verjährung, insbesondere die fünfjährige Verjährungsfrist des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F.

EAPI.: 96 (961)

Bau 6 Der Kostenanschlag Instrument der Kostenplanung und Grundlage für das Honorar der Architekten und Ingenieure

Die 5. Änderungsverordnung zur Honorarverordnung für Architekten und Ingenieure ist am 1. Januar 1996 in Kraft getreten (HOAI 1996). Seither richtet sich bei Gebäuden, Freianlagen, raumbildenden Ausbauten und der Technischen Ausrüstung das Honorar der Architekten und Ingenieure für die Leistungsphasen 5 bis 7 der §§ 15 und 73 HOAI (Ausführungsplanung, Vorbereitung der Vergabe, Mitwirkung bei der Vergabe) nicht mehr nach den anrechenbaren Kosten unter Zugrundelegung der Kostenfeststellung, sondern nach den anrechenbaren Kosten unter Zugrundelegung des Kostenanschlags. Seit Bestehen dieser Regelung haben Auftragnehmer und Auftraggeber unterschiedliche Auffassungen darüber, was unter einem Kostenanschlag zu verstehen ist, wann ein Kostenanschlag aufzustellen und dem Bauherrn zu übergeben ist und insbesondere darüber, ob es sachgerecht und zulässig ist, nach Aufstellung des Kostenanschlags entstehende Kosten - z.B. aufgrund von Nachträgen - dem Kostenanschlag nachträglich hinzuzurechnen und damit das Honorar für die Leistungsphasen 5 bis 7 zu erhöhen. Nachdem diese Fragen in der Literatur bisher unterschiedlich beantwortet wurden und sich die Rechtsprechung unserer Kenntnis nach mit diesem Thema noch nicht abschließend befaßt hat, stellen wir im folgenden die wesentlichen Regelungen dar und geben Hinweise für die Anwendung.

1. Was ist ein Kostenanschlag?

Der Kostenanschlag ist wesentliches Element der Kostenplanung von Baumaßnahmen. Er ist in Teil 3 der DIN 276 in der Fassung vom 01.04.1981 (Kosten von Hochbauten, Kostenermittlungen) auf deren Grundlage die Honorare gemäß § 10 Abs. 2 HOAI zu ermitteln sind, wie folgt definiert:

„Kostenanschlag

Der Kostenanschlag dient zur genauen Ermittlung der tatsächlich zu erwartenden Kosten durch die Zusammenstellung von Auftragnehmerangeboten, Eigenberechnungen, Honorar- und Gebührenberechnungen und anderen für das Baugrundstück, die Erschließung und die vorausgehende Planung bereits entstandenen Kosten. Der Kostenanschlag kann auch ein Hilfsmittel zur Kostenkontrolle werden, um nach Abschluß der Ausführungsplanung die Übereinstimmung der veranschlagten Kosten mit den in der vorausgegangenen Kostenberechnung ermittelten Kosten zu prüfen.

Grundlagen für den Kostenanschlag sind:

- a) *genaue Bedarfsberechnungen, z.B. für Standsicherheit, Wärmeschutz, Installationen und Betriebstechnik u.a.m., einschließlich aller Massenberechnungen;*

- b) *Planunterlagen, z.B. die endgültigen, vollständigen Ausführungs-, Detail- und Konstruktionszeichnungen im Maßstab 1 : 50 bis 1 : 1;*
- c) *Erläuterungen zur Bauausführung, z.B. Hinweise, die zum Verständnis der in den Planungs- und Berechnungsgrundlagen enthaltenen Einzelheiten und Absichten nötig sind, gegebenenfalls auch Abweichungen von früheren Plänen und Beschreibungen, Angaben über vorgesehene Herstellungs- und Konstruktionsmethoden, Terminplanung und -überwachung, Finanzierungsraten, sonstige finanzwirtschaftliche Angaben, gegebenenfalls auch Kosten der Folgearbeiten und der Bau-nutzungskosten.*

Im Kostenanschlag werden alle Leistungen in Leistungspositionen beschrieben und innerhalb der Kostengruppen, soweit möglich, in der Reihenfolge des Herstellungsvorganges geordnet. Dabei können die Bauleistungen nach Bauteilen bzw. Bauelementen oder nach Teilleistungen im Sinne der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil C: Allgemeine Technische Vorschriften für Bauleistungen (ATV) gegliedert bzw. zusammengefaßt werden. Die Systematik der Kostengliederung (siehe DIN 276 Teil 2) ist anzuwenden.

Für die Kostenansätze können Einheitspreise aus Angeboten oder ortsübliche aus der Erfahrung gewonnene Preise eingesetzt werden. Bei der Kostenermittlung durch Kostenanschlag soll das Muster nach DIN 276 Teil 3, Anhang C, verwendet werden.“

Auch in der Neufassung der DIN 276 vom Juni 1993 - auf die die HOAI bisher noch nicht abstellt - heißt es zum Kostenanschlag:

„Kostenanschlag

Der Kostenanschlag dient als eine Grundlage für die Entscheidung über die Ausführungsplanung und die Vorbereitung der Vergabe.

Grundlagen für den Kostenanschlag sind:

- *Planungsunterlagen, z.B. endgültige, vollständige Ausführungs-, Detail- und Konstruktionszeichnungen,*
- *Berechnungen, z.B. für Standsicherheit, Wärmeschutz, technische Anlagen,*
- *Berechnung der Mengen von Bezugseinheiten der Kostengruppen,*
- *Erläuterungen zur Bauausführung, z.B. Leistungsbeschreibungen,*
- *Zusammenstellungen von Angeboten, Aufträgen und bereits entstandenen Kosten.*

Im Kostenanschlag sollen die Gesamtkosten nach Kostengruppen mindestens bis zur 3. Ebene der Kostengliederung ermittelt werden.“

2. Funktionen des Kostenanschlags

2.1 Der Kostenanschlag als Instrument der Baukostenplanung

Der Kostenanschlag hat somit wie die übrigen Kostenermittlungen (Kostenschätzung, Kostenberechnung und Kostenfeststellung) die Aufgabe, den Bauherrn in einer bestimmten Phase des Projektablaufs über den Stand der Kostenentwicklung zu informieren. Der Bauherr wird aufgrund des Ergebnisses der Kostenprognosen in die Lage versetzt zu entscheiden, ob die Planungsarbeiten in der vorgesehenen Art und Weise weitergeführt werden können oder ob zur Erzielung eines wirtschaftlichen Gesamtergebnisses steuernd einzugreifen ist.

Dem Kostenanschlag kommt - anders als den vorangegangenen Kostenprognosen Kostenschätzung und Kostenberechnung - als Instrument der Kostenplanung und insbesondere der Kostensteuerung eine ganz besondere Bedeutung zu. Er dient dem Bauherrn angesichts der zu erwartenden Baukosten als letzte Entscheidungshilfe, die Bauarbeiten in Angriff zu nehmen oder das Projekt einzustellen, falls er aufgezeigte Mehrkosten nicht akzeptieren kann oder will und Gegensteuerungsmaßnahmen kein sachgerechtes Ergebnis erwarten lassen. Dies entspricht der überwiegend in der Literatur vertretenen Auffassung (z.B. Hesse, Korbion, Mantscheff, Vygen, HOAI, 5. Auflage zu § 15 RdNr. 144; Locher, Koeble, Frik, Kommentar zur HOAI, 8. Auflage zu § 15 RdNr. 164; Pott, Dahlhoff, Kniffka, HOAI-Kommentar, 7. Auflage zu § 15 RdNr. 23 a).

Diese Warnfunktion kann der Kostenanschlag nur erfüllen, wenn er so rechtzeitig aufgestellt und dem Bauherrn übergeben wird, daß dieser noch eingreifen kann. Je später der Kostenanschlag aufgestellt wird, je später der Bauherr die nötigen Informationen über die zu erwartenden Baukosten erhält, umso geringer sind seine Möglichkeiten, steuernd einzugreifen und Planungsänderungen zur Senkung der Kosten zu veranlassen. Das Oberlandesgericht Hamm hat hierzu in seinem Urteil vom 05.06.2002 (BauR 2002, 721) ausgeführt, ein Kostenanschlag sei **nicht nachholbar**. Bei dieser Kostenermittlung komme es darauf an, daß sie so zeitig vorliege, daß der Bauherr die Möglichkeit habe zu entscheiden, ob das Bauvorhaben angesichts der voraussichtlichen Kosten endgültig so und nicht anders durchgeführt werden solle.

Der schwerwiegendste Eingriff des Bauherrn ist die Entscheidung, die Baumaßnahme nicht durchzuführen. Dies kann erforderlich werden in Fällen, in denen selbst gravierende Änderungen der Planung ein wirtschaftliches Gesamtergebnis nicht erwarten lassen oder bereits alle Möglichkeiten zur Kostensenkung ausgeschöpft sind. Die in diesen Fällen nötige Entscheidung kann der Bauherr nur dann treffen, wenn er die hierzu erforderliche Information - den **Kostenanschlag - vor Abschluß der Verträge mit den bauausführenden Unternehmen** erhält. Anderenfalls hätte er finanzielle

Nachteile durch notwendige Kündigungen, die Zahlung von entgangenem Gewinn oder schlimmstenfalls durch Kosten für das Herstellen und Beseitigen nicht verwertbarer Bausubstanz zu tragen.

Aus all dem folgt, daß der Kostenanschlag seine Funktion als wirksames Instrument der Kostenplanung nur dann voll erfüllen kann, wenn er **vor Baubeginn**, d.h. vor der Erteilung des ersten Zuschlags an ein bauausführendes Unternehmen, aufgestellt wird.

Bei kommunalen Baumaßnahmen ist der Kostenanschlag ohnehin - was häufig zu wenig beachtet wird - verpflichtende Voraussetzung für den Beginn der Ausführung einer Baumaßnahme. Dies ergibt sich aus § 27 Abs. 2 der Kommunalhaushaltsverordnung (KommHV).

Da die Kostensicherheit mit jedem Ausschreibungsergebnis zunimmt, weil gleichzeitig der Prognoseanteil der Kostenaufstellung geringer wird, steigt der Informationswert des Kostenanschlages mit der Anzahl der vorliegenden Unternehmerangebote. Da üblicherweise einzelne Gewerke an unterschiedliche Unternehmer zu unterschiedlichen Zeitpunkten vergeben werden, ist es - um dem Bauherrn ein Höchstmaß an Dispositionsmöglichkeiten offen zu halten - erforderlich, zur Erstellung des Kostenanschlages eine möglichst große Anzahl von Ausschreibungsergebnissen zu haben. Als sinnvoll hat sich die bei staatlichen Baumaßnahmen anzuwendende Regelung erwiesen, mit den Bauarbeiten erst zu beginnen, wenn Ausschreibungsergebnisse für die wesentlichen Gewerke des Rohbaus und der Technischen Ausrüstung (das sind ca. 60 % der Leistungen gemessen an den Gesamtbaukosten) und für die restlichen Gewerke Vorausberechnungen nach dem zum Zeitpunkt der Aufstellung des Kostenanschlages aktuellen Kenntnisstand in ausführungsorientierter Gliederung vorliegen.

Der auf diese Weise zu erstellende Kostenanschlag kann im weiteren Verlauf der Baumaßnahme nicht verändert oder gar nachgeholt werden, da die in ihm enthaltene Information für den Bauherrn nur zu dem Zeitpunkt von Nutzen ist, in dem er die Entscheidung über die Fortführung des Bauprojekts zu treffen hat. Das OLG Hamm sieht dies im o.g. Urteil ebenso.

Später erstellte Kostenkontrollberechnungen dienen der Kostenverfolgung. Die Endbeträge der Kostenkontrollberechnungen nähern sich mit dem Fortschreiben der Baumaßnahme immer mehr der Kostenfeststellung an. Sind alle Gewerke ausgeschrieben, vergeben, ausgeführt und abgerechnet, ist das Ergebnis der letzten Kostenkontrollberechnung identisch mit der Kostenfeststellung.

2.2 Der Kostenanschlag als Honorargrundlage

Gemäß § 10 Abs. 2 HOAI in der Fassung vom 01.01.1996 ist das Honorar für die Leistungsphasen 5 bis 7 nach den §§ 15 und 73 HOAI nach den anrechenbaren Kosten auf der Grundlage des Kostenanschlages zu berechnen. Nachdem die HOAI nur **einen**

Kostenanschlag kennt und es deshalb, wie oben dargestellt, bei jeder Baumaßnahme mit Blick auf ihre grundsätzliche Realisierung nur **einen** Kostenanschlag geben kann - der Bauherr kann die kostenbezogene Entscheidung zur Fortführung des Projekts sachgerecht nur zu diesem Zeitpunkt treffen -, ist die Kostenanschlagssumme für das Honorar der Leistungsphasen 5 bis 7 eine statische Größe, die grundsätzlich nicht veränderbar ist. Notwendige Kontrollberechnungen zur Verfolgung der Kosten während des Bauablaufs haben keinen Einfluß auf den Kostenanschlag als generelle Grundlage für die Entscheidung über die Ausführung. Sie wirken sich damit auch nicht auf ihn als Honorargrundlage aus.

Nach der amtlichen Begründung zu § 10 HOAI hat der Verordnungsgeber die getrennte Ermittlung des Honorars auf der Grundlage des Kostenanschlags deshalb eingeführt, um die Honorare weiter als bisher von den tatsächlichen Herstellungskosten abzukoppeln. Würde man der häufig vertretenen Auffassung folgen, der Kostenanschlag sei fortzuschreiben und erst mit der letzten Vergabe abgeschlossen, hätte die Einführung einer getrennten Ermittlung des Honorars für die Leistungsphasen 5 bis 7 praktisch keine Bedeutung. In diesem Fall enthielte der sog. fortgeschriebene Kostenanschlag alle die Kosten beeinflussenden Faktoren (weitere Ausschreibungsergebnisse, Nachträge, Mengenänderungen usw.), so daß mit der letzten Vergabe, z.B. der Baureinigungsarbeiten vor der Übergabe der Baumaßnahme an den Nutzer, der Kostenanschlag und die Kostenfeststellung keine nennenswerten Unterschiede aufwiesen. Hätte der Verordnungsgeber dies gewollt, hätte er es bei der vor der 5. Änderungsverordnung geltenden Regelung, wonach das Honorar für die Leistungsphasen 5 bis 7 nach den anrechenbaren Kosten der Kostenfeststellung zu ermitteln war, belassen können. In der Kommentierung zur Einführung der 5. Änderungsverordnung wird als Begründung für die getrennte Honorarermittlung u.a. ausgeführt, daß der Verordnungsgeber damit die Möglichkeit ausgeschlossen habe, daß der Architekt beim Honorar für die Ausführungsplanung und für Vergabeleistungen durch Kostensteigerungen für Nachträge partizipieren solle, für die er lediglich Überwachungsleistungen erbracht habe (s. Osenbrück, Voppel in BauR 1996, 477).

Fazit:

Honorargrundlage für die Leistungsphasen 5 bis 7 ist der dem Informationsinteresse des Bauherrn gerecht werdende, **vor Baubeginn aufgestellte Kostenanschlag**.

2.3 Gegenteilige Meinungen

Die in neueren Veröffentlichungen (z.B. Plankemann in Deutsches Architektenblatt 4/03 S. 52 ff.) vertretene Auffassung, der Kostenanschlag sei erst abgeschlossen, wenn die letzte benötigte Leistung ausgeschrieben und vergeben sei, ist in Anbetracht der oben aufgezeigten Funktion des Kostenanschlags unzutreffend. Sie wird auch **nicht** von der Rechtsprechung geteilt (s. OLG Hamm a.a.O.).

Auch die häufig vertretene Meinung, der Kostenanschlag sei fortzuschreiben oder erst endgültig aufzustellen, wenn alle Aufträge vergeben seien, weil in § 15 Abs. 2 Nr. 7 HOAI die 6. Grundleistung mit „Kostenanschlag nach DIN 276 aus Einheits- oder Pauschalpreisen der Angebote“ bezeichnet ist, ist aus folgenden Gründen unzutreffend:

Die in der HOAI genannten Grundleistungen haben nach der Klarstellung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 24.10.1996, BauR 1997, 154) lediglich gebührenrechtliche Bedeutung. Danach ist es nicht möglich, eine Leistungsverpflichtung des Architekten aus den Bestimmungen der HOAI abzuleiten. Die HOAI regelt weder, wann der Kostenanschlag aufzustellen noch in welcher Form er zu erstellen ist. Dies ergibt sich allein aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag und aus seinem Zweck.

Aus gebührenrechtlicher Sicht wird teilweise argumentiert, das Erstellen eines Kostenanschlags zu einem Zeitpunkt, zu dem noch nicht alle Angebote vorliegen, sei eine vom Grundleistungshonorar nicht abgedeckte Leistung, da der Architekt für die noch nicht ausgeschriebenen Gewerke Eigenberechnungen vorzunehmen habe. Dies wäre eine **nicht sachgerechte und nicht zulässige Einschränkung**. Nach § 10 Abs. 2 HOAI richtet sich das Honorar für die Leistungsphasen 5 bis 7 nach den Kosten des Kostenanschlags unter Zugrundelegung der DIN 276 Ausgabe 1981. Dort ist - wie oben dargestellt - festgelegt, daß in den Kostenanschlag Einheitspreise aus Angeboten oder ortsübliche Preise eingesetzt werden können. Das Einsetzen ortsüblicher aus der Erfahrung gewonnener Preise ist keine Besondere Leistung i.S. von § 5 Abs. 4 HOAI. Sie ist eine von mehreren Alternativen, will der Architekt seiner Verpflichtung, die Angebote der Firmen sachgerecht zu werten, nachkommen. Wie könnte er sonst dem Bauherrn raten, ein bestimmtes Angebot wegen unauskömmlicher Preise auszuscheiden oder eine Ausschreibung wegen unwirtschaftlicher, unangemessen hoher Preise aufzuheben, wenn er nicht vorher ermittelt hat, welche Preise auskömmlich und angemessen sind. Ob er diese Preise für alle Gewerke vor deren Vergabe ermittelt oder einzeln vor jeder Vergabe, ist unbeachtlich. Allein maßgeblich ist, daß das Ermitteln der sog. Vergabebudgets, also das Umstellen der Kostenermittlungen von der planungsorientierten in die ausführungorientierte Gliederungssystematik - wie in der DIN 276 Ausgabe 1981 vorgesehen -, zu den vom Architekten geschuldeten Leistungen i.S. einer sachgerechten Wertung der Angebote und sachgerechter Vergabevorschläge gehört. Hätte der Ordnungsgeber gewollt, daß diese bei jeder Baumaßnahme zu erbringende Leistung einen zusätzlichen, über das Grundleistungshonorar hinausgehenden Honoraranspruch auslösen sollte, hätte er die entsprechenden Leistungen in den Katalog der Besonderen Leistungen aufnehmen können und müssen, wie er dies bei öfter anfallenden Besonderen Leistungen getan hat.

Die Befürworter einer Fortschreibung des Kostenanschlags als Honorargrundlage gehen davon aus, daß sich auf diese Weise die anrechenbaren Kosten erhöhen. In Fällen, in denen die Kosten des zunächst sachgerecht aufgestellten Kostenanschlags bei einer späteren systemwidrigen Fortschreibung geringer ausfallen, könnte dies aber zu einer Unterschreitung der Mindestsätze führen: Nach allgemeiner Auffassung in der Literatur (z.B. Locher, Koeble, Frik, Kommentar zur HOAI, § 15 RdNr. 146) muß der

Architekt die Mengen für die Ausschreibung mit einem Genauigkeitsgrad von lediglich ± 10 v.H. - abgeleitet aus den Bestimmungen des § 2 Nr. 3 VOB/B - ermitteln. Liegen die pflichtgemäß ermittelten Mengen ca. 10 % über den tatsächlichen Mengen und würde der Kostenanschlag zum Zweck der Honorarermittlung später fortgeschrieben (d.h. reduziert), erhalte der Architekt ein geringeres Honorar als auf der Grundlage des ursprünglichen korrekten Kostenanschlags. Sind in einem solchen Fall die Mindestsätze vereinbart, käme es durch die Fortschreibung des Kostenanschlags zur unzulässigen Unterschreitung der Mindestsätze.

Fazit:

Aus § 15 Abs. 2 Nr. 7 HOAI geht entgegen neuerdings vertretener Auffassungen weder hervor, daß der Kostenanschlag erst nach Auftragsvergabe aufzustellen ist, noch daß er zum Zwecke der Honorarermittlung fortzuschreiben ist. Die in einem vor Baubeginn aufzustellenden Kostenanschlag enthaltenen Eigenberechnungen begründen auch keinen Anspruch auf ein Honorar für Besondere Leistungen.

2.4. Sonderfälle

Enthält der zum richtigen Zeitpunkt aufgestellte Kostenanschlag nicht alle erforderlichen Kostenaussagen, ist die Leistung nicht voll erbracht. Für die Honorierung der ergänzend notwendigen Leistungen sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- a) Der Architekt hätte zum Zeitpunkt der Aufstellung des Kostenanschlags erkennen können und müssen, daß zur Erfüllung der Bauaufgabe noch zusätzliche, in der Kostenermittlung nicht erfaßte Bauleistungen erforderlich werden. Hierzu gehört auch der Hinweis an den Bauherrn, bei Umbauten bestimmte Untersuchungen anzustellen, deren Ergebnisse die Kostenanschlagssumme beeinflussen können. Hat der Architekt erkennbar notwendige Planungsinhalte nicht berücksichtigt oder entsprechende Untersuchungen nicht vorgenommen und/oder den Bauherrn nicht auf deren Notwendigkeit hingewiesen, scheidet eine Erhöhung des Kostenanschlags als Grundlage des Honorars für die Leistungsphasen 5 bis 7 um die Kosten der zu spät erkannten zusätzlichen Leistungen aus: Der für die Entscheidung des Bauherrn abgegebene Kostenanschlag ist objektiv fehlerhaft, die Entscheidung des Bauherrn beruht auf ihm; Nachbesserungen sind - bezogen auf den ursprünglichen Entscheidungszeitpunkt - nicht möglich. Die für die entsprechenden Bauleistungen erforderlichen Architektenleistungen sind verspätete, nach der Systematik der HOAI nicht vergütungsfähige Leistungen.
- b) Der Architekt konnte zum Zeitpunkt der Aufstellung des Kostenanschlags trotz sachgerechter Planung und Durchführung aller erforderlichen Untersuchungen objektiv nicht voraussehen, daß zusätzliche Bauleistungen erforderlich werden, der Bauherr hat trotz Hinweises des Architekten die angeregten Untersuchungen nicht ausführen lassen oder der Bauherr äußert nachträglich Wünsche. In diesen Fällen

verbleibt es grundsätzlich ebenfalls bei der Abrechnung nach dem Kostenanschlag. Der Architekt hat aber zusätzlich einen Anspruch auf Vergütung der hinzukommenden Leistungen. Für diese Besonderen Leistungen könnte ein Honorar dahingehend vereinbart werden, daß die zusätzlichen Baukosten fiktiv den Kosten des Kostenanschlags zugerechnet werden.

3. Vertragliche Regelung

Um späteren Streit über die Berechnungsgrundlage für das Honorar der Leistungsphasen 5 bis 7 zu vermeiden, raten wir den kommunalen Auftraggebern, bereits in den Architektenvertrag entsprechende Regelungen aufzunehmen (vgl. HAV-KOM).

Das Honorar für die Grundleistungen wird wie folgt ermittelt (Kostenermittlungen nach DIN 276, Ausgabe April 1981):

- Für die Leistungen der Leistungsphasen 1 bis 4 nach den anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung, solange diese nicht vorliegt nach den anrechenbaren Kosten der Kostenschätzung.
- **Für die Leistungen der Leistungsphasen 5 bis 7 nach den anrechenbaren Kosten des Kostenanschlags, solange dieser nicht vorliegt nach den anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung.**

Der Kostenanschlag ist die vor der ersten Vergabe aufzustellende und dem Auftraggeber zu übergebende Kostenermittlung.

Er hat für mindestens 60 % der Bauleistungen Ausschreibungsergebnisse und für die restlichen Leistungen Vorausberechnungen auf der Basis des aktuellen Kosten- und Kenntnisstandes zu enthalten.

Der Kostenanschlag ist grundsätzlich nicht veränderbar. Kostenkontrollberechnungen und Fortschreibungen auf Grund von Nachträgen oder weiteren Vergaben haben keinen Einfluß auf den Kostenanschlag als Honorargrundlage. Dies betrifft nicht die Kosten von nachträglich zu beauftragenden Leistungen, die trotz gewissenhafter Planung und sachgerechter Durchführung aller erforderlichen Untersuchungen objektiv nicht voraussehbar waren (z.B. Sonderwünsche des Auftraggebers).

- Für die Leistungen der Leistungsphasen 8 und 9 nach den anrechenbaren Kosten der Kostenfeststellung, solange diese nicht vorliegt nach den anrechenbaren Kosten des Kostenanschlags.

EAPI.: 80 (804)

Bau 7 Abrechnung von Mauerarbeiten: Herstellen von Tür- und Fensteröffnungen

In letzter Zeit häufen sich Fälle, in denen mit Baumeisterarbeiten beauftragte Unternehmen bei Mauerarbeiten eine zusätzliche Vergütung für das Herstellen von Tür- und Fensteröffnungen fordern. Die Auftragnehmer begründen dies damit, Tür- und Fensteröffnungen seien Öffnungen i.S. der Ziffer 4.2.4 DIN 18 330. Wenn das Herstellen dieser Öffnungen in der Leistungsbeschreibung nicht besonders erwähnt sei, habe der Auftragnehmer Anspruch auf Vergütung des damit verbundenen Aufwands als Besondere Leistung. Gestützt wird diese Auffassung auf das Urteil des Kammergerichts Berlin vom 26.05.1998 (Az.: 21 U 9234/97, JURIS KORE 726 999 800), in dem das Gericht festgestellt hat, daß raumhohe, durch Türen verbundene Wandöffnungen gemäß Ziffer 5.1.5 der DIN 18 362 bei Maler- und Tapezierarbeiten zu übermessen sind.

Die aus dem Urteil des Kammergerichts abgeleiteten Forderungen der Baufirma sind aus folgenden Gründen nicht berechtigt:

- a) Für Mauerarbeiten ist mit der DIN 18 330 eine eigene Technische Vertragsbedingung geschaffen. Das Anlegen von Tür- und Fensteröffnungen gehört nicht zu dem in Ziffer 4.2.4 der DIN 18 330 genannten Herstellen von Aussparungen. Bei den dort genannten Aussparungen handelt es sich um Öffnungen, Nischen, Schlitz- und Kanäle für die gebäudetechnische Erschließung und dergleichen, nicht um die Öffnungen, die zum späteren Einbau von Türen und Fenstern herzustellen sind. Dies entspricht der gängigen Kommentarliteratur (Beck'scher VOB-Kommentar, VOB Teil C 2003, herausgegeben von Prof. Dr. jur. Klaus Englert, Prof. Dr. Ing. Rolf Katzenbach und Prof. Dr. jur. Gerd Motzke in Zusammenarbeit mit dem Deutschen Institut für Normung e.V.).
- b) In Ziffer 4.2.12 DIN 18 330 wird bestimmt, daß das Herstellen von Leibungen bei **Sicht- und Verblendmauerwerk** sowie von Sohlbänken, Gesimsen und Bändern einschließlich etwaiger Auskragungen Besondere Leistungen sind. Daraus folgt im Umkehrschluß, daß das Herstellen von Leibungen bei **zu verputzendem Mauerwerk nicht** zu den Besonderen Leistungen, sondern zu den Grundleistungen gehört (s. auch Niedersächsische VOB-Auslegungs- und Beratungsstelle, Fall 1206).
- c) Dem von den Auftragnehmern zitierten Urteil lag nicht eine Abgrenzung von Normalleistungen und Besonderen Leistungen zugrunde. Es bezog sich ausschließlich auf die Übermessungsregeln im Abschnitt 5 der DIN 18 362 (Maler- und Tapezierarbeiten). Das Gericht hat lediglich festgestellt, daß eine zu übermessende Öffnung auch dann vorliegt, wenn sie raumhoch ist und die begrenzenden Wandteile erst später durch Türen verbunden werden.
- d) Die Leistungsverzeichnisse enthalten regelmäßig Planzeichnungen, aus denen die Bieter entnehmen können, welche Anzahl von Fenster- und Türöffnungen herzu-

stellen ist. Damit sind die Leistungen für das Herstellen der entsprechenden Öffnungen im Leistungsverzeichnis enthalten und somit Bestandteil der vertraglichen Leistung. Die Leistung kann gleichrangig in Worten oder in Plänen beschrieben werden.

- e) Würde man der unzutreffenden Auffassung der Auftragnehmer folgen, käme es bei den Maueröffnungen mit einer Größe von weniger als 2,5 m² zu einer doppelten Vergütung. Bei derartigen Öffnungen erhält der Auftragnehmer eine Vergütung so, als habe er die Öffnung durchgemauert. Durch eine weitere Vergütung für das fiktive Herstellen der Öffnungen würden die Leistungen zweimal vergütet (s. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.01.1998, BauR 1998, 1025).

Wir empfehlen, derartige Vergütungsansprüche für das Herstellen von Tür- und Fensteröffnungen zurückzuweisen. Um Streitigkeiten über solche Forderungen von vorne herein zu vermeiden, raten wir, in die Leistungsbeschreibungen für Mauerarbeiten den Hinweis aufzunehmen, daß das Herstellen von Tür- und Fensteröffnungen mit dem Einheitspreis für das Herstellen des Mauerwerks abgegolten ist.

EAPI: 60 (609)

Bau 8 Honorare der Architekten und Ingenieure für Leistungen, die Freianlagen, Verkehrsanlagen und verkehrsberuhigte Bereiche umfassen

Bei unseren überörtlichen Prüfungen stellen wir vermehrt fest, daß bei der Vereinbarung von Honoraren für Leistungen zur Umgestaltung von Straßen und Plätzen im Zusammenhang mit Altstadtsanierungen die Bestimmungen der HOAI nicht eingehalten werden. Dies geschieht insbesondere, indem entgegen § 10 Abs. 6 Nr. 2, § 14 Nr. 4 und § 54 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 HOAI vereinbart wird, alle Leistungen nach Teil II der HOAI (Leistungen bei Freianlagen) zu honorieren, statt, wie geboten, die Fahrbereiche, die Stellplätze und den Ober- und Unterbau von Fußgängerbereichen den Verkehrsanlagen zuzuordnen. Durch die HOAI-widrigen Vereinbarungen entstehen nicht nur Verpflichtungen der Kommunen, Honorare zu bezahlen, die über den Mindestsätzen liegen, es werden nicht selten Zahlungen geleistet, die erheblich über den allenfalls in Ausnahmefällen zu vereinbarenden Höchstsätzen liegen.

Die folgenden Hinweise sollen Hilfestellung geben bei der Vereinbarung und Abrechnung von Honoraren für Leistungen beim Neubau verkehrsberuhigter Bereiche und/oder der Umgestaltung vorhandener Straßen und Plätze in verkehrsberuhigte Bereiche.

1. Die Bestimmungen der HOAI über Verkehrsanlagen und Freianlagen

Nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 HOAI erstreckt sich der Geltungsbereich des Teils VII der HOAI auf Verkehrsanlagen, die Anlagen des Straßenverkehrs umfassen, ausgenommen jedoch Freianlagen nach § 3 Nr. 12 HOAI.

§ 54 Abs. 2 Nrn. 1 bis 4 jeweils Buchstabe a HOAI und § 14 Nr. 4 HOAI beschreiben in der Honorarzonenzuordnung mittelbar, daß folgende verkehrliche Anlagen gebührenrechtlich den Freianlagen zuzurechnen sind:

- Wege, die **nicht** für den **regelmäßigen Fahrverkehr** geeignet sind und **einfache Entwässerungsverhältnisse** aufweisen,
- solche Wege und befestigte Flächen, die als **Gestaltungselemente der Freianlagen** geplant werden und für die **Leistungen nach Teil VII** der Verordnung **nicht erforderlich** sind,
- verkehrsberuhigte Bereiche, soweit es sich um **Oberflächengestaltungen und Pflanzungen für Fußgängerbereiche** nach § 14 Nr. 4 HOAI handelt.

1.1 Abgrenzung von Freianlagen und Verkehrsanlagen

§ 10 Abs. 4 a Nr. 8 HOAI bestimmt, daß die anrechenbaren Kosten der oben unter Spiegelstrich 1 und 2 genannten Verkehrsanlagen unter den dort aufgezeigten Voraussetzungen den anrechenbaren Kosten für Grundleistungen bei Freianlagen zuzurechnen sind.

Bei beiden Regelungen - § 54 Abs. 2 und § 10 Abs. 4 a Nr. 8 HOAI - geht der Verordnungsgeber davon aus, daß der Schwierigkeitsgrad der Leistungen so geartet sein muß, daß Leistungen nach Teil VII der HOAI (Verkehrsanlagen) nicht erforderlich sind.

Schon die Einschränkungen „*ohne regelmäßigen Fahrverkehr, einfache Entwässerungsverhältnisse*“ zeigen, daß es sich bei den Verkehrsanlagen, die nach Teil II der HOAI abgerechnet werden können, um sehr einfache Verkehrsanlagen handeln muß.

Maßgeblich für die Zuordnung von Baumaßnahmen zu den Verkehrsanlagen oder zu den Freianlagen sind folglich die **verkehrstechnischen** und die **bautechnischen Aspekte** der Planung, nicht die gestalterische Umsetzung. Dies hat das Kammergericht Berlin in seinem Urteil vom 14.11.1989 (BauR 1991, 251) wie folgt bestätigt:

„Jedenfalls in einem solchen Falle, wo der verkehrstechnische Aspekt bei der Planung zu berücksichtigen ist, kann es nicht zweifelhaft sein, daß die entsprechenden Anlagen unter den Begriff der Verkehrsanlagen i.S. des § 54 HOAI zu zählen sind. Weder läßt sich Gegenteiliges aus § 51 Abs. 2 HOAI herleiten, der auf § 3 Nr. 12 HOAI Bezug nimmt, in welchem Verkehrsanlagen gerade nicht erwähnt werden, noch vermögen die von der Klägerin angeführten Abhandlungen des Bundes Deutscher Landschaftsarchitekten zu überzeugen ...“

Weiter führt das Gericht aus:

„Maßgeblich sind die Objektlisten des § 14 (Freianlagen) einerseits und des § 54 (Verkehrsanlagen) andererseits. In § 14 HOAI werden aber Straßen, Wege, Parkplätze und dergleichen nicht erwähnt. Durch die 1. Änderungsverordnung vom 17.07.1984 wurde die Objektliste für Freianlagen (§ 14) redaktionell überarbeitet, was zur Abgrenzung gegenüber dem neuen Teil VII (Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen) dienen sollte. In diesem Zusammenhang wurden z.B. die früher in § 14 Honorarzonon II und III aufgeführten Wanderwege gestrichen, damit keine Überschneidung mit der Objektliste des § 54 eintritt. Sie sind nunmehr nach den Vorschriften der §§ 51 ff. zu honorieren. Wenn in dem Kommentar von Locher/Koebler/Frik gleichwohl Ausführungen zur Abgrenzung zwischen Freianlagen und Verkehrsanlagen gemacht werden und als Abgrenzungsmerkmal die Intensität der planerischen Gestaltung genannt wird, so wird dies der Neufassung des § 14 HOAI und dem Willen des Verordnungsgebers, Überschneidungen beider Bereiche zu vermeiden, nicht gerecht.“

Sind die o.g. Voraussetzungen des § 54 Abs. 2 und des § 10 Abs. 4 a Nr. 8 HOAI nicht erfüllt, sind die entsprechenden Anlagen gebührenrechtlich dem Teil VII der HOAI zuzuordnen.

1.2 Verkehrsberuhigte Bereiche

Bei den oben unter Spiegelstrich 3 genannten **verkehrsberuhigten Bereichen** handelt es sich häufig um Verkehrsanlagen, von denen ein Teilbereich dem regelmäßigen Fahrverkehr einschließlich dem ruhenden Verkehr (Parkplätze) dient und ein anderer Teil hauptsächlich von Fußgängern oder Lieferanten benutzt wird.

Gebührenrechtlich sind die **Fahrbereiche und die Parkplätze** den Verkehrsanlagen zuzurechnen. Die entsprechenden Leistungen sind ausschließlich **nach Teil VII der HOAI** zu honorieren, da die kumulativ anzuwendenden Voraussetzungen für die o.g. Ausnahmeregelungen - nicht regelmäßiger Fahrverkehr, Gestaltungselement einer Freianlage und regelmäßig auch die fehlende Notwendigkeit von Leistungen nach Teil VII der HOAI - nicht vorliegen.

Bei den überwiegend von Fußgängern genutzten Bereichen sind nur die **Oberflächen-gestaltungen und die Pflanzungen** nicht den Verkehrsanlagen, sondern den Freianlagen zuzuordnen. Dies deckt sich mit der Parallelvorschrift in § 10 Abs. 6 Nr. 2 HOAI, wonach die Kosten für den Ober- und Unterbau von Fußgängerbereichen nach § 14 Nr. 4 HOAI mit Ausnahme der Kosten für die Oberflächenbefestigung nicht anrechenbar sind für Grundleistungen bei **Freianlagen** (in § 14 Nr. 4 HOAI werden Oberflächengestaltungen und Pflanzungen von Fußgängerbereichen als Objekte für Freianlagen definiert).

Das bedeutet: Ober- und Unterbau von Fußgängerbereichen sind nach Teil VII, die Oberflächenbefestigung ist nach Teil II der HOAI zu honorieren.

Der BGH hat dies in seinem Urteil vom 27.11.2003 (BauR 2004, 384) ebenso gesehen, indem er eine Schlußrechnung, in der die Honorare für Freianlagen und Verkehrsanlagen nicht in der gebotenen Art getrennt ermittelt wurden, nicht lediglich als unrichtig, sondern als nicht prüfbar und deshalb als nicht fällig bezeichnet hat.

Zu beachten ist, daß reine Gehwege und Bürgersteige, die Fußgängern ausschließlich dazu dienen, eine bestimmte Wegstrecke zurückzulegen, als Verkehrsanlagen nach Teil VII der HOAI zu honorieren sind (amtliche Begründung zur 3. Änderungsverordnung zur HOAI; Bundesratsdrucksache 594/87, S. 102). Fußgängerbereiche als Freianlagen müssen stets weitere Nutzungsmöglichkeiten - z.B. Verweilzonen - aufweisen, damit sie honorarrechtlich teilweise (Oberflächenbefestigung) als Freianlagen abgerechnet werden können.

Werden Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen nach Teil VII der HOAI, **die in Freianlagen liegen**, vom Freianlagenplaner gestalterisch in die Umgebung eingebunden, so können ihm die zusätzlichen Aufwendungen hierfür nach § 17 Abs. 3 HOAI als Besondere Leistung vergütet werden, sofern eine entsprechende schriftliche Vereinbarung getroffen wurde. Nach der Literatur wird für die Besonderen Leistungen ein Honorar in Höhe von ca. 2 v.H. des Gesamthonorars für angemessen erachtet (Hartmann, Die neue HOAI, zu § 51 RdNr. 12). Dabei ist nach dem Willen des Verordnungsgebers zu berücksichtigen, daß in Fällen, in denen der Planer der Verkehrsanlagen dadurch entlastet wird, daß der Freianlagenplaner im Rahmen der Einbindung der Verkehrsanlage bereits Leistungen für die Verkehrsanlagen (z.B. Festlegung der Trasse und/oder der Gradienten) erbringt, die mit dem Honorar nach § 17 Abs. 3 HOAI vergütet werden, eine Honorarkürzung zu Lasten des Verkehrsanlagenplaners geboten ist (amtliche Begründung zur HOAI, Bundesratsdrucksache 3041/90 S. 143). Anspruch auf ein Honorar nach § 17 Abs. 3 HOAI hat der Freianlagenplaner nur, wenn er mit dem Auftraggeber eine schriftliche Vereinbarung über die Höhe oder jedenfalls über alle zur Berechnung erforderlichen Parameter getroffen hat. Einen bestimmten Zeitpunkt für die Vereinbarung als Anspruchsgrund nennt die HOAI nicht. Deshalb können entsprechende Vereinbarungen auch noch nach Auftragserteilung getroffen werden. Für eine nachträgliche Vereinbarung besteht allerdings kein Grund, wenn der Freianlagenplaner auch der Verkehrsanlagenplaner ist oder der Freianlagenplaner weiß oder wissen mußte, daß ein Vertrag mit dem Verkehrsanlagenplaner erst noch geschlossen wird, er seine Forderung nach § 17 Abs. 3 HOAI aber erst später erhebt und die Vergütung des Verkehrsplaners nicht mehr reduziert werden kann, weil mit diesem bereits ein verbindlicher Vertrag vorliegt.¹

Zusammengefaßt ergibt sich aus den Regelungen der HOAI folgendes:

- Für Anlagen mit regelmäßigem Fahrverkehr und nicht einfachen Entwässerungsverhältnissen, für die Leistungen nach Teil VII der HOAI erforderlich sind, gelten die Honorarbestimmungen des Teil VII der HOAI. Dies gilt auch für die Fahrbereiche in einer verkehrsberuhigten Zone und für Anlagen des ruhenden Verkehrs (Parkplätze), soweit Leistungen nach Teil VII der HOAI erforderlich sind und einfache Entwässerungsverhältnisse nicht vorliegen.
- Bei Fußgängerbereichen - dies betrifft die hauptsächlich von Fußgängern benutzten Bereiche verkehrsberuhigter Zonen - ist das Honorar getrennt nach Teil VII für den Unter- und Oberbau und nach Teil II der HOAI für die Oberflächenbefestigung zu ermitteln.
- Bei Planungen mit gestalterischem Anspruch können die Parteien schriftlich vereinbaren, daß die Aufwendungen für die **Einbindung der Verkehrsanlagen in die**

¹ Die Regelungen des § 61 HOAI (bau- und landschaftsplanerische Beratung) sind in der vorliegenden Darstellung aus Gründen der Vereinfachung nicht aufgeführt, da diese nur in wenigen Ausnahmefällen zur Anwendung kommen und aufgrund der nicht eindeutigen Formulierungen nur schwer vom Regelungsgehalt des § 17 Abs. 3 HOAI abgegrenzt werden können.

Freianlagen besonderes honoriert werden. Wird der Planer der Verkehrsanlagen durch die Leistungen des Freianlagenplaners entlastet, ist dies beim Honorar für die Verkehrsanlagen mindernd zu berücksichtigen.

1.3 Umbauten von verkehrsberuhigten Bereichen

Für Leistungen bei Umbauten von Verkehrsanlagen kann ab durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad der Leistungen ein Umbauszuschlag in Höhe von 20 bis 33 v.H. des Leistungshonorars schriftlich vereinbart werden (§ 59 Abs. 3 HOAI). Wird nichts anderes schriftlich vereinbart, gilt ab durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad ein Zuschlag von 20 v.H. als vereinbart. Diese Regelung greift jedoch nur Platz, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

Es muß sich um Verkehrsanlagen handeln

- mit geringen Kosten für Erdarbeiten einschließlich Felsarbeiten - in der Literatur werden die Kosten der Erdarbeiten im o.g. Sinn dann als gering bezeichnet, wenn diese weniger als 20 v.H. der Gesamtkosten der Verkehrsanlage betragen (Hartmann, Die neue HOAI, zu § 59 HOAI RdNr. 6) **und**
- mit gebundener Gradienten oder schwieriger Anpassung an die vorhandene Bebauung.

Liegen die beiden Voraussetzungen nicht **kumulativ** vor, besteht kein Anspruch auf den Umbauszuschlag.

Häufig wird bei der Vereinbarung von Umbauszuschlägen für Leistungen bei Verkehrsanlagen übersehen, daß der Anspruch nur dann besteht, wenn die Verkehrsanlage tatsächlich umgebaut wird. Wird sie vollständig abgebrochen und einschließlich der Tragschichten neu errichtet, fehlen die Voraussetzungen für den Zuschlag.

Für die Teile von Fußgängerbereichen verkehrsberuhigter Zonen, die gebührenrechtlich dem Teil II der HOAI zuzurechnen sind, hat der Auftragnehmer **keinen Anspruch** auf einen Umbauszuschlag, da sich die entsprechende Regelung im Teil II der HOAI (§ 24 HOAI) nur auf Leistungen bei Gebäuden, nicht jedoch auf Leistungen bei Freianlagen erstreckt und § 59 Abs. 3 HOAI nur Verkehrsanlagen anspricht.

2. Anwendungsbeispiele

2.1 Neuordnung eines Stadtplatzes (s. Abb. 1)



Abb. 1

Der Stadtplatz und die Straßen in seiner Umgebung sollen erneuert und dabei neu gestaltet werden.

Die Honorare sind wie folgt zu ermitteln:

Die Leistungen für die vom Planungsumgriff erfaßten Teile der Hauptstraße, der Post- und der Marktstraße sowie der Schloßgasse sind einschließlich der über diese Straßen erschlossenen Parkplätze nach Teil VII der HOAI zu honorieren. Dies gilt auch, wenn alle oder einzelne Straßenabschnitte verkehrsberuhigt auszubauen sind. Für die reinen Gehwege (Bürgersteige) gilt das Gleiche. Zu beachten ist, daß die die Straßen, Gehwege und Parkplätze begrenzenden Bauteile wie Hochborde, Tiefborde und/oder Pflasterinnen und Straßenentwässerungseinrichtungen ebenfalls zu den Verkehrsanlagen zählen.

Die restlichen Flächen (Stadtplatz und Fußgängerbereiche FB) dienen den Fußgängern nicht nur zum Erreichen ihres Zieles, sondern ebenso zum Aufenthalt in vielfältiger Art wie z.B. bei Veranstaltungen, bei Markttagen, an vorübergehend aufgebauten Ausschankflächen usw. Auch werden die Flächen zu ganz bestimmten Zeiten von Lie-

feranten mit Fahrzeugen befahren. Diese Flächen sind honorarrechtlich Fußgängerbereiche. Die Leistungen für den Unter- und Oberbau dieser Flächen sind nach Teil VII der HOAI, die Leistungen für die Oberflächenbefestigung (Pflaster) nach Teil II der HOAI zu honorieren.

Für die Einbindung der Verkehrsanlagen (Straßen, Gehwege und Parkplätze) in die Umgebung kann ggf. ein Honorar nach § 17 Abs. 3 HOAI vereinbart werden.

Nachdem die vorhandenen Verkehrsanlagen bis zum Untergrund abgebrochen und einschließlich der Tragschichten völlig neu errichtet werden sollen, fehlen die Voraussetzungen für einen Umbauzuschlag nach § 59 Abs. 3 HOAI.

2.2 Anliegerstraße als verkehrsberuhigter Bereich (s. Abb. 2)



Abb. 2

Im Rahmen einer Erschließungsplanung sollen verschiedene Grundstücke eines Neubaugebiets mittels einer Anliegerstraße verkehrsberuhigt ausgebaut werden. Gegenstand der Planung sollen auch ein Spielplatz, Grünanlagen und Parkplätze sein.

Die Honorare sind in diesem Fall wie folgt zu ermitteln:

Die Anliegerstraßen dienen neben dem Fußgängerverkehr auch dem regelmäßigen Fahrverkehr. Dem Straßenverkehr dienen auch die Parkplätze. Die Leistungen für diese Flächen sind deshalb ausschließlich nach Teil VII der HOAI zu honorieren. Daran

ändert sich nichts, wenn die Verkehrsflächen einen Pflasterbelag erhalten und/oder besonders gestaltet sind. Die Entwässerung der Verkehrsflächen ist Bestandteil der Verkehrsanlagen. Die dazu erforderlichen Ingenieurleistungen werden durch Zurechnung der entsprechenden Kosten zu den anrechenbaren Kosten der Verkehrsanlage honoriert.

Die Leistungen für den Spielplatz und die ihn umgebende Grünanlage, die sonstigen Grünflächen und die Grünflächen an den Parkplätzen sind nach Teil II der HOAI zu honorieren.

3. Auswirkungen HOAI-widriger Vereinbarungen

Werden die Regelungen der HOAI nicht beachtet, kann es zu unwirksamen Vereinbarungen kommen. Die Abrechnung der Planung von Verkehrsanlagen erfolgt in anderer Weise als die Abrechnung der Planung von Freianlagen und führt zu einem anderen Honorar (BGH, Urteil vom 30.09.2004 VII ZR 288/02, IBR 2004, 702, 703). Wird zum Beispiel vereinbart, alle Leistungen nach Teil II der HOAI zu honorieren, obwohl gebührenrechtlich eine Aufteilung in Leistungen nach Teil VII und nach Teil II der HOAI geboten ist, kann das zur Überschreitung des Höchstsatzes führen. Der Auftragnehmer hat in diesem Fall in aller Regel einen Anspruch auf den Höchstsatz, außer er hat den Auftraggeber falsch beraten. Dann kann er dafür nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsabschluß (c.i.c.) haften. In diesem Fall erhält er nur das Honorar, das er bei richtiger Beratung erhalten hätte. Hat der Bauherr selbst eine falsche Leistungszuordnung vorgeschlagen, kann der Auftragnehmer das vereinbarte Honorar verlangen, außer die Vereinbarung übersteigt den nach der HOAI zulässigen Höchstsatz. Dann erhält der Auftragnehmer maximal den Höchstsatz, der sich bei HOAI-konformen Zuordnungen der verschiedenen Leistungsbereiche ergibt. Die Auftraggeber sind in derartigen Fällen nicht selten verpflichtet, mehr an Honorar zu bezahlen, als sie bei Kenntnis der entsprechenden Vorschriften und wirtschaftlichem Handeln zu bezahlen verpflichtet gewesen wären.

Umgekehrt kann eine falsche Zuordnung der Leistungen zu einer Unterschreitung der HOAI-Mindestsätze führen, etwa wenn eine Maßnahme insgesamt dem Teil VII der HOAI zugeordnet wird, obwohl sie oder Teile davon nach Teil II abzurechnen sind. In diesen Fällen wird der an die verschiedenen Leistungsteile anknüpfende Mindestsatz der HOAI geschuldet, außer der Bauherr durfte ausnahmsweise auf die falsche Einordnung vertrauen (vgl. BGH, Urteil vom 22.05.1997 BauR 1997, 677).

EAPI.: 60 (608)

Bau 9 Neue Normen für Tragwerke aus Beton, Stahlbeton und Spannbeton

Die ARGEBAU¹ hat die Neufassungen der DIN-Normen 1045 - Tragwerke aus Beton und Stahlbeton - (bezeichnet als DIN 1045:2001) und die DIN EN 206 - Beton - (bezeichnet als DIN EN 206:2001) vom Juli 2001 im Oktober 2001 bauaufsichtlich eingeführt.

In Bayern wurden die neu gefaßten Normen mit Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 15. Juli 2002 (AllMBl 2002, 524) in die Liste der als Technische Baubestimmungen eingeführten Technischen Regeln (Liste der TB) aufgenommen.

Mit der Aufnahme in die Liste der Technischen Baubestimmungen wurde auch festgelegt, daß für eine Übergangszeit von 2½ Jahren die alte und die neue DIN wahlweise angewendet werden können. Diese parallele Geltungsdauer lief am 31.12.2004 aus. Ab dem 01.01.2005 sind ausschließlich die Normen in der Fassung vom Juli 2001 zu verwenden. Werden bei einer Planung nach dem 01.01.2005 noch die alten Normen angewandt, verstößt der Verwender nicht nur gegen die öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die eingeführten Technischen Baubestimmungen zu beachten, er begibt sich auch in Gefahr, eine mit Mängeln behaftete Planung abzuliefern, soweit die neuen Normen eine Verschärfung der Anforderungen vorsehen.

Die wesentlichen Unterschiede zu den bisherigen Betonbaunormen sind:

- Erweiterung des Anwendungsbereiches in DIN 1045-1:2001² auf Spannbeton und gefügedichten Leichtbeton
- Klasseneinteilung des Betons, insbesondere unter Berücksichtigung der Umgebungsbedingungen
- Anforderungen an die Dauerhaftigkeit
- Erweiterung der Festigkeitsklassen auf hochfeste Betone
- Festigkeitsklassen für Leichtbeton
- Regeln zur Festlegung des Betons: Leistungsbeschreibung
- Berücksichtigung von Zusatzstoffen zur Anrechnung auf den Wasser/Zement-Wert und den Zementgehalt

¹ Arbeitsgemeinschaft der für das Bau-, Wohnungs- und Siedlungswesen zuständigen Minister der Länder

² DIN 1045 Teil 1 in der Fassung 2001

- Klarstellung der Trennung der Verantwortlichkeiten zwischen Ausschreibendem, Hersteller und Verwender
- Regeln für die Prüfung der Konformität, Konformitätskriterien und Identitätsprüfung
- Regeln für die Beurteilung der Konformität

Die beiden o.g. DIN-Normen wenden sich vorwiegend an den Tragwerksplaner, da sie im wesentlichen Grundlagen zur Bemessung und Konstruktion von Beton- und Stahlbetonbauteilen enthalten. Da in den neuen Normen auch die Bezeichnungen von Baustoffen geändert wurden, wirken sie sich auch auf die Werkplanung und die Ausschreibung, d.h. auf die Objektplanung aus.

Nachstehend werden die wesentlichen alten und neuen Baustoffbezeichnungen gegenübergestellt:

1. Beton

DIN EN 206-1:2001 ³ und DIN 1045-2:2001 ⁴			DIN 1045:1998 ⁵ und DIN 4219-1:1979 ⁶
Normalbeton, Schwerbeton			
Beton-Druckfestigkeitsklasse	Zylinderdruckfestigkeit in N/mm ² *)	Würfeldruckfestigkeit in N/mm ² **)	
C8/10	8	10	B 5, B 10
C12/15	12	15	B 15
C16/20	16	20	
C20/25	20	25	B 25
C25/30	25	30	
C30/37	30	37	B 35
C35/45	35	45	B 45
C40/50	40	50	
C45/55	45	55	B 55
C50/60	50	60	

³ DIN EN 206 Teil 1 in der Fassung 2001

⁴ DIN 1045 Teil 2 in der Fassung 2001

⁵ DIN 1045 in der Fassung 1998

⁶ DIN 4219 in der Fassung 1979

DIN EN 206-1:2001 ³ und DIN 1045-2:2001 ⁴		DIN 1045:1998 ⁵ und DIN 4219-1:1979 ⁶	
Hochfester Beton			
Beton-Druckfestigkeitsklasse	Zylinderdruckfestigkeit in N/mm ²	Würfeldruckfestigkeit in N/mm ²	
C55/67	55	67	B 65
C60/75	60	75	B 75
C70/85	70	85	B 85
C80/95	80	95	B 95
C90/105	90	105	B 105
C100/115	100	115	B 115
Leichtbeton			
Beton-Druckfestigkeitsklasse	Zylinderdruckfestigkeit in N/mm ²	Würfeldruckfestigkeit in N/mm ²	
LC8/9	8	9	LB 8
LC12/13	12	13	LB 10
LC16/18	16	18	LB 15
LC20/22	20	22	
LC25/28	25	28	LB 25
LC30/33	30	33	
LC35/38	35	38	LB 35
LC40/44	40	44	
LC45/50	45	50	LB 45
LC50/55	50	55	LB 55
LC55/60	55	60	
LC60/66	60	66	
LC70/77	70	77	
LC80/88	80	88	

*) Druckfestigkeit in N/mm² eines Zylinders 150/300 mm

**) Druckfestigkeit in N/mm² eines Würfels 150/150 mm

Neben der Bemessung für äußere Lasten (Tragfähigkeit) ist zusätzlich die Dauerhaftigkeit von Betonbauwerken bzw. Betonbauteilen sicherzustellen. Um geeignete Annahmen für die zu erwartenden Umwelteinwirkungen treffen zu können, werden in der DIN 1045-2⁷ die Anforderungen an den Beton in Abhängigkeit von den möglichen Einwirkungen durch Expositionsklassen festgelegt.

⁷ s. Fußnote 4

Insgesamt stehen sieben Expositionsklassen zur Verfügung, die jeweils in bis zu vier Stufen untergliedert sind. Unterschieden werden Einwirkungen auf die Bewehrung im Beton (Bewehrungskorrosion) sowie auf den Beton selbst (Betonangriff).

Mögliche Einwirkungen auf die Bewehrung im Beton werden durch folgende Expositionsklassen erfaßt:

- Expositionsklasse XC (Carbonation): Beanspruchung durch Karbonatisierung
- Expositionsklasse XD (Deicing): Beanspruchung durch Chlorideinwirkung aus Taumitteln
- Expositionsklasse XS (Seawater): Beanspruchung durch Chlorideinwirkung aus Meerwasser bzw. salzhaltiger Seeluft

Mögliche Einwirkungen auf den Beton werden berücksichtigt durch die Expositionsklassen:

- Expositionsklasse XF (Freezing): Beanspruchung durch Frost mit/ohne Taumittel- einwirkung
- Expositionsklasse XA (Chemical Attack): Beanspruchung durch chemische Angriffe
- Expositionsklasse XM (Mechanical Abrasion): Beanspruchung durch Verschleiß

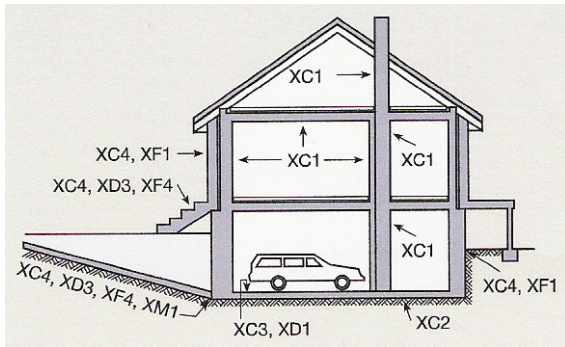
Die Expositionsklasse X0 (kein Angriffsrisiko) steht für Betone ohne Bewehrung oder eingebettetes Metall in Innenräumen oder im Boden, bei denen kein Korrosions- oder Angriffsrisiko vorliegt.

Abhängig von den Umwelt- und Einbaubedingungen werden folgende Mindestgüten vorgeschrieben:

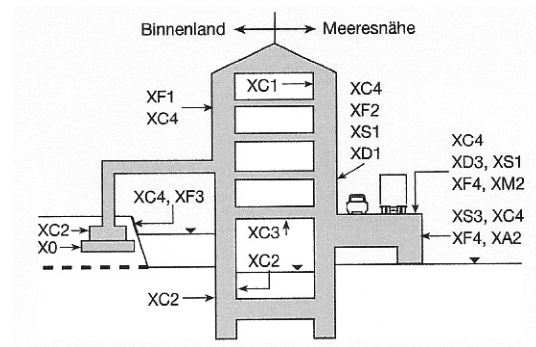
Klasse	Beschreibung der Umgebung	Beispiele für die Zuordnung von Expositionsklassen	Mindestbetonfestigkeitsklasse
1. Kein Korrosions- oder Angriffsrisiko			
XO	Kein Angriffsrisiko	Bauteil ohne Bewehrung in nicht betonangreifender Umgebung, z.B. Fundamente ohne Bewehrung, ohne Frost, Verschleiß, Innenbauteile ohne Bewehrung	C12/15 LC12/13
2. Bewehrungskorrosion, ausgelöst durch Karbonatisierung			
XC1	Trocken oder ständig naß	Bauteile in Innenräumen mit normaler Luftfeuchte (einschließlich Küche, Bad und Waschküche in Wohngebäuden); Bauteile, die sich ständig unter Wasser befinden	C16/20 LC16/18
XC2	Naß, selten trocken	Teile von Wasserbehältern; Gründungsbauteile	C16/20 LC16/18
XC3	Mäßige Feuchte	Bauteile, zu denen die Außenluft häufig oder ständig Zugang hat, z.B. offene Hallen; Innenräume mit hoher Luftfeuchte, z.B. in gewerblichen Küchen, Bädern, Wäschereien, in Feuchträumen von Hallenbädern und in Viehställen	C20/25 LC20/22
XC4	Wechselnd naß und trocken	Außenbauteile mit direkter Beregnung; Bauteile in Wasserwechselzonen	C25/30 LC25/28
3. Bewehrungskorrosion, ausgelöst durch Chloride, ausgenommen Meerwasser			
XD1	Mäßige Feuchte	Bauteile im Sprühnebelbereich von Verkehrsflächen; Einzelgaragen	C30/37 ^c LC30/33
XD2	Naß, selten trocken	Schwimmbecken und Solebäder; Bauteile, die chloridhaltigen Industrierwässern ausgesetzt sind	C35/45 ^c LC35/38
XD3	Wechselnd naß und trocken	Bauteile im Spritzwasserbereich von taumittelbehandelten Straßen; direkt befahrene Parkdecks ^b	C35/45 ^c LC35/38

Klasse	Beschreibung der Umgebung	Beispiele für die Zuordnung von Expositionsclassen	Mindestbetonfestigkeitsklasse
4. Bewehrungskorrosion, ausgelöst durch Chloride aus Meerwasser			
XS1	Salzhaltige Luft, kein unmittelbarer Kontakt mit Meerwasser	Außenbauteile in Küstennähe	C30/37 ^c LC30/33
XS2	Unter Wasser	Bauteile in Hafenanlagen, die ständig unter Wasser liegen	C35/45 ^c LC35/38
XS3	Tidebereiche, Spritzwasser- und Sprühnebelbereiche	Kaimauern in Hafenanlagen	C35/45 ^c LC35/38
5. Betonangriff durch Frost mit und ohne Taumittel			
XF1	Mäßige Wassersättigung ohne Taumittel	Außenbauteile	C25/30 LC25/28
XF2	Mäßige Wassersättigung mit Taumittel oder Meerwasser	Bauteile im Sprühnebel- oder Spritzwasserbereich von taumittelbehandelten Verkehrsflächen, soweit nicht XF 4; Bauteile im Sprühnebelbereich von Meerwasser	C25/30 LC25/28
XF3	Hohe Wassersättigung ohne Taumittel	Offene Wasserbehälter; Bauteile in der Wasserwechselzone von Süßwasser	C25/30 LC25/28
XF4	Hohe Wassersättigung mit Taumittel oder Meerwasser	Bauteile, die mit Taumitteln behandelt werden: Bauteile im Spritzwasserbereich von taumittelbehandelten Verkehrsflächen mit überwiegend horizontalen Flächen, direkt befahrene Parkdecks ^b ; Bauteile in der Wasserwechselzone von Meerwasser; Räumlerlaufbahnen von Kläranlagen	C30/37 LC30/33

Klasse	Beschreibung der Umgebung	Beispiele für die Zuordnung von Expositionsklassen	Mindestbetonfestigkeitsklasse
6. Betonangriff durch chemischen Angriff der Umgebung^d			
XA1	Chemisch schwach angreifende Umgebung	Behälter von Kläranlagen; Güllebehälter	C25/30 LC25/28
XA2	Chemisch mäßig angreifende Umgebung und Meeresbauwerke	Bauteile, die mit Meerwasser in Berührung kommen; Bauteile in betonangreifenden Böden	C35/45 ^c LC35/38
XA3	Chemisch stark angreifende Umgebung	Industrieabwasseranlagen mit chemisch angreifenden Abwässern; Gärfuttersilos und Futtertische der Landwirtschaft; Kühltürme mit Rauchgasableitung	C35/45 ^c LC35/38
7. Betonangriff durch Verschleißbeanspruchung			
XM1	Mäßige Verschleißbeanspruchung	Bauteile von Industrieanlagen mit Beanspruchung durch luftbereifte Fahrzeuge	C30/37 ^c LC30/33
XM2	Schwere Verschleißbeanspruchung	Bauteile von Industrieanlagen mit Beanspruchung durch luft- oder vollgummibereifte Gabelstapler	C30/37 LC30/33
XM3	Extreme Verschleißbeanspruchung	Bauteile von Industrieanlagen mit Beanspruchung durch elastomerbereifte oder stahlrollenbereifte Gabelstapler; Wasserbauwerke in geschiebelasteten Gewässern, z.B. Tosbecken; Bauteile, die häufig mit Kettenfahrzeugen befahren werden	C35/45 ^c LC35/38
<p>^a Die Feuchteangaben beziehen sich auf den Zustand innerhalb der Betondeckung der Bewehrung. Im Allgemeinen kann angenommen werden, daß die Bedingungen in der Betondeckung den Umgebungsbedingungen des Bauteils entsprechen. Dies braucht nicht der Fall zu sein, wenn sich zwischen dem Beton und seiner Umgebung eine Sperrschicht befindet.</p> <p>^b Ausführung direkt befahrener Parkdecks nur mit zusätzlichem Oberflächenschutzsystem für den Beton</p> <p>^c Eine Betonfestigkeitsklasse niedriger, sofern aufgrund der zusätzlich zutreffenden Expositionsklasse XF Luftporenbeton verwendet wird</p> <p>^d Grenzwerte für die Expositionsklassen bei chemischem Angriff siehe DIN 206-1 und DIN 1045-2</p>			



Beispiel für mehrere, gleichzeitig zutreffende Expositionsklassen an einem Wohnhaus
Quelle: Zementmerkblatt B 9; www.bdzement.de



Beispiel für mehrere, gleichzeitig zutreffende Expositionsklassen im Hoch- und Ingenieurbau

Dem Entwurf und der Bemessung ist jeweils die höchste Expositionsklasse zugrunde zu legen.

2. Betonstahl (Abschnitt 9.2 der DIN 1045-1)

In den Bezeichnungen BSt 500 S (B) oder BSt 500 M (A) bedeuten

- 500 die einheitliche Stahlgüte, bezogen auf die Streckgrenze von 500 N/mm²,
- S Stabstahl, M Betonstahlmatten,
- (A) normale, (B) erhöhte Duktilität.

Aufgrund der nach DIN 1045:2001 geforderten erhöhten Anforderungen an die Duktilität haben die Betonstahlmattenhersteller ihr Lagermattenprogramm zum 01.10.2001 geändert. Die neuen Lagermatten sind mit der Zusatzkennung „A“ für normale Duktilität (z.B. Q257A) versehen und können sowohl für Anwendungen nach alter als auch nach neuer DIN 1045 eingesetzt werden.

Vergleich Lagermatten alt und neu:

Bezeichnung alt	Bezeichnung neu	Aufbau längs/ Aufbau quer Abstand • Ø	Rand längs Ø / Anzahl links - rechts	Länge Breite [mm]	Überstände		Gewicht je Matte pro m ² (kg)
					oben links	unten rechts	
Q131	entfällt						
Q188	Q188 A	150 • 6,0 150 • 6,0		5000 2150	100 25	100 25	32,4 3,01
Q221	entfällt						
---	Q257A	150 • 7,0 150 • 7,0		5000 2150	100 25	100 25	44,1 4,10
Q295	entfällt						
---	Q335A	150 • 8,0 150 • 8,0		5000 2150	100 25	100 25	57,7 5,37
Q378	Q377A	150 • 6,0 d ⁸ 100 • 7,0	6,0/4 - 4	6000 2150	100 25	100 25	67,6 5,24
Q443							
Q513	Q513A	150 • 7,0 d ⁸ 100 • 8,0	7,0/4 - 4	6000 2150	100 25	100 25	90,0 6,98
Q670	entfällt						
R188	R188A	150 • 6,0 250 • 6,0		5000 2150	125 25	125 25	26,2 2,44
R221	entfällt						
---	R257A	150 • 7,0 250 • 6,0		5000 2150	125 25	125 25	32,2 3,00
R295	entfällt						
---	R335A	150 • 8,0 250 • 6,0		5000 2150	125 25	125 25	39,2 3,65
R378	R377A	150 • 6,0 d ⁸ 250 • 6,0	6,0/2 - 2	6000 2150	125 25	125 25	46,1 3,57
R513	R513A	150 • 7,0 d ⁸ 250 • 6,0	7,0/2 - 2	6000 2150	125 25	125 25	58,6 4,54
R589	entfällt						
K664	entfällt						
K770	entfällt						
K884	entfällt						

Zur Unterscheidung der neuen Lagermatten in Bewehrungsplänen, bei Bestellung und auf der Baustelle wird zur gewohnten Bezeichnung der Lagermatten (Q... und R...) der Zusatz A (= normalduktil gemäß DIN 1045-1) eingeführt (z.B. Q513A).

⁸ d = doppelte Anzahl

3. Zement

Die DIN 1045-2:2001⁹ nimmt u.a. Bezug auf die neue Norm für Zement - DIN EN 197-1:2000¹⁰, die bei der Bemessung, Konstruktion und Ausführung von Tragwerken aus Beton, Stahlbeton und Spannbeton anzuwenden ist. Danach werden die Zemente entsprechend ihrer Zusammensetzung und Festigkeitsklassen wie folgt neu eingeteilt:

(Die bisher in Deutschland genormten Zemente sind durch Unterlegung gekennzeichnet)

Hauptart	Zementart		Hauptbestandteile neben Portlandzementklinker		Bezeichnung alt
	Benennung	Kurzzeichen	Art	Anteil in M-%	
CEM I	Portlandzement	CEM I	-	0	Portlandzement (PZ)
CEM II	Portlandhüttenzement	CEM II/A-S	Hüttensand (S)	6...20	Eisenportlandzement (EPZ)
		CEM II/B-S		21...35	
	Portlandsilicastaubzement	CEM II/A-D	Silicastaub (D)	6...10	
	Portlandpuzzolanzement	CEM II/A-P	natürliches Puzzolan (P)	6...20	Traßzement (TrZ)
		CEM II/B-P		21...35	
		CEM II/A-Q	künstliches Puzzolan (Q)	6...20	
		CEM II/B-Q		21...35	
	Portlandflugaschezement	CEM II/A-V	kieselsaurereiche	6...20	Flugaschezement (FAZ)
		CEM II/B-V	Flugasche (V)	21...35	
		CEM II/A-W	kalkreiche Flugasche (W)	6...20	
		CEM II/B-W		21...35	
	Portlandschieferzement	CEM II/A-T	gebrannter Schiefer (T)	6...20	Portlandölschieferzement (PÖZ)
		CEM II/B-T		21...35	
	Portlandkalksteinzement	CEM II/A-L	Kalkstein (L)	6...20	
CEM II/B-L		21...35			
CEM II/A-LL		Kalkstein (LL)	6...20	Portlandkalksteinzement (PKZ)	
CEM II/B-LL			21...35		
Portlandkompositzement	CEM II/A-M	alle Hauptbestandteile sind möglich (S, D, P, Q, V, W, T, L, LL)	6...20		
	CEM II/B-M		21...35		
CEM III	Hochofenzement	CEM III/A	Hüttensand (S)	36...65	Hochofenzement (HOZ)
		CEM III/B		66...80	
		CEM III/C		81...95	
CEM IV	Puzzolanzement	CEM IV/A	Puzzolane (D, P, Q, V)	11...35	
		CEM IV/B		36...55	
CEM V	Kompositzement	CEM V/A	Hüttensand (S) und Puzzolane (P, Q, V)	18...30	
		CEM V/B		31...50	

Quelle: VDB-Information 86/01, www.betoningenieure.de

⁹ DIN 1045 Teil 2 in der Fassung 2001

¹⁰ DIN EN 197 Teil 1 in der Fassung 2000

Anforderungen an die Festigkeitsklassen und Kennfarben

Festigkeitsklasse	Druckfestigkeit [N/mm ²]				Kennfarbe	Farbe des Aufdrucks
	Anfangsfestigkeit		Normfestigkeit			
	2 Tage mindestens	7 Tage mindestens	28 Tage mindestens	28 Tage höchstens		
32,5 N ¹¹	-	16	32,5	52,5	hellbraun	schwarz
32,5 R ¹²	10	-				rot
42,5 N	10	-	42,5	62,5	grün	schwarz
42,5 R	20	-				rot
52,5 N	20	-	52,5		rot	schwarz
52,5 R	30	-				weiß

Quelle: VDB-Information 86/01, www.betoningenieure.de

4. Formelzeichen

Die DIN 1045-1:2001¹³ regelt in Abschnitt 3.2 die Verwendung der Formelzeichen mit großen lateinischen Buchstaben, kleinen lateinischen Buchstaben, griechischen Buchstaben, Indizes und Buchstaben mit Indizes.

Die großen lateinischen Buchstaben sind für Querschnittswerte und Schnittkräfte vorgesehen, z.B. F = Kraft, A = Fläche und V = Querkraft.

Kleine lateinische Buchstaben bezeichnen meist Querschnittsabmessungen oder Schnittkräfte je Längeneinheit, z.B. a = Abstand, Auflagerbreite, b = Breite, c = Betondeckung, d = statische Nutzhöhe, Durchmesser.

Griechische Buchstaben werden für Winkel, Spannungen und Verhältniszahlen eingesetzt, z.B. α = Beiwert, Winkel der Querkraftbewehrung, Wärmedehnzahl, β = Ausbreitungswinkel konzentriert einwirkender Kräfte, Abminderungsbeiwert für die einwirkende Querkraft bei auflagnernahen Einzellasten, γ = Teilsicherheitsbeiwert.

5. Bautechnische Unterlagen

Häufig bestehen Unstimmigkeiten darüber, in welchem Umfang bautechnische Unterlagen zu erstellen sind und welche Inhalte die Unterlagen mindestens haben müssen.

¹¹ N = übliche Anfangsfestigkeit (normal)

¹² R = hohe Anfangsfestigkeit (rapid)

¹³ DIN 1045 Teil 1 in der Fassung 2001

Die wesentlichen Festlegungen in Abschnitt 4 der DIN 1045-1 lauten:

„4 Bautechnische Unterlagen

4.1 Umfang der bautechnischen Unterlagen

(1) Zu den bautechnischen Unterlagen gehören die für die Ausführung des Bauwerks notwendigen Zeichnungen, die statische Berechnung und - wenn für die Bauausführung erforderlich - eine ergänzende Projektbeschreibung sowie etwaige allgemeine bauaufsichtliche Zulassungen und Prüfbescheide.

...

4.2 Zeichnungen

4.2.1 Allgemeine Anforderungen

(1) Die Bauteile, die einzubauende Betonstahlbewehrung [...] sowie alle Einbauteile sind auf den Zeichnungen eindeutig und übersichtlich darzustellen und zu bemaßen. Die Darstellungen müssen mit den Angaben in der statischen Berechnung übereinstimmen und alle für die Ausführung der Bauteile und für die Prüfung der Berechnungen erforderlichen Maße enthalten.

(2) Auf zugehörige Zeichnungen ist hinzuweisen. Bei nachträglicher Änderung einer Zeichnung sind alle von der Änderung ebenfalls betroffenen Zeichnungen entsprechend zu berichtigen.

...

4.3 Statische Berechnungen

(1) Das Tragwerk und die Lastabtragung sind zu beschreiben. Die Tragfähigkeit und die Gebrauchstauglichkeit der baulichen Anlage und ihrer Bauteile sind in der statischen Berechnung übersichtlich und leicht prüfbar nachzuweisen. Mit numerischen Methoden erzielte Rechenergebnisse (z.B. Schnittgrößen, Verformungen) sollten grafisch dargestellt werden.

(2) Das Verfahren zur Ermittlung der Schnittgrößen nach Abschnitt 8 ist freigestellt. Die Bemessung ist nach den in dieser Norm angegebenen Grundlagen durchzuführen. Für Regeln, die von den in dieser Norm angegebenen Anwendungsregeln abweichen und für abweichende außergewöhnliche Gleichungen ist die Fundstelle anzugeben, sofern diese allgemein zugänglich ist, sonst sind die Ableitungen so weit zu entwickeln, dass ihre Richtigkeit geprüft werden kann.

(3) Bei Bauwerken mit Fertigteilen sind auch die Transport- und Montagevorgänge der Fertigteile nachzuweisen.

4.4 Baubeschreibung

(1) Angaben, die für die Bauausführung oder für die Prüfung der Zeichnungen oder der statischen Berechnung notwendig sind, aber aus den Unterlagen nach 4.2 und 4.3 nicht ohne weiteres entnommen werden können, müssen in einer Baubeschreibung enthalten und erläutert sein. Dazu gehören auch die erforderlichen Angaben für Beton mit gestalteten Ansichtsflächen.

(2) Bei Bauwerken mit Fertigteilen sind Angaben über den Montagevorgang einschließlich zeitweiliger Stützungen und Aufhängungen sowie über das Ausrichten und über die während der Montage auftretenden, für die Tragfähigkeit und Gebrauchstauglichkeit wichtigen Zwischenzustände erforderlich. Besondere Anforderungen an die Lagerung der Fertigteile sind in den Zeichnungen und der Montageanleitung anzugeben.“

Die neuen Normen und Bezeichnungen sind künftig bei der Planung, Ausschreibung und Bauausführung von Beton-, Stahlbeton- und Spannbetontragwerken zu berücksichtigen.

EAPI.: 605 (6052)