

der Fakt, dass vorgebrachte Belange bei der anschließenden Beschlussfassung nicht zwangsläufig zu berücksichtigen sind, spricht gegen das Vorliegen eines besonders schweren Fehlers. Selbst bei korrekter Durchführung eines Branchendialogs ist immer eine Beschlussfassung ohne Berücksichtigung der vorgebrachten Aspekte möglich. Schließlich ist die Schrankentriastrias und damit die Subsidiaritätsklausel in der jeweiligen Ausgestaltung für eine wirtschaftliche Betätigung der Kommune immer einzuhalten. Die Belange der Privatwirtschaft werden daher berücksichtigt.

Zusammenfassend ist ein Gemeinderatsbeschluss ohne Durchführung eines Branchendialogs *rechtswidrig*, gleichwohl *wirksam*. Dies kann vom Bürgermeister beanstandet, sowie im Wege aufsichtlichen Vorgehens gerügt werden.

Dem *OVG Münster* zufolge kann sich eine Fraktion – und damit auch ein Ratsmitglied – nicht auf die Verletzung ihrer Mitwirkungsrechte wegen einer fehlenden Marktanalyse/eines unterlassenen Branchendialogs berufen. „Aus dem auf das Verhältnis zwischen kommunalen Organen und Organteilen übertragbaren Grundsatz der Organtreue ergibt sich, dass die Antragstellerin eine Obliegenheit traf, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Verfahrensgestaltung in der verfahrensrechtlich gebotenen Form geltend zu machen. Wird diese Obliegenheit verletzt, so ist die spätere Geltendmachung der Rechtsverletzung treuwidrig und deshalb unzulässig.“⁵⁵ Dies hat zur Folge, dass kommunale Gremienmitglieder eine Verletzung von Vorgaben zur Durchführung eines Branchendialogs dann nicht mehr „rügen“ können, wenn sie im Zuge der Entscheidung auf diese „Rüge“ verzichtet haben.

E. Zusammenfassung

Durch die Durchführung eines Branchendialogs sollen marktrelevante Informationen bezüglich eines bestimmten Vorhabens gesammelt werden.

Der Gemeinderat kann in diesen Angelegenheiten die betroffenen Stellen nicht selbst „anhören“. Als Folge dessen reicht ein Informationsschreiben mit der Aufforderung zur Stellungnahme unter Setzung einer Frist aus. Dies ist vom Bürgermeister durchzuführen. Mit der Erfüllung dieser Aufgabe kann er Dritte beauftragen. In dem Aufforderungsschreiben ist kurz über das beabsichtigte Vorhaben zu berichten. Die betroffenen Stellen sollen hieraus mögliche Auswirkungen auf den Markt und das Umfeld entnehmen können. Inhaltlich ist daher über den Unternehmensgegenstand, die geplante Dimension des Unternehmens sowie das Gebiet, auf welchem sich das Unternehmen betätigen soll, zu unterrichten.

Die eingereichten Stellungnahmen sind der Gemeindevertretung zur Kenntnis zu bringen. Eine Berücksichtigungspflicht folgt hieraus nicht.

Unter Einhaltung dieser Vorgaben kann ein Branchendialog schnell und unkompliziert durchgeführt werden. Je früher und detaillierter das Gespräch mit den betroffenen Stellen gesucht wird, desto einfacher können Unstimmigkeiten vermieden oder ausgeräumt werden.

⁵⁵ OVG Münster, Beschl. v. 16.7.2009 – 15 B 945/09, JurionRS 2009, 18938 Rn. 15 mVa Beschl. v. 12.9.2008 – 15 A 2129/08, JurionRS 2008, 22727 Rn. 11; Urt. v. 2.5.2006 – 15 A 817/04, JurionRS 2006, 31642 Rn. 37.

Neues Vergaberecht – Keine Ausschreibungspflicht der Kommunen für Rechtsberatungsleistungen unterhalb des Schwellenwertes

Rechtsanwalt Dr. Michael Terwiesche und Rechtsanwältin Ina Lompa*

Wenn Gemeinden, Städte und Kreise Rechtsberatungsdienstleistungen externer Rechtsanwälte nachfragen, stellt sich regelmäßig die Frage nach einem ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag. Diese Frage ist für die Beauftragung von Anwälten bis zu einer Auftragssumme von 207.000 € zu verneinen. Die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge in den §§ 97 ff. GWB finden allerdings keine Anwendung, wenn die in Auftrag gegebenen anwaltlichen Beratungsleistungen unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes von 207.000 € liegen (1.). An der Ausschreibung von anwaltlichen Beratungsleistungen besteht in der Regel auch kein grenzüberschreitendes Interesse (sog. Binnenmarktrelevanz), welches ausnahmsweise auch unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes zu einer Ausschreibungspflicht führt (2.). Eine Ausschreibungspflicht besteht

schließlich nicht nach dem allgemeinen Haushaltsrecht (3.). Allerdings ist bei der Beauftragung von Rechtsberatungsleistungen das Gebot der Wirtschaftlichkeit zu beachten (4.).

1. Keine Anwendung der Vergabevorschriften in §§ 97 ff. GWB

Die Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge in den §§ 97 ff. GWB gelten gemäß § 100 I GWB nur für Aufträge,

* Der Autor *Terwiesche* ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Gründungspartner, die Autorin *Lompa* ist Rechtsanwältin im Düsseldorfer Büro von GTW Rechtsanwälte.

welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die in der Vergabeverordnung (VgV) festgelegt sind (sog. Schwellenwerte). § 2 VgV bestimmt, dass die maßgeblichen Schwellenwerte nach Art. 7 RL 2004/18/EG in der jeweils geltenden Fassung festgelegt werden. Seit Inkrafttreten am 1.1.2014 legt Art. 2 Nr. 1b) Verordnung 1336/2013/EU zur Änderung der Richtlinie 2004/18/EG für den hier maßgeblichen Rechtsberatungsauftrag einen Schwellenwert von 207.000 € fest. Dasselbe gilt gem. Art. 4c) Richtlinie 2024/14/EU über die öffentliche Auftragsvergabe. Diese Richtlinie entfaltet bereits vor dem Ende der Umsetzungspflicht am 18.4.2016 Vorwirkung.¹

Die Schätzung des maßgeblichen Auftragswertes bestimmt sich nach § 3 VgV bzw. Art. 5 RL 2014/24/EU. Bei der Schätzung des Auftragswertes ist von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung einschließlich etwaiger Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter auszugehen. Dabei sind alle Optionen oder etwaige Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen (§ 3 I VgV).

Soweit eine zu vergebende freiberufliche Leistung in mehrere Teilaufträge *derselben* freiberuflichen Leistung aufgeteilt wird, müssen die Werte der Teilaufträge zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes addiert werden (§ 3 VII 3 VgV).

2. Kein grenzüberschreitendes Interesse

Eine Ausschreibungspflicht für Rechtsberatungsleistungen unterhalb des Schwellenwertes ergibt sich in der Regel auch nicht aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Danach unterliegt jede binnenmarktrelevante Auftragsvergabe eines öffentlichen Auftraggebers bestimmten, aus den Grundfreiheiten des EU-Vertrags abzuleitenden Anforderungen. Die Beachtung der europarechtlichen Anforderungen an die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ist nur dann geboten, wenn an dem Auftrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht (Binnenmarktrelevanz).²

Für baubegleitende Rechtsberatungen hat das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 21.4.2010 ein solches eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse verneint. Es sei praktisch ausgeschlossen, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige Rechtsanwälte ein Interesse an einem derartigen Beratungsauftrag hätten, da sie nicht über die geforderte „spezifische und auf das Inland bezogene Sachkompetenz und Erfahrung“ verfügten.³

Etwas anderes wird man nur dann bejahen können, wenn sich die Rechtsberatung auf europarechtliche Fragestellungen bezieht.

3. Keine Ausschreibungspflicht nach allgemeinem Haushaltsrecht

Unterhalb der Schwellenwerte ist gesetzliche Grundlage für die Vergabe öffentlicher Aufträge das Haushaltsrecht der jeweiligen Körperschaft. Spezielle Regelungen sind z.B. in § 55 der Bundeshaushaltsordnung (BHO), § 55 der Landeshaushaltsord-

nung (LHO) und in § 25 der Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO NRW) enthalten.

§ 25 GemHVO NRW lautet:

(1) Der Vergabe von Aufträgen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.

(2) Bei der Vergabe von Aufträgen in einer finanziellen Größenordnung unterhalb der durch die Europäische Union festgelegten Schwellenwerte sind die Vergabebestimmungen anzuwenden, die das Innenministerium bekannt gibt.

Diese Vergabebestimmungen sind im Runderlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 6.12.2012 „Vergabegrundsätze für Gemeinden (GV) nach § 25 Gemeindehaushaltsverordnung NRW (GemHVO NRW) (Kommunale Vergabegrundsätze)“ enthalten. Nr. 4 der Kommunalen Vergabegrundsätze sieht für Aufträge über Bauleistungen unterhalb des Schwellenwertes eine entsprechende Anwendung von Teilen der VOB/A vor. Nr. 5 sieht für Aufträge über Liefer- und Dienstleistungen unterhalb des Schwellenwertes eine entsprechende Anwendung von Teilen der VOL/A vor. Für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen heißt es hingegen in Nr. 6:

„Die Anwendung der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) in der jeweils jüngsten im BANZ veröffentlichten Fassung ist für Leistungen, die im Rahmen von freiberuflichen Tätigkeiten erbracht werden und deren Auftragswert unterhalb des europäischen Schwellenwertes liegt, nicht vorgeschrieben. Sollte eine freiberufliche Leistung eindeutig und erschöpfend beschreibbar sein, gelten die Regelungen für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.“

Für freiberufliche Leistungen unterhalb des Schwellenwertes gilt die VOF nicht, § 1 II VOF. Es bestehen daher keine Vergabebestimmungen i.S.v. § 25 II GemHVO NRW. Eine Ausnahme existiert nur dann, wenn eine freiberufliche Leistung eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist (Nr. 6 S. 2 der Kommunalen Vergabegrundsätze NRW). Insofern entspricht Nr. 6 der Kommunalen Vergabegrundsätze NRW der Systematik von § 5 VgV. Gemäß § 5 II VgV gilt die VOF (oberhalb der Schwellenwerte) nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. In diesen Fällen ist nicht die VOF, sondern die VOL/A anzuwenden, wie sich auch aus § 7 I VOL/A ergibt. Dieses System übernimmt Nr. 6 S. 2 der Kommunalen Vergabegrundsätze NRW. Bei einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibbarkeit der freiberuflichen Leistung findet die VOL/A oder die VOB/A entsprechend Anwendung.

1 OLG Koblenz, Beschl. v. 3.12.2014 – Verg 8/14, VergabeR 2015, 192 (194); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.2014 – VII-Verg 30/14, VergabeR 2015, 198 (199).
2 EuGH, Urt. v. 14.11.2013 – C-388/12, BeckRS 2013, 82157; Urt. v. 15.5.2008 – C-147/06 und C-148/06, SECAP, VergabeR 2008, 625 (628 Nr. 21).
3 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.4.2010 – VII-Verg 55/09, NZBau 2010, 390 (392).

Für die Frage, ob die VOL/A bei Rechtsberatungsleistungen unterhalb der Schwellenwerte i.S.v. Nr. 6 S. 2 der Kommunalen Vergabegrundsätze entsprechend anzuwenden ist, kommt es daher darauf an, ob Rechtsberatungsleistungen eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind.

Das OLG Düsseldorf hat dies verneint.⁴ Von einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibbarkeit sei nicht auszugehen, wenn

- der Auftragnehmer bei der Ausführung der Leistung „beachtliche Kognitions-, Bewertungs- und Gestaltungsspielräume, die sich auf das Erkennen von Problemstellungen, die Entwicklung von Lösungswegen und die Beratungsergebnisse erstrecken“ habe,
- schon unklar sei, welche Rechtsfragen sich in der Vertragslaufzeit stellen werden und
- die Notwendigkeit bestehe, dass „dem Auftragnehmer vom Auftraggeber, gegebenenfalls auch wiederholt, zunächst Sachinformationen erteilt werden, die Vertragsparteien darüber sowie über Lösungsvarianten sprechen und verhandeln, und dass sich erst im Gespräch die Lösung herausbildet und formt, mit der Folge, dass danach erst beschrieben werden kann, welche Leistung dem Auftragnehmer genau obliegt“.

Juristische Beratungsleistungen werden daher die hohen Anforderungen an eine eindeutige und erschöpfende Beschreibbarkeit im Sinne von § 5 II VgV; § 7 I VOL/A nur selten erfüllen.⁵

Dies entspricht auch der Systematik der übrigen Haushaltsordnungen. Unterhalb der Schwellenwerte sehen die Haushaltsordnungen und Verwaltungsanweisungen in der Regel die Anwendung der VOB/A und VOL/A, nicht aber der VOF vor.⁶

Die VOF ist ausschließlich auf den Bereich oberhalb der Schwellenwerte anwendbar.⁷ In Bezug auf diese freiberuflichen Leistungen unterhalb des Schwellenwerts besteht daher keine Ausschreibungspflicht, sie können freihändig vergeben werden.⁸

Für Rechtsdienstleistungen oberhalb des Schwellenwertes von € 207.000,- existiert in Art. 10d) RL 2014/24/EU eine Ausnahme für die Vertretung eines Mandanten durch einen Anwalt vor Gericht.⁹

4. Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Ist eine Ausschreibungspflicht nicht gegeben, bedeutet dies nicht, dass die Verwaltung nach freiem Belieben Aufträge vergeben kann. Vielmehr bleibt auch in solchen Fällen der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (z.B. § 75 I S. 2 GO NRW) zu beachten.

Nach dem Grundsatz der Sparsamkeit sind die aufzuwendenden Mittel auf den zur jeweiligen Aufgabenerfüllung notwendigen Umfang zu beschränken. Demgegenüber strebt der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit stets die günstigste Relation zwischen verfolgtem Zweck und einzusetzenden Mitteln an. Bei der Erfüllung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit kommt den Kommunen ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu, in die die Aufsichtsbehörde nur eingreifen darf, wenn die Entscheidungsbefugnis in nicht mehr vertretbarer Weise ausgeübt wird.¹⁰

5. Fazit

Auch nach dem vor Ablauf der Umsetzungsfrist am 18.4.2016 geltenden neuen Vergaberecht müssen Gemeinden, Städte und Kreise anwaltliche Beratungsleistungen nicht ausschreiben, wenn der Auftragswert dieser Tätigkeiten unter € 207.000 bleibt.

4 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.1.2012 – Verg 70/11, IBRRS 2012, 0761; Beschl. v. 21.4.2010 – VII-Verg 55/09, NZBau 2010, 390 f.

5 Schabel, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht-Kommentar, 2. Aufl. (2013), VOF § 1, Rn. 15; Kern, NZBau 2012, 421 (423).

6 Wieddekind, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht-Kompaktcommentar, 3. Aufl. (2014), § 1 VOF, Rn. 1; Wagner/Steinkemper, NZBau 2009, 550 f; Röwekamp, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. (2014), § 100 Rn. 15.

7 Reichert, in: Reichert/Reuber/Siegburg, Handbuch VOF, 2014, Kapitel 1, Rn. 83; Groß, in: BHO/LHO-Kommentar, 2011, § 55, Rn. 14.

8 Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. (2015), Rn. 109; Groß, in: BHO/LHO-Kommentar, 2011, § 55, Rn. 57; Marx, in: Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. (2014), § 1 Rn. 59.

9 Siehe dazu den Erwägungsgrund 25.

10 OVG Münster, NVwZ-RR 1991, 509; Klieve, in: Held/Winkel, Gemeindeordnung NRW-Kommentar, 3. Aufl. (2014), § 75, S. 442; Praxis der Kommunalverwaltung, Landesausgabe NRW B3, GemHVO NRW-Kommentar, 6.2013, § 75 GO, Nr. 1.4.