HECKER WERNER HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

Sachsenring 69
D-50677 Köln
Postfach 25 03 71
D-50519 Köln
Telefon: +49 (0) 221 / 9 20 81-0
Telefax: +49 (0) 221 / 9 20 81-91
E-Mail: koeln@hwhlaw.de
Internet: www.hwhlaw.de
Gerichtsfach LG Köln 12 35

Köln
Paul F. Hecker, bis 31.12.2006
Prof. Dr. Ulrich Werner, RA
Dr. Klaus Himmelreich, RA
Hans Georg Kurella, RA
Dr. Carl Gustav Cremer, RA
Michael Bucken, RA
Gerd C. Raguß, RA
Lorenz Kneer, RA
Dr. Petra Christiansen-Geiss, RA
Heinz-Peter Verspay, RA, vBP
Werner Großpietsch, RA
Ulrich Dolle, RA
Dr. Christoph Nienno, RA
Hiltrud Kohnen, RA
Dr. Norbert Reuber, RA
Dr. Udo Vollings, RA
Frank Siegburg, RA
Dr. Helmut Weingarten, RA
Stefan Nusser LL.M., RA
Fabian Frechen, RA
Dr. Silke Recksiek, RA
Michael Schu, RA
Dr. Annette Baumer, RA
Dr. Frank Heerspink, RA
Ulrike Dronkovic, RA
Dr. Nadine Schild, RA
Katja Nuxoll, RA
Lutz Schade, RA
Marc Anschlag LL.M., RA
Dr. Friedhelm Reichert, RA

Leipzig
Jürgen W. Schwan, RA
Klaus Heinzerling, RA
Klaus F. Deltzig, RA

Berlin
Bernd Ludolf Hein, RA, Notar
Prof. Dr. Dieter Stassen, RA, Notar
Florian Diestelmann, RA
Joachim Crewett, RA, Mag. dir. a.D.
Dr. Uwe Mehlitz, RA
Anne Catherine Reich, RA
Anke Maria Möller, RA

auch Fachanwalt für Arbeitsrecht
auch Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
auch Fachanwalt für Familienrecht
auch Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
auch Fachanwalt für Insolvenzrecht
auch Fachanwalt für Medizinrecht
auch Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
auch Fachanwalt für Steuerrecht
auch Fachanwalt für Strafrecht
auch Fachanwalt für Verkehrsrecht
auch Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Lehrbeauftragter an der FH Potsdam
Lehrbeauftragter an der FH gGmbH Köln
Lehrbeauftragter an der RWTH Aachen
angestellter RA – nicht Partner
freier Mitarbeiter – nicht Partner
Of Counsel – nicht Partner

HECKER WERNER HIMMELREICH
Rechtsanwälte Partnerschaft
Amtsgericht Essen PR 813
Sitz der Partnerschaft: Köln

HECKER WERNER HIMMELREICH, Sachsenring 69, 50677 Köln

Bühnen der Stadt Köln
Herrn Patrick Wasserbauer
c/o Gebäudewirtschaft der Stadt Köln
Willy-Brandt-Platz 2
50679 Köln

Aktenzeichen	Dezernat	Sekretariat	Tel.: 0221-92081-147	e-mail
RB00024/10RB/mp	RA Dr. Reuber	Frau Pitschmann	Fax: 0221-92081-88147	rb@hwhlaw.de

Köln, den 26. Mai 2010

Stellungnahme

zur Notwendigkeit der Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens für die Leistungen der Objektplanung nach der Entscheidung des Rates der Stadt Köln vom 13.04.2010 zum Erhalt des Schauspielhauses

Inhalt

I. Management Summary 2

II. Sachverhalt 3

III. Rechtliche Stellungnahme 6

1. Identität des Beschaffungsvorhabens 6

2. Ausnahmetatbestand des § 5 Abs. 2 lit. d VOF (Ausschließlichkeitsrecht) 11

3. Ausnahmetatbestand des § 5 Abs. 2 lit. e VOF (Zusatzauftrag) 13

I. Management Summary

1. Nach der Entscheidung des Rates der Stadt Köln vom 13.04.2010 für den Erhalt des Schauspielhauses und dessen Sanierung ist ein neues Vergabeverfahren mit europaweiter Bekanntmachung für die Beauftragung der Architektenleistungen durchzuführen, weil durch die Ratsentscheidung die Identität des Beschaffungsvorhabens geändert wurde.

2. Nach der Rechtsprechung des EuGH, insbesondere nach dem jüngsten Urteil vom 22.04.2010 in der Sache „Autopista A-6", wird die Identität des Beschaffungsvorhabens durch den Inhalt der Bekanntmachung, ergänzt durch die Ausschreibungsbedingungen, geprägt. Nach dem Inhalt der Wettbewerbsbekanntmachung vom 29.12.2007 bestand die Wettbewerbsaufgabe im Umbau des Opernhauses, Neubau des Schauspielhauses und eines Produktionszentrums. Damit war der Neubau des Schauspielhauses wesentlicher Bestandteil des Beschaffungsvorhabens.

3. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich ferner das Kriterium der Bietermarktrelevanz: Änderungen des Beschaffungsgegenstandes machen insbesondere dann eine Neuvergabe erforderlich, wenn damit zu rechnen ist, dass bei einer hypothetischen Bekanntmachung des Vergabeverfahrens mit dem nunmehr geänderten Gegenstand ein anderer Bieterkreis entstanden oder der Zuschlag auf ein anderes Angebot erteilt worden wäre. Im vorliegenden Fall muss angenommen werden, dass sowohl die Zusammensetzung des Kreises der Wettbewerbsteilnehmer als auch das Ergebnis der Wettbewerbsentscheidung anders ausgefallen wäre, wenn die Wettbewerbsaufgabe von vornherein in der Sanierung des Opernhauses und der Sanierung des Schauspielhauses bestanden hätte.

4. Unter Berufung auf das von den Architekten Chaix & Morel/JSWD geltend gemachte Urheberrecht für ihre bisher erbrachten Leistungen könnte ein Planungsauftrag für die Sanierung des Opernhauses nur dann unmittelbar an diese Architekten vergeben werden, wenn deren bisherigen Planungsleistungen tatsächlich urheberrechtlich geschützt wären und wenn genau diese Planungsleistungen umgesetzt werden sollten. Ob ein derartiger Urheberrechtsschutz besteht, wäre im Streitfall durch Sachverständigengutachten zu entscheiden und ist zurzeit nicht mit letzter Sicherheit klärbar. Bei einer Entscheidung für eine unmittelbare Vergabe ohne europaweite

Bekanntmachung läge das Risiko, dass der Nachweis des Urheberrechtsschutzes gelingt, bei der Stadt Köln.

5. Wenn ein Auftrag für die Sanierung des Opernhauses unmittelbar an die Architekten Chaix & Morel/JSWD zu erteilen wäre, stellt sich die Frage, ob diesen Architekten auch der Auftrag für die Sanierung des Schauspielhauses als „Zusatzauftrag" nach § 5 Abs. 2 lit. e) VOF erteilt werden kann. Ob die engen Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift erfüllt werden könnten, erscheint jedoch fraglich. Die Erteilung eines Zusatzauftrages würde insbesondere dann ausscheiden, wenn das Honorar für die Planung der Sanierung des Schauspielhauses mehr als 50 % des Honorars des für die Sanierung des Opernhauses betragen würde. Außerdem müsste argumentiert werden können, dass die Sanierungsplanung des Schauspielhauses zur Ausführung der Sanierungsplanung der Oper erforderlich ist. Das diesbezügliche Risiko in etwaigen Vergabenachprüfungsverfahren oder Nachprüfungen der Aufsichtsbehörden läge wiederum bei der Stadt Köln.

II. Sachverhalt

Die Stadt, Gebäudewirtschaft, führte im Jahr 2008 einen Begrenzten Wettbewerb im Besonderen Verfahren nach RAW 2004 mit dem Titel „Bühnen Köln am Offenbachplatz" und dem Untertitel „Umbau des Opernhauses, Neubau des Schauspielhauses und der Produktionsstätten" durch. Der Wettbewerb wurde unter der Bekanntmachungsnummer 2007/S250-306939 am 29.12.2007 europaweit bekannt gemacht. In dieser europaweiten Bekanntmachung wurde als Ziel des Wettbewerbes angegeben, „einen Vorentwurf zu erhalten, der die Anforderungen an das Projekt am besten erfüllt, um damit ein Architekturbüro zu bestimmen, an welches die Planungsleistungen gemäß HOAI, Leistungsphasen 2 bis 5 (optional Leistungsphasen 6 bis 9), vergeben werden sollen". In der Beschreibung des Beschaffungsvorhabens, die in der europaweiten Bekanntmachung enthalten war, heißt es u. a.:

> „Für das Schauspielhaus soll ein Neubau mit angepasster Zuschauerkapazität und zusätzlicher Studiobühne entworfen werden. Die bisher verstreut im Stadtgebiet untergebrachten produzierenden Gewerke sollen in einem Produktionszentrum am Offenbachplatz konzentriert untergebracht werden. Gegenstand des Wettbewerbs ist ausschließlich die hochbauliche Vorentwurfsplanung für den Umbau des denkmalgeschützten Opernhauses (Kapazität: rund 1.350 Plätze) sowie für den Neubau des Schauspielhauses (Kapazität: rund 650 Plätze) und eines

> Produktionszentrums am Offenbachplatz. ... Im Rahmen des Wettbewerbes ist die städtebauliche Positionierung der Neubaumaßnahme zu bestimmen. Die neuentstehenden Freiräume sind gestalterisch aufzuzeigen. Für die Gebäude ist unter wirtschaftlichen, funktionalen, architektonischen, energetischen, ökologischen und denkmalpflegerischen Gesichtspunkten ein Entwurfskonzept zu entwickeln, das gestalterisch sensibel mit dem Bestand umgeht."

Nach der Bekanntmachung war für die Auswahl der Wettbewerbsteilnehmer die besondere auftragsbezogene fachliche Eignung maßgeblich, die durch zwei Referenzprojekte dargelegt werden mussten. Bewertet wurden dabei die Vergleichbarkeit der Referenzprojekte mit der vorliegenden Bauaufgabe sowie die Relevanz von etwaigen Wettbewerbserfolgen/-auszeichnungen in Bezug auf die Bauaufgabe. Den Wettbewerbsteilnehmern wurden vor Ausarbeitung ihrer Wettbewerbsbeiträge die Ausschreibungsbedingungen überlassen. Darin heißt es unter Ziffer 1.16 zur weiteren Bearbeitung der Wettbewerbsaufgabe wie folgt:

> „Das Preisgericht gibt eine schriftliche Empfehlung für die weitere Bearbeitung der Wettbewerbsaufgabe.
>
> Der Auslober beabsichtigt, einem der Preisträger/innen die weitere Planung bis mindestens zur Leistungsphase 5, § 15 der HOAI (Objektplanung für Gebäude), zu übertragen,
>
> - soweit und sobald die dem Wettbewerb zugrundeliegende Aufgabe realisiert werden soll;
> - soweit mindestens einer der teilnahmeberechtigten Wettbewerbsteilnehmer/innen, deren/dessen Wettbewerbsarbeit mit einem Preis ausgezeichnet wurde, eine einwandfreie Ausführung der zu übertragenden Leistung gewährleistet;
> - sofern die Ausführung der ausgewählten Arbeiten in dem vorgegebenen Kostenrahmen möglich ist.
>
> Der Auslober behält sich vor, die Bauaufgabe in mehreren Abschnitten bzw. räumlich definierten Teilbereichen zu realisieren und die Beauftragung entsprechend vorzunehmen."

Im Zusammenhang mit der Anrechnung des zuerkannten Preisgeldes heißt es des Weiteren:

> „Werden nur Teilabschnitte ausgeführt, so erfolgt die Anrechnung in einem angemessenen Verhältnis."

Erster Preisträger des Wettbewerbs wurden die Architekten Chaix & Morel und JSWD Architekten + Planer. Die Ergebnisse des Wettbewerbs wurden im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bekannt gemacht. Die ARGE Chaix & Morel/JSWD Architekten + Planer erbrachten seit Beendigung des Wettbewerbs in gewissem Umfang Planungsleistungen, und zwar bis zur Leistungsphase 2 (Vorplanung) bzw. nach Auffassung der Architekten bis zur Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung).

Am 13.04.2010 beschloss der Rat der Stadt Köln, dem Bürgerbegehren „Rettet das Schauspielhaus" zu entsprechen und entschied sich damit gegen einen Neubau des Schauspielhauses und für den Erhalt und die Sanierung des bestehenden Schauspielhauses.

Die Frage, ob nach der Entscheidung des Rates vom 13.04.2010 ein neues VOF-Verfahren zur Vergabe der Architektenleistungen erforderlich wird, wurde an einem juritischen Runden Tisch am 23.04.2010 erörtert. Beteiligt waren u. a. die Rechtsanwälte der Bürgerinitiative Mut zur Kultur e.V., der ARGE Chaix & Morel/JSWD und der Erben Riphahn. Das mit allen Teilnehmern abgestimmte Protokoll ist in der **Anlage 1** beigefügt.

Für die Bürgerinitiative Mut zur Kultur e. V. nahmen ferner die Rechtsanwälte Rotthege, Wassermann und Partner am 28.04.2010 (**Anlage 2**) und für die ARGE Chaix & Morel/JSWD die Rechtsanwälte Gleiss Lutz ebenfalls am 28.04.2010 Stellung (**Anlage 3**).

Die Rechtsanwälte Rotthege, Wassermann und Partner vertreten die Auffassung, dass im Anschluss an den Wettbewerb eine nur teilweise Beauftragung des Gewinners zulässig sei und deshalb kein neues Vergabeverfahren mit europaweiter Bekanntmachung für die Objektplanung der Sanierung des Opernhauses durchgeführt werden müsse. Der Planungsauftrag zur Sanierung des Schauspielhauses könne als „Zusatzauftrag" zum Planungsauftrag für die Sanierung des Opernhauses nach § 5 Abs. 2 lit. e VOF ebenfalls ohne europaweite Bekanntmachung vergeben werden.

Die Rechtsanwälte Gleiss Lutz sind der Auffassung, der bisherige Planungsauftrag an die Architekten Chaix & Morel/JSWD müsse durch eine Teilkündigung auf die Sanierung des Opernhauses beschränkt werden. Eine derartige einseitige Vertragsänderung mache keine Neuvergabe erforderlich. Im Übrigen habe sich die Stadt Köln in den Wettbewerbsunterlagen die Teilung der Wettbewerbsaufgabe vorbehalten. Da somit hinsichtlich der Sanierung des Opernhauses eine weitere Zusammenarbeit mit der ARGE Chaix & Morel/JSWD möglich sei, könne auch der Auftrag für die Sanierung des Schauspielhauses ohne europaweite Bekanntmachung an diese Architekten vergeben werden. Hierfür bestünden zwingende technische Erfordernisse; außerdem könne insoweit ein Zusatzauftrag nach § 5 Abs. 2 lit. e VOF erteilt werden.

III. Rechtliche Stellungnahme

1. Identität des Beschaffungsvorhabens

Durch den Beschluss des Rates vom 13.04.2010 hat sich die Aufgabenstellung für die Objektplanung geändert. Zu planen sind jetzt nicht mehr die Sanierung der Oper und der Neubau des Schauspielhauses, sondern die Sanierung sowohl der Oper als auch des bestehenden Schauspielhauses.

Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch der nationalen Gerichte ist in dieser Situation die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens mit europaweiter Bekanntmachung erforderlich, wenn das Beschaffungsvorhaben, wie es sich nach der Änderung der Aufgabenstellung darstellt, nicht mehr identisch ist mit demjenigen, das Gegenstand der europaweiten Bekanntmachung des Wettbewerbs vom 29.12.2007 war. Insbesondere in seiner jüngsten Entscheidung „Autopista A-6" vom 22.04.2010, die in den eingegangenen anwaltlichen Stellungnahmen noch nicht berücksichtigt werden konnte, betont der EuGH die Bedeutung des Inhalts der europaweiten Bekanntmachung für die Bestimmungen des Beschaffungsvorhabens [1]. Ergänzend seien zur weiteren Kenntzeichnung des Beschaffungsvorhabens die Ausschreibungsbedingungen heranzuziehen. Eine Änderung des Beschaffungsvorhabens über den Inhalt der Bekanntmachung, ergänzt durch die Ausschreibungsbedingungen, hinaus ist nach dieser Rechtsprechung nicht zulässig, da dies gegen die wichtigsten vergaberechtlichen Grundsätze, nämlich das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot, verstoßen würde. Nach der im Ergebnis gleichlautenden nationalen Rechtsprechung muss die Identität des Beschaffungsvorhabens, so wie es die Vergabestelle zum Gegenstand der Ausschreibung gemacht hat, gewahrt bleiben, weil sonst die Ausschreibungsverpflichtung als Ausgangspunkt aller vergaberechtlichen Rechte und Pflichten der Beteiligten letztlich leer liefe [2].

In der „Pressetext"-Entscheidung hat sich der EuGH bereits im Jahr 2008 dazu geäußert, unter welchen Voraussetzungen Änderungen laufender Verträge die Pflicht zur Durchführung

---

1 EuGH, Urteil vom 22.04.2010, Rs. C-423/07.

2 OLG Dresden, VergabeR 2004, 225, 229; VergabeR 2005, 646; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 19.07.2005, 1 VK 34/05; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14.05.2008, VK-SH 6/08; Kulartz in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 101, Rdnr. 37; Müller-Wrede, Kommentar zur VOF, § 16, Rdnr. 12.

eines neuen Vergabeverfahrens begründen [3]. Eines der Merkmale, die nach dieser Rechtsprechung die Pflicht zur Neuvergabe begründen, ist die Bietermarktrelevanz: Die Änderung eines Vertrages während seiner Laufzeit ist danach als wesentlich anzusehen, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als das ursprünglich angenommenen Angebotes erlaubt hätten, wenn diese Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären [4]. Mit seinem Urteil vom 13.04.2010, das die vorliegenden anwaltlichen Stellungnahmen ebenfalls nicht berücksichtigen konnten, hat der EuGH diese Rechtsprechung zur Relevanz von Vertragsänderungen auf die Änderung von Dienstleistungskonzessionen übertragen [5].

Die vorliegenden anwaltlichen Stellungnahmen äußern sich unterschiedlich zu der Frage, ob die Kritierien der „Pressetext"-Entscheidung des EuGH auf den vorliegenden Fall angewendet werden können. Die Rechtsanwälte Gleiss Lutz verweisen auf die Entscheidung „Pressetext" und legen deren Merkmale ihren Ausführungen zugrunde. Die Rechtsanwälte Rotthege, Wassermann und Partner halten den Verweis auf die „Pressetext"-Entscheidung des EuGH hingegen für zweifelhaft, da es im vorliegenden Fall nicht um die Änderung eines bestehenden Vertrages gehe.

Wenn die Änderung eines bestehenden Vertragsverhältnisses die erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens mit neuer Bekanntmachung erfordert, so ist jedoch davon auszugehen, dass erst recht eine entsprechende Änderung des Beschaffungsgegenstandes vor Abschluss des Vertrages eine neue Bekanntmachung erfordert (argumentum a maiore ad minus). Das jüngste „Autopista A-6"-Urteil des EuGH dürfte zudem die Linie der „Pressetext"-Rechtsprechung bestätigen. Die Kriterien des „Pressetext"-Beschlusses sind daher auch im vorliegenden Fall anzuwenden.

Die Frage nach der Identität des Beschaffungsvorhabens korrespondiert mit der Regelung in § 25 Abs. 9 VOF und in den Ausschreibungsbedingungen, nach denen der Auslober die weitere Auftragserteilung an einen der Preisträger beabsichtigt, soweit und sobald die dem Wettbewerb zugrunde liegende Aufgabe realisiert werden soll. Wenn der Beschaffungsgegenstand so verändert wurde, dass seine ursprüngliche Identität nicht mehr

---

3 EuGH, Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06, VergabeR 2008, 758.

4 EuGH, VergabeR 2008, 758, Rdnr. 35.

5 EuGH, Urteil vom 13.04.2010, Rs. C-91/08.

gegeben ist, besteht auch kein Anspruch der Wettbewerbspreisträger auf Übertragung der Planungsleistungen mehr.

Demzufolge sind im vorliegenden Fall folgende Fragen entscheidend:

1. Ist das Beschaffungsvorhaben hinsichtlich der Objektplanung nach der Entscheidung des Rates vom 13.04.2010 noch identisch mit demjenigen Beschaffungsvorhaben, das Gegenstand der europaweiten Wettbewerbsbekanntmachung vom 29.12.2007 war?

2. Insbesondere: Ist anzunehmen, dass bei einer Vergabebekanntmachung mit dem jetzigen Inhalt, also Sanierung der Oper und Sanierung des Schauspielhauses, ein anderer Bieterkreis entstanden wäre als seinerzeit tatsächlich entstand? Ist es möglich, dass in diesem Fall zudem die Wettbewerbsentscheidung anders ausgefallen wäre?

Zur Verdeutlichung kann auf Fälle verwiesen werden, in denen die Rechtsprechung bisher von einer relevanten Änderung des Beschaffungsgegenstandes ausgegangen ist und deshalb die Identätit des Beschaffungsvorhabens nicht mehr als gegeben ansah:

- In der Entscheidung „Autopista A-6" vom 22.04.2010 zu einer Baukonzession für eine spanische Autobahnstrecke kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Erweiterung der Autobahn um eine weitere Fahrspur auf drei Teilstrecken, in einem Fall verbunden mit einem Tunnel, das Beschaffungsvorhaben so verändert, dass eine neue europaweite Bekanntmachung notwendig wurde.

- Das OLG Nürnberg kam in einem Urteil, das einen Architektenwettbewerb für Sanierung und Erweiterung eines Gymnasiums betraf, zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung des Bauherrn für den Abriss einer Turnhalle an stelle der bisher vorgesehenen Sanierung die Bauaufgabe so veränderte, dass die neue Planung nicht mehr als Realisierung der ursprünglichen Wettbewerbsaufgabe angesehen werden konnte [6].

- Nach einer Entscheidung des OLG Dresden führte das „Abspecken" der Planung für eine Eissporthalle zur Reduzierung der Kosten von 27,4 Mio. € auf 22 Mio. € durch Änderungen der Hallenhöhe, der Zuschauerkapazität und einer Umgestaltung des VIP-Bereichs hingegen nicht zu einer Verpflichtung zur Neuvergabe [7].

---

6 OLG Nürnberg, Urteil vom 31.07.2002, Az. 4 U 391/02, IBR 2003, 30.

7 OLG Dresden, Beschluss vom 11.04.2005, WVerg 5/05, VergabeR 2005, 646.

Unter Berücksichtigung dieser Beispiele aus der Rechtsprechung, insbesondere aber der jüngsten Entscheidung EuGH im Falle „Autopista A-6" sind die oben gestellten Fragen im vorliegenden Fall unseres Erachtens wie folgt zu beantworten: Die Entscheidung für den Erhalt des Schauspielhauses und dessen Sanierung hat Bietermarktrelevanz. Es handelt sich nicht mehr um dasselbe Beschaffungsvorhabens, das seinerzeit Gegenstand der europaweiten Wettbewerbsbekanntmachung war. Demnach sind die Leistungen der Objektplanung neu auszuschreiben.

Für dieses Ergebnis spricht unseres Erachtens die große Bedeutung, die dem Neubau des Schauspielhauses in der damaligen Wettbewerbsbekanntmachung und den Ausschreibungsunterlagen zukam. Der Neubau des Schauspielhauses war darin eines der beiden zentralen Elemente des Gesamtprojektes. Ausweislich des Protokolls des Preisgerichtes war für dessen Entscheidung sogar der Neubau des Schauspielhauses von überragender Bedeutung. In den Begründungen des Preisgerichts zu seiner Entscheidung überwiegen die Ausführungen zum Neubau des Schauspielhauses ganz deutlich.

In der juristischen Diskussion unter den beteiligten Rechtsanwälten ist hierzu eingewendet wurden, dass eine Reduzierung des Beschaffungsgegenstandes anders als eine Identitätsänderung zulässig sei. Hierzu wird auf die Formulierung in den Ausschreibungsbedingungen verwiesen, nach der der Auslober beabsichtigt, einem Preisträger die weitere Planung zu übertragen, „soweit und sobald die dem Wettbewerb zugrunde liegende Aufgabe realisiert werden soll". Verwiesen wird auch auf den entsprechenden Wortlaut in § 25 Abs. 9 VOF. Dies wird in der Stellungnahme der Rechtsanwälte Gleiss Lutz als „Teilungsvorbehalt" bezeichnet. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass in der nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH vor allem maßgeblichen Bekanntmachung entsprechende „Teilungsvorbehalte" nicht enthalten waren. Unabhängig davon dürfte der sehr allgemein gehaltenen Formulierung in den Ausschreibungsbedingungen für die Teilnehmer des damaligen Wettbewerbs nicht zu entnehmen gewesen sein, dass der Wegfall eines der beiden wesentlichen Teile der damaligen Wettbewerbsaufgabe, nämlich des Neubaus des Schauspielhauses, in Betracht gekommen wäre. Auch die Vorschrift des § 25 Abs. 9 VOF dürfte vor dem Hintergrund der zentralen vergaberechtlichen Grundsätze des Transparenzgebotes und des Diskriminierungsverbotes keine Identitätsänderungen des Beschaffungsvorhabens im Wege einer Reduzierung der Bauaufgabe zulassen. Der Rechtsprechung des EuGH ist keine Aussage dahingehend zu entnehmen, dass ein „Minus", also eine Reduzierung des

Beschaffungsvorhabens, im Gegensatz zu einem „Aliud" ohne erneute europaweite Bekanntmachung möglich sei. Vielmehr stellt der EuGH – wie ausgeführt – die Identität des Beschaffungsvorhabens nach dem Inhalt der europaweiten Bekanntmachung in den Vordergrund. Hierbei dürfte es nicht darauf ankommen, ob diese Identität durch eine Inhaltsänderung („Aliud") oder durch eine maßgebliche Reduzierung („Minus") verändert wird.

Soweit die Rechtsanwälte Gleiss Lutz vortragen, dass eine einseitige Teilkündigung keine Pflicht zur Neuvergabe begründe, setzen sie voraus, dass bereits ein weitergehendes Vertragsverhältnis mit den Architekten Chaix & Morel/JSWD entstanden ist. Dies wird jedoch von der Architekten-ARGE selbst nicht vertreten. Beim „juristischen Runden Tisch" vom 23.04.2010 vertrat der dort anwesende Rechtsanwalt der ARGE Chaix & Morel/JSWD hingegen die Auffassung, es bestehe ein Vertragsverhältnis bis zur Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung), nicht jedoch für die weiteren Leistungsphasen 4 (Genehmigungsplanung) und 5 (Ausführungsplanung).

Soweit des Weiteren in der Stellungnahme der Rechtsanwälte Gleiss Lutz die Auffassung vertreten wird, das bisherige Vergabeverfahren sei durch den Beschluss des Rates vom 28.08.2008, die ARGE mit den Planungsleistungen zu beauftragen, unabhängig von einer etwaigen Auftragserteilung beendet worden, steht dies mit der ständigen Rechtsprechung nicht in Einklang. Danach wird ein Vergabeverfahren erst mit dem Abschluss des betreffenden Vertrages beendet, worauf auch die Rechtsanwälte Rotthege, Wassermann und Partner in ihrer Stellungnahme zutreffend hinweisen [8].

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass durch die Entscheidung des Rates vom 13.04.2010 für den Erhalt des Schauspielhauses die Identität des Beschaffungsvorhabens verändert wurde. Beschaffungsgegenstand des im Jahr 2008 durchgeführten Wettbewerbes waren die Sanierung der Oper und der Neubau des Schauspielhauses. Nach der Entscheidung des Rates muss sich die Objektplanung hingegen auf die Sanierung der Oper und die Sanierung des bestehenden Schauspielhauses beziehen. Somit besteht kein Anspruch der Preisträger des früheren Wettbewerbs aus diesem Wettbewerb auf Erteilung eines Planungsauftrages, da die seinerzeitge Wettbewerbsaufgabe nicht ausgeführt wird. Dies gilt auch dann, wenn man etwa beabsichtigen wollte, nunmehr einen Planungsauftrag an die damaligen Preisträger ausschließlich für die Sanierung des Opernhauses zu erteilen.

---

8 Müller-Wrede, Kommentar zur VOF, § 16, Rdnr. 61.

2. Ausnahmetatbestand des § 5 Abs. 2 lit. d VOF (Ausschließlichkeitsrecht)

Trotz einer relevanten Änderung des Beschaffungsgegenstandes könnte in einem neuen Vergabeverfahren auf eine europaweite Bekanntmachung verzichtet und ausschließlich mit der ARGE Chaix & Morel/JSWD verhandelt werden, wenn die weiteren Planungen „aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten" nur von diesen Architekten ausgeführt werden könnten.

Die Rechtsanwälte Gleiss Lutz sind – wie ausgeführt – der (von uns nicht geteilten) Auffassung, dass eine Ausführung der Planungsleistungen durch die Architekten-ARGE, beschränkt auf die Sanierung des Opernhauses, zulässig sei. Da jedoch eine Trennung zwischen der Planung der Sanierung des Schauspielhauses und derselben Planung bzgl. des Opernhauses technisch nicht möglich sei, ergebe sich aus § 5 Abs. 2 lit. b VOF die Möglichkeit zur unmittelbaren Vergabe der Planungsleistungen zur Sanierung des Schauspielhauses an die ARGE. Ob eine Trennung der beiden Planungsaufträge trotz sicherlich entstehenden Schwierigkeiten im Rechtssinne unmöglich wäre, kann jedoch dahinstehen. Da auch der Planungsauftrag für die Sanierung des Opernhauses nicht ohne neues Vergabeverfahren erteilt werden kann, kommt es letztlich nicht darauf an, ob ein technisch notwendiger Zusammenhang zwischen beiden Planungsaufgaben besteht.

Unabhängig davon werden von den Architekten Chaix & Morel/JSWD Urheberrechte bzgl. ihrer vorliegenden Planungsergebnisse geltend gemacht. § 5 Abs. 2 lit. b VOF lässt die Erteilung eines Auftrages an einen bestimmten Architekten zu, wenn dessen rechtlich geschützte Urheberrechte betroffen sind und aus diesem Grund eine Auftragserteilung an einen anderen Architekten ausscheidet. Da Planungsleistungen der Architekten Chaix & Morel/JSWD nach der jetzigen Bauaufgabe lediglich für die Oper vorliegen, könnte sich ein darauf gestützter Verzicht auf ein vollständiges Vergabeverfahren nur auf die Planungsleistungen für die Oper beziehen. Die Berufung auf ein Urheberrecht käme außerdem nur dann in Betracht, wenn genau nach der urheberrechtlich geschützten Planung gebaut werden sollte. Voraussetzung wäre des Weiteren, dass tatsächlich als Ergebnis der mit dem Auftraggeber abgestimmten Leistungen urheberrechtsschutzfähige Planungen der Architekten-ARGE vorliegen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist nicht jedes Werk eines Architekten urheberrechtlich geschützt. Entscheidend ist stets, ob im Einzelfall ein künstlerisch gestalteter Bau vorliegt und das Bauwerk neben der originellen, eigenschöpfenerischen

(individuellen) Darstellung eine gewisse Gestaltungshöhe (Schöpfungshöhe) aufweist [9]. Hierbei geht es nicht um das Urheberrecht des Architekten Riphahn für die ursprüngliche Planung des Gebäudes, sondern lediglich um die eigenschöpferische Prägung der von den Architekten Chaix & Morel/JSWD für die Sanierung des Opernhauses bereits erbrachten Leistungen. Hierzu haben die Rechtsanwälte Lenz und Johlen mit Schreiben vom 17.05.2010 und die Architekten-ARGE selbst mit Schreiben vom 14.05.2010 Stellung genommen (**Anlage 4**).

Die in den Ausführungen der Architekten enthaltene Beschreibung ihrer Planung kann nach unserer Einschätzung ein etwaiges Urheberrecht noch nicht mit Gewissheit begründen. Andererseits ist das Bestehen eines derartigen Urheberrechtes bezogen auf die bisherigen vom Auftraggeber freigegebenen Planungsleistungen auch nicht von vornherein auszuschließen. Letztlich wäre die Frage, ob die bisherigen Planungsleistungen urheberrechtsschutzfähig sind, in einem etwaigen Rechtsstreit von einem Sachverständigen zu beurteilen. Die Ergebnisse einer derartigen Begutachtung können auf der Grundlage der vorliegenden Darstellung der ARGE Chaix & Morel/JSWD nicht abschließend prognostiziert werden.

Würde die Stadt Köln im Hinblick auf das von den Architekten geltend gemachte Urheberrecht auf die Durchführung eines vollständigen Vergabeverfahrens verzichten, so wäre nicht ausgeschlossen, dass entweder andere Bieter oder die Aufsichtsbehörden, auch die Europäische Kommission, die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens mit europaweiter Bekanntmachung verlangen. In etwaigen daraus resultierenden Verfahren läge das Risiko des Nachweises eines Urheberrechtes einschließlich der entsprechenden Darlegungs- und Beweislast bei der Stadt. Wenn hingegen die ARGE Chaix & Morel/JSWD urheberrechtliche Ansprüche gegen die Stadt Köln verfolgen wollen, läge die entsprecehnde Darlegungs- und Beweislast bei den Architekten.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass unter Berufung auf § 5 Abs. 2 lit. b VOF eine unmittelbare Beauftragung mit den weiteren Planungsleistungen lediglich für die Sanierung der Oper an die Architekten Chaix & Morel/JSWD nur dann möglich wäre, wenn den Architekten ein Urheberrecht für ihre bisherigen Planungsleistungen zustünde und der Auftraggeber sich dafür entscheiden würde, genau diese urheberrechtsschutzfähige Planung auszuführen.

---

[9] BGHZ 24, 55, 63; Werner in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Auflage, Rdnr. 1940.

3. Ausnahmetatbestand des § 5 Abs. 2 lit. e VOF (Zusatzauftrag)

Von den Rechtsanwälten Rotthege, Wassermann und Partner und den Rechtsanwälten Gleiss Lutz wird ferner geltend gemacht, die Planung des Schauspielhauses könne als „Zusatzauftrag" nach § 5 Abs. 2 lit. e VOF ohne Durchführung eines vollständigen Vergabeverfahrens an die Architekten Chaix & Morel/JSWD vergeben werden.

Die Berufung auf diesen Ausnahmetatbestand macht zunächst nur dann Sinn, wenn bevor eine Möglichkeit gefunden wurde, ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens mit europaweiter Bekanntmachung den Auftrag zur Sanierung des Opernhauses an dieselben Architekten zu erteilen. Wie bereits ausgeführt, wäre dies jedoch allenfalls möglich, wenn die bisherigen Planungsleistungen der Architekten tatsächlich urheberrechtsschutzfähig wären und außerdem genau diese Planungen ausgeführt werden sollten.

Ob der Tatbestand des § 5 Abs. 2 lit. e VOF erfüllt ist, ist in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft. Der Gesamtwert der nach dieser Vorschrift erteilten Zusatzaufträge darf 50 % des Wertes des Hauptauftrages nicht überschreiten. Das Honorar für die Sanierung des Schauspielhauses dürfte also höchstens 50 % des Honorars für die Sanierung des Opernhauses betragen. Ob dieser Wert eingehalten werden kann, ist nicht bekannt und wird auch von den genannten Rechtsanwälten als offen angesehen. Darüber hinaus ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten, ob eine freie Entscheidung des Auftraggebers – wie hier die Entscheidung des Rates vom 13.04.2010 für den Erhalt des Schauspielhauses – ein „unvorhergesehenes Ereignis" im Sinne dieses Tatbestandes ist. Fraglich ist ferner, ob ein etwaiger Zusatzauftrag, der die Sanierungsplanung des Schauspielhauses enthalten würde, als „zur Ausführung der (im Hauptauftrag) beschriebenen Dienstleistungen erforderlich" angesehen werden könnte, ob also mit Überzeugungskraft dargelegt werden könnte, dass die Planung für die Sanierung des Schauspielhauses erforderlich ist, um die Planung der Sanierung der Oper zu einem erfolgreichen Ergebnis zu führen. Auch eine diesbezügliche Begründung müsste ggf. in einem etwaigen Vergabenachprüfungsverfahren der Überprüfung durch die Rechtsprechung oder einer möglichen Überprüfung durch die Aufsichtsbehörden einschließlich der Europäischen Kommission standhalten. Das diesbezügliche Risiko läge wiederum bei der Stadt Köln.

Jedenfalls abzulehnen ist aus unserer Sicht die sowohl von den Rechtsanwälten Gleiss Lutz als auch von den Rechtsanwälten Rotthege, Wassermann und Partner vertretene Kombination der Argumentation, nach der die Erteilung des Planungsauftrages für die

Sanierung der Oper als „Minus“ im Verhältnis zur Wettbewerbsaufgabe zulässig sei und sodann nach dem Ausnahmetatbestand für Zusatzaufträge gemäß § 5 Abs. 2 lit. e VOF ein Auftrag für die Sanierung des Schauspielhauses erteilt werden könne. Hiermit wird ein einheitlicher Lebenssachverhalt in zwei Teile zerlegt. Der Rat der Stadt Köln hat am 13.04.2010 eine einzige Entscheidung für den Erhalt und die Sanierung des Schauspielhauses getroffen und nicht etwa getrennt voneinander zwei Entscheidungen, davon eine gegen den Neubau eines Schauspielhauses und eine zweite für die Sanierung des bestehenden Schauspielhauses. Mit der Argumentation der genannten Rechtsanwälte könnte jede Änderung der Identität eines Beschaffungsgegenstandes in zwei Teile zerlegt werden, nämlich in ein „Minus“ (Entfall des geänderten Teils) und sodann einen Zusatzauftrag (Hinzufügung der neuen, nunmehr geänderten Leistung). Dies wäre jedoch nicht nur mit der Lebenswirklichkeit, sondern auch mit der Rechtsprechung des EuGH nicht in Einklang zu bringen.

(Dr. Reuber)
Rechtsanwalt