

**Protokoll des juristischen runden Tisches am 23.04.2010 in den Räumlichkeiten von
Hecker Werner Himmelreich**

Teilnehmer:

- Herr Wasserbauer, geschäftsführender Direktor der Bühnen der Stadt Köln
- Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Jacobs, Rechtsanwalt der Erben Riphahn
- Rechtsanwalt Elsner, Lenz & Johlen Rechtsanwälte, Rechtsanwalt der ARGE Chaix & Morel/JSWD
- Rechtsanwalt Hahn, Lenz & Johlen Rechtsanwälte, Rechtsanwalt der ARGE Chaix & Morel/JSWD
- Rechtsanwalt Vogt, Vertreter der Bürgerinitiative „Mut zur Kultur“
- Rechtsanwalt Dr. Antweiler, Rotthege Wassermann & Partner Rechtsanwälte, Vertreter der Bürgerinitiative „Mut zu Kultur“
- Rechtsanwalt Siegburg, Hecker Werner Himmelreich Rechtsanwälte, Rechtsanwalt der Stadt Köln
- Rechtsanwalt Dr. Reuber, Hecker Werner Himmelreich Rechtsanwälte, Rechtsanwalt der Stadt Köln
- Rechtsanwalt Dr. Reichert, Protokollführer, Hecker Werner Himmelreich Rechtsanwälte, Rechtsanwalt der Stadt Köln

Die anwesenden Beteiligten einigten sich zunächst darauf, die fraglichen Punkte anhand des Diskussionsvorschlages von Hecker Werner Himmelreich, welcher den Beteiligten am 23.04.2010 übersendet worden war, zu diskutieren.

Zwischen den Diskussionsteilnehmern bestand Einigkeit darüber, dass angesichts des Ratsbeschlusses Prämisse sein müsse, die verfahrensrechtlichen Fragestellungen unter dem Gesichtspunkt der schnellstmöglichen Umsetzung zu betrachten.

1. Sanierung Opernhaus

a) Anspruch von Chaix & Morel/JSWD auf Erteilung des Auftrages

Im Rahmen der Eingangsdiskussion stellte zunächst Herr Rechtsanwalt Elsner die Frage, was denn die Stadt Köln nunmehr konkret beschaffen wolle. Bevor die vergaberechtliche Situation bewertet werden könne, sei zunächst der konkrete Umfang der Beschaffung zu klären. Diese Frage könne durch Vergaberecht nicht vorgegeben werden. Dieser Auffassung schloss sich Herr Rechtsanwalt Dr. Antweiler an. Er vertrat zudem die Auffassung, dass der

Ratsbeschluss eine klare Vorgabe mache, dass eine Sanierung des Opernhauses durch JSWD zu erfolgen habe. Von Herrn Dr. Reuber wurde klargestellt, dass die gegenwärtige Diskussion von Seiten der Stadt Köln ergebnisoffen geführt werde und dass nicht etwa eine weitere Beauftragung von Chaix & Morel/JSWD von vorneherein abgelehnt werde.

Im Hinblick auf den gegenwärtigen Stand einer Beauftragung wurde festgehalten, dass zwischen den Vertretern der Stadt Köln und den Vertretern von JSWD keine Einigkeit über den konkreten Auftragsumfang besteht. Herr Rechtsanwalt Elsner vertrat insoweit die Auffassung, dass eine Auftragserteilung bis einschließlich Leistungsphase 3 im Sinne von § 15 HOAI a. F. bereits erteilt sei. Unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten komme es seines Erachtens auf den konkreten Auftragsumfang jedoch nicht an, da aus dem Wettbewerb heraus eindeutig sei, dass ein Anspruch von JSWD im Hinblick auf eine Beauftragung bis einschließlich Leistungsphase 5 bestehe. Die in den Wettbewerbsbedingungen enthaltene Bedingung sei bereits eingetreten. Ein Anspruch auf Erteilung des Auftrages an JSWD ergebe sich auch aus Ziffer 2a des Ratsbeschlusses vom 13.04.2010.

Im Gegensatz dazu vertraten Herr Siegburg und Herr Dr. Reuber die Auffassung, dass eine Beauftragung lediglich für die Leistungsphase 1 und 2 vorliege. Für die weiteren Leistungsphasen müsse dagegen ein Auftrag noch erteilt werden. Ob die entsprechende Bedingung erfüllt sei, richte sich insbesondere danach, ob die Identität des ursprünglichen Beschaffungsvorhabens noch gewahrt sei.

Die Frage, ob angesichts des Ratsbeschlusses die Identität des ursprünglichen Beschaffungsvorhabens noch gegeben sei, wurde unter den Beteiligten intensiv diskutiert. Eine übereinstimmende Meinung konnte hier letztlich nicht erreicht werden.

Die Vertreter von JSWD sahen die Identität des Beschaffungsvorhabens als gegeben an. Der jetzt vorliegende Ratsbeschluss habe nur zur Folge, dass eine Reduktion des Auftragsumfanges, jedoch keine Änderung oder Erweiterung des Auftrages erfolge. Die ursprüngliche Sanierung des Opernhauses würde auch jetzt durchgeführt.

Hingegen hielten die Vertreter der Stadt Köln die Grundgedanken der „Presstext“-Entscheidung des EuGH auch in der hier vorliegenden Konstellation für anwendbar. Insoweit sei nicht nur eine Erweiterung des Auftragsumfanges als ausschreibungspflichtige Neuvergabe anzusehen. Vielmehr komme es nach den Ausführungen des EuGH ganz entscheidend auf die Marktrelevanz an. Im vorliegenden Fall sei die Sanierung des

Opernhauses als relevante Änderung („Aliud“) anzusehen, da der Wegfall der Neuplanung eine Veränderung des relevanten Bieterkreises zur Folge habe.

Die Vertreter der Bürgerinitiative pflichteten den Vertretern von JSWD bei. Die Sanierung sei bereits Gegenstand des ursprünglichen Wettbewerbes gewesen. Insbesondere Herr Rechtsanwalt Dr. Antweiler stellte in Frage, ob die „Presstext“-Entscheidung auf die vorliegende Konstellation überhaupt anwendbar sei. Herr Rechtsanwalt Hahn wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine vergaberechtlich relevante Vertragsänderung auch deshalb nicht vorliege, weil die Realisierung lediglich von Teilbereichen bereits in Ziffer 1.16 der Ausschreibung vorgesehen ist.

Herr Rechtsanwalt Elsner verwies darauf, dass bislang seiner Kenntnis nach keine einzige Entscheidung vorliege, die eine Reduzierung des Auftrages als ausschreibungspflichtige Leistung angesehen habe.

Herr Rechtsanwalt Prof. Jacobs vertrat die Auffassung, dass die Sanierung als solche als ein Aliud gegenüber dem Wettbewerb ausgeschriebenen Vorhaben anzusehen sei. Er halte aber die Ausnahmetatbestände von § 5 VOF für anwendbar.

Herr Wasserbauer führte in diesem Zusammenhang aus, dass seines Erachtens durch den Wegfall des Neubaus die gesamte Planung vollständig neu bedacht werden müsse. Gegenüber der im Wettbewerb vorgesehenen Lösungsvariante fehlten derzeit ca. 100.000 m² Fläche. Die Vertreter von JSWD waren insoweit anderer Auffassung; es handele sich nur teilweise um ein neues Projekt.

b) Zulässigkeit eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung

In der Folge diskutierten die Teilnehmer die Frage, wie sich ihrer Ansicht nach die Situation darstellen würde, falls eine fehlende Identität der Leistungen (und somit die grundsätzliche Notwendigkeit einer Neuvergabe) unterstellt würde. In diesem Fall wäre zu prüfen, inwieweit ein Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung in Betracht kommen könnte.

Zu denken wäre insbesondere an die Möglichkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Vergabebekanntmachung nach § 5 Abs. 2 lit. b VOF (Ausschließlichkeitsrechte). Herr Prof. Dr. Jacobs führte aus, dass auch Vorentwurfspläne urheberrechtlichen Schutz genießen können und er hinsichtlich der ihm vorliegenden Grundrisse keine Zweifel habe, dass die diesbezügliche Architektenplanung JSWD urheberrechtlich geschützt sei. Herr Rechtsanwalt Elsner erläuterte anhand einer Visualisierung der äußeren Gestaltung (Perspektive

Krebsgasse/Operngarten), dass auch insoweit urheberrechtlich geschützte Planungsleistungen vorlägen. Herr Sieburg führte insoweit aus, dass die Stadt Köln bisher davon ausgehe, dass es möglicherweise an der notwendigen Gestaltungshöhe fehlen würde. Sowohl die Vertreter von JSWD als auch Herr Prof. Dr. Jacobs teilten diese Auffassung nicht. Herr Rechtsanwalt Elsner wurde gebeten, insoweit weitere Ausführungen zu machen.

Nach Ansicht der Vertreter der Stadt Köln wird diese Frage noch weiter zu prüfen sein. Herr Dr. Reuber bat Herrn Rechtsanwalt Elsner darum, in seiner Stellungnahme zum Urheberrecht auch zu berücksichtigen, dass gravierende Änderungen des Raumprogrammes vorgenommen werden müssten. Insoweit ergänzte Herr Wasserbauer, dass zumindest teilweise eine ganz neue Planung zu erstellen sei, z. B. hinsichtlich der Probebühnen oder der Kantine.

Im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand von § 5 Abs. 2 lit. e VOF (zusätzliche Leistungen) herrschte Einstimmigkeit dahingehend, dass dieser Tatbestand für die Sanierung des Opernhauses nicht in Betracht komme, dies bereits schon wegen der offensichtlich nicht eingehaltenen 50-%-Grenze.

Im Hinblick auf § 5 Abs. 2 lit. c VOF (Vergabe im Anschluss an den Realisierungswettbewerb) wurde die Fragestellung schon in Zusammenhang mit der Identität des Beschaffungsvorhabens diskutiert. Wie oben dargestellt konnte insoweit keine Einigkeit erzielt werden.

2. Sanierung Schauspielhaus

a) Notwendigkeit eines neuen Vergabeverfahrens

In Bezug auf die Sanierung des Schauspielhauses herrschte zwischen allen Teilnehmern Übereinstimmung dahingehend, dass jedenfalls dieser Teilauftrag als neuer Beschaffungsgegenstand grundsätzlich ein neues Vergabeverfahren notwendig mache. Unter Umständen kämen jedoch auch hier die Ausnahmetatbestände § 5 VOF zum Tragen.

b) Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung

Intensiv diskutiert wurde insbesondere § 5 Abs. 2 lit. e VOF (zusätzliche Leistungen). Keine Übereinstimmung bestand zwischen den Diskussionsteilnehmern, was konkret als Hauptauftrag anzusehen sei. Die Vertreter von JSWD sowie der Bürgerinitiative vertraten die Auffassung, dass Leistungsphase 1 bis 5 der Sanierung des Opernhauses, als Hauptauftrag

anzusehen sei. Nach Auffassung der Vertreter der Stadt Köln bezieht sich der Hauptauftrag dagegen lediglich auf Leistungsphase 1 und 2. Zwischen den Diskussionsteilnehmern bestand Einigkeit dahingehend, dass auch bei einem größeren Hauptauftrag derzeit noch nicht eindeutig geklärt sei, ob die 50%-Grenze gemäß § 5 VOF überschritten sei. Dies müsste noch näher geklärt werden.

Die Vertreter der Stadt Köln legten ferner dar, dass im Rahmen von § 5 Abs. 2 lit. e VOF unklar sei, ob in dem Ratsbeschluss tatsächlich ein „unvorhergesehenes Ereignis“ im Sinne von § 5 Abs. 2 lit. e VOF gesehen werden kann. Hier wird zum Teil vertreten, dass interne Meinungsänderungen auf Seiten des Auftraggebers keine Rolle spielen können, wobei nicht eindeutig ist, ob dies auch den hier vorliegenden Fall betreffen könnte.

Diskutiert wurde ferner noch, inwieweit wesentliche Nachteile für den Auftraggeber bei unterschiedlicher Beauftragung der Architektenleistungen für die Sanierung des Opernhauses einerseits und für die Sanierung des Schauspielhauses andererseits bestehen. Hier wurde von Herrn Siegburg klargestellt, dass grundsätzlich Nachteile bei einer unterschiedlichen Beauftragung bestehen würden. Dies betreffe z. B. die Frage einer einheitlichen Haustechnik und des Raumprogrammes. Gegenwärtig noch nicht abschließend geklärt werden kann allerdings, ob derartige Nachteile nicht vermeidbar sind, wenn durch den Auftraggeber eine entsprechende Koordinierung stattfindet. Die Diskussionsteilnehmer waren sich insoweit einig, dass der Punkt der wirtschaftlichen und technischen Nachteile ebenfalls noch vertieft werden müsste; Herr Rechtsanwalt Siegburg will dies in Abstimmung mit Herrn Wasserbauer und der Gebäudewirtschaft der Stadt Köln noch ergänzend untersuchen. Herr Rechtsanwalt Siegburg will ferner in Abstimmung mit Herrn Wasserbauer und der Gebäudewirtschaft der Stadt Köln untersuchen, ob Oper und Schauspiel zwei getrennte oder ein einziges Gebäude sind.

Ebenfalls angesprochen wurde die Frage, inwieweit die betreffenden Architektenleistungen in Bezug auf die Sanierung des Schauspielhauses zur Ausführung des Hauptauftrages erforderlich wären. Auch hier hatten die Vertreter der Stadt Köln Zweifel daran, dass das entsprechende Tatbestandsmerkmal vorläge.

Aus Sicht der Vertreter von JSWD wäre dieser Punkt damit zu begründen, dass es sich um ein einheitliches und komplexes Gebäude handele, welches nicht getrennt betrachtet werden könne. Herr Prof. Dr. Jacobs erklärte, dass die Zustimmung der Erben Riphahn im Hinblick auf urheberrechtsrelevante Änderungen auch davon abhängen könnte, ob der Auftrag an einen Architekten für das Gesamtensemble erteilt werde.

3. Vergabeverfahren Fachplaner

Abschließend wurde die Frage einer Notwendigkeit von Vergabeverfahren an die Fachplaner erörtert. Nach Ansicht von Herrn Dr. Reuber ist insoweit ein neues Vergabeverfahren zwingend. Da mit den Fachplanern Verträge vorlägen, die auch weitere derzeit noch nicht erbrachte Leistungen umfassen, sei die „Presstext“-Entscheidung des EuGH unmittelbar anwendbar. Eine wesentliche Änderung liege seines Erachtens vor. Herr Rechtsanwalt Dr. Antweiler und Herr Rechtsanwalt Elsner waren der Auffassung, dass sich die Reduzierung des Auftrages um die Leistungen zum Neubau des Schauspielhauses um ein „Minus“ darstellen, dass nach ihrer Meinung nicht als wesentliche Änderung im Sinne der „Presstext“-Entscheidung des EuGH zu beurteilen sei. Daher ergebe sich insoweit nicht die Notwendigkeit der Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens. Anschließend sei die Erteilung eines Zusatzauftrages zur Sanierung des Schauspielhauses ohne Vergabebekanntmachung nach § 5 Abs. 2 lit. e VOF möglich, so dass insgesamt kein Vergabeverfahren mit europaweiter Bekanntmachung bezüglich der Fachplanerleistungen durchgeführt werden müsse. Herr Rechtsanwalt Dr. Reuber und Herr Rechtsanwalt Dr. Reichert erklärten hierzu, dass sich der Vorgang nach ihrer Einschätzung insgesamt als wesentliche Vertragsänderung im Sinne der „Presstext“-Entscheidung des EuGH darstelle und eine Aufspaltung in ein „Minus“ und eine anschließende zusätzliche Leistung nicht möglich sei. Nach ihrer Auffassung spreche außerdem viel dafür, dass auch eine reine Herausnahme von Vertragsleistungen, also ein „Minus“, bei isolierter Betrachtung wegen seiner Bietermarktrelevanz als wesentliche Änderung im Sinne der genannten Entscheidung anzusehen sei. Herr Prof. Dr. Jacobs sprach die Möglichkeit an, dass auch Fachplanerleistungen unter Urheberrechtsschutz stehen könnten mit der Folge, dass ein Verzicht auf eine europaweite Bekanntmachung nach § 5 Abs. 2 lit. b VOF in Frage komme. Herr Rechtsanwalt Sieburg und Herr Rechtsanwalt Dr. Reuber hielten dies jedoch für sehr unwahrscheinlich.

Ergebnis:

Das Gespräch wurde von allen Beteiligten fachorientiert und konstruktiv geführt.

In den wesentlichen vergaberechtlichen Fragen konnte zwischen den Diskussionsteilnehmern jedoch keine Einigkeit hergestellt werden. Die Diskussionsteilnehmer waren sich allerdings einig darüber, dass in drei Punkten noch weiterer Aufklärungsbedarf besteht und erst dann eine weitere rechtliche Wertung erfolgen kann: Dabei handelt es sich um folgende Fragen:

1. Besteht an den vorliegenden Planungen der Architekten Chaix & Morel/JSWD ein Urheberrechtsschutz?
2. Handelt es sich beim Opernhaus und beim Schauspielhaus um zwei verschiedene Gebäude oder um ein einziges Gebäude?
3. Ist eine getrennte Beauftragung der Architektenleistungen für die Sanierung des Opernhauses und für die Sanierung des Schauspielhauses unter technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten möglich?

Zu Frage 1 kündigte Herr Rechtsanwalt Elsner, zu den Fragen 2 und 3 Herr Rechtsanwalt Siegburg eine Stellungnahme an. Herr Rechtsanwalt Dr. Antweiler und Herr Rechtsanwalt Elsner kündigten außerdem jeweils schriftliche Stellungnahmen zu den angesprochenen vergaberechtlichen Fragen an.

Gez. Dr. Reichert