

M E M O R A N D U M

Datum: 19.09.2014

Betreff: Integriertes Handlungskonzept Königstraße

Reg.-Nr.: 44/66/602-13

Von: Dr. Matthias Ganske, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Julian Ley, Rechtsanwalt
Redeker Sellner Dahs Partnerschaftsgesellschaft mbB

A.

Sachverhalt

Die Stadt Bornheim schrieb im Zuge der Umsetzung des so genannten „Integrierten Handlungskonzepts Königstraße“ Straßenbauarbeiten öffentlich aus. Die Ausschreibung wurde am 09.05.2014 veröffentlicht. Auftragsgegenstand war u. a. der Bau des hier relevanten Teils der Königstraße als Einbahnstraße. Das Auftragsvolumen liegt bei insgesamt rund 2,25 Millionen Euro.

Trotz Bindefrist der Angebote bis zum 31.07.2014 drängte der Bürgermeister der Stadt Bornheim ohne ersichtlichen Grund auf einen Vertragsschluss bereits Mitte Mai. Hierzu äußerte die Vergabestelle der Stadt Bornheim am 09.04.2014, dass die Zeit zwischen Submission am 6. Mai und der Ratssitzung am 15. Mai für eine rechnerische und fachtechnische Prüfung der Angebote nicht ausreiche. Der Bürgermeister ordnete anschließend an, die Vergabe auf jeden Fall zum 15. Mai abzuschließen und ordnete dafür sogar Überstunden an. Auch das Rechnungsprüfungsamt der Stadt wies darauf hin, dass dieses „beschleunigte Verfahren“ alles andere als üblich sei. So wurde bereits am 16.05.2014 die Firma Strabag AG auf der Grundlage des Ratsbeschlusses vom 15.05.2014 mit der Ausführung der Bauarbeiten beauftragt (der Vertrag lag bei Fertigung der Stellungnahme nicht vor).

Mit der Ausführung der Bauarbeiten wurde am 30.06.2014 begonnen.

Der Rat der Stadt Bornheim fasste in der Ratssitzung am 02.07.2014 auf Antrag von CDU, FDP und ABB unter Abänderung des Beschlusses vom 15.05.2014 folgenden Beschluss:

- „3. Der Rat beauftragt den Bürgermeister, für die nächste Sitzung des Rates eine Beschlussvorlage vorzubereiten, die folgende Punkte umfassen soll:
 - a) Darstellung von Handlungsoptionen zur Umwandlung der geplanten Einbahnstraße in einen Zweibahnenverkehr. Zur Darstellung gehören insbesondere belastbare, detaillierte und nachprüfbar Aussagen zu den zu erwartenden Kostenverschiebungen im Vergleich zur bisher verfolgten Planung.
 - b) Rücksprache mit dem beauftragten Bauunternehmen, ob eine Umplanung der Baumaßnahme grundsätzlich möglich und mit welchen Kosten verbunden wäre...
4. Der Bürgermeister wird beauftragt, die Arbeiten nicht auszuführen, die sich ausschließlich auf die Einbahnstraße beziehen, die nach erfolgter Neuplanung wieder zurückgebaut werden müssten. Die bereits begonnenen Kanalbaumaßnahmen sollen weitergeführt werden unabhängig von der endgültigen späteren Oberflächengestaltung.“

Zur Prüfung der sich aus einer Umsetzung des Ratsbeschlusses ergebenden Folgen hat die Verwaltung das Architektur- und Ingenieurbüro PE Becker GmbH damit beauftragt, insbesondere die technischen und wirtschaftlichen Auswirkungen aus dem unter Ziffer 4 des Ratsbeschlusses vorgesehenen partiellen Baustopp zu bewerten.

Das bereits mit der Ausgangsplanung beauftragte Planungsbüro PE Becker GmbH gelangt in seiner Stellungnahme vom 10.07.2014 zu dem Ergebnis, dass die Änderung der Planung wie auch ein Baustopp erhebliche Folgekosten auslösen würde. Sollte sich die Stadt nach einer Prüfung entschließen, den Bau fortzusetzen, geht das Planungsbüro aufgrund der durch den Baustopp verursachten Bauverzögerungen von Kostenerhöhungen in einem Volumen von knapp 190.000,- € aus. Dies sei darauf zurückzuführen, dass das Leistungsverzeichnis vorsehe, dass die einzelnen Bauabschnitte jeweils vollständig (Kanalbau und Straßenbau) fertig zu stellen seien, bevor mit dem nächsten Abschnitt begonnen werde. Im Falle einer Planänderung fielen Mehrkosten von insgesamt rund 750.000,- € an.

Auf dieser Basis hat die Kanzlei CBH Rechtsanwälte am 14.07.2014 dazu Stellung genommen, ob der Bürgermeister der Stadt Bornheim den Ratsbeschluss vom 02.07.2014 beanstanden müsse. Im Ergebnis wird eine Beanstandungspflicht hinsichtlich Ziffer 4 des Ratsbeschlusses bejaht. Der Ratsbeschluss vom 02.07.2014 führe voraussichtlich zu einer erhebli-

chen Kostensteigerung durch Bauverzögerungskosten. Diese seien unnötig und daher im Hinblick auf das Gebot einer wirtschaftlichen sparsamen Haushaltsführung gemäß § 75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW nicht zu rechtfertigen. Hinzu komme, dass die Planungsänderung, deren Ermöglichung der Beschluss dient, selbst gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verstieße, da sie eine massive Kostensteigerung durch Kündigungsfolgen und Umplanungskosten sowie den Verlust von Fördermitteln auslöse.

Auf dieser Grundlage hat der Bürgermeister der Stadt Bornheim den in der Ratssitzung am 02.07.2014 unter Ziffer 4 gefassten Beschluss am 17.07.2014 beanstandet, weil aus den Stellungnahmen der PE Becker GmbH und der CBH Rechtsanwälte deutlich werde, dass der Beschluss in Ziffer 4 gegen geltendes Recht verstoße.

In der Folge holten die Fraktionen der CDU, FDP und ABB im Rat der Stadt Bornheim ein Gutachten bei einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für das Straßenbauerhandwerk, Herrn Dipl.-Ing. Ralf Ottensmann, ein, das die Mehrkosten für die Umplanung in eine Zweibahnlösung untersucht. Insbesondere werden die Ergebnisse der Stellungnahme der PE Becker GmbH auf Plausibilität geprüft.

Dieses Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die Realisierung einer Zweibahnlösung mit dem vorliegenden Leistungsverzeichnis ohne Weiteres möglich sei, da nur Verschiebungen zwischen den einzelnen Titeln vorzunehmen seien. Die mit der Realisierung einer Zweibahnlösung verbundenen baulichen Mehrkosten werden auf deutlich unter 10.000,- € kalkuliert. Daneben würden Kosten für die provisorische Wiederherstellung der Oberflächen im Bereich der Kanalgräben i.H.v. ca. 44.000,- € brutto anfallen. Die Umplanung würde darüber hinaus Mehrkosten für Honorare in Höhe von voraussichtlich 1.000 €, maximal jedoch 11.155,81 € nach sich ziehen. Insgesamt würden also bei einer Umplanung Mehrkosten in Höhe von ca. 64.000,- € entstehen. Hinzukämen allenfalls noch eventuell an die STRABAG AG zu zahlende Stillstandskosten, sofern die STRABAG AG eine Baubehinderungsanzeige stellt. Die Höhe dieser Kosten hinge maßgeblich davon ab, wie lange die Baubehinderung andauert, wobei die Kosten von 1.467,20 € pro Tag für realistisch gehalten werden.

Völlig lebensfern sei indes das in der Stellungnahme der PE Becker GmbH zu Grunde gelegte Szenario 1, wonach die Straßenbauarbeiten nicht fortgesetzt werden können sollen. Weder sei eine Kündigung des Vertrages noch eine komplette Neuplanung des gesamten Vorhabens mit den LPH 2-7 erforderlich. Die hierfür von der PE Becker GmbH angesetzten Mehrkosten in Höhe von insgesamt 509.895,- € brutto dürften nichtberücksichtigt werden. Auch die von der PE Becker GmbH angesetzten 71.186,46 € zusätzliche Planungshonorare seien deutlich über-

Am 11.09.2014 beschloss der Rat der Stadt Bornheim die Aufhebung des Beschlusses vom 02.07.2014 mit einer Mehrheit von 24 zu 23 Stimmen. Diese kam nur deshalb zustande, weil zwei Mitglieder aus der Mehrheitsfraktion an der Sitzungsteilnahme verhindert waren.

Beabsichtigt ist nunmehr die Stellung eines neuen Antrages mit gleichem Inhalt wie der kürzlich aufgehobene Ratsbeschluss vom 02.07.2014.

B. Prüfauftrag

Wir wurden gebeten zu prüfen, ob die rechtliche Stellungnahme der CBH Rechtsanwälte zutrifft. Anzumerken ist, dass sich die Ausführungen der CBH Rechtsanwälte auf eine Beanstandungspflicht des Bürgermeisters der Stadt Bornheim hinsichtlich Ziffer 4 des Ratsbeschlusses vom 02.07.2014 beziehen. Dieser Beschluss wurde jedoch zwischenzeitlich aufgehoben. Sollte der Rat der Stadt Bornheim erneut einen gleichlautenden Beschluss fassen – was angesichts der Mehrheitsverhältnisse zu erwarten sein dürfte – so würden sich die von den CBH Rechtsanwälten erörterten Rechtsfragen in nahezu identischer Form erneut stellen.

C. Ergebnis

Im Ergebnis treffen die rechtlichen Ausführungen der CBH Rechtsanwälte in weiten Teilen nicht zu. Die für einen Verstoß gegen § 75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW vorgetragene Argumente greifen überwiegend nicht durch. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass die Bewertungen auf einer fehlerhaften tatsächlichen Grundlage erstellt wurden. Denn die Stellungnahme der PE Becker GmbH geht ausweislich des Gutachtens des Sachverständigen Herrn Dipl.-Ing. Ottensmann von deutlich überhöhten Kosten für eine Änderung der Planung aus. Erhebliche Mehrkosten fallen nach dem Gutachten des Herrn Dipl.-Ing. Ottensmann jedoch gerade nicht an. Auch ist die Realisierung einer Zweibahnlösung laut Gutachten des Herrn Dipl.-Ing. Ottensmann auf Basis des vorliegenden Leistungsverzeichnisses ohne weiteres möglich. Es sind lediglich in geringem Umfang Verschiebungen zwischen einzelnen Titeln des Leistungsverzeichnisses vorzunehmen. Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei der Zweibahnlösung um eine im Kern identische Planung. Es bedarf daher laut dem Sachverständigen Herrn Dipl.-Ing. Ottensmann keiner Kündigung des Bauvertrags. Ebenfalls ist keine Neuausschreibung erforderlich, da es sich nicht um eine wesentliche Vertragsänderung han-

delt. Darüber hinaus könnte im vorliegenden Fall auch § 1 Abs. 3 VOB/B die Änderung des Vertrags ohne Neuausschreibung ermöglichen. Dass zudem im vorliegenden Fall bei einer Planungsänderung der Verlust von Fördermitteln droht, erscheint zweifelhaft. Dem dürfte ggf. schon durch einen Antrag auf Änderung des Zuwendungsbescheides begegnet werden können. Im Übrigen liegt es auch nahe, dass die Fördermittel bereits aus anderem Grund verloren gehen, nämlich weil die mit dem Konzept Integrierte Königsstraße verfolgte Verkehrsentslastung nicht erreicht werden kann. Die Änderung der Planung wäre dann für einen Fördermittelverlust schon nicht mehr als kausal anzusehen.

D.

Rechtliche Bewertung

Die Beanstandungspflicht betreffend den Ratsbeschluss zu Ziffer 4 wird nach der Stellungnahme der Rechtsanwälte CBH vom 14.07.2014 zum einen damit begründet, dass der in Rede stehende Beschluss voraussichtlich zu einer erheblichen Kostensteigerung durch Bauverzögerungskosten führen werde; die Auslösung solcher Kosten durch eine politische Kehrtwende bei unveränderter tatsächlicher Ausgangslage sei indes unnötig und daher im Hinblick auf das Gebot einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung gemäß § 75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW nicht zu rechtfertigen.

Zum anderen komme hinzu, dass die Planungsänderung, deren Ermöglichung der Beschluss dient, selbst gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verstoßen würde, da sie eine massive Kostensteigerung durch Kündigungsfolge- und Umplanungskosten sowie den Verlust von Fördermitteln auslösen würde (vgl. insbesondere S. 10 der Stellungnahme).

Hierzu sei Folgendes angemerkt:

I.

Vorbemerkung

Die CBH Rechtsanwälte stützen den Verstoß gegen das Gebot einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung (§ 75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW) durch eine Änderung der Planung vom 02.07.2014 maßgeblich auf die baufachliche Stellungnahme des Planungsbüros PE Becker GmbH vom 10.07.2014.

Die dortigen Berechnungen erweisen sich jedoch nach dem Gutachten des Sachverständigen Herrn Dipl.-Ing. Ottensmann als deutlich überhöht (siehe oben unter A.).

Die in dem Gutachten von Herrn Dipl.-Ing. Ottensmann aufgezeigten Fehler in den Berechnungen der PE Becker GmbH entziehen der Argumentation der CBH Rechtsanwälte bereits auf der tatsächlichen Seite in weiten Teilen die Grundlage.

II.

Verstoß gegen § 75 Abs. 1 GO NRW

Die CBH Rechtsanwälte sehen in einer Planungsänderung einen Verstoß gegen das Gebot einer wirtschaftlichen, effizienten und sparsamen Haushaltsführung (§ 75 Abs. 1 GO NRW). Diese Einschätzung beruht jedoch auf zum Teil unzutreffenden rechtlichen Bewertungen.

Im Einzelnen:

1. Kündigung und Neuausschreibung des Bauvertrages erforderlich?

Die CBH Rechtsanwälte gehen davon aus, dass eine Änderung der Planung von einer Einbahn- auf eine Zweibahnlösung die Kündigung des bisherigen und die Neuausschreibung des geänderten Auftrages erforderlich machen, und daraus ein Verstoß gegen § 75 Abs. 1 GO NRW folgen würde. Dies trifft nicht zu.

a) Anpassungsklausel im Ursprungsvertrag

Eine Auftragsänderung ist jedenfalls dann ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn die Änderung bereits im Ausgangsvertrag angelegt ist; eine entsprechende und hinreichend bestimmte,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.07.2011, Verg 20/11, juris Rn. 103,

Anpassungsklausel mithin Vertragsbestandteil ist.

Im vorliegenden Fall wurde kein „Individualvertrag“ geschlossen, sondern der Vertrag zwischen der Stadt Bornheim und der STRABAG AG kam „unter Berücksichtigung der VOB“ zustande komme.

Folglich existiert auch keine individualvertragliche Anpassungsklausel, auf die sich die Auftragsänderung ausschreibungsfrei stützen ließe.

Unterstellt man, was wahrscheinlich sein dürfte, dass sich auch aus den Vergabeunterlagen keine entsprechende Anpassungsklausel ergibt, so könnte hinsichtlich einer Anpassungsklausel lediglich auf die Regelungen der VOB/B zurückgegrif-

fen werden, die im vorliegenden Fall als allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) Vertragsbestandteil geworden sind.

Insoweit gibt § 1 Abs. 3 VOB/B dem Auftraggeber das Recht, während der Durchführung der Baumaßnahme Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen.

Zu prüfen ist mithin, ob § 1 Abs. 3 VOB/B eine ausreichende Anpassungsklausel darstellt, um die in Rede stehenden Änderungsmaßnahmen ohne die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens vergeben zu können.

Dazu im Einzelnen:

aa) Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 VOB/B

Der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 VOB/B dürfte zunächst eröffnet sein, da es sich bei den geplanten Änderungen um „Änderungen des Bauentwurfs“ handelt.

Ein Bauentwurf im Sinne des § 1 Abs. 3 VOB/B ist die Gesamtheit aller Vorgaben für die bautechnische Leistung des Auftragnehmers, und zwar unabhängig von der Art der Verkörperung. Erfasst werden damit insbesondere die Leistungsbeschreibung einschließlich Baubeschreibung und Leistungsverzeichnissen, alle Pläne, Berechnungen, Muster und Proben, aber auch technische Regelungen und Anordnungen.

Vgl. *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 1 VOB/B, Rn. 51.

Ob auch reine Änderungen der Baumstände, insbesondere der Bauzeit unter § 1 Abs. 3 VOB/B fallen, ist umstritten.

Vgl. zum Streitstand *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 1 VOB/B, Rn. 57; bejahend: *Keldungs*, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 17. Auflage, 2010, § 1 Abs. 3 VOB/B, Rn. 7 m. w. N.

Wie von den Rechtsanwälten CBH vorgebracht, bedarf diese Frage im vorliegenden Fall jedoch keiner Entscheidung, da die Umsetzung von Ziffer 4 des (aufgehobenen und neu zu treffenden) Ratsbeschlusses nicht die Bauzeit isoliert beträfe, sondern in das im Leistungsverzeichnis vorgeschriebene Gefüge des Bauablaufs eingreifen würde. Es würden daher bei Umsetzung des

Ratsbeschlusses Elemente des Vertragsinhalts geändert. Die Bauzeitenänderung wäre hier eine logische Folge der Änderung des Bauentwurfs und wäre deshalb vom Änderungsrecht des § 1 Abs. 3 VOB/B mit umfasst.

Im vorliegenden Fall dürften zudem auch die Grenzen des Anordnungsrechts gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B gewahrt sein. Die Reichweite des Anordnungsrechts wird durch § 315 BGB beschränkt, sodass bei der Ausübung Billigkeitsgesichtspunkte berücksichtigt werden müssen.

Vgl. *Keldungs*, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 17. Auflage, 2010, § 1 Abs. 3 VOB/B, Rn. 11; *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 1 VOB/B, Rn. 82 f.

Ausgangspunkt für die Bestimmung der Billigkeit ist Sinn und Zweck des Änderungsrechts. Bauvorhaben werden geprägt durch eine Spannung zwischen Planung und Realität. Bei praktisch jedem Bauvorhaben ändert sich der Leistungsinhalt zwischen Vertragsschluss und Abnahme. § 1 Abs. 3 VOB/B räumt dem Auftraggeber nicht nur ein Änderungsrecht bei veränderten Umständen oder nachträglich erkannten Erfordernissen ein, sondern will dem Auftraggeber darüber hinaus auch die Gestaltungsfreiheit sichern, das Bauvorhaben bei geänderten Bedürfnissen oder geänderten Wünschen im gewissen Rahmen zu verändern. Derartige Änderungen sind dem Auftragnehmer zumutbar, da dieser bei Bauvorhaben zum einen mit der Möglichkeit entsprechender Änderungen rechnet und zum anderen alle Mehrleistungen gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B vergütet erhält. Die Grenzen des einseitigen Änderungsrechts sind im Rahmen dieser Zweckbestimmung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln.

Vgl. *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 1 VOB/B, Rn. 84 f. m. w. N.

- (1) Im Rahmen der Billigkeitsüberprüfung ist bei Änderungen in qualitativer Hinsicht die Wertung des § 1 Abs. 4 VOB/B zu berücksichtigen, wonach der Auftragnehmer nicht verpflichtet ist, Leistungen auszuführen, auf die sein Betrieb nicht eingerichtet ist. Grundlegend geänderte „Anstatt-Leistungen“ sind dem Auftragnehmer damit unzumutbar, falls sie seinen Fachbereich verlassen.

Vgl. *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 1 VOB/B, Rn. 85.

Diese Grenzen dürften im vorliegenden Fall u. E. eingehalten sein. Es kann hier davon ausgegangen werden, dass der Auftragnehmer STRABAG AG zur Erbringung der beabsichtigten geänderten Leistungen grundsätzlich ohne weiteres in der Lage ist.

- (2) Zu berücksichtigen sind zudem mittelbare Auswirkungen auf den sonstigen Vertragsinhalt. Den Auftragnehmer trifft eine Erfolgspflicht. Änderungen vertraglich vorgesehener einfacher Arbeiten in risikobehaftete Ausführungen sind nicht ohne weiteres zumutbar.

Vgl. *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 1 VOB/B, Rn. 86.

Auch insoweit bestehen hier keine Bedenken. Die Ausführungsarbeiten für die beabsichtigten Änderungen sind – soweit ersichtlich – nicht risikobehafteter als die ursprünglich vertraglich geschuldeten Leistungen.

- (3) Bei Änderungen in quantitativer Hinsicht hat der Auftragnehmer bautechnisch erforderliche Änderungen in der Regel auszuführen, da er nach § 1 Abs. 4 VOB/B erforderliche Zusatzleistungen ausführen muss. Zu berücksichtigen ist aber, dass auch die personelle Ausstattung eines Unternehmens zur betrieblichen Einrichtung gehört. Einen änderungsbedingten erheblichen Mehraufwand kann der Auftragnehmer deshalb verweigern, soweit ihm die zur Erledigung notwendigen Kapazitäten fehlen.

Vgl. *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 1 VOB/B, Rn. 87.

Da es sich bei der STRABAG AG um ein marktführendes Unternehmen handelt, das über erhebliche Kapazitäten verfügt, spricht vieles dafür, dass davon ausgegangen werden kann, dass eine weitere Ausführung des Auftrages trotz Verzögerungen möglich bliebe.

- (4) Schließlich muss es sich überhaupt um Änderungen handeln, nicht um

eine Neuanfertigung des Bauentwurfs.

Vgl. *Keldungs*, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 17. Auflage, 2010, § 1 Abs. 3 VOB/B, Rn. 11.

Die Identität des Bauentwurfs muss erhalten bleiben. Der Gesamtcharakter des Auftrags darf nicht verändert werden.

Im vorliegenden Fall kann u. E. davon ausgegangen werden, dass trotz der Umplanung eines Teilabschnitts von einspuriger in zweispurige Fahrbahn die Identität des Bauentwurfs gewahrt wird. Nach den Ausführungen des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Dipl.-Ing. Herr Ottensmann sind lediglich geringfügige Verschiebungen in einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses vorzunehmen, die nur Mehrkosten in Höhe von schätzungsweise gut 9.000,- € verursachen.

bb) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die vom Rat geforderten Änderungen grundsätzlich von § 1 Abs. 3 VOB/B abgedeckt würden, sodass der bisherige Auftragnehmer STRABAG AG vertraglich dazu verpflichtet wäre, die Änderungen auszuführen, allerdings nur bei gleichzeitiger Vereinbarung eines neuen Preises, der sowohl eine Erhöhung als auch eine Ermäßigung enthalten kann.

Vgl. § 2 Abs. 5 VOB/A, wonach „ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist“.

Siehe in diesem Zusammenhang ferner allerdings auch BGH, Urteil vom 14.03.2013, VII ZR 142/12, NJW 2013, 2423, wonach im Wege einer Gesamtschau sicherzustellen ist, dass der Auftragnehmer durch die Leistungsänderung keine Nachteile erleidet.

cc) Vorbehalt : Keine hinreichende Bestimmtheit des § 1 Abs. 3 VOB/B?

Einschränkend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass anknüpfend an die Rechtsprechung und Kommentarliteratur, nach der vertragliche Anpassungsklauseln nur dann herangezogen werden können, wenn sie Art und Umfang der fraglichen Änderungen hinreichend bestimmt beschreiben,

vgl. insb. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.07.2011, Verg 20/11, juris Rn. 103; sowie auch *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht-Kommentar*, 2. Auflage, 2013, § 99 GWB, Rn. 71,

in der Literatur zum Teil die Ansicht vertreten wird, § 1 Abs. 3 VOB/B scheidet mangels hinreichender Bestimmtheit als eine derartige Änderungsklausel aus,

so insb. Fritz, Nachträge nach der VOB/B: Wirklich immer vergaberechtsfrei?, in: www.vergabeblog.de, abrufbar unter <http://www.vergabeblog.de/2013-05-02/nachtrage-nach-der-vobb-wirklich-immer-vergaberechtsfrei/>.

Für eine solche Sichtweise ließe sich möglicherweise auch die neue Richtlinie zur öffentlichen Auftragsvergabe 2014/24/EU vom 26.02.2014 heranziehen, nach deren Art. 72 Abs. 1 lit. a) Aufträge ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens nur geändert werden können, wenn die Änderungen, unabhängig von ihrem Geldwert, in den ursprünglichen Auftragsunterlagen in Form von klar, präzise und eindeutig formulierten Überprüfungs-klauseln, die auch Preisüberprüfungsklauseln beinhalten können, oder Optionen vorgesehen sind. Entsprechende Klauseln müssen Angaben zu Umfang und Art möglicher Änderungen oder Optionen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen können.

Allerdings ist insoweit zum einen auch zu beachten, dass die neue Richtlinie zur öffentlichen Auftragsvergabe 2014/24/EU vom 26.02.2014 derzeit noch kein verbindliches Recht darstellt, sondern erst bis zum 18.04.2016 in nationales Recht umzusetzen ist.

Zum anderen existiert – soweit ersichtlich – bislang keine Rechtsprechung, die § 1 Abs. 3 VOB/B als Anpassungsklausel mangels Bestimmtheit verwirft.

Vor diesem Hintergrund lässt es sich u. E. daher – zumindest derzeit – noch mit guten Argumenten vertreten, dass § 1 Abs. 3 VOB/B als ausreichende Anpassungsklausel für die vom Rat beabsichtigten Änderungen (bei gleichzeitiger Vereinbarung eines neuen Preises) angesehen werden kann.

Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass ein im Zweifel mit dieser Fragestellung befasster Spruchkörper insoweit zu einer gegenteiligen Ansicht gelangen könnte. Hieraus ergibt sich ein gewisses Risiko.

Aber selbst wenn man einmal annimmt, dass § 1 Abs. 3 VOB/B keine hinreichend bestimmte Anpassungsklausel darstellt, würde dies im Ergebnis zu keiner anderen Bewertung führen, wenn die Vertragsänderung nicht „wesentlich“ ist.

b) Wesentliche Vertragsänderung

Denn unabhängig vom Vorliegen einer vertraglichen Anpassungsklausel bedarf es einer Neuausschreibung nur bei einer „wesentlichen Änderung“ des bestehenden Auftrags.

Der EuGH hat folgende Fallgruppen ausdifferenziert, in denen eine wesentliche Änderung anzunehmen ist:

- Die Änderung führt Bedingungen ein, „die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären“.
- Die Änderung erweitert den Auftrag „in großem Umfang“ auf ursprünglich nicht vorgesehene Leistungen.
- Die Änderung verschiebt „das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers“

Vgl. EuGH, Urteil vom Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06; sowie ferner auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.07.2011, Verg 20/11, juris Rn. 91 ff.; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht-Kommentar*, 2. Auflage, 2013, § 99 GWB, Rn. 68 m. w. N.

aa) *Anderer Bieterkreis angesprochen*

Die CBH Rechtsanwälte vertreten die Ansicht, dass bei einer Bauverzögerung von 15 Monaten, wie sie laut Stellungnahme der PE Becker GmbH durch die Änderung der Planung zustande kommen würde, damit zu rechnen sei, dass ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. Unternehmen, die im ausgeschriebenen Leistungszeitraum keine Ressourcen frei hatten, könnten sich für eine Ausführung 15 Monate später durchaus interessieren.

Die Bauzeitenverzögerung von 15 Monaten scheint deutlich überhöht. Ihr

lieg offensichtlich die unzutreffende Annahme zugrunde, dass der Auftrag für die Straßenbauarbeiten durch die Stadt Bornheim gekündigt werden müsse (vgl. S. 2 der Stellungnahme der PE Becker GmbH). Dies ist jedoch ausweislich des Gutachtens des Herrn Dipl.-Ing. Ottensmann gerade nicht erforderlich.

Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob die vom EuGH aufgestellte Fallgruppe überhaupt eine Änderung des potentiellen Bieterkreises aus rein zeitlichen Gründen adressiert, oder ob nicht vielmehr eine inhaltliche Betrachtung anzustellen ist. Für das letztere Verständnis spricht, dass der EuGH darauf abstellt, ob durch die Änderung „Bedingungen“ eingeführt werden, die einen anderen Bieterkreis zugelassen hätten.

Vgl. EuGH, Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06, Rn. 35.

Hierin kommt ein inhaltliches Verständnis zum Ausdruck. Alles andere wäre u. E. auch nicht plausibel, da sonst in nahezu jedem Fall eine wesentliche Vertragsänderung vorliegen würde, da der Bieterkreis auslastungsbedingt ständig Schwankungen unterliegt. Unter Wettbewerbsgesichtspunkten macht es auch einen Unterschied, ob sich ein Bieter gerade kapazitätsbedingt nicht auf eine Ausschreibung bewirbt oder ob er aufgrund des inhaltlichen Zuschnitts des Auftrages – trotz grundsätzlich vorhandener Kapazitäten – von einer Angebotsabgabe absieht.

Bei der danach gebotenen inhaltlichen Betrachtung der Auftragsänderung erscheint es hier u. E. eher naheliegend, dass sich der Bieterkreis nicht allein deshalb geändert hätte, wenn von vornherein eine zweispurige statt einspurige Ausführung ausgeschrieben worden wäre. Ebenso hätte sich aller Wahrscheinlichkeit nach auch die Bieterreihenfolge in der durchgeführten Ausschreibung nicht geändert, zumal dann, wenn es in der Tat nur um Massenänderungen gegangen wäre.

bb) Änderungen in großem Umfang

Die CBH Rechtsanwälte machen weiter geltend, dass bei der beabsichtigten Änderung der Planung die Identität des Auftrages verloren gehe. So unterlägen über 50 % der Leistungsinhalte einer Veränderung. Auch könnten in weiten Teilen die ausgeschriebenen Materialien wegen der anders zu gestaltenden Entwässerungslinien und der erheblichen Verbreiterung der Fahr-

bahn zu Lasten der Gehwege nicht eingesetzt werden. Folge sei ein komplett neues Leistungsverzeichnis, zu welchem die Bieter im durchgeführten Vergabeverfahren keine Angebote hätten abgeben können. Es könne nicht beurteilt werden, ob der bezuschlagte Bieter auch bei diesem „grundlegend veränderten Leistungsinhalt“ das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hätte.

Diese Einschätzung der CBH Rechtsanwälte sowie des Planungsbüros PE Becker GmbH wird durch die gutachterliche Stellungnahme des öffentlich bestellten Sachverständigen Herrn Dipl.-Ing. Ottensmann widerlegt.

Danach sind lediglich einzelne Positionen zwischen verschiedenen Titeln des Leistungsverzeichnisses zu verschieben, sodass mit dem vorliegenden Leistungsverzeichnis ohne weiteres eine Zweibahnlösung realisiert werden könnte, wie sie auch im Bereich zwischen Einmündung Pohlhausenstraße und Burgstraße geplant ist. Dies leuchtet ein, da lediglich auf einem Teilstück von etwa 220 m die Fahrbahn in Asphaltbauweise von 4,50 m auf 6,0 m verbreitert werden müsste. Die sich daraus ergebende Mengenverschiebung zwischen Asphaltflächen und Gehwegflächen in Pflasterbauweise führt nicht zu einem komplett neuen Leistungsverzeichnis, sodass von Änderungen in großem Umfang hier keine Rede sein kann.

cc) *Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts*

Nach dem VOB/B-Gefüge sind Nachträge gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B zwingend mit einer Anpassung der Vergütung des Auftragnehmers verbunden, über die Einigung erzielt werden muss (§ 2 Abs. 5 VOB/B). Es sind hier keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass sich das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags durch eine Vertragsänderung zugunsten des Auftragnehmers verschieben könnte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Stadt Bornheim nur eine ausgewogene Änderung akzeptieren und auch durchsetzen würde.

dd) *Preisänderungen*

Soweit nach der Rechtsprechung des EuGH Preisänderungen grundsätzlich eine wesentliche Vertragsänderung darstellen sollen, dürfte dies für den vorliegenden Fall ohne Auswirkungen bleiben. Die Ausführungen des EuGH im sog. Preetext-Urteil beziehen sich auf eine isolierte Preisänderung in Form von Anpassungen im Zuge einer Währungsumstellung.

Vgl. EuGH, Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06 – „Presstext“, Rn. 55 ff.

Hier würde die Preisänderung jedoch mit inhaltlichen Änderungen korrespondieren, auf die die unter aa) bis cc) dargestellten Fallgruppen anzuwenden sind.

Ein anderes Verständnis wäre zu eng und realitätsfremd, da inhaltliche Änderungen – jedenfalls nach dem deutschen Bauvergaberecht – immer mit einer Preisanpassung einhergehen.

Würde jede Preisänderung – sei sie auch noch so gering – eine wesentliche Vertragsänderung darstellen, würde der – zumindest bei Bauaufträgen systemimmanente – Anpassungsspielraum der öffentlichen Auftraggeber faktisch „auf null“ reduziert.

ee) Zwischenergebnis

Da die geplanten Änderungen nach den Ausführungen des Sachverständigen Herrn Dipl.-Ing. Ottensmann nur in geringem Umfang erfolgen würden, spricht u. E. vieles dafür, dass die Änderungen unwesentlich sind, sodass für die geänderten Leistungen auf ein neues Vergabeverfahren verzichtet werden kann.

Dieses Zwischenergebnis wird im Übrigen auch durch die neue Richtlinie zur öffentlichen Auftragsvergabe 2014/24/EU vom 26.02.2014 gestützt. Gemäß Art. 72 Abs. 2 dieser Richtlinie können Bauaufträge ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens u. a. dann geändert werden, wenn der Wert der Änderungen den einschlägigen Schwellenwert in Höhe von 5.186.000 € und 15 % des ursprünglichen Auftragswerts nicht übersteigt. Auch insoweit darf allerdings der Gesamtcharakter des Auftrags aufgrund der Änderung nicht verändert werden. Hiervon könnte im vorliegenden Fall ausgegangen werden, da der Wert der Änderungen – selbst wenn man das Provisorium und die Planungskosten hinzurechnen wollte – schätzungsweise höchstens 64.000 € betragen dürfte. Die 15%-Grenze läge unter Zugrundelegung eines Auftragsvolumens von 2.250.000,- € in vorliegenden Fall bei 337.500,- €. Dass der Wert der Änderungen hierweniger als 1/5 dieser Grenze erreicht belegt eindrucksvoll, dass gerade keine wesentliche Vertragsänderung vorliegt.

Zwar ist die Richtlinie – wie bereits erwähnt – vor Ablauf der Umsetzungsfrist nicht unmittelbar anwendbar, allerdings zeichnet sich insbesondere in der Rechtsprechung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf ab, dass die Regelungen bereits jetzt für die Auslegung geltender Vorschriften herangezogen werden kann. Dies gilt umso mehr, als es im vorliegenden Fall – bezüglich des Wesentlichkeitskriteriums einer Auftragsänderung – um das Verständnis und die Reichweite von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes geht.

2. Mehrkosten als Verstoß gegen § 75 Abs. 1 GO NRW?

Soweit die CBH Rechtsanwälte vortragen, dass durch eine „politische Kehrtwende“ ausgelöste erhebliche Mehrkosten einen Verstoß gegen das Gebot einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung begründen würden, ist dem für den vorliegenden Fall entgegen zu treten. Denn aufgrund des Gutachtens des Herrn Dipl.-Ing. Ottensmann wird deutlich, dass im vorliegenden Fall gerade keine erheblichen Mehrkosten entstehen.

Würde man § 75 Abs. 1 GO NRW demgegenüber so interpretieren, dass eine Gemeinde durch eine einmal herbeigeführte Beschlusslage so gebunden wäre, dass im Grunde schon jeder Euro Mehrkosten zu einem Verstoß gegen § 75 Abs. 1 GO NRW führen würde, wäre einer Gemeinde jeder Handlungsspielraum genommen (buchstäblich „auf null Euro reduziert“). Dass dies nicht Sinn und Zweck des § 75 Abs. 1 GO NRW sein kann, wird gerade durch die weiter oben erörterte Regelung des § 1 Abs. 3 VOB/B deutlich, die es auch einer Kommune als Bauherrin erlaubt, Änderungen am Bauentwurf vorzunehmen und auch entsprechende Mehrausgaben zu tätigen. Die §§ 75 ff. GO NRW in Verbindung mit § 25 Gemeindehaushaltsverordnung NRW und Ziffer 4 der Vergabegrundsätze für Gemeinden (GV) nach § 25 Gemeindehaushaltsverordnung NRW erklären für die Vergabe von Bauleistungen durch Gemeinden die VOB einschließlich ihres Teiles B für anwendbar. Es wäre inkonsistent, diesen haushaltsrechtlich zulässigen Spielraum über eine extrem enge Auslegung des § 75 Abs. 1 GO NRW wieder zu nehmen.

3. Verlust von Fördermitteln als Verstoß gegen § 75 Abs. 1 GO NRW?

Bezüglich des Wegfalls des Förderbescheides ist folgendes zu bemerken:

Fraglich ist bereits, ob eine Planänderung in einem Teilbereich eines Gesamtprojektes zwangsläufig zum Widerruf des Förderbescheides führen würde, oder ob nicht eine so geringe Ausführungsänderung vom vorliegenden Zuwendungsbescheid noch abgedeckt

ist.

Unabhängig davon ist es in der Zuwendungspraxis durchaus üblich, dass bei Änderungen des Zuwendungsgegenstandes im Antragswege eine entsprechende Änderung des Zuwendungsbescheides herbeigeführt wird. Gerade mit Blick auf die nur geringfügigen Änderungskosten erscheint es wahrscheinlich, dass sich der Zuwendungsgeber (die Bezirksregierung Köln) einem entsprechenden Mehrheitspetitum der Gemeinde nicht von vornherein verschließen würde.

Darüber hinaus spricht auch Einiges dafür, dass die Umplanung im vorliegenden Fall für einen Wegfall der Fördermittel ohnehin nicht kausal werden würde. Denn die Förderfähigkeit des Vorhabens „Integriertes Handlungskonzept Königstraße“ fiel weg, wenn die angestrebte Verkehrsentlastung von 30 – 40 % nicht erreicht wird und somit das Ziel des Umbaus verfehlt wird, etwa weil die Verkehrsbelastung steigt. Hiervon muss – nach den uns vorliegenden Informationen – nach derzeitigem Kenntnisstand (wohl) ausgegangen werden.

III.

Verstoß gegen § 75 Abs. 1 GO NRW durch voreilige Auftragserteilung?

Unabhängig von dem vorstehend Gesagten ist anzumerken, dass die Stadt bzw. der seinerzeit verantwortliche handelnde Stadtrat mit dem eingeschlagenen Weg der Beauftragung der Firma STRABAG AG mit der Ausführung der zur Umsetzung der Einbahnlösung notwendigen Arbeiten, Fakten geschaffen hat, die vor dem Hintergrund, dass zum einen der laufende Probebetrieb „Einbahnverkehr“ noch nicht abgeschlossen und evaluiert wurde, und zum anderen – in ihrem Ergebnis noch „offene“ – Klageverfahren betreffend den Probebetrieb „Einbahnverkehr“ anhängig sind, durchaus kritisch zu sehen sind.

So ist insbesondere nicht nachvollziehbar, warum in Ansehung der insoweit noch gegebenen Unklarheiten/Unwägbarkeiten überhaupt bereits eine Beauftragung eines Unternehmens mit der Umsetzung der Einbahnlösung erfolgt ist, bzw. warum bei der Ausschreibung nicht zumindest Ein- und Zweibahnlösung als Wahl- bzw. Alternativpositionen ausgeschrieben wurden bzw. der Vertrag keine entsprechenden Öffnungsklauseln enthält.

Rechtlich bedenklich erscheinen auch die Gesamtumstände der Vergabeentscheidung. Die Tatsache, dass trotz der geäußerten Bedenken der Vergabestelle und des Rechnungsprüfungsamts an der kurzfristigen Auftragserteilung gleichwohl binnen kürzester Zeit der Zuschlag erteilt wurde, legt nahe, dass der Vergabeentscheidung keine ordnungsgemäße Prüfung der

Angebote vorausgegangen ist. Denn eine solche war nach Ansicht der Vergabestelle in der Kürze der Zeit nicht zu realisieren.

Die Vorgehensweise des Bürgermeisters der Stadt Bornheim wirft daher mit Blick auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gemäß § 75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW sowie haushalterische und vermögensrechtliche Interessen der Stadt die Frage nach Rechtskonformität und Haftung auf.
