

## In eigener Sache

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir informieren mit diesem Newsletter über mittelfristig bevorstehende Änderungen des deutschen Vergaberechts aufgrund geänderter europäischer Richtlinien. Von besonderem Interesse dürften für Sie die bevorstehenden Änderungen im Bereich der sogenannten In-house-Vergabe sowie der interkommunalen Zusammenarbeit und der sogenannten E-Vergabe sein.

Im Zusammenhang öffentlicher Auftragsvergaben werden sog. Compliance-Anforderungen an Aufgabenträger diskutiert und einige Bundesländer fordern bereits ein Risikomanagement für Eigenbetriebe. Wir möchten Ihnen deshalb ein Instrument vorstellen, mit dem ein Organisationsverschulden weitgehend vermieden werden kann. Der Ansatz ist eine umfassende Untersuchung auf „Gerichtsfestigkeit“. Mit unserem Kooperationspartner confideon ([www.confideon.de](http://www.confideon.de)) haben wir ein Beratungsangebot entwickelt und wenden dies seit Jahren mit Stadtwerken, Körperschaften und Unternehmen in der Praxis an. Dies bietet größere Sicherheit „vor Gericht und auf hoher See“ und wird nachfolgend im zweiten Teil des Newsletters kurz vorgestellt.

Viel Spaß bei der Lektüre und einen erfolgreichen Ausklang des Jahres 2014 wünschen

### SWKH Rechtsanwälte

Jörg Schmidt-Wottrich, Rainer Kühne,  
Dr. Andreas Harms.

Berlin im November 2014

## Inhaltsverzeichnis

### Vergaberecht

- **Mittelfristige Veränderungen im Vergaberecht aufgrund von EU-Richtlinien**

### Unternehmensorganisation

- **Rechtssicherheit gestalten: Auf dem Weg zur gerichtsfesten Organisation**

## Vergaberecht

### Mittelfristige Änderungen im Vergaberecht aufgrund von EU-Richtlinien

#### Vorbemerkung

Das europäische Vergaberecht ist durch den Beschluss und die Veröffentlichung von insgesamt drei neuen Richtlinien in diesem Jahr modernisiert worden. Bei den Richtlinien handelt es sich um die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (RL 2014/24/EU), die Sektorenrichtlinie (RL 2014/25/EU) sowie die Richtlinie über die Konzessionsvergabe (RL 2014/23/EU). Die Richtlinien traten am 17.04.2014 in Kraft. Die 24-monatige Umsetzungsfrist läuft sodann bis zum 18.04.2016; bei der sogenannten E-Vergabe ist die Frist länger, nämlich bis spätestens Mitte Oktober 2018.

#### 1. Öffentliche Auftragsvergabe

Die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe ersetzt die Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie oder „VKR“) und enthält wichtige Änderungen. Neben den bereits oben erwähnten Änderungen gibt es weitere zu den Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und Vertragsänderungen.

Zur **In-House-Vergabe** und interkommunalen Zusammenarbeit orientiert sich die Richtlinie im Wesentlichen an der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urt. v. 18.11.1999 – C-107/98, „Teckal“; Urt. v. 09.06.2009 – C- 480/06, „Stadtreinigung Hamburg“). Wegen des Kriteriums für die Zulässigkeit der In-House-Vergabe der Tätigkeit „im Wesentlichen“ für den bzw. die ihn kontrollierenden Auftraggeber (Wesentlichkeitskriterium) ist zukünftig ein Drittumsatz von bis zu 20% zulässig; bisher waren es lediglich 10 %. Auch sind zukünftig private Minimalbeteiligungen ohne Sperrminorität zulässig, soweit sie rechtlich vorgeschrieben sind und keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Die **interkommunale Zusammenarbeit** ist nunmehr wie folgt privilegiert, also von der Anwendung des europäischen Vergaberechts ausgenommen: Die Zusammenarbeit muss sich auf öffentliche Dienstleistungen beziehen, die mit einem öffentlichen Interesse im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden. Zusätzlich wird eine neue Anforderung eingeführt, die dem Wesentlichkeitskriterium der In-House-Vergabe ähnelt.

Im Bereich der **Eignungskriterien** sind zwei Neuerungen hervorzuheben: zum einen darf grundsätzlich kein Mindestumsatz von Bietern gefordert werden, der den geschätzten Auftragswert um das zweifache über-

steigt, soweit nicht spezielle Risiken vorliegen. Zum anderen wird eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung eingeführt, die auf der Grundlage eines Standardformulars elektronisch erstellt werden kann. Die Regelungen über die Zuschlagskriterien sind erheblich geändert worden: Das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ wird zum alleinigen Oberbegriff für die Zuschlagserteilung. Es bleibt jedoch nach wie vor möglich, den Preis als einziges Zuschlagskriterium zu wählen. Die Trennung von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien wird hinsichtlich des vom Bieter eingesetzten Personals etwas aufgeweicht, soweit die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau und das Ergebnis der Auftragsausführung haben kann. Schließlich wird hinsichtlich der Zuschlagskriterien die Lebenszyklusrechnung auch mit exakten Vorgaben festgelegt.

Zum ersten Mal findet sich eine ausdrückliche Regelung über Vertragsänderungen in der Richtlinie. Vertragsänderungen sind danach zukünftig nur zulässig, wenn einer der in der Richtlinie aufgeführten Gründe einschlägig ist, so wenn

- die Vertragsänderung im Ursprungsvertrag angelegt ist,
- zusätzliche Leistungen erforderlich sind und ein Auftragnehmerwechsel nicht sinnvoll erscheint,
- die Änderung erforderlich sind, aber nicht vorhersehbar,
- aus bestimmten abschließend aufgezählten Gründen ein Austausch des Auftragnehmers erforderlich war,
- es sich um eine unabhängig vom Preis unwesentliche Änderung handelt oder
- es sich um eine geringwertige Änderung handelt - ohne Änderung des Gesamtcharakters.

Ein wesentlicher Punkt ist die **Pflicht zur E-Vergabe**. Darunter ist die vollständig elektronische Durchführung von Vergabeverfahren zu verstehen, wofür sich die Beteiligten einer elektronischen Vergabepattform bedienen. Ziel ist die Vereinfachung der Vergabe bei gleichzeitiger Verbesserung der Effizienz und Transparenz. Die E-Vergabe soll spätestens 30 Monate nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Grundsatz sein, also Ende 2018.

## 2. Richtlinie über die Konzessionsvergabe

Bei der **Richtlinie über die Konzessionsvergabe** handelt es sich um ein eigenständiges Regelwerk. In der Öffentlichkeit war die Konzessionsrichtlinie insbesondere durch die Debatte über die Bereichsausnahme für die Wasserversorgung bekannt geworden. Bei einer Konzession erhält das begünstigte Unternehmen statt einer Vergütung das (jetzt in der Regel auf 5 Jahre befristete) Recht zur Nutzung und/oder Verwertung der Leistungen gegenüber Dritten und

muss damit aber das wirtschaftliche Risiko tragen. Mit der Richtlinie werden nunmehr neben Bau- auch Dienstleistungskonzessionen Gegenstand des Vergabeberechts. Der Schwellenwert für die Vergabe von Konzessionen beträgt derzeit EUR 5.186.000,00. Der vor der Vergabe zu schätzende Wert umfasst dabei sowohl die Einnahmen als auch die zu zahlenden Beträge. Diese neuen Vergaberichtlinien werden nicht auf **Wasserkonzessionen** angewendet, wobei gleichwohl bei diesen die Anforderungen an eine transparente und diskriminierungsfreie Vergabe eingehalten werden müssen.

## 3. Sektorenrichtlinie

Die sogenannte **Sektorenrichtlinie** schließlich ist insbesondere für Sektorenauftraggeber von Bedeutung und bleibt damit Spezialvorschrift für die Auftragsvergabe von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, sofern sie die Bereiche Gas und Wärme, Elektrizität, Wasser, Verkehrsleistungen, Häfen und Flughäfen, Postdienste sowie die Förderung von Öl und Gas und Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen betrifft. Überwiegend enthalten die Regelungen der Sektorenrichtlinie die gleichen Inhalte wie die beiden anderen Richtlinien.

Weitere Auskünfte erteilt Dr. Andreas Harms.

## Unternehmensorganisation

### Rechtssicherheit gestalten: Auf dem Weg zur gerichtsfesten Organisation

Der Vorsatz, eine gerichtsfeste Organisation zu sein oder werden zu wollen, klingt zunächst anmaßend: wer kann von sich behaupten, perfekt zu sein? Wo Menschen handeln, werden auch Fehler gemacht. Und bei einer unübersehbaren Fülle von rechtlichen Normen unter untergesetzlichen Regelwerken scheinen Rechtsverstöße und Haftungsfälle vorprogrammiert. Aber gerade deshalb muss Rechtssicherheit aktiv gestaltet werden und die Rechtsordnung verlangt dies:

Es gehört zu den Aufgaben der Unternehmensführung, den Betrieb so zu organisieren, dass alle an ihn gestellten Pflichten erfüllt werden. „Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtsperso-

nen“ (§ 130 Abs. 1 OwiG). „Betrieb oder Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist auch das öffentliche Unternehmen“ (§ 130 Abs. 2 OwiG).

Neben dieser Ordnungswidrigkeit sind die zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Haftungstatbestände noch umfangreicher und schwerwiegender, bis hin zu einer möglichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit.

### *Anforderungsbereiche*

Die Schlüsselfrage für eine rechtssichere Organisation lautet: „Sind hinsichtlich aller rechtlich relevanten Anforderungen aus Verkehrssicherungs- und Organisationspflichten sowie sonstigen rechtlichen Anforderungen im Unternehmen ausreichende Vorkehrungen getroffen, so dass deren Erfüllung nachgewiesen werden kann?“

Die Anforderungsbereiche können hier nicht im Einzelnen dargestellt werden. Sie umfassen Organisationsaspekte, die Prozesssicherheit und Anlagenverfügbarkeit, die Anforderungen an den Umwelt- und Arbeitsschutz, den Bereich Notfälle und Störungen, das Vertrags- und Versicherungsmanagement um nur die wichtigsten Überschriften zu nennen.

Die Führungskräfte müssen über ein Sicherungssystem verfügen und dieses praktizieren, dass eine zutreffende Aufbau- und Ablauforganisation beinhaltet, die personellen Aspekte und die betriebliche Ausstattung und die Arbeitsmittel berücksichtigt und den Umgang mit Dritten regelt. Bestehen Defizite in einem der Bereiche, können Fehlleisten auf der Ausführungsebene auf die Verbandsleitung/Geschäftsführung durchschlagen.

### *Gerichtsfeste Organisation als Projekt*

Zur Analyse der Rechtssicherheit sind regelmäßig zwei Sichtweisen zu kombinieren:

- die Analyse der Rechts- und Regelwerkskonformität, insb. auch bezogen auf die aktuelle Rechtsprechung (juristische Sichtweise)
- die Analyse der Organisationsstruktur und der betrieblichen Festlegungen zur Umsetzung der Anforderungen an die Organisation, auch bezogen auf deren Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit (organisatorische Sichtweise).

Für diese Art der Selbstüberprüfung sollten externe Experten mit Branchenwissen eingebunden werden (Juristen und Organisationsberater).

### *Durchführung in zwei Phasen:*

- Situationsanalyse (1)
- Bewertung u. Maßnahmenplanung (2)

### *1. Situationsanalyse*

Die Situationsanalyse zielt darauf ab festzustellen, ob es systematische, strukturell bedingte Risiken bezüglich einer rechtskonformen Unternehmensführung gibt. Sie ist also eine aktuelle Standortbestimmung.

Die Erfahrungen zeigen, dass eine Dokumentenprüfung und anschließende Interviews eine gute Grundlage bilden. Die Dokumentenprüfung enthält die Sichtung sowohl des gesamten betriebsspezifischen Regelwerks, z.B. Arbeitsanweisungen oder Dienst- und Betriebsanweisungen (was ist wie und von wem zu tun?), als auch der betrieblichen Nachweisführung (was wurde mit welchem Ergebnis getan?). In den Interviews mit Führungskräften, Betriebsbeauftragten, der Fachkraft für Arbeitssicherheit usw. werden über die schriftlich festgelegten Regelungen hinausgehende Handlungsweisen sowie die informell ablaufenden Verfahren und Kommunikationskanäle ermittelt.

Die Situationsprüfung zielt also in einem ersten Schritt auf die Aufdeckung möglicher nicht regulierter Bereiche und in einem zweiten Schritt auf die Prüfung der Gesetzeskonformität bestehender Regelungen. Für Defizite, die sich aus beiden Schritten ergeben, werden nach Dringlichkeit gestaffelte, konkrete Abhilfeschläge erarbeitet.

### *2. Bewertung und Maßnahmenplan*

Anschließend an die Analyse erfolgt die Bewertung des Zustandes der Organisations- und Managementstrukturen. Handlungsbedarf wird abgeleitet und priorisiert sowie ein Maßnahmenplan zur Umsetzung erstellt. Sinnvoll ist ein aus organisatorischer und juristischer Sicht gemeinsam erstellter Projektbericht. Darin erfolgt ein Abgleich der Ergebnisse der Situationsanalyse und eine gemeinsam getragene Bewertung mit einer gemeinsamen Risikoabschätzung.

Weicht der erfasste Ist-Zustand von den Anforderungen ab, gibt es unterschiedliche mögliche Konsequenzen. Im Fall eines erkannten Verstoßes gegen verbindliche gesetzliche Vorschriften ist dringender Handlungsbedarf gegeben und Maßnahmen sind unverzüglich umzusetzen.

Dies kann z.B. der Fall sein, wenn Vorschriften des Arbeitsschutzes nicht kommuniziert und damit auch nicht eingehalten werden können oder wenn eine Zuständigkeitsregelung für Wartungs- und Überwachungsarbeiten bestimmter technischer Bereiche (z.B. Anlagenteile mit Entstehung brennbarer Gase im Klärwerk) nicht existiert.

Hingegen stellt z.B. die fehlende Zuordnung bestimmter technischer Bereiche zu einzelnen Managementmitarbeitern ein geringeres Risiko dar und die Verbesserung kann für einen späteren Zeitpunkt geplant wer-

den, soweit eine grundsätzliche Zuständigkeitsregelung für die unteren Hierarchieebenen besteht.

#### Umsetzung

Die priorisierten Ergebnisse als definierter Handlungsbedarf finden Eingang in einen Maßnahmenplan. Eine angemessene Priorisierung der Maßnahmen wiederum führt unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Aufgabenträgers/Unternehmens und seiner Mitarbeiter zu einem realistischen Umsetzungspfad. Dabei ist es besonders wichtig, für eine konsequente Maßnahmenverfolgung zu sorgen. Für einen definierten Zeitraum können auch bereits erkannte Risiken akzeptiert werden, wenn die Beseitigung zu einer Überforderung des Aufgabenträgers führen würde. In Ausnahmefällen könnte z.B. eine befristete Duldung mit den Überwachungsbehörden vereinbart werden.

Von besonderer Bedeutung bei der Umsetzungsplanung ist weiterhin, dass nicht nur punktuelle Maßnahmen Berücksichtigung finden, sondern auch solche, die eine gerichtsfeste Organisation nachhaltig sichern und aufrecht erhalten. Dies betrifft zum Beispiel die Einführung eines Prozedere, um kontinuierlich Änderungen in der Gesetzeslage zu ermitteln und betriebspezifischen Handlungsbedarf daraus abzuleiten.

#### Schlussbemerkung

Die gerichtsfeste Organisation ist ein Dauerthema und deshalb nachhaltig im Unternehmen zu verankern. Sicherheit, Qualität, Kundenservice, Rechtskonformität und Wirtschaftlichkeit sind zudem die wesentlichen Ziele der angestrebten Modernisierung der Wasserwirtschaft. Organisationssicherheit und Gerichtsfestigkeit leisten hierzu einen wichtigen Zielbeitrag und sollten daher rechtzeitig, bevor es zu Schadens- oder Regressereignissen kommt, einer Überprüfung unterzogen werden. Die Aufgabenträger/Unternehmen können so den hohen Erwartungen gerecht werden, die von Politik und Kunden in sie gesetzt werden.

Weitere Auskünfte erteilt RA Jörg Schmidt-Wottrich.

#### Über uns:

SWKH erbringt rechts- und wirtschaftsberatende Dienstleistungen speziell in den Bereichen Ressourcenschutz, Infrastrukturentwicklung und im Wirtschaftsrecht; hierzu gehören u.a. das Planungs- und Baurecht, das Energierecht und Umweltrecht, Gesellschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht sowie das Kommunal- und Verfassungsrecht.

Unsere Mandanten sind überwiegend öffentliche Körperschaften, Institutionen und Behörden des Bundes und Landesregierungen bis hin zu Städten, Gemeinden und Zweckverbänden; Hochschulen und andere Bildungseinrichtungen, kommunale Betriebe wie Energieversorger, Verkehrs- und Infrastrukturunternehmen, hier vor allem auf dem Gebiet der Wasserwirtschaft und der erneuerbaren Energien; Verbände, Vereine und Stiftungen; Industrieunternehmen, mittelständische Unternehmen im Bausektor und im Ver- und Entsorgungsbereich, Bauherrn; Architekten, Ingenieure und Privatpersonen, private Vorhabenträger und Betroffene.

Verantwortlich für den Inhalt:

RA Jörg Schmidt-Wottrich

RA Rainer Kühne

RA Dr. jur. Andreas Harms

#### Kontakt:

Büro Berlin

Kantstraße 31

D-10625 Berlin

Tel: +49.30.20 45 49 30

Fax: +49.30.20 45 49 333

Email: [ra@swkh.de](mailto:ra@swkh.de)

*Unser Büro wird auch in diesem Jahr keine Weihnachtspostkarten versenden, sondern eine Spende an ein Wasserhilfsprojekt in Afrika leisten.*