

Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration



Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration
80524 München

KOPIE

Verteilerliste

(nur) per E-Mail

Regierungen

Kreisverwaltungsbehörden

Bezirke

nachrichtlich

(nur) per E-Mail

Bayerischer Städtetag

post@bay-staedtetag.de

Florian.Gleich@bay-staedtetag.de

Bayerischer Gemeindetag

baygt@bay-gemeindetag.de

Kerstin.Stuber@bay-gemeindetag.de

Bayerischer Landkreistag

info@bay-landkreistag.de

clemens.mayer@bay-landkreistag.de

Bayerischer Bezirkstag

info@bay-bezirke.de

I.Gihl@bay-bezirke.de

Bayerischer Kommunaler Prüfungsverband

geschaeftsstelle@bkpv.de

Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration



Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration
80524 München

KOPIE

Anschriften lt.
vorgehefteter Verteilerliste

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen B3-1512-30-5	Bearbeiterin Frau Merkel	München 24.09.2019
	Telefon / - Fax 089 2192-2728 / -12728	Zimmer BR4-284	E-Mail Ute.Merkel@stmi.bayern.de

Kommunale Auftragsvergaben; Öffentlichkeit der Sitzungen kommunaler Gremien bei Vergabeangelegenheiten und Veröffentlichung von Auftragsdaten

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Reform des Vergaberechts und die Neukonzeption der Vergabegrundsätze für kommunale Auftraggeber geben Anlass, unsere bisherigen Rundschreiben zur Öffentlichkeit der Sitzungen von kommunalen Gremien bei Vergabeentscheidungen zu aktualisieren und ergänzend zu bewerten, welche Informationen über den Auftrag nach der Vergabe veröffentlicht werden können oder müssen.

Die Schreiben des Staatsministeriums des Innern vom 06.12.1994, 06.03.1995 und 12.07.2006, Nr. IB1-1413.14-1, sowie vom 01.04.1997, Nr. IB4-1512.41-02, werden durch dieses Rundschreiben ersetzt. Zur aktuellen Rechtslage teilen wir im Einvernehmen mit den Staatsministerien für Wohnen, Bau und Verkehr sowie für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie Folgendes mit:

1. Maßgebliche Bestimmungen für Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte

Unterhalb der EU-Schwellenwerte ergeben sich die Vergabegrundsätze für kommunale Auftraggeber aus § 30 KommHV-Doppik und § 31 KommHV-Kameralistik in Verbindung mit der Bekanntmachung des Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration zur „Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich“. Die Bestimmungen des Art. 52 GO, des Art. 46 LKrO und des Art. 43 BezO gehen als förmliche Gesetze diesen Regelungen vor.

- Beratungen und Beschlussfassungen eines kommunalen Gremiums in einem laufenden Vergabeverfahren müssen daher öffentlich sein, soweit nicht Rücksichten auf das Wohl der Allgemeinheit oder auf berechnigte Ansprüche einzelner entgegenstehen (Art. 52 Abs. 2 GO, Art. 46 Abs. 2 LKrO und Art. 43 Abs. 2 BezO).

Unter „Wohl der Allgemeinheit“ sind wichtige staatliche oder gemeindliche Interessen zu verstehen. Ein Geheimhaltungsinteresse aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit liegt immer dann vor, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung bereits konkret erkennbar ist, dass andernfalls ein schwerwiegender Schaden für die Gemeinde entstehen kann. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn sie bei einer Öffentlichkeit der Sitzung den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nicht wahren könnte, weil mangelnde Vertraulichkeit zu einer Verteuerung oder zu zusätzlichen Kosten führen könnte.

„Berechnigte Ansprüche einzelner“ sind rechtlich geschützte oder anerkannte Interessen. Ein solches Interesse kann darin bestehen, zu vermeiden, dass persönliche oder wirtschaftliche Verhältnisse bekannt werden, an deren Erörterung die Allgemeinheit kein berechtigtes Interesse hat und deren Bekanntgabe für den einzelnen nachteilig sein könnte. Die einzelnen Bieter haben ein schutzwürdiges Interesse daran, dass ihr Know-how und ihre Betriebsgeheimnisse nicht bekannt und von Konkurrenten verwertet werden können. Bieter sollen auch nicht dadurch, dass sie vergleichbare Einzelheiten von Angeboten erfahren, Rückschlüsse auf die Kalkulation ih-

rer Konkurrenten ziehen können.

- Nach Art. 52 Abs. 3 GO, Art. 46 Abs. 3 LKrO und Art. 43 Abs. 3 BezO sind die in nicht öffentlicher Sitzung gefassten Beschlüsse der Öffentlichkeit bekannt zu geben, sobald die Gründe für die Geheimhaltung weggefallen sind.

2. Maßgebliche Bestimmungen bei Auftragsvergaben ab Erreichen der EU-Schwellenwerte

Ab Erreichen der EU-Schwellenwerte sind die Bestimmungen des Vergaberechts des Bundes einschlägig. Soweit nach diesen Vorschriften die Vertraulichkeit von Daten zu gewährleisten ist oder aber bestimmte Angaben bekanntzugeben sind, ist dem bei der Auslegung der Art. 52 GO, Art. 46 LKrO und Art. 43 BezO Rechnung zu tragen.

- Bei der Beurteilung, ob Beratungen und Beschlussfassungen eines kommunalen Gremiums in einem laufenden Vergabeverfahren öffentlich sein müssen und welche Informationen über den Auftrag nach dem Zuschlag an die Öffentlichkeit gegeben werden müssen oder dürfen, sind damit - abhängig von der Art des Auftrags - die Vergabeverordnung (VgV) in Verbindung mit dem 2. Abschnitt der VOB/A, die Sektorenverordnung (SektVO) oder die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) heranzuziehen.

Grundsätzliches zur Vertraulichkeit regeln die §§ 5 VgV, 5 SektVO und 4 KonzVgV. Danach darf der öffentliche Auftraggeber, sofern in den jeweiligen Vergabeverordnungen selbst oder in anderen Rechtsvorschriften nicht etwas anderes geregelt ist, keine von den Unternehmen übermittelten und von diesen als vertraulich gekennzeichneten Informationen weitergeben. Dazu gehören insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und die vertraulichen Aspekte der Angebote einschließlich ihrer Anlagen. Bei der gesamten Kommunikation sowie beim Austausch und der Speicherung von Informationen müssen die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote einschließlich ihrer Anlagen gewährleistet werden.

Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 VgV, § 5 Abs. 2 Satz 2 SektVO, § 4 Abs. 2 Satz 2 KonzVgV sind die Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über die Öffnung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

➤ Baufträge

Nach der Reform des Vergaberechts ist eine Submission unter Anwesenheit der Bieter im 2. Abschnitt der VOB/A nicht mehr vorgesehen, da die Angebotsabgabe (seit 18.10.2018 ausschließlich) elektronisch erfolgt. Die Bieter erhalten aber vom Auftraggeber unaufgefordert Informationen unter anderem zu Name und Anschrift aller Bieter und zu den Endbeträgen der Angebote; sie haben außerdem einen Anspruch auf Einsicht in die Submissionsniederschrift (§ 14 EU Abs. 6 VOB/A).

Darüber hinaus darf die Niederschrift nicht veröffentlicht werden (§ 14 EU Abs. 7 VOB/A) und die Angebote sind geheim zu halten (§ 14 EU Abs. 8 VOB/A). Das Veröffentlichungsverbot, das nicht nur die Niederschrift selbst, sondern alle Teile ihres Inhalts nach § 14 EU Abs. 3 Nr. 1 VOB/A erfasst, richtet sich an den Auftraggeber sowie an die Bieter gleichermaßen.

Die Regelungen des 2. Abschnitts der VOB/A stellen zwar die so genannte Bieteröffentlichkeit her. In Bezug auf Dritte wird jedoch Geheimhaltung gefordert.

➤ Liefer- und Dienstleistungsaufträge, Konzessionen

Bieter sind bei der Öffnung der Angebote durch den Auftraggeber nicht zugelassen (§ 55 Abs. 2 Satz 2 VgV).

Auch nach der Zuschlagserteilung lassen die Vergabevorschriften keine Information der Bieter über den von den Konkurrenten angebotenen Preis zu. Die Bieter müssen nach § 62 Abs. 2 VgV, § 56 Abs. 2 SektVO,

§ 30 KonzVgV auf ihren Antrag hin lediglich über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots informiert werden, soweit dies nicht (unter anderem) den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schadet (§ 62 Abs. 3 i. V. m. § 39 Abs. 6 Nr. 3 VgV, § 56 Abs. 3 i. V. m. § 38 Abs. 6 SektVO).

Der Name des erfolgreichen Bieters ist jedenfalls im Rahmen der Informationspflicht über die beabsichtigte Zuschlagserteilung mitzuteilen (Art. 134 Abs. 1 GWB).

Die Angaben dürfen den Bietern nur mitgeteilt werden, wenn dies im Einzelfall nicht (unter anderem) den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schadet, den öffentlichen Interessen zuwiderläuft oder den lauterer Wettbewerb beeinträchtigt (§ 62 Abs. 3 i. V. m. § 39 Abs. 6 VgV; § 56 Abs. 3 i. V. m. § 38 Abs. 6 SektVO, § 30 Abs. 3 KonzVgV).

- Auch oberhalb der Schwellenwerte gelten Art. 52 Abs. 3 GO, Art. 46 Abs. 3 LKrO und Art. 43 Abs. 3 BezO, wonach die in nichtöffentlicher Sitzung gefassten Beschlüsse der Öffentlichkeit bekannt zu geben sind, sobald die Gründe für die Geheimhaltung weggefallen sind. § 5 Abs. 2 Satz 2 VgV, § 5 Abs. 2 Satz 2 SektVO, § 4 Abs. 2 Satz 2 KonzVgV, wonach bestimmte Angaben auch nach dem Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln sind, sind zu beachten. Im Übrigen ergeben sich die Informationen, die regelmäßig nach einer Zuschlagserteilung zu veröffentlichen sind, aus den für die jeweiligen Vergaben einschlägigen Standardformularen für die Bekanntmachung vergebener Aufträge (siehe Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 vom 11.01.2015 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011; abrufbar unter www.vergabeinfo.bayern.de unter dem Link Vergaben im kommunalen Bereich).

3. Schlussfolgerungen für die Öffentlichkeit der Sitzungen kommunaler Gremien bei Vergabeangelegenheiten

Generell ergeben sich aus den unter den Ziffern 1 und 2 genannten rechtlichen Grundlagen vergleichbare Schlussfolgerungen für alle Vergabeverfahren. Abweichend von der früheren Rechtslage sind demnach künftig sowohl Vergaben von Bauleistungen als auch Vergaben von Liefer- und Dienstleistungen und Konzessionen tendenziell in nichtöffentlicher Sitzung zu beraten und zu beschließen. Dies gilt auch für freiberufliche Leistungen, da diese nach aktuellem Recht wie andere Dienstleistungen in einem Verfahren nach VgV zu beschaffen sind.

Gleichwohl ist die Entscheidung, ob eine Vergabeangelegenheit in öffentlicher oder nichtöffentlicher Sitzung zu beraten und zu beschließen ist, sowohl unter- als auch oberhalb der Schwellenwerte nach einer Einzelfallbeurteilung anhand der Besonderheiten des jeweiligen Vergabeverfahrens zu treffen. Im Ergebnis ist entscheidend, ob im jeweiligen Fall das Wohl der Allgemeinheit oder berechtigte Ansprüche Einzelner einer Öffentlichkeit von Rats- und Ausschusssitzungen entgegenstehen. Es handelt sich hier um unbestimmte Rechtsbegriffe. Sind die Tatbestände im Einzelfall erfüllt, ist das kommunale Gremium nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, einen Beratungsgegenstand in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln. Ein Ermessensspielraum besteht nicht. Bei der Vorbereitung einer Sitzung ist im Rahmen einer Prognoseentscheidung über den zu erwartenden Verlauf der Beratung dafür Sorge zu tragen, dass nur die nicht vertraulichen Informationen in öffentlicher Sitzung kommuniziert werden. Nach dem Beschluss des BayVGH vom 20.04.2015, Az. 4 CS 15.381, steht dem zuständigen kommunalen Gremium bei der zu treffenden situationsgebundenen Prognoseentscheidung ein gewisser Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu.

Folgende Informationen sind als vertraulich einzustufen:

- Die **Namen der Bieter** dürfen in öffentlicher Sitzung grundsätzlich nicht genannt werden. Im Falle einer Anonymisierung ist darauf zu achten, dass keine Rückschlüsse auf die Bieter möglich sind.

- Die **Submissionsergebnisse** dürfen nicht der öffentlichen Sitzungsvorlage beigelegt oder in anderer Weise in öffentlicher Sitzung bekannt gegeben werden. Es ist nicht zulässig, den Inhalt der Angebote und etwaiger Nebenangebote, die in die engere Wahl gezogenen Angebote sowie die hierfür maßgeblichen Gründe und den Stand des Vergabeverfahrens in öffentlicher Sitzung zu behandeln. Um dem Öffentlichkeitsgrundsatz gleichwohl Rechnung zu tragen, ist eine Nennung der Angebotspreise ohne Zuordnung zu den Bietern möglich.
- **Bewerberlisten** für Beschränkte Ausschreibungen oder Verhandlungsvergaben (nichtoffene Verfahren und Verhandlungsvergaben) sollen grundsätzlich in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden, sofern sie überhaupt in einem kommunalen Gremium behandelt werden. Wir weisen darauf hin, dass Bewerberlisten erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben könnten, so dass der Kreis der mit der Angelegenheit Befassten möglichst klein gehalten werden sollte.
- Die Namen der **Bbieter, die Vergabeunterlagen erhalten oder eingesehen haben**, sind geheim zu halten.
- Bei Fällen, in welchen – beispielsweise bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen - die **Beurteilung der persönlichen Verhältnisse des Bieters**, wie zum Beispiel seine Zuverlässigkeit, Eignung und Fähigkeit im Vordergrund steht und in der Sitzung diskutiert werden soll, ist auf eine Behandlung der Vergabe in nichtöffentlicher Sitzung zu achten. Dies gilt auch für Aspekte der Bonität oder betriebsinterne Gesichtspunkte wie Kalkulationsgrundlagen.

Nötigenfalls ist eine Beratung vertraulicher (Teil-)Aspekte in einem gesonderten nichtöffentlichen Teil der Sitzung vorzusehen oder die Öffentlichkeit durch Beschluss nach Beginn der Sitzung auszuschließen, wenn der Verlauf der Beratung Anlass dazu gibt.

Nur wenn die objektiv begründete Prognose nicht erwarten lässt, dass eine getrennte Beratung zu sachgerechten Ergebnissen führen wird, kann die Vergabeangelegenheit insgesamt und von vornherein in nichtöffentlicher Sitzung beraten und beschlossen werden. Die Ausführungen in Rd. Nr. 17 des Beschlusses des BayVGH vom 20.04.2015 (Az. 4 CS 15.381), wonach sich die Prognose, ob Geheimhaltungsinteressen im Falle einer Beratung in öffent-

licher Sitzung verletzt werden könnten, nur für das Beratungsthema insgesamt treffen lasse, können nicht ohne objektiv nachvollziehbare Einzelfallbewertung auf die Beratung von Vergabeentscheidungen übertragen werden. Der der Entscheidung des Gerichts zugrunde liegende Sachverhalt betraf keine Auftragsvergabe, sondern den Verstoß eines Stadtratsmitglieds gegen die Verschwiegenheitspflicht.

4. Schlussfolgerungen für die Veröffentlichung und Übermittlung von Auftragsdaten nach der Zuschlagserteilung

Grundsätzlich können jedenfalls diejenigen Daten, die nach der Bekanntmachung des Staatsministeriums des Innern und für Integration vom 31.07.2018 zur „Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich“ bei bestimmten Vergabeverfahren verpflichtend ex-post zu veröffentlichen sind, auch bei allen anderen Vergabeverfahren nach Zuschlagserteilung der Öffentlichkeit genannt werden. Damit können – unabhängig von der Art der beauftragten Leistung - veröffentlicht werden:

- das gewählte Vergabeverfahren,
- der Auftragsgegenstand,
- der Ort der Ausführung,
- der Zeitraum der Leistungserbringung,
- der Name des beauftragten Unternehmens.

Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte ist vor der Veröffentlichung des **Namens des beauftragten Unternehmens**, soweit es sich um eine natürliche Person handelt, deren Einwilligung einzuholen oder deren Name zu anonymisieren. Dies gilt abweichend von § 20 Abs. 3 VOB/A auch bei Bauaufträgen. Bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte wird eine Einwilligung des Unternehmers durch die bundesrechtlichen Vorschriften nicht gefordert. Der Name des Auftragnehmers bzw. Konzessionär muss hier regelmäßig über die EU-Standardformulare veröffentlicht werden.

Zur Veröffentlichung des konkreten **Auftragswertes** sind die Auftraggeber weder unterhalb noch oberhalb des Schwellenwertes verpflichtet. Die mit dem IMS vom 18.05.2018, Nr. B3-1512-31-19, erstmals geforderte ex-post-Angabe

des Auftragswertes dient nur statistischen Zwecken und ist nicht öffentlich einsehbar. Will der kommunale Auftraggeber den Auftragswert nach dem Zuschlag gleichwohl öffentlich bekanntgeben, muss er im Einzelfall prüfen, ob dies insbesondere den berechtigten Interessen eines Unternehmens schaden oder den lauterer Wettbewerb beeinträchtigen würde. Wegen der möglichen Rückschlüsse auf die Kalkulationsgrundlagen ist bei Liefer- und Dienstleistungen bzw. Dienstleistungskonzessionen in der Regel größere Zurückhaltung geboten als bei Bauaufträgen. Es empfiehlt sich, das Einverständnis des Auftragnehmers einzuholen. Oberhalb der EU-Schwellenwerte müssen in den EU-Standardformularen zwar Angaben zum Wert des Auftrags gemacht werden. Hier kann aber zwischen der Nennung des Gesamtauftragswerts und der Nennung einer Spanne (Niedrigstes Angebot und höchstes Angebot) gewählt werden.

Im Übrigen geben die in den **EU-Standardformularen** enthaltenen weiteren Angaben, die für überschwellige Vergaben weitgehend verpflichtend sind, auch einen Anhaltspunkt, welche Informationen unterhalb der EU-Schwellenwerte zulässigerweise veröffentlicht werden können. Da die Ergebnisse des Verfahrens mit demselben Muster bekannt zu machen sind (§ 39 Abs. 2 VgV i. V. m Anhang III der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 vom 11.01.2015) unterscheiden sich Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge insoweit nicht. Bei Konzessionen oberhalb der Schwelle enthalten die Standardformulare beispielsweise auch Angaben zu den wesentlichen Finanzierungsbedingungen, zum Beispiel die Einnahmen aus Zahlungen durch die Nutzer und die Laufzeit (siehe Anhang XXII der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 vom 11.01.2015).

Soweit im Einzelfall eine Veröffentlichung dieser Daten, zusätzlicher Informationen oder der Inhalt von in nicht öffentlicher Sitzung gefassten Beschlüssen den berechtigten Interessen eines Unternehmens schadet oder den lauterer Wettbewerb beeinträchtigt, steht dies einer Veröffentlichung von Informationen entgegen.

Eine Veröffentlichung der **Angebotspreise der nicht berücksichtigten Bieter** ist unabhängig von der Art des Auftrags weder ober- noch unterhalb der Schwellenwerte zulässig.

Die für die Zulässigkeit einer Veröffentlichung von Informationen aus einem Vergabeverfahren maßgeblichen Kriterien geltend entsprechend für die Beurteilung ihrer Übermittlung auf Grund eines individuellen Informationszugangsbegehrens nach Art. 39 BayDSG. Die vorgenannten Maßstäbe können damit bei der Beurteilung, ob im Einzelfall öffentliche oder private Interessen der Auskunft im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BayDSG entgegenstehen, berücksichtigt werden.

5. Auswirkungen eines unzulässigen Ausschlusses der Öffentlichkeit auf die Wirksamkeit von Beschlüssen

In Literatur und Rechtsprechung ist umstritten, ob der Verstoß gegen den Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit zur Ungültigkeit des in der Sitzung gefassten Beschlusses führt. Strittig ist insbesondere, ob es sich bei Art. 52 GO um eine bloße Ordnungsvorschrift ohne unmittelbare Außenwirkung oder um eine wesentliche Verfahrensbestimmung des Kommunalverfassungsrechts in einem demokratischen Rechtsstaat handelt.

Während der 2. Senat des BayVGh mit Urteil vom 26.01.2009 (Az. 2 N 08.124) entschied, dass Gemeinderatsbeschlüsse über Satzungen, die unter Verstoß gegen Art. 52 Abs. 2 GO gefasst worden sind, nichtig sind, hat der für das Kommunalrecht zuständige 4. Senat des BayVGh in seinem Beschluss vom 20.04.2015 (a. a. O.) die Frage, welche Folgen ein Verstoß gegen den Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit nach Art. 52 Abs. 2 S. 1 GO hervorruft, ausdrücklich offengelassen.

Der BGH äußerte sich mit Urteil vom 23.04.2015 (Az. III Z R 195/14) grundlegend zu den Folgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit. Danach begründe ein solcher Verstoß regelmäßig eine schwerwiegende Verfahrensverletzung und führe daher zur Rechtswidrigkeit eines Gemeinderatsbeschlusses. Keinen Verstoß gegen das Prinzip der Öffentlichkeit stelle es jedoch dar, wenn nur eine Einzelfrage in nichtöffentlicher Sitzung behandelt werde, die der Information der Gemeinderäte diene und wenn nicht die Rede davon sein könne, dass die nichtöffentliche Vorberatung die in öffentlicher Sitzung zu führende Sach- und Abwägungsdiskussion ersetzt oder in sonstiger Weise der öffentlichen Wahrnehmung entzogen habe. Die Ent-

scheidung des BGH betraf aber eine Regelung des baden-württembergischen Kommunalrechts. Da Kommunalrecht Landesrecht ist, sind die tragenden Gründe der BGH-Entscheidung nicht ohne weiteres auf Bayern übertragbar, weil es jedem Landesgesetzgeber unbenommen ist, eine eigene Regelung zu den Fehlerfolgen zu treffen. Für den Freistaat Bayern ist damit die Rechtslage nach wie vor nicht obergerichtlich geklärt.

Der Gemeinderatsbeschluss über eine Vergabeentscheidung führt regelmäßig zur Erteilung eines Zuschlags und damit zum Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags. Wäre der Gemeinderatsbeschluss im Falle eines unzulässigen Ausschlusses der Öffentlichkeit als unwirksam zu bewerten, würde der erste Bürgermeister bei Abschluss des zivilrechtlichen Vertrages als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln. Der Vertrag wäre dann nach § 177 BGB schwebend unwirksam. Der Gemeinderat könnte den Vertragsschluss aber durch einen wirksamen, d.h. hier insbesondere durch einen in öffentlicher Sitzung gefassten Gemeinderatsbeschluss, rückwirkend genehmigen. Dabei wäre nicht nur die Genehmigung als solche öffentlich zu behandeln, sondern auch die den Zuschlag begründenden Umstände, die nach Maßgabe von Ziffer 3. bereits bei der ersten Beschlussfassung öffentlich behandelt hätten werden müssen.

Zuständig für die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung und damit inzident auch die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Beschlusses des zuständigen Gremiums sind bei eventuellen Schadensersatzforderungen oder im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte die Zivilgerichte. Es ist demnach nicht auszuschließen, dass dabei die Auffassung des BGH in der Entscheidung vom 23.04.2015 mit der Folge einer Rechtswidrigkeit des Beschlusses zum Tragen käme. Aufgrund dieser rechtlichen Risiken sollten die Kommunen einen eventuellen Ausschluss der Öffentlichkeit sorgfältig prüfen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit der Sitzungen auch der bürgerschaftlichen Begleitung der Beratungen und Entscheidungen und damit einer frühzeitigen öffentlichen Kontrolle dient. Eine nachträgliche Veröffentlichung der Vergabeentscheidung kann insoweit nicht wirkungsgleich sein.

Ob rechtsaufsichtlich eingeschritten wird, hat die Aufsichtsbehörde weiterhin nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (Art. 112 GO).

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Hofmann
Ministerialrat