

## Beschaffung von Kunstwerken

# Exklusive Verhandlungen mit Künstlern möglich



**Holger Schröder,**  
Fachanwalt für Vergaberecht,  
Partner, Rödl & Partner, Nürnberg

Beim Erwerb von künstlerischen Leistungen oder Kunstwerken ist EU-Vergaberecht generell zu beachten. Eine Bereichsausnahme, wie sie etwa für audiovisuelle Mediendienste gilt, sieht das öffentliche Auftragswesen nicht vor. Der Einkauf von Kunst muss aber nicht zwingend im Wettbewerb erfolgen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb exklusiv nur mit dem Künstler geführt werden.

**NÜRNBERG.** Nach Paragraph 14 Absatz 4 Nummer 2 Buchstabe a Vergabeverordnung (VgV) kann eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erfolgen, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, weil ein einzigartiges Kunstwerk oder eine einzigartige künstlerische Leistung erschaffen oder erworben werden soll. Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass bei Kunst häufig aus objektiven Gründen kein Wettbewerb bestehen kann, weil generell nur ein Anbieter für die Leistungserbringung in Betracht kommt.

### **Einzigartigkeit muss objektiv begründet werden**

Dies ist vor allem bei Kunstwerken der Fall, bei denen der einzigartige Charakter und Wert des Kunstgegenstandes selbst untrennbar an die Identität des Künstlers gebunden ist (Erwägungsgrund 50 Richtlinie 2014/24). Die Einleitung eines offenen Vergabewettbewerbs wäre dann sinnlos oder sogar irreführend, weil der einzige in



Wenn öffentliche Auftraggeber Kunstwerke beschaffen wollen, müssen sie nicht in jedem Fall einen Wettbewerb ausloben. FOTO: DPA/IMAGEBROKER/KATHARINA HILD

### **Leihgeber kann Transportleistungen nicht vorbestimmen**

Allein der Wunsch beziehungsweise die Vorgabe eines Leihgebers von Kunstgegenständen, einen bestimmten Spediteur zu beauftragen und anderenfalls die Überlassung der Leihgaben an ein öffentliches Museum zu verweigern, kann den

Ausschluss eines Vergabewettbewerbs für die Transportleistungen nicht rechtfertigen. Das hat die Vergabekammer Bund schon vor 14 Jahren entschieden (3. September 2009, Aktenzeichen: VK 1 – 155/09).

Frage kommende Auftragnehmer von vorneherein klar ist.

Noch weitgehend ungeklärt ist aber, wann Kunst im Sinne der Vorschrift einzigartig ist. Die bloße ästhetische Präferenz des öffentlichen Auftraggebers für einen bestimmten Künstler reicht nicht aus. Denn die Ästhetik wird im Vergaberecht beispielhaft als Zuschlagskriterium benannt (Paragraph 58 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 VgV) und kann deshalb im Rahmen eines Vergabewettbewerbs Berücksichtigung finden.

Wegen des Ausnahmecharakters des wettbewerbsfreien Verhand-

lungsverfahrens muss die Einzigartigkeit der zu beschaffenden Kunst nicht nur rein subjektiv, sondern objektiv begründet werden. Nur ein einziger Künstler darf überhaupt in der Lage sein, das nachgefragte Kunstwerk oder die künstlerische Leistung, zum Beispiel wegen einer bestimmten Verfahrensfähigkeit, zu erschaffen. Denkbar ist es auch, dass sich in einem Kunstwerk die individuellen Erkennungsmerkmale und Eigenheiten in so einzigartiger Weise niederschlagen, dass ein Vergabewettbewerb ausnahmsweise keinen Sinn machen würde.

Der Verzicht auf einen Vergabewettbewerb erfordert, dass die besondere Eigenheit europaweit bei nur einem Künstler vorhanden und für den Auftrag objektiv erforderlich ist. Das Oberlandesgericht Hamburg (16. Mai 2006, Aktenzeichen: 1 Verg 1/06) hat entschieden, dass die Person, an die der Auftraggeber vergeben will, gleichsam eine Monopolstellung haben muss, sodass sich das bei künstlerischen Leistungen gegebene Ermessen des Auftraggebers praktisch auf null reduziert.

Im Gegensatz etwa zu Architekten- oder Ingenieurplanungsleistungen, die von jedem geeigneten Planer generell in gleicher Qualität geleistet werden können, sind künstlerische Leistungen oder Kunstwerke grundsätzlich singulär und nicht ersetzbar. Erforderlich ist also, dass bei ihnen der einzigartige Charakter und Wert des Kunstgegenstandes oder der künstlerischen Leistung selbst untrennbar an die Identität des Künstlers oder der Künstlerin gebunden ist,

urteilte auch der nordrhein-westfälische Vergabesenat (Oberlandesgericht Düsseldorf, 12. Juli 2017, Aktenzeichen: VII-Verg 13/17).

### **Verhandlungsverfahren aus künstlerischen Gründen selten**

Nach Ansicht der Europäischen Kommission dürften die Fälle solcher exklusiven Verhandlungsverfahren aus künstlerischen Gründen aber nicht sehr zahlreich sein. Ein solcher Fall wäre etwa auch gegeben, wenn ein öffentlicher Auftraggeber ein Kunstwerk bereits in Auftrag gegeben hat, später jedoch ein zweites Kunstwerk in Auftrag geben will, um ein „Paar“ zu erhalten. Unter diesen Umständen müssen allerdings objektive Gründe dafür angeführt werden, aus denen das zweite Kunstwerk nicht bei einem anderen Künstler in Auftrag gegeben werden kann (Seite 25 des Leitfadens zu den Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge).