

**CHRISTIAN-ALBRECHTS-UNIVERSITÄT  
ZU KIEL**

Juristisches Seminar  
Wiss. Ass. Dr. iur. habil. Utz Schliesky



Juristisches Seminar der Universität Kiel · D-24098 Kiel

**Hausanschrift:**

Leibnizstraße 6 · D-24118 Kiel

☎ Telefon: (0431) 880-3546

Telefax: (0431) 880-3490

Internet: [www.uni-kiel.de/oeffrecht/schmidt-jortzig](http://www.uni-kiel.de/oeffrecht/schmidt-jortzig)

e-mail: [uschliesky@law.uni-kiel.de](mailto:uschliesky@law.uni-kiel.de)

**Kiel, den 28.01.2003**

Schleswig-Holsteinscher Landtag  
**Umdruck 15/2962**

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einrichtung eines Registers über  
unzuverlässige Unternehmen**

(Gesetzentwurf der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen, LT-Drs. 15/2149)

**– Zusammenfassung –**

**I. Gang des Verfahrens**

1. Zweck des Gesetzes ist die Sammlung von Daten für die Beurteilung der Zuverlässigkeit von Bietern im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und die Weitergabe dieser Daten an öffentliche Auftraggeber. Letztlich wird mit dem Gesetz in der vorliegenden Fassung jedoch die den öffentlichen Auftraggebern obliegende Zuverlässigkeitsbewertung durch die Zentralstelle abgenommen, indem nur „schwere Verfehlungen“ in das Register aufgenommen werden. Das Gesetz und das darauf basierende Handeln der Zentralstelle gibt somit eine Bewertung von zuverlässigkeitsrelevanten Verstößen vor und verringert so den Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers.

2. Durch die Neuregelung werden die ohnehin schon komplizierten und von vielen öffentlichen Auftraggebern – wie die Rechtsprechung zeigt – nicht mehr fehlerfrei durchgeführten Vergabeverfahren noch zusätzlich verkompliziert. Zwar ist es einem öffentlichen Auftraggeber nach dem zur Zeit vorliegenden Gesetzentwurf freigestellt, Informationen bei der zentralen Melde- und Informationsstelle einzuholen, doch erscheinen Aufwand und Kosten der Datensammlung fragwürdig, wenn viele öffentliche Auftraggeber aus Gründen der Verfahrenseffizienz keinen Gebrauch von dem Angebot machen. Andererseits stellt sich die Frage, wie eine unterlassene Abfrage von der Rechtsprechung bewertet werden wird. Es steht zu

vermuten, daß die Rechtsprechung einen Beurteilungsfehler annehmen wird, wenn ein öffentlicher Auftraggeber bei seiner Vergabeentscheidung die Anfrage bei der zentralen Melde- und Informationsstelle unterläßt. Auf diesem Wege kann eine faktische Verpflichtung zur Abfrage entstehen. Der Gesetzentwurf läßt jedenfalls – und dies ist ein weiteres Problem – offen, ob eine Melde- und Abfragepflicht für öffentliche Auftraggeber besteht.

3. Durch die Einführung der zentralen Melde- und Informationsstelle wird eine „Registerkonkurrenz“ zu dem Gewerbezentralregister (§ 150a GewO), zu dem staatsanwaltlichen Verfahrensregister (§§ 492 ff. StPO) und zum Bundeszentralregister (§§ 4 ff. BZRG) begründet. Eine Melde- und Abfragepflicht für identische Verstöße in mehreren Registern ist mit dem erklärten Ziel eines Bürokratieabbaus nicht vereinbar.

## **II. Rechtlicher Maßstab**

Der Gesetzentwurf differenziert nicht – wie das gemeinschaftsrechtliche und das bundesrechtliche Vergaberecht – zwischen öffentlichen Aufträgen oberhalb bzw. unterhalb bestimmter Schwellenwerte. Dementsprechend variieren die rechtlichen Anforderungen, denen der Gesetzentwurf zu genügen hat, in Abhängigkeit vom jeweiligen Auftragswert. Darüber hinaus sind weitere gemeinschafts- und bundesrechtliche Vorgaben zu beachten, denen der Gesetzentwurf nicht hinreichend Rechnung trägt.

## **III. Kompetentielle Fragen**

1. Eine Gesetzgebungskompetenz des Landes für die Schaffung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen kann grundsätzlich bejaht werden. Jedoch unterfällt der Regelungskomplex dem „Recht der Wirtschaft“, für das Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz vorsieht. Insoweit steht das Gesetz unter dem Vorbehalt einer – bislang gescheiterten – bundesrechtlichen Regelung.

2. Einige Detailregelungen des Gesetzes unterliegen aber bereits jetzt Bedenken in kompetentieller Hinsicht. So sind Verstöße gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz und das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit bereits nach geltendem Recht (§ 150a Gewerbeordnung) dem Gewerbezentralregister zu melden, um eine Datenbasis für vergaberechtliche Entscheidungen zu schaffen; dementsprechend besteht gem. Art. 72 Abs. 2 GG für eine derartige Regelung keine Landesgesetzgebungskompetenz. Auch für die in § 4 des Gesetzentwurfs vorgesehene Erhebung von Informationen über den Stand etwaiger strafrechtlicher Ermittlungs- oder Strafverfahren fehlt dem Landesgesetzgeber die Kompetenz,

da der Bundesgesetzgeber in den §§ 492 ff. StPO und in §§ 4 ff. BZRG von seinen Gesetzgebungskompetenzen Gebrauch gemacht hat.

#### **IV. Grundrechtsrelevanz und Unbestimmtheit der gesetzlichen Regelungen**

Die Erhebung, Speicherung, Verarbeitung und Weitergabe von Daten stellt grundrechtsrelevantes Handeln dar: Betroffen können das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und die Berufs- bzw. Wettbewerbsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sein. Eingriffe in diese Grundrechte können nur gerechtfertigt sein, wenn diese auf der Grundlage einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Regelung erfolgen. Bedenken bestehen insoweit vor allem gegen § 2 Nr. 2, § 3 Abs. 2 und § 4 Abs. 1 des Gesetzentwurfs. Da ein schleswig-holsteinisches Melde- und Informationsregister aufgrund der beschränkten Gesetzgebungskompetenz des Landes nur unvollständige Daten erheben kann, besteht auch die Gefahr einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) von privaten Wettbewerbern und Bietern.

#### **V. Rechtsnatur und Organisation der zentralen Melde- und Informationsstelle**

1. Rechtsnatur, Organisation und insbesondere Aufsicht bezüglich der zentralen Melde- und Informationsstelle bleiben in dem Gesetzentwurf völlig unklar. Da von der zentralen Melde- und Informationsstelle jedoch Staatsgewalt ausgeübt wird, ist schon vor dem Hintergrund des Grundsatzes einer hinreichenden demokratischen Legitimation (Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 2 GG) eine wirkungsvolle Aufsichtsregelung unverzichtbar.
2. Durch das Fehlen dieser Regelung wird auch der Rechtsschutz von betroffenen Unternehmern beeinträchtigt, da diesen keine Möglichkeit gegeben wird, sich gegen die Speicherung ihrer Daten zu wenden.
3. Eine Verordnungsermächtigung zur Regelung von Einzelheiten der zentralen Melde- und Informationsstelle fehlt.

#### **VI. Beurteilung der Zuverlässigkeit**

Intention des Gesetzentwurfes ist es, Kriterien für die Prüfung der im Vergabeverfahren zu beurteilenden „Zuverlässigkeit“ von Bewerbern und Bietern zur Verfügung zu stellen. Der Begriff der „Zuverlässigkeit“ knüpft an den entsprechenden Begriff des Gewerberechts an und hat insoweit in Rechtsprechung und Literatur eine präzise Ausprägung erfahren. Die in § 3 des Gesetzentwurfs vorgegebenen Kriterien weichen teilweise von der gewerberechtlichen Bestimmung des Zuverlässigkeitsbegriffs ab. Dies betrifft sowohl die inhaltlichen Kriterien

(insbesondere: Tariftreue) als auch den Maßstab zur Beurteilung der Zuverlässigkeit, für die eine Prognoseentscheidung erforderlich ist.

### **VII. Einführung vergabefremder Kriterien als Voraussetzung einer Vergabeentscheidung**

Formal knüpft § 1 Abs. 1 an die von § 97 Abs. 4 GWB vorgegebenen persönlichen Kriterien für die Auftragserteilung an. Durch die im Wege der Modifizierung des Zuverlässigkeitsbegriffs mit Hilfe von „schweren Verfehlungen“ werden mittelbar zusätzliche, rechtlich bedenkliche Kriterien für die Auftragsvergabe eingeführt. Insbesondere die geplante Bindung an die Tariftreue von Bewerbern und Bieter stellt als arbeitsmarktpolitische Erwägung ein „vergabefremdes Kriterium“ dar, gegen das erhebliche gemeinschaftsrechtliche, verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Bedenken bestehen.

### **VIII. Datenschutzrechtliche Erwägungen**

Die Erhebung, Speicherung, Verarbeitung und Weitergabe von Daten muß sich am Grundrecht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) messen lassen. Die Anforderungen an informations- und datenschutzrechtliche Bestimmungen steigen, je sensibler die von staatlichen Stellen gespeicherten Daten sind. Die hier vorgeschlagenen Regelungen, die überdies zum Teil besonders sensible Daten von Bewerbern und Bieter erfassen, genügen den vom Bundesverfassungsgericht im sog. Volkszählungs-Urteil (BVerfGE 65, 1 ff.) aufgestellten Anforderungen nicht. Hinreichende Regelungen über die Sammlung, Verarbeitung und Weitergabe von Daten fehlen ebenso wie die Rechte des Betroffenen auf Auskunft bezüglich der über ihn gespeicherten Daten.

### **IX. Fazit und rechtspolitische Anregungen**

1. Der Gesetzentwurf ist in weiten Teilen verfassungswidrig oder sonst rechtswidrig. Läßt man diese Regelungen beiseite, so bleibt lediglich ein Torso übrig, dessen Sinnhaftigkeit zu bezweifeln ist. Insgesamt kann nur empfohlen werden, von dem Gesetzesvorhaben Abstand zu nehmen.
2. Zusätzlich zu den vorgetragenen rechtlichen Bedenken ist darauf hinzuweisen, daß das Ziel eines Bürokratieabbaus konterkariert wird und die geplanten Verfahrenerschwerungen (unter Einschluß des Tariftreuegesetzes) zu einer Verteuerung der Aufträge und zu einer Erhöhung der Verwaltungskosten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge führen werden. Dies wird zu einem weiteren Rückgang der Investitionstätigkeit führen. Dies bedeutet angesichts der ohnehin dramatisch zurückgegangenen kommunalen Investitionen einen weiteren, gesetzgeberisch

veranlaßten Investitionsrückgang. Noch nicht berücksichtigt sind die rechtlichen Risiken, die in finanzielle Risiken münden können. Anzuführen ist hier eine mögliche Schadensersatzverpflichtung gem. § 126 GWB oder gar eine Staatshaftung wegen zunehmend fehlerhafter Vergabeentscheidungen.

3. Das ohnehin nur noch für Spezialisten zu durchschauende Vergabeverfahren würde bei der Realisierung des Gesetzentwurfes unnötig weiter verkompliziert.

4. Das ursprüngliche Ziel, Korruption zu bekämpfen sowie kriminelle (und *deshalb* unzuverlässige) Anbieter von öffentlichen Vergabeverfahren fernzuhalten, verdient zweifelsohne Sympathie. Das unterstützenswerte Ziel der Korruptionsbekämpfung läßt sich aber wohl nur durch bessere Kontrollmechanismen in den Kommunen, beim Land und beim Bund umsetzen. Die erforderlichen Daten für die Bestimmung der Zuverlässigkeit der Bieter lassen sich durch eine *Nutzung des Gewerbezentralregisters* und des *Bundeszentralregisters* erhalten. Sechzehn weitere Landesregister, die gegebenenfalls alle zu befragen wären, stellen keine sinnvolle Ergänzung der bisherigen Datenerhebung dar; sie sind schlicht überflüssig.

5. Anstatt das *Vergabeverfahren* noch mehr zu verkomplizieren, wäre eine landespolitische Initiative zur Harmonisierung des *Vergaberechts* wünschenswert. Ein einheitliches, transparentes Vergaberecht ohne Differenzierung der Rechtsmaßstäbe durch Schwellenwerte sowie eine effektive (auch gerichtliche) Kontrolle der Anforderungen dürfte erheblich mehr zu den angestrebten Zielen beitragen als der vorliegende Gesetzentwurf.