

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 16/2056**

WEISSLEDER & EWER
Notar • Rechtsanwälte

Mitglieder des
Finanzausschusses
Wirtschaftsausschusses
Innen- und Rechtsausschusses

des Schleswig-Holsteinischen Landtags

24. Mai 2007

Betrifft:
Rechtswissenschaftliche Expertise
zur Frage der Gesetzgebungskompetenz des Landes für die Aufnahme des von
der Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein vorgeschlagenen
Absatzes 3 zu § 7 des Entwurfes eines Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich
Privater Partnerschaften (ÖPP-Gesetz)

WEISSLEDER & EWER

Notar • Rechtsanwälte

Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder
Notar • Rechtsanwalt • Fachanwalt für Arbeitsrecht

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Rechtsanwalt • Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Angelika Leppin
Rechtsanwältin • Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Dr. Marcus Arndt
Rechtsanwalt • Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt • Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Erika Röschmann
Rechtsanwältin

Dr. Gyde Otto
Rechtsanwältin

24103 Kiel • Walkerdamm 4 - 6
Telefon (0431) 9 74 36-0
Telefax (0431) 9 74 36-36
Internet: www.weissleder-ewer.de
E-Mail: kanzlei@weissleder-ewer.de

Rechtswissenschaftliche Expertise

zur Frage der Gesetzgebungskompetenz des Landes für die Aufnahme des von der Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein vorgeschlagenen Absatzes 3 zu § 7 des Entwurfes eines Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP-Gesetz)

erstattet von

Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Walkerdamm 4-6, 24103 Kiel

im Auftrag der

Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein
Düsternbrooker Weg 71, 24105 Kiel

Inhaltsverzeichnis

A. Zum zugrunde liegenden Sachverhalt	1
B. Zur Gesetzgebungskompetenz des Landes	3
I. Kompetenz des Landes zum Erlass des Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften	4
II. Betroffenheit des bürgerlichen Rechts i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG	7
1. Konkretisierung des Begriffs der Zuverlässigkeit i. S. d. § 7 Abs. 1 des Entwurfs	9
2. Kein bürgerlich-rechtlicher Regelungsgehalt der vorgeschlagenen Ergänzung zu § 7 ÖPP-Gesetz	14
III. Unbeachtlichkeit eventueller faktischer Folgewirkungen auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts	16
C. Ergebnis	19

A. Zum zugrunde liegenden Sachverhalt

Im Koalitionsvertrag für die 16. Legislaturperiode des Landtages haben sich die Koalitionsparteien darauf verständigt,

- die Zusammenarbeit der öffentlichen Verwaltungsträger mit Privaten zu intensivieren,
- die für diese Kooperation vorhandenen rechtlichen Rahmenbedingungen zu verbessern und bestehende Hindernisse zu beseitigen,

um auf diese Weise

- die Voraussetzungen für ein stärkeres wirtschaftliches Wachstum zu schaffen.

Hierzu ist unter Federführung des Finanzministeriums der Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften erarbeitet und dem Landtag vorgelegt worden (LT-Drs. 16-935).

Der darin enthaltene § 7 lautet:

„§ 7 Auswahl des Vertragspartners

- (1) Verträge nach § 2 Abs. 1 dürfen nur mit Privaten geschlossen werden, die die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.

- (2) Unbeschadet der Anforderungen nach anderen Rechtsvorschriften dürfen Verträge nur unter Beachtung der Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz staatlichen Handelns geschlossen werden.“

Die Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein (AIK) hat in ihrer Stellungnahme zum Gesetzentwurf vorgeschlagen, § 7 um einen Abs. 3 folgenden Inhalts zu ergänzen:

„Bedienen sich Private in Bewerbungs- oder Ausschreibungsverfahren, die das Ziel der vertraglichen Zusammenarbeit nach § 3 Nrn. 1, 2 und 3 dieses Gesetzes haben, freiberuflicher Dienstleister zur Erbringung planerischer Leistungen, ist entsprechend § 15 Abs. 2 Satz 1 VOF eine angemessene Vergütung vorzusehen. Sie ist vom Privaten in seinen Bewerbungsunterlagen zu benennen.“

Der Wissenschaftliche Dienst des Landtages und das Finanzministerium haben sich gegen eine Aufnahme dieses Absatzes 3 in den Gesetzentwurf ausgesprochen und dies im wesentlichen mit kompetenzrechtlichen Bedenken begründet. Insoweit machen sie geltend, dass der Bund abschließend von der ihm gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zustehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das bürgerliche Recht Gebrauch gemacht habe. Der von dem Vorschlag der AIK erfasste Regelungsbereich sei diesem zuzurechnen. Eine solche Regelung greife in ausschließlich zwischen Privaten entstehende bzw. bestehende Rechtsbeziehungen ein, indem sie pri-

vate Unternehmer, die in Bewerbungs- oder Ausschreibungsverfahren planerische Leistungen von freiberuflichen Architekten oder Ingenieuren erhalten, gesetzlich zur Zahlung einer angemessenen Vergütung verpflichtet wolle. Es würde eine gesetzliche Festschreibung von Vergütungsansprüchen stattfinden, die bislang allein der Privatautonomie vorbehalten seien. Hiervon sei der Bereich des in den §§ 631 ff. BGB abschließend geregelten Werkvertragsrechts betroffen, insbesondere die durch § 632 BGB normierte Vergütungspflicht.

Aus diesem Grunde sahen der Wissenschaftliche Dienst des Landtages sowie das Finanzministerium die Gesetzgebungskompetenz des Landes als durch Art. 72 Abs. 1 i. V. m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gesperrt an.

B. Zur Gesetzgebungskompetenz des Landes

Ich halte den Ansatz des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages und des Finanzministeriums, wonach es dem Landesgesetzgeber aus Kompetenzgründen verwehrt ist, das Vertragsverhältnis zwischen Investoren auf der einen Seite und freiberuflich tätigen Architekten oder Ingenieuren auf der anderen gesetzlich näher auszugestalten, für richtig. Gleichwohl teile ich die kompetenzrechtlichen Bedenken im Ergebnis nicht,

- ▶ da die von der AIK vorgeschlagene Regelung – was bislang möglicherweise durch die Kammer nicht hinreichend deutlich gemacht worden ist –
 - gerade nicht auf eine Ausgestaltung derartiger Vertragsverhältnisse zwischen Privaten

sondern

 - auf die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem Träger öffentlicher Verwaltung und seinem privaten Partner im Rahmen von öffentlich-privaten Partnerschaften

abzielt, indem sie die Anforderungen an die in § 7 Abs. 1 des Gesetzentwurfs geforderte Zuverlässigkeit dieses privaten Partners näher konkretisiert,

- ▶ da für die Ausgestaltung des letzteren Rechtsverhältnisses eine Gesetzgebungszuständigkeit des Landes auch nach Auffassung des Gesetzgebers unzweifelhaft gegeben ist, zumal anderenfalls für das Gesetzgebungsvorhaben als solches insgesamt kompetenzrechtlich kein Raum wäre,

und

- ▶ da möglichen – mittelbaren – Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen dem privaten Partner des Trägers öffentlicher Verwaltung auf der einen Seite und Auftragnehmern dieses privaten Partners auf der anderen nur eine Reflexwirkung zukommt, die kompetenzrechtlich ohne Relevanz ist.

Im Einzelnen:

I. Kompetenz des Landes zum Erlass des Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften

Zunächst ist festzuhalten, dass das Land insgesamt die Gesetzgebungskompetenz für das Gesetz zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften besitzt.

Dies folgt zum einen daraus, dass sich aus Art. 73 und 74 GG keine ausdrückliche entgegenstehende ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Regelung Öffentlich Privater Partnerschaften ergibt. Zum anderen ergibt sich eine Landeskompentenz auf diesem Bereich aus der Systematik des Art. 30 GG sowie der Art. 84 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 1 GG.

Gemäß Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG regeln die Länder, wenn sie Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten ausführen, die Errichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren. Gemäß Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG bleibt die Errichtung der Behörden grundsätzlich auch im Bereich der Bundesauftragsverwaltung Sache der Länder. Lediglich

in den in Art. 87 GG genannten Ausnahmefällen bundeseigener Verwaltung steht den Ländern diese Befugnis nicht zu.

Der Zusammenhang dieser Normen verdeutlicht, dass nach dem grundgesetzlichen System die Errichtung von Behörden und die Regelung des Verwaltungsverfahrens grundsätzlich Aufgabe der Länder ist. Dies gilt naturgemäß für die Ausführung von Landesgesetzen aber auch für die meisten Fälle der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder.

Hieraus folgt, dass es den Ländern weitgehend zur eigenen Entscheidung überlassen ist, in welcher Form sie ihnen obliegende Verwaltungsaufgaben erfüllen und hierfür im Bereich der Bundesauftragsverwaltung eine primäre Landeskompetenz besteht. Im Bereich der Landeseigenverwaltung i. S. d. Art. 84 GG steht den Ländern darüber hinaus die gesamte Organisationskompetenz zu, die sie zur verwaltungsmäßigen Ausführung der Bundesgesetze brauchen,

vgl. Lerche in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. V, 48. EL, München, Stand: November 2006, Art. 84 Rn. 13, Art. 85 Rn. 31.

Die Ausgestaltungsbefugnis der Länder hinsichtlich des Verwaltungsverfahrens – sowohl im Bereich der Ausführung von Landesgesetzen als auch bei der Ausführung von Bundesgesetzen – ist mithin eine weite und umfassende. Jede andere Ansicht würde den durch Art. 30 GG vorgegeben Rahmen ignorieren, wonach die Ausübung staatlicher Befugnisse und die Erfüllung staatlicher Aufgaben grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Länder fällt.

Dies bedeutet, dass die Länder, sofern sie sich entschließen, hierbei im Rahmen Öffentlich Privater Partnerschaften mit Privaten zusammenzuarbeiten, auch die Möglichkeit haben, hierfür die nötigen gesetzlichen Rahmenbedingungen zu schaffen.

Dies begründet sich daraus, dass die beschriebene weite Ausgestaltungsbefugnis der Länder nach den Art. 30, 84 Abs. 1 und 85 Abs. 1 GG ihrerseits gebietet, die darin genannten Begriffe des Verwaltungsverfahrens und der Errichtung von Behörden weit zu verstehen. Den Ländern kommt hierbei großer Eigenspielraum zu,

vgl. Lerche in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. V, 48. EL, München, Stand: November 2006, Art. 83 Rn. 4 ff., 84 Rn. 23.

Die Regelung von Verwaltungsverfahren sowie die Errichtung von Behörden zur Gesetzesausführung durch die Länder kann mithin nach der Systematik des Grundgesetzes nicht nur in der Weise geschehen, dass die Länder ausschließlich den Einsatz staatlicher Stellen und Mittel vorsehen. Sofern sie sich zulässigerweise dazu entschließen, eine Öffentlich Private Partnerschaft mit einem Privaten einzugehen, um auf diese Weise die Erfüllung öffentlicher Aufgaben sicherzustellen, kann nach dem gebotenen weiten Begriffsverständnis auch hierin eine Regelung eines Verwaltungsverfahrens gesehen werden, nämlich des Verfahrens zur Zusammenarbeit im Rahmen Öffentlich Privater Partnerschaften, um auf diese Weise die Erfüllung solcher Aufgaben auch durch Private sicherzustellen und für beide Seiten verbindliche rechtliche Regelungen zu treffen.

Nach der durch das Grundgesetz vorgegebenen Systematik der Zuständigkeiten und Kompetenzen des Bundes und der Länder besitzt das Land mithin die Kompetenz, das Gesetz zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften zu erlassen, da

- dem Bund hierfür keine ausdrückliche Kompetenz durch die Art. 73 und 74 GG zugewiesen ist,
- es sich hierbei um eine Zulässige gesetzliche Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen eines Verwaltungsverfahrens handelt

und das Gesetz daher

- in den Bereich der grundgesetzlichen Zuständigkeitsvermutung für die Länder fällt.

II. Betroffenheit des bürgerlichen Rechts i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG

Die Kompetenz des Landes zum Erlass des ÖPP-Gesetzes erstreckt sich dabei auch auf den vorgeschlagenen § 7 Abs. 3. Auch speziell für dessen Regelungsgehalt entfalten die grundgesetzlichen Kompetenzbestimmungen, insbesondere Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, keine Sperrwirkung.

Durch eine Aufnahme des vorgeschlagenen § 7 Abs. 3 in das ÖPP-Gesetz würde der durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes zugeordnete Bereich des bürgerlichen Rechts nicht in einer Weise betroffen, der in unzulässiger Weise die Gesetzgebungskompetenz des Bundes beeinträchtigen würde.

Nach der allgemein anerkannten Definition, wie sie sich beispielsweise in der Kommentierung von

Maunz in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. V, 48. EL, München, Stand: November 2006, Art. 74 Rn. 54,

findet, umfasst das bürgerliche Recht i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG diejenigen Normen,

„[...] welche die den Personen als Privatpersonen zukommende rechtliche Stellung und die Verhältnisse, in welchen die Personen als Privatpersonen untereinander stehen, zu regeln bestimmt sind.“

Es geht im Regelungsbereich des bürgerlichen Rechts nach dem

Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom
10.03.1976 – 1 BvR 355/67 –, BVerfGE 42, 20, 31,

mithin vor allem um die

„Ordnung der Individualrechtsverhältnisse“.

Zum bürgerlichen Recht zählen dabei zweifellos die §§ 631 ff. BGB. Daher ist dem Wissenschaftlichen Dienst des Landtags und dem Finanzministerium insoweit zuzustimmen, als die Regelung des bürgerlichen Rechts in diesem Sinne so umfassend ist, dass für ergänzende landesrechtliche Regelungen im Bereich des Werkvertragsrechts kaum Raum bleibt und die dem Bund zugewiesene konkurrierende Gesetzgebungskompetenz sehr umfassend ist.

Jedoch steht Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG einer Gesetzgebungskompetenz des Landes hier nicht entgegen, da der durch den vorgeschlagenen § 7 Abs. 3 eines ÖPP-Gesetzes erfasste Regelungsbereich nicht im Sinne der genannten Definition dem bürgerlichen Recht zuzuordnen ist.

Insoweit ist festzuhalten, dass die Abgrenzung zwischen bürgerlichem Recht und öffentlichem Recht mitunter nur unter großen Schwierigkeiten vorgenommen werden kann. Diesbezüglich ist zu verweisen auf die Kommentierung von

Maunz in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. V, 48. EL, München, Stand: November 2006, Art. 74 Rn. 58.

Dabei gilt, dass abgesehen von Ausnahmefällen, in denen das bürgerliche Recht kraft Herkommens auch aus heutiger Sicht öffentlich-rechtliche Bereiche betreffen kann, sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG nicht auf öffentlich-rechtliche Regelungen bezieht.

Um eine solche handelt es sich primär jedoch bei dem von der AIK vorgeschlagenen Absatz 3 zu § 7 des Entwurfs eines ÖPP-Gesetzes.

1. Konkretisierung des Begriffs der Zuverlässigkeit i. S. d. § 7 Abs. 1 des Entwurfs

§ 7 Abs. 3 ÖPP-Gesetz soll keinen eigenen Regelungsbereich bürgerlich-rechtlicher Natur haben. Vielmehr hat er lediglich eine deklaratorisch-definierende Funktion für den Begriff der Zuverlässigkeit nach § 7 Abs. 1 des Entwurfs.

Die Auswahlentscheidung des Verwaltungsträgers hinsichtlich seines Vertragspartners für ein ÖPP-Projekt gemäß § 7 Abs. 1 des Entwurfs ist dem öffentlichen Recht zuzurechnen, da dieser gerade sicherstellen soll, die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in die Hand eines zuverlässigen Privaten zu legen. Dies erkennt die

Begründung der Landesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften, LT-Drs. 16/935, S. 3,

ausdrücklich an, indem sie formuliert:

„Die Träger der öffentlichen Verwaltung können die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben darauf überprüfen, ob sie verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können. Damit verbunden ist die Option, in geeigneten Fällen Privaten die Möglichkeit zur Darlegung zu geben, ob und inwieweit sie die von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können.“

Dabei ist der Begriff der in § 7 Abs. 1 des Entwurfs genannten Zuverlässigkeit im Gesetz nicht weiter definiert. Die Aufgabe einer solche Definition soll der vorgeschlagene § 7 Abs. 3 ÖPP-Gesetz mit übernehmen. Er steht damit in einem notwendigen Sachzusammenhang zu § 7 Abs. 1 des Entwurfs und kann seine Definitionsfunktion im Sinne der Intention des Landesgesetzgebers erfüllen.

Als Zuverlässigkeit im Sinne des § 7 Abs. 1 definiert die

Begründung der Landesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften, LT-Drs. 16/935, S. 33,

einen Bewerber,

„[...] wenn er in seiner Person und in seinem allgemeinen Verhalten im Geschäftsverkehr die Gewähr dafür bietet, in der notwendigen sorgfältigen Weise die verlangte Leistung zu erbringen. Zur Zuverlässigkeit gehört beispielsweise die Pünktlichkeit in der Aufnahme und der Durchführung vertraglich geschuldeter Leistungen, die Einhaltung des zu beachtenden (technischen) Regelwerks sowie öffentlich-rechtlicher Vorschriften, etwa das Verbot der Beschäftigung illegaler Arbeitskräfte.“

(Hervorhebungen durch den Unterzeichner)

Damit nimmt der Gesetzgeber eine erste Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Zuverlässigkeit vor. Zuverlässig sind seiner Ansicht nach nur Private, die

- das zu beachtende Regelwerk einhalten,

was nicht ausschließt, dass

- weitere Kriterien zur Bestimmung der Zuverlässigkeit eines Privaten herangezogen werden können,

was die Gesetzesbegründung durch die Verwendung des Wortes „beispielsweise“ selbst ausdrücklich festlegt.

Diese Kriterien formt der vorgeschlagene § 7 Abs. 3 weiter im Sinne des Gesetzentwurfs aus.

Durch den Verweis auf die Einhaltung nicht nur technischer Regelwerke und öffentlich-rechtlicher Vorschriften macht die Gesetzesbegründung deutlich, dass Private, die sich an Bewerbungs- und Auswahlverfahren nach dem ÖPP-Gesetz beteiligen, nur zuverlässig sind, wenn sie sich regelkonform, mithin gesetzestreu verhalten. Auf Seite 32 der Gesetzesbegründung wird diesbezüglich ausdrücklich Bezug auf die Regelungen der VOB/A genommen und damit klargestellt, dass auch die Verdingungsregelungen im Zusammenhang mit den persönlichen Anforderungen an den privaten Bewerber und seine Zuverlässigkeit zu sehen sind. Wörtlich heißt es dort:

„§ 7 Abs. 1 stellt Mindestanforderungen an die Auswahl des Vertragspartners des Trägers der öffentlichen Verwaltung. Verträge nach § 2 Abs. 1 dürfen danach nur mit Privaten geschlossen werden, die die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Damit werden mit gleichem Begriffsinhalt aus den Verdingungsordnungen bekannte persönliche Anforderungen übernommen (vgl. § 2 Nr. 1 VOB/A).“

(Hervorhebung durch den Unterzeichner)

Das federführende Ministerium geht mithin selbst davon aus, dass der Begriff der persönlichen Zuverlässigkeit sich auch über die Einhaltung der Verdingungsordnungen definiert. Insofern liegt es nahe, diesbezüglich nicht nur die von der Gesetzesbegründung ausdrückliche genannte VOB/A zu betrachten. Ebenso wichtig zur Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit eines Privaten i. S. d. § 7 Abs. 1 ÖPP-Gesetz muss die im Zusammenhang mit der Planung der entsprechenden Vorhaben relevante VOF sein. Zumindest ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Einhaltung der VOB/A ein Zuverlässigkeitskriterium darstellen soll, die Einhaltung der VOF jedoch nicht.

Es ist daher davon auszugehen, dass auch die Regelungen der VOF zu den von einem zuverlässigen Privaten einzuhaltenden Regeln gehören, der sich an einem Bewerbungs- und Auswahlverfahren nach dem ÖPP-Gesetz beteiligt.

Genau dies fordert der von der AIK vorgeschlagene § 7 Abs. 3 ausdrücklich. Er wäre daher schon aus diesem Grunde als Teil einer Legaldefinition des Begriffs der Zuverlässigkeit von der Gesetzgebungskompetenz des Landes umfasst. Dies würde – wie die zitierten Passagen der Gesetzesbegründung zeigen – auch ausdrücklich der Gesetzesintention entsprechen.

Darüber hinaus setzt die Zuverlässigkeit eines Privaten, der sich an einem Bewerbungs- und Auswahlverfahren nach dem geplanten ÖPP-Gesetz beteiligt, auch voraus, dass er die gesetzlichen Vorgaben, die sich aus dem Verbot der Unterschreitung der Mindestsätze gem. § 4 HOAI ergeben, einhält.

Schließlich erfordert diese Zuverlässigkeit, dass der Private eine seriöse und in jeder Beziehung qualitätvolle Planung mit seiner Bewerbung garantieren kann. Nur dann ist es ihm auch möglich, die von ihm für ein Projekt im Sinne des Gesetzes übernommene Verantwortung sicher zu tragen und seinen Verpflichtungen hieraus mit der für den Träger öffentlicher Verwaltung nötigen Sicherheit nachzukommen.

Eine solche seriöse Planung kann der Private jedoch nur gewährleisten, wenn die wirtschaftlichen Bedürfnisse des die eigentliche Planungsleistung Erbringenden – beispielsweise eines Architekten oder Planungsingenieurs – angemessen berücksichtigt werden und dieser nicht durch unbezahlte Vorleistungspflichten in wirtschaftliche Notlagen gebracht wird, so dass er seinerseits keine qualitativ hochwertige Planung mehr gewährleisten könnte. Private Bewerber, die versuchen, die betroffenen freiberuflichen Planer zu kostenlosen Planungen oder zu Planungen zu Dumpingpreisen zu bewegen, lassen dagegen erkennen, dass sie keine seriöse und für den Träger öffentlicher Verwaltung verlässliche Planung anbieten können und dies auch nicht wollen. Vielmehr verdeutlichen sie mit einem solchen Verhalten, dass ihr einziges Interesse

darin besteht, den Auftrag nicht zum günstigsten, sondern im eigentlichen Sinne „billigsten“ Preis zu bekommen.

In diesem Kontext ist festzuhalten,

- dass der Zweck des § 4 Abs. 2 HOAI ist ausweislich der Gesetzesmaterialien zu der gleichlautenden Norm des § 2 Abs. 3 Nr. 1 GIA die Vermeidung eines ruinösen Preiswettbewerbs zwischen Architekten, der die Qualität der Planungstätigkeit gefährden würde,

vgl. BT-Drucks 10/543 <neu>, S. 4; BT-Drucks 10/1562, S. 5; Plenarprotokoll des 10. Deutschen Bundestages vom 21. September 1984, S. 6286 ff.,

und

- dass diese Funktion des Verbots der Unterschreitung der Mindesthonorarsätze vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich als durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigte und damit verfassungsrechtlich zulässige Berufsausübungsregelung bewertet worden ist,

Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 26.09.2005
- 1 BvR 82/03 -, NJW 2006, 495 f.

Auf diesem Hintergrund kann es nicht zweifelhaft sein, dass die von der AIK vorgeschlagene Regelung eines Abs. 3 zu § 7 ÖPP-Gesetz geeignet und verfassungsrechtlich zulässig ist, um die maßgeblichen Anforderungen an die Zuverlässigkeit des privaten Partners des Trägers öffentlicher Verwaltung zu konkretisieren.

2. Kein bürgerlich-rechtlicher Regelungsgehalt der vorgeschlagenen Ergänzung zu § 7 ÖPP-Gesetz

Über diese Funktion hinaus kommt dem vorgeschlagenen § 7 Abs. 3 ÖPP-Gesetz aber kein eigenständiger Regelungsgehalt – insbesondere kein solcher im Sinne einer Begründung, Aufhebung oder Änderung gesetzlicher Rechten oder Pflichten im Verhältnis zwischen privaten Auftraggebern und von ihnen beauftragten Architekten oder Ingenieuren - zu.

Zum einen nämlich ergibt sich die Pflicht zur Einhaltung des Vorgaben des einschlägigen Preisrechts schon aus § 4 HOAI selbst. Zum anderen bleibt es einem Privaten, der sich an einem Bewerbungs- und Auswahlverfahren nach dem ÖPP-Gesetz beteiligen will, freigestellt, ob er die Planungsleistung eines freiberuflich tätigen Architekten oder Ingenieurs in Anspruch nehmen will. Weiterhin bleibt ihm die Beteiligung an einem Bewerbungs- und Auswahlverfahren nach dem ÖPP-Gesetz selbst freigestellt. Ihm werden daher keinerlei Kontrahierungszwänge auferlegt, die seine werkvertragliche Privatautonomie beschränken.

Mithin wird mit der vorgeschlagenen Ergänzung von § 7 ÖPP-Gesetz aber eine Ausgestaltung des vertraglichen Verhältnisses zwischen Privaten – nämlich dem privaten Partner des Trägers öffentlicher Verwaltung und von diesem beauftragten Architekten oder Ingenieuren – weder intendiert noch objektiv bewirkt. Vielmehr beschränkt sich die vorgeschlagene Regelung final wie von ihrem objektiven Regelungsgehalt her darauf, eine Anforderung an das Vorhandensein und den Nachweis der Zuverlässigkeit des Privaten zu konkretisieren, die ihrerseits Voraussetzung für eine ÖPP ist.

Dass es sich hierbei um keine Besonderheit handelt, wird exemplarisch an § 3 und § 6 Abs. 2 des Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Tariftrueugesetz) vom 07.03.2003, GVOBl. 2003, S. 136 deutlich. Nach der ersteren Vorschrift dürfen öffentliche Bauaufträge und öffentliche Aufträge im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs und der öffentlichen Abfallentsorgung nur an Unternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und

Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens die am Ort der Leistungserbringung geltenden Lohn- und Gehaltstarife zu zahlen, und dies auch von ihren Nachunternehmern verlangen. Gleiches gilt für öffentliche Aufträge nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3. Nach § 6 Abs. ist der Unternehmer ist verpflichtet, dem öffentlichen Auftraggeber die Einhaltung der Verpflichtung nach § 3 auf dessen Verlangen jederzeit nachzuweisen.

Auch insoweit handelt es sich – unstrittig - nicht um eine Regelung auf dem Gebiet des Zivilrechts bzw. Arbeitsrechts, welche das Verhältnis zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern betrifft und für deren Erlass eine Kompetenz des Landesgesetzgebers ersichtlich nicht bestünde. Vielmehr geht es auch hier darum, dass die für die Erteilung eines öffentlichen Auftrags notwendige Feststellung der erforderlichen Zuverlässigkeit davon abhängig gemacht wird,

- dass der Leistungserbringer die aufgrund anderweitiger normativer Regelungen (nämlich solcher aus dem Tarifvertragsgesetz und den einschlägigen Tarifverträgen) bestehenden Pflichten zu einer tarifgemäßen Entlohnung einhält,

und

- dass er diese Einhaltung nachweist.

Angesichts dessen kann aber nichts anderes gelten, wenn die Feststellung der für eine Beauftragung im Rahmen einer ÖPP erforderlichen noch spezifischeren Zuverlässigkeit davon abhängig gemacht wird, dass der Private

- die ihm gegenüber von ihm beauftragten Architekten und Ingenieuren obliegenden gesetzlichen Pflicht zur Zahlung der vorgeschriebenen Vergütung erfüllt,

und

- den Nachweis der Erfüllung dieser Pflicht erbringt.

Im einen wie im anderen Fall ist Gegenstand der jeweiligen Regelung

- nicht das Verhältnis zwischen dem vom Träger öffentlicher Verwaltung beauftragten Privaten und dessen Vertragspartnern (Arbeitnehmern bzw. Architekten und Ingenieuren)

sondern

- die Rechtsbeziehung zwischen dem Privaten und dem öffentlichen Auftraggeber bzw. Träger öffentlicher Verwaltung im Rahmen einer ÖPP.

Da der vorgeschlagene § 7 Abs. 3 ÖPP-Gesetz mithin eine Regelung bürgerlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse weder beabsichtigt noch objektiv bewirkt, steht seinem Erlass durch den Landesgesetzgeber nicht entgegen, dass der Bundes von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG bereits abschließend Gebrauch gemacht hat.

III. Unbeachtlichkeit eventueller faktischer Folgewirkungen auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts

Würde man davon ausgehen, dass der Erlass der vorgesehenen Regelung ungeachtet ihres dargestellten Zwecks im Ergebnis zu einer verstärkten Einhaltung der das Verhältnis von Architekten und Ingenieuren sowie ihren Auftraggebern bestehenden Vergütungspflichten führt, so könnte auch im Hinblick auf diese faktische Folgewirkung nicht davon ausgegangen werden, dass es sich insoweit um eine Regelung auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts handelt.

Ausgangspunkt ist insoweit die Überlegung, dass nach den Grundsätzen aus dem

Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 16.03.2004
– 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141, 173,

und dem

Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom
10.02.2004 – 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02 –, BVerfGE 109, 190, 229,

sowie insbesondere der

Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom
29.04.1958 – 2 BvO 3/56 –, BVerfGE 8, 143,

„... für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz ... Normen, ... jeweils dem Sachbereich zuzurechnen (sind), zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen.“

(Hervorhebung durch den Unterzeichner)

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts erkennt damit ausdrücklich an, dass die Frage der Gesetzgebungskompetenz nach dem notwendigen Zusammenhang zwischen einer Norm und einem Regelungsbereich zu beurteilen ist, also danach, wo der Regelungsschwerpunkt der Norm liegt. Dass dieser vorliegend auf das Verhältnis zwischen dem privaten Partner und dem Träger öffentlicher Verwaltung abzielt, und dass sich die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers für die vorgeschlagene Konkretisierung der Zuverlässigkeitsanforderungen mithin als Annex der Befugnis zum Erlass des ÖPP-Gesetzes als solchem ergibt, unterliegt keinen Zweifeln.

Wie der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in der zitierten Entscheidung weiter ausführt, ist eine entsprechende Annex-Zuständigkeit aber auch dann gegeben, wenn eine Gesetzesvorschrift ungeachtet ihrer auf ein bestimmtes Rechtsgebiet abzielenden normativen Funktion Auswirkungen auf mehrere Regelungsbereiche hat.

Mithin würde der Eintritt entsprechender Folgewirkungen aber selbst dann, wenn man diese annehmen würde,

- weder die Annex-Kompetenz des Landesgesetzgebers zum Erlass des vorgeschlagenen § 7 Abs. 3 ÖPP-Gesetz in Frage stellen,

noch

- dazu führen, dass diese Regelung – auch – als eine solche auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu qualifizieren ist.

Wie schon zuvor ausgeführt müsste man bei anderer Sichtweise auch § 3 und § 6 Abs. 2 Tariftreuegesetz als Regelungen auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts bzw. Arbeitsrechts ansehen, für welche der Landesgesetzgeber keine Normsetzungskompetenz besäße.

Schließlich ist noch festzuhalten, dass die von der AIK vorgeschlagene Ergänzung von § 7 ÖPP-Gesetz auch kein Entstehen widersprüchlicher Regelungen befürchten ließe, welche nach dem

Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27.10.1998
– 1 BvR 2306/96, 1 BvR 2314/96, 1 BvR 1108/97, 1 BvR 1109/97, 1 BvR
1110/97 –, BVerfGE 98, 265, 301,

bei der Inanspruchnahme von Gesetzgebungskompetenzen durch verschiedene Gesetzgebungskörperschaften zu vermeiden sind.

Dies folgt aus dem bereits erörterten Umstand,

- dass § 7 Abs. 3 ÖPP-Gesetz nicht nur keine im Gegensatz zu bundesrechtlichen Vergütungspflichten stehenden Vergütungsregelungen statuieren

sondern

- dass die Bestimmung nicht einmal diese bundesrechtlichen Vergütungsvorschriften ergänzen, konkretisieren oder auch nur wiederholen würde,

sondern

- dass sie lediglich an diesen Vergütungsbestimmungen anknüpfen und deren Erfüllung sowie den Nachweis dieser Erfüllung neben anderen Anforderungen zur Voraussetzung dafür machen würde, dass im Verhältnis zwischen dem privaten Partner und dem Träger öffentlicher Verwaltung von der erforderlichen Zuverlässigkeit des Privaten ausgegangen werden kann.

C. Ergebnis

Der Gesetzgebungsbefugnis des Landesgesetzgebers steht keine Sperrwirkung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG entgegen,

- weil es sich bei der von der AIK vorgeschlagenen Bestimmung des § 7 Abs. 3 nicht um eine Regelung auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts handelt, da diese Vorschrift nicht das Rechtsverhältnis zwischen privaten Auftraggebern und von ihnen beauftragten Architekten und Ingenieuren gestaltet,

sondern

- weil die vorgeschlagene Vorschrift vielmehr bundesrechtlich begründete Verfügungspflichten unberührt lässt und lediglich deren Erfüllung sowie ihren Nachweis zur Voraussetzung dafür macht, dass – allein im Verhältnis zwischen dem privaten Partner und dem Träger öffentlicher Verwaltung – vom Vorliegen der erforderlichen Zuverlässigkeit des Privaten ausgegangen werden kann.

Gegen die Aufnahme des von der Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein vorgeschlagenen § 7 Abs. 3 in den Entwurf zum ÖPP-Gesetz bestehen daher im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz aus meiner Sicht keine Bedenken.

Kiel, den 24.05.2007

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Fachanwalt für Verwaltungsrecht