

**Schleswig-Holsteinischer Landtag**  
**Umdruck 16/2067**

**Der Präsident des  
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

**Wissenschaftlicher Dienst**

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den  
Vorsitzenden des Finanzausschusses  
Herrn Günter Neugebauer, MdL

im Hause

**Ihr Zeichen:  
Ihre Nachricht vom:**

**Mein Zeichen: L 201 161/16  
Meine Nachricht vom:**

**Bearbeiter/in:  
Prof. Dr. Johannes Caspar**

**Telefon (0431) 988-1103  
Telefax (0431) 988-1250  
johannes.caspar@landtag.ltsh.de**

**31. Mai 2007**

**Vorschlag der Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein zur Einfügung eines § 7 Abs. 3 im Gesetz zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften / Gutachten von Professor Dr. Ewer – Umdruck 16/2056 vom 24. Mai 2007**

Sehr geehrter Herr Neugebauer,

auf Ihre Anfrage vom 29. Mai 2007 betreffend den Vorschlag der Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein (AIK) zur Einfügung eines § 7 Abs. 3 ÖPP-Gesetz und das die Zulässigkeit einer derartigen Regelung begründende Rechtsgutachten von Herrn Prof. Dr. Ewer (Umdruck 16/2056) nehmen wir folgt Stellung:

**1. Zum bisherigen Verfahren**

Die Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein hat mit Schreiben vom 14. September 2006 vorgeschlagen, zu § 7 ÖPP-Gesetz folgenden Absatz 3 hinzuzufügen:

„Bedienen sich Private in Bewerbungs- oder Ausschreibungsverfahren, die das Ziel der vertraglichen Zusammenarbeit nach § 3 Nr. 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.“ (Umdruck 16/1203).

Die Architekten- und Ingenieurkammer hat ihren Entwurf mit der beruflichen Existenzsicherung der freischaffenden Architekten und beratenden Ingenieure als Angehörige des freiberuflichen Mittelstands begründet. Hierzu hat sie vorgeschlagen, den Rechtsgedanken des § 15 Abs. 2 VOF in das ÖPP-Gesetz einzubringen, um künftig den freiberuflichen Dienstleistern bei Beteiligung in Bewerbungs- und Ausschreibungsverfahren eine angemessene Vergütung zu sichern (Umdruck 16/1537, S. 2; mit Bezug auf eine Existenzsicherung ferner Umdruck 16/1700, S. 2).

Der Wissenschaftliche Dienst hat in seinem Gutachten vom 24. April 2007 mit Blick auf die darin liegende Einflussnahme auf private Rechtsbeziehungen kompetenzrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes in Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG geltend gemacht.

Das nunmehr von Prof. Dr. Ewer für die AIK erstellte Rechtsgutachten vom 24. Mai 2007 hält die kompetenzrechtlichen Bedenken des Wissenschaftlichen Dienstes im Grundsatz für richtig, bejaht jedoch aufgrund eines anderen Regelungsverständnisses eine landesgesetzliche Regelungskompetenz für die beantragte Rechtsänderung. Darin wird nunmehr vorgetragen, maßgeblich gehe es der Architekten- und Ingenieurkammer (AIK) nicht um einen Eingriff in das bürgerliche Recht und damit auch nicht um finanzielle Besserstellung des Berufstandes, sondern ausschließlich um eine Regelung im Verhältnis zwischen dem privaten Partner und dem Träger öffentlicher Verwaltung zur Absicherung des Vorliegens der **erforderlichen Zuverlässigkeit** von Privaten in Bewerbungs- und Ausschreibungsverfahren. Die Bestimmung solle sicherstellen, dass der Private, der sich an einem Bewerbungs- und Auswahlverfahren nach dem geplanten ÖPP-Gesetz beteiligt, eine seriöse und in jeder Beziehung qualitätvolle Planung mit seiner Bewerbung garantieren könne. Ausdrücklich heißt es im Gutachten:

„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, sodass 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 bewe-

gen, 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.“ (Rechtsgutachten Prof. Dr. Ewer, Umdruck 16/2056, S. 9; 12 f).

Sieht man nunmehr die im Verfahren bislang lediglich im Rahmen einer Hilfserwägung vorgetragene Sicherung der Zuverlässigkeit des privaten Bewerbers und nicht mehr eine über das Zivilrecht zu bewirkende Existenzsicherung des Berufsstands als **tragendes Motiv der Regelung** an (vgl. Umdruck 16/1537, 3 ) so sind aus dieser Perspektive die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit der vorgeschlagenen Regelung erneut zu überprüfen.

## **2. Formelle Verfassungsmäßigkeit einer Regelung zur Konkretisierung der Zuverlässigkeit im Rahmen von Ausschreibungs- und Bewerbungsverfahren**

Die **Regelungskompetenz des Landes** betr. die Bestimmung in § 7 Abs. 1, wonach Verträge nach § 2 Abs. 1 ÖPP-Gesetz nur mit Privaten geschlossen werden dürfen, die die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen, wird vom Gutachten zutreffend herausgearbeitet. Danach haben die Länder, sofern sie sich entschließen, im Rahmen öffentlich-privater Partnerschaften mit Privaten zusammenzuarbeiten, auch die Möglichkeit, die nötigen gesetzlichen Rahmenbedingungen hierfür zu schaffen (Gutachten Prof. Dr. Ewer, Umdruck 16/2056, S. 4 ff).

Aus diesen Ausführungen kann jedoch nicht ohne Weiteres der Schluss gezogen werden, gleiches gelte nun auch für den auf der Basis des Rechtsgutachtens als Konkretisierung des Zuverlässigkeitsbegriffs zu verstehenden Regelungsvorschlag in § 7 Abs. 3. Denn anders als § 7 Abs. 1 trifft diese Bestimmung eine vom Vergaberecht des Bundes abweichende **Sonderregelung der Zuverlässigkeit bei der öffentlichen Vergabe von Aufträgen**.

Durch § 97 Abs. 4 GWB werden für die öffentlichen Auftraggeber bei Vergabeentscheidungen maßgeblichen **Eignungskriterien** für die Bewerber bundeseinheitlich festgelegt. Neben Fachkunde- und Leistungsfähigkeit ist dort das Kriterium der **Zuverlässigkeit** zu beachten.

Nach § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB hat der Bundesgesetzgeber jedoch eine Öffnungsklausel für „andere oder weitergehende Anforderungen“ des Bundes- oder Landesrechts getroffen. Diese betreffen zunächst die sog. **vergabefremden Kriterien**, d.h. Merkmale außerhalb der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, wie etwa das Kriterium der Tariftreue (vgl. Hailbronner, in: Byok-Jaeger [Hrsg.], Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., § 97, Rn. 248ff; ferner Boesen, Vergaberecht, § 97, Rn. 98). Darüber hinaus steht es den Ländern jedoch auch frei, von den in HS. 1 geregelten Eignungskriterien nach oben („weitergehende Anforderungen“) abzuweichen (Dreher, in: Immenga Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 97, Rn. 120).

Durch die Öffnungsklausel in § 97 Abs. 4 Halbsatz 2 GWB hat der Bund dokumentiert, dass er von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Recht der Wirtschaft) im Bereich der Vergabe von öffentlichen Aufträge **nicht** gem. Art. 72 Abs. 1 GG **abschließend Gebrauch** gemacht hat. Damit sind den Ländern weiterreichende Regelungsmöglichkeiten eingeräumt (allerdings zur Tariftreuregelung BVerfG NJW 2007, S. 51, 52).

Der Regelungsvorschlag der AIK stellt nun über das Bundesrecht hinausgehende Kriterien an die Zuverlässigkeit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Es liegt eine zulässige Verschärfung des Vergaberechts vor.

Damit ist eine Landeskompetenz für die vorgeschlagene Regelung in § 7 Abs. 3 gegeben .

## **2. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Im Hinblick auf die materielle Verfassungsmäßigkeit der Regelung ist deren Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen.

Die Regelung zur Sicherstellung der Zuverlässigkeit von Privaten in Bewerbungs- oder Ausschreibungsverfahren mit dem Ziel der vertraglichen Zusammenarbeit nach § 3 Nr. 1, 2 und 3 des ÖPP-Gesetzes berührt den Schutzgehalt der Berufsfreiheit. Das Grundrecht der Berufsfreiheit sichert die Teilnahme am Wettbewerb nach Maßgabe der hierfür festgestellten Funktionsbedingungen (BVerfGE 105, 252, 265). Gegenüber dem Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit in Artikel 2 Abs. 1 GG um-

fasst der Schutzbereich des Art. 12 GG solche Regelungen der Vertragsfreiheit, die dem Bereich der beruflichen Betätigung als spezielle rechtliche Gewährleistungen zuzuordnen sind (vgl. BVerfGE 68, 193, 223; 23, 50, 55 f). Eine Regelung, die vorsieht, dass Private, die sich in Bewerbungs- oder Ausschreibungsverfahren freiberuflicher Dienstleister bedienen, diesen eine angemessene Vergütung zu zahlen haben, berührt die durch Artikel 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich (i.d.S. BVerfGE, NJW 2007, 51, 54).

Auch wenn die vorgeschlagene Regelung nicht unmittelbar an die sich auf ÖPP-Projekte bewerbenden Unternehmen gerichtet ist, sondern die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, liegt darin gleichwohl ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit. Insoweit handelt sich um eine mittelbare Beeinträchtigung, die für die davon betroffenen Unternehmen faktisch eine eingriffsgleiche Wirkung entfaltet (zum Eingriffsbegriff BVerfGE 105, 279, 300; ferner Bezug auf Tariftreueregelung, BVerfGE, NJW 2007, S. 52, 54).

Die vorgeschlagene Regelung muss daher den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen, also geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Für die Abwägung sind dabei folgende Erwägungen zu beachten:

Zunächst ist die Eignung des vorgesehenen Eingriffs zur Erreichung des damit verfolgten Zwecks festzustellen. Es erscheint indes problematisch, ob eine Berücksichtigung nur solcher Bieter, die eine angemessene Vergütung für die zu Planungsleistungen hinzugezogenen Dritten nachweisen können, tatsächlich ein höheres Zuverlässigkeitsniveau bei der Planung erreichen als Bewerber, die mit den herangezogenen Architekten und Bauingenieuren bewusst keine entsprechende Vergütungsabrede getroffen haben.

Ferner bleibt unter dem Aspekt der Erforderlichkeit zu prüfen, ob es in Vergabeverfahren nicht ausreicht, die Qualität der eingereichten Angebote durch die Vergabestellen - hier die Träger der öffentlichen Verwaltung nach dem ÖPP-Gesetz – eingehender zu überprüfen, so dass bereits deren Sachkunde letztlich die Ausscheidung von unzuverlässigen Bewerbern ermöglicht.

Die gesetzliche Einfügung der Vergütungspflicht als Konkretisierung des Zuverlässigkeitskriteriums setzt für eine Überprüfung der Eignung und Erforderlichkeit jedenfalls voraus, dass die bisherige **Praxis** der Vergabe öffentlicher Aufträge unter Einbeziehung von freiberuflichen Dienstleistern **ohne Vergütung** in der Vergangenheit zu Schwierigkeiten bei der Auftragsvergabe geführt hat, bzw. zumindest künftig zu solchen führen wird, die durch die neue Regelung beseitigt werden sollen. Denn nur wenn sich erweist, dass die mangelnde Vergütung von freiberuflichen Dienstleistern tatsächlich eine seriöse und qualitätvolle Planung (vgl. Gutachten S. 12) verhindert und damit auch eine Vergabe unter dem Aspekt der Zuverlässigkeit zumindest erschwert, ist die Eignung der Eingriffsregelung zu bejahen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass dem Gesetzgeber sowohl hinsichtlich der Einschätzung der sich aus der gegenwärtigen Situation ergebenden Problemlagen als auch für die Beurteilung der Eignung und der Erforderlichkeit des gewählten Mittels ein erheblicher **Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum** zusteht (insofern für den Anwendungsbereich von Berufsausübungsregelungen BVerfGE 77, 308, 322; 88, 203, 262). Der Gesetzgeber kann sich daher - sollte sich aus seiner Perspektive die Einschätzung der AIK bestätigen - deren Auffassung zu eigen machen.

Ohne Einschätzung des Gesetzgebers über die konkrete Annahme einer defizitären Praxis bei der Auftragsvergabe lässt sich der für eine Abwägung im Rahmen einer Angemessenheitsprüfung notwendige **Grad der Gemeinwohlrelevanz** der vorgeschlagenen Regelung nicht näher bestimmen. Insoweit muss vorliegend offen bleiben, ob die Regelung, die Unternehmen, die keine angemessene Vergütung für die hinzugezogenen freiberuflichen Dienstleister zahlen, von der Auftragsvergabe für ÖPP-Projekte auszuschließen, angemessen ist.

Die faktischen Zwänge zur vergütungsfreien Erbringung von Planungsleistungen mögen aus berufsständischer Perspektive freiberuflicher Dienstleister zu beklagen sein. Ob die gesetzliche Fiktion einer **Unzuverlässigkeit** der im Wettbewerb durchaus marktrational handelnden Bewerber um ÖPP-Projekte eine **rechtlich tragfähige Lösung** darstellt, die letztlich auch der betroffenen Berufsgruppen zugute kommt, erscheint eher fraglich.

Anders als im Bereich der Tariftreue haben die rechtfertigenden Gründe, die den Gesetzgeber vorliegend zum Eingriff in die Berufsfreiheit veranlassen würden, ein **deut-**

**lich geringeres Gewicht.** Geht es bei der Tariftreue um die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung (BVerfGE, NJW 2007, 53, 55), so ist hier das tatsächliche Vorliegen des Gemeinwohlaspekts der Regelung mit der **nunmehr** von der AIK **verfolgten Zielrichtung** weitgehend von den tatsächlichen Annahmen und dem Prognose- und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers abhängig.

Insbesondere kommt die **Existenzsicherung** des Berufsstandes in dieser Konstellation als Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht, da die vorliegende Regelung gerade nicht die den **Bundgesetzgeber** fordernde Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse zwischen Privaten zum Gegenstand hat, sondern ausdrücklich die Sicherstellung der Zuverlässigkeit des privaten Partners im Rahmen von ÖPP-Vorhaben Gegenstand des Gesetzentwurfs ist (Gutachten, S. 4).

Die Möglichkeit für Unternehmen, sich an Ausschreibungsverfahren zu beteiligen, wird maßgeblich von den finanziellen und organisatorischen Belastungen bestimmt, die für die Unternehmen mit einer Bewerbung verbunden sind. Insofern stellt die Aushandlungsfreiheit mit Dritten, die zur Kalkulation und Planung des Angebots unter dem Grundsatz der Kostenminimierung herangezogen werden, einen wesentlichen Bestandteil der durch Artikel 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit dar. Anders als im Bereich der Regelungen zur Tariftreue, bei denen die Auswirkungen auf den einzelnen Auftrag beschränkt sind und nur denjenigen treffen, der am Ende tatsächlich den Zuschlag erhält, trifft die Vergütungspflicht nach § 7 Abs. 3 die Unternehmen bereits zu einem Zeitpunkt, in dem diese sich lediglich entschieden haben, sich am Wettbewerb um öffentliche Aufträge zu beteiligen. Erhalten sie den Auftrag nicht, so haben die Unternehmen die für die Abgabe des Angebots aufgewandten Kosten ohne Kompensationsmöglichkeit zu tragen.

Vor diesem Hintergrund führt die Einführung einer Vergütungspflicht als gesetzliche Voraussetzung für die Teilnahme am Vergabeverfahren dazu, dass der Zugang von Unternehmen zum Wettbewerb um ÖPP-Aufträge künftig nicht nur unwesentlich erschwert wird. Betroffen von dieser finanziellen Belastung dürften gerade Unternehmen sein, die sich neu auf dem Markt formieren und die von den finanziellen Hürden eines möglicherweise ohnehin aufwendigen Bieterverfahrens an der Teilnahme abgeschreckt werden.

Ob das Regelungsziel den Eingriff in die Berufsfreiheit unter dem Aspekt der Angemessenheit rechtfertigt, wird daher letztlich wie auch die Eignung und Erforderlichkeit einer derartigen Regelung in hohem Maße von der tatsächlichen Einschätzung des Gesetzgebers abhängen. Denn diese Einschätzung entscheidet darüber ob und in welcher Weise das Regelungsziel von ausreichenden Gründen des Gemeinwohls getragen wird. Erst im Anschluss hieran bleibt abzuschätzen, ob Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

### **Fazit**

Versteht man die Regelung als eine an die Träger der öffentlichen Verwaltung gerichteten Bestimmung, die darauf abzielt, die **Zuverlässigkeit** der privaten Bewerber im ÖPP-Verfahren abzusichern, so besteht eine Regelungskompetenz des Landes.

Es erhebt sich sodann die Frage, ob der damit verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist. Insofern besteht ein Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der bei der Prüfung von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Eingriffs zugrunde zu legen ist. Hier wird insbesondere von Bedeutung sein, ob Gründe vorliegen, die es rechtfertigen, dass ein bislang rechtlich nicht zu beanstandendes Verhalten der Marktteilnehmer, nämlich Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren zur Ausarbeitung von Angebotsunterlagen zur Beteiligung an Ausschreibungsverfahren auf der Grundlage einer möglichst kostenneutralen Vereinbarung heranzuziehen, künftig zur vergaberechtlichen Unzuverlässigkeit des betroffenen Bewerbers führt. Macht sich der Gesetzgeber die tatsächlichen Einschätzungen des Gutachtens der AIK über die Bedeutung der Vergütungspflicht für die Zuverlässigkeit von Planungen zu eigen und verfolgt die Regelung sachgerechte Gründe des Gemeinwohls, so kann von einer verhältnismäßigen Bestimmung ausgegangen werden.

Mit freundlichen Grüßen  
Für den Wissenschaftlichen Dienst

(Prof. Dr. Johannes Caspar)