

**Berlin**

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

Potsdamer Platz 1

10785 Berlin

T +49 30 20 28 36 00 (Zentrale)

+49 30 20 28 37 25 (Durchwahl)

F +49 30 20 28 37 66

E [matthias.simonis@freshfields.com](mailto:matthias.simonis@freshfields.com)[www.freshfields.com](http://www.freshfields.com)

---

**Rechtsgutachten****Stellungnahme zur Praxis bei der Vergabe von Architektenleistungen**

—

**Handlungsempfehlungen für die Umsetzung von Richtlinie 2014/24/EU**

---

**Für****Wettbewerbsinitiative e.V.****Von****Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.**

---

**Datum****27. Mai 2015**

## A. EINFÜHRUNG

Der Markt für Architektenleistungen in Deutschland ist geprägt von einer großen Anzahl kleiner Architekturbüros und wenigen großen Anbietern. Die von öffentlichen Auftraggebern in Deutschland bei der Vergabe von Architektenleistungen gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit der Büros sind regelmäßig nicht im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 VOF durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt bzw. stehen regelmäßig in keinem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand, wie es der mangels vollständiger Umsetzung in deutsches Recht direkt anwendbare Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG vorschreibt. Auch die Kriterien, anhand derer eine Begrenzung der Teilnehmerzahl bei Auslobungen im Sinne der §§ 15 ff. VOF erfolgen soll, sind in der Regel weder eindeutig noch nicht-diskriminierend, wie es § 16 Abs. 3 S. 1 VOF und die auf Grundlage von § 15 Abs. 2 VOF erlassene Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW)<sup>1</sup> in § 3 Abs. 3 S. 4 (unionsrechtlich geregelt in Art. 44 Abs. 3 bzw. in Art. 72 der Richtlinie 2004/18/EG) verlangt.

Das hat zur Folge, dass selbst bei Vorhaben von höchstens durchschnittlicher Komplexität kleine und junge Büros keine Chance auf Teilnahme an Vergabeverfahren haben und systematisch von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden. Zum Zuge kommen stattdessen regelmäßig die immer gleichen wenigen großen Anbieter, die allein die sachlich nicht zu begründenden Anforderungen der öffentlichen Auftraggeber erfüllen können. Das steht (1.) in Widerspruch zu den in § 97 Abs. 1 und 2 GWB normierten Grundsätzen des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung, verletzt (2.) das Gebot der Mittelstandsförderung in § 97 Abs. 3 S. 1 GWB, überhöht (3.) ohne Not die Anforderungen in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, verstößt (4.) gegen die oben genannten Vorschriften der VOF und RPW und stellt (5.) zudem eine Verletzung der Richtlinie 2004/18/EG, insbesondere deren Art. 44 Abs. 2 und 3 sowie Art. 72 dar.

Bei der skizzierten Problematik handelt es sich nicht um Einzelfälle. Die Verstöße gegen die genannten Vorschriften sind vielmehr flächendeckende und langjährige Praxis in Deutschland. Das kommt nicht zuletzt in der breiten Unterstützung der Wettbewerbsinitiative e.V. (*WBI*), ein gemeinnütziger Verein aus Berlin, durch eine Vielzahl von Architekten, Innen- und Landschaftsarchitekten, Ingenieuren und Stadtplanern sowie deren berufsständischen Vertretungen zum Ausdruck. So konnte die WBI innerhalb kurzer Zeit über 1.000 Berufsträger aus dem gesamten Bundesgebiet als Unterstützer für eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission gewinnen.<sup>2</sup> Auch die Architektenkammer Berlin, die als Landesvertretung grundsätzlich alle Architekten in ihrem Verantwortungsbereich vertritt und insoweit zur Neutralität verpflichtet ist (siehe z.B. § 9 Abs. 1 Nr. 3 Berliner Architekten- und Baukammergesetz), hat sich neben anderen Verbänden wie dem Bund Deutscher Architekten und dem Berufsverband freischaffender Architekten und Bauingenieure zu den Zielen der Wettbewerbsinitiative bekannt (siehe Anlage 1).

---

<sup>1</sup> Dabei handelt es sich um eine administrative Richtlinie, die für die Verwaltung verbindliche Vorgaben enthält für die Durchführung von Wettbewerben im Sinne der Art. 66 ff. Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>2</sup> Die Beschwerde ist abrufbar im Internet unter:

[http://www.wettbewerbsinitiative.de/Beschwerde\\_an\\_die\\_Kommission.pdf](http://www.wettbewerbsinitiative.de/Beschwerde_an_die_Kommission.pdf).

Aufgrund der großen Vielzahl von Rechtsverletzungen bei der Vergabe von Architektenleistungen bietet auch der in Deutschland gegen Vergaberechtsverstöße gewährte Rechtsschutz nach den §§ 102 ff. GWB den kleinen und jungen Architekturbüros keine Abhilfe. Zwar wurden vor den Nachprüfungsinstanzen bereits einige Verfahren gegen die hier geschilderten Missstände erfolgreich geführt. Kleine und junge Büros auf den Rechtsweg zu verweisen wäre jedoch evident unzureichend. Denn aufgrund der geradezu systematischen, langjährigen und deutschlandweiten Verletzung des geltenden Rechts durch öffentliche Auftraggeber müssten die betroffenen Büros nahezu jedes Verfahren rügen und in einem Verfahren vor den Nachprüfungsinstanzen angreifen. Aufgrund ihrer Größe fehlen hierfür aber insbesondere den kleinen und jungen Büros die entsprechenden personellen und finanziellen Mittel.

## **B. SACHVERHALT**

Um die rechtswidrige Praxis der Auftragsvergabe im Bereich der Architektenleistungen darzulegen, wird im Folgenden ein Überblick über die Struktur der Architekturbüros und zur Verteilung der Wettbewerbsarten bei Planungswettbewerben in Deutschland gegeben (hierzu unter I.). Sodann wird dargestellt, wie Auslobungen und Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen und die entsprechenden Eignungsanforderungen von deutschen öffentlichen Auftraggebern ausgestaltet werden (hierzu unter II.). Darauf folgen Ausführungen zur Verfahrensart bei der Vergabe planungsrelevanter Dienstleistungen (hierzu unter III.).

### **I. STATISTISCHE ANGABEN**

Folgende statistische Angaben verdeutlichen die Rahmenbedingungen der Vergabe von Architekturleistungen:

#### **1. Verteilung der Größen von Architekturbüros in Deutschland<sup>3</sup>**

1. 41 % aller Architekturbüros in Deutschland sind Einpersonnbüros.
2. Weitere 44 % sind kleine Büros mit bis zu vier Vollzeitkräften inklusive des Inhabers.
3. 11 % sind mittlere Büros mit bis zu neun Vollzeitkräften inklusive des Inhabers.
4. Nur 4 % sind große Büros mit zehn oder mehr Vollzeitkräften inklusive des Inhabers.

#### **2. Verteilung der Verfahrensarten bei Planungsleistungen<sup>4</sup>**

1. 2012 wurden von 3.785 Ausschreibungen für Planungsleistungen nur ca. 11 % als Wettbewerbe ausgeschrieben.

---

<sup>3</sup> Die Angaben sind entnommen dem Deutsches Architektenblatt 02/08, S. 44 f. (Anlage 19). Zu hiervon leicht abweichenden Ergebnissen kommt eine Studie im Auftrag der Bundesarchitektenkammer aus dem Jahr 2014, S. 4 (Anlage 20): 36 % Einpersonnbüros, 42 % kleine Büros, 15 % mittlere Büros, 8 % große Büros.

<sup>4</sup> Die Angaben sind entnommen dem competitionline-Wettbewerbsmonitor 2013 (Anlage 22), abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.

2. Die meisten Wettbewerbe waren zudem beschränkt (siehe sogleich). Bezogen auf die Gesamtzahl aller Ausschreibungen waren nur etwas mehr als 1 % aller Verfahren als offene Wettbewerbsverfahren ausgestaltet.
3. Das heißt bei ca. 90 % aller Ausschreibungen handelt es sich um von vornherein beschränkte Verfahren wie Verhandlungs- oder Interessenbekundungsverfahren.

### **3. Verteilung der Wettbewerbsarten bei Planungswettbewerben in Deutschland<sup>5</sup>**

1. 2013 wurden in Deutschland 425 Planungswettbewerbe<sup>6</sup> durchgeführt.
2. Davon wurden nur 35 (8,2 %) in Form eines offenen Wettbewerbs durchgeführt, bei dem keine Begrenzung der Teilnehmerzahl erfolgt.
3. Damit wurde die schon sehr niedrige Anzahl von 9,8 % offener Wettbewerbe aus 2012 und 10,8 % offener Wettbewerbe aus 2011 wiederholt unterboten.

Zum Vergleich: In der Schweiz erfolgten 2012 37 % aller Planungswettbewerbe ohne Begrenzungen der Teilnehmerzahl.

## **II. VORGABEN ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER BEI PLANUNGSWETTBEWERBEN UND DER VERGABE VON ARCHITEKTENLEISTUNGEN IN DEUTSCHLAND**

In Deutschland wird bei Auslobungen regelmäßig die Zahl der zum Planungswettbewerb zugelassenen Bewerber begrenzt. Das betrifft vor allem öffentliche Auftraggeber auf Ebene der Bundesländer und der Gemeinden, die einen Großteil der öffentlichen Aufträge in Deutschland vergeben.<sup>7</sup> Eine Begrenzung der Bewerber findet andererseits auch in Verfahren statt, in denen den Verhandlungen kein Planungswettbewerb vorangestellt ist, sondern ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird. Die skizzierte Begrenzung erfolgt in beiden Fällen mittels Eignungskriterien, die der Bewerber erfüllen muss. Diese Eignungskriterien sind regelmäßig die folgenden:

- Angabe von Referenzen:<sup>8</sup>
  - Bei 88 % der in Deutschland durchgeführten Planungswettbewerbe wird mindestens eine Referenz gefordert. In 86 % dieser Fälle müssen die Referenzen entweder
    - explizit dem ausgelobten Projekt entsprechen,
    - zumindest mit ihm vergleichbar sein,
    - einen Wettbewerbserfolg darstellen oder
    - ein ausgezeichnetes realisiertes Projekt sein.
- Forderung einer Mindestmitarbeiterzahl.

<sup>5</sup> Die Angaben sind entnommen dem competitionline-Wettbewerbsmonitor 2014, 2013 und 2012 (Anlagen 21-23), jeweils abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.

<sup>6</sup> Gemeint sind Wettbewerbe im Sinne der Art. 66 ff. Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>7</sup> Studie im Auftrag der Bundesarchitektenkammer: „Die Situation der Büros selbstständig tätiger Architektinnen und Architekten aller Fachrichtungen“, 2014, S. 46 (Anlage 20)

<sup>8</sup> Die Angaben sind entnommen dem competitionline-Wettbewerbsmonitor Spezial 2012 (Anlage 24), abrufbar im Internet unter <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.

- Forderung eines Mindestjahresumsatzes.

Dieser Stellungnahme sind eine Übersicht (Anlage 2) und die Bekanntmachungen (Anlagen 3-18) von 16 repräsentativen Beispielfällen beigelegt. Dabei war entsprechend vorstehender Auflistung von besonderem Interesse, welche Mindest- und Eignungskriterien die öffentlichen Auftraggeber für die Teilnahme an Auslobungen oder Verhandlungsverfahren vorgeben. Um sicherzustellen, dass die ausgewerteten Fälle nicht nur ein regionales Phänomen abbilden, wurden Verfahren aus sechs verschiedenen Bundesländern – und zwar sowohl Stadt- als auch Flächenstaaten – ausgewählt (Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz). Alle Auslobungen bzw. Verhandlungsverfahren wurden in der Zeit zwischen 2010 und 2014 bekannt gegeben. Die Auswertung ergibt folgendes:

- Alle untersuchten Fälle sind höchstens von durchschnittlicher Komplexität. Das ergibt sich aus den jeweiligen allgemeinen Anforderungsprofilen, die in allen Fällen eine Zuordnung zu den in § 5 Abs. 1 der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI)<sup>9</sup> genannten Honorarzonen I bis III begründen. Diese Honorarzonen umfassen Bauvorhaben, die nur „sehr geringe“ (Honorarzone I), „geringe“ (Honorarzone II) oder „durchschnittliche“ (Honorarzone III) Planungsanforderungen an den ausführenden Architekten stellen:

#### **§ 5 Honorarzonen**

(1) *Die Objekt- und Tragwerksplanung wird den folgenden Honorarzonen zugeordnet:*

- 1. Honorarzone I: sehr geringe Planungsanforderungen,*
- 2. Honorarzone II: geringe Planungsanforderungen*
- 3. Honorarzone III: durchschnittliche Planungsanforderungen,*
- 4. Honorarzone IV: hohe Planungsanforderungen,*
- 5. Honorarzone V: sehr hohe Planungsanforderungen.*

(2) *[...]*

- Bei allen Verfahren handelt es sich um beschränkte Verfahren. Entweder um Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder um beschränkte Wettbewerbe.
- Mit einer Ausnahme wird in keinem der Fälle eine gesonderte Kategorie für kleine oder junge Büros gebildet.
- In allen Fällen werden zum Nachweis der Eignung Referenzen von den interessierten Wirtschaftsteilnehmern gefordert. Diese sind in den meisten Fällen eindeutig als Mindestkriterium ausgestaltet und müssen zumeist – in unterschiedlichem Maß – dem ausgeschriebenen Projekt entsprechen.

---

<sup>9</sup> BGBl. I S. 2276 vom 10.07.2013.

- Zusätzlich wird nicht selten eine Mindestzahl von festangestellten Architekten oder Ingenieuren gefordert oder die Anzahl entsprechender Mitarbeiter wird einer Wertung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs unterzogen.
- In einigen Fällen müssen die Bewerber zudem einen bestimmten Mindestjahresumsatz vorweisen oder dieser wird zumindest einer Wertung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs unterzogen.

Im Folgenden werden diese Vorgaben der öffentlichen Auftraggeber einer fachlichen Bewertung unterzogen. Daraus werden im Weiteren Rückschlüsse hinsichtlich der unionsrechtlichen Zulässigkeit dieser Kriterien gezogen:

### 1. Fachliche Entbehrlichkeit spezifischer oder identischer Referenzen

Die Forderung nach Referenzen, die wie in den Beispielfällen mit dem gegenständlichen Verfahren vergleichbar sein oder ihm gar entsprechen müssen (*spezifische oder identische Referenzen*) ist aus fachlicher Sicht in den meisten Fällen entbehrlich. Denn die große Mehrzahl der Planungsaufträge in Deutschland bewegt sich innerhalb der Grenzen der in § 5 Abs. 1 HOAI festgelegten Honorarzonen I bis III. Diese Honorarzonen betreffen Planungsleistungen, die nur sehr geringe bis durchschnittliche Anforderungen an den planenden Architekten stellen. Höchstens durchschnittlichen Anforderungen an die Planungsleistungen kann aber ohne Schwierigkeiten jeder zugelassene Architekt gerecht werden. Für Deutschland gilt insoweit, dass er andernfalls keine Zulassung und keine Eintragung in die Architektenkammer erhalten dürfte, wie eine Zusammenschau der z.B. für Berlin geltenden § 1 Abs. 1<sup>10</sup>, § 2 Abs. 1 S. 1<sup>11</sup> und § 4<sup>12</sup> Berliner Architekten- und Baukammergesetz<sup>13</sup> nahelegt.

Daher fordert auch die Präsidentin der Bundesarchitektenkammer, Frau Barbara Ettinger-Brinckmann, dass die Forderung nach Referenzen darauf beschränkt werden sollte, Referenzen aus der in Rede stehenden Honorarzone vorzulegen, während es auf Referenzen mit derselben Funktion nicht ankommen dürfe.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> „Berufsaufgabe der Architektinnen und Architekten ist die gestaltende, baukünstlerische, technische, ökologische, soziale und wirtschaftliche Planung von Bauwerken, Siedlungen und Städten.“

<sup>11</sup> „Die Berufsbezeichnung ‚Architektin‘, ‚Architekt‘, [...] darf führen, wer unter dieser Bezeichnung in die Architektenliste des Landes Berlin oder in die Architektenliste eines anderen Bundeslandes eingetragen ist.“

<sup>12</sup> „In die Architektenliste ist [...] einzutragen, wer [...] ein der Fachrichtung Architektur entsprechendes Studium mit einer mindestens vierjährigen Regelstudienzeit [...] erfolgreich abgeschlossen und danach eine mindestens zweijährige praktische Tätigkeit in der betreffenden Fachrichtung ausgeübt hat. Während der praktischen Tätigkeit müssen die für die spätere Berufsausübung erforderlichen Fortbildungsmaßnahmen [...] wahrgenommen worden sein. [...]“

<sup>13</sup> GVBl. Berlin S. 720 vom 06.07.2006, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 7. Februar 2014 (GVBl. Berlin S. 39).

<sup>14</sup> Competitionline-Wettbewerbsmonitor Spezial 2012 (Anlage 24), abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.

Zudem führt sie aus:<sup>15</sup>

*„Die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen VOF sagt, es dürfen nur Kriterien angewandt werden, die der Sache, in unserem Falle also der Bauaufgabe, angemessen sind. Das ist in Ordnung. Die Anwendung dieser Bestimmung, vor allem in der kommunalen Vergabepraxis, ist aber das Problem. In den Ausschreibungen werden unnötig einengende Kriterien eingeführt, weil man nur auf Erfahrung setzt. Da ist zum Beispiel bei einem Schulbauwettbewerb nur teilnahmeberechtigt, wer in den letzten drei Jahren eine Schule gebaut hat!“*

Auch der renommierte Architekt und Inhaber des bekannten Architekturbüros Gerber Architekten, Herr Prof. Dipl.-Ing. Eckhard Gerber, kommt zu der Einschätzung:<sup>16</sup>

*„Heute muss man sich mit entsprechenden Referenzen um die Teilnahme an EU-weiten Ausschreibungen bewerben. Referenzen, die ein junges Büro nicht haben kann. [...] Hat ein Büro keine Schulen, Krankenhäuser, Turnhallen oder Bibliotheken gebaut, dafür aber ein bemerkenswertes Portfolio in anderen Bereichen [...]: keine Chance!“*

Ein zugelassener Architekt benötigt bei den oben genannten Anforderungen von höchstens durchschnittlicher Komplexität keine spezifische Erfahrung mit dem ausgelobten Bauprojekt. Er muss, mit anderen Worten, nicht bereits einen Schulbau geplant haben, um eine entsprechenden Planung durchführen zu können. Denn mittels seiner fachlichen Fertigkeiten und dem vom Auslober vorgegebenen Raumprogramm ist die Planung eines jeden Gebäudes in den Honorarstufen I bis III HOAI für jeden zugelassenen Architekten ohne Weiteres möglich.<sup>17</sup> Das legt auch § 4 Abs. 1 S. 3 der RPW nahe, der für die Anforderungen an die Teilnahme an Auslobungen ausdrücklich vorgibt:

*„Bei natürlichen Personen sind die fachlichen Anforderungen erfüllt, wenn sie die in der Auslobung genannte Berufsbezeichnung führen dürfen.“*

Sofern es sich bei der in der Auslobung genannten Berufsbezeichnung demnach um eingetragene „Architekten“, „Innenarchitekten“, „Stadtplaner“ oder „Landschaftsarchitekten“ handelt, stellt sich die zumeist geforderte Angabe von spezifischen oder identischen Referenzen als sachlich unbegründet dar. Da nur große und etablierte Büros diese Forderung erfüllen können, liegt der Verdacht nahe, dass auch nur diese Büros beauftragt werden sollen. Der Leiter des Referats „Wettbewerbe und Auswahlverfahren“ in der Berliner Senatsverwal-

<sup>15</sup> Tagesspiegel.de vom 9.10.2014 (Anlage 25). Hervorhebung durch den Verfasser. Abrufbar im Internet unter: <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/immobilien/barbara-ettinger-brinckmann-im-interview-kleine-bueros-werden-verschwinden/10787832.html>.

<sup>16</sup> Wettbewerbe aktuell 2014, S. 1 (Anlage 26).

<sup>17</sup> Vgl. die Aussage von Dipl.-Ing. Architekt Dirk Landwehr, Geschäftsführer Trapez Architektur in Hamburg, in: competitionline-Wettbewerbsmonitor 2014 (Anlage 23), abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>: „Aus meiner Sicht ist es nicht notwendig im Bereich Schulplanung nur noch erfahrene Architekten an den Ausschreibungen zu beteiligen. Neue Wege und Ideen werden tatsächlich häufig von den jungen und ‚um die Ecke denkenden‘ Nachwuchskräften beschritten“.

tung für Stadtentwicklung, Peter Ostendorff, hat das ganz offen so vertreten. Er ist – offenbar grundsätzlich und nicht unter Bezugnahme auf ein bestimmtes Großprojekt – der Ansicht:<sup>18</sup>

*„Wir können nicht riskieren, dass nach einem Losverfahren schließlich ein unerfahrenes Büro den Auftrag erhält.“*

Dabei ist das von Herrn Ostendorff behauptete Risiko in dieser Form nicht ersichtlich, da jedes zum Wettbewerb zugelassene Büro durch seinen Wettbewerbsbeitrag erst beweisen muss, dass es zu einer qualitativ hochwertigen Leistung in der Lage ist. Für öffentliche Auftraggeber besteht bei der Durchführung eines offenen Planungswettbewerbs somit lediglich das Risiko, die gewünschte Kontrolle über das Teilnehmerfeld einzubüßen und gegebenenfalls nicht den „bekannten und bewährten Partner“ beauftragen zu können.

Zudem begründet die Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen seinerseits Gefahren sowohl für den Wettbewerb auf dem Gebiet der Architektenleistungen als auch für eine ausdifferenzierte und nachhaltig gesicherte Baukultur. Denn das beschriebene Vorgehen öffentlicher Auftraggeber fördert ohne Not eine Zergliederung des Marktes in jeweils wenige hoch spezialisierte Büros, die sich in geschlossenen Zirkeln den entsprechenden Markt aufteilen.<sup>19</sup> Dies führt letztlich zu einer Konzentration der Marktmacht in der Hand weniger großer und etablierter Anbieter. Kleine und junge Büros haben hingegen kaum eine Chance, auf den Markt vorzustoßen. Sie können selbst bei verhältnismäßig einfachen Vorhaben keine Erfahrungen sammeln. Zu einer ähnlichen Einschätzung kommt auch die oben bereits zitierte Präsidentin der Bundesarchitektenkammer, Frau Barbara Ettinger-Brinckmann, die in zu hohen Hürden für die Teilnahme an Planungswettbewerben einen Schaden für den Berufsstand, den Bauherrn und die Gesellschaft im Ganzen sieht:<sup>20</sup>

*„Allzu hohe Hürden schaden dem Berufsstand, den Bauherren und der Gesellschaft, beschränken sie doch das kreative Potenzial. Die niedrigen Hürden, die offener Wettbewerb und Losverfahren mit sich bringen, sind sinnvoll für eine Vielzahl von Wettbewerben, insbesondere für solche mit geringer Komplexität.“*

Auch eine Untersuchung des Planungsbüros *Drees und Huesmann* bestätigt, dass für das beschriebene und deutschlandweit bereits seit Jahrzehnten zu beobachtende Vorgehen keine sachlichen Argumente streiten. Demnach minimieren Teilnahmewettbewerbe ohne die Forderung nach Referenzen, dafür aber mit gelosten Teilnehmern den Aufwand sowohl für den

---

<sup>18</sup> Deutsches Architektenblatt 12/2011, S. 38 (Anlage 27).

<sup>19</sup> So die Einschätzung der Architekten Ansgar und Benedikt Schulz, Schulz & Schulz Architekten, in: competitionline-Wettbewerbsmonitor Spezial 2012 (Anlage 24), abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.

<sup>20</sup> Competitionline-Wettbewerbsmonitor Spezial 2012 (Anlage 24), abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.



Auslober als auch für die interessierten Büros, ohne dass die eingereichten Wettbewerbsbeiträge schlechtere Ergebnisse aufwiesen.<sup>21</sup>

Abschließend sei einer der in Deutschland bekanntesten Architekten, Meinhard von Gerkan, zitiert, der die Problematik um die Forderung nach Referenzen auf den Punkt bringt:<sup>22</sup>

*„Warum ist zum Beispiel heute die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an architektonische Nobodys fast ein Ding der Unmöglichkeit? Sollte nicht der Entwurf, also die Kreativität und Güte der Architektur, beim Wettbewerb und der anschließenden Preisvergabe ausschlaggebend sein? [...] Eine ganze Kette von Wettbewerbsbeschränkungen und -hürden gilt es zu nehmen, bevor man überhaupt an die eigentliche Bauaufgabe denken kann. Ohne Referenzen von realisierten Vergleichsobjekten hat kein Architekturbüro eine reelle Chance, das vorgeschaltete Bewerbungsverfahren zu überstehen. Noch ehe der erste Strich eines Entwurfs getan ist, wird gesiebt, und mancher Bauherr läßt nur in seinen Augen vertrauenswürdige – und das heißt meist: bekannte – Büros zum Wettbewerb. Mit anderen Worten: Entscheidend sind wirtschaftliche Kriterien, die nur wenige Büros erfüllen können. [...] Wenn man erst drei Referenzbauten braucht, um zum Wettbewerb überhaupt zugelassen zu werden, ohne Gewinn eines Wettbewerbs aber nicht bauen kann, wie soll man dann je ans Bauen kommen?“*

## 2. Fachliche Entbehrlichkeit des Kriteriums der Bürogröße

Des Öfteren werden in den untersuchten Fällen zudem eine Mindestzahl von beschäftigten Architekten oder Ingenieuren gefordert oder die Anzahl entsprechender Beschäftigter wird einer Wertung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs unterzogen, wobei ein Büro umso besser abschneidet, je mehr Architekten oder Ingenieure es durchschnittlich beschäftigt. Wird jedoch – wie in den Beispielfällen 1, 5 und 6 – eine Bürogröße von mindestens zehn bzw. fünf Architekten oder Ingenieuren gefordert, werden nach den oben genannten statistischen Angaben 85 % aller Büros vom Wettbewerb ausgeschlossen. Ein ähnliches Problem ergibt sich, wenn wie in den Fällen 13, 14 und 16 zwar keine Mindestanforderungen an die Beschäftigtenzahl gestellt werden, die Höchstpunktzahl im Rahmen der Eignungswertung jedoch erst ab zehn (Fall 14) oder sechs (Fall 16) entsprechenden Mitarbeitern erreicht werden kann bzw. bei einer Beschäftigtenzahl von unter vier Mitarbeitern kein einziger Punkt vergeben wird (Fall 13).

Dabei sind aus fachlicher Sicht auch solche Forderungen überzogen. Denn die meisten Aufträge mit einem Volumen von 20 bis 30 Millionen Euro sind regelmäßig von – je nach sonstiger Komplexität – zwei bis vier Architekten zu bewältigen. Auch die großen und etablierten Büros bilden für Planungsleistungen dieses Umfangs daher Projektteams von entspre-

---

<sup>21</sup> Siehe Anlage 28.

<sup>22</sup> Black Box BER – Vom Flughafen Berlin Brandenburg und anderen Großbaustellen – Wie Deutschland seine Zukunft verbaut, 2013, S. 135 f.

chender Größe, die alle mit der Planung im Zusammenhang stehenden Arbeiten eigenverantwortlich betreuen.<sup>23</sup>

Die Mitarbeiterzahlen in Architektur- und Planungsbüros unterliegen in der Praxis einem dynamischen Prozess. Jedes Büro passt kurzfristig seine personelle Struktur an die aktuelle Auftragsituation an; das liegt an der Größe und Spezifikation der Projekte. Der „dynamische Prozess“ der Teamanpassung ist für den planenden Berufszweig üblich. In kleinen wie in großen Büros werden im Regelfall erst mit der Auftragserteilung entsprechende Planungsteams gebildet.

### **3. Fachliche Entbehrlichkeit des Kriteriums eines durchschnittlichen Mindestjahresumsatzes**

In einigen Fällen soll vom Bewerber zusätzlich ein durchschnittlicher Mindestjahresumsatz erreicht werden oder der Jahresumsatz wird zumindest einer Wertung unterzogen (siehe Beispielfälle 1, 10, 12, 13, 15, 16). Hier gilt dasselbe wie zuvor: Die Anforderungen sind für Vorhaben von höchstens durchschnittlicher Komplexität aus fachlicher Sicht nicht erforderlich. So kommt auch die Präsidentin der Bundesarchitektenkammer, Frau Barbara Ettinger-Brinckmann, zu dem Schluss:<sup>24</sup>

*„Umsatz hat überhaupt nichts mit Architekturqualität zu tun. Aber mit diesen Parametern kann bequem nach Zahlenwerten ausgewählt werden. Auf diese Weise wird der Markt eingeengt. Die kleinen Büros werden verschwinden, die großen werden noch größer. Das ist nicht nur ein baukultureller sondern auch ein gesellschaftspolitischer Verlust an Kreativität.“*

### **4. Zwischenergebnis**

Die vorstehenden Eignungskriterien stehen in den Beispielfällen in keinem Verhältnis zu der gestellten Aufgabe und stellen für kleine und junge Büros ein großes Hemmnis für die Teilnahme an Auslobungen oder Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb dar. Insbesondere die pauschale Forderung nach der Angabe von Referenzen, die dem gegenwärtigen Projekt entsprechen oder zumindest mit ihm vergleichbar sein müssen, ist völlig überzogen und kann nicht erfüllt werden. Denn für diese Büros ergibt sich folgender Zirkelschluss: Ohne spezifische oder identische Referenzen erhalten sie keine Gelegenheit an einem Planungswettbewerb teilzunehmen; ohne Teilnahme an einem Planungswettbewerb haben sie aber kaum eine Chance, einen öffentlichen Auftrag zu erhalten, der in späteren Verfahren wiederum als Referenz dienen könnte.<sup>25</sup> Somit bedeutet schon die Forderung nach nur einer einzigen spezifischen oder identischen Referenz für die meisten kleinen und jungen

---

<sup>23</sup> S. hierzu Anlage 29.

<sup>24</sup> Tagesspiegel.de vom 9.10.2014 (Anlage 25). Abrufbar im Internet unter: <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/immobilien/barbara-ettinger-brinckmann-im-interview-kleine-bueros-werden-verschwinden/10787832.html>.

<sup>25</sup> Siehe hierzu auch OLG München, Beschl. v. 19.12.2013, Verg 12/13 (Anlage 30).

Büros das Aus.<sup>26</sup> Ähnliches gilt für die Forderung nach Referenzen in Form der Angabe und des Nachweises einer bestimmten Anzahl von Wettbewerbserfolgen und die Forderung nach einer Mindestmitarbeiterzahl und einem Mindestjahresumsatz. Vor diesem Hintergrund lässt sich leicht erklären, warum nur etwa 13 % des Auftragsbestands von kleinen und mittleren Büros aus öffentlichen Aufträgen besteht, während solche über 40 % des Auftragsbestands großer Architekturbüros ausmachen<sup>27</sup> – und das obwohl der Anteil großer Architekturbüros an der Gesamtzahl aller Architekturbüros lediglich 4 % beträgt.

Somit schließt die gegenwärtige Praxis in Deutschland bei der Durchführung von Planungswettbewerben und der Vergabe von Architektenleistungen ohne sachlichen, aus dem konkreten Auftrag abzuleitenden Grund kleine und junge, aber durchaus leistungsfähige Büros durch überzogene Eignungsanforderungen faktisch von der öffentlichen Auftragsvergabe aus. Diese Zustände sind in Fachkreisen über die Grenzen hinaus derart bekannt und gegenwärtig, dass unlängst sogar eine schweizerische Fachzeitschrift für Architektur sinngemäß davor warnte, auch in der Schweiz könnten deutsche Zustände Einzug halten:<sup>28</sup>

*„Es könnte in der Schweiz noch schlimmer kommen. Das Wettbewerbswesen ist in Deutschland in einem so hoffnungslosen Zustand, dass jüngere Architekten die wettbewerbsinitiative gegründet haben.“*

### III. VERFAHRENSART

Wie den statistischen Angaben unter B.I.2. entnommen werden kann, werden Planungsleistungen in Deutschland nur äußerst selten nach Durchführung eines Planungswettbewerbs im Sinne der §§ 15 ff. VOF bzw. nach den Vorschriften der RPW vergeben. Dieser Befund muss überraschen, wenn man den Stimmen aus der Praxis der Architekten und anderer planungsrelevanter Berufsgruppen Gehör schenkt. Denn diese zeichnen ein eindeutiges Bild von inhaltlich aussagekräftigen und zugleich kostengünstigen Verfahren:

#### 1. Planungswettbewerb als Regelverfahren

So kam eine Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zu dem Schluss:

*„Wettbewerbsverfahren sind ein seit langem bewährtes Instrument zur Sicherung von Planungsqualität. In der Konkurrenz der Ideen und einer qualifizierten Auswahl der besten Entwürfe wird die höchstmögliche Qualitätssicherheit der Planung gewährt.“<sup>29</sup>*

---

<sup>26</sup> Vgl. die Aussage des Redakteurs des Wettbewerbs-Portals „competitionline“, Dirk Bonnkirch, in: competition, Ausgabe 3, April-Juni 2013, S. 13 (Anlage 31), für viele Büros sei bereits die Forderung nach einer einzigen Referenz eine zu hohe Hürde.

<sup>27</sup> Siehe Nachweis Fn. 7.

<sup>28</sup> Hochparterre 2013, S. 3 (Anlage 32).

<sup>29</sup> Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung: „Aufwendungen bei der Vergabe von Planungsleistungen – Evaluierung der zeitlichen Abläufe und monetären Aufwendungen bei Vergabeverfahren von Planungsleistungen im Hochbau“, S. 5 (Anlage 33). Abrufbar im Internet unter:

*„Der Planungswettbewerb bietet die Vorteile, eine transparente und anhand einer großen Bandbreite an Lösungsvorschlägen erfolgte Vergabe mit qualifizierter Beurteilung der Entwürfe durch ein Preisgericht aus Fach- und Sachexperten zu gewährleisten – aus einer größtmöglichen Auswahl wird der beste Entwurf qualifiziert ermittelt. Die damit garantierte Qualitätssicherheit der Planung ist ein entscheidendes Argument zur Wahl dieses Vergabeverfahrens und ein bedeutender Mehrwert gegenüber VOF-Verhandlungsverfahren ohne oder mit Lösungsvorschlägen, die keine oder nur wenige planerische Beiträge vor der Vergabe liefern. Denn in Wettbewerben werden bereits wesentliche Teile der Vorplanung geleistet, während eine Vergabe ohne Planungswettbewerb bzw. ohne Lösungsvorschläge vor allem zu einem Partner für die anschließende Planung führt.“<sup>30</sup>*

Dem schließt sich offensichtlich auch Günther Hoffmann, Ministerialdirektor im Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, an:

*„Wettbewerbe und Preise sind [...] gute Instrumente. Sie fördern nicht nur die Leistung des Einzelnen, sondern beflügeln die Diskussion um eine bessere Baukultur.“<sup>31</sup>*

Auch die Präsidentin der Bundesarchitektenkammer, Frau Barbara Ettinger-Brinckmann, hat klare Vorstellungen davon, wie ein Vergabeverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen eingeleitet werden sollte:

*„[D]urch das Instrument des Wettbewerbs steigt nicht nur die Qualität in funktionaler und gestalterischer Hinsicht, sondern auch Wirtschaftlichkeitsaspekte kommen frühzeitig ins Spiel. Eine qualifizierte Jury diskutiert und ringt in einem Abwägungsprozess um die architektonisch, städtebaulich, funktional und eben auch wirtschaftlich beste Lösung. [...] Man kann doch die öffentliche Hand und die privaten Bauherren nur beglückwünschen, wenn sie sich dieses Instrument zu eigen machen. Außerdem sorgen Architektenwettbewerbe für Transparenz und Einbeziehung der Bürger.“<sup>32</sup>*

Daher mahnt sie:

*„Lasst den kreativen Nachwuchs ran, gebt ihn in euren Vergabeverfahren eine Chance, führt Wettbewerbe durch!“<sup>33</sup>*

Der Bund Deutscher Architekten (BDA) führt diesbezüglich aus:

---

<http://www.fib-bund.de/Inhalt/Themen/Vergabeleistungen/Forschungsbericht-ZMA-Barrierefrei-2013-12-13.pdf>. Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>30</sup> Siehe Nachweis Fn. 29.

<sup>31</sup> wa vision – award Studentischer Nachwuchspreis 2014, S. 11 (siehe Anlage 34).

<sup>32</sup> Siehe Nachweis Fn. 15. Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>33</sup> Siehe Nachweis Fn. 31.

*„Der offene Architektenwettbewerb, der ohne Zugangsbeschränkung das kreative Potenzial vieler Architekten für einen Wettbewerb der Ideen nutzt, ist kein Selbstzweck: Architekten stellen sich dem freien Wettbewerb um die beste Lösung für eine Bauaufgabe und gehen dabei mit einem hohen Engagement in Vorleistung, die nur im Falle einer Prämierung erstattet wird. Dennoch setzt sich der BDA für das Wettbewerbsprinzip ein, weil wir überzeugt sind, dass nur der fachliche Leistungsvergleich die für die Bauaufgabe am besten geeignete architektonische und städtebauliche Lösung hervorbringt.“<sup>34</sup>*

Das unterstützt auch der Landesverband Bayern des BDA und präzisiert:

*„Architektenwettbewerbe sind das beste Verfahren zur Qualitätssicherung. Sie sind ein seit Jahrhunderten erprobtes Verfahren zur Optimierung der Lösung hinsichtlich der Gestaltung, Funktionalität und Wirtschaftlichkeit. Die Auftragsvergabe basiert nicht auf einer Prognose (wie bei Vergabeverfahren ohne Lösungskonzepte) anhand von Referenzprojekten und nach oft quantitativen Kriterien, sondern anhand der Qualität des Lösungskonzeptes für den zu vergebenden Auftrag. Die Entscheidung wird nach einer Bewertung unterschiedlicher Konzepte durch eine fachkundige Jury getroffen. Architektenwettbewerbe sind das fairste Vergabeinstrument. Offene Wettbewerbe geben auch kleinen Bürostrukturen und Berufsanfängern eine Chance.“<sup>35</sup>*

Zu keinem anderen Ergebnis kommt Ernst Uhlig, Präsident der Architektenkammer Nordrhein-Westfalen:

*„Die Erfahrung zeigt, dass zur Ermittlung der besten geeigneten Bewerber der Planungswettbewerb nach Kapitel 2 der VOF das transparenteste und im Hinblick auf die Lösungsorientierung das sinnvollste Vergabeverfahren darstellt.“<sup>36</sup>*

Und der Vorsitzende des Ausschusses für Wettbewerbs- und Vergabewesen der Architektenkammer Nordrhein-Westfalen, Jochen König, ergänzt:

*„Häufig wäre der Architektenwettbewerb, und in vielen Fällen der offene Architektenwettbewerb der bessere Weg zur Findung des geeignetsten Auftragnehmers und zur Optimierung der Planungslösung.“<sup>37</sup>*

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass auch Ausschuss für Wettbewerb und Vergabe der Architektenkammer Sachsen zu dem Ergebnis kommt:

---

<sup>34</sup> Forderungspapier des BDA v. September 2011, S. 1 (Anlage 35).

<sup>35</sup> Ergebnisse der Arbeitsgruppe Vergabe und Wettbewerbe im BDA Bayern v. 15.01.2015, S. 6 f (Anlage 36).

<sup>36</sup> In: Architektenkammer Nordrhein-Westfalen, Die wichtigsten Fragen und Antworten zur VOF – VOF FAQ, S. 3 (Anlage 37). Abrufbar im Internet: [http://www.aknw.de/fileadmin/user\\_upload/Publikationen-Broschueren/VOF\\_FAQ\\_WEB\\_PDF.pdf](http://www.aknw.de/fileadmin/user_upload/Publikationen-Broschueren/VOF_FAQ_WEB_PDF.pdf). Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>37</sup> Siehe Nachweis Fn. 36. Hervorhebung durch den Verfasser.

*„Der offene Wettbewerb sollte das Regelverfahren für die Vergabe von öffentlichen Planungsleistungen sein. Er gewährleistet einen Zugang für alle Architekten, fördert den Nachwuchs, ergibt die größte Bandbreite an Lösungsmöglichkeiten und ermöglicht die gerechte Findung der besten Lösung für die jeweilige Aufgabenstellung durch inhaltliche Auseinandersetzung.“<sup>38</sup>*

Letztlich fordert auch die Bundesstiftung Baukultur:

*„Der Wettbewerb sollte zumindest bei allen öffentlichen Bauvorhaben als Regel in alle Vergabeverfahren Eingang finden.“<sup>39</sup>*

## **2. Unbegründete Skepsis öffentlicher Auftraggeber**

Viele öffentliche Auftraggeber stehen Planungswettbewerben dennoch skeptisch gegenüber. Sie befürchten, mit einer derart großen Zahl von Bewerbern konfrontiert zu werden, dass die Vergabeverfahren nur noch mit unverhältnismäßigem Aufwand durchzuführen sind. Diese Sorge ist indes unbegründet.

So ergab die oben bereits angeführte Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung<sup>40</sup>:

*„Also bleibt festzustellen, dass die Unterschiede der zeitlichen und monetären Aufwendungen innerhalb der unterschiedlichen Vergabeverfahren der Planungsleistungen im Verhältnis zum gesamten Planungsprozess unbedeutend sind und keine Begründung zur Auswahl eines Verfahrens bieten – hier müssen andere Gründe greifen.“*

Bei der Wahl des Vergabeverfahrens seien vielmehr andere Kriterien ausschlaggebend:

*„Es sind vor allem die Qualitätssicherheit der Planung, die Transparenz und Nachvollziehbarkeit und Rechtssicherheit der Vergabe, die bessere Einbeziehung der Öffentlichkeit und damit nicht zuletzt die baukulturelle Verantwortung und Vorbildfunktion der öffentlichen Hand.“*

Zu der Frage, ob offene Wettbewerbe als Regelverfahren eingeführt werden sollten, schreiben die Autoren der Studie:

*„Die Erfahrungen aus den Schweizer Verfahren [...] belegen die hohe Effizienz und Praktikabilität offener Planungswettbewerbe, sobald sie als*

---

<sup>38</sup> RPW 2013 – erläuternde Hinweise und Empfehlungen des Ausschusses für Wettbewerb und Vergabe der Architektenkammer Sachsen, S. 6 (Anlage 38). Abrufbar im Internet unter: [https://www.aksachsen.org/fileadmin/Image\\_Archive/Ausschuesse/2014/141103\\_HinweisezurRPW2013\\_Layout\\_sch.pdf](https://www.aksachsen.org/fileadmin/Image_Archive/Ausschuesse/2014/141103_HinweisezurRPW2013_Layout_sch.pdf).

<sup>39</sup> Bundesstiftung Baukultur: Baukulturbericht – Gebaute Lebensräume der Zukunft – Fokus Stadt, 2014/15, S. 109 (Anlage 39). Abrufbar im Internet: [http://www.bundesstiftung-baukultur.de/fileadmin/user\\_upload/aktionen/baukulturbericht/Baukultur-Bericht-2014\\_15.pdf](http://www.bundesstiftung-baukultur.de/fileadmin/user_upload/aktionen/baukulturbericht/Baukultur-Bericht-2014_15.pdf). Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>40</sup> Siehe Nachweis Fn. 29.

*Regelverfahren vorgesehen sind und routiniert eingesetzt werden. Nichtoffene Planungswettbewerbe – dort „selektive“ genannt – werden nur in begründeten Fällen zum Beispiel für die Lösung komplexer Aufgabenstellungen gewählt. Die Erfahrungen aus der Schweiz zeigen auch, dass sich die Teilnehmerzahlen bei einer hohen Dichte von offenen Planungswettbewerben auf ein gut handhabbares Maß reduzieren.“*

Letzteres bestätigt auch der ebenfalls bereits zitierte Ausschuss für Wettbewerb und Vergabe der Architektenkammer Sachsen:

*„Je mehr offene Wettbewerbe durchgeführt werden, desto geringer werden aufgrund der regionalen und inhaltlichen Interessen die durchschnittlichen Teilnehmerzahlen.“<sup>41</sup>*

Doch auch wenn trotz dieser substantiierten Thesen weiterhin Bedenken gegen die Durchführung *offener* Wettbewerbe bestehen sollten, darf die Beschränkung der Teilnehmerzahlen nicht länger mittels überzogener Eignungsanforderungen wie der Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen erfolgen. Das Planungsbüro *Drees und Huesmann* hat in einer Untersuchung der von ihm betreuten Vergabeverfahren ermittelt, dass beschränkte Wettbewerbe, bei denen die Teilnehmer unter den grundsätzlich geeigneten Bewerbern durch Los ermittelt wurden (bei denen also gänzlich auf weitere Eignungskriterien wie die Vorlage von Referenzen verzichtet wurde), in jeder Hinsicht zu ebenso guten Ergebnissen führten wie herkömmliche Verfahren und zugleich den Aufwand für Teilnehmer und Auslober reduzierte.<sup>42</sup>

## **C. AUFGABENSTELLUNG**

Vor diesem Hintergrund hat uns die WBI gebeten:

1. zu prüfen, ob das beschriebene Vorgehen deutscher öffentlicher Auftraggeber mit dem Vergaberecht vereinbar ist und
2. Handlungsempfehlungen zu geben, wie den dargestellten Missständen durch gesetzgeberische Maßnahmen im Rahmen der Umsetzung der neuen Vergaberechtsrichtlinie 2014/24/EU begegnet werden kann.

## **D. RECHTLICHE WÜRDIGUNG**

### **I. VERLETZUNG DES VERGABERECHTS DURCH ÜBERZOGENE EIGNUNGSANFORDERUNGEN**

Die Praxis bei der Vergabe von Architektenleistungen verstößt gegen das Vergaberecht. Das betrifft insbesondere § 97 Abs. 1, 2 und 3 S. 1 GWB sowie §§ 5 Abs. 1 S. 1, 16 Abs. 3 S. 1 VOF und § 3 Abs. 3 S. 4 RPW. Aus unionsrechtlicher Sicht wird Art. 44 Abs. 2, 3 sowie Art. 72 der Richtlinie 2004/18/EG verletzt.

---

<sup>41</sup> Siehe Nachweis Fn. 38.

<sup>42</sup> Siehe Nachweis Fn. 21.

## 1. Gesetzliche Vorgaben

§ 97 Abs. 1 GWB verpflichtet öffentliche Auftraggeber, die von ihnen benötigten Leistungen „im Wettbewerb“ zu beschaffen. Absatz 2 derselben Vorschrift fordert,

*„[d]ie Teilnehmer an einem Vergabeverfahren [...] gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund dieses Gesetzes ausdrücklich gestattet oder geboten“.*

Absatz 3 S. 1 von § 97 GWB schreibt des Weiteren vor:

*„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen“.*

Zudem dürfen nach § 5 Abs. 1 S. 1 VOF

*„[z]um Nachweis der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (Eignung) [...] nur Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind“.*

Bei Wettbewerben mit beschränkter Teilnehmerzahl haben Auftraggeber laut § 16 Abs. 3 S. 1 VOF

*„eindeutige und nicht diskriminierende Auswahlkriterien festzulegen“.*

Auch nach § 3 Abs. 3 S. 4 RPW müssen Auslober die Teilnehmer am Wettbewerb

*„anhand eindeutiger, nicht diskriminierender, angemessener und qualitativer Kriterien“*

auswählen. Diese Vorgaben zum Auftragsbezug und den Auswahlkriterien gehen zurück auf Art. 44 Abs. 2, 3 und Art. 72 der Richtlinie 2004/18/EG. Sie finden sich auch in Art. 58 Abs. 1 UAbs. 2 und Art. 80 Abs. 3 S. 1 der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU.

## 2. Rechtsprechung zu Eignungsanforderungen

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und verschiedene deutsche Nachprüfungsinstanzen hatten in der Vergangenheit über die Zulässigkeit von Eignungskriterien zu entscheiden. So konkretisierte der EuGH die Vorgaben des europäischen Sekundärrechts zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit im Sinne von Art. 47 Richtlinie 2004/18/EG, indem er vorschrieb, dass Mindestanforderungen

*„objektiv geeignet sein müssen, über diese Leistungsfähigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers Auskunft zu geben, und dass die in dieser Weise festgelegte Schwelle der Bedeutung des betreffenden Auftrags in dem Sinne angepasst sein muss, dass sie objektiv einen konkreten Hinweis auf das Bestehen einer zur erfolgreichen Ausführung dieses Auftrags ausreichenden [...] Basis ermöglicht, ohne jedoch über das hierzu vernünftigerweise erforderliche Maß hinauszugehen.“*



(EuGH, Urt. v. 18.10.2012, C-218/11, Rz. 29, Hervorhebung hinzugefügt.)

Die vorstehenden Ausführungen des EuGH müssen in gleichem Maße auch für die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit – zu deren Nachweis bei der Vergabe von Architektenleistungen, wie oben dargelegt, häufig der Nachweis spezifischer oder identischer Referenzen gefordert wird – im Sinne von Art. 48 Richtlinie 2004/18/EG gelten. Denn zum einen nennt die vom EuGH in Bezug genommene Vorschrift des Art. 44 Abs. 2 Unterabsatz 2 Richtlinie 2004/18/EG die Art. 47 und 48 in einem Atemzug, ohne hinsichtlich der jeweiligen Pflichten öffentlicher Auftraggeber zu differenzieren. Zum anderen ist auch kein Grund ersichtlich, warum bezüglich der technischen und / oder beruflichen Leistungsfähigkeit nicht dieselben Anforderungen an den Auftragsbezug und die Angemessenheit der Mindestanforderungen gestellt werden sollten.

Neben seinen Ausführungen zum Nachweis der Leistungsfähigkeit hat der EuGH wiederholt betont, dass es im Interesse der Europäischen Union liege und eines der Ziele der Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens darstelle, dass Ausschreibungen, die geeignet sind, ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse zu begründen, einem möglichst umfassenden Wettbewerb offen stehen und dadurch die Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung sichergestellt wird.<sup>43</sup>

Auch deutsche Nachprüfungsinstanzen haben wiederholt über die Zulässigkeit von Eignungskriterien entschieden. Das OLG München stellte diesbezüglich mit Blick auf die Vergleichbarkeit von Referenzen klar:

*„Vergleichbar ist eine Referenzleistung mit der ausgeschriebenen Leistung, wenn sie dieser so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet, d.h. die Referenzen den hinreichend sicheren Schluss zulassen, dass der Bieter über die für die Durchführung des Auftrags erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit verfügt. [...] Öffentliche Aufträge sind, um dem öffentlichen Auftraggeber eine möglichst kostengünstige Beschaffung zu ermöglichen, im Wettbewerb der Bieter zu vergeben (vgl. § 97 Abs. 1 GWB). Eine zu restriktive Auslegung des Merkmals Vergleichbarkeit birgt die Gefahr in sich, dass, was wettbewerbsfeindlich wäre, faktisch abgeschlossene Teilmärkte entstehen: da ein Newcomer keine vergleichbaren Referenzen vorlegen kann, erhält er den Auftrag nicht und weil er den Auftrag nicht erhalten hat, kann er auch bei zukünftigen Ausschreibungen keine vergleichbare Referenz vorlegen“*

(OLG München, Beschl. v. 19.12.2013, Verg 12/13, Hervorhebung hinzugefügt).

---

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 23.12.2009, C-305/08, *CoNISMa*, Rz. 37. Siehe jüngst auch EuGH Urt. v. 10.07.2014, C-358/12, *Libor*, Rz. 29.

Auch das OLG Frankfurt hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wann eine bereits erbrachte Leistung mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar ist. Es kam zu dem Ergebnis:

*„Eine Leistung ist bereits dann vergleichbar oder gleichartig, wenn sie der ausgeschriebenen Leistung nahe kommt und entsprechend ähnelt. Für die Vorlage von Referenzen zu vergleichbaren Aufträgen ist es daher erforderlich, aber auch ausreichend, wenn die Referenz den hinreichend sicheren Schluss zulässt, dass der Bieter über die für eine ordnungsgemäße Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit verfügt“*

(OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.10.2006, 11 Verg 8/06 und 11 Verg 9/06).

Die Vergabekammer (VK) Lüneburg hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem der Auftraggeber eine Feuer- und Rettungswache errichten lassen wollte. Hierfür wurde unter anderem mindestens eine Referenz gefordert, die ein entsprechendes Vorhaben zum Gegenstand haben sollte. Dagegen wandte sich die Antragstellerin. Sie hatte zwar zahlreiche Referenzen vorzuweisen, teilweise sogar von deutlich höherer Komplexität als das ausgeschriebene Projekt, konnte aber keine Referenz im schmalen Segment der Berufsfeuerwehren nachweisen. Die VK Lüneburg führte aus:

*„Die Antragsgegnerin hat sich dazu entschlossen, den Nachweis der Fachkunde durch Vorlage von Referenzobjekten abzufragen. Das ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. [...] Problematisch ist jedoch die Beschränkung auf gleichartige Leistungen aus dem Feuerwehrbereich. [...] Dennoch ist allgemein anerkannt, dass der öffentlich Auftraggeber eine Vergleichbarkeit als Mindestvoraussetzung fordern kann [...]. Umstritten ist lediglich, ob die Vergleichbarkeit ohne weiteres gefordert werden kann, oder nur bei besonders komplexen Verfahren bzw. im Bereich der Hochtechnologie. Je enger jedoch der Kreis der zugelassenen Referenzobjekte gezogen wird, desto intensiver ist der vom jeweiligen öffentlichen Auftraggeber damit bewirkte Eingriff in den freien Wettbewerb, und desto höhere Anforderungen sind an die auftragsbezogene sachliche Rechtfertigung dieses einschränkenden Fachkundemerkmals zu stellen.*

*[...] Hier hat die Antragsgegnerin zunächst eher tief in den freien Wettbewerb eingegriffen, weil sie fachlich nur ein schmales Segment der Berufsfeuerwehren als Referenzprojekte gelten ließ und die Referenznachweise als absolutes Ausschlusskriterium formulierte [...].*

*[...] Die Vergabekammer kommt [...] zu dem Ergebnis, dass eine außergewöhnliche Komplexität der für die Referenzobjekte vorgegebenen Gebäudetypen nicht substantiiert dargelegt worden ist, daher nicht bestehen dürfte. Somit gibt es für die Antragsgegnerin keine sachliche Notwendigkeit, die Erfahrung*

*gen mit einem der beiden Gebäudetypen als Referenzvorgabe mit Ausschlusswirkung zu verwenden.“*

(VK Lüneburg, Beschl. v. 18.11.2011, VgK-50-/2011.)

Bereits 2002 entschied die VK Hamburg:

*„Im Rahmen der Eignungsprüfung [...] darf auch die Vergabe einer anspruchsvollen Leistung nicht dazu führen, dass an den Nachweis der Leistungsfähigkeit so hohe Ansprüche gestellt werden, dass dadurch der Wettbewerb unter den Bietern praktisch ausgeschlossen wird. Insbesondere könnten Newcomer über entsprechend hohe Anforderungen auf Dauer von der Durchführung bestimmter Aufträge ausgeschlossen sein [...]. Bei der Prüfung der persönlichen und sachlichen Eignung der Bieter kommt es daher auf eine besondere Erfahrung in Bezug auf die konkrete Leistung nicht an [...].“*

(VK Hamburg, Beschl. v. 19. 12. 2002, VgK FB 4/02.)

Zudem haben sich Nachprüfungsinstanzen wiederholt zu dem in der VOF nicht vollständig umgesetzten Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG geäußert und bei dieser Gelegenheit Hinweise zum zulässigen Umfang von Eignungsnachweisen gegeben. So entschied das OLG Düsseldorf mit Blick auf das in genannter Norm enthaltene Merkmal der Angemessenheit:

*„Um Angemessenheit im Sinne der Richtlinie bejahen zu können, ist nicht jeder sachliche Bezug der geforderten Eignungsnachweise zum Auftragsgegenstand ausreichend. Maßgeblich ist vielmehr, ob aus verständiger Sicht des Auftraggebers ein berechtigtes Interesse hinsichtlich der verlangten Nachweise besteht, so dass diese sachlich berechtigt und verhältnismäßig erscheinen und den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken [...]. Angemessenheit der Eignungsanforderung ist anzunehmen, wenn diese geeignet und erforderlich ist, die Leistungsfähigkeit im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen.“*

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. 12. 2011, VII-Verg 74/11.)

Auch das OLG Koblenz präziserte die Anforderungen von Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG, indem es klarstellte, dass bei der Festlegung von Mindestkriterien die Grenze zur Rechtswidrigkeit überschritten sei, wenn eine Forderung

*„nicht mehr der Befriedigung eines mit Blick auf das konkrete Beschaffungsvorhaben berechtigten Informations- und/oder Prüfungsbedürfnisses dient, sondern ohne jeden sachlichen Grund ausgrenzend und damit wettbewerbsbeschränkend wirkt“*

(OLG Koblenz, Beschl. v. 13.06.2012, 1 Verg 2/12).

Mit Blick auf die in § 97 Abs. 3 S. 1 GWB normierte Pflicht zur Mittelstandsförderung kam das OLG Karlsruhe unter Berufung auf die gleichlautende Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu dem Schluss:

*„Nach dem Normzweck müssen mittelständische Unternehmen in geeigneten Fällen in die Lage versetzt werden, sich eigenständig zu bewerben und nicht nur in Bietergemeinschaften“*

(OLG Karlsruhe, Beschl. v. 06.04.2011, Verg 3/11).

### **3. Bewertung**

Vor dem Hintergrund der oben angeführten Vorschriften sowie der zitierten Rechtsprechung des EuGH und der deutschen Nachprüfungsinstanzen erweist sich die in Deutschland seit Jahrzehnten vorherrschende Praxis bei der Vergabe von Architektenleistungen als rechtswidrig:

#### **a. Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen**

Aus den Ausführungen in Ziffer B.II.1. ergibt sich, dass es für einen zugelassenen Architekten für den Entwurf oder die Planung eines Gebäudes in den wesentlichen Punkten ohne Belang ist, ob es sich bei dem ausgelobten bzw. ausgeschriebenen Projekt um ein öffentliches oder ein nicht-öffentliches Gebäude handelt bzw. ob er zuvor bereits eine Schule, Sporthalle oder eine ähnliche Einrichtung entworfen oder geplant hat. Das führt zu dem Schluss, dass die Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen nicht aus Sachgründen – zur Prüfung und Gewährleistung der Eignung –, sondern einzig und allein als Filter dient, um kleine und junge Büros von der Teilnahme an Planungswettbewerben und Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen auszuschließen und die bekannten und vermeintlich bewährten Partner aus bereits abgewickelten Verfahren erneut beauftragen zu können.

Die Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen ist daher nur scheinbar im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 VOF durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Tatsächlich weist sie weder einen Auftragsbezug auf noch ist sie angemessen im Sinne des (durch die Beschlüsse des OLG Düsseldorf und OLG Koblenz für das deutsche Recht präzisierten) Art. 44 Abs. 2 Unterabsatz 2 Richtlinie 2004/18/EG. Denn die Vorlage von spezifischen oder identischen Referenzen durch die Bewerber ermöglicht es nicht, im Sinne der angeführten Entscheidung des EuGH objektiv einen konkreten Hinweis auf das Bestehen einer zur erfolgreichen Ausführung des Auftrags ausreichenden Basis hinsichtlich der technischen oder beruflichen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers zu erhalten, da ein zugelassener Architekt jedes Gebäude von höchstens durchschnittlicher Komplexität planen können muss. Mithin geht die Forderung nach Erfahrungen mit einer bestimmten Nutzungsart von Gebäuden deutlich über das vernünftigerweise erforderliche Maß hinaus. Denn der öffentliche Auftraggeber kann mit der Abfrage von spezifischen oder identischen Referenzen keine erforderlichen Kenntnisse erlangen, die er nicht auch mit weniger einschränkenden Mindestanforderungen erlangen könnte.

Gemessen an den Vorgaben des OLG Düsseldorf kann daher gefolgert werden: Das Vorgehen öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe von Architektenleistungen bewirkt bei Vorhaben von höchstens durchschnittlicher Komplexität eine unnötige Einschränkung des Bieterwettbewerbs. Denn die geforderten Referenzen mögen zwar *geeignet* sein, die Leistungsfähigkeit der Bieter im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen. Sie sind aber keineswegs *erforderlich*. Aus der Sicht eines verständigen Auftraggebers besteht kein legitimes Interesse daran, solche Eignungsnachweise zu fordern, die im Sinne des OLG Koblenz keinem berechtigten Informations- bzw. Prüfbedürfnis dienen.

Bei der Vergabe von Architektenleistungen müsste es vielmehr genügen, dass der jeweilige Bewerber Referenzen vorlegt, aus denen ersichtlich wird, dass er die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit aufweist. Dafür ist es nach den bisherigen Ausführungen sowie nach den Hinweisen der VK Lüneburg und VK Hamburg aber nicht erforderlich, öffentliche Gebäude geplant bzw. entworfen zu haben, erst recht nicht, wenn eine noch weitergehende Einengung dahingehend erfolgt, dass es sich um ein bestimmtes öffentliches Gebäude (Schule, Sporthalle, Feuerwehrrache) gehandelt haben muss. Ausreichend müsste es vielmehr sein, dass der Bewerber – und zwar nur in Fällen, in denen sich das aus den besonderen Projektanforderungen ergibt – eine mit der Komplexität des Vorhabens vergleichbare Referenz vorweisen kann.

Dabei versteht es sich von selbst, dass Vergleichbarkeit – wie es bereits der Wortsinn ergibt – keine Identität der Vorhaben voraussetzt,

*„so dass sich zwangsläufig Unterschiede zwischen der Referenz und dem Vorhaben aufführen lassen und je nach Perspektive, die Unterschiede oder Gemeinsamkeiten in den Vordergrund gestellt werden können“*

(OLG München, Beschl. v. 19.12.2013, Verg 12/13).

Keine Rolle darf dementsprechend die Rechtsnatur des Auftraggebers (öffentlicher oder privater Bauherr) spielen, da diesem Kriterium keinerlei Aussagegehalt über die Eignung des Bewerbers zu entnehmen ist und er einzig dem Zweck dienen kann, die Stellung etablierter Wirtschaftsteilnehmer zu festigen. Das gilt erst recht, wenn – wie in Einzelfällen – sogar gefordert wird, Erfahrungen mit dem konkreten Auftraggeber vorweisen zu können. Denn letzteres liefe auf die Festigung eines „Hoflieferantentums“ hinaus, die der europäische und deutsche Gesetzgeber gerade verhindern möchte. Dementsprechend hat auch die Kommission in ihrem „Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen – Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren (Code of best practice) zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen“<sup>44</sup> festgestellt:

*„Auch sollten die Auswahlkriterien nicht so formuliert werden, dass sie das Wettbewerbsfeld einschränken, indem sie irrelevante Aspekte ansprechen. So ist beispielsweise eine Klausel, wonach nur mit dem öffentlichen Sektor ge-*

---

<sup>44</sup> Ebd. S. 4 (Anlage 40). Abrufbar im Internet unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/sme\\_code\\_of\\_best\\_practices\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_de.pdf).

*sammelte Erfahrung anerkannt wird, als solche irrelevant und schränkt den Wettbewerb ein.“*

Auch das häufig von öffentlichen Auftraggebern vorgetragene Argument, kleine und junge Büros könnten sich mit anderen Büros zu einer Bergergemeinschaft zusammenschließen, um die Eignungshürden zu überwinden, bietet für diese Büros keine Abhilfe. Denn auch ein Zusammenschluss solcher Einheiten verfügt über keine spezifischen oder identischen Referenzen, wenn die einzelnen Mitglieder insoweit nichts vorzuweisen haben. Diejenigen Büros aber, die selbst über hinreichende Referenzen verfügen, haben kein Interesse daran, einem kleinen oder jungen Büro zum Durchbruch zu verhelfen. Zudem widerspricht der Hinweis auf die Möglichkeit der Gründung einer Bietergemeinschaft unzweifelhaft den Vorgaben des OLG Karlsruhe, das mit Blick auf § 97 Abs. 3 S. 1 GWB ausdrücklich fordert, dass mittelständische Unternehmen in der Lage sein müssen, sich ohne einen solchen Zusammenschluss um einen Auftrag zu bewerben.

Vor dem Hintergrund der damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung ist es daher unverhältnismäßig, sachlich nicht gerechtfertigte und übermäßige Eignungsanforderungen zu stellen und dadurch sämtliche kleinen und jungen Büros faktisch von allen Auslobungen und Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen auszuschließen. Hinzu kommt, dass nach den vorstehenden Ausführungen und insbesondere nach den Aussagen des Leiters des Referats „Wettbewerbe und Auswahlverfahren“ in der Berliner Senatsverwaltung für Stadtentwicklung (siehe oben Ziffer B.II.1.) die Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen einzig und allein dem willkürlichen und sachfremden Zweck dient, Kontrolle über das Teilnehmerfeld in der Form zu erlangen, dass nur große und etablierte Büros Zugang zu öffentlichen Aufträgen betreffend Architektenleistungen erhalten sollen.

## **b. Bürogröße**

Ein weiteres großes Problem für kleine und junge Büros ist die Forderung nach einer Mindestmitarbeiterzahl. Denn wie bereits dargelegt (siehe oben Ziffer B.I.1.) besteht die weit überwiegende Zahl der Architekturbüros aus kleineren und mittleren Einheiten. Fordert der Auslober dennoch – wie in Beispielsfall 1 – ein Mitarbeiterzahl von durchschnittlich mindestens zehn Ingenieuren, ist das gleichbedeutend mit dem Ausschluss von etwa 96 % aller deutschen Architekturbüros.

Zwar ist es grundsätzlich zulässig, eine Erklärung zur durchschnittlichen jährlichen Beschäftigtenzahl zu fordern, § 5 Abs. 5 lit. d) VOF. § 5 Abs. 1 S. 1 VOF gibt jedoch vor, dass nur solche Angaben gefordert werden dürfen, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind. Die auf Art. 44 Abs. 3 und Art. 72 Richtlinie 2004/18/EG beruhenden § 16 Abs. 3 S. 1 VOF sowie § 3 Abs. 3 S. 4 RPW fordern für die Begrenzung der Teilnehmerzahl von Wettbewerben zudem, für die Auswahl der Teilnehmer nicht-diskriminierende Kriterien festzulegen.

Die Forderung nach einer Mitarbeiterzahl von mindestens fünf oder gar zehn festangestellten Architekten oder Ingenieuren wird diesen Vorgaben in den meisten Fällen nicht gerecht. Denn wie oben (Ziffer B.II.2.) bereits dargelegt, werden die meisten Aufträge mit einem

Volumen von 20 bis 30 Millionen Euro sowohl bei kleinen und jungen als auch bei großen und etablierten Büros von kleinen Projektgruppen ausgeführt. Im Übrigen lässt sich aus der Personalstärke auch ganz allgemein kein Rückschluss auf die personelle Leistungsfähigkeit des jeweiligen Büros hinsichtlich des konkreten Auftrags ziehen. Denn bei den großen und etablierten Büros sind vor einer Auftragserteilung i.d.R. alle Mitarbeiter in anderen Projekten gebunden, sodass auch bei diesen Büros die Mitarbeiterzahl keine Gewähr für eine umgehende personelle Verfügbarkeit bietet. Sofern und soweit sich daher ein Projekt nicht deutlich außerhalb des oben genannten Rahmens bewegt oder bewegen soll, steht die Forderung nach einer Mitarbeiterzahl, wie sie nur die großen und etablierten Büros erfüllen können, in keinem angemessenem Verhältnis zum Auftragsgegenstand und hängt nicht mit ihm zusammen.

Das zeigt sich deutlich an Beispielsfall 1. Dort plant die Freie und Hansestadt Hamburg die Vergabe von Architektenleistungen für den Neubau eines Schulgebäudes mit einem Bauvolumen von knapp 29 Millionen Euro und einem Anforderungsprofil entsprechend Honorarzone III HOAI. Acht Teilnehmer sollen am Verfahren teilnehmen, davon sechs etablierte sowie je ein junges und kleines Büro. Erstgenannte Bewerber müssen in diesem Verfahren mindestens zwei vergleichbare Referenzen vorweisen und in den letzten drei Jahren durchschnittlich mindestens zehn Ingenieure beschäftigt sowie im gleichen Zeitraum durchschnittlich einen Jahresumsatz von mindestens 1 Million Euro erwirtschaftet haben. Bei den vorstehenden Anforderungen handelt es sich mithin um Mindestkriterien im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG. An die jungen und kleinen Büros werden keine vergleichbaren Anforderungen gestellt. Sie sollen per Losentscheid ausgewählt werden. Daran zeigt sich:

Die ausgeschriebenen Leistungen sind ganz offensichtlich auch von kleinen und jungen Büros zu bewältigen. Anderenfalls dürfte die Stadt Hamburg sie nicht berücksichtigen. Das vorausgesetzt stellen die Anforderungen an die etablierten Büros augenscheinlich keine Kriterien dar, die im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 VOF durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind. Es handelt sich im Gegenteil um Anforderungen, die einzig und allein dem Ziel dienen, weitgehend die größten Büros zum Zuge kommen zu lassen – denn nur etwa 4 % der in Deutschland tätigen Architekturbüros erreichen die Mitarbeiterzahl von mindestens zehn beschäftigten Ingenieuren (siehe oben Ziffer B.I.1.). Die grundsätzlich begrüßenswerte Berücksichtigung von jungen und kleinen Büros erscheint vor diesem Hintergrund eher als rein formales Zugeständnis an die Vorschrift des § 2 Abs. 4 VOF, nach der kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger angemessen beteiligt werden sollen.

Legt man die vorstehenden Zahlen zu Grunde, ergibt sich ein noch größeres Missverhältnis in den Beispielsfällen 5 und 6, in denen die Stadt Düsseldorf Architektenleistungen für die Erweiterungen zweier Schulen mit einem Bauvolumen von 4,9 bzw. 5,7 Millionen Euro und einem Anforderungsprofil jeweils entsprechend Honorarzone III HOAI ausschreibt. In diesen Fällen werden Bürogrößen von mindestens fünf Architekten gefordert. Eine gesonderte Berücksichtigung von kleinen und jungen Büros erfolgt nicht. Stand jedoch im Beispielsfall 1 die Forderung nach einer Bürogröße von zehn Ingenieuren bereits in keinem angemessenen Verhältnis zum Bauvolumen von knapp 29 Millionen Euro, so muss in den Fällen 5 und

6 erst recht davon ausgegangen werden, dass die Forderung nach fünf Architekten bei den oben genannten Bauvolumina völlig unangemessen ist und daher gegen § 5 Abs. 1 S. 1 VOF verstößt.

Diese nur beispielhaft herausgegriffenen Fälle spiegeln eine weit verbreitete Praxis in Deutschland hinsichtlich der Forderung nach bestimmten Bürogrößen als Mindestkriterien wider. Die Beispielsfälle verdeutlichen anschaulich, dass diese Forderungen seitens der öffentlichen Auftraggeber nur damit zu erklären sind, dass lediglich die bekannten und bewährten Partner als Anbieter in Betracht gezogen werden. Sachliche Gründe dafür existieren bei höchstens durchschnittlichen Bauvolumina und einem höchstens durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad nicht.

#### **c. Mindestjahresumsatz**

Schließlich ist auch die Forderung nach einem bestimmten Jahresumsatz häufig nicht durch den Auftragsgegenstand zu rechtfertigen. Denn wie bereits aufgezeigt, können die hier vorgelegten Beispielsfälle ohne Weiteres von Projektteams zwischen zwei und vier Personen bewältigt werden. Architekturbüros dieser Größe erwirtschaften jedoch in aller Regel nicht die Umsätze, die in den Beispielsfällen 10, 12, 13, 15 und 16 gefordert werden bzw. die für die Höchstpunktzahl erforderlich wären.<sup>45</sup> Kleine und junge Büros werden somit auch auf diesem Wege vom Wettbewerb ausgeschlossen oder haben deutlich geringere Chancen, sich im Rahmen einer Ausschreibung durchzusetzen.

#### **4. Zwischenergebnis**

Durch die § 5 Abs. 1 S. 1 VOF verletzenden Vorgaben für die Eignung der Bieter oder Bewerber bei der Vergabe von Architektenleistungen wird der Wettbewerb, der nach § 97 Abs. 1 GWB zur Grundlage jeder Beschaffungstätigkeit zu machen ist, ohne sachliche Rechtfertigung weitgehend eingeschränkt. Denn realistische Chancen, einen öffentlichen Auftrag zu erhalten, haben nur wenige große und etablierte Büros. Kleine und junge Büros werden hingegen systematisch von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen. Die Folge dieser wettbewerbsfeindlichen Vorgaben ist, dass faktisch abgeschlossene Teilmärkte entstehen, z.B. für Schulen, Turnhallen oder Feuerwehrrachen. In diesen Teilmärkten sind jeweils nur wenige große Anbieter vertreten. Das bedeutet spiegelbildlich eine nach § 97 Abs. 2 GWB gesetzlich nicht zugelassene Ungleichbehandlung zulasten kleiner und junger Büros.

Dadurch werden – entgegen den Vorgaben von § 97 Abs. 3 S. 1 GWB – mittelständische Interessen bei der Vergabe von Architektenleistungen nicht vornehmlich berücksichtigt; kleine und junge Büros werden im Gegenteil gezielt ausgegrenzt. Das widerspricht den ausdrücklichen Vorgaben in § 16 Abs. 3 S. 1 VOF und § 3 Abs. 3 S. 4 RPW und damit zugleich Art. 44 Abs. 3 und Art. 72 Richtlinie 2004/18/EG, die für eine Begrenzung des Teilnehmer-

---

<sup>45</sup> S. dazu die Studie des IFB im Auftrag des AHO: „Die wirtschaftliche Lage der Ingenieure und Architekten 2013 – einschließlich Aussagen zur Auskömmlichkeit ausgewählter Honorartafeln“, S. 32 (Anlage 41).



felds ausdrücklich nicht diskriminierende Kriterien fordern. Auch diese Vorschriften werden durch diese Praxis verletzt.

## II. MISSACHTUNG VERGABERECHTLICHER GRUNDSÄTZE DURCH DEN SYSTEMATISCHEN VERZICHT AUF PLANUNGSWETTBEWERBE

Auch der weitgehende Verzicht darauf, bei der Vergabe planungsrelevanter Dienstleistungen auf das Instrument des Planungswettbewerbs i.S. der §§ 15 ff. VOF zurückzugreifen, steht in Konflikt mit den vergaberechtlichen Grundsätzen. Zwar besteht nach geltender Rechtslage (zu Vorschlägen *de lege ferenda* siehe unten, Ziffer E.III.) keine Pflicht, im Zusammenhang mit planungsrelevanten Dienstleistungen stets einen Planungswettbewerb durchzuführen. Das gesamte Vergaberecht wird jedoch von den Grundsätzen des Wettbewerb, der Transparenz und der Gleichbehandlung beherrscht (§ 97 Abs. 1 und GWB). Diese Grundsätze dienen nicht nur als bloße Programmsätze, sondern stellen das Vergaberecht tragende Prinzipien dar, die als Auslegungsrichtschnur herangezogen werden können und müssen.<sup>46</sup> Es lässt sich sogar behaupten, sie seien

„Grundlage für die Beurteilung vergaberechtlicher Fallgestaltungen“.<sup>47</sup>

Dementsprechend können aus dem Wettbewerbsgrundsatz (hierzu unter 1.) sowie den Grundsätzen der Transparenz (hierzu unter 2.) und Gleichbehandlung (hierzu unter 3.) Rückschlüsse bezüglich einer Pflicht zur Durchführung von Planungswettbewerben bei planungsrelevanten Dienstleistungen gezogen werden:

### 1. Wettbewerbsgrundsatz

Das Wettbewerbsprinzip bedeutet, dass sich grundsätzlich jedes interessierte Unternehmen an der Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags beteiligen darf, dass jedem Unternehmen hierfür dieselben Grundvoraussetzungen geboten werden müssen und dass eine objektive Bewertung der Angebote zu erfolgen hat.<sup>48</sup>

Diesem Grundsatz entspreche der offene Planungswettbewerb am besten. Denn dieser bietet allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern die gleiche Chance, sich durch einen qualitativ hochwertigen Planungsentwurf, d.h. durch eine innovative, auf das ausgeschriebene Projekt zugeschnittene Leistung zu Verhandlungen über die Auftragsvergabe zu qualifizieren. Das entspreche im engeren Wortsinn dem Wettbewerbsgedanken und sollte daher das Ziel der Beschaffungstätigkeit im Bereich der Architektenleistungen sein.

---

<sup>46</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.5.2009, Verg 68/08, Rn. 109, juris. Die Rechtsprechung bezieht sich regelmäßig auf die genannten Grundsätze. Zum Wettbewerbsgrundsatz: EuGH, Urt. v. 07.10.2004, C-247/02, Rn. 40; OLG Schleswig, Beschl. v. 30.10.2012, 1 Verg 5/12, Rn. 17; VK Südbayern, Beschl. v. 05.06.2013, Z3-3-3194-1-12-03/13, Rn. 111 ff. Zum Gleichbehandlungsgrundsatz: EuGH, Urt. v. 23.12.2009, C-305/08, Rn. 40. Zum Transparenzgrundsatz: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2012, Verg 1/12, Rn. 20, 31. Vgl. auch *Burgi*, NZBau 2008, 29, 32; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht – Bd. 2 GWB / Teil 2. 5. Aufl. 2014, § 97, Rn. 19; *Egger*, Europäisches Vergaberecht, 2011, Rn. 835.

<sup>47</sup> *Leinemann/Leinemann/Kirch*, Das neue Vergaberecht, Rn. 5.

<sup>48</sup> Vgl. *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 97 GWB, Rn. 4.

Doch auch wenn der *offene* Planungswettbewerb vermeintlich oder tatsächlich aufgrund zu hoher Bewerberzahlen in Einzelfällen nicht möglich sein sollte, spricht nichts dagegen, die mit Blick auf einen möglichst breiten Wettbewerb zweitbeste Lösung ins Auge zu fassen, nämlich wenigstens einen beschränkten Planungswettbewerb durchzuführen. Denn beschränkte Planungswettbewerbe bieten gegenüber den heute zumeist praktizierten Verhandlungsverfahren mit vorangehendem Teilnahmewettbewerb immer noch ein weitaus größeres Maß an wettbewerblicher Auseinandersetzung. Während beim Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zum Nachweis der Eignung lediglich abstrakte und wenig aussagekräftige Parameter aus der Vergangenheit abgefragt werden (Referenzen, Mitarbeiterzahlen, Umsatzhöhen), um sodann ohne Anknüpfungspunkt wie einen Planungsentwurf über die ausgeschriebene Leistung zu verhandeln, zeichnet sich der beschränkte Wettbewerb dadurch aus, dass er nach einer ersten Auswahlstufe (zu deren Ausgestaltung siehe unten E.) eine konkrete, auf den ausgeschriebenen Auftrag bezogene Idee zum Gegenstand der Auswahlentscheidung macht. Das fördert den Wettbewerb und bedeutet zugleich eine inhärente erste Qualitätssicherung, da dem öffentlichen Auftraggeber dargelegt wird, welcher Teilnehmer die sachlich überzeugendste und ästhetisch ansprechendste Leistung verspricht und dabei auch die Kosten des Projekts im Auge behält.

Vor diesem Hintergrund erscheint ein bloßes Verhandlungsverfahren, das den öffentlichen Auftraggeber all dieser Vorteile beraubt und zugleich ein gegenüber dem Planungswettbewerb erheblich geringeres Maß an Wettbewerb aufweist, als sachlich kaum zu begründen. Es schränkt den Wettbewerb, der bei planungsrelevanten Dienstleistungen der Natur der Sache nach in erster Linie im Wettbewerb um die beste Planungsidee besteht, ohne Not ein. Das bedeutet, dass die Durchführung eines Planungswettbewerbs bei Planungsleistungen bislang zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist und ein Verzicht darauf demnach auch nicht unmittelbar gegen das Vergaberecht verstößt; im Zusammenhang mit planungsrelevanten Dienstleistungen keinen Planungswettbewerb durchzuführen, gerät jedoch in Konflikt mit dem übergeordneten Wettbewerbsgrundsatz, wenn nicht ausnahmsweise sachliche Gründe für einen Verzicht sprechen.

## 2. Transparenz

Der Transparenzgrundsatz

*„fordert allgemein eine übersichtliche und klar abgestufte Verfahrensgestaltung. Die das Verfahren abschließende Vergabeentscheidung als solche muss ebenfalls transparent sein, dh die maßgeblichen Wertungskriterien müssen schon bei der Ausschreibung offengelegt werden und die vergleichende Wertung der abgegebenen Angebote muss sachlich nachvollziehbar sein.“<sup>49</sup>*

Übertragen auf die Ausschreibung und Vergabe von planungsrelevanten Dienstleistungen, erweist sich vor diesem Hintergrund erneut der offene oder beschränkte Planungswettbewerb als gebotene Verfahrensart. Denn beim Planungswettbewerb – ganz im Gegensatz zum Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb – erfolgt die Auswahl unter den Teil-

---

<sup>49</sup> *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2011, § 97 GWB, Rn. 65.

nehmern nicht anhand wenig transparenter bilateraler Gespräche, sondern öffentlich. Der sonst eintretende Transparenzverlust wiegt bei planungsrelevanten Dienstleistungen jedoch nicht nur überdurchschnittlich schwer, weil nicht ersichtlich ist, welche ähnlich aussagekräftigen Maßstäbe wie ein Planungsentwurf zur Beurteilung der Teilnehmer herangezogen werden könnten; der Transparenzverlust ist auch unnötig, weil dem öffentlichen Auftraggeber mit dem Planungswettbewerb ein maßgeschneidertes und lange bewährtes Verfahren zur Vergabe von planungsrelevanten Dienstleistungen zur Verfügung steht. Denn dieses ist ein Verfahren, dass die Entscheidung darüber, wer den qualitativ besten Entwurf angefertigt hat, einer fachkundigen und unparteiischen Jury überlässt, die öffentlich und damit so transparent wie möglich entscheidet.

Demnach gebietet auch der Grundsatz einer transparenten Verfahrensführung die Durchführung von Planungswettbewerben. Ein Verzicht darauf erscheint vor diesem Hintergrund nur in Ausnahmefällen rechtlich zulässig, die spezifische Sachgründe erfordern.

### **3. Gleichbehandlung**

Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz fordert das. Er verlangt Verfahrensgerechtigkeit durch unparteiische Behandlung aller Bieter ohne Ansehen der Person bzw. des Unternehmens.<sup>50</sup> Alle Bieter und ihre Angebote müssen denselben Bedingungen unterworfen werden.<sup>51</sup>

Diesen Forderungen kann zwar theoretisch in einem Verhandlungsverfahren entsprochen werden. Dieses bietet jedoch – wie die gegenwärtige Praxis zeigt – insbesondere mit Blick auf die unvoreingenommene Behandlung aller Bieter ohne Ansehen der Person einiges Missbrauchspotential. Selbst wenn die Auswahl der Teilnehmer – anders als heute – anhand angemessener Eignungskriterien erfolgen sollte, bietet das Verhandlungsverfahren dem öffentlichen Auftraggeber in der Verhandlungsphase erneut die Möglichkeit, einen präferierten Teilnehmer, und das ist nach jahrzehntelanger Erfahrung stets das möglichst große und etablierte Büro (siehe oben), den Auftrag zu erteilen.

Im Gegensatz dazu stellt sich der Planungswettbewerb geradezu als verfahrenstechnische Garantie gegen jedwede Bevorzugung oder Diskriminierung einzelner Teilnehmer dar. Denn zum einen wird der Planungswettbewerb anonym durchgeführt, was eine Ungleichbehandlung anhand persönlicher Präferenzen bereits strukturell ausschließt. Zum anderen werden die Wettbewerbssieger – wie bereits erwähnt – öffentlich und durch eine unparteiische Fachjury ermittelt.

Daraus folgt, dass auch der Grundsatz der Gleichbehandlung für die Durchführung eines Planungswettbewerbs spricht.

### **III. ZWISCHENERGEBNIS**

Die rechtliche Würdigung hat zweierlei aufgezeigt:

---

<sup>50</sup> *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2011, § 97 GWB, Rn. 65.

<sup>51</sup> EuG, Urt. v. 19.3.2010, T-50/05, Rn. 56.

1. Öffentliche Auftraggeber verstoßen bei der Vergabe von Architektenleistungen systematisch gegen das geltende Vergaberecht, indem sie sachlich unbegründete und dem jeweiligen Auftragsgegenstand unangemessene Eignungskriterien aufstellen. Das betrifft in erster Linie die Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen. Aber auch die Forderung nach bestimmten Mitarbeiterzahlen und bestimmten Umsatzhöhen sind sachlich unbegründet und führen lediglich dazu, dass kleine und junge Büros vom Markt der öffentlichen Aufträge ausgeschlossen werden.
2. Öffentliche Auftraggeber greifen bei der Vergabe von Architektenleistungen weit überwiegend auf das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zurück und machen demnach kaum Gebrauch von offenen oder beschränkten Planungswettbewerben. Das widerspricht nicht nur der – soweit ersichtlich – einhelligen Einschätzung der Praxis hinsichtlich der Frage, welche Verfahrensart aus fachlicher Sicht zu bevorzugen ist. Es steht auch in Konflikt mit den vergaberechtlichen Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB).

## **E. HANDLUNGSEMPFEHLUNG**

Bis zum 18. April 2016 ist die neue Vergaberichtlinie Richtlinie 2014/24/EU in deutsches Recht umzusetzen. Zwar enthält die genannte Richtlinie in Art. 58 betreffend Eignungsnachweise keine wesentlichen Neuerungen gegenüber Richtlinie 2004/18/EG (wobei im Detail – z.B. durch die Aufnahme des Ziels der Mittelstandsförderung in Erwägungsgrund 78 sowie die erstmals aufgenommenen Regelungen zur Losaufteilung in Art. 46 – indirekt die hier vertretene Sicht gestärkt wird). Die bevorstehende Umsetzung der neuen Vergaberichtlinie in deutsches Recht bietet aber eine gute Gelegenheit, der gegenwärtigen, unhaltbaren Praxis bei der Vergabe von Architektenleistungen durch konkrete gesetzliche Vorgaben entgegenzutreten.

Dabei darf nicht verkannt werden, dass die beteiligten Parteien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterschiedliche, teils gegenläufige Interessen haben. So berufen sich öffentliche Auftraggeber nicht selten auf die Notwendigkeit, Vergabeverfahren möglichst effizient und zügig durchzuführen. Bieter und Bewerber fordern in erster Linie ein faires Auswahlverfahren unter Ausschluss sachfremder Erwägungen. Diese Positionen müssen indessen nicht zwangsläufig in Widerspruch geraten. Doch das Vorgehen öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe von Architektenleistungen hat die Interessen der Marktteilnehmer ohne Not marginalisiert.

Die öffentlichen Auftraggeber rechtfertigen ihr Vorgehen in der Regel mit zwei Argumenten, die alternativ oder kumulativ zur Anwendung gelangen: Entweder wird vorgetragen, öffentlichen Auftraggeber könnten mit Blick auf die regelmäßig große Anzahl von Bewerbern ihren Bedarf an Architektenleistungen nicht mehr effizient und zügig befriedigen, so dass eine Reduzierung des Teilnehmerfeldes alternativlos sei. Oder es wird mit Qualitätserwägungen dahingehend argumentiert, dass die sachgerechte, effiziente und zügige Ausführung seitens des Bewerbers sichergestellt werden müsse, was nur mittels eines Nachweises entsprechender Erfahrung bei der Planung öffentlicher Gebäude gewährleistet sei.

Das Ziel der öffentlichen Auftraggeber, nicht mit einer Unzahl von Bietern Verhandlungen zu führen bzw. eine Unzahl von Wettbewerbsbeiträgen begutachten und bewerten zu müssen, ist legitim. Die Art und Weise, wie dieses Ziel erreicht werden soll, ist hingegen unzumutbar und rechtswidrig. Das wurde mit Blick auf das Argument der Qualitätssicherung bereits ausführlich dargelegt. Betreffend der häufig hohen Bewerberzahlen und der damit einhergehenden Notwendigkeit, die Teilnehmerzahl auf ein handhabbares Maß zu begrenzen, werden nachfolgend Vorschläge unterbreitet, mit welchen gesetzlichen Vorgaben die öffentliche Hand ihren Beschaffungsbedarf künftig sachgerecht, effizient, zügig und rechtskonform befriedigen kann – ohne systematische Rechtsverstöße zu begehen.

Hierfür wird in einem ersten Schritt untersucht, welche Verfahrensart sich für die Vergabe von planungsrelevanten Dienstleistungen anbietet und wie dieses Verfahren ausgestaltet sein sollte (hierzu unter I.). Danach wird der Frage nachgegangen, wie eine sachgerechte und rechtmäßige Beschränkung des Teilnehmerfeldes durchgeführt werden kann (hierzu unter II.). Den abstrakten Ausführungen folgt der Vorschlag einer Norm für die Vergabe von planungsrelevanten Dienstleistungen (hierzu unter III.). Die Ausführungen oben unter A. legen nahe, dass die Möglichkeit einer Verbandsklage ins Auge gefasst werden sollte (hierzu unter IV.).

## **I. VERFAHRENSART**

### **1. Gegenwärtige Rechtslage**

Die VOF sieht heute in § 3 Abs. 1 das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb als Regelverfahren vor. Nach den §§ 15 ff. VOF können isoliert, oder einem Verhandlungsverfahren vorgeschaltet, Wettbewerbe durchgeführt werden. Eine Verpflichtung, Wettbewerbe durchzuführen, besteht nicht. Die Ausgestaltung von Wettbewerben wird vor allem in der RPW, einer veröffentlichten einheitlichen Richtlinie im Sinne von § 15 Abs. 2 VOF, vorgegeben.

### **2. Empfehlungen zur künftigen Ausgestaltung**

Die gegenwärtige Rechtslage, die Wettbewerben im Zusammenhang mit planungsrelevanten Dienstleistungen keine herausgehobene Stellung einräumt, steht offensichtlich im Widerspruch zur einhelligen Ansicht der Praxis zu dieser Frage (siehe oben, Ziffer B.III.) und ist mit Blick auf die vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs sowie der Transparenz und Gleichbehandlung nicht haltbar (siehe oben, Ziffer D.II.).

#### **a. Verfahrensart**

Nahezu sämtliche Vertreter der Praxis, Architekten und andere planungsrelevanter Berufe, sind sich einig, dass für Ausschreibungen auf diesem Gebiet ein Planungswettbewerb durchgeführt werden sollte (siehe oben, Ziffer B.III.). Denn Planungsleistungen sind nicht mit anderen Dienstleistungen vergleichbar, die einen mehr oder minder standardisierten Leistungsgegenstand und entsprechende Prozesse zum Gegenstand haben. Planungsleistungen werden stets auf ein individuelles, in der konkreten Form noch nicht da gewesenes Projekt

gerichtet. Es liegt daher auf der Hand, dass in Vergabeverfahren für Planungsleistungen nur sehr bedingt auf alte Muster zurückgegriffen werden kann.

Rechtlich geboten erscheint es vor diesem Hintergrund, den Planungswettbewerb zum Mittelpunkt eines Vergabeverfahrens für planungsrelevante Dienstleistungen zu machen. Das steigerte nicht nur die durchschnittliche Qualität der Planungen und wäre nicht nur ein gutes Instrument, der bestehenden Diskriminierung kleiner und junger Büros entgegenzuwirken; es würde sich in vielen Fällen auch spürbar positiv auf die Kosten der mit Steuergeldern finanzierten öffentlichen Projekte auswirken. Denn die Projektgesamtkosten bei der Errichtung von Gebäuden werden aufgrund der stets unterschiedlichen Voraussetzungen und Anforderungen weit überwiegend vom Konzept beeinflusst, sodass eine projektindividuelle Planungsleistung für die kosteneffiziente Durchführung von Bauprojekten von größter Bedeutung ist. Somit gewährleistet nur ein geeignetes Konzept eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung, da nur so die örtlichen Besonderheiten (Topographie, Bodenverhältnisse, Raumprogramm etc.) hinreichend berücksichtigt werden. Da die Steuerungsmöglichkeiten bezüglich der Gesamtkosten im Projektverlauf bekanntlich immer weiter abnehmen, ergibt sich unter dem Gesichtspunkt des „best value for money“ auch aus Kostengründen eine Verpflichtung für öffentliche Auftraggeber, Planungswettbewerbe durchzuführen. Zu vergebende Preisgelder fallen dabei kaum ins Gewicht, da sie in etwa dem Honorar eines normalen Vorentwurfs entsprechen und im Falle der Beauftragung des Wettbewerbssiegers mit späteren Honorarzahungen verrechnet werden.

Demgegenüber bieten Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Planungswettbewerb nur geringe Möglichkeiten, um auf die Gesamtkosten Einfluss zu nehmen. Denn die Honorare der Architekten und anderen Berufsträger sind über die Regelungen in der HOAI ohnehin weitgehend festgelegt, sodass öffentliche Auftraggeber und Wirtschaftsteilnehmer nur noch über Nebenaspekte verhandeln können. Solche Verhandlungen führen dementsprechend in aller Regel nur zu minimalen Kosteneinsparungen, während durch die Auswahl des wirtschaftlichsten Konzepts im Rahmen eines Planungswettbewerbs ein Großteil der Projektkosten beeinflusst werden kann.

Die besten Ergebnisse werden somit auch bei der Vergabe von Architektenleistungen durch Wettbewerb und das Einholen möglichst vieler, im besten Falle innovativer Ideen erzielt. Kleine und junge Büros haben durch qualitativ hochwertige Beiträge immer wieder unter Beweis gestellt, dass sie hierfür einen wertvollen Beitrag leisten können. Die großen und etablierten Büros dürften mit Blick auf die für Planungsleistungen elementaren Fähigkeiten wie Kreativität und Innovationskraft eindeutig kein Monopol halten.

Folglich ist der Planungswettbewerb bei der Umsetzung von Richtlinie 2014/24/EU für alle planungsrelevanten Dienstleistungen als zwingender Regelwettbewerb vorzugeben. Ausnahmen dürfen nur im engen Rahmen aufgrund von zwingenden Sachgründen möglich sein. Zu denken ist insofern an Planungsleistungen, die nicht entwurfs- oder konzeptabhängig sind, da der Lösungsweg bereits vorab feststeht, beispielsweise die Sanierung von Bausubstanz im Bestand. Dabei ist dem offenen Wettbewerb der Vorrang einzuräumen. Sofern eine Beschränkung allerdings lediglich auf Grundlage angemessener Eignungsanforderungen

(siehe unten) durchgeführt wird, würde auch eine Gleichstellung von offenem und beschränktem Wettbewerb eine spürbare Verbesserung gegenüber der heutigen Rechts- und Sachlage darstellen.

## **b. Verfahrensdurchführung**

Die Einführung des offenen oder beschränkten Planungswettbewerbs als zwingendes Regelverfahren wäre der entscheidende Schritt hin zu einem sachlich vernünftigen, den Wettbewerb fördernden sowie transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zur Vergabe von planungsrelevanten Dienstleistungen. Die Ausgestaltung dieses Verfahrens hat jedoch ebenfalls großen Einfluss auf die genannten Ziele. Daher wird im folgenden Stellung bezogen zur Frage des genauen Verfahrensablaufs (Hierzu unter aa)), der Rolle der Wettbewerbssieger (hierzu unter bb)), der Möglichkeit, einzelne Teilnehmer zu setzen (hierzu unter cc)) sowie zu einer möglichen Pflicht zur Registrierung aller Verfahren bei der jeweils zuständigen Architektenkammer (hierzu unter dd)).

### **aa) Verfahrensablauf**

Mit Blick auf die präzise Verfahrensgestaltung führen mehrere Modelle zum gewünschten Ziel eines fairen und zugleich effizienten Wettbewerbs:

Denkbar wäre z.B. ein zweiphasiges Verfahren, bei dem die Teilnehmer für den Planungswettbewerb in einer ersten Phase anhand von grundsätzlichen Lösungsvorschlägen durch eine Fachjury ausgewählt werden. Teilnahmeberechtigt wären hier alle Personen, die eine Eintragung bei einer Architektenkammer vorweisen können. Weitere Anforderungen an die Eignung werden nicht gestellt. Denn es ist nicht vermittelbar, warum ein eingetragener Architekt nicht in der Lage sein sollte, für jedes Bauvorhaben einen grundsätzlichen Lösungsvorschlag zu entwickeln. Die Fachjury ermittelt aus allen eingereichten Beiträgen eine angemessene Anzahl (mindestens 20) für die Teilnahme an der zweiten Wettbewerbsphase.

Nach den langjährigen positiven Erfahrungen des oben genannten Planungsbüros *Drees und Huesmann* wäre es andererseits auch denkbar, das Verfahren wie folgt zu gestalten:

1. Der Aufruf zum Wettbewerb richtet sich an alle Architekten, die eine Kammerzulassung vorweisen können.
2. In der Auslobung gibt der Auslober die von ihm gewünschte Höchstzahl der Teilnehmer an. Diese Zahl sollte 20 nicht unterschreiten.
3. Beantragen mehr zugelassene Architekten die Teilnahme als vom Auslober vorgesehen, lost der Auslober unter den Bewerbern die entsprechende Anzahl an Teilnehmern aus.
4. Eine Lostopfbildung für kleine und junge Büros bedarf es in diesem Modell nicht, da diese Büros entsprechend ihres Anteils an den Architekturbüros in Deutschland für den Losentscheid entsprechend berücksichtigt würden.

## bb) Rolle des Wettbewerbssiegers

Öffentliche Auftraggeber sind nach geltender Rechtslage nicht dazu verpflichtet, den Auftrag an den Wettbewerbssieger zu erteilen (vgl. insoweit die weitgefassten Vorschriften der § 17 Abs. 1 VOF und § 8 Abs. 2 RPW). Das führt dazu, dass im auf den Wettbewerb folgenden Verhandlungsverfahren häufig die großen und etablierten Büros ohne sachlichen Grund bevorzugt werden. In der Praxis erhalten daher kleine und junge Büros, selbst wenn sie einen Planungswettbewerb gewinnen, selten den ausgeschriebenen Auftrag.

Diese Praxis muss unterbunden werden. Denn es ist widersprüchlich und verstößt gegen den Grundsatz eines transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerbs, wenn das im Wettbewerb gefundene Ergebnis letztlich keinen angemessenen Niederschlag bei den anschließenden Verhandlungen und der Auftragserteilung findet. Willkür und anderen unlauteren Methoden werden durch die bislang fehlende Regelung zur angemessenen Wertung des Wettbewerbsergebnisses Tor und Tür geöffnet. Daher würde es zwar zu weit gehen, den öffentlichen Auftraggeber zu verpflichten, ausnahmslos den Wettbewerbssieger mit der Planungsleistung zu beauftragen. Denn es ist nicht auszuschließen, dass im Einzelfall objektive Gründe gegen eine Beauftragung des Wettbewerbssiegers sprechen, z.B. zwischenzeitlich eingetretene erhebliche Zweifel an seiner Zuverlässigkeit. Sofern ein solcher Fall jedoch nicht vorliegt, sind Verhandlungen zuerst und ausschließlich mit dem Bewerber – gewissermaßen als „preferred bidder“ – zu führen, der in einem fairen Wettbewerb die – durch eine Fachjury ermittelte – beste Lösung präsentiert hat, also mit dem Wettbewerbssieger. Nur sofern diese Verhandlungen scheitern ist mit dem zweiten oder dritten Sieger zu verhandeln. Eine dieses Vorgehen strikt vorschreibende Regelung würde nicht nur den Grundsätzen des fairen Wettbewerbs und der Transparenz und Gleichbehandlung entsprechen. Sie würde zugleich das Vertrauen in eine „saubere“ Auftragsvergabe stärken.

Zu diesem Ergebnis kommt auch die Architektenkammer Nordrhein-Westfalen:

*„Ein Mittelweg besteht darin, dem ersten Preisträger den Auftrag zuzusichern und nur für den Fall schwerwiegender Gründe gegen eine Beauftragung Verhandlungen mit den übrigen Preisträgern vorzusehen.“<sup>52</sup>*

## cc) Gesetzte Teilnehmer

Es ist gängige Praxis öffentlicher Auftraggeber, bei Auslobungen und Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen auf gesetzte Teilnehmer zurückzugreifen.<sup>53</sup> Das bedeutet, dass sich einige vom öffentlichen Auftraggeber auserkorene Wirtschaftsteilnehmer nicht dem für alle anderen Bewerber vorgesehenen Teilnahmewettbewerb stellen müssen. Das verstößt evident gegen sämtliche vergaberechtlichen Grundsätze. Keine Vorschrift in den deutschen Gesetzen und Verordnungen oder in der Richtlinie 2004/18/EG bzw.

---

<sup>52</sup> Siehe Nachweis Fn. 36.

<sup>53</sup> Eine Umfrage ergab, dass in 376 untersuchten nichtoffenen Wettbewerben 66 % der Wettbewerbe ausschließlich oder teilweise mit gesetzten Teilnehmern durchgeführt wurden. S. competition, Ausgabe 10, Januar-März 2015, S. 45 (Anlage 42).



2014/24/EU lässt erkennen, dass ein solches Vorgehen auch nur ausnahmsweise gestattet wäre.

Einige Vergabestellen berufen sich insoweit jedoch auf Abschnitt IV.1.1) des Standardformulars für die Veröffentlichung von Aufträgen im Amtsblatt der Europäischen Union, der für das Verhandlungsverfahrens fragt, ob einige Bewerber bereits ausgewählt seien. Dazu ist festzuhalten: Dem Standardformular kommt keine Gesetzeskraft zu. Es ist nicht ersichtlich, welchen Sonderfall die genannte Frage nach bereits ausgewählten Bewerbern betreffen soll.<sup>54</sup> Jedenfalls kann auf dieser Grundlage eine derart erhebliche Wettbewerbsverzerrung und intransparente Verfahrensdurchführung nicht gerechtfertigt werden, wie es im Fall der Vorauswahl bestimmter (und offensichtlich aus sachfremden Gründen bevorzugter) Wirtschaftsteilnehmer der Fall ist.

Rechtlich geboten ist demgegenüber, was die vergaberechtlichen Prinzipien fordern: Jeder Bewerber muss in jeder Hinsicht und in jedem Verfahrensstadium dieselben Anforderungen erfüllen, denselben Aufwand betreiben und sich mit denselben Erfolgsaussichten begnügen wie seine Mitbewerber.

Denn objektive Gründe für ein solches Vorgehen sind nicht ersichtlich. Vor allem ist es für den öffentlichen Auftraggeber nicht erforderlich – wie regelmäßig behauptet wird – sich dahingehend abzusichern, in jedem Falle hinreichend qualifizierte Teilnehmer zur Verfügung zu haben. Denn sofern der öffentliche Auftraggeber eine ausreichend große Zahl an Teilnehmern zulässt, ist die Befürchtung, nicht einer der Bewerber könnte in der Lage sein, eine qualitativ ansprechende Leistung abzuliefern, abwegig. Eine derartige Unterstellung taugt daher nicht, die Grundsätze des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung außer Kraft zu setzen. Zumal Untersuchungen zeigen, dass 64 % (!) der ersten Wettbewerbspreise an nicht gesetzte Teilnehmer vergeben werden,<sup>55</sup> mithin an Büros, die nach der Logik vieler öffentlicher Auftraggeber nicht „besonders qualifiziert“ sind und daher nicht als gesetzte Kandidaten eine qualitative Planungsleistung absichern sollen.

#### **dd) Kammerregistrierung aller Architektenverfahren**

Letztlich sollte auch die Regelung in § 2 Abs. 4 RPW für alle Verfahren zur Vergabe von Architektenleistungen zur verbindlichen Vorgabe gemacht werden. Das bedeutete eine unabhängige und fachlich hochwertige Vorabprüfung sämtlicher Verfahren auf ihre rechtliche und sachliche Angemessenheit.

## **II. SACHGERECHTE UND RECHTMÄßIGE BESCHRÄNKUNG DES TEILNEHMERFELDS**

Unbestritten muss es öffentlichen Auftraggebern auch künftig möglich sein, die Eignung der Bewerber zu prüfen. Hierfür sind konkrete Vorgaben zu entwickeln und gesetzlich festzuschreiben.

---

<sup>54</sup> Denkbar wäre ein Fall des Art. 30 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2004/18/EG, wenn bspw. im Rahmen eines nicht-offenen Verfahrens bereits geeignete Bewerber ausgewählt wurden.

<sup>55</sup> Siehe Nachweis Fn. 53.

Denn öffentlichen Auftraggebern muss es zwar möglich sein, die Zahl der Bewerber auf ein handhabbares Maß zu reduzieren. Das darf aber nicht länger einseitig zugunsten der etablierten Anbieter geschehen, ohne dass es auf die Erfahrung oder die Bürogröße tatsächlich ankäme. Mithin muss der Nachweis der Eignung bei der Vergabe von Architektenleistungen wieder darauf beschränkt werden, die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (§ 97 Abs. 4 S. 1 GWB) des Bieters mit strengem Bezug zum ausgeschriebenen oder ausgelobten Projekt (§ 5 Abs. 1 S. 1 VOF und Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG bzw. Art. 58 Abs. 1 UAbs. 2 Richtlinie 2014/24/EU) und nicht diskriminierend (§ 16 Abs. 3 S. 1 VOF und Art. 44 Abs. 3 sowie Art. 72 Richtlinie 2004/18/EG bzw. Art. 80 Abs. 3 S. 1 Richtlinie 2014/24/EU) zu prüfen (hierzu sogleich).

Erfolgt die Beschränkung des Teilnehmerfeldes nicht in einer ersten Wettbewerbsphase mit der Präsentation und Bewertung von grundsätzlichen Lösungsansätzen, sollte die Beschränkung durch Losentscheid unter allen Bewerbern, die eine Kammerzulassung vorweisen können, vorgenommen werden (siehe oben). Aufgrund der oben erwähnten (Ziffer B.II.1.) Untersuchung des Planungsbüros *Drees und Huesmann* spricht alles dafür, dass dieses Vorgehen (1.) in jeder Hinsicht ebenso gute Ergebnisse bezüglich der Ausführungsqualität erwarten lässt, (2.) eine ideale Möglichkeit darstellt, den Auswahlprozess effizient, zügig und kostengünstig zu gestalten und dabei (3.) den Wettbewerb fördert sowie das kreative Potenzial aller Marktteilnehmer nutzt. Nur an den oder die Wettbewerbssieger und nur sofern das erforderlich ist, dürfen im Falle einer Beschränkung des Teilnehmerfeldes durch Losentscheid weitere Eignungsanforderungen gestellt werden.

## 1. Verzicht auf weitere Nachweise in geeigneten Fällen

In allen geeigneten Fällen sollte der Nachweis der Berufszulassung (z.B. Architekt, Innenarchitekt etc.) bei der jeweils zuständigen Architektenkammer als Eignungsnachweis genügen. Welche Fälle geeignet in diesem Sinne sind, lässt sich anhand der gesetzlichen Bestimmungen herausarbeiten: § 5 Abs. 1 HOAI gibt fünf verschiedene Honorarzonen vor. Die Honorarzonen I bis III umfassen Planungsleistungen mit sehr geringen, geringen oder durchschnittlichen Planungsanforderungen. Die Honorarzonen IV und V umfassen hingegen hohe bzw. sehr hohe Planungsanforderungen.

Es ist kein Grund ersichtlich, warum ein in Deutschland zugelassener, d.h. in einer Architektenkammer registrierter Architekt nicht in der Lage sein sollte, höchstens durchschnittliche Planungsleistungen zu erbringen. Wer das bestreitet, behauptet implizit, dass die Architektenausbildung in Deutschland und die in den Architektenkammern organisierte Selbstverwaltung des Berufsstandes eine fachkundige Leistungserbringung in Durchschnittsfällen nicht gewährleistet. Eine solche These ist jedoch fernliegend. Auszugehen ist deshalb davon, dass für sämtliche Bauvorhaben, die den Honorarzonen I bis III zuzurechnen sind, der Nachweis der Kammereintragung als Nachweis der Eignung genügt.

## 2. Referenzen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass überzogene Anforderungen hinsichtlich der Referenzen das größte Hemmnis für eine Teilnahme kleiner und junger Büros an Verga-

beverfahren darstellen. Dementsprechend muss bei der Ausgestaltung der deutschen Vorschriften insbesondere hier gegengesteuert werden. Dabei wird nicht bestritten, dass Referenzen grundsätzlich ein probates Mittel zum Nachweis der beruflichen Leistungsfähigkeit sein können. Kann im konkreten Fall nicht gänzlich auf die Vorlage von Referenzprojekten verzichtet werden, weil das Bauvorhaben überdurchschnittliche Anforderungen an die Planungsleistungen stellt, darf hinsichtlich der Referenzen – auch nach Ansicht der zitierten Fachleute und Gerichte – aber nicht ein künstlich verengtes Segment geschaffen werden, das keinen Erkenntnisgewinn erlaubt, der nicht auch mit weniger wettbewerbsfeindlichen Mitteln erreicht werden kann. Das bedeutet:

1. Öffentliche Auftraggeber müssen verpflichtet werden, bei Bauvorhaben, die den Honorarstufen I bis III HOAI zuzuordnen sind gänzlich auf die Vorlage von Referenzen zu verzichten. Die entsprechenden Honorarstufen müssen daher im Rahmen der Auslobung ausdrücklich genannt werden. Das würde insbesondere jungen Architekturbüros einen ersten Marktzutritt erlauben. Sie könnten sich im Rahmen solcher Projekte bewähren und sich für umfangreichere und komplexere Vorhaben qualifizieren.
2. Besteht aufgrund des Umfangs oder der Komplexität des Vorhabens grundsätzlich ein legitimes Interesse des öffentlichen Auftraggebers am Nachweis von Referenzen, weil die Projektanforderungen eine außerordentliche hohe Komplexität (Honorarstufen IV und V HOAI) aufweisen, darf nur das zum Nachweis der projektangemessenen Eignung Erforderliche verlangt werden. Hierfür gilt:
  - a. Es ist nicht erforderlich, spezifische oder identische Referenzen vorweisen zu können. Der öffentliche Auftraggeber erhält auf diesem Wege keinerlei Informationen über die Leistungsfähigkeit der Bewerber, die er nicht auch auf anderem Wege erlangen kann. Derartige Referenzen sind ausdrücklich auszuschließen.
  - b. Demnach darf bezüglich der vorzulegenden Referenzen nur verlangt werden, dass sie mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar sind. Um über das Merkmal der Vergleichbarkeit aber nicht ein Einfallstor für die fortgesetzte Forderung nach überzogenen Referenzen zu schaffen, muss das Merkmal Vergleichbarkeit zum einen weit ausgelegt, zum anderen gesetzlich ausdrücklich festgelegt werden (siehe dazu unten Ziffer E.III.).

### **3. Bürogröße**

Auch die Forderungen nach einer bestimmten Anzahl fest angestellter Architekten oder Ingenieure ist streng auf das erforderliche Maß zu begrenzen. Dementsprechend muss es unzulässig sein, Mitarbeiterzahlen zu fordern, die nur 4 bis 15 % der Architekturbüros in Deutschland aufweisen und die aufgrund des Umfangs und der Komplexität des ausgeschriebenen Vorhabens nicht erforderlich sind. Zudem sind mit Blick auf die Mitarbeiterzahlen die Besonderheiten der Beschäftigungsstruktur in Planungsbüros zu beachten. Diese zeichnet sich durch projektabhängige starke Schwankungen im Personalbestand aus. Das heißt: Architekturbüros bauen unabhängig von ihrer Größe in aller Regel kurzfristig erfor-

derliches Personal auf, um Planungsaufträge mit der angemessenen Anzahl entsprechend ausgebildeter Mitarbeiter bearbeiten zu können.

Insofern ist die Forderung nach einer durchschnittliche Mindestmitarbeiterzahl in der Vergangenheit wenig zielführend. Denn sie trifft lediglich eine Aussage über den vergangenen bzw. gegenwärtigen Auftragsbestand und nicht über die konkrete personelle Leistungsfähigkeit bezogen auf das ausgeschriebene Projekt. Daher sollte es mit Blick auf die Bürogröße ausreichen, dass der Bewerber z.B. aufschiebend bedingte Arbeits- oder Dienstverträge mit geeignetem Personal vorweisen kann, also im Falle der Auftragserteilung über eine ausreichende Zahl an Mitarbeitern verfügt. Andernfalls würden erneut allein die großen Büros gestärkt, die für das jeweilige Projekt ebenfalls erst ein Team zusammenstellen würden, hierfür aufgrund ihres Personalbestands aber keine Mitarbeiter rekrutieren müssten.

Da es letztlich aber keinen Unterschied machen darf, auf welche Art und Weise sich die Büros die Mitarbeit der erforderliche Anzahl qualifizierter Berufsträger sichern, sollte nicht länger auf insoweit wenig aussagekräftige durchschnittliche Beschäftigtenzahlen rekuriert werden.

#### 4. Mindestjahresumsatz

Ähnliches gilt für die Forderung nach einem bestimmten Mindestjahresumsatz. Diesbezüglich gibt Art. 58 Abs. 3 UAbs. 2 Richtlinie 2014/24/EU vor, dass der von den Wirtschaftsteilnehmern geforderte Mindestjahresumsatz – von begründeten Ausnahmefällen abgesehen – das Zweifache des geschätzten Auftragswertes nicht übersteigen darf. Auch diese Obergrenze darf jedoch nur ausgeschöpft werden, wenn eine solche Anforderung mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und mit diesem in einem angemessenen Verhältnis steht, Art. 58 Abs. 1 UAbs. 2 Richtlinie 2014/24/EU.

Auch hier müssen jedoch die Besonderheiten bei der Erbringung von Architektenleistungen beachtet werden. Das beinhaltet, dass sich die Planung und Durchführung von Bauprojekten in der Regel über mehrere Jahre erstreckt. Dieser Umstand muss bei der Auslegung von Art. 58 Abs. 3 UAbs. 2 Richtlinie 2014/24/EU und seiner Umsetzung in deutsches Recht beachtet werden. Der Landesverband Bayern des BDA führt hierzu zutreffend aus:

*„Die Begrenzung des geforderten Mindesthonorarumsatzes auf das Zweifache des Auftragswertes ist vor diesem Hintergrund nicht sachgerecht. Eine Begrenzung auf das Zweifache des aus dem Auftrag zu erwartenden jährlichen Honorarumsatzes erscheint sachgerecht. (max. geforderter Jahresumsatz = 2 x Gesamthonorar des Auftrags / x-Jahre der Projektdauer).“<sup>56</sup>*

Allerdings ist bereits fraglich, ob sich mit der Abfrage von Umsatzzahlen im Zusammenhang mit planungsrelevanten Dienstleistungen – analog zu den Ausführungen oben über die Bürogröße – überhaupt valide Erkenntnisse über die Leistungsfähigkeit des jeweiligen Büros gewinnen lassen. Denn der jeweilige Umsatz wird in allen Architekturbüros durch die Berufsträger generiert. Diese sind jedoch im Zeitpunkt der Ausschreibung in aller Regel in

<sup>56</sup> Siehe Nachweis Fn. 35. Hervorhebung durch den Verfasser.



anderen Projekten gebunden. Daher geben auch die Umsatzzahlen nur Auskunft darüber, was bis zum entsprechenden Stichtag vom jeweiligen Büro geleistet wurde. Einen Rückschluss hinsichtlich der vertragsgemäßen Ausführung des in Rede stehenden Auftrags lässt diese Kennzahl hingegen kaum zu.

### III. NORMVORSCHLAG

Für die Vergabe von planungsrelevanten Dienstleistungen soll nachfolgende Spezialnorm vorgeschlagen werden. Sie ist erforderlich, weil im Bereich der Architektenleistungen mit Blick auf die ungleiche Verteilung der Bürogrößen (siehe oben Ziffer B.I.1.) auch ein besonderes Bedürfnis besteht, den offenen Zugang zum Wettbewerb zu sichern und dem für rechtswidrige Einschränkungen verwendeten Mittel, der missbräuchlichen Forderung nach überzogenen Eignungskriterien, ein Ende zu bereiten. Diese Norm sollte wie folgt lauten:

#### ***Vergabe von planungsrelevanten Dienstleistungen.***

*(1) Auftraggeber führen bei der Vergabe planungsrelevanter Dienstleistungen offene oder beschränkte Wettbewerbe durch, die dem Ziel dienen, alternative Vorschläge zu erhalten. Von der Durchführung eines Wettbewerbs kann nur abgesehen werden, wenn für das ausgeschriebene Vorhaben nachweislich kein Planungs- oder Konzeptansatz erforderlich ist. In diesem Fall muss der Auftraggeber den Verzicht auf die Durchführung eines Wettbewerbs in der Bekanntmachung begründen.*

*(2) Dem Wettbewerb folgen Verhandlungen. Die Verhandlungen sind zunächst mit dem ersten Sieger des Wettbewerbs zu führen. Der Auftraggeber führt die Verhandlungen mit dem Ziel, den ersten Sieger mit den ausgeschriebenen Leistungen zu beauftragen. Scheitern die Verhandlungen, kann der Auftraggeber Verhandlungen mit dem zweiten und dritten Sieger aufnehmen.*

*(3) Die Zahl der für den Wettbewerb zugelassenen Teilnehmer darf beschränkt werden. Hierfür geben die Auftraggeber die Zahl der Teilnehmer, die zugelassen werden soll sowie die Eignungsanforderungen in der Auftrags- oder Wettbewerbsbekanntmachung bekannt. Bei hinreichender Anzahl geeigneter Bewerber darf die Mindestzahl nicht unter 20 liegen.*

*(4) Berechtigt zur Teilnahme am Wettbewerb sind alle Bewerber, die in einer Architektenkammer als Architekt registriert sind. Bewerber aus einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union, in dem eine Registrierung nicht vorgesehen ist, können einen gleichwertigen Nachweis vorlegen. An die in einem Verfahren nach Abs. 10 ausgewählten Bewerber können erforderlichenfalls weitere Eignungsanforderungen gestellt werden. Die Eignungsanforderungen müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und mit diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen und dürfen Bewerber nicht diskriminieren. Auftraggeber haben insbesondere sicherzustellen, dass Eignungsanforderungen nicht dazu führen, dass kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger ohne*



*sachlichen Grund vom Wettbewerb um die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden.*

*(5) Auftraggeber verzichten auf die Vorlage von Eignungsnachweisen, die über die in Abs. 4 Satz 1 und 2 genannten Nachweise hinausgehen, wenn die Anforderungen an die Planung den Honorarstufen I bis III im Sinne von § 5 Absatz 1 der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI) zuzuordnen sind.*

*(6) Liegt kein Fall von Abs. 5 vor und verlangt der Auftraggeber Eignungsnachweise, die über die in Abs. 4 Satz 1 und 2 genannten Nachweise hinausgehen, gelten die Abs. 7 bis 9.*

*(7) Verlangt der Auftraggeber den Nachweis von Referenzen, lässt er hierfür jedes Referenzobjekt zu, dessen Komplexität mit dem Vorhaben vergleichbar ist. Ein Referenzobjekt ist mit dem Vorhaben vergleichbar, wenn*

- seine Anforderungen an die Planung höchstens eine Honorarstufe im Sinne von § 5 Absatz 1 HOAI unter der Honorarstufe des Vorhabens liegt und*
- sein Auftragswert mindestens 60 von Hundert des geschätzten Auftragswerts des Vorhabens aufweist.*

*Für die Vergleichbarkeit des Referenzobjekts mit dem Vorhaben ist es insbesondere unerheblich, ob der Bewerber bereits*

- ein öffentliches Gebäude oder*
  - ein Gebäude der gleichen Nutzungsart*
- geplant oder realisiert hat.*

*(8) Der Auftraggeber verlangt keinen Nachweis, dass der Bewerber in einem bestimmten Zeitraum durchschnittlich eine bestimmte Anzahl festangestellter Architekten oder Ingenieure beschäftigt hat. Sofern die Planung und Ausführung des Vorhabens aufgrund seiner Komplexität die Mitarbeit einer bestimmten Anzahl von Angehörigen einer bestimmten Berufsgruppe erfordert, kann der Auftraggeber von dem Bewerber den Nachweis verlangen, dass der Bewerber im Falle der Auftragserteilung über die entsprechende Anzahl von Mitarbeitern verfügt. In der Regel ist hierfür die Vorlage von aufschiebend bedingten Arbeits- oder Dienstverträgen ausreichend. Bei Vorhaben mit einem geschätzten Auftragswert von höchstens 20 Millionen Euro, dessen Anforderungen an die Planung höchstens der Honorarstufe III im Sinne von § 5 Absatz 1 HOAI zuzuordnen sind, dürfen Auftraggeber keinen Nachweis im Sinne von Satz 2 und 3 fordern.*

*(9) Der Auftraggeber verzichtet in der Regel auf den Nachweis eines bestimmten durchschnittlichen Jahresumsatzes. Wird ein entsprechender Nachweis ge-*



*fordert, so ist dieser auf das Zweifache des aus dem Vorhaben jährlich zu erwartendem Honorars zu begrenzen.*

*(10) Sind mehr Bewerber im Sinne der bekannt gemachten Kriterien geeignet als Teilnehmer zum Wettbewerb zugelassen werden sollen, ist die Auswahl unter diesen Bewerbern durch Los zu treffen. Alternativ können die Auftraggeber die Auswahl auch in einem Verfahren vornehmen, in dem alle teilnahmeberechtigten Bewerber zunächst nur grundsätzliche Lösungsansätze für das Projekt präsentieren und die Mindestzahl von Bewerbern nach Beurteilung dieser Lösungsansätze durch das Preisgericht ausgewählt werden. Den Bewerbern ist nicht gestattet, anstelle eines individuellen grundsätzlichen Lösungsansatzes auf ein bereits geplantes oder realisiertes Projekt (Referenz) zu verweisen.*

*(11) Die Architekten- und Ingenieurkammern registrieren jeden Wettbewerb vor seiner Bekanntmachung. Mit der Registrierung wird bestätigt, dass die Teilnahme- und Wettbewerbsbedingungen mit dem anwendbaren Recht übereinstimmt.*

#### **IV. VERBANDSKLAGE**

Wie bereits dargelegt, fehlen insbesondere kleinen und jungen Büros die personellen und sachlichen Mittel, um alle rechtswidrigen Vergabeverfahren und Wettbewerbe im Wege des Individualrechtsschutzes anzugreifen. Zudem wird vor einer Rüge oder der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens schon deshalb zurückgeschreckt, weil die Bewerber fürchten, in späteren Verfahren von den Auftraggebern oder Auslobern erst recht nicht berücksichtigt zu werden. Vor diesem Hintergrund könnte auch die oben skizzierte Vorschrift häufig umgangen werden.

Daher sollte analog zu vergleichbaren Vorschriften im Naturschutzrecht (§ 64 Bundesnaturschutzgesetz), Sozialrecht (§ 13 Behindertengleichstellungsgesetz) und Wettbewerbsrecht (§ 8 Abs. 3 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) die Möglichkeit einer Verbandsklage geschaffen werden, die es den Architektenkammern ermöglicht, stellvertretend für ihre Mitglieder gegen die Diskriminierung kleiner und junger Büros vorzugehen und damit eine selbstregulierende Qualitätssicherung zu erreichen. Diese Befugnis kann auf die Wahrnehmung der im oben genannten Normentwurf enthaltenen Regelungen beschränkt und der Norm beispielsweise als abschließender Absatz beigefügt werden:

*(12) Die zuständige Architektenkammer oder Architektenverbände können einen Antrag nach § [107 Absatz 1] stellen, wenn ihr ein Verstoß gegen die Absätze 1 bis 6 bekannt wird und sie den Verstoß binnen einer Frist von sieben Tagen ab Bekanntwerden des Verstoßes gegenüber dem Auftraggeber oder Auslober gerügt hat. § [107 Absatz 2 und 3] gilt nicht. Im Übrigen gelten die Vorschriften über das Verfahren vor der Vergabekammer und über die sofortige Beschwerde entsprechend.*

\*\*\*