



**Schleswig-Holsteinischer Landtag** □  
**Umdruck 16/1613**

**Schleswig-Holsteinischer Landtag**  
**Finanzausschuss**  
Herrn Ole Schmidt  
Postfach 7121  
24171 Kiel

5412 - Öffentliche Infra-  
struktur  
ÖPP-Kompetenzzentrum  
Hella Prien  
Tel. (0431) 9905 - 3017  
Fax (0431) 9905 - 3652  
E-Mail hella.prien@ib-sh.de

Kiel, 14.12.2006

**Gesetzentwurf der Landesregierung zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften (Drucksache 16/935)**  
**Ihr Schreiben vom 15.11.2006/Ihr Zeichen L213**

Sehr geehrter Herr Schmidt, sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für Ihr Schreiben vom 15.11.2006 und die Gelegenheit, zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften (Landtags-Drucksache 16/935) - nachfolgend ÖPPG genannt - Stellung nehmen zu können.

Wir begrüßen die Initiative der Landesregierung, einen allgemeinen Rechtsrahmen für Kooperationen der öffentlichen Hand mit Privaten in Schleswig-Holstein zu schaffen. Damit wird zum einen für die öffentliche Hand und die Privaten Rechtssicherheit im Rahmen von ÖPP geschaffen. Zum anderen macht das ÖPPG der Allgemeinheit deutlich, dass sich das Land zu ÖPP bekennt. Wir teilen die Auffassung der Landesregierung, dass das ÖPPG zu einer Erleichterung von Öffentlich Privaten Partnerschaften beitragen wird.

Die Inhalte des ÖPPG halten wir insgesamt betrachtet für gelungen. Die Intention des Gesetzgebers ist aufgrund der ausführlichen Gesetzesbegründung gut nachvollziehbar.

Zu dem Gesetzentwurf einschließlich Begründung haben wir nur die folgenden Anmerkungen:

### **1. Zu § 1 Anwendungsbereich des Gesetzes**

Der Entwurf sieht in § 1 vor, dass das Gesetz für die auf mehrere Jahre vereinbarte Zusammenarbeit der Träger der öffentlichen Verwaltung mit Privaten gelten soll. Die Gesetzesbegründung (S. 18) stellt zu Recht klar, dass sich nach derzeitigem Begriffsverständnis ÖPP-Modelle u.a. durch den Lebenszyklusansatz auszeichnen. Die Worte „mehrere Jahre“ tragen diesem Ansatz nicht unbedingt Rechnung. Besser erscheint uns insoweit der Begriff „langfristig angelegt“, der sich auf Seite 18 Mitte der Gesetzesbegründung findet. Im Gesetzestext könnte es demnach heißen: „Dieses Gesetz gilt für die langfristige vertragliche Zusammenarbeit ...“. Das Wort „vertragliche“

Investitionsbank Schleswig-Holstein  
eingetragenes Amtsgericht Kiel, HRA 4310, Vorstand: Lutz Koopmann (Vorsitzender), Dr. Heinz Engelhaupt, Dr. Klaus Rave  
Postfach 1128, 24100 Kiel, Fleethörn 29-31, 24103 Kiel  
Tel. (0431) 9905-0, Fax (0431) 9905-3383, E-Mail: info@ib-sh.de, Internet: <http://www.ib-sh.de>

IB.Büros: Ahrensburg, Elmshorn, Eutin, Flensburg, Husum, Itzehoe, Kiel, Lübeck, Neumünster, Norderstedt, Rendsburg, Schleswig, Schwarzenbek

Ziele erkennen... Zukunft gestalten



wird bereits in § 2 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes als zwingende Grundlage der Zusammenarbeit genannt. Da § 2 Abs. 1 an § 1 anknüpft, erscheint uns eine einheitliche Terminologie sachgerecht.

## 2. Zu § 7 Auswahl des Vertragspartners

§ 7 Abs. 1 schreibt vor, dass Verträge nach § 2 Abs. 1 nur mit Privaten geschlossen werden dürfen, die die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Zur Erläuterung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe wird auf Seite 32 der Begründung ausgeführt, dass damit aus den Verdingungsordnungen bekannte persönliche Anforderungen mit gleichem Begriffsinhalt übernommen werden. Da in der Gesetzesbegründung nachfolgend die Begriffe der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit im Einzelnen definiert werden, stellt sich die Frage, ob zur Auslegung der Begriffe vorrangig auf die Verdingungsordnungen und deren Kommentierungen oder auf die Gesetzesbegründung abzustellen ist.

## 3. Zu § 9 Mindestinhaltsklauseln

In der Gesetzesbegründung werden die Mindestinhaltsklauseln zu § 9 näher konkretisiert. Hierbei wird oftmals an Formulierungen aus den Verdingungsordnungen angeknüpft, vgl. z.B. die Begründung zu § 9 Nr. 2. Aus der Begründung wird allerdings nicht hinreichend deutlich, dass im Falle der Beauftragung eines Privaten auf der Grundlage eines Vergabeverfahrens bestimmte Vertragsinhalte vorgegeben sind. Beispielhaft erwähnt sei in diesem Zusammenhang § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A. Danach ist in den Verdingungsunterlagen vorzuschreiben, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) Bestandteil des Vertrages werden (im Hinblick hierauf ist die Begründung zu § 9 Nr. 8, es biete sich bspw. die Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag an, nicht unproblematisch). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis § 9 des Gesetzes zu vergaberechtlichen Vorschriften steht.

## 4. Zu § 10 Nichtigkeit des Vertrages

§ 10 Abs. 1 sieht die Nichtigkeit des Vertrages vor, wenn dem Träger der öffentlichen Verwaltung keine vertraglichen Einwirkungs- und Kontrollrechte eingeräumt werden, die die jederzeitige Sicherstellung der von dem Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten, und die Vertragsparteien sich nicht auf eine einvernehmliche Ergänzung oder Änderung des Vertrages einigen.

Nach unserem Verständnis sollen mit dem ÖPPG Rahmenbedingungen geschaffen werden, die der Erleichterung von ÖPP-Vorhaben dienen. Da § 10 Abs. 1 Einwirkungs- und Kontrollrechte verlangt, die jederzeit die Sicherstellung der vom Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten, droht jedoch bis zur Beendigung des ÖPP-Vertrages die Feststellung, dass dieser (von Anfang an) nichtig ist. Darüber hinaus besteht auch für die Vertragsparteien selbst die Unsicherheit, dass eine etwaige Nichtigkeit des Vertrages bis zum Ende eines ÖPP-Vorhabens von dem jeweiligen Vertragspartner geltend gemacht werden könnte. Problematisch ist insbesondere, dass der Gesetzentwurf keine Ausschlussfrist hinsichtlich der Geltendmachung der Nichtigkeit des Vertrages vorsieht.



Wir befürchten daher, dass diese Regelung die Realisierung von ÖPP-Vorhaben erschweren könnte. Insbesondere in Bezug auf die Finanzierung solcher Vorhaben dürfte sich die vorgesehene Regelung u. U. sehr negativ auswirken, da für Kreditinstitute damit ein latentes Risiko besteht, aufgrund dessen eine Finanzierung von ÖPP-Vorhaben auf der Basis von Leistungsrisiken („Projektfinanzierung“) überhaupt nicht oder nur bei deutlichen Risikoaufschlägen ermöglicht würde bzw. eine solche Regelung zusätzliche Kosten auf Seiten potentieller Bieter (bzw. den sie begleitenden Banken) durch das Einholen von Rechtsgutachten verursachen würde. Tatsächlich wäre damit quasi der Finanzierungsform „Forfaitierung mit Einredeverzicht“ seitens des öffentlichen Auftraggebers Vorschub geleistet, die – unter Berücksichtigung der projektspezifischen Risiken – nicht in allen Fällen die optimale Finanzierungsform darstellt.

Denkbar wären jedoch auch Bedenken seitens der Betreiber, die i. d. R. auch Eigenkapital in die Realisierung eines Vorhabens einbringen. Gesetzliche Regelungen, die zu einer Einengung der wettbewerblichen Durchdringung (Minderung der Attraktivität von ÖPP in Schleswig-Holstein) führen könnten oder bestimmte Finanzierungsformen begünstigen bzw. andere eher benachteiligen, sollten u. E. vermieden werden.

Vor diesem Hintergrund regen wir an, von der Regelung der Nichtigkeit des Vertrages abzusehen und § 10 insgesamt zu streichen. Wir sind der Auffassung, dass es der Gesetzgeber bei der Regelung in § 9 Nr. 12 bewenden lassen sollte. Aus dieser Regelung ergibt sich, dass bei Fehlen oder Unvollständigkeit der Regelungen zur Einflussssicherung nach § 8 eine Verpflichtung der Vertragsparteien zur einvernehmlichen Ergänzung oder Änderung des Vertrages vorzusehen ist. Für den Fall, dass eine entsprechende Anpassungsklausel nicht in den Vertrag aufgenommen worden sein sollte, wird in der Gesetzesbegründung (S. 42) ausgeführt, dass diese Lücke nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (§ 157 BGB) im Wege der Auslegung zu schließen sei.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H. Prien', is written over the typed name.

Hella Prien  
Leiterin ÖPP-Kompetenzzentrum in der  
Investitionsbank Schleswig-Holstein