

**Schleswig-Holsteinischer Landtag** □  
**Umdruck 16/1623**

Finanzministerium  
des Landes  
Schleswig-Holstein



Finanzministerium | Postfach 7127 | 24171 Kiel

**Minister**

Vorsitzenden des Wirtschaftsausschusses  
des Schleswig-Holsteinischen Landtages  
Herrn Hans-Jörn Arp, MdL  
Landeshaus  
24105 Kiel

nachrichtlich:  
Herrn Minister Austermann

*11.* Dezember 2006

**Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften  
Brief der Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein vom 14.9.2006**

Sehr geehrter Herr Arp,

mit Interesse habe ich festgestellt, dass das Geschäftsführende Vorstandsmitglied der Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein offenbar mit dem Wirtschaftsminister Verständigungen über den Gesetzentwurf des Finanzministeriums zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften getroffen hat, ohne sich dazu an das zuständige Ressort zu wenden. Leider ist der diesbezügliche Brief vom 14.9.2006 auch bereits als Umdruck den Abgeordneten des Landtages zugänglich gemacht worden.

Dies veranlasst mich, Ihnen genauer darzulegen, warum der schon aus dem Anhörungsverfahren zum Gesetzentwurf bekannte Änderungsvorschlag aus ordnungspolitischen und rechtssystematischen Gründen nicht in den Gesetzesentwurf aufgenommen worden ist und an dieser Bewertung auch nach nochmaliger Überprüfung festgehalten wird.

Die Ausarbeitung von Angebotsunterlagen ist eine rein werbende Tätigkeit im Vorfeld einer Vertragsanbahnung, die im ureigensten Interesse eines Bewerbers um den Erhalt eines Auftrags liegt und deshalb allein in seine unternehmerische und finanzielle Verantwortung fällt. Die zur Anbahnung geschäftlicher Beziehungen getätigten Aufwendungen sind nach der Konzeption des BGB-Werkvertragsrechts deshalb gerade nicht zu vergüten, weil ein besonderes Werk nicht hergestellt wird. Vielmehr handelt es sich um Allgemein- und Geschäftskosten, die in die Angebotskalkulation eingehen und die Angebotspreise mitbestimmen.

Eine Vergütung von Planungsleistungen im Vorfeld eines Vertragsschlusses ist deshalb nur dann möglich, wenn mit dem künftigen Auftraggeber ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist. Da der Vereinbarung Öffentlich Privater Partnerschaften vergaberechtlich häufig das sogenannte Verhandlungsverfahren vorgeschaltet wird, können Vergütungsregelungen über vorvertragliche Planungsleistungen zwischen dem Verwaltungsträger und dem potentiellen privaten Vertragspartner frei ausgehandelt werden. Dem Privaten bleibt es überlassen, Entsprechendes zu fordern. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht in diesem Zusammenhang nicht; dies gilt gleichermaßen, wenn der ÖPP-Bewerber für die Erarbeitung seines Angebots seinerseits einen Freiberufler im Unterauftrag heranzieht. Der von dem ÖPP-Bewerber hinzugezogene Freiberufler tritt in keine Rechtsbeziehung zu dem Verwaltungsträger, nicht einmal in ein vorvertragliches Vertrauensschuldverhältnis. Zwischen dem Verwaltungsträger und dem Freiberufler ist deshalb auch nichts zu regeln. Dies gilt umso mehr, als es im freien Ermessen des ÖPP-Bewerbers steht, ob er überhaupt einen Freiberufler im Unterauftrag einschaltet oder sich eigener Ressourcen bedient.

Zieht der Bewerber um ein ÖPP-Projekt im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der Angebotsunterlagen Freiberufler als ( potentielle ) Nachunternehmer hinzu, bleibt es den Beteiligten dieser Rechtsbeziehung unbenommen, sich vertraglich darüber zu einigen, ob und in welcher Höhe eventuell für die Ausarbeitung der Angebotsunterlagen erforderliche Planungsleistungen des ( potentiellen ) Nachunternehmers auch dann vergütet werden, wenn es nicht zur Auftragserteilung an den ( potentiellen ) Hauptunternehmer kommt. In einer dem freien Spiel der Kräfte und dem Wettbewerbsprinzip verpflichteten Marktwirtschaft ist es nicht Aufgabe des Staates, in diese ausschließlich zivilrechtlich geprägte Rechtsbeziehung zwischen zwei Unternehmern regulierend einzugreifen.

Unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten ist zudem kaum zu vermitteln, warum dem vom ÖPP-Bewerber kraft eigener Entscheidung hinzugezogenen Freiberufler Bewerbungskosten erstattet werden sollen, während dies für den ÖPP-Bewerber - wie oben ausgeführt - nicht der Fall ist, wenn es nicht zur Erteilung des Zuschlags und ebenso nicht zu einer Einigung über die Erstattung vorvertraglicher Aufwendungen kommt.

Ungeachtet dessen sprengt die vorgeschlagene Ergänzung des § 7 auch die Konzeption des Gesetzentwurfs. Verpflichtungsadressaten des Gesetzentwurfs sind ausschließlich die Verwaltungsträger, denen dem öffentlichen Recht zuzuordnende Vorgaben für die Zulässigkeit und die Gestaltungsspielräume Öffentlich Privater Partnerschaften gemacht werden sollen. Rein zivilrechtlich zu beurteilende Vergütungsregelungen, die zudem noch das Rechtsverhältnis Privater untereinander betreffen, passen nicht in diesen Kontext. Es muss im übrigen bezweifelt werden, ob die gewünschte Regelung überhaupt in die Gesetzgebungszuständigkeit des Landes fällt. Der Sache nach dürfte es sich um eine Modifikation des zivilrechtlichen Werkvertragsrechts bzw. des allgemeinen zivilrechtlichen Vertragsrechts handeln, weil eine Vergütungspflicht für vorvertraglichen Aufwand ( Kundenakquisition ) begründet werden soll, für die es im Bürgerlichen Recht keine Grundlage gibt. Das Bürgerliche Recht ist Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung, von dem der Bund insbesondere vermittels des Bürgerlichen Gesetzbuchs Gebrauch gemacht hat. Abweichende landesrechtliche Regelungen dürften schon aus diesem Grunde unzulässig sein.

Ich wäre Ihnen dankbar, wenn diese rechtliche Würdigung bei den anstehenden Beratungen Berücksichtigung finden würde.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rainer Wiegard', written in a cursive style.

Rainer Wiegard