

Schleswig-Holsteinischer Landtag □
Umdruck 16/1957

Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden des Finanzausschusses
Herrn Günter Neugebauer, MdL

im Hause

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:

Mein Zeichen: L 201 – 137/16
Meine Nachricht vom:

Bearbeiter/in:
Prof. Dr. Johannes Caspar

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

24. April 2007

Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften
Drucksache 16/935

Sehr geehrter Herr Neugebauer,

auf die Bitte des Finanzausschusses um eine rechtliche Bewertung der zum Gesetzentwurf der Landesregierung zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften (Drs. 16/935) geäußerten Auffassungen sowie der hierzu unterbreiteten Änderungsvorschläge (siehe Anlage) übersenden wir Ihnen hiermit unsere Stellungnahme.

Die zu bewertenden Vorschläge betreffen Artikel 1 des **Gesetzes über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten**. Im einzelnen **handelt es sich um folgende Bestimmungen:**

Zu § 1 Anwendungsbereich des Gesetzes

§ 1¹ legt als Anwendungsbereich des *Gesetzes über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten* eine auf **mehrere Jahre** vereinbarte Zusammenarbeit der Träger der öffentlichen Verwaltung nach § 2 Abs. 1 und 2 Landesverwaltungsgesetz fest. Der Zeitraum von **mehreren Jahren** dürfte begrifflich

¹ Paragraphenangaben ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf Artikel 1 des Gesetzes über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten

mindestens eine **zweijährige** andauernde vertragliche Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und privaten Vertragspartnern voraussetzen. Eine konkretere Eingrenzung des zeitlichen Rahmens (die Industrie- und Handelskammer Schleswig- Holstein schlägt ausdrücklich die Formulierung „mindestens 24 Monate“ vor Umdruck 16/1631) erscheint daher nicht erforderlich.

Dem Vorschlag, der für eine „**weichere**“ Bestimmung plädiert und eine **langfristige** vertragliche Zusammenarbeit fordert (Änderungsantrag Bündnis 90/Die Grünen, Umdruck 16/1704; sowie Investitionsbank SH, Umdruck 16/1613), gelingt es dagegen nicht, den zeitlichen Anwendungsbereich des Regelungskomplexes des Gesetzes über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten hinreichend deutlich zu umschreiben.

Unabhängig von der hier zu wählenden Formulierung erscheint das Abstellen auf das Kriterium der **zeitlichen Dauer** der Zusammenarbeit im Regelungskontext nicht unproblematisch: Einige Bestimmungen des Gesetzentwurfs gelten nämlich bereits im **Vorfeld** einer Kooperation zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten und sind ausschließlich an die Träger der öffentlichen Verwaltung adressiert: In diesem Sinne fordert § 5 (Aufgabenkritik) vom Träger der öffentlichen Verwaltung bereits vor dem Eingehen von vertraglichen Beziehungen eine nähere Analyse, ob und inwieweit Aufgaben aus dem Aufgabenbestand des Verwaltungsträgers gänzlich verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können. § 6 (Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen) stellt es den Verwaltungsträgern frei, im Rahmen der Aufgabenkritik auch Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen.

Die Verpflichtung der Träger der öffentlichen Verwaltung zum Aufspüren von eigenen Privatisierungspotentialen lässt sich unter dem Aspekt **der Mindestdauer** einer vertraglichen Kooperation zwischen öffentlicher Verwaltung und der Privatwirtschaft nicht erfassen. Ohne vorangegangene Strukturanalyse ist es für die öffentliche Verwaltung nicht möglich, die Frage nach der Erforderlichkeit einer mehrjährigen Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen zu entscheiden. Die Dauer einer vertraglichen Kooperation steht zu diesem frühen Zeitpunkt regelmäßig noch gar nicht fest, „Ob“ und „Wie“ einer Kooperation ergibt sich erst im Verlauf der durchzuführenden Prüfungen. Demnach bietet es sich an, die Eingangsvorschrift über den Anwendungsbereich des Gesetzes in § 1 zu streichen.

Ein **konkreter zeitlicher Bezugsrahmen** erscheint jedoch zumindest für eine Anwendung der für die Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen Verwaltungsträgern und Privaten zentralen Bestimmungen über Einflussssicherung und Aufsicht (§ 8), Mindestinhaltsklauseln (§ 9) und Nichtigkeit des Vertrags (§ 10) **unabdingbar**. Der Gesetzgeber muss konkret festlegen, für welche Verträge die Regelungen über die Einflussssicherung, Mindestinhaltsklausel und für die Nichtigkeit Geltung beanspruchen.

Zu § 2 Zulässigkeit der Zusammenarbeit mit Privaten

Der Baugewerbeverband schlägt eine klarere Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen bei der ÖPP vor (Umdruck 16/1688, Anlage, S. 2). Hierfür besteht aus rechtlichen Gründen kein Bedürfnis.

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag liegt dann vor, wenn der Gegenstand und die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Anwendungsfälle sind etwa die Übertragung hoheitlicher Befugnisse durch Beleihung, oder der Abschluss von Erschließungs- oder städtebaulichen Verträgen (vgl. Scheide/Pohlmann, Vertragsrechtliche Grundlagen, in: Praxishandbuch Public Private Partnership, hrsg. von Weber/Schäfer/Hausmann, 2005, S. 145). Eine Trennung in öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Verträge macht angesichts der Vielgestaltigkeit der Vertragsmodelle wenig Sinn und würde einer flexiblen Anwendung der gesetzlichen Regelungen des ÖPP-Gesetzes in der Praxis eher entgegenstehen.

Zu § 4 Beleihung

§ 4 Abs. 1 enthält eine Ermächtigung für die Träger der öffentlichen Verwaltung, soweit dies für Zwecke der beabsichtigten Zusammenarbeit erforderlich ist, Private durch Verwaltungsakt hoheitliche Befugnisse zu übertragen und ihnen dadurch die Kompetenz zur selbständigen hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen zu verschaffen.

Soweit der Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eine Anfügung eines Absatzes 3 in § 4 vorsieht, wonach *keine hoheitlichen Aufgaben Privaten dort übertragen werden, wo es um Eingriffsbefugnisse mit grundgesetzlichen Beschränkungen geht*, handelt es sich um eine Beschränkung des Gesetzes, die dessen Funktionsbestimmung gerade entgegenläuft. Eine den verfassungsrechtlichen Anforder-

rungen entsprechende Ermächtigung zur Beleihung soll den Privaten gerade zu einem hoheitlichen Handeln ermächtigen. Davon ist dann regelmäßig auch die Befugnis zu Grundrechtseingriffen mit umfasst.

Fraglich erscheint jedoch, ob die vorliegende Ermächtigungsnorm verfassungsgemäß ist und damit ihren Zweck, die Übertragung von Hoheitsgewalt auf Private, überhaupt erfüllen kann.

Die Beleihung unterfällt dem Grundsatz des **Vorbehalts des Gesetzes**. Der Gesetzesvorbehalt bindet den Staat nicht nur, wo dieser selbst hoheitlich handelt, sondern auch, wo er durch die Übertragung seiner Hoheitsgewalt auf Private diese in die Lage versetzt, als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung in Grundrechte einzugreifen (vgl. Burgi, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 24). Auch hier muss der Gesetzgeber alle wesentlichen Fragen selbst entscheiden und darf dies nicht anderen Normgebern bzw. der Verwaltung überlassen (etwa BVerfGE 40, 237,249; 95, 267, 307f; ferner zum Grundsatz für das **Landesverfassungsrecht** Riedinger, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Art. 45, Rn. 9). Ein Eingriffsvorbehalt gilt insbesondere im Geltungsbereich von Grundrechten. Die Verleihung von Eingriffsbefugnissen zur selbständigen Wahrnehmung der übertragenen Verwaltungsaufgaben durch Verwaltungsträger auf private Rechtsträger bedarf daher einer gesetzlichen Ermächtigung. Nichts anderes bestimmt § 24 Abs. 1 LVwG.

Das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung ergibt sich gleichfalls unter dem Aspekt **demokratischer Legitimation** nach Art. 20 Abs. 2 GG, Art. 2 Abs.1 LV. Als Ausübung von Staatsgewalt, die einer demokratischen Legitimation bedarf, stellt sich jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter dar (BVerfGE 93,37,68). Dies gilt sowohl für amtliche Entscheidungen, die unmittelbar nach außen wirken, als auch für solche, die - wie die Übertragung von Hoheitsrechte auf Private - nur behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schaffen (vgl. BVerfGE 107, 59, 87).

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts steht das Demokratiegebot der Ausgliederung von öffentlichen Aufgaben aus der unmittelbaren staatlichen Verwaltung nicht entgegen (etwa BVerfGE 58, 45,62). Außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung ist das Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 2 GG offen für Formen der Or-

ganisation und Ausübung der Staatsgewalt, die vom Erfordernis einer lückenlosen personellen demokratischen Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweicht. Die übertragenen Aufgaben und Handlungsbefugnisse müssen dann in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorherbestimmt sein und ihre Wahrnehmung muss der Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter unterliegen (BVerfGE 107, 59, 94, für den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung m.w.N.).

Eine Lockerung der demokratischen Legitimation auch als Ausnahme für Beliehene ist daher grundsätzlich möglich (OLG Schleswig, Az. 2 W 120/05 zur Privatisierung des Maßregelvollzugs). Weder der Gesetzesvorbehalt noch das Demokratieprinzip fordern für jeden einzelnen Beleihungsakt ein parlamentarisches Gesetz. Die nähere Ausgestaltung der Beleihung kann durchaus dem durch Gesetz ermächtigten Träger der öffentlichen Verwaltung überlassen bleiben, der die Beleihung dann durch einen Verwaltungsakt oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag vornimmt (vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. § 23 Rn. 58). Die rechtlichen Vorgaben müssen jedoch hinreichend sicher stellen, dass die Spitze der Exekutive ihre Verantwortung für das Handeln sämtlicher ihr hierarchisch untergeordneter Organe und Amtswalter durch Weisungen und Aufsichtsmittel wahrnehmen kann (Sommermann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Abs. 2, Rn. 168).

Für die Übertragung hoheitlicher Befugnisse folgt daraus, dass die gesetzliche Ermächtigung eine Rückbindung der hoheitlich handelnden Amtsträger, die den Beleihungsakt vornehmen, an den Willen und die Weisungen einer parlamentarisch verantwortlichen Regierung erfordert (vgl. BVerfGE 83, 60, 73; BerlVerfGH NVwZ 2000, 794). Trotz Aufgabenübertragung auf Private muss die Aufgabenverantwortung weiterhin bei der Exekutive verbleiben, sodass deren parlamentarische Verantwortung gewährleistet bleibt (BremStGH NVwZ 2003, 81ff). Der Gesetzgeber muss ferner das „Wesentliche“ der Beleihung selbst regeln und darf dies nicht allein der Exekutive überlassen. Art und Umfang der übertragenen Befugnisse, die zur Übertragung ermächtigte Stelle, aber auch das Ausmaß der Verantwortlichkeit des Beliehenen, sowie seine Steuerung und Kontrolle durch den beleihenden Verwaltungsträger müssen sich daher im Wesentlichen aus einer gesetzlichen Regelung ergeben (zu den Voraussetzungen s. BremStGH NVwZ 2003, 81, 82; ferner vgl. OLG Schleswig, a.a.O; Schäfer/Thiersch, in: Praxishandbuch Public Private Partnership, § 2, S. 91).

Ob § 4 des Gesetzentwurfs als Ermächtigungsnorm, die für alle nur erdenklichen Fälle im Rahmen von ÖPP der Verwaltung eine pauschale zur Übertragung von Hoheitsgewalt ermöglicht, den Anforderungen an eine rechtsstaatliche Ermächtigung gerecht wird, erscheint fraglich.

Die Vorschrift enthält eine Generalklausel, die weder die Gruppe der Beliehenen, noch den Inhalt der auf diese zu übertragenden Hoheitsrechte sowie die die Aufsichtsbefugnisse der für die Beleihung verantwortlichen Gremien näher regelt. Darüber hinaus fehlt auch eine nähere Eingrenzung, welche Stelle der öffentlichen Verwaltung zur Übertragung von Hoheitsrechten überhaupt ermächtigt werden soll. Wenn in Zusammenhang mit den Normadressaten pauschal von „**Trägern der öffentlichen Verwaltung**“ die Rede ist, so ist wird damit offensichtlich auf § 2 Abs. 1 und Abs. 2 LVwG Bezug genommen (vgl. Begründung zu § 1 in Drs. 16/935, S. 19). Ermächtigt werden daher ausnahmslos alle Träger der öffentlichen Verwaltung im Land Schleswig Holstein: das Land, die Gemeinden, die Kreise, die Ämter sowie ferner die der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften des öffentlichen Rechts, ohne Gebietshoheit und die rechtsfähigen Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Ausgenommen bleibt allein der Tätigkeitsbereich des Bundes sowie der Kirchen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts, der Bereich der natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts sowie der nicht rechtsfähigen Gemeinschaften (Begründung zu § 1 in Drs. 16/935, S. 19).

Folglich delegiert die Vorschrift die Befugnis zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen - ohne Adressat und Gegenstandsbereich näher zu benennen - auf den gesamten Bereich öffentlicher Verwaltung des Landes Schleswig Holstein und überlässt es den Verwaltungsträgern, nach Maßgabe des jeweils im Rahmen von ÖPP-Projekten gewünschten Kooperationsziels die privaten Vertragspartner mit hoheitlichen Befugnissen auszustatten. Die Ermächtigung weist damit keine hinreichend klaren Konturen auf, die eine rechtsstaatlich-demokratische Bindung der Verwaltung und der durch sie geschaffenen Beliehenen ermöglicht. Es bleibt letztlich allein den Verwaltungsträgern überlassen zu entscheiden, in welchem Bereich, an welche Adressaten und mit welchen Vorgaben sie ihre hoheitlichen Befugnisse auf Private übertragen. Ferner fehlt eine nähere Eingrenzung der zur Beleihung befugten Stellen, mit der Folge, dass auch der Bereich einer parlamentarischen Verantwortlichkeit der Exekutive für die Übertragung der Hoheitsgewalt und die Kontrolle der Beliehenen nicht mehr auszumachen ist.

Selbst in grundrechtssensiblen Bereichen der Eingriffsverwaltung, wie etwa der Übertragung von Aufgaben des Maßregelvollzugs oder von polizeilichen bzw. ordnungsrechtlichen Vollzugsaufgaben eröffnete die Ermächtigungsklausel künftig eine eigenständige Aufgabenübertragung auf Private, ohne dass Inhalt, Aufsicht und Kontrolle des Übertragungsaktes in irgendeiner Weise rechtsstaatlich spezifiziert würde. Den Behörden des Landes wäre damit ein extensiver Handlungsspielraum zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf Private eingeräumt, der eine Kontrolle der Beliehenen wie auch der sie beleihenden Verwaltungsträger nicht mehr ermöglichte (vgl. zu den Regelungen eines *Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben staatlicher Förderung auf juristische Personen des privaten Rechts* [Bremisches Beleihungsgesetz, Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen vom 2. Juni, S. 134 sowie vom 26. Juni 1998, S. 171] s. BremStGH, NVwZ 2003, S. 81 ff, bei dem immerhin der **sachliche Zusammenhang** und die **Adressaten** der Regelungen noch konkretisierbar waren). Eine derartige weite gesteckte Generalklausel kann den rechtsstaatlich-demokratischen Anforderungen an eine gesetzliche Ermächtigung zur Übertragung öffentlicher Gewalt auf Private nicht genügen.

Dass der Gesetzentwurf in **§ 8 Abs. 2** eine Verpflichtung der Träger der öffentlichen Verwaltung enthält, sich durch vertragliche Regelungen hinreichende **Kontroll- und Einflussrechte** auf die in die Aufgabenerfüllung einbezogenen Private zu sichern, kann die festgestellten Defizite nicht beheben. Diese Bestimmung regelt nur die **vertraglichen Instrumentarien** zur staatlichen Gewährleistungsverantwortung, mit der die Träger der öffentlichen Verwaltung die vertragsgemäße Aufgabenerfüllung durch die Privaten und die Rückkopplung an das Gemeinwohl sicherstellen sollen. Davon abzugrenzen ist Beleihung als ein von der vertraglichen Ausgestaltung der Kooperationsbeziehung zwischen Verwaltungsträger und den Privaten zu trennender eigenständiger Rechtsakt. Während die vertragliche Vereinbarung den Inhalt und den Umfang der vom Vertragspartner künftig zu übernehmenden Verwaltungsaufgaben absteckt, wird durch die Beleihung erst die Voraussetzung dafür geschaffen, dass der Private seine vertraglich übernommenen Aufgaben überhaupt erfüllen darf. Die gesetzliche Verpflichtung zur vertraglichen Einflussssicherung gegenüber dem zur Aufgabenerfüllung eingesetzten Privaten kann eine rechtsstaatlich-demokratischen Anforderungen entsprechende Ermächtigung zur Übertragung von hoheitlichen Befugnissen daher nicht ersetzen.

Die Bestimmung ist als Ermächtigungsgrundlage insgesamt nicht verfassungsgemäß. Letztlich bliebe nur der Weg, sie als eine Zielbestimmung zu verstehen, mit der sich der Gesetzgeber selbst verpflichtet, in dem erforderlichen Maße künftig die gesetzlichen Grundlagen für die Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf Private zu schaffen. Dazu müsste jedoch der Wortlaut der Bestimmung entsprechend geändert werden.

Zu § 5 Aufgabenkritik

§ 5 enthält für die Träger der öffentlichen Verwaltung eine Verpflichtung zur Prüfung, ob die von ihr wahrgenommenen Aufgaben verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können.

Soweit in der Begründung zum Gesetzentwurf festgestellt wird, die Aufnahme der Bestimmung in das Gesetz habe lediglich eine Appellfunktion, eine ausdrückliche Prüfungspflicht erfolge über § 5 Satz 3 lediglich für die **Landesverwaltung** (Drs. 16/935, S. 28), ist zu berücksichtigen, dass die Formulierung, wonach die übernommenen Aufgaben geprüft werden **sollen**, demgegenüber doch wohl eher für eine grundsätzliche rechtliche Verpflichtung spricht (zur Bedeutung des Begriffs „Sollen“ im Sinne einer grundsätzlichen Pflicht der Behörde nach dem Gesetzesbefehl zu handeln vgl. nur Maurer, Verwaltungsrecht AT, S. 136f).

Soweit daher durch den Baugewerbeverband Schleswig-Holstein eine Pflicht zur Aufgabenkritik nach § 5 gefordert wird (Umdruck 16/1688, S. 3), ist diese jedenfalls im Grundsatz bereits in § 5 S. 1 enthalten. Dennoch besteht ein graduelles Übergewicht zwischen der Verpflichtung der Landesverwaltung und den Verwaltungen in den **Kommunen**: Über Art. 1 § 5 S. 1 hinaus wird nämlich in § 7 Abs. 1 S. 2 zu Art. 2 des Gesetzentwurfs eine **Änderung der LHO** vorgeschlagen, die festlegt, dass die **Aufgabenkritik** für den **Bereich der Landesverwaltung** ausdrücklich zur Pflicht gemacht werden soll (vgl. Begründung zu Art. 2, § 7). Die Differenzierung erscheint gerechtfertigt, da den Trägern der kommunalen Selbstverwaltung bei der Organisation ihrer Aufgabenerfüllung ein rechtlich geschützter Bereich der Eigenverantwortlichkeit zugewiesen ist.

Vor diesem Hintergrund ist der weiterreichende Vorschlag der IHK, wonach eine **gesetzlich geregelte Konsequenz** aus den Ergebnissen derartiger Prüfungsaufträge gefordert wird, unter dem Aspekt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nicht

unproblematisch (Umdruck 16/1631, S. 2). Dies gilt gerade für den Bereich der nicht als wirtschaftliche Einrichtungen durch die Gemeinde i.S. des § 101 Abs. 4 GO geführten gemeinnützigen Unternehmen, bei denen ein besonderer öffentlicher Zweck der Daseinsvorsorge besteht.

Die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Handelns der Träger der öffentlichen Verwaltung ist nicht zwingend das einzige Kriterium, das bei der Entscheidung, eine von der Kommune erfüllte örtliche Aufgabe der Daseinsvorsorge künftig auf Private zu verlagern, zugrunde gelegt werden kann. Eine zwingende Verpflichtung zur Umsetzung von Privatisierungs- bzw. Auslagerung von öffentlichen Aufgaben ausschließlich unter wirtschaftlicher Perspektive würde in das kommunale Selbstverwaltungsrecht eingreifen, das den Kommunen die eigenständige Organisation der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben garantiert.

Der Spielraum für eine eigenverantwortliche Gesamtabwägung der für und gegen die Einbeziehung Privater bei der öffentlichen Aufgabenerfüllung sprechenden Gesichtspunkte durch die Kommunen bliebe dann allein auf ökonomische Aspekte verengt (in diesem Sinne zu Recht die Begründung zu § 5, Drs. 16/935, S. 29). Sind Einrichtungen der Kommunen betroffen, welche überwiegend auch Gemeinwohlzwecken dienen, die **nicht wirtschaftlicher Natur** sind (etwa Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits-, Sozialwesens, der Kultur oder des Sports) bleibt für Entscheidungen über die Privatisierung bzw. Aufgabenübertragung von öffentlichen Einrichtungen auf Private grundsätzlich die Kommune selbst zuständig (zur Frage der Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch Beschränkung privatwirtschaftlicher Betätigung kommunaler Unternehmen nach Maßgabe der Subsidiaritätsklausel, Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, GewArch 2000, 325ff; dort wird allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob die umstrittene Subsidiaritätsklausel ohne Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie auch auf kommunale Unternehmen nicht-wirtschaftlicher Art ausgedehnt werden könnte). Eine Regelung, die eine Verpflichtung von Kommunen vorsieht, bei eindeutigen Ergebnissen der Aufgabenkritik entsprechende Maßnahmen zur Privatisierung aller Aufgaben oder zumindest zu deren teilweisen Übertragung auf Private zwingend zu ergreifen, erscheint daher verfassungsrechtlich bedenklich.

Zu § 6 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

1. Die nach § 5 bestehende grundsätzliche Pflicht der öffentlichen Verwaltung zur Aufgabenkritik wird ergänzt durch die Bestimmungen des § 6 betreffend die Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen. Der Gesetzentwurf sieht davon ab, die Wirtschaftlichkeitsprüfung sowohl für den kommunalen Bereich als auch für die übrige Landesverwaltung verpflichtend vorzuschreiben (vgl. insoweit die Begründung zu § 6 in Drs. 16/935, S. 30).

Soweit der Landesrechnungshof in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf eine Verpflichtung zur Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen auch für die Kommunen fordert, liegt diesem Vorschlag die Annahme zugrunde, dass eine für die **unmittelbare Landesverwaltung** über § 7 Abs. 2 LHO geltende Verpflichtung zur Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen de lege lata bereits besteht (Landesrechnungshof, Umdruck 16/1386, S. 2). Dass schon nach der gegenwärtigen Rechtslage eine Verpflichtung zur Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für **alle** von den Trägern der öffentlichen Verwaltung des Landes wahrgenommenen Aufgaben bestehen sollte, erscheint indes fraglich.

Die Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 7 Abs. 2 LHO besteht für alle **finanzwirksamen Maßnahmen** des Landes; darunter fällt jedoch **nicht** die Verpflichtung der Behörden, im Zuge einer allgemeinen **Kritik** des gesamten **Aufgabenbestands** zwingend auch eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu den von ihnen wahrgenommenen Aufgaben (vgl. die umfassende Prüfungspflicht nach § 5 S. 1 des Gesetzentwurfs) ohne konkreten Anlass durchzuführen. Der Maßnahmenbegriff umfasst Maßnahmen, die sich auf den Haushalt auswirken und daher bereits eine besondere Konkretisierung innerhalb der politischen Entscheidungsfindung erfahren haben müssen (vgl. zum Begriff Helm, in: Piduch, Bundeshaushaltsordnung, § 7, Rn. 5). Nicht dazu gehört der Bereich der von § 5 des Gesetzentwurfs im Rahmen einer allgemeinen Aufgabenkritik durchzuführende Überprüfung des **gesamten Aufgabenbestands** eines Hoheitsträgers, danach, welche Aufgaben künftig verzichtbar sind oder welche in anderer Weise erfüllt werden können.

Der Gesetzentwurf bleibt somit auch nicht hinter der geltende Rechtslage zurück, weil er die Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Vorfeld von Privatisierungsvorhaben auch künftig dem Ermessen der Träger der öffentlichen Verwaltung überlässt. Eine Wirtschaftlichkeitsprüfung im Anschluss von einer allgemeinen Aufga-

benkritik ist zu dem frühen Zeitpunkt nicht erforderlich. Die Verwaltung kann in diesem Stadium selbstständig entscheiden, ob und welche der von ihr wahrgenommenen Aufgaben sie einer derartigen Überprüfung unterziehen will.

Dies erscheint auch aus Effizienzgesichtspunkten geboten: Der durch § 6 Satz 2 eingeführte Regelungsrahmen für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bezieht sich auf den gesamten Lebenszyklus eines Projekts und hat sämtliche Kosten und Lasten sowie die Risikoverteilung in allen Projektphasen mit einzustellen. Der Lebenszyklus eines Projekts umfasst nach Maßgabe der Begründung zu § 6 alle Phasen des Projekts, beginnend mit der Planung über die Realisierung, bestehend aus Bau/Sanierung und Betrieb bzw. Unterhaltung sowie der Finanzierung bis zu der endgültigen Abwicklung des Projekts einschließlich der Befriedigung sämtlicher Ansprüche und der ggf. notwendigen Klärung von Eigentumsfragen einschließlich der Verwertung (Drs. 16/935, S. 31). Eine anlässlich einer allgemeinen Aufgabenkritik für alle Bereiche des Trägers der öffentlichen Verwaltungen zwingend durchzuführende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung würde folglich einen hohen Verwaltungsaufwand darstellen, auch ohne dass konkrete Realisierungsaussichten der jeweiligen Projekte bestehen müssten.

Mit Blick auf die **Organisationshoheit** der Gemeinden und damit die autonome Entscheidung über die Gestaltung der zur Erledigung der Sachaufgaben geeigneten und erforderlichen Organisation, stellen Einschränkungen der Handlungsmöglichkeiten der Kommunen bei der organisatorischen Bewältigung öffentlicher Aufgaben u.U. Eingriffe in Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 46 Abs.1 LV dar (vgl. nur BVerfG 95, 228). Ein gesetzlicher Zwang zur Änderung bestehender Formen der öffentlichen Aufgabenerfüllung und damit auch der Verlust der organisatorischen Gestaltungsfreiheit wäre durch eine derartige Prüfungspflicht zwar nicht ausgelöst (dazu siehe unter § 5). Dennoch müsste eine Anordnung einer derartig weit reichenden Prüfungspflicht dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** entsprechen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist auch für Eingriffe in die dem Kernbereich vorgelagerten Randbereiche der kommunalen Selbstverwaltung zu beachten (ausdrücklich zum Bereich der kommunalen Planungshoheit BVerfG DVBl. 2001, 1415,1421). Dies spricht dafür, auf eine weitgehende Verpflichtung zur Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Zuge einer nach § 5 durchzuführenden Aufgabenkritik für alle nur erdenklichen wahrgenommenen Aufgaben zu verzichten und die Entscheidung für ihre Durchführung weiterhin dem Ermessen der Kommunen zu überlassen.

2. Gegen den Vorschlag sowohl des Landesrechnungshofs als auch der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, wonach eine ÖPP nur dann erwogen werden darf, wenn Projekte auch konventionell realisiert worden wären, sie sich aber als ÖPP unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten als günstiger für die öffentliche Hand darstellen (Umdruck 16/1704, Umdruck 16/1368), bestehen im Übrigen keine rechtlichen Bedenken.

Zu § 7 Auswahl des Vertragspartners

1. Nach Auffassung des Baugewerbeverbandes bedürfen die Aussagen des § 7 Abs. 1 einer näheren Konkretisierung bzw. sollte eine gesetzliche Verweisung auf andere vergaberechtliche Vorschriften erfolgen (Umdruck 16/1688, Anl. S. 4). § 7 Abs. 1 bezieht sich auf die Begriffe der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, die bereits in § 97 Abs. 4 BGB sowie von den jeweiligen Verdingungsordnungen vorausgesetzt werden. Daher handelt es sich bei den gesetzlich geforderten Eigenschaften in § 7 Abs. 1 für die privaten Vertragspartners um zentrale und hinlänglich bekannte Begriffe des Vergaberechts, die im vorliegenden Kontext des Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich-Privater-Partnerschaften nicht näher erläutert werden müssen.

2. Soweit der Vorschlag von IHK und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN darauf abzielt, dass **große Hauptauftragnehmer** verpflichtet werden, Unteraufträge an **kleine und mittelständische Unternehmen** aus der **Region** weiterzugeben (Umdruck, 16/1631, S. 3; Umdruck 16/1704), dient dies der Förderung kleinerer und mittlerer Unternehmen sowie der selbstständigen und der freien Berufe und damit einem Ziel, das insbesondere das Gesetz zur Förderung des Mittelstands (Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz) vom 17. September 2003 verfolgt.

Problematisch erscheint zunächst die weitgehende **terminologische Unbestimmtheit** der vorgeschlagenen Regelung, die eine einheitliche Vergabepaxis kaum dürfte bewirken können. Klärungsbedürftig bleiben die Begriffe **große Hauptauftragnehmer**, sowie **kleine und mittelständische Unternehmen**, wobei hier daran zu denken wäre, die **Mittelstandsdefinition** in § 2 des Gesetzes zur Förderung des Mittelstandes heranzuziehen.

Unklar erscheint ferner die Bezugnahme auf die bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigenden Unternehmen **aus der Region**. Es bliebe zu klären, welcher Bezugsrahmen mit Region vorliegend gemeint ist: die Region als Gemeinde, Kreis, als natur-

räumlich-geografische Fläche oder als nach anderen Kategorien abgrenzbarer Landesteil.

Darüber hinaus ergeben sich vorliegend Bedenken gegen eine Bevorzugung von regionalen Unternehmen aus dem Gemeinschaftsrecht. Neben dem europäischen Vergaberecht sind die Dienstleistungsfreiheit sowie der Grundsatz der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung zu beachten, die einer Privilegierung von Unternehmen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Region des Hauptauftragnehmers im Zuge einer derartigen vergaberelevanten Vorschrift entgegenstehen können.

3. Die Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein schlägt die Einfügung eines Abs. 3 in § 7 mit folgendem Wortlaut vor: „Bedienen sich Private in Bewerbungs- oder Ausschreibungsverfahren, die das Ziel der vertraglichen Zusammenarbeit nach § 3 Nrn. 1, 2 und 3 dieses Gesetzes haben, freiberuflicher Dienstleister zur Erbringung planerischer Leistungen, ist entsprechend § 15 Abs. 2 Satz 1 VOF eine angemessene Vergütung vorzusehen. Sie ist vom Privaten in seinen Bewerbungsunterlagen zu benennen“ (Umdruck 16/1203).

Zur Begründung dieser Regelung trägt die Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein vor, dass die Bewerbungs- und Ausschreibungsverfahren, die eine vertragliche Zusammenarbeit nach § 3 Nrn. 1, 2 und 3 des Gesetzentwurfs zum Ziel haben, üblicherweise ein hohes Maß an planerischen Vorleistungen von Architekten und Ingenieuren als Auftragnehmer von Privaten erforderten, das mit etwa 25 bis 30 % der Gesamtleistung des Berufsstands beziffert wird. Ziel des vorgeschlagenen Abs. 3 sei es daher, Rahmenbedingungen zu schaffen, die dazu beitragen, dass der Berufsstand künftig nicht ohne Honorierung Planungsaufträge in Bewerbungs- und Ausschreibungsverfahren übernimmt. Damit werde die Existenzsicherung des Berufsstandes gefördert (vgl. Umdruck 16/1537, S. 2; Umdruck 16/1700, S. 2). Ausdrücklich wird auf eine analoge Anwendung des Rechtsgedankens des § 15 Abs. 2 VOF verwiesen, wonach für den Fall, dass der Auftraggeber die Erbringung von Planungsleistungen für notwendig hält, eine angemessene Vergütung vorgesehen sei.

Gegen die Einfügung eines Abs. 3 in § 7 des Gesetzentwurfs hat das Finanzministerium verfassungsrechtliche Bedenken wegen fehlender Regelungszuständigkeit des Landes erhoben (Schreiben an den Vorsitzenden des Wirtschaftsausschusses des

Schleswig-Holsteinischen Landtags, Umdruck 16/1623, S. 2). Diese Bedenken sind aus unserer Sicht begründet:

Die vorgeschlagene Regelung in Abs. 3 knüpft nicht an besondere Verpflichtungen der öffentlichen Verwaltung bei der Zusammenarbeit mit Privaten und der daraus resultierenden Vergabe von öffentlichen Aufträgen an. Sie greift vielmehr unmittelbar in die Rechtsbeziehung zwischen Privatrechtssubjekten ein, indem sie die privaten Unternehmen, die in Bewerbungs- oder Ausschreibungsverfahren planerische Leistungen von freiberuflichen Architekten oder Ingenieuren erhalten, gesetzlich zur Zahlung einer angemessenen Vergütung verpflichtet. Dies führt zu einer gesetzlichen Festschreibung der bislang nur nach Maßgabe der zwischen den Parteien privatautonom ausgehandelten Ansprüche auf Vergütung für die Ausarbeitung von Angebotsunterlagen im Vorfeld von Ausschreibungsverfahren.

Die vorgesehene Regelung weist damit keinen direkten Bezug zur Problematik der Durchführung von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften auf. Stattdessen wird ein neuer gesetzlicher Vergütungstatbestand im Vorfeld von Vergaberechtsentscheidungen geschaffen, mit dem der Landesgesetzgeber eine aus dem Zivilrecht resultierende Rechtsfolge zugunsten der Anbieter von bestimmten Planungsleistungen verändern würde.

Das bürgerliche Recht, das die Ordnung der Individualrechtsverhältnisse regelt, (BVerfGE 42, 20, 31), fällt nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG in die konkurrierende Gesetzgebung. In diesem Bereich haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG).

Die Vorschriften über das Werkvertragsrecht insbesondere über die Entstehung des Vergütungsanspruchs im § 632 BGB haben einen **abschließenden Charakter** (anders als etwa die Regelungen des Bundesgesetzgebers über die Volljährigkeit sowie über das Erlöschen der elterlichen Sorge nach § 1626 Abs. 1 BGB, 2 BGB, die durchaus Raum lassen für eine Vielzahl von anderen Regelungen, bei denen eine persönliche Berechtigung erst mit dem Eintritt eines höheren Lebensalters eintritt vgl. VerfGH Rheinland-Pfalz betreffend die Unterrichtung der Eltern von volljährigen Schüler über schwerwiegende schulische Vorkommnisse, um das Risiko von Fremdgefährdungen zu vermindern, VGH B 2/04).

Der Bund hat hier von seiner konkurrierenden Zuständigkeit durch den Erlass von Normen, die das Verhältnis von Privatrechtssubjekten und deren Ansprüche gegeneinander vollständig regeln, Gebrauch gemacht. Ob im Einzelnen Planungsleistungen durch Architekten bzw. Ingenieure bei der Ausarbeitung von Angebotsunterlagen im Vorfeld von Vergabeverfahren vergütet werden, hängt davon ab, welche rechtsgeschäftlichen Abreden zwischen den Vertragspartnern getroffen wurden. Letztlich haben es die Beteiligten in der Hand, im Vorfeld von Bewerbungs- und Ausschreibungsverfahren über die Erbringung von freiberuflichen Dienstleistungen bzw. planerischen Leistungen konkrete Vereinbarungen zu schließen. Nach § 632 Abs. 1 BGB kann eine Vergütung nur dann verlangt werden, wenn zuvor ein Werkvertrag zu Stande gekommen ist. Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots ist in der Regel nur als **Anregung zur Beteiligung am Wettbewerb** zu verstehen, auch wenn dies im Einzelfall mit erheblichen Planungsleistungen für den Beauftragten verbunden sein mag. Derjenige, der erkennbar lediglich zum Zwecke des Wettbewerbs zur Einreichung von Entwürfen für ein Bauvorhaben aufgefordert hatte, schuldet in der Regel keine Vergütung, falls es zur Ausführung des Werkes aufgrund des angebotenen Entwurfs nicht kam, es sei denn, die Leistungen zur Abgabe eines Angebots waren Gegenstand einer vertraglich eingegangenen Verpflichtung, in der eine Einigung über die Kosten getroffen wurde (vgl. nur BGH NJW 79, 2202 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts).

Es ist daher davon auszugehen, dass das BGB, insbesondere das Werkvertragsrecht, das Entstehen einer Vergütungspflicht dem Grund nach abschließend regelt (zur Abgrenzung gegenüber der HOAI, die die Höhe des Anspruchs regelt, näher Palandt, § 632, Rn. 19 mit weiteren Nachweisen). Damit wird ein Rückgriff auf die Zuständigkeit der Länder für die Frage, wann ein Vergütungsanspruch entsteht, durch die Bestimmungen des BGB gesperrt.

An dem Ergebnis ändert auch die Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 15 Abs. 2 Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) bzw. aus § 6a Abs. 7 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (BGBl. 1, 2001, 110) nichts. Danach haben **die auf Verlangen der staatlichen Auftraggeber am wettbewerblichen Dialog** teilnehmenden Unternehmen, die Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten, einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung.

Anders als der Regelungsvorschlag der Architekten- und Ingenieurskammer knüpfen diese Bestimmungen an die Entscheidung eines **öffentlichen Auftraggebers** im Ausschreibungsverfahren an. Danach müssen die im Rahmen von Vergabeverfahren auf Anforderung der Auftraggeber erbrachten Leistungen an den Bewerber bzw. an die von diesem gegen Vergütung angeforderte Planungsleistungen angemessen erstattet werden. Sollen darüber hinaus die Planungsleistungen von freiberuflichen Architekten und Ingenieuren, die **Private** im Rahmen von Bewerbungs- und Ausschreibungsverfahren unterstützen, durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch privilegiert werden, so ist dafür eine Abänderung privatrechtlicher Regelungen erforderlich, für die das Land Schleswig-Holstein keine gesetzliche Regelungskompetenz besitzt.

Zu § 8 Einflussssicherung und Aufsicht

Soweit der Baugewerbeverband vorschlägt, in § 8 Abs. 1 eine gesetzliche Klarstellung über die Einflussssicherung in den mit den Privaten zu schließenden Verträgen aufzunehmen, da anderenfalls das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot verletzt sei (Umdruck 16/1688, Anlage, S. 5), werden die Bedenken nicht geteilt.

Letztlich geht es in § 8 nicht um Maßnahmen der Eingriffsverwaltung, die eine gesetzliche Ermächtigung zu Grundrechtseingriffen unter Beachtung der rechtsstaatlichen Bestimmtheit vorsieht, sondern um eine vertragliche Absicherung der Einflussnahmemöglichkeiten der Träger der öffentlichen Verwaltung auf ihre privaten Vertragspartner. In welcher Weise eine Einflussssicherung zu erfolgen hat, wird im Übrigen durch die besonderen Regelung in § 8 Abs. 2, § 9 hinreichend festgelegt. Naturgemäß kann dies nicht generell-abstrakt für alle Gestaltungsmöglichkeiten der ÖPP vorab festgelegt werden, sondern bleibt der Gestaltung der Vertragspartner für den Einzelfall überlassen.

Die von der Verwaltung geforderten Regelungen zur Sicherung des Einflusses auf die Erfüllung der den Privaten obliegenden Leistungspflichten kann der Private akzeptieren, anderenfalls steht es ihm frei, vom Abschluss einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Träger der öffentlichen Verwaltung abzusehen. Die einzelnen Anforderungen, die § 8 Abs. 1 umschreibt, werden zudem z.T. in den Mindestinhaltsklauseln nach § 9 näher konkretisiert. Kommt ein Vertrag zustande, in dem für keine hinreichend Einflussssicherung Vorsorge getroffen wurde, bleibt das Risiko auch für den Privaten ü-

berschaubar. Bei Fehlen oder Unvollständigkeit der Regelungen ergibt sich dann eine Verpflichtung der Parteien zur einvernehmlichen Vertragsergänzung.

Noch deutlicher wird die staatliche Gemeinwohlsicherungspflicht nach § 8 Abs. 2 für den Fall geschützt, dass der Private unmittelbar in die Erfüllung der den Trägern der öffentlichen Verwaltung gegenüber Dritten obliegenden Aufgaben einbezogen wird. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erhöhte Anforderungen an die von der Gemeinde zu treffenden Vorkehrungen für den Fall ableitet, dass die Gemeinde einen Anschluss- und Benutzungszwang für eine Leistung einführt, die von einem privaten Unternehmen wahrgenommen wird (BVerwGE 123, 159 zum Anschluss- und Benutzungszwang bei der Fernwärmeversorgung; zum Fehlen einer hinreichend bestimmten **Ermächtigungsgrundlage für die Beleihung** allerdings s. bereits ausführlich die Erläuterungen zu § 4).

Der Gesetzentwurf zählt in § 8 Abs. 2 zur Absicherung der Gewährleistungsverantwortung ferner vertragliche Einwirkungsmöglichkeiten auf, denen sich der Träger der öffentlichen Verwaltung zur Sicherung seiner Befugnisse bedienen kann. § 8 Abs. 2 des Entwurfs sieht hierfür eine Reihe von konkreten Instrumenten (etwa Genehmigungs-, Veto-, Auskunfts- sowie Selbsteintrittsrechte) vor.

Zu § 9 Mindestinhaltsklauseln

1. Die Stellungnahme der Investitionsbank zu § 9 des Gesetzentwurfs wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis die Mindestinhaltsklauseln nach § 9 zu vergaberechtlichen Vorschriften stehen. Im einzelnen wird geltend gemacht, aus der Begründung zum Gesetzentwurf werde nicht hinreichend deutlich, dass im Fall der Beauftragung eines Privaten auf der Grundlage eines Vergabeverfahrens bestimmte Vertragsinhalte vorgegeben seien (Umdruck 16/1613, S. 2).

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Vergaberecht sowie die Bestimmungen über die Vergabe von Bauleistungen und Vorschriften, die bei der Ausschreibung von Bauaufträgen zu beachten sind, neben die Bestimmungen des Gesetzes zur Regelung der Zusammenarbeit der Träger der öffentlichen Verwaltung mit Privaten bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben treten. Soweit die Voraussetzungen vorliegen, sind die einschlägigen Regelungen des Ver-

gaberechts daher kumulativ anzuwenden. Dies ist nur möglich, wenn sich die unterschiedlichen Regelungen nicht widersprechen. Dies ist vorliegend nicht ersichtlich.

2. Nach Auffassung der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Landesverbände setzt § 9 Standards, die nicht zwingend einer formell-gesetzlichen Regelung bedürfen (Umdruck 16/1630). Verfassungsrechtlich spricht jedoch nichts dagegen, dass der parlamentarische Gesetzgeber die Standards selbst festlegt, auch wenn dies einer „dynamischen Entwicklung“ der Zusammenarbeit eher hinderlich sein mag.

3. Bedenken äußert die IHK bezüglich der Mindestinhaltsklausel in § 9 Nr. 12 des Entwurfs. Danach enthalte die Formulierung eine „permanente Revisionsklausel“, weil sie dem Vertragspartner erlaube, auf Änderungen eines Vertrages zu drängen und das Recht verschafft, neu in Verhandlungen einzutreten (Umdruck 16/1631, S. 3). Die IHK schlägt deshalb vor, dass diese Verpflichtungen nur bei Fehlen oder Unvollständigkeit bestimmter Regelungen greifen solle, sodass die Ergänzungs- oder Änderungsschwelle deutlich höher gesetzt wird.

Die kritisierte Bestimmung enthält eine Verpflichtung zum Eintritt in nachträgliche Vertragsverhandlungen im Falle des Fehlens oder der Unvollständigkeit der Regelung zur Einflussssicherung nach § 8 (1), der Regelungen nach § 9 Nr. 1-11 (2) sowie der sonstigen für die vertragsgemäße Erfüllung des Vertrags notwendigen Regelungen (3).

Soweit die Regelung zu (3) betroffen ist, dürfte die Bestimmung bei der Abwicklung von Verträgen zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten im Rahmen von ÖPP-Projekten die Frage aufwerfen, für welche Fälle diese Auffangklausel gilt und ob für die Bestimmung neben den anderen Regelungen überhaupt noch ein Bedürfnis besteht.

Im Übrigen erweist sich die Bestimmung für die Beteiligten, insbesondere für die Privaten, nicht als ein unkalkulierbares Risiko im Sinne einer ständigen Revisionsklausel. So ist eine nachträgliche Vertragsanpassung nur mit dem Willen der **beiden Vertragsparteien** möglich. Die Vertragspartner werden durch die Klausel lediglich angehalten, eigenständig nach Möglichkeiten zu suchen, Vertragslücken, die sich bei der Abwicklung ergeben, zu schließen. Finden die Parteien nicht zueinander, können die zivilrechtlichen Grundsätze einer ergänzenden Vertragsauslegung oder die Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) herangezogen werden, die

dann eine Vertragsanpassung durch die Gerichte ermöglichen (in diesem Sinne Begründung des Gesetzentwurfs zu Drs. 16/935, § 9, Nr. 12, S. 42). Die Regelung zur einvernehmlichen Vertragsergänzung stellt damit eine **flexible Anpassungsoption** zu Gunsten der Vertragsparteien dar, die inhaltlich weder einseitigen Druck ausübt noch zwingend auf eine Revision bereits vertraglich vereinbarter Inhalte hinausläuft.

Letztlich bleibt die Weigerung einer Seite, dem Änderungsbegehren zuzustimmen, grundsätzlich folgenlos. Abweichend davon tritt lediglich die Nichtigkeit des Vertrags nach § 10 als ultima ratio ein für den Fall des **Fehlens** vertraglicher Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Hand, die die jederzeitige Sicherstellung der von den Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten (dazu näher im Folgenden). Die Vertragsparteien haben es, bevor es zu dem Ergebnis der Nichtigkeit des Vertrages kommt, nach Maßgabe der Klausel in Nr. 12 jedoch in der Hand, eigenverantwortlich die Regelungslücken zu schließen und damit die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Vertrages zu vermeiden.

Insgesamt ermöglicht die Regelungssystematik zwischen § 8, § 9 Nr. 12 und § 10 eine interessengerechte Austarierung der vertraglichen Bindung und der Absicherung der staatlichen Gemeinwohlverantwortung, so dass aus unserer Sicht an den Regelungen festgehalten werden sollte.

Zu § 10 Nichtigkeit des Vertrages

Nach Auffassung der Investitionsbank Schleswig-Holstein ist zu befürchten, dass die Regelung über die Nichtigkeit des Vertrags in § 10 den Abschluss von ÖPP-Vorhaben erschweren würde, da sich das Risiko der Nichtigkeit von Verträgen im ÖPP-Bereich negativ auf die Bereitschaft der Kreditvergabe auswirken könnte. Es wird daher vorgeschlagen, von der Regelung der Nichtigkeit des Vertrags gänzlich abzusehen und die Bestimmung in § 10 des Gesetzentwurfs zu streichen (Umdruck 16/1613, S. 3).

Diese Auffassung mag aus der Sicht einer Kredit vergebenden Bank **wirtschaftlich** begründet sein. Unter **juristischen** Aspekten sollte dieser Vorschlag nicht verwirklicht werden. Denn würde die Nichtigkeitsvorschrift ersatzlos gestrichen, bliebe im Falle des Fehlens von vertraglichen Regelungen zur Einwirkung und Kontrolle auf die Privaten, die in die Erfüllung der dem Träger der öffentlichen Verwaltung obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen wurden, der Vertrag weiterhin wirksam. Eine nachträg-

liche Korrektur bliebe einer Vertragsanpassung durch eine **einvernehmliche** Ergänzung oder Änderung des Vertrags durch die Vertragsparteien vorbehalten. Der Verlust der Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten auf den eingeschalteten Privaten wäre jedoch letztlich irreversibel, wenn sich der Private einer nachträglichen Ergänzung oder Abänderung des Vertrages verweigern würde.

Auch eine Lückenfüllung durch **ergänzende Vertragsauslegung** gem. § 157 BGB könnte hier kaum weiterhelfen. Zum einen ließe diese sich nicht durch die Vertragsparteien selbst, sondern gerichtlich - u.U. erst nach langwierigen Rechtsstreitigkeiten - durchsetzen. Zum anderen setzt eine ergänzende Vertragsauslegung eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Vertrags voraus, die dem hypothetischen Parteiwillen der Vertragspartner entsprechen muss, sodass dieser Weg ausgeschlossen ist, wenn die Parteien über den regelungsbedürftigen Punkt bewusst eine abschließende Regelung getroffen haben (BGH NJW 1985, S. 1835). Maßgeblich für die ergänzende Vertragsauslegung sind nicht etwa objektive Kriterien wie die Sicherung der Gemeinwohlfunktion in Gestalt der staatlichen Gewährleistungspflicht, sondern die Rekonstruktion des **hypothetischen Parteiwillens** zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Es ist daher darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (BGH 84 1, 7).

Zudem bleibt anzumerken, dass eine ergänzende Vertragsauslegung die Durchführung des Vertrages zu sichern hat. Die Nichtigkeitsfolge würde den Vertrag undurchführbar machen oder den Vertragszweck vereiteln, sodass die Vertragsparteien über die ergänzende Vertragsauslegung nicht gehalten sein können, eine von dem erklärten Vertragswillen selbst nicht getragene ergänzende Regelung hinzunehmen, die im rechtlichen Ergebnis den Vertrag beseitigen würde (BGH NJW 70, 468).

Die Nichtigkeit eines Vertrages, der dem Träger der öffentlichen Verwaltung keine Einwirkungs- und Kontrollrechte gegenüber den Privaten einräumt, könnte dann letztlich nur noch aus § 134 BGB folgen. Danach ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Ob § 8 Abs. 2, wonach den Trägern der öffentlichen Verwaltung vertragliche Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten gegenüber Privaten eingeräumt werden müssen, ein Verbotsgesetz darstellt, erscheint indes fraglich und bedarf der Auslegung, da

§ 8 Abs. 2 die Folgen eines Verstoßes (Nichtigkeit, Unwirksamkeit) gerade nicht ausdrücklich regelt (vgl. zum Verbotsgesetz Palandt/Heinrich, § 134, Rn. 6 ff.).

Durch Streichung der Bestimmung in § 10 im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens würde der Gesetzgeber letztlich dokumentieren, dass er mit der Bestimmung des § 8 Abs. 2 ein gesetzliches Verbot gerade nicht einführen wollte. Damit käme folglich auch eine Nichtigkeit des Vertrags über § 134 BGB nicht in Betracht.

Letztlich würde eine Streichung der Nichtigkeitsklausel zu einem irreversiblen Verlust von Steuerungsmöglichkeiten der Verwaltung gegenüber den zur Erledigung von öffentlichen Aufgaben eingesetzten Privaten führen. Damit wäre - insbesondere bei Abschluss von Verträgen mit langer Laufzeit - die jederzeitige Sicherstellung der zu erfüllenden Leistungspflichten durch die Privaten von Seiten der Verwaltungsträger nicht sicherzustellen.

Die Absicherung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung stellt jedoch eine wichtige rechtsstaatliche Voraussetzung einer Rahmenregelung zur Übertragung von Aufgaben auf private Akteure dar. Unter dem Aspekt der demokratisch legitimierten staatlichen Letztverantwortung im Sinne einer Gewährleistungs- und Auffangverantwortung (zu den Begriffen Hoffmann-Riem, DÖV 1997, 433ff) muss eine Übertragung von Aufgaben auf Private weiterhin den realen Vollzug der Gesetze sowie eine wirksame staatliche Aufsicht über die Aufgabenerfüllung durch Private ermöglichen (vgl. mit weiteren Nachweisen Schultze-Fielitz, in GG: Art. 20 [Rechtsstaat], Rn. 205). Ohne die Vereinbarung vertraglicher Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten wäre durch die Verwaltungsträger nicht sicher zu stellen, dass die von einem privaten Rechtssubjekt wahrgenommenen Aufgaben gewissen Standards entsprechen, und es könnte keine Gewähr dafür getroffen werden, dass die Rückkoppelung zum Gemeinwohl durch die eingeschalteten Privaten nicht verloren geht (vgl. Schuppert, DÖV 1998, S. 831, 834ff). Damit ist die Nichtigkeitsregel gerade auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten ein zentraler Bestandteil eines Regelungsrahmens für eine mannigfaltige Verlagerung der Aufgaben von Trägern der öffentlichen Verwaltung auf Private.

§ 10 Abs. 1 des Gesetzentwurfs sollte daher nicht gestrichen werden.

Schlussbemerkung

Die vorliegenden rechtlichen Bewertungen betreffen nicht alle im Rahmen der Anhörung geäußerten Auffassungen bzw. Änderungsvorschläge, sondern im Schwerpunkt nur jene, die für uns ersichtlich rechtliche Fragestellungen aufwerfen.

Sollten zu weiteren Vorschlägen Ausführungen gewünscht werden, stehen wir jeder Zeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Prof. Dr. Johannes Caspar

Anlage

Auswertung der Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Landesregierung zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften
Drucksache 16/935

L 213, Ole Schmidt

15. Februar 2007

Gesetzentwurf der Landesregierung zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften

Umdrucke:

- 16/1203, 16/1537, 16/1700 - Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein, begrüßt den Gesetzentwurf
- 16/1623 - Finanzministerium, lehnt den Vorschlag der Architekten- und Ingenieurkammer zu § 7 Abs. 3 ab
- 16/1386 - Landesrechnungshof Schleswig-Holstein: Prüfungsrechte des LRH müssen bei allen ÖPP-Modellen sichergestellt sein
- 16/1613 - Investitionsbank Schleswig-Holstein, begrüßt den Gesetzentwurf, weil er Rechtssicherheit schafft
- 16/1630 - Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Landesverbände: Gesetzentwurf enthält eine Überregulierung, ÖPP-Regelungen sollten besser ins Landesverwaltungsgesetz aufgenommen werden
- 16/1631 - IHK Schleswig-Holstein, begrüßt den Gesetzentwurf, weil er Rechtssicherheit schafft und ÖPP fördert, und favorisiert eine Vollprivatisierung bestimmter Aufgaben
- 16/1688 - Baugewerbeverband Schleswig-Holstein, unterstützt die Intention des Gesetzentwurfs
- 16/1704 - Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Gesetzestext	Vorschläge der Angehörten
<p>Artikel 1</p>	
<p>Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten</p>	
<p>§ 1 Anwendungsbereich des Gesetzes</p>	
<p>Dieses Gesetz gilt für die auf mehrere Jahre vereinbarte Zusammenarbeit der Träger der öffentlichen Verwaltung nach § 2 Abs. 1 und 2 des Landesverwaltungsgesetzes mit Privaten bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben.</p> <p>Es gilt nicht für die Tätigkeit des Bundes sowie der Kirchen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts und deren Verbände und Einrichtungen im Land Schleswig-Holstein.</p>	<p>IHK:</p> <p>Dieses Gesetz gilt für die auf mindestens 24 Monate vereinbarte Zusammenarbeit ...</p> <p>Investitionsbank:</p> <p>Dieses Gesetz gilt für die langfristige vertragliche Zusammenarbeit ...</p> <p>BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN:</p> <p>Dieses Gesetz gilt für die langfristige vertragliche Zusammenarbeit ...</p>
<p>§ 2</p> <p>Zulässigkeit der Zusammenarbeit mit Privaten</p>	
<p>(1) Soweit überwiegende öffentliche Interessen oder gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, können die Träger der öffentlichen Verwaltung bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben mit Privaten auf vertraglicher Grundlage zusammenarbeiten. Die Zusammenarbeit kann sich auf unterstützende Tätigkeiten der Privaten ohne Außenwirkung,</p>	<p>Baugewerbeverband:</p> <p>deutliche Abgrenzung öffentlich-rechtlicher Verträge zu zivilrechtlichen Verträgen</p>

<p>ihre unmittelbare Einbeziehung in die Erledigung der von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben oder eine Aufgabenübertragung auf die Privaten beziehen.</p>	
<p>(2) Eine Zusammenarbeit mit Privaten nach Absatz 1 lässt die Verpflichtungen des Trägers der öffentlichen Verwaltung gegenüber Dritten bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben unberührt.</p>	
<p style="text-align: center;">§ 3 Gegenstände vertraglicher Zusammenarbeit</p>	
<p>Gegenstände der vertraglichen Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten können insbesondere sein:</p>	<p>Baugewerbeverband: Als infrage kommende vertragliche Gestaltungsmaterien sind zumindest in den Erläuterungen Kaufvertrag, Pachtvertrag, Erbbaurechtsvertrag, Miet- beziehungsweise Nutzungsüberlassungsvertrag, Leasingvertrag, Werkvertrag bezüglich Planung, Sanierung oder Neubau sowie Dienstleistungsverträge bezüglich der Betriebs- und Unterhaltungsleistungen zu nennen.</p>
<p>1. Übernahme der Planung, des Baus, der Finanzierung und des Betriebs einer dem Träger der öffentlichen Verwaltung gegen regelmäßiges Nutzungsentgelt zur Nutzung zu überlassenden Immobilie durch den Privaten,</p>	
<p>a) verbunden mit dem Eigentumsübergang zum Ende der Vertragslaufzeit (Erwerbermodell),</p>	
<p>b) verbunden mit der Option zum Erwerb der Immobilie zum Ende der Vertragslaufzeit (Leasingmodell),</p>	
<p>c) ohne Erwerbsoption zum Ende der Vertragslaufzeit (Mietmodell);</p>	
<p>2. Übernahme der Planung, des Neu-, Aus- oder Umbaus oder der Sanierung, der Finanzierung und des Betriebs einer im</p>	

Auswertung der Stellungnahmen zum Gesetzentwurf der Landesregierung zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften
Drucksache 16/935

<p>Eigentum des Trägers der öffentlichen Verwaltung stehenden Immobilie durch den Privaten gegen regelmäßiges Nutzungs-entgelt (Inhabermodell);</p>	
<p>3. Übernahme von Bauarbeiten und betriebswirtschaftlichen Optimierungmaßnahmen von bestimmten technischen Anlagen und Anlagenteilen durch den Privaten gegen ein regelmäßiges, zu Beginn der Zusammenarbeit festzulegendes Entgelt (Contractingmodell);</p>	
<p>4. Übertragung von Aufgaben eines Trägers der öffentlichen Verwaltung auf eine Gesellschaft zur eigenverantwortlichen Erledigung, an der neben dem Träger der öffentlichen Verwaltung mindestens ein Privater gesellschaftsrechtlich beteiligt ist (Gesellschaftsmodell);</p>	
<p>5. Übertragung von Aufgaben eines Trägers der öffentlichen Verwaltung auf einen Privaten zur eigenverantwortlichen Erledigung, verbunden mit der Übertragung oder Einräumung der Befugnis zur Erhebung von zivilrechtlichen Entgelten oder öffentlich-rechtlichen Gebühren (Konzessionsmodell);</p>	
<p>6. Mischformen der in Nummer 1 bis 5 genannten Modelle.</p>	
	<p>IHK: Aufnahme von sogenannten Betreibermodellen</p>
<p style="text-align: center;">§ 4 Beleihung</p>	
<p>(1) Die Träger der öffentlichen Verwaltung werden ermächtigt, Privaten, die sich vertraglich zur Übernahme von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur eigenverantwortlichen Erledigung verpflichten, durch Verwaltungsakt hoheitliche Befugnisse zu übertragen, soweit dies für die Zwecke der beabsichtigten Zusammenarbeit erforderlich ist. In dem Verwaltungsakt sind Art und Umfang der übertragenen hoheitlichen Befugnisse, die Auf-</p>	

Auswertung der Stellungnahmen zum Gesetzentwurf der Landesregierung zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften
Drucksache 16/935

<p>sichtsbehörde sowie der Umfang und die Mittel der Aufsicht zu bestimmen.</p>	
<p>(2) Befugnisse zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt.</p>	<p>BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN:</p> <p>(3) Es werden keine hoheitlichen Aufgaben dort Privaten übertragen, wo es um Eingriffsbefugnisse mit grundgesetzlichen Beschränkungen geht.</p>
<p style="text-align: center;">§ 5 Aufgabenkritik</p> <p>Die Träger der öffentlichen Verwaltung sollen die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben daraufhin überprüfen, ob sie vertretbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können. In geeigneten Fällen kann Privaten die Möglichkeit gegeben werden darzulegen, ob und inwieweit sie die von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können. § 7 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der Landeshaushaltsordnung bleiben unberührt.</p>	<p>Kommunale Landesverbände:</p> <p>§ 5 streichen</p> <p>IHK:</p> <p>Bei positivem Prüfergebnis soll privatisiert werden.</p> <p>Baugewerbeverband:</p> <p>§ 5 dergestalt konkretisieren, dass die Träger öffentlicher Verwaltung auf allen Ebenen im Rahmen laufender Haushaltsplanungen verpflichtet werden sollten, die Aufgabenkritik und Prüfung von Privatisierungsmöglichkeiten mit Begründung durchzuführen (mindestens ab einem Ausgabevolumen je Ausgabekonto von 2,5 Millionen €) und sich mit anderen infrage kommenden Trägern öffentlicher Verwaltung abzustimmen.</p>
<p style="text-align: center;">§ 6 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen</p> <p>Die Träger der öffentlichen Verwaltung können Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchführen, um festzustellen, ob die von</p>	<p>Landesrechnungshof:</p>

Auswertung der Stellungnahmen zum Gesetzentwurf der Landesregierung zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften
Drucksache 16/935

<p>ihnen wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser von Privaten oder in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, haben sich auf den gesamten Lebenszyklus eines Projekts zu beziehen und sämtliche Kosten und Lasten sowie die Risikoverteilung in den Projektphasen der Planung, Realisierung und Abwicklung nach Vertragsbeendigung einzustellen. § 7 Abs. 2 der Landeshaushaltsordnung bleibt unberührt.</p>	<p>(1) Die Träger der öffentlichen Verwaltung sollen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ...</p> <p>BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN:</p> <p>(1) Die Träger der öffentlichen Verwaltung müssen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ...</p> <p>Kommunale Landesverbände:</p> <p>Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung in § 75 Gemeindeordnung sind ausreichend.</p> <p>IHK:</p> <p>Verbindlichkeit bestimmter Modelle zur Wirtschaftlichkeitsuntersuchung über eine Verordnungsermächtigung absichern und die finanziellen Möglichkeiten kleinerer mittelständischer Unternehmen berücksichtigen</p> <p>Baugewerbeverband:</p> <p>Rahmen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften konkretisieren. Die Ausschreibung von ÖPP-Projekten muss sich an ergebnisorientierten Anforderungen ausrichten (privatautonome Interessenfindung).</p> <p>Mittelstandsfreundliche Ausschreibungsregelungen</p>
	<p>Landesrechnungshof/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN:</p> <p>(2) Eine ÖPP darf nur dann erwogen werden, wenn Projekte auch konventionell realisiert worden wären, sie sich aber als ÖPP unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten als günstiger für die öffentliche Hand darstellen.</p>

<p>§ 7 Auswahl des Vertragspartners</p> <p>(1) Verträge nach § 2 Abs. 1 dürfen nur mit Privaten geschlossen werden, die die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.</p> <p>(2) Unbeschadet der Anforderungen nach anderen Rechtsvorschriften dürfen Verträge nur unter Beachtung der Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz staatlichen Handelns geschlossen werden.</p>	<p>Kommunale Landesverbände: § 7 streichen Investitionsbank: Erläuterung der unbestimmten Rechtsbegriffe Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit Baugewerbeverband: Erläuterungen in Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften aufnehmen. Aussage zu vergaberechtlichen Vorschriften. Regelungen im Interesse des Mittelstandes und seiner finanziellen Leistungsfähigkeit. Ergänzung zugunsten präqualifizierter Betriebe.</p>
	<p>IHK/BUNDNIS 90/DIE GRÜNEN: (3) Große Hauptauftragnehmer werden verpflichtet, Unteraufträge an kleine und mittelständische Unternehmen aus der Region weiterzugeben. Architekten- und Ingenieurkammer: (3) Bedienen sich Private in Bewerbungs- oder Ausschreibungsverfahren, die das Ziel der vertraglichen Zusammenarbeit nach § 3 Nrn. 1, 2 und 3 dieses Gesetzes haben, freiberuflicher Dienstleister zur Erbringung planerischer Leistungen, ist entsprechend § 15 Abs. 2 Satz 1 VOF eine angemessene</p>

	<p>sene Vergütung vorzusehen. Der Abschluss einer Honorarvereinbarung ist vom Privaten in seinen Bewerbungsunterlagen zu bestätigen.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Das Finanzministerium lehnt diesen Änderungsvorschlag aus ordnungspolitischen und rechtssystematischen Gründen ab.
<p>§ 8 Einflussicherung und Aufsicht</p> <p>(1) In den mit den Privaten zu schließenden Verträgen über die Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 ist in geeigneter Weise sicherzustellen, dass den Trägern der öffentlichen Verwaltung ein hinreichender Einfluss auf die Erfüllung der den Privaten obliegenden Leistungspflichten eingeräumt wird, soweit dies zur Sicherstellung der von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben erforderlich ist.</p> <p>(2) Werden die Privaten in die Erfüllung der den Trägern der öffentlichen Verwaltung gegenüber Dritten obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen oder werden ihnen diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen, müssen den Trägern der öffentlichen Verwaltung vertragliche Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten eingeräumt werden, die eine jederzeitige Sicherstellung der von den Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten, insbesondere Auskunfts-, Selbsteintritts-, Übernahme- oder Vetorechte, Genehmigungs- oder Abstimmungsvorbehalte oder das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages im Falle einer schwerwiegenden Störung des Vertragsverhältnisses. Bei gesellschaftsrechtlicher Ausgestaltung der Vertragsbeziehung ist durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise außerdem sicherzustellen, dass den Trägern der öffentlichen Verwaltung insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Kontrollorgan der Gesellschaft ein angemessener Einfluss eingeräumt wird.</p>	<p>Baugewerbeverband:</p> <p>Klarstellung aufnehmen, dass regelmäßig in den Fällen des § 3 Nr. 1 bis 3 die gesetzliche Rechtsfolgenseite bei Leistungsstörungen beziehungsweise Schadensverläufen mit den dort enthaltenen Anspruchsvoraussetzungen ausreicht und dass Einflussicherung und Aufsicht darüber hinaus zusätzlich Auskunfts-, Selbsteintritts-, Übernahme-, Vetorechte etc. beinhalten kann.</p>

<p>§ 9 Mindestinhaltsklauseln</p> <p>Ein Vertrag nach § 2 Abs. 1 muss unbeschadet weitergehender Anforderungen nach § 8 enthalten:</p>	<p>Kommunale Landesverbände: Standards untergesetzlich regeln Investitionsbank: Verhältnis von § 9 zu vergaberechtlichen Vorschriften klären Baugewerbeverband: In den Mindestbedingungen sollten auch Bürgschaftsregelungen, insbesondere deren konditionierter Verzicht, aufgenommen werden.</p>
<p>1. die Verpflichtung zur Einhaltung der bei der Erfüllung des Vertrages zu beachtenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften;</p>	
<p>2. die Beschreibung der von der oder dem Privaten zu erbringenden Leistungen nach Art, Umfang, Zeitpunkt und Qualität;</p>	
<p>3. Regelungen über die Planung, Kontrolle und Steuerung der von der oder dem Privaten nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen (Vertragscontrolling);</p>	
<p>4. Regelungen über das der oder dem Privaten zustehende Leistungsentgelt sowie über die Anpassung des Leistungsentgelts bei einer Änderung der dem Vertragsschluss zugrundeliegenden Verhältnisse;</p>	
<p>5. Regelungen über die Verpflichtung der Vertragspartner zur Änderung und Anpassung des Vertrages, soweit der Träger der öffentlichen Verwaltung eine Änderung der von der oder dem Privaten geschuldeten Leistung wünscht und die Leistungsänderung bei Abwägung der Interessen beider Vertragspartner der oder dem Privaten zumutbar ist;</p>	

Auswertung der Stellungnahmen zum Gesetzentwurf der Landesregierung zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften
Drucksache 16/935

<p>6. Regelungen über die Grundlagen für die Bemessung des im Falle einer Änderung des Vertragsinhalts nach Nummer 5 an den veränderten Leistungsinhalt anzupassenden Entgelts;</p>	
<p>7. Regelungen über die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen, insbesondere im Verzugsfall und bei Schlechtleistung;</p>	
<p>8. bei Verträgen mit werk- oder kaufvertraglichen Elementen Regelungen über Art und Umfang der Mängelgewährleistung sowie die Verjährungsfristen;</p>	
<p>9. Regelungen über die Haftung der Vertragsparteien sowie die Verteilung der Gefahr und der sonstigen vertraglichen Risiken;</p>	
<p>10. Regelungen über die außerordentliche Kündigung des Vertrages und deren Rechtsfolgen;</p>	
<p>11. Regelungen über die Rechtsfolgen bei Beendigung des Vertrages zum Ende der Vertragslaufzeit;</p>	
<p>12. Die Verpflichtung der Vertragsparteien zur einvernehmlichen Ergänzung oder Änderung des Vertrages bei Fehlen oder Unvollständigkeit der Regelungen zur Einflussssicherung nach § 8, der Regelungen nach den Nummern 1 bis 11 oder sonstiger für die vertragsgemäße Erfüllung des Vertrages notwendiger Regelungen.</p>	<p>IHK: Ergänzungs- und Änderungsschwelle deutlich höher ansetzen</p>
	<p>BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: 13. Ausschluss von garantierten Gewinnen beziehungsweise Renditen für den privaten Partner und Ausschluss von Staatsgarantien.</p>
<p>§ 10 Nichtigkeit des Vertrages</p>	
<p>(1) Ein Vertrag nach § 2 Abs. 1, durch den die oder der Private in</p>	<p>Investitionsbank:</p>

<p>die Erfüllung der dem Träger der öffentlichen Verwaltung obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen wird oder durch den ihr oder ihm diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen werden, ist nichtig, wenn dem Träger der öffentlichen Verwaltung keine vertraglichen Einwirkungs- und Kontrollrechte eingeräumt werden, die die jederzeitige Sicherstellung der von der oder dem Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten, und die Vertragsparteien sich nicht auf eine einvernehmliche Ergänzung oder Änderung des Vertrages einigen.</p>	<p>§ 10 streichen</p>
<p>(2) Für die Rückabwicklung empfangener Leistungen gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die ungerechtfertigte Bereicherung.</p>	
<p style="text-align: center;">§ 11 Zuwendungsfähigkeit von Projekten der Zusammenarbeit</p>	
<p>Bedienen sich die Träger der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben Privater nach § 2 Abs. 1, sind die gemeinsam mit den Privaten erledigten Aufgaben ohne Rücksicht auf die eigentumsrechtliche Zuordnung des für die Aufgabenerledigung benötigten Sachvermögens nach Maßgabe der zuwendungsrechtlichen Bestimmungen in gleichem Umfang wie die in alleiniger Verantwortung der Träger der öffentlichen Verwaltung erfüllten Aufgaben zuwendungsfähig, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes oder der Europäischen Union ausdrücklich etwas anderes bestimmen.</p>	<p>IHK: Förderinstrumentarien des Landes für mittelständische Unternehmen gegebenenfalls anpassen</p>
<p style="text-align: center;">§ 12 Ergänzende Anwendung von Rechtsvorschriften</p>	
<p>Ist Gegenstand des Vertrages nach § 2 Abs. 1 ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, finden die Vorschriften des Landesverwaltungsgesetzes über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 121 ff.) ergänzend Anwendung. Im Übrigen</p>	

<p>gen gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.</p>	
<p>Artikel 2</p>	
<p>Änderung der Landeshaushaltsordnung</p> <p>Die Landeshaushaltsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 1992 (GVOBl. Schl.-H. S. 381), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Dezember 2005 (GVOBl. Schl.-H. S. 568), wird wie folgt geändert:</p>	
<p>1. § 7 wird wie folgt geändert:</p>	
<p>a) In Absatz 1 wird folgender Satz 2 angefügt: “Diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, inwieweit wahrgenommene Aufgaben verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können.“</p>	
<p>b) In Absatz 2 werden folgende Sätze 2 und 3 angefügt: “In geeigneten Fällen ist Privaten die Möglichkeit zu geben, darzulegen, ob und inwieweit sie die vom Land wahrzunehmenden Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, haben sich auf den gesamten Lebenszyklus eines Projekts zu beziehen und sämtliche Kosten und Lasten sowie die Risikoverteilung in den Projektphasen der Planung, Realisierung und Abwicklung nach Vertragsbeendigung einzustellen.“</p>	
<p>2. § 63 wird wie folgt geändert:</p>	
<p>a) Absatz 2 erhält folgende Fassung: „(2) Vermögensgegenstände dürfen nur veräußert werden,</p>	

<p>wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben des Landes in absehbarer Zeit nicht benötigt werden. Werden sie zur Erfüllung der Aufgaben des Landes weiterhin benötigt, dürfen sie zur langfristigen Eigennutzung veräußert werden, wenn auf diese Weise die Aufgaben des Landes mindestens ebenso wirtschaftlich erfüllt werden können.“</p>	
<p>b) In Absatz 3 wird folgender Satz 3 angefügt: „Ist der Wert gering oder besteht ein dringendes Landesinteresse, so kann das Finanzministerium Ausnahmen zulassen.“</p>	
<p>c) Absatz 4 wird aufgehoben.</p>	
<p>d) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 4 und wie folgt gefasst:</p>	
<p>„(4) Für die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes gelten die Absätze 2 und 3 entsprechend.“</p>	
<p style="text-align: center;">Artikel 3</p>	
<p style="text-align: center;">Änderung der Gemeindeordnung</p>	
<p>Die Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Februar 2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 57), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. März 2006 (GVOBl. Schl.-H. S. 28), wird wie folgt geändert:</p>	
<p style="text-align: center;">§ 90 wird wie folgt geändert:</p>	
<p>1. In Absatz 1 wird folgender Satz 2 eingefügt: „Werden sie zur Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde weiterhin benötigt, dürfen sie zur langfristigen Eigennutzung veräußert werden, wenn auf diese Weise die Aufgaben der Gemeinde mindestens ebenso wirtschaftlich erfüllt werden können.“</p>	

Auswertung der Stellungnahmen zum Gesetzentwurf der Landesregierung zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften
Drucksache 16/935

nen.“	
2. In Absatz 2 wird die Angabe “Satz 2“ gestrichen.	
Artikel 4	
Inkrafttreten	
Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung in Kraft.	