

Masterthesis im Studiengang
Baurecht und Baubegleitung –
von der Projektentwicklung bis zur Streitbeilegung
(LL.M.)

**„Alternative Vergütungsmechanismen für die Sanierung
von Bestandsimmobilien in öffentlichen privaten Partnerschaften“**

Ein kooperativer Ansatz zur vertraglichen Behandlung von Bestandsrisiken.

bei Prof. Dr. Racky

Philipps-Universität Marburg

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	iii
A. Einleitung	1
I. Problemstellung/ Zielstellung	1
II. Abgrenzung und Vorgehensweise	2
B. Bestandsrisiken im ÖPP-Verfahren	4
I. Grundlagen Öffentlich Private Partnerschaften	4
1. Vergabeverfahren	5
2. Der ÖPP-Projektvertrag.....	6
4. Risikoallokation.....	7
II. Bestandsrisiken	8
1. Definition Bestandsrisiken	8
2. Allokation Bestandsrisiken in ÖPP-Verfahren in der Literatur.....	9
3. Allokation Bestandsrisiken in ÖPP-Verfahren Beispiele aus der Praxis.....	10
III. Zusammenfassung	11
C. Rechtliche Würdigung Bestandsrisiken – ungewöhnliches Wagnis und mangelhafte Leistungsbeschreibung	13
I. Übertragung des Bestandsrisiko als ungewöhnliche Wagnis	13
II. Die mangelhafte Leistungsbeschreibung.....	16
D. Status Quo Bestandsrisiken in ÖPP-Verfahren aus Sicht eines Anbieters	18
I. Umgang mit Bestandsrisiken im Vergabeverfahren.....	18
1. Effizienter Ressourceneinsatz	18
2. Nachtragsmanagement	19
3. Keine Selbstdiskreditierung durch Rüge	19
II. Umgang mit Bestandsrisiken nach Vertragsschluss	20
E. Alternative Projektabwicklungsmodelle von Bauprojekten.....	23
I. Garantierter Maximalpreis	23
II. Project Alliance	25
III. Vergaberechtlicher Rahmen für Partnering Modelle.....	28
F. Vergütungsmodell eines Risikobudgets für Bestandsrisiken	30
I. Modellbeschreibung	31
1. Voraussetzungen	31
2. Das Basismodell.....	31
3. Der Risikokatalog.....	32
4. Wirtschaftliche Berücksichtigung des Risikobudgets im Vergabeverfahren	33
5. Das verwirklichte Risiko	34

Inhaltsverzeichnis

6. Endschaftsregelung	35
II. Szenarioanalyse Risikobudgetierung.....	36
1. Minimalvariante	37
2. Normalvariante.....	37
3. Maximalvariante.....	38
G. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	39
X. Ehrenwörtliche Erklärung	41

Literaturverzeichnis

- (BMVI), B. f. (12. 02 2020). *Was ist eine Öffentlich-Private Partnerschaft (ÖPP)?* Von <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/oepp-einleitung-01-was-ist-oepp.html> abgerufen
- (FTA), F. T. (19. 09 2013). *Pilot Projects In Lean Project Alliancing*. Von www.liikennevirasto.fi: http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjE5OXxzPjmAhVE5aQKHeJoDtwQFjABegQIBBAB&url=http%3A%2F%2Fleinaninpublicsector.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2019%2F05%2FFLIPS-2013_FTA.pptx&usg=AOvVaw1wGG7NOYKSSKf7ZtqaBpf2 abgerufen
- AG, P. D.-Ö. (Hrsg.). (2014). *ÖPP-Mustervertrag für ein Inhabermodell im Hochbau mit Kommentierungen und optionalen Vertragsklauseln* (Bd. 15). Berlin. Abgerufen am 15. 03 2020 von https://www.pd-g.de/assets/Drucksachen/Grundlagenarbeiten/140916_GLA_Bd-15_Mustervertrag.pdf
- Agthe, V., Löchner, S., & Schmitt, S. (2016). *Intelligente Vergabestrategien bei Großprojekten*. Wiesbaden: Springer Verlag.
- Alfen, H. W., Cordes, S., & Schaedel, V. (2010). *ÖPP in Deutschland. 2000-2010 Betriebswirtschaftliches Symposium Bau*. (H. W. Alfen, Hrsg.) *Schriftenreihe der Professur Betriebswirtschaftslehre im Bauwesen, 9*.
- Alfen, H. W., Riemann, A., Leide, K., Daube, D., Frank-Jungbecker, A., Gleiß, W., & Wolfrum, M. (2011). *Lebenszyklusorientiertes Management für PPP Projekte im öffentlichen Hochbau*. Bauhaus-Universität Weimar , Fakultät Bauingenieurwesen Professur Betriebswirtschaftslehre im Bauwesen . Weimar: Verlag der Bauhaus-Universität Weimar.
- Althaus, S., & Heindl. (2008). *Der öffentliche Bauauftrag*. beck online.
- Althaus, S., & Heindl, C. (2013). *Der öffentliche Bauauftrag: Vergabe und Ausführung von Bauleistung nach VOB Teile A,B und C*. C.H.Beck; Auflage: 2.
- Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, B. u. (19. 02 2020). *Public Private Partnership (PPP)*. Von <https://www.stmb.bayern.de/buw/bauthemen/ppp/index.php> abgerufen
- Bischoff, T. (2009). Public private partnership (PPP) im öffentlichen Hochbau: Entwicklung eines ganzheitlichen, anreizorientierten Vergütungssystems. *Schriften zur Immobilienökonomie Band 51* .
- BMU (Hrsg. 20014), (Bundesministerium für Umwelt, Bau, Naturschutz und Reaktorsicherheit): Leitfaden WU Hochbau. Leitfaden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, 3. Aufl., Berlin [Eigenverlag], 20014, unter www.fib-bund oder www.bbsr.bund.de
- Bücker, M. (2007). Alliance Contracting - Streitverzicht beim Bauvertrag. *NZBau*, S. 609.
- Deutschland, P. (13. 12 2020). *PPP-Projekt Datenbank*. Von https://www.ppp-projekt-datenbank.de/fileadmin/user_upload/191231_OEPP-Markt_ab_2002.pdf abgerufen
- Development, A. G.-D. (2015). Von https://www.infrastructure.gov.au/infrastructure/ngpd/files/National_Guide_to_Alliance_Contracting.pdf abgerufen
- Drittler, M. (2017). *Nachträge und Nachtragsprüfung*. Werner Verlag, 4. Auflage.
- Eschenbruch, K., & Racky, P. (2008). *Partnering in der Bau- und Immobilienwirtschaft- Projektmanagement- und Vertragsstandards in Deutschland*. Stuttgart: Kohlhammer Verlag.

- Ganten, H., Jansen, G., & Voit, W. (2013). *Beck'scher VOB-Kommentar Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B*. C.H. Beck.
- Gatzke, N. (2010). Public Private Partnerships und öffentliche Verschuldung. In B. Rürup, & W. Sesselmeier (Hrsg.), *Sozialökonomische Schriften* (Bd. 41). Frankfurt am Main: PETER LANG Internationaler Verlag der Wissenschaften.
- Girmscheid, G. (2005). Partnerschaften und Kooperationen in der Bauwirtschaft–Chance oder Irrweg. *Bauingenieur*, 80, S. 103-113.
- Gralla, M., & Fritz, B. (2001). *Garantierter Maximalpreis. GMP - Partnering - Modelle, ein neuer und innovativer Ansatz für die Baupraxis*. Vieweg+Teubner.
- Heidemann, A. (2011). *Kooperative Projektentwicklung im Bauwesen unter der Berücksichtigung von Lean-Prinzipien-Entwicklung eines Lean-Projektentwicklungssystems: Internationale Untersuchungen im Hinblick auf die Umsetzung und Anwendbarkeit in Deutschland*. Vol. 68. Karlsruhe: Scientific Publishing.
- Infrastruktur, B. f. (13. 01 2020). *Ablauf eines ÖPP-Vergabeverfahrens*. Von <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/oepp-wie-laeuft-vergabeverfahren-ab.html> abgerufen
- Kanthak , N., & Lenzen, A. (2007). Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung von PPP Modellen. In B. Meyer-Hofmann, F. Riemenschneider, & O. Weihrauch, *Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis* . Köln: Carl Heymanns.
- Kapellmann, K., & Messerschmidt, B. (2017). *Beck'sche Kurz-Kommentare VOB Teile A und B: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung*. C.H. Beck; 6. Auflage.
- Knütel, C. (2007). Projektvertrag. In U. Siebel, J.-H. Röver, & C. Knütel (Hrsg.), *Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP* (S. 385-442). Köln/München.
- Kullack, A. (2001, Nr. 04). Der GMP-Vertrag. *BauW - Zeitschrift Bauwirtschaft*, S. 17-18.
- Lampert, S. (2019). VOB/A-EU. In M. Burgi, & M. Dreher, *Beck'scher Vergaberechtskommentar - Zweibändige Ausgabe, Band 2: VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/ A-EU, VS-VgV, VS-VOB/ A*. München: C.H.Beck; 3.Auflage.
- Littwin, F. (2007). Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis. In B. Meyer-Hofmann, F. Riemenschneider, & O. Weihrauch. Köln: Heymanns, Carl; Auflage: 2., .
- Littwin, F., & Schöne, F.-J. (2006). *Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau: Handbuch (Recht und Verwaltung)*. (Littwin, & Schöne, Hrsg.) Stuttgart: Kohlhammer; Auflage 1.
- Messerschmidt, B., & Voit, W. (2018). *Privates Baurecht: Kommentar zu §§631 ff. BGB*. München: C.H.Beck; Auflage: 3.
- Möller, J. (2007). In B. Meyer-Hofmann, F. Riemenschneider, & O. Weihrauch, *Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis*. Köln: Carl Heymanns.
- Mühlenkamp, H. (2011). Eine ökonomische Analyse von (PPP). In J. Ziekow (Hrsg.), *Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück?* (S. 67-106). Baden Baden.

Literaturverzeichnis

- Nordrhein-Westfalen, M. d. (12. 12 2019). *Kompetenzzentrum Infrastruktur/ÖPP* . Von <https://www.finanzeverwaltung.nrw.de/de/kompetenzzentrum-fuer-finanzwirtschaftliche-infrastrukturfragen> abgerufen
- Pfnür, A., Schetter, C., & Schöbener, H. (2010). *Risikomanagement bei Public Private Partnerships*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag .
- Pfnür, A. (Hrsg.) (2006) Arbeitskreis PPP im Management öffentlicher Immobilien im Bundesverband Public Private Partnership (BPPP) e.V.: *Risiken immobilienwirtschaftlicher PPPs aus Sicht der beteiligten Akteure*. Arbeitspapiere zur immobilienwirtschaftlichen Forschung und Praxis, No. 4, Technische Universität Darmstadt, Forschungszentrum Betriebliche Immobilienwirtschaft, Darmstadt
- (2008). *PPP-Handbuch Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften*. Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS), Deutscher Sparkassen- und Giroverband (DSGV). Berlin: Vereinigte Verlagsbetriebe.
- ÖPP Deutschland AG (Hrsg.), *ÖPP-Schriftenreihe Band 15, ÖPP-Mustervertrag für ein Inhabermodell im Hochbau*, Berlin 2014
- Püstow, M., Göhlert, T., & Meiners, J. (2018). *Einbindung des Baus in die Planung - Gutachten zur Vereinbarkeit mit Haushalts- und Vergaberecht für den Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.* Berlin: KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
- Söhngen, D. (2011). Warum nur tut sich Deutschland mit PPP so schwer? *Public Private Partnership, Jahrbuch 2011*. (M. Weber, Hrsg.) Frankfurt am Main: Boschen Druck.
- Weber, Schäfer, & Hausmann. (2018). *Praxishandbuch Public Private Partnership*. München: Verlag C. H. Beck.
- Zichel, B. (2013). Von der australischen Project Alliance zum Schweizer Projektbündnis? (I. f. Baurecht, Hrsg.) *Baurecht - Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen* (01).

A. Einleitung

A. Einleitung

I. Problemstellung/ Zielstellung

Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) haben sich in Deutschland als alternative und bewährte Beschaffungsvariante etabliert. Bis heute wurden über 200 ÖPP-Verträge allein im öffentlichen Hochbau unterzeichnet. Bereits 2010 konnte konstatiert werden, dass in den vergangenen zehn Jahren¹ ÖPP als anerkannte Beschaffungsvariante herangewachsen ist.² In der öffentlichen Diskussion sind vermeintliche Ängste und Sorgen zu Privatisierungen oder einer verschleierte Schuldenaufnahme sowie scheinbar mangelnde architektonische Qualität kaum noch gegenwärtig.³ Stattdessen vermehren sich die vielen positiven Erfahrungsberichte über erfolgreich abgewickelte Projekte in sämtlichen Medien.

Die Ergebnisse der Grundlagenarbeit in Deutschland haben sich vielfach bewährt. Es gibt eine Vielzahl an Instrumenten, Handlungsempfehlungen bis hin zu Musterverträgen, die täglich Anwendung finden. Nicht zuletzt wurde dies durch Hochschulinitiativen, Stabstellen auf Bundes- und Landesebene sowie das Engagement der Projektbeteiligten wie Banken, Beratern und Bauunternehmen erreicht.⁴

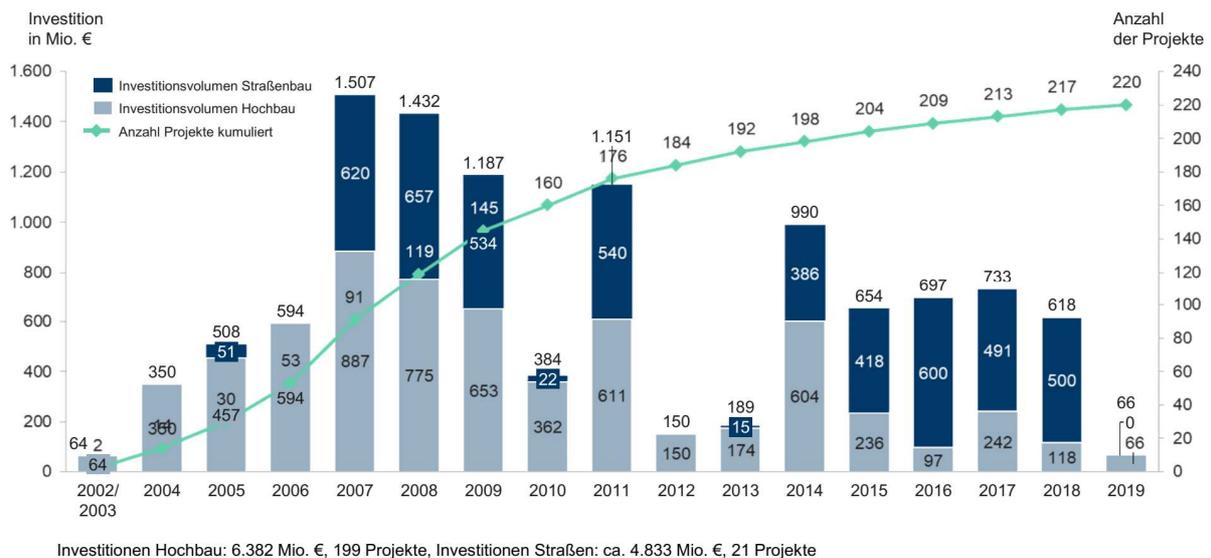


Abbildung 1 ÖPP-Projekte mit Vertragsabschluss im Hochbau- und Straßenbau nach Investitionsvolumen gesamt⁵

Bisher bilden den mehrheitlichen Anteil an ÖPP-Projekten im Hochbau Neubauprojekte auf der sog. „grünen Wiese“. Nichtsdestotrotz werden ebenfalls auch Sanierungsmodelle erfolgreich vergeben und abgewickelt. Diese Projekte können höhere Anforderungen auf Grund gesteigerter technischer

¹ Anm. Zeitraum zwischen 2000 bis 2010.

² *Alfen, Cordes, & Schaedel*, ÖPP in Deutschland, 2010, S. Vorwort.

³ *Söhngen*, Warum nur tut sich Deutschland mit PPP so schwer?, 2011, S. 37.

⁴ *Littwin*, Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, 2007, S. 29; Vgl. www.bmi.de/ÖPPP, www.pd-AG.de, www.finanzverwaltung.nrw.de

⁵ Vgl. PPP-Projekt Datenbank, www.ppp-projekt-datenbank.de vom 31.12.2019.

A. Einleitung

Komplexität an den Auslober sowie an den privaten Partner stellen. Bestandsrisiken der Bausubstanz können nur mit großem technischem und finanziellem Aufwand bewertbar erfasst werden. Eine vollständige und den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechende technische Voruntersuchung von Bestandsimmobilien ist wirtschaftlich nicht darstellbar und nur bis zu einem gewissen Aufklärungsgrad möglich. Es zeichnet sich der Trend, dass neben der Gesamtplanungsverantwortung auch das Bestandsrisiko auf den privaten Partner übertragen werden soll. Diese Untersuchung wird herausarbeiten, dass diese Risikoallokation rechtlich legitim ist, jedoch auch ein höheres Konfliktpotential für beide Vertragspartner birgt. Die Folgen des Konfliktes über Streitigkeiten zum Vertragsoll auf Grund von Bestandsrisiken sind Ansprüche auf zusätzliche Vergütung, veränderte Ausführungsfristen bis hin zu langwierigen Rechtsstreitigkeiten. Vor allem bei ÖPP mit ihren langen Vertragslaufzeiten können Streitigkeiten höhere Reichweiten haben als bei konventionellen Bauvorhaben und verzerren das Vertrauensverhältnis.

Diese Arbeit möchte daran anknüpfen und die Diskrepanz der Informationsdefizite von Bestandsrisiken aktiv steuern und kooperativ zu gestalten. Hierzu soll eine ökonomische Anreizstruktur in das Vergabeverfahren sowie in die vertraglichen Strukturen untersucht werden.

II. Abgrenzung und Vorgehensweise

Diese Arbeit bezieht sich in ihrer Untersuchung auf die Realisierung öffentlicher Hochbauprojekte im Rahmen einer öffentlichen privaten Partnerschaft für Bestandsimmobilien ohne Einnahmerisiken. Die Übertragungen der Leistungskomponenten aus der Betriebsphase sind wesentliche Elemente jedes ÖPP-Vertragsmodells. In welchem Umfang diese Leistungen als Leistungsverpflichtung vereinbart werden stellt für die Untersuchung keine Relevanz dar und wird vernachlässigt. Ebenfalls wird der Leistungsbestandteil der Finanzierung nicht berücksichtigt. Die Untersuchung setzt voraus, dass die Ergebnisse dieser Arbeit für eine Eigenfinanzierung durch die öffentliche Hand oder ein Forfaitierungsmodell mit Einredevorzicht vollständig übertragen werden können. Im Rahmen einer Projektfinanzierung muss gesondert untersucht werden, inwieweit die Interessen eines Eigenkapitalgebers berührt werden. Diese Arbeit möchte darüber hinaus keinen Beitrag zur Gestaltung von Wirtschaftlichkeitsberechnungen oder -untersuchungen liefern, gleichwohl die Erkenntnisse in die Risikobewertung einfließen müssen. Es gibt zahlreiche Instrumente zur monetären Risikobewertung⁶, die Untersuchung soll jedoch die Vertragsgestaltung optimieren und nicht die konkrete monetäre Bewertung und Auswirkung eines Risikos betrachten.

Ausgehend von der Begriffsdefinition „Öffentliche Private Partnerschaften“ werden grundlegend die kennzeichnenden und für die Untersuchung relevanten Merkmale charakterisiert und dargestellt.

⁶ *Alfen, Riemann, Leide*, Lebenszyklusorientiertes Management für PPP Projekte im öffentlichen Hochbau Teil II, 2011, S. 167 ff..

A. Einleitung

Ergänzend wird das Bestandsrisiko erläutert und der Umgang im ÖPP-Verfahren beschrieben. Die theoretischen Grundlagen werden komplementiert durch einen Einblick in die Rechtsprechung zu konkreten Fragestellungen zur möglichen Risikoübertragung und unkalkulierbaren Risiken in Werkverträgen. Eine Zusammenfassung der Grundlagen, der Auswahl der Rechtsprechung und eine subjektive Momentaufnahme in die Praxis wird im *Kapitel D Status Quo Bestandsrisiken in ÖPP Verfahren* gegeben. Dies bildet den Ausgangspunkt der Untersuchung eines kooperativen Ansatzes zur Gestaltung von Bestandsrisiken. Hierzu werden andere Vergütungsmodelle herangezogen und im *Kapitel E Alternative Projektabwicklungsmodelle von Bauprojekten* dargestellt. Durch die gewonnenen Erkenntnisse alternativer Vergütungsansätze wird im *Kapitel E Modelluntersuchung* ein eignes theoretisches Modell erstellt, das die variablen und transparenten Ansätze der Partnerschaften auf das Konzept einer öffentlich privaten Partnerschaft zu übertragen versucht. Eine Zusammenfassung aller Erkenntnisse sowie kritischer Würdigung der Modelluntersuchung schließt die Untersuchung im letzten Kapitel dieser Arbeit ab.

B. Bestandsrisiken im ÖPP-Verfahren

Die Grundlagen der nachfolgenden Untersuchung setzt sich zum einen aus einer schwerpunktorientierten Beschreibung der Besonderheiten der Beschaffungsvariante der Öffentlich Privaten Partnerschaften zusammen und untersucht darauf aufbauend das konkrete Risiko der technischen Bestandsrisiken.

I. Grundlagen Öffentlich Private Partnerschaften

Der Begriff „*Öffentlich Private Partnerschaft*“ (engl. Public Private Partnership) ist kein eindeutig definierter Rechtsbegriff.⁷ Vielmehr wird der Begriff in der Wissenschaft und Lehre, Literatur oder auch von Akteuren der öffentlichen Hand enger oder auch weiter durch seine speziellen Merkmale definiert.⁸ Kennzeichnend für alle Formen von ÖPP ist eine langfristige vertraglich strukturierte Zusammenarbeit von Körperschaften oder Institutionen der öffentlichen Hand mit privaten Wirtschaftsakteuren zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Somit stellen ÖPP keinen Selbstzweck dar, sondern dienen der öffentlichen Hand als eine Form der Leistungsbeschaffung respektive der öffentlichen Daseinsfürsorge. Im Folgenden soll anhand der konkreten Merkmale der Begriff „*Öffentlich Private Partnerschaften*“ näher erläutert werden.

Öffentlich Private Partnerschaften stehen je nach Vertragsgestaltung zwischen einer konventionellen Beschaffungsvariante und einer materiellen Privatisierung.⁹ Der öffentliche Partner behält stets die Aufgabenerfüllungsverantwortung, bedient sich jedoch zur Erfüllung dieser eines privaten Wirtschaftsakteurs und überträgt langfristig und lebenszyklusübergreifend Leistungsbestandteile zur Sicherstellung öffentlicher Infrastruktur.

Ausgehend von der Organisationstruktur kann man in verschiedenen Modelltypen differenzieren. Exemplarisch seien hier Betreiber-¹⁰, Konzessions-¹¹ und Betriebsführungsmodelle¹² erwähnt. Nicht zuletzt auf Grund der großen Vertragsgestaltungsmöglichkeiten lassen sich ÖPP in nahezu allen Infrastruktursektoren anwenden.¹³

Im öffentlichen Hochbau haben sich Betreibermodelle als bewährtes Instrument der Infrastrukturbeschaffung etabliert. Bis zum Jahresende 2018 wurden nahezu 200 ÖPP Projekte im Hochbau mit einem Gesamtvolumen von über 6 Mrd. Euro in der Bundesrepublik Deutschland realisiert.

⁷ *Bischoff*, Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau: Entwicklung eines ganzheitlichen, anreizorientierten Vergütungssystems, Bd. Schriften zur Immobilienökonomie Band 51, 2009, S.29.

⁸ *BMVI* ((BMVI), 2020); (Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, 2020).

⁹ *Gatzke*, „Public Private Partnerships und öffentliche Verschuldung,“ in Sozialökonomische Schriften , Bd. 41, 2010, S. 21.

¹⁰ *Knütel*, Projektvertrag, 2007, S. 381.

¹¹ *Littwin*, in Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, 2007, S. 3.

¹² *Knütel*, Projektvertrag 2007, S. 382.

¹³ *Alfen*, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2018, S. 2.

B. Bestandsrisiken im ÖPP-Verfahren

75% wurden davon als Inhabermodell und 8% als Mietmodell umgesetzt.¹⁴ Das Inhabermodell ist ein Betreibermodell, bei dem der Auftragnehmer eine Immobilie auf dem Grundstück und im Eigentum für die öffentliche Hand plant, errichtet und über einen Zeitraum von bis zu 30 Jahren betreibt oder Teilleistungen des Betriebes übernimmt. Darüber hinaus wird sowohl regelmäßig die Bauzeitfinanzierung als auch die langfristige Endfinanzierung auf den privaten Partner übertragen.¹⁵

1. Vergabeverfahren

Die Ausschreibungspflicht eines öffentlichen Auftrages ist nach den Regeln des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) durch den Auslober zu prüfen.¹⁶ Ein Auftrag ist danach europaweit ausschreibungspflichtig, wenn ein öffentlicher Auftraggeber¹⁷, einen öffentlichen Auftrag¹⁸ vergeben möchte, welcher einen definierten Auftragschwellenwert¹⁹ übersteigt und nicht in den Ausnahmekatalog²⁰ fällt. In der Regel kann bei sämtlichen ÖPP-Modellen im Hochbau davon ausgegangen werden, dass ein ausschreibungspflichtiger Auftrag nach §99 GWB vorliegt, es muss dennoch in jedem Einzelfall geprüft und dokumentiert werden, in welchem konkreten Umfang die Ausschreibungspflicht berücksichtigt werden muss. Die Auswahl der Verfahrensart ist auf Grund der Komplexität der ÖPP-Verträge eingeschränkt, so kommen Offene und Nichtoffene Verfahren aufgrund ihres Verhandlungsverbotes²¹ nicht in Betracht. Die öffentlichen rechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens oder eines Wettbewerblichen Dialoges müssen vorliegen und im Verfahren aktenkundig gemacht werden.²² Die Vergabe von ÖPP-Projekten ist stark reglementiert und strukturiert. Vor Beginn der öffentlichen Ausschreibung erfolgt ein sog. ÖPP-Eignungstest, eine qualitative Voruntersuchung, ob die Beschaffungsform grundsätzlich für das Projektvorhaben geeignet ist und sich signifikante Effizienzvorteile heben lassen können. Wenn diese qualitative Bewertung positiv ausfällt, erfolgt eine vorläufige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, in welcher eine ökonomische Betrachtung aufgestellt wird. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung soll eine potenzielle ÖPP-Beschaffung einer konventionellen Beschaffung gegenübergestellt werden, um im direkten Vergleich die effizienteste Beschaffungsvariante zu ermitteln. Ist dies gegeben, beginnt die öffentliche Ausschreibung mit einem europaweiten Teilnahmewettbewerb. Die Vorselektion geeigneter Bieter soll die grundsätzliche technische, finanzielle und organisatorische Leistungsfähigkeit potenzieller Bieter sicherstellen. In

¹⁴ Vgl. www.ppp-projektbank.de, Überblick über ÖPP Projekte im Hoch- und Tiefbau in Deutschland, S.17.

¹⁵ *Knütel*, Projektvertrag, 2007, S. 381.

¹⁶ *Möller*, Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, 2007, S. 206.

¹⁷ §98 GWB.

¹⁸ §99 GWB.

¹⁹ §100 Abs. 1 GWB.

²⁰ §100 Abs. 2 GWB.

²¹ § 24 VOB/A.

²² *Bischoff*, Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau: Entwicklung eines ganzheitlichen, anreizorientierten Vergütungssystems, Bd. Schriften zur Immobilienökonomie Band 51, 2009, S.64.

B. Bestandsrisiken im ÖPP-Verfahren

einem kleineren, definierten Teilnehmerkreis erfolgt im Anschluss die Angebotsphase. Die Bewerber werden aufgefordert, dem Auslober ein erstes, idR. indikatives Angebot zu unterbreiten. Die von den Bietern ausgearbeiteten Angebote werden von der Vergabestelle geprüft, gewertet und gewichtet. Je nach Anzahl des Teilnehmerkreises, erfolgt eine Abschichtung der bestplatzierten Bieter. Bei kleinerem Teilnehmerkreis werden alle Bieter zur Verhandlungsphase eingeladen, ihr Angebot zu präsentieren. Ziel der Verhandlungen ist es, etwaige Unklarheiten hinsichtlich der Projekt- und Vertragsanforderungen zu klären und ein einheitliches Vertragsverständnis herzustellen. Die Bieter und der Auftraggeber können dabei Verhandlungspunkte vorschlagen. Im Abschluss der Verhandlungsphase steht die Aufforderung zur Abgabe des verbindlichen Angebotes. Es erhält der Bieter den Zuschlag, welcher die höchste Bewertungspunktzahl gemäß dem Wertungssystem erreicht hat, insofern das Angebot im Rahmen einer abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung einen ökonomischen Vorteil gegenüber einer prognostizierten Eigenrealisierung durch den öffentlichen Auftraggeber aufweist.²³ Als kreditähnliches Rechtsgeschäft muss auf Kommunalebene die Kommunalaufsicht dem Vorhaben vor Vertragsunterzeichnung zustimmen.

2. Der ÖPP-Projektvertrag

In einem ÖPP-Projekt werden unterschiedliche Leistungen aus verschiedenen Lebenszyklusphasen auf einen privaten Partner übertragen. Die vertragliche Basis zwischen den Vertragspartnern bildet ein Netzwerk komplexer Langzeitverträge, in dessen Zentrum der ÖPP-Projektvertrag steht. Hierin sind sämtliche Rechte und Pflichten, Leistungen und Gegenleistungen, Sicherungsinstrumente, Risikoverteilung und insbesondere die Vergütung der Leistung vereinbart.²⁴ Die Vergütungsbestandteile sind differenziert nach den entsprechenden Leistungspaketen.

Jeder ÖPP-Projektvertrag schließt Elemente eines komplexen Globalpauschalvertrages für die Planungs- und Bauleistung ein. Auf Grund der Komplexität und den gestalterischen Freiräumen findet die funktionale Ausschreibung in ÖPP-Projekten ihre Anwendung, welche ihre Legitimität aus VOB/A § 7c lit 1 herleitet. Mit ihr wird nicht nur die Preisbildung, sondern in der Regel auch der Entwurf dem Wettbewerb unterstellt, „[...] *um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln.*“²⁵ Sie definiert durch output-orientierte funktionale Qualitätsmerkmale, welche baulichen und betrieblichen Leistungsverpflichtungen auf den Auftragnehmer übertragen werden.

Die Bieter haben im Vergabeverfahren eigenständig die technischen und gestalterischen Lösungen zu erarbeiten, welche die Ziele der Vergabestelle optimal erfüllen. Somit steht nicht der Prozess der Leistungserbringung im Vordergrund, sondern das nachprüfbare Ergebnis. Es erfolgt dadurch eine

²³ Vgl. BMVI Ablauf eines ÖPP-Vergabeverfahrens.

²⁴ *Bischoff*, Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau: Entwicklung eines ganzheitlichen, anreizorientierten Vergütungssystems, Bd. Schriften zur Immobilienökonomie Band 51, 2009, S.182.

²⁵ VOB/A §7c (1).

B. Bestandsrisiken im ÖPP-Verfahren

Übertragung der Gesamtplanungsverantwortung und damit das Planungsrisiko, auch für Planungsfehler, auf den Auftragnehmer.

Die Leistungsbeschreibung muss sich an den Anforderungen einer ausreichenden und ausgereiften Planung messen lassen. Quantitative und qualitative Vorgaben sowie ein architektonischer Gestaltungsrahmen müssen eindeutig beschrieben sein.²⁶ Baulich-technische Rahmenbedingungen und Mindestanforderungen sind festzulegen sowie das Nutzerbedarfsprogramm, welche das Funktions-, Raum- und Ausstattungsprogramm beinhaltet.²⁷ Dies bildet die Grundlage der Planung und Kalkulation für die Bieter und definiert in Verbindung mit dem Projektvertrag das vertragliche Leistungssoll.

Kennzeichnend für den komplexen Globalpauschalvertrag ist darüber hinaus die Verwendung so genannter Komplettheitsklauseln. Diese fordern vom Auftragnehmer, alle Leistungen zu erbringen, die zur Herstellung eines schlüsselfertigen und funktionsfähigen Bauwerks erforderlich sind, auch wenn sie nicht ausdrücklich in den Vertragsgrundlagen beschrieben sind. Ergänzend finden sich Bestimmungen, nach denen der Auftragnehmer bestätigt, alle Umstände zu kennen, die für seine Leistungserbringung erforderlich sind und ihn zudem die Vertragsgrundlagen in die Lage versetzen, das Bauwerk schlüsselfertig, in der geforderten Qualität und termingerecht herzustellen, sog. „Bestätigungsklauseln“. Mit derartigen „Komplettheitsklauseln“ übernimmt der Auftragnehmer das Risiko der Unvollständigkeit und Lückenhaftigkeit der vom Auftraggeber beigestellten Leistungsbeschreibung.²⁸

4. Risikoallokation

Die ökonomische Risikotheorie kennzeichnet den Begriff „*Risiko*“ als wertfreien Zustand über ein prospektives Ereignis. Das Risiko definiert dabei die Unsicherheit über die Verwirklichung wirtschaftlicher Werte und deren Ausmaß über die wahrscheinliche Abweichung. Unter ökonomischer Betrachtung birgt die Unsicherheit über die Abweichung Risiken, aber zu gleich auch eine Chance. Diese Chance führt zu Wettbewerb und unternehmerischem Handeln.²⁹

Ein wesentliches Potential von ÖPP Projekten liegt in der Ausgestaltung einer effizienten Allokation von Projektrisiken. Während die Fachliteratur je nach Ausprägung und Herkunft den Begriff des Risikos unterschiedlich weit definiert und in diverse Risikogruppen einteilt, ist man sich in einem Grundsatz einig. Die Risikoverteilung soll nach der individuellen Risikokontrollfähigkeit der Projektbeteiligten erfolgen. Das konkrete Risiko soll von dem Partner getragen werden, der es am besten beherrschen

²⁶ Kanthak, Lenzen, Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, 2007, S.140.

²⁷ Kanthak, Lenzen, Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, 2007, S.143.

²⁸ Messerschmidt, Voit, Privates Baurecht, D. Beteiligte des Bau- und Planervertrages, Unternehmereinsatzformen, Rn. 230.

²⁹ Pfür, Risikomanagement bei Public Private Partnerships, S.5.

B. Bestandsrisiken im ÖPP-Verfahren

kann.^{30 31 32} Sofern dem privaten Partner Risiken übertragen werden, die er beeinflussen kann, wird er Anstrengungen unternehmen, sie zu vermeiden oder zu mindern. Hierdurch wird die gewünschte Anreizwirkung erzielt. Im Umkehrschluss führt die Übertragung unbeeinflussbarer Risiken zu keinem Vorteil.³³ Im Gegenteil, der private Partner wird im Rahmen seiner Risikobewertung das konkrete Risiko monetär bewerten und in seiner Angebotskalkulation berücksichtigen. Dadurch können die Risikokosten höher liegen als in einer Eigenrealisierung.³⁴ Unabhängig von der Art des Risikos kann man konstatieren, dass ein maximaler Risikotransfer nicht zielführend ist, sondern eine effiziente und insgesamt kostenminimierende Zuordnung angestrebt werden sollte.³⁵

II. Bestandsrisiken

1. Definition Bestandsrisiken

Die Risikogruppe der Bestandsrisiken oder das Risiko der Bausubstanz bezeichnet die Abweichung der Annahmen bezüglich Art, Beschaffenheit oder Zustand vorhandener Bauwerke oder -teile, welche zu Verzögerungen, Mehrkosten oder genehmigungsrechtlichen oder sonstigen Auflagen führen können.³⁶ Das Bestandsrisiko verwirklicht sich naturgemäß erst mit fortschreitender Planung und vertiefenden bautechnologischen Voruntersuchungen der einzelnen Maßnahmen oder in der Ausführung nach Vertragsabschluss.

Während bei Neubaumaßnahmen die zeitliche Komponente in der Realisierung oft nur einen Bezug zur Maßnahmenfertigstellung hat und gegebenenfalls während der Errichtungsphase sich ergebene Änderungen in den allgemeinen anerkannten Regeln der Technik oder Gesetzesänderungen einschlägig ist, lassen sich bei Bestandsprojekten technisch-konstruktive Problemfelder bereits mit dem ursprünglichen Baujahr ableiten. Zusätzlich muss in Betracht gezogen werden, dass marginale bis signifikante Eingriffe in die Bausubstanz von Immobilien im Laufe der Zeit unabdingbar sind. So kann ein mögliches Problemfeld entstehen, wenn trotz vorliegender originaler Baugenehmigung und ursprünglicher Bestandspläne, signifikante Eingriffe in die Bausubstanz erfolgten, die trotz einer Genehmigungspflicht nicht ordnungsgemäß beantragt wurden. Oder wenn Dokumente nicht auffindbar und/oder Änderungen nicht fachgerecht ausgeführt worden sind.

Ein weiteres praxisnahes Konfliktpotential, das an genannten Sachverhalt anknüpft, ist die generelle Dokumentation von Bestandsplänen, laufenden Instandhaltungsmaßnahmen und/oder Protokollen wartungspflichtiger sicherheitstechnischer Anlagen. Hierfür trägt der Eigentümer resp. der Auslober

³⁰ *Pfnür*, Risiken immobilienwirtschaftlicher PPPs aus Sicht der beteiligten Akteure, 2006, S. 25.

³¹ *Bischoff*, Public private partnership (PPP) im öffentlichen Hochbau, 2009, S.102.

³² *Kanthak, Lenzen*, Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, 2007, S. 147.

³³ *Mühlenkamp*, Eine ökonomische Analyse von (PPP), 2011, S. 75.

³⁴ *Mühlenkamp*, Eine ökonomische Analyse von (PPP), 2011, S. 76.

³⁵ *Alfen, Fischer*, in Praxishandbuch Public Private Partnership, 2018, S. 42.

³⁶ *Alfen*, Lebenszyklusorientiertes Management für PPP Projekte im öffentlichen Hochbau. 2011, S. 42.

B. Bestandsrisiken im ÖPP-Verfahren

eine Bringschuld an Informationen. Diese können jedoch oftmals nicht zur Verfügung gestellt werden, da sie schlichtweg nicht existieren.

Grundsätzlich werden bei Bestandsgebäuden auch Gefahren- und Schadstoffuntersuchungen an Bauteilen durchgeführt. Als weiteres abschließendes Problemfeld kann es sich zutragen, dass schadstoffbelastete Bauteile nicht oder nicht auf eine ausschlaggebende chemische Zusammensetzung untersucht werden.

In der Praxis gibt es eine Vielzahl an Möglichkeiten, in welchen sich das Bestandsrisiko verwirklicht. Es ist jedoch ebenfalls festzuhalten, dass eine vollständige Aufdeckung des Gebäudezustands wirtschaftlich nicht möglich ist. Entweder auf Grund fehlender, nichtexistierender Dokumente oder Zerstörungsproben von Bauteilen können nur punktuell, exemplarisch und nicht flächendeckend ausgeführt werden.

2. Allokation Bestandsrisiken in ÖPP-Verfahren in der Literatur

In der Übertragung von Risiken liegt der wesentliche Effizienztreiber jeder ÖPP. Alle Risiken, so auch das Bestandsrisiko, soll von der Vertragspartei getragen werden, welche sie direkt beeinflussen und wirtschaftlich beherrschen kann.³⁷ Bereits 2006 konstatiert der Arbeitskreis PPP im Management öffentlicher Immobilien des Bundesverbandes PPP, dass öffentliche Gebäude meist eine mangelhafte Bausubstanz aufweisen, dass die Bewertung von solchen Risiken auf Grund verdeckter Mängel sehr schwer kalkulierbar sind und dass die Übernahme des Risikos oft unwirtschaftlich ist.³⁸

Alfen und Fischer stellen fest, dass eine umfassende Bestandsbeurteilung das Risiko minimiert und eine bessere Kalkulationsgrundlage für die Bieter bereitstellt. Sie heben besonders hervor, dass nach einer Evaluation laufender Pilotprojekte eine unzureichende Bestandsbeurteilung zu erheblichen Vertragsstreitigkeiten führen kann.³⁹ In einer repräsentativen Umfrage stellen Alfen et al im Endbericht 2010 fest, dass aus Sicht der öffentlichen Hand das Bausubstanzrisiko zwischen den Vertragsparteien geteilt werden soll.⁴⁰

Diese Teilung hinsichtlich ihrer Erkennbarkeit wird in der weiteren wissenschaftlichen Literatur als auch im ÖPP-Mustervertrag für den öffentlichen Hochbau aufgegriffen. Im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) wurde durch die ÖPP Deutschland AG und Einbindung weiterer Stakeholder ein Vertragsentwurf mit optionalen Vertragsklauseln für ÖPP-Projekte erarbeitet. Hierin wird ebenfalls ein Vorschlag zum Umgang mit Bestandsrisiken unterbreitet. Demnach sei das Bestandsrisiko auf Grundlage der Erkennbarkeit anhand der Voruntersuchungen bei Vertragsschluss zu

³⁷ Littwin, Schöne, Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau: Handbuch, 2006, S. 220.

³⁸ Pfnür, Risiken immobilienwirtschaftlicher PPPs aus Sicht der beteiligten Akteure, 2006, S. 37.

³⁹ Littwin, Schöne, Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau: Handbuch, 2006, S. 15.

⁴⁰ Alfen, Endbericht Lebenszyklusorientiertes Risikomanagement für PPP-Projekte im öffentlichen Hochbau, 2010, S. 77.

B. Bestandsrisiken im ÖPP-Verfahren

teilen. Der Auftragnehmer übernimmt das Risiko, welches er als kundiger Fachmann mit der gebotenen Sorgfalt erkennen konnte.⁴¹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass man grundsätzlich das Bestandsrisiko als spezifisches Projektrisiko würdigt und ein substanzieller Aufklärungsgrad durch Voruntersuchungen unerlässlich ist. Alle am wissenschaftlichen Diskurs Beteiligten, öffentliche wie private Akteure, sprechen sich gegen eine vollständige Übertragung des Bestandsrisikos auf den Auftragnehmer aus.

3. Allokation Bestandsrisiken in ÖPP-Verfahren Beispiele aus der Praxis
Nachfolgend werden exemplarische und repräsentative Regelungen aus realisierten Projekten herangezogen, um die Umsetzung des Bestandsrisiko in der Praxis aufzuzeigen. Übergeordnet konkreter Regelungen zum Bestandsrisiko, ist in allen ÖPP-Verträgen die sog. Vollständigkeits- oder Komplettheitsklausel enthalten. Nachfolgend wird exemplarisch ein Auszug aus dem ÖPP Mustervertrag genannt.

§20.2. Vollständigkeitsklausel

*Der Auftragnehmer verpflichtet sich zur Erbringung aller Leistungen, die zur Planung und funktionstüchtigen, mangelfreien, termingerechten, bezugsfertigen, gebrauchts- und schlüsselfertigen Erstellung des Vertragsgegenstandes gehören, und zwar auch dann, wenn sie in diesem Projektvertrag und seinen Anlagen nicht besonders erwähnt oder nur lückenhaft bzw. nicht vollständig beschrieben sind. [...]*⁴²

Selbst wenn das Risiko zur Bausubstanz in weiteren Paragraphen konkretisiert wird, bleibt im Rahmen einer Gesamtwürdigung des Vertrages diese Komplettheitsklausel als Anknüpfungspunkt für eine Vertragsauslegung bestehen.

In den konkreten Regelungen zur Bausubstanz finden sich Bestimmungen zum Umgang mit Gutachten und Analysen, Ortsbesichtigungen und durch die Bieter - im europaweiten Vergabeverfahren - mögliche einzubringende Untersuchungen.⁴³

Beispiel (1)

Grundsätzlich muss durch die Bieter eine eigenständige Analyse der Bewertung der vorhandenen Bausubstanz erfolgen. Die zur Verfügung gestellten Unterlagen können nicht als abschließend und vollständig verstanden werden, sondern lediglich die Einschätzung der Bieter zur Bewertung der vorhandenen Bausubstanz im Zuge der Angebotsbearbeitung erleichtern.

Beispiel (2)

Grundlage des Leistungsumfanges sowie bei der Preiskalkulation des AN ist, was einem verständigen Fachmann aus Augenscheinnahme der Grundstücke erkennbar war und/oder hätte erkannt werden

⁴¹ Vgl. ÖPP Deutschland AG, ÖPP-Mustervertrag für ein Inhabermodell im Hochbau, 2014, S. 72f..

⁴² Vgl. ÖPP Deutschland AG, ÖPP-Mustervertrag für ein Inhabermodell im Hochbau, 2014, S. 68f..

⁴³ Anm. Verfasser: ÖPP-Verträge unterliegen idR einer Geheimhaltungsklauseln daher kann sich in Teilen dieser Arbeit nur auf unspezifische Beispiele berufen werden, welche jedoch aus Sicht des Autors eine hohe Praxisnähe aufweisen.

B. Bestandsrisiken im ÖPP-Verfahren

können, da es sich um eine für die betroffenen Fachkreise offenkundige Tatsache oder Schlussfolgerung handelt.

Beispiel (3)

Hinsichtlich der vorliegenden Gutachten zu Sanierungsmaßnahmen erklärt die AN, dass nach ihrer allgemeinen Erfahrung als verständiger Fachmann mit vergleichbaren Immobilien und der Inaugenscheinnahme der Immobilie keine weiteren Begutachtungen erforderlich waren, um den baulichen IST-Zustand der Bauteile festzustellen.

Beispiel (4)

Auszug Vertragsverhältnis des Rechtsstreit Hochtief gegen den Freistaat Bayern entnommen aus dem Urteil OLG München:

*Im Rahmen des Vergabeverfahrens hatten die Bewerber die Möglichkeit [Anm. in Bezug auf die Bausubstanz] eigenständige Prüfungen und Gutachten zu erstellen*⁴⁴[...]

und

*[...]die Ergebnisse der Zustandserfassung sind als Anhalt zu betrachten und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit und Richtigkeit.*⁴⁵

Darüber hinaus werden regelmäßig auch in den Anlagen des Projektvertrages relativierende Anmerkungen zu den Gutachten bzw. den Bestandsunterlagen integriert. So können in der funktionalen Baubeschreibung Passagen enthalten sein, dass die beigefügten Untersuchungen als nicht abschließend deklariert oder der AN Abweichungen zu berücksichtigen hat. Ebenfalls können in den beigefügten Gutachten Ausschlüsse für eine Vollständigkeit entnommen werden, da sich idR nur auf punktuelle Untersuchungen berufen wird.

III. Zusammenfassung

Es wurde herausgearbeitet, dass eine sachgerechte Risikoverteilung ein wesentliches Effizienzpotential einer Öffentlichen Privaten Partnerschaft darstellt. Das Bestandsrisiko ist das zentrale technische, kalkulatorische und spezifische Projektrisiko einer ÖPP im Immobilienbestand. Dieses Risiko kann durch entsprechende Voruntersuchungen minimiert werden. Ein gänzlicher Ausschluss, das heißt eine vollständige Aufdeckung der tatsächlichen Bauteilbeschaffenheit, ist nur mit unverhältnismäßig hohen Mitteln und das auch dann nur annähernd möglich. Je älter die Immobilie oder die Liegenschaft mit Immobilien sind und je weniger Bestandspläne vorhanden sind, desto größer ist das nicht aufzuklärende Restrisiko. In der wissenschaftlichen Literatur sowie der Grundlagenarbeit zu Öffentlich Privaten Partnerschaften wird eine Teilung des Bestandsrisikos hinsichtlich der Erkennbarkeit auf Grundlage beigestellter Untersuchungen einheitlich empfohlen. Es wird ausdrücklich davon Abstand genommen, dass Risiko auf Grund der hohen Ungewissheit vollständig auf den privaten Partner resp. den Auftragnehmer zu übertragen.

⁴⁴ Vgl. OLG München, Urteil vom 12.02.2019-9 U 728/18.

⁴⁵ Vgl. OLG München, Urteil vom 12.02.2019-9 U 728/18.

B. Bestandsrisiken im ÖPP-Verfahren

In der praktischen Anwendung findet dieser Ansatz seinen Anklang, jedoch wird die Verantwortung und damit auch das Risiko zunehmend weiter auf den privaten Partner übertragen. Dies kann durch eine im Vergabeverfahren voraussetzende in Augenscheinnahme der Bausubstanz, der Aufforderung der Erstellung eigener Gutachten, das Entkräften von vorhandenen und beigestellten Gutachten und der Voraussetzung von spezifischen Fachwissens eines Sachkundigen für sämtlich abzudeckende Bereiche geschehen.

C. Rechtliche Würdigung Bestandsrisiken – ungewöhnliches Wagnis und mangelhafte Leistungsbeschreibung

Es existieren sehr wenige einschlägige Rechtsprechungen zu ÖPP-Verfahren, da im Regelfall ein Schiedsgericht oder sonstige Schlichtungsvereinbarungen als außergerichtliche Streitbeilegungsinstrumente in ÖPP-Verträgen verankert sind.⁴⁶ Diese Instrumente sind sehr nützlich und wirkungsvoll, um schnell und ohne großen organisatorischen und finanziellen Aufwand zielorientiert Konflikte zu lösen. Dem steht entgegen, dass durch diese Verfahren ordentliche Gerichte keine richtungsweisenden Urteile fällen können. Dadurch bleiben der akademische Diskurs und die Weiterentwicklung stets nur den handelnden Akteuren vorbehalten. Darüber hinaus ist die Anzahl der realisierten Projekte nicht vergleichbar mit denen konventioneller Realisierungen, zumal bestärkend auch Sanierungsprojekte bisher nur einen kleineren Anteil der bisher realisierten ÖPP-Projekte darstellen.

Aufgrund der hohen Zahl an öffentlichen Bestandsgebäuden und dem immer größeren Sanierungsbedarf, wird sich das Verhältnis mittelfristig ändern. Es ist zu unterstellen, dass in diesem Zusammenhang auch die Streitigkeiten zunehmen. So wie jedes Bauvorhaben individuell ist, ist auch jeder Rechtsstreit ein Einzelfall und wird unter seinen konkreten Umständen zu bewerten sein. Wenn sich in einem ÖPP-Projekt ein Bestandsrisiko verwirklicht und dem AN ein wirtschaftlicher Schaden entstehen würde, wird er im Rahmen seiner Möglichkeiten Strategien entwickeln, das Risiko abzuwenden oder zu minimieren. Insofern er mit einer Vertragsauslegung nicht zum gewünschten Ergebnis kommt, wird er weitere Bemühungen unternehmen, um Angriffspunkte zu identifizieren. In diesem Kontext sollen zwei mögliche Anhaltspunkte nachfolgend diskutiert werden. Welche Erfolgsaussichten hätte ein AN, wenn er im Streitfall auf eine vergabewidrige Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses abstellt oder sich auf eine mangelnde Leistungsbeschreibung berufen würde?

I. Übertragung des Bestandsrisiko als ungewöhnliche Wagnis

Grundsätzlich steht es Vertragsparteien frei, ihre Leistungen zu definieren und Rahmen der Vertragsautonomie vertraglich zu vereinbaren. Öffentliche Auftraggeber sind jedoch u.a. für Bauverträge nach deutschem Recht an das Haushaltsvergaberecht oder je nach Auftragssumme an das Kartellvergaberecht zur Anwendung der Bestimmungen der VOB/A verpflichtet.⁴⁷

Nach § 7 VOB/A Abs. 1 Nr. 3 darf dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Die Vorschrift untersagt die Verlagerung von Risiken mittels der Vergabe- und Vertragsunterlagen auf den Auftragnehmer, die nicht dem hergebrachten Bild

⁴⁶ Vgl. *ÖPP Deutschland AG*, ÖPP-Mustervertrag für ein Inhabermodell im Hochbau, 2014, S. 97.

⁴⁷ *Althaus, Heindl*, Der öffentliche Bauauftrag, Rn. 1.

C. Rechtliche Würdigung Bestandsrisiken – ungewöhnliches Wagnis und mangelhafte Leistungsbeschreibung

der Bauleistung entsprechen und die ein verständiger Bauunternehmer nicht akzeptieren würde.⁴⁸ Sie stellt damit eine bieterschützende Vorschrift dar. Sollte rechtswidrig ein ungewöhnliches Wagnis auf einen Bieter versucht werden zu übertragen, so kann keine Zuschlagserteilung erfolgen. Das Verfahren ist zurückzusetzen auf den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen. Dies setzt jedoch eine bieterseitige Verfahrensrüge voraus und muss vom selbigen dargelegt und bewiesen werden.⁴⁹ Die Vorschrift ist kein Verbotsgesetz und hat grundsätzlich keine direkte Auswirkung auf den geschlossenen Bauvertrag. Jedoch kann im Zweifelsfall §7 VOB/A zur Vertragsauslegung herangezogen werden. Denn jeder Bieter kann im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung davon ausgehen, dass der öffentliche Auftraggeber sich an das Vergaberecht hält und dessen Regeln einhält.⁵⁰

Es müssen kumulativ drei Voraussetzungen vorliegen, um in die Sphäre des „ungewöhnlichen Wagnisses“ zu gelangen.

1. der Auftraggeber muss dem Auftragnehmer ein Wagnis (Risiko) aufbürden,
2. die Umstände, die das Wagnis (Risiko) ausmachen, müssen sich dem Einflussbereich des Auftragnehmers entziehen und
3. dies muss sich in der Weise auf die Preiskalkulation auswirken, dass dem Auftragnehmer eine fachgerechte Kostenschätzung unter Einpreisung eines Wagnisvorbehalts unmöglich ist.⁵¹

Die Aufbürdung eines Wagnisses durch den Auftraggeber meint Risiken, welche durch die Leistungsbeschreibung oder die Risikoverteilung im Bauvertrag mit Zuschlagserteilung auf den Auftragnehmer übergehen. An einer „Aufbürdung“ fehlt es bei solchen Risiken, die ohnehin in die Leistungssphäre des Auftragnehmer fallen und die er daher bei Ausführung der Leistung erbringen muss. Das gilt vor allem für das Leistungs- und Erfüllungsrisiko.

„Ungewöhnlich“ ist das Wagnis (Risiko), wenn es nicht erwartet werden konnte, weil es vom hergebrachten Bild der Bauleistung abweicht. Im Umkehrschluss ist es zweifelsohne zulässig, „gewöhnliche Wagnisse“ zu übertragen. So sind in jedem Bauvorhaben allgemeine und besondere Risiken zu verzeichnen, welche sich unterschiedlich stark ausprägen.⁵² „Ungewöhnlich“ ist ein Wagnis zudem nicht, wenn der Auftragnehmer das Risiko auch außerhalb des Vertrages trägt und in seine Kalkulation einbeziehen muss. Die Übertragung einer Generalsanierung eines Bestandsgebäudes verzeichnet zwar ein gewisses bis hohes Risikopotential, unterscheidet sich jedoch vom „ungewöhnlichen Wagnis“.

Ungewöhnliche Wagnisse sind Risiken, welche sich in der originären Verantwortungssphäre der Auftraggeber befinden, beispielsweise die Verfügbarkeit und Bebaubarkeit. Aber auch, wenn der

⁴⁸ Lampert, VOB/A-EU § 7, 2019, Rn. 48.

⁴⁹ Lampert, VOB/A-EU § 7, 2019, Rn. 51.

⁵⁰ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Rn. 44 – 48.

⁵¹ Lampert, VOB/A-EU § 7, 2019, Rn. 52.

⁵² Lampert, VOB/A-EU § 7, 2019, Rn. 55.

C. Rechtliche Würdigung Bestandsrisiken – ungewöhnliches Wagnis und mangelhafte Leistungsbeschreibung

Auftraggeber Leistungen ausschreibt, die zum Zeitpunkt der Leistungserbringung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht von niemandem erbracht werden können oder gegen Verbotsgesetze verstoßen.

Vergaberechtswidrig ist die Überbürdung eines Wagnisses nur, wenn der Auftragnehmer vorgibt auf die kalkulationserheblichen Umstände und Ereignisse keinen Einfluss haben zu können.

Ein „ungewöhnliches Wagnis“ wird aufgebürdet, wenn der Auftraggeber eine Vorerkundung nicht vollständig durchführt und die Ergebnisse nicht oder nur pauschal und ungefähr mitteilt. Erkennt der Bieter beispielsweise, dass das Leistungsverzeichnis die Boden- und Wasserverhältnisse nur unvollständig wiedergibt, muss er den Auftraggeber darauf hinweisen. Unterbleibt ein derartiger Hinweis und erhält der Bieter den Zuschlag, so kann er sich auf einen Verstoß gegen VOB/A §7 Abs. 1 Nr. 3 nach nicht berufen. Ihn trifft vielmehr die Vermutung, die Unklarheit bzw. Unvollständigkeit der Ausschreibungsunterlagen bewusst hingenommen und „frivol“ kalkuliert zu haben. Das gilt insbesondere bei funktionalen Ausschreibungen.⁵³

Damit ein Wagnis „ungewöhnlich“ ist und dem Auftragnehmer nicht aufgebürdet werden darf, ist drittens Voraussetzung, dass ein fachkundiger Bieter die Eintrittswahrscheinlichkeit des ihm übertragenen Risikos und die Folgewirkungen nicht kaufmännisch vernünftig kalkulieren kann. Es muss für den Bieter mit zumutbarem Aufwand erkennbar sein, welche Risiken bestehen. Ihre Realisierungswahrscheinlichkeit und die dadurch eintretenden Auswirkungen müssen zumindest abschätzbar sein.⁵⁴

Kammerschleusenurteil⁵⁵

In einem Rechtsstreit, welcher vor dem BGH 1996 verhandelt wurde, ging es um Mehrvergütungsansprüche für den Einbau unerwartet großer Mengen von Bewehrungsstahl bei der Sanierung von zwei Kammern einer Doppelschleuse und einer Ersatzschleuse auf Grundlage einer VOB/A konformen Ausschreibung mit einem Pauschalvertrag. Der Kläger legte dar, dass die Ausschreibung gegen die Grundsätze der VOB/A zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung verstoße und es nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich sei, die Leistung zu kalkulieren. Dies würde dem Bieter bzw. dem AN ein ungewöhnliches Wagnis aufbürden.⁵⁶ Der BGH verneinte dies. Da die Erstellung der erforderlichen Statik zu den Aufgaben des Auftragnehmers gehörte, war für ihn erkennbar, dass die Menge des erforderlichen Bewehrungsstahls in der Ausschreibung nur grob geschätzt war und endgültig erst auf der Grundlage der von ihm zu erstellenden Statik errechnet werden konnte.⁵⁷ Für die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses ist es nicht erforderlich, dass die übernommenen Verpflichtungen kalkulierbar sind. Es genügt vielmehr, dass sie

⁵³ Lampert, VOB/A-EU § 7, 2019, Rn. 63.

⁵⁴ Lampert, VOB/A-EU § 7, 2019, Rn. 66.

⁵⁵ BGH, Urteil. v. 27.6.1996 – VII ZR 59/95 (Kammerschleuse).

⁵⁶ Drittler, Nachträge und Nachtragsprüfung, 2017, Rn. 70.

⁵⁷ Ganten, Jansen, Voit, VOB/B, 2013, Rn. 27 – 48.

C. Rechtliche Würdigung Bestandsrisiken – ungewöhnliches Wagnis und mangelhafte Leistungsbeschreibung

bestimmbar und erkennbar sind. Ein fachkundiger Auftragnehmer kann sich nicht darauf berufen, er habe die Funktionsverlagerung und die damit verbundenen Risiken nicht erkennen können oder nicht zu erkennen brauchen. Wie sich ein Vertragspartner der Risiken eines Vertragsschlusses vergewissert, liegt ausschließlich in seiner Verantwortung.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Übertragung des Bausubstanzrisikos somit per se kein „Ungewöhnliches Wagnis“ nach § VOB/A §7 darstellt, auch wenn beispielsweise kalkulationsrelevante Angaben dem Bieter nicht bekannt sind.

II. Die mangelhafte Leistungsbeschreibung

Wie ist mit dem Sachverhalt umzugehen, dass Dokumente der Leistungsbeschreibung fehlen oder sich als falsch herausstellen? Im Folgenden soll dies anhand der mangelhaften Leistungsbeschreibung dargestellt werden.

Der öffentliche Auftraggeber muss sich stets an den Vergaberichtlinien messen lassen. Nach §7 VOB/A darf, wie bereits dargestellt, dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden. Ferner hat der AG grundsätzlich seine Leistungsbeschreibung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bieter die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.⁵⁸ Zur Kalkulation sind alle beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben.⁵⁹ Die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle, z. B. Boden- und Wasserverhältnisse, sind so zu beschreiben, dass Bieter ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen können.

Grundsätzlich darf ein Bieter auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der vom öffentlichen Auslober angefertigten und ihm zur Verfügung gestellten Planunterlagen vertrauen.⁶⁰

Es wird jedoch unterstellt, dass sich der Bieter im Rahmen seiner Angebotsbearbeitung mit den zur Verfügung gestellten Unterlagen vertraut macht. Es gibt für den Bieter keine gesetzliche Verpflichtung, welche ihm eine Prüfung der Unterlagen auf Korrektheit und Vollständigkeit auferlegt. Lediglich im Fall, dass die Vergabe- und Vertragsunterlagen offensichtlich falsch sind, folgt aus dem Grundsatz des Gebots zum korrekten Verhalten bei Vertragsverhandlungen, eine Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers. Unterlässt der Auftragnehmer in einem solchen Fall den gebotenen Hinweis, ist er nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gehindert, Zusatzforderungen zu stellen.⁶¹

⁵⁸ §VOB/A § 7 Abs. 1 (1).

⁵⁹ §VOB/A § 7 Abs. 1 (2).

⁶⁰ *Leupertz*, in Messerschmidt/ Voit, Privates Baurecht, Rn. 9.

⁶¹ OLG Celle 14. Zivilsenat, Urteil vom 02.10.2019, 14 U 171/18.

C. Rechtliche Würdigung Bestandsrisiken – ungewöhnliches Wagnis und mangelhafte Leistungsbeschreibung

Das Spektrum zur Wahrung der Hinweispflicht von erkennbaren Beschreibungsmängel reicht von der einfachen Überprüfung „*ins Auge springender Unstimmigkeit*“⁶²; [...] „*offensichtlich falsch*“⁶³ [...]; „*einer Plausibilitätsprüfung*“; [...] „*mit durchschnittlicher Sorgfalt*“⁶⁴ [...]; „*zumutbarer Prüfung*“⁶⁵; [...] „*mit gehöriger Sorgfalt (prüfen)* [...]“⁶⁶.

Eine richterliche Instanz wird die Frage zu klären haben, ob ein Bieter die mangelnde Leistungsbeschreibung bereits erkannt hat und verschwiegen haben könnte, um sie für seinen Vorteil zu nutzen oder ob er es hätte erkennen müssen. Der Auftragnehmer müsste sich unter Umständen nach §254 BGB für ein Mitverschulden verantwortlich zeichnen.

Die Grenze der Prüf- und Hinweispflicht liegt dort, wo die Erkennbarkeit zur Nicht-Erkennbarkeit eines Beschreibungsmangels übergeht. Der Bieter muss auf nichts hinweisen, dass er nicht erkennen kann. Er muss aber prüfen, ob ein Gutachten vollständig und für die Verwirklichung des geschuldeten Leistungserfolgs geeignet ist, es müssen nicht alle Details überprüft werden. Allgemein gilt, dass je spezialisierter das Fachunternehmen, desto höher muss sich der Bieter den Grad der Erkenntnisfähigkeit anrechnen lassen.⁶⁷

⁶² *Drittler*, Nachträge und Nachtragsprüfung, 2017, Rn. 94.

⁶³ OLG Celle 14. Zivilsenat, Urteil vom 02.10.2019, 14 U 171/18.

⁶⁴ *Drittler*, Nachträge und Nachtragsprüfung, 2017, Rn. 97.

⁶⁵ *Drittler*, Nachträge und Nachtragsprüfung, 2017, Rn. 61.

⁶⁶ *Kapellmann, Messerschmidt*, VOB/A, 2017, Rn. 8-13.

⁶⁷ *Drittler*, Nachträge und Nachtragsprüfung, 2017, Rn. 96.

D. Status Quo Bestandsrisiken in ÖPP-Verfahren aus Sicht eines Anbieters

Die Übertragung von Bestandsrisiken im Rahmen der Erkennbarkeit auf Grund beigestellter Bestandsuntersuchungen in ÖPP-Verfahren ist gängige Praxis. Inwieweit die Übertragung darüber hinaus umgesetzt wird, hängt von den vertragsgestaltenden Parteien, dem konkreten Risiko bzw. der konkreten Ungewissheit über den IST-Zustand der Immobilie(n) ab.

Im Rahmen einer rechtlichen Würdigung im Streitfall kommt man zu der Erkenntnis, dass die partielle bis hin zur vollständigen Übertragung von Bestandsrisiken juristisch keine Beanstandungen nach sich ziehen würde. Insofern keine verdeckten Risiken übertragen werden, sind die Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsautonomie in der Ausgestaltung frei. Juristische Grenzen bilden Treu und Glauben (§242 BGB) sowie Wegfall der Geschäftsgrundlagen⁶⁸ (§313 BGB).

Die Beschreibung des gegenwärtigen Zustandes ist differenziert zu betrachten. Zu unterscheiden ist die jeweilige Phase im Projektverlauf. So sind im Vergabeverfahren andere Ziele und Instrumente zu finden als in der Projektrealisierung nach der Vertragslaufzeit.

I. Umgang mit Bestandsrisiken im Vergabeverfahren

1. Effizienter Ressourceneinsatz

Die Teilnahme an einem ÖPP-Verfahren ist für den Anbieter ein umfangreiches und kostenintensives Unterfangen. Die immense Aufgabenstellung mit den Leistungsteilpaketen Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung erfordert die Bereitstellung einer Vielzahl an Ressourcen und Kapazitäten in einem kurzen Zeitraum. Die Strukturierung der Angebotsbearbeitung setzt eine frühzeitige Festlegung der Gesamtstrategie und des architektonischen Konzeptes voraus. Auch wenn mit zeitgemäßen Planungsmethoden wie BIM ein integrales und digitales Gebäudemodell erstellt wird, sind dennoch die Planungsschritte sequenziell zu bearbeiten. So kann die Haustechnik nur geplant werden, wenn der architektonische Entwurf erstellt worden ist; die laufenden Instandhaltungskosten bedürfen die finale abgestimmte Gesamtplanung und Kostenbewertung. Die Herausforderung besteht darin, innerhalb kürzester Zeit alle wesentlichen Informationen zu verarbeiten und für die Planung aufzuarbeiten. Auf Grund des hohen Termindrucks müssen jedoch teilweise auch Annahmen für die Planung getroffen werden, da die tiefere Aufklärung zeitlich nicht im Angebotsprozess zu berücksichtigen ist.

In der Retrospektive wird man bei der Verwirklichung von Bestandsrisiken auf die Angebotsbearbeitung in der Verhandlungsphase verweisen und zu Recht die Fragen nach Aufklärung von Unstimmigkeiten oder fehlender Informationstiefe stellen. Jedoch sollte man die zeitliche Komponente der Angebotsbearbeitung würdigen. Man kann sich in diesem Planungsprozess nicht nur auf die Bestandsrisiken konzentrieren. Es bleibt eine bestmögliche Evaluation und Bewertung der Unterlagen. Abschließend soll vermerkt werden, dass die Bewertung und Beurteilung einzig der Bieter

⁶⁸ BGH, Urteil vom 30.06.2011, VII ZR 13 / 10.

D. Status Quo Bestandsrisiken in ÖPP-Verfahren aus Sicht eines Anbieters

steuern kann. Diesem steht es letztlich frei, um Aufklärung zu bitten, das Verfahren zu rügen oder Annahmen für seine Planung zu erstellen.

2. Nachtragsmanagement

Das Nachforderungsmanagement gehört im Projektgeschäft sowohl zum Instrumentarium des Auftraggebers als auch des Auftragnehmers. Dabei ist es das Ziel, die beim Vertragsabschluss nicht vorhersehbaren Ereignisse im Projektverlauf in ihren ökonomischen Folgen zu bewerten. Je nach Qualität der Vergabeunterlagen und deren Anlagen, wie Analysen, technische Bewertungen oder Pläne können Bieter dies hinsichtlich potentieller Nachträge aktiv bewerten. Die Bewertung ist ein Zusammenspiel von technischen und juristischen Fragestellungen. Im Ergebnis können Bieter unter Umständen kein Interesse an Aufklärung haben, da Schwachpunkte der Vergabeunterlagen identifiziert und als Nachtragspotential in die eigene ökonomische Betrachtung berücksichtigt werden.

Dies stellt für den Auslober ein doppeltes Risiko dar. Zum einen werden die erkannten Schwachstellen nicht für den ganzen Bieterkreis aufgeklärt, zum anderen besteht die Gefahr, dass der Anspruch auf Mehrvergütung auf Grundlage geänderter Leistung berechtigt ist und höhere Aufwendungen nach Vertragsunterzeichnung erforderlich werden.

3. Keine Selbstdiskreditierung durch Rüge

Insofern die Risikoverlagerung die Schwelle der Erkennbarkeit zu Ungunsten des Auftragnehmers überschreitet, sollte der Auftragnehmer aktiv in das Ausschreibungsverfahren eingreifen. Isoliert betrachtet erscheint das Ungleichgewicht zwischen den Parteien, welche das Risiko annehmen und der ausschreibenden Partei nicht störend, denn die Rechtsmittel im Vergabeverfahren stehen allen Bietern zur Verfügung und können entsprechend angewandt werden. Das Instrument der Aufklärung durch Bieterfragen wird im Regelfall intensiv genutzt, wogegen die Verfahrensrüge erst als Ultima Ratio in Betracht gezogen wird. Bieter haben die Möglichkeit, bei Vergaberechtsverstößen einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach § 160 Abs. 1 GWB zu stellen. Das Signal, welches von einer förmlichen Verfahrensrüge bei der zuständigen Vergabekammer ausgeht, könnte sich - hypothetisch betrachtet - nicht positiv auf die Bewertung des Angebotes auswirken, da hiermit eine Streitaffinität missinterpretiert werden könnte. Ein rein fiktives Beispiel wäre die Bewertung von zwei Angeboten von konkurrierenden Bietern, welche die gleiche Bewertungspunktzahl erhielten (qualitativ und quantitativ), jedoch einer der Bieter sich seiner Rechtsmittel im Verfahren bedient hat. Es könnte unterstellt werden, dass dieser, und sei es nur unterbewusst, anders eingeschätzt wird als der Bieter, der keine Rüge eingereicht hat.

Nachfolgend wird ein weiterer Gedankengang zum Umgang mit vermeintlichen Vergaberechtsverstöße und der Einleitung von Nachprüfungsverfahren in Bezug auf Bestandsrisiken erläutert. Wie oben eingehend diskutiert sind eine Vielzahl von Themen in der Angebotserstellung zu berücksichtigen. Die Aufklärung von Widersprüchen, Unklarheiten oder zum Verfahren erfolgt in der Regel durch

D. Status Quo Bestandsrisiken in ÖPP-Verfahren aus Sicht eines Anbieters

Bieterfragen. Die Frage bleibt bestehen, ab wann ein Verstoß aus Sicht des Bieters so prägnant ist, dagegen Rechtsmittel einzulegen. Dies wird in der Anbahnungsphase für ein bis zu 30-jährigen Vertrag in der Regel keine technische Fragestellung sein.

Es darf demnach unterstellt werden, dass beide Vertragsparteien im Vergabeverfahren ein Interesse daran haben, ohne Nachprüfungsverfahren den Zuschlag zu erteilen bzw. erhalten.

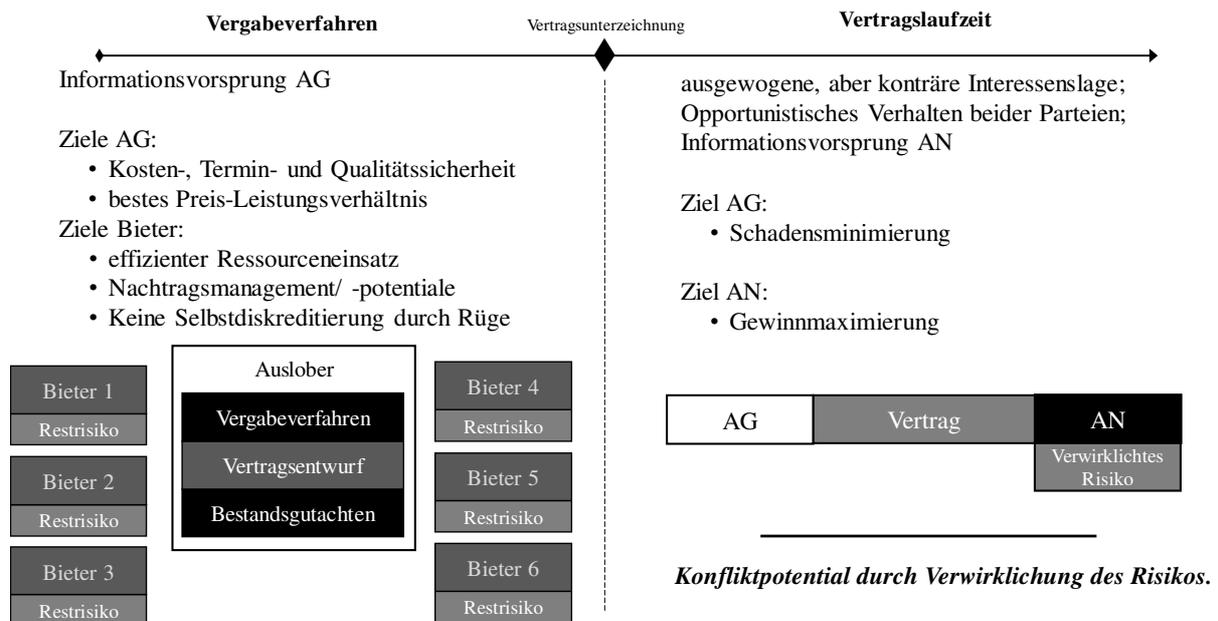


Abbildung 2 Übersicht Zielvorstellung Status Quo, eigene Darstellung.

II. Umgang mit Bestandsrisiken nach Vertragsschluss

Die Instrumente zur Eingrenzung des Bestandsrisikos wurden erläutert. Der Vertragsparteien haben einen ÖPP-Vertrag geschlossen. Während die übergeordneten Projektziele, das Bauwerk innerhalb des definierten Zeitraums, der vereinbarten Qualität und im Kostenrahmen zu realisieren, für beide Vertragspartner zutrifft, hat der Auftragnehmer ein Interesse, seinen wirtschaftlichen Gewinn zu maximieren, und der Auftraggeber Schaden abzuwehren. Diesbezüglich wird er im Eintritt eines Risikos verschiedene Strategien anzuwenden versuchen, um seinem Interesse gerecht zu werden. Noch während der Kalkulation erfolgt eine monetäre Risikobewertung, welche positionsbezogen, pauschal oder auch entfallen kann. Mit der Risikoverwirklichung wird der AN versuchen, sein Potential zu nutzen und das wirtschaftliche Risiko zu minimieren. Siehe nachfolgende Abbildung.

D. Status Quo Bestandsrisiken in ÖPP-Verfahren aus Sicht eines Anbieters

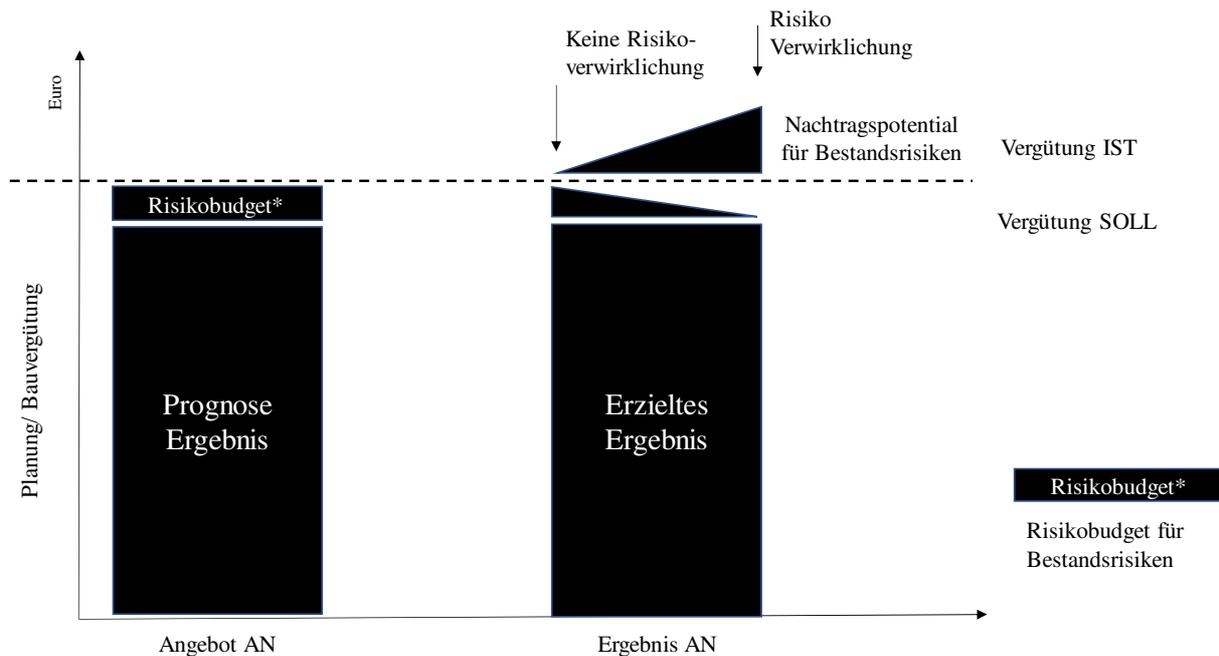


Abbildung 3 Darstellung Risikoverwirklichung in Bezug auf Nachtragspotentiale, eigene Darstellung.

Der Auftraggeber könnte bei einer Risikoverwirklichung (bspw. abweichende Bauteilbeschaffenheit) eine Argumentationskette aufbauen, nach welcher der Auftragnehmer die Abweichung, durch die im Rahmen des Verhandlungsverfahren geforderte, Inaugenscheinnahme erkennen hätte müssen. Oder dass ein sachkundiger Fachmann die Abweichung hätte feststellen müssen. In einer Vertragsauslegung des Leistungssolls des ÖPP-Projektvertrages wird ein Gericht im Streitfall diese Faktoren würdigen. Man darf jedoch die kritische Frage formulieren, wenn die Abweichung durch eine Inaugenscheinnahme hätte identifiziert werden können, dies der Auftraggeber als Maßnahmenvorhabensträger ggf. Eigentümer der Immobilie jedoch auch nicht erkannt hat, man dennoch den AN dafür verantwortlich machen will? Zumindestens müsste man dieses Versagen dem Ersteller der Bestandsuntersuchung anhaften und nicht dem Teilnehmer eines europaweit ausgeschriebenen Vergabeverfahrens. Im gleichen Tenor könnte man die kritische Frage stellen, warum ein Bieter nach erfolgreicher Teilnahme der Präqualifikation, mit Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit, sich über den Wissens- und Kenntnisstand eines vom Auftraggeber beauftragten Fachingenieurbüros stellen lassen muss. Wenn man versuchen würde, über die Fachkompetenz des AN abzuleiten, dass dieser den Zustand hätten erkennen müssen, dann doch wohl in einer vorgelagerten Instanz über das beauftragte Fachunternehmen zur Erstellung des Bestandsgutachten oder der Prüfung der Dokumente durch einen technischen Berater des Auslobers. Abschließend kann man infragestellen, wie sinnvoll und rechtlich zulässig es ist, von Bietern während der Anbahnungsphase die Pflicht⁶⁹ zu übertragen eigene Untersuchungen anfertigen zu lassen. Dies ist aus Sicht eines Anbieters sehr schwierig, da er sich zum einen in einem Wettbewerb mit

⁶⁹ Wenn im Rahmen der Ausschreibung und im Projektvertrag explizit darauf hingewiesen wird, dass der AN die Möglichkeit hatte eigene Untersuchungen anzufertigen. Wird man als Interessensvertreter im Konfliktfall argumentieren, der AN habe es bewusst unterlassen Untersuchungen anzufertigen.

D. Status Quo Bestandsrisiken in ÖPP-Verfahren aus Sicht eines Anbieters

ungewissen Ausgang befindet und nur begrenzte Ressourcen zur Verfügung hat. Zum anderen, selbst wenn er während der Ausschreibung Untersuchungen anstellt, auch nicht die Gewährleistung hätte, alle Risiken aufzudecken.

Aus Sicht des Auslobenden sollte geprüft werden, ob es zielführend ist bis zu fünf Anbietern die Möglichkeit zu gestatten, Zerstörungsproben, Bauteilöffnungen usw. auch unter Umständen im laufenden Betrieb zu befürworten. Darüber hinaus könnte ein Informationsungleichgewicht entstehen, wenn ein Bieter durch eigene Untersuchungen relevante und signifikante Erkenntnisse gelangt und diese exklusiv in seinem Angebot würdigen kann.

Mittels der unvollständigen, aber exemplarischen Anführung von Konfliktpotentialen soll verdeutlicht werden, dass die Handhabung der Einschätzung, Bewertung und Ausgestaltung kein rein juristisches Problem darstellt. Wenn man es nur auf eine juristische Fragestellung herunterbricht, verkennt man für die Weiterentwicklung und Verbesserung der Wettbewerbssituation technischen und ökonomischen Aspekte.

Abschließend soll unterstrichen werden, dass für keine Vertragspartei unzumutbare Zustände anzutreffen sind, dass jedoch ein offenkundiges Optimierungspotential besteht. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass selbst mit einer verhältnismäßig ausgewogenen Vertragsgestaltung zum Bestandsrisiko⁷⁰ ein nicht unerhebliches Konfliktpotential von Bestandsrisiken weiterbesteht.

⁷⁰ Anm., welches nicht den Regelfall darstellt.

E. Alternative Projektentwicklungsmodelle von Bauprojekten

E. Alternative Projektentwicklungsmodelle von Bauprojekten

Die Vergütung von Planungs- und Bauleistungen im ÖPP-Projektvertrag weist alle Merkmale eines komplexen Global-Pauschalvertrages auf. Dennoch zeichnet sich die gesamte Projektrealisierung in Form einer Öffentlich Privaten Partnerschaft auf Grund der charakteristischen Merkmale von klassischen Vertragsformen in der Realisierung öffentlicher Bauaufgaben deutlich ab und wird den alternativen partnerschaftlichen Organisationsmodellen (Partnering) zugeordnet.⁷¹

Weltweit haben sich in den vergangenen Jahrzehnten weitere diverse innovative Bauvertrags- und Organisationsmodelle und Managementansätze etabliert. Als Managementansatz sind Partnerschaften/ Partnering-Modelle weder ein konkretes Geschäfts- noch ein Vertragsmodell, sondern begrifflich auf einer abstrakteren Ebene angesiedelt.⁷² Exemplarisch können hierfür angeführt werden:

Managementansätze	Total Quality Management	Lean Management	Partnering	Konventionell	
Projektentwicklungsmodelle	Alliance	Integrierte Projektentwicklung IPA	PPP	2-Phasen-Modell	NEC4
Vergütungsstruktur	3-stufiges Vergütungssystem	Cost + Fee; GMP; o.ä.	Global Pauschalpreis	GMP	

Abbildung 4 Übersicht Projektentwicklungsformen, in Anlehnung an Racky.

Alle Modelle weisen ebenfalls einen ausgeprägten Partnerschafts- und Kooperationsgedanken auf. Dies manifestiert sich in gemeinsamen Zielvorgaben, kontinuierlichen Optimierungen und gemeinsamen Konfliktlösungsansätzen.⁷³ Sie sind darüber hinaus geprägt von einer frühzeitigen Integration der Projektbeteiligten in den Planungsprozess. Die Modelle sind mehrstufig als Phasenmodelle konzipiert und haben variable Vergütungsbestandteile.⁷⁴

Im folgenden Kapitel werden zwei alternative Modelle mit ihren Vor- und Nachteilen vorgestellt.

I. Garantierter Maximalpreis

Das Garantierte Maximalpreis-Modell (GMP-Modell) ist eines der bekanntesten sog. Target-Modelle. Target Modelle sind Wettbewerbsmodelle, in denen konkrete Ziele am Anfang des Bauvorhabens

⁷¹ Vgl. *Girmscheid*, Partnerschaften und Kooperationen in der Bauwirtschaft–Chance oder Irrweg, 2005.

⁷² *Eschenbruch, Racky*, Partnering in der Bau- und Immobilienwirtschaft, 2008, S.2.

⁷³ Vgl. *Girmscheid*, Partnerschaften und Kooperationen in der Bauwirtschaft–Chance oder Irrweg, 2005.

⁷⁴ *Messerschmidt, Voit*, Privates Baurecht, D. Beteiligte des Bau- und Planervertrages, Unternehmereinsatzformen, 2018, Rn. 259 ff.

E. Alternative Projektabwicklungsmodelle von Bauprojekten

gesetzt werden und während einer eingeschobenen Optimierungsphase konsequent verfolgt werden.⁷⁵ Der Garantierte Maximalpreis-Vertrag wird bereits seit den 60er Jahren im angelsächsischen Raum erfolgreich angewandt. Die Wettbewerbs- und Vertragsform GMP ist eine Kombination aus angloamerikanischen Wettbewerbsformen, die auf dem Managementansatz eines integrierten *construction management*⁷⁶ basieren, und einer darin enthaltenen Vertragsvereinbarung in Form eines *Cost Target Contract*.⁷⁷ GMP-Modelle finden in der Privatwirtschaft in Deutschland ihre Anwendung und werden von den führenden Baudienstleistern angeboten.⁷⁸

Ein Vertrag mit der Festsetzung eines garantierten Maximalpreises ist ein Werkvertrag in Form eines Pauschalpreisvertrages mit zusätzlichen Vereinbarungen zur Vergütungsbestimmung. Die Vertragsparteien legen zunächst einen garantierten Maximalpreis fest, der nach beiderseitigen Willen jedoch nicht der nach Fertigstellung des Bauvorhabens geschuldeten Vergütung entspricht.⁷⁹ Durch optimierende Planung und Ausführung soll in kooperativer Form der GMP Vertragsparteien der garantierte maximale Preis unterschritten werden. Die eingesparten Kosten werden nach vorher verhandelten Prozentsätzen auf den Bauherrn und seinen GMP-Partner verteilt.⁸⁰ Als prägendste Elemente des GMP-Vertrags gelten die Festlegung des Zielpreises und die Bonusregelung zur Aufteilung der Gesamteinsparungen.⁸¹

Die Festlegung des garantierten maximalen Preises kann grundsätzlich nach drei verschiedenen Ansätzen erfolgen. In der Traditionellen GMP – Methode sucht der Bauherr einen geeigneten GMP-Partner aus und entwickelt zusammen mit diesem das Projekt. Sind die Projektparameter definiert und die Planung entsprechend fortgeschrieben, wird vom GMP-Partner ein Maximalpreis vorgeschlagen und verhandelt oder die Projektrealisierung beendet. Dem gegenüber steht die GMP-Budget-Methode, hier wird vom Auftraggeber ein Budget vorgegeben und in einem Wettbewerb ein Partner gesucht. Im dritten Ansatz wird vom Auftraggeber eine unabhängige Vorplanung erstellt, auf welche in einem Wettbewerb Bieter Maximalpreise anbieten.⁸²

Die tatsächlichen Anreizmechanismen für den GMP-Partner müssen individuell definiert werden und können Optimierungsgewinne in der Planungs- und Ausführungsphase darstellen und/ oder Vergabegewinne durch effiziente oder effektive Vergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer beinhalten. Optimierungspotentiale können jedoch keine Bausoll-verändernden Qualitätsreduzierungen

⁷⁵ Gralla, Fritz, Garantierte Maximalpreis, 2001, S.97.

⁷⁶ Unter dem Begriff *construction management* versteht sich eine Organisationsform die ein gesamtes Bauprojekt über alle Entwurfs- und Ausführungsphasen bis zur Fertigstellung unter Berücksichtigung von Kosten, Termine und Qualität verantwortet. Vgl. Gralla, Garantierte Maximalpreis, 2001, S. 106.

⁷⁷ Gralla, Fritz, Garantierte Maximalpreis, 2001, S.103.

⁷⁸ Eschenbruch, Racky, Partnering in der Bau- und Immobilienwirtschaft, 2008, S.10.

⁷⁹ Kullack, Der GMP-Vertrag, 2001, S. 17.

⁸⁰ Gralla, Fritz, Garantierte Maximalpreis, 2001, S.103.

⁸¹ Heidemann, Kooperative Projektabwicklung im Bauwesen unter der Berücksichtigung von Lean-Prinzipien, S. 34.

⁸² Gralla, Fritz, Garantierte Maximalpreis, 2001, S.104.

E. Alternative Projektabwicklungsmodelle von Bauprojekten

darstellen, sondern nur durch Einsatz eigen Leistungspotentials des GMP-Partners gehoben werden.⁸³ Wird hingegen das Bausoll geändert, durch angepasste oder zusätzliche Leistungen, wird auch der GMP entsprechend angepasst und kein Bonus wird ausgeschüttet.⁸⁴

GMP-Modelle stellen dem Grunde nach Selbstkostenerstattungsverträge dar. Die Vergütungsbestandteile umfassen Herstellkosten, Allgemeine Geschäftskosten, Baustellen Gemeinkosten sowie Wagnis und Gewinn. Risikomargen können ebenso vereinbart werden. Wenn sich die Herstellkosten auf Grund Optimierungen oder Nachtragspotentiale durch Initiierung des Auftragnehmers verringern, muss vertraglich sichergestellt sein, ob die Deckungsbeiträge pauschaliert oder prozentual dem Maximalpreis angerechnet werden. Eine Pauschalierung stellt für den AN einen größeren monetären Anreiz dar, da diese neben dem Bonus auch die verhältnismäßig höheren Deckungsbeiträge zur Folge haben.⁸⁵

Chancen und Risiken

GMP-Modelle integrieren die Vorteile von Partnering Modellen in Form einer frühzeitigen Einbindung des auszuführenden Bauunternehmens in die Planungsphase, positive monetären Anreizregelungen, frühe Kostensicherheit und einer größeren Kostentransparenz für den Auftraggeber.⁸⁶

Kritisch ist die Bewertung der Unterscheidung von qualitätsmindernden Leistungsreduzierungen und qualitätserhaltenden Optimierungen. Diese müssen im Einzelfall von Projektbeteiligten einvernehmlich ermittelt werden und haben direkten Einfluss auf das Ergebnis. Ein weiterer Nachteil ist, dass der GMP-Partner frühzeitig auch seine Interessen in der Planungsphase überträgt, dies kann als strategisches Element missbraucht werden, um durch eigene Bauverfahrenstechniken und Produktionsmethoden eine Abhängigkeit zu generieren oder gar bereits in der Planungsphase Optimierungen für die Ausführungsphase zu verankern.⁸⁷

Die enge partnerschaftliche Zusammenarbeit erfordert auf Seiten des Auftraggebers entsprechende Ressourcen und Kompetenzen.

II. Project Alliance

Project Alliance (PA) hat seinen Ursprung in Australien und hat sich zu einer etablierten kooperativen Projektabwicklungsformen entwickelt. Das erste Projekt, in dem PA zur Anwendung kam, wurde 1994 im Zuge eines Bauprojektes der Erdölindustrie initiiert. Andere australische Bauunternehmungen übernahmen dieses neue kollaborative Modell und seitdem sind zahlreiche Projekte mit dieser relationalen Vertragstechnik realisiert worden. Auch in anderen Ländern wurde das Modell erfolgreich

⁸³ Gralla, Fritz, Garantiertes Maximalpreis, 2001, S. 135.

⁸⁴ Gralla, Fritz, Garantiertes Maximalpreis, 2001, S. 151.

⁸⁵ Agthe, Löchner, Schmitt, Intelligente Vergabestrategien bei Großprojekten, 2016, S. 23.

⁸⁶ Gralla, Fritz, Garantiertes Maximalpreis, 2001, S. 182.

⁸⁷ Agthe, Löchner, Schmitt, Intelligente Vergabestrategien bei Großprojekten, 2016, S. 23.

E. Alternative Projektabwicklungsmodelle von Bauprojekten

umgesetzt, vor allem in Finnland und den Niederlanden. Es kann jedoch von einer starken Konzentration der Anwendung in Australien gesprochen werden. Eine leichte Modifikation der Project Alliance stellt das Schweizermodell des Projektbündnisses dar, welches ebenfalls seine praktische Anwendung findet.⁸⁸

Anders als bei traditionellen wettbewerbsorientierten Projektabwicklungsformen, wo die Aufgaben, Zuständigkeiten und Risiken zwischen den Projektpartnern vertraglich verteilt werden, steht bei der Project Alliance die gemeinschaftliche Leistungserbringung mit geteilten Pflichten und Risiken im Vordergrund. Dadurch partizipieren die Projektpartner gemeinsam am Erfolg oder auch am Misserfolg. Dies wird erreicht, indem integrierte Projektteams zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer aufgebaut werden, ein gemeinsames Projektcontrolling umgesetzt wird, eine Zielkostenvereinbarung vertraglich fixiert wird und Projektscheidungen einstimmig und gemeinsam getroffen werden.⁸⁹ Eine Besonderheit stellt ein vertraglich vereinbarter Klageverzicht und Haftungsausschluss der Partner untereinander dar.

Prinzipiell können PA in vier Phasen unterteilt werden: die Gründungsphase, die Projektabwicklungsphase, die Realisierungsphase und die Phase der Mängelbehebung. Im Folgenden werden spezifische Charakteristika und Ziele der einzelnen Phasen vorgestellt.

Die Gründungsphase ist auf das Ziel der Partnerauswahl sowie Formierung ausgerichtet und endet mit der Unterzeichnung des Project Alliance Agreement (PAA). An dieser Stelle erfolgt die strategische Planung mit der Festlegung des Vergütungssystems, sowie der Organisation des Projektes. Die Projektentwicklungsphase dient der Ermittlung und Projektierung des Projektes. Diese umfasst die Projektdefinition mit dem Bauumfang (SOW) einerseits und den Referenzkosten (TOC) andererseits. In diesem Bereich der Vereinbarung werden die durchzuführenden Arbeiten beschrieben. Der SOW sollte Meilensteine, Berichte, konkrete Ergebnisse und Endprodukte enthalten, welche von der ausführenden Partei bereitgestellt werden sollen. Zudem sollte der SOW einen Zeitrahmen für alle Ergebnisse enthalten. Nach Erstellung des SOW erfolgt die Ermittlung der TOC. Sollte keine Einigung hinsichtlich des SOW oder der TOC möglich sein, besteht an dieser Stelle eine Ausstiegsmöglichkeit für den Bauherren. In der Realisierungsphase erfolgt die eigentliche Ausführung des Bauwerks. Die abschließende vierte Phase stellt die Mängelbehebung sicher.⁹⁰

Dem Vergütungsmodell liegt ein Modell der Selbstkostenerstattung (OpenBook-Regelung) zu Grunde. Es besteht aus drei Stufen. Die erste Stufe umfasst die projektspezifischen Gemeinkosten und die direkten Kosten. Diese Stufe gilt als Minimalvergütung, auf welche der Auftragnehmer grundsätzlich einen Anspruch hat. Die zweite Honorarstufe umfasst einen Anteil für unternehmensinterne Gemeinkosten sowie eine zuvor definierte Gewinnmarge. Sie kommt zum Tragen,

⁸⁸ Zichel, Von der australischen Project Alliance zum Schweizer Projektbündnis, 2013 S.6.

⁸⁹ National Alliance Contracting Guidelines, 2015, S. 12f..

⁹⁰ Bückler, NZBau, 2007, 609.

E. Alternative Projektentwicklungsmodelle von Bauprojekten

wenn die PA die zuvor definierten Projektziele aufgrund messbarer Kriterien erreicht hat. Die dritte Honorarstufe ist eine Erfolgsbeteiligung, sofern bessere Ergebnisse erzielt wurden als die vereinbarten Mindestanforderungen. Sollten letztere allerdings nicht erreicht werden, so werden die Auftragnehmer auch am Verlust beteiligt, wobei als Untergrenze die Minimalvergütung der ersten Honorarstufe gewahrt bleibt.⁹¹

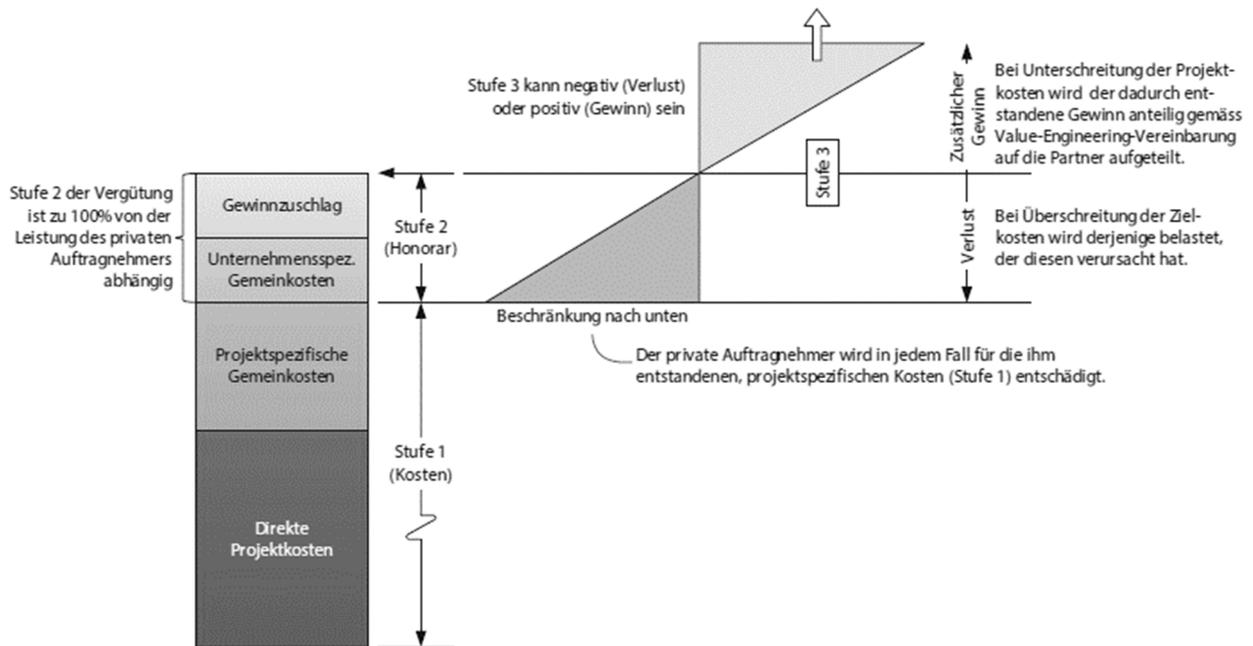


Abbildung 5 Vergütungsmodell einer PA nach Girmscheid⁹²

Chancen und Risiko

Durch die vertragliche Vereinbarung des Project Alliance Agreements werden gemeinsame wirtschaftliche Ziele definiert. Der Auftraggeber hat dennoch durch die frühzeitige Einbindung des Auftragnehmers eine frühe und marktgerechte Kostensicherheit. Auf Grund des variablen Vergütungssystems behält der Auftragnehmer weiterhin monetäre Anreize, aktiv sein Innovations- und Optimierungspotential in die Projektrealisierung zu integrieren. Durch Festlegung gemeinsamer Ziele sind flexible Anpassungen möglich und führen zu einem geringeren Nachtragspotential. Risiken werden gemeinsam getragen und gesteuert. Das Vergütungsmodell schafft für den Auftraggeber eine hohe Kostentransparenz. Das volle Potential kann jedoch nur gehoben werden, wenn beide Projektpartner einen gleichberechtigten Input in die Projektentwicklung einbringen. Es bedarf daher eines höheren Ressourcenaufwandes für Controlling- und Koordinierungsaufgaben und eines substanziellen fachlichen Beitrages in der Projektrealisierung für den Auftraggeber. Klageverzicht und Haftungsausschluss sind ein großes Zugeständnis des Auftraggebers, stellen jedoch ein hohes juristisches Risiko für beide Projektbeteiligten dar.

⁹¹ Zichel, Von der australischen Project Alliance zum Schweizer Projektbündnis, 2013 S.5.

⁹² Girmscheid, Projektentwicklung in der Bauwirtschaft, 2007, S. 475.

E. Alternative Projektabwicklungsmodelle von Bauprojekten

III. Vergaberechtlicher Rahmen für Partnering Modelle

Partneringmodelle haben nur einen sehr geringen Marktanteil in Deutschland. Die Anwendung eignet sich grundsätzlich nur für große Projekte mit einem hohen Grad an Komplexität, mit einem hohen Risikoprofil und einem entsprechenden Innovationsbedarf. Die Umsetzung ist darüber hinaus effizient, wenn nur ein kleiner Anbieterkreis für die Realisierung des Bauvorhabens in Frage kommt und kein auskömmlicher Anbietermarkt besteht.

Die vorgestellten Modelle des GMP und Project Alliance bieten jedoch die Möglichkeit, durch wirtschaftliche Anreizsysteme und einer frühzeitigen Integration des Auftragnehmers in den Planungsprozess das volle wirtschaftliche und technische Potential auszuschöpfen und Risiken transparent und partnerschaftlich zu teilen. Ohne einen vergaberechtlichen Rahmen lassen sich die Handlungsspielräume zur Anwendung von innovativen Wettbewerbsmodelle für private Wirtschaftssubjekte schneller und einfacher realisieren. Dagegen haben öffentliche Auftraggeber stets die Einhaltung aller rechtlichen Rahmenbedingungen sicherzustellen.

Öffentliche Auftraggeber müssen im Vergleich zu privaten Auftraggebern zwei Hürden überwinden. Diese stellen die haushaltsrechtliche Zulässigkeit und die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorgaben dar. Für die Realisierung eines Vertrages über Planungs- und Bauleistungen in einem Zwei-Phasen-Modell, muss das Bauprojekt grundsätzlich dem Haushaltsrecht entsprechen. Hierzu muss das Projekt über eine Etatreife verfügen und Haushaltsmittel veranschlagt werden. Die Diskrepanz besteht darin, dass vor Beginn der ersten Projektphase keine belastbaren Kostenschätzungen vorgelegt werden können, da diese zusammen mit dem Partner entwickelt werden. Das Vertragsverhältnis muss demzufolge so ausgestaltet sein, dass der Auftraggeber die Möglichkeit und haushaltsrechtlich ggf. auch die Pflicht hat, bei Verfehlung der Zielvorgaben und damit bei Abweichungen zum Kostenanschlag, das Vertragsverhältnis zu beenden. In einem vom Hauptverband der Bauindustrie beauftragten Gutachten aus dem Jahr 2018 gelangt man zu der Erkenntnis, dass die haushaltsrechtlichen Vorgaben auf Bundesebene eingehalten werden können.⁹³

Bei der Vergabe von Bau- und Dienstleistungen sind die Grundsätze nach § 97 GWB bzw. § 2 EU VOB/A und deren Anforderungen an Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung sowie die Verordnungen der VgV einzuhalten. Zudem sind die mittelständischen Interessen zu berücksichtigen indem u.a. die Leistungen generell in mehreren Teil- bzw. Fachlosen vergeben werden sollen (§97 Abs. 4 GWB). Nach dem Maßstab der Rechtsprechung rechtfertigen jedoch bereits technische und wirtschaftliche Gründe, von einer Teil- bzw. Fachlosvergabe Abstand zu nehmen, insofern diese überwiegen und die ganzheitliche Leistungserbringung erhebliche Vorteile zur Erreichung des gewünschten Ziels bietet.⁹⁴

⁹³ Püstow, Göhlert, Meiners, Gutachten zur Vereinbarkeit mit Haushalts- und Vergaberecht, 2018, S. 18f..

⁹⁴ OLG Frankfurt, Beschluss vom 14. Mai 2018 – 11 Verg 4/18.

E. Alternative Projektabwicklungsmodelle von Bauprojekten

Somit besteht für den öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit anhand einer umfassenden Abwägung eine Zulässigkeit einer Gesamtlosvergabe darzustellen. Die soeben genannten Interessen des Mittelstands können hierbei anhand von Vorgaben zum Nachunternehmereinsatz erfolgen.

Für die Vergabe stehen dem öffentlichen Auftraggeber die Verfahrensarten des Verhandlungsverfahrens (§ 17 VgV), Wettbewerblichen Dialogs (§ 18 VgV) oder der Innovationspartnerschaft (§ 19 VgV) zur Verfügung, insofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 14 Abs. 3 & 4 VgV). Für das Verfahren besteht Vergabereife, als bald alle Vergabeunterlagen fertiggestellt sind und innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann (§ 2 EU Abs. 8 VOB/A). Dabei kommt es nicht auf eine abgeschlossene Planung an. Vielmehr ist bereits eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung gem. § 7 EU Abs. 1 VOB/A ausreichend, mit Hilfe derer es den Bietern ermöglicht wird, ein klares Verständnis für die ausgeschriebene Leistung zu erhalten und eine belastbare Kalkulation zu erstellen. Anhand der Tatsache, dass sich der Leistungsgegenstand im Vergabeverfahren nicht abschließend definieren lässt und die Bauplanung ein dynamischer Prozess ist, kann sich der Leistungsgegenstand nach Zuschlagserteilung ändern. Für diese Fälle sind dementsprechende Anforderungen und Vorgaben gem. § 132 GWB und § 22 EU VOB/A für Änderungen von Aufträgen nach Zuschlagserteilung ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zur Wahrung der Grundsätze zu beachten.

Die vorhandenen vergaberechtlichen Möglichkeiten schließen die Vergaben von Partneringmodellen wie GMP-Modellen oder Alliancemodellen nicht aus. Das zeigen auch die Vielzahl an realisierten Projekten innerhalb der EU, wie zum Beispiel in Finnland.⁹⁵

⁹⁵ *Finnish Transportation Agency (FTA) Pilot projects in lean project alliancing*, 19.09.2013.

F. Vergütungsmodell eines Risikobudgets für Bestandsrisiken

Im vorigen Kapitel wurde herausgearbeitet, dass neben der Beschaffungsvariante der Öffentlichen Privaten Partnerschaften weitere integrierte, kooperative Projektentwicklungsformen bestehen, die vor allem für komplexe Bauvorhaben geeignet sind. Diese Partneringmodelle haben sich global etabliert und bereits Einzug in die deutsche Bauwirtschaft gefunden.

In einer Gegenüberstellung zu ÖPPs können viele Parallelitäten festgestellt werden, wie zum Beispiel die Nutzung von Synergie- und Innovationspotential der Anbieter durch die Übertragung der Planungsverantwortung mit Zielvorgaben, welche sich in einer Bewertungsmatrix und einer funktionalen Beschreibung der Bauaufgabe manifestieren. Die Berücksichtigung des Lebenszyklusansatzes schafft für den Auftraggeber einen nachweislichen ökonomischen Mehrwert über die Lebensdauer der Immobilie. Eine effiziente Risikoverteilung, Streitschlichtungsmethoden sowie ein leistungsorientiertes Betriebsentgelt mit Anreizstrukturen komplementieren die Gemeinsamkeiten im Vergleich zu konventionellen, fragmentierten und Teil- oder Paketvergaben.

Dennoch ist auch eine Vielzahl an Unterschieden festzustellen. In ÖPP ist der Private Partner der Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers. Dies wird durch eine klassische Rechte und Pflichten-Verteilung im Projektvertrag reglementiert. Die Aufgabenverteilung wird im Projektvertrag definiert, der AG behält sich umfassende Einsicht- und Kontrollrechte vor. Anordnungsrechte zu Leistungsmodifikationen stehen dem Auftraggeber zu und müssen vom Auftragnehmer umgesetzt werden. Die tatsächliche Zusammenarbeit, in Form einer gemeinsamen lösungsorientierten Zusammenarbeit, ist vertraglich nicht vorgesehen. Diese ist auf Grund der einseitigen Termin-, Planungs-, Ausführungs- und Kostenverantwortung schwer darstellbar. Während die Leistungsentgelte für Dienstleistungen im Gebäudebetrieb an ein Service-Level-Agreement und ein Anreizsystem gekoppelt ist, werden die Planungs- und Bauleistungen mit einer deutlichen Mehrheit nur mit einer Pönalisierung für Schlechtleistung versehen. Ein finanzieller Anreizmechanismus in Form eines Bonus, zur qualitativ besseren oder schnelleren Fertigstellung, stellt die überwiegende Ausnahme dar.

Ausgehend von der Problemstellung, dass Bestandsrisiken ein signifikantes projektspezifisches Risiko darstellen, soll der theoretische Versuch unternommen werden, Elemente und Methoden aus Partnering-Modellen in ein bewährtes ÖPP-Vertragsverhältnis zu übertragen.

Das Ziel ist es, von der undifferenzierten, konfliktbehafteten Risikoverteilung der Bestandsrisiken zu einer echten partnerschaftlichen Risikoteilung zu überführen. Dies kann nur durch einen ökonomischen Anreiz sowie der aktiven Beteiligung des Auftraggebers in der Entscheidungsfindung erfolgen. Eine echte Partizipation kann nur durch einen transparenten Vergütungsmechanismus erfolgen. Da sich der Pauschalpreis für die Vergütung der Planungs- und Bauphase als grundsätzlich tragfähig erwiesen hat, soll untersucht werden, inwiefern ein zusätzlicher Vergütungsbestandteil für die Risikogruppe der Bestandsrisiken möglich ist.

F. Vergütungsmodell eines Risikobudgets für Bestandsrisiken

I. Modellbeschreibung

1. Voraussetzungen

Es soll im Modell vorausgesetzt werden, dass sich ein Projekt grundsätzlich für eine ÖPP bewährt hat und der ÖPP-Eignungstest sowie die vorläufige Wirtschaftlichkeitsberechnung sich positiv zur ÖPP-Realisierung darstellt. Es wurde herausgearbeitet, dass das Bestandsrisiko als hoch bzw. signifikant eingestuft werden muss. Zur Bewertung der Planungs- und Bauleistung eines oder mehrerer Bestandsgebäude wurde eine hinreichende Bestandsuntersuchung erstellt. Auf Grund einer kritischen Bewertung der Bauaufgabe sowie der Qualität der vorhandenen Bestandsunterlagen in Bezug auf Bestandspläne- und Unterlagen, Dichte der Kontrollpunkte sowie weitere Unwägbarkeiten kommt man zur Erkenntnis, dass ein undefinierbares, nicht zu vernachlässigendes Restrisiko besteht.

2. Das Basismodell

Mit Hilfe eines vom Auslober erstellten und durch die Bieter zu erweiternden Risikokataloges soll in der Ausschreibungsphase versucht werden, das undefinierbare Restrisiko gemeinsam mit den Bietern zu konkretisieren und einzugrenzen. Der Auslober fordert eine finanzielle Bewertung von Einzelrisiken als zusätzliches Budget zum Pauschalpreis für die Planungs- und Bauaufgabe. Die Bewertung könnte bieterseitig aus dem Produkt einer zu bewertenden Eintrittswahrscheinlichkeit und der entgegenstehenden Schadenshöhe bestehen. Der Auslober erhält somit im Rahmen der Verhandlungsphase die Möglichkeit, die ausgewiesenen Budgets aller Bieter zu bewerten und aufzuklären. Er könnte gegebenenfalls zusätzliche unterstützende Gutachten erstellen lassen, um Einzelrisiken zu minimieren oder zu eliminieren. Das Risikobudget könnte als Anreizmechanismus im Vergabeverfahren anders berücksichtigt werden als der Pauschalpreis.

Sollte sich ein Risiko während der Ausführungsphase verwirklichen, so werden Auftraggeber und Auftragnehmer Gegenmaßnahmen gemeinsam evaluieren und nach den tatsächlichen erforderlichen Kosten zuzüglich der vorab definierten allgemeinen Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn gegen das Budget abrechnen. Wenn das Budget aufgebraucht ist, muss der Auftragnehmer sämtliche Aufwendungen allein tragen. Insofern ein Restbudget zum Zeitpunkt der förmlichen Abnahme besteht, könnte der Betrag bis zu Hälfte mit der Schlussrechnung zwischen den Vertragspartnern geteilt werden.

Im Folgenden werden Einzelaspekte gesondert dargestellt und die verschiedenen Bandbreiten der möglichen Ausprägungen diskutiert. Dabei soll insbesondere der Risikokatalog, die Berücksichtigung eines Risikobudgets in der wirtschaftlichen Bewertung im Vergabeverfahren, die Abgrenzung und Abrechnung eines verwirklichten Risikos sowie abschließend die Endschäftsregelung diskutiert werden.

F. Vergütungsmodell eines Risikobudgets für Bestandsrisiken

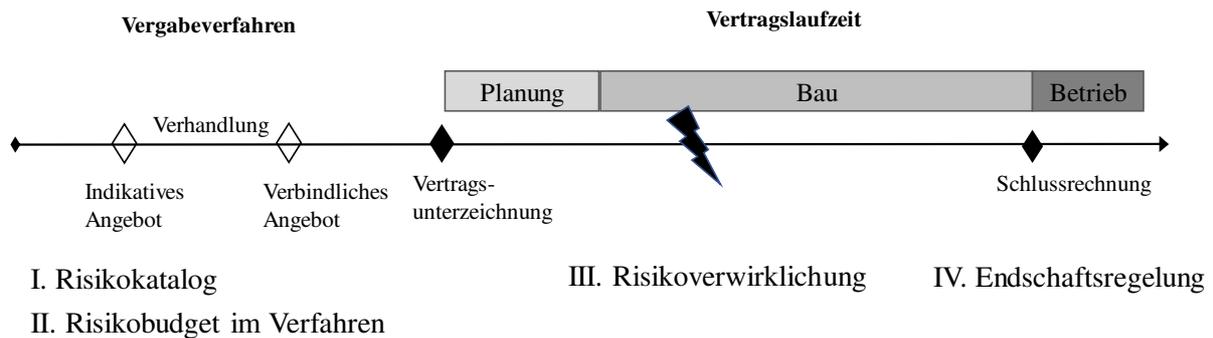


Abbildung 6: Komponentenübersicht im Projektverlauf, eigene Darstellung.

3. Der Risikokatalog

Der Auslober erstellt einen Risikokatalog, in welchem die Bestandsrisiken kategorisiert werden. Diese können sich in a) Genehmigungsrisiken, b) Dokumentationsrisiken und c) technische Risiken untergliedern.

Die Genehmigungsrisiken stellen eine Risikogruppe innerhalb der Bestandsrisiken dar, die sämtliche Risiken beinhalten, welche die Genehmigungsfähigkeit des Bestandes betrachten. Dies könnte bspw. eine fehlende Baugenehmigung für eine bauliche Veränderung des Objektes seit der ursprünglichen Baugenehmigung sein.

Die Dokumentationsrisiken beschreiben Risiken, welche Abweichungen der zur Verfügung gestellten Unterlagen zum tatsächlichen vorgefundenen Zustand darstellen. Darüber hinaus beinhalten sie die Risiken der Informationen, welche nicht zur Verfügung gestellt wurden, weil sie nicht vorhanden sind oder nicht in der angemessenen Bearbeitungszeit zur Verfügung gestellt werden konnten. Diese könnten neben anlagentechnischen Bestandsplänen, fehlende notwendige Wartungsprotolle oder Gebäudeschnitte darstellen.

Die technischen Risiken stellen bauliche Risiken dar, welche nicht erkannt worden sind. Dies könnten Gefahrstoffe darstellen oder mangelhafte und nicht fachgerechte Ausführungen, welche so erheblich sind, dass Mehraufwendungen in der Behebung unabdingbar sind.

Den Risikokategorien werden durch den Auslober Einzelrisiken zugewiesen. Die Bieter sind angehalten, weitere Risiken zu identifizieren und zu ergänzen. Mit Angebotsabgabe sind die Risikobudgets auszuweisen. Hierzu wird jeder Bieter individuell nach Erfahrung, Risikoaffinität und Risikoanalyse andere Bewertungsmaßstäbe heranziehen. Die Vergleichbarkeit kann dementsprechend nur auf die absolute Höhe des Risikobudgets gelegt werden.

Ausgangspunkt für eine bieterseitige Risikobewertung ist die vertragliche Risikoverteilung. Eine Untergliederung der Bestandsrisiken und separate Bewertung ist nur zweckmäßig, wenn sichergestellt ist, dass keine Vermischung der Risikoträger erfolgen kann. Sollte es sich beispielsweise zutragen, dass

F. Vergütungsmodell eines Risikobudgets für Bestandsrisiken

sich ein Auftragnehmer in der Ausführung ungerechtfertigt behandelt fühlt, weil Informationen in Form von Plänen oder anderen Dokumenten nicht vorlagen, so wird man dies näher an seiner Risikosphäre verorten als ein mangelhaftes Gutachten oder eine mangelhafte Plandarstellung. Die Diskussionen über die Auslegung der Erkennbarkeit (Vgl. Kap. C Rechtliche Würdigung – ungewöhnliches Wagnis und mangelnde Leistungsbeschreibung, II.) würde man im Keim erstickt wissen, wenn man die aufgeführten Risiken des Risikokataloges eindeutig, offen, unmissverständlich und vollständig auf den privaten Partner vertraglich überträgt.

4. Wirtschaftliche Berücksichtigung des Risikobudgets im Vergabeverfahren

Der Auslober muss in der Erstellung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung Risiken qualifizieren und berücksichtigen.⁹⁶ Dies kann durch diverse Instrumente und Methoden erfolgen und basiert auf Erfahrungs- und Literaturwerten. In der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung werden prozentuale Aufschläge oder Risikobudgets für die Eigenbeschaffungsvariante eingestellt. Diese Risikopositionen werden in der ökonomischen Gegenüberstellung des Private Sector Comparators berücksichtigt und in der haushälterischen Betrachtung (abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung) fortgeschrieben.⁹⁷

In der derzeitigen Anwendungspraxis werden Risiken durch die Bieter im Rahmen ihrer Verantwortung kalkuliert und entweder positionsbezogen, pauschal oder prozentual im Angebotspreis berücksichtigt. Eine transparente Ausweisung eines oder mehrerer Risikobudgets ist bisher nicht vorgesehen.

Der Auslober erhält somit die Angebotssummen der Anbietenden mit einer Kostenaufstellung nach DIN 276, kann aber nicht identifizieren, wo Risikobudget gebildet wurde. Alle Kosten werden mit der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zusammengetragen und mit dem PSC verglichen, um die Vorteilhaftigkeit eines ÖPP-Verfahrens zu belegen.

Das vorgestellte Model ist transparenter aufgestellt. Die Bieter ermitteln ihre Angebotssumme für die Planungs- und Bauleistung auf herkömmliche Art und Weise. Zusätzlich müssen jedoch alle Bieter den beigefügten Risikokatalog bewerten und haben die Möglichkeit diesen zu ergänzen. Um den Bietern einen Anreiz zu ermöglichen, diese Positionen transparent zu bewerten, kann man die Anrechenbarkeit des Risikobudgets im Barwert wettbewerbsneutral abmildern. Der Barwert stellt hierbei das zentrale finanzielle Element aller Zahlungsströme des Angebotes dar. Es wird dabei unterstellt, dass der Bieter eine höhere Akzeptanz zeigt, die Risikokategorien auszuweisen, wenn sich dabei seine Wettbewerbssituation nicht verschlechtert, sondern verbessert. Eine Möglichkeit ist, das ausgewiesene Risikobudget nur zur Hälfte in den Barwert zu integrieren (siehe Abbildung 4 Wirtschaftliche Berücksichtigung des Risikobudgets im Vergabeverfahren, Variante (a)). Wenn der Bieter sein Risikobudget nicht im Risikokatalog bewertet, sondern im regulären Angebots-Festpreis, würde er sich im Wettbewerb verschlechtern. In der abschließenden Wirtschaftlichkeitsberechnung muss jedoch aus haushälterischer Sicht die Gesamtkosten des zuschlagfähigen besten Angebotes inklusiven des

⁹⁶ BMU, Leitfaden WU Hochbau, 2014, S. 74.

⁹⁷ BMU, Leitfaden WU Hochbau, 2014, S. 123.

F. Vergütungsmodell eines Risikobudgets für Bestandsrisiken

vollständigen Risikobudgets berücksichtigt werden, da diese bei einer Risikoverwirklichung ausgeschöpft werden würden.

Die jeweilige anteilige Berücksichtigung im Wettbewerbsbarwert könnte in einer weiteren Modeluntersuchung bis hin zu vollständiger Anrechnung geführt werden, wobei dies die Obergrenze darstellt (siehe Abbildung 4 Wirtschaftliche Berücksichtigung des Risikobudgets im Vergabeverfahren, Variante (c)). Hierbei wäre jedoch ein geringerer Anreiz für den Bieter zu unterstellen.

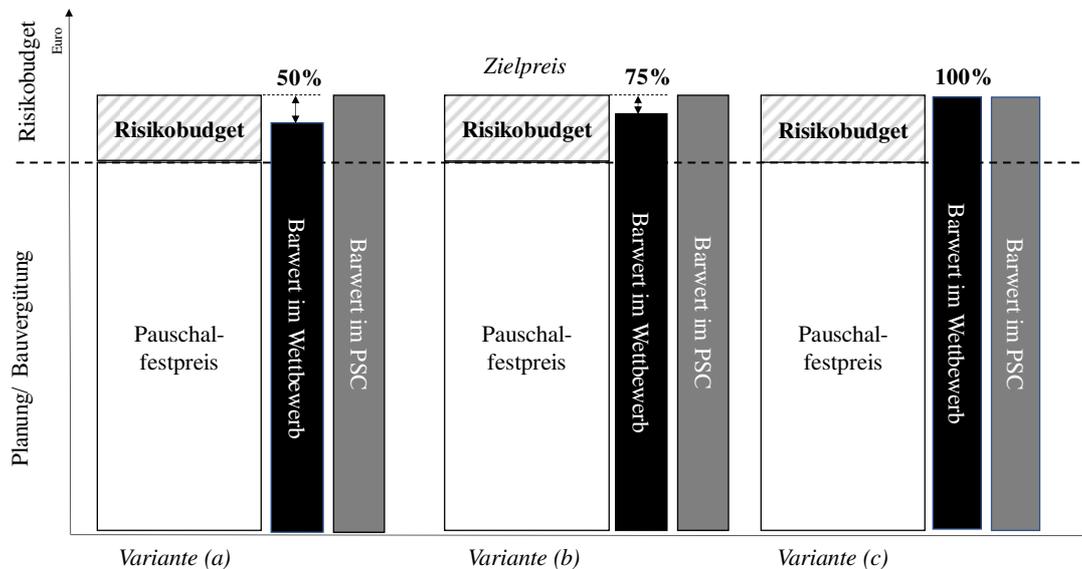


Abbildung 7 Wirtschaftliche Berücksichtigung des Risikobudgets im Vergabeverfahren, eigene Darstellung.

5. Das verwirklichte Risiko

Das Vergabeverfahren ist abgeschlossen, der ÖPP-Projektvertrag ist unterzeichnet und der Auftragnehmer beginnt mit der Leistungserfüllung. Der Risikokatalog wurde mit einem Gesamtbudget in den Projektvertrag aufgenommen. Insofern keine unerwarteten Abweichungen in der Ausführung auftreten und sich kein Risiko realisiert, würden beide Parteien nach der Ausführung sich mit der Schlussrechnung der Endschaftsregelung unterwerfen und das Budget anteilig zwischen den Vertragsparteien aufteilen.

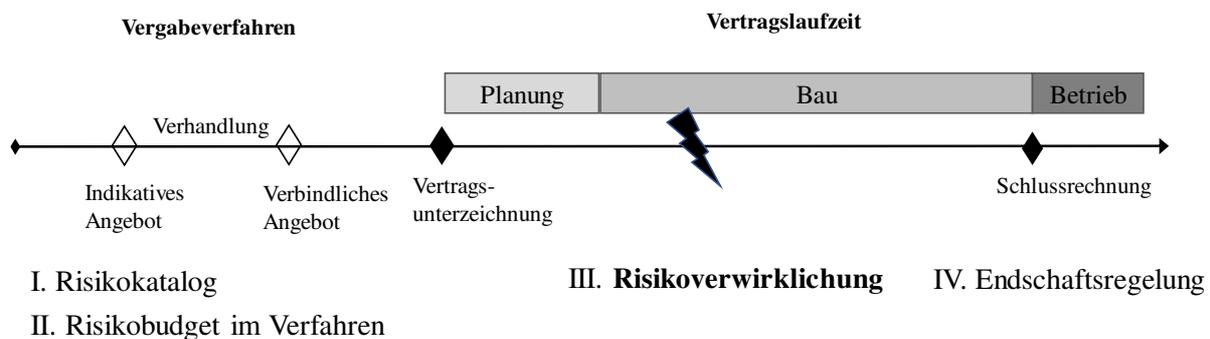


Abbildung 8 Komponentenübersicht im Projektverlauf, eigene Darstellung.

F. Vergütungsmodell eines Risikobudgets für Bestandsrisiken

Wenn jedoch der Auftragnehmer während der Ausführung ein berechtigtes Anliegen vorträgt und sich somit ein Risiko verwirklicht hat, würde nachfolgender Prozess in Kraft treten. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, inwieweit die Voraussetzungen vorliegen und erfüllt sind, um gegen das Risikobudget abzurechnen und die Vergütung bereits nicht im Pauschalpreis enthalten ist. Sind sich die Parteien einig, beispielsweise aufgrund einer eindeutigen Risikoordnung aus dem Risikokatalog, so würde man in einem zweiten Schritt gemeinsame Lösungsstrategien entwickeln. Initiator ist und bleibt der Auftragnehmer, welcher mit seinem technischen Know-how Lösungen und Alternativen ausarbeitet. Da die neue Leistung jedoch aus dem gemeinsamen Risikobudget vergütet wird, erhält der Auftraggeber umfassendere Einsicht- und Mitspracherechte, Kalkulationen und Nachunternehmerangebote sind durch den Auftragnehmer offenzulegen. Der Auftraggeber soll Teil des Lösungsprozesses werden und nicht nur Empfänger einer Leistungsänderung. Durch eine partnerschaftliche Endschaftsregelung, in welcher beide Parteien vom Rest-Risikobudget partizipieren, gibt es keinen Anreiz, möglichst kostenintensive Lösungen umzusetzen. Eine zeitliche Komponente, in Bezug auf eine Verlängerung der Ausführungsfristen, muss ebenfalls in einer gemeinsamen Ausarbeitung einvernehmlich berücksichtigt werden. Die Abrechnung der gemeinschaftlich erarbeiteten Lösung erfolgt in einem dritten Schritt auf Grundlage der tatsächlichen Kosten zuzüglich den im Projektvertrag definierten allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn. Die Vergütung der Leistung erfolgt zum Zeitpunkt der Schlussrechnung und sollte nicht an eine Endfinanzierung gekoppelt sein.

Insofern der Auftragnehmer bereits im ersten Schritt nicht nachweisen kann, dass die zusätzliche Leistung nicht Bestandteil des Risikokataloges ist und es keine weiteren Ansatzpunkte aus dem Vertrag gibt, so würde er allein das Risiko tragen müssen.

Vertraglich zu betrachten ist in diesem Zusammenhang eine definierte Zeitspanne zur Ausarbeitung und Festlegung von Lösungsstrategien und die Berücksichtigung von Eskalationsstufen für ein Scheitern des Einigungsprozesses. Für einen gescheiterten Einigungsprozess kämen die Einbindung eines Schiedsgerichts oder -richters in Betracht sowie ein Anordnungsrecht des Auftraggebers. Dies würde nach einer definierten Zeitspanne zum Beispiel - in Anlehnung an § 650b BGB – nach 30 Tage greifen.

6. Endschaftsregelung

Die Endschaftsregelung soll festschreiben, wie mit dem Risikobudget umzugehen ist, wenn das Budget erschöpft ist oder ein Restbetrag – welcher auch aus der Ausgangsbudgethöhe bestehen kann – vorhanden ist. Die größte Anreizwirkung für den Auftragnehmer, nicht oder maßvoll gegen das Budget abzurechnen, besteht, wenn er größtmöglich am Restbudget partizipieren kann. Dies entspricht einer partnerschaftlichen hälftigen Teilung. Der Auftraggeber würde zur Schlussrechnung das Budget auflösen und die Hälfte an den Auftragnehmer als Bonus vergüten.

F. Vergütungsmodell eines Risikobudgets für Bestandsrisiken

Der Gegenentwurf zu einer hälftigen Teilung ist keine Ausschüttung von Restbeträgen aus dem Risikobudget an den Auftragnehmer.

Die Methodik der anteiligen Ausschüttung von Restguthaben ist in ÖPP-Verträgen für die Endschaftsregelung von sog. „Verwahr-“ oder „UND-Konten“ für Instandhaltungsleistungen gängige Praxis.⁹⁸ Hierbei zahlt der Auftraggeber die Entgelte für die Erbringungen für Instandhaltungsmaßnahmen auf ein Verwahrkonto ein und der Auftragnehmer rechnet seine Leistungen gemäß seiner Leistungsverpflichtungen gegen das Konto periodisch ab. Insofern nach der Vertragslaufzeit von bis zu 30 Jahren ein Restguthaben verbleibt, wird dies zu einem definierten Anteil geteilt. Diesem Konzept liegt jedoch eine konkrete Leistungserfüllungsverpflichtung (Instandhaltung mit definierten Qualitäten) zu Grunde. Dies ist im Risikobudgetmodell anders geartet. Keine Partei weiß, ob das Budget, für welche Art von Leistung auch immer, in Anspruch genommen werden muss. Es bildet lediglich einen finanziellen Puffer zu Abminderung von Wahrscheinlichkeiten, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht oder nicht zweckmäßig kalkulatorisch bewertet werden können. Der Vergütung in Form eines Bonus steht keiner Leistung gegenüber, wie sie beim Verwahrkonto oder einer Beschleunigungsprämie zu finden ist. Wenn der Auftragnehmer jedoch nicht am Restbudget partizipieren kann, hat er kein wirtschaftliches Interesse, das Budget nicht überzustrapazieren, um gegebenenfalls einen höheren Anteil für die Gemeinkosten zu erwirtschaften.

Unter der Voraussetzung, dass ein funktionierender Wettbewerb mit ausreichender Teilnehmeranzahl zu einem Vertragsschluss führte, ist eine hälftige Teilung vertretbar und unter den positiven Effekten des Anreizmechanismus angebracht.

Insofern das Budget aufgezehrt ist, besteht keine Nachschusspflicht des Auftraggebers. Der Auftragnehmer muss auf seine Kosten, ohne Anspruch auf zusätzliche Vergütung, die Leistungen erbringen. Um eine große Flexibilität sicherzustellen, sollte das Budget nicht in eine Endfinanzierung eingebunden sein.

II. Szenarioanalyse Risikobudgetierung

Es wurde das Modell eines zusätzlichen Risikobudgets mit seinen Komponenten erläutert und in seinen Ausprägungsvarianten dargestellt. Für die nachstehende Betrachtung wird die Variante mit dem höchsten Anreizmechanismus zu Grunde gelegt. Das Risikobudget wird im Wettbewerb nur zur Hälfte im bieterseitigen Barwert berücksichtigt und es wird eine hälftige Endschaftsregelung zwischen den Vertragsparteien vereinbart.

Im Folgenden werden drei Anwendungsfälle für die bieterseitige Risikobudgetierung dargestellt (Vgl. Abbildung 6 Szenarioanalyse Risikobudgetierung) und diskutiert. Aufgezeigt werden die durch den

⁹⁸ *Partnerschaften Deutschland*, ÖPP-Mustervertrag für ein Inhabermodell im Hochbau, 2014, S. 89.

F. Vergütungsmodell eines Risikobudgets für Bestandsrisiken

Auslober erwartungsgemäße Bewertung von Risiken, als Basis-/Normalvariante und die sich anschließenden Extreme, welche von einem Verzicht der Inanspruchnahme eines separaten Budgets bis hin zu einer offensichtlich unangemessen hohen Risikobewertung in Form eines ausufernden Risikobudgets, hier als die Maximalvariante führen.

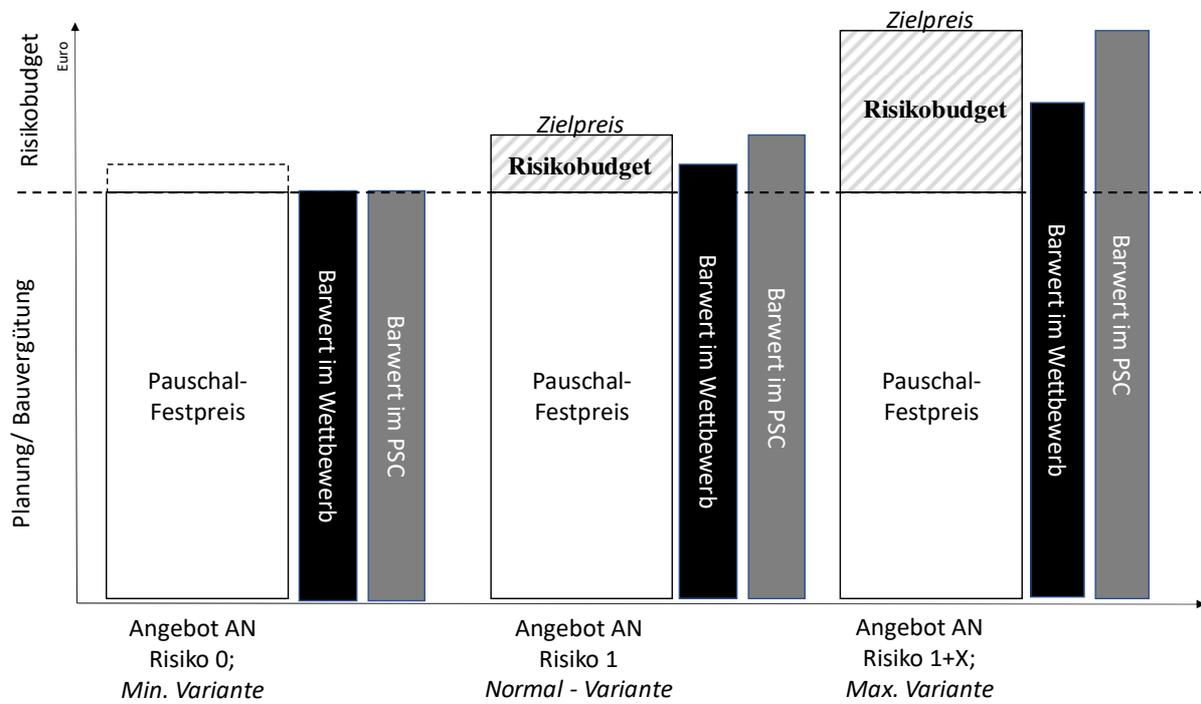


Abbildung 9 Szenarioanalyse Risikobudgetierung, eigene Darstellung

1. Minimalvariante

In der schwächsten Ausprägung der angeführten Beispiele würde der Bieter auf eine separate Bewertung von Risiken verzichten. Dies würde vorausstellen, dass der Bieter für sich festgestellt hat, dass kein Risiko zum Tragen kommen kann oder er diese Risiken im Pauschalpreis bewertet hat. Wenn der Bieter kein Risiko erkennen kann und keine Beträge einstellt, stellt er sich im Wettbewerb nicht schlechter, sondern monetär besser. Er muss jedoch davon ausgehen, dass er im Fall eines Risikoeintritts keine zusätzliche Vergütung erhält, da er das volle Bestandsrisiko trägt.

2. Normalvariante

Die Normalvariante stellt die zu erwartende Risikobewertung dar. Hierbei ist eine mittlere Bandbreite an Budgethöhen aller Bieter zu erwarten, welche sich gleichverteilt um einen Mittelwert anordnen. Kein Bieter ist durch die anteilige Anrechnung auf den Wettbewerbsbarwert übervorteilt oder benachteiligt. Bei diesem Standardszenario hat der Auftraggeber die größten Chancen. Der AG kann nun den Risikokatalog eines jeden Bieters einzeln bewerten und versuchen, durch die Verhandlungsgespräche mittels Gewichtung die höchsten Risiken zu identifizieren und aktiv nachzusteuern. Dies könnte beispielsweise durch die Erstellung eines weiteren Gutachtens erfolgen. In einer abschließenden Angebotslegung könnten die neu bereitgestellten Informationen dazu beitragen, das Risikobudget aller

F. Vergütungsmodell eines Risikobudgets für Bestandsrisiken

Anbietenden zu verringern. Zumindest könnte die Informationsdichte für Bestandsrisiken für alle Bieter erhöht werden.

3. Maximalvariante

Die stärkste Ausprägung in Form eines nicht zu erwartenden hohen bis ausufernden Risikobudgets stellt das Dritte zu untersuchende Anwendungsszenario dar. Unterstellt wird dabei, dass kein substanzieller Bezug mehr zu einem Risiko zugeordnet werden kann, sondern es sich um ein strategisches Angebotselement des Bieters handelt. In einem funktionierenden Wettbewerb, mit einer Mindestanzahl an Teilnehmern, würde sich der betreffende Bieter über einen zu hohen Barwert diskreditieren und seine Chancen auf Zuschlag minimieren. Dadurch, dass das Budget nur anteilig in den Wettbewerbsbarwert berücksichtigt wird, aber jedoch auch nur zu Hälfte ausgeschüttet wird, hebt sich die Hebelwirkung im Angebot wieder auf. Für den Bieter wäre es der gleiche Effekt, würde er seine zusätzliche Gewinnmarge im Pauschalpreis berücksichtigen.

Zu diskutieren wäre eine mögliche Obergrenze für ein Risikobudget. Die Gefahr besteht jedoch, dass die Regelung als unwirksame Vertragsklausel angegriffen wird, da hier in die Kalkulationsphäre des AN eingegriffen wird. Man kann nicht ein Risiko übertragen und gleichzeitig die entgegenstehende Vergütung limitieren.

G. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Effizienter Ressourcenverbrauch, zunehmende Flächeninanspruchnahme sowie die alternde Bausubstanz öffentlicher Immobilien werden in der Zukunft den Bedarf für Kern- und Generalsanierungen, Umbauten und Revitalisierungen erhöhen. Die Bauwelt erlebt durch die Digitalisierung, den gestiegenen Anforderungen an Nachhaltigkeit und Energieeffizienz und neuen Verfahrenstechnologien einen tiefen Strukturwandel. Der reine Preiswettbewerb für Bauleistungen wird sich überholen. Öffentlich Private Partnerschaften stellen zur Lösung der Probleme nicht das Allheilmittel für die Beschaffung und Unterhaltung von öffentlichen Infrastrukturprojekten zur Verfügung, aber sie haben sich von einer alternativen hin zu einer normalen Beschaffungsvariante in Deutschland über die vergangenen 20 Jahre etabliert. Auch für Sanierungen und Umbauten werden zunehmend ÖPP-Modelle ausgeschrieben, angeboten und realisiert. In dieser Arbeit wurde herausgestellt, dass das Risikoprofil auf Grund der technischen Ungewissheit in Bestandsprojekten höher ist als bei Projekten auf der sogenannten grünen Wiese. Die effiziente und partnerschaftliche Risikoallokation wird in Bezug auf die Bausubstanz nicht immer erreicht. Streitigkeiten über das vereinbarte Leistungssoll in Bezug auf technische Bestandsrisiken sind vorprogrammiert. Die Übertragung von Bausubstanzrisiken stellt jedoch verfahrensrechtlich keine Hürde dar. Im öffentlichen Vergabeverfahren haben Bieter die Möglichkeit, über Aufklärung und Verfahrensrügen rechtssicher ihre ureigenen Interessen zu wahren und zu schützen. Ob und wie sie davon Gebrauch oder sich zu nutzen machen liegt in ihrer Verantwortungssphäre. Insofern sich ein Risiko verwirklicht, wird der Auftragnehmer bewerten, welche Chancen und Risiken in Nachtragsverhandlungen zu erwarten sind. Dieser Prozess nimmt jedoch Kapazitäten und Ressourcen in Anspruch und wird den Bauablauf und die zwischenmenschliche Atmosphäre nicht positiv fördern.

Das dargestellte Risikobudgetmodell zielt darauf ab, der Bewertung von Bausubstanzrisiken einen festen Platz im Vergabeverfahren einzuräumen. Es ist darauf angelegt, dass sich alle Parteien mit der Unsicherheit über die technische Beschaffenheit vor Vertragsschluss auseinandersetzen. Dies soll nicht wie bisher nur zwischen den Juristen der Vertragspartner stattfinden, sondern mit allen Beteiligten – Technikern, Kaufleuten und Rechtsexperten. Das Modell soll der Unsicherheit Raum geben, aber auch konkrete Schritte aufzeigen, ohne dass sich die Fronten verhärten. Vielmehr soll das Risikobudgetmodell die guten Erfahrungen der Partnering-Modelle stärker zum Vorschein bringen, indem Auftraggeber und Auftragnehmer gemeinsam und auf Augenhöhe an den Lösungen arbeiten.

Nachfolgende Abbildung verdeutlicht, dass durch das vorgestellte Modell Nachtragspotentiale verringert werden können und Bieter proaktiv mit Bestandsrisiken agieren müssen. In der Ausführung sollen im Risikoeintrittsfall die divergierenden Interessenslagen durch eine gemeinsame Zielstellung überwunden werden.

G. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

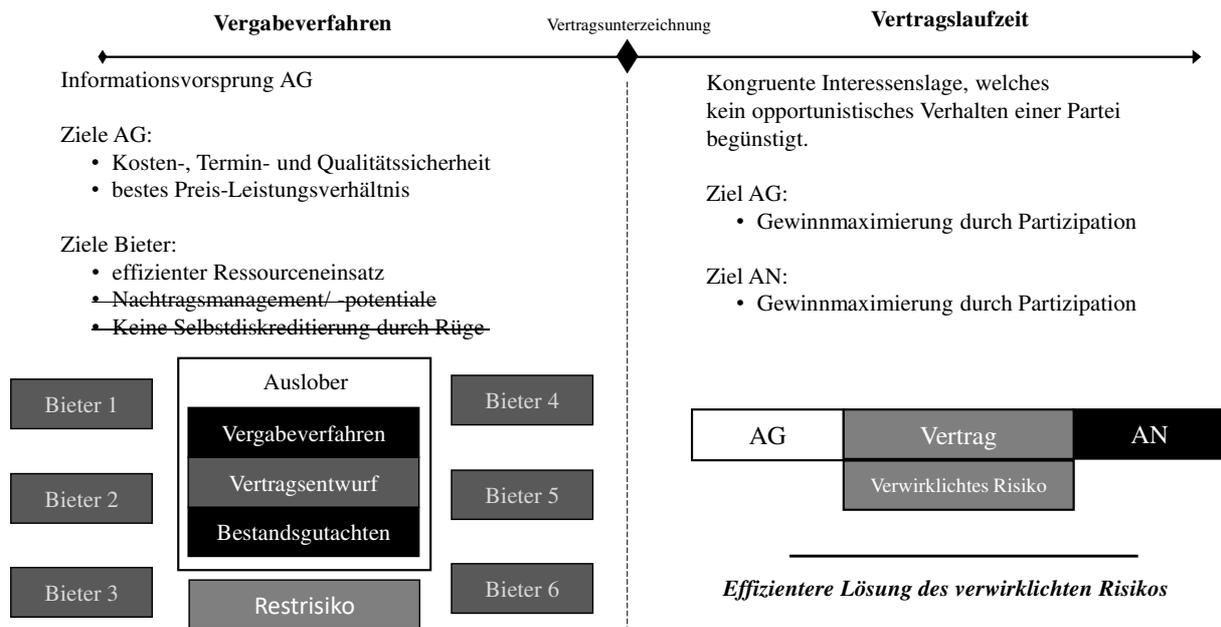


Abbildung 10 Übersicht Zielvorstellung Risikobudgetmodell, eigene Darstellung.

Das beschriebene Modell stellt lediglich einen Ausgangspunkt für weitere Untersuchungen und Überlegungen dar. Ökonomisch müsste man die Anrechnung des Budgets im Barwert kritisch untersuchen. Welche optimale Höhe erfüllt im Barwert zum einen noch eine Anreizfunktion für die Bieter, aber stellt auf der anderen Seite kein Einfallstor für Missbrauch dar. Technisch müsste man die Katalogisierung der Risiken exemplarisch als Maske erstellen und die Vollständigkeit bzw. Erweiterbarkeit diskutieren. Juristisch müsste man neben den bereits beschriebenen Problemfeldern, wie die Abgrenzung der Anspruchsvoraussetzungen, definierte Fristen für den Lösungsfindungsprozess oder die Konkretisierung der tatsächlich geänderten Kosten auch diskutieren, wie es sich tatsächlich verhält, wenn der Risikopuffer vorzeitig erschöpft ist. Alle noch zu klärenden Themenpakete sollten stets von einem kooperativen und partnerschaftlichen Blickwinkel für beide Vertragspartner diskutiert werden. Mit diesem Modell soll versucht werden, keine Partei zu benachteiligen oder zu bevorzugen.

Während man bei den sog. neuen innovativen Wettbewerbsmodellen zur Projektabwicklung neue Leitfäden, Vertragsmuster und Handlungsempfehlungen erstellen muss, könnten die Instrumente, die sich Vielfach für die öffentliche Hand bewährt haben, angepasst und aktualisiert werden. Hierbei können Öffentlich Private Partnerschaften als ein solides Fundament für eine Weiterentwicklung von partnerschaftlichen Vertragsstrukturen genutzt werden.