



PPP

Public Private
Partnership
zur Realisierung
öffentlicher
Baumaßnahmen
in Bayern

Teil 3
Vergabe und
Vertragsgestaltung

Impressum:

Herausgeber:

„Gesprächsrunde PPP“ (Federführung Oberste
Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern)
und die von ihr eingerichteten PPP-Arbeitskreise
(Geschäftsführung Bayerischer Bauindustrieverband)

Teilnehmer:

Oberste Baubehörde im Bayerischen
Staatsministerium des Innern

Bayerisches Staatsministerium der Finanzen

Bayerisches Staatsministerium für
Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie

Bayerischer Oberster Rechnungshof

Bayerischer Kommunaler Prüfungsverband

Bayerischer Städtetag

Bayerischer Gemeindetag

Bayerischer Landkreistag

Verband der Bayerischen Bezirke

Bayerischer Bankenverband
vertreten durch die HypoVereinsbank

Sparkassenverband Bayern
vertreten durch die BayernLB

Genossenschaftsverband Bayern
auch vertreten durch die DZ Bank

Bayerische Baugewerbeverbände

Bayerischer Bauindustrieverband

Kontaktadresse und weitergehende Informationen:
www.ppp.bayern.de

Konzept & Gestaltung:
Franz Leander Neubauer
82547 Beuerberg

Satz & Litho:
LaySa Mediendienstleister, Augsburg

Druck: Rittel-Offset, Planegg

Erschienen im Juni 2007

Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern

Teil 3 Vergabe und Vertragsgestaltung

Einleitung für den PPP-Leitfaden		
Teil 3	3	
Haftungsausschluss	5	
Abschnitt A		
Vergabe	6	
1. Allgemeines	6	
2. Hinweise	6	
Abschnitt B		
Allgemeine Hinweise zur Vertragsgestaltung und zur Risikoverteilung	12	
1. Der PPP-Projektvertrag in Abgrenzung zu konventionellen Verträgen	12	
2. Weitere Verträge	12	
3. Allgemeine Hinweise zur Risikoverteilung	13	
Abschnitt C		
Die Gestaltung des PPP-Projektvertrags	15	
● Bezeichnung der Vertragsparteien	15	
● Präambel	15	
● Vertragsgliederung	15	
I. Allgemeiner Teil	16	
II. Planungsleistungen	21	
III. Bauleistungen	22	
IV. Bauunterhalts- und Betriebsleistungen	23	
V. Endschaftsregelungen / Verwertung	24	
VI. Schlussbestimmungen	24	
Abschnitt D		
Die Gestaltung des Forfaitierungsvertrags	26	
1. Bezeichnung der Vertragsparteien	26	
2. Präambel	26	
3. Definitionen	26	
4. Kaufgegenstand	26	
5. Kaufpreis und Verwendungszweck	27	
6. Dinglicher Vollzug, Abtretung	27	
7. Bestandsgarantie	27	
8. Haftung	28	
9. Rückkauf / Rückübertragung von Forderungen	28	
10. Berichterstattung, Auskunftsverlangen, Umsatzsteuer	28	
11. Verjährung	28	
12. § 8 Geldwäschegesetz	28	
13. Mitteilungen, Vollmacht	28	
14. Änderung der Rechtslage	28	
15. Abtretungsverbot und Unterbeteiligungen	29	
16. Verschiedenes	29	
Abschnitt E		
Inhalt der Einredeverzichtserklärung	31	
1. Bezeichnung der Vertragsparteien	31	
2. Vertragsgegenstand	31	
3. Vergütung	31	
4. Einredeverzicht	31	
5. Rechte	31	
6. Gültigkeit	31	



Einleitung für den PPP-Leitfaden Teil 3

Im März 2004 hat die Bayerische Staatsregierung unter der Leitung der Obersten Baubehörde – unterstützt vom Bayerischen Landtag – Vertreter der öffentlichen Hand sowie der Bauwirtschaft und des Kreditgewerbes eingeladen, um mit ihnen über Public Private Partnership (PPP) bei der Realisierung von öffentlichen Baumaßnahmen in Bayern zu sprechen und eine gemeinsame Position zu erarbeiten. Diese OBB-Gesprächsrunde hat Informationen zusammengestellt, die in erster Linie den bayerischen Kommunen helfen sollen, sich in der komplexen Materie PPP zurechtzufinden. Wichtigstes Ergebnis dieser Zusammenarbeit ist der dreiteilige bayerische PPP-Leitfaden.

Teil 1 des Leitfadens („Grundlagen“) erläutert insbesondere Chancen und Risiken von PPP, dokumentiert bereits realisierte Projekte mit PPP-Elementen in Bayern, gibt Hinweise zur Projekteignung und enthält den bayerischen Projekteignungstest. Teil 2 des Leitfadens („Rechtliche Rahmenbedingungen und Finanzierung“) stellt die aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern dar und erläutert das Thema Finanzierung. Beide Teile des Leitfadens und der Projekteignungstest können im Internet unter www.ppp.bayern.de abgerufen werden. Auch dieser Teil des Leitfadens wird dort zu finden sein.

Zum Thema „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ hat eine Arbeitsgruppe der Finanzministerkonferenz der Länder gemeinsam mit einer Arbeitsgruppe des Bundes einen gleichnamigen Leitfaden erarbeitet, der im September 2006 veröffentlicht wurde. Ziel dieses Leitfadens ist es, über Empfehlungen zukünftig einen Mindest-

standard bei der Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten zu erreichen. Aufbauend auf dem bayerischen PPP-Projekteignungstest kann dieser Leitfaden auch für die Kommunen im Rahmen ihrer eigenverantwortlichen Entscheidung, ob eine Maßnahme in Eigenrealisierung oder als PPP-Projekt umgesetzt werden soll, hilfreich sein. Er ist im Internet unter www.ppp-bund.de erhältlich.

Hiermit legen wir nun Teil 3 des Leitfadens („Vergabe und Vertragsgestaltung“) vor. Sie finden darin Hinweise zum Ablauf des Vergabeverfahrens und zur Vertragsgestaltung. Auch in diesem Teil des Leitfadens haben wir uns zum einen für eine knappe Darstellung der wichtigsten Punkte entschieden, um die Neigung, den Leitfaden auch tatsächlich zu lesen, zu fördern. Zum anderen soll der Leitfaden vor allem die Kommunen in den Stand setzen, in eigener Verantwortung und gut informiert den richtigen Weg für die Realisierung ihrer Vorhaben zu finden. Kein PPP-Projekt ist wie das andere. Deshalb haben wir auch keine Musterverträge und Musterabläufe formuliert. Der Bedarf bestimmt den Vertrag, nicht der Mustervertrag den Bedarf. Der einheitliche Rahmen aller PPP-Modelle sind die geltenden Rechtsvorschriften. Darauf aufbauend gibt es Charakteristika, die zum Wesen von PPP gehören und die Vergabe und die Vertragsgestaltung beeinflussen. Sie sind Gegenstand dieses Leitfadens. Darüber hinaus sind der Standardisierung im Sinne von vorgefertigten Lösungen angesichts der Vielfalt der PPP-Modelle Grenzen gesetzt. Auch aus diesem Grund sind die Hinweise in diesem Leitfaden als Hilfestellung ohne verbindlichen Charakter zu verstehen.

PPP ist eine Realisierungsmöglichkeit unter mehreren. Sie sollte nur dann zur Anwendung kommen, wenn sie zur Art des Projekts passt und eindeutig zu beschreibende Vorteile bringt. Mit PPP erschließt sich ein weites Feld für neue Ideen. Kommunen, die ein PPP-Projekt planen, werden vielleicht aus dem Leitfaden nicht auf jede Frage und für jeden Einzelfall eine Antwort erhalten. Dann steht ihnen nach wie vor die PPP-AG Bayern gerne zur Verfügung (vgl. www.ppp.bayern.de eMail: ppp@stmi.bayern.de).

Der bayerische PPP-Leitfaden ist das Ergebnis der Zusammenarbeit von staatlichen Stellen, kommunalen Vertretern und Wirtschaftsverbänden. Damit ist in Bayern ein breiter Konsens über Einzelinteressen hinaus entstanden. Wir freuen uns daher, dass außer den Kommunen auch andere Akteure an unserem PPP-Leitfaden Interesse zeigen.

In diesem Sinne hoffen wir, den öffentlichen Auftraggebern und ihren privaten Partnern mit unserem bayerischen Leitfaden eine nützliche Orientierungshilfe an die Hand geben zu können, und wünschen ihnen viel Erfolg bei der Realisierung zukünftiger PPP-Projekte.

Die Herausgeber



Haftungsausschluss

Die Herausgeber weisen darauf hin, dass die im Leitfaden enthaltenen Darstellungen, Erläuterungen, Handlungsmöglichkeiten, Muster, Berechnungen und dergleichen lediglich beispielhaften Charakter haben. Sie spiegeln den gegenwärtigen Kenntnisstand und die derzeitige Rechtslage wider, erheben aber keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Angesichts der Komplexität von PPP-Projekten bleibt daher die Entwicklung von individuellen und konkreten, auf das jeweilige Vorhaben bezogenen Lösungen unabdingbar. Deshalb kann keine Haftung für die Anwendung im Einzelfall übernommen werden.

Eine Haftung für sämtliche konkreten Anwendungen und Übertragungen auch von Teilen des Leitfadens bzw. einzelnen Angaben wird hiermit ausdrücklich ausgeschlossen.

Abschnitt A

Vergabe

1. Allgemeines

Mit diesem Teil des Leitfadens soll vor allem den Kommunen in Bayern eine Hilfestellung zur Ausschreibung von PPP-Projekten gegeben werden. Es finden sich daher im Allgemeinen nur dann Erläuterungen, wenn die Besonderheiten eines PPP-Projekts dies erfordern. Grundsätzlich gelten die einschlägigen Regelungen des Vergaberechts auch für PPP-Maßnahmen. Aufgrund der Vielzahl möglicher Fallkonstellationen können hier nur beispielhafte Anmerkungen zum Vergabeverfahren gegeben werden.

In den folgenden Ausführungen wird davon ausgegangen, dass es sich um Maßnahmen handelt, die nach der VOB/A zu vergeben sind. Auf die Frage, wann welche Verdingungsordnung anzuwenden ist, wurde bereits im PPP-Leitfaden Teil 2, S. 18 eingegangen. Auf Maßnahmen nach der VOL/A können diese Erläuterungen sinngemäß übertragen werden.

Die Erläuterungen orientieren sich am Handbuch für die Vergabe und Durchführung von Bauleistungen durch Behörden des Freistaates Bayern (VHB Bayern – Ausgabe Februar 2006), das unter www.vergabehandbuch.bayern.de im Internet abgerufen werden kann. So weit als möglich sollte auf die dort enthaltenen Muster zurückgegriffen werden. Hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens wird auf den PPP-Leitfaden Teil 2, S. 18f. verwiesen.

2. Hinweise

2.1 Erstellen der Vergabeunterlagen

Vor der Entscheidung, ein Vorhaben als PPP-Projekt durchzuführen, sind die Projekteignung und die Wirtschaftlichkeit der vorgesehenen Realisierungsform zu untersuchen. Hierzu wird auf den Projekteignungstest (vgl. PPP-Leitfaden Teil 1) und den Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ verwiesen (vgl. www.ppp-bund.de). In speziellen Fällen (vgl. hierzu PPP-Leitfaden Teil 1, S. 14) kann es sinnvoll sein, im Vorfeld eine unverbindliche Markterkundung durchzuführen. Damit kann der Auftraggeber herausfinden, ob es für sein Projekt überhaupt Interessenten auf dem Markt gibt.

Der Auftraggeber sollte vor Erstellung der Vergabeunterlagen den Projektumfang präzise abgrenzen. Von einer Ausschreibung in Losen, die verschiedene alternative Kombinationen (z.B. Los 1 mit Planung und Bau einerseits sowie Los 2 mit Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung andererseits) enthalten, ist aus folgenden Gründen abzuraten:

■ Eine Alternativausschreibung (manchmal ist hier auch von „Parallelausschreibung“ die Rede), die eine unzureichende Verfahrensvorbereitung durch den Auftraggeber kompensieren soll, ist unzulässig. Markterkundung und Wirtschaftlichkeitsprognose von Realisierungsvarianten muss der Auftraggeber vor Beginn der Ausschreibung durchführen. Es ist mit dem Vergaberecht nicht vereinbar, den Aufwand dafür dem Bieter aufzuerlegen.

■ Die Alternativausschreibung von Leistungen im Vergabeverfahren ist nicht geeignet, die richtige Lösung zu finden. Die Wertung derart unterschiedlicher Angebote ist sehr aufwändig oder nur eingeschränkt möglich, da die verschiedenen Leistungsteile eines Loses ineinandergreifen. Ein Bieter, der z.B. den Betrieb nicht anbietet, kalkuliert anders als ein Bieter, der dies tut. Somit ist in der Regel nicht eindeutig bestimmbar, welches Angebot tatsächlich das wirtschaftlichste ist.

■ Da ein solches Verfahren also nur mit großem Aufwand transparent gestaltet werden kann, ist der Auftraggeber verstärkt dem Risiko ausgesetzt, dass unterlegene Bieter die Vergabeentscheidung auf Grund mangelnder Nachvollziehbarkeit einer Nachprüfung unterziehen lassen.

Sollte nach dem Projekteignungstest und der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung eine PPP-Realisierung weiterverfolgt werden, sind die Vergabeunterlagen zu erstellen, bevor das Vergabeverfahren begonnen werden kann.

Diese bestehen aus

■ der Aufforderung zur Angebotsabgabe, gegebenenfalls den Bewerbungsbedingungen und

■ den Verdingungsunterlagen.

Art und Umfang der Verdingungsunterlagen sind für jedes Projekt eigens festzulegen. Dabei muss gewährleistet sein, dass einerseits der Auftragnehmer genug Spielraum für die wirtschaftliche Optimierung seiner Lösung hat, aber andererseits die unverzichtbaren Anforderungen des Auftraggebers an den Vertragsgegenstand exakt definiert sind.

Ziel des Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Vertrags zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Privaten zur Realisierung eines PPP-Vorhabens. Dieser kommt, wie ein normaler Bauvertrag, durch die Annahme eines Angebots zustande, das auf der Grundlage der erfolgten Ausschreibung abgegeben wurde. Wesentlicher Inhalt des Angebots sind die vom Bieter ausgefüllten und ergänzten Verdingungsunterlagen. Bei der Erstellung der Verdingungsunterlagen besteht die Möglichkeit, Einzelteile (im Wesentlichen Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen) in einem so genannten „PPP-Projektvertrag“ zusammenzufassen. Der PPP-Projektvertrag ist damit Bestandteil der Verdingungsunterlagen und kein eigenständiges Vertragswerk (vgl. Abschnitt C).

Zu den Verdingungsunterlagen können z.B. folgende Unterlagen zählen:

■ Bestandsunterlagen, wie

- Baugrundgutachten,
- (digitale) Bestandspläne,
- sonstige Bestandserhebungen und -untersuchungen,
- Vorbescheide, Bebauungspläne oder sonstige Unterlagen zur Klärung der öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen.

Liegen solche Informationen nicht bei, muss jeder Bieter selbst Erhebungen vornehmen, um ein Angebot abgeben zu können. Die Kosten dafür wird er in sein Angebot einrechnen. Unabhängig von der Risikoverteilung wird durch die Bereitstellung von ausreichenden Informationen zum Projekt und zu seinen Rahmenbedingungen das damit verbundene Risiko für den, der es zu tragen hat, besser kalkulierbar.

■ Unterlagen, in denen Eckpunkte des Projekts definiert sind

■ Besondere Vertragsbedingungen

In den Besonderen Vertragsbedingungen sind alle Regelungen aufzunehmen, die für die Abwicklung der Maßnahme erforderlich sind. Die Regelungen müssen alle Phasen des Projekts (z.B. Planung, Bau und Betrieb) abdecken. Darüber hinaus müssen die Finanzierungsbedingungen beschrieben werden. Hierzu sind bereits im Leitfaden Teil 1 und Teil 2 Erläuterungen enthalten. In den Abschnitten B und C werden weitere Hilfestellungen gegeben.

■ Leistungsbeschreibung

Die zu erbringende Leistung wird regelmäßig als funktionale Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm gemäß § 9 Nr. 15–17 VOB/A dargestellt. Eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis widerspricht dem Charakter eines PPP-Projektes.

Sehr weitgehende Vorgaben würden den Bieter stark einschränken, so dass er seine spezifischen Kenntnisse und Fähigkeiten möglicherweise nicht mehr sinnvoll einbringen kann. Der öffentliche Auftraggeber sollte deshalb bewusst entscheiden, wo zwingende Vorgaben erforderlich sind und wo dem Bieter freie Hand gelassen werden kann.

Bestandteile der Leistungsbeschreibung können sein:

- das Raumprogramm,
- das Raumbuch,
- die Beschreibung funktionaler Zusammenhänge und übergreifender technischer, gestalterischer, städtebaulicher und sonstiger Vorgaben,
- einschlägige Regelwerke des Auftraggebers zur Planung.

■ Unterlagen zur Angebotsabgabe

Damit der Auftraggeber das wirtschaftlichste Angebot auswählen kann, muss er festlegen, welche Unterlagen der Bieter dem Angebot beifügen muss. Auch hier sollte man sich auf die Dinge beschränken, die unbedingt erforderlich sind. Anhand dieser Unterlagen muss der Auftraggeber überprüfen können, ob das betreffende Angebot alle Mindestanforderungen erfüllt und wie es im Vergleich mit anderen Angeboten zu bewerten ist.

Hierfür kommen z.B. in Betracht:

■ Bauliche Planung

Hierzu gehören z.B.:

- Entwurfspläne (z.B. Lageplan, Grundrisse, Schnitte, Ansichten usw., Maßstäbe nach Bedarf),
- Brandschutzkonzept,
- Beschreibung der baulichen und technischen Anlagen,
- Berechnungen (z.B. zu Leistungsbedarf und Verbrauch, Anlagendimensionierung usw.),
- Modell (Maßstab nach Bedarf).

■ Ablaufplanung

Der Bieter muss seine Ablaufplanung darstellen.

■ Qualitätsmanagement

Da viele Gewerke bei der Abnahme nicht mehr geprüft werden können, muss der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen klare Vorgaben zur Qualitätssicherung machen. Daher sollte der Auftraggeber ein Konzept zum Qualitätsmanagement des Bieters verlangen (vgl. Abschnitt C I.14). Der Auftraggeber kann dem Bieter die

Abschnitt A

Vergabe

Gestaltung des Konzepts überlassen, er kann aber auch ein Ziel vorgeben, z.B. dass ihm die vertragsgemäße Leistung regelmäßig oder zu bestimmten Terminen nachzuweisen ist; sei es durch eine unabhängige Stelle innerhalb des Unternehmens des Bieters bzw. der Bietergemeinschaft oder durch Sachverständige.

- Konzept zur baulichen Unterhaltung (z.B. Sanierungsintervalle einzelner Gewerke).

- Betriebskonzept (z.B. Anzahl und Qualifizierung des vorgesehenen Personals).

- Finanzierungskonzept.

■ Wertung

Der Auftraggeber muss eine Wertungsmatrix erstellen, in der die Zuschlagskriterien mit ihrer Gewichtung dargestellt sind. Diese Kriterien müssen in die Vergabeunterlagen übernommen werden. Im Laufe des Verfahrens kann eine weitere Verfeinerung erfolgen.

2.2 Vergabeverfahren

Sind die Vergabeunterlagen vorbereitet, kann mit dem Vergabeverfahren begonnen werden.

2.2.1 Vorinformation

Eine Vorinformation nach § 17a VOB/A bietet sich bei PPP-Projekten lediglich dazu an, potenzielle Bieter möglichst früh von der beabsichtigten Ausschreibung zu informieren. Die spätere Angebotsfrist (siehe Abschnitt A 2.2.4) sollte deswegen aber nicht verkürzt werden. Die in der VOB/A vorgesehene Mindestfrist ist bei PPP-Projekten auf Grund der Leistungen, die bei der Angebotserstellung zu erbringen sind, regelmäßig nicht ausreichend, so dass eine Verkürzung daher normalerweise nicht in Betracht kommt.

2.2.2 Vergabebekanntmachung

Werden die Schwellenwerte des EU-Vergaberechts überschritten, was bei PPP-Projekten wohl häufig der Fall ist, muss das Vorhaben EU-weit bekannt gemacht werden. Hierzu ist – wie bei jedem anderen Vergabeverfahren – das von der EU vorgegebene Formblatt (abrufbar unter www.simap.europa.eu) zu verwenden. In einer möglichen und in der Regel sinnvollen zusätzlichen inländischen Bekanntmachung dürfen nur die gleichen Angaben wie in der EU-Bekanntmachung enthalten sein.

In der Bekanntmachung sollten auch bereits die Zuschlagskriterien (Tz. IV. 2 des o.g. Formblatts), wie z.B. Preis, Funktionserfüllung, Städtebau und Gestaltung, Konzepte, Umweltgesichtspunkte, mit ihrer Gewichtung angegeben werden.

Die Mindestfrist für die Abgabe der Teilnahmeanträge bemisst sich nach § 18a Nr. 2 und 3 VOB/A. Werden umfangreiche Unterlagen gefordert, muss die Frist entsprechend verlängert werden.

2.2.3 Öffentlicher Teilnahmewettbewerb

Der Öffentliche Teilnahmewettbewerb bei PPP-Projekten unterscheidet sich im Ablauf nicht von Teilnahmewettbewerben bei konventionellen Vergaben. Da in herkömmlichen Verfahren jedoch selten davon Gebrauch gemacht wird, erfolgt hier eine kurze Erläuterung:

■ Prüfung der Teilnahmeanträge

Die Teilnahmeanträge müssen zuerst auf ihre formelle Vollständigkeit und Einhaltung der Mindestbedingungen überprüft werden, wenn solche in der Bekanntmachung angegeben waren. Alle Bewerbungen, die entweder

- nicht rechtzeitig eingegangen sind,
- zwingend geforderte Erklärungen nicht enthalten oder
- die Mindestbedingungen nicht einhalten,

müssen ausgeschlossen werden. Die Gründe sind im Vergabevermerk zu dokumentieren. Deshalb sollte genau überlegt werden, welche Unterlagen wirklich zur Prüfung der Teilnahmeanträge erforderlich sind. Diese sind möglichst genau vorzugeben.

■ Auswahl der Bewerber

Verbleiben nach der Prüfung der Teilnahmeanträge mehr Bewerber im Wettbewerb, als nach der Vergabebekanntmachung zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen, so ist eine Auswahl zu treffen. Das Verfahren der Auswahl ist in der Vergabebekanntmachung anzugeben, z.B.:

■ Die Auswahl ist nach Ermessen der Vergabestelle anhand der in der Vergabebekanntmachung genannten Eignungskriterien zu treffen (Reihenfolge).

■ In einem Losverfahren unter den verbliebenen Bietern, die die Mindestanforderungen einhalten, ist unter fairen Bedingungen auszulosen.

Die Auswahlentscheidung muss im Vergabebericht dokumentiert und nachvollziehbar begründet werden. Es ist auch darzustellen, warum ein Bewerber nicht ausgewählt wurde.

■ Benachrichtigung der Bewerber

Die ausgeschiedenen Bewerber sind schriftlich zu verständigen. Dafür kann das Absageschreiben aus dem VHB Bayern (Formblatt EFB (B/Z) Abs. 3–303) verwendet werden. Die ausgeschiedenen Bewerber haben die Möglichkeit, gegen diese Auswahlentscheidung ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen. Daher sollte zur Sicherheit nach Versand der Absagen mindestens 14 Tage gewartet werden, bevor den verbleibenden Bewerbern die Vergabeunterlagen übersandt werden. Dadurch kann sichergestellt werden, dass die anschließende Angebotsphase nicht durch Nachprüfungsverfahren belastet wird.

2.2.4 Vergabeunterlagen

Die Vergabeunterlagen sind entsprechend der jeweiligen Gegebenheiten (siehe Abschnitt A 2.1) zusammenzustellen. Sie sind den ausgewählten Bietern gleichzeitig zu übersenden.

■ Aufforderung zur Angebotsabgabe

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe kann entsprechend dem Formblatt „Angebotsaufforderung“ (EVM (B) A EG – 211 EG) erfolgen. Das Formblatt muss den jeweiligen Gegebenheiten angepasst werden. Der Auftraggeber kann dabei entscheiden, ob der Bieter weitere Formblätter, z.B. Stoff- oder Lohnleitklauseln, Tariftreuerklärungen usw., vorlegen muss. Die Angebotsfrist muss so bemessen werden, dass die Bieter ausreichend Zeit haben, ihre Angebote (z.B. für Planung, Bau, Betrieb, Finanzierung) sorgfältig zu erstellen. Dies ist auch im Interesse des Auftraggebers. Je nach Komplexität des Projekts sollte die Frist nicht unter drei Monaten liegen.

Der Auftraggeber hat hier auch regelmäßig anzugeben, welche Entschädigung die Bieter für die Ausarbeitung ihrer Angebote bekommen. Diese Entschädigung muss angemessen sein (§ 20 Nr. 2 VOB/A).

Die Zuschlags- und Bindefrist sollte auf Grund des komplexen Wertungsprozesses ebenso ausreichend bemessen werden. Die in § 19 VOB/A vorgesehenen Fristen sind bei PPP-Projekten in der Regel zu kurz, weil nicht nur Bauleistungen, sondern z. B. auch Planung, Betrieb und Finanzierung Gegenstand des Wertungsprozesses sind.

■ Bewerbungsbedingungen

Als Grundlage können die Bewerbungsbedingungen EG (Formblatt EVM (B) BwB/E EG – 212 EG) benutzt werden. Diese sind durch auf das Projekt abgestimmte Anforderungen zu ergänzen. Hier können z.B.

- Anforderungen an Nebenangebote oder
- der geplante Verfahrensablauf (vorgesehener Terminplan)

beschrieben werden.

2.2.5 Angebot

Das Angebotsschreiben kann entsprechend dem Formblatt „Angebot“ (EVM (B) Ang EG – 213 EG) gestaltet sein. Der Bereich für die Preisangaben (beim EVM unter Nr. 6) muss dabei den jeweiligen Gegebenheiten angepasst werden. Hierbei ist besonders darauf zu achten, dass die Kreditgewährungsleistungen gesondert ausgewiesen werden, damit sie nicht der Umsatzsteuer unterliegen.

Abschnitt A

Vergabe

Mögliche Zuschlagskriterien	Mögliche Verfeinerung
Preis	z.B. Barwert aller zu leistenden Zahlungen, etc.
Funktionserfüllung	z.B. Einhaltung des Raumprogramms, der Funktionsbeziehungen, behindertengerechte Auslegung der Bereiche, Organisation der Freiflächen, etc.
Architekturqualität	z.B. Qualität der städtebaulichen Einbindung, Qualität der Gestaltung, etc.
Qualität der Konzepte	z.B. Qualität und Umfang des Betriebskonzeptes, Qualität des Brandschutzkonzeptes, etc.
Umweltgesichtspunkte / Ökologische Qualität	z.B. Immissionsschutz, schonender Umgang mit natürlichen Ressourcen, etc.

2.2.6 Wertung

Die Zuschlagskriterien sind jeweils bezogen auf den Einzelfall festzulegen. Im Laufe des Verfahrens kann die Wertungsmatrix weiter verfeinert werden, wie oben beispielhaft dargestellt.

Der Wertungsvorgang und die entsprechenden Überlegungen des Auftraggebers müssen im Vergabevermerk dokumentiert und nachvollziehbar begründet werden.

2.2.7 Vertragsschluss

Vor dem Vertragsschluss ist auf der Grundlage der PPP-Angebote die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung durchzuführen (vgl. Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“). Das Vergabeverfahren wird genauso wie bei einer normalen Bauvergabe durch den Zuschlag auf das nach den Zuschlagskriterien wirtschaftlichste Angebot abgeschlossen. In der Regel wird der Vertrag unter dem Vorbehalt der rechtsaufsichtlichen Genehmigung geschlossen. Ein solcher Vorbehalt ist in die Vergabeunterlagen aufzunehmen.

Nach Zuschlagserteilung sind weitere Schritte regelmäßig nicht erforderlich, es sei denn, mit dem Projekt sind auch Grundstücksgeschäfte verbunden, die einer notariellen Beurkundung bedürfen.

2.2.8 Dokumentation

Alle Schritte des Vergabeverfahrens müssen ausführlich und transparent in einem Vergabevermerk dokumentiert werden. Dies bedeutet, dass jede Entscheidung nicht nachträglich, sondern zu dem Zeitpunkt, in dem sie getroffen wird, schriftlich festgehalten werden muss. Ein Vergabevermerk setzt sich demnach aus mehreren Einzelvermerken zusammen. Auf die Arbeitshilfe Vergabevermerk auf der Internetseite des Staatsministeriums des Innern (www.innenministerium.bayern.de/bauen/themen/vergabe-vertragswesen/16505) wird hingewiesen; insbesondere auf Teil VII, der eine Checkliste mit Punkten enthält, zu denen gegebenenfalls Aussagen im Vergabevermerk gemacht werden müssen.



Abschnitt B

Allgemeine Hinweise zur Vertragsgestaltung und zur Risikoverteilung

1. Der PPP-Projektvertrag in Abgrenzung zu konventionellen Verträgen

Der PPP-Projektvertrag kommt durch die Annahme des im Vergabeverfahren abgegebenen Angebots zustande. Er unterscheidet sich in der Regel in wesentlichen Punkten von den Verträgen, die im Zusammenhang mit der konventionellen Realisierung von Infrastrukturmaßnahmen und dem Betrieb von Gebäuden geschlossen werden.

■ Das Wesensmerkmal von PPP ist, dass mehrere Leistungen in einem „Paket“ vergeben werden: Planen, Bauen, Betreiben, Finanzieren und gegebenenfalls Verwerten. Auftraggeber und Auftragnehmer sind grundsätzlich für die Lebensdauer des Objekts aneinander gebunden (vgl. PPP-Leitfaden Teil 1, S. 9 ff.). Aus dieser komplexen Konstellation ergibt sich einerseits, dass Elemente aus verschiedenen Vertragstypen zur Anwendung kommen und der Auftraggeber in der Regel kompetente Beratung benötigt. Andererseits folgt daraus, dass die Projektanforderungen für den gesamten Lebenszyklus so vollständig wie möglich vor Beginn des Vergabeverfahrens festgelegt werden müssen.

■ Der PPP-Projektvertrag ist in der Regel ein Unikat, das die spezifischen Gegebenheiten des jeweiligen Projekts abbildet. Standardisierung ist hier nur begrenzt möglich. Der Entwurf des PPP-Projektvertrags ist deshalb Bestandteil der Verdingungsunterlagen, um dem Auftragnehmer Kenntnis von den darin vorgesehenen Regelungen zu geben.

■ Die Komplexität von PPP-Projekten stellt hohe Ansprüche an die Vertragsgestaltung. Fehlerhafte Verträge haben unmittelbare Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit des Projekts. Darüber hinaus ist zu beachten, dass je nach gewähltem Vertragsmodell eine unterschiedliche Risikoverteilung und sich

daraus ergebende Rechtsregeln zu beachten sind.

■ PPP-Projektverträge werden in der Regel mit langen Laufzeiten (beispielsweise bis zu 30 Jahren) geschlossen. Diese langen Zeiträume kann aus heutiger Sicht niemand überblicken. Deshalb ist insbesondere für Umstände, die in dieser Zeit eintreten können, z.B. Änderungen von Rechtsnormen, Nutzern, Anforderungsprofilen oder der Auslastung, durch den Erhalt von Gestaltungsmöglichkeiten und Handlungsspielräumen angemessen Vorsorge zu treffen.

Zu beachten ist, dass auf Grund der Vielzahl möglicher Fallkonstellationen die Hinweise in diesem Leitfaden nur beispielhaft sind und dementsprechend keinen verbindlichen Charakter haben.

Das allgemeine Vertragsrecht wird als bekannt vorausgesetzt. Hierzu steht eine Reihe von Standardwerken zur Verfügung. Deshalb wird im Folgenden von Ausführungen zum allgemeinen Vertragsrecht abgesehen und nur auf die Besonderheiten eines PPP-Projektvertrags in Form beispielhafter Anregungen eingegangen. Der Auftraggeber hat also die Aufgabe, die Besonderheiten eines PPP-Projektvertrags in die allgemeinen Regeln zur Gestaltung von Verträgen zu integrieren.

Dazu sollen die folgenden Ausführungen Hilfestellung geben.

2. Weitere Verträge

Der PPP-Projektvertrag ist der zentrale Vertrag für die Durchführung des Projekts. In vielen Fällen sind daneben weitere Verträge zu schließen.

■ Beraterverträge

Zur Vorbereitung des Projekts kann der Auftraggeber Berater hinzuziehen, die ihm behilflich sind, z.B. bei der Projekt-

entwicklung oder der Ausschreibung. Auch diese Verträge richten sich nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts. Der Auftraggeber muss sich aber – wie bei allen anderen Verträgen auch – vor der Auftragsvergabe genau überlegen,

- welche Leistungen im Zusammenhang mit dem geplanten Vorhaben zu erbringen sind,
- welche Leistungen der Auftraggeber mit eigenen Kräften erbringen kann und will,
- welche Leistungen der Auftraggeber an welche Art von Beratern vergeben will, z.B. Juristen, Betriebswirte, Architekten, Ingenieure usw. und
- wer deren Arbeit koordiniert.

■ Finanzierungsvertrag

In der Regel gehört zum PPP-Projekt die Finanzierung, auch wenn es hiervon Ausnahmen geben kann. In der PPP-Praxis sind folgende Finanzierungsstrukturen am häufigsten anzutreffen (vgl. PPP-Leitfaden Teil 2, S. 25 ff.):

- Forfaitierung (gegebenenfalls mit Einredeverzicht),
- Projektfinanzierung.

Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, die Investition herkömmlich über den Kommunalhaushalt zu finanzieren.

Bei der Projektfinanzierung werden dem Auftragnehmer Kredite zur Verfügung gestellt, die aus den Rückflüssen des finanzierten Investitionsvorhabens bedient werden, ohne dass die öffentliche Hand für die Kredite unmittelbar haftet. Der öffentliche Auftraggeber bezahlt nur für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen. Da die Projektfinanzierung komplexe, einzelfallbezogene Vertragswerke erfordert, um eine Finanzierung für die Bank darstellbar zu machen, wird sie in diesem Leitfaden grundsätzlich nicht weiter erläutert.

Die Hinweise beschränken sich daher, ohne dass damit eine Wertung verbunden ist, im Wesentlichen auf den Forfaitierungsvertrag. Dabei verkauft der Auftragnehmer seine (langfristigen) Forderungen gegenüber der öffentlichen Hand an die Bank. Hier erklärt die Kommune regelmäßig gegenüber der Bank einen Einrede-, Einwendungs- bzw. Aufrechnungsverzicht aus dem Projektvertrag. Diese besondere Form der Risikoverteilung ist beim Wirtschaftlichkeitsvergleich zu berücksichtigen.

Hinweise zur Finanzierung finden Sie in diesem Leitfaden (Abschnitt C I.4). Daneben enthält dieser Leitfaden Ausführungen zum Forfaitierungsvertrag sowie zur Einredeverzichtserklärung (Abschnitte D und E).

■ **Betreibervertrag**

Zwar gehört zu einem PPP-Projekt mit Lebenszyklusansatz das Zusammenspiel aus Planen, Bauen und Betreiben; es kommt jedoch auch vor, dass die Betreiberleistungen einem anderen Auftragnehmer übertragen werden. In diesem Fall ist ein eigener Vertrag abzuschließen. Je nach Auftragshöhe muss die Leistung nach dem nationalen oder europäischen Vergaberecht ausgeschrieben werden.

Da sich die Leistungen nur aus dem konkreten Einzelfall ergeben und sich der Vertrag im Allgemeinen nicht von anderen Betreiberverträgen unterscheidet, wird in diesem Leitfaden auf Hinweise verzichtet.

3. Allgemeine Hinweise zur Risikoverteilung

Mit der Realisierung von Infrastrukturmaßnahmen sind in der Regel Risiken verbunden. Dies wird möglicherweise bei der konventionellen Realisierung nicht immer deutlich. Wird z.B. ein konventionelles Bauvorhaben der öffent-

lichen Hand später fertiggestellt als geplant, sind die Auswirkungen häufig nicht konkret messbar. Muss dagegen ein Unternehmer für einen festgesetzten Termin geradestehen – er übernimmt das Terminrisiko –, wird er bei Angebotserstellung die Kosten berücksichtigen, die durch die Terminüberschreitung entstehen können. Diese Risikoübertragung ist zwar nicht auf PPP-Projekte beschränkt. Es ist jedoch darüber hinaus das Wesensmerkmal von PPP, die damit verbundenen Risiken zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sorgfältig aufzuteilen, so dass eine optimale Risikoverteilung entsteht. Diese Verteilung stellt eine grundlegende Weichenstellung für das Projekt und seine Abwicklung dar. Sie muss daher mit besonderer Sorgfalt erfolgen und sollte nach dem Grundsatz vorgenommen werden, dass immer derjenige Partner ein Risiko übernehmen soll, der damit besser umgehen kann, so dass möglichst große Effizienzvorteile entstehen. Dazu ist Folgendes erforderlich:

■ **Erkennen und Benennen aller mit dem Projekt verbundenen Risiken**

Alle wesentlichen Projektrisiken sind bereits vor der Gestaltung des eigentlichen Vertrags bei der Erstellung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu identifizieren (vgl. PPP-Leitfaden Teil 1, S. 22 f.).

■ **Unterscheidung identifizierter Risiken in übertragbare und nicht übertragbare**

Während nicht übertragbare Risiken immer auf der Seite des Auftraggebers verbleiben, können übertragbare Risiken auf den Auftragnehmer transferiert oder zwischen beiden Partnern verteilt werden.

■ **Verteilung übertragbarer Risiken zwischen den Partnern**

Theoretisch können fast alle mit einem Projekt verbundenen Risiken vom Auftraggeber auf den Auftragnehmer übertragen werden. Gleichzeitig ist dieser Transfer in der Regel mit Kosten für den Auftraggeber verbunden, da sich der Auftragnehmer diesen Risikotransfer bezahlen lassen wird.

Ob eine Übertragung von Risiken auf den Auftragnehmer erfolgt, hat der Auftraggeber im konkreten Einzelfall zu entscheiden. Einflussgrößen für die Preisbildung des Auftragnehmers sind dabei die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Risikos und die damit verbundene Schadenshöhe. Je mehr er diese Größen beeinflussen und steuern kann, umso wirtschaftlicher kann er damit umgehen. Je sicherer er diese Faktoren abschätzen und quantifizieren kann, umso geringer werden seine Zuschläge für die Übernahme des Risikos ausfallen.

Deshalb ist es vorab für den Auftraggeber wichtig, die Eigenschaften jedes spezifischen Risikos sowie die Möglichkeiten und Grenzen des Auftragnehmers und des Auftraggebers im Umgang damit zu betrachten. So kann er abschätzen, ob die Übertragung eines Risikos voraussichtlich wirtschaftlich sein wird.

■ **Schließlich sollte die Schlüssigkeit der gewählten Risikoverteilung im Hinblick auf Wechselwirkungen der Risiken zueinander überprüft werden.**

Zusätzlich ist zu beachten, dass im Falle der beabsichtigten Übertragung von Risiken auch sichergestellt werden muss, dass diese auch tatsächlich übertragen werden und bei der Vertragsgestaltung keine unbeabsichtigte Rückübertragung von Risiken erfolgt. Dies wäre z.B. bei Forfaitierungsmodellen mit Einredeverzicht zu berücksichtigen.



Die

Abschnitt C

Die Gestaltung des PPP-Projektvertrags

● Bezeichnung der Vertragsparteien

Die Vertragspartner eines PPP-Projektvertrags sind der öffentliche Auftraggeber und der private Auftragnehmer. Beide Vertragspartner sind präzise anzugeben. Der Auftragnehmer kann sich unterschiedlich organisieren, beispielsweise als ARGE, als einzelnes Unternehmen, das neben dem PPP-Projekt noch weitere Aufträge ausführt, oder als eigens für das PPP-Projekt gegründete Projektgesellschaft, deren Gesellschafter z.B. eine Baufirma, ein Planungsbüro, ein Facility-Management-Betrieb usw. sein können. Die Gründung einer Projektgesellschaft vollzieht sich in der Regel erst nach Vertragsschluss. Deshalb ist der Übergang der Rechte und Pflichten auf diese Projektgesellschaft zu regeln. Die Anforderungen und Bedingungen des Auftraggebers an eine solche Projektgesellschaft sind bereits in den Vergabeunterlagen zu definieren.

Dabei können beispielsweise folgende Punkte geregelt werden:

- Gesellschaftsform,
- Haftung,
- Beteiligung der öffentlichen Hand an der Projektgesellschaft,
- Eigenkapitalausstattung,
- Gesellschafterwechsel.

● Präambel

Einem PPP-Projektvertrag kann eine Präambel vorangestellt werden.

Möglicher Inhalt:

- Ausgangssituation für dieses PPP-Projekt,
- Gegenstand des PPP-Projekts,
- bisheriger Ablauf des PPP-Projekts,
- Zielsetzungen, welche die Vertragsparteien mit diesem PPP-Projekt verfolgen.

Für den Fall, dass der PPP-Projektvertrag eine unbeabsichtigte Regelungslücke enthält, können diese Zielsetzungen für die Auslegung des Vertrags herangezogen werden. Regelungslücken können sich gerade bei derart lang laufenden Verträgen dadurch ergeben, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht sämtliche Ereignisse und Risiken, die sich während der Projektlaufzeit ergeben können, vertraglich erfasst worden sind.

● Vertragsgliederung

Im Folgenden werden einige Punkte aufgelistet, an die bei der Vertragsgestaltung gedacht werden sollte:

- I. Allgemeiner Teil
- II. Planungsleistungen
- III. Bauleistungen
- IV. Bauunterhalts- und Betriebsleistungen
- V. Endschafftsregelungen/Verwertung
- VI. Schlussbestimmungen

Abschnitt C

Die Gestaltung des PPP-Projektvertrags

I. Allgemeiner Teil

1. Gegenstand des PPP-Projektvertrags

Zur Bezeichnung des Vertragsgegenstands sind die Leistungen des Auftragnehmers präzise zu beschreiben. Dazu kann insbesondere auf die Leistungsbeschreibung verwiesen werden.

In diesem Zusammenhang sollten auch die Eigentums- und Besitzverhältnisse, sowie die Nutzungsrechte an Gebäuden, Grundstücken und sonstigen Gegenständen, die Bestandteil des PPP-Projekts sind, definiert werden.

2. Vertragsbestandteile

Als Bestandteile zum PPP-Projektvertrag kommen beispielsweise in Frage:

- die Beschreibung des Bestands bzw. des Baugrunds,
- Unterlagen zu Eckpunkten des Projekts,
- die (in der Regel funktionale) Leistungsbeschreibung des Auftraggebers und das darauf beruhende Angebot des Auftragnehmers,
- Vertragsbedingungen, z.B. einzelvertragliche Regelungen, VOB/B, VOB/C.

Zur Vermeidung von Widersprüchen sollte geregelt werden, in welcher Reihenfolge die Vertragsbestandteile gelten sollen.

3. Allgemeine Pflichten der Vertragsparteien

Hier sind die im Vertragsrecht üblichen Regelungen zu treffen, z.B. die Verpflichtung zur vertrauensvollen und partnerschaftlichen Zusammenarbeit.

Zudem kann es zweckmäßig sein, bereits an dieser Stelle für gegebenenfalls auftretende Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten das Bemühen nach besten Kräften um eine einvernehmliche und gütliche Regelung festzuschreiben (vgl. Abschnitt C I.19).

4. Finanzierung

Ob zur Erzielung günstiger Konditionen eine Projektfinanzierung oder eine Forfaitierung mit oder ohne Einredeverzicht zur Anwendung kommen soll, sollte der Auftraggeber schon bei der Ausschreibung angeben. Dabei ist neben den Finanzierungskosten auch der Einfluss des jeweiligen Finanzierungsmodells auf die Risikoverteilung im Projekt zu beachten. Detaillierte Ausführungen zu den beiden häufigsten Finanzierungsmodellen enthält der PPP-Leitfaden Teil 2, S. 13 f. und 25 ff. An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass die für die Investition geleisteten Zahlungen und bereits angesparte Unterhaltsaufwendungen im Insolvenzfall des Auftragnehmers nicht verloren sein dürfen. Hinweise zum Forfaitierungsvertrag und zum Inhalt einer Einredeverzichtserklärung finden Sie zusätzlich in diesem Teil des Leitfadens in den Abschnitten D und E.

Bei der Finanzierung wird allgemein zwischen den beiden Phasen Zwischenfinanzierung (Zeitraum bis zur Baufertigstellung) und Endfinanzierung (Zeitraum ab Baufertigstellung) unterschieden. Diese Finanzierungsphasen sollten grundsätzlich gesondert betrachtet werden.

Hier kann insbesondere geregelt werden,

- ob der jeweilige Zinssatz fest oder variabel sein und
- welche Frist für eine etwaige Zinsbindung bestehen soll.

Die Regelung des Zinsänderungsrisikos bedarf dabei besonderer Beachtung. Hierüber ist jeweils im Einzelfall zu entscheiden. Bei der Strukturierung der Finanzierung sind insbesondere folgende Varianten denkbar:

- Angebote auf der Basis von Festzinssätzen,
- Abschluss eines Zinsderivatgeschäfts durch den Auftraggeber,
- Angebote auf der Basis von Referenzzinssätzen.

Zu den weiteren Einzelheiten wird auf den PPP-Leitfaden Teil 2, S. 28 verwiesen.

Zu beachten ist, dass für kreditähnliche Rechtsgeschäfte im Rahmen von PPP-Modellen regelmäßig die Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde einzuholen ist. Die Genehmigungspflicht bzw. -fähigkeit eines kommunalen Forfaitierungsmodells lässt sich nur bezogen auf den konkreten Einzelfall feststellen und sollte zeitgerecht mit der Rechtsaufsichtsbehörde abgestimmt werden. Im Fall einer Finanzierung mit Forfaitierung besteht in der Regel eine enge Verzahnung mit den Regelungen zur Abnahme (vgl. Abschnitt C III.2).

Ferner kann in diesem Abschnitt an Aussagen über die Einbindung von Förderkrediten (z.B. der Kreditanstalt für Wiederaufbau KfW oder der Europäischen Investitionsbank EIB), sonstiger Zuwendungen von staatlicher oder dritter Seite und an die Weitergabe sich hieraus ergebender Zinsvorteile oder Vorgaben an die Eigenkapitalausstattung einer Projektgesellschaft gedacht werden.

5. Vergütung

Die Ausgestaltung der Vergütungsregelung hängt wesentlich von dem gewählten Vertragsmodell, dem Finanzierungskonzept und der jeweiligen Einzelfallbetrachtung ab. Geregelt werden sollte,

- welche zu erbringenden Leistungen mit der Vergütung abgegolten sind,
- ob eine Pauschalvergütung oder eine Vergütungsregelung vereinbart wird, die mehrere Vergütungsbestandteile enthält (z.B. Arbeitsstunden, Materialkosten, etc.),

- ob Investitions- oder Betreiberleistungen ausnahmsweise gemeinsam oder getrennt ausgewiesen werden. Diese Entscheidung hat Einfluss auf das Finanzierungs- und Absicherungskonzept und die Veranschlagung der Zahlungen im kommunalen Haushalt (vgl. PPP-Leitfaden Teil 2, S. 15),

- ob und in welcher Weise die Vergütung z.B. im Fall von Preis- und Mengenänderungen während der Betriebsphase angepasst werden soll (z.B. durch Preisgleitklauseln).

Schließlich kann hier klargestellt werden, dass auf diesen Vertrag die Regelungen zur Bauabzugssteuer (§§ 48 ff. Einkommensteuergesetz) Anwendung finden.

Zusätzlich zu der Vergütung ist die gesetzliche Umsatzsteuer zu entrichten. Sofern Unsicherheiten darüber bestehen, wann die Umsatzsteuer zu entrichten ist, kann die Einholung einer verbindlichen Auskunft bei dem zuständigen Finanzamt in Betracht kommen (vgl. PPP-Leitfaden Teil 2, S. 23).

6. Zahlung

Im Rahmen der Zahlungsmodalitäten sollte z.B. geregelt werden:

- Höhe der Raten,
- Zahlungsweise,
- Fälligkeit.

7. Vertragsdauer

Für die Festlegung der Vertragsdauer muss der Auftraggeber zunächst klären, wie lange er die Erbringung der Vertragsleistung durch den Auftragnehmer tatsächlich benötigt. Die Laufzeit des Vertrags kann sich z.B. ergeben:

- aus der Abschätzung von Bedarfszahlen (z.B. Entwicklung von Schülerzahlen bei der Frage, ob eine Schule saniert oder neu gebaut werden soll),

- aus der Entwicklung der finanziellen und personellen Situation des Auftraggebers,

- aus den rechtlichen Rahmenbedingungen, wie beispielsweise Bindungsfristen im Förderrecht (z.B. 25 Jahre bei Schulen im Fall einer Förderung nach Art. 10 Finanzausgleichsgesetz).

Da der Auftragnehmer seine Leistungserfüllung wirtschaftlich zu optimieren hat, wird sich – soweit vom Auftraggeber keine Vorgaben gemacht werden – die Vertragslaufzeit mit der Endschaftsregelung regelmäßig auf die zum Einsatz kommende Qualität, Haltbarkeit oder Funktionsfähigkeit von Baumaterialien, Ausstattungsgegenständen oder einzelnen Betriebskomponenten von technischen Anlagen (Heizung, Klimaanlage, etc.) auswirken. Konsequenzen aus der Vertragsdauer ergeben sich hierbei für Wartungs- und Sanierungsintervalle. So werden bei einer Vertragslaufzeit von z.B. zehn Jahren die Haltbarkeit, die Abnutzung oder die Erneuerung von Böden, Wandanstrichen oder Armaturen anders zu bemessen sein als bei einer 30-jährigen Vertragsdauer.

Abschnitt C

Die Gestaltung des PPP-Projektvertrags

8. Termine und Vertragsfristen

In dem PPP-Projektvertrag sollte auf eine klare Regelung von Terminen und einzuhaltenden Vertragsfristen geachtet werden. So bedarf es einer präzisen Regelung zum Leistungsbeginn und zur Fertigstellung. Je nach Fallgestaltung können bzw. sollten auch Zwischentermine vereinbart werden.

9. Absicherung der Vertragserfüllung

Die Finanzierung hat erheblichen Einfluss darauf, welches Sicherheitenkonzept gewählt wird.

Die nachfolgenden Ausführungen gelten für das Finanzierungskonzept mit Forfaitierung.

Der Auftraggeber hat ein erhebliches Interesse daran sicherzustellen, dass die von ihm gewünschten Leistungen zuverlässig erbracht werden. Er kann zu diesem Zweck festlegen, welche Sicherheiten der Auftragnehmer zur Vertragserfüllung zu leisten hat. Dabei kann grundsätzlich zwischen dem Sicherheitsbedürfnis während der Planungs- und Bauphase und während der Betriebsphase unterschieden werden. Der Auftraggeber hat abzuwägen, welche Sicherheiten

- in der Planungs- und Bauphase erforderlich sind, um zu gewährleisten, dass das Werk vertragsgemäß erbracht und fertiggestellt wird, und

- welche Sicherheiten in der Betriebsphase erforderlich sind, damit Betriebs- und Unterhaltsleistungen vertragsgemäß erbracht werden und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche abgesichert werden können.

Zur Absicherung kommen z.B. folgende Instrumente in Frage:

- Bürgschaften,
- zweckgebundene Rücklagen (z.B. Instandhaltungskonto),
- Versicherungen.

Der Auftraggeber muss sich im Klaren darüber sein, dass sich der Umfang der Absicherung auch auf die Höhe der an den Auftragnehmer zu leistenden PPP-Zahlungsraten auswirkt. Je umfassender die Absicherung des Auftraggebers ist, desto höher werden seine Kosten sein.

Bei der Projektfinanzierung kommt oben genannten Sicherungsinstrumenten eine geringere Bedeutung zu. Hier sind für jeden konkreten Einzelfall entsprechende Überlegungen anzustellen.

10. Änderung von Leistungen und zusätzliche Leistungen

Wegen der langen Vertragslaufzeit empfiehlt es sich, Regelungen zu treffen, die darstellen, wie zu verfahren ist, wenn sich Leistungen ändern und zusätzliche Leistungen erforderlich werden. Anzustreben ist, Verträge in solchen Fällen im beiderseitigen Einvernehmen anzupassen. Dies befreit aber nicht davon, bereits bei Vertragsschluss Rechte und Pflichten der Vertragspartner festzulegen.

Der Auftraggeber sollte jedoch grundsätzlich das Recht haben, Änderungen an Bau und Betrieb zu verlangen, wenn diese für die Nutzung zweckmäßig oder gar vorgeschrieben sind (z.B. durch neue Lehrpläne, Unfallschutzvorschriften, Abfallgesetze, etc.). Der Auftragnehmer sollte seinerseits grundsätzlich verpflichtet sein, diese Änderungen bei einer angemessenen Vergütungsanpassung vorzunehmen. Dabei sollte auch vereinbart werden, wie die Höhe der etwaigen zusätzlichen Vergütungsansprüche ermittelt werden soll.

Hierzu kann z.B. geregelt werden:

- ob bei Vertragsschluss eine Urkalkulation hinterlegt wird und in welchem Umfang der Auftragnehmer verpflichtet ist, die Angebotseinholung und die Abrechnung seiner Nachunternehmer sowie seinen eigenen Aufwand dem Auftraggeber transparent zu machen,

- in welcher Form der Auftragnehmer Preise für zusätzliche und geänderte Leistungen einholen muss, und ob sich der Auftraggeber Rechte zum Eingriff in dieses Verfahren vorbehält,

- welche Grundlagen für die Preisermittlung in einem eventuellen Schlichtungsverfahren maßgeblich sind, wenn eine Einigung über den angemessenen Preis zwischen den Vertragspartnern nicht zu erzielen ist.

11. Einschaltung von Nachunternehmern und Eintrittsrechte in Nachunternehmer-Verträge

Bereits im Angebotsverfahren sollten die Bieter angeben, für welche Leistungsbereiche sie Nachunternehmer einschalten möchten. Steht der Auftragnehmer nach dem Vergabeverfahren fest, sind die Nachunternehmer von ihm zu benennen. Der Auftraggeber sollte hierzu regeln, dass

- Nachunternehmer nur mit seiner Zustimmung beauftragt werden dürfen und

- unter welchen Voraussetzungen er seine Zustimmung dazu verweigern darf.

Dies kann auch für spätere Änderungen (siehe Abschnitt C I.10) vereinbart werden.

Bei PPP-Projekten ist es für den Auftraggeber wichtig, im Fall einer vorzeitigen Beendigung des Projektvertrags für die Restlaufzeit neue Vertragspartner zu gewinnen. Um auf die bisherigen (Nach-) Unternehmer zurückgreifen zu können, kann ein entsprechendes Eintrittsrecht vereinbart werden. Da die Nachunternehmer nicht Vertragspartei des Projektvertrags sind, kann dies nur im Wege eines echten Vertrags zugunsten Dritter umgesetzt werden. Dabei verpflichtet sich der Auftragnehmer im Projektvertrag gegenüber dem Auftraggeber, mit den Nachunternehmern zu vereinbaren, dass der Auftraggeber im Falle der vorzeitigen Beendigung des Projektvertrags ein Eintrittsrecht in die abgeschlossenen Nachunternehmerverträge erhalten soll.

Im Falle von Projektfinanzierungen behalten sich in der Regel die Banken eine Abtretung der Rechte und Ansprüche des Auftragnehmers aus den Nachunternehmerverträgen vor, z.B. um im Fall eines Projekteinstiegs das Projekt weiterführen oder Mängelansprüche des bisherigen Auftragnehmers gegenüber Nachunternehmern geltend machen zu können. Deshalb werden oftmals „Eintrittsrechte der Bank“ in den PPP-Projektvertrag zur Abwendung einer Insolvenz des Auftragnehmers aufgenommen.

Die Verträge zwischen dem Auftragnehmer und seinen Nachunternehmern weisen gegenüber Verträgen in konventionellen Projekten keine PPP-spezifischen Besonderheiten auf. Es gilt das Prinzip, dass bei öffentlichen Aufträgen der Auftragnehmer seine Nachunternehmer nicht schlechter stellen darf, als er selbst gegenüber dem Auftraggeber gestellt ist (§ 10 Nr. 1 VOB/A i.V.m. § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B).

12. Informations-, Kontroll- und Betretungsrechte

Der Auftraggeber hat in der Regel ein Interesse an Informationen über den Stand der Vertragserfüllung um sicherzustellen, dass die dem Auftragnehmer übertragenen Aufgaben bestimmungsgemäß erfüllt werden. Zu diesem Zweck können entsprechende Informations-, Kontroll- und Betretungsrechte festgelegt werden.

13. Versicherungen

Hier kann festgehalten werden, welche Versicherungen (z.B. Betriebshaftpflicht-, Gebäudeversicherung) die Vertragsparteien über welchen Zeitraum abschließen müssen.

14. Qualitätskontrolle

Der Auftraggeber legt grundsätzlich in einer funktionalen Ausschreibung nur seine Anforderungen fest, nicht aber die Lösungsvorschläge. Das Angebot des Bieters enthält diese konkreten Lösungen und wird unter anderem nach der Qualität der Lösungen bewertet. Es ist daher sicherzustellen, dass die versprochene Qualität auch tatsächlich zur Ausführung kommt. Die Qualitätskontrolle besteht bei einem PPP-Projekt aus mehreren Elementen. Dazu können z.B. gehören:

- Kontroll- und Betretungsrechte (vgl. Abschnitt C I.12),

- ein Qualitätssicherungsmanagement des Auftragnehmers.

Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer verlangen, ein Qualitätssicherungsmanagement einzurichten, damit er während der Planungs- und Bauphase und während der Betriebsphase feststellen kann, ob der Auftragnehmer vertragsgemäß leistet. Außerdem kann festgelegt werden, wen der Auftragneh-

mer für das Qualitätsmanagement beauftragen muss, z.B. eine unabhängige Stelle innerhalb seines Unternehmens bzw. der Bietergemeinschaft oder einen Sachverständigen (vgl. Abschnitt A 2.1),

- weitere Rechte, wie z.B. die Vorlage von Mustern oder die Vereinbarung eines bereits realisierten Projekts als Referenzprojekt, an dem sich die Vertragsleistung für den Fall, dass die Leistungsbeschreibung nicht konkret genug ist, zu orientieren hat.

15. Betriebsgeheimnisse, Urheberrecht, Vertraulichkeit

- Betriebsgeheimnisse und Urheberrechte

Beim Umgang mit Betriebsgeheimnissen und gegebenenfalls bestehenden Urheberrechten für Planungsleistungen ist an die einschlägigen Regelungen des Patent- bzw. Urheberrechts zu denken (Geheimhaltungspflichten, Mitspracherechte, Einräumung von Nutzungs- und Änderungsrechten). In besonderen Fällen kann eine Regelung dazu aufgenommen werden, wie mit schutzrechtsfähigen Erkenntnissen und Betriebsgeheimnissen des Auftragnehmers während und nach Ablauf des Projekts umzugehen ist. Soweit der Auftragnehmer solche Schutzrechte beansprucht, sollten diese im Vertrag genau definiert und abgegrenzt werden.

- Verpflichtung zur Vertraulichkeit

Falls für den Auftraggeber das Erfordernis besteht, dass Informationen über das Projekt vom Auftragnehmer vertraulich zu behandeln sind (z.B. bei sicherheitsempfindlichen Projekten), kann eine Verpflichtung zur Vertraulichkeit vereinbart werden.

Abschnitt C

Die Gestaltung des PPP-Projektvertrags

16. Rechtsübertragung, Abtretung und Verkauf von Forderungen

Hier muss vor allem vor dem Hintergrund der langen Vertragsdauer geprüft werden, ob Regelungen zur Rechtsübertragung, zur Abtretung und zum Verkauf von Forderungen nötig sind (z.B. Zustimmungsvorbehalt des Auftraggebers bei der Übertragung von Rechten und Forderungen).

17. Vertragsbeendigung durch Kündigung aus wichtigem Grund / Folgen der Vertragsbeendigung

Der PPP-Projektvertrag wird normalerweise für die gesamte Projektlaufzeit eines PPP-Projekts abgeschlossen, so dass regelmäßig kein Interesse an einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags besteht. Gleichwohl sollten sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer bestimmte Kündigungsgründe vertraglich vereinbart werden.

Durch die Gewährung von Eintrittsrechten kann den Kreditgebern die Möglichkeit gegeben werden, eine vorzeitige Beendigung des PPP-Projektvertrags durch Kündigung abzuwenden (vgl. Abschnitt C I.11).

Vertragsverletzungen bzw. Umstände, die den Auftraggeber zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen, können beispielsweise sein, dass

- der Auftragnehmer im Vertrag vereinbarte Kreditverträge oder Versicherungen nicht abschließt,
- die Planung oder der Bau verspätet fertig gestellt bzw. der Betrieb verspätet begonnen werden,

■ eine vertraglich festgelegte Anzahl von Ersatzvornahmen oder unerfüllten Mängelbeseitigungsverlangen innerhalb eines bestimmten Zeitraums aufläuft,

■ die vereinbarten Qualitätsstandards im Betrieb dauerhaft unterschritten werden,

■ der Auftragnehmer Verpflichtungen ohne Genehmigung durch den Auftraggeber auf Dritte überträgt, oder

■ der Auftragnehmer Insolvenz anmeldet.

Vertragsverletzungen bzw. Umstände, die den Auftragnehmer zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen, können beispielsweise sein, dass

■ Grundstücke bzw. Nutzungsrechte nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden,

■ eine fällige Entgeltrate trotz mehrfacher schriftlicher Mahnung mit Fristsetzung und Androhung der Kündigung nicht bezahlt wird,

■ eine erforderliche Mitwirkungshandlung seitens des Auftraggebers trotz mehrfacher schriftlicher Mahnung mit Fristsetzung und Androhung der Kündigung nicht erbracht wird.

Unterlassene bzw. verspätete Mitwirkungshandlungen können dabei nur dann einen Kündigungsgrund darstellen, wenn sie ohne Rechtsgrund unterlassen bzw. verspätet erbracht wurden.

Mit der Kündigung endet das Vertragsverhältnis. Es sind daher die Folgen der Kündigung zu regeln, z.B.:

■ Ersatz der Aufwendungen und Kosten,

■ Schadensersatz,

■ Eintrittsrechte des Auftraggebers oder der Bank in das Vertragsverhältnis (vgl. Abschnitt C I.11),

■ Recht zur Beauftragung Dritter mit der Durchführung,

■ Verpflichtung zur Übertragung von Rechten und zur Herausgabe von Unterlagen.

Unabhängig von den vertraglichen Regelungen zur Kündigung sollte der Auftraggeber Überlegungen dazu anstellen, wie er nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter vorgehen will, z.B.

■ ob eine erneute Ausschreibung der Leistungen im Rahmen eines PPP-Projekts erfolgen soll,

■ ob die Leistungen künftig vom Auftraggeber selbst erbracht werden sollen,

■ ob die dafür erforderlichen personellen und finanziellen Ressourcen vorhanden sind,

■ wie zwischenzeitlich eine Übergangslösung gestaltet werden soll.

18. Haftung

Im Hinblick auf die Haftung wegen Personen-, Sach- oder Vermögensschäden sollten im Vertrag Regelungen getroffen werden, z.B.:

■ Haftung nach gesetzlichen Vorschriften,

■ Festlegung von Haftungshöchstsummen.

Zur Sicherung von Ersatzansprüchen können entsprechende Haftpflichtversicherungen abgeschlossen werden (vgl. Abschnitt C I.13).

19. Umgang mit Meinungsverschiedenheiten und Streitschlichtungsverfahren

Der PPP-Projektvertrag sollte für den Fall von Meinungsverschiedenheiten einen Streitschlichtungsmechanismus vorsehen. Dies ist bei PPP-Projekten von großer Bedeutung, weil sich die Partner lange aneinander binden und deshalb in der Regel Interesse an einer einvernehmlichen und zeitnahen Lösung haben. Ein mögliches Verfahren dazu ist:

1. **Schritt:** Einvernehmlicher Lösungsversuch auf Projektleitungsebene
2. **Schritt:** Einvernehmlicher Lösungsversuch auf Geschäftsleitungsebene
3. **Schritt:** Einschaltung eines Vertragsbeirats
4. **Schritt:** Einschaltung eines Mediators
5. **Schritt:** Schiedsgutachtenabrede
6. **Schritt:** Schiedsgerichtsabrede

Abgesehen von solchen vertraglichen Regelungen kann in geeigneten Fällen auch an ein selbstständiges Beweisverfahren gedacht werden.

II. Planungsleistungen

Während bei einem konventionellen Bauvorhaben die Planung grundsätzlich zum Aufgabenbereich des Auftraggebers gehört, wird bei einem PPP-Projekt der Auftragnehmer regelmäßig teilweise oder ganz die erforderlichen Planungsleistungen übernehmen. Die Vorgaben an den Auftragnehmer sollten dabei das Ergebnis eines vorherigen umfassenden Willensbildungsprozesses in den kommunalen Entscheidungsgremien sein. Vor Beginn des Vergabeverfahrens sollten dabei alle Anforderungen an das Projekt abschließend festgelegt und die Ergebnisse dazu dokumentiert werden. Den Entscheidungsträgern sollte bewusst gemacht werden, dass nachträgliche Änderungen in der Regel zu Zeitverzögerungen und Zusatzkosten führen und deshalb gerade bei einem PPP-Projekt vermieden werden müssen.

Darüber hinaus ist der Umfang der Planungsleistungen, die durch den Auftragnehmer zu erbringen sind, eindeutig zu definieren (z.B. Leistungsphasen nach der HOAI und darüber hinausgehende Leistungen).

Ferner sollte festgelegt werden,

- wer das baurechtliche Genehmigungsrisiko übernehmen soll.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass dieses Risiko eng mit dem Planungsrisiko verzahnt ist, weil derjenige, der die Planung erstellt, entscheidenden Einfluss auf die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens hat.

- wer das wirtschaftliche Planungsrisiko trägt – also das Risiko, dass die anforderungsgerechte Nutzung eines Gebäudes tatsächlich und termingerecht erreicht wird.

Handlungsweisen oder Ereignisse, die dieses Ziel gefährden können, sind z.B., dass

- der Auftraggeber eine Planung vorgibt, die nicht durchführbar oder fehlerhaft ist,
- der Auftraggeber die Planung nachträglich ändert,
- der Auftragnehmer eine unzureichende Planungsleistung erbringt,
- sich technische oder rechtliche Vorschriften nach Vertragsabschluss ändern.

Verlangt der Auftraggeber, dass der Auftragnehmer schwer oder nicht kalkulierbare Planungsrisiken übernimmt, muss er mit hohen Risikozuschlägen im Angebot rechnen.

Abschnitt C

Die Gestaltung des PPP-Projektvertrags

III. Bauleistungen

1. Vom Auftragnehmer zu erbringende Bauleistungen

Im Rahmen einer funktionalen/ergebnisorientierten Leistungsbeschreibung definiert der Auftraggeber lediglich die Ergebnisse, die vom Auftragnehmer zu erbringen sind bzw. erreicht werden müssen, nicht aber die dafür im Einzelnen durchzuführenden Maßnahmen. Die funktionale Leistungsbeschreibung der vom Auftragnehmer zu erbringenden Bauleistungen hängt von den Verhältnissen des jeweiligen Einzelfalls ab.

2. Abnahme der Bauleistungen

Im Regelfall umfasst ein PPP-Projekt neben der Bauleistung auch den Bauunterhalt und den Betrieb. Der Begriff der Abnahme ist dann nicht im herkömmlichen Sinne der VOB zu verstehen. Die Abnahme bei PPP-Projekten enthält in der Regel lediglich die Bestätigung, dass der Auftragnehmer die Bauleistungen bisher vertragsgemäß erbracht hat. Die Verantwortung für das Gebäude verbleibt somit beim Auftragnehmer und geht nicht wie bei einer VOB-Abnahme auf den Auftraggeber über. Der Auftraggeber regelt, wann er in welcher Form die Leistung abnimmt. In der Regel wird die Leistung am Ende der Bauzeit als Ganzes ausdrücklich abgenommen. Vertraglich festgelegte Teilabnahmen sind grundsätzlich möglich, haben aber zur Folge, dass das Risiko, dass die abgenommene Teilleistung tatsächlich vertragsgemäß ist, auf den Auftraggeber übergeht, ohne dass er dies an Hand ihrer Funktionsfähigkeit nach Fertigstellung der Gesamtleistung überprüfen kann.

Bei Bauleistungen mit sensiblen Betriebskomponenten (z.B. bei Anlagen mit komplexer Steuerungs- und Regelungstechnik) kann auch vereinbart werden, dass Voraussetzung für die Abnahme ein reibungsloser Probebetrieb über einen vertraglich festgelegten Zeitraum ist.

Besondere Bedeutung kommt der Abnahme bei dem PPP-Finanzierungsmodell „Forfaitierung mit Einredeverzicht“ zu. Denn der Auftragnehmer kann seine Vergütungsansprüche für die vertragsgemäß erbrachte Bauleistung regelmäßig erst nach erfolgter Abnahme durch den Auftraggeber an das Finanzierungsinstitut abtreten.

Bei einer Konstellation, in der der Betrieb, der Bauunterhalt oder Teile davon nicht auf den Auftragnehmer übertragen werden, ist für diese nicht übertragenen Teile der Leistung eine Abnahme nach der VOB zu vereinbaren.

3. Mängelansprüche bezüglich Bauleistungen

Bei Mängelansprüchen bezüglich der vom Auftragnehmer erbrachten Bauleistungen muss zwischen Mängelansprüchen vor und nach der Abnahme unterschieden werden:

■ Für bereits vor der Abnahme mangelhafte Bauleistungen kann eine Regelung in Anlehnung an § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B vorgesehen werden. Die hier beschriebenen Regelungen zur Auftragsentziehung müssen im Zusammenhang mit den Regelungen zur außerordentlichen Kündigung getroffen werden (siehe Abschnitt C I.17).

■ Ist der Bauunterhalt Teil des PPP-Projektvertrags, wandelt sich nach der Abnahme die Bauerrichtungsverpflichtung in eine für die Vertragsdauer bestehende Bauerhaltungsverpflichtung um. Mängelansprüche i.S.v. § 13 VOB/B, §§ 634 ff. BGB spielen somit keine Rolle.

Falls der Bauunterhalt jedoch nicht Bestandteil des PPP-Projektvertrags ist, können Mängelansprüche des Auftraggebers für nicht mängelfrei ausgeführte Bauleistungen in Anlehnung an § 13 VOB/B, §§ 634 ff. BGB in den Vertrag aufgenommen werden.

■ Inwieweit nach Vertragsende Mängelansprüche gegenüber dem Auftragnehmer bestehen sollen, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab und ist im Einklang mit der Endschafftsregelung zu vereinbaren (siehe Abschnitt C V.).

4. Risiken in der Bauphase

Die mit der Erbringung der Bauleistungen verbundenen Risiken trägt grundsätzlich der Auftragnehmer. Er ist dann z.B. dafür verantwortlich, dass die vereinbarten Bauqualitätsstandards, Rechtsvorschriften und allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten werden und sein Werk frei von Baumängeln ist.

Für Risiken, die schwer kalkulierbar sind (z.B. das Baugrundrisiko), kann z.B.:

■ zur Begrenzung des Risikos ein Höchstbetrag vorgesehen werden, den der Auftragnehmer übernimmt oder

■ das Risiko zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber in anderer Weise geteilt werden.

Dies wirkt sich in der Regel positiv auf den Risikozuschlag des Bieters aus, bedeutet aber, dass Restrisiken in der Sphäre des Auftraggebers verbleiben.

Gesondert zu betrachten und zu entscheiden ist, wer das Risiko der Änderung von Rechtsnormen während der Bauphase trägt. Je kürzer die Bauphase ist, desto besser ist dieses Risiko für die Vertragsparteien abschätzbar.

5. Vertragsstrafe

Für den Fall, dass der Auftragnehmer vertraglich festgelegte Termine während der Planungs- und Bauphase schuldhaft nicht einhält (z.B. den Termin der Inbetriebnahme), kann eine Vertragsstrafe vorgesehen werden. Die Höhe der Vertragsstrafe sollte sich an der Höhe eines möglichen Schadens orientieren. Die Regelungen zur Vertragsstrafe sollten mit den Regelungen zu einer Bonus-/Malus-Regelung (vgl. Abschnitt C IV.4) abgestimmt sein und nicht dazu in Widerspruch stehen.

IV. Bauunterhalts- und Betriebsleistungen

1. Vom Auftragnehmer zu erbringende Bauunterhalts- und Betriebsleistungen

Wenn das PPP-Projekt fertig gestellt ist und in Betrieb genommen wird, beginnt für den Auftragnehmer die so genannte Bauunterhalts- und Betriebsphase.

Der Auftraggeber regelt, welche Leistungen der Auftragnehmer in dieser Phase zu erbringen hat, z.B.:

- Instandhaltung und Bauunterhalt des Vertragsobjekts während der Vertragslaufzeit in einem mängelfreien Zustand, so dass jederzeit dessen bestimmungsgemäßer Gebrauch sichergestellt ist,
- vertraglich vereinbarte Betriebsleistungen, z.B.:
 - technisches Gebäudemanagement (z.B. Heizung, Klimaanlage, Energieversorgung, Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, Aufzug, etc.),
 - infrastrukturelles Gebäudemanagement (z.B. Gebäudereinigung, Pflege und Unterhaltung der Außenanlagen und Grünflächen, Winterdienst, Wachdienst, Catering, etc.).

Die in diesem Zusammenhang zu erbringenden Leistungen werden üblicherweise anhand der Bedürfnisse des Auftraggebers definiert, d.h. funktional/ergebnisorientiert beschrieben. Dabei wird z.B. nicht eine bestimmte Heizungsart und die damit zusammenhängende Wartung vorgegeben, sondern z.B. eine bestimmte Temperatur in bestimmten Räumen.

Ferner kann geregelt werden, dass, soweit in diesen Leistungsbeschreibungen einzelne funktionale Leistungen nicht besonders definiert sind, sich die Leistungsinhalte z.B. nach den Begriffen

des VDMA-Einheitsblattes 24196 zum Gebäudemanagement sowie in Bezug auf die Begriffe „Instandhaltung, Wartung, Inspektion und Instandsetzung“ nach den Definitionen der DIN 31051 bestimmen.

2. Risiken in der Betriebsphase

Im PPP-Projektvertrag können z.B. folgende Risiken behandelt werden:

■ Vandalismusrisiko

Hier kann geregelt werden,

- was unter Vandalismus im Sinne des PPP-Projektvertrags zu verstehen ist und
- wer von den beiden Vertragsparteien und gegebenenfalls in welchem Umfang das Vandalismusrisiko trägt.

■ Nachfragerisiko

Hier kann geregelt werden, von wem und gegebenenfalls in welcher Höhe das Risiko der Auslastung des PPP-Objekts zu tragen ist.

■ Risiken aus Gesetzesänderungen

Der Auftraggeber sollte regeln, wer das Risiko der Änderung von Rechtsnormen während der Betriebsphase trägt.

3. Wiederherstellung / Wiederaufbau des PPP-Vertragsobjekts

Das PPP-Objekt kann durch Brand, Naturgewalten, etc. ganz oder teilweise zerstört werden. Inwieweit dann der Vertrag fortgeführt und das Objekt wieder aufgebaut wird und wer den Schaden zu tragen hat, sollte bereits im Vertrag geregelt werden. Einzelheiten hängen von der konkreten Vertragsgestaltung – z.B. den Eigentumsverhältnissen – ab und haben auch Einfluss darauf, wer die in diesem Zusammenhang erforderlichen Versicherungen abzuschließen hat.

Abschnitt C

Die Gestaltung des PPP-Projektvertrags

4. Bonus-/Malus-Regelung

In den PPP-Projektvertrag kann eine so genannte Bonus-/Malus-Regelung aufgenommen werden.

Entschließen sich die Vertragsparteien hierzu, gibt es vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten. Hierbei sollte beachtet werden, dass der damit verbundene Verwaltungsaufwand und der erzielbare finanzielle Effekt in einem sinnvollen Verhältnis zueinander stehen.

Je nach Vertragsobjekt kann dem Auftragnehmer für die Erreichung festgelegter Optimierungsziele bei den Bauunterhalts- bzw. Betriebskosten eine entsprechende Erfolgsvergütung zuerkannt werden (Bonus). Dementsprechend kann festgelegt werden, dass der Auftragnehmer einen Malus akzeptieren muss, wenn er bestimmte vertraglich definierte Mängel bzw. Betriebsstörungen nicht innerhalb festgelegter Reaktionszeiten behebt. Bei der näheren Ausgestaltung einer Bonus-/Malus-Regelung können für Mängel bzw. Betriebsstörungen unterschiedliche Prioritäten, Meldezeiten und präzise oder „weiche“ Reaktions- und Behebungszeiträume festgelegt werden.

5. Ersatzvornahme

Für den Fall einer Nicht- oder Schlechtleistung des Auftragnehmers sollten Regelungen zur Ersatzvornahme durch den Auftraggeber getroffen werden. Dies ist von Bedeutung, damit er unabhängig von der Fähigkeit oder Bereitschaft des Auftragnehmers stets den Betrieb sicherstellen kann.

V. Endschaftsregelungen / Verwertung

Die Lebenszyklusbetrachtung zwingt den Auftraggeber, schon vor dem Bau zu überlegen, wie lange er das Objekt benötigt und was er damit nach Ablauf des Vertrags machen wird. Für die Gestaltung der Endschaftsregelung ist von Bedeutung, ob

- der Auftraggeber eine dauerhafte oder eine vorübergehende Verwendung für den Vertragsgegenstand hat,

- es sich bei dem Vertragsgegenstand um eine Sonderimmobilie oder um ein marktgängiges Objekt handelt.

Endet das PPP-Projekt wie vorgesehen zum Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit, sind in der Regel folgende vertragliche Vereinbarungen zu prüfen:

- Festlegung des Zustandes der Immobilie zum Ende der Nutzungszeit im Hinblick auf den geschuldeten Soll-Zustand bei der Übergabe (z.B. „nicht sanierungsbedürftiger Zustand“ oder „Gebäude mit bestimmungsgemäßen Abnutzungsspuren“),

- Vereinbarung eines für beide Seiten verbindlichen Verfahrens zur Feststellung des vertraglich vereinbarten Zustands der Immobilie (z.B. Begehung durch externen Gutachter),

- Regelung zum umfassenden Heimfall aller bzw. festgelegter Rechte an der Immobilie an den Auftraggeber oder zu einer Verwertung der Immobilie durch den Auftragnehmer (z.B. wenn der Auftraggeber nur ein zeitlich befristetes Nutzungsbedürfnis an dem PPP-Objekt hat),

- Regelung zur Übergabe der Liegenschaft zum Vertragsende (z.B. Übergabe von Unterlagen, Einweisung von Personal),

- Vereinbarung zur Festlegung des Restwerts zum Vertragsende.

VI. Schlussbestimmungen

Wie jeder andere Vertrag sollte der PPP-Projektvertrag eine salvatorische Klausel und Regelungen zu folgenden Gesichtspunkten enthalten:

- zum Schriftformerfordernis,
- zum Gerichtsstand,
- bei Auslandsbezug zum anwendbaren Recht,
- zu den Kosten des Vertrags.



Abschnitt D

Die Gestaltung des Forfaitierungsvertrags

Will der Auftraggeber die Finanzierung seines PPP-Projekts vergeben, kann er grundsätzlich zwischen mehreren Möglichkeiten der Finanzierung wählen (vgl. Abschnitt B 2 und PPP-Leitfaden Teil 2, S. 13 f. und 25 ff.). In der Praxis am häufigsten anzutreffen sind die Projektfinanzierung und die Finanzierung mit Forfaitierung (gegebenenfalls mit Einredeverzicht). In diesem Teil des Leitfadens werden Hinweise zur Gestaltung des Forfaitierungsvertrags gegeben. Da die Projektfinanzierung komplexe, einzelfallbezogene Vertragswerke erfordert, wird sie in diesem Leitfaden grundsätzlich nicht weiter erläutert. Eine Wertung ist damit nicht verbunden. Die im Vertrag zu treffenden Regelungen sind vor den jeweiligen Gegebenheiten des spezifischen PPP-Vorhabens zu sehen und individuell daran anzupassen.

1. Bezeichnung der Vertragsparteien

Eingangs sind die Vertragsparteien zu benennen. Diese sind:

- die Bank (als „Käufer“),
- der Auftragnehmer (als „Verkäufer“).

2. Präambel

Im Vorfeld zu den vertraglichen Regelungen des Forfaitierungsvertrags sind das entsprechende PPP-Projekt sowie die zugrunde liegende Ausschreibung zu benennen. Ebenso ist auf den Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer einzugehen.

Darauf aufbauend sind nachfolgende Punkte grundsätzlich bei der weiteren Vertragsgestaltung zu beachten:

2.1 Vergütung der Bauleistungen/Endfinanzierung

Entsprechend den Ausschreibungsbedingungen erfolgt die Vergütung der Bauleistungen durch den Auftraggeber im Rahmen einer kommunalen Forfaitierung in aller Regel

- erst nach der Abnahme der gesamten Bauleistung (vgl. Abschnitt C III.2),
- in definierten Raten unter Abstimmung auf die endgültigen Gesamtinvestitionskosten, die in Form einer endgültigen Abrechnung ermittelt werden, und
- nach der für die Endfinanzierung getroffenen Zinsvereinbarung.

Bestandteile der Gesamtinvestitionskosten können sein:

- eventuell anfallende Transaktionskosten,
- feste einmalige Kosten,
- Nettobaukosten zuzüglich der Kosten für die Bauzwischenfinanzierung und der Umsatzsteuer.

In diesem Zusammenhang ist ebenfalls die Verzinsung der Raten entsprechend dem Berechnungsschema des jeweiligen PPP-Projekts (zuzüglich der Marge der Bank) zu benennen.

2.2 Zwischenfinanzierung

Die Bank gewährt üblicherweise dem Auftragnehmer zur Zwischenfinanzierung des Projektes ein Darlehen. Dieses Zwischenfinanzierungsdarlehen tilgt der Auftragnehmer dadurch, dass er seine Forderungen gegenüber dem Auftraggeber an die Bank verkauft.

3. Definitionen

Im Vertragstext sind Definitionen zu den Begrifflichkeiten zu treffen, die Inhalt und Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung sind.

Dies können z.B. sein:

- Abnahme,
- Auftraggeber,
- Auftragnehmer (= Verkäufer),
- Bank (= Käufer),
- Bauvertrag,
- Darlehen,
- Gekaufte Forderungen,
- Gesamtinvestitionskosten,
- Jahresbeträge,
- Projekt.

4. Kaufgegenstand

Der Auftragnehmer verkauft und die Bank kauft im Rahmen einer kommunalen Forfaitierung die gemäß dem PPP-Projektvertrag entstehenden Forderungen aus Bauleistungen des Auftragnehmers auf Zahlung der Raten gegen den Auftraggeber in der von diesem bestätigten und als einreddefrei anerkannten Höhe.

Mitverkauft werden zudem in der Regel der Entschädigungsanspruch im Fall der vorzeitigen Ablösung der Restschuld sowie sämtliche sonstigen Nebenforderungen (einschließlich sämtlicher Schadensersatz-, Aufwendungsersatz- und Entschädigungsansprüche).

Eine separate Regelung ist zu treffen, sofern zum Zeitpunkt des Abschlusses des Forfaitierungsvertrags (d.h. nach Abnahme des Bauwerkes) die endgültigen Gesamtinvestitionskosten, die zur Ermittlung der Raten benötigt werden, noch nicht feststehen. In diesem Fall ist zu prüfen und zu regeln, ob die Bank die Forderungen gegen den Auftraggeber grundsätzlich nur in der Höhe erwirbt, in der diese endgültig feststehen und vom Auftraggeber einreddefrei gestellt wer-

den. Sollten später weitere Forderungen des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber festgestellt werden, die der Auftraggeber ebenfalls in die Raten einschließlich der Verzinsung einbeziehen will, so kann die Bank grundsätzlich auch diese Forderungen nach den Bedingungen des Forfaitierungsvertrags erwerben.

5. Kaufpreis und Verwendungszweck

Einen wesentlichen Punkt der vertraglichen Regelung bildet die Vereinbarung des Kaufpreises für die gekauften Forderungen, der nachfolgend zu benennen und zu erläutern ist. Dies wird in aller Regel der vom Auftraggeber als einredefrei anerkannte Nominalwert der Gesamtinvestitionskosten sein.

Ergänzend sind Erläuterungen zur Fälligkeit des Kaufpreises und deren Voraussetzungen zu treffen. Grundlegende Voraussetzungen können z.B. sein:

- die (End-)Abnahme des Projekts durch den Auftraggeber (vgl. Abschnitt C III.2),
- die von Auftragnehmer und Auftraggeber rechtsverbindlich unterzeichnete Abnahmeniederschrift des Projektes,
- die rechtsverbindliche Mitteilung von Auftragnehmer und Auftraggeber über die Feststellung der vorläufigen, anerkannten Gesamtinvestitionskosten und des damit in Zusammenhang stehenden separaten Einredevorwands des Auftraggebers gegenüber der Bank.

Das Risiko bzw. die Chance einer geänderten Verzinsung ist ebenfalls im Vertrag zu regeln. Dies kann grundsätzlich zu Lasten bzw. auch zu Gunsten des Auftragnehmers gehen.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass aufgrund des Forfaitierungsvertrags keine Umsatzsteuer anfällt. Erforderlichenfalls ist auch hierzu eine Aussage zu treffen.

6. Dinglicher Vollzug, Abtretung

Dieser Punkt umfasst bei Bedarf im Rahmen einer kommunalen Forfaitierung die Abtretung der gekauften Forderungen und gegebenenfalls sämtlicher weiterer Forderungen des Auftragnehmers aus und im Zusammenhang mit den Bauleistungen aus dem PPP-Projektvertrag gegenüber dem Auftraggeber an die Bank.

Dabei ist zu unterscheiden, ob

- die gekauften Forderungen im Rahmen des Darlehensvertrags bereits an die Bank zur Sicherheit abgetreten worden sind und nunmehr endgültig in Erfüllung des Forfaitierungsvertrags bei der Bank verbleiben, oder
- ob für bestimmte Forderungen eine Vorausabtretung unwirksam ist und sich demzufolge der Auftragnehmer im Rahmen der kommunalen Forfaitierung verpflichtet, nach dem Entstehen einer solchen Forderung diese an die Bank abzutreten.

7. Bestandsgarantie

Im Hinblick auf Forderungsankauf und -abtretung ist grundsätzlich die Formulierung einer Klausel im Sinne eines selbstständigen, verschuldensunabhängigen Garantieverprechens (gemäß §§ 311, 276 BGB) zu prüfen.

Wesentliche Inhalte können in diesem Kontext sein:

- rechtswirksamer und einredefreier Bestand der Forderungen (insbesondere unter Ausschluss von Einreden, Einwendungen und sonstigen Gegenrechten),
- Inhaberschaft des Auftragnehmers,
- Erklärung eines rechtswirksamen und gültigen Einredevorwands durch den Auftraggeber,

- keine anderweitige Verfügung über die gekauften Forderungen,
- kein Bestand von Rechten Dritter an den gekauften Forderungen (z.B. Sicherungsabtretung),
- keine Pfändungen bzw. Verpfändungen der gekauften Forderungen, Rechte und/oder Ansprüche,
- uneingeschränkte Abtretbarkeit der gekauften Forderungen,
- keine nachträgliche Veränderung der gekauften Forderungen in ihrem rechtlichen Bestand (z.B. Auf- oder Verrechnung, Anfechtung, Minderung, Rücktritt),
- Verzinsung der gekauften Forderungen entsprechend dem geltenden Berechnungsschema,
- ordnungsgemäße Abführung der jeweils fälligen Umsatzsteuer im Zusammenhang mit den Bauleistungen aus dem PPP-Projektvertrag.

Daneben ist gegebenenfalls die Formulierung einer Verpflichtung zu prüfen, die regelt, dass Änderungen der vertraglichen Beziehungen zum Auftraggeber, die Einfluss auf die gekauften Forderungen haben könnten, nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung der Bank erfolgen können. Gleiches gilt für die Ausübung von Gestaltungserklärungen und anderen rechtlich erheblichen Erklärungen.

Grundsätzlich können entsprechende Verträge eine Vereinbarung auch dazu vorsehen, dass der Auftragnehmer die Bank unverzüglich über sonstige Gründe zu unterrichten hat, die wesentlichen Einfluss auf die vertragsgemäße Fertigstellung des Projektes haben können.

Abschnitt D

Die Gestaltung des Forfaitierungsvertrags

8. Haftung

Zu prüfen ist hier, inwieweit eine Haftung des Auftragnehmers für die Wertminderung und wirtschaftliche Einbringlichkeit der gekauften Forderungen zu übernehmen ist.

Ebenso ist eine Regelung für die Haftung des Auftragnehmers für sämtliche Verpflichtungen aus oder im Zusammenhang mit dem Forfaitierungsvertrag zu treffen.

9. Rückkauf/Rückübertragung von Forderungen

Mit Vorliegen eines wichtigen Grundes kann die Rückzahlung des Kaufpreises (in der Regel zuzüglich aufgelaufener Zinsen) an die Bank Zug um Zug gegen Rückübertragung der gekauften Forderungen in Betracht kommen.

Ein wichtiger Grund liegt beispielsweise vor, wenn:

- hinsichtlich der gekauften Forderungen ein Umstand eingetreten bzw. ausgeblieben ist, für welchen der Auftragnehmer verschuldensunabhängig haftet,

- wesentliche Eigenschaften bzw. Umstände gemäß einer Bestandsgarantie (vgl. Abschnitt D 7) nachträglich entfallen,

- der Auftragnehmer wesentliche Bestimmungen des Forfaitierungsvertrags verletzt und diese Vertragsverletzung trotz schriftlicher Mahnung nicht innerhalb einer angemessenen Frist behoben hat.

Die Rückkaufverpflichtung wird grundsätzlich nur für den Teil der Forderung bzw. diejenigen Forderungen vereinbart, für die der wichtige Grund vorliegt.

Für den Fall einer Verpflichtung zum Rückkauf bzw. vorzeitigen Ablösung sind entsprechende Regelungen zu treffen. Diese umfassen z.B.:

- die Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung,

- die Rückübertragung der zurückgekauften Forderungen an den Auftragnehmer gegen Rückzahlung des Kaufpreises,

- die Verzinsung im Verzugsfall.

10. Berichterstattung, Auskunftsverlangen, Umsatzsteuer

Im Rahmen dieser Klausel sind die Unterlagen (einschl. Einreichungszeiträume) sowie Informationen zu definieren, die der Bank durch den Auftragnehmer bezüglich des Forderungsankaufs im Hinblick auf

- die Unterzeichnung des Forfaitierungsvertrags sowie

- die laufende Berichterstattung während der Vertragslaufzeit

zur Verfügung zu stellen sind.

In diesem Kontext wird auf die gesetzlichen Vorgaben aus § 18 Kreditwesengesetz verwiesen.

Im Hinblick auf § 13c Umsatzsteuergesetz ist der Bank grundsätzlich nachzuweisen, dass die jeweils fällige Umsatzsteuer aus den Bauleistungen im Rahmen des PPP-Projektvertrags ordnungsgemäß abgeführt wurde.

11. Verjährung

Die gesetzlichen Verjährungsvorschriften des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB werden im Rahmen des Forfaitierungsvertrags in aller Regel einvernehmlich abbedungen.

Ersatzweise findet eine 12-jährige Verjährungsfrist Anwendung, die mit der Unterzeichnung des Forfaitierungsvertrags zu laufen beginnt. Die Verjährung bezieht sich auf sämtliche Ansprüche aus und im Zusammenhang mit dem Forfaitierungsvertrag.

12. § 8 Geldwäschegesetz

Im Rahmen des Forfaitierungsvertrags ist grundsätzlich eine Erklärung zu § 8 des Geldwäschegesetzes erforderlich.

13. Mitteilungen, Vollmacht

Entsprechend den allgemeinen Erfordernissen an Vertragsvereinbarungen ist an ein Formerfordernis für sämtliche Erklärungen und Mitteilungen im Zusammenhang mit dem Forfaitierungsvertrag zu denken. Dem Grundsatz nach wird dies in aller Regel schriftlich zu erfolgen haben.

Ebenso ist gegebenenfalls eine Regelung zur rechtlichen Vertretung für die Laufzeit des Forfaitierungsvertrags zu treffen.

14. Änderung der Rechtslage

Es ist zu prüfen, inwieweit Vereinbarungen für den Fall einer sich ändernden Rechtslage zu treffen sind, z.B. durch sich ändernde Rechtsnormen, durch Entwicklungen in der Rechtsprechung, durch neue EU-Richtlinien oder durch die Umsetzung des Maastrichter oder Amsterdamer Vertrags.

15. Abtretungsverbot und Unterbeteiligungen

Eine entsprechende Klausel regelt, ob und inwiefern der Auftragnehmer berechtigt ist, seine Rechte und Pflichten aus dem Forfaitierungsvertrag ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen, abzutreten, zu verpfänden oder in sonstiger Weise über sie zu verfügen oder seine Verpflichtungen aus diesem Vertrag zu übertragen. Gleiches gilt für die Abtretung, Verpfändung und anderweitige Verfügung der Rechte und Pflichten aus einem Forfaitierungsvertrag mit dinglicher Wirkung im Außenverhältnis auf Dritte.

Zu regeln ist ferner, ob und inwiefern die Bank mit Zustimmung des Auftragnehmers

- Dritten Unterbeteiligungen an allen Rechten und Pflichten einräumen,
- mit Dritten Treuhandschaften eingehen oder
- eine vergleichbare Rechtskonstruktion mit Dritten begründen kann.

16. Verschiedenes

Jede Vertragsänderung des Forfaitierungsvertrags bedarf entsprechend der Gepflogenheiten bei vertraglichen Abreden dieser Art der Schriftform.

Es kann ferner geregelt werden, welche Vertragspartei die im Zusammenhang mit dem Forfaitierungsvertrag entstehenden Steuern, Gebühren und Abgaben tragen soll. Zu beachten ist allerdings, dass eine solche Vereinbarung nur Ansprüche zwischen den Vertragspartnern begründet. Sie hat keinen Einfluss darauf, von wem der Gläubiger (Finanzamt, etc.) die Zahlung verlangen kann. Außerdem kann sich eine solche Vereinbarung gegebenenfalls ertragsteuerlich auswirken.

Abschließend kann eine Gerichtsstandsvereinbarung für Streitigkeiten getroffen werden. Diese kann sich beispielsweise nach dem Erfüllungsort richten. Grundsätzlich wird bei inländischen PPP-Projekten das Recht der Bundesrepublik Deutschland zur Anwendung kommen.

Den letzten Punkt bildet eine salvatorische Klausel, die die Weitergeltung aller übrigen vertraglichen Abschnitte für den Fall vorsieht, dass einzelne Abschnitte des Forfaitierungsvertrags ganz oder teilweise unwirksam sein sollten.

Unterschrieben wird die Erklärung von einem berechtigten Vertreter des Auftragnehmers und der Bank.



Abschnitt E

Inhalt der Einredeverzichtserklärung

Im Zusammenhang mit der Vereinbarung eines Forfaitierungsvertrags erfolgt häufig die Erklärung eines Einredeverzichts durch den öffentlichen Auftraggeber. Die damit einhergehenden Risiken für den Auftraggeber werden ausführlich im PPP-Leitfaden Teil 2, S. 13 f. und 25 ff. erläutert, auf die an dieser Stelle verwiesen wird.

Nachfolgend wird der wesentliche Inhalt der Einredeverzichtserklärung dargestellt. Entsprechend der Aussagen zum Forfaitierungsvertrag sind auch hier die individuellen Gegebenheiten des PPP-Projekts und der Vertragspartner sowie besondere Vereinbarungen zu berücksichtigen.

1. Bezeichnung der Vertragsparteien

- Auftraggeber
- Auftragnehmer
- Bank

2. Vertragsgegenstand

Grundlage der nachfolgenden Ausführungen und Bestimmungen bilden das entsprechende PPP-Projekt sowie die zugrunde liegenden Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen.

3. Vergütung

Aufgrund der Ausschreibungsbedingungen erfolgt die Vergütung der Bauleistungen durch den Auftraggeber regelmäßig erst nach der Abnahme der Gesamtleistung in definierten Jahresraten unter Abstellung auf die endgültigen Gesamtinvestitionskosten und die für die Endfinanzierung getroffene Zinsvereinbarung („Jahresbeträge“).

Eingerechnet werden in die Gesamtinvestitionskosten eventuell anfallende Transaktionskosten, feste einmalige Kosten, die Nettobauleistungen zuzüglich der Kosten für die Bauzwischenfinanzierung und die Umsatzsteuer. Die Jahresbeträge verzinsen sich nach der für die Endfinanzierung getroffenen Zinsvereinbarung, z.B. in Höhe des tilgungsgewichteten Referenzzinssatzes zuzüglich der Marge der Bank.

Die Bank erwirbt die Jahresbeträge aufgrund eines Forfaitierungsvertrags von dem Auftragnehmer. Der Kaufpreis wird vornehmlich zur Rückführung des Darlehens, welches der Auftragnehmer bei der Bank zur Bauzwischenfinanzierung aufgenommen hat, verwendet.

4. Einredeverzicht

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Finanzierungsfunktion des Forfaitierungsvertrags verzichtet der Auftraggeber gegenüber der Bank auf alle ihm im Zusammenhang mit dem PPP-Projektvertrag und insbesondere seiner Verpflichtung zur Bezahlung der Jahresbeträge zustehenden Einreden, Einwendungen, Gegenrechte, Gestaltungsrechte und sonstigen Gegenansprüche.

Der vorstehende Einredeverzicht gilt gleichermaßen für Ansprüche aus eigenem Recht, aus abgetretenem Recht und aus Rechten Dritter sowie für alle materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Rechtspositionen des Auftraggebers. Der vorstehende Einredeverzicht gilt vorbehaltlos, unwiderruflich und unabhängig vom guten Glauben Dritter. Er ist im Zweifel weit ausulegen.

5. Rechte

Rechte des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, insbesondere Mängel- und Mängelbeseitigungsansprüche einschließlich Schadensersatzansprüche, werden von dem vorstehenden Einredeverzicht nicht berührt.

6. Gültigkeit

Der Einredeverzicht gemäß Abschnitt E 4 wird grundsätzlich mit Abnahme der Gesamtbauleistung wirksam.

