

Inhaltsverzeichnis Anhang 1

	Seite
A. Vertragskommentierung	
I. Die Vertragsstruktur eines PPP-Projektes	
1. Die Beteiligten	35
2. Die vertraglichen Beziehungen	35
II. Vertragsrechtliche Aspekte eines PPP-Projektvertrages	
1. Die Vertragsgliederung	37
a) Gliederung des Mustervertrages	37
b) Alternative Gestaltungsformen	
2. Regelungen des Allgemeinen Teils	39
a) Vertragsgegenstand und -ziele (§ 1 Mustervertrag)	
b) Allgemeine Rechte und Pflichten der Vertragsparteien (§§ 2, 3, 6)	
c) Tariftreue und Verhältnis zu Nachunternehmern (§§ 4, 5 Mustervertrag)	
d) Personal (§ 7)	
e) Finanzierung (§ 8)	
f) Sicherungsinstrumente des öffentlichen Auftraggebers (§§ 9, 18)	
g) Vergütung (§§ 10, 11)	
h) Informations-, Weisungs- und Kontrollrechte des öffentlichen Auftraggebers (§ 12)	
i) Regelungen zur Streitschlichtung (§§ 13, 14)	
j) Regelungen zur Vertragsbeendigung (§§ 17, 19, 20)	
k) Rechtsübertragung, Abtretung von Forderungen (§ 21)	
3. Planungs- und Bauphase	48
a) Leistungsinhalt (§§ 22, 24, 25, 27, 28)	
b) Abnahme, Leistungsüberwachung, Eigentumsübergang (§§ 30, 31, 32, 37)	
c) Vergütung der Bauleistung des Privaten (§ 26)	
d) Gefahrtragung und Risikoverteilung (§§ 22, 23)	
e) Sanktionsmöglichkeiten bei Leistungsstörungen (§§ 29, 35)	
f) Verhältnis zu Dritten (§§ 17, 36, 38)	
4. Betriebsphase	52
a) Leistungsinhalt (§§ 39-42)	
b) Vergütung (§ 44)	
c) Gefahrtragung und Risikoverteilung	
d) Sanktionsmöglichkeiten bei Leistungsstörungen (§§ 45, 46)	
5. Schlussbestimmungen (§ 47)	54
III. Forfaitierung mit Einrede-, Einwendungs- und Aufrechsungsverzichtserklärung	54
1. Begriffserklärung	54
2. Einredevorzicht	54
a) Hintergrund	
b) Ablauf Forfaitierung mit Einredevorzicht	
c) Abstraktes Schuldversprechen	
d) Möglichkeiten zur Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme des öffentlichen Auftraggebers	

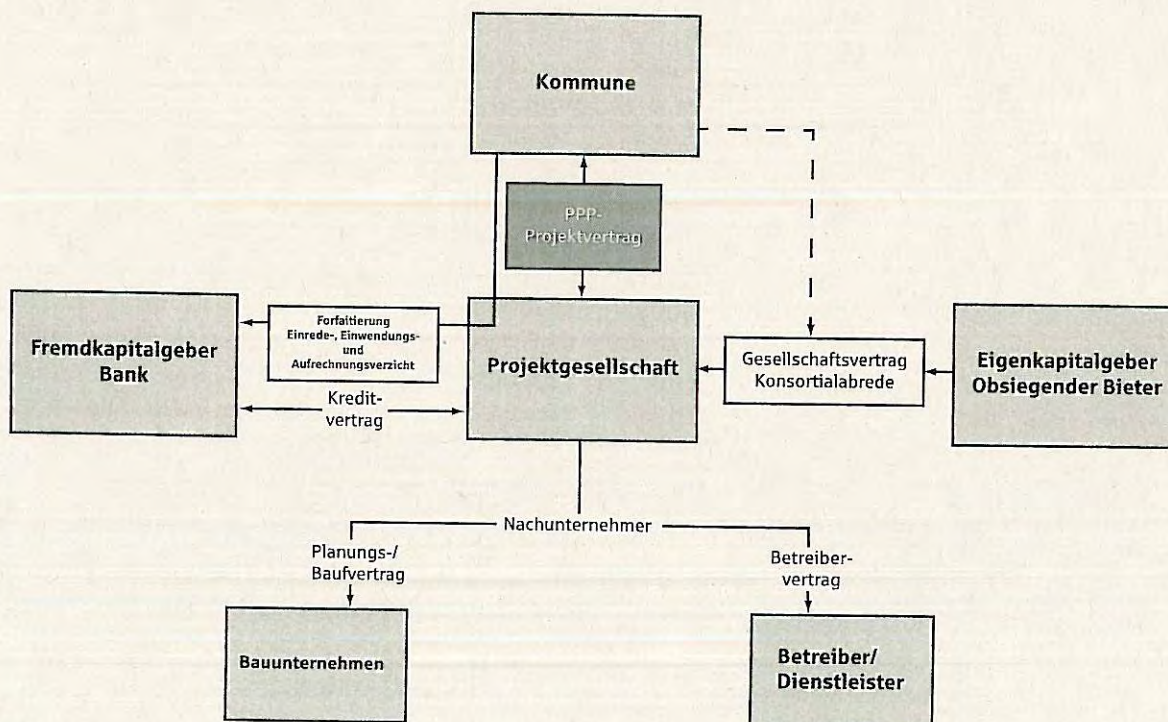
A. Vertragskommmentierung

I. Die Vertragsstruktur eines PPP-Projektes

Im Unterschied zur herkömmlichen Beschaffung einzelner Gewerke bzw. einzelner Sachmittel oder Dienstleistungen durch die öffentliche Hand zeichnet sich eine PPP im Wesentlichen durch eine langfristige, ganzheitliche und vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand als Auftraggeber und der Privatwirtschaft als Auftragnehmer aus. Die öffentliche Hand schreibt hierbei nicht mehr einzelne Leistungsbestandteile zeitlich und gegenständlich getrennt nach Leistungspaketen oder Gewerken aus, indem sie beispielsweise eine öffentliche Infrastruktureinrichtung planen und durch einen Privaten errichten lässt, diese aber selbst finan-

ziert und betreibt. Bei einer PPP ist der öffentliche Auftraggeber vielmehr der Abnehmer eines ganzen Leistungspaketes/einer Leistungsgesamtheit, die nunmehr einheitlich durch den privaten Partner erbracht wird. Die Öffentliche Hand steht damit anders als in der konventionellen Beschaffung nicht mehr einer Vielzahl von Leistungserbringern gegenüber, sondern einem für sämtliche Leistungsteile verantwortlichen Vertragspartner. Durch die langfristigen vertraglichen Bindungen sowie durch die Bündelung der einzelnen Leistungsbestandteile und deren gegenseitige Beeinflussung können Synergieeffekte erzielt sowie eine qualitativ hochwertige Leistungserbringung über den gesamten Vertragszeitraum gesichert werden.

Die folgende Abbildung verdeutlicht die wesentlichen vertraglichen Beziehungen eines PPP-Projektes:



1. Die Beteiligten

Die **öffentliche Hand** ist Auftraggeber des PPP-Projektes und schreibt das Projekt aus. Sie behält auch in einer PPP weiterhin die Aufgabenverantwortung für die öffentliche Aufgabe und überträgt lediglich deren Erfüllung auf einen Privaten.

Der obsiegende Bieter des Ausschreibungsverfahrens (häufig eine Bietergemeinschaft bestehend etwa aus Unternehmen der Bau- und Facility-Management-Branche sowie nach Bedarf weiteren spezialisierten Unternehmen) ist für die Durchführung des Projektes verantwortlich. Dieses Bieterkonsortium gründet zur Projektdurchführung in der Regel eine Projektgesellschaft, deren einziger und ausschließlicher Zweck darin besteht, als **privater Partner** des öffentlichen Auftraggebers das Projekt zu realisieren. Das Bieterkonsortium fungiert hierbei als Eigenkapitalgeber und Gesellschafter der Projektgesellschaft. Diese wird üblicherweise in der Rechtsform einer GmbH oder GmbH & Co. KG errichtet. Die Gründung einer Projektgesellschaft empfiehlt sich auf Seiten der Bieter, um Haftungsrisiken zu reduzieren sowie zu bilanziellen und verfahrenstechnischen Vereinfachungen beizutragen.

Die Projektgesellschaft führt die geschuldeten Leistungen in der Regel nicht alle selbst aus, sondern überträgt ihrerseits als Auftraggeberin Einzelleistungen an **Nachunternehmer**. Zwischen den Nachunternehmern und dem öffentlichen Auftraggeber bestehen keine direkten vertraglichen Beziehungen. Möglich ist es hierbei auch, dass die Mutterunternehmen selbst ihrerseits als Nachunternehmer der Projektgesellschaft auftreten.

Darüber hinaus stellen zumeist **Fremdkapitalgeber** (vor allem Banken) der Projektgesellschaft das benötigte Kapital gegen Absicherung zur Verfügung.

2. Die vertraglichen Beziehungen

Zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und der Projektgesellschaft wird ein **Projektvertrag** geschlossen. Hierin werden alle für die Projektdurchführung wesentlichen Punkte geregelt

und sämtliche Leistungsphasen erfasst. Es werden im Einzelnen die Leistungen niedergelegt, die im Rahmen des PPP-Projektes von dem privaten Partner zu erbringen sind. Ferner werden Bestimmungen zur Vergütung des privaten Partners getroffen. Daneben werden etwa Sanktionsmechanismen für den Fall von Leistungsstörungen, Regelungen für den Fall von Leistungsänderungen und Vertragsanpassungen oder Bestimmungen über das Projektmanagement oder Vertragscontrolling vereinbart. Der Projektvertrag ist je nach Ausgestaltungsform rechtlich zumeist als Verpacht-Rückmietvertrag oder als Typenkombinationsvertrag einzustufen. Er enthält Elemente von Werk-, Dienst-, Kauf-, Miet-, Pacht- und Nutzungsüberlassungsvertrag und kombiniert diese miteinander.

Statt des Projektvertrages kann auch ein **Bündel von Einzelverträgen** für die jeweiligen Leistungsphasen zwischen den Vertragsparteien abgeschlossen werden. Der Unterschied zwischen den beiden Gestaltungsvarianten besteht im Wesentlichen darin, dass in einem Projektvertrag alle Leistungsbestandteile als Inhalt einer einheitlichen Gesamtleistung angesehen werden, die einem einheitlichen Beendigungs- und Vergütungsregime unterstellt werden. ¹⁾ Losgelöst vom Inhalt der einzelnen Leistungsphasen ist das finale Leistungsziel maßgeblich für die Realisierung des Gesamtprojektes. Im Unterschied hierzu ist es bei einem Bündel von Einzelverträgen möglich, die einzelnen Projektphasen einem eigenständigen Beendigungs- und Entgeltregime zu unterwerfen. Gefahrtragsregelungen, Gewährleistungsansprüche und Verjährungsregelungen treten hier für die einzelnen Leistungsbestandteile gesondert in Kraft. In der Praxis ist es zumeist üblich, auch gesonderte Einzelverträge durch einen Rahmenvertrag zu verknüpfen, in dem die übergreifenden Ziele und Bestimmungen des Projektes niedergelegt sind.

1) So auch im Bundesleitfaden "PPP im öffentlichen Hochbau", Band II, S. 87 ff., unter <http://www.ppp-bund.de/download/Band-I-Leitfaden.pdf> zu finden.

Neben dem Projektvertrag ist dem **Gesellschaftsvertrag** Bedeutung beizumessen, durch den die Projektgesellschaft gegründet wird. Der Gesellschaftsvertrag enthält beispiels-

weise Regelungen zu den Gesellschaftsorganen, Vertretungsregelungen, Geschäftsführung, Kapitaleinlagen oder Zustimmungspflichten sowie zu dem Fall der Veräußerung von Geschäftsanteilen oder sonstigen grundsätzlichen Änderungen. Neben den Gesellschaftsvertrag tritt oft ein **Konsortialvertrag**, der die übrigen Rechte und Pflichten sowie die Aufgabenverteilung der Gesellschafter im Verhältnis zueinander regelt.

Im Zuge der Fremdfinanzierung der Gesellschaft existieren schließlich ein oder mehrere **Darlehensverträge** zwischen der Projektgesellschaft und der oder den finanzierenden Banken nebst **Sicherungsverträgen**, etwa dem Forderungsfaktierungsvertrag (siehe Anhang I, A. III.).

Die Regelungen des Projektvertrages werden im folgenden Abschnitt im Einzelnen kommentiert. Zu Gesellschaftsvertrag, Konsortialvertrag und zu Darlehensverträgen erfolgen hingegen keine weiteren Erläuterungen.

II. Vertragsrechtliche Aspekte eines PPP-Projektvertrages

Eine effiziente Leistungserbringung ist das vorrangige Interesse des öffentlichen Auftraggebers und des privaten Partners einer PPP. Um eine öffentliche Infrastruktur nachhaltig bereitstellen und bewirtschaften zu können, hat der öffentliche Auftraggeber bei der Projektstrukturierung darauf zu achten, dass wirkungsvolle Anreizmechanismen geschaffen werden, die den Privaten an den wirtschaftlichen Erfolg des Projektes binden und so sein Interesse an einer effizienten Projekterfüllung über den gesamten Lebenszyklus des Projektes wecken sowie eine gewissenhafte Leistungserbringung sicherstellen.

Im Folgenden werden grundlegende, in einem PPP-Projektvertrag zu regelnde Inhalte erläutert. Hierdurch soll dem kommunalen Entscheidungsträger eine Hilfestellung bei der Gestaltung von PPP-Projektverträgen geboten werden, wesentliche vertragsrechtliche Aspekte sollen ihm näher gebracht werden und es ihm ermöglichen, auf die Sicherstellung der Leistungserbringung für die Kommune und den Erhalt der Leistungsfähigkeit

der Kommune zu achten. Da für jedes PPP-Projekt individuelle Rahmenbedingungen gegeben sind, sind die nachfolgenden Erläuterungen lediglich als Orientierungs- und Verhandlungshilfe anzusehen und ersetzen nicht die juristische Beratung im Einzelfall. Als Beispiele für mögliche Formulierungen der einzelnen Regelungen verweisen wir auf den Leitfaden „Public Private Partnership im Hochbau. Vertragsrechtliche Aspekte am Beispiel von PPP-Schulprojekten“ des Landes Nordrhein-Westfalen.

2) Die Ausgestaltung und Gliederung dieses im Folgenden als "Mustervertrag" bezeichneten Vertragswerkes soll das Verständnis der einzelnen Regelungsinstrumente erleichtern.

2) Zu finden unter <http://www.ppp.nrw.de/> (Publikationen).

Durch die Vertragsparteien sollte beachtet werden, dass die Verwendung von Musterverträgen (sei es als Ganzes oder als Modul) rechtlich als Verwendung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung gewertet werden kann, die der Inhaltskontrolle des BGB unterliegt und im Einzelfall (aufgrund einer Abweichung von gesetzlichen Regelungen, die mit deren wesentlichen Grundgedanken nicht zu vereinbaren ist oder die Durchsetzung wesentlicher Rechte und Pflichten einschränkt) eine Aufhebung der Klausel droht. Eine Aushandlung der Vertragsbedingungen im Einzelfall ist aus diesem Grunde geboten.

1. Die Vertragsgliederung

PPP-Projektverträge regeln die gegenseitigen Leistungsbeziehungen und Leistungspflichten der Vertragsparteien über die gesamte Projektlaufzeit. Die Besonderheit eines PPP-Projektvertrages und ein wesentlicher Unterschied zur konventionellen Realisierungsvariante ist die Kombination der verschiedenen Leistungsbestandteile. Entsprechend der Ausgestaltung des einzelnen Vorhabens und der damit durch den privaten Partner zu erbringenden Leistungen kann der Projektvertrag Elemente von Werk-, Dienst-, Kauf-, Miet-, Pacht und Nutzungsüberlassungsvertrag enthalten und diese miteinander kombinieren. Zur Gestaltung des Vertragswerkes bestehen hierbei mehrere Möglichkeiten.

a) Gliederung des Mustervertrages

Der Mustervertrag bündelt eine Mehrzahl von Projektphasen in einem einheitlichen Vertragswerk (Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung einer Schule über einen gewissen Zeitraum). Rechtlich handelt es sich bei dem vorliegenden Mustervertrag um einen sog. "Typenkombinationsvertrag", der verschiedene voneinander abgrenzbare Leistungselemente umfasst, die für sich einem jeweils unterschiedlichen gesetzlichen Vertragsregime zugeordnet werden können, aber von den Parteien nur in ihrer Gesamtheit vereinbart werden. Dabei ist auf jedes Leistungselement regelmäßig das Recht des zugeordneten gesetzlichen Vertragstypus anzuwenden. Dementsprechend ist der Mustervertrag so ausgestaltet, dass während der Planungs- und Bauphase Werkvertragsrecht anzuwenden ist. Vor dem Beginn der Betriebsphase werden die Herstellungsleistungen förmlich abgenommen (§ 31 Mustervertrag). Diese förmliche Abnahme ist entsprechend der gesetzlichen Regelung des Werkvertragsrechts (§ 640 BGB) Voraussetzung für die Fälligkeit des entsprechenden Vergütungsanteils, ferner erlischt ab da der Erfüllungsanspruch, es können nur noch Mängelbeseitigungsansprüche geltend gemacht werden. An die werkvertragliche Abnahme ist grundsätzlich der Beginn der Verjährungsfrist gekoppelt, § 634 a Abs. 2 BGB. Für die Betriebsphase, während der der Private die Erhaltung und Unterhaltung des Projektgegenstandes schuldet (technisches und infrastrukturelles Gebäudemanagement, Objektmanagement, siehe §§ 39-42 Mustervertrag) ist im Wesentlichen Werkvertrags- und Dienstvertragsrecht anzuwenden. Die vertragliche Verknüpfung der Leistungsbestandteile Planung und Bau mit dem Leistungsbestandteil Betrieb des Projektgegenstandes bewirkt, dass der Private auch nach dem Ende der werkvertraglichen Gewährleistungsfrist zur Beseitigung von Mängeln verpflichtet ist. In dem Mustervertrag werden darüber hinaus alle Projektphasen einem einheitlichen Vergütungsmechanismus unterstellt, wobei jedoch den einzelnen Projektphasen bestimmte Entgeltbestandteile zugeordnet werden (siehe § 10 Mustervertrag). Grundsätzlich ist es bei einer derartigen Vertragsgestaltung möglich, die unterschiedlichen Projektphasen einem differenzierten Beendigungsregime zu unter-

stellen (z. B. Teilkündigung von bestimmten Einzelleistungen aus dem Facility-Management-Paket). 3) In dem Mustervertrag wird jedoch die Möglichkeit von Teilkündigungen nicht vorgesehen.

3) Schede/Pohlmann in Weber/Schäfer/Hausmann, *Praxishandbuch PPP*, München 2005, § 3, 2.2.3.

b) Alternative Gestaltungsformen

Im Unterschied zu der hier gewählten Vertragsgestaltung kann auch eine einheitliche Gesamtleistung vereinbart werden, bei der sich das Leistungsbild dadurch auszeichnet, dass das Leistungsziel losgelöst von einzelnen Projektphasen und ihren jeweiligen Leistungsinhalten auf den finalen Erfolg, 4) etwa "Bereitstellung einer erbauten Schule für eine gewisse Zeit" gerichtet ist. Im Unterschied zu der Vertragsgestaltung des Mustervertrages würde hierbei vereinbart werden, dass Herstellungsleistungen weder vor Beginn der Betriebsphase noch zu einem späteren Zeitpunkt rechtsgeschäftlich abgenommen werden, sondern die Sach- und Preisgefahr erst am Ende der Vertragslaufzeit aufgrund gesonderter Vereinbarung auf den öffentlichen Auftraggeber übergeht. 5) Die Vergütungsregelung würde hier ausschließlich periodisch ausgestaltet werden. Beispielsweise könnte der Projektvertrag als Nutzungsüberlassungsvertrag ausgestaltet werden. Das Vertragsgrundstück könnte hierbei durch den öffentlichen Auftraggeber an den Privaten verpachtet werden. Der Private plant und errichtet auf dem verpachteten Grundstück den Projektgegenstand und vermietet diesen anschließend an den öffentlichen Auftraggeber zurück. Voraussetzung für die Vermietung und Teil der Leistung des Privaten ist hier ebenfalls die Planung und Errichtung des anschließend zu überlassenden Gebäudes. Während der Nutzungsüberlassung gehört es zur Vermieterpflicht des Privaten, das Gebäude zu erhalten und zu unterhalten. Auch auf diese Weise wird daher die Verjährungsfrist für Mängelgewährleistungsansprüche durch eine Pflicht zur Erhaltung des vermieteten Bauwerks ersetzt.

4) Siehe zur Unterscheidung etwa: Schede/Pohlmann in Weber/Schäfer/Hausmann, *Praxishandbuch PPP*, München 2005, § 3, 2.2.3.

5) Schede/Pohlmann in Weber/Schäfer/Hausmann, *Praxishandbuch PPP*, München 2005, § 3, 2.2.3.

Wesentlich für alle Gestaltungsvarianten eines Projektvertrages – unabhängig davon, welche Modellvarianten und welche Begrifflichkeiten gewählt wurden – ist, dass sich die Verantwortlichkeit des privaten Partners für den Projektgegenstand über die gesamte Vertragslaufzeit erstreckt. Durch die Verknüpfung von Planungs-, Bau- und Betriebsphase wird gerade eine einheitliche Verantwortung über den gesamten Lebenszyklus des Projektes begründet, gesetzliche Verjährungsfristen werden durch diese Kombination faktisch erst zum Ende der Vertragslaufzeit relevant.

Die Kommentierungen im Folgenden beziehen sich zum Zwecke der Übersichtlichkeit der Darstellung ausschließlich auf die in dem Mustervertrag gewählte Vertragsgestaltungsvariante. Der Hintergrund und die Regelungsnotwendigkeit der einzelnen Bestimmungen sind unabhängig von der gewählten Vertragsgestaltungsvariante im Wesentlichen identisch.

Bei der Strukturierung des Vertrages bietet es sich an, die einzelnen Leistungsphasen des Projektes zu berücksichtigen und in dem Vertragswerk zum Ausdruck kommen zu lassen. So könnte man den Vertrag etwa in einen allgemeinen Teil, der Regelungen enthält, die für den gesamten Vertrag gelten, sowie je einen Teil für Planungsphase, Bau- und Betriebsphase aufteilen, so geschehen auch in dem vorliegenden Mustervertrag.

2. Regelungen des Allgemeinen Teils

a) Vertragsgegenstand und -ziele (§ 1 Mustervertrag)

In Anbetracht des umfassenden Regelungsgehaltes des Projektvertrages ist es zweckmäßig, zu Beginn des Vertrages die Projektgrundlagen festzulegen und das gemeinsame Ziel der Vertragsparteien zu definieren, das im Wege des PPP-Projektes erreicht werden soll. Neben einer Beschreibung der zugrunde liegenden Ausgangssituation, etwa der durch den öffentlichen Auftraggeber zu gewährleistenden Aufgabe, der Eigentumsverhältnisse an den Vertragsgrundstücken, der Beschlusslage in kommunalen Gremien und des jeweiligen Planungsstandes, sollte vor allem der im Wege des PPP-Projektes zu erreichende Erfolg genau definiert werden (Siehe

etwa Mustervertrag NRW § 1.). Eine exakte Definition des Vertragsgegenstandes und der an diesem vorzunehmenden Leistungen (etwa Planung, Bau, Betrieb, Finanzierung und Betrieb der Gebäude A, B und C auf dem Grundstück x, Flurstück y, Gemarkung z der Kommune) trägt dazu bei, Missverständnisse bezüglich des Umfangs der jeweiligen Leistungspflichten und damit spätere Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Die Definition des gemeinsamen Vertragszieles stellt als wesentlicher Orientierungspunkt des Vertrages die Richtgröße für den durch die Parteien bezweckten Leistungserfolg und für Art und Umfang der vorzunehmenden Leistungen dar. Hier können etwa Erwägungen zur Gewährleistung der öffentlichen Aufgabe durch das Projekt niedergelegt werden, es können Leistungsstandards definiert, Endschaftsregelungen getroffen oder sonstige allgemeine, bei der Durchführung des Projektes zu beachtende Ziele festgelegt werden, die dem kommunalen Aufgabenträger beispielsweise die Durchsetzung politischer Ziele ermöglichen (Mittelstandsförderung, Beteiligung lokaler Unternehmen etc.). Hilfreich können derartige Zieldefinitionen vor allem bei der Auslegung des Vertrages im Falle von Regelungslücken sein oder um Auslegungsfragen bezüglich der Qualität einzelner Leistungsbestandteile klären zu können. Auch im Falle von Leistungsanpassungen oder Änderungen, die im Laufe der langen Vertragslaufzeit eines PPP-Projektes auftreten können, bieten sorgfältig definierte Leistungsziele eine Orientierung und tragen zur Vermeidung sowie Klärung von Rechtsstreitigkeiten bei.

b) Allgemeine Rechte und Pflichten der Vertragsparteien (§§ 2, 3, 6)

Entsprechend des Ziels des öffentlichen Auftraggebers, die ihm obliegende öffentliche Aufgabe mithilfe des PPP-Projektes wahrnehmen zu können, sollte der Vertrag auf die Sicherung der kommunalen Erfüllungsverantwortung ausgerichtet sein. Dementsprechend bietet es sich an, die Durchführung des Projektes als oberste vertragliche Pflicht der Vertragsparteien festzulegen, der sämtliche im Einzelnen vereinbarten Leistungspflichten zugute kommen und genügen müssen und an der sie sich im Falle von Meinungsverschiedenheiten und Rechtsstreitigkeiten messen lassen (§ 2.1 Mustervertrag). Hier können Grundprinzipien der

Zusammenarbeit zwischen den Parteien geregelt werden, die durch gegenseitige Unterstützung und Rücksichtnahme geprägt ist und der Wahrnehmung der definierten Aufgabe dienen soll. Die störungsfreie Ausübung der hoheitlichen Aufgabe bei Wahrnehmung der Projektleistungen durch den Privaten, die vertragsgemäße Nutzung des Projektgegenstandes durch den Privaten, die Pflicht des Privaten zur Erbringung von Zusatzleistungen, falls zur Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgabe erforderlich, können Pflichten des Privaten sein, die die hoheitliche Aufgabenwahrnehmung ermöglichen (siehe § 3 Mustervertrag). Spiegelbildlich hierzu kann die Aufgabenverantwortung des öffentlichen Auftraggebers klargestellt werden, nebst seiner Verpflichtung zur Kooperation und Unterstützung des Privaten, die etwa auch beinhaltet, Änderungen der Struktur- und Bedarfsplanung nach Möglichkeit mit dem Privaten abzustimmen (siehe etwa § 6 Mustervertrag).

c) Tariftreue und Verhältnis zu Nachunternehmern (§§ 4, 5 Mustervertrag)

Tariftreue (§ 4)

Um bei der Leistungserbringung durch den Privaten beschäftigte Arbeitnehmer und gleichermaßen die heimischen Arbeitnehmer des öffentlichen Auftraggebers vor Lohndumping oder unlauterer Konkurrenz zu schützen, kann der Private zur Einhaltung vor Ort geltender tariflicher Vereinbarungen verpflichtet werden (sog. Tariftreueerklärungen, siehe § 4.2 Mustervertrag). ⁶⁾ Eine derartige Verpflichtung kann sich auch auf eingeschaltete Nachunternehmer beziehen. Hierbei sollte sich der öffentliche Auftraggeber entsprechende Kontrollmöglichkeiten, ob die Tariftreuepflicht eingehalten wurde, sichern, etwa durch Einsichtsrechte in die Unterlagen des Privaten, Betretungsrechte, etc. Daneben können Verstößen gegen die Tariftreue geahndet werden, etwa durch Vertragsstrafen (dazu siehe Anhang I, A.II.3.e.) oder gar Sonderkündigungsrechte (dazu siehe Anhang I, A.II.2.j.).

6) Die Rechtmäßigkeit einer solchen Tariftreueerklärung hat das BVerfG mit Beschluss vom 11.07.2006 festgestellt (1 BvL 4/00).

Verhältnis zu Nachunternehmern: Leistungsbeziehungen und Gefahrtragung

Zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen kann sich der private Partner Dritter als Nachunternehmer bedienen. Diese sind aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers rechtlich als sog. Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 BGB des privaten Partners anzusehen, der damit für ihr Handeln dem Auftraggeber gegenüber voll einzustehen hat. Ein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Nachunternehmern besteht hingegen nicht. Der private Partner trägt primär das Risiko der ordnungsgemäßen Leistungserfüllung durch die Nachunternehmer und ist für Leistungsstörungen durch sie dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber verantwortlich. Er trägt unmittelbar das Risiko der Insolvenz der Nachunternehmer.

Bedeutung der Nachunternehmerauswahl für den öffentlichen Auftraggeber

Indem sich die Auswahl zuverlässiger und leistungsfähiger Nachunternehmer unmittelbar auf den Privaten und dessen Möglichkeit der Leistungserbringung auswirkt, stellt sie mittelbar für den öffentlichen Auftraggeber ein wesentliches Element zur **Gewährleistung ordnungsgemäßer Leistungserbringung durch den privaten Partner** und zur Beurteilung der Zuverlässigkeit des Privaten dar. Wesentliche Wertungskriterien, die für die Erfüllung des Auftrages von Bedeutung sind, sollten daher auch durch den privaten Partner bei der Auswahl der Nachunternehmer beachtet werden und als vertragliche Verpflichtung des privaten Partners niedergelegt werden (etwa Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes, Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit, siehe Mustervertrag NRW § 4.3 und 4.7). Daneben ist es hier auch möglich, gewissen politischen Zielsetzungen des öffentlichen Auftraggebers als Auswahlkriterien im Rahmen der rechtlich zulässigen Möglichkeiten (etwa Förderung kleiner oder mittlerer Unternehmen oder Förderung regionaler Unternehmen, siehe § 4.3 Mustervertrag) Rechnung zu tragen. Zu bedenken ist jedoch auch, dass zu weitgehende Bindungen des Privaten bei der **Nachunternehmervergabe** dessen wirtschaftliche Handlungsfreiheit beeinträchtigen können und daher von Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit des Projektes sind. Hier ist daher auf eine sorgfältige Abwägung und Auswahl der Bindungskriterien im Einzelfall zu achten.

Möglichkeiten zur Sicherung ordnungsgemäßer Leistungserfüllung für den öffentlichen Auftraggeber

Um die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des privaten Partners überprüfen zu können, sind in der Praxis sog. **Nachunternehmererklärungen** üblich, in denen bereits im Ausschreibungsverfahren Erklärungen der Bieter zu den eingeschalteten Nachunternehmern verlangt werden. ⁷⁾ Es empfiehlt sich, auch im Projektvertrag eine **Anzeigepflicht** des privaten Partners bei der beabsichtigten Einschaltung von Nachunternehmern, gekoppelt mit **Ablehnungsmöglichkeiten** des öffentlichen Auftraggebers im Falle von Zweifeln an der Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit des Nachunternehmers zu vereinbaren, um ein größtmögliches Maß an Leistungssicherheit für den öffentlichen Auftraggeber zu erzielen (§ 4.5 Mustervertrag). Daneben sollte sich der öffentliche Auftraggeber das Recht vorbehalten, die **Ablösung** des Nachunternehmers zu verlangen, wenn dieser sich nicht als leistungsfähig, zuverlässig oder fachkundig erweist (§ 4.7 Mustervertrag). Hierdurch kann dem Risiko von Leistungsstörungen von Seiten des Nachunternehmers präventiv entgegengewirkt werden. Dieses Recht empfiehlt sich auch für den Fall von Verstößen des Nachunternehmers gegen gesetzliche Vorschriften, etwa ausländer-, arbeits- oder sozialversicherungsrechtliche Vorschriften, um hierdurch der Gefahr des Vorwurfs ordnungswidrigen Handelns zu entgehen. Zu achten ist hierbei aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers auf den Ausschluss von Rückgriffsmöglichkeiten des Privaten gegen ihn, etwa die Geltendmachung von Schadensersatz oder Verdienstausfall durch die Ablehnung oder das Ablösungsverlangen des Nachunternehmers (als Formulierungsmöglichkeit hierzu siehe § 4.5 und 4.7 des Mustervertrages NRW).

7) Siehe z.B. § 10 Nr. 4 Abs. 1 lit. c) VOB/A.

Mangels direkter vertraglicher Beziehungen zwischen öffentlichem Auftraggeber und Nachunternehmer hat der öffentliche Auftraggeber keine vertraglichen Ansprüche (etwa Gewährleistungsansprüche) gegen Nachunternehmer und ist auf den privaten Partner zur Durchsetzung dieser Ansprüche verwiesen. Damit dem öffentlichen Auftraggeber jedoch ein direkter Rückgriff auf die Nachunternehmer ermöglicht wird,

wird häufig eine **Sicherungsabtretung** sämtlicher künftiger Mängel- und Schadensersatzansprüche des Privaten aus den Nachunternehmerverhältnissen des PPP-Projektes an den öffentlichen Auftraggeber vereinbart (§ 4.6 Mustervertrag). Die Abtretung erfolgt jedoch nur sicherungshalber, d. h. von ihr darf nur Gebrauch gemacht werden, wenn gemäß Sicherungsabrede ein Recht zur Verwendung der Sicherheit besteht. Die Ansprüche des öffentlichen Auftraggebers gegen den Privaten auf ordnungsgemäße Leistungserbringung werden durch die Sicherungsabtretung nicht berührt. Die Sicherungsabtretung stellt vielmehr ein zusätzliches Sicherungsmittel des Auftraggebers für den Fall einer möglichen Insolvenz des Privaten dar. Denn im Falle einer Insolvenz des Privaten fallen dessen Gewährleistungsansprüche gegen Dritte grundsätzlich in das Massevermögen, während eine Sicherungsabtretung ein sog. Absonderungsrecht ⁸⁾ des öffentlichen Auftraggebers begründet, es ihm also ermöglicht, die abgetretenen Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen und sich vorrangig zu befriedigen. Da es sich bei der Abtretung nur um ein Sicherungsmittel handelt, wird üblicherweise vereinbart, dass im Falle einer ordnungsgemäßen Leistungserfüllung durch den Privaten, dieser selbst zur Ausübung der abgetretenen Gewährleistungsansprüche ermächtigt bleibt und ein Einziehungsrecht im Sinne des § 185 BGB hat. Erst durch Bekanntgabe der Abtretung an die Nachunternehmer können diese mit befreiender Wirkung nur noch an den öffentlichen Auftraggeber leisten (siehe § 4.6 S. 2 Mustervertrag). Zur Erleichterung der Durchsetzung der Ansprüche empfiehlt es sich, zugleich die Verpflichtung des Privaten zur Gewährung jeglicher Unterstützung des öffentlichen Auftraggebers zu vereinbaren (als Formulierungsbeispiel siehe § 4.6 Mustervertrag NRW).

8) Siehe § 51 InsO.

Korrespondierend zu der Sicherungsabtretung der Ansprüche des Privaten gegen Nachunternehmer kann der **Eintritt des öffentlichen Auftraggebers in Nachunternehmerverträge** bei Eintritt bestimmter Bedingungen, wie beispielsweise im Falle der Beendigung des Projektvertrages, vereinbart werden (§ 5 Mustervertrag). Hierdurch wird der private Partner vertraglich verpflichtet, mit

seinen Nachunternehmern einen sog. echten Vertrag zugunsten Dritter zu vereinbaren, mit der Folge, dass der öffentliche Auftraggeber bei Bedingungseintritt unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung der Nachunternehmer an sich zu fordern. Auf diese Weise kommt ein unmittelbares vertragliches Verhältnis zwischen öffentlichem Auftraggeber und Nachunternehmern zustande. Der öffentliche Auftraggeber kann hierdurch auch im Falle der Beendigung des Projektvertrages sicherstellen, dass die Projektrealisierung durch die eingeschalteten Nachunternehmer weiter vorangetrieben wird. Die zeitaufwendige Abwicklung bestehender Vertragsbeziehungen, verbunden mit einem etwaigen Abschluss neuer Verträge kann so umgangen und die Projektvertrautheit und der Erfahrungsvorsprung der Nachunternehmer bei dem begonnenen Vorhaben kann genutzt werden. Ferner können Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der künftig zwischen den Projektbeteiligten bestehenden Leistungspflichten und Leistungsbeziehungen vermieden werden. Aus Vereinfachungsgründen sollte in diesem Zusammenhang darauf geachtet werden, dass die Ansprüche aus den jeweiligen Vertragsverhältnissen auch getrennt voneinander abgewickelt werden, insbesondere der Nachunternehmer keine Rechte aus seinem Vertrag mit dem privaten Partner gegen den öffentlichen Auftraggeber geltend machen kann (siehe § 5 des Mustervertrages NRW).

d) Personal (§ 7)

Bei der Durchführung eines PPP-Projektes, stellt sich – wenn einzelne nunmehr an den Privaten übertragene Leistungsbestandteile bisher durch Personal des öffentlichen Auftraggebers wahrgenommen wurden – die Frage, ob eine Veränderung im Personalbereich durch eine PPP erforderlich wird und wie diese gestaltet werden kann. Die Weiterbeschäftigung des Personals des öffentlichen Auftraggebers stellt für diesen oft einen der wesentlichen Punkte dar, um ein PPP-Projekt in politischen Gremien und der Öffentlichkeit gangbar zu machen. Eine Weiterbeschäftigung von Personal ist grundsätzlich dadurch möglich, dass die betroffenen Arbeitsverhältnisse von der öffentlichen Hand auf den Privaten durch vertragliche Vereinbarung übergeleitet werden, ferner kann eine Überleitung kraft gesetzlicher Anordnung infolge

eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB erfolgen. In diesen Fällen wird das Personal arbeitsrechtlich auf den Privaten übertragen und von diesem entlohnt, der Private ist als neuer Arbeitgeber weisungsbefugt. In diesem Zusammenhang kommt insbesondere der Frage, ob ein Betriebsübergang stattfindet, zentrale Bedeutung zu. Da in diesem Fall das Personal kraft Gesetzes und unabhängig von dem Willen der Partner übergeleitet wird, lediglich die betroffenen Arbeitnehmer sich der gesetzlich angeordneten Überleitung ihrer Arbeitsverhältnisse auf den Privaten durch entsprechende Widersprüche widersetzen können, ⁹⁾ ist bereits im Vorfeld der Vertragsgestaltung darauf zu achten, dass die Ausgestaltung der übertragenen Leistungen so zugeschnitten wird, dass sie den Interessen und Bedürfnissen der Parteien Rechnung trägt (Zum Stand der Rechtsprechung und den einzelnen arbeitsrechtlichen Implikationen siehe beispielsweise: Schweibert/Benkert in Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch PPP, § 9 S. 393 ff.).

9) Siehe im Einzelnen Schweibert/Benkert in Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch PPP, § 9 (S. 393 ff.)

Wenn wie im Falle des Mustervertrages eine Überleitung der Arbeitsverhältnisse auf den Privaten nicht stattfindet, (die Regelung des § 7 Mustervertrag wirkt insofern nur deklaratorisch, entscheidend ist der tatsächlich zugrunde liegende Sachverhalt, an den die gesetzlichen Rechtsfolgen anknüpfen!) ist es auch möglich, dass der öffentliche Auftraggeber die Personalhoheit behält und auch weiterhin das Personal entlohnt, jedoch dem Privaten bei der Erstellung seiner Leistung zur Seite steht. Möglich sind hier etwa die Arbeitnehmerüberlassung ¹⁰⁾ oder die Weiterbeschäftigung von Personal des Arbeitgebers auf der Basis eines Dienst-, Geschäftsbesorgungs-, oder Werkvertrages (sog. Personalbeistellung oder -gestellung). ¹¹⁾

10) Zur Unterscheidung, zum Inhalt und zu rechtlichen Ausgestaltungsvarianten im Einzelnen: Schweibert/Benkert in Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch PPP, § 9 Abschnitt 3.2.1 und 3.2.2.

11) Zur Unterscheidung, zum Inhalt und zu rechtlichen Ausgestaltungsvarianten im Einzelnen: Schweibert/Benkert in Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch PPP, § 9 Abschnitt 3.2.3.

Um den Privaten in jedem Fall, also auch bei einem Betriebsübergang kraft gesetzlicher Anordnung, von Entgeltzahlungspflichten und sonstigen gegen ihn gerichteten Ansprüchen aus dem Anstellungsverhältnis zu befreien, kann eine entsprechende Freistellung vertraglich im Rahmen der gesetzlich zulässigen Möglichkeiten zwischen den Parteien vereinbart werden (§ 7 letzter Satz Mustervertrag).

e) Finanzierung (§ 8)

Die Einbeziehung von öffentlichen Fördermitteln in die Finanzierung eines PPP-Projektes ist bei einem PPP-Inhabermodell, bei dem der Projektgegenstand im Eigentum des öffentlichen Auftraggebers verbleibt, grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen wie in der konventionellen Beschaffung möglich. § 8 des Mustervertrages führt zwei mögliche Finanzierungsformen auf, die neben anderen für das jeweilige Vorhaben in Betracht kommen können. 12) Hierbei ist zu beachten, dass die den jeweiligen Förderprogrammen zugrunde liegenden Fördervorschriften erfüllt werden. Es sollte vereinbart werden, dass die Vertragsparteien sich gegenseitig im Rahmen des Verfahrens zum Erhalt von Zuwendungen unterstützen.

12) Zu Fördermitteln im Einzelnen das Gutachten "PPP und Förderrecht" zu finden unter <http://www.ppp-bund.de/download/06-12-14-Gutachten-final.pdf>.

f) Sicherungsinstrumente des öffentlichen Auftraggebers (§§ 9, 18)

Üblicherweise wird eine Projektgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH oder GmbH & Co. KG gegründet. Diese Rechtsformenwahl hat primär haftungsrechtliche (und steuerrechtliche) Hintergründe. Eine GmbH haftet mit dem gesamten Gesellschaftsvermögen, während grundsätzlich eine persönliche Haftung der Gesellschafter nicht erfolgt. Bei einer GmbH & Co. KG haftet die GmbH als Komplementär mit ihrem gesamten Vermögen, während die Gesellschafter lediglich in Höhe ihrer Pflichteinlagen haften.

Eigenkapitalausstattung

Primär kann daher durch Vereinbarung der Ausstattung der Projektgesellschaft mit einer entsprechenden Eigenkapitalquote (siehe § 9.3 Mustervertrag) eine finanzielle Sicherheit des öffentlichen Auftraggebers erzielt werden, indem hier der Anreiz der Gesellschafter zur Gewinnrealisierung und damit zum Erhalt des eingesetzten Eigenkapitals gegeben ist. Die Höhe der eingesetzten Eigenkapitalquote sollte im jeweiligen Einzelfall verhandelt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass Eigenkapitalquoten, die über die gesetzlich vorgegebene Mindesteinlage hinausgehen, aufgrund des höheren Risikos für den Bieter insgesamt zu einer Verteuerung des Projektes führen können.

Nachschüsse

Da Gesellschafter einer PPP-Projektgesellschaft im Regelfall finanzstarke Investoren wie etwa Großunternehmen des Baugewerbes o. ä. sind, können diese die Liquidität der Gesellschaft auch bei einer etwaigen drohenden Insolvenz durch entsprechende Nachschüsse sichern. Rein formal ist eine Nachschusszahlung jedoch keine Pflicht der Gesellschafter, sondern allein von deren Goodwill abhängig.

Um im Falle einer Insolvenz der Projektgesellschaft Rückgriffsrechte auch auf die Gesellschafter zu haben, kann der öffentliche Auftraggeber daher grundsätzlich eine Mithaftung oder Ausfallhaftung der Gesellschafter verlangen. Ihm stehen etwa folgende Sicherungsmittel zur Verfügung:

Garantie der Gesellschafter

Möglich ist es, eine Garantie der Gesellschafter zu verlangen, mit denen diese vertraglich die Einstandspflicht für die ordnungsgemäße Erfüllung der Ansprüche aus dem Projektvertrag übernehmen (Erfüllungsgarantie). Hierdurch wird eine selbstständige Verpflichtung der Gesellschafter begründet, die im Regelfall für den Fall der Leistungsunfähigkeit der Projektgesellschaft das Eintreten für deren Verbindlichkeiten begründet. Da es sich bei einer Garantie um ein sog. abstraktes Leistungsversprechen handelt, also um ein Leistungsversprechen, das unabhängig vom

Bestehen einer Hauptschuld ist, kann hier unabhängig vom Bestehen der Erfüllungsansprüche aus dem Projektvertrag bestimmt werden, wann aufgrund der Garantie zu leisten ist.

Schuldbeitritt der Gesellschafter

Hierbei treten die Gesellschafter neben der Projektgesellschaft für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Projektgesellschaft ein. Es wird eine gesamtschuldnerische Haftung von Projektgesellschaft und Gesellschafter vereinbart, bei der der öffentliche Auftraggeber nach seiner Wahl Erfüllung von einem der beiden Gläubiger verlangen kann. Die Gesellschafter haften kraft des Schuldbeitritts für eine eigene Schuld, so dass keine vorrangige Befriedigung von der Projektgesellschaft verlangt werden muss.

Harte Patronatserklärung

Der öffentliche Auftraggeber kann sich zur Sicherung der Liquidität der Projektgesellschaft eine sog. harte Patronatserklärung der Gesellschafter geben lassen. **13)** Hierdurch verpflichten sich die Gesellschafter der Projektgesellschaft, diese so mit finanziellen Mitteln auszustatten, dass sie ihre aus dem Projektvertrag resultierenden Verbindlichkeiten und Pflichten ordnungsgemäß erfüllen kann. Rechtstechnisch handelt es sich hierbei um einen sog. einseitig verpflichtenden unechten Vertrag zugunsten Dritter, bei dem der öffentliche Auftraggeber keine unmittelbare Zahlung an sich verlangen kann, sondern nur, dass die Gesellschafter die Projektgesellschaft in die Lage versetzen, ordnungsgemäß ihren Verpflichtungen nachzukommen bzw. sich Schadensersatzansprüchen des öffentlichen Auftraggebers bei Nichterfüllung dieser Pflicht aussetzen. Im Falle einer Insolvenz der Projektgesellschaft haftet der Erklärende neben der Projektgesellschaft **14)** (zu Formulierungsbeispielen siehe Mustervertrag § 9.1).

13) Abzugrenzen hiervon ist die sog. "weiche Patronatserklärung". Hierbei gibt der Erklärende nur rechtlich unverbindliche Auskünfte ab, z. B. hinsichtlich der Kreditwürdigkeit der "Tochter" oder Erklärungen bezüglich der nicht beabsichtigen Reduzierung der nominellen Beteiligung an der "Tochter" während der Vertragslaufzeit, etc. Er haftet jedoch nicht für die Verbindlichkeiten der "Tochter", sondern lediglich für die Richtigkeit seiner Auskunft und muss wesentliche Änderungen mitteilen, um sich nicht schadensersatzpflichtig

zu machen. Der Unterschied zwischen beiden Erklärungsarten ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln. Bei Gestaltung einer Patronatserklärung ist daher auf einen entsprechend verbindlichen Wortlaut zu achten.

14) Siehe dazu: BGHZ 117, 127, 132 ff.

Bürgschaft

Durch eine Bürgschaft verpflichtet sich ein Bürge gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber, für die Verbindlichkeiten der Projektgesellschaft einzustehen. Die Bürgschaft sichert damit als eigene Leistungsverpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger (Auftraggeber) die Schuld der Projektgesellschaft. Im Unterschied zu einer Garantie ist die Bürgschaft stets von der Existenz einer zu sichernden Forderung (etwa einer der Pflichten des Hauptvertrages) abhängig. Übliche Mittel zur Kreditsicherung sind in der Praxis v. a. sog. selbstschuldnerische Bürgschaften von Banken. Eine selbstschuldnerische Bürgschaft ist eine Bürgschaft, bei welcher der Bürge auf die Einrede der Vorklage (siehe BGB § 773) verzichtet, d. h. dass der Bürge nicht das Recht hat, vom Gläubiger die Vorklage gegen den Hauptschuldner zu verlangen, sondern sofort zur Zahlung verpflichtet ist, wenn der Hauptschuldner bei Fälligkeit die verbürgte Verbindlichkeit nicht zahlt. Der Bürge haftet mit seinem gesamten Vermögen für die Erfüllung der Verbindlichkeit. Anwendung finden selbstschuldnerische Bankbürgschaften hauptsächlich zur Sicherung der Vertragserfüllung während der Bauphase. Hierdurch können Risiken abgedeckt werden, die aus einer nicht vertragsgemäßen, etwa nicht pünktlichen Leistungserbringung resultieren und dadurch zu Schäden auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers führen. Nach Abnahme der Leistung/des Bauwerks ist sicherzustellen, dass der Bürge wie in der konventionellen Beschaffung für die Kosten der Beseitigung von innerhalb der Gewährleistungsfrist auftretenden Mängeln einsticht, falls die Projektgesellschaft zur Leistung außerstande ist. Eine solche Bürgschaft ist so auszugestalten, dass sowohl etwaige Mängel, die aus der Bauphase resultieren, abgedeckt werden als auch Betriebsmängel hierdurch abgesichert werden. Hierbei sollte außerdem sichergestellt werden, dass die Höhe der Bürgschaft so bemessen wird, dass der öffentliche Auftraggeber nicht schlechter gestellt wird als in der konventionellen Beschaffung.

Versicherung bestimmter Risiken

Der öffentliche Auftraggeber kann sich daneben gegen gewisse Risiken der Bau- oder Betriebsphase durch den Abschluss von Versicherungen absichern. Zu nennen sind hier etwa Planungshaftpflichtversicherungen, Bauleistungsversicherungen, Betriebshaftpflichtversicherungen, Feuerversicherungen, etc. (siehe § 18 Mustervertrag NRW)

Der öffentliche Auftraggeber sollte jedoch bei dem Verlangen einer Sicherheitenbestellung berücksichtigen, dass es sich bei harten Patronatserklärungen, Bürgschaften oder Garantien um sog. Eventualverbindlichkeiten im Sinne des § 251 HGB handelt, die unter der Bilanz des Privaten auszuweisen sind. Hier ist zu beachten, dass durch eine derartige Ausweisung die Bonität des Privaten geschwächt wird. Gerade für kleine und mittlere Unternehmen stellt das Verlangen von Sicherheiten durch den öffentlichen Auftraggeber ein erhebliches finanzielles Problem dar. Überhöhte Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an die durch den Privaten zu gewährenden Sicherheiten können sich daher negativ auf die Marktfähigkeit eines Projektes auswirken und aufgrund des für die Bieter hohen Risikos diese dazu anhalten, nach anderweitigen Einsatzmöglichkeiten zu suchen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass mit der Bereitstellung einer jeglichen Sicherheit durch den Privaten Kosten verbunden sind, die der Private bei seiner Kalkulation berücksichtigen wird und die damit in das durch den öffentlichen Auftraggeber zu leistende Entgelt eingepreist werden, also das Projekt insgesamt erheblich verteuern können. Das Verlangen von Sicherheiten durch den öffentlichen Auftraggeber sollte daher stets auf seine Notwendigkeit im Einzelfall und insbesondere auch auf seine Tragfähigkeit für den Mittelstand hin untersucht werden.

g) Vergütung (§§ 10, 11)

Das vom Auftraggeber zu zahlende Entgelt dient der (Re-)Finanzierung aller Aufwendungen des Auftragnehmers während der Planungs-, Herstellungs- bzw. Sanierungs- und Betriebsphase. Zusätzlich deckt es auch etwaige Risikoaufschläge und den Gewinn des Privaten im Hinblick auf sämtliche Projektphasen ab. Es handelt sich hierbei um eine Mischkalkulation, die sich typischer-

weise zusammensetzt aus der Annuität für den Projektgegenstand (z. B. Erstellung des Bauwerks) und dem Betreiberentgelt für Facility-Management und sonstigen Dienstleistungen sowie weiteren Kosten für den Betrieb des Projektgegenstandes. Je nach Vertragsausgestaltung sind monatliche, quartalsweise oder jährliche Zahlungsmodalitäten denkbar.

Unter Berücksichtigung der langen Laufzeit von PPP-Verträgen sind Preisentwicklungen vertraglich einzubeziehen. Ausgehend von der allgemeinen Inflationsrate sind die einzelnen Entgeltpositionen dahingehend zu untersuchen, inwiefern deren Preisentwicklung tatsächlich durch diese allgemeine Annahme hinreichend korrekt abgebildet wird. Gegebenenfalls empfiehlt es sich, spezifischere Indizes für ausgewählte Positionen anzuwenden.

h) Informations-, Weisungs- und Kontrollrechte des öffentlichen Auftraggebers (§ 12)

Um die kommunale Erfüllungsverantwortung sicherstellen zu können und zeitnah auf eventuelle Nicht- oder Schlechtleistungen des Privaten oder sonstige Abweichungen von vertraglichen Leistungspflichten reagieren zu können, sollte der öffentliche Auftraggeber jederzeit Kenntnis über den tatsächlichen Stand und die Gegebenheiten der Projektdurchführung besitzen. Daneben ist auch der Private darauf angewiesen, die für die Projektdurchführung erforderlichen Informationen zu erhalten. Daher ist es erforderlich, dass vertraglich **gegenseitige Informationsrechte- und -pflichten** festgelegt werden. Hierzu kann neben der beiderseitigen Pflicht, alle für die Vertragserfüllung erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen und über den Projektstand zu informieren, die Pflicht des Privaten zur Erstellung einer **Dokumentation über die Projektdurchführung** beitragen (siehe § 12.2 Mustervertrag). Diese erleichtert dem öffentlichen Auftraggeber die Überwachung der Projektdurchführung und kann in Streitfällen zu Beweis Zwecken herangezogen werden.

Um präventiv Maßnahmen gegen eine mögliche Insolvenz der Projektgesellschaft ergreifen zu können, kann sich der öffentliche Auftraggeber **Auskunfts- und Einsichtsrechte** in die Bücher und Schriften der Projektgesellschaft vorbehalten, ver-

bunden mit der Pflicht der Projektgesellschaft zur Vorlage ihres testierten Jahresabschlusses und des Geschäftsplanes für die Folgejahre (§ 12.2.4 Mustervertrag). Diese Kontrollmöglichkeiten sind jedoch gerade für den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber kein Gesellschafter der Projektgesellschaft ist, sehr weitgehend und bedürfen einer ausdrücklichen vertraglichen Fixierung. Hierbei ist auf die Festlegung der Pflicht zur **vertraulichen Behandlung** der erhaltenen Informationen auch über die Vertragslaufzeit hinaus zu achten (dazu: § 12.2.5 Mustervertrag).

Der öffentliche Auftraggeber kann sich darüber hinaus zum Zwecke der Projektüberwachung sowie zur Sicherung der hoheitlichen Aufgabe **Kontrollrechte** vorbehalten. Möglich sind etwa jederzeitige **Betretungsrechte** der Baustelle und des Projekt-Gebäudes. Daneben ist es möglich, die Erteilung von **Weisungen** durch den öffentlichen Auftraggeber gegenüber der Projektgesellschaft zum Zwecke der Einhaltung vertraglicher oder öffentlich-rechtlicher Pflichten vorzusehen. Da auch diese Verpflichtung sehr weitgehende Konsequenzen für die Projektgesellschaft nach sich zieht, sollte zur Vermeidung vorschneller Entscheidungen von Seiten des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich die Benennung einer weisungsberechtigten Person/eines Gremiums sowie die Schriftform der Weisung vorgesehen werden. Die Pflicht des privaten Partners zur Erfüllung der Weisung sollte mit Ersatzansprüchen für den Fall der Rechtswidrigkeit der Weisung verbunden werden (siehe zu beidem § 12.3 Mustervertrag).

i) Regelungen zur Streitschlichtung (§§ 13, 14)

Um die Vertragsdurchführung nicht zu gefährden und das in Anbetracht der langen Vertragslaufzeit notwendige Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien nicht zu beeinträchtigen, empfiehlt es sich, **gerichtliche Auseinandersetzungen** nach Möglichkeit zu **vermeiden**. Diese führen durch lange Verfahrensdauern insbesondere auch zu finanziellen Risiken für die Parteien, die es zu minimieren gilt. Außergerichtliche Streitschlichtungsmechanismen sind daher empfehlenswert.

Streitschlichtungsmechanismen können in mehreren Eskalationsstufen vorgesehen werden. Die erste Stufe kann etwa ein **Vertragsbeirat** sein, der mit Vertretern beider Parteien sowie etwaigen weiteren, unabhängigen (sachverständigen) Mitgliedern besetzt ist, der bei Unklarheiten und Unstimmigkeiten angerufen werden kann und auf die Klärung und Lösung von Problemen hinwirkt sowie das Recht hat, in bestimmten (zu regelnden Fällen) verbindliche Entscheidungen zu treffen. Können durch den Vertragsbeirat keine Entscheidungen herbeigeführt werden, kann ein **Schlichtungs-** und anschließend ein **Schiedsgerichtsverfahren** (§ 1025 ff ZPO, möglich ist auch die Durchführung nach einer bestimmten Schiedsordnung) bestrebt werden, empfehlenswert kann zu Beweissicherungszwecken auch ein **selbstständiges Beweisverfahren** (§ 485 ff ZPO) sein. Zu entsprechenden Formulierungsvorschlägen siehe §§ 13, 14 Mustervertrag.

j) Regelungen zur Vertragsbeendigung (§§ 17, 19, 20)

Da ein Projektvertrag regelmäßig auf eine langjährige Vertragsdauer angelegt ist, dementsprechend sämtliche Kalkulationen langfristig erfolgen, haben die Parteien ein Interesse daran, diese Vertragslaufzeit auch zu erfüllen. Ein **Rücktritt** vom Vertrag – etwa als Folge mangelhafter Leistung, etc. – oder ordentliche Kündigungsrechte sollten daher in der Regel **ausgeschlossen** sein (§ 17.1 Mustervertrag). Infolge der langfristigen Vertragskalkulationen könnten andernfalls Ausgleichszahlungen erforderlich werden.

Dennoch sollte es für bestimmte Gegebenheiten, die eine weitere Fortsetzung des Vertragsverhältnisses oder eine Vertragsanpassung unzumutbar machen, möglich sein, das Vertragsverhältnis **außerordentlich** zu **kündigen**. Hier könnte das gesetzliche Kündigungsrecht des § 314 BGB (außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund) durch eine (abschließende oder exemplarische) Aufzählung möglicher Kündigungsgründe ergänzt werden. Derartige Kündigungsgründe können etwa die Insolvenz einer Partei, schwerwiegende Verstöße gegen vertragliche Verpflichtungen, fehlende behördliche Genehmigungen, etc. sein (siehe § 19 Mustervertrag NRW).

Daneben sind die **Folgen der Vertragsbeendigung und -rückabwicklung** zu regeln. Hier ist im Einzelnen festzulegen, welche Rechte auf den öffentlichen Auftraggeber zurück zu übertragen sind, wie, wann und in welchem Zustand Bauwerke, sonstige Wirtschaftsgüter und Unterlagen an den öffentlichen Auftraggeber zu übergeben sind (siehe etwa § 20.1–20.4 Mustervertrag NRW). Hierbei ist aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers darauf zu achten, dass ihm zu jedem Vertragsbeendigungszeitpunkt die Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe weiterhin möglich sein muss (beispielsweise kann hier vereinbart werden, dass sich der Projektgegenstand im vertragsgemäßen Zustand zu befinden hat, dass sämtliche für die Bauunterhaltung und Bewirtschaftung erforderlichen Hilfs- und Betriebsstoffe übergeben werden, ferner die für die Bauunterhaltung und Bewirtschaftung erforderlichen Unterlagen übergeben werden, § 20.3 und 20.4 Mustervertrag). Ferner können Kostenerstattungsansprüche (siehe etwa Regelung in § 20.5–20.7 Mustervertrag NRW), Vorgaben zur Berechnung von Rückkaufspreisen oder Eintrittsrechte des öffentlichen Auftraggebers in Nachunternehmerverträge (dazu siehe Anhang I, A.II.2.c.) vereinbart werden. Hierbei ist es zweckmäßig, Kostenerstattungsansprüche nach der Verantwortungssphäre für den Beendigungsgrund zu untergliedern und aufzuführen (Vertretenmüssen des Privaten, des öffentlichen Auftraggebers sowie durch keine der Vertragsparteien oder durch beide zu gleichen Teilen zu vertretende Vertragsbeendigung) und hierbei auch zu bestimmen, inwiefern gesetzliche Regelungen ergänzend Anwendung finden sollen. Die Regelungstiefe kann hier je nach Komplexität des Vertrages unterschiedlich ausgestaltet werden.

Die Erstattungsregelungen des Mustervertrages (siehe im Einzelnen §§ 20.5–20.7 Mustervertrag) erfassen Schäden, die kausal durch die vorzeitige Vertragsbeendigung verursacht werden. (Hiervon unberührt bleiben jedoch die Schadensersatzansprüche infolge mangelhafter Leistung des Privaten, die in den jeweiligen Leistungsbestandteilen gesondert geregelt werden.) Es ist folgendes vorgesehen: Bei einem Vertretenmüssen der Vertragsbeendigung durch den öffentlichen Auftraggeber ist der Projektgesellschaft der entstandene Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen, wobei die Projektgesellschaft so zu stellen ist, dass sie sämtliche

Verbindlichkeiten erfüllen sowie das Eigenkapital zurückführen kann und ihr entgangener Gewinn ausgeglichen wird. Hierbei sind insbesondere auch etwaige infolge der Forfaitierung an die finanzierende Bank abgetretene Ansprüche zu berücksichtigen, die durch den öffentlichen Auftraggeber unter Anrechnung auf die Ansprüche des Privaten vorrangig zu befriedigen sind. Bei einem Vertretenmüssen der vorzeitigen Vertragsbeendigung durch den Privaten ist dieser dem öffentlichen Auftraggeber nach den gesetzlichen Vorschriften zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der durch die vorzeitige Vertragsbeendigung entsteht (etwa höhere Kosten für alternative Betreiber). Der öffentliche Auftraggeber hat hierbei dem Privaten die Kosten für bereits erbrachte Leistungen zu ersetzen. Unter den Kostenersatz fallen jedoch nicht die im Leistungsentgelt enthaltenen Gewinnmargen, Kapitalverzinsung, etc. (im Mustervertrag als "internen Kosten" bezeichnet) des Privaten. Bei einer Vertragsbeendigung, die keine der beiden Parteien oder beide zu gleichen Teilen zu vertreten hat, wird ein Kostenersatz der bis zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung anfallenden Kosten des Privaten durch den öffentlichen Auftraggeber vorgesehen, wobei hiervon auch interne Kosten erfasst werden.

k) Rechtsübertragung, Abtretung von Forderungen (§ 21)

Zur Rechtsübertragung oder Abtretung von Forderungen aus dem Projektvertrag sollte es erforderlich sein, dass die Projektgesellschaft die Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers einholt (obwohl ein Gläubigerwechsel zu seiner Wirksamkeit grundsätzlich nicht der Zustimmung des Schuldners bedarf). Ebenso sollte gewährleistet werden, dass im Falle einer Rechtsübertragung dem Rechtsnachfolger sämtliche Verpflichtungen im Zusammenhang mit den übertragenen Forderungen auferlegt werden, damit der öffentliche Auftraggeber hier keine Nachteile erleidet (§ 21 Mustervertrag).

3. Planungs- und Bauphase

a) Leistungsinhalt (§§ 22, 24, 25, 27, 28)

Während der Planungs- und Bauphase obliegt es dem privaten Partner, das definierte Bauwerk nach der funktionalen Leistungsbeschreibung des öffentlichen Auftraggebers in eigener **Verantwortung** zu **planen** und fristgemäß zu **erstellen**. Er hat dabei die zur Vertragserfüllung erforderlichen Leistungen selbst zu ermitteln und in eigener Verantwortung festzulegen. Trotz der eigenverantwortlichen Planung des Vorhabens durch den Privaten unterliegen die einzelnen Planentwürfe dem **Zustimmungsvorbehalt** des öffentlichen Auftraggebers, der sie entsprechend freigeben muss. Der öffentliche Auftraggeber hat hierdurch eine Kontrollmöglichkeit zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vorhabens und der Übereinstimmung mit seinen Vorgaben (§ 22.3 und 22.4 Mustervertrag).

Der Private erbringt sodann alle Lieferungen und Leistungen, die erforderlich sind, um den Vertragsgegenstand wie vereinbart komplett **funktionsfähig, betriebsbereit und termingerecht** zu erstellen (§ 24.1 Mustervertrag). Dem liegt ein verbindlicher **Terminplan** zugrunde, der exakt bestimmt, innerhalb welcher Zeit gewisse Leistungsbestandteile durch den Privaten zu erbringen sind (§ 28 Mustervertrag). Hierdurch wird gewährleistet, dass die Leistung zügig und für den öffentlichen Auftraggeber kalkulierbar erbracht wird, der öffentliche Auftraggeber die hoheitliche Aufgabe damit auch wie geplant wahrnehmen kann, bzw. andernfalls Sanktionen gegen den Privaten verhängt werden können (z. B. Vertragsstrafen, dazu Anhang I, A.II.3.e.). Fristverlängerungen sind im Falle von gewünschten Leistungsänderungen oder von für den Privaten unabwendbaren Umständen angemessen (§ 28.2 Mustervertrag).

Auch Leistungsbestandteile, die aufgrund der funktionalen Ausschreibung des öffentlichen Auftraggebers nicht abschließend definiert waren und die zur Erbringung der Bauleistung im vorgenannten Sinn erforderlich sind, sind hierbei grundsätzlich durch den Privaten ohne Anspruch auf eine Mehrvergütung zu erbringen. Um eine qualitativ den vereinbarten Leistungsstandards entsprechende Leistung zu

erhalten, sollte der Private zur **Einhaltung einschlägiger Bauvorschriften**, sonstiger Normen, des Standes der Technik und der anerkannten Regeln der Baukunst verpflichtet werden (siehe § 25 Mustervertrag). Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Anforderungen an die durch den Privaten zu gewährenden Standards nicht so hoch sind, dass die Marktgängigkeit des Projektes beeinträchtigt wird. (Dies könnte z. B. aus einer Verpflichtung des Privaten zur Gewährung des jeweiligen neuesten Standes der Technik während der gesamten Vertragslaufzeit resultieren. Hier ist jeweils eine Einzelfallbetrachtung erforderlich.) Um Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich des Umfangs und der Güte der Vertragsleistungen im Laufe der Vertragslaufzeit zu klären, kann es hilfreich sein, ein bestimmtes, durch die Vertragsparteien vereinbartes anderes Bauwerk als Vergleichsobjekt heranzuziehen (siehe § 24.6 Mustervertrag). Allgemein empfiehlt es sich, als Auslegungshilfe zu regeln, welche einschlägigen Vorschriften und dem Vertrag vorausgehenden Vereinbarungen (Angebot, Vorverträge, etc., siehe hierzu § 25.6–25.9 Mustervertrag) **Bestandteil des Vertrages** sein sollen. Hierbei ist insbesondere darauf zu achten, dass die Vertragsbestandteile in sich widerspruchsfrei bleiben (§ 25 Mustervertrag).

Ferner ist es zur Vermeidung von Streitigkeiten und Verzögerungen empfehlenswert, je nach der zugrunde liegenden Situation und den Erfordernissen des Einzelfalles zu definieren, welche **Einzelleistungen** zur Ermöglichung der vertraglichen Bauleistung erforderlich sind, von wem diese Leistungen durchzuführen und die Kosten zu übernehmen sind (siehe beispielsweise Aufzählung in § 24.5 Mustervertrag: hier werden Regelungen zu Erschließungsleistungen (Ver- und Entsorgungsleitungen), zum Abbruch und zur Entsorgung von bestehenden Gebäuden, zur Risikoverteilung hinsichtlich der Beschaffenheit in die Bauleistungen miteinbezogener Gebäude sowie zur Situation des Auffindens von Kampfmittel oder Altertumsfunden getroffen). Möglich sind auch weitere Regelungen nach Bedarf des Einzelfalles.

In diesem Zusammenhang kann deklaratorisch auch die Pflicht des Privaten zur Beseitigung infolge der Bautätigkeit auf dem Vertragsgrundstück entstandener Verunreinigungen oder Beschädigungen nach Beendigung der Bautätigkeit ausdrücklich geregelt werden. Hier kann sich der öffentliche Auftraggeber