



HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Grundlagenseminar
ÖPP - Vertragsgestaltung

Hamburg, 01. September 2010
Berlin, 06. September 2010

Ausgangsfall Neues Gymnasium Entenhausen



2

Sachverhalt:

Entenhausen sucht einen Auftragnehmer, der ihr ein neues Gymnasium für 1.200 Schüler errichtet und diese Schulimmobilie sodann für 20 Jahre betreibt. Hierfür stellt sie ein Grundstück zur Verfügung. Die Schule soll nach Fertigstellung und Abnahme in ihr Eigentum übergehen. Als Vergütung möchte sie monatliche Raten ab Abnahme zahlen, die sowohl die Investitionskosten als auch die Betriebskosten abdecken. Der Auftragnehmer soll verpflichtet sein, die Schule während des gesamten Vertragszeitraums in einem zuvor definierten ordnungsgemäßen Zustand zu halten und sie nach Abschluss renoviert wieder Entenhausen zur Verfügung zu stellen. Für die Finanzierung stellt die Kommune in Aussicht, dass sie nach Abnahme einen Einredeverzicht gegenüber der finanzierenden Bank erklärt.

Welche Regelungen muss der entsprechende Vertrag enthalten?

Vertragstypus?

- Errichtung?
 - Generalunternehmervertrag
- Betrieb
 - Facility-Managementvertrag mit Instandhaltungspflicht
- Finanzierung
 - Schließt der Auftragnehmer ab
 - Einreदेverzicht der Kommune

Grundelemente Vertrag

- Leistungspflichten
- Vergütung
- Haftung
- Änderungen
- Zusammenarbeit
- Beendigung

Inhalte des ÖPP-Vertrages für die Kommune X

- Leistungspflichten
 - Errichtung
 - Betrieb
- Vergütung
 - für Errichtung
 - für Betrieb
 - für Finanzierung

Inhalte des ÖPP-Vertrages für die Kommune X

- Haftung
 - für Mängel bei Errichtung
 - für Fehler bei Betrieb
 - Haftungsobergrenzen
 - Vandalismusschäden
- Änderungen
 - während der Errichtung
 - im Betrieb
- Zusammenarbeit
- Vertragsbeendigung

Errichtung:

- Schlüsselfertigbau durch Generalunternehmer
- Ausgangslage:
 - funktionale Ausschreibung
 - Konstruktives Angebot
 - Zuschlag auf konstruktives Angebot
- Grobplanung im Vergabeverfahren erfolgt
- Feinplanung bei der Umsetzung
 - Bemusterung erforderlich
- Nachunternehmerbindungen
- Abnahme

Betrieb

- Ausgangslage:
 - Funktionale Definition von Verfügbarkeiten
 - Leistungsversprechen des Auftragnehmers im Angebot
- Service-Level-Agreement (SLA) für Betriebspflichten
 - Reinigungszustand
 - Raumtemperatur
 - Verfügbarkeit von Strom und Wasser
 - (wird häufig beigestellt)
- Grünflächen
- Schließdienst / Sicherheit
- Hausmeisterverfügbarkeit
 - Personalbeistellung?

Vergütung

- Bestandteile:
 - Erstellungsvergütung: Pauschalfestpreis
 - Betriebsvergütung: pauschale monatliche Rate
 - Finanzierungsvergütung

- Bestandteile der Betriebsvergütung:
 - Objektmanagement
 - Technische Betriebsführung
 - Instandhaltung, Inspektion und Wartung
 - Instandsetzung und Schönheitsreparaturen
 - Versorgung
 - Reinigung und Pflege
 - Außenanlagen / Pflege
 - Schutz, Sicherheitsdienst und Schließverwaltung
 - Objektverwaltung
 - Hausmeisterdienste
 - Versicherungen

Vergütung

- Berechnung der monatlichen Rate aus anteiliger Herstellungsvergütung,
z. B. 240 Raten u.
- Finanzierungsvergütung

Berechnung der Finanzierungsvergütung

- Zinsfestschreibung bei verbindlichem Angebot
- außer:
 - Referenzzinssatz + Terminzinsaufschlag (bei Zuschlag)

Erfolgsvergütung

- Garantie von Verbrauchsmengen
- Bei Überschreitung: Auftragnehmer trägt Mehrkosten
- Bei Unterschreitung: Auftragnehmer erhält 50 % der Einsparung

Auswirkungen einer Bauverzögerung auf die Vergütung

- Vom Auftragnehmer zu vertreten: Zinsschaden trägt der Auftragnehmer
- Vom Auftraggeber zu vertreten: Zinsschaden trägt der Auftraggeber und ersetzt diesen dem Auftragnehmer
- Nicht zu vertreten?
 - Risiko trägt Auftraggeber und ersetzt den Zinsschaden dem Auftragnehmer

Forfaitierung mit Einredeverzicht

- Ausgangslage:
 - Herstellungsvergütung wird gestundet und durch den Auftraggeber über 20 Jahre bezahlt.
 - Finanzierung durch den Auftragnehmer sicherzustellen
 - Marktkonditionen sind wesentlich höher als Kommunalkreditkonditionen

Forfaitierung mit Einredeverzicht

■ Lösung:

- Forfaitierung mit Einredeverzicht
 - „In Bausch und Bogen“
 - Bedeutung des Begriffs:
 - Funktionsweise:
 1. Auftragnehmer tritt Ansprüche gegen den Auftraggeber aus der Herstellungsvergütung an die finanzierende Bank ab
 2. Auftraggeber verzichtet gegenüber der Bank auf Einreden aus dem Projektvertrag
- D.h.: Auftraggeber kann bei Schlechtleistung Betriebsvergütung kürzen, nicht aber Herstellungsvergütung

- Bei Insolvenz des Auftragnehmers:
 - Auftraggeber ist Eigentümer des geschuldeten Bauwerks
 - Gewährleistungsbürgschaft bleibt erhalten
 - Herstellervergütungsraten können gefahrlos an die Bank gezahlt werden!

Fördermittel

- Ausgangslage:
 - GU-Auftrag
 - Baukosten trägt zunächst Auftragnehmer
- Lösung:
 - Auftragnehmer prüft Fördermittelverfügbarkeit
 - Auftragnehmer bereitet Anträge vor
 - Auftragnehmer haftet für Kostennachteile, die durch entgangene Fördermittel entstanden sind.
 - Sanktionen
 - Errichtung
 - VOB/B bezüglich Abnahme, Mängelhaftung

Sanktionsinstrumente

- Errichtung
- VOB/B bezüglich Abnahme, Mängelhaftung
- Betrieb :
 - Bei Unterschreitung der vereinbarten Servicelevel:
 - Automatische Minderung der Vergütung für den Betriebsteil
 - Vertragsstrafen
 - Kündigung

Haftung für Baugrundrisiko

- Auftraggeber legt entsprechende Gutachten im Verfahren vor
- Bieter prüfen mit eigenen Ressourcen im Verfahren
- Auftragnehmer trägt Baugrundrisiko, soweit im Vorhinein erkennbar

Haftung für Vandalismus

- Ausgangslage:

Vandalismusrisiko lässt sich durch gute Betriebsführung beeinflussen („broken-window-Theorie“)

Das Risiko, wie hoch diese Schäden sind, lässt sich dessen ungeachtet nicht abschließend kalkulieren.

Hohe Risikozuschläge in der Vergütung sind nicht im Interesse des Auftraggebers.

■ Lösung:

- Auftragnehmer trägt die Kosten bis zu einer Höhe von z. B. EUR 2.500,00 pro Jahr
- Auftragnehmer weist nach, dass darüber hinausgehende Schäden nicht vermeidbar waren
- Auftraggeber erstattet Mehrkosten

Haftung

- Nach gesetzlichen Grundlagen
- Möglicherweise Deckelung auf Versicherungssummen
- Keine Haftung wegen entgangenen Gewinns

Vertragsstrafen

- Pro Werktag 0,2 % der Herstellungsvergütung bei Verzögerung
- Keine Vertragsstrafe bei Exkulpation
- Deckelung der Vertragsstrafe auf 5 % der Herstellungsvergütung
- Vertragsstrafen werden auf Schadensersatzansprüche angerechnet

Versicherungskonzept

- Auftragnehmer
 - Personenschäden
 - Vermögensschäden
 - Sachschäden
 - Betriebsausfallschäden
 - Sonstige Schäden
- Auftraggeber
 - Feuer, Einbruch, Inventar
 - Elektronik
 - Haftpflicht
 - Unfall

Sicherheiten

- Fertigstellungsbürgschaft über 5 % der Herstellungskosten durch Auftragnehmer zu stellen

Vertragsänderung

- Ausgangslage:
 - 20 Jahresvertrag
 - Änderung der Verwaltungsorganisation möglich
 - Änderung von Schülerzahlen oder Schulreformen möglich

Vertragsänderung

- Lösung:
 - Auftraggeber hat in der Bauphase Anspruch auf Leistungsänderung gemäß VOB/B gegen Mehrvergütung
 - Hinterlegung der Kalkulation gemäß VOB/B
 - Anpassung der Betriebsleistung auf Anforderung des Auftraggebers:
 - Kalkulation der Mehr- oder Minderaufwände durch den Auftragnehmer
 - Recht des Auftraggebers, die Leistung zu beauftragen
 - Nachträgliche Einigung über Schiedsgutachter

Vertragsbeendigung

- Automatische Beendigung nach Ablauf der Laufzeit
 - Übergabe im instandgesetzten Zustand gemäß Beschreibung Leistungsverzeichnis
 - Gemeinsame Entscheidung über Instandhaltungsbudget vor Ablauf
- Recht zur außerordentlichen Kündigung des Auftraggebers
 - Kein Rücktrittsrecht
 - Verzögerung vom Auftragnehmer zu vertretenen Gründen
 - Erhebliche und zu vertretende Verletzung von Servicelevelpflichten
 - Verstoß gegen Nachunternehmervorgaben
 - Insolvenzantrag des Auftragnehmers

Zusammenarbeit / Eskalation

- Komplementäre Projektorganisationen
- Konfliktbewältigung durch Eskalation
- Lenkungsausschuss
- Einschaltung eines Schiedsgutachters bei wirtschaftlichen und technischen Fragen
- Vereinbarung eines Schiedsgerichts statt ordentlicher Gerichte?

Umsetzung Lebenszyklusansatz im Vertrag

- Begriff: In der Planungs- und Erhaltungsphase werden Betriebs-, Erhaltungs- und Instandsetzungskosten berücksichtigt.
- Wegen des einheitlichen Entgelts für Bau und Betrieb wird **Anreiz** gesetzt für
 - nachhaltigen Bau mit Blick auf ökonomischen Betrieb
 - Regelmäßige Instandhaltung um teuren Instandhaltungsstau zu vermeiden
- Lebenszyklusansatz = Anreizsystem für effektive Planung, Bau und Betrieb

Lebenszyklusansatz im Mustervertrag

- Festpreis für Bau und Betrieb über 20 Jahre § 24
- Gleicher Auftragnehmer für Planung,
Bau und Betrieb beauftragt
- Verbrauchsgarantie mit Erfolgsvergütung § 25
- Kosten für Instandsetzung, Schönheitsreparaturen und
Vandalismusschäden pauschaliert § 12, 26
- Pflicht zur Einreichung von Leistungsoptimierungsvorschlägen § 15
- Festlegung des Zustandes der Immobilie
bei Vertragsbeendigung § 34
Abs. 5 i.V.m. Anlage E

Mogendorfer Modell

- Begriff: Das Mogendorfer Modell wurde in den 90er Jahren in Rheinland-Pfalz konzipiert und im Bereich eines Straßenvorhabens angewandt.
- Unterscheidet sich von der Forfaitierung im Inhabermodell dadurch, dass die Abtretung nicht nach Ende der Bauphase sondern bereits nach in sich abgeschlossenen Bauabschnitten auf der Basis von „Testaten“ erfolgt.
- Nachteil: Endabnahme kann auch zu „Überraschungen“ führen oder ganz unterbleiben.
- Teilzahlungen bergen entsprechendes Risiko.

Vertragstypen (herkömmliche Einordnung)

- Erwerbmodell
 - Schlüsselfertigbau auf fremdem Grund
- Vermietmodell
 - Mieter eines nach Auftraggebervorgaben erstellten Gebäudes
- Contractingmodell
 - Betrieb nur der technischen Anlagen
- Konzessionsmodell
 - Vergütung erfolgt durch den Nutzer (Straße, Parkplatz)
- Gesellschaftsmodell
 - Gemeinschaftsunternehmen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zur Erbringung der Leistung entweder gegenüber dem Auftraggeber oder gegenüber Dritten.
- Beispiel: HIL Instandsetzungslogistik GmbH