

Gestaltungsprobleme bei Verträgen für Öffentlich-Private Partnerschaften

Wolfgang Abromeit

Im Anschluss an die programmatische Einführung in die Modernisierung des Gemeinwesens und die Darstellung einiger struktureller Probleme bei Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) ist es Ziel dieses Beitrages, auf diese Handlungs- und Organisationsformen¹ konstruktiv näher einzugehen. Dafür wird der Beitrag zunächst von einigen grundlegenden Ausführungen zur Vertragsgestaltung bei komplexen Verträgen ausgehen (I.) und einige strukturelle Probleme der Vertragsgestaltung bei Public Private Partnership Verträgen erläutern (II.). Darauf aufbauend wird eine kurze Kategorisierung der Risiken mit den jeweils anzuwendenden Prinzipien der Risikoverteilung vorgestellt (III.), bevor abschließend einige vertragliche Mechanismen der Risikoverteilung skizziert werden können (IV.).

I. Öffentlich-Private Partnerschaften unter dem Blickwinkel der Vertragsgestaltung

Der kautelarjuristische Blickwinkel auf die Kooperation mit Privaten rückt nicht die Faktoren für oder gegen eine solche Zusammenarbeit in das Zentrum der Betrachtung, sondern setzt danach an. Dies hat seinen Grund einerseits darin, dass die Entscheidung eher politischer Natur ist² – wenn auch nicht frei von rechtlichen Implikationen, wie der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung gem. § 7 Abs. 2 BHO.³ Ungeach-

1 *Hartmut Bauer*, Privatisierung oder Publizisierung? Wege zur gemeinwohlorientierten Bereitstellung von Leistungen im allgemeinen Interesse, S. 35 f. in diesem Band.

2 Die politische Dimension der Entscheidung betont auch *Martin Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten für den 67. DJT, 2008, S. 11 f.; *Rolf Stober*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Phantomdiskussion oder Gestaltungsoption in einer verantwortungsgeteilten, offenen Wirtschafts-, Sozial- und Sicherheitsverfassung?, NJW 2008, S. 2308.

3 *Martin Weber/Oliver Moß/Andreas Parzych*, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen als Erkenntnis- und Entscheidungsprozess, in: *Martin Weber/Michael Schäfer/Friedrich*

tet der Probleme bei der Projektdurchführung im Rahmen von Public Private Partnership⁴, bleibt die Einbeziehung von Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben eine von mehreren legitimen Möglichkeiten, ein Projekt durchzuführen. Entscheidet sich der öffentliche Partner im demokratisch legitimierten Entscheidungsprozess für diesen Erfüllungsmodus, so ist es Aufgabe der Juristen in der Vertragsgestaltung dafür zu sorgen, dass die Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Projektdurchführung gegeben sind.

In dieser Phase der Kooperation, die hier bereits von *Hartmut Bauer* als besonders prekäre Phase der Kooperation und als „Auslöser für Schiefen und auch das Scheitern“ der Zusammenarbeit identifiziert wurde⁵, liegt der Fokus der juristischen Betrachtung darauf, die Interessen der Parteien weitestgehend zu verwirklichen und die Rechtsverhältnisse so erfolgversprechend wie möglich zu gestalten. Ausgangspunkt für Überlegungen zur Vertragsgestaltung ist die Motiv- und Interessenlage der Parteien.⁶ Zwar ist die Interessenlage der Parteien häufig sehr heteronom. Die Vielgestaltigkeit der Motive für die Zusammenarbeit des Staates mit Privaten wurde bereits vor einiger Zeit von *Bauer* herausgearbeitet: Sie erstrecken sich von ordnungspolitischen Erwägungen über die Einbeziehung und Nutzung privaten Sachverstands, privater Initiative und privaten Verwaltungspotentials, der Beschleunigung von Verwaltungsprojekten größerer Flexibilität bei Personalakquisition und -einsatz, höherer Kreditwürdigkeit, Flexibilität im Haushaltsgebaren, Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung, Effizienzsteigerung über

Hausmann (Hrsg.) Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, § 11 S. 499; *Holger Mühlhamp*, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP – Zwischen methodischer Konsistenz und interessengeleiteter Ergebnisgestaltung, in: ders. (Hrsg.), Öffentlich Private Partnerschaften: Potentiale und Probleme, ZögU Beiheft 46 (2016), S. 60ff.; *ders.*, Effizienzgewinne und Entlastungen öffentlicher Haushalte durch Public Private Partnership, in: Hans-Ulrich Küpper/Lothar Semper (Hrsg.), Chancen und Risiken von PPPs, S. 98f.; *Norbert Kanthak/Andreas Lenßen*, Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung von PPP-Modellen, in: Bettina Meyer-Hoffmann/Frank Riemenschneider/Oliver Wehrauch (Hrsg.), Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, 3. Rn. 851 ff.

4 *Michael Meier*, Öffentlich-Private Partnerschaften im Fokus der Rechnungshöfe, S. 87ff. in diesem Band; Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten 2011, http://www.landesrechnungshof-sh.de/file/erfahrungsbericht_oep.pdf <16.08.2017>.

5 *Bauer* (Fn. 1), S. 35.

6 Vgl. *Eckard Rehbinder*, Die Rolle der Vertragsgestaltung im zivilrechtlichen Lehrsystem, AcP 174 (1974) S. 286f. und 299; *Eckard Rehbinder*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 1993; *Lutz Aderhold/Raphael Koch/Karlheinz Lenkaitis*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2015, S. 7; *Karl Oskar Schmittat*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2005; *Rainer Kanzleiter*, Der Blick in die Zukunft als Voraussetzung der Vertragsgestaltung, NJW 1995 S. 905 ff.

höhere Beweglichkeit bei der Zusammenarbeit mit anderen Verwaltungsträgern und den Abbau von Vollzugsdefiziten bis hin zu atmosphärischen und psychologischen Aspekten einer stärkeren Orientierung an den Handlungsmustern und Erfolgsstrategien der privaten Wirtschaft.⁷ Das Hauptmotiv der öffentlichen Hand für die zentrale Einbeziehung eines Privaten Partners ist und bleibt jedoch die Erwartung⁸ von Effizienzvorteilen – bei zumindest gleichbleibender Qualität der Aufgabenerfüllung.⁹ Diese Effizienzvorteile sollen vor allem durch Bündelungseffekte erzielt werden: Die einheitliche Verantwortung für Planung, Bau und Betrieb soll Synergieeffekte erzeugen, die vor allem auf einer effizienten Risikoverteilung beruhen.¹⁰ Nur zur Erinnerung: Bei „klassischer

- 7 *Hartmut Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 1995, Bd. 54, S. 256; vgl. Public Private Partnership-Initiative NRW, Public Private Partnership im Hochbau, Erste Schritte: Der PPP-Eignungstest, S. 9f.; *Dietrich Budäus*, Public Private Partnership – Ansätze, Funktionen, Gestaltungsbedarfe, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Public Private Partnership: Formen – Risiken – Chancen, 2004, S. 14; *Peter Tettinger*, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVBl 2005 S. 1; *Friedrich Schoch*, Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben, Jura 2008, S. 672ff.; *Andreas Pfnür/Tim Eberhard*, Allokation und Bewertung von Risiken in immobilienwirtschaftlichen Public Private Partnerships, in: Dietrich Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Staat und Markt. Theoretische Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnership, 2006.
- 8 Eine systematische Erfolgskontrolle realisierter und beendeter Projekte existiert allerdings bisher nicht, die Effizienz ist also bei Einbeziehung eines privaten Partners nicht garantiert. Vielmehr kann festgehalten werden, dass es insgesamt nicht empirisch erwiesen ist, dass Unternehmen in privater Hand insgesamt effizienter handeln als öffentliche Unternehmen, vielmehr weisen empirische Metastudien darauf hin, dass unter Wettbewerbsbedingungen öffentliche Unternehmen genauso effizient arbeiten können wie private Unternehmen. *Holger Mühlenkamp*, From State to Market Revisited: More Empirical Evidence on the Efficiency of Public (and Privately-owned) Enterprises, FÖV Discussion Papers 75, 2008; ders., Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships, FÖV Discussion Papers 55, 2010.
- 9 Unterrichtung durch die Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung über ÖPP-Projekte im Betrieb v. 26.11.2015, BT-Drs. 18/6898, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/068/1806898.pdf> <16.08.2017>; Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Erfahrungsbericht Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland, 2007, S. 16; *Thorsten Beckers/Jan Peter Klatt*, Potenziale und Erfolgsfaktoren des PPP-Ansatzes, Studie im Auftrag der Initiative Finanzstandort Deutschland (IFD), 2008, S. 2ff., https://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2009/potenziale_und_erfolgsfaktoren_des_ppp-ansatzes.pdf <16.08.2017>.
- 10 *Mühlenkamp*, Ökonomische Analyse (Fn. 8), S. 6f.; *Holger Mühlenkamp*, Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships (PPP) – PPP als Instrument zur Steigerung der Effizienz der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder als Weg zur Umgehung von Budgetbeschränkungen?, in: Jan Ziekow (Hrsg.): Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück?, Baden-Baden, 2011, S. 78; ders., Effizienzgewinne und Entlastungen öffentlicher Haushalte durch Public Private Partnership, in: Hans-Ulrich Küpper/Lothar Semper (Hrsg.), Chancen und Risiken von PPPs, S. 75ff.; *Thorsten Becker/Jan Peter Klatt*, Eine

Beschaffung“ übernimmt zumindest in Deutschland der Staat die Aufgaben auch nicht selbst, sondern schreibt – zumindest die ersten beiden Komponenten, Planung und Bau – getrennt an Private aus.

II. Strukturelle Gefahren und Probleme der Vertragsgestaltung bei Öffentlich-Privaten Partnerschaften

Kernproblem der Vertragsgestaltung ist also die angemessene Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer als Anreizmechanismus für effizientes Handeln. Eine Sensibilisierung für potentielle Gefahren und Probleme im Rahmen dieses kurzen Beitrages kann über einige Beispiele für typische Problemlagen erreicht werden:

1. Einseitige Risikoverteilung zu Lasten des Auftragnehmers

Kontraintuitiv ist zunächst die einseitige, unüberlegte Risikoverteilung zu Lasten des Auftragnehmers problematisch. Sie ist ineffizient, da der private Vertragspartner grundsätzlich risikoavers ist und in der Konsequenz Risikoprämien verlangt. Die öffentliche Hand ist aufgrund ihres breiten Aufgabenspektrums und der hohen, wenn auch begrenzten Mittel sowie der damit einhergehenden Diversifikation und natürlichen Streuung der Risiken beinahe als risikoneutral einzustufen.¹¹ Grundsätzlich ist die Übertragung eines Risikos auf einen Privaten also teurer als die Übernahme durch die öffentliche Hand.¹² Ein Folgeproblem kann sein, dass sich nur unredliche Partner an der Ausschreibung beteiligen, die Nachverhandlungen zu ihren Gunsten einkalkulieren. Langzeitverträge gleichen nämlich einer Art bilateralem Monopol, bei dem sich das Abhängigkeitsverhältnis vor und nach Vertragsschluss entscheidend umkehrt.¹³ Während vor Vertragsschluss der Staat ein gewisses Nachfragemonopol innehat, besitzt nach Vertragsschluss der private Partner ein Angebotsmonopol. Diese Tatsache, kombiniert mit der hohen Komplexität und der damit zusammenhängenden Unvollständigkeit der Langzeitverträge

Institutionenökonomische Analyse der Kosteneffizienz des PPP-Ansatzes, Zögu 2009, S. 327 f.; *dies.*, Potenziale und Erfolgsfaktoren des PPP-Ansatzes, 2008, S. 7; *Beckers/Klatt* (Fn. 9), S. 44.

11 *R. Preston McAfee/John McMillan*, Incentives in Government Contracting, 1988, S. 14; *Jirka Gehrt*, Flexibilität in langfristigen Verträgen, 2009, S. 36.

12 *Mühlenkamp*, Effizienzgewinne und Entlastungen (Fn. 10), S. 93 f.

13 *Gehrt* (Fn. 11), S. 70.

führt nach Vertragsschluss zu einer tendenziellen Überlegenheit des privaten Partners und somit zu der Gefahr, opportunistischem Verhalten ausgeliefert zu sein.¹⁴ Der Auftragnehmer kann nach Vertragsschluss offen oder implizit damit drohen, den Vertrag zu brechen und so einseitige Vertragsanpassungen durchsetzen.¹⁵ Diese theoretischen Überlegungen der Transaktionskostenökonomie sind für Kooperationen des Staates mit Privaten empirisch untermauert und führen regelmäßig zu Verzögerungen und Kostensteigerungen.¹⁶

2. Unklare Verträge und unklare Risikoverteilung

Ein weiteres Problem kann sich durch unklare und fehlerhafte Verträge ergeben. So kann eine verdeckte Risikotragung des öffentlichen Auftraggebers auf einer unklaren oder fehlerbehafteten Leistungsbeschreibung beruhen, wegen der die tatsächlich erbrachten Leistungen nicht den Anforderungen des Auftraggebers entsprechen.¹⁷ Die Konsequenzen daraus sind auch aus den eben beschriebenen Umständen wiederum Kostensteigerungen für die öffentliche Hand. Auch eine unklare Risikoverteilung eine Erfüllungsebene „tiefer“, zwischen Generalunternehmer und Unterauftragnehmern, kann zu Verzögerungen und Kostensteigerungen führen.

3. Unkontrollierte Preissteigerungen bei Konzessionen

Eine besondere Form von Problemen entsteht bei Konstellationen, die im Deutschen als „Konzessionen“ bezeichnet werden. Zusammenfassend gesagt bedeutet dies, dass die Finanzierung der Anlage über Nut-

14 *Mühlenkamp*, Effizienzgewinne und Entlastungen (Fn. 10), S. 95 ff.; *Holger Mühlenkamp*, Public Private Partnership aus der Sicht der Transaktionskostenökonomik und der Neuen Politischen Ökonomie, in: Budäus (Hrsg.), *Kooperationsformen zwischen Staat und Markt*, 2006, S. 33; im Anschluss daran *Peter Paffhausen*, *Entscheidung über eine Öffentlich Private Partnerschaft*, 2010, S. 47.

15 Vgl. *Mireira Artigot i Golobardes/Fernando Gómez Pomar*, Long-term contracts in the law and economics literature, in: Gerrit de Geest (Hrsg.), *Contract law and economics*, 2011, S. 327.

16 *Mühlenkamp*, Effizienzgewinne und Entlastungen (Fn.10), S. 95 ff.; *Paffhausen* (Fn. 14), S. 100 ff.; *Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten*, 2011; *Jirka Gehrt*, *Flexibilität in langfristigen Verträgen*, 2009, S. 23 f. m.w.N.; *Eduardo Engel/Ronald Fischer/Alexander Galetovic*, *Soft Budgets and Renegotiations in Public Private Partnerships*, NBER Working Paper Series, Working Paper 15300, 2009.

17 *Rechnungshöfe* (Fn. 4), S. 14, 31.

zerentgelte erfolgt.¹⁸ Hier ist es wichtig, dass genaue Regelungen für die Voraussetzungen einer Erhöhung der Nutzerentgelte getroffen werden, damit die privaten Betreiber nicht während der oft recht langen Vertragslaufzeit durch unkontrollierte Preissteigerungen ein natürliches Monopol zu Lasten der Bürger ausnutzen.

4. Insolvenzrisiko bei Projektgesellschaften

Bei der Kooperation mit einer Projektgesellschaft ergeben sich besondere Probleme im Falle einer Insolvenz. Dann wird nämlich die vertragliche Risikoarchitektur ausgehebelt und die öffentliche Hand, die auf die Aufgabenerfüllung angewiesen ist, muss möglicherweise doppelt bezahlen.¹⁹

III. Kategorisierung von Risiken bei Public Private Partnerships

Es stellt sich also die Frage, wie man diesen Gefahren in der Vertragsgestaltung begegnen kann. Methodisch sollte man die Risiken, die mit der Projektdurchführung verbunden sind, zunächst so spezifisch wie möglich identifizieren und abschätzen, welche Konsequenzen sich ergeben, falls sie sich realisieren. Anschließend sind sie nach Prinzipien der Risikoverteilung vertraglich einer der Parteien zuzuweisen oder angemessen aufzuteilen. Die Analyse dieses Prozesses kann im Rahmen dieses kurzen Beitrags nur überblicksartig geschehen. Es ist sinnvoll, die Risiken danach zu unterscheiden, wie sie die Kooperation betreffen. Dementsprechend gibt es Projektrisiken, globale Risiken und Kooperationsrisiken.

18 Nach der Legaldefinition des § 105 I GWB ist eine Konzession ein entgeltlicher Vertrag, mit dem ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen (Abs. 1 Nr. 1) oder mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen (Abs. 1 Nr. 2) betraut. Dabei kann jeweils die Gegenleistung entweder im Recht zur Nutzung der Leistung bestehen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung; zum neuen Konzessionsrecht: *Thorsten Siegel*, Das neue Konzessionsvergaberecht, NVwZ 2016, S. 1672 ff.; *Thomas Mössinger*, Die Dienstleistungskonzession: Wesen und Abgrenzung zu ausschreibungsfreien Verträgen, NZBau 2015, S. 545 ff.; *Matthias Knauff/Elisabeth Badenhausen*, Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, S. 395 ff.

19 Rechnungshöfe (Fn. 4), S. 31.

1. Projektrisiken

Als Projektrisiken werden diejenigen Risiken bezeichnet, die von den Projektbeteiligten beeinflussbar sind und die auf ungewissen tatsächlichen Umständen beruhen. Im Rahmen dieser Oberkategorie ist eine weitere Kategorisierung anhand der Phasen der Kooperation möglich: Es gibt also Planungsrisiken und Baurisiken, Betriebsrisiken und Verwertungsrisiken.²⁰ Das wichtigste Prinzip der Risikoverteilung bei den Projektrisiken ist, dass derjenige es tragen sollte, der die Verwirklichung am ehesten beeinflussen kann.²¹

2. Globale Risiken

Der Eintritt globaler Risiken ist per Definition von keinem der Kooperationspartner zu beeinflussen. Es kommt demnach im Wesentlichen darauf an, festzustellen, wer am besten mit den Auswirkungen von verwirklichten Risiken umgehen kann und inwiefern eine Risikoteilung sinnvoll wäre. Besonders die höhere Risikoaversion des privaten Partners, die mit größeren Risikokosten einhergeht, kann in diesem Zusammenhang grundsätzlich dazu führen, dass der Auftraggeber sinnvollerweise das Risiko tragen sollte. Aus der Tatsache, dass der staatliche Auftraggeber eine geringere Risikoaversion hat, folgt das Prinzip, dass Risiken, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluss hat, vom Auftraggeber zu tragen sind.²² Da dieser theoretisch risikoneutral eingestellt sein sollte, entstehen normalerweise keine oder zumindest weniger zusätzliche Risikokosten.

20 Vgl. Rechnungshöfe (Fn. 4), S. 30; Vgl. auch Vgl. *Andreas J. Roquette/Christian Scherer-Leydecker*, Öffentlich-Private Partnerschaften, in: *Andreas J. Roquette/Andreas Otto*, Vertragsbuch Privates Baurecht, 2. Aufl. 2011, G. Rn. 36.

21 *Andreas Pfnür/Christoph Schetter/Henning Schöbener*, Risikomanagement bei Public Private Partnerships, 2010, S. 44 f.; *Christopher Bovis*, Risk and Public Private Partnerships, EPPL 2012, S. 49; *Gehrt* (Fn. 11) S. 55; *John G. Perry*, The New Engineering Contract: Principles of Design and Risk Allocation, in: *Engineering, Construction and Architectural Management* 1995 (2/3), S. 204; *Elmar Bickert*, Der Bauvertrag als symbiotischer Interessenwahrnehmungsvertrag, S. 118, 221; vgl. *Roquette/Scherer-Leydecker* (Fn. 20), Rn. 36; Vgl. *Rainer Schach/Jens Otto*, Risikoallokation bei PPP-Verträgen: Welche Strategie ist sinnvoll?, in: *Baumanagement und Baurecht* 2008, S. 51; *Joseph H.L. Chan/Daniel W.M. Chan/Patrick T.I. Lam/Albert P.C. Chan*, Preferred Risk Allocation in Target Cost Contracts in Construction, *Facilities* 2011 Vol. 29 Iss. 13/14, S. 548.

22 *Perry* (Fn. 21) *Engineering, Construction and Architectural Management* 1995 (2/3), S. 204; *Martin Barnes*, How to allocate risks in construction contracts, *Project Management* 1983, S. 24 ff.

Bei der Vertragsgestaltung sollte der Auftraggeber daher, wie oben bereits angesprochen, hier der Versuchung widerstehen, sein Angebotsmonopol auszunutzen und Risiken pauschal auf den privaten Partner zu übertragen und für die antizipierbaren Risiken entsprechende Anpassungsmechanismen vorsehen. Das gilt im Wesentlichen für das Inflationsrisiko²³, bei Gesetzesänderungen²⁴, steuerlichen Risiken und bei „Höherer Gewalt“²⁵.

3. Kooperationsrisiken

Kooperationsrisiken sind diejenigen Risiken, die direkt mit der Vertragsgestaltung und den Vertragspartnern oder deren individuellem Verhalten zusammenhängen. Unter dem ersten Aspekt geht es also meist um Probleme, die aus der Komplexität der Kooperation entspringen. Bei den Risiken, die an den Partner anknüpfen, kann es entweder um die Auswahl des falschen Partners (Vergaberisiko), dessen unkooperatives Verhalten oder seine Insolvenz gehen. In der Vertragsgestaltung geht es weniger um die Auswahl des Vertragspartners, als vor allem darum, die Risiken, die nach Vertragsschluss auftreten können (ex-post-Risiken) und teilweise aufgrund der Unvollständigkeit des Vertrages, teilweise wegen der Realisierung der unter 1. und 2. behandelten Risiken auftreten, über die Bereitstellung eines Kooperationsregimes beherrschbar zu machen.

Nachunternehmerrisiken betreffen die mangelhafte Erstellung von Leistungen, das Schnittstellenrisiko sowie die Insolvenzrisiken der Nachunternehmer.²⁶ Diese sind für die Kooperation von herausragender

23 *Oliver Wehrauch*, Vertragsgestaltung, in: Bettina Meyer-Hoffmann / Frank Riemenschneider / Oliver Wehrauch (Hrsg.), *Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis*, 3.2 Rn. 504; *Christan Knütel*, Finanzierung, in: Ulf R. Siebel / Jan Hendrik Röver / Christian Knütel (Hrsg.), *Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP*, 2. Aufl. 2008, 4. Rn. 1680.

24 *Roquette / Scherer-Leydecker* (Fn. 20), Rn. 46; *Christan Knütel*, Vertragsgestaltung, in: Ulf R. Siebel / Jan Hendrik Röver / Christian Knütel (Hrsg.), *Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP*, 2. Aufl. 2008, 3. Rn. 1332 ff.

25 Unter höherer Gewalt werden gewissermaßen alle nicht näher spezifizierbaren Ereignisse zusammengefasst, die es den Vertragsparteien unmöglich machen, ihre Verpflichtungen vollständig oder teilweise zu erfüllen. Diese Beschreibung trifft auf Kriege, Bürgerkriege, terroristische Aktivitäten, radioaktive, chemische oder biologische Zwischenfälle, Erdbeben, oder Hochwasser zu. *Knütel* (Fn 24), 3. Rn. 1337; *Martin Weber / Oliver Moß / Andreas Parzych*, *Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen als Erkenntnis- und Entscheidungsprozess*, in: *Martin Weber / Michael Schäfer / Friedrich Hausmann* (Hrsg.), *Praxishandbuch Public Private Partnership*, 2006, § 11 S. 596.

26 Zu Nachunternehmerverträgen grundlegend: *Fritz Nicklisch*, *Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft*, NJW 1985,

Bedeutung, da häufig zwar ein privater Partner in Form einer Projektgesellschaft eine umfassende Verpflichtung zur Erfüllung aller für die Kooperation notwendigen Pflichten trägt, er aber oft nicht über das technische Know-How und die personellen Ressourcen verfügt, um alle Verpflichtungen selbst zu erfüllen. Nichtsdestotrotz verbleibt dem Auftragnehmer bei der Auswahl und der Vertragsgestaltung mit den Nachunternehmern ein großer Spielraum, so dass er für die von diesen zu erfüllenden Leistungen auch wie für eigene Leistungen haften sollte. Er trägt daher die Verantwortung, seinerseits Verträge abzuschließen, die ihrerseits oft einen komplexen Langzeitcharakter haben, sich in das Rahmenverhältnis der komplexen Kooperation einpassen und dem Kooperationscharakter gerecht werden.²⁷ Das Schnittstellenrisiko liegt daher im Regelfall beim Auftragnehmer.²⁸ Er kann sich allerdings im Verhältnis zum Nachunternehmer von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber freistellen lassen.

Die Gefahr der Insolvenz des privaten Partners kann aus Fehlkalulation des privaten Partners oder wegen unvorhergesehenen Entwicklungen entstehen. Nicht immer kann eine vertragliche Risikoregulierung eine finanzielle Schieflage der Kooperation verhindern und es wird ein Insolvenzverfahren notwendig.²⁹ Die Haftung für die Insolvenz von Nachunternehmern muss wiederum im Einzelfall geklärt werden, da die Gefahr besteht, dass sie ein unzulässiges Wagnis im Sinne des § 9 VOB/A darstellt, das wiederum eine Übertragung auf den Auftragnehmer ausschließt.³⁰

Bei der Gefahr unmoralischen Verhaltens durch den Vertragspartner sind vor allem die Risiken eines opportunistischen Verhaltens des privaten Partners auf Kosten der öffentlichen Hand aufgrund von Regelungslücken angesprochen. Die wahrscheinlich wichtigste Entscheidung in diesem Rahmen ist die Auswahl des richtigen unter mehreren konkurrierenden Bietern im Vergabeverfahren, die die Vertragsgestaltung jedoch nicht direkt betrifft. Im Vertrag kann man jedoch ein

S. 2361 ff.

27 *Nicklisch* (Fn. 26), NJW 1985, S. 2362f.

28 *Ulrich Helm/Sina Glock*, Nachunternehmerverträge und Risikodurchleitung, in: Ulf R. Siebel/Jan Hendrik Röver/Christian Knütel (Hrsg.), *Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP*, 2. Aufl. 2008, 2.5. Rn. 479 ff.

29 Die Gefahr der Insolvenz besteht bei dem öffentlichen Auftraggeber gem. § 12 Abs. 1 InsO und den Gemeindeordnungen der Länder immerhin nicht – *Guido Meyer/Heiko Fuchs*, *Public Private Partnerships in der Insolvenz des Auftragnehmers* (Teil 1), ZfIR 2005, S. 531.

30 Vgl. *Michael Hoppenberg/Marc Dinkhoff/Sebastian Schäller*, *Vertragsgestaltung*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Deutscher Sparkassen- und Giroverband (Hrsg.), *PPP-Handbuch. Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften* 2008, S. 86.

Schlichtungsregime vereinbaren, das im Falle eines Konflikts möglichst kostengünstig verbindliche Entscheidungen herbeiführt.

Außerdem besteht die Möglichkeit, durch Anpassungs- und Kooperationspflichten dazu beizutragen, dass bei unvorhergesehenen Ereignissen auch die Partei, die das Risiko nicht primär trägt, motiviert ist, die Konsequenzen einer Verwirklichung des Risikos in einer effektiven und gerechten Weise zu behandeln.

Projektrisiken			
Grundprinzip der Risikoverteilung im Rahmen der Vertragsgestaltung: immer derjenige, der es am besten aktiv beeinflussen kann, sollte ein Risiko tragen.			
1. Planung	2. Bau	3. Betrieb	4. Verwertungsrisiko
Risiken fehlerhafter Ausschreibung und Planänderungsrisiken	Technische und organisatorische Bauausführungsrisiken	Verfügbarkeitsrisiko	Nachnutzungsrisiko
Planungsrisiken (i.e.s.)	Baugrundrisiken	Technologierisiken	Weiterbetriebsrisiko
Genehmigungsrisiken	Protest- und Vandalismusrisiko	Wartungs- und Instandhaltungsrisiko	Wertrisiko
	Finanzierungsrisiko (Bau)	Leistungsänderungsrisiko	
		Refinanzierungsrisiko	
		Nutzerverhaltensrisiken	
		Material- und Rohstoffbeschaffungsrisiken	
Globale Risiken			
Die Partei, die bei der Verwirklichung eines Risikos Einfluss auf die Höhe des Schadens nehmen kann, sollte das Risiko tragen. Risiken, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluss hat, sind vom Auftraggeber zu tragen (geringere Risikoaversion).			
Inflationsrisiko	Gesetzesänderungen	Steuerliche Risiken	Höhere Gewalt
Kooperationsrisiken			
Auch die Partei, die das Risiko nicht primär trägt, sollte motiviert sein, die Konsequenzen einer Verwirklichung des Risikos in einer effektiven und gerechten Weise zu behandeln. (Anpassungs- und Kooperationspflichten)			
Vergaberisiko	Vertragsrisiko	Nachunternehmerrisiken	Insolvenzrisiko
Unmoralisches Verhalten durch den Vertragspartner			

IV. Vertragliche Mechanismen der Risikoverteilung

In der Vertragsgestaltung gibt es mehrere klassische Grundmechanismen, mit identifizierten Risiken umzugehen: Die Übernahme durch eine der Parteien, die Verlagerung auf Dritte (z. B. Subunternehmer), die Eingrenzung des Risikos, die Versicherung des Risikos und die Besicherung des Risikos.³¹ Häufig sind Kombinationen der Mechanismen ratsam, so dass zum Beispiel ein Risiko eingegrenzt und dann auf den Partner übertragen wird. Beispiele hierfür sind der Ausschluss von Mangelfolgeschäden, die Bestimmung von Haftungshöchstbeträgen oder Regelungen zur Bauzeitverlängerung oder Kostenanpassung sowie sog. Frühwarnanzeigen.³² Der Gefahr, einen Schaden nicht präzise beziffern beziehungsweise seine Höhe beweisen zu können, kann man durch Vertragsstrafen begegnen.³³ Auch Warnungs- und Hinweispflichten dienen dazu, ein Risiko partnerschaftlich zu beherrschen.³⁴ Die Besicherung wiederum ist eine Absicherung der vertraglichen Risikoverteilung und sorgt dafür, dass derjenige Vertragspartner, der das Risiko nach dem Vertrag nicht tragen sollte auch tatsächlich – also auch im Falle einer Insolvenz – nicht mit den Auswirkungen belastet wird.³⁵ Dazu kommen alle gängigen rechtlichen Möglichkeiten wie Bürgschaften, Garantien, Hypotheken, Grundschulden oder Barsicherheiten in Betracht.³⁶

Diese klassischen kautelarjuristischen Regelungen sollten durch relationale Elemente, wie Anpassungsklauseln, Vertragsbeiräte, Mediations- und Schiedsklauseln in den Verträgen ergänzt werden. Empirische Analysen von Projektbeteiligten zeigen, dass Projektbeteiligte die Verankerung relationaler Elemente in dem Vertrag als wichtigsten Faktor im Rahmen der Risikobeherrschung betrachten.³⁷ Darüber hinaus wird eine klare und transparente Fassung des Vertrages und vor allem eine soweit wie möglich zweifelsfreie Bestimmung des Leistungsgegenstandes als besonders wesentlich angesehen.³⁸

31 Götz Sebastian Hök, Risiken in Bauverträgen und ihre Handhabung – eine rechtsvergleichende Betrachtung, ZfBR 2009, S. 518; Stefan Sigulla, Versicherungsrechtliche Aspekte, in: Ulf R. Siebel/Jan Hendrik Röver/Christian Knütel (Hrsg.), Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, 2. Aufl. 2008, Abschn. 2.8.

32 Hök (Fn. 31), ZfBR 2009, S. 524.

33 Knütel (Fn. 23), 4. Rn. 1404.

34 Hök (Fn. 31), ZfBR 2009, S. 525.

35 Hök (Fn. 31), ZfBR 2009, S. 526; Hoppenberg/Dinkhoff/Schäller (Fn. 30), S. 75 ff.

36 Hök (Fn. 31), ZfBR 2009, S. 526.

37 Chan/Chan/Lam/Chan (Fn. 21), Facilities 2011 Vol. 29 Iss. 13/14, S. 18.

38 Chan/Chan/Lam/Chan (Fn. 21), Facilities 2011 Vol. 29 Iss. 13/14, S. 19.

Die Vielzahl an möglichen Risiken und Fallstricken – denen jeweils nur anhand der Berücksichtigung der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls begegnet werden kann – verdeutlicht, dass die Vertragsgestaltung eine besonders sensible Phase in der Projektdurchführung ist, der eigentlich nicht zu viel Beachtung geschenkt werden kann.

Der Autor *Ass. iur. Wolfgang Abromeit* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam.