

Aufsätze

Rechtsanwältin Professorin Dr. Antje Boldt*

Integrierte Projektentwicklung – Ein Zukunftsmodell für öffentliche Auftraggeber?

Es tut sich etwas in den festgefahrenen Vergabe- und Vertragsstrukturen: Sowohl die derzeitige konjunkturelle Lage als auch die zu beobachtende Müdigkeit der Vertragsparteien, sich am Bau immer nur zu streiten, scheinen die Wege für neue Vertragsmodelle zu öffnen.

I. Einleitung

Es gibt wohl nahezu kein Großbauprojekt der öffentlichen Hand, welches innerhalb der vorgesehenen Zeit und der vorgesehenen Kosten abgeschlossen wird. Erfolgsmeldungen aus anderen Ländern lassen daher die Frage aufkommen, warum dort Bauen besser gelingt als in Deutschland.¹ Eine der Thesen hierzu ist, dass die Abwicklung einer Baumaßnahme auf Basis vieler einzelner Vertragsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und den einzelnen Baubeteiligten zu erheblichen Konflikten führt, weil unsere Vertragskultur auf eine gegenseitige Schuldzuweisung angelegt ist.² Alle Beteiligten haben dabei in durchaus legitimer Weise ihre eigenen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Auge, die vermeintlich dadurch verbessert werden können, dass sich bei anderen Projektbeteiligten das wirtschaftliche Ergebnis entsprechend verschlechtert. In erster Linie ist hierbei natürlich der Auftraggeber betroffen, der versucht, Nachtragsforderungen wegen geänderter oder zusätzlicher Leistungen oder aber aufgrund von Bauablaufstörungen abzuwehren.

Betrachtet man andere Länder, so sind dort schon seit Langem Projektentwicklungsmodelle im Einsatz, die auf vertraglicher Basis nur dann zu einem wirtschaftlichen Erfolg aller Projektbeteiligten führen, wenn das Projekt insgesamt optimal im Hinblick auf Termine und Kosten abgewickelt wird.³ Derartigen Vertragsmodellen ist allesamt gemein, dass Kooperation der Baubeteiligten belohnt wird, während ein Verhalten nicht zum Wohle des Projekts, sondern ausschließlich zum Wohle eines Projektbeteiligten sanktioniert wird.

Inhalt des nachfolgenden Beitrags ist es, die Grundstrukturen derartiger Vertragsmodelle darzustellen, um insbesondere aufzuzeigen, dass sich diese Vertragsmodelle einer „Integrierten Projektentwicklung“ (IPA) auch in Deutschland auf Basis des europäischen Vergaberechts durch öffentliche Auftraggeber abwickeln lassen. Dies ist besonders deswegen relevant, weil ein Vertragsmodell, welches nur privatwirtschaftlich realisierbar wäre, kaum Chancen hätte, auf dem deutschen Markt zur notwendigen Abkehr von herkömmlichen Vertragsstrukturen für komplexe Großprojekte zu führen, wenn es nicht auch von der öffentlichen Hand eingesetzt werden kann.

II. Grundstruktur des IPA-Vertrags und Überblick über die vergaberechtlichen Herausforderungen

Eine Kooperation aller Vertragsbeteiligten setzt voraus, dass vertraglich implementierte Vergütungsanreize die Zusammenarbeit in einem Team fördern. Vereinfacht dargestellt bedeutet dies, dass die beteiligten Objekt- und Fachplaner als auch die beteiligten bauausführenden Unternehmen den für das Projekt kalkulierten Gewinn plus ihre Allgemeinen Geschäftskosten vollständig bezahlt erhalten, wenn sie es

gemeinsam mit dem Auftraggeber schaffen, das Projektziel hinsichtlich Qualität, Kosten und Terminen einzuhalten. Diese Marge reduziert sich für jeden Einzelnen nach einem definierten Schlüssel, wenn das Projektergebnis insgesamt nicht erreicht wird. Im Unterschied zu den Vertragsmodellen auf Basis eines garantierten Maximalpreises⁴ gehen die beteiligten Planer und Unternehmen jedoch nicht vollständig in das Preisrisiko, da sie keine Garantie für einen konkreten Projektpreis übernehmen. Allein aus diesem Grund sind die Vertragsmodelle einer integrierten Projektentwicklung für die beteiligten Firmen interessant, weil sich ihr maximales Projektrisiko auf den Verlust ihres Gewinns und gegebenenfalls auf einen Anteil der Vergütung ihrer Allgemeinen Geschäftskosten beläuft.

Erreicht wird dies dadurch, dass bereits die Planung des Projekts unter Beteiligung der wesentlichen Bauausführungsgewerke erfolgt.⁵ Diese werden häufig schon bereits im Rahmen der Grundlagenermittlung, spätestens jedoch am Ende der Vorplanungsphase bzw. zu Beginn der Entwurfsplanung einbezogen. Ziel ist es, gemeinsam unter Nutzung des Know-hows der bauausführenden Firmen einen optimalen Bauentwurf zu erarbeiten. Durch die frühe Einbeziehung der Schlüsselgewerke⁶ können so bereits etwaige Projektrisiken aufgedeckt und gemeinsam analysiert werden.

Die Schlüsselgewerke sind hierdurch in der Lage, die Gesamtplanung von Anfang an zu verstehen, die erforderlichen Leistungen besser abzuschätzen und etwaige Risiken konkreter zu bewerten, ohne in ihre Preise erhebliche Zuschläge einkalkulieren zu müssen. Die Baugewerke werden dabei sowohl mit Beratungsleistungen für die Planungsphase (Phase 1) als auch bereits optional mit den nach Abschluss der Planungsphase gemeinsam noch genau festzulegenden Bauleistungen (Phase 2) beauftragt. Die frühe Einbeziehung der Auftragnehmer bereits in der Planungsphase stellt jedoch die erste vergaberechtliche Herausforderung für einen öffentlichen Auftraggeber dar, weil zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung die Vergütung für die Bauleistungen noch nicht endgültig bestimmt werden kann.

* Die Autorin Boldt ist Fachanwältin für Vergaberecht und für Bau- und Architektenrecht in Frankfurt a. M.

1 S. bspw. das Projekt des Rantatunnels in Tampere, Finnland, evaluiert und dokumentiert unter Rantatunneli Alliance (2014), Value for Money Report, online verfügbar unter <https://www.vayla.fi>.

2 Endbericht der Reformkommission Bau von Großprojekten (2015), online verfügbar unter <https://www.bmvi.de>; Empfehlungen des 7. Deutschen Baugerichtstags (2018), Arbeitskreis XI, Alternative Vertragsmodelle, abrufbar unter <https://www.baugerichtstag.org>, S. 81 ff.; Ansatzpunkte der Initiative TeamBuilding, abrufbar unter <https://www.initiative-teambuilding.de>.

3 Vertragsmodelle wie zB Project Alliancing aus Australien, Integrated Project Delivery aus den USA, PPC 2000- und FAC-1 Verträge aus England und Alliance- Konzepte aus Finnland.

4 Ein Garantiertes Maximalpreis-Vertrag (GMP-Vertrag) baut auf dem Pauschalvertragsmodell auf, wobei ein vom Generalunternehmer zu erbringendes Leistungssoll vereinbart wird und die geschuldete Vergütung keinen Festpreis, sondern einen Höchstpreis darstellt. Einsparungen – insbesondere aus Nachunternehmerleistungen, die günstiger als veranschlagt vergeben werden können – teilen Auftraggeber und Auftragnehmer nach einem vorher festgelegten Schlüssel.

5 Zur Idee des Mehrparteienvertrags s. auch die Thesen zum 7. Deutschen Baugerichtstag, online unter <https://www.baugerichtstag.org>, S. 77.

6 Dies wird im angloamerikanischen Rechtskreis „Early Contractor Involvement“ (ECI) genannt.

Ein weiterer wesentlicher Faktor für das Gelingen eines Projekts ist, dass Projektrisiken, beispielsweise aus dem Baugrund oder im Hinblick auf Genehmigungserfordernisse oder Lieferzeiten von konkreten Baumaterialien nicht ignoriert und womöglich einem der Beteiligten zugeschoben werden, sondern transparent bereits in der Vergabephase, vor allem aber während der Planungsphase ermittelt werden, verbunden mit einer vertraglichen Regelung, wie im Falle der Verwirklichung dieses Risikos die entsprechenden Kosten hierfür zwischen allen Beteiligten verteilt werden. Entscheidend ist aber, dass ebenfalls geregelt wird, wie der Gewinn zu verteilen ist, wenn es den Beteiligten gelingt, Maßnahmen zu ergreifen, die das Risiko ganz oder teilweise nicht zum Tragen kommen lassen. Hierfür wird vertraglich ein so genannter Chancen-/Risiko-Etat gebildet, in welchem sich entsprechendes Kapital des Auftraggebers befindet. Gleichzeitig wird hierfür ein Verteilungsschlüssel festgelegt. Vergaberechtlich liegt hierin die Herausforderung, dass der öffentliche Auftraggeber Kapital zur Verfügung halten muss, welches ähnlich einer Bedarfsposition nur bei Auftreten des Risikos benötigt und anderenfalls teilweise in einen *Bonus* umgewandelt wird.

Die dritte wesentliche Säule resultiert aus einem weitgehenden Haftungsverzicht der Parteien untereinander für Planungsmängel. Die beteiligten Planer sollen deswegen vertraglich nicht direkt für Planungsfehler haften, weil die bauausführenden Gewerke bereits in der Planungsphase beteiligt sind und im Rahmen der Bauausführung ein größtmögliches Eigeninteresse an einer mangelfreien Herstellung der Leistung haben sollen. Die Baufirmen haften ebenfalls nur indirekt: Kommt es zu Mängeln, müssen zunächst etwaig verantwortliche Nachunternehmer zur Mängelbeseitigung herangezogen werden. Gelingt dies nicht oder entstehen gleichwohl weitere Kosten durch Ersatzvornahmen oder Zeitverzug, werden diese auf Basis konkreter Verteilungsregelungen unter allen Beteiligten – auch den Planern – mit Ausnahme des Auftraggebers entsprechend der prozentual festgelegten Gewinn- und Verlustanteile verteilt. Eine direkte Haftung desjenigen Bauunternehmers, dessen Nachunternehmer nicht ordentlich gearbeitet oder der selbst Mängel produziert hat, soll es daher nicht geben.

Dieses Gesamtsystem der IPA funktioniert dann am besten, wenn alle Beteiligten im Rahmen eines Vertrags mit gleichen Vertragszielen miteinander verbunden sind. Dieser so genannte „Mehrparteienvertrag“ (MPV) basiert auf einem einheitlichen Projektvertrag mit Regelungen zur Vergütung eines jeden Projektbeteiligten auf Basis seiner besonderen Beiträge zum Projekterfolg. Diese zuvor festgelegten konkreten Leistungsindikatoren⁷ werden entsprechend bewertet und führen am Ende des Projekts zur Berechnung des jeweiligen Leistungsbeitrags eines Beteiligten am Projekterfolg. Bei diesem Modell eines Mehrparteienvertrags handelt es sich nicht um einen ARGE-Vertrag und damit einen Gesellschaftsvertrag, weil auch der Auftraggeber Teil dieses Vertrags ist und es bei einem Austauschvertrag zwischen den Projektbeteiligten bleibt.⁸ Gleichwohl sind dort gesellschaftsrechtliche Elemente vorhanden, weil beispielsweise für eine Vielzahl von Entscheidungen die Einstimmigkeit der Vertragsparteien im so genannten Projekt Management Team (PMT) notwendig ist. Die klassische Rolle des Auftraggebers als Herr der Baumaßnahme mit der Befugnis, einseitig vertragsändernde Anordnungen treffen zu können, wird folglich zunächst ein Stück weit verlassen.⁹ Allein schon der Abschluss eines Mehrparteienvertrags, aber auch dessen inhaltliche Ausgestaltung stellen einen öffentlichen Auftraggeber vor erheb-

liche vergaberechtliche Herausforderungen, die jedoch im System des EU-Vergaberechts gemeistert werden können.

Die Besonderheit an dieser Vertragskonstellation ist, dass alle Beteiligten durch konkrete vertragliche Regelungen zu einer Kooperation veranlasst werden sollen, was sich sodann positiv auf das wirtschaftliche jeweilige Ergebnis auswirkt. Das System funktioniert jedoch nicht, wenn die Baubeteiligten aufgrund ihrer Persönlichkeitsstruktur nicht oder nur begrenzt teamfähig sind, weil sie zum Beispiel die bekannten Muster einer konfrontativen Bauabwicklung nicht verlassen können und nicht zu einem offenen Verhalten bereit sind. Auch hier ist die Analyse der in anderen Ländern praktizierten Mehrparteienverträge sehr interessant, da sie zeigt, dass bereits bei der Auswahl der Projektbeteiligten im Rahmen der Eignungsprüfung Wert darauf gelegt wird, dass Eigenschaften wie positive Fehlerkultur, Kompromissfähigkeit und Teamfähigkeit bei den Projektbeteiligten vorhanden sind. Derartige *Auswahlkriterien* sind in Deutschland im Rahmen einer Wertungsmatrix noch gänzlich unbekannt.

Da insbesondere die öffentliche Hand sowohl an Haushaltsrecht, aber auch an die Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts gebunden ist, müssen sich die vorgenannten Grundideen vergaberechtlich umsetzen lassen, was nachfolgend im Einzelnen aufgezeigt wird.

III. Vergaberechtliche Herausforderungen eines Mehrparteienvertrags

Anhand der einzelnen vergaberechtlich kritischen Punkte wird nachfolgend dargestellt, wie die Hürden zur Umsetzung eines Vertrags mit IPA überwunden werden können.

1. Regelung der Vergütung

Im Rahmen der Konzeption der Ausschreibung stellt sich zunächst für jeden die vordringliche Frage, wie die Vergütung geregelt werden kann, wenn der Zuschlag auf ein Angebot des Bauunternehmers schon vor Beginn der Planungsphase erfolgen soll. Das Zuschlagskriterium Preis, welches für Bauvergaben in einem Rahmen von mindestens 70 % üblicherweise eine Rolle spielt, steht für ein Projekt am Beginn der Planungsphase nicht zur Verfügung. Der Unternehmer kann keinen Projektpreis angeben, wenn er nicht weiß, was konkret gebaut werden wird. Da im Rahmen des europäischen Vergaberechts eine Zuschlagsentscheidung ohne jegliche Preiskomponente nicht möglich ist und insgesamt die Wirtschaftlichkeit des Projekts entsprechend § 97 I 2 GWB bewertet werden muss, müssen im Rahmen der Zuschlagsmatrix folglich auch Preiselemente überprüft werden. Es müssen also zum einen Preiselemente gefunden werden, die schon vor Planungsbeginn einem Wettbewerb unterstellt werden können und zum anderen Regelungen getroffen werden, die eine Preisfestlegung hinsichtlich der Bauleistungen zu einem späteren Zeitpunkt zulassen.

a) *Wertbare Preiselemente.* Für die Planungsphase (Phase 1) ist es den Bietern möglich, ein konkretes Planungshonorar entweder auf Basis von Stunden- oder Tagessätzen oder aber auf Basis eines Pauschalbetrags anzugeben. Der Auftraggeber beschreibt hier diejenigen Beiträge, die das bauausführende Unternehmen zur Planung leisten soll und gibt den

7 In den angloamerikanischen Vertragsmustern als Key Performance Indicator (KPI) bezeichnet.

8 Thesen des Arbeitskreises XI des 7. Deutschen Baugerichtstags (2018) unter http://www.heimann-partner.com/wp-content/uploads/BauR_2018_Thesenheft.pdf, S. 72.

9 Änderungen durch den Bauherren sind jedoch nicht ausgeschlossen: Wenn das Projekt Management Team nicht einstimmig die Änderung als vorteilhaft für das Projekt bewertet und auch im sog. Senior Management Team (bestehend aus Leitungspersönlichkeiten eines jeden Vertragspartners) mehrheitlich die Änderung als nicht projekterforderlich bewertet wird, kann der Auftraggeber die Änderung gleichwohl verlangen und muss diese dann auch entsprechend zusätzlich vergüten.

Zeitraumen für die Planungsphase vor. Die Beratungsleistungen des bauausführenden Unternehmens sind im Hinblick auf die Kalkulation dieser Leistungen daher mit Leistungen anderer Berater, wie beispielsweise eines Projektsteuerers vergleichbar, die oft auf Basis von Tagessätzen kalkuliert werden.

Bei der Vergütung der an die Planungsphase anschließenden Bauleistungen (Phase 2) ist dies anders, da dort lediglich angegeben werden kann, welchen Gewinn das Unternehmen machen möchte und wie hoch die Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) kalkulatorisch sind. Auch können einige baustellenbezogenen Gemeinkosten (BGK) unter Umständen schon angegeben werden, nicht jedoch die Einzelkosten der Teilleistungen. Diese können frühestens nach Abschluss der Planungsphase und Einholung der wesentlichen Subunternehmerangebote festgelegt werden. Für die Preiskomponente im Rahmen der Zuschlagskriterien bedeutet dies, dass der Auftraggeber bei Durchführung des Vergabeverfahrens einen avisierten Projektpreis für alle Bieter vorgeben muss und diese sodann auffordert, auf Basis dieses Projektpreises verbindlich ihre Marge für Gewinn, AGK und gegebenenfalls ausgewählten BGK anzugeben. Diese Preiskomponente wird sodann in den Wettbewerb mit anderen Bietern gestellt. Hier empfiehlt es sich jedoch nicht, prozentuale Zuschläge zu bewerten, sondern diesbezüglich feste Pauschalen zu vereinbaren, da kein Anreiz gesetzt werden soll, durch Erhöhung der abrechenbaren Einzelkosten der Teilleistungen gleichzeitig zu einer prozentualen Erhöhung des Gewinns und der AGK zu gelangen.

Natürgemäß kommt damit der Preiskomponente im Rahmen der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien keine weit überwindende Bedeutung mehr zu wie bisher. So wurde beispielsweise im Rahmen des finnischen Projekts des Rantatunnels die Preiskomponente Gewinn und AGK mit einem Anteil von lediglich 25 % in die Gesamtwertung des finalen Angebots mit einbezogen.¹⁰ Dagegen wird den übrigen qualitativen und „weichen“ Kriterien ein wesentlich höheres Gewicht beigemessen. Dies ist auch sinnvoll, da die Einzelkosten der Teilleistungen wie Material, Lohn und Geräteeinsatz gemeinsam auf Basis tatsächlicher Marktkosten in der Planungsphase evaluiert und zudem während der Bauausführung aufgrund eines transparenten Abrechnungssystems überprüft werden.¹¹ Sie können daher im Rahmen der Angebotswertung zunächst zurückstehen, da zu diesem frühen Zeitpunkt unterstellt werden kann, dass diese Kosten für alle Bieter annähernd gleich sein werden, weil sie der tatsächlichen Marktlage entsprechen.

b) *Haushaltsrechtliche Rahmenbedingungen.* Die Auswahl der bauausführenden Gewerke bereits in einem sehr frühen Stadium der Planung hat zur Konsequenz, dass die zu vergebende Bauleistung – wie bereits erläutert – nicht konkret beschrieben werden kann. Es ist noch nicht einmal eine Beschreibung in Form einer funktionalen Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm möglich. Lediglich grob und rudimentär kann die Bauaufgabe mit ihrem Umfang, dem Projektziel und dem Projektbudget vorgegeben werden. Da sich erst im Rahmen der Planungsphase folglich die konkrete Bauleistung ergibt, kann der konkrete Projektpreis wie dargestellt auch erst nach der Planungsphase festgeschrieben werden. Hiergegen könnte jedoch das Haushaltsrecht sprechen, wonach eine Baumaßnahme erst dann veranschlagt werden darf, wenn Pläne, Kostenermittlungen und Erläuterungen vorliegen, aus welchen die Art der Ausführung, die Kosten der Baumaßnahme, des Grunderwerbs und der Einrichtungen sowie die vorgesehene Finanzierung und ein Zeitplan ersichtlich sind.¹²

Die Richtlinie für die Durchführung von Bauvorhaben des Bundes RBBau sieht beispielsweise vor, dass zunächst eine Bedarfsplanung des Maßnahmenträgers aufzustellen ist und sodann eine Variantenuntersuchung mit einer Kostenermittlung zu erfolgen hat.¹³ Auf Basis der

Variantenuntersuchung wird nachfolgend die Entscheidungsunterlage Bau (ES-Bau) erstellt. Erst nach deren Genehmigung dürfen ausdrücklich Planungsaufträge erteilt werden.¹⁴ Sobald Ausführungspläne vorliegen, sind Ausschreibung und Vergabe der Bauleistungen vorgesehen.¹⁵ Bereits hieran lässt sich erkennen, dass die Richtlinie von einem klassischen Ablauf ausgeht, ohne etwa die Möglichkeit der Übertragung der Ausführungsplanung auf den Bauunternehmer im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung zu berücksichtigen. § 24 III BHO lässt allerdings Ausnahmen von der Regelung zu, wenn es im Einzelfall nicht möglich ist, die erforderlichen Planungsunterlagen rechtzeitig fertigzustellen, und wenn sich aus einer späteren Veranschlagung keine Nachteile ergeben. Haushaltsmittel dürfen jedoch erst dann eingesetzt werden, wenn die geforderten Planungsunterlagen vorliegen, § 24 III 2 BHO.

Der Sinn dieser Regelung ist klar: Es sollen keine öffentlichen Gelder für Maßnahmen veranschlagt werden, deren Projektumfang nicht vollkommen feststeht.¹⁶ Durch die Vertragskonstellation der Beauftragung von zunächst Planungsleistungen bis zur Entwurfs- und gegebenenfalls Genehmigungsplanung sowie Beratungsleistungen der bauausführenden Unternehmen bis zum Abschluss der Planungsphase (Phase 1) wird jedoch deutlich, dass Haushaltsmittel hier gerade noch nicht für die gesamte Baumaßnahme notwendig sind. Wie die Planungsleistungen ab Leistungsphase 3, 4 oder 5 der HOAI werden auch die Bauausführungsleistungen (Phase 2) erst nach konkreter Festlegung der Baukosten abgerufen. Dies wird durch das vertragliche Optionsrecht, welches bei Planungsverträgen in Form von Stufenverträgen bekannt und üblich, bei Bauverträgen jedoch bislang in Deutschland unbekannt ist, sichergestellt. Stellt sich folglich nach Abschluss der Planungsphase heraus, dass das Projekt nicht im Rahmen des ursprünglichen Projektbudgets realisiert werden kann, trifft der Auftraggeber die Entscheidung, entweder höhere Mittel einzusetzen oder aber das Projekt so nicht umzusetzen. Haushaltsrechtliche Gründe hindern daher nicht die frühe Einbindung des Bauunternehmers.

c) *Festlegung des Zielpreises.* Die Kosten der Bauleistung werden während der Planungsphase gemeinsam entwickelt und im Sinne eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen Kosten und Qualität nach Methoden des „Target Value Engineering“ festgelegt.¹⁷ Der Unternehmer gibt nach Abschluss der Planungsphase nochmals ein konkretes Angebot ab, welches auf Basis des vereinbarten Gewinns, der AGK und der prognostizierten Selbstkosten durch den Auftraggeber beauftragt werden kann. Wird jedoch erst nach Abschluss der Planungsphase ein Vertragspreis festgelegt, so muss sichergestellt werden, dass die bauausführenden Firmen hier keine Preise diktieren können. Der Auftraggeber hat daher die Möglichkeit zu entscheiden, ob er auf dieser Basis die Option der Beauftragung der Bauphase tatsächlich ausübt oder aber auf Basis der Planungsergebnisse eine Ausschreibung in konventioneller Art und Weise durch beispielsweise Vergabe einzelner Lose vornimmt. Folglich hat der Auftraggeber wie bei den derzeit praktizierten Vergabe- und

10 Rantatunneli Alliance (2014), Value for Money Report, online verfügbar unter <https://www.vayla.fi>, S. 16.

11 Hierzu werden Vereinbarungen getroffen, die dem Auftraggeber eine Prüfung der Selbstkosten des Unternehmers zB durch die jederzeitige Möglichkeit der Kontrolle eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers gibt.

12 S. §§ 24 u. 54 BHO.

13 RBBau 2018, E 1.5, S. 31.

14 RBBau 2018, E 2.2.3.3, S. 34.

15 RBBau 2018, G 1.6, S. 47.

16 Dies bestätigt sich bspw. auch dadurch, dass Bedarfspositionen in einem Leistungsverzeichnis nicht mehr vorgesehen werden dürfen.

17 Target Value Engineering ist eine Methode aus dem Bereich Lean Construction und meint eine strukturierte Denkmethode für die Entwicklung und Planung von Projekten mit dem Ziel, Wert und Nutzen unter geringstmöglichem Ressourceneinsatz zu optimieren.

Vertragsmodellen auch die Möglichkeit, von der Bauausführung Abstand zu nehmen, wenn der Preis zu hoch ist.

Die Erfahrung in anderen Ländern zeigt, dass dies jedoch selten der Fall sein wird, weil zum einen die Planung bereits durch das eingebrachte Bau-Know-how sehr valide sein dürfte und zum anderen etwaig notwendige Kostenreduzierungen bereits während der Planungsphase durch Umplanungen realisiert werden, um das Budget einzuhalten.¹⁸ Außerdem dürften die Unternehmer ein Interesse an der Weiterbeauftragung haben, da für sie durch die vertiefte Projektkennntnis und das Vertragsmodell das Projektwagnis minimiert ist. Sie dürfen folglich bei einer zu hohen Preisbildung nicht riskieren, das Projekt scheitern zu lassen, weil es über dem ermittelten Budget liegt.

d) *Zulässigkeit eines Selbstkostenerstattungsvertrags.* Das vorstehend geschilderte Vergütungsmodell basiert also auf einem Selbstkostenerstattungsvertrag, der in Bauprojekten in Deutschland unüblich ist. Es besteht bei diesem Vertragstyp grundsätzlich die Befürchtung, dass keinerlei Anreiz des Unternehmers zu einem kostensparenden Handeln gegeben ist.¹⁹ Die Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, nach welchen ein Selbstkostenerstattungsvertrag für öffentliche Auftraggeber nur in Ausnahmen zulässig wäre, gilt jedoch nach § 2 V dieser Verordnung für Bauleistungen gerade nicht. Die ehemals gültige Baupreisverordnung PR Nr. 32/51 wurde 1999 aufgehoben, so dass rechtlich nichts gegen diesen Vertragstyp spricht. Trotzdem muss sichergestellt werden, dass durch das Vergütungssystem der Anreiz geschaffen wird, die Kosten zu unterschreiten und im Sinne eines „Best for Project“ zu handeln. Dies geschieht – wie bereits dargestellt – dadurch, dass beispielsweise unabhängig von der Abrechnungssumme der Gewinn und die Erstattung der AGK mit einer pauschalen Summe und nicht einem Prozentsatz der Abrechnungsbeträge festgeschrieben werden oder aber dadurch, dass es einen vereinbarten Zielpreis des Projekts gibt und die Baubeteiligten ihre Gewinnmarge verbessern können, wenn sie die Projektkosten unterschreiten.

2. Festlegung der Zuschlagskriterien

Neben den bekannten Eignungs- und Zuschlagskriterien, welche selbstverständlich auch im Rahmen eines Mehrparteienvertrags herangezogen werden, um die Qualifikation der Auftragnehmer hinsichtlich der spezifischen Bauaufgabe zu bewerten, kommen aufgrund der nach konsensualen Maßstäben ausgestatteten Vertragsabwicklung weitere „weiche“ Faktoren hinzu. Ein maßgebliches Erfolgskriterium ist beispielsweise, ob die Mitarbeiter des Auftragnehmers teamfähig sind und gegebenenfalls bereits Erfahrung mit dem Einsatz von Instrumenten aus dem Bereich Lean Construction²⁰ haben. Die vergaberechtliche Herausforderung liegt hier darin, in transparenter und diskriminierungsfreier Weise die Teamfähigkeit eines Auftragnehmers schon im Vergabeverfahren zu bewerten. Vertragsrechtlich muss so gut es geht abgesichert werden, dass die ausgewählten Mitarbeiter des jeweiligen Auftragnehmers dann auch tatsächlich im Rahmen der Baumaßnahme zur Verfügung stehen und möglichst nicht ausgewechselt werden. Weiterhin müssen die Teilnehmer – insbesondere die Planer – Bereitschaft dafür mitbringen, mit allen Beteiligten in gemeinsamen Büroräumen zusammen zu arbeiten und ihre „Komfortzone“ des heimischen Arbeitsplatzes zum Zwecke der engen Abstimmung und des Austauschs zu verlassen.²¹

a) *Wertung der Teamfähigkeit.* In Deutschland ist eine Wertung dahingehend, ob Mitarbeiter des Auftragnehmers voraussichtlich in der Lage sein werden, kooperativ in einem Team zusammenzuarbeiten, formal unbekannt. Bei der Auswahl von Planungsleistungen fließt häufig subjektiv der Ein-

druck des Auftraggebers – beispielsweise aus einem Verdruss dessen genaue Bewertung jedoch explizit nachvollziehen lassen kann. Daher wird zunehmend verlangt, derartige Kriterien objektivierbar zu gestalten.²²

Blickt man auch hier in andere Länder, so kann man nicht nur am Beispiel Finnlands erkennen, dass dort im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet wurde, wie gut die für das Projekt vorgesehenen Mitarbeiter des Bieters so genannte „soft skills“ erfüllen und für das konkrete Projekt einsetzen können.²³ Da die Team- und Managementfähigkeiten sehr subjektiven Einschätzungen unterliegen, ist es herausfordernd, hier objektive Wertungsmaßstäbe anzusetzen. Ob daher die Projektleitung beispielsweise Organisationstalent besitzt oder eine Entscheidungs- und Problemlösungsfähigkeit gepaart mit einer positiven Fehlerkultur und der Fähigkeit zur Selbstreflexion vorliegt, kann nur im Rahmen eines oder mehrerer Workshops evaluiert werden. Hierzu können Instrumente eingesetzt werden, die auch aus dem Bereich der Auswahl von Mitarbeitern in Form von so genannten Assessment Centern bekannt sind. Werden diese Verfahren zudem durch einen neutralen Dritten, beispielsweise einen spezialisierten Psychologen, begleitet, können die Ergebnisse in transparenter und diskriminierungsfreier Weise objektivierbar in die Zuschlagswertung einfließen.

So kann beispielsweise simuliert werden, wie die Beteiligten miteinander umgehen, wenn ein Mangel festgestellt wird, für den einer der Beteiligten verantwortlich ist. Auch können Teambesprechungen simuliert werden, für welche zuvor Rollen verteilt werden, wobei beobachtet wird, wie die Beteiligten an eine konkrete Problemstellung herangehen. All dies soll sicherstellen, dass ein Bieter nicht mehr von dem klassischen Verständnis geleitet wird, dass jeder Einzelne ausschließlich um seinen eigenen Projekterfolg kämpfen muss, sondern die Bieter verstanden haben, dass sie nur gemeinsam einen für alle positiven und damit auch wirtschaftlich günstigen Projekterfolg erreichen können. Der Wertungsanteil dieser soft skills wird daher entsprechend hoch veranschlagt und sollte mit circa 20 bis 30 % in die finale Wertungsentscheidung einfließen.²⁴

b) *Vertragsrechtliche Bindung des Projektteams.* Die beste Auswahlentscheidung hinsichtlich des Projektteams ist hin-fällig, wenn der Bieter nach Vertragsabschluss die projektentscheidenden Mitarbeiter auswechselt. Dabei ist jedem öffentlichen Auftraggeber bekannt, dass man letztendlich bei einer Kündigung des Mitarbeiters des Bieters keine vertrags-

18 S. zu den Erfahrungen verschiedener Bauherren aus den USA Fischer/ Ashcraft/Reed/Khanzode, Integrating Project Delivery (2017), John Wiley & Sons/Hoboken, New Jersey, S. 28 ff.

19 Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 1 Rn. 37.

20 S. zB Haghsheno/Wachter, Lean Construction – Begriffe und Methoden, hrsg. vom German Lean Construction Institute GLCI (2018), online abrufbar unter <https://www.glci.de>.

21 Diese Methode der sog. Co-Location ist zwingender Bestandteil der amerikanischen IPD-Verträge, da nur so ein sehr enger Austausch, Vertrauen und ein besserer Umgang mit Fehlern möglich ist, Fischer/ Ashcraft/Reed/Khanzode, Integrating Project Delivery (2017), S. 317 ff.

22 So die VK Südbayern, NZBau 2019, 544 Ls. = BeckRS 2019, 7485, wonach die Wertung rein mündlich vorgetragener Angebotsbestandteile ohne Grundlage in Textform aufgrund von § 9 II VgV unzulässig sei.

23 Rantatunnel-Projekt, Rantatunneli Alliance (2014), Value for Money Report, online verfügbar unter <https://www.vayla.fi>; Eine Wertung im Rahmen der Eignungskriterien kommt nicht in Betracht, da nach § 122 II GWB sich die Wertung der Eignung ausschließlich auf die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens beziehen kann. Soft skills und damit Fähigkeiten einzelner Mitarbeiter, die für das konkrete Projekt eingesetzt werden sollen, sind daher innerhalb der Zuschlagskriterien zu werten.

24 In dem bereits zitierten Projekt Rantatunnel flossen die auf Management und Teamfähigkeit der Bieter bezogenen Wertungskriterien mit 25 % in die Gesamtwertung ein.

rechtlichen Möglichkeiten hat, um den konkreten Mitarbeiter gleichwohl weiterhin an das Projekt zu binden. Maßgeblich ist daher, positive Anreize sowohl für den Bieter als auch den konkreten Mitarbeiter zu setzen, damit dieser aus einem Eigeninteresse heraus weiterhin Teil des Projektteams sein möchte. So gibt es beispielweise die Möglichkeit der Auslobung von Boni, die dann an die einzelnen Teammitglieder persönlich ausgeschüttet werden, wenn diese bis zum Projektabschluss im Projekt verbleiben. Diese Boni werden vom Auftraggeber an den Auftragnehmer vergütet, jedoch mit der Verpflichtung, einen erheblichen Teil hiervon direkt an die konkreten Mitarbeiter auszuzahlen.

Weiterhin besteht auch die Möglichkeit ganz persönlicher Belohnungsanreize, die es für einzelne Mitarbeiter attraktiv machen, im Projekt zu verbleiben (etwa die Einladung der Mitarbeiter mit ihren Familien in das gemeinsam errichtete Hotel oder aber ein Sonderkonzert in der gemeinsam errichteten Konzerthalle). Auf den ersten Blick mögen dies keine wirklich stichhaltigen Faktoren für eine Bindung der Mitarbeiter während der Projektdauer darstellen, allerdings wird wohl auch immer noch erheblich unterschätzt, in welchem Maße die Zufriedenheit und auch positive Motivation der einzelnen Mitarbeiter dazu beiträgt, dass sie mit hohem eigenen Einsatz ein gutes Projektergebnis auch wirklich sicherstellen wollen.

3. Projektbudget für Projektrisiken

Wenn die bauausführenden Unternehmen bereits in der Planungsphase beteiligt werden und gleichzeitig eine offene Kommunikation der Vertragsparteien untereinander hinsichtlich möglicher Projektrisiken besteht, muss zwingend geregelt werden, was geschehen soll, wenn sich ein Risiko tatsächlich realisiert. Im Ergebnis ist es hinsichtlich derjenigen Risiken, die die Auftragnehmer nicht beeinflussen können, Sache des Auftraggebers, hierfür Gelder auch zur Verfügung zu stellen. Der Anreiz muss daher darin bestehen, mit sich realisierenden Risiken gleichwohl bestmöglich zum Wohle des Projekts umzugehen. Diesbezüglich muss es folglich für die Auftragnehmer lukrativer sein, ein Risiko zu verhindern oder zu dezimieren, als an der bautechnischen Auswirkung des Risikos zu verdienen. Hierfür muss der Auftraggeber einen so genannten Risikoetat zur Verfügung stellen, von welchem Anteile an die Projektbeteiligten ausbezahlt werden, wenn sie durch ihre Leistung dazu beigetragen, dass die realen Kosten des Auftraggebers sich nur in dem zwingend notwendigen Maße erhöhen.

Vergaberechtlich handelt es sich bei dem Risikoetat um eine Art Zurückstellung für Unvorhergesehenes gepaart mit einem Bonus zugunsten der Auftragnehmer. Da insbesondere etwaigen Bonuszahlungen keine konkrete Leistung gegenübersteht, bedarf diese Zahlung einer gesonderten vergaberechtlichen Rechtfertigung. Diese liegt darin, dass sich das Risiko unabhängig davon, welcher Vertragstyp gewählt wird, zunächst tatsächlich ergibt. Bei den bekannten konventionellen VOB/B-Verträgen verdient der Auftragnehmer an einer größtmöglichen Realisation negativer Folgen aus diesem Risiko und jedes einzelne Risiko löst daher 100 % der erforderlichen Kosten zuzüglich versteckter Spekulationsgewinne auf Seiten des Auftragnehmers aus, sobald es auftritt. Es besteht daher das Interesse, jedes Risiko auch eskalieren zu lassen.

Ein Mehrparteienvertrag bietet hingegen die Chance, zunächst einige der Folgen des Risikos zu verhindern oder abzumildern, somit nur zu einem Bruchteil der veranschlagten Kosten und zu einer schnellen Lösung zu kommen sowie den Auftragnehmer an den so eingesparten Kosten nur mit einem Prozentsatz zu beteiligen. Da der Gewinn insgesamt fix ist und nur bei einer Risikominimierung dessen Erhöhung erreicht werden kann, besteht kein Interesse an einer Eskalation. Der Gesamtvergleich ergibt daher, dass der Auftraggeber durch die Lösungsbeiträge des Auftragnehmers insgesamt zu einem wirtschaftlicheren Ergebnis auch unter Einrechnung der Bonuszahlungen kommt.²⁵ Da die frühzeitige

Evaluation von Projektrisiken und deren sorgfältige vergütungsrechtliche Regelung auch maßgeblich zu einem Projekterfolg beiträgt, bestehen folglich keine Bedenken gegen die Vereinbarung eines Risikoetats.

4. Vertragsabschluss zwischen mehreren Projektbeteiligten

Der Abschluss eines einzigen Vertrags mit mehreren Projektbeteiligten ist unter verschiedenen Gesichtspunkten vergaberechtlich problematisch: Zunächst erscheint das Vertragsmodell lediglich für einen Generalunternehmervertrag geeignet zu sein. Allerdings sieht § 97 IV GWB vorrangig eine losweise Vergabe vor, woraus man schließen könnte, dass dies auch gleichzeitig zu einer Vielzahl von Einzelverträgen gegenüber einem einzigen Vertrag mit mehreren Parteien führen muss. Weiterhin wählt nur der Auftraggeber die einzelnen Projektbeteiligten aus, die anschließend in einem einzigen Vertragsverhältnis miteinander und mit ihm selbst verbunden werden sollen. Die Beteiligten müssten sich daher bereits mit Angebotsabgabe verpflichten, einen Vertrag mit ihnen bis dahin unbekanntem Vertragspartnern abzuschließen. Beide Rahmenbedingungen lassen sich jedoch vergaberechtlich lösen.

a) *Vergabe an einen Generalunternehmer/lein Konsortium.* Zunächst müssten bei einer Einzelgewerkevergabe die einzelnen Leistungspakete, die Rahmenbedingungen des Mehrparteienvertrags als auch die Planungs- und Bauaufgabe sowie das Budget beschrieben werden. Weiterhin müssen die wesentlichen Vertragsabwicklungselemente vorgegeben werden. Dies stellt eine enorme Herausforderung dar, da mit der Einzelvergabe der Planungs- und Bauleistungen ein erheblicher Aufwand des öffentlichen Auftraggebers verbunden wäre, diese Leistungen im Verhandlungsverfahren oder sogar im Rahmen eines wettbewerblichen Dialogs zu konkretisieren. Es müssten daher eine Vielzahl an Verhandlungen gleichzeitig stattfinden, um zu einer klaren Verteilung der einzelnen Projektbeiträge und einer konkreten Abgrenzung der Schnittstellen zu kommen.

Dieser Aufwand könnte minimiert werden, indem die Vergabe der Bauleistungen beispielsweise an einen Generalunternehmer oder ein Konsortium erfolgt. Vergaberechtlich ist dies nur dann möglich, wenn besondere wirtschaftliche oder technische Gründe dies rechtfertigen, wobei die Gründe einer Gesamtvergabe gegenüber denjenigen einer Fachlosvergabe nach sorgfältiger und dokumentierter Interessenabwägung überwiegen müssen.²⁶ Ein technischer Grund für die Zusammenfassung der Bauleistungen ist hier deswegen denkbar, weil der Auftraggeber die Bauleistungen bereits sehr frühzeitig und nur auf Basis einer rudimentären Leistungsbeschreibung vergibt. Die Leistungsbeschreibung kann zu diesem frühen Zeitpunkt nicht detaillierter vorgenommen werden, weil üblicherweise mit der Entwurfsplanung noch nicht begonnen wurde. Da keine dezidierte Leistungsbeschreibung vorgenommen werden kann, können auch die Schnittstellen einzelner Bau-Lose nicht exakt beschrieben werden, so dass hier eine Rechtfertigung für eine Generalunternehmervergabe, zumindest jedoch für die Zusammenfassung wesentlicher Gewerke, wie beispielsweise Innenausbauleistungen und Rohbauleistungen denkbar ist.

Gegen die Zulässigkeit könnte jedoch sprechen, dass eine so rudimentäre Leistungsbeschreibung bereits vergaberechtlich unzulässig ist. Die Ausschreibung mittels einer funktionalen

25 Boni sind im Vergaberecht nicht gänzlich unbekannt. So hat gerade erst das Bundesverkehrsministerium zur Verbesserung des Baustellenmanagements die Möglichkeit geschaffen, dass Straßenbauverwaltungen vertraglich Bonus-/Malus-Regelungen vereinbaren können, sofern der Auftragnehmer die festgelegte Bauzeit über- bzw. unterschreitet, s. Kurzinformation des Dt. Bundestages zur Vergabe von Aufträgen zur Sanierung und zum Neubau von Bundesfernstraßen und Bundesautobahnen v. 19.2.2019.

26 OLG Frankfurt a. M., NZBau 2018, 632.

Leistungsbeschreibung ist nach § 7c VOB/A-EU grundsätzlich zwar möglich, allerdings muss auch hier eine umfassende Abwägung vorausgegangen sein, warum nicht mittels Leistungsverzeichnis eine Beschreibung der Leistung erfolgt.²⁷ Dies kann nur gelingen, wenn begründet werden kann, dass durch die frühe Einbeziehung eines Generalunternehmers schon in den Planungsprozess und damit auf Basis einer lediglich groben Ziel- und Leistungsbeschreibung, technisch, wirtschaftlich und gestalterisch die beste Lösung ermittelt wird. Da dieses Verfahren in Deutschland noch nicht bis zu einem erfolgreichen Projektabschluss praktiziert wurde, wird diese Begründung in den ersten Projekten schwerfallen. Hier kann jedoch auf Erfahrungen aus dem europäischen Ausland zurückgegriffen werden.²⁸ Außerdem ist der Auftraggeber darin frei festzulegen, was er beschaffen möchte, lediglich die Art und Weise der Beschaffung selbst unterfällt dem Vergaberecht. Wenn der Auftraggeber daher entscheidet, dass er das optimale Projektergebnis unter Einbeziehung des Know-hows der ausführenden Firmen erzielt, kann ihm dies nicht verwehrt werden.

Die zunächst naheliegende Möglichkeit wäre jedoch eine Ausschreibung nur eines Leistungspakets, auf welches sich dann verschiedene Konsortien, bestehend aus Planern und Bauunternehmen bewerben könnten.²⁹ Abgesehen davon, dass dies einen erheblichen Begründungsaufwand im Hinblick auf die dann nicht erfolgende losweise Vergabe der Planungsleistungen erfordern würde, hätte das Vorgehen weiterhin den Nachteil, dass sich die einzelnen Marktteilnehmer vor Angebotsabgabe bereits auf ihre Konsortialpartner und damit auf alle Mitglieder der Bietergemeinschaft festlegen müssten. Dies dürfte den Markt der Anbieter insgesamt bereits erheblich einschränken. Auch hat der Auftraggeber selbst dann auf die Konstellation des Zusammenschlusses der Bietergemeinschaft keinen Einfluss mehr. Da gerade die sorgfältige Auswahl der einzelnen Beteiligten für das Gelingen eines derartigen Projekts von essenzieller Bedeutung ist, sollte eine Einzellosvergabe oder zumindest eine getrennte Auswahl der Planer und Bauunternehmen favorisiert werden.

b) *Losweise Vergabe nach § 97 IV GWB.* Fraglich ist, ob überhaupt eine losweise Vergabe mit dem Ziel des Abschlusses eines Mehrparteienvertrags umsetzbar ist. Hierfür müsste der Auftraggeber zu Beginn eines Projekts entscheiden, welche Planungsleistungen und welche Bauleistungen zu den Schlüsselleistungen für das Projekt zählen und diese in Einzelvergaben ausschreiben. Auf diese Weise werden mindestens 50 %, im Idealfall 75 % und mehr aller für das Projekt erforderlichen Leistungen den so genannten Schlüsselgewerken und damit den späteren Parteien des Mehrparteienvertrags zugeordnet. Neben der Beschreibung der zu erbringenden Leistung ist vertragsrechtlich bereits in den Ausschreibungsbedingungen die Verpflichtung enthalten, mit Zuschlagserteilung Partei des Mehrparteienvertrags zu werden. Dies setzt selbstverständlich voraus, dass die Vertragsbedingungen des Mehrparteienvertrags bereits feststehen oder im Zuge des Vergabeverfahrens mit allen Parteien parallel verhandelt werden.

Wie Vertragsmodelle aus England zeigen, wird dort die Einzelvergabe mit der anschließenden Verpflichtung zum Abschluss eines Mehrparteienvertrags praktiziert.³⁰ Dort wird für alle bindend ein Hauptvertrag mit einheitlichen Regelungen, beispielsweise zur Projektabwicklung, zur Haftung oder Risikoverteilung vorgegeben, hinsichtlich dessen sich die Bieter im Rahmen ihres Angebots bereits in Form einer Beitrittsklärung verpflichten. Individuelle Regelungen, etwa betreffend die Vergütung oder spezielle Risikoübernahmen, wer-

den jeweils nur noch mit dem jeweiligen Bieter verhandelt. Mit Zuschlagserteilung kämen daher zunächst mehrere Einzelverträge zustande, die jedoch alle auf Basis des Rahmenvertrags des Mehrparteienvertrags abgeschlossen wurden. Der Beitritt zu einem Gesamtvertrag erfolgt dann jeweils nach Zuschlagserteilung.

c) *„Ungebührliches Wagnis“ durch multilateralen Vertrag?* Für die Bieter könnte es unzumutbar sein, dass ihnen durch eine derartige Verpflichtungserklärung ein Wagnis iSd § 7 I Nr. 3 VOB/A-EU dahingehend aufgebürdet wird, dass sie ihre zukünftigen Vertragspartner nicht kennen.³¹ Eine zivilrechtliche Verpflichtung, nach Zuschlagserteilung den Beitritt zu einem Mehrparteienvertrag zu erklären, ist in Deutschland allerdings nicht ganz unbekannt, da insbesondere bei größeren PPP-Projekten nach Abschluss einzelner Vergabeverfahren so genannte Projektvereinbarungen abgeschlossen werden, in welche neben den Planern und bauausführenden Unternehmen auch spätere Mieter und Betreiber mit aufgenommen werden. Auch sehen sich bereits im Rahmen der heute bekannten und üblichen Vertragsgestaltungen bilateraler Verträge sowohl Planer als auch bauausführende Firmen allein über die gesamtschuldnerische Haftung Rückgriffsansprüchen der übrigen Projektbeteiligten ausgesetzt und haften im Wege der Gesamtschuld zunächst für Verschuldensanteile anderer gegenüber ihrem Auftraggeber mit. Die durch einen Mehrparteienvertrag entstehende Haftungsgemeinschaft ist der gesamtschuldnerischen Haftung bei Planungs- und Ausführungsfehlern daher nicht unähnlich und folglich möglich. Etwas anderes gilt nur dann, wenn einer der seitens des Auftraggebers ausgewählten Vertragspartner in die Insolvenz gerät. Für diesen Fall muss im Rahmen des Mehrparteienvertrags geregelt werden, dass der Auftraggeber das Insolvenzrisiko trägt. Die Vertragskonstruktion eines Mehrparteienvertrags auf Basis einer losweisen Vergabe, aber auch die Möglichkeit der Vergabe an einen Generalunternehmer oder ein Konsortium begegnen vergaberechtlich bei entsprechender Begründung daher keinen Bedenken.

5. Haftungsausschluss und gemeinsame Haftung aller

Eine Besonderheit im Rahmen des Mehrparteienvertrags ist die Vereinbarung der Parteien untereinander, dass während der Planungsphase eine wechselseitige Haftung für Fehler oder Mängel ausgeschlossen ist, die nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wurden. Die Motivation für eine derartige Haftungsregelung basiert darauf, dass nur dann von jedem Beteiligten dessen größtmögliche Expertise und auch Innovationsbereitschaft hervortritt, wenn dieser nicht befürchten muss, für seinen Beitrag durch die anderen haftbar gemacht werden zu können. Die gelebte Praxis der gängigen VOB/B-Vertragsmodelle zeigt, dass gerade die Schuldzuweisung untereinander durch die Ausgestaltung von Bedenkenanmeldungen und wechselseitiger Fehlerzuweisung

27 Trutzel in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2018, § 7c VOB/A-EU Rn. 5.

28 S. zB die Dokumentation des Rantatunnelprojektes aus Finnland, Rantatunneli Alliance (2014), Value for Money Report, online verfügbar unter <https://www.vayla.fi>, welches durch dieses Vergabe- und Vertragsverfahren deutliche Zeit und Kosteneinsparungen bestätigt.

29 Dieses Verfahren hat bspw. Finnland für verschiedene Projekte, so auch den Rantatunnel, Rantatunneli Alliance (2014), Value for Money Report, online verfügbar unter <https://www.vayla.fi>, gewählt.

30 S. etwa das Vertragsmuster PPC 2000 oder FAC-1.

31 Zwar ist das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses in der Rspr. gelockert und präzisiert worden, BGH, NZBau 2017, 559 = NJW-RR 2017, 917, allerdings dürfen aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung vertragliche Regelungen, die den Bieter dergestalt benachteiligen, dass er deren Risiko nicht kalkulieren kann, nicht aufgebürdet werden.

bei Mängeln und Terminen sowohl zu einer Lähmung des Bauablaufs als auch zu einer Erhöhung der Kosten aufgrund des hierdurch entstehenden Nachtragspotenzials führt.

Für den Auftraggeber sind Fehler, beispielsweise in Planunterlagen, jedoch erst dann relevant, wenn diese sich tatsächlich in der konkreten Ausführung realisieren. Daher ist ein Haftungsverzicht bezüglich Planungsfehlern für diesen nicht problematisch, weil die Haftung der ausführenden Firmen in der Bauphase für eine mangelfreie Leistung bestehen bleibt. Der Auftraggeber verliert allerdings formal einen weiteren Schuldner, nämlich den Planer. Tatsächlich haftet der Planer jedoch dergestalt gleichwohl, als dass Mängel, die durch die Parteien nicht beseitigt werden und durch Dritte beseitigt werden müssten, das Gesamtprojektergebnis verschlechtern und somit zu einer geringeren Vergütung auch des Planers führen. Daher besteht auch dort ein hohes Interesse an einer mangelfreien Planung und einer optimalen Bauausführung. Zudem sind projektspezifische Versicherungslösungen vorgesehen. Ein vergaberechtliches Verbot eines derartigen Haftungsverzichts zum Zwecke der Förderung von Innovationen und dem Gedanken „Best for Project“ ist folglich nicht erkennbar.

Für die Bauunternehmen spielt eine derartige Haftungsregelung in der Planungsphase hingegen eine erhebliche Rolle, da sie eine Haftung für Planungsfehler quasi mit übernehmen. Dies führt allerdings dazu, dass die Planungsleistungen der beteiligten Objekt- und Fachplaner bereits im Rahmen der Planungsphase durch sie sehr genau überprüft werden, weil ausschließlich das Bauunternehmen in der Realisierungsphase hierfür einzustehen hätte. Etwaige Bedenken gegen die Planung, die ohnehin spätestens in der Bauphase geäußert

werden müssten, werden daher schon in der Planungsphase offengelegt und vor allem zu einem Zeitpunkt gemeinsam beseitigt, zu welchem ein entsprechender Schaden noch nicht entstanden ist. Die dargestellten Haftungsregelungen begehen daher keinen Bedenken.

IV. Ergebnis

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass die Änderung der Herangehensweise an die Abwicklung einer Baumaßnahme zunächst ein völlig neues Verständnis für die Zusammenarbeit aller Beteiligten erfordert. Nicht nur, dass sich die Arbeitsmethoden nach den Prinzipien von Lean Construction und Co-Location³² ändern werden, sondern vielmehr muss sich vor allem die Einstellung der konkret im Projekt eingesetzten Personen hierzu wandeln. Dies wird Zeit benötigen und auch nicht immer gelingen, ist aber machbar, wenn die Unternehmensleitung die Vorteile dieses Vertragssystems erkennt und darin investiert. Die Umsetzung auf Seiten der öffentlichen Hand kann ebenfalls gelingen, wenn man bei Großprojekten von ehrlichen Budgets ausgeht und ebenfalls willens ist, die Mitarbeiter mit einer Projektverantwortung auszustatten, sowie ihnen im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben den Spielraum lässt, das Beste für das Projekt zu verfolgen. Vergaberechtliche Hürden bestehen nicht – ganz im Gegenteil liefert das europäische Vergaberecht mit den verschiedenen Verfahrensarten alle Werkzeuge, die die Umsetzung einer Baumaßnahme nach der Devise „Best for Project“ zulassen. ■

32 S. zum Begriff *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, § 1 Rn. 37.