

Innovative Vergütungsgestaltung bei Baufträgen öffentlicher Auftraggeber: Können Selbstkostenerstattungsverträge preis- und vergaberechtlich wirksam vereinbart werden?

ANTJE BOLDT

Stefan Leupertz ist nicht nur als streitbarer Geist bekannt, sondern zeigt auch durch seinen ungewöhnlichen Lebensweg, dass er zu dem Gelingen eines Bauvorhabens als Adjudikator und Streitschlichter beitragen will. Er verfolgt kreative und innovative Gedanken immer weiter und ihm liegt dabei besonders am Herzen, dass Verträge so gestaltet sein sollten, dass sie nicht nur dem Interesse der beteiligten Parteien, sondern vor allem dem Ziel eines reibungslosen und optimierten Bauablaufes dienen. Es verwundert daher nicht, dass er sich mit Vertragsmodellen beschäftigt, die Anreizmechanismen hinsichtlich der Vergütung und eine frühe Beteiligung der Bauunternehmen bereits im Zuge der Planung vorsehen. Der nachfolgende Beitrag soll daher den Teilaspekt der Vergütung im Wege einer Kostenerstattung beleuchten, der es der öffentlichen Hand schwermachen könnte, andere Vertragsmodelle als den klassischen Einheitspreis- oder Pauschalpreisvertrag abzuschließen.

A. EINLEITUNG

Das Desaster vieler öffentlicher Großbauvorhaben, die nahezu nie innerhalb des vorgegebenen Budgets oder der geplanten Zeit abgeschlossen werden, zwingt dazu über alternative Vertragsmodelle nachzudenken. Die Reformkommission »*Bau von Großprojekten*« im Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur hatte daher schon 2015 festgestellt, dass eine wesentlich bessere Zusammenarbeit der Projektbeteiligten unter Weiterentwicklung von Modellen einer partnerschaftlichen Vertragsgestaltung einer der Faktoren für das Gelingen eines Bauprojektes sei.¹

Eine partnerschaftliche Zusammenarbeit setzt jedoch nicht nur den entsprechenden vertraglichen Rahmen hierfür voraus, sondern muss auch eine echte Mitgestaltungsmöglichkeit der Beteiligten unter Einbringung der eigenen Ideen und Fähigkeiten beinhalten. Es ist daher nicht verwunderlich, dass Projekte im Ausland dann besonders erfolgreich sind, wenn sich die am Projekt Beteiligten frühzeitig gemeinsam der Projektaufgabe stellen. Die frühzeitige Einbindung der wesentlichen bauausführenden

1 Endbericht der Reformkommission »*Bau von Großprojekten*«, abrufbar unter BMVI.de, Seite 54 ff.

Unternehmen schon in den Planungsprozess stellt dabei eine der Säulen eines erfolgreichen Projektablaufes dar.²

Für einen öffentlichen Auftraggeber wirft ein Vertragsmodell, welches die Auswahl eines Bauunternehmers bereits zu dem sehr frühen Zeitpunkt des Beginns der Planungsphase vorsieht, jedoch Schwierigkeiten auf: Um den Preis einer Bauleistung festlegen zu können, ist ein gewisses Mindestmaß an Planung notwendig, die dem Bieter und späteren Auftragnehmer einerseits die Kalkulation der Baukosten ermöglicht und andererseits ihn nicht zu derart hohen Risikozuschlägen in seinem Angebot verleitet, dass die Vergabe unter dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit und der sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln hinterfragt werden muss. Die frühe Einbeziehung eines Bauunternehmers bereits in die Planungsphase kann folglich nur dann gelingen, wenn die Gestaltung der Vergütungsregelungen so gewählt wird, dass die realen Baukosten und ein unter Wettbewerbsgesichtspunkten angemessener Gewinn des Auftragnehmers vergütet werden. Der Vertrag müsste also Regelungen enthalten, die eine endgültige Festlegung der Vergütung erst nach Abschluss der Planungsphase erlauben und er müsste gleichzeitig so transparent gestaltet sein, dass der Auftraggeber die ihm entstehenden Kosten prüfen kann.

In Betracht kommt hier eine Variante des Selbstkostenerstattungsvertrages: Der Auftraggeber erstattet die tatsächlichen Einzelkosten der Teilleistung inklusive Baustellengemeinkosten, während die Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) und der Gewinn des Unternehmers bereits bei Zuschlagserteilung in Höhe eines Prozentsatzes fixiert werden. Nach Abschluss der Planungsphase wird auf Basis des vorgenannten Prozentsatzes und der dann vorliegenden Kostenberechnung für die Baumaßnahme ein fester Betrag für AGK und Gewinn ermittelt und als Summe fixiert. Steigen die Kosten gegenüber der Kostenberechnung, schrumpft in gleichem Maße der Betrag für Gewinn und AGK. Dies bietet einen Anreiz für den Unternehmer, die Baukosten auch tatsächlich einzuhalten bzw. sogar zu unterschreiten. Insofern liegt kein klassischer Selbstkostenerstattungsvertrag vor, bei welchem der Betrag für Gewinn und AGK des Unternehmers ebenfalls steigt, wenn die tatsächlichen Kosten steigen und im Wege der Kostenerstattung vergütet werden. Dieser Vertragstyp würde es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglichen einen Bieter bereits frühzeitig vor Beginn der Planung auf Basis von Eignungs- und Zuschlagskriterien, die ebenfalls eine Preiskomponente hinsichtlich der AGK und des Gewinns enthalten, ähnlich der Vergabe von Planungsleistungen auszuwählen. Nachfolgend soll daher untersucht werden, was die Besonderheit eines Selbstkostenerstattungsvertrages ist und ob die Vereinbarung eines Selbstkostenerstattungsvertrages oder eines Vertragstyps mit Selbstkostenerstattungs-elementen wie vorstehend beschrieben für die öffentliche Hand unter preisrechtlichen und vergaberechtlichen Gesichtspunkten zulässig sowie zur Umsetzung ihrer Ziele auch geeignet wäre.

2 Derartige Vertragsmodelle werden als »*Early Contractor Involvement*« oder »*Integrated Project Delivery*« bzw. »*Alliance Contracts*« bezeichnet.

B. DER PREISTYP EINES SELBSTKOSTENERSTATTUNGSVERTRAGES

Der Selbstkostenerstattungsvertrag spielt derzeit als Vertragstyp im Bauwesen nahezu keine Rolle, was sich auch in der VOB/A widerspiegelt. § 4 Abs. 1 VOB/A bestimmt, dass die Vergütung nach Leistung zu bemessen ist (Leistungsvertrag) und nennt als Vertragstypen den Einheitspreisvertrag und den Pauschalvertrag. Ausnahmsweise können nach § 4 Abs. 2 VOB/A Bauleistungen geringeren Umfangs, die überwiegend Lohnkosten verursachen, im Stundenlohn vergeben werden (Stundenlohnvertrag). Der Selbstkostenerstattungsvertrag ist nicht erwähnt, stellt jedoch wie der Stundenlohnvertrag einen sogenannten Aufwandsvertrag dar.³

Der Unterschied zwischen einem Leistungsvertrag und einem Aufwandsvertrag besteht darin, dass bei dem Leistungsvertrag das Ergebnis der Tätigkeit des Auftragnehmers im Sinne des werkvertraglichen Erfolges vergütet wird und es nicht darauf ankommt, welchen konkreten individuellen Aufwand der Unternehmer im Hinblick auf die Leistungserbringung hatte. Der Auftraggeber bezahlt also was er bekommt. Bei einem Aufwandsvertrag wird hingegen der Unternehmer für seine Tätigkeit an sich bezahlt, welche zwar selbstverständlich zu einem Werkerfolg führen muss, bei welchem jedoch der Fokus hinsichtlich der Vergütung auf den tatsächlichen dem Unternehmer entstehenden Kosten liegt. Naturgemäß handelt es sich damit bei einem Aufwandsvertrag um einen für den Auftraggeber grundsätzlich risikoreichen Vertrag, da sich der zukünftige Aufwand im Hinblick auf die Herstellung der Werkleistung zum einen nicht sicher vorhersagen lässt, zum anderen aber auch die Beeinflussung der Gesamtkosten nahezu ausschließlich in den Händen des Auftragnehmers liegt. Die Gefahr bei Aufwandsverträgen besteht insbesondere darin, dass kaum ein Anreiz gegeben ist, die Kosten möglichst niedrig zu halten. Dem Auftraggeber bleibt hier regelmäßig nur der Einwand, die Arbeit sei unwirtschaftlich ausgeführt worden. Dieser Einwand führt jedoch lediglich dazu, dass der Auftragnehmer nach den Regeln der sekundären Darlegungslast näher darstellen muss, welche Leistungen er genau ausgeführt hat und dass die Leistungserbringung wirtschaftlich war.⁴ Ein echtes Instrument der Kostensteuerung ist dies daher keinesfalls.

Es ist daher nicht verwunderlich, dass eine Vergütungsregelung auf Basis einer Erstattung der beim Auftragnehmer entstehenden Kosten im Rahmen des öffentlichen Preisrechts lediglich als subsidiäres Vergütungsmodell angesehen wird, weil es eine sparsame und wirtschaftliche Mittelverwendung nicht ausreichend sicherstellen kann.⁵ Daher stellt sich die Frage, unter welchen besonderen Umständen die Vereinbarung

3 Kapellmann in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A § 4 Rn. 49; Püstow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VOB/A-EU § 4 Rn. 23.

4 Janssen, Beck'scher Vergaberechtskommentar, VOB/A-EU, § 4 Rn. 229.

5 Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, VO PR Nr. 30/53, § 7 Rn. 1.

eines Selbstkostenerstattungspreises gleichwohl zulässig und im Rahmen einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung sogar sinnvoll sein kann.

C. PREISRECHT

Die öffentliche Hand unterliegt haushaltsrechtlichen Regelungen, die dafür Sorge tragen sollen, dass auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens marktwirtschaftliche Grundsätze eingehalten werden. Ausgestaltet werden diese Grundsätze sowohl durch das Vergaberecht als auch das öffentliche Preisrecht. Das öffentliche Preisrecht spielt im Rahmen der Verwaltungspraxis dabei eine erhebliche Rolle, da diesem das sogenannte Höchstpreisprinzip zugrunde liegt und eine Zuwiderhandlung gegen die Preisregelungen zivilrechtlich die Nichtigkeit der hierauf beruhenden Vereinbarung nach § 134 BGB zur Folge hat.⁶

I. Anwendung des öffentlichen Preisrechtes bei Bauaufträgen

Das öffentliche Preisrecht ist im Wesentlichen in der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen verankert.⁷ Dort ist geregelt, dass bei der Vereinbarung von Preisen für Leistungen aufgrund öffentlicher Aufträge grundsätzlich Marktpreisen der Vorzug gegenüber Selbstkostenpreisen zu geben ist.⁸ Im Geltungsbereich der Verordnung greifen daher drei Grundprinzipien, nämlich der Vorrang der Marktpreise vor Selbstkostenpreisen (§ 1 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53), der Grundsatz fester Preise (§ 1 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53) sowie der Höchstpreischarakter der Preisregelungen (§ 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53). Im Rahmen des Preisrechtes ergibt sich somit ein geschlossenes System von Preistypen, die streng hierarchisch im Sinne einer Preistreppe aufgebaut sind. Die Verordnung stellt ihrem Anwendungsbereich nach zudem materielles öffentliches Recht dar, das sowohl für den öffentlichen Auftraggeber, als auch für den Auftragnehmer bei öffentlichen Aufträgen ohne weitere Vereinbarung oder Anordnung rechtsverbindlich ist.⁹ Für marktgängige Leistungen dürfen danach die im Verkehr üblichen Preise nicht überschritten werden und Selbstkostenpreise nur dann vereinbart werden, wenn eine marktwirtschaftliche Preisbildung

6 Berstermann/Petersen, Vergaberecht und Preisrecht – Zivilrechtliche Unwirksam des öffentlichen Auftrages bei Überschreitung des preisrechtlich zulässigen Höchstpreises, ZfBR 2008, 22, 23; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, a.a.O., § 1 Rn. 109.

7 VO PR Nr. 30/53 vom 21.11.1953, BAnz Nr. 244, zuletzt geändert durch VO PR Nr. 1/89 vom 13.06.1989, BGBl. I S. 1094.

8 Berstermann/Petersen, Das Preis – Bedeutungsloses Relikt aus dem letzten Jahrhundert oder praxisrelevante Ergänzung des Vergaberechts? ZfBR 2007, 767, 770.

9 Brüning, Zum Verhältnis von öffentlichem Preisrecht und Vergaberecht, ZfBR 2012, 642.

ausscheidet. Höhere Preise dürfen danach also weder gefordert, noch versprochen, vereinbart oder gewährt werden.¹⁰

Bis zum Jahr 1999 existierte eine vergleichbare Regelung in der Baupreisverordnung.¹¹ In § 2 Abs. 5 der VO PR 30/53 wurde daher auch geregelt, dass die Bestimmungen dieser Verordnung nicht für Bauleistungen im Sinne der Baupreisverordnung gelten. Die Baupreisverordnung sah vor, dass Bauleistungen aufgrund öffentlicher Aufträge vorrangig zu Wettbewerbspreisen zu vergeben seien. Hierbei handelte es sich daher um definierte Preise, die bei einer Ausschreibung zustande kommen, bei welcher mehrere Unternehmer im Wettbewerb zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden. Da die Preise somit ohnehin im Wettbewerb ermittelt wurden, bedurfte es einer preisrechtlichen Begrenzung nach der Baupreisverordnung nicht mehr, so dass der Regelungsgehalt der Baupreisverordnung weitgehend leer lief. Die vergaberechtlichen Regelungen über die Auftragsvergabe überlagerten insoweit das Preisrecht, so dass es für das Baupreisrecht daher keinen Anwendungsbereich mehr gab.¹²

Aus der Abschaffung der Baupreisverordnung könnte nunmehr geschlossen werden, dass das öffentliche Preisrecht für Bauaufträge neben den vergaberechtlichen Regelungen keine Rolle spielt. Zudem ist in § 2 Abs. 5 der VO PR Nr. 30/53 nach wie vor geregelt, dass die Preisverordnung nicht auf Bauleistungen anzuwenden ist. Dieser Rückschluss ist jedoch zu kurz gegriffen: Die VO PR 30/53 stammt aus dem Jahr 1953, während die erste Fassung der Baupreisverordnung vom 11.05.1951 datierte und erst 1999, also nach der letzten Anpassung der VO PR 30/53 in 1989, abgeschafft wurde.¹³ Wenn man zudem den Zweck der Preisverordnung und die dort enthaltenen Freigaben betrachtet, wird erkennbar, dass Freigaben nur insoweit erfolgt sind, als es speziellere Regelungen hierfür gab. Entfallen nachträglich diese speziellen Regelungen, bedeutet dies nicht, dass es für den Anwendungsbereich der spezielleren Regelungen keinerlei preisrechtliche Vorschriften mehr gibt.¹⁴ § 3 der VO PR Nr. 30/53 regelt ausdrücklich, dass öffentliche Aufträge den allgemeinen und besonderen Preisvorschriften unterliegen. Die VO PR Nr. 30/53 findet somit stets dann Anwendung, wenn die Leistung nicht mehr durch spezielle Regelungen dem Preisrecht unterworfen ist und wenn es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt.

Weiterhin wurde nur deshalb auf konkrete preisrechtliche Vorschriften für die Vereinbarung von Baupreisen verzichtet, weil man von einer umfangreichen Regelung im Rahmen des Vergaberechtes ausging.¹⁵ Dies ist jedoch so pauschal ebenfalls nicht zutreffend, wie nachfolgend noch unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten

10 § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53.

11 Verordnung PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen vom 06.03.1972, BGBl. I. S. 239, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.12.1993, BGBl. I. S. 2378.

12 Bestermann/Petersen, a.a.O. S. 770.

13 Siehe VO PR Nr. 30/53 vom 21.11.1953, BANz Nr. 244, zuletzt geändert durch VO PR Nr. 1/89 vom 13.06.1989, BGBl. I S. 1094.

14 So auch Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, a.a.O., § 2 Rn. 87.

15 Bestermann/Petersen, a.a.O. S. 770.

erläutert wird.¹⁶ Zwar ist es grundsätzlich richtig, dass Baupreise im Wettbewerb zustande kommen, allerdings gilt dies nur dort, wo im Zuge des Wettbewerbsverfahrens die Baupreise bereits festgelegt werden können. Bei der hier zugrundeliegenden Vertragskonstellation der Auswahl eines Bauunternehmers bereits zum Zeitpunkt des Beginns der Planungsphase können Baupreise jedoch noch nicht festgelegt werden, weil diese erst nach Abschluss der Planungsphase ermittelt werden können. Gleichwohl muss zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung eine vertragliche Regelung über die Vergütung auch hinsichtlich der Bauphase getroffen werden, um den Auftrag an den Bauunternehmer überhaupt vergeben zu können. Sofern also zu diesem Zeitpunkt gerade noch kein Wettbewerb über den gesamten Baupreis stattfinden kann, ist das Vergaberecht kein ausreichendes Regularium zur Einhaltung der preisrechtlichen Rahmenbedingungen im Sinne eines Höchstpreischarakters. Die Vorgaben des öffentlichen Preisrechtes sind daher auch bei Bauleistungen zu beachten.

II. Preisrechtliche Zulässigkeit von Selbstkostenerstattungsverträgen bei Bauleistungen

Selbstkostenpreise dürfen zunächst nach § 1 Abs. 1 VO PR 30/53 nicht vereinbart werden, weil bei Abschluss des Vertrages bereits feste Preise festgelegt werden sollen. Selbstkostenerstattungspreise sind keine festen Preise, weil sie erst im Zuge der Vertragsabwicklung festgelegt werden. Nach § 7 VO PR Nr. 30/53 ist jedoch eine Vereinbarung von Selbstkostenerstattungspreisen ausnahmsweise dann zulässig, wenn eine andere Preisermittlung nicht möglich ist.

1. Bauleistungen als Entwicklungsauftrag

Gedacht wurde hierbei an Aufträge, die z.B. die Fertigung von Prototypen oder bestimmte Arten von unklaren Instandsetzungsarbeiten beinhalten, da diese zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine zuverlässige Kalkulation des Auftragswertes zulassen.¹⁷ Bedeutsam werden Selbstkostenerstattungspreise daher auch bei Forschungs- und Entwicklungsaufträgen, die aufgrund der Neuartigkeit der zu erforschenden oder zu entwickelnden Leistung hinsichtlich ihres Auftragsumfanges bei Vertragsabschluss ebenfalls nicht zuverlässig kalkuliert werden können.

Die Ausgestaltung derartiger Forschungs- und Entwicklungsaufträge ist vielschichtig, da neben reinen Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten auch die Umsetzung der entsprechenden Forschungsergebnisse in konkrete Projekte beinhaltet sein kann. So ist die Beauftragung derartiger Forschungs- und Entwicklungsaufgaben bei Bundesaufträgen sogar in einem umfassenden Regelwerk des Bundesministeriums für

¹⁶ Zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen siehe nachfolgend unter D.

¹⁷ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, a.a.O., § 7 Rn. 1.

Bildung und Forschung BMBF geregelt.¹⁸ Im Rahmen des dortigen Mustervertrages und der sonstigen zu beachtenden Förderunterlagen wird die Vergütung auf Basis eines Selbstkostenerstattungspreises mit einem kalkulatorischen Gewinn vorgeschrieben.¹⁹

Werden Bauprojekte nicht im klassischen Sinn realisiert, sondern soll der Bauauftragnehmer bereits frühzeitig zu Beginn der Planungsphase ausgewählt werden, gleicht dessen Tätigkeit in der Planungsphase einem Entwicklungsauftrag, der nach Abschluss der Planungsphase umgesetzt werden soll. Genau wie Architekten- und Ingenieurverträge steht somit zunächst die Entwicklungsphase im Vordergrund, an die sich bei erfolgreicher Entwicklung die Realisierungsphase anschließt. Dies zeigt, dass für Aufträge, die zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung keine Festlegung auf marktübliche oder im Wettbewerb gewonnene Preise ermöglichen, die preisrechtlichen Vorschriften relevant sind.

2. Preisrechtliche Voraussetzungen eines Selbstkostenerstattungsvertrages bei Bauleistungen

Nach § 7 VO PR 30/53 sind Selbstkostenerstattungspreise nur dann zulässig, wenn eine andere Preisbildung nicht möglich ist. Dabei ist jedoch der Selbstkostenerstattungspreis die sogenannte letzte Stufe auf der vorgenannten Preistreppe der Preisermittlungsmethoden.²⁰ Nach § 4 VO PR Nr. 30/53 sollen die Preise für marktgängige Leistungen auf Basis der im Verkehr üblichen preisrechtlich zulässigen Preise ermittelt werden. Ist dies nicht möglich, können nach § 5 VO PR 30/53 Selbstkostenpreise vereinbart werden. Diese Selbstkostenpreise sind wiederum möglichst als sogenannte Selbstkostenfestpreise nach § 6 Abs. 1 VO PR zu vereinbaren, was bedeutet, dass die Preise auf Grundlage von Kalkulationen spätestens bei, jedenfalls unmittelbar nach Abschluss des Vertrages, festzulegen sind. Ist auch dies nicht möglich, kommt als letzte Stufe der Preistreppe der Selbstkostenerstattungspreis in Betracht.

Bei der frühen Beauftragung eines Bauunternehmers schon zum Zeitpunkt des Beginns der Planungsphase können die Baukosten nicht festgestellt werden, da diese erst nach Abschluss der Planungsphase ermittelt werden können. Insofern können weder marktübliche Preise zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung festgelegt werden, noch Selbstkostenfestpreise. Da die Planungsphase einer Entwicklungsphase gleicht, kann folglich erst nach Abschluss der Planungsphase ein voraussichtlicher Preis für

18 Siehe z.B. die Allgemeinen Bestimmungen für Forschungs- und Entwicklungsverträge der Auftragnehmer des Bundesministeriums für Bildung und Forschung und den entsprechenden Mustervertrag hierzu unter www.bmbf.de.

19 Forschungs- und Entwicklungsvertrag der Zuwendungsempfänger bzw. Auftragnehmer des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (Mustervertrag), § 3 Abs. 1 unter www.Foerderportal.bund.de im »*Formularschrank für Fördervordrucke des Bundes*« unter Zuwendungen auf Kostenbasis.

20 Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, a.a.O., § 7 Rn. 1 f.

die Leistung ermittelt werden. Zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ist daher lediglich eine Begrenzung des Gesamtpreises im Sinne eines Maximalpreises möglich, wie dies in § 7 Abs. 2 S. 2 der Verordnung vorgesehen ist. Hierdurch soll erreicht werden, dass das Risiko, welches mit einem Selbstkostenerstattungsvertrag verbunden ist, für den öffentlichen Auftraggeber eingegrenzt wird.²¹ Soll also ein Bauauftragnehmer bereits frühzeitig beauftragt werden, kann er zu diesem frühen Zeitpunkt lediglich Kalkulationsansätze im Hinblick auf seine Allgemeinen Geschäftskosten, seine Gewinnerwartung und seinen üblichen Aufwand in Form eines Zuschlags auf Leitungen, für welche er Nachunternehmer einsetzt, angeben. Eine Festlegung auf konkrete Beträge ist hingegen nicht möglich. Daher muss der Auftraggeber einen Maximalpreis im Sinne eines Budgets angeben, welcher nach Abschluss der Entwicklungsphase (=Planungsphase) nicht überschritten werden darf. Stellt sich während der Planung heraus, dass das Budget des Auftraggebers bei Umsetzung der vorgegebenen Planungsziele nicht ausreichend ist, muss der Entwicklungsauftrag entsprechend gestoppt werden. Vertraglich müssen daher Regelungen vorgesehen werden, die einen Ausstieg des Auftraggebers bei nicht erfolgreicher Planung ermöglichen. Dies geschieht durch Vereinbarung einer Option hinsichtlich der Realisierungs- und damit Bauphase, die nur dann ausgeübt wird, wenn das Planungsergebnis Gewähr dafür bietet, dass die Maximalkosten eingehalten werden.

Nach § 8 der VO PR Nr. 30/53 sind bei der Ermittlung von Selbstkostenpreisen weiterhin die Leitsätze für die Preisermittlung, die der Verordnung als Anlage beigefügt sind, zu beachten.²² In den Nummern 37 bis 52 der Leitsätze wird geregelt, wie die kalkulatorischen Kosten des Unternehmers im Rahmen der Selbstkosten zu ermitteln, nachzuweisen und in Ansatz zu bringen sind. So ist beispielsweise vorgegeben, wie Abschreibungen für Anlagen zu berechnen sind (Nr. 37), wie kalkulatorische Zinsen für die Bereitstellung des betriebsnotwendigen Kapitals anzusetzen sind (Nr. 43) oder was unter Wagniskosten zu verstehen ist (Nr. 49). Wird der VO PR Nr. 30/53 und diesen Leitsätzen Rechnung getragen, darf daher in zulässiger Weise ein Selbstkostenerstattungsvertrag auf Basis der preisrechtlichen Vorschriften vereinbart werden.

D. VERGABERECHT

Auch wenn die preisrechtlichen Vorschriften einen Selbstkostenerstattungsvertrag zulassen, könnten jedoch vergaberechtliche Regelungen dagegensprechen.

21 Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, a.a.O., § 1 Rn. 47.

22 Siehe Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP).

I. Abgrenzung Preisrecht zu Vergaberecht

Das Preisrecht betrifft die vergaberechtlich zunächst nicht zu behandelnde Frage der Bestimmung des Preises für eine Leistung aufgrund eines öffentlichen Auftrages. Das Preisrecht hat dabei wie aufgezeigt die Funktion einer Höchstpreisvorschrift über einen preisrechtlich zulässigen Maximalpreis der zu beschaffenden Leistungen.²³ Das Vergaberecht hingegen regelt, unter welchen wettbewerblichen Gesichtspunkten ein öffentlicher Auftraggeber Leistungen zu beschaffen hat. Es umfasst damit Regelungen und Vorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von Leistungen und damit auch Bauleistungen zu beachten hat. Traditionelle Grundlage des Vergaberechts ist jedoch wie im Preisrecht das Haushaltsrecht und damit der Grundsatz einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung.²⁴ Das Vergaberecht zielt daher darauf ab, mit Mitteln des Wettbewerbs zu einem wirtschaftlichen Gesamtergebnis zu gelangen, während das Preisrecht durch preisrechtliche Maximalgrenzen unwirtschaftliche Beschaffungsmaßnahmen verhindern will. Beide Normenkomplexe beanspruchen daher eine umfassende Geltung und stehen nebeneinander.

II. Vergaberechtliche Zulässigkeit von Selbstkostenerstattungsverträgen bei Bauleistungen

Vergaberechtlich regelt § 4 VOB/A, dass Bauaufträge so zu vergeben sind, dass die Vergütung nach Leistung bemessen wird (Leistungsvertrag). Dies geschieht daher üblicherweise auf Basis von Einheitspreisen für technisch und wirtschaftlich einheitliche Leistungen, deren Menge nach Maß, Gewicht oder Stückzahl vom öffentlichen Auftraggeber in den Vertragsunterlagen angegeben wird (Einheitspreisvertrag). Nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A darf in geeigneten Fällen eine Pauschalsumme vereinbart werden, wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist. Der Vertragstyp des Selbstkostenerstattungsvertrages als Aufwandsvertrag wird in § 4 VOB/A nicht mehr genannt. Aus der sich zwingend anhörenden Formulierung in § 4 Abs. 1 VOB/A, wonach Bauleistungen im Wege eines Leistungsvertrages zu vergeben **sind**, könnte nunmehr geschlossen werden, dass vergaberechtlich die Vereinbarung eines Selbstkostenerstattungsvertrages nicht zulässig ist. Dies wäre dann der Fall, wenn es sich bei § 4 VOB/A um eine Verbotsnorm handeln würde, die andere Vertragsformen als den Einheitspreis- und Pauschalpreisvertrag verbietet.

²³ Bestermann/Petersen, a.a.O., S. 767.

²⁴ Bestermann/Petersen, a.a.O., S. 767.

1. Ausschluss des Selbstkostenerstattungsvertrages?

Der Selbstkostenerstattungsvertrag war bis zur Fassung der VOB/A 2009 in § 5 Nr. 3 VOB/A geregelt, wurde dort jedoch gestrichen, weil die Regelung kaum Anwendung fand.²⁵ Die Streichung erfolgt somit nicht mit der Begründung, dass ein Selbstkostenerstattungsvertrag generell nicht mehr zulässig sein sollte, sondern weil aufgrund des Preiswettbewerbs bei der Vergabe von Leistungsverträgen im herkömmlichen Sinne der Selbstkostenerstattungsvertrag nahezu keinen Anwendungsbereich hatte.²⁶ Aus der Streichung an sich kann daher nicht geschlossen werden, dass der Selbstkostenerstattungsvertrag nicht mehr angewendet werden darf.

Dies bestätigt sich auch dadurch, dass in § 2 Abs. 2 VOB/B die Möglichkeit einer Vergütung auf Selbstkostenerstattungsbasis immer noch genannt ist. Da die öffentliche Hand die VOB/B bei der Vergabe von Bauleistungen vereinbaren muss, ergäbe sich hieraus ein Widerspruch zwischen den vergaberechtlichen und vertragsrechtlichen Bestimmungen, falls nach der VOB/B eine Vergütung auf Selbstkostenerstattungsbasis erlaubt sein sollte, nach der VOB/A jedoch nicht.

Auch spricht gegen die Annahme, dass es sich bei § 4 Abs. 1 VOB/A um eine Verbotsnorm handeln soll, dass in § 7c VOB/A vorgesehen ist, dass eine Leistungsbeschreibung auch mittels Leistungsprogramm und damit funktional erfolgen kann. In diesem Fall werden dem Bieter keinerlei Mengenvorgaben oder Einzelpositionen für bestimmte Leistungen überlassen, auf deren Basis er sein Angebot kalkulieren kann. Vielmehr wird die zu erbringende Leistung lediglich ihrer Funktion nach beschrieben, so dass der Bieter selbst festlegen muss, welche Leistungen er in welchem Umfang zur Zielerreichung einsetzt. Auf Basis einer funktionalen Leistungsbeschreibung wird daher ein sogenannter Globalpauschalvertrag abgeschlossen, der nach dem strikten Wortlaut des § 4 Abs. 1 VOB/A ebenfalls nicht zulässig wäre, würde man § 4 VOB/A als Verbotsnorm auslegen. Dort heißt es unter Abs. 1 Nr. 2, dass in geeigneten Fällen eine Pauschalsumme vereinbart werden kann, »wenn die Leistung nach Ausführungsart und –umfang genau bestimmt ist«. Dies ist bei einer Leistungsbeschreibung mit lediglich funktionalem Charakter jedoch gerade nicht der Fall.²⁷

Schließlich regelt die VOB/A unter § 4a die Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenvereinbarungen, die zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ebenfalls nicht zu einer genauen Beschreibung des Leistungsinhaltes führen, weil dort lediglich das in Aussicht genommene Auftragsvolumen den Bietern mitgeteilt werden muss (§ 4a Abs. 1 S. 2 VOB/A). Der genaue Leistungsinhalt bestimmt sich dann erst auf Basis der jeweiligen Einzelaufträge. Würde man daher § 4 Abs. 1 VOB/A als Verbotsnorm

25 Janssen, Beck'scher Vergaberechtskommentar, VOB/A § 4 Rn. 223.

26 Siehe erläuternde Hinweise für die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Fassung 2009, Bundesanzeiger Nr. 155 vom 15.10.2009, Seite 3549 ff.

27 Siehe auch Kapellmann, VOB Teil A und B, VOB/A, § 4 Rn. 5.

ansehen, wäre der Abschluss eines Rahmenvertrages ebenso nicht möglich. § 4 Abs. 1 VOB/A ist daher lediglich ungenau formuliert, gibt ansonsten jedoch nicht vor, dass Selbstkostenerstattungsverträge nicht abgeschlossen werden dürfen.

2. Erfordernis eines Selbstkostenerstattungsvertrages

Ganz im Gegenteil zeigt die 2016 eingeführte neue Vergabeart einer Innovationspartnerschaft, dass für die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsleistungen der Vertragstyp des Selbstkostenerstattungsvertrages sogar erforderlich ist. Ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer Innovationspartnerschaft stellt vielmehr das vergaberechtliche Pendant zu den preisrechtlichen Regelungen bezogen auf einen Selbstkostenerstattungsvertrag dar. Wie vorstehend ausgeführt wurde, ist ein Selbstkostenerstattungsvertrag preisrechtlich insbesondere dann zulässig und sinnvoll, wenn der Preis zu Beginn des Auftragsverhältnisses nicht festgestellt werden kann. Die Vergabeart der Innovationspartnerschaft soll dabei ein Instrument zur Beschaffung für genau diese Forschungs- und Entwicklungsphase eines Produktes oder einer Leistung liefern. Bei einer Innovationspartnerschaft wird zunächst in einer ersten Forschungs- und Entwicklungsphase die Leistung entwickelt und sodann in einer zweiten, sogenannten Leistungsphase, entsprechend hergestellt, sofern die vorgegebenen Entwicklungsparameter eingehalten wurden.²⁸ Aufgrund des zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung unbekanntem Entwicklungs- und Produktionsaufwandes ist hierfür ein Vergütungsmodell erforderlich, welches die Aufwendungen des Unternehmers transparent und im preisrechtlichen Rahmen ausgleicht.

Wesentliches Merkmal einer Innovationspartnerschaft ist dabei die Durchführung eines zweistufigen Vertrages, der auf der ersten Stufe die Entwicklung vorsieht (Forschungs- und Entwicklungsphase), die die Herstellung von Prototypen oder die Entwicklung einer Dienstleistung oder eines Projektes umfassen kann und auf der zweiten Stufe den anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistung (Leistungsphase) umfasst. Dabei werden die Phasen durch die Festlegung von Zwischenzielen untergliedert, wobei bezogen auf die Erreichung dieser Zwischenziele eine angemessene Vergütung in Teilbeträgen vereinbart wird, § 19 Abs. 8 S. 2 VgV. Auf Grundlage der vereinbarten Zwischenziele kann der Auftraggeber am Ende eines jeden Entwicklungsabschnittes entscheiden, ob er die Innovationspartnerschaft beendet oder weiter fortsetzt. Hierdurch wird gewährleistet, dass der Auftraggeber nicht eine Leistung erwerben muss, die auf Basis der durchgeführten Entwicklungsschritte nicht im Rahmen seines Gesamtbudgets liegt. Nach Abschluss der Entwicklungsphase ist der Auftraggeber nach § 19 Abs. 10 VgV folglich nur dann zum Erwerb der entwickelten Leistung verpflichtet, wenn das im Rahmen der Innovationspartnerschaft festgelegte Leistungsniveau und die Kostenobergrenze auch tatsächlich eingehalten

28 Siehe zum Ablauf des Verfahrens § 19 VgV, insbesondere Abs. 8.

wurden. Allein dieses Beendigungsrecht führt daher dazu, dass ein hoher Anreiz für den Innovationspartner zur Einhaltung der Kosten- und Qualitätsziele besteht.

Die Innovationspartnerschaft ist nach § 3b Abs. 5 VOB/A-EU auch ausdrücklich für Bauleistungen vorgesehen, wobei die Regelungen weitestgehend den Bestimmungen der VgV nachempfunden sind. Nach § 3b Abs. 5 Nr. 9 VOB/A-EU ist daher der öffentliche Auftraggeber nach Abschluss der Forschungs- und Entwicklungsphase nur dann zum anschließenden Erwerb der innovativen Leistung verpflichtet, wenn die vorgegebenen Parameter der Entwicklungsphase eingehalten wurden. Mit Entwicklungsphase kann nur die der Bauleistung vorangehende Planungsphase oder eine Erprobungsphase bestimmter Bautechniken gemeint sein. Vereinzelt wird jedoch vertreten, dass die Innovationspartnerschaft im Baubereich nahezu keine Anwendung finden könne, weil eine Forschungs- und Entwicklungsphase bezogen auf Bauleistungen bedeute, dass allein durch die Errichtung der Bauleistungen auf dem Baugrundstück dies bereits zu einer Übernahmepflicht des Auftraggebers führe.²⁹ Sofern es sich bei den Bauleistungen daher um Entwicklungsleistungen handele, müsse wohl eine Rückbauverpflichtung vereinbart werden für den Fall, dass mit der Entwicklung die vorgegebenen Ziele nicht erreicht würden. Deshalb sei der Innovationspartnerschaft bezogen auf Bauleistungen eher eine Absage zu erteilen.³⁰ Bei dieser Auffassung wird jedoch übersehen, dass die Bauerrichtung bereits Phase 2 der Innovationspartnerschaft darstellt, während die vorangehende Planung die Phase 1 und damit die eigentliche Entwicklungsphase erfasst. Gerade die frühe Einbeziehung des Bauauftragnehmers in die Planungsphase bietet daher ein hohes Potential für die Vereinbarung einer Innovationspartnerschaft.

E. FRÜHE EINBEZIEHUNG DES BAUAUFTRAGNEHMERS IN DIE PLANUNGSPHASE

Vergleicht man nunmehr die Vertragsmodelle, die eine frühe Einbeziehung des Auftragnehmers schon in der Planungsphase vorsehen, so gleichen diese preisrechtlich einem Forschungs- und Entwicklungsauftrag und vergaberechtlich einer Innovationspartnerschaft in erheblichem Maße:

Die Planungsphase entspricht der Entwicklungsphase, die durch den Auftraggeber angemessen vergütet werden soll. Nach Erreichen des Zwischenziels, also beispielsweise dem Erreichen einer gewissen Planungstiefe, die eine sichere Kalkulation der zukünftigen Baukosten ermöglicht, entscheidet sich der Auftraggeber zur Umsetzung der Entwicklung und damit zum Erwerb der entwickelten Leistung, wenn die

29 So offensichtlich jedoch Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, VOB/A § 3b EU Rn. 61.

30 Siehe vorstehende Fußnote.

Kosten- und Leistungsziele erreicht wurden. Dabei kann es durchaus sein, dass das gewünschte Entwicklungsergebnis nicht erreicht wird, weil beispielsweise die Planungsziele des Auftraggebers für das vorgegebene Budget nicht realisiert werden können. In diesem Fall nimmt der Auftraggeber Abstand von der Realisierung, indem er die vertraglich vorgesehene Option nicht ausübt. Übt er die Option aus, wird in die Umsetzungsphase eingetreten.

Die Vergütung der hierbei zu erbringenden Bauleistungen erfolgt in zwei Teilblöcken: Zum einen werden die tatsächlich entstehenden Kosten erfasst und dem Unternehmer vergütet. Zum anderen werden die Zuschläge des Unternehmers für AGK, Gewinn und den Einsatz von Nachunternehmern auf Basis der ermittelten Kostenprognose nach Abschluss der Planung und der vertraglich vereinbarten Prozentsätze berechnet und als Teilbetrag der Vergütung festgeschrieben. Durch weitere vertragliche Anreizmechanismen, wie beispielsweise der Vereinbarung eines garantierten Maximalpreises und/oder eine Beteiligung des Auftragnehmers an Gewinnen und an Verlusten (Pain- and Gain-Share) wird zudem eine Minimierung des Risikos auf Auftraggeberseite ermöglicht.³¹

Ein garantierter Maximalpreis beinhaltet üblicherweise die Eigenkosten des Auftragnehmers, die Direktkosten der eingesetzten Nachunternehmer, einen Koordinations- und Risikozuschlag auf die Nachunternehmerkosten, die Allgemeinen Geschäftskosten, die Baustellengemeinkosten sowie Risikokosten und Gewinn. Erreicht der Auftragnehmer durch eine Optimierung der Planung oder Optimierungen im Bauverfahren oder sonstige günstige Verhandlungen bei den Einkaufs- und Nachunternehmerpreisen Einsparungen gegenüber dem Maximalpreis, werden diese hierdurch erzielten Gewinne nach einer vereinbarten Quote zwischen Auftragnehmer und öffentlichem Auftraggeber geteilt.³²

Vergaberechtlich können die zunächst prozentual kalkulierten Beträge zusammen mit weiteren Zuschlagskriterien dem Wettbewerb unterstellt werden, so dass der Vergabeentscheidung ein gewisses Preiselement zugrunde liegt. Eine Vergleichbarkeit der Angebote wird dadurch erreicht, dass ein einheitliches Vorgehen im Rahmen der Kalkulation vorgeschrieben wird und der Auftraggeber ein Budget als Grundlage für die Angebotsabgabe vorgibt. Die einzelnen Zuschlagssätze der Bieter werden hierdurch transparent und können daher miteinander verglichen und im Wettbewerb ermittelt werden.

Innovative Aufträge eines öffentlichen Auftraggebers, die die Planung und Entwicklung einer Bauleistung mit anschließender Umsetzung beinhalten, können daher in vergütungsrechtlicher Hinsicht so vereinbart werden, dass sie im Ergebnis zu einem Selbstkostenerstattungsvertrag führen. Weder das Preisrecht noch das Vergaberecht

31 Siehe auch Püstow, Die Innovationspartnerschaft – mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell, NZBau 2016, 406, 410.

32 Püstow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 4 VOB/A-EU, Rn. 25.

verbieten die Vereinbarung eines Selbstkostenerstattungsvertrages für die öffentliche Hand, vielmehr muss dieser sogar unter besonderen Voraussetzungen vereinbart werden, wenn der Auftraggeber sich entscheidet, das Innovationspotential und das Know-how eines Bauunternehmers bereits im Zuge der Planungsphase für sein Projekt zu nutzen und die Parteien eines Bauprojektes zu einer frühen partnerschaftlichen Zusammenarbeit zusammenbringt.