



Vertrags- und Preispolitik im Verteidigungssektor

**2. Kölner Defence Roundtable
Oppenhoff & Partner**

22.06.2010

**Michael Walter
VP Public Procurement Policy
EADS HQ**

- Allgemeine Situation und Vertragspraxis
- Vertragsparteien und Partnerschaft
- Rahmenbedingungen Allgemein
- Vertragsgestaltung
- Preisbildung / Preisprüfung
- Schlussfolgerungen

Vertrags- und Preispolitik im Verteidigungssektor

Allgemeine Situation (1)

- Militärische **Beschaffungs**planung erreicht 2012 nominal lediglich den Stand von 1989 bei gleichzeitiger Steigerung der Anforderungen an Technologie und Leistungsfähigkeit der Unternehmen
- Bereich **FEE** verharrt auf zu niedrigem Niveau
- Bereich **Materialerhaltung** zeigt sogar leichte Reduktionstendenz
- **Verteidigungsbudget insgesamt zu stark haushaltsgetrieben** und folgt nicht den zunehmenden Anforderungen an bedarfsgerechte Qualität und Menge; Erfüllung der zunehmenden Anforderungen / Aufträge des Parlaments durch Streitkräfte nicht in vollem Umfang möglich
- Industriepolitik u. a. zum **Erhalt von Kernfähigkeiten** und damit Mitsprache-/ Mitgestaltungsmöglichkeit im internationalen Kontext wird unzureichend unterstützt und dem „Diktat der knappen Kasse“ unterworfen
- Wegen **fehlender effektiver „Normalmarkt“-Mechanismen** ist der Rüstungsmarkt als **Sondermarkt** vielen **Regularien** unterworfen

Allgemeine Situation (2)

- Die existenten zwischen öffentlichen Auftraggebern und Verbänden abgestimmten **Regularien / Bedingungen für Preisbildung/ -prüfung und Vertragsgestaltung** ermöglichen den Abschluss von **ausgewogenen Verträgen** (angemessener Preis; ausgewogene Risikoverteilung) **außer im Profitbereich**
- Die **monopolistische Marktposition des öffentlichen Auftraggebers** und die damit verbundene Verhandlungsmacht ermöglicht ihm die **Verschiebung von Risiken auf die Industrie ohne adäquate Vergütung und/oder Vertragsbedingungen**
- Eine evtl. im Einzelfall gegebene monopolistische Marktposition auf **Industrieseite** kann wegen der Rahmenbedingungen / Regelwerke lediglich eine Ausgewogenheit des Vertrages unterstützen

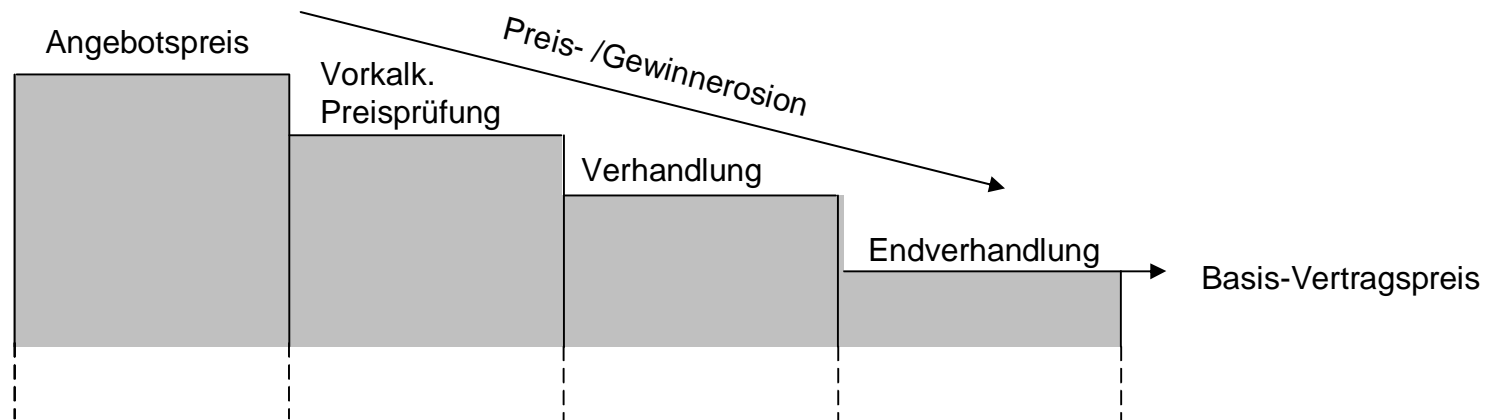
Vertrags- und Preispolitik im Verteidigungssektor

Beispiele Vertragspraxis (1)

- **Festpreise** bei **Entwicklungsprojekten**. Bei Verhandlungen werden Preise, unabhängig von Kalkulation und Risiken diktiert
- Volle Übernahme der **Obsolescence Liability** für gesamte Lebensdauer
- Forderungen nach (meistens getrieben durch die knappe Budgetsituation) unangemessenen **Preisreduzierungen ohne** entsprechende **Reduzierung der Leistungsverpflichtung**
- Versuch des BWB **Mengengerüste** nach Abgabe des Angebots zu reduzieren oder mehr Leistungen zum gleichen Preis zu bekommen
- Forderung zur **Selbstbeteiligung** bzw. komplette **Vorfinanzierung** des AN u. a. bei der Anschaffung von bundeseigenen Sonderbetriebsmitteln
- **Nichtanerkennung** von **Preisprüfergebnissen** im Rahmen von Preisverhandlungen
- Versuch der nachträglichen Aushebelung der **Haftungsfreistellungsvereinbarungen**
- Einschränkung der Möglichkeit zur **Abrechnung von Teilleistungen**
- Zunehmende Forderungen nach **Indexklausel** bei gleichzeitiger Bereinigung von unliebsamen Entwicklungen sowie programmferne und sachfremde Eskalation
- Versuch der nachträglichen Vereinbarung von **Obergrenzen** bei der **Preisgleitung**

Beispiele Vertragspraxis (2)

- **Entwicklungsaufträge zu Festpreisen**
Preisrechtswidrige Durchsetzung von Festpreisen bei **nicht-festpreisfähigen** Vorhaben durch Auftraggeber (Monopolstellung) **ohne risikogerechte Mengen und Gewinnmarge**. BoFo bei Festpreisen in Entwicklungsverträgen nicht hinreichend. Dies bedeutet einseitige Risikoverlagerung zu Lasten der Industrie.
- **Preisreduzierungsrounden durch Preisprüfung / Verhandlungen**



- **Folge:** Erhalt von wehrtechnischen Kernfähigkeiten und industriepolitischer Handlungsrahmen im europäischen Kontext bedroht. Industriepolitik nur mit starken Unternehmen effizient.

Vertragsparteien und Partnerschaft

- Vertragspartner: **BRD** als Auftraggeber vertreten durch **BMVg / BWB AN** durch Bevollmächtigte
- Vertrags**partnerschaft** bedeutet:
 - ⇒ **Gegenseitige** Erkennung und Anerkennung der Bedürfnisse und Zwänge
 - ⇒ ausgewogenes Vertragsverhältnis (Bedingungen und Preis) unter Berücksichtigung der Interessen **beider** Vertragspartner
 - ⇒ Letzteres gilt **auch** für die **Projektentwicklung**

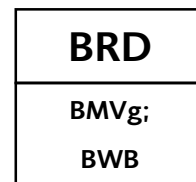
Vertrags- und Preispolitik im Verteidigungssektor

Rahmenbedingungen

Zwänge und Möglichkeiten

Grundgesetz
Haushaltsrecht
Vergaberecht
(EU; VOL/A; GWB; VgV
Art 296 EGV; EDA CoC)

CPM
Erlasse
Verfügungen
Richtlinien



Preisrecht

Leistungs-
austausch

Industrie; Auftrag- nehmer

Vertragsrecht

BGB
Musterverträge
VOL/B; ZVB/B; EVB/IT
ABBV; ABEI; ABFI etc.

Wettbewerbsfähigkeit
Neue Produkte/
Technologien
Leistungserfüllung
(Zeit/ Qualität/Kosten)
Auslastung
Kalkulation
Deckungsbeiträge
Profit
Rendite

·
·
·

Vertragsgestaltung

Grundlagen (1)

- **Zivilrecht (BGB)**

- ⇒ Kein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis

- ⇒ Zuschlag ist in Deutschland kein Verwaltungsakt, sondern zivilrechtliche Annahme des Angebots und damit rechtlich bereits Vertragsschluss

- ⇒ Vertragsverhandlungen zur Erstellung der Vertragsurkunde

- ⇒ BGB-Bestimmungen weitestgehend modifizierbar (abdingbar); freie Vertragsgestaltung zwischen rechtlich gleichberechtigten Parteien

- **Musterverträge (BWB)**

- lediglich Entwürfe (Abstimmung mit BDI), Einzelfall- und sachgerechte Anpassung unter Aufrechterhaltung der Ausgewogenheit

Grundlagen (2)

- **Leistungsbeschreibung**
Beschränkung auf rein technische Aspekte; schuldrechtliche Aspekte ausschließlich im Vertragstext
- **Besondere** Vertragsbedingungen (früher BVB)
 - jetzt EVB/IT; wegen fehlender Endabstimmung mit Verbänden kritische Betrachtung notwendig; Flexibilität gegeben; ausgewogene Einzelvereinbarungen möglich
- **Ergänzende** Vertragsbedingungen
 - ABBV: Allgemeine Bedingungen für Beschaffungsverträge des BMVg; Stand 01.05.1999
 - ABEI: Allgemeine Bedingungen für Entwicklungsverträge mit Industriefirmen; Stand 27.06.2005
 - ABFI: Allgemeine Bedingungen für Forschungsverträge mit Industriefirmen; Stand Febr. 1971
- **Zusätzliche** Vertragsbedingungen ZVB/B, Stand 10.05.2001
 - Erläuterungen, teilweise Erweiterungen, Nachbesserungen der VOL/B (mit BDI abgestimmt)

Grundlagen (3)

- **Allgemeine technische** Vertragsbedingungen
- **Allgemeine Vertragsbedingungen** für die Ausführung von Leistungen (VOL/B, Stand 2003)

Im Vertrag regelmäßig referenziert:

- ABBV oder ABEI
 - VOL/B und ZVB/B
-
- **Erlasse/Verteilerverfügungen** rein verwaltungsinternes Handeln ohne direkte Außenwirkung (kein Verwaltungsakt)
-
- **Bei Widersprüchen im Vertrag gelten nacheinander:**
 - Leistungsbeschreibung
 - BVB (alt)
 - ABEI; ABBV; EVB-IT
 - ZVB/B
 - VOL/B

Konsequenzen

- ⇒ Das Bedingungsmerk **VOL/B** mit den ausgewogensten Bestimmungen greift im Fall von Widersprüchen als letztes

- ⇒ Im **Angebotsverfahren und** bei den **Vertragsverhandlungen** ist darauf zu achten, dass die VOL/B-Bestimmungen, sowie ABBV und ABEI weder im Angebot noch durch Einzelvereinbarungen im Vertragstext oder in den Anlagen zum Vertrag zu Lasten des Auftragnehmers ausgehebelt werden

- ⇒ **Mit BDI/BDLI abgestimmte Rahmenbedingungen** ermöglichen ein ausgewogenes Vertragsverhältnis, dass die Interessen **beider** Vertragsparteien berücksichtigt

- ⇒ **Erlasse/Verteilerverfügungen** für die Industrie nicht direkt verbindlich. Aufnahme in Einzelvertrag kann vom Auftragnehmer abgelehnt werden

VOL/B Highlights (1)

- **Haftungsbegrenzung möglich** (§ 7 VOL/B)
 - Haftung kann summenmäßig begrenzt werden oder
 - Auf Erstattung von Mehraufwendungen für Ersatzbeschaffungen beschränkt werden
- **Vertragsstrafe begrenzt** (§11 VOL/B iVm BGB)
 - Angemessene **Obergrenze** ist festzulegen
 - **Verzug:** 0,5% pro Woche (des Wertes des nicht nutzbaren Teils der Leistung); maximal 8% dieses Teilwertes
 - **Wartefrist** (period of grace) möglich (**Ziff. 11.2 ZVB/B**)
 - Möglichkeit der **Anrechnung der Vertragsstrafe auf Schadensersatz** (Ziff 11.3.2 **ZVB/B**)

VOL/B Highlights (2)

- **Mängelansprüche und Verjährung, §14 VOL/B**

→ ist z.B. Mangel auf **Beistellungen** zurückzuführen,
keine Gewährleistungspflicht des AN

→ Anspruch auf **Schadenersatz** bezieht sich auf **Schaden am Gegenstand selbst**;
es sei denn:

- Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit
- Nichterfüllung einer **Garantie**
- Verletzung des Lebens, Körpers oder der Gesundheit

→ Anspruch **entfällt ganz**, wenn:

- Sabotage
- AG hat Erfüllungsgehilfen gestellt
- AN konnte keinen entscheidenden Einfluss auf Auswahl ausüben

VOL/B Highlights (3)

→ **Verjährungsfrist des BGB** für Mängelansprüche gilt nur,
soweit nicht anderes vereinbart ist

⇒ Berücksichtigung der im jeweiligen Wirtschaftszweig üblichen Regelungen

⇒ Freiheit der Vertragspartner, auch Fristen unter 24 Monaten zu vereinbaren

ABEI Highlights

- ⇒ **Streichung** „§1 (1) Bemühen“ und „§5 (5) Aufstockung“ **nur dann** zulassen, **wenn** die Entwicklungsleistung und ihre **Risiken** tatsächlich **final über-schaubar** und damit **SKFP-fähig** sind
- ⇒ **Ansonsten** Vereinbarung **SKE** unter **Aufrechterhaltung** §1 (1) und §5 (5)
- ⇒ **Vertragsstrafen über Referenz auf VOL/B**
(höchstbegrenzt und anrechenbar auf Schadensersatz)

ABBV Highlight

Vertragsstrafenregelung nur über **Referenz auf VOL/B**
(höchstbegrenzt und anrechenbar auf Schadensersatz)

Preisbildung und Preisprüfung

- **Verordnung Preis Nr. 30 von 1953 iVm LSP (VOPR 30/53)**

Anwendungsbereich

- Alle öffentlichen Aufträge (ausgenommen Bauleistungen)
- Verträge mit Auftragnehmern im Ausland, wenn vertraglich vereinbart; ansonsten „Gegenseitigkeitsabkommen“
- Internationale Programme (MoU, OCCAR, NATO etc.) wenn vertraglich vereinbart
- Hoheitliche Prüfrechte für Preisüberwachungsstellen der Länder

Zweck

- Verstärkte **Durchsetzung marktwirtschaftlicher Grundsätze** auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens
-
- **Ressortvereinbarung** BMWi/BMVg Neufassung vom 01.02.2010 über **vertragliche** Preisprüfrechte des BWB
 - Voraussetzung: einzelvertragliche Zustimmung des AN in jedem Einzelfall
 - kein Feststellungsrecht für BMVg/BWB nach § 10 VOPR 30/53; kein hoheitliches Prüfrecht
 - Nachkalkulatorische Prüfung der **Gemeinkosten** grundsätzlich Aufgabe der Preisdienststellen; Einzelvereinbarung mit BWB möglich

VO PR 30/53 iVm LSP

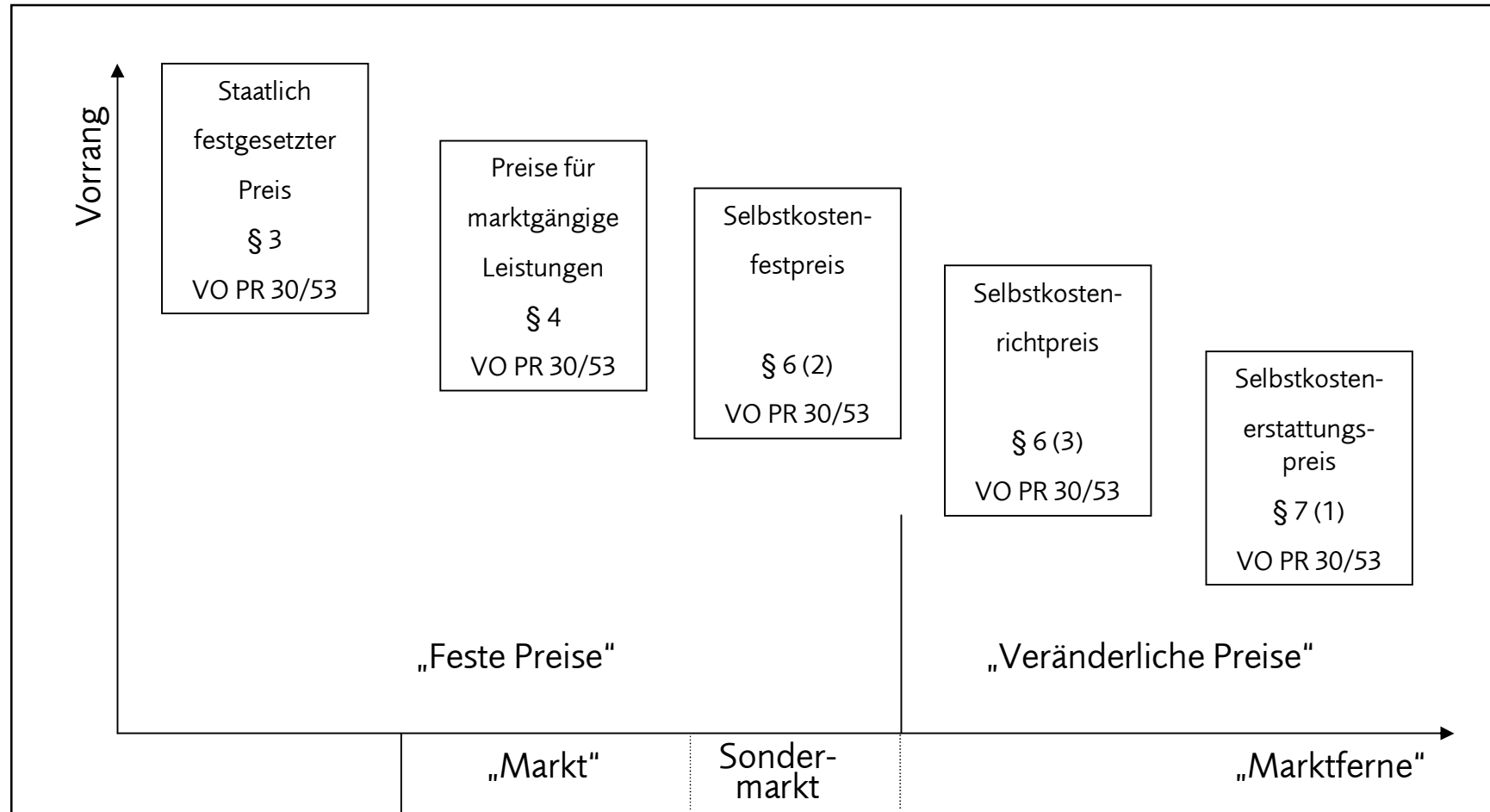
Grundprinzipien:

- Marktprevorrang
- Vorrang für feste Preise, wenn Lieferung/Leistung insgesamt überschaubar
- Zwingende Anwendung der Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von **Selbstkosten** (LSP)
Anlage zur VOPR 30/53
- Höchstpreisprinzip (Angemessene Kosten bei wirtschaftlicher Betriebsführung)

Vertrags- und Preispolitik im Verteidigungssektor

VO PR 30/53 iVm LSP

„Preistreppe“



„Bonner Formel“ und Preistyp (1)

BMVg-Erlass 1989 (soweit nichts anderes vereinbart ist)

$$G = 0,05 \left(Q + 1,5 \frac{BNAV}{BNV} \right) E + 0,01 F$$

Q-Faktoren: 0,70 Instandsetzungsverträge
1,05 Beschaffungsverträge
1,10 Studien-/Forschungs-/Entwicklungsverträge

Zugrundeliegende Preistypen-Philosophie 1989:

- Instandsetzungsverträge **SKE** wegen Unsicherheit hinsichtlich tatsächlicher Abnahmemenge
- Beschaffungsverträge **SKF** möglich, aber überschaubare und damit risikoarme Leistung
- Studien-/Forschungs-/Entwicklungsverträge **SKE** wegen Nicht-Überschaubarkeit der erforderlichen Gesamtleistung

„Bonner Formel“ und Preistyp (2)

⇒ **Sehr geringer Unterschied** zwischen **Q-Faktor** Beschaffungsverträge und Entwicklungsverträge von **0,05**.

Grund:

Finanzielles Entwicklungsrisiko sehr **gering** wegen Preistyp **SKE mit Aufstockungsmöglichkeit** und **Bemühensklausel** (§1(1) und 5(5) ABEI).

Konsequenz bei Festpreisen in Entwicklungsverträgen:

Übertragung des vollen Entwicklungsrisikos auf Auftragnehmer ohne §1(1) und §5(5) ABEI erfordert **drastische Erhöhung des Q-Faktors** (1,5-2,0?).

Fremdleistung:

- Gewinnbezuschlagung nach BoFo nur 1% auf Fremdleistung.
Zusätzlich Vereinbarung „Handlingcharge“ vereinzelt möglich (z. B. 3%)
Gleichzeitig Forderung nach verstärkter Beteiligung des Mittelstandes.

Folge: Je höher der Fremdanteil desto geringer der RoS.
GU-Risiko nicht adäquat berücksichtigt.

Möglichkeiten für risikogerechte Preisgestaltung (1)

- Bei **Wettbewerb** freie Vereinbarung des Preises und Gewinnmargen
Keine Preisprüfung (USA und UK)
- Vereinbarung **risikoadäquater Mengen**
- Bei **unüberschaubaren Leistungen und Risiken** Vereinbarung des risikoadäquaten Preistyps **SKE/SKR mit Aufstockungsmöglichkeit**;
alternativ risikogerechte **Erhöhung des Q-Faktors**
- Getrennte **Diskussion/Bewertung von Einzelrisiken** und Berücksichtigung in Mengen oder kalkulatorischen Gewinnsatz
- **Einheitliche Gewinnbezuschlagung auf Gesamtkosten**
Keine Unterteilung in Eigen- und Fremdleistung
- **Qualifikationsfaktoren in Bonner Formel** je nach Risikolage vereinbaren. BoFo basiert noch auf überschaubaren Leistungen und Risiken oder Entlastung des AN durch SKE mit Aufstockungsmöglichkeit bei Nichtüberschaubarkeit der Risiken

Möglichkeiten für risikogerechte Preisgestaltung (2)

- **Incentive Regelungen** nur bei konsequenter Anwendung der Preistypen SKE/SKR bei nicht überschaubaren Leistungen (wie in USA und UK)
 - **Bonus/Malus** Regelungen (Cost-plus-incentive-fee) **nur bei SKE-Preisen** wegen erforderlicher nachkalkulatorischer Prüfung
 - Ebenso sind **Profit/Loss Sharing** Vereinbarungen nur unter gleichzeitiger **Akzeptanz nachkalkulatorischer Prüfung/**Beurteilung möglich; in Deutschland **also** nur beim **SKE** (UK Target-Cost-Incentive-Fee (TCIF))
- **Preisgleitungsvereinbarungen** sollten sich an **programmnahe** Indizes zu den Kostenelementen der Mengengerüste orientieren und bei gravierenden Änderungen flexibel angepasst werden

Schlussfolgerungen

- Rechtlich in **Augenhöhe mit dem öffentlichen Auftraggeber** kann und muss auch der Auftragnehmer seine berechtigten Interessen gegenüber dem Auftraggeber wahrnehmen. Basis dafür bieten auch die zwischen öffentlichen Auftraggeber und den Verbänden abgestimmten Rahmenbedingungen und Regelwerke.
- Nur eine **risikoadäquate Vertragsgestaltung und Projektabwicklung** unter Berücksichtigung der Interessen **beider** Vertragspartner führt zu einem befriedigenden Gesamtergebnis. Dies gilt gleichermaßen für die **Vertragsbedingungen**, als auch für die **Preisgestaltung**. Die Rahmenbedingungen zur **ausgewogenen Verteilung der Chancen und Risiken** sind gegeben.
- **Risikoadäquate Verträge** ermöglichen es dem Auftragnehmer auf unvorhergesehene Probleme zu reagieren um eine vertrags- und kundengerechte Lösung herbeizuführen, ohne den einem Wirtschaftsunternehmen zustehenden Profit teilweise oder ganz zu konsumieren.
- Umsetzung durch verstärkte **Konzentration auf risikogerechte Mengengerüste, ausgewogene Vertragsbedingungen** und **Durchsetzung** der legitimen Firmeninteressen in Preisprüfungen und Verhandlungen.

Vielen Dank!