

Vertragsmanagement:
Der Subunternehmervertrag

Die back-to-back-Vereinbarung im
Streiflicht von Risikomanagement
und Durchsetzungsmöglichkeiten
im Kontext von öffentlichen
Ausschreibungen

Christiane Müller

Veröffentlichungen aus dem LL.M.-Stu-
diengang Internationales Wirtschaftsrecht
der Universität Zürich und des Europa In-
stituts an der Universität Zürich

2016 Band 96

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	5
Literaturverzeichnis	7
Einleitung	9
I. Infrastruktur Projekte in öffentlichen Ausschreibungen aus Sicht des Auftragnehmers	14
1. Umfeld, Bedingungen und Einordnung der Projekte	14
2. Projekte in öffentlichen Ausschreibungen in der Schweiz	15
a) Rechtsumgebung öffentlicher Ausschreibungen in der Schweiz	15
b) Status der Umsetzung und Gründe des revidierten GPAs in der Schweiz	17
c) Wichtige Neuerungen des revidierten GPAs im Kontext öffentlicher Beschaffungsvorhaben	18
3. Vergaberecht vs. Vertragsmanagement in öffentlichen Ausschreibungen in Infrastrukturprojekten	19
a) Rahmenbedingungen und Grundsätze des Vergaberechts bei öffentlichen Ausschreibungen	19
b) Besonderheiten eines Submissionsablaufs und einer Vergabe	20
c) Zusammenspiel von Vergaberecht und Vertragsrecht	24
d) Kennzeichen funktionaler Ausschreibungen	25
4. Dilemma des Auftragnehmers	27
II. Beizug von Subunternehmer bei öffentlichen Ausschreibungen	29
1. Verschiedene Formen von Zusammenarbeit	29
a) Unterscheidung nach der Involvierungsstufe	29
aa) Zur Stellung von Subunternehmer und Lieferant auf Anbieterseite	30
bb) Bietergemeinschaften	30
aaa) Konsortium	31
bbb) Arbeitsgemeinschaft	31
2. Voraussetzungen, Bedingungen und Grenzen eines Subunternehmer Beizugs in öffentlichen Ausschreibungen	32
a) Vergaberechtliche Zulässigkeit eines Subunternehmer Beizugs	32
b) Vergaberechtlich allgemeine Voraussetzungen eines Subunternehmer Beizugs	32
aa) Vergaberechtliche Grundvoraussetzungen	33
bb) Eignungskriterien	34
c) Bedingungen für den Ersatz eines Subunternehmers	35

d)	Unterscheidung nach der Art der geschuldeten Leistung	37
aa)	Auftrag	37
bb)	Kaufvertrag	37
cc)	Werkvertrag	38
e)	Unterscheidung nach Intensität und strategischer Ausrichtung der Zusammenarbeit	38
aa)	Erst-, Einmalbeauftragung	38
bb)	Strategische Partnerschaft	38
3.	Der Subunternehmervertrag als Beauftragungsform von Dritten	39
a)	Der back-to-back Grundsatz zur Beauftrag von Subunternehmer	41
aa)	Entwurf von back-to-back Verträgen	42
aaa)	Verweis auf den Hauptvertrag	43
bbb)	Entwurf eines eigenständigen Vertrags	43
b)	Anfrageprozess der Subunternehmereinbindung	44
III.	Risikoanalyse von Projekten aus der Praxis	45
1.	Risiken und Herausforderungen beim Beizug von Subunternehmer	45
a)	Risiken im Projektgeschäft	45
b)	Auswirkungen der nicht beherrschten Risiken	45
c)	Gegenstand der Analyse und Vorgehensweise	45
2.	Hauptrisiken bei der Subunternehmerbeauftragung in Form eines back-to-back Vertrags	46
a)	Überdimensionierter Subunternehmervertrag	46
b)	Mangelnde Abgrenzung des Liefer- und Leistungsumfangs durch den Auftragnehmer	47
c)	Umgang mit Projektänderungen	47
d)	Abnahmeverweigerung	48
IV.	Risikomanagement beim Beizug eines Subunternehmers	50
1.	Allgemeines Risikomanagement in Projekten	50
2.	Ansätze zum Management der Hauptrisiken eines Subunternehmerbeizugs	51
a)	Überprüfen der technischen Machbarkeit	51
b)	Individualisierung des back-to-back Vertrags	51
c)	Fokussierung auf das Zentrum des Vertrages	52
aa)	Liefer- und Leistungsumfang	52
d)	Umgang mit Änderungen	53
e)	Claim Management	54
f)	Lösung von Streitigkeiten mittels Schlichtungsstelle	56
V.	Fazit	57