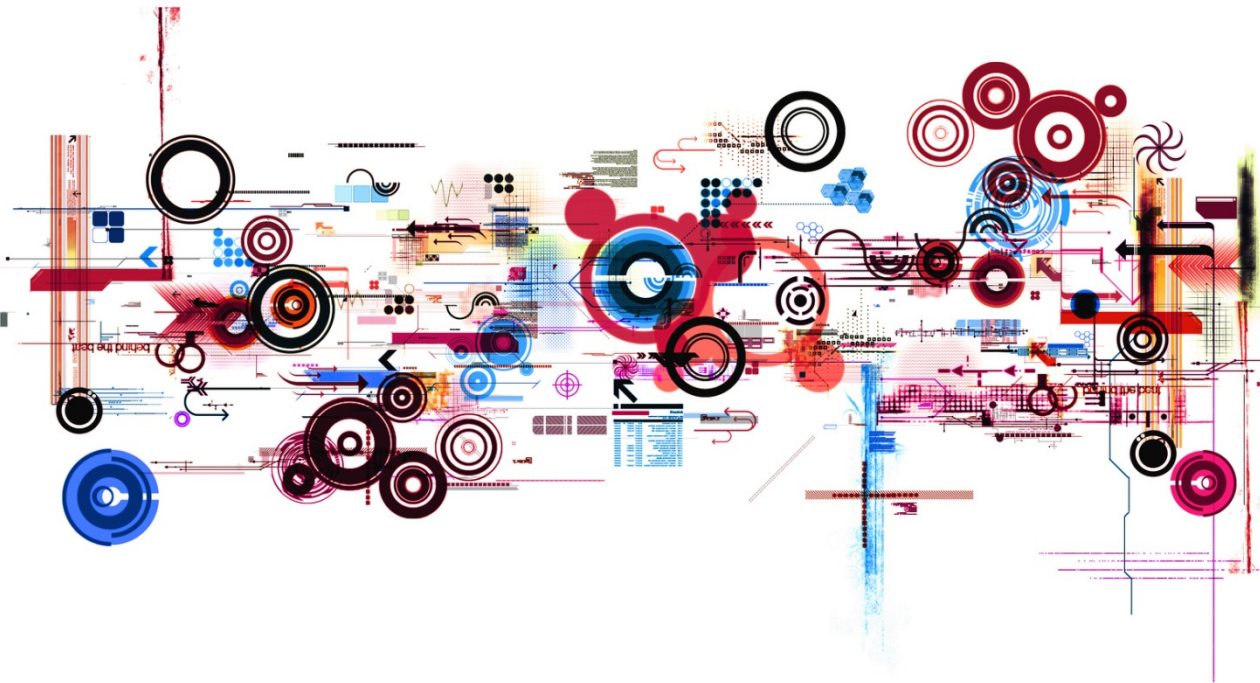


# „Back2Back“-Verträge bei IT-Projekten und Outsourcing

Durchreichen von Vertragsbedingungen an Subunternehmer



# Worum geht es hier eigentlich?

- Back-to-back, Back2Back oder B2B:
  - Modernes Vertragsenglisch
  - Euphemismus für harten Haftungsdurchgriff
- Beliebter Lingo bei allen großen IT-Unternehmen
- Schnell akzeptiert von allen kleineren Zulieferanten mit wenig Verhandlungsmacht
- Noch schlimmer: Oft so in Vertrag aufgenommen ohne jede Erläuterung



# Weitere Begriffe zur Einführung (1/2)

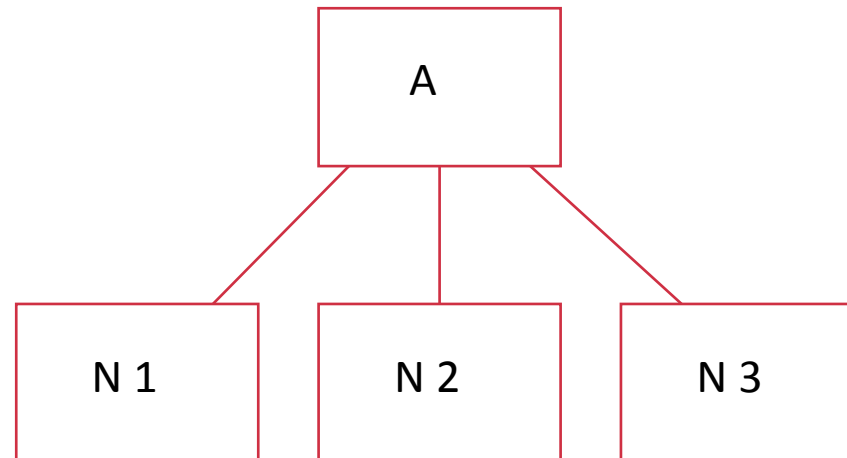
Alleinunter-  
nehmer

Kann alles, trägt alle Risiken

Neben-  
unternehmer

Arbeiten neben anderen Unternehmern für Auftraggeber, ohne mit diesen anderen U. selbst Vertrag zu haben

Auftraggeber trägt Schnittstellenrisiko!



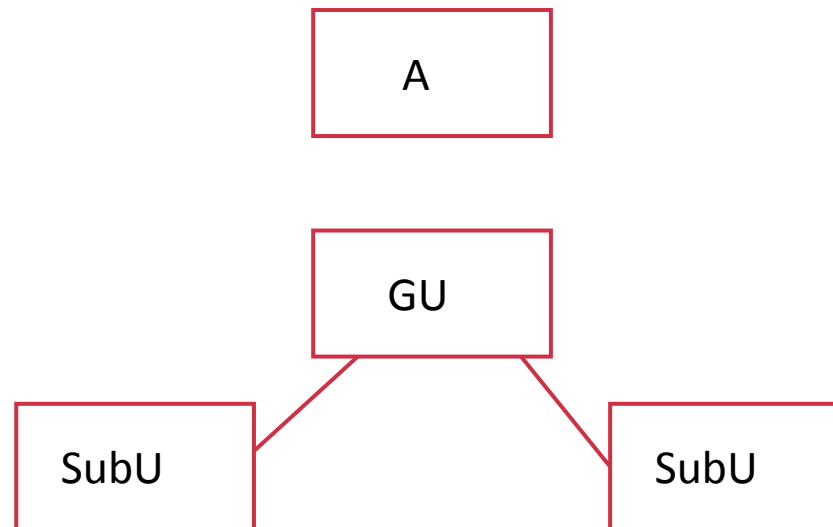
# Weitere Begriffe zur Einführung (2/2)

General-  
unternehmer  
(GU)

Steht im Vertrag mit dem Kunden, trägt volles Risiko gegenüber dem Kunden auch für Leistungen, die er nicht selbst erbringt

Subunter-  
nehmer (SubU)

Erbringt Teil-Leistungen für den Generalunternehmer, hat Vertrag nur mit ihm und nicht mit dem Kunden



# Was ist nun das Problem?

- Fall-Beispiel:
  - GU schließt Vertrag mit Vertragswert („TCV“) von 100 Mio
  - SubU hat kleinen Leistungsanteil von 5 Mio
  - Vertrag sieht Haftungsgrenze von 100 % des Vertragswertes vor, die „back-to-back“ durchgereicht wird.
  - SubU erbringt Leistung schlecht.
  - Kunde fordert vom GU 100 Mio Schadensersatz.
- Frage:
  - Für wie viel haftet der SubU?



# Möglichkeiten / Sichtweisen

- Für den GU ist klar:
  - Ich hafte dem Kunden mit 100 Mio. Das hat der SubU back-to-back übernommen.
  - ⇒ *SubU haftet mit 100 Mio*
- Der SubU rechnet anders:
  - Back-to-back heißt Übernahme der Bedingungen aus dem Hauptvertrag.
  - Meine Haftungsgrenze ist also 100% meines Vertragswertes.
  - ⇒ *SubU haftet mit 5 Mio, GU bleibt auf 95 Mio sitzen*



# Hilft die Rechtsprechung?

- Was für Rechtsprechung gibt es zu „back-to-back“?
    - Kurz und einfach: Keine
    - Der Begriff „back-to-back“ ist Gerichten und Kommentaren nur aus dem Kreditwesen geläufig, wenn Haupt- und Gegenakkreditiv gleich laufen.
- ⇒ Wer mit dieser Frage vor Gericht geht, betritt Neuland!



# Lösungsansätze

- Deutsche Gerichte: Auslegung
  - Wie wollten die Parteien das verstehen?
  - Wenn keine Dokumentation und Hauptvertrag klar sagt: Begrenzung der Haftung auf Liefer-/Leistungswert, liegt nahe:
    - Begrenzung auf Liefer- und Leistungswert des SubU
  - Anders nur, wenn GU klar überschießende Haftung erwähnt/verlangt hat

⇒ Nur: So klar mag es natürlich keiner!



# Klauselvorschläge

- Aus Sicht des SubU:

„Die Haftung für \_\_\_\_ wird auf 100% des Vertragswertes dieses SubU-Vertrages beschränkt.“

- Aus Sicht des GU:

„Hat der SubU eine Haftung des GU aus dem Hauptvertrag zu vertreten, so haftet er insoweit zu 100% ungeachtet des Wertes seiner Zulieferungen.“



# Fallabwandlung 1

- Selbe Vertragswerte
  - GU: 100 Mio
  - SubU: 5 Mio
  - „Back-to-back“-Vertrag
- Schadenshöhe: 20 Mio
- Verursachungsquote:
  - 50 % GU, 50 % SubU
- Klar ist: GU haftet auf mindestens 10 Mio
- Unklar: Auf wie viel haftet der SubU?

# Möglichkeiten / Sichtweisen Abwandlung 1

- Für den GU ist klar:
  - Ich hafte dem Kunden mit 20 Mio.
  - 10 Mio habe ich zu vertreten und 10 der SubU.
  - Meinetwegen haftet SubU back-to-back nur auf max. 5 Mio.

⇒ *SubU haftet mit 5 Mio, GU bleibt auf 5 Mio sitzen.*
- Der SubU rechnet anders:
  - Back-to-back heißt 50% des Schadenswertes.
  - Ich hafte auf max. 5 Mio.

⇒ *SubU haftet mit 2,5 Mio, GU auf 7.5 Mio.*

# Wie bei den Klauselvorschlägen von oben?

- Klare Sache:
  - Nach GU-Version haftet der SubU auf 10 Mio.
  - Nach SubU-Version haftet der SubU auf 5 Mio.
  
- Weshalb?
  - Vermeiden des unsäglichen Terminus „Back-to-back“



## Fallabwandlung 2

- Selbe Vertragswerte
  - GU: 100 Mio
  - SubU: 5 Mio
  - „Back-to-back“-Vertrag
- Schadenshöhe: 20 Mio
- Verursachungsquote:
  - 50 % Kunde, 50 % SubU
- Klar ist: GU haftet auf mindestens 10 Mio
- Unklar: Auf wie viel haftet der SubU?



# Möglichkeiten / Sichtweisen Abwandlung 2

- Für den GU ist klar:
  - Ich hafte dem Kunden mit 10 Mio.
  - Davon habe ich nichts zu vertreten.

⇒ *SubU haftet mit 10 Mio*
- Der SubU rechnet anders:
  - Back-to-back heißt 50% Anrechnung Mitverschulden des Kunden.
  - Ich hafte auf max. 5 Mio.

⇒ *SubU haftet mit 2,5 Mio, GU auf 7.5 Mio.*

# Würde die Rechtsprechung da mitgehen?

- Unsere Einschätzung: Wohl kaum
  - Weshalb?
    - Haftungsgrenze soll Haftung absolut begrenzen.
    - Wenn nach Anrechnung des Mitverschuldens die Haftung des SubU noch 10 Mio ist, sind die 5 Mio Haftungsgrenze erst mal auszuschöpfen.
- ⇒ Hier schadet der Begriff „back-to-back“ wohl nicht.



# Wie bei den Klauselvorschlägen von oben?

- Klare Sache:
  - Nach GU-Version haftet der SubU auf 10 Mio.
  - Nach SubU-Version haftet der SubU auf 5 Mio.
  
- Weshalb?
  - Vermeiden des unsäglichen Terminus „Back-to-back“





## B2B: Wo vereinbaren?

- Teaming Agreement (TA)
  - Vereinbarung zur gemeinsamen Teilnahme an einer Ausschreibung
- Was regelt es:
  - Pflicht zur gemeinsamen Abgabe eines Angebotes
  - Verteilung der Rollen
  - Verteilung der Aufgaben („Workshare“)
- Was regelt es (normalerweise) nicht:
  - Einzelheiten zur Durchführung des Projekts



# TA: Vorwegnahme Hauptverträge

*Wichtig:* Teaming Agreement regelt immer schon einige Grundsätze für später abzuschließende Lieferverträge

- Rollen (wie GU, Systemintegrator)
- Vertragsbedingungen, insbesondere back-to-back
- Durchreichen von Garantien:
  - Bid Bond = Bietungsgarantie
  - Performance Bond = Erfüllungsbürgschaft
  - Warranty Bond = Gewährleistungsbürgschaft
  - Down Payment Guarantee = Anzahlungsgarantie



# Zwischenergebnis

- Was ist „back-to-back“?
  - Unsägliches Schlagwort
  - Nicht eindeutig belegt
  - Gefährliche Formulierung in Lieferverträgen
- Ist mit „back-to-back“ alles gesagt?
  - Nein, der Terminus schafft nur Unklarheit und Anlass zur Streitigkeiten
- Was ist zu tun?
  - Klares Vertragsdeutsch verwenden!
  - Sinnvolle Risikoteilung anstreben, bei kleineren SubUs Haftung notfalls bis zum Insolvenzrisiko ausdehnen



## B2B: Wann vereinbaren?

- Idealer Zeitpunkt für Verhandlung und Abschluß der Zulieferverträge
    - *vor* Angebotsabgabe bzw. noch vor Zuschlag!
  - Nach Angebotsabgabe (droht Verlust Bid Bond) und vor allem nach Zuschlag (hier droht ggf. zusätzlich SchdE)
    - verliert der GU die Verhandlungsmacht, weil Inhalt und Partner meist im Angebot festgelegt sind und GU dadurch ggü. Kunde gebunden ist
- => SubU wird diese Zwangslage ausnutzen

# B2B: Wann vereinbaren?

## Idealer Zeitablauf:

- (1) GU sucht SubUs
- (2) Partner schließen Teaming Agreement mit klarer Regelung zu „back-to-back“
- (3) SubUs erstellen Angebotsteile
- (4) GU schließt mit SubUs für deren Angebotsteile SubU-Verträge
- (5) GU gibt Angebot ab

# Abschluss SubU-Verträge

- Vorgehensweise dazu:

*Optimal:* Verträge/Bestellungen bedingt durch Zuschlag/Vertragsschluss

*Hilfsweise:* Verbindliche Angebote der SubUs

Achtung:

- Gültigkeitsdauer Angebot muss zu Tender-Bedingungen passen!
- Kollision von Angebotsbedingungen mit TA (z.B. Verweis auf AGB bei back-to-back-Vereinbarung) prüfen und vermeiden!



# Back to back – Durchreiche vs Teillieferung

## „Durchreiche“

- Steuerung des SubU schwierig, aufwändig bis unmöglich
- Kommerziell herausfordernd (Margin Stacking, Steuerungskosten)
- 1:1 „Back to back“ häufig nicht ausreichend und nicht sinnvoll

## Teillieferung

- „Kanonen auf Spatzen“, d.h. überdimensioniert hinsichtlich Risiko-Chance-Verteilung
- Geringere Einkaufsmacht zur Durchsetzung von Bedingungen

# „Rules of Engagement“

- Term Sheet hält wesentliche Abweichungen zum RfP-(Vertrags-)Dokument für das erste Angebot fest, hiernach natürlicher Anreiz des GU zur Verhandlung „in fair terms“
  - Haftung – siehe oben
  - Fristen – Reduzieren gegenüber dem SubU (zur Sicherstellung von Übermittlungs- und Prüfungszeit des GU)
  - Compliance Richtlinien des Kunden – Grundsätzliche Bereitschaft in gewissen Grenzen!
  - Angebotsbindefrist – Ausreichend zu vereinbaren
  - Schnittstellenproblematik – Klärung der LÜP (Leistungsübergabepunkte) und Grundsätzliches





## „Durchreiche“ - Handeln für den GU, aber wie?

- „Handlungsvollmacht“ – soweit der SubU alle oder in sich abschließbare (Teil-)Leistungen erbringt, (im wesentlichen) unabhängig von den Leistungen des GU
  - Reichweite – Klärung regelungsbedürftiger Sachverhalte (z.B. Annahme von Erklärungen „i.V.“)
  - Selbstverpflichtung – Automatische Durchreiche der geänderten Bedingungen und Wirkung der Erklärung auch an/gegen sich selbst
  - Freistellung – Anspruch des GU gegen den SubU für Folgen von Erklärungen des SubU



# Auswahl des SubU

- Häufig: Günstigster Anbieter (z.B. wegen Margenoptimierung durch GU-Aufschlag)
- Besser: Abwägung von
  - Solvenz des SubU
  - Rechtspersönlichkeit und Form der Beauftragung (z.B. Freelancer / Selbständige, Firma mit eigenen Mitarbeitern, etc.)
    - Stichwort: ANÜ und Scheinselbständigkeit
  - Alleinstellungsmerkmal des SubU
  - Referenzen des SubU
  - Strategische Partnerschaft
  - Projektversicherung?!



# Einbindung von SubU-Angeboten – Best Practice

- Häufig problematisch, da SubU-Angebot
  - auf SubU-Papier
  - nach SubU-Methodik
  - ggfs. widersprüchlich zum RfP und seinen vertraglichen Bedingungen
- Vorschlag, GU liefert
  - Vorlage (mit Beispielen)
  - Vorgabe zur Struktur und Methodik (z.B. Definitionen, aus dem RfP, etc.)

# Fazit



<sup>1)</sup> Copyright <https://www.devopsonwindows.com/embrace-copy-and-paste/>  
(Link zum Bild: <https://www.devopsonwindows.com/wp-content/uploads/2013/08/keep-calm-and-copy-paste-30.png>)

# Und jetzt: Noch Fragen?



Noch Fragen?



P. van den Hövel, Chr. Weitzel