

**Forschungsstelle für  
Verwaltungsrechtsmodernisierung und  
Vergaberecht**

***Professor Dr. iur. Martin Burgi***  
**Juristische Fakultät**

Forschungsstelle für Verwaltungsrechtsmodernisierung und Vergaberecht  
Prof. Dr. Martin Burgi • Ruhr-Universität Bochum • D - 44780 Bochum

**Telefon: 0234 / 32 2 8275**  
**Fax: 0234 / 32 1 4282**  
**eMail: [ls.burgi@jura.ruhr-uni-bochum.de](mailto:ls.burgi@jura.ruhr-uni-bochum.de)**

3. Dezember 2009

**Ergebnispapier zum Workshop „Bankenexklusivität im Rahmen von ÖPP-  
Vergabeverfahren - Bestand und Reichweite eines Verbots der  
Mehrfachbeteiligung“**

**am 01.10.2009 im Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf**

Vorbemerkung:

Dieses Ergebnispapier mit Gesprächsfazit resultiert aus Gesprächen zwischen der PPP-Task Force NRW und der Forschungsstelle für Verwaltungsrechtsmodernisierung und Vergaberecht sowie einem Workshop mit Vertretern der NRW.BANK, der Partnerschaften Deutschland AG und juristischen Beratern (die bei ÖPP-Pilotprojekten in NRW die öffentliche Hand beraten haben) am 1. Oktober 2009 im Finanzministerium NRW. Die wesentlichen Fragen wurden vor dem Workshop zwischen dem Verfasser, Vertretern der NRW.BANK und der PPP-Task Force diskutiert und in den Workshop eingebracht, dessen wesentliche Inhalte nun dokumentiert sind.

Innerhalb der nachfolgend skizzierten Gliederungspunkte erfolgen jeweils die Fragestellung bzw. ein knapper Problemaufriss und sodann ein kurzes Gesprächsfazit. Bei der weit überwiegenden Zahl der Fragestellungen herrschte große Übereinstimmung unter den anwesenden Experten. Selbstverständlich erhebt die Darstellung keinen Anspruch auf Rechtsverbindlichkeit. Vielmehr besteht ihr Anliegen darin, das Meinungsbild der beteiligten Experten widerzuspiegeln und dadurch der Praxis als Orientierung zu dienen. Das Papier und der Fußnotenapparat sind deshalb bewusst knapp gehalten.

## Gliederung

- I. Ausgangslage
- II. Einbindung von Banken in die ÖPP-Finanzierung
  - Bietergemeinschaften
  - Nachunternehmerschaft
  - Projektgesellschaften
- III. Kein absolutes Verbot der Mehrfachbeteiligung
- IV. Notwendigkeit der Einzelfallbetrachtung
  - Keine expliziten Vorschriften
  - Keine einschlägige Rechtsprechung
  - Besondere Umstände der Konstellation
  - Hinzutreten weiterer Umstände, die nicht schlicht vermutet werden können
  - Sicherungsinstrument: Vertraulichkeitserklärung

### **I. Ausgangslage**

**Problemaufriss:** Einige Vergabestellen in NRW vertreten dem Vernehmen nach die Auffassung, dass bei ÖPP-Projekten ein Finanzinstitut nicht mehreren konkurrierenden Bietern zwecks Projektfinanzierung zur Verfügung stehen dürfe, es sei denn, dass durch geeignete Maßnahmen der sogenannte Geheimwettbewerb gewahrt bliebe. Vereinzelt haben die Vergabestellen sogar ohne weitere Einschränkung die Mehrfachbegleitung von Banken verboten. Bestimmend für den bisherigen Diskurs sind dabei zwei Problemfelder. Das Verbot einer Mehrfachbeteiligung mit Folge des Ausschlusses der betroffenen Bieter drückt die Sorge der Vergabestelle aus, dass durch eine wie auch immer geartete Mehrfachbeteiligung einer Bank der Geheimwettbewerb verletzt sein könnte. Dies eröffnet das zweite Problemfeld: Sofern der Ausschluss eines Bieters aufgrund der Mehrfachbeteiligung seiner Bank rechtswidrig ist, besteht die Gefahr für die Vergabestelle, dass Bieter gegen diesen zu

Unrecht erfolgten Ausschluss (aufgrund eines womöglich vorauseilenden Gehorsams seitens der Vergabestelle) den Rechtsweg beschreiten werden.

**Gesprächsfazit:** Die überwiegende Mehrzahl der Teilnehmer des Workshops teilte diese Einschätzung und betonte, dass bislang insbesondere das Risiko eines unrechtmäßigen Ausschlusses von Bietern aufgrund einer vermeintlich unzulässigen Mehrfachbeteiligung nicht ausreichend berücksichtigt wurde.

## II. Einbindung von Banken in die ÖPP-Finanzierung

**Fragestellung:** Wie sieht die Gestaltung der Einbindung von Finanzinstituten in die Realisierung von ÖPP-Projekten aus?

**Problemaufriss:** Im Unterschied zur konventionellen Eigenrealisierung erfolgt im Rahmen von ÖPP-Projekten keine separate bzw. losweise Ausschreibung der einzelnen Teilleistungen des zu realisierenden Projekts, sondern der öffentliche Vorhabensträger tritt als Abnehmer einer „Gesamtheit“ von Leistungen auf. Dabei obliegt es dem privaten Bieter (meist einer eigens gegründeten Projektgesellschaft) u.a., ein – unter Berücksichtigung der Anforderungen und Vorgaben des Vorhabensträgers – optimal auf das Projekt abgestimmtes Finanzierungskonzept zu erarbeiten. Die Finanzierung des Projektes stellt dementsprechend einen wichtigen Bestandteil des im Rahmen der Projektplanung und -realisierung insgesamt seitens des privaten Auftragnehmers zu erbringenden Leistungsbündels dar. Von der Frage, wie das Verhältnis zwischen Kreditinstitut und Projektgesellschaft einzuordnen ist, wird es in der Regel abhängen, ob und falls ja, in welchem Umfang, das finanzierende Kreditinstitut Kenntnis von dem Angebot oder den Kalkulationsgrundlagen des Bieters erlangt und ob aufgrund dieser Kenntnis eine mögliche Wettbewerbsbeeinflussung zu befürchten steht.

**Gesprächsfazit:** Die überwiegende Einschätzung der Teilnehmer des Workshops geht dahin, dass in der Regel die Einbindung der Banken in einem der drei Modi Bietergemeinschaft, Nachunternehmer oder Beteiligung der Bank (oder einer ihrer Tochtergesellschaften) an der Projektgesellschaft möglich ist. Einigkeit bestand auch dahingehend, dass es bei der Einbindung der Banken letztlich auf die Gestaltung im Einzelfall ankommt; überwiegend trete die finanzierende Bank bei ÖPP-Fallgestaltungen aber als Nachunternehmer auf. Festgestellt wurde auch, dass sich die vorliegende Konstellation strukturell insoweit von den üblichen, bislang die Rechtsprechung beschäftigenden Fällen unterscheidet, als dass die Bankinstitute nicht als Bieter ein eigenes Parallelangebot abgeben, sondern immer nur in Zusammenarbeit mit anderen Akteuren. Letztlich stimmten die Teilnehmer darüber überein, dass es auf eine genaue Differenzierung

nicht zwingend ankommt, da ein finanzierendes Bankinstitut sich - unabhängig von der Konstellation der Einbindung - immer umfassend über alle wesentlichen Projektdetails und Kalkulationen informieren wird, um über mögliche Kreditrisiken informiert zu sein und um diese weitgehend minimieren zu können („Die Bank weiß alles.“). Daraus folgt, dass grundsätzlich die Möglichkeit besteht, dass ein Finanzinstitut bei einer Mehrfachbeteiligung Kenntnis der Kalkulationsgrundlagen mehrerer Bieter erlangt und so eine Wettbewerbsbeschränkung infolge kollusiven Verhaltens von Bank und einzelnen Bietern nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann. Dass daraus aber kein (absolutes) Verbot der Mehrfachbeteiligung gefolgert werden kann, ist Gegenstand des nächsten Abschnitts.

### **III. Kein absolutes Verbot der Mehrfachbeteiligung**

**Fragestellung:** Besteht ein gesetzliches Verbot der Mehrfachbeteiligung bzw. folgt ein (absolutes) Verbot möglicherweise aus einer Auslegung der Vergabepinzipien?

**Problemaufriss:** Aus der Rechtsprechung sind zahlreiche Fälle bekannt, in denen Bieter aufgrund ihrer Einbindung in verschiedenste Konstellationen von Mehrfachbeteiligungen ausgeschlossen wurden. Daraus könnte geschlossen werden, dass jegliche Form der Mehrfachbeteiligung verboten sei.

**Gesprächsfazit:** Der Ursprung des Verbots der Mehrfachbeteiligung liegt im Zusammenwirken einer Reihe von Vergaberegeln: Den Vorschriften, welche die Vergabestelle zu einem vertraulichen Umgang mit Angeboten verpflichten (vor allem rund um die Aufbewahrung und Öffnung der Angebote und ihrer Umschläge, vgl. § 22 VOL/A), die die Vergabestellen zur Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen verpflichten (vgl. z.B. § 2 Nr. 1 II VOL/A) und die konkret „wettbewerbsbeschränkende Abreden“ verbieten und den Ausschluss von darauf beruhenden Angeboten vorsehen (vgl. z.B. §§ 25 Nr. 1 I lit. f VOL/A und 25 Nr. 1 I lit. c VOB/A). Im Zusammenspiel mit dem Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB ergibt sich aus diesen Vorschriften der sogenannte Grundsatz des Geheimwettbewerbs. Als mit diesem Grundsatz unvereinbar gilt es, wenn ein Bieter, dem ganz oder teilweise das Angebot oder die Kalkulationsgrundlagen eines Mitbewerbers bekannt sind, an einer Ausschreibung teilnimmt.

Konkrete Auswirkungen hat dies bei den verschiedenen Fallkonstellationen der Mehrfachbeteiligung, mit denen sich die Rechtsprechung bislang zu befassen hatte: Die Beteiligung als Einzelbieter und zugleich als Mitglied einer Bietergemeinschaft (mit oder ohne

Losaufteilung<sup>1</sup>), die Beteiligung als Bieter einerseits und als Nachunternehmer andererseits<sup>2</sup> sowie die Beteiligung von zwei Unternehmen, die in einem Konzern verbunden sind<sup>3</sup>. Ferner soll unter bestimmten Umständen die Darlegungs- und Beweislast umgekehrt sein: Während normalerweise die Vergabestelle den Nachweis einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede führen muss, bestehe im Falle der Mehrfachbeteiligung als Einzelbieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft „die Vermutung“, dass der Geheimwettbewerb nicht gewahrt sei<sup>4</sup>.

Bei der notwendigen Zusammenschau der einschlägigen Vorschriften wirkt der Wettbewerbsgrundsatz als Auslegungsdirektive<sup>5</sup>, die es in der Tat nahelegt, aus dem Vorhandensein von Kenntnissen eines Bieters von den Angebotsunterlagen eines Mitbieters auf das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede zu schließen. Dass die entsprechenden Kenntnisse vorhanden gewesen sind, kann bei einer Mehrfachbeteiligung als Einzelbieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft - jeweils für den gesamten Auftragsgegenstand – vermutet werden. In allen anderen diskutierten Fällen - und damit auch hier - *kann* ein schädlicher Kenntnisstand vorliegen, dieser muss aber, wie jede andere wettbewerbsbeschränkende Abrede auch, von der Vergabestelle nachgewiesen werden<sup>6</sup>. Ein

---

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.9.2003, VergabeR 2003, 690 (Zwingender Ausschluss eines Bieters, der ein eigenes Angebot abgibt und sich daneben als Mitglied einer Bietergemeinschaft bewirbt.).

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.2006, NZBau 2006, 810 (Die Abgabe eines eigenen Angebotes bei gleichzeitigem Einsatz als Nachunternehmer eines anderen Bieters führt allein nicht zum Angebotsausschluss. Es müssen vielmehr weitere Tatsachen hinzutreten, die nach Art und Umfang des Nachunternehmereinsatzes sowie mit Rücksicht auf die Begleitumstände eine Kenntnis von dem zur selben Ausschreibung abgegebenen Angebot des Wettbewerbers annehmen lassen und einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil begründen können.).

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.7.2006, VergabeR 2007, 229 (Geben miteinander verbundenene Unternehmen, die auch personelle, räumliche und infrastrukturelle Verflechtungen aufweisen, Parallelangebote ab, die Übereinstimmungen enthalten, so ist zu vermuten, dass der Geheimwettbewerb nicht gewahrt ist und die betroffenen Angebote sind ohne Weiteres auszuschließen. In einem solchen Falle trifft die Bieter die Obliegenheit, darzulegen, dass und auf Grund welcher besonderen Vorkehrungen der Geheimwettbewerb trotzdem gewährleistet ist.).

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.9.2004, VergabeR 2005, 117 (Im Falle der Bewerbung als Einzelbieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft besteht die Vermutung, dass der Geheimwettbewerb nicht gewahrt ist. Kommen die Bieter ihrer Obliegenheit, die Wahrung des Geheimwettbewerbes darzulegen und zu beweisen, nicht nach, sind diese Angebote zwingend auszuschließen.).

<sup>5</sup> Zu diesbezüglichen Überdehnungen kritisch *Burgi*, NZBau 2008, 29 ff.

<sup>6</sup> Vg. *Glahs*, in: Kappellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB Teile A und B, 2. Aufl. 2007, § 8 VOB/A Rdnr. 58.

pauschales Verbot sämtlicher Konstellationen der Mehrfachbeteiligung per Deduktion aus dem Wettbewerbsgrundsatz, überschreitet dessen Funktion als Auslegungsdirektive; für eine unmittelbare Anwendbarkeit fehlt es zudem an der europarechtlichen Notwendigkeit. Dies bedeutet, dass es eine Art „Über-Regel“ namens absolute „Pflicht zum Geheimwettbewerb“ nicht gibt<sup>7</sup>.

Der EuGH<sup>8</sup> hat kürzlich diese Ansicht bestätigt, indem er eine (in Italien) gesetzlich angeordnete unwiderlegbare Vermutung eines kollusiven Verhaltens bei einer Mehrfachbeteiligung (zu Recht) als unverhältnismäßig eingestuft hat. Die bloße Feststellung, dass zwischen den betroffenen Unternehmen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, berechtige die Vergabestelle noch nicht dazu, diese Unternehmen automatisch von einem Vergabeverfahren auszuschließen, ohne zu prüfen, ob sich ein solches Verhältnis auf das Verhalten der Unternehmen im Rahmen des Verfahrens ausgewirkt hat. In diesem Kontext bedürfe die Frage, ob der jeweilige Inhalt der von den betreffenden Unternehmen im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist, einer Prüfung und *tatsächlichen Würdigung* durch die Vergabestellen<sup>9</sup>.

Die vom EuGH ausgesprochene Unverhältnismäßigkeit eines a priori Vergabeausschlusses aufgrund einer lediglich vermuteten wettbewerbsbeeinträchtigenden Absprache (ohne dass konkrete Anhaltspunkte dafür tatsächlich nachgewiesen sind) wird auch durch einen Vergleich mit anderen Ausschlussstatbeständen (vgl. z.B. § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit c VOB/A) gestützt; diese setzten nämlich (auf der Basis des Art. 45 VKR<sup>10</sup>) eine schwere, *nachgewiesene* Verfehlung<sup>11</sup> voraus.

Weiterhin gilt es zu bedenken, dass die Vermutung einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede bei jeglichen denkbaren, zivilrechtlich aber zulässigen Organisations- und Bewerbungsverflechtungen von Bieterunternehmungen faktisch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen würde. Dies stünde im Widerspruch zu den Zielen des Vergaberechts.

---

<sup>7</sup> *Burgi*, NZBau 2008, 29 (33).

<sup>8</sup> *EuGH*, Urt. v. 19.5.2009 – Rs. C-538/07 („Assitur“), NZBau 2009, 607.

<sup>9</sup> *EuGH*, a.a.O., 608.

<sup>10</sup> Richtlinie 2004/18/EG v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 v. 30.4.2004, S. 114 ff.).

<sup>11</sup> Für welche der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast trägt, vgl. *Glahs*, in: Kappellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB Teile A und B, 2. Aufl. 2007, § 8 VOB/A Rdnr. 58.

Insbesondere in einem Marktumfeld wie der Finanzierung von ÖPP, in dem nur wenige Bieter vorhanden sind, könnte dies zu einer erheblichen Wettbewerbseinschränkung führen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vergaberecht ein absolutes Verbot der Mehrfachbeteiligung nicht kennt. Die Rechtsprechung vermutet jedoch im Falle der Angebotsabgabe eines Bieters, der sich zusätzlich im Rahmen einer Bietergemeinschaft um einen Auftrag bewirbt, eine Verletzung des Geheimwettbewerbs. Es stellt dann eine Obliegenheit der Bieter dar, der Vergabestelle nachvollziehbar darzulegen und nachzuweisen, dass auf Grund besonderer Vorkehrungen der Geheimwettbewerb trotzdem gewahrt ist.

#### **IV. Notwendigkeit der Einzelfallbetrachtung**

**Problemaufriss:** Die Mehrfachbeteiligung von Banken bei ÖPP-Projekten ist weder gesetzlich geregelt noch existiert – soweit ersichtlich – einschlägige Rechtsprechung zu dieser Thematik. Eine eins zu eins-Übertragung der bislang ergangenen Rechtsprechung zu Mehrfachbeteiligungskonstellationen scheidet aufgrund der strukturellen Unterschiede zu den bislang entschiedenen Konstellationen aus. Zudem ist zu beachten, dass in der hier zu analysierenden Situation das Bankgeheimnis zusätzlich geheimnis- und damit wettbewerbsschützend wirkt. Dieses hat zwar bislang keine gesetzliche Regelung erfahren, über Inhalt und Bedeutung des Bankgeheimnisses besteht jedoch trotzdem weitestgehend Übereinstimmung in der juristischen Literatur und Praxis<sup>12</sup>. Es besteht im Kern aus der Pflicht des Kreditinstituts zur Verschwiegenheit über kundenbezogene Tatsachen und Wertungen, die ihm aufgrund, aus Anlass oder im Rahmen der Geschäftsverbindung zum Kunden (hier Projektgesellschaft) bekannt geworden sind und die der Kunde geheim zu halten wünscht<sup>13</sup>. Dies ergibt sich schon als Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses. Zudem findet das Bankgeheimnis in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Sparkassen (Nr. 2 Abs. 1 AGB/B bzw. Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 AGB/Sp) Erwähnung. Inhaltlich erstreckt sich das Bankgeheimnis nicht allein auf Tatsachen in einem engen Sinn. Weitergehend umfasst es auch Wertungen, die sich das Kreditinstitut über den Kunden gebildet hat. Diese gegenüber dem Kunden bestehende Verpflichtung wirkt gegenüber Dritten in der Weise, dass ein Kreditinstitut keine Auskünfte

---

<sup>12</sup> Dazu *Beckhusen*, in: *Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.)*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2009, S. 153 ff.

<sup>13</sup> BGH WM 2006, 380, 384.

über seinen Kunden geben darf, sofern hierzu nicht kraft Gesetzes oder aus sonstigen Gründen eine Verpflichtung besteht. Im Übrigen endet die Verpflichtung der Bank zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht bereits mit der Geschäftsverbindung. Sie besteht auch nach deren Ende unbefristet fort. Sofern ein Kreditinstitut das Bankgeheimnis durch eine unberechtigte Erteilung von Auskünften verletzt, kann dies Schadensersatzansprüche des betroffenen Bankkunden begründen (z.B. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. Girovertrag i.V.m. Nr. 2 AGB/B; § 823 Abs. 1 BGB; § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 28, 29 BDSG).

**Gesprächsfazit:** Die Teilnehmer stimmen darin überein, dass die besonderen Umstände der vorliegenden Situation eine Einzelfallbetrachtung notwendig machen. Eine wettbewerbsbeschränkende Abrede bzw. eine Verletzung des Geheimwettbewerbs durch eine Weitergabe des Wissens der Banken kann nicht pauschal vermutet werden, denn dies käme der Unterstellung einer Verletzung des Bankgeheimnisses und damit der Unterstellung eines Rechtsbruchs gleich; problematisch ist ja nicht, dass die Bank Kenntnisse der Finanzierungsbedingungen bei verschiedenen Bietern hat, sondern ob sie ihre Kenntnisse jeweils für sich behält. Ein a priori-Ausschluss von Bietern, die sich mehrfach beteiligter Banken zur Finanzierung bedienen, ist ferner nicht angezeigt, da in einem so begrenzten Marktumfeld wie der Finanzierung von ÖPP der Wettbewerb unnötig eingeschränkt würde. Dies stünde in diametralen Gegensatz zu einem der Primärziele des Vergaberechts, Nutzen aus einem möglichst weitgehenden Wettbewerb zu ziehen.

Unter den Teilnehmern herrschte deshalb Konsens dahingehend, dass erst bei einem Hinzutreten weiterer Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten ein Ausschluss in Frage kommt. Die Ermittlung solcher Anhaltspunkte muss allgemeinen Regeln folgen, d.h. bei Indizien oder Auffälligkeiten hat die Vergabestelle diesen nachzugehen und bei Erhärtung des Verdachts die Beteiligten auszuschließen oder das Verfahren aufzuheben (vgl. §§ 25 Nr. 1 I lit. f VOL/A, 25 Nr. 1 I lit. c VOB/A und 26 Nr. 1 lit. c VOB/A, 26 Nr. 1 lit. d VOL/A). Dabei kann von der Grundregel ausgegangen werden, dass die Wahrscheinlichkeit einer möglichen Abrede umso höher ist, je enger die Verknüpfung zwischen Bank und Bieter ist (bspw. Bietergemeinschaft statt Nachunternehmerschaft). Ein weiterer Anhaltspunkt kann ein hoher Wertschöpfungsanteil der Banken sein.

Als ein sinnvolles Instrumentarium zur Sicherstellung des Geheimwettbewerbs in diesen Situationen wurde von den anwesenden Experten die Einholung einer Vertraulichkeitserklärung seitens der Banken eingeschätzt. Eine solche nicht per se, sondern



auf Verlangen der Vergabestellen vorzulegende Vertraulichkeitserklärung würde das Bankgeheimnis im Kontext der Finanzierung von ÖPP konkretisieren und ihm dadurch zu größerer Wirksamkeit verhelfen.

Zur Orientierung, wie eine solche Vertraulichkeitserklärung gestaltet sein könnte, wird auf den in der Anlage abgedruckten Entwurf der NRW BANK verwiesen.

## Anlage: Entwurf einer Vertraulichkeitserklärung der NRW Bank

### VERTRAULICHKEITSERKLÄRUNG

Zwischen

***Bieter***

- nachfolgend "Bieter" genannt -

und der

***BANK***

- nachfolgend "Bank" genannt -

#### Vorbemerkung

Der Bieter ist zur Abgabe eines Angebotes in dem ÖPP - Projekt „Projekt“ aufgefordert worden.

Die Bank und Bieter verhandeln über die Bereitstellung der Finanzierung.

Bieter wird der Bank hierzu vertrauliche Informationen sowohl zum Bieter als auch zum Projekt zur Verfügung zu stellen. Die Geheimhaltung dieser Informationen gegenüber Dritten ist für Bieter von größter Bedeutung.

Ferner ist für Bieter von größter Bedeutung, dass die Bank die so erhaltenen Informationen ausschließlich für Zwecke verwendet, die im Zusammenhang mit der Finanzierung des Projektes stehen und nicht für sonstige Zwecke.

In Anbetracht des vorstehend Ausgeführten und zum Schutz des Bieters erklärt die Bank gegenüber dem Bieter das Folgende:

#### 1. Vertrauliche Informationen

Vertrauliche Informationen im Sinne dieser Vereinbarung sind:

- (1) Der Inhalt dieser Vereinbarung sowie sämtliche Anlagen und Anhänge hierzu; der Umstand, dass der Bieter eine Finanzierung anstrebt; die Tatsache, dass der Bieter und die Bank Gespräche und Verhandlungen in dieser Angelegenheit führen oder zu führen beabsichtigen.

- (2) Jedwede Information über den Bieter bzw. dessen verbundene Unternehmen und/oder die Geschäftsführung, Mitarbeiter und Berater sowie insbesondere Informationen über die Projekte, die die Bank in mündlicher oder schriftlicher Form erhält.
- (3) Vertrauliche Informationen sind nicht Informationen, die allgemein zugänglich und öffentlich bekannt sind, der Bank bereits vor Abschluss dieser Vereinbarung bekannt waren, oder nach Abschluss dieser Vereinbarung durch Dritte berechtigterweise bekannt gemacht wurden.
- (4) Vertrauliche Informationen sind weiterhin nicht Informationen, die gemäß einem anwendbaren Gesetz oder einer behördlichen Anordnung veröffentlicht werden müssen und zu deren Veröffentlichung eine staatliche Stelle, ein Gericht, eine Behörde, eine Börse oder eine Regierungs- oder Parlamentsstelle eine der Parteien aufgefordert hat. Sofern mit gesetzlichen Regelungen vereinbar, wird die Bank den Bieter unverzüglich nach Kenntnis von möglichen oder bestehenden Offenbarungspflichten zu informieren, so dass der Bieter in der Lage ist, eine möglichst weitgehende Vertraulichkeit der Informationen sicherzustellen.

## 2. Geheimhaltung

- (1) Die Bank verpflichtet sich, jedwede vertrauliche Information im Sinne der Ziffer 1 vertraulich zu behandeln und dafür zu sorgen, dass Dritte (Personen, die nicht Parteien dieser Vereinbarung sind) keine Kenntnis hiervon erlangen können. Die Bank sichert zu, dass diejenigen ihrer Mitarbeiter, die derartige Informationen erhalten, zur Wahrung der Vertraulichkeit in dem Umfang verpflichtet werden, wie sie selbst.
- (2) Die Weitergabe oder Offenlegung vertraulicher Informationen durch die Bank an Dritte muss dem Bieter gegenüber angezeigt werden, sofern diese nicht zu ausgewählten Dritten gemäß der folgenden Sätze gehören. Die Bank verpflichtet sich, Informationen ausschließlich ausgewählten Dritten (z.B. Beratern, Rechtsanwälten, Prüfern) und Mitgliedern ihrer Aufsichtsgremien zu offenbaren, die für Zwecke der Anbahnung und Abwicklung der beabsichtigten Finanzierung Zugang erhalten müssen und von ihr in dem Umfang zur Vertraulichkeit verpflichtet werden, wie die Bank selbst durch diese Erklärung verpflichtet wird. Die Bank ist auch berechtigt, Informationen an potentielle Konsortialpartner, insbesondere weiterer Banken, zu geben, sofern diese in gleicher Weise wie hier zur Vertraulichkeit verpflichtet werden. Sofern die Bank plant, Informationen an Dritte zu geben, die keine ausgewählten Dritten im oben beschriebenen Sinne sind, wird die Bank zusätzlich den Bieter vorab informieren.

### 3. Unterlagen

- (1) Soweit der Bank schriftliche Unterlagen, die vertrauliche Informationen enthalten oder ihr vertrauliche Informationen in anderweitig verkörperter Form überlassen werden, ist die Anfertigung von Kopien ausschließlich zum Zwecke der Durchführung der oben beschriebenen Kreditlinie, zur Datensicherung sowie zur Einhaltung von gesetzlichen Aufbewahrungspflichten zulässig.

Die Bank verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass ausschließlich die Mitarbeiter der Bank sowie ausgewählte externe Personen und/oder Mitgliedern von Gremien (ausgewählte Dritte im oben beschriebenen Sinne), die nach Maßgabe der Ziffer 2 Zugang zu vertraulichen Informationen haben, Zugang auch zu den schriftlichen Unterlagen einschließlich Kopien und sonstigen Materialien haben. Die verschlüsselte oder unverschlüsselte E-Mail Kommunikation der Parteien untereinander oder mit zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten stellt keine Verletzung dieser Vertraulichkeitsvereinbarung dar.

- (2) Die Bank verpflichtet sich, vertrauliche Informationen enthaltende Kopien und Aufzeichnungen auf Datenträgern zu vernichten sowie sämtliche Originalmaterialien, die sie erhält, zurückzugeben, sofern die oben beschriebene Kreditlinie nicht zustande kommt und sie nicht zur Aufbewahrung gesetzlich verpflichtet ist bzw. ein berechtigtes Interesse zur Aufbewahrung besteht. Ein Zurückbehaltungsrecht an eingereichten Originalunterlagen besteht nicht. Dateien oder Kopien von Dateien, die nur unter einem unverhältnismäßig großem wirtschaftlichen oder tatsächlichen Aufwand, wie beispielsweise bei Sicherungen auf Back-up-Servern, zu löschen wären, unterfallen nicht der Löschverpflichtung; sie unterliegen jedoch unbegrenzt der Geheimhaltungsverpflichtung.

### 4. Dauer der Vereinbarung

Sämtliche Verpflichtungen der Parteien dieser Vereinbarung gelten für einen Zeitraum von drei Jahren nach Abschluss dieser Vereinbarung oder bis zur Rechtswirksamkeit einer Finanzierungsvereinbarung einschließlich der oben beschriebenen Kreditlinie.

### 5. Schlussbestimmungen

- (1) Sollte eine der Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, berührt dies die Wirksamkeit dieses Vertrages im übrigen nicht. Die Parteien werden in einem

derartigen Fall eine Regelung finden und in Kraft setzen, die dem Sinn der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung möglichst nahe kommt. Gleiches gilt für Vertragslücken.

- (2) Jedwede Änderungen und Ergänzungen oder aber die Aufhebung dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für einen Verzicht auf das Schriftformerfordernis.
- (3) Dieser Vertrag unterliegt ausschließlich dem Recht der Bundesrepublik Deutschland.
- (4) Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung ist STADT.

Bieter

BANK