

Häufig gestellte Fragen zur systematischen Darstellung projektvertraglicher Regelungen für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich:

1. Was ist die „systematische Darstellung projektvertraglicher Regelungen“?

Für ÖPP-Projekte im Bereich der Bundesfernstraßen wird zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ein so genannter Projektvertrag geschlossen, wenn sie als Verfügbarkeitsmodell ausgestaltet worden sind. Auftraggeber ist dabei die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das jeweilige Bundesland, das wiederum durch die zuständige Landesbehörde vertreten wird. Der private Partner wird Auftragnehmer und übernimmt Planung, Bau, Erhaltung, Betrieb und (anteilige) Finanzierung für einen bestimmten Streckenabschnitt.

Zweck der vorliegenden systematischen Darstellung ist es, der interessierten Öffentlichkeit einen Einblick in die typischen vertraglichen Regelungen zu geben, die in Projektverträgen der aktuellen ÖPP-Projekte verwendet werden. Die systematische Darstellung ist nicht dazu bestimmt, in der vorliegenden Form ohne weitere projektspezifische Anpassungen abgeschlossen zu werden. Auch die bisher abgeschlossenen Projektverträge unterscheiden sich alle von dieser Darstellung, weil sie im Rahmen der durchgeführten Vergabeverfahren intensiv verhandelt und individuell ausgestaltet wurden.

2. Was ist der Unterschied zwischen Konzessions- und Projektverträgen?

Für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich finden sowohl Konzessions- als auch Projektverträge Verwendung. Während für die Projekte der 1. ÖPP-Staffel Konzessionsverträge abgeschlossen wurden, finden für die neueren ÖPP-Projekte insbesondere Projektverträge Verwendung.

Konzessions- und Projektverträge sind zunächst insoweit vergleichbar, als dass bei beiden Vertragstypen der private Partner verantwortlich ist für Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung und (anteilige) Finanzierung eines Streckenabschnittes. Weiterhin ist ihnen gemeinsam, dass ein Teil der vom privaten Partner erbrachten Bauleistungen mit Fertigstellung vergütet wird (Anschubfinanzierung bzw. Abschlagszahlungen). Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Vertragsarten liegt im Vergütungsmechanismus betreffend die laufende monatliche Vergütung des privaten Partners: Vereinfacht ausgedrückt wird bei einem Konzessionsvertrag die laufende monatliche Vergütung des privaten Partners (Konzessionsnehmer) auf Basis der Fahrleistung auf der Konzessionsstrecke ermittelt. Hierfür wird die über das bestehende Mauterhebungssystem erfasste mautpflichtige Fahrleistung von Lkw mit einem zulässigen Gesamtgewicht von mindestens 12 Tonnen herangezogen. Diese Fahrleistung wird je nach Projekt entweder mit den auf Basis der Mautsätze, die nach dem Gesetz über die Erhebung von streckenbezogenen Gebühren für die Benutzung von Bundesautobahnen und Bundesstraßen (Bundesfernstraßenmautgesetz) gelten, oder einem festgelegten einheitlichen Mautsatz multipliziert. Die sich ergebende Vergütung wird durch den öffentlichen Auftraggeber (Konzessionsgeber) an den Konzessionsnehmer ausgezahlt. Steigt der Lkw-Verkehr, erhöhen sich aufgrund der Verkehrsmengenabhängigkeit der Vergütung die Einnahmen des Konzessionsnehmers, sinkt der Lkw-Verkehr, verringern sich die Einnahmen. Der Konzessionsnehmer trägt somit das Amortisationsrisiko, also das Risiko, dass die von ihm erbrachten Leistungen in dem von ihm erwarteten Umfang vergütet werden.

Projektverträge, auch die hier veröffentlichte systematische Darstellung basiert auf einem solchen Projektvertrag, regeln dagegen sogenannte Verfügbarkeitsprojekte (V-Modelle). Bei diesen erhält der Auftragnehmer neben den bereits erwähnten Abschlagszahlungen während der Bauphase eine monatliche Vergütung, die sich aus mehreren Elementen (Entgelt für die langfristige Finanzierung, Betriebs- und Erhaltungsentgelt) zusammensetzt und deren Höhe abhängig ist von der Verfügbarkeit der Vertragsstrecke. Entscheidend ist dabei, ob der Verkehr ungehindert und sicher auf der Vertragsstrecke fließen kann. So führen z.B. Baustellen zu Fahrbahneinschränkungen und Geschwindigkeitsreduzierungen und schränken damit die Verfügbarkeit der Vertragsstrecke ein, was Entgeltminderungen je nach Umfang, Ursache und Bedeutung der Einschränkung der Verfügbarkeit zur Folge haben kann. Durch diesen Mechanismus wird ein Anreiz gesetzt, Baustellen so

durchzuführen, dass der Verkehr möglichst wenig beeinträchtigt wird. Daneben wird die ordnungsgemäße Leistungserbringung durch den Auftragnehmer unter anderem mittels eines Qualitätskatalogs überprüft. So werden Schlechtleistungen erkannt und mit Entgeltkürzungen sanktioniert. Das Zusammenspiel zwischen einer Entgeltreduzierung aufgrund von Verfügbarkeitseinschränkungen und aufgrund von Schlechtleistungen stellt den Kern der so genannten Verfügbarkeitsmodelle dar.

3. Wie wird der Vertrag geschlossen und wer sind die Vertragsparteien?

Der Projektvertrag wird durch Erteilung des Zuschlags an denjenigen Bieter abgeschlossen, der in einem europaweiten Vergabeverfahren das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hatte. Das Vergabeverfahren führt die zuständige Vergabestelle der jeweiligen Landesstraßenbaubehörde durch oder in deren Auftrag die Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und bau GmbH. Zu Beginn des Vergabeverfahrens haben die Interessenten im Rahmen eines so genannten Teilnahmewettbewerbs ihre technische und wirtschaftliche Eignung für das Projekt nachzuweisen. Dabei stellt die Vergabestelle ganz spezifische Anforderungen, die erfüllt sein müssen. Diejenigen Unternehmen, die alle erforderlichen Nachweise erbracht haben, können dann Angebote abgeben. Im Rahmen der Angebote können die Bieter auch Optimierungen bei der Vertragsgestaltung vorschlagen. Über diese Vorschläge wird dann in einem gestuften Verhandlungsverfahren verhandelt. Sowohl im Teilnahmewettbewerb als auch in den Verhandlungen erfolgen dabei Zwischenbewertungen, bei denen die besten Bewerber und Bieter ermittelt werden, mit denen dann das Verfahren weiter geführt wird. Am Ende verbleiben dann zwei Bieter, die ein endgültiges Angebot (das so genannte BAFO) abgeben.

Voraussetzung für einen Vertragsschluss ist, dass zuvor die Wirtschaftlichkeit gemäß den Vorgaben der Bundeshaushaltsordnung (§ 7 Bundeshaushaltsordnung), auch im Vergleich mit einer konventionellen Realisierung, nachgewiesen wurde. Dies erfolgt im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung. In der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung [<http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/oepp-wirtschaftlichkeitsuntersuchung.html>] werden die ökonomischen Auswirkungen, also alle Kosten und Nutzen der jeweiligen Beschaffungsalternative (konventionell oder ÖPP) über den Lebenszyklus identifiziert, bewertet und miteinander verglichen.

Der Projektvertrag wird zwischen der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die jeweils zuständige Landesbehörde als Auftraggeber, und dem privaten Partner als Auftragnehmer geschlossen. Auf Seiten des privaten Partners gründet dabei der Bieter eine Projektgesellschaft, deren alleiniger Zweck die Durchführung des Vertrags mit der öffentlichen Hand ist. Die Projektgesellschaft ist damit Auftragnehmer und Vertragspartner der öffentlichen Hand, sie ist für alle Leistungsteile (Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung und Finanzierung) verantwortlich.

Die Bauleistungen sowie die Betriebs- und Erhaltungsleistungen werden regelmäßig durch Nachunternehmer ausgeführt, die von der Projektgesellschaft beauftragt werden.

4. Welche Leistungspflichten obliegen dem privaten Partner nach dem Projektvertrag?

Zusammengefasst hat der private Partner (Auftragnehmer) Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung und (anteilige) Finanzierung eines Streckenabschnittes zu erbringen.

Im Rahmen der Planung ist es Aufgabe des Auftragnehmers, auf der Grundlage der Planfeststellungsbeschlüsse und der Anforderungen der Leistungsbeschreibungen eine Ausführungsplanung zu erstellen.

Auf der Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung sowie seiner Ausführungsplanung hat der Auftragnehmer sodann den Bau auszuführen. Je nach Projekt kann dies den vollständigen Neubau einer Strecke oder die Erweiterung von bestehenden Streckenabschnitten umfassen. Gegenüber konventionellen Bauvorhaben besteht aufgrund der Verantwortung für Planung und Bau in einer Hand der Vorteil, dass der Auftragnehmer selbst für einen optimierten sowie widerspruchsfreien

und ungestörten Bauablauf sorgen kann und damit mögliche Mehrkosten und Verzögerungen vermieden werden können. Auch hat sich der Auftragnehmer mit Leitungsträgern (also den Verantwortlichen für Ver- und Entsorgungsleitungen) ebenso abzustimmen wie mit den Verantwortlichen für Kreuzungsbauwerke (Bahnunternehmen, Träger der Baulast für kreuzende Straßen, Wege und Gewässer)

Ein Wesensmerkmal von ÖPP-Projekten ist es, dass die Verantwortung des Auftragnehmers nicht mit der Baufertigstellung endet. Vielmehr ist der Auftragnehmer auch für Betrieb und Erhaltung des hergestellten Vertragsgegenstandes verantwortlich. Zum Betrieb zählen der Winterdienst, die Grünpflege, Reinigungsleistungen, die Verkehrssicherung sowie kleinere Reparaturen. Die Erhaltung umfasst vor Allem größere Reparaturen und die Erneuerung von abgenutzten oder beschädigten Bauteilen oder Streckenbestandteilen. Dabei ist eine jederzeitige Gewährleistung der Verkehrssicherheit oberstes Gebot. Zudem bestehen aufgrund des Verfügbarkeitsmechanismus Anreize für den Auftragnehmer, die Betriebs- und Erhaltungsleistungen effizient und verkehrsschonend zu erbringen.

Ein weiterer Anreiz zu einer hochwertigen Leistungsausführung wird durch Vereinbarung eines Qualitätskatalogs gesetzt. Dieser enthält zentrale Leistungspflichten aus den Bereichen Bau, Betrieb und Erhaltung und verknüpft diese mit konkreten Handlungsfristen für den Auftragnehmer, sobald ein bestimmter Zustand festgestellt wird. Falls der Auftragnehmer schuldhaft Fristen nicht einhält, fallen festgelegte Beträge an, die der Auftraggeber von der Vergütung des Auftragnehmers in Abzug bringt.

Der Auftragnehmer ist auch zur anteiligen Finanzierung der Baukosten verpflichtet. Während ein Teil der Baukosten durch Abschlagszahlungen nach Fertigstellung abgegolten wird, wird ein Teil der Baukosten erst über die Vertragslaufzeit (die in der Regel 30 Jahre beträgt) vergütet. Die entsprechenden Mittel für die Bauzwischenfinanzierung und die langfristige Finanzierung beschafft sich der Auftragnehmer (in geringerem Umfang) von Eigenkapitalgebern sowie (im Wesentlichen) von Fremdkapitalgebern. Die Fremdkapitalgeber üben hierbei eine wichtige Kontrollfunktion aus.

5. Für welche Aspekte ist der Auftraggeber verantwortlich?

Im Verhältnis zum Auftragnehmer ist der Auftraggeber für die Durchführung des Planfeststellungsverfahrens und die Herbeiführung sowie Gültigkeit des Planfeststellungsbeschlusses verantwortlich. Das rechtzeitige Vorliegen vollziehbarer Planfeststellungsbeschlüsse fällt daher in seinen Risikobereich. Aufgrund der Bundesauftragsverwaltung im Bereich der Bundesfernstraßen erfolgt die Durchführung der entsprechenden Verfahren durch die zuständigen Landesbehörden.

Anders ist es, wenn infolge der Planungen des privaten Partners Änderungen an den ursprünglichen Planfeststellungsbeschlüssen erforderlich werden, diese sind dann, ggf. unter Mitwirkung des Auftraggebers, vom privaten Partner umzusetzen.

Der Auftraggeber ist nach dem Projektvertrag auch für die Zurverfügungstellung der erforderlichen Grundstücke verantwortlich. Gegebenenfalls kann der Auftragnehmer in den Grunderwerb mit einbezogen werden. Der tatsächliche Grunderwerb erfolgt wiederum durch die zuständige Landesbehörde im Namen des Auftraggebers.

Rechtlich bleibt während des gesamten Projektes der Auftraggeber Eigentümer der Vertragsstrecke.

Der Bund bleibt Träger der Straßenbaulast, soweit ihm diese nach Maßgabe des Bundesfernstraßengesetzes obliegt. Somit bleibt der Auftraggeber auch gegenüber den Nutzern der Bundesfernstraße in der Verantwortung. Er überträgt bei ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbereich lediglich die Ausführung von Planungs-, Bau-, Erhaltungs-, Betriebsdienst- und (anteiligen) Finanzierungsleistungen auf einen privaten Auftragnehmer. Hoheitliche Rechte gehen nicht auf den privaten Auftragnehmer über.

6. Was bedeutet Risikozuweisung und wer trägt welche Risiken?

Grundsätzlich soll bei einem ÖPP-Projekt jede Vertragspartei diejenigen Risiken tragen, die sie besser beherrschen kann. Entsprechend orientiert sich die Risikoverteilung an den jeweiligen Verantwortungs- und Einflussphären von Auftraggeber und Auftragnehmer. Entstehen dem Auftragnehmer unvorhersehbare Mehrkosten, so kann er nur dann eine zusätzliche Vergütung vom Auftraggeber verlangen, wenn dies der Projektvertrag ausdrücklich vorsieht. Gleiches gilt für eine Anpassung des geschuldeten Fertigstellungstermins für den Bau.

Der Auftragnehmer hat die Risiken zu tragen, die sich aus dem unmittelbaren Zusammenhang mit den ihm obliegenden Leistungspflichten ergeben. Er hat die Risiken zu tragen, die aus seiner (Ausführungs-)Planung, seinem Bauablauf, dem Betriebsdienst oder der Erhaltung entstammen. Er trägt das generelle Risiko, dass die von ihm angebotene Vergütung für die Ausführung aller von ihm aufgrund der funktionalen Leistungsbeschreibung übernommenen Leistungspflichten auskömmlich ist.

Auf der anderen Seite ist der Auftraggeber für die erstmalige Schaffung des Baurechts verantwortlich und trägt das Risiko eines verzögerten Erlasses der Planfeststellungsbeschlüsse. Auch das Risiko der rechtzeitigen Zurverfügungstellung von Grundstücken liegt grundsätzlich beim Auftraggeber.

Betrachtet man die vertraglichen Regelungen genauer, so wird deutlich, dass die Risiken vielfach ausdifferenziert und zwischen den Parteien geteilt sind:

Das Risiko der höheren Gewalt (Beschädigung oder Zerstörung oder eine Unterbrechung von Betrieb und Erhaltung durch unvorhersehbare Naturereignisse) und Drittgewalt (Beschädigung oder Zerstörung oder eine Unterbrechung von Betrieb und Erhaltung durch Nutzer und sonstige Dritte) ist zwischen den Parteien geteilt. Der Auftragnehmer hat das Risiko zu tragen, soweit er es entweder durch die abzuschließenden Versicherungen versichern kann, er Rückgriff auf Dritte nehmen kann oder die Auswirkungen der Ereignisse bestimmte, projektspezifische Schwellenwerte nicht überschreiten,

Kommt es nach Vertragsschluss zu Änderungen technischer oder rechtlicher Normen betreffend Bau, Betrieb oder Erhaltung, mit denen der Auftragnehmer nicht rechnen musste, so trägt dieses Risiko der Auftraggeber und er gleicht dem Auftragnehmer die hierdurch entstehenden Nachteile aus. Auch trägt der Auftraggeber das Risiko von Änderungen des anwendbaren Umsatzsteuersatzes. Dagegen trägt der Auftragnehmer das allgemeine Rechtsänderungsrisiko, wie z. B. Änderungen bei Unternehmenssteuern.

7. Welche Vergütung erhält der Auftragnehmer?

Unter dem Projektvertrag erhält der Auftragnehmer zum einen nach Fertigstellung bestimmter Bauleistungen Abschlagszahlungen, die ratenweise ausgezahlt werden. Mit diesen wird ein Teil der Baukosten abgegolten. Dabei wird sichergestellt, dass nicht mehr gezahlt wird, als der Auftragnehmer bereits an Bauleistungen erbracht hat.

Daneben erhält der Auftragnehmer eine laufende monatliche Vergütung, das so genannte Verfügbarkeitsentgelt. Das Verfügbarkeitsentgelt setzt sich aus mehreren Bestandteilen zusammen: einem Entgeltbestandteil für die langfristige Finanzierung und einem Bestandteil zur Vergütung der Betriebs- und Erhaltungsleistungen. Beide Vergütungsbestandteile werden vom Auftragnehmer im Vergabeverfahren angeboten. Die Höhe des tatsächlich gezahlten Verfügbarkeitsentgelts ist abhängig von der Verfügbarkeit der Vertragsstrecke und der Qualität der Leistungserbringung.

Das Entgelt für die langfristige Finanzierung vergütet die nicht durch Abschlagszahlungen abgegoltenen Baukosten sowie die entsprechenden Finanzierungskosten des Auftragnehmers. Diesen Entgeltbestandteil erhält der Auftragnehmer ab erfolgreicher Fertigstellung aller Bauleistungen und deren Übergabe an den Auftraggeber.

Daneben erhält der Auftragnehmer ein monatliches Entgelt für Betriebs- und Erhaltungsleistungen. Diese Zahlungen beginnen, sobald dem Auftragnehmer die entsprechenden Aufgaben obliegen, was im Falle einer vorhandenen Bestandsstrecke regelmäßig mit Vertragsbeginn der Fall ist, manchmal

(insbesondere bei einem vollständigen Neubau) aber auch erst zu einem späteren Zeitpunkt der Fall sein kann.

Das laufende monatliche Entgelt wird in Abhängigkeit von der Verfügbarkeit der Vertragsstrecke und der Qualität der vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen angepasst. In diesem Zusammenhang wird entsprechend zwischen Abzugsbeträgen wegen Verfügbarkeitseinschränkungen und Abzugsbeträgen wegen Schlechtleistungen unterschieden.

Abzüge wegen Verfügbarkeitseinschränkungen:

Vor dem Projektbeginn wird der zu erwartende Umfang an Verfügbarkeitseinschränkungen durch planmäßige Betriebs- und Erhaltungsmaßnahmen festgelegt. Soweit die Verfügbarkeitseinschränkungen während der Vertragslaufzeit diesen festgelegten Wert übersteigen, führt dies zu Entgeltkürzungen. Die Entgeltkürzungen haben je nach räumlichem und zeitlichen Umfang und verkehrlicher Bedeutung der Einschränkung der Verfügbarkeit eine unterschiedliche Höhe. So werden z.B. bei Baustellen Geschwindigkeitsreduzierungen und verschiedene Arten von Fahrbahneinschränkungen mit Abzugsbeträgen versehen. Der konkrete Abzugsbetrag ergibt sich auch in Abhängigkeit der Dauer der Einschränkung. Je nach Projekt entsteht dadurch eine zielgenaue Anreizwirkung. Für Einschränkungen außerhalb der Einflussssphäre des Auftragnehmers, z. B. aufgrund von Verkehrsunfällen, die nicht auf einer Schlechtleistung des Auftragnehmers beruhen, erfolgen keine Abzüge.

Abzüge wegen Schlechtleistungen:

Die ordnungsgemäße Leistungserbringung betreffend Bau, Erhaltung und Betrieb wird mittels eines Qualitätskatalogs überprüft. Werden im Rahmen der Eigenfeststellungen des Auftragnehmers oder aufgrund der Kontrollen des Auftraggebers oder durch Dritte Schlechtleistungen festgestellt bzw. vertragswidrige Zustände angetroffen, so sind diese vom Auftragnehmer in den vorgesehenen Fristen zu beseitigen. Hält der Auftragnehmer die Fristen schuldhaft nicht ein, so werden die Schlechtleistungen mit Entgeltkürzungen sanktioniert.

Die monatliche Vergütung des Auftragnehmers für Betriebs- und Erhaltungsleistungen wird indexiert, also an die Preisentwicklung angepasst. Dabei kommt ein gewichteter Kostenindex zur Anwendung.

Dem privaten Partner wird keine Eigenkapitalrendite garantiert. Die vom privaten Partner am Ende der Vertragslaufzeit erzielte Rendite hängt vielmehr vom konkreten Verlauf des Projekts ab.

8. Welche Sicherheiten erhält der Auftraggeber vom Auftragnehmer?

Der Auftragnehmer hat vor Beginn der Bauausführung eine Vertragserfüllungsbürgschaft für den Bau zu stellen. Rechtzeitig gegen Ende des Vertragszeitraums hat der Auftragnehmer zudem eine Vertragserfüllungsbürgschaft bezogen auf die Erhaltung zu stellen, um die Einhaltung des vorgegebenen Zustands am Ende des Vertragszeitraums zu gewährleisten. Die Höhe dieser Sicherheiten werden projektspezifisch anhand des Sicherheitsbedürfnisses des Auftragnehmers festgelegt.

Eine weitere Absicherung besteht für den Auftraggeber darin, dass die Abschlagszahlungen und das Verfügbarkeitsentgelt durch den Auftraggeber nachschüssig, d. h. erst nach Leistungserbringung, geleistet werden.

9. Welche Berichtspflichten hat der Auftragnehmer und welche Kontrollrechte hat der Auftraggeber ?

Der Projektvertrag setzt in einem ersten Schritt auf das Prinzip der Eigenkontrolle. Die Durchführung der Betriebs- und Erhaltungsleistungen sowie die Verfügbarkeit der Vertragsstrecke sind vom Auftragnehmer fortlaufend in einem Management-Informationssystem zu dokumentieren. Der Auftraggeber hat jederzeit Zugriff auf dieses Management-Informationssystem. Damit werden alle Daten und Fakten erfasst, die für die Ermittlung von Abzügen vom Verfügbarkeitsentgelt erforderlich sind. Auch die Ermittlung der entsprechenden Abzugsbeträge erfolgt in einem ersten Schritt durch den Auftragnehmer, bevor er sie zur Überprüfung dem Auftraggeber vorlegt.

Zudem ist vorgesehen, dass der Auftraggeber regelmäßig Kontrollen durchführt, um die ordnungsgemäße Informationserhebung durch den Auftragnehmer zu überprüfen und ggf. zu sanktionieren. Dabei kann der Auftraggeber auch auf Meldungen Dritter (Verkehrsteilnehmer, Behörden) zurückgreifen.

Darüber hinaus hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber regelmäßig verschiedene Unterlagen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen wie z. B. Jahresabschlüsse und Planungsrechnungen vorzulegen.

10. Welcher Zustand ist am Ende der Vertragslaufzeit zu gewährleisten und wie wird dieser abgesichert?

Der Zustand, der am Ende der regulären Vertragslaufzeit geschuldet wird, wird in der funktionalen Leistungsbeschreibung projektspezifisch festgelegt. Dabei werden bestimmte Zustandswerte vorgegeben, deren Einhaltung rechtzeitig vor Ablauf der Vertragslaufzeit mittels entsprechender Inspektionen und Messungen überprüft wird. Zudem ist vom Auftragnehmer in Abhängigkeit vom festgestellten Zustand der Vertragsstrecke in den letzten Jahren vor Ende der Vertragslaufzeit eine Vertragserfüllungsbürgschaft Erhaltung zu stellen, die der Auftraggeber verwerten kann, wenn der Zustand der Projektstrecke zum Vertragsende nicht den Vorgaben entspricht. Auch der Betrag der Bürgschaft wird projektspezifisch festgelegt.

11. Welche Regelungen enthält ein Projektvertrag zur Finanzierung?

Der Auftragnehmer ist für die Finanzierung seiner Leistungen verantwortlich. Entsprechend ist für das jeweilige Projekt eine geeignete Finanzierung abzuschließen. Dies erfolgt regelmäßig in Form einer Projektfinanzierung. Der Großteil des Finanzierungsbedarfs wird dabei durch Fremdkapital von Banken oder Investoren finanziert. Da der Auftragnehmer kein Eigentum an den Grundstücken der Projektstrecke erwirbt, sondern es im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland – Bundesstraßenverwaltung verbleibt, erhalten die Fremdkapitalgeber auch keine Sicherheiten an der Projektstrecke. Die Rückzahlung des Fremdkapitals wird vor allem auf die erwarteten Zahlungsströme des Projekts (hier also die Abschlagszahlungen und das Verfügbarkeitsentgelt) abgestellt. Je nachdem, wie die Fremdkapitalgeber die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Projektes einschätzen, ist ein bestimmter Teil der Investitionen mit Eigenkapital zu finanzieren, das von den Gesellschaftern der Projektgesellschaft oder Investoren bereitgestellt wird.

Der Auftragnehmer hat neben der Einbringung des Eigenkapitals durch die Gesellschafter der Projektgesellschaft auch sicherzustellen, dass das erforderliche Fremdkapital rechtzeitig und in erforderlicher Höhe bereitsteht.

Im Hinblick auf das Eigenkapital erfolgt eine Absicherung durch entsprechende Verpflichtungserklärungen der Gesellschafter gegenüber dem Auftraggeber.

Betreffend das Fremdkapital hat der Auftragnehmer als eine seiner ersten Leistungspflichten binnen einer im Projektvertrag näher bestimmten Frist die notwendigen Finanzierungsverträge mit den Banken abzuschließen. Möglich sind neben einer klassischen Fremdfinanzierung in Form von Bankdarlehen auch eine Projektanleihe oder ein Forderungsverkauf. Allerdings gibt die öffentliche

Hand im Falle eines Forderungsverkaufes keinen Einredeverzicht in Bezug auf die Vergütung ab, so dass die Fremdkapitalgeber das volle Projektrisiko tragen.

Um die Projektfinanzierung für Banken und Investoren im Hinblick auf die Projektrisiken belastbarer zu gestalten, kann in die Finanzierungsstruktur ein sogenanntes Instrument zur Verbesserung der Kreditwürdigkeit integriert werden. Dabei handelt es sich z.B. um eine anteilige Bürgschaft für die Fremdfinanzierung oder eine zusätzliche Kreditlinie zum Auffangen von Mehrkosten oder Mindereinnahmen.

Die Fremdkapitalgeber üben im Rahmen einer Projektfinanzierung eine wichtige Kontrollfunktion aus. Mittels der Bestimmungen der Finanzierungsverträge achten sie darauf, dass der Auftragnehmer seine Verpflichtungen aus dem Projektvertrag erfüllt. Denn nur dann können sie sicher sein, dass das von ihnen ausgereichte Fremdkapital über die Entgeltzahlungen während der Vertragslaufzeit auch an sie zurückfließt. Von dieser Kontrollfunktion profitiert auch der Auftraggeber.

Zwischen dem Auftraggeber, dem Auftragnehmer und einem Vertreter der Fremdkapitalgeber wird ein so genannter Direktvertrag abgeschlossen (siehe Anlage 4 zur systematischen Darstellung). Mittels dieses Direktvertrags wird den Fremdkapitalgebern ein Eintrittsrecht eingeräumt für den Fall, dass der Auftraggeber den Projektvertrag kündigen will. Ebenso steht den Fremdkapitalgebern ein Eintrittsrecht zu, wenn sie zur Kündigung der Finanzierungsverträge berechtigt sind. Durch dieses Eintrittsrecht wird es den Fremdkapitalgebern ermöglicht, bei einer „Schieflage des Projekts“ den bisherigen Auftragnehmer abzulösen und das Projekt selbst bzw. mit einem neuen geeigneten Unternehmen fortzuführen und die Kündigung durch den Auftraggeber damit abzuwenden.

Der Projektvertrag enthält weiterhin Regelungen betreffend die eigenständige Kreditgewährung des Auftragnehmers an den Auftraggeber aufgrund der Tatsache, dass ein Teil der Baukosten (genauer: der Anschaffungs- und Herstellungskosten) nicht sofort mit Baufertigstellung, sondern in Raten über die Vertragslaufzeit hinweg vergütet wird. Diese Finanzierungsleistung ist nach Maßgabe des Umsatzsteuergesetzes umsatzsteuerfrei. Die Verantwortlichkeit für die steuerliche Behandlung durch die zuständigen Finanzbehörden obliegt dem Auftragnehmer.

Die Finanzierung des Projektes durch den Auftragnehmer erfolgt in der Regel über einen Zeitraum von bis zu 30 Jahren, der üblichen Laufzeit eines Projektvertrags. Während der Finanzierungslaufzeit kann es zu Änderungen in den Finanzierungsverträgen oder zur Ablösung bzw. dem Abschluss neuer Finanzierungsverträge kommen (Refinanzierung). Der Auftragnehmer muss vor jeder Refinanzierung die Zustimmung des Auftraggebers einholen. Sofern mit der Refinanzierung für den Auftragnehmer ein finanzieller Vorteil verbunden ist, wird der entstehende Refinanzierungsgewinn anteilig an den Auftraggeber ausgekehrt.

12. Was passiert, wenn der Auftragnehmer die Leistungen nicht ordentlich erbringt?

Der Auftraggeber verfügt über vielfältige Rechte, um im Falle einer Schlechtleistung durch den Auftragnehmer zu reagieren. Zum einen kann er Kürzungen des Entgelts vornehmen. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Qualitätskatalog, der zentrale Pflichten des Auftragnehmers mit spezifischen Handlungsfristen kombiniert, bei deren Verstößen Abzugsbeträge fällig werden. Daneben ist er, wenn der Auftragnehmer entsprechenden Aufforderungen nicht nachkommt, auch zur Ersatzvornahme berechtigt, um vertragswidrige Zustände zu beseitigen. Schließlich stehen dem Auftraggeber im Extremfall auch verschiedene Kündigungsrechte zur Verfügung.

13. Was passiert, wenn es zu geänderten oder zusätzlichen Leistungen kommt?

Während der Vertragslaufzeit kann es ggf. zu geänderten oder zusätzlichen Leistungsanforderungen kommen. Dazu erstellt der Auftragnehmer dem Auftraggeber ein Angebot mit einer detaillierten Kalkulation. Nach der Prüfung des Angebots kann der Auftraggeber den Auftragnehmer mit der Durchführung beauftragen und die entstehenden Kosten erstatten. Alternativ besteht auch die

Möglichkeit der Beauftragung von Dritten. Entfallen Leistungsanforderungen, so muss der Auftragnehmer dem Auftraggeber ersparte Aufwendungen erstatten.

14. Welche Kündigungsrechte hat der Auftraggeber?

Der Auftraggeber kann den Projektvertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seinen Planungsverpflichtungen nicht nachkommt, wenn er ohne Zustimmung Veränderungen der Gesellschafterstruktur vornimmt, seinen Finanzierungsverpflichtungen nicht nachkommt, wenn der Auftragnehmer mehrfach und in erheblichem Umfang seinen Leistungspflichten nicht nachkommt, er wettbewerbswidrige Abreden getroffen hatte oder wenn der Auftragnehmer insolvent wird und den Vertrag nicht länger ordnungsgemäß erfüllt. Neben diesen Kündigungsrechten, die Reaktionen auf Pflichtverletzungen des Auftragnehmers darstellen, kann der Auftraggeber auch kündigen, wenn ihm infolge des Baugrundrisikos erhebliche Kosten entstehen. Zudem ist der Auftraggeber zur ordentlichen Kündigung berechtigt sowie generell zur Kündigung aus wichtigem Grund.

In vielen Fällen, in denen eine Pflichtverletzung des Auftragnehmers den Auftraggeber zur Kündigung berechtigt, ist das Eintrittsrecht der Fremdkapitalgeber unter dem Direktvertrag zu beachten. Siehe hierzu unter Nr. 11.

15. Welche Kündigungsrechte hat der Auftragnehmer?

Der Auftragnehmer kann den Projektvertrag kündigen, wenn es aus vom Auftraggeber oder von keiner Partei zu vertretenden Gründen zu ganz erheblichen Verzögerungen mit dem Bau kommt, die eine weitere wirtschaftliche Realisierung des Projekts unmöglich machen. Weiterhin kann der Auftragnehmer kündigen, wenn der Auftraggeber mit wesentlichen Teilen der Vergütung für eine bestimmte Zeit in Verzug ist. Schließlich besteht für den Auftragnehmer das Recht, den Projektvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen.

16. Welche Folgen hat eine Kündigung des Vertrags?

Der Projektvertrag enthält Regelungen, welche Zahlungen im Fall einer Kündigung zu leisten sind. Dabei wird danach unterschieden, welche Partei die Gründe, die zur Kündigung führten, zu vertreten hat. Hat der Auftragnehmer in diesem Sinne die Kündigung zu vertreten, so erhält er einen bestimmten Teil des noch ausstehenden Fremdkapitals erstattet, während auf das Eigenkapital keine Entschädigung erfolgt. Die Entschädigung ist dabei begrenzt auf den Ertragswert des Projekts, also den Betrag, den der Auftragnehmer auf Basis einer objektiven Prognose bis zur regulären Beendigung noch hätte erwirtschaften können. In Abzug gebracht werden die Beträge, die erforderlich sind, um den Vertragsgegenstand in den geschuldeten Zustand zu versetzen. Zudem hat er dem Auftraggeber dessen Schäden zu ersetzen, die infolge der Kündigung entstanden sind.

Im Falle einer Kündigung, die von keiner Partei zu vertreten ist, erhält der Auftragnehmer eine Entschädigung für das noch ausstehende Fremdkapital sowie für das Eigenkapital. Diese Entschädigung ist ebenfalls auf den Ertragswert des Projekts begrenzt.

Im Falle einer vom Auftraggeber zu vertretenden Kündigung hat der Auftraggeber das Recht, die Finanzierungsverträge des Auftragnehmers zu übernehmen. Alternativ kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer einen Ersatz der Kosten der vorzeitigen Beendigung und Abwicklung der Verträge leisten. Im Hinblick auf das Eigenkapital erhält der Auftragnehmer eine Entschädigung, die nach dem Ertragswert des Projekts bemessen wird.

17. Was passiert bei einer Insolvenz des Auftragnehmers?

Eine Insolvenz hat nicht zwingend Auswirkungen auf die Leistungserbringung durch den Auftragnehmer. Solange die Leistungserbringung nicht beeinträchtigt wird, wird der Projektvertrag unverändert fortgesetzt. Ansonsten kann der Auftraggeber, wenn es infolge der Insolvenz des Auftragnehmers zu Vertragspflichtverletzungen kommt, Entgeltkürzungen vornehmen oder gegebenenfalls den Projektvertrag kündigen. Ansonsten wird der Projektvertrag unverändert fortgesetzt. Weiterhin können ggf. die Fremdkapitalgeber durch Ausübung ihres Eintrittsrechts einen neuen, solventen Auftragnehmer installieren.

18. Ist ein Schlichtungsverfahren vorgesehen, wann kann es zu einer Schlichtung kommen und wie läuft das Schlichtungsverfahren ab?

Der Projektvertrag sieht bei Meinungsverschiedenheiten bei der Auslegung oder Anwendung des Projektvertrags die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vor.

Jede Partei kann die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens beantragen. Geht ein Antrag auf Eröffnung eines Schlichtungsverfahrens ein, kommt der Schlichtungsausschuss zusammen. Er besteht aus jeweils zwei Vertretern des Auftraggebers und des Auftragnehmers und einem Vorsitzenden. Es ist Aufgabe des Schlichtungsausschusses, eine einvernehmliche Lösung zu finden, in bestimmten, im Projektvertrag benannten Fällen kann er auch (vorläufige) Mehrheitsentscheidungen treffen. Einzelheiten des Verfahrens vor dem Schlichtungsausschuss werden projektspezifisch in einer Schlichtungsordnung bestimmt. Das Schlichtungsverfahren endet entweder durch eine Entscheidung des Schlichtungsausschusses oder durch die Feststellung, dass keine einvernehmliche Lösung gefunden werden konnte und damit das Schlichtungsverfahren gescheitert ist. Mit Ausnahme von Eilfällen ist die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens Voraussetzung dafür, dass eine Partei im Streitfall ein Gericht anrufen kann.

Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens hindert die Parteien nicht, im Anschluss ein ordentliches Gerichtsverfahren anzustrengen.

19. Was ist der Unterschied zwischen einem Schlichtungsverfahren und einem Schiedsgericht?

Es besteht ein ganz wesentlicher Unterschied zwischen dem Schlichtungsverfahren, das im Projektvertrag vorgesehen ist, und einem Schiedsgericht. Das Schlichtungsverfahren ist auf eine gütliche Einigung ausgerichtet, so dass der Schlichtungsausschuss im Regelfall nur einstimmige Entscheidungen treffen kann. In Fällen, in denen der Schlichtungsausschuss durch Mehrheitsentscheidung entscheidet, besteht keine Bindung an diese Entscheidung, vielmehr kann die unterliegende Partei ein ordentliches Gericht anrufen.

Demgegenüber hat ein Schiedsgericht zum Ziel, einen Streit mit Bindungswirkung für die Parteien anstelle der sonst zuständigen ordentlichen Gerichte abschließend zu entscheiden. Ein Schiedsspruch entspricht daher einem Urteil. Entsprechend sind Entscheidungen des Schiedsgerichts regelmäßig mit Stimmenmehrheit möglich. Ein Schiedsverfahren ist auf eine Instanz ausgelegt, daher können Schiedssprüche nur in Ausnahmefällen vor ordentlichen Gerichten angefochten werden.