

## Häufig gestellte Fragen zu Verträgen bei ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbereich

Im Zuge der Transparenzinitiative wurden Verträge aus bestehenden ÖPP-Projekten veröffentlicht. Nachfolgend sollen zum besseren Verständnis der veröffentlichten Vertragsunterlagen häufig gestellte Fragen beantwortet werden.

### 1. Welche Verträge werden typischerweise abgeschlossen?

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

In der Pilotphase für ÖPP wurden zudem Konzessionsverträge abgeschlossen, bei denen der private Partner Konzessionsnehmer ist.

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

Für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich haben bislang sowohl Konzessions- als auch Projektverträge Verwendung gefunden. Während für die Projekte der 1. ÖPP-Staffel und das erste Projekt der 2. 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 regeln dagegen sogenannte Verfügbarkeitsmodelle (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 Entgeltre-

duzierung aufgrund von Verfügbarkeitseinschränkungen und aufgrund von Schlechtleistungen stellt den Kern der Verfügbarkeitsmodelle dar.

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

Der Konzessions- oder Projektvertrag wird durch Erteilung des Zuschlags an denjenigen Bieter abgeschlossen, der in einem europaweiten Vergabeverfahren das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hat. 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 in der Regel zwei Bieter, die ein endgültiges Angebot (häufig auch als „best and final offer“ oder kurz „BAFO“ bezeichnet) 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 [<https://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 Vertrag wird zwischen der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die jeweils zuständige Landesbehörde als Konzessions- bzw. Auftraggeber, und dem privaten Partner als Konzessions- bzw. 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 Konzessions- bzw. Auftragnehmer und Vertragspartner der öffentlichen Hand, sie ist für alle Leistungsteile (Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung und anteilige Finanzierung) verantwortlich.

Zur Ausführung der übernommenen Bau- und Erhaltungsleistungen beauftragt die Projektgesellschaft regelmäßig Nachunternehmer, auch Betriebsleistungen werden teilweise durch Nachunternehmer erbracht.

### **4. Warum enthalten die veröffentlichten Verträge geschwärzte Passagen?**

Die Konzessions- und Projektverträge enthalten schützenswerte Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Parteien. Zudem sind aus datenschutzrechtlichen Gründen personenbezogene Angaben unkenntlich gemacht.

### **5. Welche Leistungspflichten obliegen dem privaten Partner nach den Verträgen?**

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

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

Auf der Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung sowie seiner Ausführungsplanung hat er 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 private Partner selbst für einen optimierten sowie widerspruchsfreien und ungestörten Bau-

ablauf sorgen kann und damit mögliche Mehrkosten und Verzögerungen vermieden werden können. Auch hat sich der Konzessions- bzw. 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 privaten Partners nicht mit der Baufertigstellung endet. Vielmehr ist er auch für Betrieb und Erhaltung des hergestellten Vertragsgegenstandes verantwortlich. Zum Betrieb zählen der Winterdienst, die Grünpflege, Reinigungsleistungen und 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. Es erfolgen regelmäßige Überprüfungen von Strecke und Bauwerken, deren Ergebnisse in einem Management-Informationssystem erfasst werden. Die Leistungsvorgaben für den privaten Partner umfassen Vorgaben hinsichtlich konkreter Handlungsfristen, wenn hierbei Zustandsabweichungen festgestellt werden. Zudem bestehen aufgrund des Vergütungsmechanismus Anreize für den privaten Partner, die Betriebs- und Erhaltungsleistungen effizient und verkehrsschonend zu erbringen. Dies gilt für Konzessions- und Projektverträge gleichermaßen.

Beim V-Modell wird ein Qualitätskatalog vereinbart. 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. Beim Konzessionsvertrag ist der Auftraggeber ebenfalls berechtigt, im Falle von Schlechtleistungen die Vergütung zu kürzen.

Der private Partner ist auch zur anteiligen Finanzierung der Baukosten verpflichtet. Während ein Teil der Baukosten durch Anschubfinanzierung bzw. Abschlagszahlungen nach Fertigstellung abgegolten wird, wird der restliche 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 Konzessions- bzw. Auftragnehmer (in geringerem Umfang) von Eigenkapitalgebern sowie (im Wesentlichen) von Fremdkapitalgebern. Die in die Finanzierung einbezogenen Fremdkapitalgeber üben hierbei eine wichtige Kontrollfunktion aus.

## **6. Für welche Aspekte ist der Konzessions- bzw. Auftraggeber verantwortlich?**

Im Verhältnis zum privaten Partner ist der Konzessions- bzw. Auftraggeber für die Durchführung des Planfeststellungsverfahrens und die Herbeiführung vollziehbarer Baurechts 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 Konzessions- bzw. Auftraggebers, vom privaten Partner umzusetzen.

Der Konzessions- bzw. Auftraggeber ist nach den Verträgen auch für die Bereitstellung der erforderlichen Grundstücke verantwortlich. Gegebenenfalls kann der private Partner in den Grunderwerb mit einbezogen werden. Der tatsächliche Grunderwerb erfolgt wiederum durch die zuständige Landesbehörde im Namen des Konzessions- bzw. Auftraggebers.

### **Rechtlich bleibt während des gesamten Projektes der Bund Eigentümer der Vertragsstrecke.**

Der Bund bleibt auch Träger der Straßenbaulast, soweit ihm diese nach Maßgabe des Bundesfernstraßengesetzes obliegt. Somit bleibt er 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 Partner. Hoheitliche Rechte gehen nicht auf diesen über.

## **7. 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 der Vertragspartner. Entstehen dem Konzessions- bzw. Auftragnehmer unvorhersehbare Mehrkosten, so kann er nur dann eine zusätzliche Vergütung vom Konzessions- bzw. Auftraggeber verlangen, wenn dies der Vertrag ausdrücklich vorsieht. Gleiches gilt für eine Anpassung des geschuldeten Fertigstellungstermins für den Bau.

Der private Partner 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 Konzessions- bzw. Auftraggeber für die Schaffung des Baurechts verantwortlich und trägt Sorge für den Erlass der erforderlichen Planfeststellungsbeschlüsse. Das Risiko der rechtzeitigen Bereitstellung von Grundstücken liegt grundsätzlich beim Konzessions- bzw. 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 private Partner 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.

Auch das Baugrundrisiko ist zwischen den Parteien geteilt. Unter dem Begriff Baugrundrisiko werden dabei die Termin- und Kostenrisiken zusammengefasst, die sich aufgrund abweichender Baugrundverhältnisse oder beispielsweise durch Altlasten, Kampfmittel und Denkmäler ergeben können. Hier wird in jedem Projekt eine spezifische, von den Beteiligten als sachgerecht angesehene Teilung der damit verbundenen Risiken vorgenommen.

Kommt es nach Vertragsschluss zu Änderungen technischer oder rechtlicher Normen betreffend Bau, Betrieb oder Erhaltung, mit denen der private Partner nicht rechnen musste, so trägt dieses Risiko der Konzessions- bzw. Auftraggeber. Dem privaten Partner werden insoweit etwa entstehende Nachteile ausgeglichen. Auch trägt der Konzessions- bzw. Auftraggeber das Risiko von Änderungen des anwendbaren Umsatzsteuersatzes. Dagegen trägt der private Partner das allgemeine Rechtsänderungsrisiko, wie z.B. Änderungen bei Unternehmenssteuern.

## **8. Welche Vergütung erhält der Konzessions- bzw. Auftragnehmer?**

Der private Partner erhält zum einen nach Fertigstellung bestimmter Bauleistungen ggf. eine Anschubfinanzierung bzw. Abschlagszahlungen, die ratenweise ausgezahlt werden. Mit diesen wird ein Teil der Baukosten abgegolten. Dabei wird sichergestellt, dass nicht mehr gezahlt wird als bereits an Bauleistungen erbracht ist.

Daneben erhält der Auftragnehmer beim V-Modell 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 Entgelt-

bestandteil 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 Projektbeginn wird durch den Auftraggeber der aus seiner Sicht zu erwartende Umfang an Verfügbarkeitseinschränkungen durch planmäßige Betriebs- und Erhaltungsmaßnahmen ermittelt. Daraus ergibt sich ein monetärer Wert von Abzugsbeträgen wegen Verfügbarkeitseinschränkungen. 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 Einflussphäre 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.

Bei den Konzessionen hängt die Vergütung des privaten Partner – wie oben unter Nr. 2 gezeigt – von der Entwicklung der Fahrleistung der mautpflichtigen LKW ab 12 t zGG ab. Er trägt dort folglich das Verkehrsmengenrisiko und hat umgekehrt aus einer positiven Entwicklung resultierende Chancen. Auch hier werden in Form von Abzügen von der Vergütung Anreize gesetzt, die Verkehrsbeeinträchtigungen durch Baustellen so gering wie möglich zu halten. Und bei Schlechtleistungen kann der Auftraggeber die Vergütung ebenfalls kürzen.

Weder unter den Konzessions- noch den Projektverträgen wird dem privaten Partner eine Eigenkapitalrendite garantiert. Die vom privaten Partner am Ende der Vertragslaufzeit erzielte Rendite hängt vielmehr vom konkreten Verlauf des Projekts ab. Eigenkapital ist das regelmäßig zuallererst im Risiko stehende Kapital.

## **9. Welche Sicherheiten erhält der Konzessions- bzw. Auftraggeber vom privaten Partner?**

Der private Partner hat vor Beginn der Bauausführung eine Vertragserfüllungsbürgschaft Bau zu stellen. Rechtzeitig gegen Ende des Vertragszeitraums hat er zudem eine Vertragserfüllungsbürgschaft Erhaltung zu stellen, um die Einhaltung des vorgegebenen Zustands am Ende des Vertragszeitraums

zu gewährleisten. Die Höhe dieser Sicherheiten wird projektspezifisch anhand des Sicherheitsbedürfnisses des Konzessions- bzw. Auftraggebers festgelegt.

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

#### **10. Welche Berichtspflichten hat der private Partner und welche Kontrollrechte hat der Konzessions- bzw. Auftraggeber?**

Die Durchführung der Betriebs- und Erhaltungsleistungen sowie die Verfügbarkeit der Vertragsstrecke sind vom privaten Partner fortlaufend in einem Management-Informationssystem detailliert und umfangreich zu dokumentieren. Der Konzessions- bzw. Auftraggeber hat jederzeit Zugriff auf dieses Management-Informationssystem. Damit werden alle Daten und Fakten erfasst, die beispielsweise für die Ermittlung von Abzügen vom Verfügbarkeitsentgelt erforderlich sind. Auch die Ermittlung der entsprechenden Abzugsbeträge erfolgt in einem ersten Schritt durch den Auftragnehmer, der sie dem Auftraggeber zur Überprüfung vorlegt.

Zudem ist vorgesehen, dass der Konzessions- bzw. Auftraggeber regelmäßig Kontrollen durchführt, um die ordnungsgemäße Informationserhebung durch den privaten Partner zu überprüfen und ggf. zu sanktionieren. Dabei kann der Konzessions- bzw. Auftraggeber auch auf Meldungen Dritter zurückgreifen.

Darüber hinaus hat der private Partner dem Konzessions- bzw. Auftraggeber regelmäßig verschiedene Unterlagen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen wie z.B. Jahresabschlüsse und Planungsrechnungen vorzulegen.

#### **11. 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 privaten Partner in Abhängigkeit vom festgestellten Zustand der Vertragsstrecke in den letzten Jahren vor Ende der Vertragslaufzeit eine Vertragserfüllungsbürgschaft Erhaltung zu stellen, die der Konzessions- bzw. Auftraggeber verwerten kann, wenn der Zustand der Projektstrecke zum Vertragsende nicht den Vorgaben entspricht. Auch der Betrag der Bürgschaft wird projektspezifisch und abhängig vom Sicherheitsbedürfnis des Konzessions- bzw. Auftraggebers festgelegt.

#### **12. Welche Regelungen enthalten die Verträge zur Finanzierung?**

Der Konzessions- bzw. Auftragnehmer ist für die Finanzierung seiner Leistungen verantwortlich. Entsprechend ist für das jeweilige Projekt eine geeignete Finanzierung abzuschließen. Dies erfolgt in der Regel in Form einer Projektfinanzierung. Ein Großteil des Finanzierungsbedarfs wird dabei durch Fremdkapital von Banken oder Investoren abgedeckt. Da der private Partner kein Eigentum an den Grundstücken der Projektstrecke erwirbt (diese bleiben im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland), erhalten die Fremdkapitalgeber auch keine Sicherheiten an der Projektstrecke. Für die Rückzahlung des Fremdkapitals wird vor allem auf die erwarteten Zahlungsströme des Projekts (Vergütung Maut, Abschlagszahlungen und Verfügbarkeitsentgelt) abgestellt.

Im Hinblick auf das Eigenkapital erfolgt eine Absicherung durch entsprechende Verpflichtungserklärungen der Gesellschafter gegenüber dem Konzessions- bzw. Auftraggeber im Vergabeverfahren, die bei Bedarf über Patronatserklärungen der Muttergesellschaften abgesichert werden.

Betreffend das Fremdkapital hat der private Partner als eine seiner ersten Leistungspflichten binnen einer vertraglich 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.

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 hinreichend 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 den Vertragsparteien und einem Vertreter der Fremdkapitalgeber wird ein so genannter Direktvertrag abgeschlossen. Mittels dieses Direktvertrags wird den Fremdkapitalgebern ein Eintrittsrecht eingeräumt für den Fall, dass der Konzessions- bzw. Auftraggeber den Projektvertrag kündigen will. Ebenso steht den Fremdkapitalgebern ein Eintrittsrecht zu, wenn sie zur Kündigung der Finanzierungsverträge berechtigt sind. Durch diese Eintrittsrechte wird es den Fremdkapitalgebern ermöglicht, bei einer „Schieflage des Projekts“ den bisherigen Konzessions- bzw. Auftragnehmer abzulösen und das Projekt selbst bzw. mittels eines neuen geeigneten Unternehmens fortzuführen und die Kündigung durch den Konzessions- bzw. Auftraggeber damit abzuwenden.

Der Projektvertrag enthält weiterhin Regelungen betreffend die eigenständige Kreditgewährung des privaten Partners an den Konzessions- bzw. 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.

Die Finanzierung des Projektes durch den Konzessions- bzw. 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 private Partner muss ggf. vor jeder Refinanzierung die Zustimmung des Auftraggebers einholen. Sofern mit der Refinanzierung für den Auftragnehmer ein finanzieller Vorteil verbunden ist, ist der entstehende Refinanzierungsgewinn ggf. anteilig an den Konzessions- bzw. Auftraggeber auszukehren.

### **13. Was passiert, wenn der private Partner die Leistungen nicht ordentlich erbringt?**

Der Konzessions- bzw. Auftraggeber verfügt über vielfältige Rechte, um im Falle einer Schlechtleistung durch den privaten Partner zu reagieren. Zum einen kann er Kürzungen des Entgelts vornehmen. Grundlage hierfür sind bei Konzessions- und Projektverträgen die entsprechenden Leistungsvorgaben an den privaten Partner. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang beim V-Modell zudem der Qualitätskatalog, der zentrale Pflichten des Auftragnehmers mit spezifischen Handlungsfristen kombiniert, bei deren Verstreichen Abzugsbeträge fällig werden. Daneben ist er, wenn der Konzessions- bzw. Auftragnehmer entsprechenden Aufforderungen nicht nachkommt, auch zur Ersatzvornahme berechtigt, um vertragswidrige Zustände zu beseitigen. Schließlich stehen dem Konzessions- bzw. Auftraggeber im Extremfall auch verschiedene Kündigungsrechte zur Verfügung.

### **14. 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 private Partner dem Konzessions- bzw. Auftraggeber ein Angebot mit einer detaillierten Kalkulation. Nach der Prüfung des Angebots kann der Konzessions- bzw. Auftraggeber den privaten Partner mit der Durchführung beauftragen und die entstehenden Kosten erstatten. Alternativ besteht auch die Möglichkeit der Beauftragung von Dritten. Entfallen Leistungsanforderungen, so muss der private Partner dem Konzessions- bzw. Auftraggeber ersparte Aufwendungen erstatten.

### **15. Welche Kündigungsrechte hat der Konzessions- bzw. Auftraggeber?**

Der Konzessions- bzw. Auftraggeber kann den Konzessions- bzw. Projektvertrag kündigen, wenn der private Partner seinen Planungsverpflichtungen nicht nachkommt, wenn er ohne Zustimmung Veränderungen der Gesellschafterstruktur vornimmt, seinen Finanzierungsverpflichtungen nicht nachkommt, wenn er mehrfach und in erheblichem Umfang seine Leistungspflichten verletzt, wettbewerbswidrige

Abreden getroffen hatte oder wenn er insolvent wird und den Vertrag nicht länger ordnungsgemäß erfüllt. Neben diesen Kündigungsrechten, die Reaktionen auf Pflichtverletzungen des privaten Partners darstellen, kann der Konzessions- bzw. Auftraggeber auch kündigen, wenn ihm infolge eines bei ihm verorteten Risikos erhebliche Kosten entstehen. Zudem ist der Konzessions- bzw. Auftraggeber zur ordentlichen Kündigung berechtigt sowie generell zur Kündigung aus wichtigem Grund.

In vielen Fällen, in denen eine Pflichtverletzung des privaten Partners den Konzessions- bzw. Auftraggeber zur Kündigung berechtigt, ist das Eintrittsrecht der Fremdkapitalgeber unter dem Direktvertrag zu beachten. Siehe hierzu unter Nr. 12.

#### **16. Welche Kündigungsrechte hat der private Partner?**

Der private Partner kann den Projektvertrag kündigen, wenn es aus vom Konzessions- bzw. 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 er kündigen, wenn der Konzessions- bzw. Auftraggeber mit wesentlichen Teilen der Vergütung für eine bestimmte Zeit in Verzug ist. Schließlich besteht für den privaten Partner das Recht, den Konzessions- bzw. Projektvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen.

#### **17. Welche Folgen hat eine Kündigung des Vertrags?**

Die Verträge enthalten 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 private Partner 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 Konzessions- bzw. 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 der private Partner dem Konzessions- bzw. Auftraggeber dessen Schäden zu ersetzen, die infolge der Kündigung entstanden sind.

Im Falle einer Kündigung, die von keiner Partei zu vertreten ist, erhält der private Partner 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 Konzessions- bzw. Auftraggeber zu vertretenden Kündigung hat dieser das Recht, die Finanzierungsverträge des privaten Partners zu übernehmen. Alternativ kann er dem privaten Partner einen Ersatz der Kosten der vorzeitigen Beendigung und Abwicklung der Verträge leisten. Im Hinblick auf das Eigenkapital erhält der private Partner eine Entschädigung, die nach dem Ertragswert des Projekts bemessen wird.

#### **18. Was passiert bei einer Insolvenz des privaten Partners?**

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

#### **19. 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 Konzessions- bzw. 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 Konzessions- bzw. Auftraggebers und des privaten Partners sowie einem unabhängigen 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 mit einem Vorschlag des Schlichtungsausschusses im Hinblick auf eine einvernehmliche Lösung 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.

## **20. Was ist der Unterschied zwischen einem Schlichtungsverfahren und einem Schiedsgericht?**

Es besteht ein ganz wesentlicher Unterschied zwischen dem Schlichtungsverfahren, das im Konzessions- bzw. Projektvertrag vorgesehen ist, und einem Schiedsgericht. Das Schlichtungsverfahren ist auf eine gütliche Einigung ausgerichtet, so dass der Schlichtungsausschuss im Regelfall nur einstimmige Vorschläge erarbeiten kann. Es besteht keine Bindung an die Ergebnisse des Schlichtungsausschusses, insbesondere auch und gerade nicht bei Mehrheitsentscheidungen, vielmehr kann jede, bei Mehrheitsentscheidungen insbesondere 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.

## **21. Welche Vorteile bietet ein ÖPP-Projektvertrag gegenüber einem klassischen Bauvertrag?**

Durch die Kombination von Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung und Finanzierung können Schnittstellen und damit verbundene Mehrkostenrisiken reduziert und Effizienzen erzielt werden. Erhaltung und Betrieb werden bei Planung und Bau gleich „mitgedacht“. Der Ausbau und die Erhaltung des Projektabschnittes können schneller und kostengünstiger erfolgen als bei konventionellen Bauvorhaben. Dabei sind die Beeinträchtigungen für die Verkehrsteilnehmer während der Vertragslaufzeit geringer als bei konventionellen Vorhaben. Die Betriebs- und Erhaltungsleistungen des privaten Partners sind den hohen und langfristigen Qualitätsstandards verpflichtet. Durch die spezifischen Anforderungen bei der Rückgabe des Vertragsgegenstands am Ende des Vertragszeitraums ist ein ordnungsgemäßer Zustand der Infrastruktur auch über das Vertragsende hinaus gesichert, dies gilt auch für Streckenabschnitte, die zu Vertragsbeginn nicht neu gebaut wurden. Die öffentliche Hand kann aufgrund der Lebenszyklusbetrachtung die für die Vertragsstrecke während des Vertragszeitraums erforderlichen Mittel besser abschätzen und planen. Ihr verbleiben aufgrund der umfassenden Einbindung der privaten Partner zudem Ressourcen, die bei anderen konventionellen Vorhaben eingesetzt werden können.