

Informationsveranstaltung Plattform ÖPP-Projekt B247 – vertragliche Eckpunkte

Dr. Christian Bauer
Of Counsel



Inhalt

Allgemeine Einführung

Struktur des ÖPP-Projektvertrages

ÖPP-typische Aufgaben- und Risikoallokation im Leistungsbereich Bau

ÖPP-typische Aufgaben- und Risikoallokation im Leistungsbereich Betrieb und Erhaltung

ÖPP-typische Aufgaben- und Risikoallokation bei höherer Gewalt/Drittgewalt

Konzept der Erstattung unvorhersehbarer Mehrkosten

Regelungen zur Vergütung

Regelungen zur Finanzierung

Grundzüge des Verfügbarkeitsmechanismus

Kündigungsrechte und Kündigungsfolgen

Streitbeilegung

Allgemeine Einführung

- ÖPP-Projektvertrag als Vertragstyp eigener Art (*sui generis*)
 - Lebenszyklusgedanke und langfristige Partnerschaft
 - Vertragspartner des AG wird eine vom Bieter zu gründende Projektgesellschaft
 - keine Mithaftung der Gesellschafter und keine Durchgriffshaftung
 - Projektfinanzierung angestrebt
 - Leistungen des AN umfassen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses
 - Neubau
 - (teilweiser) Betrieb
 - Erhaltung
 - Anteilig Finanzierung
- mehr als VOB-Bauvertrag
 - umfassende Aufgabenübertragung und korrespondierende Risikoallokation

Struktur des ÖPP-Projektvertrages

Teil 1: Vertragsgrundlagen

- Vertragsbestandteile
- Definitionen
- Vertragsgegenstand
- Vertragszeitraum
- allgemeine Verpflichtungen der Parteien
- Zustand des Vertragsgegenstandes

Teil 3: Regelungen zur Finanzierung, Abschlagszahlung und zur Vergütung

- Finanzierungsverpflichtung EK und FK
- Vergütungsmechanismus
- Verfügbarkeit

Teil 2: Regelungen für Bau, Betrieb und Erhaltung

- Planungsleistungen
- Bauleistungen
- Termine
- Vertragsstrafen
- Betriebs- und Erhaltungspflichten
- Vertragserfüllungssicherheiten Bau und Erhaltung
- Höhere Gewalt/ Drittgewalt

Teil 4: Sonstige allgemeine Vertragsregelungen

- Abwicklung Mehrkosten/geänderte Leistungen
- Kündigungsrechte/Kündigungsfolgen
- Abschluss Direktvertrag
- Versicherungen

ÖPP-typische Aufgaben- und Risikoallokation im Leistungsbereich Bau



Umfassende Planungsverantwortlichkeit des AN und Übernahme des Risikos von Planungsfehlern durch den AN (auch hinsichtlich einer übernommenen Referenzplanung des AG)



Leistungserbringung: Hauptgewerke sind von demjenigen zu verantworten, der in den VGU benannt worden ist



Risiko der Erlangung einer rechtlich vollziehbaren Planfeststellung beim AG, ausgenommen absehbare Änderungen, die in VGU benannt werden



Rechtsänderungsrisiko grundsätzlich beim AG



Baugrundrisiko weitgehend beim AN, Risiko von Altlasten, Denkmalfunden und Kampfmitteln primär beim AG



Festpreischarakter



Vertragsstrafe Bau zur Absicherung Fertigstellungstermin

ÖPP-typische Aufgaben- und Risikoallokation im Leistungsbereich Betrieb und Erhaltung



Umfang der Betriebsleistungen, die der AN zu erbringen hat

- Betrieb nur teilweise beim AN
- Entsprechende Ausgestaltung der Verkehrssicherungspflicht



Erhaltungspflichten des AN

- Zustandswerte gemäß ZTV Funktion
- Steuerung über Verfügbarkeitsmechanismus



Management-Informationssystem

- Kontroll- und Berichtspflichten
- Grundlage für Verfügbarkeitsermittlung

ÖPP-typische Risikoallokation bei höherer Gewalt/ Drittgewalt



Begriffe der höheren Gewalt und Drittgewalt, Orientierung an Rechtsprechung, Funktion der Definitionen unter dem Vertrag



Abweichung vom klassischen Bauvertrag: Risikoteilung



Grundsatz: Wiederherstellung des vertraglich geschuldeten Zustands durch den AN



Versicherungspflicht – Wechselbeziehung zwischen Risikotragung und Versicherungsschutz

Konzept der Erstattung unvorhersehbarer Mehrkosten

- Wegen des Grundsatzes der langfristigen Partnerschaft ist der klassische VOB-Mechanismus der Behinderungsanzeige/Unterbrechung der Ausführung und Mehrkostenabrechnung nicht vorgesehen
- Es gilt das Konzept der Erstattung unvorhersehbarer Mehrkosten:
 - Unvorhersehbare Mehrkosten werden nur erstattet, wenn im Projektvertrag hierfür eine gesonderte Vergütung vorgesehen ist (abschließender Charakter)
 - Umfasst sind hiervon Bauverzögerungskosten (einschließlich Finanzierungsmehrkosten) nur, wenn und soweit dies in dem Projektvertrag ausdrücklich bestimmt ist
 - Unvorhersehbare Mehrkosten umfassen Baubeschleunigungskosten nur, wenn und soweit sie vom AG ausdrücklich angeordnet worden sind
 - Der AN ist während eines Streits nicht zur Leistungsverweigerung berechtigt (aber: Streitbeilegungsmechanismus)
- Verschiedene Tatbestände (Vorwegmaßnahmen, Leitungen Dritter, Baugrundrisiko u.a.) mit angemessenen Schwellenwerten und tw. Selbstbehalten (Zeit + Geld)

Regelungen zur Vergütung



Die Vergütung des Auftragnehmers besteht aus drei Komponenten:

Abschlagszahlungen	Laufendes Entgelt	Weiterer Entgeltbestandteil
AN erhält Abschlagszahlungen auf die erbrachten Bauleistungen	Ein Teil der erbrachten Leistungen der Bauphase wird über die Restlaufzeit des Vertrags durch eine laufende Vergütung abgegolten → Ansatzpunkt für Fremdfinanzierung	als laufende Vergütung für Betrieb, Erhaltung und sonstige Leistungen



Preissicherung der laufenden Vergütung

Regelungen zur Finanzierung

- AN finanziert sich durch Eigenkapital und Fremdkapital, das im Zuge des Vergabeverfahrens jeweils verbindlich zuzusagen ist
- Der PV sieht vor, dass der Abschluss der Fremdfinanzierungsverträge (Financial Close) nach Zuschlag erfolgt
- Fremdkapitalgeber üben im Rahmen einer Projektfinanzierung Kontrolle aus
- Zinsänderungsrisiko betreffend Fremdfinanzierung geteilt
- Kündigungsfolgen: die Kündigungsfolgeregelungen tragen dem Charakter einer Projektfinanzierung Rechnung und setzen die Risikoverteilung fort

Grundzüge des Verfügbarkeitsmechanismus



Verfügbarkeitsmechanismus hat zwei Komponenten:

Entgeltkürzungen bei Schlechtleistungen gemäß Qualitätskatalog

Regelungen zur Steuerung der Verfügbarkeit im engeren Sinne



Mit dem (kurzen) Qualitätskatalog werden Schlechtleistungen betreffend Mängel an Erdbau, Entwässerung, Oberbau und Straßenausstattung sowie an Ingenieurbauwerken erfasst

- Erreichen oder Überschreiten des Eingreifwertes, Feststellung von Schadensmerkmalen, Verstreichen von Behebungsfristen
- Ausnahme bei fehlendem Vertretenmüssen

Grundzüge des Verfügbarkeitsmechanismus (cont.)



Verfügbarkeit im engeren Sinne: Mit Entgeltabzügen wegen Reduzierung von Fahrstreifen oder zustandsbedingten Geschwindigkeitsreduzierungen werden Anreize zur optimierten Durchführung von Arbeitsstellen längerer Dauer gesetzt

- Betriebsmaßnahmen bleiben außer Betracht
- Rechnerisches Guthaben zum Ausgleich geplanter Erhaltungsmaßnahmen

Kündigungsrechte und Kündigungsfolgen



Kündigungsrechte (Auszug)

Auftraggeber

- Verschiedene (erhebliche) Verstöße des AN gegen wesentliche Vertragspflichten
- Verwirklichung des Baugrundrisiko
- Mehrfache Ersatzvornahme, Aufforderung zur Vertragserfüllung
- wichtiger Grund

Auftragnehmer

- erhebliche Verzögerung von Bauarbeiten
- Verzug des AG mit Zahlung der Vergütung
- Verwirklichung des Risikos höhere Gewalt/ Drittgewalt
- wichtiger Grund



Rechtsfolgenregelungen differenzieren nach Vertretenmüssen des Kündigungsgrunds

- Unterschiedlicher Umfang der Kündigungsentschädigung
- Risikopartizipation des EK und FK

Streitbeilegung

- Der Projektvertrag enthält ein eigenständiges Konzept zur Konfliktlösung und Streitbeilegung
- Expertenentscheidungen sorgen durch vorläufige Festlegungen für rasche Konfliktlösungen und vermeiden Projektstillstand
- Kein dauerhafter Schlichtungsausschuss, aber Möglichkeit der Bildung eines solchen im Falle grundlegender Streitigkeiten
- Adjudikative Elemente, aber: kein Schiedsgericht, kein Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs



Law around the world

nortonrosefulbright.com

Norton Rose Fulbright US LLP, Norton Rose Fulbright LLP, Norton Rose Fulbright Australia, Norton Rose Fulbright Canada LLP and Norton Rose Fulbright South Africa Inc are separate legal entities and all of them are members of Norton Rose Fulbright Verein, a Swiss verein. Norton Rose Fulbright Verein helps coordinate the activities of the members but does not itself provide legal services to clients.

References to 'Norton Rose Fulbright', 'the law firm' and 'legal practice' are to one or more of the Norton Rose Fulbright members or to one of their respective affiliates (together 'Norton Rose Fulbright entity/entities'). No individual who is a member, partner, shareholder, director, employee or consultant of, in or to any Norton Rose Fulbright entity (whether or not such individual is described as a 'partner') accepts or assumes responsibility, or has any liability, to any person in respect of this communication. Any reference to a partner or director is to a member, employee or consultant with equivalent standing and qualifications of the relevant Norton Rose Fulbright entity.

The purpose of this communication is to provide general information of a legal nature. It does not contain a full analysis of the law nor does it constitute an opinion of any Norton Rose Fulbright entity on the points of law discussed. You must take specific legal advice on any particular matter which concerns you. If you require any advice or further information, please speak to your usual contact at Norton Rose Fulbright.