

ÖPP-Modell der Partnerschaften Deutschland für Straßenbeleuchtungsprojekte

Regelungen und Risikoverteilung nach Muster-Projektvertrag

Dr. Christian Scherer-Leydecker
CMS Hasche Sigle

Inhalt

- Vertragsziele und Vertragsgegenstand
- Vertragliche Hauptpflichten
 - Leistungspflichten
 - Gegenleistung
- Risikoverteilung
 - Bestandsrisiko
 - Vandalismusrisiko
 - Höhere Gewalt
 - Gesetzes- und Normänderungsrisiko
- Vertragsbeendigung
- Fazit

Inhalt

– **Vertragsziele und Vertragsgegenstand**

– Vertragliche Hauptpflichten

- Leistungspflichten
- Gegenleistung

– Risikoverteilung

- Bestandsrisiko
- Vandalismusrisiko
- Höhere Gewalt
- Gesetzes- und Normänderungsrisiko

– Vertragsbeendigung

– Fazit

Vertragsziele und Vertragsgegenstand

– Präambel

- sichere, bürgerfreundliche, preisgünstige, effiziente und umweltverträgliche **öffentliche Beleuchtung**

– Öffentliche Beleuchtung (§ 2 (1))

- Beleuchtung
- mit **Beleuchtungsanlagen**
- von **öffentlichen Verkehrsflächen**
- unter Einhaltung von Vorschriften und Normen

– Beleuchtungsanlagen (§ 2 (3))

- Alle Sachen und Anlagen sowie deren Bestandteile
- Dienen der öffentlichen Beleuchtung im Stadtgebiet XY
- zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Eigentum des AG

Vertragsziele und Vertragsgegenstand

– Beleuchtungsanlagen (§ 2 (3))

- Eingeschlossene Beleuchtungsanlagen
 - separierbare Komponenten: Leuchten, Tragsysteme, Steuer- und Einspeiseschränke, Armaturen und Steuerungseinrichtungen
 - Lampen, Zünd- und Vorschaltgeräte, Beleuchtungskabel- und Leitungsnetz, Anstrahleinrichtungen für Bauwerke, Flächen und Räume im Freien
- Ausgeschlossene Anlagen
 - Lichtsignalanlagen, Geschwindigkeitsanzeiger, Verkehrs- und Hinweisschilder
 - Fahrgastunterstände, Fahrkartenautomaten
 - (hinterleuchtete) Stadtinformationsanlagen, hinterleuchtete Säulen
 - automatische Toilettenanlagen
- Inhabermodell: AG behält und erwirbt Eigentum (§ 4)

Vertragsziele und Vertragsgegenstand

– Öffentliche Verkehrsflächen (§ 2 (2))

- im Stadtgebiet XY gelegene
 - Straßen, Wege, Plätze
 - Brücken, Unterführungen, Fußgängerüberwege
 - Grünflächen, Parks und
 - auch Privatflächen

≠ Definition öffentlicher Straßen im Straßenrecht

- Soweit mit Beleuchtungsanlagen beleuchtet, die im Eigentum der Stadt XY stehen
- Hinzukommende Flächen, für die Stadt sich zur öffentlichen Beleuchtung entscheidet, mit Inbetriebnahme

– Keine verbindliche Bestandsdokumentation (§ 5 (1))

Inhalt

- Vertragsziele und Vertragsgegenstand
- **Vertragliche Hauptpflichten**
 - **Leistungspflichten**
 - **Gegenleistung**
- Risikoverteilung
 - Bestandsrisiko
 - Vandalismusrisiko
 - Höhere Gewalt
 - Gesetzes- und Normänderungsrisiko
- Vertragsbeendigung
- Fazit

Vertragliche Hauptpflichten

Leistungspflichten

– Mehrfache Leistungspflicht

- Energiebeschaffung und Beleuchtungserfolg | Betrieb | Instandhaltung
- Erneuerung | Investitionsphase | Neubau / Rückbau / Umbau / Änderung

– Energiebeschaffung und Beleuchtungserfolg (§ 7)

- AN schuldet Beleuchtungserfolg
 - öffentliche Beleuchtung der öffentlichen Verkehrsflächen mittels der Beleuchtungsanlagen
 - mit Licht
 - unter jederzeitiger Einhaltung aller vertraglichen und gesetzlichen Standardvorgaben
- AN ist für Energiebeschaffung und Umwandlung in Licht verantwortlich

Vertragliche Hauptpflichten

Leistungspflichten

– Betrieb (§ 8)

- AN schuldet **Betrieb** der Beleuchtungsanlagen im **Vertragsgebiet**
- Betrieb ist sämtliche Maßnahmen zur Herbeiführung des Beleuchtungserfolgs (§ 2 (6))
- Vertragsgebiet (§ 3)
 - Stadtgebiet
 - Eingemeindungen wachsen Vertragsgebiet hinzu
 - Bemühung um einvernehmliche Regelung bei Eingemeindung
 - Aber nach § 2 (3) müssen Beleuchtungsanlagen zum Vertragsschluss in Eigentum der Stadt stehen
- Leistungen in Anlage 3 aufgeführt: unklar, ob abschließend
- Beleuchtungskonzepte der Stadt zu berücksichtigen und umzusetzen

Vertragliche Hauptpflichten

Leistungspflichten

– Instandhaltung (§ 9 iVm § 2 (7))

- Sämtliche Maßnahmen zur Erhaltung des funktionsfähigen Zustandes der Beleuchtungsanlagen oder der Rückführung in diesen
- Insbesondere Unterhaltungs-, Reinigungs-, Wartungs- und Instandsetzungsmaßnahmen sowie der Austausch von Kleinteilen
- mit Ausnahme von Erneuerungen.

– Erneuerung (§ 10 iVm § 2 (8))

- **Abnutzungs**bedingte Wiederherstellung der Neuwertigkeit
- Abnutzung insb., wenn die Beleuchtungsanlagen aufgrund Alter oder Beschaffenheit nicht mehr mit wirtschaftlich vertretbaren Maßnahmen instand gehalten werden können
- Auch zielgerichtete Maßnahmen zur Energieeffizienzsteigerung, soweit sie nicht üblicherweise als Instandhaltung einzustufen

Vertragliche Hauptpflichten

Leistungspflichten

- Erneuerung (§ 10 iVm § 2 (8))
 - Jährlicher Erneuerungsplan des AN wird im Vorjahr mit AG abgestimmt
 - Im Rahmen der Beleuchtungskonzepte der Stadt bis zu 10 Sonderleuchten und Sondermasten
 - Durchschnittsalter von Leuchten und Tragsystemen nicht älter als Durchschnittsalter bei Vertragsbeginn
 - Festgelegte Anzahl der zu erneuernden Schaltschränke
 - Gesonderte Aufstellung der Kosten für Abrechnung von Erschließungs- oder Ausbaubeiträgen
- Wahrnehmung der Verkehrssicherungspflicht (§§ 21, 23)

Vertragliche Hauptpflichten

Leistungspflichten

- Investitionsphase (§ 11 iVm § 2 (9))
 - Pflicht zur Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen gem. Anlage 1 innerhalb von 5 Jahren
 - Anlage 1 Teil A: zu finanzierende Erneuerungskosten für Jahr 1 - 5
 - Materialkosten: Mittelpreis pro Stück und Anzahl für Leuchten, Tragsysteme, Kabelanlagen, Schaltschränke
 - Personal- und Gemeinkosten
 - Finanzierung gem. Zins- und Tilgungsplan nach Anlage 7
 - Vertragserfüllungsbürgschaft
- Sicherheit zur Erfüllung der Investitionsverpflichtungen
- Rückgabe nach Abnahme

Vertragliche Hauptpflichten

Leistungspflichten

- Neubau / Rückbau / Umbau / Änderung (§ 12 iVm § 2 (10) – (12))
 - Nur auf schriftliche Anforderung des AG
 - AG kann selbst vornehmen oder von Dritten vornehmen lassen
 - Mindestanforderungen (Anlage 6) gelten auf jeden Fall

Vertragliche Hauptpflichten Gegenleistung

– Vergütungsbestandteile (§ 18)

- Beleuchtungsentgelt
- Investitionspauschale
- Sondervergütungen

– Beleuchtungsentgelt (§ 18 (2) – (6))

- Pauschalpreis für alle Leistungen, soweit nicht anders geregelt
- Jahrespreis pro in Betrieb befindlichem Lichtpunkt zzgl. USt.
- Fester Anteil des Beleuchtungsentgelts für Instandhaltung und Erneuerung
 - Nachweis der Investitionen oder Fehlbetrag auf Konto zu zahlen
 - Mittelabfluss ggf. in Erneuerungsplan darzustellen
 - Guthaben bei Vertragsende an AG
- Minderung des Beleuchtungsentgelts gem. Malusregelung nach § 24

Vertragliche Hauptpflichten Gegenleistung

– Jährliche Indexierung gem. § 19

$$VG_i = VG * \left[\left(25\% * \frac{L_i}{L_0} \right) + \left(25\% * \frac{M_i}{M_0} \right) + \left(50\% * \frac{EEX_i + A_i + B_i + C_i}{EEX_0 + A_0 + B_0 + C_0} \right) \right]$$

- VG = Beleuchtungsentgelt
- L = Jahresindex für Verdienste im Produzierenden Gewerbe
- M = Erzeugerpreise gewerbliche Produkte
- EEX = Mittelwert der von EEX veröffentlichten Settlement-Preise für Bandlieferungen (Phelix-Base-Year-Future)
- A = Mittel der Netznutzungsentgelte (BNetzA)
- B = Mittel der EEG- / KWK-Umlagen
- C = Mittel des Stromsteuersatzes (früher: § 9 (3) StromStG)

Vertragliche Hauptpflichten

Gegenleistung

– Investitionspauschale (§ 18 (7))

- Jährliche Pauschale zur Vergütung der Leistungen in Investitionsphase
- Nach Abnahme der Investitionsleistungen
- Pauschale "wird einredefrei gestellt (Forfaitierung)"
- Keine Kreditleistung als separate Vertragspflicht

– Monatliche Abschlagszahlungen (§ 18 (8))

- Auf Summe von Beleuchtungsentgelt und Investitionspauschale für vorangegangenes Vertragsjahr
- Schlussrechnung über Beleuchtungsentgelt zum Jahresende
- Fraglich für Investitionspauschale, weil diese in ersten 5 Jahren nicht anfällt und danach einredefrei forfaitiert ist

Vertragliche Hauptpflichten Gegenleistung

- Außerordentliche Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz (§ 18 (10))
 - Nach Zustimmung durch AG
 - Häufige Teilung der Einsparung
- Sondervergütung (§ 18 (11), § 12 (3))
 - Vergütung der Kosten für Neubau / Rückbau / Umbau / Änderung
 - Listenpreise in Anlage 6, subsidiär Preisrecht
 - Preisgleitklausel § 20: ähnlich wie bei Beleuchtungsentgelt
 - 50% Jahresindex für Verdienste im Produzierenden Gewerbe
 - 50% Erzeugerpreise gewerbliche Produkte
- Sondervergütung (§ 18 (11), § 13 (2))
 - Anpassung des Beleuchtungsentgelts bei exzessiver Schadensentwicklung

Inhalt

- Vertragsziele und Vertragsgegenstand
- Vertragliche Hauptpflichten
 - Leistungspflichten
 - Gegenleistung
- **Risikoverteilung**
 - **Bestandsrisiko**
 - **Vandalismusrisiko**
 - **Höhere Gewalt**
 - **Gesetzes- und Normänderungsrisiko**
- Vertragsbeendigung
- Fazit

Risikoverteilung

– Bestandsrisiko

- AG übergibt Bestands- und Betriebsdatenverzeichnis
- § 5 (1): "Für die Richtigkeit und Vollständigkeit dieses Verzeichnisses wird keine Gewähr durch die Stadt übernommen."
- Umfassende Instandhaltungsverpflichtung
- Unklar, ob Budgetregelung des § 13 (2) auch hinsichtlich Schäden infolge schlechten Bestands gilt

– Vandalismusrisiko (§ 13 (2))

- Grds. umfassende Instandsetzungspflicht
- Bei Überschreitung eines preisbereinigten Budgets in 3 aufeinander folgenden Jahren: Anpassung des Beleuchtungsentgelts
- Recht des AN, Ersatzansprüche gegen Dritte geltend zu machen

Risikoverteilung

– Höhere Gewalt (§ 13 (3))

- AG kann Beseitigung von Schäden infolge durch Naturkatastrophen oder höhere Gewalt selbst vornehmen
- Abgrenzung zu § 13 (1) u. (2) unklar, § 13 (3) wohl Sonderregelung
- AG kann Beseitigung durch AN verlangen
- AG erstattet Kosten gemäß Preisliste, subsidiär nach Preisrecht

– Gesetzes- und Normänderungsrisiko

- Umfassende Risikoübertragung auf AN
 - Begriff der öffentlichen Beleuchtung (§ 2 (1)): unter Einhaltung aller gesetzlichen und vertraglichen Vorschriften sowie VDE, DIN, CEN
 - Begriff des Beleuchtungserfolgs (§ 2 (5)): jederzeitiger Einhaltung aller vertraglichen und gesetzlichen Standardvorgaben
- Keine Kompensationsregelung

Inhalt

- Vertragsziele und Vertragsgegenstand
- Vertragliche Hauptpflichten
 - Leistungspflichten
 - Gegenleistung
- Risikoverteilung
 - Bestandsrisiko
 - Vandalismusrisiko
 - Höhere Gewalt
 - Gesetzes- und Normänderungsrisiko
- **Vertragsbeendigung**
- Fazit

Vertragsbeendigung

- Vertragslaufzeit von 20 Jahren
- Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bleibt unberührt:
Unzumutbarkeit
- Keine weiteren Kündigungsrechte:
 - qualifizierte Vertragsverletzungen
 - drohende Insolvenz
 - Anforderungen an Projektgesellschaft
- Keine Regelung der Kündigungsrechtsfolgen
- Kein Eintrittsrecht für Banken (in Investitionsphase)

Inhalt

- Vertragsziele und Vertragsgegenstand
- Vertragliche Hauptpflichten
 - Leistungspflichten
 - Gegenleistung
- Risikoverteilung
 - Bestandsrisiko
 - Vandalismusrisiko
 - Höhere Gewalt
 - Gesetzes- und Normänderungsrisiko
- Vertragsbeendigung
- **Fazit**

Fazit

- An Beleuchtungsprojekte angepasste Vertragsstruktur
- Vergütungsstruktur
 - Kompatibilität mit Finanzierungsstruktur
 - Umsatzsteuerbefreiung von Kreditleistung nicht umgesetzt
- Sicherheiten
 - Abtretungsverbot | Sicherungsabtretung | Eintrittsrechte | Erfüllungsbürgschaft
- Risikotragung sehr stark zu Lasten des AN
 - Insb. Bestands- sowie Rechts- und Normänderungsrisiko
- Vertragsbeendigung
 - Kündigungsgründe und Rechtsfolgen

Dr. Christian Scherer-Leydecker

T +49 (0) 221 7716-116

E christian.scherer-leydecker@cms-hs.com

W www.cms-hs.com

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in neun wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Belgrad, Brüssel, Moskau und Shanghai für ihre Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung der unabhängigen Mitgliedssozialitäten. CMS Legal Services EEIG erbringt keinerlei Mandantenleistung. Derartige Leistungen werden in den jeweiligen Ländern ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten erbracht. In bestimmten Fällen dient CMS als Marken- oder Firmenname einzelner beziehungsweise aller Mitgliedssozialitäten. CMS Legal Services EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständig und unabhängig. Zwischen ihnen besteht keine Beziehung in Form von Mutter- und Tochtergesellschaften beziehungsweise keine Vertreter-, Partner- oder Joint-Venture-Beziehung. Keine Angabe in diesem Dokument ist so auszulegen, dass eine solche Beziehung besteht. Keine Mitgliedssozialität ist dazu berechtigt, im Namen von CMS Legal Services EEIG oder einer anderen Mitgliedssozialität unmittelbar oder mittelbar oder in jeglicher anderer Form Verpflichtungen einzugehen.

Die Mitgliedssozialitäten von CMS sind: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italien); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (Spanien); CMS Bureau Francis Lefebvre (Frankreich); CMS Cameron McKenna LLP (Vereinigtes Königreich); CMS DeBacker (Belgien); CMS Derks Star Busmann (Niederlande); CMS von Erlach Henrici AG (Schweiz); CMS Hasche Sigle (Deutschland) und CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Österreich). www.cmslegal.com

CMS Büros und verbundene Büros: Amsterdam, Berlin, Brüssel, London, Madrid, Paris, Rom, Wien, Zürich, Aberdeen, Algier, Antwerpen, Belgrad, Bratislava, Bristol, Budapest, Buenos Aires, Bukarest, Casablanca, Dresden, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Hamburg, Kiew, Köln, Leipzig, Ljubljana, Luxemburg, Lyon, Mailand, Marbella, Montevideo, Moskau, München, Peking, Prag, São Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Utrecht, Warschau und Zagreb.

CMS Hasche Sigle, Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern, Sitz der Partnerschaftsgesellschaft: Berlin, Registergericht: AG Charlottenburg, PR 316 B, Liste der Partner: s. Website.

www.cms-hs.com