

Gestaltung des Generalunternehmervertrages für Geothermieprojekte aus Sicht von Banken und Investoren

Dr. Thomas Rothärmel, LL.M. (Montreal)

Rechtsanwälte Bryan Cave LLP.

Keywords: GU-Vertrag; Gestaltungsvorschläge; Investoren; Banken

Zusammenfassung

Finanzierende Banken, Investoren und spätere Erwerber einer Geothermieanlage machen ihre Investitionsentscheidung davon abhängig, wie verlässlich ihre Rendite kalkulierbar ist. Dies führt zu einer Reihe von spezifischen Erwartungen an den GU-Vertrag.

Für diese Gruppe von Geldgebern besteht die Aufgabe darin, sich möglichst frühzeitig in den Prozess zu integrieren und Vertragsbestimmungen vorzuschlagen, die ihr Interesse absichern und dabei gleichzeitig die anderen Projektbeteiligten nicht vor unlösbare Probleme stellen.

Projektentwickler, Anlagenbetreiber, aber auch Generalunternehmer sollten diese Interessen frühzeitig berücksichtigen, selbst wenn sie nicht durch entsprechende Interessensvertreter in die Vertragsverhandlungen über den GU-Vertrag getragen werden, um ihr Projekt wirtschaftlich optimal verwerten zu können.

Der vorliegende Beitrag gibt Anregungen für Gestaltungen dieser Art unter Berücksichtigung der Besonderheiten von Geothermieprojekten.

1. Einleitung

Der Generalunternehmervertrag ist das vertragliche Herzstück des Geothermieprojekts. Sowohl die Banken als auch potentielle Investoren prüfen den GU-Vertrag daher akribisch. Der Anlagenbetreiber bzw. Projektentwickler hat folglich im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit dem Generalunternehmer nicht nur die technisch bedingten Besonderheiten zu beachten, sondern auch die Erwartungen seiner Kreditgeber, Investoren und ggf. späteren Erwerber zu erfüllen.

Obwohl es sich um Interessen handelt, die für den wirtschaftlichen Erfolg des Geothermieprojekts wesentlich sind, beteiligen sich Kreditgeber, Investoren und potentielle Erwerber in der Praxis zumeist nicht direkt an den Verhandlungen mit dem Generalunternehmer. Dies liegt jedoch weder im Interesse des Projektentwicklers bzw. Anlagenbetreibers, der diese Interessen sonst zu antizipieren und im Rahmen der Vertragsverhandlung durchzusetzen hat, noch im Interesse der Kreditgeber bzw. Investoren, die ihre Erwartungen häufig enttäuscht sehen und das Geschäft nur noch unter größeren Risiken abschließen können.

In diesem Beitrag werden einige der wesentlichen Gestaltungselemente vorgestellt, die aus Sicht von Banken, Investoren und potentiellen Erwerbern von Bedeutung sind und daher auch von Projektentwickler bzw. Anlagenbetreiber beachtet werden sollten.

2. Erwartungshorizont

Bevor auf die einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten eingegangen wird, erscheint es angebracht, sich die Erwartungen von Banken und Investoren im Hinblick auf das Geothermieprojekt als solches sowie – als wesentlichen Bestandteil desselben – den Vertrag über die Errichtung desselben vor Augen zu führen. Diese Erwartungen werden häufig projektübergreifend die gleichen sein, so dass Verallgemeinerungen möglich sind. Nichtsdestoweniger ist jedem Projektentwickler bzw. Anlagenbetreiber zu raten, so früh wie möglich den Kontakt zu seinen Geldgebern herzustellen, um die besonderen Erwartungen im Einzelfall rechtzeitig identifizieren und umsetzen zu können.

2.1 Elektrische Leistung bei Abnahme

Das erste und offensichtliche Interesse ist auf die elektrische Leistung der Anlage im Zeitpunkt der Abnahme gerichtet. Die auf Basis des verfügbaren Thermalwasser ermittelte Leistungsfähigkeit bestimmt annäherungsweise die Obergrenze der über die Laufzeit möglichen Einspeisungserlöse. Die Gesamterlöse stecken ihrerseits den Rahmen für Betriebskosten und den verbleibenden Überschuss, der für den Investor als Rendite bzw. die Bank als Grundlage ihrer Zins- und Tilgungsansprüche ausschlaggebend ist.

2.2 Elektrische Leistung über die Laufzeit

Eng in Zusammenhang mit dem vorstehenden Punkt 2.1 steht die Frage, wie stark die zum Zeitpunkt der Abnahme geschuldete Leistungsfähigkeit über die Dauer der Laufzeit – entweder die Laufzeit der Finanzierung oder den Anlagehorizont des Investors – abfällt. Damit sind noch nicht die Ausfallzeiten aufgrund von Mängeln gemeint (dazu sogleich), sondern ein etwaiger Leistungsabfall trotz ordnungsgemäßer Wartung und Instandhaltung (z.B. aufgrund von Verschleiß). Nur wenn die für den Zeitpunkt der Abnahme geplante Leistung auch über die Laufzeit annäherungsweise beibehalten werden kann, wird die Bank bzw. der Investor seine Finanzierung auf der Basis dieses Wertes berechnen; andernfalls würde sich der Leistungsabfall negativ auf den Kaufpreis bzw. den Tilgungsplan auswirken.

2.3 Technische Verfügbarkeit

Wie bereits angesprochen, sollte darüber hinaus auch die Frage nach der technischen Verfügbarkeit gestellt werden. Mängelgewährleistungs- und Garantieansprüche bieten zwar in gewissem Umfang Schutz vor den Folgen von mangelbedingten Betriebsausfällen. Dieser Schutz ist jedoch zum einen zeitlich eng begrenzt und deckt nur einen kurzen Zeitraum der gesamten Betriebsdauer der Anlage ab. Zum anderen ist der Umfang dieser Ansprüche häufig Gegenstand intensiver Verhandlungen; nicht immer wird der Projektentwickler bzw. Anlagenbetreiber sämtliche (Folge-)Schäden eines Mangels abwälzen können. Deshalb bleibt das Risiko von Betriebsausfällen immer zu einem größeren Teil beim Anlagenbetreiber. Auch hier gilt wieder, dass Abschläge von den Gesamteinnahmen im Rahmen der Finanzierungsrechnungen vorzunehmen sind. Es ist die Aufgabe des Projektentwicklers bzw. Anlagenbetreibers, seine Geldgeber davon zu überzeugen, dass dieser Abschlag gering ausfällt.

2.4 Betriebs- und Errichtungskosten

Schließlich wird sich der Investor ein genaues Bild von den Kosten des Projekts machen wollen, um die verbleibenden Überschüsse bestimmen zu können. Dies betrifft zum einen die Kosten der Errichtung. Je nach Projektfortschritt hat dies von der Exploration bis zur Endabnahme der

produzierenden Anlage sämtliche Kosten zu umfassen, wobei mit zunehmendem Fortschritt die Planungssicherheit größer wird. Insbesondere die Risiken des Bohrvertrages sind hinlänglich bekannt; Ausführungen zur rechtlichen Gestaltung desselben würden den Rahmen dieses Vortrags sprengen. Zum anderen sind die laufenden Betriebskosten so exakt wie möglich zu prognostizieren. Übersteigen Wartungs- oder Personalkosten den erwarteten Rahmen dauerhaft, wird der finanzielle Erfolg des Projekts gefährdet.

3. Allgemeine Gestaltungselemente

Hat sich der Investor (und mit ihm der Projektentwickler bzw. Anlagenbetreiber) diese Zielvorgaben vergegenwärtigt, lassen sich die Gestaltungsziele für den GU-Vertrag daraus ableiten. Diese Gestaltungselemente lassen sich in zwei Gruppen einteilen, wobei die zweite Gruppe solche Gestaltungselemente betrifft, die spezifisch für Geothermieprojekte sind (dazu sogleich unter Ziffer 4). Die Gestaltungsmöglichkeiten der ersten Gruppe sind demgegenüber beinahe allen GU-Verträgen gemein und sollen daher hier nur kurz gestreift werden:

- Zunächst ist es sowohl aus Sicht des Investors als auch aus Sicht des Auftraggebers offensichtlich erstrebenswert, einen Festpreis zu vereinbaren und die – stets vorhandenen – Öffnungsklauseln, die gleichwohl eine Preiserhöhung ermöglichen, zu begrenzen.
- Darüber hinaus wird dem Leistungsumfang Bedeutung beizumessen sein: Das Ziel sollte sein, den Auftragnehmer zur schlüsselfertigen Errichtung zu verpflichten und das geschuldete Werk so umfassend zu definieren, dass möglichst keine weiteren Leistungen beauftragt werden müssen.
- Weiterhin muss Vorsorge dafür getroffen werden, dass der Generalunternehmer zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung selber nicht mehr bereit oder in der Lage ist (insbesondere aufgrund von Insolvenz). Dies kann durch die bekannten Sicherungsinstrumente (z.B. Vertragserfüllungsbürgschaften) geschehen. Gleiches gilt für etwaige Gewährleistungsansprüche, für die ebenfalls regelmäßig Sicherheit zu leisten ist.
- Schließlich ist bereits im GU-Vertrag sicherzustellen, dass der Projektentwickler bzw. Anlagenbetreiber durch entsprechende Informations- und Kontrollmöglichkeiten in den Stand versetzt wird, ein geordnetes Vertragsmanagement zu betreiben, also etwaige Nicht- oder Schlechtleistungen dokumentieren und die entsprechende Rechte daraus herleiten kann.

3. Besondere Gestaltungselemente bei Geothermieprojekten

Das Hauptaugenmerk dieses Vortrags liegt auf den Gestaltungselementen, die spezifisch für Geothermieprojekte sind. Teilweise sind insoweit Anlehnungen an Gestaltungen im Kraftwerksbau mit anderen Energiequellen möglich, wobei sich bei der Ausformulierung wiederum häufig geothermiespezifische Besonderheiten ergeben.

3.1 Anreizsysteme im Hinblick auf die elektrische Leistung bei Abnahme

Ist die Bohrung bereits ausgeführt und ein Pumpstest abgeschlossen, sollte der Generalunternehmer die elektrische Soll-Leistung anhand von Menge und Temperatur des verfügbaren Thermalwasser berechnen können. Aufgrund der überragenden Bedeutung dieses Parameters (siehe Ziffer 2.1) kann das diesbezügliche Verhandlungsziel nur lauten, eine möglichst umfassende Festlegung des Generalunternehmers auf eine bestimmte Soll-Leistung zu erreichen.

Wählt man dafür die Beschaffenheitsvereinbarung als Mittel, ist jedoch zu bedenken, dass der Generalunternehmer im Falle einer Unterschreitung auf Gewährleistung in Anspruch genommen werden könnte. Kann der Generalunternehmer den Mangel nicht beseitigen, würde dies bei entsprechender Ausgestaltung der Gewährleistungsrechte u.U. sogar zu einer Haftung für die entgangenen Stromerlöse über die gesamte Betriebsdauer führen. Eine solche Gestaltung würde den Generalunternehmer daher zwingen, einen defensiven Wert zugrunde zu legen, um sein Haftungsrisiko zu verringern. Ein solcher defensiver Wert wäre wiederum schädlich für Finanzierungs- und / oder Verkaufsgespräche, die vor Fertigstellung stattfinden.

Häufig anzutreffende Vergütungssysteme, die variabel an die nach Fertigstellung vorhandene Ist-Leistung anknüpfen, sind zwar auch ein Anreiz für den Generalunternehmer, die Leistungsfähigkeit der Anlage voll auszuschöpfen. In Verbindung mit einer Haftung für eine Verfehlung der Soll-Leistung werden sie den Generalunternehmer jedoch weiter motivieren, die Soll-Leistung zunächst niedrig anzusetzen und die Vergütung durch eine höhere Ist-Leistung bei Abnahme zu erhöhen.

Demgegenüber sind intelligente Gestaltungen möglich, die den Generalunternehmer veranlassen, bereits bei Abschluss des GU-Vertrages die Soll-Leistung realistisch anzugeben. Eine Möglichkeit hierfür wäre, für eine höhere Soll-Leistung eine exponentiell (und nicht nur linear) höhere Vergütung anzubieten. Solange der Aufschlag für die höhere Soll-Leistung attraktiver ist als die Partizipation an einer übersteigenden Ist-Leistung, können beide Anreizsysteme auch sinnvoll nebeneinander stehen.

Die durch Haftungsrisiken begründete Zurückhaltung des Generalunternehmers kann adressiert werden, indem sein Risiko von vornherein kalkulierbar ausgestaltet wird. Rechtstechnisch kann dies beispielsweise dadurch geschehen, dass die Gewährleistung für eine Unterschreitung der Soll-Leistung vertraglich festgelegt wird: Beispielsweise kann eine Formel zur Berechnung der Minderung eingeführt werden, die sich direkt an der Leistungsunterschreitung orientiert. Rücktritt und Schadenersatz lassen sich auf bestimmte, schwerwiegende Mängel beschränken (zum Beispiel Leistungsunterschreitungen, die eine bestimmte Wesentlichkeitsschwelle überschreiten). Ist die Gefahr einer unbegrenzten Haftung erst einmal gebannt, wird die Gegenüberstellung von Haftungsrisiken einerseits und höherer Vergütung für den Generalunternehmer zur lösbarer Aufgabe. Eine gelungene Ausbalancierung beider Instrumente wird ihn bewegen, die realistische Soll-Leistung vertraglich fest zu vereinbaren.

Banken und Investoren ermöglicht diese Festlegung neben der bedeutsamen Rechtssicherheit darüber hinaus eine wirklichkeitsnahe Vorbereitung ihrer Finanzierungsentscheidung, da der Generalunternehmer nicht eine taktische, sondern eine realistische Soll-Leistung angegeben hat.

3.2 Vereinbarungen über die elektrische Leistung im Dauerbetrieb

Wie in Ziffer 2.2 dargestellt, steht und fällt die Bedeutung der Leistung bei Abnahme mit der Aussicht, diese Leistung dauerhaft erbringen zu können.

Ein wesentlicher Teil dieses Interesses lässt sich bereits im Rahmen der bekannten Vertragselemente regeln. Insbesondere ist darauf Wert zu legen, dass die Planung der Anlage und die Auswahl der Werkstoffe im Hinblick auf eine entsprechend hohe Betriebsdauer (zumindest die nach EEG vorgesehenen 20 Jahre) erfolgen. Hierbei ist idealer Weise auf die einzelnen Komponenten individuell Bezug zu nehmen, um die geothermischen Besonderheiten zu berücksichtigen. Beispielsweise sollte die chemische Zusammensetzung des Thermalwassers als vertragliche Grundlage für die Auslegung des Thermalwasserkreislaufes vereinbart werden. Ein

Leistungsabfall, der auf überdurchschnittlichem Verschleiß beruht, wäre dann bereits über die Gewährleistungsrechte erfasst.

Feste Vereinbarungen über das zulässige Höchstmaß an „Degression“ der Anlage insgesamt, wie sie aus anderen Kraftwerksbereichen bekannt sind, bieten zusätzliche Sicherheit. Idealerweise verpflichtet sich der Generalunternehmer, dass bestimmte Leistungswerte bei ordnungsgemäßem Betrieb und ordnungsgemäßer Wartung auch nach Jahren nicht unterschritten werden. Aufgrund der für den Generalunternehmer einer Geothermieanlage schlechteren kalkulierenden Risiken sowie aufgrund der Tatsache, dass die Anlage regelmäßig nicht vom Generalunternehmer betrieben und gewartet wird, werden umfassende Leistungsdauergarantien jedoch nicht leicht durchsetzbar sein. Als Alternative empfiehlt sich daher, die Vereinbarung nicht auf die Leistung der Anlage als solche zu beziehen, sondern – dem vorstehenden beschriebenen Prinzip folgend – auf die dauerhafte Leistungsfähigkeit bestimmter Anlagenteile (z.B. in Form von Haltbarkeitsgarantien). Bei einer solchen differenzierten Vorgehensweise kann sich der Generalunternehmer seiner Verantwortung nicht mehr durch pauschale Argumente entziehen; die abrasiven Eigenschaften des Thermalwassers dürfen beispielsweise nur den Thermalwasserkreislauf beeinflussen.

3.3 Technische Verfügbarkeit

Ferner liegt es im Interesse der Banken und Investoren, dass Risiko von Stillstandszeiten zumindest teilweise auf den Generalunternehmer abzuwälzen.

Die gängige Herangehensweise der Banken diesbezüglich ist es, eine Garantie im Hinblick auf die technische Verfügbarkeit zu verlangen. Gewöhnlich wird der Generalunternehmer damit jedoch große Schwierigkeiten haben, da die Anlage nach Gefahrübergang regelmäßig seinem Einflussbereich entzogen ist. Stillstandszeiten, die durch fehlerhaften Betrieb oder unzureichende Wartung verursacht und / oder nicht fachgerecht bzw. nicht mit der gebotenen Eile beseitigt wurden, würden dem Generalunternehmer zur Last fallen, obwohl er diese nicht selbst verhindern kann. Nur wenn der Generalunternehmer ausnahmsweise bereit und in der Lage ist, auch den Betrieb bzw. die Wartung der Anlage zu übernehmen, wird er die Übernahme einer unbeschränkten Verfügbarkeitsgarantie erwägen. Selbst dann verbleiben jedoch geologische und rechtliche Risiken, die außerhalb seiner Einflussosphäre liegen.

Kann eine solche unbeschränkte Verfügbarkeitsgarantie nicht erlangt werden, bietet es sich an, Aussagen über die technische Verfügbarkeit mit einer gestreckten Vergütung zu verknüpfen. Eine solche Klausel würde z.B. vorsehen, dass ein festgelegter Bestandteil der Vergütung über einen bestimmten Zeitraum hinweg gezahlt wird, wenn und soweit die Anlage die vereinbarte Verfügbarkeit erreicht hat. Es ist möglich, dem Generalunternehmer die Zustimmung zu erleichtern, indem bestimmte Tatbestände definiert werden, die eine Zahlung trotz Unterschreitung der vereinbarten Grenze vorsehen (z.B. bei Missachtung von Wartungshinweisen des Generalunternehmers). Der Generalunternehmer wird seine Gesamtvergütung im Rahmen einer solchen Regelung so berechnen, dass die gestreckte Vergütung eher die Qualität eines zusätzlichen Bonus denn eines Kostendeckungsbeitrags hat. Ist der Bonus entsprechend attraktiv, wird der Generalunternehmer gleichwohl Anstrengungen unternehmen, um diesen zu verdienen. Spiegelbildlich ist es denkbar, Unterschreitungen der Verfügbarkeit (ggf. ab einer gewissen Wesentlichkeitsschwelle) mit Strafzahlungen zu belegen.

Das Anreizsystem hat wiederum den Vorteil, dass die gewünschte Aussage über die Verfügbarkeit nicht aus taktischen Gründen zu defensiv festgelegt wird.

3.4 Besondere Vereinbarungen während der Errichtungsphase

Das Interesse an einer zügigen und fehlerfreien Errichtung der Anlage kann auch bereits während der Durchführungsphase vertraglich umgesetzt werden.

Unumgänglich ist zunächst ein fester Fertigstellungstermin. Um Schadensersatzleistungen im Verzugsfall zu vermeiden, wird der Generalunternehmer jedoch grundsätzlich einen Termin ansetzen, den er leicht einhalten kann.

Sinnvoll ist, dem Generalunternehmer durch Beteiligung an vorzeitig erzielten Überschüssen aus Stromeinspeisung einen Anreiz zur schnellen Inbetriebnahme zu bieten. Die Bezahlung erfolgt in diesem Fall aus nicht eingeplanten Umsätzen und ist daher eine typische Win-Win-Situation.

Diese Situation lässt sich noch verbessern, wenn der Bezugszeitraum für diese Überschussbeteiligung nicht an den geschuldeten Fertigstellungstermin anknüpft – denn hier wäre der Generalunternehmer wieder versucht, diesen möglichst spät anzusetzen – sondern beispielsweise an die tatsächliche Abnahme, die auch vorzeitig erfolgen könnte, oder der Bezugszeitraum zeitlich befristet wird, beispielsweise auf acht Wochen nach der Inbetriebnahme.

Die Betriebskosten lassen sich dadurch kontrollieren, dass im Rahmen der Spezifikation der Anlage der Stromverbrauch für die Anlage festgelegt, Fernwartung und -steuerung technisch ermöglicht und eine ausführliche Schulung des Bedienpersonals auch im Hinblick auf Wartungspflichten, Ersatzteilbevorratung, etc. vereinbart wird.

4. Ergebnis

Die typischen Interessen von Banken, Investoren und späteren Erwerbern von Geothermieanlagen im Hinblick auf den GU-Vertrag sind auf die elektrische Soll-Leistung der Anlage sowohl im Zeitpunkt der Abnahme als auch im Dauerbetrieb, die technische Verfügbarkeit und die Begrenzung der Errichtungs- und Betriebskosten gerichtet.

Diese Interessen können durch individuelle Gestaltungen umgesetzt werden, die einerseits den gewünschten Schutz der Kapitalgeber gewährleisten und andererseits dem Generalunternehmer Anreize schaffen, seine entsprechenden Verpflichtungen nicht aus Angst vor Haftung zu niedrig anzusetzen.

Bryan Cave LLP., Hanseatic Trade Center, Am Sandtorkai 77, 20457 Hamburg

Thomas.Rothärmel@bryancave.com