

Das Rätsel der Sprechklausel

Eine Erläuterung zur Rechtslage nach Überschreitung der Kostengrenze bei „S 21“

Vorbemerkung

Das Land und seine Partner (Stadt, Region, Flughafen) haben mit den „Eisenbahninfrastrukturunternehmen“ (EIU) der Deutschen Bahn am 02.04.2009 einen Finanzierungsvertrag (FinVe) zu Stuttgart 21 geschlossen. Darin sind die Vertragsparteien von Baukosten in Höhe von 3,076 Mrd. € ausgegangen (§ 5 Abs. 1 FinVe) und haben für Kostensteigerungen einen Risikopuffer von 1,45 Mrd. € vereinbart (§ 8 Abs. 2, 3 FinVe), so dass Mittel in Höhe von insgesamt 4,526 Mrd. € zur Verfügung standen. Am 12.12.2012 hat die Deutsche Bahn bekannt gegeben, dass die voraussichtlichen Baukosten 4,696 Mrd. € betragen werden und zuzüglich eines Risikopuffers von Gesamtkosten in Höhe von 5,626 Mrd. € auszugehen sei. Die bisherigen Projekterfahrungen ließen darüber hinaus erhebliche Kostenüberschreitungen durch „externe Einflussfaktoren“ in Höhe von 1,2 Mrd. € erwarten¹. Insgesamt stehen damit Kosten von 6,8 Mrd. € im Raum.

Die Vertragsparteien sind sich nicht einig über die Konsequenzen aus der Überschreitung des Gesamtfinanzierungsrahmens und die Bedeutung der so genannten Sprechklausel im Finanzierungsvertrag (§ 8 Abs. 4 S. 1 FinVe). Die Bahn meint, die Mehrkosten müssten partnerschaftlich gemeinsam getragen werden. Das Land meint, niemand könne zu höheren Finanzierungsbeiträgen gezwungen werden und die Stadt ist der Auffassung, die Bahn müsse alle Mehrkosten allein tragen². Die Frage nach den Folgen einer Nichteinigung ließ die Bahn unbeantwortet. Dabei lassen sich die Konsequenzen recht einfach darstellen: Die Durchführung des Finanzierungsvertrags ist derzeit **ausgesetzt**. Das heißt:

- Die Deutsche Bahn ist seit der Kostenüberschreitung vertraglich **weder verpflichtet, „S 21“ zu vollenden**, noch ist sie zum Weiterbau auf Kosten der Projektpartner berechtigt (s.u. Ziff. 1a+b).
- Land und Stadt müssen haushaltsrechtlich ihre **Zahlungen** und sonstigen Leistungen (z.B. Stadtbahnumbau) **zurückbehalten** (s.u. Ziff. 1c).
- Die Projektbeteiligten benötigen zum Weiterbau eine **neue Finanzierungsvereinbarung**, in der die Baukosten, ein neuer Risikopuffer und die Finanzierungsbeiträge einvernehmlich festgelegt werden (s.u. Ziff. 2).³
- Scheitert eine Einigung bleibt es bei einer Baueinstellung und das Projekt ist **rückabzuwickeln** (s.u. Ziff. 3.).

¹ Abruf der Präsentation „Information zur Pressekonferenz der DB AG am 12.12.2012“ im Internet unter: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/aktuell/newsdetail/news/vorstand-informiert-den-aufsichtsrat-der-deutschen-bahn-ag-ueber-den-stand-des-projektes-stuttgart-2/newsParameter/detail/News/datum/20121212/>

² Pressekonferenz vom 21.01.2003, <http://www.youtube.com/watch?v=OtmJdnMbNLk&feature=youtu.be>

³ Die Verfasser haben die Überzeugung, dass der Finanzierungsvertrag wegen der Mischfinanzierung verfassungswidrig ist. Dieser Aspekt wird hier zur Vereinfachung nicht thematisiert.

Kurzbewertung

1. Die aktuelle Kostenüberschreitung führt zum vorläufigen Projektstillstand

a. Die Deutsche Bahn ist zur Fertigstellung von S21 nicht verpflichtet

Im deutschen Recht ist niemand verpflichtet, etwas zu tun, es sei denn es ergäbe sich mittelbar oder unmittelbar aus einem Gesetz oder aus einer freiwilligen Verpflichtung. Eine Baugenehmigung enthält keine Pflicht des Bauherrn zum Bau, sondern gibt ihm nur das Recht hierzu. Das gilt selbst dann, wenn er mit öffentlichen Subventionen baut. Führt der Bauherr den Bau nicht aus, erhält er die Subventionen nicht oder muss sie zurückzahlen. Zum Bau zwingen - mit der Folge, dass er den Bau auf eigene Kosten fertig stellen muss, gleich wie hoch diese werden - kann ihn der Staat nicht. So ist es auch bei Stuttgart 21: Es gibt weder ein Gesetz noch eine freiwillige vertragliche Verpflichtung der Deutschen Bahn, Stuttgart 21 um jeden Preis und zur Not auf eigene Kosten zu bauen. Weder der Finanzierungsvertrag noch andere bekannte Projektverträge enthalten eine derartige Klausel.

Der Schlüssel zum Verständnis der Sprechklausel und der Konsequenzen bei Kostenüberschreitung findet sich vor allem in § 3 Abs. 1 FinVe und ergänzend in § 8 Abs. 4 und § 16 Abs. 9, 10 FinVe:

§ 3 Abs. 1 S. 1 FinVe: „Gegenstand dieses Vertrages ist die **Durchführung und Finanzierung** von Planung und Bau des Projektes.“⁴

§ 8 Abs. 4 S. 1 FinVe: „Im Falle weiterer Kostensteigerungen nehmen die EIU und das Land Gespräche auf.“

§ 16 Abs. 9 FinVe: „Im Hinblick auf das **gemeinsame Ziel, das Projekt zu realisieren**, (...)“⁵

§ 16 Abs. 10 FinVe: „Die Vertragsparteien verpflichten sich, das Projekt zu fördern. Soweit der Flughafen (...) Baumaßnahmen an eigenen Anlagen durchführt, (...) wird er diese Maßnahmen auf das Projekt ausrichten und im Laufe des Projektfortschritts eventuell erforderliche Anpassungen auf eigene Kosten so vornehmen, dass sich hieraus keine Verzögerungen für das Projekt ergeben. Die Stadt strebt dies grundsätzlich für ihre Maßnahmen ebenfalls an.“

Bei Stuttgart 21 haben alle Vertragspartner sich gegenseitig versprochen, das „Projekt“ **gemeinsam** zu realisieren. Es wurde gemeinsam festgelegt, was konkret zu bauen ist (**Projektziel** gem. § 3 Abs. 2 FinVe: Grundlage ist eine „Projektbeschreibung“ mit einer Kostenaufteilung auf Gewerke) und **mit welchen finanziellen Mitteln und sonstigen Leistungen** der Vertragspartner (Beitrags- und Förderpflicht gem. §§ 6, 8, 16 Abs. 10 FinVe) das Ziel erreicht werden soll.

Diese Pflicht zur Realisierung besteht allerdings nur – und das ist entscheidend – innerhalb des im Finanzierungsvertrag festgelegten Rahmens. Man hat einen

⁴ Hervorhebung durch die Verfasser.

⁵ Hervorhebung durch die Verfasser.

gemeinsame Finanzierungsrahmen vereinbart (§ 3 Abs. 1 FinVe). Das ist eine Auffälligkeit des Vertrages: Bei „normalen“ Subventionen fördert die öffentliche Hand lediglich bestimmte Maßnahmen unter der Bedingung, dass der Empfänger der Subvention die Gesamtfinanzierung sicher stellt und die Subvention zweckentsprechend verwendet, auch wenn es teurer wird, als geplant. Hier hat man jedoch alle Finanzierungsanteile absolut nach oben begrenzt, und zwar auch die des „Bauherrn“, der Bahn, (§§ 6, 8 FinVe). Die Festlegung von der Höhe nach begrenzten, absoluten Beträgen (einschließlich für Kostenrisiken) soll erkennbar unbegrenzte Finanzierungspflichten aller Beteiligten vermeiden.

Wenn es in § 4 FinVe heißt, die Deutsche Bahn führe als Projektträgerin die Planung und Ausführung des Projektes durch, betrifft dies daher nur die technische und kaufmännische Durchführung, nicht jedoch die Finanzierung. Dies folgt daraus, dass man die gemeinsame Finanzierung eben allen Vertragsparteien (§§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 1, 8 Abs. 3 FinVe) und nicht dem Projektträger zugewiesen hat. Die Deutsche Bahn hat insofern einerseits als Dienstleister bei der Ausführung und andererseits als lediglich teilfinanzierender Vertragspartner eine Doppelfunktion.

Bei Überschreitung des Kostenrahmens kommt der Sprechklausel eine hohe Bedeutung zu. Das Schweigen in dem Vertrag über die wichtigen Konsequenzen von ergebnislosen Gesprächen ist aus juristischer Sicht vielsagend. Indem man „nur“ vereinbart, dass bei weiteren Kostensteigerungen Gespräche geführt werden, schließt man im Umkehrschluss aus, dass die Gesprächspartner zu etwas Konkretem verpflichtet sind. Denn „Gespräche“ verpflichten keine Partei zu bestimmten inhaltlichen oder gar finanziellen Zusagen, sondern haben eine gemeinsame, freiwillige Lösung zum Ziel.

Finden die Vertragsparteien keine Einigung, haben sie keine gemeinsame Finanzierung mehr, mit der sie ihr gemeinsames Projektziel erreichen können. Die Folge ist, dass man für die nicht mehr mögliche Zielerreichung keine Maßnahmen mehr verlangen kann. Wenn die öffentliche Hand dennoch von der Deutschen Bahn die Fertigstellung fordern würde, kann jene darauf verweisen, dass die finanziellen Mittel dazu nicht ausreichen, um fertig zu werden, und die Errichtung einer Bauruine von ihr nicht verlangt werden kann. Wenn die Deutsche Bahn Geld oder den Umbau von Stadtbahn-Stationen, Flughafenanlagen, o.ä. fordert, kann die öffentliche Hand ihrerseits darauf verweisen, dass die Fertigstellung finanziell nicht gesichert sei und ohne gesicherte Zielerreichung sie weder Steuergelder verwenden darf noch sonstige Maßnahmen ergreifen muss, die sich nachher als sinnlos erweisen.

Mit der Überschreitung des Finanzierungsrahmens ist eine Pattsituation entstanden, die durch Gespräche endgültig geklärt werden muss.

b. Die Bahn ist zur Fertigstellung von Stuttgart 21 vertraglich⁶ nicht berechtigt - der Bau ist (vorläufig) einzustellen

Die Deutsche Bahn als Projektträgerin ist zu einer Projektausführung „mit der erforderlichen Sorgfalt“ verpflichtet (§ 4 S. 1, 3 FinVe). Das enthält die Verpflichtung, das Vermögen der Vertragspartner vor wertlosen Ausgaben zu schützen. Solange

⁶ Zur Klarstellung: die fehlende vertragsrechtliche Berechtigung hat zunächst keine Auswirkung auf die Gültigkeit der Planfeststellungsbeschlüsse. Das öffentlich-rechtliche Baurecht bleibt.

(ohne neue Kostenvereinbarung) finanziell nicht mehr sichergestellt ist, dass das Projektziel erreicht werden kann, ist jede weitere Baumaßnahme und jede damit verbundene Ausgabe nicht mehr „erforderlich“. Im Gegenteil würden mit jeder weiteren Maßnahme nur die öffentlichen Haushalte und Vermögen der Vertragspartner ohne Aussicht auf Zielerreichung belastet und zudem die Rückbau- und Abwicklungskosten für den Fall des Scheiterns erhöht werden.

Mit dem Weiterbau würde sich die Deutsche Bahn dann aber nicht nur schadensersatzpflichtig machen. Sie darf auch nicht mehr das Eigentum ihrer öffentlich-rechtlichen Vertragspartner in Anspruch nehmen und insbesondere keine Eingriffe in die Natur vornehmen. Land und Stadt sind nämlich nicht verpflichtet, derartige Eingriffe zu dulden, weil ohne neue Finanzmittel nur eine Bauruine geschaffen werden kann und die Eingriffe daher ohne Rechtfertigung wären.

c. Die öffentlichen Partner müssen vorläufig ihre Leistungen zurückbehalten

Der Grundsatz der wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung verbietet es haushaltsrechtlich, dass der Staat Zahlungen leistet, wenn diese ihren Zweck nicht erreichen können⁷. Gegenwärtig kann mangels gesicherter Finanzierung und Ausführungspflicht der Bahn nicht mehr mit einer Fertigstellung gerechnet werden. Die Bahn ist zu einer Vollfinanzierung nicht bereit und die öffentlichen Finanzierungspartner nicht zu Nachschüssen. Mit einer riskanten Auszahlung würden die Verantwortlichen ihre Vermögensbetreuungspflichten verletzen, was strafrechtliche, zivilrechtliche und dienstrechtliche Konsequenzen haben kann.

Zudem ist wegen des in Art. 20a GG, Art. 3a LV festgelegten Naturschutzes als Staatsziel der Staat verfassungsrechtlich verpflichtet, die nicht (sicher) zielführenden Umweltzerstörungen zu verhindern.

2. Die Erhöhung des Finanzierungsvolumens kann die Deutsche Bahn nicht einseitig beschließen

Bei Projektverträgen wie dem Finanzierungsvertrag ist es wesentlich, dass die Vertragsparteien sich über das Ziel und die hierfür erforderlichen Mittel **einig** sind. Hier haben sie sich 2009 auf die Fertigstellung von Stuttgart 21 mit voraussichtlichen Baukosten von 3,076 Mrd. € und einem Risikopuffer von 1,45 Mrd. € (= 47% der Baukosten) geeinigt. Die **gemeinsame Festlegung** von Baukosten und Risikopuffer ist wesensmäßig für den Vertrag. Die Vertragsparteien haben ihre großen finanziellen Verpflichtungen und sonstigen Projektförderpflichten (z.B. Umbau von Stadtbahn-Stationen, Flughafenanlagen) nur deshalb übernommen, weil alle davon ausgegangen sind, dass das Projektziel sicher erreicht wird, weil man sogar eine Vorsorge für „unwahrscheinliche“ Mehrkosten getroffen hatte⁸.

Die Verpflichtung, die Baukosten immer einvernehmlich festzulegen, besteht auch für die Dauer der Projektdurchführung nach dem Finanzierungsvertrag (§ 3 Abs. 3, 6, 7

⁷ Vgl. §§ 6, 19 Abs. 2, 16 Abs. 1 HgrG, § 34 Abs. 3 LHO, § 44 Abs. 1 LHO mit Erläuterungen Ziff. 4.5 und 7, § 27 GemHV für Land und Stadt.

⁸ S. § 8 Abs. 3 lit. c FinVe: Für die unwahrscheinlichen Mehrkosten war ein Puffer von 450 Mio. € vorgesehen.

i.V.m. § 13 Abs. 2 FinVe). Sie schließt ein Einvernehmen über von der Bahn aufgezeigte Einsparpotentiale ein.

Seit dem 12.12.2012 gehen die Vertragsparteien übereinstimmend davon aus, dass die Baukosten den Gesamtfinanzierungsrahmen übersteigen und das gemeinsame Projektziel wegen der Kostenüberschreitung nicht mehr erreicht werden kann. Jetzt müssen die Vertragsparteien sich verständigen, ob und wie sie die Zielerreichung, die Fertigstellung von Stuttgart 21, wieder sicherstellen wollen. Dabei kann sich die Bahn nicht allein mit einer eigenen Kalkulation und einem daraus abgeleiteten eigenen Nachschussbetrag durchsetzen und die anderen Partner zur Projektfortsetzung zwingen. Sie kann das Projektziel nämlich nicht ohne die Mittel der anderen erreichen. Die anderen Vertragspartner haben aber einen Anspruch darauf, selbst zu entscheiden, welchem Risiko sie ihre öffentlichen Mittel und Leistungen (z.B. umfangreiche Umbaumaßnahmen) aussetzen wollen. Sie müssen sich nicht der neuen Risikobewertung der Deutschen Bahn anschließen, sondern können auch höhere Risikoabsicherungen auf Grund eigener Einschätzungen fordern. Wenn beispielsweise eine Vertragspartei einen Risikopuffer von 47% der kalkulierten Baukosten⁹ für erforderlich hielte (der Bundesrechnungshof geht von 60% bis 100% aus¹⁰), müsste sie auf der Basis der neu kalkulierten Baukosten von 4,696 Mrd. € einen Risikopuffer von 2,2 Mrd. € und somit ein Gesamtfinanzierungsvolumen von 6,9 Mrd.€ verlangen. Von der finanziellen Sicherstellung der Risikoabsicherung darf sie ihre weiteren Beiträge abhängig machen.

Daraus ergibt sich der eigentliche Zweck der Sprechklausel: Der Abschluss eines neuen Finanzierungsvertrages über Baukosten, Risikopuffer und Finanzierungsbeiträge ist die notwendige Voraussetzung für die Fortsetzung des Projekts.

Eine Vereinbarung über den neuen Finanzierungsbedarf wäre allenfalls dann nicht erforderlich, wenn sich die Deutsche Bahn gegenüber ihren Projektpartnern verbindlich verpflichten würde, Stuttgart 21 in jedem Fall fertig zu stellen, notfalls unter Übernahme sämtlicher Mehrkosten, unabhängig von dem gegenwärtigen Kalkulationsstand. Dann, aber erst dann, wird man sie allein wegen der Mehrkosten wohl nicht hindern können, das Projekt abzuschließen und die Leistungen der anderen Projektpartner abzurufen. Auch dies müsste aber in einem neuen Finanzierungsvertrag vereinbart werden.

3. Scheitert eine Einigung über den Gesamtfinanzierungsrahmen, ist das Projekt rückabzuwickeln

Wie oben ausgeführt, dient die so genannte Sprechklausel der nun erforderlichen Klärung, ob das Projekt gemeinsam fortgesetzt werden kann. Können die Parteien sich nicht auf die neuen Baukosten, einen Risikopuffer sowie die Höhe der

⁹ Dieses Verhältnis bestand beim Finanzierungsvertrag vom 02.04.2009.

¹⁰ Bericht des Bundesrechnungshofs an den Haushaltsausschuss des Bundestages vom 30.10.2008.

Finanzierungsbeiträge einigen, ist das Projekt gescheitert und zwangsläufig rückabzuwickeln.¹¹

Bei der Abwicklung wird allerdings berücksichtigt werden, inwieweit die Deutsche Bahn möglicherweise durch fehlerhafte Kalkulationen einen Schaden verursacht und das Projekt verfrüht gestartet oder nicht rechtzeitig abgebrochen hat. Das könnte dazu führen, dass die Deutsche Bahn alle Kosten tragen muss.

4. Welche Maßnahmen sind jetzt geboten?

a. Vorläufiges Weitermachen ist nicht zulässig

Die Deutsche Bahn ist bereits jetzt nicht mehr berechtigt, auf Kosten der öffentlichen Partner weiterzubauen, Eingriffe in öffentliches Eigentum oder die Natur vorzunehmen oder sonstige Leistungen zu fordern. Andererseits darf auch die öffentliche Hand keine Mittel mehr zahlen oder ihr Eigentum zur Verfügung stellen, weil die Rechtfertigung entfallen ist (s.o. Ziff. 1c).

b. Die Sprechklausel "ziehen"

Einzigste Voraussetzung für die Sprechklausel ist der Eintritt einer Kostenüberschreitung; dann muss sie „gezogen“ werden. Dabei kommt es auf die Kostenberechnungen anhand des Planungsfortschritts an, nicht auf die tatsächlichen Ausgaben (§ 3 Abs. 3 FinVe). Dieser Fall ist bereits eingetreten und die Parteien reden intensiv miteinander.

Die Sprechklausel setzt nicht die förmliche Erklärung voraus, dass eine Partei diese „ziehe“. Diesen Eindruck haben allerdings die Vertragsparteien in der Pressekonferenz vom 21.01.2013 erweckt¹². Tatsächlich meinten sie, wie sie erläuterten, das Feststellen der Nichteinigung. Die kann logischerweise nur am Ende der Gespräche festgestellt werden und hat zwingend rechtliche Konsequenzen, nämlich die Beendigung des Projekts. Freilich kann man in einer solchen Situation einvernehmlich nach Alternativen suchen, um den Schaden zu mindern.

Pressekontakt: Bernhard Ludwig, Rechtsanwalt, Kernerplatz 2, 70182 Stuttgart
Telefon: 0711/22021690

¹¹ Welche Partei welche Kosten bei der Rückabwicklung zu tragen hat, ist im Finanzierungsvertrag nicht geregelt. Mit der Formulierung in § 8 Abs. 4 S. 2 FinVe, wonach § 2 Abs. 2 FinVe „insoweit keine Beachtung“ findet, ist lediglich gesagt, dass in dieser Vorschrift keine Lösung zu finden ist - mehr nicht. Damit ist weder geregelt, was gelten soll (z.B. Kostenquote 60:40), noch was nicht gelten soll (z.B. ein Projektabbruch ist nicht möglich). Können die Parteien über die Abwicklungsmodalitäten keine Einigung finden, werden die Gerichte dies entscheiden müssen.

¹² Pressekonferenz vom 21.01.2013,
<http://www.youtube.com/watch?v=OtmJdnMbNLk&feature=youtu.be>