

PPP conference in Budapest 2005-03-29 to 2005-03-30

Private public partnership in Germany THE A-MODELL

Risks and opportunities

Summary of the presentation

1. Einleitung

Infolge abgeschwächten Wirtschaftswachstums in Deutschland seit Beginn der 90er Jahre und daraus resultierenden geringeren Steuereinnahmen und den zusätzlichen Belastungen durch die Wiedervereinigung mit dem Osten Deutschlands entschied die Bundesregierung und der Deutsche Bundestag privatfinanzierte Betreibermodelle zu ermöglichen. Dies geschah im Kern durch das „Firmenstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz von 1994 (Federal act for private finance motorways). Die deutsche Regierung hat zunächst 17 Projekte ins Auge gefasst, welche erstmalig in Deutschland überwiegend privat geplant, finanziert, gebaut und unterhalten werden sollen. Die Entwicklung begann zunächst mit den so genannten F-Modellen. Im Wesen dieser so genannten F-Modelle ist der private Neu- und Ausbau von Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen finanziert durch vom Konzessionsnehmer erhobene Mautgebühr. Eine Besonderheit besteht allerdings darin, dass die Höhe der Mautgebühren durch die Landesverwaltung (nicht durch den Bund) festgelegt werden. Diese Festlegung der Maut erfolgt vielmehr durch eine Rechtsverordnung, welche unter Berücksichtigung verschiedener Gesichtspunkte die Nutzungsgebühr (Mauthöhe) bestimmt. Maßgebliche Kriterien sind einmal die innerhalb des Konzessionszeitraumes voraussichtlich entstehenden Kosten. Darüber hinaus werden aber auch die zurückgelegte Wegstrecke, die Art des Fahrzeuges sowie der Vorteil der Benutzung mitberücksichtigt. Demgemäß wird nicht unmittelbar nach dem Prinzip von Angebot und Nachfrage, sondern auch unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen die Gebühr festgelegt.

Dieses so genannte F-Modell ist in Deutschland in seiner praktischen Umsetzung bislang beschränkt auf zwei konkrete Projekte, nämlich den Rostock-Tunnel und das Herrentunnel-Projekt bei Lübeck. Der Rostock-Tunnel hat ein Volumen von etwa 356 Mio. €. Konzessionsnehmer ist der französische Baukonzern Bouygues. Das Projekt mit einer Streckenlänge von etwa 4 km wurde nach etwa zweijähriger Bauzeit fertiggestellt.

Das weitere Projekt ist die Travequerung mit einem Volumen von etwa 141 Mio. €. Konzessionsnehmer ist ein Konsortium aus der HOCHTIEF-Projektentwicklung (eine Tochter der HOCHTIEF AG) sowie der Bilfinger & Berger BUT (eine Tochter der Bilfinger & Berger AG). Der Tunnel wurde gerade fertiggestellt und geht in den nächsten Wochen in Betrieb.

2. Einführung und bisherige PPP-Praxis in Deutschland

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass Deutschland im Vergleich zu seinen europäischen Nachbarn über relativ geringe Erfahrungswerte für Private Public Partnership im Verkehrs-Infrastrukturbereich verfügt; beispielsweise Frankreich und Italien - aber auch England - blicken hier auf einen wesentlich größeren Erfahrungsschatz. Dies hat den Bundesgesetzgeber und die Bundesregierung allerdings nicht daran gehindert, das neue so genannte A-Modell (Ausbaumodell) ins Leben zu rufen.

3. Grundzüge des A-Modells

Das A-Modell basiert auf dem Prinzip (zunächst 12) Streckenabschnitte der Bundesautobahnen verteilt über Deutschland auf 6 bzw. 8 Fahrspuren ausgebaut werden sollen. Teile der Planung, die bauliche Realisierung, die Finanzierung und der Unterhalt dieser Streckenabschnitte wird im Wege von Konzessionsverträgen auf Private (die Konzessionsnehmer) übertragen. Die Finanzierung erfolgt auf zwei Wegen: Zum einen erfolgt eine Anschubfinanzierung in Höhe von etwa 50 % der voraussichtlichen Ausbaukosten durch eine Anschubfinanzierung des Bundes. Weitere Finanzierungsquelle ist eine streckenbezogene Maut für den Schwerlastverkehr (heavy vehicles) von geplanten 12,4 Cent je Streckenkilometer. Die Mauterhebung - dies ist die Besonderheit an diesem Modell - erfolgt im Wege eines GPS-gestützten Erfassungssystems. Der Bund hatte zunächst dieses Erfassungs- und Erhebungssystem für den Maut ausgeschrieben. Nach einigen technischen Umsetzungsschwierigkeiten konnte dieses Erfassungssystem zu Beginn des Jahres 2005 in Betrieb gehen. Betreiber dieses Mautsystems ist die Deutsche TollCollect (ein Konsortium aus einer Tochtergesellschaft der Daimler Chrysler AG und der Deutschen Telekom). TollCollect (die private Mauterhebungsgesellschaft) führt diese Gelder weiter an das Bundesministerium der Finanzen. Das Bundesministerium der Finanzen stellt einen Teil der gezahlten Maut einer vom Bund gegründeten Gesellschaft (der VIFG - Verkehrsinfrastruktur Finanzierungsgesellschaft) zur Verfügung. Die VIFG leistet dann wiederum Zahlung an die privaten Konzessionäre des Teilabschnittes.

12 Teilstrecken mit einer Länge von 74,8 bis 26 km sind zunächst als PPP-A-Modelle vorgesehen. Für drei Teilabschnitte steht das Präqualifikationsverfahren an. Für eine Auswahl der geeigneten Prequalifikanten ist dann aufgerufen ein Angebot abzugeben.

Die wesentlichen Strukturmerkmale des A-Modells lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Private Unternehmen (in der Regel zu einem Konsortium zusammengeschlossene Bauunternehmen) verpflichten sich bereits bestehende Abschnitte der Autobahnen auf 6 bzw. 8 Fahrspuren auszubauen,
- die Laufzeit der Verträge (Konzessionslaufzeit) soll in der Regel 30 Jahre betragen,
- die Verpflichtung des Konzessionsnehmers umfasst auch den Unterhalt und Betrieb sowie die Finanzierung,
- die Konzessionszahlungen setzen sich zusammen aus einer Anschubfinanzierung (bis zu 50 % der Baukosten) sowie einer streckenabhängigen Maut für den Schwerlastverkehr von derzeit 12,4 Cent je Streckenkilometer,
- am Ende der Konzessionslaufzeit ist der Streckenabschnitt an den Konzessionsgeber (die öffentliche Hand) in einem vertraglich festgelegten Zustand zurückzugeben,
- Nachfrageschwankungen werden nicht vom Staat kompensiert und führen daher unmittelbar zu einer Veränderung der Einnahmesituation des Konzessionsnehmers,
- die Einnahmen der Lkw-Maut werden nicht unmittelbar vom Konzessionsnehmer selber erhoben, sondern zunächst über TollCollect an den Staat weitergeleitet. Der Staat schüttet dann wiederum einen Teilbetrag über eine gesondert geduldete Gesellschaft an den Konzessionsnehmer aus.

Besondere rechtliche Eckpunkte des A-Modells sind:

- Die Vergabe der Konzessionen erfolgt auf der Grundlage des öffentlichen Ausschreibungsrechts; dieses ist in Deutschland wie in Ungarn wesentlich durch das europäische Recht (u. a. die Vergaberichtlinien) geprägt,
- der Vergabe der Konzessionen ist ein Präqualifikationsverfahren vorgeschaltet,
- die Benachteiligung bei der Berücksichtigung im Präqualifikationsverfahren sowie bei der Vergabeentscheidung unterliegt der rechtlichen Nachprüfung (und damit verbunden oftmals erheblichen Verzögerungen durch Rechtsstreitigkeiten),

- je nach Vergabeart (Ideenwettbewerb oder Leistungsbeschreibung) werden mehr oder weniger Planungsentscheidungen des Staates von privaten Unternehmen beeinflusst,
- der Konzessionsnehmer übernimmt vertraglich einen Teil des Risikos der richtigen, insbesondere der vollständigen Mauterfassung der Lkws.

4. Angebotsbewertung und -auswertung/konventionelle Planung und Ideenwettbewerb

Wie auch bei der Vergabe von Bauleistungen durch öffentliche Auftraggeber hängt die Gestaltung der Ausschreibung davon ab, in welchem Umfang der Auftragnehmer bzw. Konzessionsnehmer eigenständig Planungslösungen erarbeiten und umsetzen muss oder ob detaillierte Vorgaben durch Leistungsbeschreibungen erfolgen. Wird eine Vergabe von Bau- (oder auch Konzessionsleistungen) alleine nach bestimmten Zielgrößen funktional beschrieben („output“), so obliegen grundlegende Planungsentscheidungen und Planungsleistungen dem Konzessionsnehmer nach Erteilung des Auftrages. Dies gibt dem Konzessionsnehmer einerseits einen hohen Gestaltungsspielraum für effiziente aber auch vertragsgerechte Umsetzung der Zielvorgaben. Andererseits ist in Deutschland die Umsetzung von Planungsprozessen für Infrastrukturprojekte (wie auch für alle anderen größeren Bauprojekte) stark öffentlich-rechtlich geprägt. Für größere Infrastrukturprojekte ist regelmäßig ein so genanntes Planfeststellungsverfahren durchzuführen. Ein Planfeststellungsverfahren bindet alle beteiligten Interessen (Kommunen wie Private) in den Planungsprozess mit ein. Gegen diese Planfeststellungsbeschlüsse sind wiederum Rechtsmittel gegeben, welche zu erheblichen Verzögerungen und gegebenenfalls Veränderungen der Planentscheidungen führen können.

Bei einem so genannten Ideenwettbewerb würden also sämtliche Risiken aus frühen Planungsstufen auf den Konzessionsnehmer übertragen werden. Schon alleine der Umstand, dass diese Risiken zu erheblichen Einschränkungen im Zuge der Erlangung von Kapital für den Konzessionsnehmer zur Folge haben, führt regelmäßig - und auch wohl bei den A-Modellen - dazu, dass auf der Grundlage von funktional gehaltenen Leistungsbeschreibungen die Vergabeverfahren durchgeführt werden. Ich konzentriere mich daher im Folgenden darauf, dass die Vergaben nach der so genannten „konventionellen Planung“ erfolgen.

Im Rahmen des Prequalifikationsverfahrens müssen die Bieter zunächst darlegen, dass sie die erforderliche Leistungsfähigkeit und Erfahrung zur erfolgreichen Durchführung des Vertrages mitbringen.

Selbstverständlich verschieben sich hier gegenüber den üblichen Bauprojekten die Schwerpunkte bei der Beurteilung der Qualifikation der Bewerber und steht bei der Realisierung eines Bauvorhabens die technische Leistungsfähigkeit und Erfahrung für vergleichbare Projekte im Vordergrund, tritt bei Infrastruktur-PPP-Modellen daneben auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.

Die Angebots-Bewertung für die konventionelle Planung richtet sich nachfolgenden Kriterien:

a) Finanzielles Wertungskriterium

Maßgeblich ist insoweit die Höhe der Anschubfinanzierung (siehe oben max. 50 % der Baukosten). Als geeignete Angebote werden hier nur solche angesehen, welche den Maximalbetrag der Aufschubfinanzierung nicht überschreiten. Den höchsten Punktwert erhält das Angebot, das die maximal zulässige Anschubfinanzierung am weitesten unterschreitet. Hierbei muss aber berücksichtigt werden, dass die Anschubfinanzierung in einzelnen Tranchen entsprechend dem Baufortschritt ausbezahlt wird.

Der Auftraggeber hat insoweit zu beachten, dass er nach nachvollziehbaren Kriterien die Anschubfinanzierung bzw. den Maximalbetrag dieser Anschubfinanzierung berechnet. Insoweit kommt eine Berechnung unter Berücksichtigung des Risiko-transfers, des Schwellenwertes für die Risikoübernahme, der Auszahlungsquote der weitergehenden Mauteinnahmen und der Zeitpunkt der Auszahlung der Anschubfinanzierung in Betracht. Neben der Höhe der Anschubfinanzierung selbst, wird von einem wirtschaftlichen Angebot („Economic Offer“) nur dann auszugehen sein, wenn ein Bieter ein schlüssiges Gesamt-Finanzierungskonzept bezogen auf die Laufzeit des Projekts und die wesentlichen Kostenfaktoren vorlegt. Kurzum: Von welchen maßgeblichen Kostenfaktoren geht der Bieter aus und wie setzt er diese zu welchem Zeitpunkt an; welche Finanzierungsstruktur wählt der Bieter? Bei letzterem geht es insbesondere um die Frage des Fremd- und Eigenkapitals und der hiermit im Zusammenhang stehenden Finanzierungsinstrumente.

b) Bautechnische Kriterien bei der Vergabe

Wesentliche weitere Themen sind natürlich die technischen Parameter des Angebotes:

- Die Konzessionsstrecke wird bautechnisch in drei Teilbereiche untergliedert. Diese Teilbereiche sind zugleich im Rahmen der Vergabe als Wertungskriterien zu berücksichtigen: Ingenieurbauwerke, Tunnel und Brücken; Straßenkörper und Nebenanlagen; Funktionseinrichtungen (Beleuchtung, Belüftung, Informationssysteme),

- vorgesehen ist bei der Gewichtung der Kriteriengruppen, dass der Anschubfinanzierung eine Gewichtung von 60 % zukommt und den bautechnischen Kriterien 40 %. Den drei Teilbereichen der Konzessionsstrecke kommt im Rahmen der bautechnischen Beurteilung folgende Gewichtung im Verhältnis zueinander zu:
 - Ingenieurbauwerke 60 %,
 - Straßenkörper und Nebenanlagen 20 %,
 - Funktionseinrichtung 20 %.

Für jeden der Teilbereiche erfolgt eine qualitative Bewertung anhand der oben genannten Unterkriterien:

- Betrieb 35 %,
- Erhaltung 35 %,
- Technische Ausführung 30 %.

Die europarechtlich verankerten Wettbewerbsregeln bei der Vergabe von Konzessionsleistungen (wie auch bei der Vergabe von Bauleistungen - insbesondere bei großen Projekten) zwingen die öffentliche Hand bzw. den Auftraggeber zu einer sorgfältigen Auseinandersetzung mit der Erstellung der Bewertungskriterien und der Bewertung der abgegebenen Angebote. Es soll daher mit Nachdruck darauf hingewiesen werden, dass eine Vielzahl von Ausschreibungen in Deutschland gerade deshalb aufgehoben und in ein früheres Stadium der Vergabe zurückversetzt werden, weil es entweder an erforderlicher Transparenz bei der Vergabe fehlt oder weil die Bewertung der einzelnen Kriterien nicht ausreichend und erschöpfend dokumentiert wurden. Es empfiehlt sich daher insbesondere bei der Vergabe von Konzessionsverträgen ausführlich zu begründen und insbesondere aufzuzeigen, wie das Ermessen und die Bewertung zu der Vergabeentscheidung führten. Die öffentliche Hand und die Regierung sollte darüber hinaus Anstrengungen unternehmen, um einen effektiven Rechtsschutz sicherzustellen. Dieser Rechtsschutz darf aber nicht dazu führen, dass wesentliche Infrastrukturprojekte durch die Einlegung von Rechtsmitteln über Jahre verzögert werden. In einem zweistufigen Rechtsmittelverfahren bietet es sich daher an, leistungsfähige Gerichte mit einer besonderen Fachkompetenz für Vergabesachen einzusetzen. Dies gilt insbesondere für PPP-Projekte, denn hier sind im besonders hohem Umfang neben dem juristischen Fachwissen bautechnisches Know-how und auch ausreichendes Wissen über die modernen Finanzierungsmittel gefragt. Hinsichtlich der Finanzierungsmittel soll in diesem Zusammenhang nur an die unterschiedlichsten Finanzierungsformen der Eigen- und Fremdkapitalbeschaffung gedacht werden.

Bei der Frage des Rechtsschutzes im Zusammenhang mit der öffentlichen Vergabe von Konzessionsverträgen möchte ich auch darauf hinweisen, dass der europäische Gerichtshof in seinen jüngsten Entscheidungen auch festgestellt hat, dass ein effektiver Rechtsschutz der Bieter nur dann gewährleistet ist, wenn diese auch die Ordnungsgemäßheit des Vergabeverfahrens selbst sowie die Vergabeunterlagen angreifen können. Es wird Ungarn wie auch den jüngsten Partnern in der Europäischen Union wegen des harten Wettbewerbs der Bieter untereinander kaum erspart bleiben, dass im zunehmenden Maße Vergabeentscheidungen angegriffen werden. Bezeichnend für diese Entwicklung in Deutschland ist, dass die Entscheidung über die Vergabe des Planungsauftrages (**nicht** des Bauauftrages) für den Abriss der Palast der Republik im ehemaligen Ostteil Berlins alleine ein Jahr hinausgezögert wurde durch die Einlegung von Rechtsmitteln gegen die beabsichtigte Vergabeentscheidung. Ähnlich ist es bei der Vergabe der Bauleistungen selber zum Abriss dieses politisch umstrittenen Gebäudes zu befürchten.

5. **Risk Allocation**

Die Technische Universität Berlin hat eine Veröffentlichung herausgegeben mit dem Titel „Konzessionsmodelle für Fernstraßen in Deutschland - ein ökonomische Analyse der Risikoallokation beim F- und A-Modell. In der Zusammenfassung gelangen die Verfasser zu dem Ergebnis, dass sowohl das F- wie auch das hier zum Gegenstand meiner Präsentation gemachte A-Modell über keine ausgewogene Risikoverteilung verfügen. Ihr Hauptkritikpunkt besteht darin, dass das A-Modell das Risiko des Verkehrsaufkommens vom Prinzip her vollständig auf den Konzessionsnehmer überträgt. Die Empfehlung der Studie für die künftige weitere Entwicklung des F- und des A-Modells geht dahin, dass konzessionsschwerpunktmäßig nach dem Kriterium des so genannten Barwertmodells (PVR-Principle - present value of revenue) vergeben werden sollen.

In meiner weiteren Darstellung werde ich auf die rechtlichen Voraussetzungen für eine angemessene Behandlung der Risikoverteilung konzentrieren. Dies ist natürlich nicht möglich und auch nicht vernünftig ohne die wirtschaftlichen Risiken angemessen zu berücksichtigen. Rechtliche und wirtschaftliche Risiken stehen nicht losgelöst nebeneinander, sondern beeinflussen sich gegenseitig; beispielsweise stellt eine unklare Abgrenzung von Planungsaufgaben oder die Auslegung von Leistungen in einer Leistungsbeschreibung nicht nur ein rechtliches, sondern auch ein erhebliches wirtschaftliches Risiko dar.

Die „klassischen“ juristischen Risiken für PPP-Modelle im Allgemeinen und für das A-Modell im Besonderen bilden insbesondere folgende Faktoren:

a) Unsicherheit über die Genehmigungsfähigkeit und die terminliche Sicherheit bei Planungsentscheidungen

Da in Deutschland der Staat bzw. die öffentliche Hand in alle wesentlichen Planungsprozesse mit einbezogen ist und der Verwaltung ein eigener Entscheidungsspielraum (so genanntes Verwaltungsermessen) zusteht, besteht bei PPP-Projekten ein immanentes Risiko der Planungssicherheit. Dieses Risiko wird in Deutschland dadurch weiter verstärkt, dass bei Großbauvorhaben ein so genannter Planfeststellungsbeschluss ergehen muss, welcher wiederum von den Bürgern oder den Kommunen angefochten werden kann. Ein exemplares Beispiel ist hier der seit über einem Jahrzehnt geplante Großflughafen in Berlin-Schönefeld. Rechtspolitisch geht es hierbei um die Frage, inwieweit die Bürgerbeteiligung und der Rechtsschutz des Bürgers bei der Realisierung von Großprojekten, insbesondere Infrastrukturprojekten aufrecht erhalten bleiben soll. Das projektspezifische Risiko kann meines Erachtens nach nur so verteilt werden, dass auf den Konzessionsnehmer nur solche Planungsrisiken übertragen werden, welche dieser im Rahmen seiner Kalkulation berücksichtigen kann. Risiken, die ohnehin von der öffentlichen Hand bzw. dem Staat letztendlich entschieden werden, könne nicht erfolgsversprechend auf Private übertragen werden. In concreto wird man daher in Bezug auf das A-Modell (ebenso auf das F-Modell) aussagen können, dass die öffentlichen Voraussetzungen zur Verwirklichung einer Planung und der Umsetzung eines Projektes bei der Vergabe einer Konzession gegeben sein müssen. Greifen daher die Aufgaben im Konzessionsvertrag in die Belange von Gemeinden oder ihrer Bürger im erheblichen Umfang ein, so muss hier vor Konzessionsvergabe die erforderliche Rechtssicherheit in Form der Planungssicherheit bestehen.

Neben der Planungssicherheit für die baulichen Leistungen selbst, spielen die weiteren Vorschriften, insbesondere der Gesetze zur Regelung des Straßenverkehrs eine erhebliche Rolle. Werden beispielsweise nach Konzessionserteilung Vorschriften oder Gesetze erlassen, welche die Errichtungs- oder Unterhaltskosten im erheblichen Umfang beeinflussen, so führt dies ebenso zu einer Kalkulationsunsicherheit des Konzessionsnehmers. Auch insoweit gilt meiner Auffassung nach, dass die vertraglichen Regelungen in den Ausschreibungsunterlagen eine klare Risikoabgrenzung enthalten müssen; mit anderen Worten: es sollte ein konkrete Gesetzeslage in Bezug auf die Verkehrsvorschriften (insbesondere verkehrssicherheitstechnischen Vorschriften) festgehalten werden. Abweichungen hiervon, welche aus Sicht des Konzessionsnehmers nicht absehbar waren, müssen dann zu einer entsprechenden Anpassung der Vergütung führen.

b) Das rechtliche „Strukturrisiko“

Beim A-Modell führt die komplizierte Struktur der Zahlung des Maut-Anteiles an den Konzessionsnehmer zugleich zu erheblichen rechtlichen Risiken:

Wie bereits zuvor beschrieben erfolgt die Erfassung und die Vereinnahmung der Mautgebühren durch TollCollect und wird von dort an das Bundesministerium für Finanzen weitergegeben. Das Bundesministerium der Finanzen kehrt dieses Geld wiederum an die VIFG aus. Diese hat dann wiederum die Aufgabe einen Teil der Mauterlöse an die jeweiligen Konzessionsbetreiber der Teilabschnitte weiterzugeben. Eine hier von HOCHTIEF Development initiierte Studie der Bauhaus-Universität Weimar vom 1. März 2004 gelangt hier zur folgender Kritik:

„Die komplizierte Struktur bewirkt das Risiko des Betreibers, in vollem Umfang an seine Einnahmen zu kommen, die von TollCollect beim Nutzer (Lkw) erhoben (Risiko der Funktionsfähigkeit), an den Bund überwiesen und von dort an den Betreiber weitergereicht werden. Noch zu klären ist, wer die Abrechnung kontrolliert und wie mit Abweichung umzugehen ist.

Die institutionellen Bedingungen lassen auch insoweit zu wünschen übrig, als eine Staatsmaut (statt privater Maut) und zudem der Umweg über den Bundeshaushalt gewählt wurden. Dementsprechend bleibt die Zweckgebundenheit der Mauteinnahmen für Autobahn unvollständig. Zudem führt die Zwischeneinschaltung des Staates in eine private Wertschöpfungskette zu erheblichen Mehrbelastungen bei der Umsatzsteuer.“

Diese Kritik am A-Modell in Deutschland erfolgt meines Erachtens völlig zu Recht: Eine angemessene und vertragsrechtlich faire Risikoverteilung kann auch dann, wenn im vollen Umfang das Risiko des Verkehrsaufkommens beim Konzessionsnehmer verbleiben soll, vertraglich nur so abgefasst sein, dass nach klar definierten Spielregeln jeder seine Aufgaben in vollem Umfang wahrzunehmen hat. In concreto kann daher das - in der Tat sehr komplizierte Abführungssystem der Maut bis es letztendlich beim Konzessionsnehmer landet - vertraglich nur so abgefasst sein, dass TollCollect für die Vollständigkeit und Rechtzeitigkeit der Erfassung und Einziehung haftet, der Konzessionsnehmer ein Einsichtnahmerecht in die entsprechenden Abrechnungsunterlagen hat und der vereinbarte Teil der Maut (12,4 Cent je Streckenkilometer) unverzüglich über die staatlichen Stellen bzw. die VIFG binnen einer vorgegebenen Frist an den Konzessionsnehmer weiterzuleiten ist. Insoweit gilt, dass nur die ausdrückliche Festlegung von Fälligkeiten vereinbarter Zahlungen auf Seiten des Konzessionsnehmers eine geeignete vertragliche Grundlage für die Beschaffung für Eigen- wie Fremdkapital ist. Insbesondere der Fremdkapitalgeber wird dem Konzessionsnehmer nur dann eine angemessene (und wettbewerbsfähige) Finanzierung gewähren, wenn durch vertragliche Regelungen ein schneller Zahlungsfluss gewährleistet ist.

c) Kündungsrisiko

Konzessionsverträge für Autobahnabschnitte mit Laufzeiten von über 20 Jahren unterliegen in besonders hohem Maße dem Risiko, dass Konzessionsgeber oder Konzessionsnehmer über einzelne Fragestellungen bei der Vertragsabwicklung in Streit geraten und eine Vertragskündigung ausgesprochen wird. Beziehungen halten nicht für ewig, es muss daher juristisch Sorge dafür getragen werden, nach welchen Grundsätzen eine Partei vorfristig, also vor Ablauf der Laufzeit des Konzessionsvertrages, den Vertrag kündigen kann und welche Rechtsfolgen sich daran anschließen. Die vertraglichen Kündigungsregelungen und ihre Folgen haben auch erhebliche Auswirkungen auf die Finanzierung für den Konzessionsnehmer, da insbesondere die finanzierenden Banken im Falle einer Kündigung einen wesentlichen Anteil der ihnen gestellten Sicherheiten verlieren. Diese Sicherheiten bestehen insbesondere darin, dass die Einnahmen aus dem Konzessionsvertrag zur Bedienung der Darlehen als Sicherung abgetreten sind.

d) Steuerrechtliche und bilanzrechtliche Risiken

Steuerrechtliche und bilanzrechtliche Risiken stellen aus Sicht des Konzessionsnehmers ein herausragendes Problem dar. Wie erforderlich hier ein dauerhaft verlässliches Steuersystem ist, zeigt sich an der unterschiedlichen Einnahme- und Ausgabeentwicklung auf Seiten des Konzessionsnehmers im Zuge des Projektverlaufes. Die vom Konzessionsnehmer zu gründende Projektgesellschaft erwirtschaftet zunächst im Zuge des Ausbaus der Autobahn im erheblichen Umfang Verluste. Das deutsche Steuersystem gewährt derzeit keine Sicherheit, dass diese Verluste gegen künftige Gewinne in vollem Umfang verrechnet werden können. Entsprechendes gilt umgekehrt für Betriebslaufzeiten, in denen die Einnahmen die Ausgaben übersteigen. Die steuerrechtlichen Vorschriften müssen sicherstellen, dass bezogen auf einen realistischen Verlauf der Projektkosten in der Bilanz der Projektgesellschaft des Konzessionsnehmers die erforderlichen Rückstellungen gebildet werden können, da anderenfalls zwar steuerrechtliche aber keine betriebswirtschaftlichen Gewinne entstehen.

6. Zusammenfassung

Die aufgezeigten Schwierigkeiten und Probleme im Zusammenhang mit dem Versuch in Deutschland Infrastrukturmaßnahmen im Wege des private public partnerships umzusetzen, zeigen, dass dieses Modell nur nachhaltig erfolgsversprechend ist, wenn folgende wesentlichen Faktoren eingehalten werden:

- a) Rechtliche und wirtschaftliche Risiken können auf private Unternehmungen, insbesondere Bauunternehmungen, nur insoweit übertragen werden, wie diese aufgrund ihrer privatwirtschaftlichen Struktur eine Effizienzsteigerung bewirken können. Anders herum: Die Übertragung von nicht kalkulierbaren Risiken - oder auch nur der Versuch - wird die erbetene Effizienzsteigerung nicht mit sich bringen. Folge wird vielmehr sein, dass rechtlichen Auseinandersetzungen der Vertragspartner zunehmen.
- b) Die gegenseitigen Aufgaben sind vertraglich klar abzugrenzen, sprich es ist präzise festzulegen, welche Planungsleistungen von der öffentlichen Hand bzw. vom Konzessionsgeber erbracht werden müssen und welche Aufgaben in den Leistungs- und Risikobereich des Konzessionsnehmers fallen. Schnittstellen sind daher klar und präzise zu formulieren.
- c) Die zwangsläufig für den PPP-Konzessionsvertrag notwendige relative offene Vertrags-Architektur und die Vielzahl von verbleibenden Streit- und Diskussionspunkten erfordert ein hierauf angepasstes Vertragsmanagement zwischen den Vertragspartnern. Dieses lässt sich meiner Auffassung nach nicht dadurch lösen, dass in Streitfällen auf angepasste Formen der Streitschlichtung zurückgegriffen wird. Den Vertragspartnern ist insbesondere anzuraten, von Anfang an ein technischbetriebswirtschaftliches mediation and arbitration court zu installieren.
- d) In den Ausschreibungsunterlagen bzw. im Vertrag für Infrastrukturprojekte sind geeignete Regelungen vorzusehen, wenn für beide Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbare Entwicklungen eintreten. Für PPP-Modelle sollte daher von vornherein klar definiert werden, in Bezug auf welche Risikofaktoren einer der beiden Partner durch die Veränderungen der Marktentwicklung zu einer Vertragsanpassung berechtigt ist. Als wesentliche Faktoren sind in diesem Zusammenhang zu nennen:
- Erhebliche Abweichungen der prognostizierten Volumenströme,
 - nachhaltige Verknappung und damit einhergehende Verteuerung der Rohstoffe,
 - grundlegende Änderungen bei der Fremdkapitalbeschaffung.

Rainer Pietschmann
Rechtsanwalt