

Fritz Nicklisch (Hrsg.)

Nationale und internationale privatfinanzierte Projekte

Sonderdruck

Ulrich Werwig

Heidelberger Kolloquium
Technologie und Recht 2002



Verlag C.H. Beck

Haftungsrisiken ausführender Unternehmen bei Beteiligung an privatfinanzierten Projekten

Ulrich Werwigg, M.B.L.-HSG, München

Gliederung

1. Einleitung
2. Risikostruktur bei Konzessions- und Betreibermodellen
 - 2.1 Risikoverteilung im klassischen Bauvertrag
 - 2.2 Risikoverteilung bei Konzessions- und Betreibermodellen
3. Planungs- und Genehmigungsrisiken
 - 3.1 Entwurfsplanung und Projektrentabilität
 - 3.2 Planungsverantwortung und Genehmigungsrisiko
 - 3.3 Handlungsmöglichkeiten zur Risikominimierung
4. Ausführungsrisiken
5. Betreiberisiken
6. Finanzierungs- und Beteiligungsrisiken
 - 6.1 Risiken aus Eigen- und Fremdkapitalbeschaffung
 - 6.2 Haftungsrisiken aus der Beteiligung an der Konzessions- und Betreibergesellschaft
7. Schlussfolgerungen

1. Einleitung

„PPP – Public Private Partnership“ bietet ein Modell zur Bewältigung der öffentlichen Finanznot auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene bei öffentlichen Infrastruktureinrichtungen. Die bisher praktizierten Formen sind vielfältig. Gemeinhin werden unter „PPP – Public Private Partnership“ Beteiligungsmodelle unterschiedlicher Art erörtert, beginnend bei den klassischen Finanzierungsmodellen über Konzessionsmodelle bis zu BOT-Modellen. Public Private Partnership in diesem weiten Sinne verstanden macht sich je nach Sachlage die Vorteile einzelner rechtlicher Modelle und Strukturen zu Eigen und schafft kreative und individuelle Lösungen für den öffentlichen Investitionsbedarf.

Die Grundstruktur des klassischen PPP-Modelles ist gekennzeichnet durch die Übertragung der Durchführung der öffentlichen Aufgabe auf Private in Form des Konzessions- und Betreibervertrages, verschiedentlich auch Implementierungsvertrag genannt¹. Der Konzessionär und Betreiber ist für die Errichtung, Finanzie-

¹ Hierzu Fritz Nicklisch, Wirtschaftlicher Hintergrund und Vertragsstrukturen bei BOT-Projekten, in: Nicklisch (Hrsg.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Heidelberg 1994, S. 7 ff.; Klaus-Dieter Wahl, Das Project Implementation Agreement aus der Sicht des Anlagengerichters/Investors, in: Nicklisch (Hrsg.), a. a. O., S. 15 ff.

zung und den Betrieb des Vorhabens verantwortlich. Der Konzessions- und Betreibervertrag bildet hier den rechtlichen Rahmen. Ihm untergeordnet sind je nach Projektart die Nebenverträge, z. B. Erbbaurechtsvertrag, Bauvertrag, Personalstellungsvertrag oder Betriebsvereinbarung. Zu unterscheiden sind hiervon die erwähnten und in den vergangenen Jahren vorwiegend praktizierten Vorfinanzierungsmodelle, bei denen neben der Bauleistung die Finanzierung des Bauvorhabens ausgeschrieben war². Die Trägerschaft der Maßnahme ist bei diesen Vorhaben unverändert beim öffentlichen Hoheitsträger. Genutzt werden bei der gemeinsamen losweisen Ausschreibung von Bauaufgabe und Finanzierung allerdings die Kenntnisse und der Zugang der Unternehmen zum Kapitalmarkt. Klassische Lösungen sind hier die Vor- und Endfinanzierung über Kreditinstitute oder Leasingmodelle. Von der Risikostruktur unterscheiden sich die reinen Vorfinanzierungsmodelle nicht von anderen klassischen Bauverträgen, allenfalls durch die stärkere Einbindung des Ausführenden in die zu beschaffende Fremdfinanzierung.

Konzessions- und Betreibermodelle finden im Bereich der Leistungsverwaltung zunehmend Resonanz. Als Beispiele sind zu nennen kommunale Projekte bei Rathäusern und Spaßbädern sowie Kläranlagen bis hin zu großen Infrastrukturprojekten, wie Warnow- und Trave-Querung oder der Flughafen Berlin-Schönefeld sowie der Ausbau einzelner Autobahnabschnitte im Rahmen der viel diskutierten A- und F-Modelle. Diese im Ansatz sehr unterschiedlichen Projekte sind von dem gemeinsamen Ziel getragen, durch die privatwirtschaftliche Durchführung vom Entwurf bis zum Betrieb über die rein kameralistische Betrachtung des öffentlichen Haushaltsrechts hinaus Effizienz- und Kostenvorteile zu nutzen und die Projekte in Planung, Ausführung und Unterhaltung sowie Betrieb zu optimieren. In allen Projekten werden dem Konzessionär und Betreiber die Entwurfs-, Genehmigungs- und Ausführungsplanung, die Ausführung und Errichtung des Bauvorhabens sowie dessen Unterhaltung und der Betrieb übertragen. Unterschiede liegen allerdings in den je nach Vorhaben unterschiedlichen Genehmigungsverfahren, der jeweils spezifischen Finanzierungsstruktur und den einzelnen Anforderungen des Betriebs.

Als Finanzierungsmodell verstanden bietet Public Private Partnership eine Möglichkeit, den öffentlichen Investitionsstau zu bewältigen. Allzu oft ist bei solchen Modellen aber auch eine Faszination der öffentlichen Diskussion zu verspüren, von der auch die Bauwirtschaft und der Anlagenbau nicht verschont bleiben. Durch die langen Vertragslaufzeiten von 10, 20 und mehr Jahren, die zusätzliche Übernahme von Entwurfs- und Genehmigungsplanung, von Unterhaltungs- und Betriebspflichten und die Beschaffung von Genehmigungen und Finanzierung für das Vorhaben werden für die beteiligten Unternehmen jedoch Risiken geschaffen, die sich von den bisherigen Vertragsmustern deutlich unterscheiden und in aller Regel außerhalb der bisherigen Geschäftstätigkeit der Unternehmen liegen. Gerade für die kleineren und mittleren Unternehmen der Branche kann die Realisie-

² Z. B. Universitätsneubauten in Bayern, Rathäuser und Finanzämter (vorwiegend Leasing-Modelle), die Verkehrsinfrastrukturprojekte 4. Röhre Elbtunnel, Autobahntunnel Leonberg, Tunnel Farchant, Ausbau BAB 93 Weiden-Hof, Ausbau Ortsumgehung Freiburg – B 31 Ost.

zung von Risiken aus Konzessions- und Betreiberverträgen existentielle Bedeutung annehmen. Auch Großunternehmen sind jedoch vor diesen Risiken nicht gefeit, wie aktuelle Beispiele zeigen.

Den Möglichkeiten der Bewältigung der vor allem für die ausführenden Unternehmen bestehenden Risiken von Konzessions- und Betreibermodellen gelten die nachfolgenden Ausführungen. Von Haftungsrisiken ist hierbei im Titel deshalb die Rede, weil die mit der Beteiligung an Konzessionsmodellen verbundenen Risiken deutlich über die des klassischen Austauschverhältnisses einer Projektabwicklung hinausgehen. Im Kern geht es hier um das Risikomanagement in den unterschiedlichen Vertrags- und Leistungsphasen. Bei den ausführenden Unternehmen sind die Unternehmen angesprochen, die sich im Rahmen des Konzessions- und Betreibermodells auf Konzessionärsebene beteiligen, nicht dagegen Unternehmen, die über einen Generalunternehmer- oder Bauvertrag im Rahmen eines nachgeordneten Vertragsverhältnisses mit Teilen der Leistungsverpflichtung beauftragt werden.

Meine Ausführungen sind durch Projekte im Inland geprägt. Sie werden sich zunächst mit der Risikostruktur bei Konzessions- und Betreibermodellen im Vergleich zum klassischen Bauvertrag und anschließend mit den Risiken in den einzelnen Vertrags- und Leistungsphasen mit den Schwerpunkten Planungs- und Genehmigungsrisiken, Ausführungs- und Betreiberisiken sowie dem Finanzierungs- und Beteiligungsrisiko befassen.

2. Risikostruktur bei Konzessions- und Betreibermodellen

Der Umfang der Risiken bei Konzessions- bzw. Betreibermodellen bestimmt sich zum einen aus der Art des Projekts, der zu lösenden Bauaufgabe und des späteren Betriebs, zum anderen aus der rechtlichen Ausgestaltung und Struktur der einzelnen Projektstufen Ausschreibung, Planung, Ausführung und Betrieb. Die bestehenden Risiken sind Phasen übergreifend. Sie lassen sich am ehesten im Vergleich zum klassischen Bauauftrag verdeutlichen.

2.1 Risikoverteilung im klassischen Bauvertrag

Die Risikoverteilung des klassischen Bauauftrages ist davon bestimmt, dass die Planung und Genehmigung und die Eignung des Baugrunds (Baugrundrisiko) beim Auftraggeber als Bauherrn des Bauvorhabens liegen. Die Verpflichtung zur Beibringung der Planung und Baugenehmigung folgt aus der Mitwirkungsverpflichtung des Bauherrn gemäß § 642 BGB, die Haftung für die Eignung des Baugrundes und damit das Baugrundrisiko folgt aus der Verantwortlichkeit des Bauherrn für den „von ihm gelieferten Stoff“ gemäß § 645 BGB.

Der Unternehmer trägt dagegen das Risiko der Ausführung, einschließlich der Verschlechterung und des zufälligen Untergangs³ bis zur Abnahme. Dies manifestiert sich in der Erfolgshaftung des Werkunternehmers gemäß § 631 BGB einerseits und der Gefahrtragsregelung des § 644 BGB andererseits. Die VOB Teil B hat im Grundsatz diese Risikoverteilung nicht verändert, sie in Einzelpunkten aber modifiziert bzw. die Gefahrtragung für den Fall höherer Gewalt, Krieg und Aufruhr abgemildert.

Für den Unternehmer treten besonders bei komplexen Vorhaben – und diese stehen hier im Vordergrund – neben diese Risiken die klassischen Ausführungsrisiken, insbesondere das Leistungs- und Vollständigkeitsrisiko sowie das Massen- und Preisrisiko. Je nach Vertragsart, ob die Leistungsbestimmung über die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis oder mit Leistungsprogramm erfolgt, bestimmen sich Leistungs- und Vollständigkeitsrisiko. Während bei der konkreten Leistungsbeschreibung durch Leistungsverzeichnis der Leistungserfolg am Leistungsverzeichnis gemessen wird und eine Vermutung für die Vollständigkeit dieser Beschreibung spricht⁴, bestimmt sich der Leistungserfolg beim Leistungsprogramm ausschließlich nach den in der Beschreibung definierten Erfolgskriterien. Im Zweifel umfasst die Leistungsverpflichtung des GU in diesen Fällen alle Leistungen, die „nach den örtlichen und sachlichen Gegebenheiten jeder Fachmann als notwendig erachtet hätte“⁵. Das Vollständigkeitsrisiko der Leistungsbeschreibung liegt demnach beim Leistungsprogramm beim Unternehmer⁶. Die Zuordnung des Massenrisikos ist abhängig von der gewählten Vertragsart.

Während beim Einheitspreisvertrag die Leistungen gemäß Aufmaß nach Massen vergütet werden, ist das Massenrisiko beim Pauschalvertrag Teil des originär beim Unternehmer liegenden Preisrisikos. Mit der Fertigstellung und Abnahme des Bauwerks sind im klassischen Modell die Leistungsbeziehungen – abgesehen von der Abwicklung der Vergütungsfragen und der Gewährleistung – beendet. Das Nutzungsrisiko und die spätere Verwendung des Bauwerks liegen ausschließlich beim Bauherrn als Besteller bzw. Auftraggeber.

2.2 Risikoverteilung bei Konzessions- und Betreibermodellen

Beim Konzessions- bzw. Betreibermodell unterscheidet sich die Risikoverteilung durch die umfassenden Leistungspflichten des Konzessionärs und Betreibers von wenigen Ausnahmen abgesehen grundlegend vom klassischen Bauvertragsmodell.

Es verkörpert mit seinen verschiedenen Leistungsbereichen das klassische Leistungsprogramm. Der Konzessionär ist gegenüber dem Konzessionsgeber nicht nur

³ Zur Abgrenzung der Gefahrtragung von der Bestellerhaftung vgl. BGH BauR 1997, 1019 ff. und 1921 ff. – Schürmann I und II.

⁴ Vgl. hierzu BGH BauR 1984, 395 ff., 397; OLG Stuttgart BauR 1992, 639; OLG Oldenburg BauR 1993, 228 ff., 229 f.

⁵ BGH BauR 1984, 395 ff., 396 – für den Generalunternehmer.

⁶ BGH BauR 1997, 126 ff. und 464 f.

Konzessionsinhaber oder Anlagenbetreiber. Er ist gegenüber dem Auftraggeber maßgeblich verantwortlich für den Entwurf. Er ist auch Planverfasser und Generalübernehmer für das Vorhaben. Er tritt in unterschiedlicher Ausgestaltung, soweit möglich über Erbbaurechtsverträge, in die Bauherrenfunktion ein, beschafft die Finanzierung und übernimmt die Verantwortung für die Unterhaltung und den Betrieb des Projekts.

Auf Bieterseite können für Konzessions- und Betreibermodelle sowohl Einzel- als auch Konsortial- bzw. Bietergemeinschaftsangebote in Betracht kommen. Dies hängt wesentlich von der Art des Vorhabens ab.

3. Planungs- und Genehmigungsrisiken

Dem klassischen Konzessions- und Betreibermodell liegt der Entwurf des Konzessionärs für das Vorhaben zugrunde. Das Konzessions- und Betreibermodell ist von dem Ziel bestimmt, die bestmögliche und kostengünstigste Lösung zu erlangen. Diese manifestiert sich in dem ausgewählten Entwurf, einschließlich der hierdurch verkörperten Rentabilität des Projekts und der daraus abgeleiteten Kosten- und Entgeltstruktur.

3.1 Entwurfsplanung und Projektrentabilität

Die Rentabilität des Vorhabens und die Kosten für den Betreiber werden maßgeblich durch den Entwurf bestimmt. Die Wirtschaftlichkeit der Ausführung des Vorhabens und dessen Unterhaltung werden hierdurch geprägt. Im Entwurf sind bereits alle Bau- und Betriebszustände, wie sie sich bei Realisierung des Vorhabens darstellen, soweit wie möglich zu antizipieren und angemessen zu berücksichtigen. Die Schwierigkeiten eines solchen Verfahrens bedürfen keiner besonderen Hervorhebung. Jedoch berühren nachträgliche Änderungen oder Nachbesserungen des Entwurfs unmittelbar die Kostenstruktur und damit die Projektrentabilität. Fachliches Know-how in der Entwurfs- und Planungsphase sind im Grunde zwingende Voraussetzung für eine Beteiligung an Konzessions- und Betreibermodellen. Die Zuziehung externer Berater kann hierbei zu einer angemessenen Risikostreuung auch über den zusätzlichen Haftpflichtversicherungsschutz beitragen.

3.2 Planungsverantwortung und Genehmigungsrisiko

Mit dem Entwurf übernimmt der Konzessionär und Betreiber die Planungsverantwortung und das Genehmigungsrisiko. Die Genehmigungserfordernisse und -voraussetzungen sind bereits in der Entwurfsphase zu berücksichtigen. Der Entwurfsverfasser trägt die Verantwortung für die Baubarkeit und die Genehmigungsfähigkeit seines Entwurfs. An den Genehmigungserfordernissen und -voraussetzungen hat sich die Fortschreibung der Planung zu orientieren.

Wird aus Gründen einer fehlerhaften und unvollständigen Planung die Genehmigung nicht oder nicht rechtzeitig erteilt oder sind Änderungen des Entwurfs gegenüber dem Angebot erforderlich oder werden zusätzliche genehmigungsrechtliche Auflagen verhängt, besteht das Risiko, die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens unmittelbar zu beeinträchtigen. Genehmigungsrechtliche Änderungen und Auflagen führen neben den normalerweise notwendigen zusätzlichen Leistungen im Weiteren nicht selten zu Projektverschiebungen und -verzögerungen, die die bauzeitabhängigen Kosten unmittelbar beeinflussen und vor allem bei Großbauvorhaben hierüber auch die Gesamtfinanzierung gefährden können.

3.3 Handlungsmöglichkeiten zur Risikominimierung

Zur Eingrenzung des Planungs- und Genehmigungsrisikos kommt es darauf an, Genehmigungsverfahren und Genehmigungsvoraussetzungen frühzeitig zu definieren. Dies ist zunächst projektabhängig. Für Infrastrukturprojekte wie Bundesautobahnen und andere Verkehrsprojekte sind die bundes- und landesrechtlichen Planfeststellungsverfahren maßgeblich. Bei Ver- und Entsorgungsanlagen, wie Kläranlagen oder Kraftwerke, oder anderen Industrieanlagen sind die immissionsschutzrechtlichen oder anderen spezialgesetzlich vorgeschriebenen Verfahren zu berücksichtigen. Diese sind in der Regel anlagen- und verfahrensabhängig auszuwählen. Bei öffentlichen – und auch privaten – Hochbauten mit Entwurf, Bau und Betrieb kommen dagegen die vergleichsweise einfachen baurechtlichen Genehmigungsverfahren in Betracht.

Je nach Vorhaben sind die Planungs- und Genehmigungsvoraussetzungen in Ausschreibungs- und Angebotsbedingungen zu definieren. Soweit Genehmigungsverfahren abgeschlossen sind, kann hierauf in der Ausschreibung Bezug genommen werden. Dies gilt namentlich für große Infrastruktur- und Verkehrsprojekte, deren Genehmigungsverfahren anders als bei öffentlichen Hochbauten oder Industrieanlagen weitgehend entwurfs- und verfahrensunabhängig sind. Jedoch müssen auch bei Verkehrsprojekten Trassierungen etc. bereits bei der Planfeststellung feststehen. Allenfalls untergeordnete Änderungen können in einem vereinfachten Verfahren nachträglich genehmigt werden. Wo bei Verkehrsprojekten allerdings die Untertunnelung oder Überbrückung von Wasserstraßen, wie bei Warnow- und Travequerung, zur Diskussion steht, kann eine endgültige Planfeststellung ebenfalls nicht vor der Vergabe erfolgen. Das Risiko der Genehmigungsfähigkeit des vom Konzessionär oder Betreiber angebotenen Entwurfs liegt in diesen Fällen voll beim Konzessionär und Betreiber. Es ist gerade bei diesen Vorhaben, aber auch bei einfacheren Projekten im kommunalen Bereich erforderlich, dass der Bieter und spätere Konzessionär und Betreiber die jeweiligen Anforderungen der maßgeblichen Genehmigungsverfahren kennt und sie bei seinem Angebot berücksichtigt. Dabei muss die Kenntnis keineswegs im eigenen Haus vorliegen, sie kann auch extern beschafft werden. Über deren Notwendigkeit allerdings muss man sich gewiss sein, denn ohne diese Kenntnis ist eine zuverlässige Beurteilung von Anforderungen, Ablauf und Dauer von Genehmigungsverfahren nicht möglich. Dies gilt umso mehr in den Fällen, in denen eine Genehmigung oder ein Vorbe-

scheid und andere genehmigungsrechtliche Anhaltspunkte nicht vorliegen. Bei nicht genügender Berücksichtigung von Anforderungen, Ablauf und Dauer des Genehmigungsverfahrens können aber Verpflichtungen zum Bau und zur Inbetriebnahmen sowohl sachlich und fachlich als auch terminlich zuverlässig nicht übernommen werden.

Fehlen wegen der Projektart indes bei der Ausschreibung die für die Realisierung erforderlichen Genehmigungen, sollten die genehmigungsrechtlichen Voraussetzungen, insbesondere Verfahrensart und Projektanforderungen, in der Ausschreibung genannt werden. Für den Bieter als späteren Konzessionär und Betreiber empfiehlt es sich, die für seinen Entwurf notwendigen Voraussetzungen im Angebot zu definieren, um im Rahmen des Vertragsschlusses entweder diese Anforderungen als Projektvoraussetzungen zum Vertragsinhalt zu erheben oder bei Eintritt bestimmter Negativmerkmale den Ausstieg aus dem Vorhaben aufgrund einer bereits vertraglich vorgesehenen Kündigungsregelung zu ermöglichen. Es steht hierbei besonders im Vordergrund, ob aufgrund des Entwurfs und der Planung die Genehmigung überhaupt erreichbar ist und in welchem Zeitraum sowie mit welchen Auflagen sie erwirkt werden kann. Je nach Sachlage sind bereits bei Angebotsabgabe die einzelnen Stadien zu überprüfen und zu bewerten, um gegebenenfalls über Vertragsanpassungsklauseln hinsichtlich Preis, Bauzeit und Nutzungsdauer eintretende Folgen auch mit Blick auf die Rentabilität des Projekts zu kompensieren oder eine Vertragsaufhebung herbeizuführen. Eine vertragliche Kündigungsmöglichkeit kann besonders bei unvorhersehbaren, belastenden Genehmigungsauflagen und Entwurfsänderungen, aber auch bei einer unvorhersehbar langen Genehmigungsdauer von Bedeutung sein. Notwendig ist in diesem Zusammenhang immer eine Kompensationsregelung, nach der die entstandenen Kosten und – soweit sachlich gerechtfertigt – der entgangene Gewinn vom Konzessionsgeber getragen werden. Als Anlehnung kann hierbei der Selbstkostenerstattungsvertrag nach § 5 Nr. 3 VOB Teil A dienen, wenn mit der Kostenübernahmeregelung eine Definition von Zuschlägen (AGK, Wagnis und Gewinn) erfolgt. Denkbar wäre aber auch bei öffentlichen Vorhaben, möglichen Kostenerhöhungen aus solchen Umständen durch eine so genannte „Rückstellungsklausel für Unvorhergesehenes“ – contingency – Rechnung zu tragen, indem für den Eintritt zusätzlicher Anforderungen aufgrund unvorhersehbarer Umstände eine einmalige Eintritts- oder Zuschussverpflichtung der öffentlichen Hand in den Vertrag aufgenommen wird.

4. Ausführungsrisiken

Die Ausführungsrisiken bei Konzessions- und Betreibermodellen unterscheiden sich nicht wesentlich von denen anderer komplexer Großvorhaben. Durch die komplexe Struktur der Bauaufgabe, die Vielzahl der am Vorhaben Beteiligten und die dadurch entstehenden komplexen Leistungsbeziehungen sind differenzierte Vertragsformen zur Risikoteilung entstanden, die sich im Ansatz an der eingangs geschilderten gesetzlichen Risikoverteilung orientieren, diese für das Detail aber erheblich modifizieren. Die vollzogenen Veränderungen haben sich vornehmlich

unter dem Gesichtspunkt der Sachnähe und Fachkunde, aber auch aus dem Interesse einer effektiven Budgetkontrolle entwickelt. Sie gehen einher mit zum Teil deutlichen Aufgaben- und Leistungsverschiebungen weg vom Bauherrn und hin zum Unternehmer. Es haben sich vor allem bei Großvorhaben die funktional geprägten Vertragsformen des Total- und Generalübernehmervertrages sowie des Generalunternehmervertrages mit einer umfassenden und je nach Vertragsart abgestuften bzw. erweiterten Leistungsverpflichtung entwickelt, beginnend beim Entwurf über die Planung bis zur vollständigen und schlüsselfertigen Errichtung des Vorhabens. Die einzelnen Vertragsformen verbinden umfassende, funktionale Leistungs- und Risikozuweisungen mit Elementen der klassischen an der Vergütung orientierten Vertragsformen des Einheits- und Pauschalvertrages sowie der dem Pauschalvertrag angenäherten, aber auch mit Elementen des Selbstkostenerstattungsvertrages versehenen Sonderform des GMP-Vertrages.

Die rechtlichen Strukturen der baurechtlichen Leistungsverpflichtung des Konzessions- und Betreibermodells kommen denen des Total- und Generalübernehmervertrages mit einer Pauschalpreisvereinbarung sehr nahe. Verbunden mit einer Pauschal- oder Höchstpreisvereinbarung muss die Einhaltung der Baukosten bei vollständiger Erfüllung der Bauerrichtungsverpflichtung mit Blick auf die Finanzierung über Fremdkapital und spätere Nutzungsentgelte gewährleistet werden. Durch die Verknüpfung von Entwurf und Ausführung werden sowohl die Planungs- als auch die Leistungsseite nach außen durch den Konzessionär geprägt und die klassische Unterscheidung zwischen Bauberrenverantwortung und Unternehmerisiko aufgehoben. Für das klassische Nachtragsmanagement bei technisch notwendigen oder nutzungsbedingt erforderlichen Planänderungen ist hier schon strukturell kein Raum. Lediglich dort, wo durch Eingriffe des öffentlichen Auftrag- oder Konzessionsgebers in die Leistungs- und Nutzungsdefinitionen des Konzessions- und Betreibervertrages Veränderungen des Vorhabens erfolgen, die dessen Kostenstruktur und Wirtschaftlichkeit berühren, bestehen Möglichkeiten zur Vertragsanpassung. Dagegen führen Anordnungen des öffentlichen Auftrag- und Konzessionsgebers, die in Erfüllung der Gesetzmäßigkeit der auf den Konzessionär übertragenen öffentlichen Aufgaben erfolgen, auch bei damit verbundenen Leistungsänderungen nicht zu einer Veränderung der vertraglichen Leistungsbeziehungen⁷. Im Ergebnis kann man festhalten, dass mögliche Änderungen aus Auflagen oder der Nutzung zu keiner Entgeltanpassung führen, sei dies nun bei einem vereinbarten Mietzins oder einem Mautsystem.

Eine Ausnahme kann hier das Baugrundrisiko bilden. Mit Übertragung der Konzession und Betreiberverpflichtung geht dieses zwar im Rahmen der Bauerrichtungsverpflichtung auf den Konzessionär oder Betreiber über. Unabhängig von der Art des Vorhabens werden in aller Regel aber einzelne Bodenaufschlüsse vorliegen, die eine globale Definition der Bodenverhältnisse im Konzessions- und Betreibervertrag erlauben. Diese ist umso eher möglich, als es sich um ein räumlich begrenztes Vorhaben wie beispielsweise einen öffentlichen Hochbau handelt. Aber auch bei Infrastrukturvorhaben größeren Umfangs lassen sich die bewährten Erfahrungen aus den klassischen großen Strecken- und Tunnelbauvorhaben für

⁷ Vgl. KG Berlin BauR 2001, 407, 408 – im Anschluss an BGH.

die Gestaltung der Risikoverteilung in Konzessions- und Betreiberverträgen nutzbar machen. Denkbar sind aber auch Auffanglösungen über die oben bereits erwähnte „Rückstellungsklausel für Unvorhergesehenes“, um unvorhersehbare Kostensteigerungen durch Unwägbarkeiten im Baugrund, beispielsweise bei archäologischen Funden, transparent zu machen und zu kompensieren. Dies ist auch mit Blick auf spätere Nutzungsentgelte und die Rentabilität des Projekts zweckmäßig.

5. Betreiberisiken

Die Risiken aus der Betreiberverpflichtung sind vorhabenspezifisch zu unterscheiden. Es sind hierbei die jeweiligen Betreiberaufgaben zu analysieren und zu bewerten. Zum einen sind die Leistungen für die Unterhaltung des Vorhabens, insbesondere dessen Funktionstauglichkeit, zu berücksichtigen, zum anderen die Nutzung des Vorhabens und die Sicherung der Ertragssituation.

Bei Vorhaben mit gesicherter Ertragssituation, bspw. öffentlichen Gebäuden wie Rat- und Krankenhäuser oder Kläranlagen, stehen die leistungsspezifischen Gesichtspunkte der Unterhaltung im Vordergrund. Die damit zusammenhängenden Leistungen sind im Rahmen des Facility Managements und Anlagenbetriebs auch für ausführende Unternehmen zu erbringen. Auch bei klassischen Bauverträgen bleibt die Verantwortlichkeit des ausführenden Unternehmens insbesondere bei der technischen Gebäudeausrüstung durch Wartungsverträge über die Ausführung hinaus bestehen, teilweise wird sogar der Betrieb einzelner Anlagen (Heizung, Lüftung) durch den Hersteller übernommen⁸.

Bei Vorhaben, deren Finanzierung und Ertragssituation erst über die Nutzung und Vermarktung des Projekts gewonnen werden müssen, stehen dagegen die Vermarktungsaktivitäten des Projekts im Vordergrund des Betriebs, durch die das Projekt erst seinem eigentlichen Zweck zugeführt wird. Zu diesen Vorhaben zählen besonders die privatfinanzierten Freizeiteinrichtungen, wie Spaßbäder, oder Veranstaltungsstätten, z. B. Messe- und Veranstaltungshallen. Nur über eine entsprechende Attraktivität und Vermarktung können bei diesen Projekten die notwendigen Mittel für die Bewirtschaftung und Unterhaltung sowie für den Kapitaldienst erwirtschaftet werden. Diese Aktivitäten setzen spezifische Marktkenntnisse voraus und stehen im Mittelpunkt des Betriebs. Sie können anders als bei Projekten mit gesicherter Ertragssituation nicht über den klassischen Herstellungsprozess gewährleistet werden, sondern setzen davon deutlich abgehobene andere Marktkenntnisse und Aktivitäten voraus. Ausführende Unternehmen sollten hier nur dort im Rahmen eines Betriebs tätig werden, wo sie tatsächlich über das erforderliche Spezial-Know-How verfügen, sei dies nun bei Mautstraßen, Flughäfen oder Stadien/Arenen der Fall.

⁸ Noch weitergehend für ganze industrietechnische Anlagen, Norbert Klapper, Strategie für Betreibermodelle, FAZ vom 10.08.2002.

6. Finanzierungs- und Beteiligungsrisiken

Die Finanzierungs- und Beteiligungsseite ist bei Konzessions- und Betreibermodellen eng miteinander verbunden. Mit der Konzessionsvergabe ist Finanzierung des Vorhabens aus Eigen- und Fremdkapital zu gewährleisten. Für die ausführenden Unternehmen ist dies der an sich kritische Bereich⁹. Weder die Finanzierung noch die Beteiligung an Vorhaben, einschließlich Betrieb, gehören zum Kerngeschäft von Bauunternehmen und Anlagenbauern. Zwar haben sich hier besonders bei den Großfirmen und einzelnen mittelständischen Unternehmen in den letzten Jahren Spezialbereiche herausgebildet. Traditionell ist bei ausführenden Unternehmen der Baubranche und des Anlagenbaus aber das primäre Ziel die Errichtung des Bauvorhabens, gegebenenfalls mit seinen anlagentechnischen Komponenten.

Im Konzessions- und Betreibermodell stehen die langfristigen Bindungen über Nutzungs- und Unterhaltsverpflichtungen, Eigenkapital- und Fremdkapitalbeiträge im Vordergrund. Die effiziente und kostensparende Ausführung des Vorhabens ist hierbei eine wesentliche Voraussetzung der Ertragsfähigkeit des Vorhabens. Die Rentabilität des Vorhabens wird, soweit die Ertragsfähigkeit wie bei einzelnen Immobilienprojekten nicht schon bei Projektbeginn gesichert ist, wesentlich aber auch von der Platzierung im Markt bestimmt.

Die Finanzierung von Konzessions- und Betreibermodellen lässt sich sachgerecht nur in einer vorhabenbezogenen Projektgesellschaft darstellen. Anfängliche Überlegungen, Betreibermodelle auch als Teilbereiche eines ausführenden Unternehmens zu führen, haben sich durch die unmittelbare Verlagerung der Nutzungsrisiken auf die ausführenden Unternehmen als nicht geeignet erwiesen. Als Rechtsform der Projektgesellschaft hat sich insbesondere bei Großprojekten die GmbH & Co. KG durch ihre Vorteile der Haftungsbegrenzung, aber auch durch die Möglichkeit der Verlustzuweisung, weitgehend durchgesetzt¹⁰. Für reine Betriebs(führungs)gesellschaften ist dagegen die GmbH die verbreitete Rechtsform.

6.1 Risiken aus Eigen- und Fremdkapitalbeschaffung

Die Darstellung der Finanzierung ist für den langfristigen Erfolg des Vorhabens der entscheidende Punkt. Sie setzt sich aus den beiden Komponenten Eigenkapital und Fremdkapital zusammen. Das Eigenkapital ist vom Konzessionär zu leisten. Dieses ist im Rahmen der Kalkulation auch mit Blick auf die notwendigen Renditen zu berücksichtigen.

Die Fremdfinanzierung wird mit Blick auf die Projektstruktur über Kreditinstitute als reine Projektfinanzierung dargestellt. Sie muss sich aus dem Projekt heraus

⁹ Hierzu Joachim Hesse, Fragen der Projektfinanzierung aus Sicht des Anlagenerrichters, in: Nicklisch (Hrsg.), a. a. O., S. 31 ff.

¹⁰ Hierzu Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht-Steuern, Hrsg. von Wolf Müller / Burkhard Hense, München 1999, § 1 Rdn. 16 ff. und 22 ff. (Erle) m. w. Nw.

rechnen. Der Zins- und Schuldendienst muss über das Projekt erfüllbar sein. Dies setzt der Möglichkeit der Fremdfinanzierung Grenzen. Je nach Projektart und dem zu beurteilenden Wirtschaftlichkeitsrisiko ist der zur Risikodeckung erforderliche Eigenkapitalanteil zu ermitteln. Dabei kann die Relation zwischen Eigen- und Fremdkapital auch durch Zuschüsse der öffentlichen Hand verbessert und das Risiko der Rentabilität des Vorhabens verringert werden.

Abhängig von der Struktur der Eigenkapitalfinanzierung sind die auf das Eigenkapital getätigten Renditeversprechungen zu erfüllen. Diese Voraussetzung ist in allen Leistungsphasen des Vorhabens zu berücksichtigen. Die Eigenkapitalfinanzierung über Fondsmodelle dürfte auch bei entsprechenden Verlustzuweisungen nur bei sicheren Ertragsersparungen realisierbar sein. Aber auch eine direkte Beteiligung des Konzessionärs am Eigenkapital setzt notwendige Renditevorstellungen voraus. Dies gilt sowohl für Konzessions- oder Projektgesellschaften, an denen verschiedene Unternehmen beteiligt sind, als auch für Konzessions- oder Projektgesellschaften, die ausschließlich von einem Gesellschafter geprägt werden.

Unabhängig von der Projektgröße und Projektart ist es gerade für ausführende Unternehmen unabdingbar, sich für die Finanzierung den notwendigen externen Sachverstand zu verschaffen und in die Projektbearbeitung einzubinden. Dies ist heute weitgehend die übliche Praxis. Zum einen können hierdurch frühzeitig die Vorteile unterschiedlicher Finanzierungsmodelle bereits im Angebotsstadium des Projekts genutzt werden. Zum anderen können die aus Sicht der Finanziers identifizierbaren Risiken bereits in der Angebotsphase bzw. bei Abschluss des Konzessions- und Betreibervertrages berücksichtigt werden und müssen nicht über höhere Margen oder Abschläge nachträglich zu Lasten der Rentabilität des Vorhabens aufgefangen werden. Hierdurch wird die Kalkulationssicherheit auf der Ausführungs- wie auf der Finanzierungsseite gestärkt. Schließlich kann für den Fall des Scheiterns des Vorhabens die notwendige Kongruenz zwischen dem Konzessions- und Finanzierungsvertrag hergestellt werden. Auf die Handhabung der Finanzierungsfragen bei Großprojekten des Public Private Partnership haben sich die großen Investmentbanken ausgerichtet. Bei vor allem kleineren und kommunalen Projekten ist die Zusammenarbeit mit den Kreditinstituten in der Region gegebenenfalls unter Hinzuziehung des Know-hows spezifischer Förderbanken nahe liegend.

6.2 Haftungsrisiken aus der Beteiligung an der Konzessions- und Betreibergesellschaft

Bei den Haftungsrisiken aus der Beteiligung an Konzessions- und Betreibermodellen ist zwischen der Übernahme der einzelnen Leistungsrisiken durch die Beteiligung an dem Vorhaben und deren strukturellen Risiken zu unterscheiden. Der Fokus liegt hier auf der Phase bis zur Gründung der Projektgesellschaft und der Phase der Durchführung des Vorhabens durch die Projektgesellschaft.

Bei der Bewerbung um privatfinanzierte Vorhaben steht deren rechtliche Struktur in aller Regel noch nicht fest. Angebote für privatfinanzierte Vorhaben werden oft

mals zunächst ohne die angestrebte Begrenzung der Haftung auf die Projektgesellschaft angeboten. Der Bieter haftet sowohl für alle Leistungen bei der Errichtung des Vorhabens als auch für deren Finanzierung, einschließlich möglicher Nachschusspflichten. Erst in jüngster Zeit ist die Berücksichtigung der Haftungsbegrenzung bereits in der Ausschreibung wie beispw. bei der Strelasundquerung festzustellen, die ausdrücklich die Übernahme der Pflichten aus dem Konzessions- und Betreibervertrag durch die Konzessionsgesellschaft vorsieht. Die Entlastung des Bieters ist aber auch dort durch die sehr weitgehende Rückhaftung nicht erfolgt. Bleiben bei Bildung einer Projektgesellschaft die Leistungspflichten aus dem Gesamtprojekt für die Beteiligten bestehen, bietet die Beteiligung Privater indes nicht den damit in Verbindung stehenden Vorteil.

Die Wirtschaftlichkeit des Konzessions- und Betreibermodells insgesamt hängt wie auch bei anderen Varianten des Public Private Partnership eng mit dem Blick auf die Projekterträge des Vorhabens selbst zusammen. Eine mögliche Rückhaftung der Gesellschafter indes verstellt den Blick auf die notwendige Wirtschaftlichkeitsvoraussetzung eines Vorhabens, nämlich dessen Finanzierung über ein begrenztes Budget der aus Eigen- und Fremdmittel dargestellten Finanzierung. Die Wirtschaftlichkeitsvoraussetzungen lassen sich effektiv nur über das gemeinsame Ziel der Projektgesellschaft erzielen, indem sich die an dem Vorhaben beteiligten Gesellschafter einerseits dessen Wirtschaftlichkeitskriterien durch die Beteiligung an der Projektgesellschaft uneingeschränkt unterwerfen und die zwischen der Projektgesellschaft und den Gesellschaftern bestehenden Leistungsbeziehungen sich an diesem Gesamtziel orientieren und Leistungsverpflichtungen mit Blick auf das Gesamtvorhaben definiert werden. Andererseits dürfen für die beteiligten Unternehmen aber auch keine weitergehenden, unkalkulierbaren Haftungsrisiken als die tatsächlich übernommenen eingegangen werden. Die Rechtsform der GmbH bzw. GmbH & Co KG bietet durch die Haftungsbegrenzung des § 13 Abs. 2 GmbHG hierfür den notwendigen Rechtsrahmen. Die Sorge um einen möglichen Missbrauch der Rechtsform erscheint demgegenüber nicht durchgreifend. Bei der Vergabe der Konzession sind die Gesamtkosten des Vorhabens, dessen Gesteuerung und Finanzierung sowie dessen Unterhaltung und Betriebsführung zu überprüfen. Bei genauer Überprüfung müsste die sachgerechte und auskömmliche Kalkulation von der unauskömmlichen unterscheidbar sein. Ein wesentlicher Indikator stellt hierbei die Finanzierungsstruktur aus Eigen- und Fremdkapital dar. Im Weiteren bieten die Gesellschafterstruktur der Projektgesellschaft aus verschiedenen Bietern und gegebenenfalls der öffentlichen Hand¹¹, soweit Zuschüsse gewährt werden, und die zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern für die jeweiligen Leistungsbereiche zu schließenden Verträge die Gewähr, dass die Rechtsform nicht missbräuchlich genutzt wird.

Eine Möglichkeit zur Vorbeugung besteht in der Vereinbarung von Nachschusspflichten der Gesellschafter. Diese sollten zur Eingrenzung des wirtschaftlichen Risikos der Beteiligten, aber auch aus gesetzlichen Gründen (§ 27 GmbHG), der Höhe nach begrenzt sein. Denkbar wäre, eine solche Nachschusspflicht mit einer

¹¹ Zu den vergaberechtlichen Aspekten siehe Jochen Gröning, Public Private Partnership unter Zwängen des Vergabe-, Gemeindefinanz- und Wettbewerbsrechts, ZIP 2002, 497 ff.

Rückstellungsklausel für Unvorhergesehenes im Konzessions- und Betreibervertrag zu koppeln.

Im Weiteren führen eine unauskömmliche Kalkulation und Kapitaldeckung des Vorhabens bei notwendigen Kapitalzuführungen aus dem Gesellschafterkreis zur Anwendung der Grundsätze der eigenkapitalersetzenden Darlehen mit der Folge einer weiteren unmittelbaren Eintrittspflicht der an der Projektgesellschaft Beteiligten¹². Auch ist bei unzureichender Kapitaldeckung in der Krise eine Haftung der Gesellschafter nach den Grundsätzen der Haftung im faktischen Konzern nicht definitiv auszuschließen¹³.

Die Haftungsbegrenzung der GmbH stellt in diesem Zusammenhang ein geeignetes Mittel dar, Risiken aus Errichtung, Finanzierung und Betrieb abzuschotten. Bei Mehrpersonengesellschaften auf Projekt- und Betriebsebene ist jedoch der jeweilige Beteiligungsanteil am jeweiligen Leistungsanteil zu messen. Der Zwang zur notwendigen Eigenkapitalrendite der Gesellschaftereinlagen bietet dabei die Gewähr vor einem Missbrauch der Gesellschaftsform. Eine zusätzliche Sicherung kann hier aus Sicht der öffentlichen Hand gegebenenfalls in einer Minderheitsbeteiligung liegen.

7. Schlussfolgerungen

1. „Public Private Partnership“ bietet durch die Übertragung der Durchführung öffentlicher Aufgaben die Möglichkeit, den öffentlichen Investitionsstau zu bewältigen. Die Ausführung des Vorhabens in einer projektspezifischen Organisationsstruktur über eine Projekt- und Betriebsgesellschaft gewährleistet die Effizienz und Wirtschaftlichkeit des Vorhabens. Für ausführende Unternehmen ist eine Beteiligung bei entsprechendem Risikobewusstsein eine Möglichkeit, veränderten Marktanforderungen Rechnung zu tragen (Portfolio Management).
2. Für die Beteiligung von ausführenden Unternehmen an Modellen des Public Private Partnership kommt es maßgeblich darauf an, die mit dem Vorhaben verbundenen Risiken der Planung, Errichtung, Finanzierung und des Betriebs sachgerecht zwischen den Beteiligten zu verteilen. Dies gilt sowohl für das Verhältnis zwischen Konzessionsgeber und Konzessionär als auch das Verhältnis zwischen den auf der Ebene des Konzessionärs an der Projektgesellschaft Beteiligten. Maßstab für die Risikoverteilung muss jeweils die Sachnähe sein; je kompetenter das jeweils beteiligte Unternehmen mit den Einzelrisiken vertraut ist, desto eher besteht die Möglichkeit der Risikobeherrschung. Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung von Unternehmen an einer Konzessions-, Projekt- und Betriebsgesellschaft sollte sich an diesem Grundsatz orientieren.

¹² Siehe Emmerich, in: Scholz GmbHG, 9. Auflage 2000, § 13 Rdn. 81; Karsten Schmidt, in: Scholz GmbHG, a. a. O., § 32a, 32b, Rdn. 38 ff.

¹³ Siehe Karsten Schmidt, a. a. O., Anhang Konzernrecht Rdn. 96 ff.; Kölling, Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern, NZG 2000, 8 ff.

3. Baufirmen wie Anlagenbauer dürfen durch die Beteiligung an Konzessions- und Betreibermodellen nicht zusätzliche Risiken übernehmen, die außerhalb ihres Kerngeschäfts liegen. Für die Übernahme der Entwurfs- und Genehmigungsverantwortung und der Planung sowie der Errichtung des Vorhabens verfügen ausführende Unternehmen über das erforderliche Know-how, die damit verbundenen Risiken zu beherrschen.