
Kurzfassung: Leistungs-, Vergütungs- und Finanzierungsanpassungen bei PPP-Projekten im Hochbau (LVF-PPP)

Autoren:

- Thorsten Beckers (TU Berlin, WIP/CNI)
- Jirka Gehrt (TU Berlin, WIP)
- Jan Peter Klatt (TU Berlin, WIP)

Bei der Erstellung des Projektberichtes haben folgende Experten im Rahmen von Workshops mit uns zusammengearbeitet bzw. für Fachinterviews zur Verfügung gestanden:

- Bernd Kochendörfer (Professor für Bauwirtschaft und Baubetrieb an der Technischen Universität Berlin, ehemals außerdem Drees & Sommer)
- Martin Weber, Gisela Kramer und Silke Hess (PricewaterhouseCoopers)
- Peter Rambold (ehemals PwC, jetzt Dexia)
- Susanne Mertens und Henrik Baumann (HFK Rechtsanwälte Heiermann Franke Knipp)

Kurzfassung der Ergebnisse zum Projekt "Leistungs-, Vergütungs- und Finanzierungsanpassungen bei PPP-Projekten im Hochbau (LVF-PPP)"

Auftraggeber:

Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS)
im Rahmen der "Forschungsinitiative Zukunft Bau"

Projektbetreuung:

Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR)
(Aktenzeichen: Z 6 – 10.08.18.7-06.15 / II 4 – O 1557-221/7)

Die Verantwortung für den Inhalt liegt bei den Autoren.

1. Februar 2009

1 Ziel der Forschungsaufgabe

In Deutschland und international wird eine zunehmende Anzahl von Projekten im öffentlichen Hochbau nach dem so genannten „Public-Private-Partnership“-Ansatz („PPP“) realisiert. Bei einem PPP-Projekt überträgt die öffentliche Hand in einem langfristigen Vertrag einem privaten Unternehmen, dem so genannten „Betreiber“, die Aufgabe, ein Infrastrukturobjekt zu planen, zu bauen, zu erhalten, zu betreiben und gegebenenfalls nach Vertragsende zu verwerten. Bei der so genannten „konventionellen Beschaffung“ werden im Gegensatz dazu die Aufgaben auf den einzelnen Wertschöpfungsstufen in separaten, kurzfristigen Verträgen an private Anbieter vergeben bzw. durch die öffentliche Hand selbst durchgeführt.

PPP-Projekte haben typischerweise eine Vertragslaufzeit von 20 bis 35 Jahren. Wie auch in theoretischen ökonomischen Ansätzen herausgearbeitet wird, können die Vertragsparteien bei derartig langfristigen Vereinbarungen aufgrund ihrer beschränkten Rationalität und Voraussicht nicht alle Eventualitäten im ursprünglichen Vertrag berücksichtigen. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass während der Projektlaufzeit Anpassungen der ursprünglichen Vereinbarungen vorgenommen werden. Derartige Vertragsanpassungen werden aus ökonomischer Sicht als „Nachverhandlungen“ bezeichnet. Während die ökonomische Literatur vor allem Nachverhandlungen mit opportunistischen Motiven der Vertragsparteien thematisiert, werden in dieser Studie Nachverhandlungen betrachtet, die aufgrund nicht-opportunistischer Motive initiiert werden. Solche Nachverhandlungen können sowohl von der öffentlichen Hand als auch vom privaten Vertragspartner ausgehen.

Ziel der Studie ist es, die Bedeutung von Nachverhandlungen für den Projekterfolg bei PPP-Vorhaben herauszuarbeiten und Einflussfaktoren für deren Verlauf zu identifizieren. Der Fokus dieser Studie liegt auf der ökonomischen Analyse der Ausgestaltung vertraglicher Regeln zur Durchführung von Nachverhandlungen, was auch als vertragliches Nachverhandlungsdesign bezeichnet wird.

2 Durchführung der Forschungsaufgabe

Die Arbeiten zum Forschungsprojekt sind im Zeitraum Februar 2007 bis Dezember 2008 / Januar 2009 durchgeführt worden. Die ökonomische Analyse erfolgt auf Basis der Neuen Institutionenökonomik, wobei insbesondere auf die Vertragstheorie zurückgegriffen wird. Weiterhin werden auch empirische Ergebnisse berücksichtigt, die durch die Analyse von Verträgen (Musterverträge, Standardverträge, anonymisierte Projektvereinbarungen) sowie durch rund 35 Interviews bzw. Gesprächsrunden mit Projektverantwortlichen und PPP-Experten ermittelt wurden. Auf dieser Basis wird dargestellt, welche Nachverhandlungsregeln in aktuellen Projekten, insbesondere in Großbritannien und Deutschland, genutzt werden. Daneben gehen Erfahrungen aus Chile in die Studie ein.

3 Zusammenfassung der Ergebnisse

3.1 Bedeutung des vertraglichen Nachverhandlungsdesigns

Die theoretisch plausiblen Überlegungen zur Wahrscheinlichkeit von Nachverhandlungen in langfristigen Verträgen werden durch Erfahrungen in der Praxis bestätigt, wo Vertragsanpassungen in der Mehrzahl der untersuchten PPP-Projekte notwendig waren. Ein überwiegender Teil der Vertragsanpassungen beruht dabei auf veränderten Anforderungen der öffentlichen Hand, weshalb die adäquate Umsetzung derartiger Anpassungen den Schwerpunkt der Analysen in dieser Studie darstellt. Im Vergleich zum konventionellen Produktionsansatz werden geänderte Leistungsanforderungen der öffentlichen Hand bei PPP-Vorhaben tendenziell mit höheren Kosten einhergehen, insbesondere wenn – wie häufig in der Praxis – die Vergütung des Betreibers unter Berücksichtigung von Kostenschätzungen bzw. tatsächlich angefallenen Kosten festgelegt wird. Durch eine geeignete Ausgestaltung der vertraglichen Regeln zur Durchführung von Vertragsanpassungen bestehen Möglichkeiten, die Kostenunterschiede bei geänderten Leistungsanforderungen zwischen konventioneller Beschaffungsvariante und PPP-Ansatz zu verringern und damit die Flexibilität von PPP-Projekten zu erhöhen.

Neben vertraglichen Regeln zur Umsetzung von veränderten Leistungsanforderungen der öffentlichen Hand werden auch Optimierungspotenziale betrachtet, die durch den Betreiber identifiziert wurden. Sofern die Optimierung keinen Einfluss auf die Position der öffentlichen Hand hat, ist deren Einbindung nicht erforderlich. Wenn jedoch Vereinbarungen aus dem ursprünglichen Vertrag, z. B. Qualitätsvorgaben, berührt werden, ist eine Einbindung der öffentlichen Hand erforderlich. Die Analyse von Vertragsregeln zur Umsetzung solcher Optimierungen erfolgt anhand von so genannten Refinanzierungen, die eine Umstrukturierung der Finanzierungsstruktur eines Projekts darstellen.

3.2 Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse zu Nachverhandlungsregeln

3.2.1 Realwirtschaftliche Leistungsanpassungen auf Anforderung der öffentlichen Hand

Ein wesentliches Element der Nachverhandlungsregeln von PPP-Projekten ist ein Forderungsrecht des Auftraggebers. Dieses beinhaltet, dass sich der Auftragnehmer nur unter sehr restriktiven Bedingungen weigern darf, eine Anpassung umzusetzen. Die Diskussion von Nachverhandlungsregeln kann damit auf die Ermittlung einer adäquaten Vergütung reduziert werden. Das Vergütungs- bzw. Kompensationsniveau bei Nachverhandlungen sollte sich grundsätzlich an den Kosten bei effizienter Leistungserstellung orientieren.

Für die Vergütungsermittlung werden Nachverhandlungsregeln genutzt, die aus Prozess- und Kalkulationsregeln bestehen. Während Prozessregeln Anwendungsvoraussetzungen, Prozessschritte, Verantwortlichkeiten und gegebenenfalls Zeitvorgaben festlegen, definieren Kalkulationsregeln

Grundlagen für die Vergütungsermittlung. Prozess- und Kalkulationsregeln werden auf drei Nachverhandlungsstufen genutzt:

- **Anpassungsregeln:** Im Allgemeinen ist es effizient, differenzierte Anpassungsregeln in den Vertrag aufzunehmen, da die Vorteilhaftigkeit einzelner Klauseln von den Eigenschaften einer Anpassung (und der jeweiligen Umweltbedingungen) abhängen. Beispielsweise können in den ursprünglichen Vertrag Preise für Anpassungen bzw. Vorleistungsfaktoren aufgenommen werden, sofern die entsprechenden Positionen eine geringe Komplexität und Umweltunsicherheit aufweisen, mit geringen Risiken während Laufzeit und Implementierung verbunden sind sowie ein hinreichendes (erwartetes) Änderungsvolumen abdecken. Darüber hinaus können unter bestimmten Voraussetzungen Ausschreibungen oder Verhandlungen zwischen öffentlicher Hand und Betreiber unmittelbar vor der Anpassung sinnvoll sein. Ferner sollten in PPP-Verträge Regelungen zur Einbindung von Kapitalgebern in Leistungsanpassungen und zur Vergütung von Verwaltungskosten, die im Rahmen von Leistungsanpassungen anfallen, aufgenommen werden.
- **Streitbeilegung:** Sofern die Vertragsparteien auf der ersten Nachverhandlungsstufe nicht in der Lage sind, sich auf eine Vergütung für die Implementierung der Anpassung zu einigen, können auf der zweiten Stufe Streitbeilegungsmechanismen genutzt werden. In der Praxis werden projektinterne Verfahren mit so genannten „Alternative Streitbeilegungsmechanismen“ sowie Verfahren im Rahmen der allgemeinen Gerichtsbarkeit kombiniert, was als sinnvoll einzustufen ist.
- **Kündigung:** Als ultimatives Mittel im Nachverhandlungsprozess kann auf der dritten Stufe eine Kündigung ausgesprochen und damit das Projekt beendet werden. Häufig werden Kündigungsrechte als Bestandteil des vertraglichen Anreizsystems eingeordnet, mit dem die Vertragsparteien zu Erfüllung der vereinbarten Verpflichtungen angehalten werden sollen. Darüber hinaus kann die Vereinbarung eines einseitigen, unbedingten Kündigungsrechts der öffentlichen Hand sinnvoll sein, um auf veränderte Leistungsanforderungen während der Projektlaufzeit reagieren zu können. Als Kompensation für eine freie Kündigung der öffentlichen Hand sind die risikoadäquat diskontierten ausstehenden Cashflows vorzusehen. Ferner sind angemessene Vertragsauflösungskosten des Betreibers, vom Betreiber finanzierte Leistungsanpassungen sowie der aktuelle Zustand der Infrastruktur im Kündigungszeitpunkt in der Kompensation zu berücksichtigen. Wesentliche Parameter zur Ermittlung der Kündigungskompensation sollten im ursprünglichen Vertrag festgelegt werden. Des Weiteren kann es sinnvoll sein, für einzelne Stichtage während der Projektlaufzeit eine Kompensation bereits im ursprünglichen Vertrag festzulegen.

Während Anpassungsregeln in der Praxis häufig verwendet werden, werden Streitbeilegungsmechanismen selten und Kündigungsklauseln nur im Ausnahmefall genutzt. Dennoch ist das Design der nachgelagerten Nachverhandlungsstufen wichtig, da die Projektparteien bei ihren Entscheidungen auf den ersten Stufen die Ausgestaltung von Klauseln berücksichtigen, die in der Folge potenziell

verwendet werden könnten. Das Gesamtsystem der Nachverhandlungsregeln sollte im Übrigen ein adäquates Maß an Klarheit, Detailliertheit und Vollständigkeit aufweisen.

3.2.2 Refinanzierungen als Optimierung des Betreibers

Eine Refinanzierung ist eine Veränderung der Finanzierungsstruktur eines Projekts unter Beibehaltung der (realwirtschaftlichen) Vereinbarungen zwischen öffentlicher Hand und Betreiber. Sie stellt zunächst ein Optimierungspotenzial des Betreibers dar, mit der er seine Beschaffungskosten für finanzwirtschaftliche Leistungen senkt. Eine Refinanzierung hat aber auch Auswirkungen auf die Position der öffentlichen Hand im Projekt, da sie mit einer Veränderung der Flexibilität der Finanzierungsstruktur und einer Beeinträchtigung der Reputation der Kapitalgeber einhergehen kann. Insofern sind Zustimmungsrechte der öffentlichen Hand zu einer Refinanzierung gerechtfertigt. Eine Teilung der aus der Refinanzierung resultierenden Gewinne erscheint insbesondere für potenzielle Flexibilitätsverluste sinnvoll. Eine allgemeingültige Aussage zur Höhe der Beteiligung der öffentlichen Hand kann aus ökonomischer Sicht nicht abgeleitet werden. Eine einfache Teilungsregel für idealtypische Refinanzierungen kann jedoch aufgrund von Transaktionskostenüberlegungen sinnvoll sein. Falls die langfristigen Kostenwirkungen einer Refinanzierung die kurzfristigen Vorteile übersteigen, sollte eine Refinanzierung nicht durchgeführt werden.

3.3 Entwicklungsstand im internationalen Vergleich

Die typischerweise genutzten Nachverhandlungsregeln weisen in den im Rahmen dieser Studie betrachteten Märkten einen unterschiedlichen Entwicklungsstand auf. Dabei ist es theoretisch plausibel und empirisch zu beobachten, dass Vertragsregeln mit zunehmenden Erfahrungen in einem Markt weiterentwickelt werden. In Großbritannien, wo der PPP-Ansatz schon seit Anfang der 1990er Jahre genutzt wird, wurden viele der oben herausgearbeiteten Empfehlungen zur Gestaltung von Nachverhandlungsregeln umgesetzt. In Chile werden viele Nacherhandlungsklauseln und insbesondere Preise für Bedarfspositionen durch die öffentliche Hand vorgegeben, was in Anbetracht der Nutzung des PPP-Ansatzes vor allem im Straßenbereich als sinnvoll eingestuft werden kann. Auch in den Nachverhandlungsregeln, die in deutschen Projekten verwendet werden, kann (in Teilbereichen) eine Weiterentwicklung beobachtet werden. Beispielsweise werden partiell Ausschreibungsrechte für Leistungsanpassungen, vereinzelt auch freie Kündigungsrechte der öffentlichen Hand vereinbart. Ein systematischerer Einsatz von Nachverhandlungsklauseln ist aber denkbar.

3.4 Handlungsempfehlungen

Für zukünftige PPP-Projekte in Deutschland kann insbesondere empfohlen werden, dass Anpassungsregeln nach den Charakteristika des Leistungsgegenstands und seiner Umwelt differenziert werden. Ferner sollten Vereinbarungen zum Umgang mit Verwaltungskosten des Betreibers und zur Einbeziehung von Kapitalgebern getroffen werden. Schließlich sollte die Vereinbarung von freien Kündigungsrechten der öffentlichen Hand in Betracht gezogen werden.

Die projektübergreifende Programmebene kann die adäquate Umsetzung von Projekten nach dem PPP-Ansatz unterstützen. Insbesondere kann die zentrale Bereitstellung von Standardklauseln empfohlen werden. Im Hinblick auf die im Rahmen dieser Studie betrachteten Nachverhandlungsvereinbarungen scheinen Kündigungs- und Streitbeilegungsklauseln gut standardisierbar, während bei Anpassungsregeln keine allgemeingültige Standardregel vorgegeben, aber Empfehlungen zur Nutzung bestimmter Anpassungsklauseln entwickelt werden können.

Für die Erarbeitung von in der Praxis nutzbaren, konkreten Vertragsklauseln auf Basis der Ergebnisse dieser Studie ist das Wissen von Experten unterschiedlicher Disziplinen erforderlich. Für ein adäquates Vertragsdesign sollte ökonomische und juristische Expertise zusammengeführt werden, insbesondere im Hinblick auf die angemessene Gestaltung von Kalkulationsregeln sind des Weiteren technische bzw. ingenieurwissenschaftliche Experten einzubinden.