

Fritz Nicklisch (Hrsg.)

Öffentlich-private Großprojekte

Sonderdruck

Alexander Loos

Heidelberger Kolloquium
Technologie und Recht 2004



Verlag C.H. Beck

Vertragsrechtliche Stabilisatoren für langfristige PPP-Projekte

– Eine Betrachtung der erfolgreichen wasserwirtschaftlichen PPP-Projekte Rostock und Goslar und des vorzeitig abgebrochenen Projektes Potsdam –

Dr. Alexander Loos, Düsseldorf

Gliederung

1. Einleitung
2. Die Stabilisatoren
 - 2.1 Stabilisator: „Kalkulatorische Reserve“
 - 2.2 Stabilisator: „Vertrauensträger/Vermittler“
 - 2.3 Stabilisator: „Keine Prämie für außerordentliche Kündigung“
3. Die betrachteten Modelle
 - 3.1 Rostock
 - 3.2 Goslar
 - 3.3 Potsdam
4. Vergleich der Modelle
5. Fazit

1. Einleitung

PPP-Projekte regeln typischerweise Großinvestitionen zu Beginn des Vertragsverhältnisses und deren langfristige Amortisierung während der Vertragsdauer, so dass diese typischerweise mit 20 und mehr Jahren fest vereinbart wird. Ob das Vertragsverhältnis diese Zeitspanne überdauert, hängt im Wesentlichen davon ab, ob die Parteien ihre vertraglichen Leistungen fortlaufend an die sich ändernden Rahmenbedingungen anpassen können, oder ob mangels einer solchen Anpassung eine frustrierte Partei auf den vorzeitigen Abbruch des Vertrages hinwirkt. Solche Anpassungen werden beispielsweise erforderlich durch Änderungen des Ver- und Entsorgungsgebietes, durch Änderungen der gesetzlichen Standards, insbesondere für die Entsorgung, durch die Änderung der Kostenfaktoren, die bei Vertragsbeginn für die Kalkulation des Entgeltes des Privaten maßgeblich waren und typischerweise auch durch die Inflation.

Die Städte Rostock (1992), Goslar (1996) und Potsdam (1998) haben sämtlich mit demselben Vertragspartner unter Anwendung desselben Vertrags-Know-hows und einer nahezu gleichen Betriebsführungstechnik ihre Abwasserentsorgung auf Pri-

vate übertragen. In allen drei Fällen standen am Anfang große Investitionen für die Errichtung/Modernisierung der Kläranlagen. Trotz dieser Parallelen ist das Vertragsverhältnis Potsdam vorzeitig abgebrochen worden, während die Projekte Rostock und Goslar inzwischen zahlreiche Vertragsanpassungen erfolgreich überdauert haben.

Häufig scheitern Privatisierungen schon in den ersten beiden Vertragsjahren, weil die Parteien feststellen, dass die Anfangsinvestitionen durch den Privaten nicht in der erwarteten Zeit oder nicht zu den budgetierten Kosten sachgerecht durchgeführt werden. Bei den drei Projekten, die ich Ihnen vorstellen möchte, sind diese Anfangsinvestitionen für Klärwerkskapazitäten einwandfrei abgearbeitet worden, und zwar in allen Fällen vorzeitig, ohne vollständige Ausschöpfung der budgetierten Beträge und mit dem Erfolg, dass die erhoffte Klärkapazität zur Verfügung stand. Gleichwohl haben die Vertragsverhältnisse Rostock und Goslar sich als stabil erwiesen, während das Vertragsverhältnis Potsdam nach dem Ende des zweiten Vertragsjahres außerordentlich fristlos durch den kommunalen Auftraggeber gekündigt worden ist als eine Preisanpassung, nämlich eine Erhöhung des Arbeitspreises (also nicht der Grundgebühren) verhandelt werden sollte.

Ich werde versuchen zu zeigen, dass in allen drei Vertragsprojekten dieselben Stabilisatoren eingesetzt werden sollten, um den Vertrag anpassungsfähig und trotz ständiger Änderung der Rahmenbedingung überlebensfähig zu machen.

2. Die Stabilisatoren

Um die Wirkungsweise der „Stabilisatoren“ zu verstehen, die in die Vertragsdokumentation eingearbeitet werden, um das Vertragsverhältnis stabil zu halten, obwohl es nahezu jährlich angepasst werden muss, darf ich zunächst die Perspektive des Privaten verdeutlichen und ihr dann die Perspektive des öffentlichen Auftraggebers gegenüberstellen, so wie sich dies für den privaten Betreiber bei Anbahnung des Vertragsverhältnisses darstellte:

Die Anpassungsbereitschaft des Privaten beruht prinzipiell (in Priorität nach Reihenfolge ihrer Aufzählung) auf

- der Entwicklung des Marktpreises, gemessen an örtlichen Gestehungskosten;
- dem Aufwand, den ein Partnerwechsel, gleich durch welchen Vertragsteil initiiert, als Veränderungshemmnis auslösen würde;
- dem Aufwand, der sich für die Abwicklung des Alt-Vertrages ergibt, z. B. durch Schadensersatzansprüche als Sanktion oder durch Einsparungen als „Prämie“.

Aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers sieht diese Motivationsreihe anders aus. Die Entscheidungsträger auf Seiten des kommunalen Auftraggebers sind typischerweise Träger politischer Wahlmandate. Für sie sind maßgeblich

- ein zeitlicher oder sachlicher Zusammenhang mit dem politischen Machterhalt (z. B. wenn Wahlen bevorstehen);

- die politischen Auswirkungen einer eventuellen Neuregelung, wenn man z. B. auf einen anderen privaten Betreiber überwechselt oder den Betrieb wieder in eigene Hände nimmt;
- die budgetären Auswirkungen auf den Kommunalhaushalt, wenn es zu einem Bruch kommt, Schadensersatzansprüche zu regulieren sind und das Vertragsverhältnis abgewickelt wird.

Um die daraus sich ergebenden Diskrepanzen des wechselseitigen Kompromissbedürfnisses zu überbrücken sind vorsorglich Stabilisatoren eingesetzt worden:

2.1 Stabilisator: „Kalkulatorische Reserve“

Wenn die Entwicklung des Marktpreises, insbesondere des Kostendrucks den Privaten zur Anpassung zwingt, die politische Führungsspitze des kommunalen Auftraggebers aber eine zeitgerechte Anpassung nicht zugestehen kann, weil sie fürchtet dadurch Nachteile in bevorstehenden politischen Wahlen zu haben, muss der Private die Anpassung verschieben können – dies geht nur, wenn er eine kalkulatorische Reserve hat, die sein kommunaler Vertragspartner nicht kennt, die dem Privaten aber die Möglichkeit lässt, eine Preiserhöhung aufzuschieben.

2.2 Stabilisator: „Vertrauensträger/Vermittler“

Um den Aufwand für einen Wechsel des Vertragspartners bei vorzeitigem Abbruch einschätzen zu können, brauchen beide Seiten sachkundige Berater, die in der Lage sind, eine realistische Differenzhypothese auszuarbeiten. Auch auf Seiten der kommunalen Auftraggeber gibt es solche Sachkompetenz durch externe Berater. Deren Vergütung ist, jedenfalls für ihren dauerhaften Einsatz, nach den Maßstäben der Kommunen zu teuer. Um hier sachgerechtes Einschätzungsvermögen vorzuhalten, empfiehlt es sich, einen qualifizierten kommunalen Experten während der gesamten Laufzeit des Projektes kontinuierlich informiert und interessiert zu halten, damit er als Vertrauensträger der Kommune eine realistische Differenzhypothese entwickeln und gegebenenfalls einem vorzeitigen Vertragsabbruch entgegen wirken kann.

2.3 Stabilisator: „Keine Prämie für außerordentliche Kündigung“

Nach Abbruch des Vertragsverhältnisses ergeben sich Lasten oder Vorteile aus der Abwicklung des Vertragsverhältnisses. Demjenigen, der als Erster zur außerordentlichen fristlosen Kündigung Zuflucht nimmt, darf keine Prämie zufallen, etwa weil der Vertrag eine solche außerordentliche Kündigung für ihn mit besonderen Vorteilen versieht – wir kennen solche „Arbeitsbeschaffungsprogramme“ für Juristen beispielsweise in Gestalt des § 89b HGB, bei dem der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters entfällt, wenn das vertretene Unternehmen außerordentlich

kündigt; unsere Gerichte haben deshalb in einer unnötig großen Zahl von Fällen mit vorgeblichen außerordentlichen Kündigungen zu tun.

3. Die betrachteten Modelle

3.1 Rostock

Der Vertrag wurde auf 25 Jahre mit automatischer Verlängerung um jeweils 5 Jahre geschlossen und hatte die folgende Struktur: Die Hansestadt Rostock und ihre Umlandgemeinden hatten sich zu dem Warnow Wasser- und Abwasserverband zusammengeschlossen, dem die technischen Anlagen gehörten und auch heute noch während der gesamten Vertragsdauer zustehen. Der Investor gründete eine Betreiber-GmbH, die das Personal des Verbandes aufgrund eines Personalüberleitungsvertrages übernahm. Das Investitions- und Ausbauprogramm wurde in einem eigens dafür geschlossenen Investitions- und Ausbauplan vereinbart, und für die dauernde Betriebsführung für sämtliche Anlagen gab es einen Betreibervertrag.

Zur Anpassung des Vertrages auf veränderte Rahmenbedingungen, sei es der Versorgungsgebiete oder der Kostenfaktoren, gab es einen Vertragsbeirat, der paritätisch durch den Privaten und den Öffentlichen besetzt wurde und der bei Meinungsverschiedenheiten (unverbindlich) vermitteln sollte. Die Finanzierung erfolgte durch ein Bankenkonsortium zunächst als Projektfinanzierung, inzwischen ist sie umgestellt auf Forfaitierung. Das Inkasso der Entgelte erfolgte durch den Privaten im Namen des Verbandes gegenüber den Bürgern.

Die Entwicklung der Entgelte war in einer Preiskurve vereinbart. Die Preiskurve enthielt eine dem Öffentlichen nicht bekannte Kalkulationsreserve, die es dem Privaten ermöglichte, für eine beträchtliche Zeitdauer auf Anpassungen der Entgelte zu verzichten, sie jedenfalls aber aufzuschieben.

Ob der Vertrag vorzeitig abgebrochen wurde oder ordentlich zum Ende der Vertragslaufzeit endete, machte für die wechselseitig vereinbarten Abwicklungsleistungen fast keinen Unterschied. Wäre es wegen Vertragsbruchs eines Teils zu einer außerordentlichen Kündigung gekommen, hätte sich die vereinbarte Mindestverzinsung des vom Privaten eingesetzten Kapitals in Höhe einer Zinsfunktion von 2% jährlich verändert, höchstens jedoch um € 10 Millionen. Bei einem Investitionsvolumen, das mit € 480 Millionen angenommen wurde, als der Vertrag begann, ist das nur ein geringer Vorteil für den Teil, der als Erster kündigt.

3.2 Goslar

1995 beschloss die Stadt Goslar ihr Abwassersystem zu privatisieren, weil sie vor erheblichem Aufwand für neue Anlagen stand. Sie entschloss sich zu einem Kooperationsmodell, bei dem eine gemeinsame Betriebsführungsgesellschaft, die mehrheitlich im Eigentum der Stadt Goslar stehen sollte und deren Geschäftsführung mehr-

heitlich durch den privaten Investor gestellt wurde, die Wasserentsorgungsanlagen von der Stadt durch Kauf erwarb und gegen ein langfristig vereinbartes Entgelt betrieb. Diese gemeinsame Gesellschaft war eine reine Besitzgesellschaft. Sie hielt die wasserwirtschaftlichen Anlagen und ließ diese durch eine rein private Betriebsführungsgesellschaft bewirtschaften. Das Personal, das zuvor in Diensten der Stadt gewesen ist, wurde durch die private Betriebsführungsgesellschaft übernommen. Der Kaufpreis, den die Besitzgesellschaft an die Stadt Goslar gezahlt hatte, wurde durch Forfaitierung ihrer Entgeltansprüche, die sie gegenüber der Stadt Goslar hatte, finanziert. Wäre das Vertragsverhältnis vorzeitig abgebrochen worden, hätte die Trennung in der Weise stattgefunden, dass der Investor und die Betriebsführungs-GmbH nicht mehr an dem Geschehen beteiligt gewesen wären und die Stadt Goslar das Personal aus der Betriebsführungs-GmbH zurückgenommen hätte.

3.3 Potsdam

Die Abwasseranlagen der Stadt Potsdam waren bereits durch formale Privatisierung in eine Wasserbetriebe-GmbH ausgelagert, die zu 100 % der Kommune gehörte. Die Investoren erwarben durch eine dazu gegründete Akquisitions-GmbH die Wasserbetriebe-GmbH. Die Akquisitions-GmbH sollte später mit der Wasserbetriebe-GmbH verschmolzen werden. Die Stadt übernahm 51 % des verschmolzenen Unternehmens und übertrug als Sacheinlage die Anlagen auf dieses Unternehmen. Sodann beauftragte die Stadt Potsdam die gemeinsame Besitz- und Betreibergesellschaft mit der Fernentsorgung für die Wasserwirtschaft, und diese gemeinsame Besitz- und Betreibergesellschaft delegierte die Betriebsführungsaufgaben an eine rein private Tochter der Investoren.

Der Kaufpreis für die Anlagen und Gesellschaftsanteile der gemeinsamen Besitz- und Betriebsführungsgesellschaft BBP-GmbH wurden finanziert durch Forfaitierung der Fernentsorgungsentgelte der BBP-GmbH an eine Bank.

Im Falle eines vorzeitigen Vertragsabbruches blieb also wie beim Modell Goslar das entgeltliche Vertragsverhältnis, das die Basis der Forfaitierung bildete, unverändert erhalten, und lediglich der Private, auf den die Betriebsführungsfunktion delegiert war, wäre aus der Struktur ausgeschieden.

4. Vergleich der Modelle

Für die Klärung von Meinungsverschiedenheiten (auch bei Entgeltanpassungen) war im PPP Goslar der paritätisch von Privaten und Öffentlichen gleich stark besetzte Aufsichtsrat der gemeinsamen Besitzgesellschaft als (unverbindlicher) Schlichter vorgesehen. Im PPP Potsdam gab es eine Koordinierungsstelle, in der die Stadt den Stichentscheid hatte und die bei Meinungsverschiedenheiten **verbindliche** Regelungen treffen konnte, ausgenommen solche mit finanziellen Auswirkungen auf Vergütung oder Kosten des Privaten – dann blieb nur der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten.

Ein Blick auf die „Stabilisatoren“, die ich eingangs genannt habe, zeigt in der Vertragsanbahnung keinerlei Unterschied: Alle drei Projekte hatten eine kalkulatorische Reserve, die in dem Preisanteil für die Sanierung der Altanlagen enthalten war, also von durchaus änderbarer Geschwindigkeit der Modernisierungsarbeiten abhing.

In allen drei Projekten war jeweils ein Vertrauensträger der Kommune mit hoher Qualifikation in der Wasserwirtschaft bereits in einem frühen Verhandlungsstadium ermittelt worden. Dieser war sowohl im Spitzenmanagement der kommunalen Auftraggeberseite tätig, als auch an prominenter Stelle in dem Aufsichtsrat, der Koordinierungsstelle oder dem Vertragsbeirat.

Für den vorzeitigen Vertragsabbruch gab es bei den Modellen Rostock und Goslar nahezu keine nennenswerte Prämie für den Vertragsteil, der als erster zu einer außerordentlichen Kündigung Zuflucht nehmen konnte: In beiden Fällen hatte die kommunale Seite dem Privaten eine garantierte Mindestverzinsung seines Kapitaleinsatzes zu ersetzen, und zwar für die gesamte in Aussicht genommene Vertragslaufzeit. In diesem Punkt war die Regelung für die Auflösung des Vertrages Potsdam weniger stabilisierend, denn dort war für die Übernahme der 49%-igen Minderheitsbeteiligung an der gemeinsamen Besitzgesellschaft eine Abfindung des aus wichtigem Grunde ausscheidenden Gesellschafters zu Buchwerten vorgesehen. Dieser Stabilisator fehlte also in Potsdam.

Die Verträge Rostock und Potsdam begannen mit Verzögerungen, die in Rostock auf Reststrukturen der früheren DDR zurückzuführen waren und darauf, dass bei ersten Bauarbeiten für ein Klärwerk vor Vertragsschluss erhebliche Havarien an Großbauwerken eingetreten waren, die erheblichen Beschleunigungsaufwand erforderten.

In Potsdam führte der verzögerte Beginn des Vertragsverhältnisses dazu, dass ein Teil des Privatisierungserlöses, nämlich 22 Millionen Euro, im kommunalen Haushalt des Jahres 1997 verplant waren, aber durch die Verzögerung des Vertragsschlusses nicht verfügbar waren. Der Private musste daraufhin für mehrere Monate eine Anzahlung im Umfang von 22 Millionen Euro aufbringen, ohne dass er ein Vertragsverhältnis hatte. Die dadurch entstehenden Kosten verringerten die kalkulatorische Reserve erheblich. Während man in Rostock die kalkulatorische Reserve durch einvernehmliche Kürzung des Investitions- und Ausbauprogrammes wiederherstellen konnte, gelang dies in Potsdam nicht. Somit fehlte auch der Stabilisator, dass man Preisanpassungen weiter aufschieben konnte.

Schließlich kam hinzu, dass der Vertrauensträger der Stadt Potsdam, ein in jeder Hinsicht redlicher und untadeliger Beamter unbegründet in Verdacht geriet, er habe bei der Anbahnung des Vertragsverhältnisses unter dem Einfluss des seinerzeitigen Stadtkämmerers gestanden, der wegen Korruptionsverdachts im Zusammenhang mit anderen Projekten mehrere Monate in Untersuchungshaft gekommen war. Das führte zu einem Vertrauensverlust bei den Entscheidungsträgern der Stadt und als schließlich die SPD im Land Brandenburg beschloss, den Oberbürgermeister von Potsdam zum Nachfolger des Ministerpräsidenten Stolpe zu wählen, galt dieser ungeklärte Verdacht als Hypothek für die politische Zukunft

des künftigen Ministerpräsidenten, so dass die Mehrheit im Stadtrat daran interessiert war, das Vertragsverhältnis in der einen oder anderen Hinsicht so zu klären, dass weitere Verdachtsgründe nicht aufkommen konnten. Damit waren für Potsdam im Frühjahr 2000 sämtliche Stabilisatoren entfallen: Der prominenteste sachkundige Vertrauensträger der Stadt für Wasserwirtschaft galt (vorübergehend) nicht mehr als integer, die kalkulatorische Reserve war aufgebraucht und für den Fall eines vorzeitigen Vertragsabbruches konnte die Stadt Potsdam hoffen (wenn sie einen wichtigen Kündigungsgrund hätte darlegen können), die Abfindung des Privaten wesentlich zu verringern.

Daher ist erklärlich, dass anlässlich der zweiten Preisanpassung, die im Frühjahr des Jahres 2000 erörtert wurde, sich der kommunale Auftraggeber zu einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung entschloss. Der private Betreiber verzichtete auf eine Klage und einigte sich mit der Stadt auf eine Abgeltung seiner Ansprüche. Für die Kommune ein teurer Abschied von dem Vertragsverhältnis, denn einen Grund zur außerordentlichen Kündigung hatte es nicht gegeben. Der Private erhielt ein Drittel seines kalkulatorischen Gewinns aus 20 Vertragsjahren.

5. Fazit

Wenn einer der drei Stabilisatoren entfällt, bleibt das Vertragsverhältnis zunächst noch stabil. Entfällt auch ein zweiter Stabilisator, ist das Vertragsverhältnis bei der geringsten Beanspruchung gefährdet. Die PPP-Projekte Rostock und Goslar haben inzwischen mehr als ein halbes Dutzend Preisanpassungen überdauert, Änderungen des Versorgungsgebietes sind in vollem gegenseitigen Verständnis ausgehandelt worden und die Vertrauensträger der Kommune sitzen an den Schaltstellen der Koordinierungsgremien, so dass sie der Kommune ein realistisches Bild zu Alternativen vermitteln können. Ich habe den Eindruck, dass die kommunale Seite in Rostock und Goslar ganz bewusst die kalkulatorischen Reserven und die Schlüsselfunktionen der persönlichen Vertrauensträger akzeptiert, so dass sich die Stabilisatoren dort nicht nur bewährt haben, sondern auch bewusste Akzeptanz finden.