

Risikogeschäft ÖPP – Der Ratgeber der Weltbank zu Verträgen für öffentlich-private Partnerschaften

Markus Henn, Dezember 2020

Zusammenfassung

Verträge zwischen Staaten und privaten Unternehmen zum langfristigen Betrieb zentraler Infrastrukturen, sogenannte „öffentlich-private Partnerschaften“ (ÖPP), haben sich in den letzten Jahrzehnten etabliert. Auch die Weltbank setzt stark auf dieses Modell. Dies, obwohl die Projekte häufig nicht halten, was versprochen wird, und nicht selten große Probleme auftreten. Seit 2015 hat die Weltbank einen speziellen Ratgeber mit Musterbestimmungen für ÖPP-Verträge entwickelt. Dieser soll die öffentliche Hand beraten, ist aber im Wesentlichen so geschrieben, dass die Interessen der Privaten deutlich stärker zur Geltung kommen als die der öffentlichen Seite. Die Privaten sollen starke Ansprüche auf Entschädigungen haben und diese über ausländische Gerichte oder internationale Investor-Staat-Streitverfahren einklagen können. Zu den „Risiken“, die Entschädigungen nach sich ziehen kann, zählen viele Maßnahmen der öffentlichen Hand wie Lizenzvergaben oder zahlreiche Rechtsänderungen. Der Staat soll praktisch auch immer haften, wenn ein unvorhergesehenes Ereignis wie eine Naturkatastrophe oder sogar bestimmte Streiks eintreten. Zwar hat die neueste Version des Ratgebers von 2019 ein paar Verbesserungen gebracht, zum Beispiel zur Rückgabe der Infrastruktur. Dennoch bleibt der Schutz legitimer öffentlicher Maßnahmen marginal gegenüber dem Schutz des Profitinteresses der Privaten.

Inhaltsverzeichnis

Öffentlich-private Partnerschaften.....	2
Deutschland und internationale ÖPP.....	4
Der Weltbank-Ratgeber für ÖPP-Verträge.....	6
Höhere Gewalt.....	7
Erheblich schädliches Regierungshandeln.....	8
Rechtsänderungen.....	9
Vertraulichkeit und Transparenz.....	10
Finanzierungsänderungen.....	11
Geltendes Recht und Streitbeilegung.....	11
Kündigungsereignisse und Kündigungszahlungen.....	13
Eintrittsrechte.....	14
Rückgabe der Anlagen.....	14
Fazit.....	15

Öffentlich-private Partnerschaften

Die Entwicklungspolitik setzt in den letzten Jahrzehnten verstärkt auf privates Kapital, selbst zur Bereitstellung existenziell wichtiger Dienste. In den Nachhaltigen Entwicklungszielen der Vereinten Nationen spielen Partnerschaften des Staats mit dem privaten Sektor eine zentrale Rolle (Ziel 17). Entsprechend wurde auf dem G20-Gipfel in Riad im November 2020 die Bedeutung privater Partner besonders für Infrastruktur betont¹ und ein Bericht zur Zusammenarbeit mit institutionellen Investoren und Anlageverwaltern begrüßt.² Ein Punkt von vielen in diesem Bericht ist die Entwicklung eines Rahmens für „öffentlich-private Partnerschaften“ (ÖPP).

ÖPP sind langfristige Verträge zwischen dem Staat und privaten Firmen, meist zum Bau oder der Renovierung sowie zum späteren Erhalt und Betrieb einer Infrastruktur. Dabei geht es vor allem um die Bereiche Energie, Transport, Wasser und Telekommunikation. Aber auch Schulen, Krankenhäuser oder Gefängnisse gibt es als ÖPP.

Von einer Privatisierung unterscheiden sich ÖPP vor allem durch den – trotz der Langfristigkeit – be-

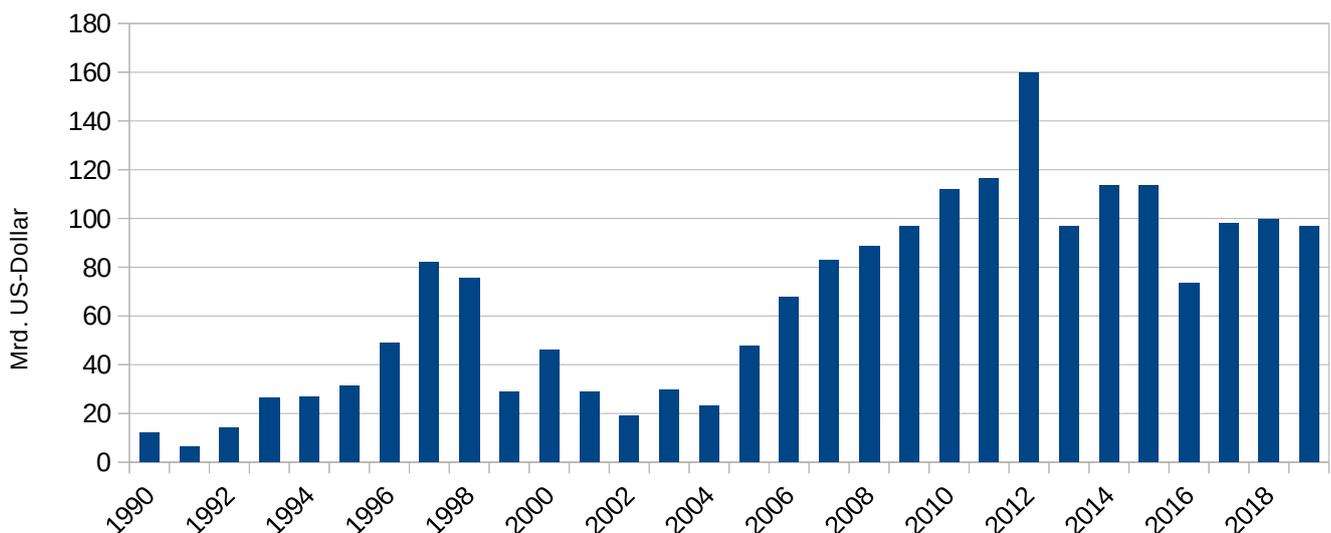
grenzten Zeitraum und das in der Regel fehlende Eigentum der Privaten an der Infrastruktur. ÖPP sind aber nicht anderes als Privatisierung auf Zeit.

Die Entwicklung von ÖPP in den letzten Jahrzehnten folgt keinem klaren Trend, jedoch haben sie ein erhebliches Volumen. 2019 waren es laut Weltbank-Daten rund 97 Mrd. US-Dollar, der Spitzenwert wurde aber 2012 mit gut 160 Mrd. US-Dollar erreicht (siehe Grafik).

Mit ÖPP sollen theoretisch für den Staat und die Bürger/innen Kosten eingespart werden, bei besserer oder mindestens gleich guter Leistung. Risiken sollen auf den privaten Partner und die öffentliche Hand verteilt werden. Finanziert werden ÖPP entweder durch Zahlungen der öffentlichen Hand an den privaten Partner oder durch Gebühren für die Nutzer, die direkt an den privaten Partner gehen. Die Verträge sind sehr häufig geheim oder höchstens geschwärzt veröffentlicht.

In der Realität hat sich herausgestellt, dass ÖPP häufig ihre Versprechen nicht erfüllen und nicht selten große Probleme mit sich bringen.³ Besonders deutlich wird dies in Großbritannien, einem Land mit sehr langer und großer ÖPP-Erfahrung. Dort ist das Parlament in den letzten Jahren immer

Grafik: Umfang der ÖPP-Projekte in Schwellen- und Entwicklungsländern (Quelle: Weltbank)



¹ <http://www.g20.utoronto.ca/2020/2020-g20-leaders-declaration-1121.html>.

² OECD/G20: G20/OECD Report on the Collaboration with Institutional Investors and Asset Managers on Infrastructure: INVESTOR PROPOSALS AND THE WAY FORWARD. Juli 2020. <http://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/Collaboration-with-Institutional-Investors-and-Asset-Managers-on-Infrastructure.pdf>.

³ Für einen Überblick siehe Gemeingut in BürgerInnenhand: Vier Hauptpunkte der Diskussion zu PPP Faktenblatt Nr. 12 zum Handbuch PPP. Dezember 2013. https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2011/12/FB-12-PPP-Vier-Hauptpunkte-der-Diskussion_mit_Netzwerk_Selbsthilfe_Logo.pdf.

wieder zu dem Schluss gekommen, dass die Vorteile von ÖPP nicht belegt sind und damit nur Schulden verdeckt werden.⁴

Der Europäische Rechnungshof hat 2018 in einer umfangreichen Analyse von ÖPP-Projekten in vier EU-Staaten gravierende Defizite festgestellt, zum Beispiel was die Kosten angeht.⁵ In den Jahren zuvor hatten schon die deutschen Rechnungshöfe (Bund und Länder) wiederholt in Stellungnahmen geäußert, dass die Kostenvorteile von ÖPP nicht belegt seien.⁶ Verdeckte Schulden kritisiert der Internationale Währungsfonds.⁷ Dessen Vizedirektor Mark Flanagan äußerte 2019 sogar: „Ich würde mich nicht trauen zu sagen, dass ÖPP eine Lösung für die Finanzierungslücke der Entwicklungsländer sind.“⁸

Das europäische Netzwerk Eurodad und die europäische Dienstleistungsgewerkschaft EPSU haben auf viele Risiken von ÖPP hingewiesen.⁹ Eurodad hat eine Sammlung von Fallstudien aus der ganzen Welt veröffentlicht, darunter zum Tata Mundra Ultra Mega Power Project (Indien), zum Queen Mamohato Memorial Hospital (Lesotho) und zum International Airport of Chinchero – Cuzco (Peru).¹⁰

⁴ Zum Beispiel: House of Commons Treasury Committee: Private Finance Initiative – Seventeenth Report of Session 2010–12. <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtrasy/1146/1146.pdf>.

⁵ European Court of Auditors: Public Private Partnerships in the EU: Widespread shortcomings and limited benefits. Special report 09/2018. https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_09/SR_PP_P_EN.pdf.

⁶ Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder (Hg.): Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten. Wiesbaden 14.09.2011. http://www.landesrechnungshof-sh.de/file/erfahrungsbericht_oepp.pdf. Weitere Beispiele: Gemeingut in BürgerInnenhand: PPP im Visier der Rechnungshöfe. Faktenblatt Nr. 2 zum Handbuch PPP, Kurzfassung. Oktober 2011. https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2013/08/FB-02-PPP-Rechnungsh%C3%B6fe-Kurzfassung_BS_Logo.pdf.

⁷ Timothy C Irwin / Samah Mazraani / Sandeep Saxena: How to Control the Fiscal Costs of Public-Private Partnerships. IMF How To Note 18/04, 16.10.2018. <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2018/10/17/How-to-Control-the-Fiscal-Costs-of-Public-Private-Partnerships-46294>.

⁸ Konferenz „Risikogeschäft Öffentlich-Private Partnerschaften“, 10.09.2019, <https://www.youtube.com/watch?v=fNHQb9bqzgl>.

⁹ María José Romero: What lies beneath? A critical assessment of PPPs and their impact on sustainable development. Eurodad, 2015. <https://eurodad.org/files/pdf/55cb59060d9d4.pdf>. Jane Lethbridge / Pippa Gallop: Why public-private partnerships (PPPs) are still not delivering. Commissioned by EPSU and Eurodad. December 2020. https://d3n8a8pro7vhmxc.cloudfront.net/eurodad/pages/1912/attachments/original/1607952619/PPPs_EN.pdf?1607952619.

¹⁰ History Repeated: How Public Private Partnerships are failing. A report coordinated by Eurodad, October 2018. <https://eurodad.org/files/pdf/1546956-history-repeated-how-public-private-partnerships-are-failing-.pdf>.

Auch in der wissenschaftlichen Forschung ist eine früher eher privatisierungsfreundliche Sichtweise einer oft differenzierten bis teils privatisierungskritischen Sichtweise gewichen. Eine systematische Auswertung zu Wasserprivatisierung kam schon vor über zehn Jahren zu dem Schluss, die Überlegenheit privater Betreiber sei nicht erwiesen.¹¹ Forscher aus Großbritannien haben harsche Kritiken an ÖPP verfasst, so David Hall¹² von der Universität Greenwich. Professor Dexter Whitfield hat gezeigt, dass Anteile an britischen ÖPP inzwischen zur Mehrheit bei Fonds in Niedrigsteuereändern liegen.¹³ In Deutschland hat sich insbesondere der Betriebswirt und Rektor der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Professor Holger Mühlenkamp kritisch zu ÖPP geäußert. Auch er weist besonders auf die versteckten Schulden hin, die mit ÖPP verbunden sind, und darauf, dass ÖPP bei der Finanzierung zwangsläufig teurer seien als öffentliche Projekte.¹⁴ Der malaysische Professor und frühere UN-Vizegeneralsekretär Jomo Kwame Sundaram hat ÖPP scharf kritisiert.¹⁵ Eine Metastudie stellte 2019 fest: „Die internationale Literatur lässt annehmen, dass ÖPP im Schnitt bei gleichem ‚Wert fürs Geld‘ teurer sind als konventionelle Beschaffung.“¹⁶ Eine andere – in einer Zeitschrift der Weltbank – kam zu dem Schluss, es sei nicht länger klar, dass private Firmen immer besser als öffentliche geführt würden.¹⁷

¹¹ Germà Bela / Mildred Warner: Does privatization of solid waste and water services reduce costs? A review of empirical studies. Resources, Conservation and Recycling 52 (2008), S. 1337–1348. http://www.ub.edu/gim/articles%20web/2008/4_belwarner_RCR.pdf.

¹² David Hall: Why Public Private Partnerships don't work. The many advantages of the public alternative. Public Services International Research Unit, Februar 2015. <http://www.psiu.org/sites/default/files/2015-03-PPP-WhyPPPsDontworkEng.pdf>.

¹³ Dexter Whitfield: The financial commodification of public infrastructure: The growth of offshore PFI/PPP secondary market infrastructure fund. ESSU Research Report No. 8, Oktober 2016. <https://www.european-services-strategy.org.uk/wp-content/uploads/2017/01/financial-commodification-public-infrastructure.pdf>.

¹⁴ Eine gute Zusammenfassung seiner Kritik liefert Mühlenkamp in: Replik auf den Beitrag von Gernot Sieg und Berthold U. Wigger. ifo Schnelldienst 5/2019, 72. Jahrgang, 07.03.2019. <https://www.ifo.de/DocDL/sd-2019-05-muehlenkamp-replik-sieg-wigger-2019-03-07.pdf>.

¹⁵ Jomo Kwame Sundaram / Anis Chowdhury: World Bank urges governments to guarantee private profits. Third World Network Info Service on Finance and Development, Nov 20/05. <https://twn.my/title2/finance/2020/fi201105.htm>.

¹⁶ Ole Helby Petersen: Evaluating the Cost, Quality, and Value for Money of Infrastructure Public-Private Partnerships: A Systematic Literature Review. Annals of Public and Cooperative Economics 90(2), 27.02.2019. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/apce.12243>.

¹⁷ James Leigland: Public-Private Partnerships in Developing Countries: The Emerging Evidence-based Critique. The World Bank Research Observer 33(1), February 2018, Pages 103–134. <https://academic.oup.com/wbro/article/33/1/103/4951689>.

Vor diesem Hintergrund haben sich viele zivilgesellschaftliche Organisationen 2018 in einem Manifest an die Weltbank gegen ÖPP ausgesprochen.¹⁸

Deutschland und internationale ÖPP

Deutsche Entwicklungsbanken wie die *KfW* und ihr Tochterunternehmen *DEG* sind mindestens in drei große Infrastruktur-ÖPP in Entwicklungsländern involviert. Die *KfW* ist beteiligt an der Finanzierung des Hafens Santos (Brasilien)¹⁹, die *DEG* an der des Flughafens Tirana International Airport (Albanien).²⁰

Ein drittes Projekt, soll genauer betrachtet werden, nämlich der Staudamm Bujagali am Victoriasee in Uganda. Dieser wird von *KfW* und *DEG* mit Krediten von 59 Mio. US-Dollar und von der Weltbank mit 130 Mio. US-Dollar mitfinanziert, bei einer Gesamtfinanzierung von 903 Mio. US-Dollar.²¹ Der 2012 eröffnete Damm hat die Stromversorgung stark erhöht sowie stabiler und schadstoffärmer gemacht. Er wurde aber erst nach einer langen und skandalösen Baugeschichte eröffnet.²² Ein erstes Konsortium scheiterte an einer Korruptionsaffäre, mit Rücktritt eines Weltbankdirektors. Das zweite Konsortium hatte neben *KfW* und Weltbank als Kreditgebern eine Tochter des US-Großfonds *Blackstone* als Eigenkapitalgeber. Durch den Bau des Damms und der Stromleitungen wurde ein Wildfluss zerstört, es waren fast 14.000 Menschen betroffen und es kam zu acht Beschwerden bei der Weltbank wegen Umsiedlungen, Arbeitsrechtsverletzungen und anderem.²³ Diesen Beschwerden wurde zum Teil stattgegeben, doch die Umsetzung der Weltbank-Ent-

Tabelle: Internationale ÖPP deutscher Firmen (Quelle: Weltbank)

Firma	Land	Projekt
Fraport	China	Xi'an Yianyang International Airport
	Senegal	Dakar Blaise Digne International Airport (gekündigt)
	Peru	Lima Jorge Chavez Airport
	Philippinen	Manila Ninoy Aquino International Airport
	Indien	Indira Ghandi International Airport
Hochtief	Albanien	Tirana International Airport
	Argentinien	Rosario – Victoria Bridge
Siemens	Argentinien	Empresa de Energia de Catamarca (annulliert)
	China	Hanfeng Power Plant
	China	Hainan Island – Yangpu Power Project
	India	Bangalore International Airport
	Indonesien	PT Jawa Power
	Mexiko	Cuernavaca Wastewater Project
	Marokko	Tahaddart Power Station
	Mosambik	Energia de Mocambique
	Pakistan	Rousch Independent
	Usbekistan	Udinet
	RWE	China
China		Zaija Water Supply Project
China		Changchun Wastewater Project
China		Qitaihe Water Project
China		Da Chang Water Treatment Plant
China		Duzhou CWC Water Company
Malaysia		Kelantan Water Supply
E.on		Brasilien
	Brasilien	Porto do Pecem I Power Plant
	Brasilien	Porto do Pecem I Power Plant
	Brasilien	Itaqui Power Plant
	Brasilien	MPX Taua Energia Solar
	Brasilien	Parnaiba Geracao de Energia (Parnaiba I)
	Brasilien	Maranhao II Thermal Power Plant (Parnaiba II)
	Südafrika	PN Energy
Volkswagen	Brasilien	Anhanguera Small Power Plant
Lufthansa	China	Shaihang-Pudong Airport Cargo Terminal
Deutsche Telekom	Indonesien	PT Satelindo Palapa Indonesia (annulliert)
	Malaysia	Celcom (annulliert)
	Mosambik	Telcomunicacoes Moveis de Mocambique (TMV)

scheidungen erfolgte bis heute nur bedingt. So stellte der Weltbank-Ombudsmann 2018 fest, die Weltbanktochter IFC habe "nicht sichergestellt [...], dass Landbesitzer und Arbeiter so wie von den Leistungsstandards der IFC vorgesehen entschädigt wurden."²⁴ Im monitoring-Bericht vom Mai 2020 wurden weiterhin Defizite moniert.²⁵

Wie üblich ist der ÖPP-Vertrag geheim, aber es ist bekannt, dass sich die Regierung zu einer 30-jährigen Stromabnahme zu fixen Preisen verpflichtet hat. Der hohe Garantiepreis hat dazu geführt, dass entgegen aller Ankündigungen Strom seit der Inbetriebnahme des Damms im Schnitt teurer geworden ist. Der ugandische Präsident Yoweri Museveni kritisiert deshalb in den letzten Jahren ÖPP.

¹⁸ <https://eurodad.org/files/pdf/5c619c37bda7e.pdf>.

¹⁹ [https://www.kfw-ipex-bank.de/International-financing/KfW-IPEX-Bank/Business-sectors/Transport-and-Social-Infrastructure-\(PPP\)/Harbours](https://www.kfw-ipex-bank.de/International-financing/KfW-IPEX-Bank/Business-sectors/Transport-and-Social-Infrastructure-(PPP)/Harbours).

²⁰ <https://ppi.worldbank.org/snapshots/project/tirana-international-airport-concession-3605>

²¹ Zahlen laut internen Unterlagen der afrikanischen Entwicklungsbank.

²² Markus Henn: Der Bujagali-Damm in Uganda: Was bringt das KfW/DEG-kofinanzierte ÖPP-Projekt. Präsentation, 19.03.2018. https://www2.weed-online.org/uploads/vortrag_19032018_ppp_bujagali_dam.pdf.

²³ http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=230 und

http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=172.

²⁴ Sophie Edwards: World Bank refinancing of Uganda's Bujagali hydropower scheme under the spotlight. Devex, 21.02.2018. <https://www.devex.com/news/world-bank-refinancing-of-uganda-s-bujagali-hydropower-scheme-under-the-spotlight-92132>.

²⁵ Übersetzung des Verfassers. http://www.cao-ombudsman.org/cases/document-links/documents/CAOComplianceMonitoringReport_Bujagali_May2020_002.pdf.



ÖPP-Damm Bujagali in Uganda (c) Paul Grover / Alamy

2018 meinte er, diese seien „verantwortlich für die teure Energie im Land“²⁶, und erneuerte diese Kritik auch dieses Jahr.²⁷ Natürlich muss man die Aussage eines autoritären Langzeit-Präsidenten mit Vorsicht genießen, aber eine so starke Distanzierung von einem Projekt, das Museveni lange befürwortet hat, bleibt bemerkenswert. Wegen Zahlungsschwierigkeiten Ugandas musste der Kredit im März 2018 gestreckt werden. Im Juli 2018 stieg dann *Blackstone* aus und verkaufte seinen Anteil mit einem satten Gewinn an ein norwegisches Staatsunternehmen namens *SN Power*: Der Verkaufspreis lag bei 277 Mio. US-Dollar, was bei ursprünglichen 110 Mio. US-Dollar Eigenkapital von *Blackstone* – vorbehaltlich getätigter Investitionen – einer Rendite von bis zu 252 Prozent entspricht.

Deutsche Konzerne sind in zahlreiche internationale ÖPP involviert, insbesondere *Fraport*, *RWE*, *E.on* und *Siemens* (siehe Tabelle). Wie problematisch so ein Projekt sein kann, zeigt der neue Hauptstadtflughafen in Dakar (Senegal)²⁸, den ursprünglich *Fraport* betreiben sollte, bevor die Firma 2016 vor Fertigstellung des Flughafens aus dem Projekt ausstieg. Zuvor hatte es starke Verzögerungen und Probleme beim Bau des Flughafens gegeben. Der bei der Entscheidung über das Projekt zuständige Transportminister Karim Wade, Sohn des damaligen Präsidenten, wurde 2015 im Senegal wegen Bestechlichkeit zu sechs Jahren Gefängnis verurteilt, zusammen mit einigen Geschäftsleuten, die auch im Kontakt mit *Fraport* wa-

²⁶ Alon Mwesigwa: Museveni: 'Bujagali deal was hidden from me'. *The Observer*, 23.02.2018. <https://observer.ug/news/headlines/57016-museveni-bujagali-deal-was-hidden-from-me>. Übersetzung des Verfassers.

²⁷ Moses Walubiri: Museveni regrets Bujagali financing mechanism. *New Vision*, 26.01.2020. <https://www.newvision.co.ug/news/1514023/museveni-regrets-bujagali-financing-mechanism>.

²⁸ Vgl. zum Folgenden: ÖPP-Flughafen in Dakar: Korruption durch Fraport? - WEED Infoblatt, April 2018. https://www2.weed-online.org/uploads/infoblatt_dakar_flughafen.pdf.

ren. 2018 wurde bekannt, dass – wohl deshalb – in Frankfurt gegen *Fraport* wegen Bestechung ermittelt wurde. Das Verfahren wurde zwar im November 2020 aus Mangel an Beweisen eingestellt.²⁹ Allerdings dürfte es für die hessische Staatsanwaltschaft auch schwer gewesen sein, die komplexen Verbindungen über Schattenfinanzplätze zu ermitteln, um die es in dem Fall ging. Denn *Fraport* investierte unter anderem über eine Briefkastenfirma in Luxemburg in den Flughafen.

Die Weltbank und ÖPP

Privatisierungen sind schon lange ein Element der Weltbank-Arbeit. Sie waren eine der Säulen des „Washington Consensus“ der 1980er und 90er Jahre, welcher die mit Krediten verbundenen „Strukturanpassungsmaßnahmen“ bestimmte. Neben vollen Privatisierungen gab es auch damals zahlreiche ÖPP, zum Beispiel in Form von langfristigen Konzessionen für die Wasserversorgung.

In jüngster Zeit berät die Weltbank die G20 bei ihrer Arbeit zu Infrastruktur, bei der es auch stark um ÖPP geht. 2014 haben die G20 den Global Infrastructure Hub³⁰ gegründet, der mindestens bis 2022 aktiv sein soll. Argentinien legte während seiner G20-Präsidentschaft 2018 einen Schwerpunkt auf die Schaffung eines „neuen Marktes für Infrastruktur“. Eine Arbeitsgruppe zu dem Thema verfasste unter anderem „Prinzipien für die Vorbereitungsphase von Infrastrukturprojekten“³¹ und einen „Fahrplan für Infrastruktur als Anlageklasse“³². Beraten wurden die G20 dabei von einer von Argentinien eingerichteten „Private Sector Advisory Group“. Diese war so bankenlastig, dass sogar andere G20-Staaten protestiert haben sollen. Jüngst gab es den schon eingangs erwähnten Bericht zu institutionellen Investoren und Anlageverwaltungen.

Die Beratungsarbeit der Weltbank zu ÖPP geht viel weiter zurück: Schon 1999 kam es zur Gründung

²⁹ Martin Mehringer: Staatsanwaltschaft stellt Ermittlungen gegen Fraport ein. *Manager Magazin*, 30.11.2020. <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/fraport-staatsanwaltschaft-stellt-ermittlungen-wegen-bestechung-im-senegal-ein-a-dac4c3f5-8290-41e4-b997-784741d44320>.

³⁰ <https://www.gihub.org>.

³¹ http://www.g20.utoronto.ca/2018/principles_for_infrastructure_project_preparation.pdf. Übersetzung des Verfassers.

³² http://www.oecd.org/g20/roadmap_to_infrastructure_as_an_asset_class_argentina_presidency_1_0.pdf. Übersetzung des Verfassers.

der Private Infrastructure Advisory Facility (PPI-AF).³³ Später kamen unter anderem ein ÖPP-Rechtszentrum³⁴, ein ÖPP-Wissensspeicher³⁵, eine Übersicht zu Infrastruktur-Regulierung³⁶ sowie eine ÖPP-Datenbank.³⁷

Der Weltbank-Ratgeber für ÖPP-Verträge

2015 veröffentlichte die Weltbank erstmals einen Ratgeber zu ÖPP-Vertragsbestimmungen („Guidance on PPP Contractual Provisions“), der Musterbestimmungen mit ausführlichen Erklärungen enthält. Dieser wurde 2017³⁸ sowie 2019³⁹ überarbeitet und wird im Folgenden ausführlich vorgestellt. Die deutschen Zitate sind dabei alle vom Verfasser aus dem englischen Original übersetzt.

Der Ratgeber leitet damit ein, dass er weitgehend von der internationalen Anwaltsfirma *Allen & Overy*⁴⁰ erstellt wurde, aufbauend auf Vorarbeiten einer anderen internationalen Anwaltsfirma, *Gide Loyrette Nouel*.⁴¹ *Allen & Overy* ist kein unabhängiger Autor, denn die Firma war alleine in Deutschland mehrmals Berater von Banken bei großen ÖPP-Projekten. Dazu gehören Autobahnabschnitte bei A10/A24⁴², A94⁴³ und A1⁴⁴ sowie die *Tank und Rast*.⁴⁵

³³ <https://ppiaf.org>.

³⁴ <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership>. Übersetzung des Verfassers.

³⁵ <https://pppknowledgelab.org>. Übersetzung des Verfassers.

³⁶ <http://regulationbodyofknowledge.org>. Übersetzung des Verfassers.

³⁷ <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership> und <http://ppi.worldbank.org>.

³⁸ https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Guidance_%20PPP_Contractual_Provisions_EN_2017.pdf.

³⁹ https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Guidance_on_PPP_Contractual_Provisions_EN_2019_edition.pdf.

⁴⁰ <http://www.allenoverly.com>.

⁴¹ <https://www.gide.com/en>.

⁴² <http://www.allenoverly.com/news/de-de/articles/Pages/Allen--Overy-ber%C3%A4t-Banken-und-Investoren-bei-Finanzierung-des-%C3%96PP-Projekts-A-10A-24-zwischen-AS-Neuruppin-und-AD-Pankow.asp>.

⁴³ <http://www.allenoverly.com/news/de-de/articles/Pages/Allen--Overy-ber%C3%A4t-Banken-bei-der-Finanzierung-des-%C3%96PP-Projekts-A-94-zwischen-Forstinning-und-Marktl.aspx>.

⁴⁴ <http://www.allenoverly.com/news/de-de/articles/Pages/Advising-syndicate-of-banks-on-financing-of-biggest-A-model-PPP-in-Germany-.aspx>.

⁴⁵ <http://www.allenoverly.com/news/de-de/articles/Pages/Allen--Overy-ber%C3%A4t-finanzierende-Banken-bei-Refinanzierung-der-Autobahn-Tank--Rast-Gruppe-in-H%C3%B6he-von-1,7-Milliarden-Euro.aspx>.

Entsprechend liest sich der Ratgeber: Häufig wird das Interesse der privaten Firmen betont und darauf Bezug genommen, was ein ÖPP-Vertrag „typischerweise“ beinhalte und was die „Marktpraxis“ sei. Von Abweichungen davon wird regelmäßig mit dem Verweis darauf abgeraten, das Projekt sei dann nicht mehr finanzierbar (wörtlich heißt es meist „bankable“). Dies ist insofern ein Problem als der Ratgeber sich erklärtermaßen an die Behörden der öffentlichen Hand richtet. Eigentlich sollte er also diese Behörden dabei beraten, ihre Interessen in ÖPP-Projekten und –Verträgen bestmöglich zu vertreten. Durch den Bezug zur Marktpraxis wird aber von vorneherein das Interesse der privaten Partner in das Kalkül der öffentlichen Seite hineingedacht. Selbst wenn die öffentliche Hand die Interessen der privaten Seite verstehen und am Ende eine Einigung erzielen muss, ist ihr sicherlich nicht damit gedient, das private Interesse zu ihrem eigenen zu machen. Doch genau diese Tendenz zieht sich durch den gesamten Ratgeber.

Nach wiederholter Kritik von Nichtregierungsorganisationen und der US-Kanzlei *Foley Hoag*⁴⁶ wurden in der neuen Ausgabe von 2019 einige Punkte verbessert sowie neue Teile zu Umwelt- und Sozialaspekten und Klimaschutz aufgenommen. Auch wurden Kapitel wie zur Rücknahme von Infrastrukturen eingeführt, die das Interesse der öffentlichen Hand stärken. Die Frage ist aber, ob dies den Grundcharakter des Ratgebers verändert hat oder nicht.

In der neuesten Ausgabe betont der Ratgeber, dass mit ihm keine Vorentscheidung für ÖPP verbunden sei, diese müsse vorher stattfinden. Dennoch werden ÖPP weiterhin in einer kurzen Bewertung sehr positiv dargestellt: Mit ÖPP ließen sich die Kosten ohne Qualitätsverlust reduzieren, der Bau beschleunigen und private Expertise nutzbar machen. Dass dies in der Realität so nicht stimmt, wurde eingangs verdeutlicht.

Mehrmals wird im Einleitungsteil auf die große Komplexität von ÖPP hingewiesen, weshalb man „umfangreiche Sorgfaltsmaßnahmen“ ergreifen müsse – natürlich beraten von Experten wie eben

⁴⁶ *Foley Hoag LLP / Heinrich Böll Stiftung / International Institute for Sustainable Development / The Observatory for Sustainable Infrastructure (2019): JointSubmission to the World Bank on the Draft 2019 Guidance on PPP Contractual Provisions, 30.04.2019.* https://us.boell.org/sites/default/files/joint_submission_iisd_foley_hoag_osi_hbs_final.pdf.

Allen & Overy. Es stellt sich auch deshalb die Frage, wie unabhängig die Expertise dieser Firma sein kann, wenn sie diesen Ratgeber verfasst.

Wichtig ist dem Ratgeber das Thema Risiko: Der private Partner trage einen signifikanten Teil der Risiken. Zugleich wird eingestanden, dass es aus Sicht der öffentlichen Hand ein „schwieriger Balanceakt“ sei, zu gewährleisten, dass ein Projekt noch finanzierbar bleibt, und zugleich dem Druck zu widerstehen, mehr Risiken als nötig zu übernehmen.

Für ÖPP in Schwellen- und Entwicklungsländern wird generell das Risiko höher eingeschätzt und damit auch die Notwendigkeit, als öffentliche Hand mehr davon zu übernehmen. Auch wenn dies im Einzelfall zutreffend sein mag, wird hier ein sehr pauschales Urteil gefällt. Dieses macht ÖPP gerade für ärmere Länder besonders teurer und stellt den entwicklungspolitischen Nutzen infrage.

Der Ratgeber stellt nach den einleitenden Bemerkungen eine Reihe Vertragsbestimmungen mit Erläuterungen und konkreten Mustertexten vor. Diese werden im folgenden dargestellt und kommentiert.

Höhere Gewalt

Unter „höherer Gewalt“ („Force Majeur“) versteht der Ratgeber Ereignisse, die „jenseits der Kontrolle der Vertragspartner“ sind und es „für eine Vertragspartei unmöglich machen, alle oder wesentliche Teile der vertraglichen Verpflichtungen einzuhalten“ (1.1.1). Auch wenn die entsprechenden Bestimmungen typischerweise beidseitig gelten würden, sei die betroffene Seite „sehr wahrscheinlich“ die private (1.1.2). Diese Aussage ist auch nicht überraschend, weil es ja im Wesentlichen der Private ist, der eine konkrete Leistung erbringen muss, die öffentliche Seite gibt nur Geld. Solange der Staat nicht ganz pleite ist, ist er im Prinzip zahlungsfähig.

Allerdings kann die öffentliche Hand durchaus in eine Situation jenseits ihrer Kontrolle geraten, die ihr die Einhaltung bestimmter Verpflichtungen unmöglich macht, zum Beispiel im Fall einer schweren Wirtschaftskrise wie 2001 in Argentinien. Hier pochten private Unternehmen aber mit aller juristischen Macht darauf, ihre Zahlungen zu erhalten,

unter anderem vor internationalen Schiedsstellen, die ihnen teils auch Recht gaben.

Jedenfalls hält der Ratgeber fest, es gebe „keinen absolut richtigen oder falschen Ansatz“ dabei, mit höherer Gewalt umzugehen, es komme weiterhin darauf an, dass die Risiken der Partei zugeordnet werden, die sie „am besten kontrollieren und/oder verwalten könne“ (1.1.3). Diese Aussage widerspricht allerdings der zuvor aufgestellten Definition, dass es um Ereignisse gehe, die „jenseits der Kontrolle“ der beiden Vertragsparteien seien.

Dieser Widerspruch löst sich aber leicht auf, wenn man die Frage stellt, wem das alles nutzt: Im Wesentlichen geht es darum, die private Seite in solchen Fällen von ihrer Verantwortung zu befreien und schadlos zu halten, während die öffentliche Seite das Risiko und die Kosten tragen soll.

Der Ratgeber stellt zu diesem Zwecke zwei Mustervarianten einer Vertragsbestimmung „Höhere Gewalt“ vor: Eine Variante hat eine allgemeine Definition mit einer langen, beispielhaften Liste an Ereignissen, bei denen zusätzlich die „Vorhersehbarkeit“ zu prüfen ist. Die andere Variante arbeitet mit einer kurzen, abschließenden Liste ohne weitere Bedingungen.

Die beispielhafte Liste der Ereignisse „höherer Gewalt“ enthält zunächst Ereignisse wie Naturkatastrophen. Danach folgen viele Ereignisse, die durchaus Folge menschlichen Handelns sind: Epidemien, Kontaminierungen, (Bürger-)Krieg, Terrorismus, Sabotage, Rebellionen, Revolutionen oder Aufstände. Wobei Sabotage durchaus auch eine konkrete Reaktion auf das Projekt sein könnte. In weiteren Beispielen wird noch unklarer, ob das Ereignis wirklich jenseits der Kontrolle und Vorhersehung des privaten Partners liegt, z.B. „Feuer“ und „Explosionen“. Im Einzelfall wird die private Seite wohl versuchen, auch klar selbst verschuldete Unfälle als nicht vorhersehbar und kontrollierbar einzustufen. Bedenklich in der Liste ist in diesem Zusammenhang insbesondere das Ereignis „allgemeine Arbeitsstörung wie Boykotte, Streiks und Ausschließungen, Langsamarbeit, Besetzung von Fabriken und Anlagen“, wobei Ereignisse angenommen sind, die nur das ÖPP-Projekt direkt betreffen. Trotz dieser Einschränkung wird hier der Begriff der „höheren Gewalt“ weit ausgelegt, so-

dass durchaus normale Geschäftsrisiken von den Privaten abgewälzt werden können.

Die kurze, abschließende Liste enthält nur Kriege und ähnliche Gewaltereignisse, Kontaminierung und – bizarrerweise – „Druckwellen die durch Objekte mit Überschallgeschwindigkeit verursacht werden“.

Wie stark der Ratgeber zur privaten Seite neigt, zeigt aber vor allem die vorgesehene Rechtsfolge einer Entschädigungszahlung bei Beendigung des Vertrages (1.2.4). Im Begleittext heißt es zwar noch, dass hierbei keine Gewinne enthalten sein sollen. Allerdings heißt es in der konkreten Musterbestimmung, der Private solle so ausbezahlt werden, als wäre die Leistung vollständig erbracht worden. Das allerdings würde auch Gewinne einschließen.

Warum soll die öffentliche Hand für eine Leistung zahlen, die nicht erbracht wurde? Warum soll sie für ein Ereignis zahlen, über das sie definitionsgemäß keine Kontrolle hat? So eine Entschädigung ist mit dem im internationalen Recht üblichen Verständnis von „höherer Gewalt“ nicht vereinbar, denn laut diesem müsste die Seite die Kosten tragen, bei der sie anfallen.⁴⁷ Die Weltbank kümmert dieser Umstand wenig. Sie hat sogar 2019 in der ersten Variante die starke Entschädigungsklausel zusätzlich aufgenommen, die vorher nur bei der zweiten Variante stand. Am Ende muss die öffentliche Hand aber immer dafür sorgen, dass die Infrastruktur bereitsteht.

In eine ähnliche Richtung geht der letzte Punkt in diesem Kapitel, der sich mit „Unversicherbarkeit“ beschäftigt. Einleuchtend stellt der Ratgeber fest, dass es Risiken gibt, die nicht oder nur zu unvertretbaren Kosten versichert werden können. Der Ratgeber schlägt kurzerhand vor, dass die öffentliche Hand als „Versicherer letzter Instanz“ (1.3.3.) fungiert. Das zeigt deutlich, wie die „Risikoverteilung“ in Wirklichkeit aussieht: Die ganz großen Risiken und Kosten bleiben am Ende bei der öffentlichen Hand. Deutlich wurde dies zum Beispiel 2018 in Großbritannien, also dort der Bau- und ÖPP-Rie-

se *Carillion* Pleite ging und plötzlich 450 Verträge mit dem britischen Staat nichtig waren.⁴⁸

Erheblich schädliches Regierungshandeln

Die Bestimmungen zu „erheblich schädlichem Regierungshandeln“ („Material Adverse Government Action“) ähneln denen zur „höheren Gewalt“, bloß soll hier die öffentliche Hand die Kontrolle haben. Entsprechend soll sie auch für die von ihr ausgehende „politische höhere Gewalt“ (2.1.1) voll verantwortlich sein. Das würden die privaten Partner so verlangen oder nicht einsteigen. Dabei gibt der Ratgeber zu, dass die Linie zwischen dem „politischen Risiko“ und einem normalen „Geschäftsrisiko“ schwer zu ziehen sei (2.2.1.2), und schlägt konkret eine abschließende Liste mit Ereignissen vor (siehe Kasten nächste Seite).

Diese Liste enthält zunächst einige nahe liegende Elemente wie eine Enteignung. Jedoch kommt es selbst hier auf die Umstände an, denn auch eine Enteignung könnte unter bestimmten Umständen gerechtfertigt sein. Heikler dürften aber andere Elemente sein, zum Beispiel die Verweigerung einer „Zulassung oder Zustimmung“. Diese wird in der Regel durchaus begründet sein, zum Beispiel durch Umwelt-, Gesundheits- oder Arbeitsschutz sowie strafrechtliche Bestimmungen wie gegen Korruption oder Geldwäsche und vieles mehr. Gerade bei großen Infrastruktur-Projekten mit den üblichen Problemen durch die Landnutzung (Umsiedlungen, Umweltschäden und ähnliches) wird es häufig einen legitimen Anlass geben, Zulassungen (zunächst) zu verweigern. Der Ratgeber betont zwar, dass die Verweigerung legitimiert sein kann, wenn sich der private Partner nicht an das Recht halte. Da dies im Einzelfall aber gerade umstritten sein wird, setzt diese Bestimmung die öffentliche Hand unter Druck, Zulassungen und Zustimmungen eher zu gewähren, um eine Entschädigung zu vermeiden.

Unverständlich ist, dass in dieser Liste viele der Ereignisse wieder auftauchen, die schon in der Liste zur „höheren Gewalt“ standen – obwohl dort ja de-

⁴⁷ Foley Hoag: Summary Comments on the World Bank Group's 2017 Guidance on PPP Contractual Provisions. 15.09.2017. <https://us.boell.org/2017/09/15/summary-comments-world-bank-groups-2017-guidance-ppp-contractual-provisions-0>.

⁴⁸ Federico Mor / Lorraine Conway / Djuna Thurley / Lorna Booth: The collapse of Carillion. House of Commons Library Briefing Paper 8206, 14.03.2018. <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8206/CBP-8206.pdf>.

Kasten: „Erheblich schädliches Regierungshandeln“ laut Musterbestimmung des Ratgebers (Übersetzung des Verfassers)

(a) Unvermögen jeder relevanten Behörde, dem privaten Partner eine Zulassung oder Zustimmung zu gewähren, die für den privaten Partner zur angemessenen Erfüllung seiner Pflichten und/oder zur Durchsetzung seiner Rechte unter diesem ÖPP-Vertrag nötig ist, in allen Fällen in dem durch das [anwendbares Recht] vorgegebenen Zeitrahmen, außer wenn dieses Unvermögen durch die Nicht-Einhaltung des [anwendbares Recht] durch den privaten Partner begründet ist;

(b) jede Form von kriegerischer Handlung (ob erklärt oder unerklärt), Invasion, bewaffnetem Konflikt oder Taten eines ausländischen Feindes, Blockade, Embargo oder Revolution [die sich innerhalb von [Name des Landes] ereignet];

(c) radioaktive Kontamination oder ionisierende Strahlung, [die aus [Name des Landes] stammt];

(d) jede Form von Unruhe, Aufstand, zivilem Ungehorsam, terroristischer Tat oder Kampagne [die sich innerhalb von [Name des Landes] ereignet];

(e) jede Form von Streik, Dienst nach Vorschrift, Langsamarbeit, die nicht vorrangig das Ziel haben, das Handeln der betroffenen Partei zu beeinflussen, um die Bedingungen der Beschäftigung durch die betroffene Partei zu erhalten oder zu verbessern;

(f) Enteignung, zwangsweiser Erwerb oder Nationalisierung von irgendeinem Vermögenswert oder Recht des privaten Partners, einschließlich jeden Anteils am privaten Partner, durch jede relevante Behörde;

(g) jede Form von Handlung oder Unterlassung jeder relevanten Behörde, welche die Rechtmäßigkeit, Gültigkeit, verbindliche Natur oder Durchsetzbarkeit dieses ÖPP-Vertrags negativ beeinflussen;

(h) [jedes Ereignis hinzufügen, das sich speziell auf das ÖPP-Projekt bezieht und für das die Regierung / die vertragschließende Behörde Verantwortung trägt oder das sie vertraglich zugesagt hat, nicht zu tun, wie das Versagen, eine zugesagte anbindende Infrastruktur zu bauen, ein von der Regierung zu verantwortendes Verschmutzungsereignis oder der Bau einer unerlaubten konkurrierenden Infrastruktur (z.B. eine kostenlose Zugangsstraße angrenzend an die ÖPP-Gebühren-Straße).

finiert war, dass keine Vertragspartei Kontrolle über das Ereignis habe. Wortgleich stehen dort auch wieder Krieg, Embargo, Revolution, radioaktive Kontaminierung, Aufstände oder Terrorakte. Dass ausgerechnet ein gewaltsamer Akt *gegen* die Regierung oder ein Super-GAU in einem Atomkraftwerk unter der vollen Kontrolle der Regierung stehen sollen, entbehrt jeder Logik. Es widerspricht auch international üblichem Recht.⁴⁹

⁴⁹ Foley Hoag: Summary Comments on the World Bank Group's 2017 Guidance on PPP Contractual Provisions. 15.09.2017. <https://us.boell.org/2017/09/15/summary-comments-world-bank-groups-2017-guidance-ppp-contractual-provisions-0>.

Erneut stehen dort auch Streiks und Langsamarbeit, zusätzlich noch „Dienst nach Vorschrift“ – zwar mit der Einschränkung, sofern sie nicht der Verbesserung der konkreten Arbeitsbedingungen dienen. Dennoch schüren diese weitgehenden Rechte der privaten Seite Stimmung gegen Arbeitskämpfe und greifen tief in das Arbeits- und Versammlungsrecht eines Landes ein. Heikel ist auch der Vorschlag, der Bau „konkurrierender Infrastruktur“ solle Entschädigungsansprüche nach sich ziehen können. Er zeigt jedenfalls, wie fest sich ein Staat für Jahrzehnte an eine verkehrspolitische Entscheidung bindet, wenn er ÖPP nutzt.

Die Rechtsfolge eines „erheblich schädlichen Regierungshandelns“ ist ein vollständiger Entschädigungsanspruch der privaten Seite für alle anfallenden Kosten.

Rechtsänderungen

Der private Partner ist, wie der Ratgeber feststellt, zur Einhaltung der geltenden Gesetze verpflichtet und dies sei „typischerweise“ auch im Vertrag festgehalten. Wenn sich Gesetze ändern („Change in Law“), zum Beispiel Umweltauflagen oder Steuern, könne die Leistung für den Privaten teurer, schwieriger oder gar unmöglich werden (3.1.2), wobei in der neuen Fassung von 2019 noch ergänzt wurde, es könne auch einfacher oder billiger werden.

Der Ratgeber betont, es werde zwar nicht die Rechtsänderung an sich infrage gestellt, aber der ÖPP-Vertrag adressiere die „wirtschaftlichen Folgen“ solcher Änderungen, denn sonst müsse der Private das Risiko von Mehrkosten alleine tragen und sähe seine erwarteten Gewinne geschmälert. Der Ratgeber gibt zwar zu, dass die öffentliche Hand zunächst gegen eine solche „Risikoübernahme“ opponieren könnte, unter anderem weil sogar andere Investoren dann schlechter gestellt seien als die ÖPP-Investoren. Es wird dann aber mit viel Aufwand erklärt, warum die Regelung bei ÖPP gerechtfertigt sei (3.2.1): So habe der private Partner üblicherweise nicht die Freiheit, die Preise zu gestalten und darüber Verluste zu tragen. Auch könne das Projekt sonst am Ende für die Privaten uninteressant sein. Eine „Risikoübernahme“ durch die Privaten sei zudem schwer einzupreisen und mache den Vertrag für die öffentliche Seite „unnötig

teuer“ (3.2.1.3), wenn es später gar keine relevanten Rechtsänderungen gäbe.

Das „politische Risiko“ (3.2.1.2) einer Gesetzesänderung und deren finanzielle Folgen soll also wieder einmal die öffentliche Hand tragen. Sie könne zwar „bestimmte Gesetzgebung“ wie zu Umwelt, Klimawandel, Sozialem oder Menschenrechten explizit ausnehmen. Aber auch dann müsse die richtige „Balance“ gefunden werden, damit die Kosten des ÖPP-Vertrags nicht zu sehr steigen (3.2.2.1). Im Grunde ist es hier wieder dasselbe widersprüchliche Schema wie schon bei den Klauseln zu höherer Gewalt und „schädlichem Regierungshandeln“: Der Ratgeber sagt der öffentlichen Hand, sie solle Risiken und also potentielle Kosten tragen – damit sie am Ende angeblich sparen könne.

Der Ratgeber stellt schließlich Varianten für eine konkrete Bestimmung vor (3.2.3): Bei der einen soll die öffentliche Hand pauschal die Verantwortung für jegliche Gesetzesänderung übernehmen („dies sei „typisch“ für „einige Märkte“ – gemeint sind ärmere Länder), bei der anderen soll es einen Schwellenwert geben, bei der dritten sollen nur bestimmte Änderungen erfasst sein, zum Beispiel „diskriminierende“ oder für das ÖPP-Projekt „spezifische“. Gegebenenfalls soll der Private dann ein Recht auf Entschädigung haben. Ansonsten soll es Kündigungsrechte geben, wodurch der Druck auf die öffentliche Hand steigt, Entschädigungen auszahlend.

Dass der Staat über Jahrzehnte – denn so lange laufen die Verträge ja oft – kein (Steuer-)Gesetz erlässt, das das Projekt berühren würde, ist auszuschließen. Vielmehr wird es wegen neuer Gesetze und Regeln vielfach zu Konflikten zwischen dem Staat und der privaten Seite kommen. Selbst bei den restriktiveren Varianten gibt es jedoch keinen ausreichenden Schutz für legitime Gesetzes- und Rechtsänderungen. Eine Erhöhung der Unternehmenssteuer zum Beispiel hat den ausdrücklichen Zweck, die Gewinne von Unternehmen zu schmälern.

Im Fall des Kohlekraftwerks Tata Mundra in Indien wurde sogar eine Rechtsänderung im Ausland Basis für massive Zusatzzahlungen der öffentlichen Hand: Nachdem Indonesien seine Gesetze zum

Kohleexport änderte, rechnete sich das Kraftwerk nicht mehr wie geplant für die Privaten und sie forderten erfolgreich mehr Geld.⁵⁰

Für die öffentliche Hand entstehen hier also große Risiken, mit hohen möglichen Kosten bei „Schadensersatz“-Forderungen der Privaten. Letztlich läuft diese Bestimmung darauf hinaus, dass sich die Firmen über die ÖPP der allgemeinen Rechtsfortentwicklung entziehen können. Dies hebt nicht nur die Fähigkeit des Staates aus, die Gesellschaft neu zu ordnen, sondern benachteiligt sogar andere Firmen, welche mit nachteiligen Wirkungen eines neuen Gesetzes auskommen müssen.

Vertraulichkeit und Transparenz

Der Ratgeber hält fest, dass zwischen dem Interesse der privaten Partner an der Geheimhaltung der Verträge und dem Interesse der öffentlichen Hand an Transparenz abgewogen werden müsse („Confidentiality and Transparency“). Es sei dabei „zunehmend üblich“, dass Verträge öffentlich gemacht werden, zugleich aber „typisch“, dass davon bestimmte „geschäftlich oder anderweitig sensible“ (10.1.2) Informationen ausgenommen sind. Anders als noch 2017 enthält der Ratgeber von 2019 auch eine Empfehlung für die Behörden, auf volle Transparenz zu drängen (10.2.3), und dies sogar unabhängig davon, ob es sich um einen „reifen“ (sprich reichen) oder „weniger reifen“ (sprich ärmeren) Markt (sprich Staat) handle (10.2.4).

Doch diese neue Empfehlung bleibt folgenlos für die konkrete Musterbestimmung. Diese enthält weiterhin einige Informationen, die veröffentlicht werden dürfen, darunter der ÖPP-Vertrag inklusive der Eigenkapitalrendite und möglicher Vertragspartnerwechsel.

Allerdings folgt dann die Ausnahme für „vertrauliche Informationen“, zum Beispiel wenn die „geschäftlichen Interessen einer Vertragspartei“, „Handelsgeheimnisse“ oder „geschäftlich sensible geistige Eigentumsrechte“ betroffen seien. In der Erläuterung nennt der Ratgeber als geschützte Informationen unter anderem „Kerndaten zur Finanzie-

⁵⁰ History RePPeated: How Public Private Partnerships are failing. A report coordinated by Eurodad, October 2018. <https://eurodad.org/files/pdf/1546956-history-repppeated-how-public-private-partnerships-are-failing-.pdf>.

„Preisermittlungselemente und -methoden“, das „Finanzierungsmodell des privaten Partners“ und „Details zu den Kosten bei der Finanzierung durch Eigenkapital und Schulden“. (10.2.3)

Aus dem Ratgeber wird nicht klar, wie im Einzelfall die Entscheidung getroffen wird, welche Information zu veröffentlichen ist und ob gegebenenfalls auch Teile des ÖPP-Hauptvertrags betroffen sind, der ja an sich veröffentlicht werden soll. Vordergründig unterstützt der Ratgeber das Interesse der öffentlichen Hand an Transparenz, lässt es aber zu, dass zentrale Vertragsbestimmungen geheim bleiben dürfen.

Finanzierungsänderungen

Der Ratgeber weist darauf hin, dass mit der Finanzkrise nach 2007 die bis dahin für ÖPP-Projekte übliche Finanzierung durch Bankkredite schwieriger geworden sei und deshalb verstärkt eine Finanzierung über Projektanleihen („Bond Financing“) stattfinde. Diese habe unter Umständen auch Vorteile für die öffentliche Hand, was die Kosten angehe, allerdings sei sie nicht für alle Projekte geeignet und habe ihre eigenen Schwierigkeiten. Insbesondere seien die Finanzierungsbedingungen schwerer vorherzusagen, da sie erst mit dem Verkauf der Anleihe wirklich klar werden. In Frankreich zum Beispiel sei es schwer, Anleihen zu nutzen, weil die Gesamtkosten schon in einer frühen Phase des Projekts klar sein müssen. Um dem Einzelfall gerecht zu werden, erklärt der Ratgeber verschiedene Varianten von Projektanleihen.

Mehrmals betont der Ratgeber, wie wichtig es sei, externe Berater (wie die Autoren des Ratgebers *Allen & Overy*) heranzuziehen (12.3.1). Bei Investoren habe es im Übrigen bislang Angst vor den Baurisiken gegeben, allerdings nehme diese langsam ab, da es mehr Erfahrungswerte gebe, die dafür sprechen, dass die Ausfallrate „relativ gering“ sei (12.5.1). Allerdings muss hier gesehen werden, dass bei ÖPP-Projekten auch der Bau-Stillstand finanziert wird, wie es zum Beispiel bei der Hamburger Elbphilharmonie der Fall war.

Als letzten Punkt äußert sich der Ratgeber zum Thema Unternehmensfinanzierung („Corporate Financing“). Hier geht es darum, dass es keinen ex-

ternen Kreditgeber gibt, sondern der Eigenkapitalgeber selbst die Finanzierung über seine Banken oder über Anleihen übernimmt. Dies sei nur in bestimmten Fällen möglich, wo die private Firma allein zuständig sei und eine gute Bilanz sowie Erfahrung mit der Unternehmensfinanzierung für neue Projekte habe. Der Ratgeber weist auch hier auf die Notwendigkeit externer Berater hin und rät der öffentlichen Hand zu einer umsichtigen Prüfung des Prozesses und der Einhaltung der zuvor empfohlenen Bestimmungen wie zu Kündigungszahlungen.

Für den Fall einer Änderung der Finanzierung („Refinancing“) empfiehlt der Ratgeber, so etwas prinzipiell möglich zu machen, sieht aber ein Zustimmungsvorbehalt der öffentlichen Hand vor (5.2.3). Außerdem soll die öffentliche Hand an möglichen Gewinnen aus der Änderung beteiligt werden, wobei konkret auf eine 50:50-Aufteilung (5.2.5) als Möglichkeit hingewiesen wird.

Der Ratgeber berücksichtigt im Übrigen nicht, dass auch ein Refinanzierungsvorschlag von der öffentlichen Seite durch die private Seite geprüft werden sollte und dass bei Gebühren auch die Nutzer/innen von Kostenvorteilen profitieren sollten.⁵¹

Geltendes Recht und Streitbeilegung

Der Ratgeber hält – zurecht – fest, dass es von großer Bedeutung sei, welches Recht und welche Form der Streitbeilegung („Governing Law and Dispute Resolution“) gewählt wird.

Beim geltenden Recht zeigt sich exemplarisch, wie weit der Spielraum eines solchen Ratgebers ist und wie willkürlich sein kann, was als „typisch“ gilt: In der ersten Version 2015 wurde das geltende Recht gar nicht thematisiert, sondern offensichtlich angenommen, dass für den ÖPP-Vertrag das nationale Recht eines Landes gilt. In der Version 2017 wurde nur noch gesagt, dass die Behörden nationales Recht bevorzugen würden, dann aber eine ganze Reihe von Gründen aufgezählt, warum dies schlecht sei. Diese laufen im Prinzip alle darauf

⁵¹ Foley Hoag: Summary Comments on the World Bank Group's 2017 Guidance on PPP Contractual Provisions. 15.09.2017. <https://us.boell.org/2017/09/15/summary-comments-world-bank-groups-2017-guidance-ppp-contractual-provisions-0>.

hinaus, dass es für den privaten Partner schwerer sein wird, ein Verfahren durchzuführen und den Fall zu gewinnen. In der neuesten Version 2019 werden diese Vorbehalte immer noch genannt (11.1.2), allerdings nur noch als Punkte, die Investoren berücksichtigt wissen wollen. Auch wurde ergänzt, nationales Recht werde „typischerweise“ angewendet. Zugleich wird aber als Beispiel (11.1.1) plötzlich das englische Recht genannt, nicht mehr das nationale. Insgesamt gibt es zuletzt eine Verbesserung, aber nur gegenüber der investorenfreundlichen Version von 2017.

Dann diskutiert der Ratgeber die zuständigen Gerichte, mit nationalen Gerichten, ausländischen Gerichten oder (internationaler) Streitschlichtung als Optionen. Während die öffentliche Hand in der Regel die eigenen Gerichte für zuständig erklären wolle, würden die privaten Partner lieber auf ausländische Gerichte oder Streitschlichtung zurückgreifen. Deshalb solle man ein ausländisches Gericht wählen, wenn der private Partner meint, dieses sei „transparent, effizient und sein Justizapparat bestehe aus hochangesehenen Anwälten mit Erfahrung in Streitfällen bei ÖPP“ (11.2.2.2). Die öffentliche Hand könne laut dem Ratgeber gezwungen sein, sich auf ein ausländisches Gericht einzulassen, quasi als Kompromiss, um die Geldgeber bei der Stange zu halten („bankable“ lautet wie so oft das Zauberwort).

Was Streitschlichtung angeht, gesteht der Ratgeber ein, dass diese „teuer und manchmal so langwierig wie Gerichtsverfahren“ sei, aber die Entscheidungen seien international besser vollstreckbar als Gerichtsurteile. Man müsse „sorgfältig für jedes Projekt prüfen“ (11.2.2.5), ob man Gerichte oder Streitschlichtung nutzen wolle. Der Ratgeber beschreibt außerdem diverse konkrete Möglichkeiten der Streitschlichtung, insbesondere das in Washington bei der Weltbank ansässige „International Centre for Settlement of Investment Disputes“ (ICSID)⁵², bei dem global die meisten Verfahren laufen. Allerdings sei es nicht ausgemacht, dass ein ÖPP-Vertrag unter den ICSID-Regularien verhandelbar ist. Jedenfalls solle die öffentliche Hand sich der „Möglichkeit von Ansprüchen unter diesem Regime bewusst sein“ (11.2.3). Dass dies nicht nur eine Möglichkeit ist, zeigt eine Reihe von Klagen

vor dem ICSID im Fall von ÖPP-Projekten (die Liste ist sicherlich nicht vollständig):

- Autobahn in Mosambik⁵³
- Infrastruktur in Algerien⁵⁴
- Infrastruktur in Libyen⁵⁵
- Mine in Ghana⁵⁶
- Freizeitkomplex in Côte d'Ivoire⁵⁷
- Energieversorgung in Tansania⁵⁸
- Energieversorgung in Gambia⁵⁹
- Kohlekraftwerk im Kosovo⁶⁰
- Telekommunikation in Madagaskar⁶¹
- Energieversorgung in Georgien⁶²
- Öltraffinerie in Papua Neu-Guinea⁶³
- Müllentsorgung in Ägypten⁶⁴
- Wasser/Abwasser in Argentinien⁶⁵
- Wasser/Abwasser in Kamerun⁶⁶
- Brücke in Argentinien (mit Hochtief)⁶⁷

Insgesamt äußert sich der Ratgeber positiv in Richtung Streitschlichtung. Er empfiehlt, man solle dabei drei Streitschlichter statt nur einen benennen. Das sei zwar teurer, vermeide aber willkürliche Entscheidungen („maverick decisions“, 11.2.3, STEP 3) und sei besser vorhersagbar. Dass ein maßgeblich von der Kanzlei *Allen & Overy* verfasster Text sich so offen für Streitschlichtung zeigt und drei Schlichter empfiehlt, verwundert nicht. Denn die Firma ist selbst auf diesem Feld aktiv und brüstet sich auf ihrer Webseite sogar damit, man habe

⁵³ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/23>.

⁵⁴ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/1>.

⁵⁵ [https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/15/1](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/15/1).

⁵⁶ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/15>.

⁵⁷ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/11>.

⁵⁸ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/41>.

⁵⁹ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/38>, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/39>, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/40>.

⁶⁰ <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/50>.

⁶¹ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/28>.

⁶² <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/29>.

⁶³ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/26>.

⁶⁴ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/15>.

⁶⁵ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/3>, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/19>, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/18>.

⁶⁶ <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=CONC/19/1>.

⁶⁷ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/31>.

⁵² <https://icsid.worldbank.org/en>.

„one of the world's leading International Arbitration practices“⁶⁸.

Der Text streift die großen Probleme der internationalen Streitschlichtung nur am Rande. In Wahrheit geht die öffentliche Hand dabei ein hohes Risiko ein, da vor dem ICSID nicht mehr das nationale Recht, sondern die eigenen, sehr investorenfreundlichen Regeln von ICSID gelten, insbesondere was die Schutzstandards wie „faire und gerechte Behandlung“ oder „Enteignung“ angeht. Auch die Unabhängigkeit der Schiedsleute ist mehr als fraglich.⁶⁹

Bemerkenswert ist darüber hinaus, dass der Ratgeber den Verzicht der öffentlichen Hand auf juristische „Privilegien“ wie Immunität gegenüber bestimmten Klagen diskutiert. Solche teils vor Gerichten geltenden Rechte wollen die privaten Partner gerne rundheraus für nichtig erklären. In einer der wenigen an den Machtrealitäten orientierten Aussagen meint der Ratgeber, das Ergebnis hänge von den „relevanten Gesetzen und der Verhandlungsmacht der Vertragsparteien in den relevanten Vertragsverhandlungen im realen Leben“ (11.2.6) ab. Dass dieses „reale Leben“ aus Sicht der öffentlichen Hand im Ratgeber sonst kaum eine Rolle spielt, zeigt dessen Charakter. 2019 wurde zudem in der Musterbestimmung (25) eine Verschlechterung aus Sicht der öffentlichen Hand eingeführt: Sie soll nicht immun gegen Klagen sein, selbst wo es hoheitliche Akte betrifft.

Kündigungereignisse und Kündigungszahlungen

Der Ratgeber erklärt, welche Ereignisse als Kündigungsgrund gelten können („Termination Events“), wobei hier sowohl eine Schlechtleistung der öffentlichen wie der privaten Hand vorkommen. Teils wiederholt sich der Ratgeber mit früheren Ausführungen, zum Beispiel wenn es um höhere Gewalt

⁶⁸

<http://www.allenoverly.com/expertise/practices/litigation/Pages/international-arbitration.aspx>.

⁶⁹ Vgl. Cecilia Olivet und Pia Eberhardt:

Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Corporate Europe Observatory und Transnational Institute 2012. <https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>. Pia Eberhardt: A Response To The Critics Of "Profiting From Injustice". Kluwer Arbitration Blog, 2013.

<http://kluwerarbitrationblog.com/2013/01/02/aresponse-to-the-critics-of-profiting-from-injustice/?print=pdf>.

oder „schädliches Regierungshandeln“ geht. Auch eine „willkürliche“ Beendigung des Vertrags durch die öffentliche Hand wird erwähnt, wenn es triftige politische Gründe gebe.

Wichtig ist dem Ratgeber dabei, dass der Private Anspruch auf „eine gewisse Entschädigung“ habe, „egal was der Grund für den Abbruch ist“ (6.2.4). Bei den Details zu solchen Kündigungszahlungen („Termination Payments“) wird ausführlich auf die „Marktpraxis“ Bezug genommen, die wie folgt aussieht: Endet der Vertrag durch die Schuld der öffentlichen Seite, solle der private Partner „voll entschädigt“ (8.3.1) werden, also einschließlich der erwarteten Eigenkapitalrendite, die sich nach unterschiedlichen Methoden berechnen lasse.

Dieselbe „Marktpraxis“ sehe auch bei Schuld des privaten Partners eine „gewisse Entschädigung“ (8.4.1) vor. Wieder einmal macht sich der Ratgeber zum Advokaten der privaten Seite, wenn er schreibt: „Obwohl dies auf den ersten Blick nicht mit dem Kündigungsgrund zusammen zu passen scheint, gibt es in der Tat einige gewichtige Gründe dafür.“ (8.4.1) So könne sich die öffentliche Hand „ungerechtfertigt bereichern“, indem sie den Vertrag kündigt. Außerdem würde sonst der private Partner einen Risikoaufschlag verlangen und Geldgeber könnten sogar ganz auf einen Einstieg in das Projekt verzichten. Schließlich verliere der private Partner immerhin sein Eigenkapital. Wohlgemerkt, es geht hier explizit um den Fall, dass der private Partner die Schuld an der Beendigung trägt. Dass der Ratgeber dann dennoch unterstellt, die öffentliche Seite könne sich „ungerechtfertigt bereichern“, zeigt die Neigung des Ratgebers zu den Interessen der privaten Seite.

Was die genaue Berechnung angeht, verwirft der Ratgeber den Ansatz, sich nur auf die Buchwerte, also im Wesentlichen die erfolgten Investitionen, zu beziehen, weil das „keine faire Entschädigung garantiere“ (8.3.2) und insofern Geldgeber abschrecke. Stattdessen werden finanzierungsbezogene Entschädigungen wie mit Marktwerten vorgeschlagen, die zu einer höheren Auszahlung führen.

Sinnvoll wäre es, die Zahlungen direkt an die Kreditgeber zu leiten, und nicht an den privaten Vertragspartner, der das Projekt verlässt. Ansonsten

könnte letzterer in ungebührlichem Maße Gelder vom Projekt abziehen.⁷⁰

Eintrittsrechte

In bestimmten Fällen sieht der Ratgeber vor, dass die öffentliche Hand in den Vertrag eintreten und also den Bau oder Betrieb (mit) übernehmen können soll („Contracting Authority Step-In Rights“). Diese Möglichkeit findet sich erst in der neuesten Version von 2019, was ein Fortschritt ist.

Als Gründe für einen Eintritt nennt die Musterbestimmung Gesundheits- oder Sicherheitsrisiken, Notfälle oder das öffentliche Interesse (4.1.2). Er unterscheidet dabei aber Fälle, wo den privaten Vertragspartner eine Verantwortung trifft und wo nicht. Das ist auch durchaus nachvollziehbar. Allerdings zeigt sich bei der Musterbestimmung, dass auch hier wieder im Detail für die Privaten sehr günstige Vorschläge gemacht werden: Der Anspruch auf Entschädigung ist nämlich fast identisch, egal ob der Private Verantwortung trägt oder nicht. Auch wenn der Eintritt der öffentlichen Hand ein „Ergebnis eines Bruches irgendeiner Verpflichtungen des privaten Partners ist“, soll der private Partner Anspruch haben auf eine Summe „gleich der, die der private Partner erhalten würde, wenn er all seine [betroffenen] Verpflichtungen erfüllen würde“ (Musterbestimmung XX.3). Einzig die Kosten der öffentlichen Hand sollen vom Entschädigungsanspruch des Privaten zusätzlich abgezogen werden. Das muss man sich auf der Zunge zergehen lassen: Im Fall einer gebrochenen Verpflichtung wird für den Schadensersatz die Einhaltung dieser Verpflichtung fingiert!

Für den Fall, dass der private Eigenkapitalgeber nicht mehr zahlungsfähig ist, empfiehlt der Ratgeber ein Recht der Kreditgeber, in den Vertrag als direkte Partei eintreten zu dürfen („Lenders' Step-in Rights“). Dieses Recht sei zwar bisher „selten (wenn überhaupt) tatsächlich genutzt worden“ (7.1). Dennoch gebe es den Kreditgebern mehr Sicherheit, dass ein Projekt nicht abrupt endet. Formal soll deshalb bei Ausfall die öffentliche Hand die Kreditgeber über ihre Absicht informieren, den

Vertrag zu kündigen, und den Kreditgebern Zeit einräumen, eine eintretende Partei zu benennen.

Formell stehen diese Rechte üblicherweise nicht im ÖPP-Vertrag selbst, weshalb der Ratgeber keinen konkreten Textvorschlag enthält und nur ein „direktes Abkommen“ (7.2) mit den Kreditgebern empfiehlt.

Die öffentliche Hand könnte nach dem Vorschlag des Ratgebers den Eintritt der Gläubiger nicht verhindern, weil es keine Zustimmungspflicht gibt. Eine solche wäre aber sinnvoll. Die Interessen der Nutzer/innen sollten auch stärker festgeschrieben sein, da diese von einem Ausfall am meisten betroffen sind. Insbesondere sollte deshalb eine zügige Entscheidung vorgeschrieben sein.⁷¹

Rückgabe der Anlagen

Die Rückgabe der Anlagen („Hand-back of Assets“), die vom privaten Unternehmen gebaut und betrieben werden, ist ein kritischer Punkt für ein ÖPP-Projekt. Dennoch wurde sie erst in der jüngsten Version 2019 aufgenommen. Das ist zu begrüßen, können sich doch hier große Probleme für die öffentliche Hand ergeben.

Dies gesteht auch der Ratgeber ein. Er bestimmt deshalb zum einen genau, wie der Übergang nach Auslaufen des Vertrags erfolgen sollte. Fragen wie der Personalübergang oder die Einweisung in die Technik spielen eine Rolle, aber auch die saubere Übertragung aller Rechte. Der Ratgeber empfiehlt, sich schon ganze drei Jahre vor Ende des Vertrags um den Übergang zu kümmern (9.2.9), was natürlich für die öffentliche Seite Aufwand und Kosten bedeutet.

Ein großes Problem sind besonders die Investitionen zum Ende der Vertragslaufzeit. Der Ratgeber nennt Beispiele wie die Frage, ob ein Jahr vor Auslaufen des Vertrags noch ein Aufzug oder ein Boiler eingebaut werden würde. Der private Partner versuche seinen Gewinn über die verbleibende Laufzeit des ÖPP dadurch zu maximieren, dass er die „Infrastruktur schwitzen lässt“ (9.2.2). Dieses

⁷⁰ Foley Hoag: Summary Comments on the World Bank Group's 2017 Guidance on PPP Contractual Provisions. 15.09.2017. <https://us.boell.org/2017/09/15/summary-comments-world-bank-groups-2017-guidance-ppp-contractual-provisions-0>.

⁷¹ Foley Hoag: Summary Comments on the World Bank Group's 2017 Guidance on PPP Contractual Provisions. 15.09.2017. <https://us.boell.org/2017/09/15/summary-comments-world-bank-groups-2017-guidance-ppp-contractual-provisions-0>.

Problem ergibt sich aber nicht nur zum Ende der Laufzeit, sondern ist grundsätzlicher Art: Die Infrastruktur ist auf eine im Prinzip ewige Nutzung angelegt, mit Investitionen, die oft deutlich länger wirken als nur die 25 oder 30 Jahre, die der ÖPP-Vertrag dauert. Der Private wird also nie den Anreiz haben, adäquat zu investieren.

Der Ratgeber schlägt vor, zum Ende des Vertrags einen Fonds zu schaffen, der sicherstellen soll, dass die nötigen Instandhaltungsmaßnahmen finanziert sind. Er soll aus den Nutzungsgebühren oder den staatlichen Zahlen finanziert sein, die eigentlich der Private erhalten soll. Auch soll es ausreichend Kontrollrechte für die öffentliche Hand geben.

Dennoch ist absehbar, dass sich bei der Übergabe große Probleme ergeben können. Wenn zum Beispiel die öffentliche Hand die Infrastruktur wieder selbst betreiben will, wird sie vor dem Problem stehen, dass sie über die Jahrzehnte das Wissen und das Personal verloren hat, um dies überhaupt tun zu können. Deshalb haben ÖPP – soweit es dafür Erfahrungswerte gibt – die Tendenz, von einer zeitweisen Privatisierung in eine dauerhafte überzugehen, bei der dem Staat nur noch das formelle Eigentum bleibt. So war es in Frankreich lange bei der Wasserversorgung.

Fazit

Der Ratgeber der Weltbank stellt die Risiken von ÖPP für die öffentliche Hand unangemessen dar und verlangt zugleich, dass letztlich die öffentliche Hand die größten Risiken übernimmt. Begründet wird dies grundsätzlich damit, dass sich sonst kein privater Partner beteiligen würde.

Doch selbst und gerade wenn das stimmt, wirft es die Frage auf, ob ÖPP am Ende jemals eine faire Risikoaufteilung beinhalten können. Die öffentliche Hand muss erkennen, dass die Übernahme der Großrisiken ein Projekt auch aus ihrer Sicht „unfinanzierbar“ werden lässt. Wenn sie schon diese Risiken behält, dürfte es oft kein gutes Geschäft sein, die Einnahmen für Jahrzehnte an Unternehmen abzutreten.

Schon die Auswahl der Kapitel fokussiert stärker auf die Interessen der Privaten, so mit dem Kapitel zu „erheblich schädlichem Regierungshandeln“. Zwar hat in dieser Hinsicht die letzte Version von 2019 leichte Verbesserungen gebracht, wie durch ein neues Kapitel zur Rückgabe der Infrastruktur. Dies kann jedoch nicht die nahezu unveränderten anderen Kapitel ausgleichen, zumal selbst die neuen Kapitel stark auf das Interesse der Privaten abheben. An diversen Stellen wird betont, dass selbst bei Verschulden der privaten Seite diese noch gewisse Entschädigungen bekommen müsse, während bei Verschulden der öffentlichen Seite in der Regel eine volle Entschädigung der privaten Seite erfolgen soll.

Besonders weit reichende Folgen kann das Kapitel „Rechtsänderungen“ haben, denn es sind viel zu wenige Schutzmechanismen für legitime Rechtsetzung erkennbar. Die Wirkung wird dadurch verstärkt, dass sich der Ratgeber für ausländische Gerichte und internationale Streitschlichtung stark macht, was vor allem Privaten nutzt. Immerhin ist die Geltung des nationalen Rechts zuletzt gestärkt worden.

Schutzstandards zu Umwelt, Klima, Arbeit, Sozialem und Menschenrechten finden seit 2019 stärker Erwähnung. Allerdings geschieht dies im Prinzip nur in der Einleitung und den Begleittexten. Die Musterbestimmungen nehmen fast nichts davon auf.

Dass der Ratgeber so sehr im Sinne der Privaten argumentiert, dürfte auch daran liegen, dass er im Wesentlichen von einer Anwaltsfirma verfasst ist, die an Aufträgen im Rahmen von ÖPP verdient. Die Weltbank erweist sich mit diesem Ratgeber noch immer nicht als neutraler Berater der öffentlichen Hand, sondern vor allem als Partner der Privaten. Immerhin zeigt der Ratgeber: Für die öffentliche Hand bleiben ÖPP ein Risikogeschäft, auf das besser verzichtet werden sollte.

Impressum:

Risikogeschäft ÖPP – Der Ratgeber der Weltbank zu Verträgen für öffentlich-private Partnerschaften

Herausgeber: Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung, WEED e.V., Eldenaer Str. 60, 10247 Berlin
in Kooperation mit Gemeingut in BürgerInnenhand e.V., Weidenweg 37, 10249 Berlin

Autor: Markus Henn

Dezember 2020

Förderhinweis: Dieses Papier ist Teil eines durch Brot für die Welt finanzierten Projekts und profitiert von einer institutionellen Förderung von Brot für die Welt. Die Inhalte liegen in der alleinigen Verantwortung von WEED und können nicht Brot für die Welt zugerechnet werden.

Brot
für die Welt

www.weed-online.org – www.gemeingut.org