

# Der Weltbank-Ratgeber zu öffentlich-privaten Partnerschaften: Private über alles

Markus Henn, April 2019

## Zusammenfassung

Die Weltbank, 1944 als eine der „Bretton-Woods“-Institutionen unter dem Dach der UN gegründet, nimmt eine Doppelrolle wahr: Einerseits vergibt sie Kredite, Darlehen und Förderungen an die sogenannten Entwicklungsländer. Andererseits ist sie aber auch ein vom Westen dominierter politischer Akteur, der die internationale Entwicklungspolitik entscheidend beeinflusst. Ihre Kredite wurden in der Vergangenheit immer wieder an sogenannte Strukturanpassungsmaßnahmen wie Privatisierungen, Senkung der öffentlichen Ausgaben oder Öffnung der Märkte geknüpft. Seit 20 Jahren fördert die Weltbank explizit öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) und hat seit 2015 dazu einen speziellen Ratgeber mit Musterbestimmungen für ÖPP-Verträge entwickelt, mit dem eigentlich die öffentliche Hand beraten werden soll. Der Ratgeber wurde im Wesentlichen von privaten Anwaltskanzleien verfasst. Dies ist ein Grund, warum er im Ergebnis die Risiken aus ÖPP nicht angemessen darstellt und darauf abzielt, möglichst viele Risiken auf die öffentliche Hand abzuladen. Die Privaten sollen andererseits starke Ansprüche auf Entschädigungen haben und diese über ausländische Gerichte oder internationale Investor-Staat-Streitverfahren einklagen können. Als „Risiko“, das Entschädigungen der Privaten nach sich ziehen kann, gelten auch zahlreiche Maßnahmen der öffentlichen Hand wie Lizenzvergaben oder allgemein Rechtsänderungen. Ein Schutz legitimer Maßnahmen ist kaum erkennbar. Die Weltbank ergreift also – wie in der Vergangenheit – mit ihrem ÖPP-Ratgeber stark Partei für private Unternehmen.

## Öffentlich-private Partnerschaften und die internationale Rolle Deutschlands

Öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) sind langfristige Verträge zwischen dem Staat und privaten Firmen, meist zum Bau, 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.

Mit ÖPP sollen theoretisch für den Staat und die Bürger/innen Kosten eingespart werden, bei 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.



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

In der Realität hat sich herausgestellt, dass ÖPP viele Probleme mit sich bringen und keineswegs ihre Versprechen erfüllen.<sup>1</sup> Besonders deutlich wird dies in Großbritannien, einem Land mit sehr langer und großer ÖPP-Erfahrung. Dort ist das Parlament in den letzten Jahren immer wieder zu dem Schluss gekommen, dass die Vorteile von ÖPP nicht belegt sind und damit nur Schulden verdeckt werden.<sup>2</sup> Forscher aus Großbritannien haben harsche Kritiken an ÖPP verfasst, so David Hall<sup>3</sup> von der Universität Greenwich in London. Prof. Dexter Whitfield hat ebenfalls viele problematische Folgen aufgezeigt, unter anderem, dass Anteile an britischen ÖPP inzwischen zur Mehrheit bei Fonds in Niedrigsteuerländern liegen.<sup>4</sup> Der Europäische Rechnungshof hat 2018 in einer umfangreichen Analyse von ÖPP-Projekten in vier EU-Staaten gravierende Defizite festgestellt.<sup>5</sup> In den Jahren zuvor hatten schon die deutschen Rechnungshöfe (Bund und Länder) wiederholt in Stellungnahmen geäußert, dass die Kostenvorteile von ÖPP nicht belegt seien.<sup>6</sup> Das europäische Netzwerk Eurodad hat auf die Risiken von ÖPP hingewiesen<sup>7</sup> und vergangenes Jahr eine Studie zu Problemen mit Projekten aus der ganzen Welt veröffentlicht, darunter das Tata Mundra Ultra Mega Power Project (Indien), das Queen Mamohato Memorial Hospital (Lesotho), und der International Airport of Chinchero – Cuzco (Peru).<sup>8</sup> Vor dem Hintergrund der Probleme

<sup>1</sup> 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](https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2011/12/FB-12-PPP-Vier-Hauptpunkte-der-Diskussion_mit_Netzwerk_Selbsthilfe_Logo.pdf).

<sup>2</sup> Zum Beispiel: House of Commons Treasury Committee: Private Finance Initiative – Seventeenth Report of Session 2010–12. <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtreasy/1146/1146.pdf>.

<sup>3</sup> 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>.

<sup>4</sup> 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/wp-content/uploads/2017/01/financial-commodification-public-infrastructure.pdf>.

<sup>5</sup> 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\\_PPP\\_EN.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_09/SR_PPP_EN.pdf).

<sup>6</sup> 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\\_oep.pdf](http://www.landesrechnungshof-sh.de/file/erfahrungsbericht_oep.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](https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2013/08/FB-02-PPP-Rechnungsh%C3%B6fe-Kurzfassung_BS_Logo.pdf).

<sup>7</sup> 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>.

<sup>8</sup> History RePPeated: How Public Private Partnerships are failing. A report coordinated by Eurodad, Oktober 2018. <https://eurodad.org/files/pdf/1546956-history-repppeated-how-public-private-partnerships-are-failing-.pdf>.

haben sich viele Nichtregierungsorganisationen, darunter WEED und Gemeingut in BürgerInnenhand, 2018 in einem Manifest gegen ÖPP ausgesprochen, das sich speziell an die Weltbank richtet.<sup>9</sup>

Deutsche Entwicklungsbanken wie die *KfW* und Ihr Tochterunternehmen *DEG* sind mindestens in drei großen Infrastruktur-ÖPP in Entwicklungsländern involviert. Die *KfW* ist beteiligt an der Finanzierung des Hafens Santos (Brasilien)<sup>10</sup>, die *DEG* an der des Flughafens Tirana International Airport (Albanien).<sup>11</sup>

Genauer betrachtet werden soll hier ein drittes Projekt, nämlich der Staudamm Bujagali (Uganda). Dieser wird von der *KfW* mit einem Kredit von 45 Mio. US-Dollar und von der Weltbank mit 130 Mio. US-Dollar mitfinanziert, bei einer Gesamtfinanzierung von 902 Mio. US-Dollar.<sup>12</sup> Der 2012 eröffnete Damm hat die Stromversorgung stark erhöht sowie stabiler und schadstoffärmer gemacht. Der Damm wurde aber erst nach einer langen und skandalösen Baugeschichte eröffnet.<sup>13</sup> 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. Vom Bau des Damms und der Stromleitungen waren fast 14.000 Menschen betroffen und es kam zu acht Beschwerden bei der Weltbank wegen Umsiedlungen, Arbeitsrechtsverletzungen und anderem.<sup>14</sup> Diesen Beschwerden wurde zum Teil stattgegeben, doch die Umsetzung der Weltbank-Entscheidungen 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."<sup>15</sup> Wie üblich ist der ÖPP-Vertrag ge-

<sup>9</sup> <https://eurodad.org/files/pdf/5c619c37bda7e.pdf>.

<sup>10</sup> [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).

<sup>11</sup> <https://ppi.worldbank.org/snapshots/project/tirana-international-airport-concession-3605>

<sup>12</sup> [https://www.internationalrivers.org/sites/default/files/attached-files/bujagali\\_unsettlingbusiness\\_1.pdf](https://www.internationalrivers.org/sites/default/files/attached-files/bujagali_unsettlingbusiness_1.pdf).

<sup>13</sup> 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](https://www2.weed-online.org/uploads/vortrag_19032018_ppp_bujagali_dam.pdf).

<sup>14</sup> [http://www.cao-ombudsman.org/cases/case\\_detail.aspx?id=230](http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=230) und [http://www.cao-ombudsman.org/cases/case\\_detail.aspx?id=172](http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=172).

<sup>15</sup> 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>

heim, aber es ist bekannt, dass sich die Regierung zu einer 30-jährigen Stromabnahme zu fixen Preisen verpflichtet hat. Der hohe Garantierpreis hat dazu geführt, dass entgegen aller Ankündigungen Strom seit der Inbetriebnahme des Damms im Schnitt teurer geworden ist. Der ugandische Präsident Museveni kritisiert deshalb öffentlich den ÖPP-Vertrag: 2018 sagte er, „ÖPPs sind verantwortlich für die teure Energie im Land“<sup>16</sup>. Wegen Zahlungsschwierigkeiten Ugandas musste der Kredit im März 2018 gestreckt werden. Im Juli 2018 stieg dann *Blackstone* aus und verkaufte seinen Anteil mit einem sattem 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* einer Rendite von 252 % 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)<sup>17</sup>, 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 Entscheidung über das Projekt zuständige Transportminister Karim Wade, Sohn des damaligen Präsidenten, wurde 2015 wegen Bestechlichkeit zu sechs Jahren Gefängnis verurteilt, zusammen mit einigen Geschäftsleuten, die auch im Kontakt mit *Fraport* waren. 2018 wurde bekannt, dass – wohl deshalb – in Frankfurt gegen *Fraport* wegen Bestechung ermittelt wird.

**Tabelle: Internationale ÖPP deutscher Firmen (Quelle: Weltbank)**

Firma	Land	Projekt
<b>Fraport</b>	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
<b>Hochtief</b>	Albanien	Tirana International Airport
	Argentinien	Rosario – Victoria Bridge
<b>Siemens</b>	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
<b>RWE</b>	China	Yiao Shin Jiang Water Project
	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
	<b>E.on</b>	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	
<b>Volkswagen</b>	Brasilien	Anhanguera Small Power Plant
<b>Lufthansa</b>	China	Shaihang-Pudong Airport Cargo Terminal
<b>Deutsche Telekom</b>	Indonesien	PT Satelindo Palapa Indonesia (annulliert)
	Malaysia	Celcom (annulliert)
	Mosambik	Telcomunicacoes Moveis de Mocambique (TMV)

## 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 schon zahlreiche ÖPP, zum Beispiel in Form von langfristigen Konzessionen für die Wasserversorgung.

Die Entwicklung von ÖPP in den letzten Jahrzehnten folgt keinem klaren Trend, jedoch haben ÖPP ein erhebliches Volumen. 2017 waren es laut Weltbank-Daten 90 Mrd. US-Dollar, der Spitzenwert wurde 2012 mit gut 140 Mrd. US-Dollar erreicht.<sup>18</sup>

In jüngster Zeit berät die Weltbank die G20 bei ihrer Arbeit zu Infrastruktur, bei der es auch stark um

hydropower-scheme-under-the-spotlight-92132. Übersetzung d. Verf.

<sup>16</sup> 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 d. Verf.

<sup>17</sup> Vgl. zum Folgenden: ÖPP-Flughafen in Dakar: Korruption durch Fraport? - WEED Infoblatt, April 2018. [https://www2.weed-online.org/uploads/infoblatt\\_dakar\\_flughafen.pdf](https://www2.weed-online.org/uploads/infoblatt_dakar_flughafen.pdf).

<sup>18</sup> Siehe Grafik S. 6 in 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>.

ÖPP geht. 2014 haben die G20 den Global Infrastructure Hub<sup>19</sup> gegründet, der mindestens bis 2022 aktiv sein soll. Argentinien legte während seiner G20-Präsidentschaft 2018 einen Schwerpunkt auf die Schaffung eines „neuen Markts für Infrastruktur“. Eine Arbeitsgruppe zu dem Thema verfasste unter anderem „Prinzipien für die Vorbereitungsphase von Infrastrukturprojekten“<sup>20</sup> und einen „Fahrplan für Infrastruktur als Anlageklasse“<sup>21</sup>. Beraten wurden die G20 dabei von einer von Argentinien eingerichteten „Private Sector Advisory Group“. Diese war so bankenlastig, dass sogar die anderen G20-Staaten protestiert haben sollen.

Aber die Beratungsarbeit der Weltbank zu ÖPP geht viel weiter zurück: Schon 1999 kam es zur Gründung der Private Infrastructure Advisory Facility (PIIAF)<sup>22</sup>. Später kamen unter anderem dazu: ein ÖPP-Rechtszentrum<sup>23</sup>, ein ÖPP-Wissensspeicher<sup>24</sup>, eine Übersicht zu Infrastruktur-Regulierung<sup>25</sup> sowie eine ÖPP-Datenbank.<sup>26</sup> 2015 veröffentlichte die Weltbank erstmals einen Ratgeber zu ÖPP-Vertragsbestimmungen („Guidance on PPP Contractual Provisions“). Dieser wurde 2017 überarbeitet<sup>27</sup> und wird im Folgenden ausführlich vorgestellt.

## Der Weltbank-Ratgeber von 2017

Der Ratgeber leitet damit ein, dass er weitgehend von der internationalen Anwaltsfirma *Allen & Overy LLP*<sup>28</sup> erstellt wurde, aufbauend auf Vorarbeiten einer anderen internationalen Anwaltsfirma, *Gide Loyrette Nouel*.<sup>29</sup> *Allen & Overy* ist kein unabhängiger Berater, denn die Firma war alleine in Deutschland mehrmals Berater von Banken bei großen ÖPP-Projekten. Dazu gehören Autobahnabschnitte

bei A10/A24<sup>30</sup>, A94<sup>31</sup> und A1<sup>32</sup> sowie die *Tank und Rast*.<sup>33</sup>

Entsprechend liest sich der Ratgeber: Häufig wird das Interesse der privaten Firmen betont und darauf Bezug genommen, was ein ÖPP-Vertrag „typischerweise“ beinhaltet und was die „Marktpraxis“ sei.<sup>34</sup> 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 dass sich der Ratgeber 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.

Mehrmals wird im Einleitungsteil auf die große Komplexität von ÖPP hingewiesen, weshalb man „umfangreiche Sorgfaltsmaßnahmen“ ergreifen müsse – natürlich beraten von Experten wie eben *Allen & Overy*. Es stellt sich auch deshalb die Frage, wie unabhängig die Expertise dieser Firma sein kann, wenn sie diesen Ratgeber verfasst.

Trotz des Eingeständnisses der hohen Komplexität werden ÖPP in einer kurzen einleitenden Bewertung unkritisch dargestellt: Mit ÖPP ließen sich die Kosten ohne Qualitätsverlust reduzieren, der Bau beschleunigen und private Expertise nutzbar machen. Dass dies in der Realität nicht oder jedenfalls nur teilweise stimmt, wurde eingangs verdeutlicht. Wie dennoch die Qualität bestmöglich gewährleistet oder gar Umwelt- und Sozialbelange rechtssi-

<sup>19</sup> <https://www.gihub.org>.

<sup>20</sup>

[http://www.g20.utoronto.ca/2018/principles\\_for\\_infrastructure\\_project\\_preparation.pdf](http://www.g20.utoronto.ca/2018/principles_for_infrastructure_project_preparation.pdf). Übersetzung des Verfassers.

<sup>21</sup>

[http://www.oecd.org/g20/roadmap\\_to\\_infrastructure\\_as\\_an\\_asset\\_class\\_argentina\\_presidency\\_1\\_0.pdf](http://www.oecd.org/g20/roadmap_to_infrastructure_as_an_asset_class_argentina_presidency_1_0.pdf). Übersetzung des Verfassers.

<sup>22</sup> <https://ppiaf.org>.

<sup>23</sup> <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership>. Übersetzung des Verfassers.

<sup>24</sup> <https://pppknowledge.org>. Übersetzung des Verfassers.

<sup>25</sup> <http://regulationbodyofknowledge.org>. Übersetzung des Verfassers.

<sup>26</sup> <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership> und <http://ppi.worldbank.org>.

<sup>27</sup> [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Guidance\\_20PPP\\_Contractual\\_Provisions\\_EN\\_2017.pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Guidance_20PPP_Contractual_Provisions_EN_2017.pdf).

<sup>28</sup> <http://www.allenoverly.com>.

<sup>29</sup> <https://www.gide.com/en>.

<sup>30</sup> <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>.

<sup>31</sup> <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>.

<sup>32</sup> <http://www.allenoverly.com/news/de-de/articles/Pages/Advising-syndicate-of-banks-on-financing-of-biggest-A-model-PPP-in-Germany-.aspx>.

<sup>33</sup> <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>.

<sup>34</sup> Alle Zitate im Folgenden sind vom Verfasser aus dem englischen Original übersetzt.



cher berücksichtigt werden könnten, dazu äußert sich der Ratgeber fast nicht.

Wichtig ist dem Ratgeber das Thema Risiko: Der private Partner trage einen signifikanten Teil der Risiken. Zugleich wird aber 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. Bemerkenswert ist dabei, dass der Ratgeber immer davon ausgeht, dass die Eigen- und Fremdkapitalgeber rein privat sind. Dass statt dessen an diesen Positionen auch (teil-)öffentliche Unternehmen stehen könnten, wird nicht angesprochen oder gar empfohlen.

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 majeure“) 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 bemerkenswert, weil die öffentliche Hand genauso in diese Situationen jenseits ihrer Kontrolle gerät, die ihr die Einhaltung bestimmter Verpflichtungen unmöglich machen. Zum Beispiel könnte es ihr unmöglich sein, die Zahlungen an den privaten Partner im Fall einer schweren Wirtschaftskrise zu leisten, wie 2001 in Argentinien. 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 sind.

Es drängt sich deshalb der Eindruck auf, dass es im Wesentlichen darum geht, die private Seite in solchen Fällen möglichst von ihrer Verantwortung zu befreien und sie schadlos zu halten, während die öffentliche Seite das Risiko und die Kosten trägt. Denn wenn die private Seite am Ende von ihren Verpflichtungen befreit wird, so wie es der konkrete Mustertext vorsieht, wird die öffentliche Hand die Leistungen auf eigene Kosten erbringen müssen. Eine Analyse der US-Anwaltskanzlei *Foley Hoag* im Auftrag der *Heinrich-Böll-Stiftung* kommt insgesamt zu dem Schluss, dass der Ratgeber hier der öffentlichen Seite mehr Risikoübernahme empfiehlt als nach internationalem Recht üblich.<sup>35</sup>

Der Ratgeber stellt zwei Mustervarianten einer Vertragsbestimmung „Höhere Gewalt“ vor: Eine Variante hat eine allgemeine Definition mit einer beispielhaften, offenen Liste an Ereignissen, die andere mit einer abschließenden. Bei der offenen Liste stehen viele Ereignisse, die geschlossene Liste ist dagegen viel kürzer. Dafür ist bei der langen Liste zusätzlich unter anderem die „Vorhersehbarkeit“ des Ereignisses zu prüfen.

Die lange Liste der Ereignisse „höherer Gewalt“ enthält zunächst nahe liegende Ereignisse wie Naturkatastrophen, Epidemien, Kontaminierungen, (Bürger-)Krieg, Terrorismus, Sabotage, Rebellen, Revolutionen oder Aufstände. In anderen Fällen ist aber schon unklar, 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 ausgenommen sind, die nur das ÖPP-Projekt selbst betreffen. Trotz dieser Einschränkung wird hier Begriff der „höheren Gewalt“ weit ausgelegt, so dass durchaus normale Geschäftsrisiken von den Privaten abgewälzt werden können.

<sup>35</sup> 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>.

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). Diese wird zwar nicht vollständig vorgeschlagen, aber doch in erheblichem Maße. Warum die öffentliche Hand für ein Ereignis zahlen soll, über das sie definitionsgemäß keine Kontrolle hat, wird nicht ersichtlich. Dies ist laut der US-Kanzlei *Foley Hoag* auch nicht mit dem im internationalen Recht üblichen Verständnis von „höherer

Gewalt“ vereinbar, denn laut diesem müsse die Seite die Kosten tragen, bei der sie anfallen.

In eine ähnliche Richtung geht der letzte Punkt in diesem Kapitel, der sich mit „Unversicherbarkeit“ beschäftigt. Zu Recht stellt der Ratgeber fest, dass es Risiken gibt, die nicht oder nur zu unvertretbaren Kosten versichert werden können. Der Ratgeber schlägt vor, dass die öffentliche Hand als „Versicherer letzter Instanz“ („insurer of last resort“; 1.3.3.) fungiert. Dieses Beispiel zeigt deutlich, wie die „Risikoverteilung“ in Wirklichkeit aussieht: Die ganz großen Risiken bleiben am Ende bei der öffentlichen Hand.

### **Erheblich schädliches Regierungshandeln**

**Kasten: „Erheblich schädliches Regierungshandeln“ laut Musterliste 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, wie der Bau einer bestimmten konkurrierenden Infrastruktur (z.B. eine kostenlose Zugangsstraße zur ÖPP-Gebühren-Straße) oder eine Umweltverschmutzung]

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 „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 ist (2.2.1.2), und schlägt konkret eine abschließende Liste mit Ereignissen vor (siehe Kasten). Diese Liste enthält nun einige nahe liegende Elemente wie eine Enteignung. Jedoch kommt es selbst da auf die Umstände an. Der Ratgeber enthält keinen erkennbaren Weg, eine Enteignung im Einzelfall zu rechtfertigen, zum Beispiel bei Insolvenz einer Firma wie dem britischen Bau- und ÖPP-Riesen *Carillion* 2018.<sup>36</sup>

Noch heikler dürfte die in der Liste genannte Verweigerung einer „Zulassung oder Zustimmung“ sein. Diese wird in der Regel durchaus begründet sein, zum Beispiel durch Umwelt-, Gesundheits- oder Arbeitsrechtsschutz 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

<sup>36</sup> Britischer Baukonzern Carillion ist pleite. Manager Magazin, 15.01.2018. <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/carrillion-britischer-baukonzern-ist-pleite-bauprojekte-in-gefahr-a-1187900.html>.

Verweigerung legitimiert sein kann, wenn sich der private Partner nicht an das Recht hält. 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.

Völlig unverständlich ist, dass in dieser Liste viele der Ereignisse wieder auftauchen, die schon in der Liste zur „höheren Gewalt“ standen – obwohl dort ja definiert war, dass keine Vertragspartei Kontrolle über das Ereignis habe. Wortgleich stehen dort auch wieder Krieg, Embargo, Revolution, radioaktive Kontamination, 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 laut der US-Kanzlei *Foley Hoag* auch international üblichem Recht.<sup>37</sup>

Erneut stehen dort auch Streiks und Langsamarbeit, diesmal allerdings mit der Einschränkung, dass sie nicht der Verbesserung der konkreten Arbeitsbedingungen dienen. Dennoch schüren diese weitgehenden Rechte der privaten Seite eine Stimmung gegen Arbeitskämpfe. Besonders heikel ist schließlich der Vorschlag, dass sogar der Bau „konkurrierender Infrastruktur“ Entschädigungsansprüche nach sich ziehen könnte.

Die Rechtsfolge eines „erheblich schädlichen Regierungshandelns“ ist ein – im Vergleich zur „höheren Gewalt“ – deutlich stärkerer Entschädigungsanspruch der privaten Seite .

## Rechtsänderungen

Der private Partner ist, wie der Ratgeber feststellt, typischerweise zur Einhaltung der geltenden Gesetze verpflichtet. Deshalb sollen ihm umgekehrt bei Rechtsänderungen („change in law“) Rechte zustehen. Konkret gehe es um „unerwartete Änderungen“, die eine Einhaltung der Verpflichtungen des privaten Partners „unmöglich, nur verspätet möglich oder teurer“ (3.1.2) machen und seine Gewinnerwartungen schmälern. Auch Steuern sind regelmäßig erfasst (3.2.2.1). Das „politische Risiko“

(3.2.1.2) einer Gesetzesänderung und deren finanzielle Folgen sollen wieder einmal die öffentliche Hand tragen.

Der Ratgeber gibt zwar zu, dass die öffentliche Hand zunächst gegen eine solche „Risikoübernahme“ opponieren könnte, gibt sich dann aber viel Mühe zu erklären, warum die Regelung bei ÖPP zu rechtfertigen sei (3.2.1): So habe der private Partner üblicherweise nicht die Freiheit, die Preise zu gestalten und darüber Verluste zu tragen. Auch stehe wieder die Frage im Raum, ob das Projekt sonst am Ende für die Privaten interessant ist. 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 gibt.

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, 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“.

Dass der Staat über Jahrzehnte – denn so lange laufen die Verträge 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 der restriktiveren Variante gibt es jedoch keinen ausreichenden Schutz für legitime Gesetzes- und Rechtsänderungen. Deshalb entstehen hier große Risiken für die öffentliche Hand, mit hohen möglichen Kosten bei „Schadensersatz“-Forderungen der Privaten. Auch die US-Kanzlei *Foley Hoag* hält es für unangemessen, dass die Weltbank sich derartig zu Rechtsänderungen positioniert.<sup>38</sup> Letztlich läuft diese Bestimmung darauf hinaus, dass sich die Firmen über die ÖPP der allgemeinen Rechtsfortentwicklung entziehen können. Dies benachteiligt im Übrigen sogar andere Firmen, welche gegebenenfalls mit nachteiligen Wirkungen eines neuen Gesetzes auskommen müssen.

<sup>37</sup> 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>.

<sup>38</sup> 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>.

## Kündigungszahlungen

Für den Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung schlägt der Ratgeber Kündigungszahlungen („termination payments“) als Entschädigung vor. Auch hier wird ausführlich auf die „Marktpraxis“ Bezug genommen, die wie folgt aussehe: Endet der Vertrag durch die Schuld der öffentlichen Seite, solle der private Partner „voll entschädigt“ („fully compensated“; 4.3.1) werden, wobei damit die erwartete Eigenkapitalrendite gemeint ist, die sich nach unterschiedlichen Methoden berechnen lasse.

Dieselbe „Marktpraxis“ sehe auch bei der Schuld des privaten Partners vor, dass es eine „gewisse Entschädigung“ („some amount of compensation“; (4.4.1) geben soll. 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.“ (4.4.1) 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.

Die US-Kanzlei *Foley Hoag* kritisiert zusätzlich, dass gerade im Fall von Kündigungszahlungen die Möglichkeit eines öffentlichen Anteils an der Betreibergesellschaft berücksichtigt werden müsse. Außerdem sollten die Zahlungen direkt an die Kreditgeber und nicht an den privaten Vertragspartner gehen, der das Projekt verlässt. Ansonsten könnte letzterer in ungebührlichem Maße Gelder vom Projekt abziehen.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> 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>.

## Finanzierungsänderungen

Für den Fall einer Änderung der Finanzierung („refinancing“) empfiehlt der Ratgeber, so etwas prinzipiell möglich zu machen, sieht aber ein Zustimmungsrecht 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, so wie es zum Beispiel in Südafrikas Richtlinien festgelegt ist.

Die US-Kanzlei *Foley Hoag* kritisiert, dass auch ein Refinanzierungsvorschlag von der öffentlichen Seite durch die private Seite geprüft werden sollte und dass unter Umständen – bei Gebühren – auch die Nutzer/innen von den Kostenvorteilen profitieren sollten. Diese Punkte spricht der Ratgeber nicht an.<sup>40</sup>

## Beitrittsrechte der Geldgeber

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. Dieses Recht sei zwar bisher „selten (wenn überhaupt) tatsächlich genutzt worden“ (6.1). Dennoch gebe es den Kreditgebern mehr Sicherheit, dass ein Projekt nicht abrupt endet. Formell 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“ (6.2) mit den Kreditgebern empfiehlt.

Die öffentliche Hand könnte beim Vorschlag des Ratgebers offensichtlich den Eintritt nicht verhindern, weil es keine Zustimmungspflicht gibt. Eine solche wäre aber sinnvoll. Die US-Kanzlei *Foley Hoag* regt zudem an, dass die Interessen der Nutzer/innen stärker festgeschrieben sein müssten, da diese von einem Ausfall am meisten betroffen sind.

<sup>40</sup> 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>.



Insbesondere sollte deshalb eine zügige Entscheidung vorgeschrieben sein. Außerdem sollte auch die öffentliche Hand die Option bekommen, anstelle des zahlungsunfähigen privaten Partners in den Vertrag einzutreten.<sup>41</sup>

### **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“ (7.1.2) Informationen ausgenommen sind.

Der konkrete Vorschlag für eine Vertragsbestimmung enthält eine ganze Reihe von Informationen, die veröffentlicht werden dürfen, darunter der ÖPP-Vertrag inklusive der Eigenkapitalrendite („Base Case Equity IRR [internal rate of return] information“) und möglicher Vertragspartner-Wechsel.

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 Finanzierung“ wie „Preisermittlungselemente und -methoden“, das „Finanzierungsmodell des privaten Partners“ und „Details zu den Kosten bei der Finanzierung durch Eigenkapital und Schulden“. (7.2.3)

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. Insgesamt unterstützt der Ratgeber teils das Interesse der öffentlichen Hand an Transparenz, zugleich würden wohl wichtige Vertragsbestimmungen geheim bleiben.

<sup>41</sup> 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>.

### **Geltendes Recht und Streitbeilegung**

Der Ratgeber hält – zurecht – fest, dass es von großer Bedeutung ist, welches Recht und welche Form der Streitbeilegung gewählt wird. Als Optionen werden nationale Gerichte, ausländische Gerichte oder internationale Streitschlichtung vorgeschlagen. Die US-Kanzlei *Foley Hoag* moniert, dass alternative Schlichtungsmöglichkeiten wie Mediation keine Erwähnung finden, obwohl dies besonders bei Umwelt- und Sozialthemen hilfreich wäre.<sup>42</sup>

Die öffentliche Hand wolle dabei typischerweise das Recht des eigenen Landes für einschlägig erklären. Wieder einmal zählt der Ratgeber dann eine ganze Reihe von Gründen auf, warum dies keine gute Idee sei (8.1.2). Diese laufen im Prinzip alle darauf hinaus, dass es für den privaten Partner schwerer sein wird, ein Verfahren durchzuführen und den Fall zu gewinnen.

Ähnlich ist es bei den zuständigen Gerichten. Während die öffentliche Hand in der Regel die eigenen Gerichte für zuständig erklären wolle, würden die privaten Partner lieber auf ausländische Gerichte oder (internationale) Streitschlichtung („arbitration“) 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“ (8.2.2.2). 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“ (8.2.2.5), ob man Gerichte oder Streitschlichtung nutzen will. Der Ratgeber beschreibt außerdem diverse konkrete Möglichkeiten der Streitschlichtung, insbesondere das in Washington bei der Weltbank ansässige „International

<sup>42</sup> 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>.

Centre for Settlement of Investment Disputes“ (ICSID)<sup>43</sup>, 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“ (8.2.3). 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 Mosambik<sup>44</sup>
- Öffentliche Infrastruktur in Algerien<sup>45</sup>
- Infrastruktur in Libyen<sup>46</sup>
- Mine in Ghana<sup>47</sup>
- Freizeitkomplex in Côte d'Ivoire<sup>48</sup>
- Energieversorgung in Tansania<sup>49</sup>
- Energieversorgung in Gambia<sup>50</sup>
- Telekommunikation in Madagaskar<sup>51</sup>
- Energieversorgung in Georgien<sup>52</sup>
- Ö raffinerie in Papua Neu-Guinea<sup>53</sup>
- Müllentsorgung in Ägypten<sup>54</sup>
- Wasser/Abwasser in Argentinien<sup>55</sup>
- Brücke in Argentinien (mit Hochtief)<sup>56</sup>

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

<sup>43</sup> <https://icsid.worldbank.org/en>.

<sup>44</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/23>.

<sup>45</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/1>.

<sup>46</sup> [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).

<sup>47</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/15>.

<sup>48</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/11>.

<sup>49</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/41>.

<sup>50</sup> <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>.

<sup>51</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/28>.

<sup>52</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/29>.

<sup>53</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/26>.

<sup>54</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/15>.

<sup>55</sup> <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>.

<sup>56</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/31>.

Entscheidungen („maverick decisions“, 8.2.3, STEP 3) und sei besser vorhersagbar. Dass ein maßgeblich von *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 „one of the world's leading International Arbitration practices“<sup>57</sup>.

Der Text streift die großen Probleme der internationalen Streitschlichtung nur am Rande. In Wahrheit geht die öffentliche Hand dabei ein hohes Risiko ein, da die Regeln von ICSID sehr investorenfreundlich sind, insbesondere was die Schutzstandards wie „faire und gerechte Behandlung“ oder „Enteignung“ angeht. Auch die Unabhängigkeit der Schiedsleute ist mehr als fraglich.<sup>58</sup>

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 realen Vertragsverhandlungen“ („real life contractual negotiations“, 8.2.6) ab. Dass dieses „real life“ im Ratgeber sonst selten eine Rolle spielt, zeigt dessen Charakter.

## Anleihefinanzierung

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 an-

<sup>57</sup>

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

<sup>58</sup> 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/pr-ofiting-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>.

geht, allerdings sei sie nicht für alle Projekte geeignet und habe ihre eigenen Schwierigkeiten. Insbesondere sind 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, fachliche externe Berater (wie die Autoren des Ratgebers *Allen & Overy*) heranzuziehen (9.3.1). 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 (9.5.1). 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.

### Unternehmensfinanzierung

Als letzten Punkt äußert sich der Ratgeber zum Thema Unternehmensfinanzierung („corporate financing“). Hier geht es darum, dass es keinen externen 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 ist und eine gute Bilanz sowie Erfahrung mit der Unternehmensfinanzierung für neue Projekte hat. 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.

### 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, zumal da die Einnahmen an die Privaten gehen.

Darüber hinaus wirkt schon die Auswahl der Vertragsbestimmungen eher im Interesse der privaten Seite. So steht dem Kapitel zu „erheblich schädlichem Regierungshandeln“ keines zu entsprechendem Handeln der privaten Seite gegenüber. Im Gegenteil wird sogar betont, dass selbst bei Verschulden der privaten Seite diese noch gewisse Entschädigungen bekommen müsse, während bei Verschulden der öffentlichen Seite eine volle Entschädigung der privaten Seite erfolgen müsse.

Besonders weit reichende Folgen kann das Kapitel „Rechtsänderungen“ haben, denn es sind kaum Schutzmechanismen für die öffentliche Hand erkennbar, was legitime Gesetzgebung und Rechtsfortbildung angeht. Die Wirkung wird noch dadurch verstärkt, dass sich der Ratgeber für ausländische Gerichte und internationale Streitschlichtung stark macht, was vor allem Privaten nutzt.

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 jedenfalls nicht als neutraler Berater der öffentlichen Hand, sondern als Partner der Privaten.

**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/Kontaktperson:** Markus Henn, +49-30-27582249, markus.henn@weed-online.org

**Förderhinweis:** Dieses Papier ist Teil eines durch Brot für die Welt finanzierten Projekts. 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](http://www.weed-online.org) – [www.gemeingut.org](http://www.gemeingut.org)