

Kurzgutachten

Eliminierung von „Vorfinanzierungs- Fehlanreizen“ zugunsten des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffungsvariantenauswahl im Kontext der Gründung der BAB-Gesellschaft

Eine ökonomisch-juristische Analyse

Autoren:

Prof. Dr. Thorsten Beckers

Prof. Dr. Georg Hermes

Andrej Ryndin

Dr. Holger Weiß, LL.M. (W2K Rechtsanwälte)

Auftraggeber:

Bundesvereinigung

Mittelständischer Bauunternehmen e.V. (BVMB)

März 2017

Inhaltsverzeichnis

Kurzfassung	iii
1 Einleitung	1
1.1 Ausgangslage	1
1.2 Thema und Ziel dieses Kurzgutachtens	5
1.3 Struktur dieses Kurzgutachtens und Rückgriff auf Vorarbeiten	6
2 Grundlagen	8
2.1 ÖPP und privates Kapital	8
2.2 Schuldenbremsen und Schuldenzuordnung	11
3 „Vorfinanzierungs-Fehlanreiz“ hinsichtlich der Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffungsvariantenauswahl: Aktuelle und zukünftige Relevanz	14
3.1 Überblick und Vorgehen	14
3.2 Aktuelle Relevanz	15
3.3 Zukünftige Relevanz nach der Reform des Art. 90 GG und dem Auslaufen der Auftragsverwaltung	16
3.3.1 Reform gemäß den Gesetzesentwürfen der Bundesregierung vom 14.12.2016	16
3.3.2 Reform gemäß den Vorschlägen von BECKERS / HERMES / WEISS (2017a) und BECKERS ET AL. (2017)	17
3.4 (Übergangs-)Phase zwischen dem Reformbeschluss und der Vollendung des Reformprozesses	18
3.5 Fazit	19
4 Handlungsempfehlungen und Gesetzesanpassungsvorschläge	20
4.1 Grundsätzliche Handlungsempfehlungen	20
4.2 Gesetzesanpassungsvorschläge	22
4.3 Begründung der konkreten Gesetzesanpassungsvorschläge	23
5 Fazit	26
6 Anhang: Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen	27

Kurzfassung

- Bei den Bundesautobahnen (BAB) wird im Rahmen der Leistungserstellung auf Seiten der öffentlichen Hand traditionell auf die so genannte konventionelle Beschaffungsvariante zurückgegriffen, bei der Aufgaben des Baus und der Erhaltung sowie – in einem relativ geringen Umfang – des Betriebsdienstes separat ausgeschrieben und privaten Unternehmen übertragen werden. Seit Mitte der 2000er Jahre wird bei der Realisierung von Ausbau- und neuerdings auch Neubaumaßnahmen bei den BAB verstärkt der so genannte ÖPP (Öffentlich-Private-Partnerschaften)-Ansatz angewendet. Bei diesem werden an einen privaten Auftragnehmer für einen Zeitraum von i.d.R. drei Jahrzehnten gebündelt (nahezu) sämtliche zentralen Aufgaben (Kapazitätsausbau und Erhaltung sowie i.d.R. auch der Betriebsdienst) auf einem Streckenabschnitt übertragen. Vor dem Hintergrund, dass die bisherigen ÖPP-Projekte bei den BAB – wie auch mehrfach vom Bundesrechnungshof angemerkt – mit höheren Kosten als die alternative konventionelle Realisierung dieser Projekte einhergehen, erstaunt die regelmäßige Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei den BAB.
- Allerdings gibt es einen polit-ökonomischen Erklärungsansatz, der einen wesentlichen Erklärungsbeitrag für diese, hinsichtlich der Erreichung des Ziels der Kosteneffizienz unsachgemäße, Anwendung des ÖPP-Ansatzes leisten dürfte. Für die Bereitstellung der BAB ist der Bund verantwortlich und dieser finanziert die BAB (derzeit) über den Bundeshaushalt. Durch die (in Art. 115 GG enthaltene) „deutsche Schuldenbremse“ und die (in Art. 126 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 12 „verankerte“) „europäische Schuldenbremse“ wird die Möglichkeit des Bundes zur Kreditaufnahme zur Abdeckung von (Haushalts-)Ausgaben und damit auch zur Finanzierung von Investitionen begrenzt und (zumindest nahezu) unterbunden. Dies betrifft auch die Finanzierung von Investitionen bei den BAB. Bei der Realisierung von (Aus- und Neubau-)Projekten nach dem ÖPP-Ansatz wird hingegen zunächst Kapital zur Finanzierung der Investition durch den privaten Auftragnehmer aufgenommen und belastet den Bundeshaushalt nicht. Damit können unter Rückgriff auf den ÖPP-Ansatz im Bereich der BAB Projekte realisiert werden, für die im Bundeshaushalt bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante aufgrund von durch die Schuldenbremsen etablierten Restriktionen keine Mittel bereitgestellt werden könnten. In diesem Zusammenhang wird auch davon gesprochen, dass die private Kapitalbereitstellung durch den Auftragnehmer in ÖPP-Projekten eine „Vorfinanzierung“ von Investitionen ermöglicht.¹
- Die private Vorfinanzierung im Rahmen von ÖPP-Projekten ist aus (institutionen-)ökonomischer Sicht jedoch aus zwei Gründen kritisch zu sehen:
 - Durch die private Vorfinanzierung wird der Grundgedanke von Schuldenbremsen umgangen, nach dem Lastenverschiebungen in die Zukunft verhindert bzw. begrenzt werden sollen.
 - Für die Politik wird durch die Vorfinanzierungsmöglichkeit ein Fehlanreiz bei der Entscheidung darüber etabliert, ob eine Projektrealisierung im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante oder nach dem ÖPP-Ansatz als alternativer Beschaffungsvariante erfolgen sollte. Eine Ent-

¹ In Situationen, in denen die Schuldenbremsen eine konventionellen Projektrealisierung nicht verhindern, aber das Ziel besteht, Haushaltsüberschüsse zu erzielen bzw. „darstellen zu können“ sowie ggf. außerdem im (aktuellen) Haushalt die für die BAB bereitgestellten Mittel zu begrenzen, eröffnet die Finanzierung mit vom Auftragnehmer bereitgestellten Kapital im Rahmen von ÖPP-Projekten ebenfalls einen Weg zur Durchführung der entsprechenden Investition.

scheidung über die anzuwendende Beschaffungsvariante sollte darauf ausgerichtet sein, das Ziel der Kosteneffizienz zu erreichen. Wenn ein Projekt aufgrund der dabei bestehenden Vorfinanzierungsmöglichkeit lediglich unter Rückgriff auf den ÖPP-Ansatz realisiert werden kann, besteht für die Politik der Fehlanreiz, sich für diesen auch dann zu entscheiden, wenn damit höhere Realisierungskosten einhergehen als bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante. Hierfür wird auch die Bezeichnung „Vorfinanzierungs-Fehlanreiz“ verwendet.

- Der dargestellte Vorfinanzierungs-Fehlanreiz könnte durch eine derzeit von der Politik diskutierte Reform der Bereitstellung und Finanzierung sowie Verwaltung der BAB betroffen und ggf. durch diese beseitigt werden. Im Zuge dieser Reformdiskussion hat die Bundesregierung am 14. Dezember 2016 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes sowie den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften beschlossen. Diese Gesetzesentwürfe enthalten konkrete Vorschläge zu Reformen bei den Bundesfernstraßen, die neben den BAB auch die Bundesstraßen umfassen. Wesentliche Elemente dieser Vorschläge sind die Modifikation des Art. 90 GG, der sich auf die Bereitstellung und Verwaltung der Bundesautobahnen (sowie außerdem der Bundesstraßen) bezieht, und in diesem Zusammenhang die Abschaffung der Bundesauftragsverwaltung bei den BAB sowie die Gründung einer „Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen“ („BAB-Gesellschaft“). Gemäß den beiden Gesetzesentwürfen der Bundesregierung soll ferner die Aufgabe der Finanzierung der BAB mittelfristig – nach der Abschaffung der Auftragsverwaltung nach einer Übergangsperiode – grundsätzlich aus dem Bundeshaushalt herausgelöst und an die BAB-Gesellschaft übertragen werden, die im Übrigen dauerhaft im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland stehen soll.
- Wie von BECKERS ET AL. (2017)² aufgezeigt, wird die BAB-Gesellschaft Investitionen durch die Aufnahme von Krediten finanzieren können, die im Lichte der deutschen Schuldenbremse nicht dem Staat und damit nicht der Staatsverschuldung zugeordnet werden. Infolgedessen könnte die BAB-Gesellschaft – von einer entsprechenden Zustimmung des Bundes als ihrem einzigen Gesellschafter zu einer Kreditfinanzierung von Investitionen ausgehend – auch bei Projekten, die unter Rückgriff auf die konventionelle Beschaffungsvariante realisiert werden, die Investitionen durch eine Kreditaufnahme finanzieren, ohne dass dadurch die von der deutschen Schuldenbremse etablierte Verschuldungsgrenze „gerissen“ würde. Infolgedessen würde bei Umsetzung der Reformvorschläge der Bundesregierung kein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz mehr bestehen, der zu einer einseitigen Bevorzugung der Projektrealisierung nach dem ÖPP-Ansatz führt.
- In BECKERS ET AL. (2017) ist nun vorgeschlagen, dass – insbesondere zur Gewährleistung der zukünftigen verkehrspolitischen Flexibilität und somit „aus gutem Grunde“ – durch eine grundgesetzliche Verschuldungsobergrenze die Kreditfinanzierungsmöglichkeiten der BAB-Gesellschaft eingeschränkt werden sollten. Allerdings könnten nach Erreichen dieser Verschuldungsobergrenze im Rahmen von von der BAB-Gesellschaften beauftragten ÖPP-Projekten durch eine (private) Kapi-

² Vgl. Beckers, T. / Breuer, R. / Hermes, G. / Müller, I. / Weiß, H. T. (2017): Politische Steuerung der Investitionspriorisierung, Gründungsverschuldung und zukünftige Investitionsfinanzierung als zentrale Ausgestaltungsfragen bei einer Bundesautobahngesellschaft, im Auftrag des ADAC e.V. erstelltes Kurzgutachten, Online-Veröffentlichung.

talbereitstellung durch die Auftragnehmer der BAB-Gesellschaft doch weitere Investitionsfinanzierungen ermöglicht werden, auch wenn die Ausgaben für die Investitionsmaßnahmen als Folge der Verschuldungsobergrenze zunächst nicht von der BAB-Gesellschaft getragen werden könnten. Somit würde letztendlich durch die Etablierung einer Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft der Vorfinanzierungs-Fehlanreiz wieder eingeführt bzw. dessen Abschaffung verhindert werden.

- In diesem Kurzgutachten ist aufgezeigt worden, wie der Vorfinanzierungs-Fehlanreiz hinsichtlich einer Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes beseitigt werden kann, der im Status quo besteht und der fortbestehen würde, wenn zukünftig eine grundgesetzliche Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft existiert. Hierfür ist das im Rahmen von ÖPP-Projekten vom Auftragnehmer aufgenommene Kapital, das der Investitionsfinanzierung dient, bei der Prüfung der Einhaltung der deutschen Schuldenbremse und der Einhaltung einer Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft als Staatsschulden bzw. als Verschuldung der BAB-Gesellschaft zu zählen. Auf Basis dieser grundsätzlichen Empfehlung sind in dem Kurzgutachten (in Abschnitt 4) konkrete Vorschläge zur Anpassung der vorliegenden Gesetzesvorschläge der Bundesregierung unterbreitet worden.
- Die Schuldenzuordnung im Lichte der europäischen Schuldenbremse ist sowohl für die Existenz als auch bei der Beseitigung des Vorfinanzierungs-Fehlanreizes nur von begrenzter Bedeutung, da davon auszugehen ist, dass die deutsche Schuldenbremse bzw. die Kombination aus einer Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft und der deutschen Schuldenbremse die maßgebliche Restriktionen hinsichtlich einer Kreditaufnahme zur Investitionsfinanzierung bei den BAB darstellen, die im Zweifelsfall „greifen“. Außerdem wäre es für den deutschen Gesetzgeber nicht möglich, die europarechtlichen Regelungen hinsichtlich der Zuordnung von Schulden im Lichte der europäischen Schuldenbremse zu modifizieren.
- Bei Konzessionslösungen erhält ein Konzessionär temporär das Recht zu einer Mautehebung und wird durch die Mauteinnahmen für seine Tätigkeiten vergütet wird. Im Bereich der BAB können Konzessionen derzeit nur auf Basis des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes (FStrPrivFinG) für Brücken, Tunnel und Gebirgspässe nach dem so genannten „F-Modell“ an private Unternehmen vergeben werden. Dabei wird für den Bereich der Leistungserbringung quasi „automatisch“ auf den ÖPP-Ansatz zurückgegriffen. Auch bei Konzessionslösungen nach dem F-Modell besteht ein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz. Dieser würde durch die diskutierten Reformen bei den BAB nicht unbedingt beseitigt werden. In dem Kurzgutachten ist aufgezeigt worden, wie der Vorfinanzierungs-Fehlanreiz im Rahmen der Realisierung von Projekten nach dem F-Modell eliminiert werden kann, wobei sowohl der Reformvorschlag der Bundesregierung als auch die diesbezüglichen Anpassungsvorschläge von BECKERS ET AL. (2017) berücksichtigt worden sind. In diesem Zusammenhang ist u.a. ein Vorschlag von BECKERS / HERMES / WEISS (2017)³ aufgegriffen worden, nach welchem zukünftig Konzessionen nach dem F-Modell auch an die BAB-Gesellschaft (oder an eine Tochtergesellschaft der BAB-Gesellschaft) als öffentliche Konzessionärin vergeben werden können sollten.

³ Beckers, T. / Hermes, G. / Weiß, H. T. (2017): Die zukünftige Verwaltung der Bundesstraßen nach der Abschaffung der Auftragsverwaltung bei den Bundesautobahnen, im Auftrag des ADAC e.V. erstelltes Kurzgutachten, Online-Veröffentlichung.

1 Einleitung⁴

1.1 Ausgangslage

ZUNEHMENDE ANWENDUNG DES ÖPP-ANSATZES IM KONTEXT DES „VORFINANZIERUNGS-FEHLANREIZES“

Bei den Bundesautobahnen (BAB) wird im Rahmen der Leistungserstellung auf Seiten der öffentlichen Hand traditionell auf die so genannte konventionelle Beschaffungsvariante zurückgegriffen, bei der Aufgaben des Baus (vollständig) und der Erhaltung (nahezu ausschließlich) sowie – in einem relativ geringen Umfang – des Betriebsdienstes ausgeschrieben und privaten Unternehmen übertragen werden. Die Verträge mit den privaten Auftragnehmern haben hinsichtlich Aufgabenumfang sowie abgedeckten Strecken- bzw. Netzbestandteilen sehr unterschiedliche Größenordnungen, aber weisen stets einen Bezug zur Durchführung von bestimmten Aufgaben auf und haben eine damit korrespondierende recht begrenzte Vertragslaufzeit.

Seit Mitte der 2000er Jahre wird bei der Realisierung von Ausbau- und neuerdings auch Neubaumaßnahmen bei den BAB verstärkt der so genannte ÖPP (Öffentlich-Private-Partnerschaften)-Ansatz angewendet. Bei diesem werden an einen privaten Auftragnehmer für einen Zeitraum von i.d.R. drei Jahrzehnten gebündelt (nahezu) sämtliche zentralen Aufgaben (Kapazitätsausbau und Erhaltung sowie i.d.R. auch der Betriebsdienst) auf einem Streckenabschnitt bzw. Netzausschnitt übertragen. Die ÖPP-Projekte bei den BAB werden nach Standard-Modellen realisiert, bei denen die Vertragswerke in einem gewissen Ausmaß vereinheitlicht sind. Zunächst wurde das so genannte „A-Modell“ („Ausbau-Modell“) angewendet und seit einer Modifikation der Vergütungsregelung für den Auftragnehmer – in etwa seit dem Jahr 2009 – wird das Standardmodell als „V-Modell“ („Verfügbarkeits-Modell“) bezeichnet. Aufgrund der zeitlichen Struktur der Vergütung, die die öffentliche Hand als Auftraggeber an den privaten Auftragnehmer zahlt, sind zur Realisierung der Investition bei Ausbau- bzw. Neubaumaßnahme im Rahmen der ÖPP-Projekte nach dem A- und V-Modell bei Vertragsbeginn von dem Auftragnehmer in einem hohen (i.d.R. 50% bis 100% der Investitionssumme umfassenden) Ausmaß Finanzmittel bereitzustellen. Diese Kapitalbereitstellung wird vom Auftragnehmer infolge des Erhalts von Vergütungsauszahlungen des öffentlichen Auftraggebers während der in etwa dreißigjährigen Vertragslaufzeit sukzessive zurückgefahren.

Bislang sind bei den Bundesautobahnen zehn Projekte nach dem A- und V-Modell an private Auftragnehmer übertragen worden. Diese Projekte decken insgesamt ca. 570 km und damit etwa 4,4% des BAB-Netzes ab. Nach vom BMVI veröffentlichten Planungen soll in den kommenden Jahren weiterhin

⁴ Die Rechte der Autoren zur Veröffentlichung ihrer Forschungsarbeiten in dem vorliegenden Kurzgutachten sind nicht (und dabei weder direkt noch indirekt) eingeschränkt gewesen sind. Deshalb ist in diesem Kurzgutachten keine Kenntlichmachung gemäß Punkt II.7 des Ethikkodexes des Vereins für Socialpolitik („Darf eine wissenschaftliche Arbeit, ein Bericht oder ein Gutachten nicht ohne vorherige Einwilligung Dritter veröffentlicht werden, so ist dieser Sachverhalt bei der Veröffentlichung kenntlich zu machen.“) erforderlich. Übrigens können Angaben gemäß Punkt II.7 des Ethikkodexes des Vereins für Socialpolitik („In wissenschaftlichen Arbeiten sind Sachverhalte zu benennen, die auch nur potentiell zu Interessenskonflikten oder Befangenheit des Autors/der Autorin führen könnten. Diese Regel soll nach Möglichkeit auch bei Veröffentlichungen in den Nicht-Fach-Medien angewandt werden.“) den persönlichen Homepageseiten derjenigen entnommen werden, die Mitglied des Vereins für Socialpolitik bzw. als Ökonomen tätig sind und damit einhergehend sich dem Ethikkodex des Vereins für Socialpolitik verpflichtet fühlen (siehe https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiter/prof_dr_thorsten_beckers/, https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiterinnen/andrej_ryndin/).

umfangreich auf den ÖPP-Ansatz zur Projektrealisierung zurückgegriffen werden. So befinden sich derzeit zwei ÖPP-Projekte nach dem V-Modell im Vergabeverfahren und es sind neun weitere ÖPP-Vorhaben geplant. Im Übrigen sind im Bereich der BAB auch einige kleinere ÖPP-Vorhaben nach dem (Standard-)Modell des so genannten Funktionsbauvertrags realisiert worden, auf welchen im Folgenden nicht weiter eingegangen werden wird.⁵

Vor dem Hintergrund, dass es sehr deutliche Hinweise darauf gibt, dass die Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Rahmen der A- und V-Modell-Projekte – wie nicht zuletzt auch mehrfach vom Bundesrechnungshof angemerkt – mit höheren Kosten als die alternative Realisierung dieser Projekte auf Basis der konventionellen Beschaffungsvariante einhergeht, erstaunt die häufige Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei den BAB.⁶ Allerdings gibt es einen polit-ökonomischen Erklärungsansatz, der einen wesentlichen Erklärungsbeitrag für diese hinsichtlich der Erreichung des Ziels der Kosteneffizienz unsachgemäße Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes leisten dürfte. Für die Bereitstellung der BAB ist der Bund verantwortlich und dieser finanziert die BAB (derzeit) über den Bundeshaushalt. Durch die (in Art. 115 GG enthaltene) „deutsche Schuldenbremse“ und die (in Art. 126 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 12 „verankerte“) „europäische Schuldenbremse“ wird die Möglichkeit des Bundes zur Kreditaufnahme zur Abdeckung von (Haushalts-)Ausgaben und damit auch zur Finanzierung von Investitionen begrenzt und (zumindest nahezu) unterbunden. Dies betrifft auch die Finanzierung von Investitionen bei den BAB. Bei der Realisierung von (Aus- und Neubau-)Projekten nach dem A- und dem V-Modell (und damit nach dem ÖPP-Ansatz) wird hingegen zunächst Kapital zur Finanzierung der Investition durch den privaten Auftragnehmer aufgenommen und belastet den Bundeshaushalt nicht. Damit können unter Rückgriff auf den ÖPP-Ansatz Projekte realisiert werden, für die im Bundeshaushalt bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante aufgrund von durch die Schuldenbremsen etablierten Restriktionen keine Mittel bereitgestellt werden könnten. In diesem Zusammenhang wird auch davon gesprochen, dass die private Kapitalbereitstellung durch den Auftragnehmer in ÖPP-Projekten eine „Vorfinanzierung“ von Investitionen ermöglicht. In Situationen, in denen zwar die Schuldenbremsen eine konventionelle Projektrealisierung nicht verhindern, aber das Ziel besteht, Haushaltsüberschüsse zu erzielen bzw. „darstellen zu können“ sowie ggf. außerdem im (aktuellen) Haushalt die für die BAB bereitgestellten Mittel zu begrenzen, eröffnet die Finanzierung mit vom Auftragnehmer bereitgestellten

⁵ Bei über einen Funktionsbauvertrag realisierten ÖPP-Projekten ist die zeitliche Struktur der Vergütungsauszahlung so gestaltet, dass vom Auftragnehmer zur Investitionsrealisierung – abgesehen von den üblichen Bauzwischenfinanzierungen – kein privates Kapital zur Investitionsfinanzierung bereitzustellen ist.

⁶ Vgl. dazu z.B.

- Bundesrechnungshof (2014): Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) als Beschaffungsvariante im Bundesfernstraßenbau; Haushaltsausschussdrucksache 0822 und
- Beckers, T. / Klatt, J. P. / Maerschalk, G. (2009): Organisationsmodelle für die Produktion und Finanzierung im Bereich der Bundesautobahnen – Eine ökonomische Analyse unter Berücksichtigung ingenieurwissenschaftlicher Erkenntnisse, Studie im Rahmen des von der Verkehrsforschung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi) geförderten Projektes NEMO-BAB.

Vgl. dazu außerdem die Angaben und Beispielrechnungen zu den Kostenwirkungen der Anwendung des ÖPP-Ansatzes in den Unterlagen zu dem folgenden im Internet veröffentlichten Vortrag: Beckers, T. (2014/12/15): Eine (institutionen-)ökonomische Analyse des ÖPP-Ansatzes und seiner Anwendung bei den Bundesautobahnen (BAB), Vortrag bei dem Fachgespräch „Die ÖPP-Falle: Risiken und Alternativen“ der Bundestagsfraktion Bündnis 90 / Grüne, Berlin.

Kapital im Rahmen von ÖPP-Projekten ebenfalls einen Weg zur Durchführung der entsprechenden Investition.

Die private Vorfinanzierung im Rahmen von ÖPP-Projekten ist aus (institutionen-)ökonomischer Sicht jedoch aus zwei Gründen kritisch zu sehen:

- Zunächst wird durch die private Vorfinanzierung der Grundgedanke von Schuldenbremsen umgangen. Berücksichtigend, dass Schuldenbremsen dem Zweck dienen sollen, einer Lastenverschiebung in die Zukunft entgegenzuwirken, ist es grundsätzlich abzulehnen, wenn die Politik versucht, die Regelungen von Schuldenbremsen „auszutricksen“ und neue (Finanzierungs-)Wege zu eröffnen und zu nutzen, mit denen eine entsprechenden Lastenverschiebung dann doch erfolgen kann.
- Ferner wird für Politiker in der Exekutive und auch in der Legislative durch die Vorfinanzierungsmöglichkeit ein Fehlanreiz bei der Entscheidung darüber etabliert, ob eine Projektrealisierung im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante oder nach dem ÖPP-Ansatz als alternativer Beschaffungsvariante erfolgen sollte. Eine Entscheidung über die anzuwendende Beschaffungsvariante sollte darauf ausgerichtet sein, das Ziel der Kosteneffizienz zu erreichen und damit die Berücksichtigung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu gewährleisten, der gemäß der Bundeshaushaltsordnung (BHO) zu beachten ist (§ 7 Absatz 1 BHO). Folglich sollte die Beschaffungsvariante ausgewählt werden, mit der der Barwert der Ausgaben minimiert wird.⁷ Wenn ein Projekt aufgrund der dabei bestehenden Vorfinanzierungsmöglichkeit lediglich unter Rückgriff auf den ÖPP-Ansatz realisiert werden kann, besteht für die Politik der Fehlanreiz, sich für diesen auch dann zu entscheiden, wenn damit höhere Realisierungskosten einhergehen als bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante. Hierfür wird im Folgenden die Bezeichnung „Vorfinanzierungs-Fehlanreiz“ verwendet.

Zwar existieren im Haushaltsrecht Regelungen, mit denen die Politik darauf verpflichtet werden soll, grundsätzlich die Beschaffungsvariante anzuwenden, mit der die Realisierungskosten minimiert werden. Allerdings bestehen Möglichkeiten zur Umgehung der entsprechenden Regelungen. Nicht zuletzt können auch so genannte (Wirtschaftlichkeits-)Untersuchungen, in denen die Auswirkungen der Anwendung verschiedener Beschaffungsvarianten gemäß entsprechender Vorgaben in § 7 Absatz 2 BHO betrachtet werden, unsachgemäß, da „Ergebnis-orientiert“, ausgeführt werden. Auf diese Weise kann im Kontext des Vorfinanzierungs-Fehlanreizes die Anwendung des ÖPP-Ansatzes als geeignet(er) dargestellt werden, auch wenn dies gar nicht der Fall ist.^{8, 9} Vor diesem Hintergrund kann

⁷ Dabei wird hier von einer grundsätzlich identischen Leistungsfähigkeit der Beschaffungsvarianten hinsichtlich Qualität der Projektrealisierung etc. ausgegangen.

⁸ Zunächst gibt es – wie in BECKERS ET AL. (2014) mit Bezug zu Hochbauprojekten thematisiert – diverse Möglichkeiten, bei Kostenvergleichsrechnungen zwischen verschiedenen Beschaffungsvarianten zu „schummeln“; vgl. Beckers, T. / Wagemann, F. / Ryndin, A. / Klatt, J. P. (2014): Eine (institutionen-)ökonomische Analyse der Kalkulation von Lebenszykluskosten und der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Vorhaben; Endbericht zu dem mit Förderung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) realisierten Forschungsvorhabens „Ermittlung von Lebenszykluskosten und Vergleich verschiedener Beschaffungsvarianten im Hochbau unter Berücksichtigung institutionenökonomischer Erkenntnisse (LV-bau)“,

festgehalten werden, dass die entsprechenden (haushalts-)rechtlichen Regelungen kein grundsätzlich angemessenes bzw. zumindest kein alleine ausreichendes Instrumentarium darstellen, um dem (Vorfinanzierungs-)Fehlanreiz entgegenzuwirken, der bei der Beschaffungsvariantenauswahl infolge der Vorfinanzierungsmöglichkeit im Rahmen von ÖPP-Projekten zugunsten dieser Beschaffungsvariante vorliegt.

VON DER BUNDESREGIERUNG GEPLANTE REFORM BEI DEN BAB, VORSCHLAG FÜR EINE (GRUND-)GESETZLICHE VERSCHULDUNGSOBERGRENZE FÜR DIE BAB-GESELLSCHAFT UND AUSWIRKUNGEN AUF DEN VORFINANZIERUNGS-FEHLANREIZ

Der dargestellte Vorfinanzierungs-Fehlanreiz könnte durch eine derzeit von der Politik diskutierte Reform der Bereitstellung und Finanzierung sowie Verwaltung der BAB betroffen und ggf. durch diese beseitigt werden. Im Zuge dieser Reformdiskussion hat die Bundesregierung am 14. Dezember 2016 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes sowie den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften beschlossen. Diese Gesetzesentwürfe enthalten konkrete Vorschläge zu Reformen bei der Bereitstellung und Finanzierung sowie Verwaltung der Bundesfernstraßen, die neben den BAB auch die Bundesstraßen umfassen. Ein wesentliches Element dieser Vorschläge ist die Modifikation des Art. 90 GG, der sich auf die Bereitstellung und Verwaltung der Bundesautobahnen (sowie außerdem der Bundesstraßen) bezieht. Demnach soll die Bundesauftragsverwaltung bei den BAB abgeschafft werden, durch die bislang die Bundesländer maßgeblich in die Verwaltung der BAB involviert sind. Ferner ist die Gründung einer „Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen“ vorgesehen, die im Folgenden abgekürzt als „BAB-Gesellschaft“ bezeichnet wird. Gemäß den beiden Gesetzesentwürfen der Bundesregierung soll die Aufgabe der Finanzierung der BAB mittelfristig – nach der Abschaffung der Auftragsverwaltung nach einer Übergangsperiode – grundsätzlich aus dem Bundeshaushalt herausgelöst und an die BAB-Gesellschaft übertragen werden. Diese soll im Übrigen dauerhaft im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland stehen.

Wie von BECKERS ET AL. (2017)¹⁰ aufgezeigt, wird die BAB-Gesellschaft in jedem Fall Investitionen durch die Aufnahme der Kredite finanzieren können, die im Lichte der deutschen Schuldenbremse nicht dem Staat und damit nicht der Staatsverschuldung zugeordnet werden. Bei einer Ausgestaltung der BAB-Gesellschaft gemäß den Vorschlägen der Bundesregierung ist gemäß BECKERS ET AL. (2017) des Weiteren davon auszugehen, dass die Verschuldung der Gesellschaft zukünftig auch im

Online-Veröffentlichung. Weiterhin können auch multikriteriellen Analysen eingesetzt werden, in denen durch die Anwendung und unangemessen starke Gewichtung einzelner (i.d.R. weicher) Kriterien ein Endergebnis generiert werden kann, bei dem eine relativ teure und eigentlich ungeeignete Beschaffungsvariante als Vorzugslösung erscheint.

⁹ Es ist im Übrigen auch denkbar, dass derartige Verzerrungen in Untersuchungen nicht von der Politik „angeordnet“ werden, sondern – ggf. auch aus polit-ökonomisch erklärbaren Gründen – von der Verwaltungsebene im Rahmen eines „vorausseilenden Gehorsams“ durchgeführt werden.

¹⁰ Vgl. Beckers, T. / Breuer, R. / Hermes, G. / Müller, I. / Weiß, H. T. (2017): Politische Steuerung der Investitionspriorisierung, Gründungsverschuldung und zukünftige Investitionsfinanzierung als zentrale Ausgestaltungsfragen bei einer Bundesautobahngesellschaft, im Auftrag des ADAC e.V. erstelltes Kurzgutachten, Online-Veröffentlichung.

Lichte der europäischen Schuldenbremse nicht dem Staat zugerechnet würde. Infolgedessen könnte die BAB-Gesellschaft – von einer entsprechenden Zustimmung des Bundes als ihrem einzigen Gesellschafter zu einer Kreditfinanzierung von Investitionen ausgehend – auch bei Projekten, die unter Rückgriff auf die konventionelle Beschaffungsvariante realisiert werden, die Investitionen durch eine Kreditaufnahme finanzieren, ohne dass durch die Schuldenbremsen etablierte Verschuldungsgrenzen „gerissen“ würden. Denkbar ist, dass die BAB-Gesellschaft irgendwann zukünftig aufgrund einer hohen Verschuldung und / oder zu geringer zukünftig zu erwartender Einnahmen keine Kredite zur Investitionsfinanzierung mehr aufnehmen könnte. Dies würde dann allerdings nicht nur eine Projektrealisierung unter Rückgriff auf die konventionelle Beschaffungsvariante sondern auch die Umsetzung von ÖPP-Projekten betreffen. Denn auch für die Vergütung eines ÖPP-Auftragnehmers über die lange Vertragslaufzeit, während der dieser das von ihm aufgenommene Kapital zurückführen müsste, würden dann nicht genügend Mittel zur Verfügung stehen. Letztendlich würde somit bei Umsetzung der Reformvorschläge der Bundesregierung kein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz mehr bestehen, der zu einer einseitigen Bevorzugung der Projektrealisierung nach dem ÖPP-Ansatz führt.

In BECKERS ET AL. (2017) ist nun vorgeschlagen, dass – insbesondere zur Gewährleistung der zukünftigen verkehrspolitischen Flexibilität – durch eine grundgesetzliche Verschuldungsobergrenze die Kreditfinanzierungsmöglichkeiten der BAB-Gesellschaft eingeschränkt werden sollten. Allerdings könnten nach Erreichen dieser Verschuldungsobergrenze im Rahmen von ÖPP-Projekten, die von der BAB-Gesellschaft beauftragt werden, durch eine (private) Kapitalbereitstellung durch die Auftragnehmer der BAB-Gesellschaft doch weitere Investitionsfinanzierungen ermöglicht werden, auch wenn die Ausgaben für die Investitionsmaßnahmen als Folge der Verschuldungsobergrenze zunächst nicht von der BAB-Gesellschaft getragen werden könnten. Somit würde letztendlich durch die Etablierung einer Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft der Vorfinanzierungs-Fehlanreiz wieder eingeführt werden bzw. dessen Abschaffung verhindert werden.

1.2 Thema und Ziel dieses Kurzgutachtens

In diesem Kurzgutachten soll untersucht werden, wie der dargestellte Vorfinanzierungs-Fehlanreiz hinsichtlich einer Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes bei den BAB im Rahmen der Beschaffungsvariantenauswahl eliminiert werden kann. Dabei sind folgende thematische Fokussierungen vorgesehen:

- Im Mittelpunkt der Analysen steht eine BAB-Gesellschaft, deren Kreditaufnahmefähigkeit – wie von BECKERS ET AL. (2017) „aus gutem Grund“ vorgeschlagen – grundgesetzlich durch eine Verschuldungsobergrenze beschränkt ist. Allerdings soll (möglichst) auch berücksichtigt werden, wie in der bis 2020 andauernden Übergangsperiode, in der die Auftragsverwaltung noch fortbesteht und während der die BAB-Gesellschaft ggf. vom Bund noch keine Kompetenzen zu einer Kreditfinanzierung von Investitionen übertragen bekommen hat, der Vorfinanzierungs-Fehlanreiz beseitigt werden könnte.
- In erster Linie werden „einfache“ ÖPP-Projekte betrachtet, bei denen der öffentliche Auftraggeber die Vergütung an den privaten Auftragnehmer zahlt. Ergänzend wird auch auf Konzessionen im Allgemeinen und auf Konzessionen nach dem so genannten F-Modell im Speziellen eingegangen, die auf dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) basieren.

Die Konzessionen nach dem F-Modell werden zukünftig nicht von der BAB-Gesellschaft, sondern vielmehr nur von der unmittelbaren Bundesverwaltung vergeben werden (können).

- Schwerpunktmäßig werden die Restriktionen hinsichtlich der staatlichen Kreditaufnahme thematisiert, die sich aus der deutschen Schuldenbremse ergeben. Ergänzend wird auch die europäische Schuldenbremse berücksichtigt.
- Die Analysen beziehen sich grundsätzlich auf die Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei der Realisierung von Projekten bei den Bundesautobahnen. Auf die Bundesstraßen wird grundsätzlich nicht eingegangen.

Ziel dieses Kurzgutachtens ist es, nicht nur grundsätzliche Handlungsempfehlungen sondern vielmehr auch konkrete Gesetzesvorschläge zu unterbreiten, wie mit Bezug zu den genannten thematischen Fokussierungen der Vorfinanzierungs-Fehlanreiz eliminiert werden kann. Diese Vorschläge sollen mit den bereits in BECKERS ET AL. (2017) und BECKERS / HERMES / WEISS (2017)¹¹ unterbreiteten Gesetzesanpassungsvorschläge harmonisieren und diese ergänzen.

1.3 Struktur dieses Kurzgutachtens und Rückgriff auf Vorarbeiten

STRUKTUR DIESES KURZGUTACHTENS

Dieses Kurzgutachten ist wie folgt aufgebaut:

- In Abschnitt 2 werden grundlegende Aspekte bezüglich des ÖPP-Ansatzes und der privaten Kapitalbereitstellung bei ÖPP-Projekten (Abschnitt 2.1) sowie hinsichtlich der deutschen und der europäischen Schuldenbremse (Abschnitt 2.2) erläutert.
- In Abschnitt 3 wird systematisch untersucht, welche Relevanz der bei ÖPP-Projekten vorliegende Vorfinanzierungs-Fehlanreiz bei den BAB derzeit hat und nach einer Reform der Bereitstellung, Finanzierung und Verwaltung der BAB der Reform haben dürfte. Dabei wird einerseits eine Reform gemäß den Vorschlägen der Bundesregierung und andererseits entsprechend der Empfehlungen von BECKERS ET AL. (2017) und BECKERS / HERMES / WEISS (2017) berücksichtigt.
- In Abschnitt 4 werden grundsätzliche Handlungsempfehlungen und konkrete Gesetzesanpassungsvorschläge hinsichtlich einer Eliminierung von „Vorfinanzierungs-Fehlanreizen“ abgeleitet. Dabei wird speziell eine Konstellation berücksichtigt, in der gemäß den Empfehlungen von BECKERS ET AL. (2017) die Kreditaufnahmemöglichkeiten der BAB-Gesellschaft durch eine grundgesetzliche Verschuldungsobergrenze limitiert sind.
- In Abschnitt 5 wird ein Fazit gezogen.
- In einem Anhang (in Abschnitt 6) wird das in BECKERS / HERMES / WEISS (2017) vorgeschlagene Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen

¹¹ Vgl. Beckers, T. / Hermes, G. / Weiß, H. T. (2017): Die zukünftige Verwaltung der Bundesstraßen nach der Abschaffung der Auftragsverwaltung bei den Bundesautobahnen, im Auftrag des ADAC e.V. erstelltes Kurzgutachten, Online-Veröffentlichung.

bei den Bundesfernstraßen beigefügt, in das in besonders gekennzeichnete Weise die in Abschnitt 4 abgeleiteten konkreten Gesetzesanpassungsvorschläge integriert sind.

AUFGREIFEN VON DARSTELLUNGEN UND ERGEBNISSEN AUS ANDEREN GUTACHTEN DER AUTOREN DIESES KURZGUTACHTENS

Angemerkt sei, dass in diesem Kurzgutachten in erheblichem Umfang auf Erkenntnisse aus bereits vorliegenden Studien und Gutachten zurückgegriffen wird¹², die unter der Beteiligung von Autoren dieses Kurzgutachtens entstanden sind. Zunächst betrifft dies die beiden vorstehend bereits zitierten Gutachten:

- Beckers, T. / Breuer, R. / Hermes, G. / Müller, I. / Weiß, H. T. (2017): Politische Steuerung der Investitionspriorisierung, Gründungsverschuldung und zukünftige Investitionsfinanzierung als zentrale Ausgestaltungsfragen bei einer Bundesautobahngesellschaft, im Auftrag des ADAC e.V. erstelltes Kurzgutachten, Online-Veröffentlichung.
- Beckers, T. / Hermes, G. / Weiß, H. T. (2017): Die zukünftige Verwaltung der Bundesstraßen nach der Abschaffung der Auftragsverwaltung bei den Bundesautobahnen, im Auftrag des ADAC e.V. erstelltes Kurzgutachten, Online-Veröffentlichung.

Ferner sind die folgenden Forschungsarbeiten zu nennen:

- Beckers, T. / Hermes, G. / Weiß, H. / Ryndin, A. (2016): Ökonomische Beurteilung von Privatisierungsvarianten für die Bundesautobahnen und Gestaltungsempfehlungen für grundgesetzliche Privatisierungsschranken, im Auftrag des Ministeriums für Verkehr des Landes Baden-Württemberg erstelltes Kurzgutachten.
- Beckers, T. / Brenck, A. / Gehrt, J. / Klatt, J. P. (2008): Rationalität und Ausgestaltung privater Finanzierung in PPP-Projekten, Studie im Auftrag der Initiative Finanzstandort Deutschland (IFD), Online-Veröffentlichung.
- Beckers, T. / Klatt, J. P. / Maerschalk, G. (2009): Organisationsmodelle für die Produktion und Finanzierung im Bereich der Bundesautobahnen – Eine ökonomische Analyse unter Berücksichtigung ingenieurwissenschaftlicher Erkenntnisse, Studie im Rahmen des von der Verkehrsforschung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi) geförderten Projektes NEMO-BAB, Online-Veröffentlichung.
- Hermes, G. / Schmidt, A. (2016): Privatisierung der Infrastruktur als Weg aus der Schuldenbremse? – Rechtliche Rahmenbedingungen der Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen durch öffentliches und privates Kapital im Kontext der Schuldenbremsen, im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung erstellte Studie.

¹² Im Folgenden wird auf Verweise auf diese Studien und Gutachten z.T. verzichtet; dies gilt auch bei wörtlichen Übernahmen von Textabschnitten aus diesen Forschungsarbeiten.

2 Grundlagen

2.1 ÖPP und privates Kapital

KONSTITUTIVES CHARAKTERISTIKUM VON ÖPP-PROJEKTEN UND EINORDNUNG VON KONZESSIONEN

Bei einer Projektrealisierung nach dem ÖPP-Ansatz bei den BAB werden – wie bereits in Abschnitt 1 (Einleitung) dargestellt – von einem öffentlichen Auftraggeber an einen privaten Auftragnehmer für einen Zeitraum von i.d.R. drei Jahrzehnten gebündelt zumindest Aufgaben des Baus (Neubau, Ausbau oder Erneuerung) und der anschließenden Erhaltung übertragen. Vielfach werden auch die Aufgaben des Betriebsdienstes mit in ein ÖPP-Projekt integriert. Dies ist sowohl bei den auf den BAB nach dem A- und V-Modell realisierten Projekten als auch bei den zwei bislang nach dem F-Modell realisierten Projekten der Fall, die sich auf Bundesstraßen beziehen. Von der konventionellen Beschaffungsvariante unterscheidet sich der ÖPP-Ansatz insofern nicht in jedem Fall bzw. sogar allenfalls eher geringfügig durch den Umfang der Aufgabenübertragung an private Unternehmen, sondern vielmehr dadurch, dass Aufgaben gebündelt und nicht separat in einzelnen Verträgen an private Unternehmen übergeben werden.

Der ÖPP-Ansatz wird auch – quasi zwangsläufig – im Rahmen von Konzessionslösungen angewendet, wenn eine Konzession von einem öffentlichen Konzessionsgeber an einen privaten Konzessionsnehmer vergeben wird. Bei Konzessionierungen im Bereich der Straßeninfrastruktur wird der private Konzessionsnehmer mit der Leistungserstellung nach dem ÖPP-Ansatz betraut und erhält als Gegenleistung keine Vergütung, sondern vielmehr das Recht zur Erhebung und Vereinnahmung einer Maut.

Allerdings gibt es auch Konzessionen, bei denen ein öffentliches Unternehmen Konzessionsnehmer ist. Derartige „öffentliche Konzessionen“ beinhalten dann keine bzw. zumindest keine zwangsläufige Aufgabenübertragung in gebündelter Weise nach dem ÖPP-Ansatz. Vielmehr kann der öffentliche Konzessionsnehmer die Aufgaben im Bereich der Leistungserstellung unter Rückgriff auf die konventionelle Beschaffungsvariante separat an private Unternehmen übertragen. Aber auch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes durch den öffentlichen Konzessionär als Auftraggeber gegenüber einem privaten Auftragnehmer, der gebündelt die entsprechenden Aufgaben übernimmt, ist möglich.

Abschließend sei angemerkt, dass im Folgenden stets auf „einfache“ ÖPP-Projekte Bezug genommen wird, bei denen es sich nicht um Konzessionslösungen handelt, wenn ohne weitere Erläuterungen der ÖPP-Ansatz thematisiert wird. Es wird hingegen explizit von Konzessionen gesprochen, wenn die bei diesen im Falle einer Vergabe an private Konzessionäre vorliegenden Besonderheiten betrachtet werden.

RISIKOALLOKATION BEI ÖPP-PROJEKTEN UND IDEALTYPISCHE ANWENDUNGSKONSTELLATIONEN SOWIE EINGRENZUNG DES UNTERSUCHUNGSGEBIETS

Bei Verträgen zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem privaten Auftragnehmer bezüglich eines ÖPP-Projektes stellt sich – genau wie auch bei im Rahmen einer konventionellen Beschaffung

abzuschließenden Verträgen – die Frage, wie Risiken allokiert werden sollten.¹³ Bei ÖPP-Projekten im Bereich der BAB, die sich auf den Neu- und Ausbau oder eine grundlegende Erneuerung von Strecken („Strecken-ÖPP“) beziehen, scheint es sinnvoll möglich zu sein, vertraglich zu vereinbaren, dass Kostenrisiken langfristig recht umfassend auf den Auftragnehmer übertragen werden. Wenn hingegen ganze (Teil-)Netze der BAB nach dem ÖPP-Ansatz an private Auftragnehmer übertragen werden würden („Teilnetz-ÖPP“), würde es langfristig betrachtet aufgrund der vorliegenden großen Kontrahierungsprobleme und hohen Risiken (z.B. hinsichtlich des Zustands von Bestandsstrecken) kaum sinnvoll möglich sein, Kostenrisiken umfassend an die Auftragnehmer zu übertragen. Vielmehr dürften dann – ähnlich wie in vielen Infrastruktursektoren im Rahmen der Regulierung praktiziert – regelmäßige Nachverhandlungen und Vertragsanpassungen erforderlich sein, in denen die Vergütungsanpassungen de facto überwiegend orientiert an beobachteten bzw. abgeschätzten Kosten und nicht an wettbewerblich im Rahmen eines Vergabeverfahrens ermittelten Preisen erfolgen.

Bei den weiteren Betrachtungen in diesem Kurzgutachten wird auf ÖPP-Projekte Bezug genommen, die dem vorstehend dargestellten Typ der Strecken-ÖPP entsprechen, bei denen Kostenrisiken vertraglich recht umfassend auf den Auftragnehmer übertragen werden können. Auf Teilnetz-ÖPP und (sonstige) ÖPP-Projekte, bei denen nicht sinnvoll angestrebt werden kann Kostenrisiken langfristig an den privaten Auftragnehmer zu übertragen, wird im Folgenden nicht weiter Bezug genommen. Diese Einschränkung des Untersuchungsgebiets korrespondiert übrigens mit den Handlungsempfehlungen in BECKERS / HERMES / WEISS (2017), wonach im Rahmen der anstehenden Reform der Bereitstellung, Finanzierung und Verwaltung der BAB die Realisierung von Teilnetz-ÖPP in Art. 90 GG untersagt werden sollte. Eine derartige grundgesetzliche Regelung ist nach BECKERS / HERMES / WEISS (2017) sinnvoll, da bei Realisierung von Teilnetz-ÖPP recht eindeutig prognostiziert werden kann, dass mit Kostensteigerungen im Vergleich zu einer Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante zu rechnen ist. Im Übrigen äußern sich BECKERS / HERMES / WEISS (2017) auch kritisch zur Kosteneffizienz von Strecken-ÖPP, sehen hier aber zumindest die Möglichkeit als gegeben an, dass die Realisierung derartiger Projekte im Einzelfall nicht unbedingt unsinnig ist und schlagen kein grundgesetzliches Verbot vor, sondern lediglich eine stärkere Reglementierung der Realisierung derartiger ÖPP-Vorhaben. Diesbezügliche konkrete Vorschläge enthält das in BECKERS / HERMES / WEISS (2017) vorgestellte „Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen“, das als Anhang (Abschnitt 6) diesem Kurzgutachten beigelegt ist.

¹³ Determinanten einer Risikoallokation, mit der aus Sicht des Auftraggebers die Projektkosten minimiert werden können, sind insbesondere (i) die Risikoaversion der Beteiligten, (ii) die maßgeblich durch deren Beschreib- und Messbarkeit bedingte (outputorientierte) Kontrahierbarkeit der Aufgaben, die an den Auftragnehmer übertragen werden, (iii) die Nachvollziehbarkeit der Tätigkeiten des Auftragnehmers bei der Leistungserbringung durch den Auftraggeber, (iv) die Optimierungsmöglichkeiten im Rahmen der Leistungserbringung durch den Auftragnehmer und (v) der Umfang der „von der Natur der Sache“ her vorliegenden und i.d.R. in erster Linie technisch bedingten Risiken.

BEDEUTUNG EINER (PRIVATEN) KAPITALBEREITSTELLUNG DURCH DEN AUFTRAGNEHMER BEI ÖPP-PROJEKTEN ALS ANREIZINSTRUMENT

Ob der private Auftragnehmer bei einem ÖPP-Projekt zur Finanzierung der regelmäßig beim Vertragsbeginn erfolgenden größeren Investition – kurzfristige Kreditaufnahmen zur Bau-(zwischen-)finanzierung, die nach der Abnahme der Bauleistung und dem anschließenden Erhalt der Vergütung vom Auftraggeber zurückgefahren werden können, außer Acht lassend – Kapital aufnehmen muss, ist abhängig von der zeitlichen Struktur der Vergütung. Insofern ist eine private Vorfinanzierung kein konstitutives Charakteristikum des ÖPP-Ansatzes, sondern vielmehr eine mögliche Ausgestaltungsentscheidung.

Wenn Kostenrisiken dem Auftragnehmer zugeordnet sind, dann kann eine private Kapitalbereitstellung einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, dass die vertragliche Risikoallokation im Kontext der Möglichkeit einer Insolvenz des Auftragnehmers durchgesetzt werden kann. Durch vom Auftragnehmer bereitgestelltes (privates) Kapital ist sichergestellt, dass dieser (der Auftragnehmer) für etwaige Schlechtleistungen haftet und dass damit einhergehend der Auftraggeber gegen Schlechtleistungen abgesichert ist. Diese Funktion erfüllt vom Auftragnehmer bereitgestelltes Kapital im Übrigen nicht nur im Rahmen von ÖPP-Projekten sondern auch bei ganz normalen Bauverträgen, in denen bis zur Abnahme der Leistung bzw. einzelner Leistungsteile durch den Auftraggeber der Auftragnehmer für die (Zwischen-)Finanzierung verantwortlich ist.

Bei ÖPP-Projekten betreffen Kostenrisiken auch die übergreifende Optimierung über die Aufgaben des Baus und der Erhaltung hinweg. Unter Umständen zeigt sich infolgedessen erst lange Zeit nach Abschluss der beim Vertragsbeginn erfolgenden Baumaßnahmen, ob sich die strategischen Überlegungen des Auftragnehmers hinsichtlich dieser Optimierung wie vorgesehen realisieren oder ob ggf. stattdessen unerwartete Mehrkosten im Rahmen der Erhaltung anfallen. Um in diesem Kontext als Auftraggeber gegen eine Schlechtleistung des Auftragnehmers abgesichert zu sein, kann ergänzend zu den vertraglichen Regelungen zur Risikoallokation eine längerfristige Kapitalbereitstellung durch den Auftragnehmer grundsätzlich geboten sein. Insofern kann vom Auftragnehmer langfristig bereitgestelltes (privates) Kapital in ÖPP-Projekten nicht nur der Investitionsfinanzierung, sondern auch der Absicherung des Auftraggebers dienen.

Allerdings sollte im Hinblick auf eine Minimierung der Kosten bei einem ÖPP-Vorhaben das vom Auftragnehmer während der einzelnen Vertragsphasen bereitgestellte Kapital nicht darauf ausgerichtet sein, den Auftraggeber vollständig gegen die Schlechtleistung potentiell insolvenzgefährdeter Auftragnehmer abzusichern. Vielmehr sollte – verkürzt dargestellt¹⁴ – abgewogen werden, welche Vorteile eine private Kapitalbereitstellung in einem gewissen Umfang infolge der durch die Sicherstellung einer Haftung auf der Auftragnehmerseite generierten Anreizeffekte mit sich bringen und welche

¹⁴ Außerdem ist bei der Entscheidung des Auftraggebers über den Umfang des (sinnvollerweise) vom Auftragnehmer bereit zu stellenden Kapitals insbesondere der Wissensstand des Auftraggebers hinsichtlich der Leistungserbringung durch den Auftragnehmer von Relevanz. Umso höher der diesbezügliche Wissensstand des Auftraggebers ist, desto besser kann er die Qualität der Leistungserbringung und dabei – entsprechende Prüfrechte vorausgesetzt – auch während der Vertragslaufzeit den Zustand bzw. die Substanzqualität der jeweiligen Infrastruktur beurteilen. Umso besser der entsprechende Wissensstand des Auftraggebers ist, umso geringer sollte grundsätzlich der vom Auftragnehmer bereit zu stellenden Kapitalanteil sein.

Nachteile sich aus den erhöhten Kapitalkosten bei einer privaten Kapitalbereitstellung ergeben. Das Ergebnis dieser Abwägung wird grundsätzlich eine Zwischenlösung sein, durch die der Auftraggeber partiell gegen eine Schlechtleistung des Auftragnehmers abgesichert ist.

Anzumerken ist, dass die dargestellten, durch vom Auftragnehmer bereitgestelltes Kapital generierten Absicherungs- und Anreizwirkungen alternativ – zumindest sehr weitgehend – auch dadurch erreicht werden können, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Bürgschaft zur Verfügung stellt. Derartige Bürgschaften sind in der Praxis regelmäßig betragsmäßig begrenzt. Analog zur Beeinflussung des Absicherungsumfangs über die Festlegung der zeitlichen Vergütungsstruktur kann ein öffentlicher Auftraggeber bei einem ÖPP-Projekt dem Auftragnehmer auch eine zeitliche Struktur des Absicherungsumfangs durch Bürgschaften vorgeben. Da die Absicherung des Auftraggebers in einem ÖPP-Projekt stets von der Bonität des Bürgen abhängig ist, sollte die öffentliche Hand grundsätzlich die Anforderung stellen, dass Bürgschaften von Unternehmen mit sehr hoher Bonität ausgestellt werden müssen, um eine annähernde Absicherungswirkung wie bei einer privaten Kapitalbereitstellung zu erreichen. Anders als bei einer Kapitalbereitstellung durch den Auftragnehmer kann durch eine Bürgschaftslösung zur Absicherung des Auftraggebers keine Vorfinanzierungswirkung erreicht werden. Im Übrigen sind Bürgschaften als Absicherungs- und Anreizinstrumente im Rahmen von Bau-, Erhaltungs- und sonstigen Verträgen der öffentlichen Hand mit privaten Auftragnehmern auch im Rahmen der konventionellen Realisierungsvariante weit verbreitet.

2.2 Schuldenbremsen und Schuldenzuordnung

(IN ART. 115 GG) „VERANKERTE“ DEUTSCHE SCHULDENBREMSE

Die Möglichkeiten des Bundes zur Kreditaufnahme werden zunächst durch die in Art. 115 GG enthaltene deutsche Schuldenbremse beschränkt. Nach der deutschen Schuldenbremse darf der Bundeshaushalt insgesamt nur eine maximale Neuverschuldung in Höhe von i.d.R. 0,35% des Bruttoinlandprodukts (BIP) enthalten.

Die Wirksamkeit und „Schärfe“ einer Schuldenbremse wird maßgeblich dadurch beeinflusst, inwieweit in verschiedenen Konstellationen Schulden als Schulden des Staates (also der Bundesrepublik Deutschland) angesehen werden oder nicht, was in HERMES / SCHMIDT (2016, S. 17 f.) und BECKERS ET AL. (2016, S. 66 f.)¹⁵ genauer betrachtet wird. Mit Bezug zu den in diesem Kurzgutachten betrachteten Konstellationen gilt – wie in der Einleitung (Abschnitt 1) bereits implizit berücksichtigt – folgendes:

- Im Rahmen von ÖPP-Projekten vom Auftragnehmer aufgenommenes Kapital, das zur Investitionsfinanzierung dient, wird im Lichte der deutschen Schuldenbremse nicht dem Staat zugeordnet und zählt somit nicht zur Staatsverschuldung.

¹⁵ Vgl. Beckers, T. / Hermes, G. / Ryndin, A. / Weiß, H. / Becker, T. / Reuße, B. (2016): Reformmodelle für die Verwaltungsorganisation sowie die Bereitstellung und Finanzierung bei den Bundesfernstraßen – Eine institutionenökonomische Analyse unter Berücksichtigung (verfassungs-)rechtlicher Aspekte, im Auftrag des ADAC e.V. erstellte Studie, Online-Veröffentlichung.

- Bei sämtlichen im politischen Bereich im Allgemeinen und in diesem Kurzgutachten im Speziellen diskutierten Ausgestaltungsvarianten der BAB-Gesellschaft, deren Gründung im Zuge der anstehenden Reform hinsichtlich der Bereitstellung, Finanzierung und Verwaltung geplant ist, wird deren Verschuldung ebenfalls im Lichte der deutschen Schuldenbremse nicht der Staatsverschuldung zuzurechnen sein.

(IN ART. 126 AEUV I. V. M. PROTOKOLL NR. 12 „VERANKERTE“) EUROPÄISCHE SCHULDENBREMSE

Auf europäischer Ebene ergibt sich die maßgebliche Schuldenbremse zunächst aus den mit dem Vertrag von Maastricht eingeführten Vertragsnormen über die Wirtschafts- und Währungsunion. Art. 126 Abs. 1 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden. In den Art. 121 und 126 AEUV und ergänzend im Protokoll Nr. 12¹⁶ über das Verfahren bei einem übermäßigem Defizit sind präventive und korrektive Elemente eines haushaltspolitischen Überwachungsverfahrens vorgesehen. Die unter dem Begriff des Wachstums- und Stabilitätspakts zusammenfassend bezeichneten Sekundärrechtsakte, die die genannten Vertragsnormen ergänzen und konkretisieren, wurden 2011 reformiert.¹⁷ Die Einhaltung der Haushaltsdisziplin in den Mitgliedstaaten wird gemäß Art. 126 Abs. 2 AEUV i.V.m. Protokoll Nr. 12 anhand der zwei bekannten Referenzwerte überprüft: Erstens nach dem Verhältnis des geplanten oder tatsächlichen öffentlichen Defizits zum Bruttoinlandsprodukt. Die Grenze ist hierbei gemäß Art. 1 Protokoll Nr. 12 ein Referenzwert von 3% für das Verhältnis zwischen dem geplanten oder tatsächlichen öffentlichen Defizit und dem Bruttoinlandsprodukt zu Marktpreisen. Die zweite zu beachtende Größe ist das Verhältnis des öffentlichen Schuldenstandes zum Bruttoinlandsprodukt. Hierbei beträgt gemäß Art. 1 Protokoll Nr. 12 der Referenzwert 60 % für das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Schuldenstand und dem Bruttoinlandsprodukt zu Marktpreisen. Die Vorgabe zur Begrenzung zur Neuverschuldung wird im Folgenden weiter berücksichtigt und als „europäische Schuldenbremse“ bezeichnet. Das Schuldenstandskriterium wird hingegen nicht weiter thematisiert.

Für die Entscheidung der Frage, ob Schulden im Lichte der europäischen Schuldenbremse dem Staat zuzuordnen sind oder nicht, sind zunächst die nationalen statistischen Behörden zuständig. Letztendlich liegt die diesbezügliche Entscheidungskompetenz jedoch bei dem Statistischen Amt der Europäischen Union (Eurostat). Bei seiner Entscheidung ist Eurostat an die für die Frage der Schuldenzuordnung geltenden Vorgaben des Europäischen Systems Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG) gebunden, denen rechtliche Verbindlichkeit zukommt.¹⁸

Zwar ist die europäische Schuldenbremse hinsichtlich der erlaubten jährlichen staatlichen Neuverschuldung mit seiner „Justierung“ bei 3 % des BIP weniger restriktiv als die bei 0,35 % des BIP festgelegte deutsche Schuldenbremse, allerdings ist zu beachten, dass die europäische Schuldenbremse sich auch auf die Schulden von Ländern und Kommunen bezieht. Den Ländern ist gemäß Art.

¹⁶ ABI. EU 2010 C 83 S. 201 (279).

¹⁷ Dazu wie auch zum institutionellen Rahmen und den Überwachungsverfahren s. etwa Korthals, in: Gatzert u.a. (Hrsg.), Öffentliche Finanzwirtschaft in der Staatspraxis, 2015, S. 71 (74 ff.).

¹⁸ Verordnung (EU) Nr. 549/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 zum Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen auf nationaler und regionaler Ebene in der Europäischen Union, ABI. (EU) L 174 vom 26.06.2013, S. 1.

109 GG zukünftig jedoch keinerlei Neuverschuldung mehr erlaubt. Vor dem Hintergrund der hier in diesem Zusammenhang relativ begrenzten Bedeutung der kommunalen jährlichen Neuverschuldung ist davon auszugehen, dass im Zweifelsfall letztendlich die deutsche und nicht die europäische Schuldenbremse einer Kreditaufnahme des Bundes im Allgemeinen und zur Investitionsfinanzierung bei den BAB im Speziellen entgegensteht; hiervon wird im Folgenden ausgegangen.

Allerdings ist das ESVG, nach dem über die Zuordnung von Schulden im Lichte der europäischen Schuldenbremse entschieden wird, deutlich „strenger“ als die entsprechenden Regelungen bezüglich der Schuldenzuordnung im Lichte der deutschen Schuldenbremse. So ist es sowohl bei der BAB-Gesellschaft als auch bei ÖPP-Vorhaben von deren Detailausgestaltung abhängig, ob das jeweils zur Investitionsfinanzierung aufgenommene Kapital dem Staat zuzurechnen ist oder nicht.

Im von Eurostat herausgegebenen so genannten „Manual on Government Deficit on Debt – Implementation of ESA 2010“ (MGDD) werden unter anderem auch die Vorgaben hinsichtlich der ÖPP-Zuordnung aus dem ESVG (engl. ESA) ergänzt und konkretisiert. Das MGDD und dabei z.T. auch die Erläuterungen zu den ÖPP-Zuordnungsregeln wurden Anfang 2016 überarbeitet. Zudem ist von Eurostat und dem European PPP Expertise Centre (EPEC) im September 2016 ein Erläuterungsband („A Guide to the Statistical Treatment of PPPs“) veröffentlicht worden, der sich ausschließlich mit der Frage beschäftigt, wie ÖPP-Projekte im Lichte der europäischen Schuldenbremse zuzuordnen sind. Dabei gilt bei der Frage der Zuordnung stets der so genannte „Risk-and-Reward“-Grundsatz, anhand dessen der so genannte „wirtschaftliche Eigentümer“ der Infrastruktur ermittelt werden soll. Hierbei ist zunächst entscheidend, dass in jedem Fall das Baurisiko und zudem das Verfügbarkeitsrisiko oder das Nachfragerisiko dem privaten Auftragnehmer übertragen wird, damit das ÖPP-Vorhaben und somit das jeweils zur Investitionsfinanzierung aufgenommene private Kapital nicht dem Staat zugeordnet wird. Aber zusätzlich zu diesem Grundsatz wird mit Bezug zu verschiedenen Ausgestaltungsfragen von ÖPP-Verträgen festgelegt, welche Implikationen bestimmte Ausgestaltungsentscheidungen darauf haben, ob diese Schulden dem Staat oder dem privaten Auftragnehmer zugeordnet werden. So werden beispielsweise ÖPP-Projekte, bei denen mehr als 50% der Investitionssumme nach Baufertigstellung vom öffentlichen Auftraggeber an den privaten Auftragnehmer ausgezahlt werden, dem Staat zugeordnet. Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Vorgaben ein komplexes Regelwerk darstellen, und im Rahmen dieses Kurzgutachtens können keine Aussagen dazu getroffen werden, wie diese Regeln bezüglich Schuldenzuordnung bei ÖPP-Projekten genau anzuwenden sind und wirken.

BEDEUTUNG DES FISKALPAKTS

Zu beachten ist, dass der im Jahr 2012 unterzeichnete europäische Fiskalpakt (Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion) die strengen Zuordnungsregeln für Schulden nach dem ESVG grundsätzlich mit der Vorgabe einer maximalen Neuverschuldung von 0,5% des BIP verbindet. Allerdings ist der Fiskalpakt in Deutschland durch entsprechende Modifikationen im Haushaltsgrundsätzegesetz (und zwar konkret in § 51 HGrG) – und damit nicht im Grundgesetz – umgesetzt worden, was auf der Ebene des deutschen Rechts Spielräume für eine (einfach-)gesetzlich legitimierte „Aushebelung“ dieser Vorschriften bietet. Eine Nutzung dieser Spielräume wirft jedoch wiederum – insbesondere mit Blick auf die internationalen Verpflichtungen aus dem Fiskalpakt

– europarechtliche Fragen auf, was in diesem Kurzgutachten nicht weiter betrachtet werden kann. Auf den Fiskalpakt wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

3 „Vorfinanzierungs-Fehlanreiz“ hinsichtlich der Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffungsvariantenauswahl: Aktuelle und zukünftige Relevanz

3.1 Überblick und Vorgehen

In diesem Abschnitt 3 wird betrachtet, ob in unterschiedlichen Konstellationen bei der Beschaffungsvariantenauswahl für den öffentlichen Auftraggeber ein zugunsten des ÖPP-Ansatzes wirkender Vorfinanzierungs-Fehlanreiz vorliegt, was durch die Schuldenzuordnung und die Schuldenbegrenzung durch die deutsche und die europäische Schuldenbremse sowie durch eine etwaige Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft determiniert wird. Dabei wird zunächst zwischen den folgenden zeitlichen Phasen und Ausgestaltungsszenarien unterschieden, die die weitere Untergliederung dieses Abschnitts 3 determinieren:

- In Abschnitt 3.2 wird der Status quo betrachtet.
- In Abschnitt 3.3 wird angenommen, dass der Zielzustand einer Reform, die aus einer Modifikation des Art. 90 GG und der Verabschiedung ergänzender einfachgesetzlicher Regelungen besteht, erreicht ist, was ggf. erst mittelfristig der Fall sein könnte. Dabei wird zwischen den folgenden beiden Reformszenarien unterschieden:
 - In Abschnitt 3.3.1 wird davon ausgegangen, dass die Reformvorschläge der Bundesregierung unverändert beschlossen worden sind.
 - In Abschnitt 3.3.2 wird angenommen, dass die in BECKERS / HERMES / WEISS (2017) und BECKERS ET AL. (2017) unterbreiteten Vorschläge zur Anpassung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung aufgegriffen und in diesem Kontext u.a. auch eine Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft etabliert worden ist.
- In Abschnitt 3.4 wird kurz auf die Übergangsphase eingegangen, die mit dem Einleiten des Reformprozesses nach den entsprechenden Gesetzesverabschiedungen durch die Legislative (Bundestag und Bundesrat) beginnt und mit dem Erreichen des Zielzustands der Reform endet. Diese Phase wird weniger detailliert betrachtet als die anderen beiden Phasen bzw. Zeitpunkte und es wird auch nicht berücksichtigt, dass innerhalb dieser Phase ggf. noch relevante Unterschiede vorliegen und somit Unterphasen bestehen.

Gemäß der Definition des Untersuchungsgebiets in der Einleitung (Abschnitt 1) stehen bei den Analysen „einfache“ ÖPP-Projekte im Mittelpunkt. Auf Konzessionen wird aber auch eingegangen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der im FStrPrivFinG etablierten Restriktionen Konzessionen auf den BAB nur bezüglich Tunneln und Brücken im Zuge von Querungen sowie Gebirgspässen vergeben werden dürfen.

Schwerpunktmäßig werden durch die deutsche Schuldenbremse und eine etwaige Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft generierte Vorfinanzierungs-Fehlanreize thematisiert. Die europäi-

sche Schuldenbremse wird lediglich ergänzend berücksichtigt, was nicht zuletzt dadurch bedingt ist, dass letztendlich – wie in Abschnitt 2.2 thematisiert – die deutsche Schuldenbremse die relevante Restriktion darstellt, die einer Kreditaufnahme zur Investitionsfinanzierung entgegensteht.

Ferner ist bei den Analysen zu unterscheiden, wer Auftraggeber bei einem ÖPP-Projekt bzw. Konzessionsgeber bei einer Konzessionslösung ist. Hierfür kommt zunächst – zumindest zukünftig im Zielzustand einer Reform – die BAB-Gesellschaft in Frage. Ferner kann diese Rolle von der unmittelbaren Bundesverwaltung übernommen werden. Im Status quo sind im Rahmen der Auftragsverwaltung die Länder Auftraggeber. Auch für die Vergabe von Konzessionen nach dem F-Modell auf den BAB sind im Rahmen der Auftragsverwaltung derzeit die Länder zuständig. Allerdings liegt bereits heute im Rahmen der Auftragsverwaltung letztendlich die Bereitstellungs- und Finanzierungsverantwortung bezüglich der BAB grundsätzlich beim Bund, weshalb die Länder bei der Frage der Schuldenzuordnung keinerlei Bedeutung haben.

Im Zielzustand wird nach den Reformvorschlägen der Bundesregierung die BAB-Gesellschaft grundsätzlich für die Finanzierungs- und Verwaltungsaufgaben bei den BAB zuständig sein. Die unmittelbare Bundesverwaltung wird jedoch weiterhin für die Vergabe von Konzessionen nach dem F-Modell verantwortlich sein. Nach der Abschaffung der Auftragsverwaltung werden Konzessionsvergaben nach dem F-Modell bei den BAB jedoch nicht mehr durch die im Rahmen der Auftragsverwaltung derzeit zuständigen Länder, sondern durch ein neugegründetes Fernstraßen-Bundesamt als einer dem BMVI nachgeordneten Behörde verantwortet. Immer wenn bezüglich eines Abschnitts der BAB eine Konzession nach dem F-Modell vergeben wird, verliert in diesem Zusammenhang die BAB-Gesellschaft die Zuständigkeit für diesen Abschnitt der BAB und diese geht „automatisch“ an das Fernstraßen-Bundesamt über. Diese zukünftige Aufgabenzuordnung auf die BAB-Gesellschaft und das Fernstraßen-Bundesamt im Zielzustand wird durch die Gesetzesanpassungsvorschläge von BECKERS / HERMES / WEISS (2017) im Übrigen nicht in Frage gestellt.

3.2 Aktuelle Relevanz

„EINFACHE“ ÖPP-PROJEKTE

Im Status quo besteht ein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz hinsichtlich der Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffungsvariantenauswahl. Dies ist dadurch bedingt, dass das vom Auftragnehmer in einem ÖPP-Projekt aufgenommene (private) Kapital im Lichte der deutschen Schuldenbremse nicht der Staatsverschuldung zugerechnet wird.

In der Vergangenheit ist das von den privaten Auftragnehmern im Rahmen von ÖPP-Projekten nach dem A- und V-Modell bei den BAB aufgenommene Kapital im Lichte der europäischen Schuldenbremse dem Staat zugerechnet worden.^{19, 20} Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Kapitalauf-

¹⁹ Vgl. EUROSTAT (2011, S. 20) und STATISTISCHES BUNDESAMT (2015, S. 8-9 und 188).

²⁰ Gemäß anekdotischer Evidenz hatte das BMVI beim für Zuordnungsfragen nach dem ESVG auf nationaler Ebene zuständigen Statistischen Bundesamt informell (im Sinne einer Voranfrage) beantragt, dass die Kapitalaufnahme durch private Auftragnehmer bei den A-Modell-Projekten auch im Lichte der europäischen Schuldenbremse nicht dem Staat zugeordnet wird. Allerdings wurden vom Statistischen Bundesamt diverse Rückfragen

nahme im Rahmen von ÖPP-Projekten bei den BAB letztendlich auch nach dem ESVG vom Statistischen Bundesamt dem Staat zugerechnet werden könnte. Eine diesbezügliche Entscheidung des Statistischen Bundesamts könnte dann noch vom Statistischen Amt der Europäischen Union (Eurostat) überprüft und ggf. revidiert werden. Da letztendlich die deutsche Schuldenbremse die Restriktion hinsichtlich einer Kreditaufnahme zur Investitionsfinanzierung bei den BAB darstellt, besteht im Status quo jedoch in jedem Fall und unabhängig von der diskutierten Frage der Schuldenzuordnung im Lichte der europäischen Schuldenbremse ein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz hinsichtlich der Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffungsvariantenauswahl.

KONZESSIONSLÖSUNGEN NACH DEM F-MODELL

Auch wenn – was bislang noch nicht der Fall gewesen ist – ein Projekt bei den BAB im Rahmen einer Konzessionslösung nach dem F-Modell realisiert würde, wäre das vom privaten Auftragnehmer aufgenommene Kapital im Lichte der deutschen Schuldenbremse nicht der Staatsverschuldung zuzurechnen. Anzumerken ist, dass derzeit die gesetzliche Grundlage dafür fehlt, eine Konzession auf den BAB an ein öffentliches Unternehmen, das sich im Eigentum des Bundes befindet, zu vergeben. Insofern ist in dem Fall, dass bei einer Querung (Tunnel, Brücke, Gebirgspass) die Refinanzierung der Investition aus den Einnahmen aus einer unter Berücksichtigung der jeweiligen spezifischen Kostensituation festgesetzten Maut erfolgen soll, der Rückgriff auf den ÖPP-Ansatz (als Bestandteil von Konzessionslösungen nach dem F-Modell) unumgänglich. Eine mit Blick auf das Ziel der Minimierung der Realisierungskosten durchgeführte Auswahl der Beschaffungsvariante kann folglich nicht erfolgen.

Es ist davon auszugehen, dass das im Rahmen von F-Modell-Projekten aufgenommene Kapital auch im Lichte der europäischen Schuldenbremse nicht der Staatsverschuldung zugerechnet wird. Eine vertiefte Analyse und genaue Bewertung dieses Aspekts kann im Rahmen dieses Kurzgutachtens jedoch nicht erfolgen.

3.3 Zukünftige Relevanz nach der Reform des Art. 90 GG und dem Auslaufen der Auftragsverwaltung

3.3.1 Reform gemäß den Gesetzesentwürfen der Bundesregierung vom 14.12.2016

VON DER BAB-GESELLSCHAFT BEAUFTRAGTE ÖPP-PROJEKTE

Da die Schulden der BAB-Gesellschaft im Lichte der deutschen Schuldenbremse sicher nicht dem Staat zugerechnet werden, kann diese bei der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Ausgestaltungsvariante für die BAB-Gesellschaft, bei der dieser keine Verschuldungsobergrenze vorgegeben ist, auch für die Realisierung von Projekten unter Rückgriff auf die konventionelle Beschaffungsvariante Schulden zur Investitionsfinanzierung aufnehmen.²¹ Ein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz zugunsten der Anwendung des ÖPP-Ansatzes liegt also nicht vor. Auch im Lichte der europäischen Schuldenbremse

hinsichtlich der Charakteristika der A-Modell-Projekte gestellt und infolgedessen zog das BMVI seinen (informellen) Antrag zurück.

²¹ Diese Aussage gilt unter der Voraussetzung, dass der Bund als einziger Gesellschafter der BAB-Gesellschaft dieser eine Kreditfinanzierung von Investitionen genehmigt.

werden bei einer gemäß den Vorschlägen der Bundesregierung ausgestalteten BAB-Gesellschaft deren Schulden mit recht großer Wahrscheinlichkeit nicht dem Staat zugerechnet.

VOM BMVI ODER VOM FERNSTRAßEN-BUNDESAMT NACH DEM F-MODELL VERGEBENE KONZESSIONEN

Auch bei Konzessionslösungen nach dem F-Modell, bei denen nach einer Reform des Art. 90 GG das BMVI oder das Fernstraßen-Bundesamt als Teil der unmittelbaren Bundesverwaltung Konzessionsgeberin wäre, werden die vom Konzessionär aufgenommenen Schulden im Lichte der deutschen Schuldenbremse nicht zur Staatsverschuldung gezählt. Es ist davon auszugehen, aber kann hier aufgrund von Ressourcenrestriktionen nicht ausführlich analysiert und endgültig beurteilt werden, dass die Schulden eines Konzessionärs im Lichte der europäischen Schuldenbremse nicht dem Staat zugerechnet werden. Bei Konzessionslösungen nach dem F-Modell würde – genau wie bei „einfachen“ ÖPP-Vorhaben – nach Umsetzung der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Reformen somit kein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz vorliegen.

3.3.2 Reform gemäß den Vorschlägen von BECKERS / HERMES / WEISS (2017a) und BECKERS ET AL. (2017)

VON DER BAB-GESELLSCHAFT BEAUFTRAGTE ÖPP-PROJEKTE

Wenn gemäß den Gesetzesanpassungsvorschlägen von BECKERS ET AL. (2017) grundgesetzlich eine Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft vorgegeben wird, wäre es nach Erreichen dieser Obergrenze erforderlich, dass aus dem Bundeshaushalt Mittel zur Investitionsrealisierung an die BAB-Gesellschaft fließen, sofern – wovon im Folgenden ausgegangen wird – die BAB-Gesellschaft die entsprechenden Ausgaben nicht aus den laufenden Einnahmen aus Nutzerentgelten abdecken kann.²² Bei einer entsprechenden Mittelbereitstellung aus dem Bundeshaushalt ist jedoch die deutsche Schuldenbremse zu berücksichtigen. Somit würde wieder ein (Fehl-)Anreiz bestehen, bei größeren Investitionsmaßnahmen auf den ÖPP-Ansatz zurückzugreifen, um eine Vorfinanzierung der Investition zu ermöglichen. Zu beachten ist ferner, dass nach den Vorschlägen von BECKERS ET AL. (2017) der BAB-Gesellschaft eine Kreditaufnahme zur Realisierung von Neubauprojekten untersagt sein soll,²³ was weitere Vorfinanzierungs-Fehlanreize hinsichtlich einer Nutzung des ÖPP-Ansatzes etablieren kann.

Wenn die BAB-Gesellschaft gemäß den Vorschlägen von BECKERS ET AL. (2017) ausgestaltet würde, würden ihre Schulden im Lichte der europäischen Schuldenbremse dem Staat zugerechnet werden. Sofern infolge der Ausgestaltung eines ÖPP-Projektes das vom privaten Auftragnehmer aufgenommene Kapital im Lichte der europäischen Schuldenbremse nicht dem Staat zugeordnet würde, könnte ein Fehlanreiz zur Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffungsvariantenauswahl bestehen. Da allerdings letztendlich die Kombination aus der grundgesetzlichen Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft und der deutschen Schuldenbremse die Restriktion

²² Die Vorgabe einer Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft weist – wie bereits in Abschnitt 1.1 angesprochen – insbesondere den Vorteil auf, dass eine (ggf. sehr umfangreiche) Einschränkung der zukünftigen verkehrspolitischen Flexibilität verhindert wird und würde somit „aus gutem Grund“ erfolgen.

²³ Auch diese Einschränkung der Flexibilität der BAB-Gesellschaft würde „aus gutem Grund“ erfolgen, was in BECKERS ET AL. (2017, S. 41 ff) thematisiert wird.

hinsichtlich einer Kreditaufnahme zur Investitionsfinanzierung bei den BAB darstellt, ist es nicht erforderlich, die Frage der Schuldenzuordnung im Lichte der europäischen Schuldenbremse weiter zu thematisieren.

VOM BMVI ODER VOM FERNSTRAßEN-BUNDESAMT NACH DEM F-MODELL VERGEBENE KONZESSIONEN

Wenn die Gesetzesanpassungsvorschläge von BECKERS / HERMES / WEISS (2017) und BECKERS ET AL. (2017) umgesetzt würden, dann würde bei Projekten nach dem F-Modell nicht zwangsläufig ein Privater Konzessionär sein müssen. Vielmehr würde es der (diesen Gesetzesanpassungsvorschlägen zufolge) in § 1 FStrPrivFinG einzufügende Absatz 6 erlauben, dass die öffentliche BAB-Gesellschaft die Rolle der Konzessionärin einnimmt. Allerdings ist zu beachten, dass die Schulden der öffentlichen Konzessionärin auf die grundgesetzliche Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft angerechnet würden. Dies würde einen (Vorfinanzierungs-)Fehlanreiz etablieren, eine Konzession nach dem F-Modell an private Konzessionäre und nicht an die BAB-Gesellschaft bzw. eine von dieser etablierte Tochtergesellschaft als öffentliche Konzessionärin zu vergeben. Ferner wird unter Berücksichtigung der Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft und der deutschen Schuldenbremse ein Fehlanreiz bestehen, zur Ermöglichung einer Kreditfinanzierung von Investitionen Konzessionen nach dem F-Modell an Private zu vergeben und die Projekte nicht durch die BAB-Gesellschaft realisieren zu lassen.

Auch bei dieser Konstellation wird letztendlich die Kombination aus der grundgesetzlichen Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft und der deutschen Schuldenbremse die maßgebliche Restriktion hinsichtlich einer Kreditaufnahme zur Investitionsfinanzierung bei den BAB darstellen, weshalb darauf verzichtet wird differenziert zu betrachten, welche Implikationen sich aus der Schuldenzuordnung eines privaten Konzessionärs bei F-Modell-Lösungen im Lichte der europäischen Schuldenbremse ergeben.

3.4 (Übergangs-)Phase zwischen dem Reformbeschluss und der Vollendung des Reformprozesses

Von der Einleitung des Reformprozesses nach den entsprechenden Gesetzesverabschiedungen durch die Legislative (Bundestag und Bundesrat) bis zum Erreichen des Zielzustands einer Reform der Bereitstellung, Finanzierung und Verwaltung der BAB wird es eine Zwischen- bzw. Übergangsphase geben. Während dieser Übergangsphase kann es – nicht zuletzt auch beeinflusst durch den Zielzustand – diverse Konstellationen geben, bezüglich derer die Frage zu stellen ist, ob ein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz hinsichtlich einer Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes vorliegt. Folgend soll kurz auf ausgewählte Konstellationen eingegangen werden.

Möglicherweise wird die BAB-Gesellschaft in der Übergangsphase vom Bund als ihrem einzigen Gesellschafter keine Erlaubnis zur Aufnahme von Krediten zur Investitionsfinanzierung erhalten. Dann wird in jedem Fall ein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz hinsichtlich eines Rückgriffs auf den ÖPP-Ansatz bei der Realisierung von Investitionsprojekten bestehen. Sofern hingegen der BAB-Gesellschaft eine Kreditfinanzierung von Investitionen in der Übergangsphase vom Bund erlaubt wird, stellt sich die Frage, ob auch in der bis Ende des Jahres 2020 andauernden Phase, in der die Länder im Rahmen der Auftragsverwaltung weiter in die Verwaltung der BAB involviert sind, die Schulden der BAB-

Gesellschaft nicht dem Staat zugerechnet werden. Dies kann in diesem Gutachten nicht mit absoluter Sicherheit beantwortet werden, aber es spricht – die Darstellungen in HERMES / SCHMIDT (2016) zur Frage der Schuldenzuordnung berücksichtigend – vieles dafür, dass die Schulden der BAB-Gesellschaft in dieser Phase ebenfalls nicht als Staatsverschuldung anzusehen wären. Ein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz würde insofern nur dann bestehen, wenn die Kreditaufnahmemöglichkeiten der BAB-Gesellschaft durch eine Obergrenze gemäß den Vorschlägen von BECKERS ET AL. (2017) beschränkt wären. Auf die Frage der Schuldenzuordnung im Lichte der europäischen Schuldenbremse wird hier aus den bereits genannten Gründen nicht eingegangen.

Hinsichtlich der Realisierung von Konzessionslösungen nach dem F-Modell dürften in der Übergangsphase letztendlich die gleichen Anreizsituationen vorliegen, wie in den jeweils angestrebten Zielzuständen. Diese Thematik wird hier jedoch nicht weiter beleuchtet.

3.5 Fazit

Es kann festgehalten werden, dass unter Berücksichtigung der deutschen Schuldenbremse, welche letztendlich in erster Linie einer Kreditaufnahme des Bundes zur Investitionsfinanzierung entgegensteht, wie folgt in den verschiedenen Konstellationen Vorfinanzierungs-Fehlanreize hinsichtlich einer Bevorzugung von („einfachen“) ÖPP-Projekten gegenüber einer Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante zur Projektrealisierung bestehen:

- Im Status quo besteht ein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz zugunsten der Anwendung des ÖPP-Ansatzes.
- Durch eine Umsetzung der Vorschläge der Bundesregierung zur Reform der Bereitstellung, Finanzierung und Verwaltung der BAB würde dieser Fehlanreiz beseitigt werden.²⁴
- Durch ein Aufgreifen der Gesetzesanpassungsvorschläge von BECKERS ET AL. (2017) bei der Reform würde der Vorfinanzierungs-Fehlanreiz wiederhergestellt bzw. nicht beseitigt werden.
- In der Übergangsphase zwischen den Gesetzesverabschiedungen und dem Erreichen des intendierten Zielzustands einer Reform könnte sich ein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz zugunsten des ÖPP-Ansatzes auch daraus ergeben, dass der Bund als Gesellschafter der BAB-Gesellschaft dieser keine Kreditaufnahme zur Investitionsfinanzierung erlaubt.

Unter Berücksichtigung der deutschen Schuldenbremse besteht hinsichtlich der Realisierung von Konzessionslösungen nach dem F-Modell im Status quo das Problem, dass lediglich private Unternehmen die Rolle des Konzessionärs einnehmen können. Eine Konzessionsvergabe an einen öffentlichen Konzessionär ist hingegen im FStrPrivFinG nicht vorgesehen. Dieses Defizit bleibt bei Umsetzung der Reformvorschläge der Bundesregierung bestehen.

²⁴ Wie bereits erläutert weist eine Umsetzung der Vorschläge von BECKERS ET AL. (2017) jedoch an anderer Stelle (speziell hinsichtlich einer Gewährleistung der zukünftigen verkehrspolitischen Flexibilität) Vorteile auf.

Im Falle der Umsetzung der Reformvorschläge von BECKERS ET AL. (2017) und BECKERS / WEISS / HERMES (2017) bestehen Fehlanreize hinsichtlich der Anwendung von Konzessionslösungen nach dem F-Modell. Zunächst würde eine Konzessionsvergabe an ein privates Unternehmen im Gegensatz zu der dann ebenfalls möglichen Konzessionsvergabe an die BAB-Gesellschaft dazu führen, dass durch die Aufnahme von Kapital durch den privaten Konzessionär Investitionsspielräume bei den BAB ausgeweitet werden könnten. Ferner kann durch die Vergabe einer Konzession nach dem F-Modell an ein privates Unternehmen im Vergleich zu einer „normalen“ Projektrealisierung durch die BAB-Gesellschaft innerhalb deren üblichen Zuständigkeitsbereichs eine Ausweitung von Investitionsspielräumen erreicht werden.

Auf Besonderheiten, die sich aus der Schuldenzuordnung im Lichte der europäischen Schuldenbremse ergeben, ist hier nicht weiter einzugehen, da die deutsche Schuldenbremse bzw. die Kombination aus der von BECKERS ET AL. (2017) vorgeschlagenen Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft und der deutschen Schuldenbremse im Endeffekt die maßgebliche Restriktionen hinsichtlich einer Kreditaufnahme zur Investitionsfinanzierung bei den BAB darstellen, die im Zweifelsfall „greifen“.

4 Handlungsempfehlungen und Gesetzesanpassungsvorschläge

In diesem Abschnitt wird thematisiert, wie Vorfinanzierungs-Fehlanreize hinsichtlich einer Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffungsvariantenauswahl beseitigt werden können. Im Mittelpunkt steht dabei die Beseitigung derartiger Fehlanreize für den Fall, dass der BAB-Gesellschaft gemäß den Vorschlägen von BECKERS ET AL. (2017) eine Verschuldungsobergrenze (grund-)gesetzlich vorgegeben ist. Hierfür werden in Abschnitt 4.1 grundsätzliche Handlungsempfehlungen abgegeben und darauf aufbauend in Abschnitt 4.2 konkrete diesbezügliche Gesetzesvorschläge unterbreitet. In Abschnitt 4.3 werden zentrale Aspekte dieser Gesetzesvorschläge genauer erläutert.

4.1 Grundsätzliche Handlungsempfehlungen

GRUNDSÄTZLICHE INSTRUMENTELLE OPTIONEN

Zur Beseitigung des Vorfinanzierungs-Fehlanreizes bestehen zwei grundsätzliche instrumentelle Optionen:

- (i) Eine der Vorfinanzierung von Investitionen dienende private Kapitalaufnahme wird untersagt.
- (ii) Das im Rahmen von ÖPP-Projekten aufgenommene Kapital, das der Investitionsfinanzierung dient, wird bei der Prüfung der Einhaltung von Schuldenbremsen und der Einhaltung der Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft als Staatsschulden bzw. Verschuldung der BAB-Gesellschaft „gezählt“.

Option (i) weist zunächst den (eher sehr kleinen) Nachteil auf, dass zur Erzielung von Absicherungs- und Anreizwirkungen bei einem ÖPP-Projekt vom Auftragnehmer anstelle der Bereitstellung von privatem Kapital Bürgschaften einzufordern sind und dass Bürgschaften für den Auftraggeber eine zumindest geringfügig schlechtere Absicherungswirkung als vom Auftragnehmer bereitgestelltes

Kapital haben. Ferner könnten Bürgschaften oftmals ein zwar mit Blick auf die Finanzierungs- bzw. Absicherungskosten günstigeres Instrument darstellen, aber dies muss nicht zwangsläufig in jeder Situation so sein. Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, die Option (ii) auszuwählen. Bei dieser besteht eine identische Effektivität hinsichtlich der Beseitigung des Vorfinanzierungs-Fehlanreizes, aber es liegen die vorstehend genannten Nachteile nicht vor. Für die Abschätzung des vom Auftragnehmer bereitgestellten der Investitionsfinanzierung dienenden Kapitals kann auf die umfangreichen Erfahrungen aus der Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante zurückgegriffen werden. Geringfügige Ungenauigkeiten bei der Abschätzung des der Investitionsfinanzierung dienenden Kapitalanteils stellen ein zu vernachlässigendes Problem dar.

ZIEL DER BESEITIGUNG DER VORFINANZIERUNGS-FEHLANREIZE IM KONTEXT DER DEUTSCHEN SCHULDENBREMSE UND DER VERSCHULDUNGSOBERGRENZE DER BAB-GESELLSCHAFT

Zur Eliminierung der Vorfinanzierungs-Fehlanreize ist – wie in Abschnitt 3.5 erläutert – auf die Anrechnung des der Investitionsfinanzierung in ÖPP-Projekten dienenden (privaten) Kapitals auf die deutsche Schuldenbremse bzw. die in BECKERS ET AL. (2017) vorgeschlagenen Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft abzustellen. Dies gilt zunächst bei „einfachen“ ÖPP-Projekten.

Außerdem sind jedoch auch die Besonderheiten bei Konzessionen zu berücksichtigen. Hier ist zunächst der Fehlanreiz zu beseitigen, dass die Vergabe von Konzessionen an Private gegenüber einer durch Aufgreifen der entsprechenden Vorschläge in BECKERS / HERMES / WEISS (2017) ermöglichten Vergabe an die BAB-Gesellschaft als öffentlichem Unternehmen unter Berücksichtigung von Vorfinanzierungs-Effekten vorteilhaft ist. Ferner sollte der Fehlanreiz eliminiert werden, ggf. auf Konzessionsvergaben an Private ausweichen zu müssen, um bei Existenz einer Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft Vorfinanzierungs-Effekte erzielen zu können. Diese Fehlanreize bei Konzessionslösungen können beseitigt werden, indem das von der Konzessionsgesellschaft aufgenommene Kapital, das der Investitionsfinanzierung dient, bei Prüfung der Einhaltung einer Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft als Verschuldung der BAB-Gesellschaft „gezählt“ wird.

Es bietet sich an, konkrete gesetzliche Regelungen, mit denen die vorstehend vorgestellten grundsätzlichen Empfehlungen umgesetzt werden können, in das in BECKERS / WEISS / HERMES (2017) vorgeschlagene Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen aufzunehmen. Für dieses Gesetz schlagen BECKERS / WEISS / HERMES (2017) im Übrigen ein erhöhtes Zustimmungserfordernis vor; für die Gesetzesverabschiedung und Gesetzesänderungen soll eine Zustimmung von 2/3 der Mitglieder des Bundestages erforderlich sein. Dieses erhöhte Zustimmungserfordernis ist auch für die Regelung der hier betrachteten Sachverhalte – die in BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016) angewendeten Kriterien berücksichtigend, wann auf verfassungsrechtlicher oder auf einfachgesetzlicher Ebene angesetzt werden sollte – als unproblematisch bzw. sogar als sinnvoll anzusehen.²⁵

²⁵ Die Bedeutung des Regelungsthemas ist hoch. Auch das Opportunismuspotential ist als hoch anzusehen. Der Wissensstand bezüglich der hier vorliegenden Regelungsfragen ist sehr gut, die Dynamik ist hingegen gering.

ANMERKUNGEN MIT BEZUG ZUR EUROPÄISCHEN SCHULDENBREMSE

Wie vorstehend dargestellt, ist die Modifikation der Schuldenanrechnung von im Rahmen von ÖPP-Projekten aufgenommenem Kapital, das der Investitionsfinanzierung dient, im Lichte der deutschen Schuldenbremse und einer Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft entscheidend dafür, um den Vorfinanzierungs-Fehlanreiz hinsichtlich einer Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffungsvariantenauswahl zu beseitigen. Nichtsdestotrotz wäre es unterstützend nicht unvorteilhaft, wenn auch die Anrechnung von entsprechendem Kapital im Rahmen von ÖPP-Projekten im Lichte der europäischen Schuldenbremse in analoger Weise modifiziert werden könnte. Allerdings ist dies nicht umsetzbar bzw. nicht für den deutschen Gesetzgeber realisierbar, an den sich die Handlungsempfehlungen in diesem Kurzgutachten richten. Denn die europarechtlichen Regelungen, die die Schuldenzuordnung im Lichte der europäischen Schuldenbremse betreffen, haben die Qualität europäischen Sekundärrechts. Die entsprechenden Regelwerke sind abschließend gefasst, also einer Konkretisierung durch den deutschen Gesetzgeber nicht zugänglich. Da das Europäische Unionsrecht insgesamt Vorrang vor dem deutschen Recht hat, ist der nationale Gesetzgeber nicht befugt, die hier relevanten Regelungen zu modifizieren oder die Anwendung im nationalen Kontext auszusetzen.²⁶

4.2 Gesetzesanpassungsvorschläge

Zur Umsetzung der vorstehend erläuterten grundsätzlichen Handlungsempfehlungen bietet es sich an, dass in BECKERS / HERMES / WEISS (2017) vorgeschlagene Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen wie folgt um einen § 7 zu ergänzen:

§ 7 Berücksichtigung privaten Kapitals bei Verschuldungsobergrenzen

(1) Private Finanzmittel, die bei funktionalen Privatisierungen der BAB-Gesellschaft im Sinne des § 1 zur Realisierung investiver Maßnahmen in den Bereichen Neubau, Ausbau, Erneuerung und Erhaltung mit einem Finanzvolumen von über 30 Mio. Euro bereitgestellt werden, gelten für Zwecke der Bestimmung der Verschuldung der Gesellschaft nach Art. 90 Abs. [X] GG als Fremdkapital der BAB-Gesellschaft, soweit eine funktional äquivalente konventionelle Beschaffung zur Aufnahme von Fremdkapital bei der BAB-Gesellschaft führen würde. Satz 1 gilt nicht, soweit es sich lediglich um eine auch bei konventionellen Beschaffungen übliche Zwischenfinanzierung handelt.

²⁶ Wenn eine Anrechnung des von Auftragnehmern in ÖPP-Projekten bereitgestellten Kapitals, das der Investitionsfinanzierung dient, auf die Staatsverschuldung im Lichte der europäischen Schuldenbremse jedoch unbedingt angestrebt wird, könnte dies wie folgt erreicht werden: Der nationale Gesetzgeber könnte Vorgaben zu einer Ausgestaltung von ÖPP-Projekten etablieren, durch welche die ÖPP-Projekte bzw. das entsprechende Kapital „in“ den Projekten gemäß den Vorgaben des ESVG und den Darstellungen in dem MGDD dem Staat zuzurechnen ist. Im Bereich der BAB könnte es sich z.B. anbieten, dass gesetzlich vorgegeben wird, dass nach Fertigstellung einer Baumaßnahme mehr als 50 % der Investitionssumme – also z.B. 60 % – vom öffentlichen Auftraggeber an den privaten Auftragnehmer ausbezahlt sind. Dies würde gemäß den Hinweisen im MGDD dazu führen, dass das vom privaten Auftragnehmer in einem ÖPP-Projekt bereitgestellte, der Investitionsfinanzierung dienende Kapital der Staatsverschuldung zugerechnet wird. Eine vertiefte Betrachtung dieser Thematik ist in diesem Kurzgutachten jedoch nicht möglich.

(2) Die privaten Finanzmittel nach Absatz 1 können geschätzt werden. Hierzu kann insbesondere auf Erfahrungswerte zu Kosten und Fälligkeiten bei konventionellen Beschaffungen zur Umsetzung investiver Maßnahme und auf die Kalkulationen zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nach § 7 Absatz 2 BHO zurückgegriffen werden. Sofern Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht oder nur geringfügig beeinträchtigt werden, können auch Angaben aus Angeboten und Verträgen zu funktionalen Privatisierungen herangezogen werden.

(3) Soweit die BAB-Gesellschaft Zahlungen an Private leistet, die der Rückführung privater Finanzmittel im Sinne von Absatz 1 Satz 1 dienen, gelten die privaten Finanzmittel nicht mehr als Fremdkapital der BAB-Gesellschaft. Hinsichtlich der Ermittlung gilt Absatz 2 entsprechend.

(4) Führen das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, das Fernstraßen-Bundesamt oder sonstige Behörden funktionale Privatisierungen im Sinne von § 1 durch, gelten Absatz 1 bis Absatz 3 entsprechend. Soweit die funktionale Privatisierung nicht nach dem FStrPrivFinG erfolgt, gelten die von den Privaten zur Investitionsfinanzierung aufgenommenen Finanzmittel abweichend von Satz 1 als Ausgaben im Sinne von § 2 Absatz 1 des Gesetzes zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes.

(5) Absatz 4 gilt nur für funktionale Privatisierungen, bei denen der Vertragsabschluss nach dem 31.12.2017 erfolgt ist. Eine wesentliche Vertragsänderung steht dem Abschluss eines Vertrags gleich.

Außerdem sollte in § 6 dieses Gesetzes, der Fragen der Transparenz und Verteilung von Informationen bei ÖPP-Projekten regelt, in Absatz 5 folgender Satz 2 ergänzt werden:

Die BAB-Gesellschaft hat bei der Erwägung, Prüfung, Vorbereitung und Durchführung von funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 anfallende Dokumente, auf die in § 7 Absatz 1 bis 3 Bezug genommen wird, umgehend dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur und dem Bundesamt für Fernstraßen zukommen zu lassen.

4.3 Begründung der konkreten Gesetzesanpassungsvorschläge

Zu § 7 Abs. 1

In § 7 Absatz 1 Satz 1 wird zunächst klargestellt, dass sich die Regelungen auf ÖPP-Projekte beziehen, die von der BAB-Gesellschaft realisiert werden („funktionale[n] Privatisierungen der BAB-Gesellschaft im Sinne des § 1“). Sodann wird Bezug genommen auf vom Auftragnehmer bereitgestelltes Kapital, das der Finanzierung von Investitionen dient („Private Finanzmittel [...] zur Realisierung investiver Maßnahmen in den Bereichen Neubau, Ausbau, Erneuerung und Erhaltung“), wobei eine Bagatellgrenze bezüglich einzelner Investitionsmaßnahmen von 30 Mio. € gezogen wird, ab der dieses Kapital berücksichtigt wird. Mit Verweis auf die (gemäß den in BECKERS ET AL. (2017) unterbreiteten Vorschlägen in Art. 90 GG „verortete“) Verschuldungsobergrenze für die BAB-Gesellschaft wird vorgegeben, dass das der Investitionsfinanzierung dienende Kapital als Verschuldung der BAB-Gesellschaft anzurechnen ist („[...] gelten für Zwecke der Bestimmung der Verschuldung der Gesellschaft nach Art. 90 Abs. [X] GG als Fremdkapital der BAB-Gesellschaft“). Es ist nicht

auszuschließen, dass bei ÖPP-Vorhaben zur Realisierung einer Investitionsmaßnahme mehr Kapital als bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante aufgenommen wird, was insbesondere durch erhöhte Kosten und / oder eine andere Zuordnung der Mittel auf die Bau- und die Erhaltungsphase bedingt sein könnte. Für einen derartigen Fall wird klargestellt, dass maximal so viel vom Auftragnehmer bereitgestelltes Kapital auf die Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft angerechnet wird, wie die BAB-Gesellschaft selber Kapital im Falle einer Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante zur Realisierung des entsprechenden Projekts aufgenommen hätte („soweit eine funktional äquivalente konventionelle Beschaffung zur Aufnahme von Fremdkapital bei der BAB-Gesellschaft führen würde“). Satz 2 stellt klar, dass Finanzmittel, die der Zwischenfinanzierung während der Baumaßnahmen dienen, nicht von denen Regelungen nach Satz 1 betroffen sein sollen.

Für den Fall, dass infolge einfachgesetzlicher Modifikationen die BAB-Gesellschaft irgendwann zukünftig Konzessionen vergeben dürfte, würden diese im Übrigen auch von den Regelungen in § 7 Absatz 1 erfasst sein, denn nach § 1 Satz 3 zählen Konzessionslösungen auch zu den funktionalen Privatisierungen, die in § 1 Satz 1 adressiert werden.

ZU § 7 ABS. 2 UND § 5 ABS. 6 S. 2

§ 7 Absatz 2 regelt, wie das der Investitionsfinanzierung dienende Kapital in ÖPP-Projekten abzuschätzen ist. Es ist eher nicht zu erwarten, dass durch einen etwaigen Rückgriff auf Informationen aus Vergabeverfahren und Vertragswerken bei ÖPP-Vorhaben Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der privaten Auftragnehmers verletzt würden. Geringfügige Beeinträchtigungen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen privater Auftragnehmer wären jedoch im Kontext der Vorteile der hier unterbreiteten Regelungsvorschläge sachlich gerechtfertigt, weshalb Vorsorge für einen derartigen Fall getroffen wird. Wie (in Abschnitt 4.1) erwähnt, sind gewisse Ungenauigkeiten bei den Abschätzungen unproblematisch.

Durch die Ergänzung von § 5 Absatz 6 um einen Satz 2 wird sichergestellt, dass das BMVI und das Fernstraßen-Bundesamt über die Informationen verfügen, die zur Abschätzung des privaten Kapitalanteils, der der Investitionsfinanzierung dient, erforderlich sind.

ZU § 7 ABS. 3

§ 7 Absatz 3 Satz 1 regelt, dass die Rückführung des der Investitionsfinanzierung dienenden Kapitals in ÖPP-Projekten auch mit Blick auf die Anrechnung des entsprechenden Kapitals auf die Verschuldungsobergrenze berücksichtigt wird und diese Anrechnung entsprechend korrigiert wird. Satz 2 stellt sicher, dass auch in diesem Zusammenhang die unmittelbare Bundesverwaltung über einen angemessenen Informationsstand verfügt.

ZU § 7 ABS. 4

§ 7 Absatz 4 regelt, dass nicht nur ÖPP-Projekte, die von der BAB-Gesellschaft durchgeführt werden, sondern auch vom BMVI, vom Fernstraßen-Bundesamt oder von sonstigen Behörden realisierte ÖPP-Vorhaben von den Regelungen in den Absätzen 1 bis 3 erfasst werden. Dies hat nicht zuletzt auch eine Relevanz für die Übergangsphase nach Beschluss einer Reform, in der die Auftragsverwaltung

noch fortbesteht. Von den Ländern in diesem Zeitraum beauftragte ÖPP-Projekte werden somit zweifelsfrei vollumfänglich erfasst.

Nach § 7 Absatz 4 Satz 1 wird das von privaten Konzessionären bei Konzessionslösungen nach dem F-Modell bereitgestellte Kapital, das der Investitionsfinanzierung dient, bei der Prüfung der Einhaltung der Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft als Verschuldung der BAB-Gesellschaft gezählt. Damit wird zunächst sichergestellt, dass durch eine Konzessionsvergabe an ein privates Unternehmen im Vergleich zu einer Konzessionsvergabe an die BAB-Gesellschaft keine Investitionsspielräume ausgeweitet werden können. Auch im Vergleich mit einer „normalen“ Projektrealisierung durch die BAB-Gesellschaft innerhalb deren üblichen Zuständigkeitsbereichs können durch die Vergabe einer Konzession nach dem F-Modell an ein privates Unternehmen keine zusätzlichen Investitionsspielräume mehr geschaffen werden. Erläutert sei noch kurz, wie bei einer Vergabe einer Konzession nach dem F-Modell an die BAB-Gesellschaft (bzw. an eine Tochtergesellschaft der BAB-Gesellschaft) das von dieser aufgenommene Kapital berücksichtigt wird, das der Investitionsfinanzierung dient. Da eine öffentliche Konzessionärin nicht von (dem nur private Auftragnehmer bzw. private Konzessionsnehmer betreffenden) § 1 erfasst wird, greift die Schuldzurechnungsregelung aus § 7 Absatz 4 Satz 1 i. V. m. § 7 Absatz 1 Satz 1 und Satz 3 nicht. Dadurch ist sichergestellt, dass keine Doppelzählung von Schulden erfolgen, denn das der Investitionsfinanzierung bei dem entsprechenden F-Modell-Projekt dienende Kapital, das von der BAB-Gesellschaft oder einer Tochtergesellschaft von ihr aufgenommen wird, ist ja „automatisch“ sofort als deren Verschuldung erfasst.

Satz 2 betrifft zunächst sämtliche „einfache“ ÖPP-Projekte, die vom BMVI, dem Fernstraßen-Bundesamt oder einer sonstigen Behörde durchgeführt werden. Dies ist zunächst für die Übergangsphase relevant und beseitigt während dieser den Vorfinanzungs-Fehlanreiz bei ÖPP-Projekten, die derzeit nach dem V-Modell realisiert werden. Gemäß den in diesem Kurzgutachten thematisierten Reformmodellen wird nach Auslaufen der Auftragsverwaltung nur die BAB-Gesellschaft „einfache“ ÖPP-Projekte realisieren können. Für den Fall, dass infolge einer irgendwann zukünftig erfolgenden Gesetzesanpassung die unmittelbare Bundesverwaltung doch wieder in eine Lage versetzt werden sollte, in der sie unter Rückgriff auf Haushaltsmittel ÖPP-Projekte durchführen könnte, verhindert dann Satz 2 vom Grundsatz her, dass Vorfinanzungs-Fehlanreize vorliegen werden.²⁷ Auch denkbare neuartige Konzessionslösungen, die nicht auf dem FStrPrivFinG sondern einer noch zu schaffenden gesetzlichen Grundlage basieren, würden von Satz 2 erfasst werden.

²⁷ Im Übrigen könnte es aus systemischen Gründen als vorzugswürdig angesehen werden, wenn das der Investitionsfinanzierung dienende Kapital in von der unmittelbaren Bundesverwaltung beauftragten ÖPP-Projekten nicht als Staatsverschuldung im Sinne der in Art. 115 GG verankerten deutschen Schuldenbremse sondern als Verschuldung der BAB-Gesellschaft gezählt werden würde. Allerdings würden damit Haushaltsmittel, mit denen die unmittelbare Bundesverwaltung als Auftraggeber die Vergütungszahlungen an die Auftragnehmer im Rahmen der ÖPP-Projekte leistet, aus dem Anwendungsbereich des Art. 115 GG entzogen, was verfassungsrechtlich problematisch und ggf. sogar verfassungswidrig wäre. Da diese Thematik in dem vorliegenden Kurzgutachten nicht vertieft betrachtet werden kann, wurde die vorgestellte Lösung gewählt, bei der der Investitionsfinanzierung dienendes Kapital in ÖPP-Projekten als Staatsverschuldung im Lichte des Art. 115 GG anzurechnen ist. Diese Lösung dürfte auch eine recht hohe Effektivität hinsichtlich der Eliminierung des Vorfinanzungs-Fehlanreizes aufweisen.

Zu § 7 Abs. 5

§ 7 Absatz 5 Satz 1 Absatz nimmt ÖPP-Projekte, die bereits vergeben sind oder in naher Zukunft vergeben werden, von den vorstehend vorgestellten Regelungen aus. Satz 2 stellt sicher, dass die Regelung in Satz 1 nicht durch (vergaberechtlich i.d.R. vermutlich ohnehin kaum umsetzbare) Vertragsanpassungen bei bisherigen ÖPP-Projekten umgegangen werden können, durch welche umfangreich neue Investitionspflichten in die laufenden Projekte „hineingeschoben“ werden.

5 Fazit

Wenn die deutsche Schuldenbremse eine Realisierung von Projekten auf Basis einer Bereitstellung der erforderlichen Finanzmittel aus dem Bundeshaushalt und unter Rückgriff auf die konventionelle Beschaffungsvariante unterbindet, dann kann nach dem ÖPP-Ansatz dennoch eine Projektrealisierung möglich sein. Dies ist dadurch bedingt, dass bei einem ÖPP-Projekt die zeitliche Struktur der Vergütungszahlungen des Auftraggebers an den Auftragnehmer so gestaltet werden kann, dass das Kapital zur Investitionsfinanzierung von dem Auftragnehmer aufzunehmen ist. Dessen Verschuldung wird jedoch im Lichte der deutschen Schuldenbremse nicht der Staatsverschuldung zugerechnet, auch wenn durch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes der Grundgedanke der Schuldenbremse umgangen wird, nach dem die Lastenverlagerung in die Zukunft unterbunden werden soll. Folglich kann durch Anwendung des ÖPP-Ansatzes eine „Vorfinanzierung“ von Investitionen bei den BAB ermöglicht werden.

Durch die Vorfinanzierungsmöglichkeit wird für Politiker in der Exekutive und auch in der Legislative ein Fehlanreiz bei der Entscheidung darüber etabliert, ob eine Projektrealisierung im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante oder nach dem ÖPP-Ansatz als alternativer Beschaffungsvariante erfolgen sollte. Eine Entscheidung über die anzuwendende Beschaffungsvariante sollte darauf ausgerichtet sein, das Ziel der Kosteneffizienz zu erreichen und somit den Barwert der zukünftigen Ausgaben für eine Projektrealisierung zu minimieren. Wenn ein Projekt jedoch aufgrund der dabei bestehenden Vorfinanzierungsmöglichkeit lediglich unter Rückgriff auf den ÖPP-Ansatz realisiert werden kann, besteht für die Politik der Fehlanreiz, sich für diesen auch dann zu entscheiden, wenn damit höhere Realisierungskosten einhergehen als bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante. Hierfür wird die Bezeichnung „Vorfinanzierungs-Fehlanreiz“ verwendet.

Der Vorfinanzierungs-Fehlanreiz hinsichtlich einer Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes im Rahmen der Beschaffungsvariantenauswahl bei den BAB, der im Status quo besteht und der fortbestehen würde, wenn zukünftig gemäß des Vorschlags von BECKERS ET AL. (2017) eine grundgesetzliche Verschuldungsobergrenze für die gemäß politischen Reformüberlegungen zu errichtende BAB-Gesellschaft existieren sollte, kann recht unkompliziert beseitigt werden. Hierfür ist das im Rahmen von ÖPP-Projekten vom Auftragnehmer aufgenommene Kapital, das der Investitionsfinanzierung dient, bei der Prüfung der Einhaltung der deutschen Schuldenbremse und der Einhaltung einer Verschuldungsobergrenze der BAB-Gesellschaft als Staatsverschuldung bzw. als Verschuldung der BAB-Gesellschaft zu zählen.

Die Schuldenzuordnung im Lichte der europäischen Schuldenbremse ist sowohl für die Existenz als auch bei der Beseitigung des Vorfinanzierungs-Fehlanreizes nur von begrenzter Bedeutung, da davon auszugehen ist, dass die deutsche Schuldenbremse bzw. die Kombination aus einer Verschuldungs-

obergrenze für die BAB-Gesellschaft und der deutschen Schuldenbremse im Endeffekt die maßgebliche Restriktionen hinsichtlich einer Kreditaufnahme zur Investitionsfinanzierung bei den BAB darstellen, die im Zweifelsfall „greifen“. Außerdem wäre es für den deutschen Gesetzgeber nicht möglich, die europarechtlichen Regelungen hinsichtlich der Zuordnung von Schulden im Lichte der europäischen Schuldenbremse zu modifizieren.

Auch bei Konzessionslösungen nach dem F-Modell besteht derzeit ein Vorfinanzierungs-Fehlanreiz. Dieser würde durch die von der Politik aktuell diskutierten Reformen hinsichtlich der Bereitstellung, Finanzierung und Verwaltung der BAB nicht unbedingt eliminiert werden. Es ist jedoch ebenfalls unproblematisch möglich, den Vorfinanzierungs-Fehlanreiz im Rahmen der Realisierung von Projekten nach dem F-Modell zu beseitigen. Dies gilt sowohl für das Szenario einer Reform der Bereitstellung, Finanzierung und Verwaltung der BAB nach dem Reformvorschlag der Bundesregierung als auch für das Szenario einer Anpassung der entsprechenden Reformvorschläge der Bundesregierung gemäß den Empfehlungen von BECKERS ET AL. (2017). In diesem Zusammenhang ist zur Beseitigung von Fehlanreizen zu raten, den Vorschlag von BECKERS / HERMES / WEISS (2017) aufzugreifen, gemäß welchem zukünftig Konzessionen nach dem F-Modell auch an die BAB-Gesellschaft (oder an eine Tochtergesellschaft der BAB-Gesellschaft) als öffentliche Konzessionärin vergeben werden können sollten.

6 Anhang: Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen

Folgend wird das in BECKERS / HERMES / WEISS (2017) vorgeschlagene Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen aufgeführt. Dabei sind die Stellen, um die dieses Gesetz gemäß den Ergebnissen und Empfehlungen des vorliegenden Kurzgutachtens (vgl. dazu Abschnitt 4.2) ergänzt werden sollte, ebenfalls dargestellt und dabei durch **Fettdruck und Unterstreichung** kenntlich gemacht.

§ 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz betrifft funktionale Privatisierungen in Form von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften (ÖPP) und sonstigen Vertragsmodellen, bei denen Private in einem Umfang in die Verwaltung der Bundesfernstraßen einbezogen werden, der unter Berücksichtigung insbesondere der Laufzeit und des Volumens gemäß Art. 90 Abs. 6 Satz 1 GG wesentlich ist. Eine funktionale Privatisierung nach Satz 1 liegt auch dann vor, wenn eine Gesellschaft des Bundes oder der Länder Auftraggeber ist. Zu den funktionalen Privatisierungen nach Satz 1 zählen auch Konzessionsmodelle.

(2) Die Einbeziehung Privater gemäß Abs. 1 Satz 1 hat einen wesentlichen Umfang, wenn der geschätzte Gesamtwert des Auftrags oder der Konzession bei einer Barwert-Betrachtung 100.000.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) überschreitet und die maximale Vertragslaufzeit die Zeitdauer von 10 Jahren übersteigt. Berechnungsgrundlage des Gesamtwerts ist die gesamte Laufzeit einschließlich etwaiger Optionen und Verlängerungen. Im Übrigen gelten die Vorgaben der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge für die Schätzung von Auftragswerten und die

Vorgaben der Verordnung über die Vergabe von Konzessionen für die Schätzung von Vertragswerten entsprechend.

(3) Aufträge, die ausschließlich Planungs- und Bauleistungen zum Gegenstand haben, haben auch dann keinen wesentlichen Umfang, wenn sie die in Abs. 2 Satz 1 genannten Kriterien erfüllen.

§ 2 Verbot funktionaler Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang auf Teilnetzen

Die Einbeziehung Privater nach § 1 Abs. 1 darf hinsichtlich Bau oder Betrieb nicht für das Gesamtnetz oder Teilnetze der Bundesautobahnen oder der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs erfolgen. Ein Teilnetz im Sinne von Satz 1 liegt vor, wenn sich der Vertrag auf Netzbestandteile mit einem Gesamtumfang von mehr als 100 Kilometern erstreckt. Betrieb im Sinne von Satz 1 ist auch die Erhaltung. Die Mauterhebung ist nicht erfasst.

§ 3 Zeitliche Begrenzung funktionaler Privatisierungen

Die maximale Laufzeit von Aufträgen und Konzessionen nach § 1 Abs. 1 beträgt 30 Jahre. Etwaige Optionen und Vertragsverlängerungen sind zu berücksichtigen.

§ 4 Zustimmungserfordernis des Bundestages bezüglich besonders umfangreicher Verträge

Die Ausschreibung von Aufträgen und Konzessionen nach § 1 Abs. 1 bedürfen der Zustimmung des Bundestages mit einfacher Mehrheit. [Eine Zustimmung des Bundestages nach Satz 1 ist nicht erforderlich, wenn das finanzielle Volumen des Auftrags oder der Konzession bei einer Barwert-Betrachtung den Wert von 250.000.000 Euro unterschreitet.]

§ 5 Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

Die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen ist bei der Einbeziehung Privater gemäß § 1 Abs. 1 verpflichtet, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen gemäß § 6 Abs. 2 Haushaltsgrundsatzgesetz durchzuführen.

§ 6 Transparenz gegenüber Bundestag und Allgemeinheit

(1) Die Bundesverwaltung hat bei der Erwägung, Prüfung, Vorbereitung und Durchführung von funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 erstellte Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen unverzüglich im Internet zu veröffentlichen. Das Transparenzgebot gemäß Satz 1 gilt nicht für Bestandteile von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, bei deren Veröffentlichung die finanziellen Interessen des Bundes in einem nicht nur unwesentlichen Ausmaß negativ betroffen würden und bei denen das Informationsinteresse der Allgemeinheit den Schutzbedarf hinsichtlich der finanziellen Interessen des Bundes nicht überwiegt. Das Transparenzgebot gemäß Satz 1 gilt ferner nicht hinsichtlich solcher Bestandteile von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse von Bietern in Vergabeverfahren und Auftragnehmern des Bundes beinhalten und durch deren Offenbarung diesen ein nicht nur unwesentlicher wirtschaftlicher Schaden entstehen würde, sofern nicht das Informationsinteresse der Allgemeinheit das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse überwiegt.

(2) Im Rahmen von Vergabeverfahren bereitgestellte Vertragsentwürfe und Entwürfe für weitere Bestandteile von Vertragswerken sowie abgeschlossene Verträge und weitere Bestandteile der Vertragswerke zwischen dem Bund und Privaten bei funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 sind der Allgemeinheit unverzüglich zugänglich zu machen und im Internet zu veröffentlichen. Absatz 1 Satz 2 und Satz 3 gelten entsprechend.

(3) Die Regelung nach Absatz 2 ist auch bei Vertragsanpassungen anzuwenden, die einen wesentlichen Umfang aufweisen.

(4) Vor der Befassung des Bundestages gemäß § 4 mit von der Bundesverwaltung geplanten funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 sind Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sowie Vertragsentwürfe und Entwürfe für weitere Bestandteile von Vertragswerken der Allgemeinheit zugänglich zu machen und im Internet zu veröffentlichen.

(5) Absätze 1 bis 4 gelten für die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen entsprechend.

Die BAB-Gesellschaft hat bei der Erwägung, Prüfung, Vorbereitung und Durchführung von funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 anfallende Dokumente, auf die in § 7 Absatz 1 bis 3 Bezug genommen wird, umgehend dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur und dem Bundesamt für Fernstraßen zukommen zu lassen.

(6) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Regelungen zur Transparenz gegenüber dem Bundestag und der Allgemeinheit bei funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 zu treffen.

§ 7 Berücksichtigung privaten Kapitals bei Verschuldungsobergrenzen

(1) Private Finanzmittel, die bei funktionalen Privatisierungen der BAB-Gesellschaft im Sinne des § 1 zur Realisierung investiver Maßnahmen in den Bereichen Neubau, Ausbau, Erneuerung und Erhaltung mit einem Finanzvolumen von über 30 Mio. Euro bereitgestellt werden, gelten für Zwecke der Bestimmung der Verschuldung der Gesellschaft nach Art. 90 Abs. [X] GG als Fremdkapital der BAB-Gesellschaft, soweit eine funktional äquivalente konventionelle Beschaffung zur Aufnahme von Fremdkapital bei der BAB-Gesellschaft führen würde. Satz 1 gilt nicht, soweit es sich lediglich um eine auch bei konventionellen Beschaffungen übliche Zwischenfinanzierung handelt.

(2) Die privaten Finanzmittel nach Absatz 1 können geschätzt werden. Hierzu kann insbesondere auf Erfahrungswerte zu Kosten und Fälligkeiten bei konventionellen Beschaffungen zur Umsetzung investiver Maßnahme und auf die Kalkulationen zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nach § 7 Absatz 2 BHO zurückgegriffen werden. Sofern Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht oder nur geringfügig beeinträchtigt werden, können auch Angaben aus Angeboten und Verträgen zu funktionalen Privatisierungen herangezogen werden.

(3) Soweit die BAB-Gesellschaft Zahlungen an Private leistet, die der Rückführung privater Finanzmittel im Sinne von Absatz 1 Satz 1 dienen, gelten die privaten Finanzmittel nicht

mehr als Fremdkapital der BAB-Gesellschaft. Hinsichtlich der Ermittlung gilt Absatz 2 entsprechend.

(4) Führen das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, das Fernstraßen-Bundesamt oder sonstige Behörden funktionale Privatisierungen im Sinne von § 1 durch, gelten Absatz 1 bis Absatz 3 entsprechend. Soweit die funktionale Privatisierung nicht nach dem FStrPrivFinG erfolgt, gelten die von den Privaten zur Investitionsfinanzierung aufgenommenen Finanzmittel abweichend von Satz 1 als Ausgaben im Sinne von § 2 Absatz 1 des Gesetzes zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes.

(5) Absatz 4 gilt nur für funktionale Privatisierungen, bei denen der Vertragsabschluss nach dem 31.12.2017 erfolgt ist. Eine wesentliche Vertragsänderung steht dem Abschluss eines Vertrags gleich.