

Sachstandsbericht F-Modell  
*Schlussbericht*



Auftraggeber:

- Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Projektbeteiligte:

- VIFG Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft mbH
- SERVATIUS Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft
- PricewaterhouseCoopers Corporate Finance Beratung GmbH

## Sachstandsbericht F- Modell

### Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Anlass und Ziele des Sachstandsberichtes .....</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>6</b>
<b>3.</b>	<b>Wesentliche Ergebnisse .....</b>	<b>10</b>
<b>3.1</b>	<b>Tatsächlicher Befund .....</b>	<b>10</b>
<b>3.2</b>	<b>Ursachenbeiträge .....</b>	<b>10</b>
3.2.1	Verkehrsprognosen und tatsächliche Verkehrszahlen.....	10
3.2.2	Mautakzeptanz und Verdrängung.....	11
3.2.3	Risikoverteilung in den Pilotvorhaben .....	12
3.2.4	Projektauswahl, Projektentwicklung und Vergabe.....	12
3.2.5	Refinanzierungsregime.....	15
3.2.6	Marktakzeptanz des F-Modells .....	18
<b>3.3</b>	<b>Ansatzpunkte für eine erfolgreichere Umsetzung des F-Modells in künftigen Vorhaben .....</b>	<b>22</b>
<b>4.</b>	<b>Ableitung von Empfehlungen für eine künftige Umsetzung des FStrPrivFinG.....</b>	<b>27</b>
<b>4.1</b>	<b>Das FStrPrivFinG als normativer Bezugspunkt für eine flexibilisierte Anwendung des F-Modells .....</b>	<b>27</b>
4.1.1	Entstehungsgeschichte des FStrPrivFinG.....	27
4.1.2	Funktionswesentliche Rechtsinstitute des FStrPrivFinG .....	33
4.1.3	Anwendungsfragen zum FStrPrivFinG .....	37
<b>4.2.</b>	<b>Spielräume für eine flexibilisierte Anwendung des vom FStrPrivFinG bereitgestellten Instrumentariums.....</b>	<b>46</b>
4.2.1.	Ausländische Beispiele für alternative Projektstrukturen .....	46
4.2.2.	Haushalts- und fiskalpolitische Funktion des FStrPrivFinG als Maßstab und Grenze.....	51
<b>4.3.</b>	<b>Ansatzpunkte für eine flexibilisierte Anwendung des F-Modells im Rahmen des FStrPrivFinG.....</b>	<b>53</b>
4.3.1	Konzessionslaufzeit .....	53
4.3.2.	Mindestbarwertvergabe .....	56
4.3.3.	Projektindividuelle Ausgestaltung von Ergänzungsfinan- zierungen .....	58

4.3.4. Zulässigkeit von Verfügbarkeits <i>elementen</i> bei der Refinanzierung .....	59
4.3.5. Anreizregulierung.....	62
4.3.6. Empfehlungen für Projektentwicklung und Vergabe für Vorhaben nach dem F-Modell.....	63
4.3.7 Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen für Begründung und Änderung (Anpassung) des Refinanzierungsregimes .....	74
<b>Anlage 1 Mögliche Durchführung eines wettbewerblichen Dialogs .....</b>	<b>79</b>
<b>Anlage 2 Regelungsgegenstände einer Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung.....</b>	<b>81</b>

## **Sachstandsbericht F- Modell**

### **Schlussbericht**

#### **1. Anlass und Ziele des Sachstandsberichtes**

Mit dem Übergang der Zuständigkeit für den Erlass von Mauthöheverordnungen bzw. die Genehmigung privatrechtlicher Entgelte auf die Länder durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz im September 2005 („ÖPP I“) haben die Arbeiten des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zum F-Modell eine gewisse Zäsur erfahren. Dessen ungeachtet trägt das BMVBS für die Materie „Betreibermodelle für Bundesfernstraßen auf der Grundlage des F-Modells“ nach wie vor eine zentrale Verantwortung sowohl für die bundeseinheitliche Anwendung des Instrumentariums als auch für dessen Evaluierung und Weiterentwicklung. In diesem Sinne ist der Industrie eine Bestandsaufnahme zu den bisherigen Projekterfahrungen zugesagt worden.

Das dem F-Modell zugrunde liegende FStrPrivFinG stammt aus dem Jahre 1994 und ist seitdem Gegenstand zweier Gesetzesnovellierungen gewesen. Für zwei Vorhaben, die Projekte Warnowquerung und Travequerung, hat das BMVBS auf Antrag der jeweiligen Betreibergesellschaften seither eine Mauthöheverordnung erlassen. Beim Erlass von künftigen Mauthöheverordnungen durch die Länder kann das BMVBS im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung bestimmte Durchgriffsrechte ausüben, indem es z.B. Vermerke zum Stand des Verfahrens anfordert oder im Extremfall auch Weisungen erteilt. In die Genehmigung privatrechtlicher Entgelte für die bisherigen und künftigen Vorhaben durch die Länder bleibt das BMVBS durch einen Zustimmungsvorbehalt eingebunden (§ 6 Abs.4 FStrPrivFinG). Die Realisierung weiterer Vorhaben wird vom BMVBS in Zusammenarbeit mit der Auftragsverwaltung geprüft.

Seiner Sachzuständigkeit trägt das BMVBS mit einer Bestandsaufnahme zu dem bisher Erreichten sowie einer Evaluierung des FStrPrivFinG Rechnung. Aus diesem Anlass hat das BMVBS einen Sachstandsbericht in Auftrag gegeben, dessen wesentliche Ergebnisse hiermit vorgelegt werden.

Ziel des Sachstandsberichts ist zum einen, die bisherigen Erfahrungen mit Vorhaben nach dem F-Modell auszuwerten und Empfehlungen für

Verbesserungen der Gesetzesanwendung in der Praxis zu erarbeiten. Basierend auf den in den Projekten Warnowquerung und Travequerung gewonnenen Erfahrungen sollen insbesondere Empfehlungen zu den Regelungsgegenständen einer Mautbemessungs- und –kalkulationsverordnung mit näheren Bestimmungen über die Bemessung von Mautgebühren und die Kalkulation von Mautgebührensätzen abgeleitet werden, welche das BMVBS gemäß § 4 FStrPrivFinG im Einvernehmen mit dem BMF und dem BMWi erlassen kann. Dabei wird die Vorbereitung einer entsprechenden Mautbemessungs- und –kalkulationsverordnung vom BMVBS als flankierende Maßnahme zur Änderung des FStrPrivFinG durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 08. September 2005 („ÖPP I“) gesehen, nachdem sich mittlerweile ein gewisser Bedarf zur Absicherung einer einheitlichen Gesetzesanwendung durch die für die Mauthöhebestimmung nunmehr zuständigen Länder abzeichnet.

Zum anderen sollen mit dem Sachstandsbericht Empfehlungen zur Verbesserung des F-Modells auf der sog. Modellebene erarbeitet und Perspektiven für eine Weiterentwicklung der Anwendungs- und Umsetzungspraxis entwickelt werden. Als Bezugspunkt entsprechender Überlegungen soll dabei der bestehende Rechtsrahmen dienen. Das BMVBS hat die Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft mbH (VIFG), die Rechtsanwaltskanzlei SERVATIUS Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft sowie die PricewaterhouseCoopers Corporate Finance Beratung GmbH beauftragt, den Sachstandsbericht zum F-Modell zu erstellen. Die vom BMVBS beauftragten Gutachter legen hiermit ihren Schlussbericht vor.

## 2. Zusammenfassung

Das BMVBS hat die nach dem FStrPrivFinG gegebenen Rahmenbedingungen zur Umsetzung von F-Modellen durch Auswertung der Erfahrungen aus den Vorhaben Warnowquerung, Travequerung und Strelasundquerung auf ihre Eignung prüfen lassen, künftig weitere Vorhaben als F-Modell realisieren zu können.

**Verbesserte  
Anwendung  
des F-Modells  
möglich**

Die Gutachter bestätigen nicht die verschiedentlich vertretene These, dass das F-Modell systembedingt an den Restriktionen des Gebührenrechts scheitern müsse.<sup>1</sup> Zur Verbesserung der Umsetzungsbedingungen für das F-Modell und zur Erhöhung der Rechtssicherheit sollte das BMVBS jedoch im Verordnungswege nähere Einzelheiten zur Mautbemessung und -kalkulation regeln. Das FStrPrivFinG bietet überdies in wesentlichen Fragen der Projektentwicklung und – strukturierung erheblich mehr Spielräume, als sie in den Pilotvorhaben umgesetzt worden sind. Diese Spielräume betreffen namentlich die Möglichkeiten einer gezielten Risikointervention durch den Straßenbaulastträger aus Anlass der Übertragung von Aufgaben des Baus, der Erhaltung, des Betriebs und der Finanzierung auf einen Privaten zur Ausführung.<sup>2</sup>

Konzeptionell bietet das FStrPrivFinG dem Bund oder anderen zuständigen Straßenbaulastträgern sowie den Auftragsverwaltungen die Möglichkeit, für bestimmte Strecken eine *spezielle* Benutzerfinanzierung zu begründen, indem ein *baulastbezogenes* Betreibermodell etabliert wird.<sup>3</sup> Mit diesem Instrumentarium dient das F-Modell dem Zweck, die allgemeine Sachfinanzierungsverantwortung des Bundes zu ersetzen, indem für die konkrete Strecke haushaltsexterne Mittel mobilisiert werden (*streckenspezifisches* Mautaufkommen mit strikter Zweckbindung). Diesem Zweck wird am ehesten entsprochen, indem *vor* einer Übertragung von Aufgaben des Baus, der Erhaltung, des Betriebs und namentlich auch der

**Besonderheiten  
und Merkmale  
des F-Modells**

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Gawel*, Private Finanzierung von Fernstraßen - Erfahrungen und Probleme, Wirtschaftsdienst 2005, Heft 3, 173 (176).

<sup>2</sup> So die rechtlich korrekte Diktion. Im Folgenden sprechen wir insoweit verkürzend bspw. auch von der „Etablierung“ eines Betreiberregimes oder der „Realisierung“ eines F-Modells.

<sup>3</sup> Die Begriffe „spezielle Benutzerfinanzierung“ und „baulastbezogenes Betreibermodell“ grenzen das F-Modell konzeptionell von alternativen Instrumentarien der staatlichen Infrastrukturbereitstellung unter Einbindung Privater wie z.B. dem A-Modell ab. Dazu im Einzelnen Abschnitt 4.1.1.

Finanzierung auf Private projektbezogen wirtschaftlich tragfähige Ausgangsvoraussetzungen geschaffen werden. Vom Vorliegen zweckgeeigneter Ausgangsbedingungen für die Etablierung eines streckenbezogenen Betreibermodells ist nach dem fiskalischen Zweck des FStrPrivFinG dann auszugehen, wenn die für Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung veranlassten Kosten unter Berücksichtigung insbesondere von Risikoverteilung, Mauthöhe und Verdrängung durch Mautgebühren refinanzierbar erscheinen, *ohne* dass parallel die Sachfinanzierungsverantwortung des Straßenbaulastträgers fortlaufend in Anspruch genommen werden muss. Zur Herstellung dieser Bedingungen sind die nach dem FStrPrivFinG vorhandenen Spielräume zu nutzen.

Konkret ist eine Anpassung des Refinanzierungszeitraums („Konzessionsdauer“) an die je Vorhaben anzusetzende technische Lebensdauer eines Bauwerks ebenso mit dem FStrPrivFinG vereinbar wie die Vorgabe flexibler Refinanzierungszeiträume unter Einräumung eines vom Bieter im Wettbewerb bezifferten sog. Mindestbarwertes. Weiterhin ist die Vereinbarung einer Ergänzungsfinanzierung durch den Straßenbaulastträger in verschiedenen Formen möglich, z.B. auch als Zusatzfazilität, die während der Betriebsphase eines Vorhabens bei Verlassen vorab definierter Verkehrsmengenbänder beansprucht werden kann und/oder nach Verfügbarkeits- und Qualitätskriterien abrufbar ist. Die Ausgestaltung einer Ergänzungsfinanzierung als Anschubfinanzierung stellt insoweit nur eine unter mehreren möglichen Ausgestaltungsformen dar. Der ökonomische Nutzen einer etwa gewährten Ergänzungsfinanzierung (Entlastungswirkung) ist mithin projektindividuell zu optimieren.

Einen Beitrag zur Herstellung tragfähiger Betreibervoraussetzungen leistet auch der sachgerechte Umgang mit dem Baugrundrisiko. Dieses ist für Sonderbauwerke nach dem FStrPrivFinG (Brücken, Tunnel, Gebirgspässe) *typischerweise* in besonderer Weise gegeben. Wegen der Verdrängungswirkung maubrelevanter unvorhergesehener Kostenerhöhungen sollte der Straßenbaulastträger das Baugrundrisiko gerade im Hinblick auf die direkte Benutzerfinanzierung eines Vorhabens gründlich analysieren und unvorhersehbare Mehrkosten ggf. auch selbst tragen. Aus dem gleichen Grund wird Zurückhaltung bei der Einbindung von Kosten für staatliche

**Gestaltungs-  
spielräume  
nach dem  
FStrPrivFinG**

**Risiko- und  
tragfähigkeits-  
orientierte  
Projekt-  
entwicklung**

Vorleistungen oder die Einbeziehung der Bau- und Errichtungskosten für einbindende Infrastruktur in die umlagefähigen Kosten eines Vorhabens angeregt. Die Vereinbarung sog. anreizregulierender Mechanismen, welche den Privaten an erzielten Effizienzfortschritten namentlich im Hinblick auf Produktivitätssteigerungen in der Betriebsphase partizipieren lassen, ist nach dem FStrPrivFinG möglich und bei Orientierung der Konzessionsdauer an der technischen Lebensdauer von Bauwerken überdies geboten. Vom Privaten erreichte, nachgewiesene Produktivitätssteigerungen können teilweise aus dem Mautaufkommen als zusätzliche, projektangemessene Unternehmergewinne honoriert werden, welche über die Eigenkapitalverzinsung hinausgehen. Im Übrigen gehen Produktivitätssteigerungen zugunsten der Nutzer.

**Anreize zu  
kosten-  
effizientem  
Betreiben**

Machen der Bund und die betreffende Auftragsverwaltung vom Instrumentarium des FStrPrivFinG Gebrauch und sollen zur projektweisen Mobilisierung haushaltsexterner Mittel projektindividuell tragfähige Ausgangsbedingungen für die Etablierung eines baulastspezifischen Betreibermodells geschaffen werden, so hat das wesentliche Implikationen für den Projektentwicklungsprozess. Der jeweilige Straßenbaulastträger hat nach der Definition seiner strategischen Beschaffungsziele zunächst die erfolgskritischen Aspekte seines Vorhabens auf der Grundlage eines F-Modell-Eignungstests zu identifizieren. Er sollte des Weiteren eine „politische Geschäftsgrundlage“ zur Schaffung der für tragfähige Betreiberbedingungen notwendigen Rahmenbedingungen herbeiführen (z.B. bezogen auf den Umgang mit eigenen Planungs- und Vorlaufkosten oder die Abstimmung sonstiger Planungen mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten eines Vorhabens). In einer anschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung<sup>4</sup> sollte der Baulastträger die kritischen Machbarkeitsfaktoren verdichten. In diesem Rahmen erfolgt die Identifizierung der zur Durchführung eines Vorhabens als F-Modell wahrscheinlich notwendigen Risikointervention (Risikobeeinflussung) durch den Straßenbaulastträger als Grundlage der nachfolgenden Projektstrukturierung.

**F-Modell-  
Eignung und  
Machbarkeit**

---

<sup>4</sup> Vgl. *Finanzministerkonferenz*, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten. Sektorenspezifische Belange einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für F-Modelle sind bei der Anwendung dieses Leitfadens zu berücksichtigen. Siehe auch Fn. 62.



Die möglichen Beiträge der vorgenannten Ansatzpunkte einer flexibilisierten Umsetzung des F-Modells („Lebensdauerkonzession“, Mindestbarwertvergabe, Ausgestaltung einer Ergänzungsfinanzierung, Anreizregulierung) für die Tragfähigkeit von Vorhaben sind in dieser Phase systematisch zu bewerten. Mit dem wettbewerblichen Dialog steht ein Vergabeverfahren zur Verfügung, das anschließend die Überprüfung der spezifischen Tragfähigkeitsbeiträge unterschiedlicher Strukturierungsoptionen in direktem Marktkontakt erlaubt. Der wettbewerbliche Dialog kann für die Vergabe von Vorhaben nach dem FStrPrivFinG gemäß § 6a Abs.1 Nr.2 VgV unabhängig von der Durchführung eines sog. Ideenwettbewerbs in Bezug auf die technische Lösung („Brücke vs. Tunnel“) statthaft sein.

**Individualisierung  
Geschäftsmodell**

Aus den Projektentwicklungs- und Vergabeempfehlungen des Sachstandsberichtes folgt, dass der betroffene Straßenbaulastträger die Risikoverteilung für ein Vorhaben künftig idealerweise nicht mehr vorab in einem Konzessionsvertrag fixiert, der seinerseits Grundlage einer beschränkten Ausschreibung mit weitgehendem Verhandlungsverbot ist. Ein Denken in Musterverträgen wird der Aufgabe einer Entwicklung ökonomisch tragfähiger Projektstrukturen für das betreffende Einzelvorhaben nur bedingt entsprechen können. Dessen ungeachtet bieten sich vereinzelte Änderungen und Überarbeitungen des bestehenden Musterkonzessionsvertrages an, welcher für die Ausgestaltung des Vertragswerkes im Einzelfall nach wie vor als Richtschnur dienen kann.

In Ergänzung zu der an Tragfähigkeitsgesichtspunkten orientierten Projektentwicklung bedarf es einer Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung gemäß § 4 FStrPrivFinG. Private sollten die für Mautbemessung und -kalkulation von Mautgebühren zur Anwendung kommenden Maßstäbe künftig weitestgehend antizipieren können, damit die Mautantragsprüfung nach Möglichkeit auf den Vollzug eines sachlich-rechtlich zulässigen und gerechtfertigten Mautantrags reduziert werden kann (Senkung von Transaktionskosten).

**Rechtssicherheit bei der  
Mautfestsetzung**

### **3. Wesentliche Ergebnisse**

#### **3.1 Tatsächlicher Befund**

Bisher sind als F-Modelle nach dem FStrPrivFinG lediglich drei Vorhaben zur Ausschreibung gebracht worden. Während es beim Vorhaben Strelasundquerung nicht zu einer Vergabe kam, haben die Vorhaben Warnowquerung und Travequerung die Betriebsphase erreicht (Warnowquerung: 2003, Travequerung: 2005).

In keinem der realisierten Vorhaben wurde die ursprünglich prognostizierte Verkehrsmenge erreicht. In beiden Vorhaben sind die Kosten des Angebots von den vorläufigen tatsächlichen Baukosten überschritten worden. Die zum Zeitpunkt der Konzessionsvergabe zum Teil öffentlich kommunizierten Mauthöhen konnten vor diesem Hintergrund nicht eingehalten werden. Über den mittlerweile entstandenen Abschreibungsbedarf der privaten Betreibergesellschaften berichtet die Presse ausführlich.<sup>5</sup>

Bei diesem praktischen Befund wird das F-Modell in weiten Teilen der betroffenen Verkehrskreise als nicht umsetzungsfähig empfunden. Namentlich das Verkehrsrisiko erweise sich für den Privaten als nicht steuerbar. Überdies werde das F-Modell durch hohe Transaktionskosten belastet, dieses vor allem zur Etablierung des Refinanzierungsregimes in Gestalt von Streckenverordnung, Beleihungsverordnung und Mauthöheverordnung bzw. Entgeltgenehmigung.

**Praxisbefund**

#### **3.2 Ursachenbeiträge**

Ursachenbeiträge für die geringe Anzahl der bisher verwirklichten Projekte sowie die an der Eignung des F-Modells geäußerten Zweifel sind in mehreren Feldern auszumachen:

##### **3.2.1 Verkehrsprognosen und tatsächliche Verkehrszahlen**

Ein deutliches Unterschreiten der Ist-Verkehre gegenüber den bei Ausschreibung erwarteten Verkehren berührt die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines auf Mauteinnahmen angewiesenen Vorhabens

---

<sup>5</sup> Vgl. z.B. den Artikel „Infrastrukturfonds stoßen auf viele Hindernisse“ in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 26. Januar 2007 (Nr. 22), S. 45.

grundsätzlich. In beiden realisierten Vorhaben sind die den Verkehrsprognosen zugrunde liegenden verkehrlichen Annahmen und methodischen Vorgehensweisen von Seiten des in die Mautfestsetzungsverfahren eingeschalteten Fachberaters aufgegriffen worden. Das gilt namentlich für die systematische Ermittlung sog. Netzeffekte auf die überregionale und regionale Verkehrsnachfrage, welche durch die Fertigstellung der verschiedenen Bauabschnitte der BAB A 20 verursacht worden sind. Weiter sind die Rahmenbedingungen und Annahmen für die demographische Entwicklung der betroffenen Untersuchungsräume als Ursache zu positiver Verkehrserwartungen ausgemacht worden. Schon das sog. unbemautete Verkehrspotenzial ist für die bisherigen Pilotvorhaben auf dieser Grundlage tendenziell als zu positiv eingeschätzt worden. Zudem sind bei der Ermittlung des bemauteten Verkehrspotenzials Ausweichoptionen im lokalen Netz („Routenwahleffekte“) jeweils nicht hinreichend detailliert abgebildet worden.

**Netz- und  
Routenwahl-  
effekte**

### **3.2.2 Mautakzeptanz und Verdrängung**

Die Erfahrungen in den Vorhaben Warnow- und Travequerung zeigen des Weiteren eine relativ geringe Mautakzeptanz bei den Nutzern, verbunden mit einer tendenziell hohen Ausweichbereitschaft (Mautverdrängung). Daraus resultierende Verkehrsminderungen haben die negative Entwicklung sonstiger relevanter Parameter (z.B. Anzahl von Pendlern, Anteil überregionaler Verkehre; s.o.) noch verstärkt.

**Mauthöhe und  
„bemautetes“  
Verkehrs-  
potenzial**

Auch der unterstellte Nutzen (Vorteil) einer Bauwerksnutzung ist von den potenziellen Nutzern der Tunnel offenbar nicht entsprechend den Planungsprämissen wahrgenommen worden. Als Schlüsselfaktor für die Erschließung des bemauteten Verkehrspotenzials der Vorhaben hat sich die Mauthöhe insbesondere auch für LKW erwiesen. Bei der wahrzunehmenden Preissensibilität der Nutzer erweisen sich die unbeschränkte Einbeziehung staatlicher Kosten für Vorleistungen des Konzessionsgebers in die mautumlagefähigen Kosten sowie die sonstige Befrachtung eines Vorhabens mit Kosten, die nicht mindestens durch entsprechende Einsparungen von Folgekosten kompensiert werden (z.B. beim sog. Ideenwettbewerb), als kontraproduktiv.

### 3.2.3 Risikoverteilung in den Pilotvorhaben

Mit dem Verkehrsrisiko obliegt in beiden Pilotprojekten das zentrale Risiko dem Privaten. Risikoverstärkend wirkt, dass der Refinanzierungszeitraum für beide Vorhaben auf 30 Jahre begrenzt war (Warnowquerung) bzw. limitiert ist (Travequerung, bei relativ engen Voraussetzungen für eine durch Verkehrsminderungen induzierte Laufzeitverlängerung).

Baugrundrisiken, die für Sonderbauwerke nach dem FStrPrivFinG typisch sind, sind vom Konzessionsgeber weder vollständig übernommen noch neutralisiert worden. Sie sind vielmehr, sofern sie zu unvorhersehbaren Mehrkosten geführt haben, vom Privaten getragen worden. Als mautumlagefähig behandelt, haben unvorhersehbare Mehrkosten bei gleich bleibendem Refinanzierungszeitraum ihrerseits das Verkehrs- bzw. Verdrängungsrisiko erhöht (Travequerung). Für das vom Privaten getragene Planungs- und Planänderungsrisiko gilt Entsprechendes (Warnowquerung).

Für den Fall der Realisierung von Substitutionsstrecken durch den Straßenbaulassträger und Konzessionsgeber ist allerdings in beiden Vorhaben eine Kompensationspflicht vorgesehen worden. Im Vorhaben Warnowquerung hat der Private überdies von seinem Recht Gebrauch gemacht, Vorschläge zur Leitung der lokalen Verkehrsflüsse zu unterbreiten. Diese wurden von der Hansestadt Rostock vorerst noch nicht umgesetzt.

An projektexternen Mitteln sind im Falle der Warnowquerung rd. 30,5 Mio. EUR aus TEN-Mitteln bereitgestellt worden, entsprechend rd. 18% der Investitions- und Betriebsausgaben, im Falle der Travequerung in Höhe von rd. 88,0 Mio. EUR, entsprechend rd. 58 % der Anlauf- und Baukosten.

### 3.2.4 Projektauswahl, Projektentwicklung und Vergabe

Die für Vorhaben nach dem FStrPrivFinG zusammengestellte Projektliste repräsentierte zunächst Vorhaben, die konventionell nicht finanziert werden konnten bzw. deren Priorisierung eine baldige konventionelle Realisierung nicht erwarten ließ, die aber dennoch erwünscht waren. Der Zugang zur Liste richtete sich weniger nach Eignungs- und Tragfähigkeitskriterien, sondern nach den Aussichten auf eine konventionelle Realisierung durch Haushaltsmittel. „Vorschlagsberechtigt“ zur Aufnahme von Vorhaben in die

**Baugrundrisiken, unvorhersehbare Mehrkosten und Mautverdrängung**

**„Akzidentelle“ Projektentwicklung**

Projektliste waren Bund, Länder und Privatwirtschaft, ohne dass die Vorschläge F-Modell-spezifischen Eignungsfragen unterworfen gewesen wären.

Angesichts der politischen Beschaffungspräferenzen für die betroffenen Vorhaben sind den Machbarkeitsstudien aus heutiger Sicht eher unkritische Maßstäbe zugrunde gelegt worden. Eine an Tragfähigkeitsgesichtspunkten orientierte Projektentwicklung im eigentlichen Sinne fand für die Vorhaben der Liste nicht statt. In die Projektliste waren z.B. auch solche Vorhaben aufgenommen worden, für die eine Planfeststellung, mitunter auch eine Linienbestimmung noch nicht begonnen worden war. In der Folge wurden Vorhaben über Jahre hinweg in der Projektliste geführt, ohne dass ein signifikanter Fortschritt im Sinne einer wirtschaftlichen Projektentwicklung zu erkennen war. Wenn einem Privaten für ein Vorhaben, bei dem entsprechende Entwicklungsrückstände eingetreten sind, sodann Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung auf Grundlage eines Ideenwettbewerbs zur Ausführung übertragen werden, bedeutet das eine gerade für Mautprojekte mitunter kontraproduktive Kostenkonzentration in der bereits mautumlagererelevanten Vorlaufphase eines Projektes.

Die heutigen Erfahrungen mit der Vorbereitung und Umsetzung langfristiger Infrastrukturvorhaben auf Basis von lebenszyklusorientierten PPP-Modellen („BOT“, „DBFO“, etc.) waren bei der Entwicklung und Vorbereitung der Pilotvorhaben noch nicht gegeben. Insoweit kennzeichnen sich Projektentwicklung und Vergabe der Pilotvorhaben durch eine Vorgehensweise, die nach dem heutigem Kenntnis- und Erfahrungsstand nicht mehr vorzugswürdig erscheint.

Eine systematische Projektentwicklung hat für Vorhaben nach dem FStrPrivFinG bislang nur in begrenztem Rahmen stattgefunden. Das sog. MKV-Gutachten<sup>6</sup>, welches seinerzeit (2001) vor allem die Modellanwendung in Bezug auf Refinanzierungsfragen hatte erleichtern sollen, hatte Überlegungen zur Projektentwicklung, wie sie ab dem Jahr

**Lernkurven-  
effekte bei  
PPP-  
Beschaffungen**

---

<sup>6</sup> *Limberger et.al.*, Gutachten und Erläuterungsbericht zu einem Musterkonzessionsvertrag, einer Mustermautverordnung und Ausschreibungs- und Verdingungsunterlagen nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz, hrsg. vom BMVBS, in: *Forschung Straßenbau und Straßenverkehrstechnik* 2001, H.822, im Folgenden: „MKV-Gutachten.“ Die Zitate beziehen sich nachfolgend auf die Arbeitsfassung des Gutachtens.

2003 mit der systematischen Implementierung von PPP im Öffentlichen Hochbau angestellt worden sind, und die zur Entwicklung von wesentlichen Projektentwicklungswerkzeugen wie dem PPP-Eignungstest und der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung geführt haben, noch keine Bedeutung beigemessen. Politische Strukturierungsvorgaben wie die Verfügbarkeit unbemauteter Parallelstrecken hätten auf der Grundlage eines entsprechenden Eignungstests sehr wahrscheinlich Anlass zur Erörterung tragfähigkeitserhaltender Ausgleichsmaßnahmen oder aber zur Feststellung der mangelnden Realisierungseignung einer entsprechenden Projektstrukturierung gegeben (Strelasundquerung).

**Unvollständiges  
Projektent-  
wicklungs-  
instrumentarium**

Bei Abwesenheit einer tragfähigkeitsorientierten Projektentwicklung sind die für eine projektindividuelle Ausgestaltung des F-Modells nach gegebenem Recht bestehenden Möglichkeiten in den bisherigen Vorhaben nicht ausgeschöpft worden. Die dem Privaten nach dem FStrPrivFinG gewährte vollständige Refinanzierung seines Aufwandes binnen einer Konzessionslaufzeit von nur 30 Jahren führt bei Anlagen mit einer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von bis zu 80 Jahren zu einer systematischen Kostenkonzentration in frühen Nutzungsjahren und damit zu einer künstlichen „Mautverteuerung“. Die vom Privaten während der nur 30-jährigen Konzessionslaufzeit geschuldeten Betriebs- und Erhaltungskonzepte sind dessen ungeachtet an einem langlebigen Wirtschaftsgut ausgerichtet. Das führt wirtschaftlich zu einer zusätzlichen Kostenanlastung im Refinanzierungszeitraum.

**Konservative  
Gesetzes-  
anwendung**

Die in den Pilotvorhaben zur Anwendung gelangte beschränkte Ausschreibung mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb hat sich für Vorhaben nach dem FStrPrivFinG wegen des bei dieser Vergabeart zu beachtenden weitgehenden Verhandlungsverbotes als nicht zweckmäßig erwiesen. Insbesondere hat sich die Risikoverteilung für Vorhaben nach dem FStrPrivFinG nicht in der Weise vorbereiten und steuern lassen, dass Verhandlungen über wirtschaftlich tragfähige Bedingungen zur Etablierung eines Betreiberregimes entbehrlich geworden wären. Die Übertragung zur Ausführung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen ausschließlich auf Grundlage eines Musterkonzessionsvertrages fördert demgegenüber eine mit den individuellen wirtschaftlichen

**Hohe Trans-  
aktionskosten**

Gegebenheiten eines Projektes nicht zu vereinbarende Unitarisierung von Vorhabensentwicklung und Vergabe. Das bedeutet erhebliche Transaktionskosten sowohl für die an einem Vergabeverfahren beteiligten Bieter (Strelasundquerung) als auch für das „Instrumentarium FStrPrivFinG“ (geringe Projektanzahl).

Ein Ideenwettbewerb, der nach früheren Empfehlungen als vorzugswürdig gilt, weil er eine freihändige Vergabe<sup>7</sup> rechtfertigen und dem Privaten überdies ein Höchstmaß an Einfluss auf die Lebenszykluskosten eines Vorhabens eröffnen soll (Folgekostenoptimierung), erhöht die Projektentwicklungskosten für ein Vorhaben erheblich und beeinflusst die Mautgebührenhöhe in der Regel wesentlich. Im Fall des Warnowtunnels hat die Ausschreibung auf der Grundlage eines Ideenwettbewerbs zwar zur Ausarbeitung von 24 technischen Lösungsmöglichkeiten für ein Querungsbauwerk geführt. Die bestehenden städtebaulichen und hafengewirtschaftlichen Präferenzen für eine Tunnel-Lösung sind jedoch auch angesichts der Einreichung von 12 Brückenvarianten nicht aufgegeben worden.

**Mautrelevanz sog. „weicher“ Kosten**

### **3.2.5 Refinanzierungsregime**

Die Etablierung des Refinanzierungsregimes für die Vorhaben Warnowquerung und Travequerung in Gestalt der Beleihung der Privaten mit dem Recht zur Mauterhebung und dem Erlass einer entsprechenden Mauthöheverordnung hat die Geschäftserwartungen der betroffenen Privaten zwar nicht direkt negativ beeinflusst. In beiden Vorhaben sind die Mauthöheverordnungen in der beantragten Höhe und in der beantragten Gebührendifferenzierung rechtzeitig vor Betriebsfreigabe ergangen. Allerdings haben sich die Mautfestsetzungsverfahren deutlich komplexer gestaltet als erwartet worden war. Im Hinblick auf die Regelungen des FStrPrivFinG haben die Betreiber des Warnowtunnels und des Herrentunnels die ihnen bei rein betriebswirtschaftlicher Betrachtung zweckmäßig bzw. „ideal“ erscheinende Mautstruktur überdies nicht vollumfänglich zur Umsetzung beantragt. Das betrifft z.B. das Konzept einer sog. niedrigen Anfangsmaut oder die Einräumung eines Höchstmaßes

**Komplexe Mautfestsetzungsverfahren**

---

<sup>7</sup> Als Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb.

an Preissetzungsautonomie im Rahmen eines sog. Maximalmautkonzeptes bzw. einer sog. Durchschnittsreferenzmaut.

Die regulativen Rahmenbedingungen des FStrPrivFinG sind aus Sicht des Privaten gerade im Hinblick auf die Etablierung des Refinanzierungsregimes durch ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit geprägt. Dem sollte mit dem Anspruch auf Erlass einer Mauthöheverordnung durch das FStrPrivFinÄndG 2002 dem Grunde nach zwar bereits entsprochen werden. Die Festsetzungspraxis des BVMBS in den Jahren 2002 bis 2005 hat jedoch gezeigt, dass die Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Mauthöhebestimmung auch bei bestehendem Anspruch des Privaten auf Erlass von Mauthöheverordnung und Entgeltgenehmigung fortbesteht. Das liegt vor allem daran, dass in den Pilotvorhaben bei der Anwendung der Maßstäbe zur Bestimmung der Mauthöhe gemäß § 3 Abs.2 bis 5 FStrPrivFinG auf eine gefestigte Verwaltungspraxis, geschweige denn auf eine Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung gemäß § 4 FStrPrivFinG (vormals: § 3a Abs.1), naturgemäß noch nicht zurückgegriffen werden konnte. Bei Abwesenheit einer bestehenden Verwaltungspraxis hatte das BMVBS als Verordnungsgeber in den Mautfestsetzungsverfahren vielmehr die gesetzlichen Maßstäbe zur Bestimmung der Mautgebührenhöhe zum Teil noch zu konkretisieren. Das BMVBS konnte die materiell-rechtlichen Erwartungen der Privaten dabei nicht durchgängig bestätigen (z.B. zum Periodenbezug von Kosten oder zu den Möglichkeiten und Grenzen einer sog. Kostenaufholung). Zusammenfassend konnten sich die vom BMVBS durchgeführten Mautfestsetzungsverfahren bisher somit noch nicht als bloßer „Rechtsvollzug“ eines vom Privaten determinierten Mautantrags darstellen, wie er vom FStrPrivFinG eigentlich aber vorausgesetzt wird.

Die bestehende Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Beurteilung refinanzierungsrelevanter Einzelfragen durch Verordnungsgeber bzw. Genehmigungsbehörde ist für den Privaten außerordentlich problematisch. Das gilt namentlich in Fällen, in denen Konzessionsgeber und Mautfestsetzungs- bzw. Entgeltgenehmigungsbehörde personenverschieden sind. Diese Konstellation war bei beiden Pilotvorhaben gegeben.

**Rechtsunsicherheit  
im Hinblick auf die  
Umsetzbarkeit von  
Mautgestaltungen**



Noch bevor Einzelheiten zur Umlagefähigkeit von Kosten auf Mautgebühren rechtsverbindlich festgestellt werden (z.B. Umlagefähigkeit vom Konzessionsgeber zu übernehmender Planungs- und Vorlaufkosten des Konzessionsgebers oder in das Vorhaben einbezogener Zufahrtsbauwerke) oder das Refinanzierungskonzept des Privaten in Bezug etwa auf seine kalkulatorischen Kosten von der zuständigen Stelle gebilligt wird (Zulässigkeit der Eigenkapitalverzinsung der Höhe nach, rechnerische Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung, Anwendbarkeit des Konzeptes einer sog. „Kostenaufholung“ bzw. eines „intertemporalen Verlustausgleichs“, Abschreibungsmethode), hat der Private erhebliche Risiken auf sich zu nehmen, um das Bauwerk termingerecht fertigzustellen. Jedenfalls für Vorhaben, bei deren Realisierung sich die Anwendung der Regeln zur Bestimmung der Mautgebühr noch nicht zu einer vorab sicher einschätzbaren Übung verdichtet hat, wirkt ein solcher regulativer Rahmen eher abschreckend. Schwierig erscheint nach der bisherigen Festsetzungspraxis dabei weniger die lange andauernde Unsicherheit des Betreibers über die betragsmäßige Höhe der Mautgebühr, als vielmehr die Frage, ob das vom Betreiber als betriebs- und finanzwirtschaftlich sinnvoll erachtete Refinanzierungskonzept in seiner konkreten Ausgestaltung umsetzbar ist. Nachdem das FStrPrivFinÄndG dem Privaten einen Anspruch auf Erlass einer Mauthöheverordnung eingeräumt hat, ist das Entstehen einer funktionsfähigen Refinanzierungsbasis nach der heutigen Gesetzeslage weitestgehend gesichert. Unsicherheit besteht für den Betreiber beim derzeitigen Erfahrungsstand mit der Gesetzesanwendung jedoch hinsichtlich der Zulässigkeit des *ökonomischen* Konzeptes, auf dessen Grundlage er sein Refinanzierungsziel verfolgt (z.B. Konzept der „niedrigen Anfangsmaut“, Einsatz von Mauttarifen zur zielgruppenbezogenen Stimulierung der Verkehrsmenge durch entsprechende Gebührendifferenzierung). Nach den Erfahrungen in den Mautfestsetzungsverfahren für die Vorhaben Warnowquerung und Travequerung dürfte sich die in der Begründung zum FStrPrivFinÄndG geäußerte Erwartung, dass der gesetzliche Anspruch auf Erlass einer Mauthöheverordnung „... adäquate Gegenleistung des Verordnungsgebers“

**Fehlende  
Synchronisation  
von Investition  
und Festlegung  
von Details der  
Refinanzierung**

für die vom Privaten übernommenen Risiken sei,<sup>8</sup> jedenfalls aus Sicht des Privaten insgesamt noch nicht bestätigt haben.

Als schwierig haben sich die regulativen Rahmenbedingungen in den bisherigen Pilotprojekten aufgrund der Personenverschiedenheit von Konzessionsgeber und mautfestsetzender Stelle namentlich deshalb erwiesen, weil die Konzessionsgeber ihre Vorstellungen zur Mauthöhe und deren Gestaltung bereits zur Grundlage der Vergabeentscheidung gemacht und in den Konzessionsverträgen detaillierte Regelungen mit Bezug zur Berechnung der Maut oder zu den umlagefähigen Kosten vorgegeben haben. Dabei waren die hiermit verfolgten Zielvorgaben teilweise kommunalpolitisch motiviert, um die Akzeptanz der Mautgebührenpflicht abzusichern bzw. zu erhöhen, und teilweise haushaltspolitisch begründet, indem dem Konzessionär die Kostenlast für Vorleistungen des Konzessionsgebers auferlegt wurde. Aus Sicht des Verordnungsgebers, welcher später eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle in Bezug auf die Gesetzmäßigkeit der beantragten Maut durchzuführen hat, sind die dabei anzutreffenden Maßstäbe nicht immer frei von Zweifeln gewesen. Für den jeweiligen Konzessionsnehmer eröffnete sich hier ein potenzielles Konfliktfeld zwischen der Vertragstreue gegenüber dem Konzessionsgeber einerseits und der Gesetzmäßigkeit eines festsetzungsfähigen Mautgebührenantrages andererseits. Dieses Konfliktpotenzial ist selbst für solche Vorhaben nicht vollständig ausgeschlossen, in denen ein und dieselbe Gebietskörperschaft sowohl Konzessionsgeberin als auch zuständige Behörde für die Mauthöhebestimmung ist. Während sie als Konzessionsgeberin Partei ist und Interessen des Baulasträgers vertritt, erstrecken sich ihre Entscheidungen zur Festsetzung einer Gebühr oder zur Genehmigung eines privat-rechtlichen Entgeltes auf alle Bauwerksnutzer.

**Rechtmäßigkeits-  
kontrolle vs.  
Parteiwille**

### **3.2.6 Marktakzeptanz des F-Modells**

Auf die mangelnde Akzeptanz des F-Modells auf Nutzerseite und die hohe Ausweichbereitschaft in den lokalen Pilotvorhaben haben wir bereits hingewiesen. Auf Bieterseite sind die Vorhaben demgegenüber zunächst

---

<sup>8</sup> BT-Drs. 14/8447 vom 06.03.2002, S.11.

noch auf Akzeptanz getroffen. Beide Konzessionen sind im Wettbewerb vergeben worden.

Unter dem Eindruck der ersten Erfahrungen nach Betriebsfreigabe der Pilotvorhaben sehen sich Akzeptanz und Marktfähigkeit des F-Modells zwischenzeitig allerdings kritischen Fragen ausgesetzt. Die Aufnahmebereitschaft des Marktes für weitere Vorhaben wird künftig vor allem von der Risikoverteilung bzw. von der Fähigkeit der Beteiligten abhängen, im Falle sich nicht erfüllender Erwartungen in partnerschaftlicher Weise zu tragfähigen Lösungen zu gelangen. Nach den bisherigen Erfahrungen hat sich in einem weiten Teil der Beteiligten sowie in Fachkreisen in diesem Zusammenhang allerdings mitunter folgende Wahrnehmung verfestigt:

- Dem Privaten steht zwar das Mautaufkommen zu, und zusätzlich wird ihm ggf. eine Anschubfinanzierung gewährt. Im Übrigen aber trägt der Private das Refinanzierungsrisiko für seinen Aufwand allein.
- Ob dem Privaten im Rahmen der Konzessionsperiode von regelmäßig 30 Jahren die Refinanzierung gelingt, ist unsicher. Der Refinanzierungserfolg hängt davon ab, wie viele Nutzer zu welchen Preisen das Streckenangebot wahrnehmen werden.
- Auch das insoweit bestehende Verkehrs- und Elastizitäts- bzw. Verdrängungsrisiko trägt grundsätzlich der Private.<sup>9</sup> Hierfür wird ihm zwar der vom FStrPrivFinG vorgesehene Risikozuschlag gewährt.<sup>10</sup> Aufgrund der Endlichkeit der Konzession und des Verdrängungseffektes von Mauterhöhungen bleibt jedoch selbst die „Durchsetzbarkeit“ von Eigenkapitalverzinsung und Risikozuschlag ungewiss.
- Schließlich trägt der Private das Risiko einer den Bestimmungen des Konzessionsvertrages entsprechenden Mautfestsetzung bzw. Entgeltgenehmigung. Sofern sich die von den Konzessionsparteien ursprünglich intendierten Mautberechnungsarten nicht in der

**F-Modell in der  
Marktwahr-  
nehmung**

---

<sup>9</sup> Die Konzessionsverträge enthalten zur Verteilung des Refinanzierungsrisikos teilweise Ausnahmetatbestände, welche unter bestimmten Umständen eine Verlängerung der Konzessionslaufzeit erlauben und auf diese Weise eine Handhabe zur Steuerung des Risikoausmaßes bieten.

<sup>10</sup> § 3 Abs.4 FStrPrivFinG.

gewünschten Form umsetzen lassen, beeinflusst das die Refinanzierungsgrundlage des Privaten zusätzlich nicht unerheblich.

Auf der anderen Seite ist der Umfang der über die Mautgebühr umgelegten Betriebskosten im Rahmen der Mautfestsetzung bisher nur einer eher schwachen Kontrolle unterworfen. Die in § 3 Abs. 3 FStrPrivFinG enthaltene Ermächtigung des Verordnungsgebers, Kosten nur nach Maßgabe einer „wirtschaftlichen Betriebsführung“ als umlagefähig anzuerkennen, berechtigt diesen nur zur Überprüfung der angesetzten Kosten im Rahmen einer Missbrauchskontrolle. Sofern der Konzessionsinhaber die Refinanzierung der von ihm veranlassten Investitionen bzw. Aufwendungen in der Erwartung einer ausreichenden und robusten Verkehrsmenge als wahrscheinlich einschätzt, besteht für ihn bis zum Beweis des Gegenteils infolge Mautverdrängung kein weiterer Anreiz, Anlaufkosten sowie Kosten für den laufenden Betrieb zu optimieren. Allerdings haben Bauwerksnutzer und Straßenbaulastträger sowie politisch Verantwortliche an der Kosteneffizienz des Privaten ein ebenso hohes Interesse, wie der Private eine angemessene Risikoverteilung verlangt. Offenbar hält das F-Modell somit für *alle* Beteiligten nicht unerhebliche Akzeptanzhürden bereit:

- Aus Sicht der *Privaten* erweist sich das Verkehrsrisiko - jedenfalls auf Basis der im Projektentwicklungsprozess verfügbaren Erkenntnisse – als so schwer steuerbar, dass es für eine weitflächige Verbreitung des F-Modells unter der Prämisse einer auf 30 Jahre beschränkten Konzessionslaufzeit möglicherweise prohibitiv wirkt. Selbst in dem aus wirtschaftlicher Sicht lange Zeit für sehr robust gehaltenen Projekt Herrentunnel weichen die seit Betriebsbeginn im August 2005 verzeichneten Verkehrszahlen signifikant von den ehemals prognostizierten Verkehrszahlen ab. Das gilt sowohl für das Gesamtaufkommen an täglichem Verkehr als auch für die Aufteilung des Verkehrs auf verschiedene Tarifklassen. Aufgrund der Fertigstellung von baulichen Maßnahmen im Umfeld des Herrentunnels (Fertigstellung BAB 20, derzeit noch bevorstehender Bau einer sog. Nordtangente) wird sich eine gewisse Sicherheit in der Einschätzung von Verkehrsströmen

**Akzeptanzhürden  
aus Sicht des  
Privaten**

in der relevanten Netzumgebung des Herrentunnels erst einige Jahre nach Betriebsfreigabe des Tunnels ergeben haben können.

- Die von den Betreibergesellschaften in der Betriebsphase kalkulierten Aufwendungen sind für den *Konzessionsgeber* nur schwer kontrollierbar. Die Praxis in den Mautfestsetzungsverfahren hat zu Korrekturen der im Einzelnen angesetzten Kostenhöhe nicht oder nur vereinzelt geführt, sofern nur die Umlagefähigkeit einer Kostenart dem Grunde nach dargelegt war. Bei diesem Befund wird das F-Modell aus Sicht der Politik angreifbar für den Vorwurf, es verweigere dem Nutzer wirksamen Schutz vor einer übermäßigen und sachlich nicht gerechtfertigten (verdeckten) Zusatzbelastung, während der Private einem wirtschaftlichen Anreiz zur Optimierung der Kosten nicht unterliege. Hinter modernen Ansätzen einer sog. Anreizregulierung, so könnte ein Einwand lauten, bleibe das F-Modell insoweit zurück.
- Der *Bauwerksnutzer* empfindet sich bei der Diskussion um die Vorzugswürdigkeit einer Äquivalenzfinanzierung als „Verlierer“. So wird als positiver volkswirtschaftlicher Effekt der Äquivalenzfinanzierung angeführt, dass Infrastrukturnachfrage über den Preis diszipliniert, das Angebot also an den über Wegekostenanlastung „geläuterten“ Bedürfnissen der Nachfrage ausgerichtet würde. Das Ergebnis sei effiziente Versorgung mit Verkehrsinfrastruktur, die Vermeidung von Verschwendung und eine *c.p.* sinkende Steuerlast. Diese Effizienzvorteile haben für die Nutzer die Qualität sog. externer Effekte, deren Nutzen sie allerdings nicht allein für sich internalisieren können. „Exklusiv“ ist aus Sicht der Nutzer lediglich die ihnen zugemutete Sonderlast (Mautgebühr).

**Akzeptanzhürden  
aus Sicht der  
Politik**

**Akzeptanzhürden  
aus Sicht des  
Nutzers**

Im Sinne der Verlässlichkeit von Mautstraßenprojekten fordern Kapitalmarkt- und Bankenvertreter in dieser Situation eine Projektstrukturierung, die auf die individuellen ökonomischen Gegebenheiten zugeschnitten ist und robuste, tragfähige Cash Flow-Erwartungen begründet (Verkehrsprognose, Risikoverteilung, Risikominderungsbeiträge des Bestellers), weiter einen ressourcenschonenden Vergabeprozess sowie verlässliche Zuständigkeits- und Organisationsstrukturen namentlich auf Seiten des Konzessionsgebers. Die Bau- und Betreiberwirtschaft weist

**Erwartungen des  
Marktes**

darüber hinaus auf die Notwendigkeit einer funktionsfähigen Partnerschaft mit dem betroffenen Straßenbaulastträger hin. Sie strebt überdies eine Flexibilisierung in Refinanzierungsfragen und generell eine Senkung der mit einem F-Modell verbundenen Transaktionskosten an.

Bei diesem Ausgangsbefund ist es ein zentrales Anliegen des Sachstandsberichtes, Spielräume für eine flexibilisierte Anwendung des F-Modells zu lokalisieren, welche den jeweiligen wirtschaftlichen Bedürfnissen eines konkreten Vorhabens verpflichtet ist. Lösungsbeiträge entfalten dabei bestehende Freiheitsgrade zu Risikoverteilung und Risikointervention sowie ein tragfähigkeitsorientierter Projektentwicklungs- und Vergabeprozess.

### **3.3 Ansatzpunkte für eine erfolgreichere Umsetzung des F-Modells in künftigen Vorhaben**

Das FStrPrivFinG steht der Entwicklung tragfähiger und erfolgreicher Vorhaben nicht entgegen. Einer Änderung in der Grundkonzeption des F-Modells bedarf es hierzu allerdings nicht. Auch künftig kann sich das F-Modell damit durch folgende Grundmerkmale auszeichnen:

- **„Lebenszyklus-Ansatz“**: Planung, Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung einer Strecke werden einem Privaten ganzheitlich zur Ausführung übertragen.
- **„Direkte Wegekostenanlastung“**: Der Private refinanziert die für Planung, Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung veranlassten Aufwendungen aus einem speziellen Entgelt, der Mautgebühr. Anders als etwa bei der Maut für schwere LKW nach dem ABMG verwirklicht das FStrPrivFinG durch die Zuweisung des Aufkommens aus der Mautgebühr an den Privaten eine strikte Zweckbindung der vereinnahmten Mautmittel. In diesem Sinne verwirklicht sich im F-Modell eine „spezielle Benutzerfinanzierung“<sup>11</sup>.
- **„Öffentliche Straßen“**: Die aufgrund des F-Modells realisierten Strecken bzw. Bauwerke werden keine Privatstraßen, sondern verbleiben in der Baulast des zuständigen Straßenbaulastträgers und

**Konstitutive  
Elemente des F-  
Modells**

---

<sup>11</sup> Zur Abgrenzung des F-Modells gegenüber gelockerten Formen der Nutzerfinanzierung siehe im Einzelnen nachfolgend unter Abschnitt 4.1.1.

insoweit einem öffentlich-rechtlichen Rechtsregime unterworfen. Nach diesem richten sich auch der Zugang zur Nutzung betroffener Strecken bzw. Bauwerke und die Maßstäbe zur Beurteilung zulässiger Entgelt- bzw. Gebührengestaltungen.

Unter Fortgeltung dieser Modell-Konstanten lassen sich nach der jetzigen Gesetzeslage für eine Realisierung weiterer Vorhaben folgende Spielräume für eine Flexibilisierung des F-Modells nutzen:

- **Konzessionslaufzeit:** Die Begrenzung der Konzessionslaufzeit in den Pilotvorhaben und im Musterkonzessionsvertrag auf 30 Jahre ist rechtlich nicht erforderlich. Mit dem FStrPrivFinG ebenfalls vereinbar ist eine Anpassung des Konzessionszeitraums an die geschätzte betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer eines Bauwerks. Im Rahmen eines projektindividuellen Umsetzungskonzeptes ist jeweils zu prüfen, ob und unter welchen Bedingungen sich die Verlängerung des Refinanzierungszeitraums im Ergebnis mautsenkend auswirkt (Verringerung der Mautverdrängung). Zur Minimierung von laufzeitbedingt hohen Fremdkapitalkosten können sich insoweit staatliche Rückkaufverpflichtungen anbieten, um Privaten den Ausstieg aus einer Lebensdauerkonzession zu einem bestimmten Restwert und/oder die Übertragung der Konzession auf nachfolgende Konzessionsnehmer zu ermöglichen.
- **Konzept der sog. Mindestbarwertvergabe:** Mit dem FStrPrivFinG ist ferner eine Gestaltung vereinbar, in der die Konzessionsdauer an die Erreichung bestimmter Ertrags- bzw. Umsatzziele anknüpft. Bei diesem Konzept wird eine Konzession auf den vom Bieter kalkulierten Mindestbarwert zugeschlagen, bei dessen Erreichen die Konzessionsdauer endet. In der internationalen Praxis wird dieses Konzept mit der Vorgabe einer maximalen Mauthöhe durch den Konzessionsgeber kombiniert. Bleiben die bei Angebotslegung erwarteten Verkehrsmengen hinter den tatsächlichen Verkehrsmengen zurück, steht dem Privaten zur Refinanzierung seiner Aufwendungen ein entsprechend verlängerter Konzessionszeitraum zur Verfügung. Das sog. direkte Verkehrsmengenrisiko wird dem Privaten dadurch abgenommen. Es wird aber auch nicht dem Konzessionsgeber auferlegt,

**Refinanzierungs-  
zeitraum**

**Neutralisierung  
des direkten  
Verkehrsmengen-  
risikos**

der eine Mindestverkehrsmengengarantie nach dem Konzept der Mindestbarwertvergabe nicht herauszulegen hat.

- **Individualisierung der „Anschubfinanzierung“, z.B. durch Verfügbarkeitselemente:** Die Gewährung einer Anschubfinanzierung stellt *einen* möglichen Beitrag dar, um das Refinanzierungsrisiko des Privaten zu senken. Im Anwendungsbereich des FStrPrivFinG ist die Anschubfinanzierung aber nicht das einzig mögliche Instrument einer Risikointervention zugunsten des Privaten. Der Straßenbaulastträger kann eine von ihm gewährte Ergänzungsfinanzierung statt dessen auch so ausgestalten, dass sie ab Betriebsfreigabe als Unterdeckungsreserve im Sinne einer „Minimum Income Guarantee“ etwa für den Fall dient, dass bestimmte Verkehrsmengen unterschritten werden. Je nach Vorhaben kann die Ergänzungsfinanzierung im Sinne von Verfügbarkeitsentgelten ferner nach Maßgabe erreichter Qualitäts- oder Sicherheitsstandards bereitgestellt werden, welche vom Privaten zu erfüllen sind. Auf eine Größe „20% der Bau- und Betriebskosten“ ist der Straßenbaulastträger bei der Dotierung einer Ergänzungsfinanzierung nach dem FStrPrivFinG nicht festgelegt. Der wirtschaftliche Nutzen (Entlastungseffekt) einer etwa vom Bund bereitgestellten Ergänzungsfinanzierung sollte vielmehr projektindividuell optimiert werden.
- **Anreizregulierung:** Je mehr in Zukunft Benchmarks zu den Kosten von Erhaltung, Betrieb und Unterhaltung von Straßen verfügbar sein werden, desto mehr kann der für das F-Modell beklagte Mangel eines „Wettbewerbs im Markt“ künftig durch die Bindung an Benchmarks simuliert werden. Mit den rechtlichen Maßstäben zur Bemessung von Mautgebühren ist es vereinbar, dass die Konzessionsparteien den Privaten auf die permanente Optimierung namentlich seiner Betriebskosten in der Weise verpflichten, dass ein Teil ersparter Aufwendungen bei ihm verbleiben darf. Die Umsetzung zweckentsprechender Konzepte einer Anreizregulierung obliegt dabei den Konzessionspartnern.

**Individualisierung  
einer möglichen  
Ergänzungs-  
finanzierung**

**Simulation von  
Wettbewerb „im“  
Markt**



- **Vergabeverfahren:** Die bestehenden Möglichkeiten zur Flexibilisierung des F-Modells können im konkreten Fall bedeuten, dass die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen, zu denen ein Vorhaben letztlich umgesetzt wird, für den Straßenbaulastträger vorab nicht hinreichend vorhersehbar sind. In diesen Fällen steht mit dem wettbewerblichen Dialog ein Verfahren zur Verfügung, mit dem der Lösungsbeitrag einzelner „Stellschrauben“ zur Herstellung tragfähiger Realisierungsbedingungen mit den Dialogteilnehmern zielgerichtet erörtert und das der Vorhabenrealisierung schließlich zugrunde zu legende Geschäftsmodell in direktem Marktkontakt konkretisiert werden kann.

**Ermittlung der Tragfähigkeitsvoraussetzungen im Dialog**

- **Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung:** Zu vielen Fragen der Mautbemessungs- und -kalkulation hat die bisherige Mautfestsetzungspraxis Lösungsansätze hervorgebracht, die sich aus dem Gesetzestext des FStrPrivFinG nicht unmittelbar erschließen. Während die von der Praxis gewünschten Gestaltungen mit dem vom FStrPrivFinG geregelten F-Modell zum Teil unvereinbar sind, wurden in der Mautfestsetzungspraxis in Bezug auf einzelne Fragen der Mautbemessung auch Flexibilisierungsansätze umgesetzt (siehe dazu auch Abschnitt 4.1.3.). Auch haben sich in der bisherigen Praxis gesetzeskonkretisierende Kriterien zur Umlagefähigkeit einzelner Kostenarten ergeben. Diese und andere Erfahrungen sollten Privaten sowie betroffenen Straßenbaulastträgern als Anhaltspunkte für künftige Vorhaben zur Verfügung gestellt werden, um Rechtsunsicherheiten und Transaktionskosten bei der Anwendung des FStrPrivFinG abzubauen. Dem BMVBS steht zu diesem Zweck die Ermächtigung zum Erlass einer entsprechenden Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung zur Verfügung (§ 4 FStrPrivFinG).

**Voraussehbarkeit der Mauthöhebestimmung**

- **Projektauswahl und -entwicklung:** Zusammenfassend sollte die Entwicklung künftiger Vorhaben wesentlich stärker an der Frage ausgerichtet werden, welche Realisierungsbedingungen für ein Vorhaben unter Berücksichtigung der individuellen Projektbedingungen wirtschaftlich notwendig bzw. tragfähig sind. Ein Denken in

**Individuelle Projektbedingungen**

Musterverträgen ist mit diesem Ansatz nicht ohne Weiteres vereinbar. Erforderlich ist, die verkehrlichen, geologischen und ökonomischen sowie die regional-, lokal- und kommunalpolitischen Besonderheiten jedes Vorhabens in qualitativ hochwertigen Machbarkeitsstudien möglichst frühzeitig zu identifizieren und in ihren Auswirkungen auf die Tragfähigkeit eines Vorhabens zu analysieren.

Zur projektindividuellen Analyse der Tragfähigkeit eines F-Modells sollte eine strukturierte Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zum Einsatz gelangen. In dieser Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sind die für ein tragfähiges F-Modell notwendigen Eckpunkte systematisch zu erarbeiten. Die nach dem FStrPrivFinG gegebenen Spielräume zur Schaffung projektindividueller Strukturen sind dabei zu nutzen. Sind die für ein tragfähiges Vorhaben notwendigen Realisierungsbedingungen identifiziert, ist der politische Wille zur Bereitstellung dieser Bedingungen herzustellen.

**Strukturierte  
Untersuchung der  
Wirtschaftlich-  
keit**

#### **4. Ableitung von Empfehlungen für eine künftige Umsetzung des FStrPrivFinG**

##### **4.1 Das FStrPrivFinG als normativer Bezugspunkt für eine flexibilisierte Anwendung des F-Modells**

Ansätze zur Verbesserung in der praktischen Anwendung des FStrPrivFinG waren auf der Grundlage des gegebenen Rechtsrahmens aufzuzeigen. Im Überblick stellen sich die rechtlichen Grundlagen des F-Modells wie folgt dar:

###### **4.1.1 Entstehungsgeschichte des FStrPrivFinG**

Mit dem FStrPrivFinG sollen Investitionen Privater in das Bundesfernstraßennetz verstärkt werden. Dieser Zweck findet seine gesetzliche Ausprägung in § 1 Abs.1 FStrPrivFinG. Die Vorschrift ist bereits in der Ursprungsfassung des Gesetzes vom 30. August 1994 enthalten und seither unverändert geblieben.

**FStrPrivFinG  
1994**

Das finanzpolitische Anliegen des Gesetzgebers nimmt in der Gesetzesbegründung zur Ursprungsfassung des FStrPrivFinG breiten Raum ein. Durch die Schaffung von Rechtsgrundlagen für Betreibermodelle sollen Möglichkeiten zur *privaten* Finanzierung von Straßenbauvorhaben geschaffen werden, „... um wirtschaftlich rentable Straßenbauvorhaben, die wegen anderweitiger Prioritäten z.Z. durch eine Haushaltsfinanzierung nicht realisiert werden können, im Wege der Privatfinanzierung zu verwirklichen.“<sup>12</sup> Langfristig sollten dem Bundeshaushalt dadurch Vorteile entstehen, indem Projekte unter Einsatz möglichst geringer Haushaltsmittel von Privaten durchgeführt und finanziert und nach Ablauf der zu vereinbarenden Konzessionsdauer in die öffentliche Verwaltung übernommen werden.<sup>13</sup> Bei dieser Zielrichtung hat der Haushaltsausschuss den Entwurf des FStrPrivFinG seinerzeit als „mit der Haushaltslage des Bundes vereinbar“ bezeichnet.<sup>14</sup>

**Motive**

---

<sup>12</sup> BT-Drs. 12/6884, S. 5.

<sup>13</sup> Ebd.

<sup>14</sup> BT-Drs. 12/7556, S. 1

Die Entstehungsgeschichte des FStrPrivFinG ist des Weiteren von den Entwicklungen innerhalb der Europäischen Union zur Aufstellung von Regeln über die Anlastung von Wegekosten an Nutzer beeinflusst worden. Nach der Richtlinie 93/89/EWG vom 25. Oktober 1993 (sog. Wegekostenrichtlinie) war eine gleichzeitige Erhebung zeit- und streckenbezogener Gebühren ausgeschlossen, es sei denn, bei den bemaßten Strecken handelte es sich um Brücken, Tunnel oder Gebirgspässe<sup>15</sup> oder um autobahnähnlich ausgebaute Bundesstraßen.<sup>16</sup> Auf diesen sachlichen Anwendungsbereich erstreckt sich seit jeher das FStrPrivFinG, nachdem bei der Vorbereitung des Gesetzes bereits feststand, dass in Deutschland ab dem 01. Januar 1995 für LKW ab 12 t zulässigem Gesamtgewicht zeitbezogene Benutzungsgebühren im Sinne der Wegekostenrichtlinie erhoben werden sollten.<sup>17</sup> Die europarechtlichen Regelungen zum Nebeneinander von zeit- und streckenbezogenen Benutzungsgebühren bestehen – zwischenzeitlich normiert in der Richtlinie 1999/62/EG vom 17. Juni 1999 - nach der Wegekostenrichtlinie vom 17. Mai 2006 fort.

Die Aussagen des FStrPrivFinG in der Fassung vom 30. August 1994 zur Funktionsweise des F-Modells waren im Vergleich zu späteren Gesetzesfassungen zunächst noch knapp. Sie komprimierten den notwendigen gesetzlichen Rahmen zur Etablierung von Betreibermodellen auf einige Grundaussagen, die im Zuge der späteren Gesetzesänderungen unangetastet geblieben sind:<sup>18</sup>

So können Private nach dem FStrPrivFinG zur Verstärkung von Investitionen in das Bundesfernstraßennetz Aufgaben des Neu- und Ausbaus von Bundesfernstraßen auf der Grundlage einer Gebührenfinanzierung wahrnehmen (§ 1 Abs.1). Hierzu kann ihnen der Bau, die Erhaltung, der Betrieb und die Finanzierung von

---

<sup>15</sup> Vgl. BT-Drs. 12/6884, S. 5, bzw. Richtlinie 1999/62/EG vom 17. Juni 1999, Art. 7 Abs. 3. Diese Vorschrift bleibt durch die erneuerte Wegekostenrichtlinie 2006/38/EG vom 17. Mai 2006 im Wesentlichen unverändert.

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drs. 12/6884, S. 5, sowie Fn. 15.

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drs. 12/6884, S. 5.

<sup>18</sup> Die nachfolgend dargestellten Regelungen des FStrPrivFinG in der Fassung vom 30. August 1994 sind vom FStrPrivFinÄndG vom 01. September 2002 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Januar 2003 ausgenommen worden. Die Vorschriften bestehen auch heute – nach abermaliger Änderung des FStrPrivFinG im Rahmen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes vom 8. September 2005 - unverändert fort.

Bundesfernstraßen zur Ausführung übertragen werden (§ 1 Abs.2). Private, denen diese Aufgaben zur Ausführung übertragen werden, erhalten das Recht zur Erhebung von Mautgebühren. Das Gebührenaufkommen steht ihnen kraft Gesetzes zu (§ 2 Abs.1 S.3). Kurz gefasst bietet das FStrPrivFinG 1994 damit den Regelungsrahmen zur Etablierung streckenbezogener *spezieller* Benutzerfinanzierungen aufgrund *baulastspezifischer* oder auch *baulastbezogener* Betreibermodelle.

Für die Einordnung des F-Modells in das Handlungsinstrumentarium des Bundes sowie in das politische Konzept der Nutzerfinanzierung erscheint diese Beschreibung des F-Modells hilfreich. Während sich die Anlastung von Wegekosten für LKW mit einem zulässigen Gesamtgewicht ab 12 t gemäß dem Gesetz über die Erhebung von streckenbezogenen Gebühren für die Benutzung von Bundesautobahnen mit schweren Nutzfahrzeugen (Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge - ABMG) vom 05. April 2002 auf die Kosten des Gesamtnetzes der Bundesautobahnen bezieht, werden dem Nutzer im F-Modell nur die direkten streckenbezogenen Kosten angelastet. Weiter sieht die Aufkommensverwendung gemäß § 11 S.1 ABMG vor, dass die Mautmittel „überwiegend für den Bundesfernstraßenbau“, im Übrigen aber generell „... für die Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur“ und insofern verkehrsträgerübergreifend zum Einsatz kommen sollen (Schiene, Straße, Wasserstraße). Wegen dieses verkehrsträgerübergreifenden Finanzierungszusammenhangs stellt sich die Zweckbindung der ABMG-Maut aus Sicht des Nutzers im Vergleich zum F-Modell gelockert dar: der Nutzer trägt zwar zur Benutzerfinanzierung der Wegekosten bei, erkennt aber aufgrund der Haushaltsbewirtschaftung der Mittel nicht, bei welchem Verkehrsträger die ihm „angelasteten“ Mittel zum Einsatz kommen.

Im F-Modell hingegen konkretisiert sich der Finanzierungszusammenhang zwischen Kostenanlastung („Mittelherkunft“) und Finanzierungszweck („Mittelverwendung“) auf eine ganz bestimmte Strecke. Die darin zum Ausdruck kommende strikte Zweckbindung des Mautaufkommens kann man gut mit dem Zusatz einer *speziellen* Benutzerfinanzierung umschreiben. Sie ergibt sich daraus, dass man dem Privaten im F-Modell – insoweit *vergleichbar* einem Straßenbaulastträger - auch die Finanzierungslast für ein

**Spezielle  
Benutzer-  
finanzierung**

Vorhaben (zur Ausführung) überträgt, die Finanzierung des Vorhabens also außerhalb des Haushalts organisiert wird. Gerade weil man dem Privaten die Finanzierungsverantwortung (zur Ausführung) überträgt, wird ihm mit dem Recht zur Mauterhebung auch eine Refinanzierungsmöglichkeit eingeräumt, und verkörpert das F-Modell gewissermaßen ein „baulastspezifisches“, „baulastbezogenes“ oder auch „baulastgleiches“ Betreibermodell.

Das „Betreibermodell“ im A-Modell sieht demgegenüber eine Änderung der sachlichen Finanzierungszuständigkeit für den betreffenden Abschnitt nicht vor; es ist insoweit auch nicht „baulastgleich“. Ferner wird im A-Modell das an den Privaten entrichtete Entgelt zwar nach dem streckenbezogenen Verkehrsaufkommen bemessen (Mengengerüst), zusätzlich aber auch von einem gesamtnetzbezogenen Tarif beeinflusst. Dementsprechend repräsentiert das A-Modell auch kein Instrumentarium der *speziellen* Nutzerfinanzierung, sondern ist Bestandteil eines weiterreichenden Systems einer *allgemeinen* Nutzerfinanzierung. Ein unmittelbarer Bezug zwischen Mittelherkunft und –verwendung wie im F-Modell ist dieser Art der Nutzerfinanzierung somit nicht zueigen, weshalb sie gemäß § 11 S. 2 ABMG über den Bundshaushalt organisiert wird.

Beide Finanzierungsformen können im Übrigen nicht beliebig nebeneinander zur Anwendung gelangen, sondern grundsätzlich nur getrennt nach Strecken bzw. Bauwerken. Nachdem in Deutschland die streckenbezogene Maut nach dem ABMG flächendeckend eingeführt ist, verbleibt für die spezielle Benutzerfinanzierung derzeit nur noch ein vergleichsweise kleiner Anwendungsbereich, nämlich Brücken, Tunnel oder andere Sonderbauwerke. In diesem Sinne beschränkt schon das FStrPrivFinG 1994 auch unter Berücksichtigung des europäischen Rechtsrahmens (s.o.) den Anwendungsbereich des F-Modells auf Sonderbauwerke (Brücken, Tunnel, Gebirgspässe im Zuge von Bundesautobahnen und Bundesstraßen; § 3 Abs.1 Nr. 1) sowie auf mehrstreifige Bundesstraßen mit getrennten Fahrbahnen für den Richtungsverkehr (§ 3 Abs.1 Nr.2). Dieser sachliche Anwendungsbereich des F-Modells blieb seither im Wesentlichen unverändert.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Allerdings wurde mit dem FStrPrivFinÄndG 2002 der Anwendungsbereich des Gesetzes insofern erweitert, als Mautgebühren nicht mehr nur für „neue“ Brücken und Tunnel etc.

Aussagen zur Refinanzierung der von Privaten veranlassten Aufwendungen enthielt das FStrPrivFinG 1994 in Gestalt einer in den folgenden Gesetzesfassungen weitgehend beibehaltenen Bemessungsmaxime für die Höhe der Mautgebühr (§ 3 Abs.2). Im übrigen enthielt das FStrPrivFinG Regelungen zur Statuierung des vorhabenbezogenen Refinanzierungsregimes im Einzelfall, indem das BMVBS ermächtigt wurde, durch Rechtsverordnung sowohl die betroffenen Straßen oder Bauwerke als auch die jeweilige Mautgebührenehöhe zu bestimmen (§ 3 Abs.3). Weitergehende Aussagen, etwa zu den berücksichtigungsfähigen Kosten oder zum Verfahren der Mauthöhebestimmung, waren weder in der Ursprungsfassung des Gesetzes enthalten noch - soweit ersichtlich – durch untergesetzliches Recht bzw. in Gestalt von entsprechenden Anwendungsrichtlinien der Straßenbauverwaltung bestimmt worden.

**Refinanzierungs-  
regime  
FStrPrivFinG  
1994**

Auf eine Konkretisierung der Aussagen zur Begründung und Ausgestaltung des Refinanzierungsregimes für einzelne Vorhaben unter dem FStrPrivFinG konzentrierten sich in den Folgejahren die Arbeiten zur Weiterentwicklung des F-Modells. Im Mittelpunkt standen dabei Fragen der gesetzmäßigen Ausgestaltung der mit dem FStrPrivFinG möglich gewordenen *speziellen* Nutzerfinanzierung, d.h. im Wesentlichen zur Umlagefähigkeit bauwerksbezogener Kosten auf Nutzer sowie die Bemessung und Differenzierung von Mautgebühren. Um die Anwendungsvoraussetzungen für Projekte unter dem F-Modell in dieser Hinsicht zu konkretisieren, ist im Jahre 2002 das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsänderungsgesetz (FStrPrivFinÄndG) verabschiedet worden.<sup>20</sup> Das Gesetz beruht auf Empfehlungen, die eine Gutachtergruppe im Vorfeld der Gesetzesänderung im Auftrage des BMVBS im sog. MKV-Gutachten<sup>21</sup> erarbeitet hatte.

**FStrPrivFinÄndG  
2002**

Durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz wurde das FStrPrivFinG abermals geändert. Die Gesetzesnovellierung geht im Wesentlichen auf Forderungen

**ÖPP-  
Beschleunigungs-  
gesetz 2005**

---

erhoben werden können, sondern auch für „... nach Maßgabe dieses Gesetzes errichtete Bauwerke“. Diese Gesetzesänderung eröffnet die Möglichkeit einer Anschlussbemaunung für Bestandsprojekte.

<sup>20</sup> FStrPrivFinG vom 01. September 2002 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003. Die Gesetzesbegründung zum FStrPrivFinÄndG nahm ausdrücklich Bezug auf die Schwierigkeiten, welche sich bei der Realisierung der Projekte Warnowquerung und Travequerung herausgesellt hätten, weil das FStrPrivFinG 1994 „... in einigen zentralen Bereichen operationelle Defizite aufweist“ (vgl. BT-Drs. 14/8447, S.1).

<sup>21</sup> Siehe Fn. 6.

der Privatwirtschaft zurück, das Refinanzierungsregime des F-Modells den Anforderungen der Praxis noch weiter dadurch anzunähern, dass die Refinanzierung der Investitionen mittels eines privatrechtlichen Entgelts anstelle einer öffentlich-rechtlichen Gebühr sollte vollzogen werden können. Das BMVBS hatte die von Wirtschaft und Verbänden empfundene Vorteilhaftigkeit des privatrechtlichen Entgelts für die Gesamtattraktivität des Modells in einem Vergleich zwischen den Refinanzierungsformen „Entgelt“ und „Gebühr“ zuvor begutachten lassen<sup>22</sup> und eine eindeutige Vorzugswürdigkeit einer bestimmten Refinanzierungsart danach nicht erkennen können. Heute regelt das FStrPrivFinG dementsprechend ein Optionsmodell, nach dem der Private wählen kann, ob er seine Aufwendungen auf Basis einer öffentlich-rechtlichen Abgabe oder auf Basis eines privatrechtlichen Entgelts refinanzieren möchte.<sup>23</sup> Unterdessen basierte der Antrag zur Bestimmung der Mauthöhe für die zweite Mautberechnungsperiode im Vorhaben Travequerung (ab dem 01. Oktober 2006) weiterhin auf einer öffentlich-rechtlichen Gebühr.

Eine weitere refinanzierungsrelevante Änderung hat das FStrPrivFinG vom 08. September 2005 durch Änderung von § 3 Abs. 4 erhalten. Danach kann der Private in den jeweiligen Kalkulationsperioden unterschiedliche Zinssätze für das von ihm eingesetzte Eigenkapital in Ansatz bringen, soweit über die gesamte Konzessionslaufzeit eine nach Maßgabe der Regeln zu Opportunitätskostenansatz und Risikozuschlag verhältnismäßige durchschnittliche Verzinsung eingehalten wird.

Mit dieser Klarstellung hat der Gesetzgeber die zwischenzeitige Praxis in den Mautfestsetzungsverfahren für die Projekte Warnowquerung und Travequerung nachvollzogen, wonach die Höhe der Eigenkapitalverzinsung nicht periodengenau zu beantragen und im Wege einer periodenbezogenen Nachkalkulation erforderlichenfalls zu korrigieren ist, sondern auf die Totalperiode (Konzessionslaufzeit) bezogen werden kann. Im Übrigen sind mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz Verlagerungen in der Zuständigkeit

---

<sup>22</sup> Vgl. *Uechtritz et. al.*, Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit der Umstellung des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes von „Gebühr“ auf „Entgelt“ sowie der wirtschaftlichen und rechtlichen Vor- und Nachteile einer etwaigen Umstellung, Gutachten im Auftrag des BMVBS, März 2004.

<sup>23</sup> Vgl. §§ 2, 5, 6 FStrPrivFinG in der Fassung vom 8. September 2005.



für die Bestimmung von Mautgebühren vom Bund auf die Länder geregelt worden.<sup>24</sup>

Zusammenfassend beschränkt sich das rechtliche Instrumentarium des FStrPrivFinG zur Etablierung spezieller Benutzerfinanzierungsregime aufgrund baulastspezifischer Betreibermodelle auch nach dem FStrPrivFinÄndG 2002 und dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz 2005 weiterhin auf die Bereitstellung *funktionswesentlicher* Elemente. Diese betreffen die Befugnis zur Übertragung von Aufgaben zur Ausführung auf Private und die Rechtsstellung des Privaten gegenüber Nutzern (dazu jeweils nachfolgend unter 4.1.2.). Neben die Ausdifferenzierung der funktionswesentlichen Rechtsinstitute des F-Modells durch das FStrPrivFinG sind in der Praxis anwendungsbezogene Fragen getreten, namentlich zur Risikoverteilung, zur Gewährung von Anschubfinanzierungen, zur Vergabe von Vorhaben nach dem FStrPrivFinG, zum Umfang umlagefähiger Kosten sowie zulässigen Arten der Mautberechnung (dazu nachfolgend unter 4.1.3. ).

#### **4.1.2 Funktionswesentliche Rechtsinstitute des FStrPrivFinG**

Der notwendige Mindestbestand an gesetzlichen Regelungen für ein baulastspezifisches Betreibermodell mit spezieller Nutzerfinanzierung erstreckt sich auf die Einbindung des Privaten in die Sphäre des Baulastträgers einerseits und auf das Rechtsverhältnis des Privaten gegenüber den Nutzern des Bauwerks andererseits.

##### **Rechtsstellung des Privaten im Verhältnis zur Straßenbauverwaltung**

Die Rechtsstellung des Privaten zur Straßenbauverwaltung ist durch die Übertragung von Sach- und Finanzierungsaufgaben zur Ausführung sowie die Beleihung namentlich zur Erhebung von Mautgebühren geprägt.

Die Art und Weise der Einbindung Privater in die Aufgabenerledigung des Straßenbaulastträgers ist seit dem FStrPrivFinG 1994 unverändert beibehalten worden. Der Private wird nicht selbst Straßenbaulastträger im straßenrechtlichen Sinne, sondern nur in den Aufgabenvollzug eingeschaltet (Verwaltungshilfe, „funktionale“ Privatisierung). Die vom Privaten

**Übertragung  
von  
Sachaufgaben  
zur  
Ausführung**

---

<sup>24</sup> Vgl. §§ 5, 6 FStrPrivFinG in der Fassung vom 08. September 2005.

errichteten, betriebenen und finanzierten Straßen bleiben als öffentliche Straßen ihrem öffentlichen Widmungszweck erhalten. Zwingend hoheitlich zu erfüllende Teilaufgaben von Bau, Betrieb und Erhaltung von Straßen sind auf Grundlage der bestehenden Konzeption des FStrPrivFinG daher von der Straßenbauverwaltung zu versehen.

Das hinter dem F-Modell stehende Geschäfts- bzw. Organisationsmodell steht seit dem FStrPrivFinG 1994 außer Frage und wird auch heute nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen. Wenn dem Privaten Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen zur Ausführung übertragen werden, umfasste dieses sowohl die Realisationsvariante „konventionelle Planung“ (Ausschreibung auf Grundlage eines bestandskräftigen Planfeststellungsbeschlusses) als auch die Realisationsvariante „Ideenwettbewerb“ (punktuelle Einbeziehung des Privaten in die Planungsarbeiten). Rechtlich wurde insoweit davon ausgegangen, dass „Bau“ im Sinne von § 1 Abs.2 FStrPrivFinG tatbestandlich auch Planungsaufgaben umfasst.

In Ergänzung zur der Übertragung von Ausführungsaufgaben darf der Private mit dem Recht zur Erhebung von Mautgebühren beliehen werden (§ 2 Abs.1 S.1 FStrPrivFinG). Die Beleihung folgt rechtsstaatlichen Notwendigkeiten, da die vom Privaten refinanzierungshalber gewünschte Erhebung von Mautgebühren einen Eingriff in Freiheit und Eigentum der Bauwerksnutzer bedeutet. In der Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage für die Verwaltung zur Durchführung funktionswesentlicher Beleihungen erschöpft sich das diesbezügliche Regelungsprogramm des FStrPrivFinG indes auch schon. Wegen der mit der Übertragung des Rechtes zur Mauterhebung einhergehenden Einräumung einer Außenrechtszuständigkeit des Privaten gegenüber Nutzern („VA-Befugnis“) ist die Beleihung im Wege des Rechtsaktes (Beleihungsverordnung) unverzichtbar.

**Beleihung mit dem Recht zur Mauterhebung**

Hinsichtlich des Beleihungsumfanges hatte sich anlässlich von „Mautprellerfällen“ im Projekt Herrentunnel zwischenzeitlich die Notwendigkeit ergeben, den Privaten zusätzlich mit dem Recht zu beleihen, Nichtzahlern bei der Vorbereitung der Gebührenvollstreckung entstehenden

Nacherhebungsaufwand auferlegen zu dürfen.<sup>25</sup> Die rechtliche Grundlage zur Beleihung des Privaten auch mit dieser Befugnis war mit einer Änderung von § 2 Abs.1 Satz 1 FStrPrivFinG durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 08. September 2005 geschaffen worden.

Wesentliche Regelung zur Statuierung eines streckenbezogenen Refinanzierungsregimes nach dem F-Modell war nach dem FStrPrivFinG 1994 die Vorschrift des § 3 Abs.3, wonach das Bundesministerium für Verkehr ermächtigt war, im Einvernehmen mit den betroffenen obersten Landesstraßenbaubehörden die Höhe der Mautgebühren und die Straßen oder Bauwerke, für deren Benutzung Mautgebühren erhoben werden, durch Rechtsverordnung zu bestimmen (sog. Mauthöheverordnung und Streckenverordnung).

Im MKV-Gutachten wurden gegenüber dieser Vorschrift verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet, weil die Einvernehmensregelung zugunsten der obersten Landesstraßenbaubehörde mit Art. 80 Abs.1 S.1 GG kollidiere. Die Praxis erkannte in der in § 3 Abs.3 FStrPrivFinG 1994 niedergelegten Ermächtigung an die Verwaltung zum Erlass von Streckenverordnung und Mauthöheverordnung überdies ein wesentliches Funktionselement für die praktische Umsetzung des F-Modells, welches durch das FStrPrivFinÄndG 2002 ergänzt worden ist, namentlich um die Einschätzbarkeit des Mautbestimmungs- bzw. Mautfestsetzungsverfahrens aus Sicht des Privaten zu erhöhen. So bestimmt § 3a Abs.2 S.2 FStrPrivFinG in der Fassung vom 01. September 2002, dass der Private mit Auftragserteilung durch den Straßenbulasträger einen *Anspruch* auf Erlass einer Mauthöheverordnung erwirbt, um dem Privaten insoweit ein Höchstmaß an Rechtssicherheit einzuräumen.<sup>26</sup> Der Gesetzgeber hat die Aufnahme eines Anspruchs auf Mauthöhefestsetzung mit dem Gedanken begründet, es sei interessen- und sachgerecht, „... bereits mit Abschluss des Konzessionsvertrages eine adäquate Gegenleistung des Verordnungsgebers zu begründen.“<sup>27</sup>

**Anspruch auf Erlass einer Mauthöheverordnung**

---

<sup>25</sup> Siehe Landesverordnung zur Änderung der Landesverordnung über den Herrentunnel in Lübeck und zur Übertragung der Ermächtigung zur Beleihung und zur Festsetzung der Höhe von Mautgebühren vom 07. März 2006, GVBl. Schleswig-Holstein vom 30. März 2006, S. 39.

<sup>26</sup> Vgl. § 5 Abs. 1 S. 3 FStrPrivFinG in der Fassung vom 8. September 2005.

<sup>27</sup> BT-Drs. 14/8447 vom 06.03.2002, S.11.

Hinsichtlich des Mautbestimmungsverfahrens und dem bei der Mautfestsetzung anzulegenden Prüfungsmaßstab hält das MKV-Gutachten fest, dass die „... Letztentscheidung über die Höhe der Mautgebühr und damit über die der Mautgebühr zugrunde liegenden Kosten und auch über die Ansatzfähigkeit der angegebenen Kosten ... in jedem Fall beim BMVBW bleiben [muss].“<sup>28</sup> Sachlich-rechtliche Vorgaben zur Ausführung dieses „Kostenkontrollverfahrens“<sup>29</sup> hat das FStrPrivFinÄndG 2002 in der Folge durch eine Neuregelung in § 3a Abs. 2 FStrPrivFinG statuiert. Danach bestimmt das BMVBS die Höhe der Maut für die jeweils festgelegte Strecke unter Beachtung der gesetzlichen Maßgaben zur Umlagefähigkeit von Kosten.<sup>30</sup> In der Festsetzungspraxis ist dieser Bestimmung der Auftrag an den Verordnungsgeber zu einer Überprüfung der beantragten Mauthöhe im Sinne einer Rechtmäßigkeitskontrolle entnommen worden.

### **Rechtsstellung des Privaten im Verhältnis zum Nutzer**

Das Verhältnis des Privaten zum Nutzer eines als F-Modell realisierten Bauwerks verdichtet sich zu der Frage, welche Kosten der Private dem Nutzer anlässlich einer *speziellen* Benutzerfinanzierung von Bauwerken auferlegen darf (siehe dazu auch nachfolgend unter Abschnitt 4.1.3). Hierzu sieht das FStrPrivFinG seit dem FStrPrivFinGÄndG 2002 umfangreiche Detailregelungen vor, die durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz 2005 ergänzt worden sind und vom BMVBS in Bezug auf Einzelheiten der Mautbemessung und –kalkulation auf der Grundlage von § 4 FStrPrivFinG noch präzisiert werden können. Datenschutzrechtliche Belange haben in der Festsetzungspraxis bisher jedenfalls keine hier zu berücksichtigende Bedeutung erlangt. Das Vorhaben Herrentunnel hat allerdings aufgezeigt, dass die landesrechtlichen Vorschriften betreffend die Vollstreckung von Gebührenbescheiden durch Private im Einzelfall noch ergänzungsbedürftig sein können (s.o.).

---

<sup>28</sup> MKV-Gutachten, S. 214.

<sup>29</sup> MKV-Gutachten, S. 215.

<sup>30</sup> Diese ergeben sich aus § 3 Abs. 2 bis 5 und – im Falle ihres Erlasses – aus der Rechtsverordnung über nähere Bestimmungen über die Bemessung der Mautgebühren und die Kalkulation des Gebührensatzes gemäß § 4 FStrPrivFinG in der Fassung vom 08. September 2005.

### 4.1.3 Anwendungsfragen zum FStrPrivFinG

In der bisherigen Gesetzespraxis haben sich zahlreiche Fragen zur konkreten Gesetzesanwendung ergeben. Die wesentlichen Entwicklungslinien der Gesetzesanwendung werden nachfolgend skizziert. Aus ihnen wurden bei der Erarbeitung des Sachstandsberichts zugleich Ansatzpunkte für eine Verbesserung der Rahmenbedingungen des F-Modells abgeleitet (dazu unter Abschnitt 4.3.).

#### Risikoverteilung

Eine bestimmte Risikoverteilung legt das Gesetz für Vorhaben nach dem FStrPrivFinG nicht ausdrücklich fest. Mit einer zweckmäßigen Risikoverteilung für Vorhaben nach dem FStrPrivFinG hat sich bisher im Wesentlichen das sog. MKV-Gutachten<sup>31</sup> beschäftigt, das den realisierten Pilotvorhaben zeitlich nachfolgte.

Einzelne Bestimmungen des zur Anwendung empfohlenen Musterkonzessionsvertrages mit sachlichem Bezug zur Verteilung einzelner Risiken in einem konkreten Vorhaben lassen erkennen, dass auch das MKV-Gutachten eine starre Risikoverteilung nicht für zwingend hält.<sup>32</sup> Im Hinblick auf die konkrete Umsetzung des FStrPrivFinG ist demgegenüber vor allem auf die vergaberechtliche Nebenbedingung hingewiesen worden, dass dem Konzessionär kein ungewöhnliches Wagnis für Umstände oder Ereignisse aufgebürdet werden dürfe, auf die er keinen Einfluss hat (§§ 9 Nr. 2, 32 VOB/A).<sup>33</sup> Im praktischen Ergebnis hat diese Vorgabe eine weitgehende Verlagerung insbesondere der refinanzierungsrelevanten Kernrisiken auf den Privaten auch nach dem MKV-Gutachten indes nicht gehindert. Da der Baukonzessionär die ihm zum Betrieb übertragene Strecke zur „Fruchtziehung“ nutze, seien ihm auch die typischen Nutzungsrisiken zuzuweisen. Hierzu zählten vor allem „... das Betriebs-, Markt- (Verkehrs-) und finanzielle Risiko“<sup>34</sup>. Die Übertragung geologischer Risiken auf den Privaten wurde demgegenüber als ungewöhnlich eingestuft, da es die Straßenbauverwaltung sei, welche dem Baukonzessionär den

**Risikoverteilung  
gemäß Muster-  
konzessions-  
vertrag**

<sup>31</sup> Siehe Fn. 6.

<sup>32</sup> Vgl. z.B. § 15.2 des Musterkonzessionsvertrages „Konventionelle Planung“ zu den Voraussetzungen einer Verlängerung des Konzessionszeitraumes.

<sup>33</sup> MKV-Gutachten, S. 305 ff., 386.

<sup>34</sup> MKV-Gutachten, S. 305.

Grund und Boden zur Verfügung stelle. Auch ist die Zuweisung politischer Risiken an den Konzessionär als ungewöhnlich beurteilt worden.<sup>35</sup>

In Bezug auf Einzelrisiken sieht der Musterkonzessionsvertrag eine durchaus ausgewogene bzw. folgerichtige Risikoverteilung vor:

**Einzelrisiken  
nach MKV**

- **Verzögerungsrisiken** trägt der Private nur, soweit diese von ihm zu vertreten sind.<sup>36</sup> Unter dieser Voraussetzung ist er zur Zahlung einer Vertragsstrafe sowie zur Übernahme der verzögerungsbedingten Mehrkosten verpflichtet, ohne diese Kosten als unvorhersehbare Mehrkosten bei der Berechnung der Maut berücksichtigen zu können.<sup>37</sup>
- **Kostenerhöhungsrisiken** trägt grundsätzlich die Konzessionspartei, die für die Mehrkosten verantwortlich ist.<sup>38</sup>

Soweit Kostenüberschreitungen aus Verzögerungen bei der Erteilung oder Durchsetzung von Genehmigungen resultieren, die der Private nicht zu vertreten hat, kann der Private unvorhersehbare Mehrkosten geltend machen und über die Mautgebühr refinanzieren.<sup>39</sup> Bei Mehrkosten aufgrund von Planungsfehlern des Auftraggebers sind diese zwar bis zu einer vorhabenbezogen zu bestimmenden Höhe vom Privaten zu übernehmen, im Übrigen trägt der Konzessionsgeber die Mehrkosten. Die dem Privaten in diesem Fall ggf. bis zur „Höchstgrenze“ entstandenen Mehrkosten können von diesem aber bei der Berechnung der Mautgebühr berücksichtigt werden, so dass bei vom Konzessionsnehmer unverschuldeten Mehrkosten keine finanzielle Last beim ihm verbleibt.<sup>40</sup> Auf die damit einhergehende Änderung des Risikoprofils eines Vorhabens (zusätzliche Mautverdrängung) ist allerdings hinzuweisen.

- Die Summe aller nach dem Musterkonzessionsvertrag ggf. anfallenden **unvorhersehbaren Mehrkosten** ist auf einen bestimmten Maximalbetrag bezogen auf die Angebotssumme für die Bauleistung

---

<sup>35</sup> MKV-Gutachten, S. 306.

<sup>36</sup> § 10.2 S.1 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>37</sup> § 10.2 S.2, 3 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>38</sup> Vgl. § 11.3 und § 11.6 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>39</sup> § 11.6 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>40</sup> § 11.3 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

begrenzt. Darüber hinaus gehende Mehrkosten sind vom Konzessionsgeber zu vergüten.<sup>41</sup>

- Als unvorhersehbare Mehrkosten gelten auch Kosten aufgrund von geologischen Risiken (einschließlich Altlasten), Denkmalfunden und Kampfmittelfunden, die aus den mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellten Baugrunduntersuchungen nicht erkennbar waren.<sup>42</sup> Entsprechend der vergaberechtlichen Grundwertung nach § 9 Nr. 2 VOB/A weist der Musterkonzessionsvertrag das **Baugrundrisiko** damit letztlich dem Konzessionsgeber zu. Diese Verteilung macht der Musterkonzessionsvertrag zusätzlich dadurch deutlich, dass der Auftraggeber im Falle nicht erkennbarer geologischer Risiken, Denkmalfunde und/oder Kampfmittelfunde berechtigt ist, den Konzessionsvertrag bei Ausgleich des Privaten (negatives Interesse) zu kündigen.<sup>43</sup>
- **Kostenerhöhungsrisiken für Erhaltung und Betrieb** trägt grundsätzlich der Private, soweit er die angebotenen Betriebs- und Erhaltungskosten aus von ihm zu vertretenden Umständen verfehlt.<sup>44</sup> Unter anderem bei Überschreiten eines im Einzelfall zu definierenden Mindestverkehrs sowie bei nicht vorhersehbarer Änderung der Technischen Regelwerke und Rechtsvorschriften für Erhaltung und Betrieb (Gesetzesänderungsrisiko) kann der Private unvorhersehbare Mehrkosten jedoch bei der Mautberechnung berücksichtigen.<sup>45</sup>
- Das **Verkehrs- und Refinanzierungsrisiko** trägt im Rahmen gewisser Bandbreiten (Verkehrsmenge) der Private.<sup>46</sup>
- Das **Gesamtfinanzierungsrisiko** für die von ihm übernommenen Verpflichtungen übernimmt ebenfalls der Private.<sup>47</sup>

Zu den zentralen Anliegen des Sachstandsberichts gehört es, auf die Vorzugswürdigkeit einer an Tragfähigkeitsgesichtspunkten orientierten Projektentwicklung hinzuweisen. Hierbei wird die Bedeutung von

**Grenzen von  
Musterverträgen**

<sup>41</sup> § 11.7 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>42</sup> § 11.5 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>43</sup> § 36.1.5 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>44</sup> § 18.1 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>45</sup> § 18.2, 18.3, 18.4 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>46</sup> § 15 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>47</sup> § 23 i.V.m. § 36.1.6 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

„Musterverträgen“ für die wirtschaftliche Strukturierung von Vorhaben erheblich relativiert. Die Risikoverteilung in einem Mustervertrag kann die einzelfallbezogene Risikoanalyse nicht ersetzen. Aus dieser Analyse kann sich die Notwendigkeit einer speziellen Risikointervention zugunsten des Privaten ergeben, die im Mustervertrag noch nicht angelegt ist. Interpretiert man den Musterkonzessionsvertrag in diesem Sinne lediglich als „Richtschnur“, welche namentlich hinsichtlich der Risikoverteilung für jedes Einzelvorhaben anzupassen ist, sollte das Vertragswerk aus Sicht des Privaten keine grundsätzliche Akzeptanzhürde darstellen, sofern nur das der Vertragsanwendung zugrunde liegende Geschäftsmodell tragfähig ist. Angesprochen ist hier vorrangig die Beschränkung der Konzessionslaufzeit auf regelmäßig dreißig Jahre, deren wirtschaftliche Folgen bereits angesprochen worden sind (Abschnitt 3.2.3). Mit der Beschränkung der Konzessionslaufzeit auf 30 Jahre basiert der Musterkonzessionsvertrag auf einer Prämisse, welche die Tragfähigkeit von Vorhaben nachhaltig in Frage stellt. In Bezug auf einzelne Regelungsgegenstände empfiehlt sich zusätzlich eine Überprüfung des Musterkonzessionsvertrages. Das gilt namentlich für das Risiko einer von den Vorstellungen der Konzessionsparteien abweichenden Bestimmung der Mauthöhe durch Verordnungsgeber bzw. Genehmigungsbehörde. Dieses sollte nicht allein dem Privaten auferlegt werden, sondern z.B. auch zu einer entsprechenden Anpassung der Konzessionslaufzeit führen können.

### **Anschubfinanzierung**

Zur Herstellung der „erforderlichen privatwirtschaftlichen Rentabilität“ eines Vorhabens hat das BMVBS seit jeher die Bereitstellung von Ergänzungsfinanzierungen oder weiteren Fördermöglichkeiten in Betracht gezogen. In der Praxis hat das vor allem zum Instrument der sog. Anschubfinanzierung geführt.

Das FStrPrivFinG 1994 kannte den Begriff Anschubfinanzierung zunächst nicht. In der Praxis hatte der Begriff Anschubfinanzierung bereits Verwendung gefunden, bevor er Eingang in die Gesetzessprache gefunden hat. Für das Projekt Travequerung hat der Bund zur Ablösung seiner eigenen Straßenbaulast an der seinerzeit renovierungsbedürftigen Herrenbrücke eine Anschubfinanzierung zum Ersatz der Brücke durch einen



Tunnel in Gestalt eines sog. Sockelbetrages erbracht. Für das Vorhaben Warnowquerung hat der Bund keine Anschubfinanzierung bereitgestellt (siehe oben, Abschnitt 3.2.3).

Erst mit dem FStrPrivFinÄndG 2002 hat die Anschubfinanzierung als Rechtsbegriff Eingang in die Gesetzessprache gefunden, indem bestimmt wurde, dass die Anschaffungs- und Herstellungskosten eines Bauwerks zum Zwecke der Festsetzung des zur Refinanzierung anstehenden Abschreibungsbetrages für dieses Bauwerk um eine etwa gewährte Anschubfinanzierung zu vermindern sind.<sup>48</sup>

**Anschub-  
finanzierung als  
Rechtsbegriff**

Weitere gesetzliche, untergesetzliche oder verwaltungsinterne Bestimmungen zum Begriff der Anschubfinanzierung, zu ihrer Funktion, den Bereitstellungs- und Abrufmodalitäten, den zulässigen Verwendungen und Verwendungskontrollen etc. bestehen im Anwendungsbereich des FStrPrivFinG außerhalb von § 3 Abs.3 Satz 8 nicht. Eine Begriffsbestimmung findet sich lediglich im Musterkonzessionsvertrag, der unter Anschubfinanzierung die Gewährung einer Teil-Vergütung der bei der Konzessionärin entstehenden Baukosten für den Bau der Konzessionsstrecke versteht.<sup>49</sup> Nach den Empfehlungen des Musterkonzessionsvertrages ist die gewünschte Anschubfinanzierung von Bietern im Rahmen des Angebotes zu beziffern. Die dem obsiegenden Bieter zugesagte Anschubfinanzierung ist sodann „... anteilig auf die Baukosten zu verteilen und kann entsprechend dem Baufortschritt abgerechnet werden“.<sup>50</sup> Im Sachstandsbericht ist geprüft worden, ob nach geltendem Recht Spielräume für eine alternative Ausgestaltung der Anschub- bzw. Ergänzungsfinanzierung bestehen. Die Ansätze sind unter Abschnitt 4.3 dargestellt.

### **Bisherige Empfehlungen zu Projektentwicklung und Vergabe**

Zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen für die Realisierung von Vorhaben nach dem FStrPrivFinG hatte das MKV-Gutachten – differenzierend nach den Realisierungsformen „Konventionelle Planung“ und „Ideenwettbewerb“ – seinerzeit ebenfalls Stellung genommen. Im

---

<sup>48</sup> § 3 Abs.3 S. 8 FStrPrivFinG in der Fassung vom 1. September 2002.

<sup>49</sup> § 24.2 S.1 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

<sup>50</sup> Vgl. § 24.2 S.2 Musterkonzessionsvertrag „Konventionelle Planung“.

Ergebnis ging man davon aus, dass im Falle von Projekten nach dem F-Modell keine öffentliche Auftragsvergabe, sondern eine Konzessionsvergabe vorliegt, ohne dass insoweit die Gewährung einer Anschubfinanzierung schädlich sei. Im Hinblick auf die Entwicklung von Vorhaben sind im Übrigen Aussagen zum statthaften Vergabeverfahren und zu den Wertungs- und Zuschlagskriterien hervorzuheben.

Für den Fall konventioneller Planung hielt das MKV-Gutachten regelmäßig eine beschränkte Ausschreibung mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb - auf Basis einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis - für gegeben. Auf dieser Grundlage war davon auszugehen, dass nach Öffnung der Angebote ausgewählter Interessenten bzw. Bieter Verhandlungen nur in Ausnahmefällen stattfinden und dass Verhandlungen über Änderungen der Angebote oder der Preise unstatthaft sind. Dementsprechend sind die Bestimmungen des Konzessionsvertrages nach bisherigem Verständnis bereits in den Ausschreibungsunterlagen weitestgehend festzulegen; auch hierzu sollte eine Verhandlung im Falle konventioneller Planung regelmäßig nicht stattfinden. Zulässig sind im Regime der beschränkten Ausschreibung allein Aufklärungen zur technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters (vgl. § 24 Nr. 1 Abs.1 VOB/A). Selbst in der Variante „Ideenwettbewerb“ hielt man im Einzugsbereich des FStrPrivFinG ein Verhandlungsverfahren nach vorangehendem Teilnahmewettbewerb bisher nur bei noch nicht abgesicherten Planungsvorgaben statthaft.

Die Angebotsbewertung wird auf der Grundlage von finanziellen, bautechnischen und systemtechnischen (Mauterhebung) Kriterien empfohlen, im Falle der Variante Ideenwettbewerb zusätzlich auf Grundlage von planerischen Kriterien. Das MKV-Gutachten empfiehlt dabei, finanzielle Kriterien besonders hoch zu gewichten. Als solche kommen etwa die Höhe der vom Bieter gewünschten Anschubfinanzierung oder die Summe aller während der Konzessionslaufzeit geplanten ansatzfähigen Kosten in Betracht. Nicht empfohlen wird eine Bewertung nach der Mauthöhe. Angesichts der vorausgesetzten Regellaufzeit von Konzessionsverträgen über 30 Jahre wurde die Vorgabe einer betragsmäßig limitierten Mauthöhe bzw. die Konzessionsvergabe auf der Grundlage von Mindestbarwerten seinerzeit nicht erörtert.

**Vergabe-  
verfahren  
nach MKV**

**Wertungs-  
und  
Zuschlags-  
kriterien**

Die Empfehlungen des MKV-Gutachtens zur Vergabe von Konzessionen für Vorhaben nach dem FStrPrivFinG decken sich weitestgehend mit der bisherigen Ausschreibungspraxis im F-Modell (vgl. bereits Abschnitt 3.2.4). Aus praktischer Sicht wird die rechtlich determinierte Empfehlung einer beschränkten Ausschreibung dem F-Modell allerdings selbst im Falle planfestgestellter Vorhaben nicht gerecht. Die Zuweisung des Refinanzierungsrisikos an den Privaten bedingt bei einer Beschränkung der Konzessionslaufzeit auf einen bestimmten Zeitraum sowie angesichts naturgemäß bestehender Unsicherheit über die Richtigkeit der verkehrlichen Planungsannahmen eine hohe Streuung an individuellen Risikomanagementstrategien von Bietern. Bei dem daraus folgenden Bedarf an Verhandlungen über einzelne Risiko- und Vertragspositionen erweist sich eine beschränkte Ausschreibung unter Vorgabe eines weitestgehend fixierten Konzessionsvertrages praktisch als ungeeignet. Überlegungen zur Gestaltung des Vergabeverfahrens für Vorhaben nach dem FStrPrivFinG sind unter Abschnitt 4.3 dieser Zusammenfassung dargestellt.

### **Umlagefähige Kosten und Mautberechnung**

Von zentraler Bedeutung für die Umsetzungsfähigkeit von Vorhaben unter dem F-Modell war seit jeher die Frage nach der Umlagefähigkeit von Kosten sowie zulässigen Mautberechnungsarten. Diese Frage berührt sowohl die Beurteilung von Modellen der individuellen Streckenkostenanlastung durch Öffentlichkeit und Politik als auch die Einstellung der Nutzer gegenüber der zusätzlich verlangten Sonderlast (siehe bereits oben, Abschnitt 3.2.3). Sie bestimmt jedoch nicht nur über das Entstehen einer sog. Mautkultur, sondern betrifft auch das berechtigte Interesse eines Privaten, die Bedingungen, die hinsichtlich seiner Refinanzierung gelten, zu kennen und überdies als auch in seinem Sinne Interesse gestaltbar zu wissen. Grundsätze und Detailfragen der Mautberechnung und der Umlagefähigkeit einzelner Kosten sind seit Bestehen des FStrPrivFinG dementsprechend in mehreren Gutachten vertieft worden<sup>51</sup> und haben durch das FStrPrivFinÄndG 2002 und das

---

<sup>51</sup> MKV-Gutachten, Fn.6; *Uechtritz et. al.*, Fn. 22; Gutachten zur Überprüfung eines Probe-Mautantrages für ein Betreibermodell nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (neutralisierter Schlussbericht, 2001).

ÖPP-Beschleunigungsgesetz 2005 Eingang in das FStrPrivFinG gefunden (siehe oben, Abschnitt 4.1.1).

Die Bedeutung von Refinanzierungsfragen für Erfolg und Akzeptanz von F-Modellen ist bereits im Rahmen der Analyse von Ursachen für die Praxisprobleme des F-Modells erörtert worden (siehe oben, Abschnitt 3.2.5). Dem Schutz des Nutzers vor übermäßigen Belastungen dient nicht zuletzt die in Bezug auf Mautgebührenanträge zu vollziehende Rechtmäßigkeitskontrolle des Verordnungsgebers bzw. der Genehmigungsbehörde. In diesem Rahmen ist in der bisherigen Festsetzungspraxis u.a. die Einbeziehung von Kosten für staatliche Vorleistungen oder einbindende Infrastruktur in die umlagefähigen Kosten grundsätzlich kritisch geprüft worden. Mit Überlegungen zur Sachnähe der konkret in Rede stehenden Vorleistungen zur Gemeinlastfinanzierung durch Steuern („Steuerstaatsprinzip“) hat der herkömmlich vertretene Maßstab zur Umlage von Kosten nach Maßgabe des Sachzusammenhangs dabei in der Mautfestsetzungspraxis gewisse Verschärfungen erfahren. Auf der anderen Seite ist der häufig behaupteten Verwandtschaft der Mautgebühr nach dem FStrPrivFinG mit Benutzungsgebühren nach den kommunalen Abgabengesetzen im Rahmen der Mautfestsetzung nicht gefolgt worden. Mit dem FStrPrivFinG hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die Belastung von Straßennutzer mit Gegenleistungsabgaben ein eigenständiges Abgaberecht geschaffen, welches im Vergleich zu den bekannten Bindungen des Kommunalabgabenrechts auch bestimmte Spielräume eröffnet (z.B. in Bezug auf eine strikte Periodenbezogenheit von Kosten). Insofern ist die Mautgebühr in der Festsetzungspraxis nur denjenigen Bindungen unterworfen worden, die sich unmittelbar aus dem FStrPrivFinG sowie aus höherrangigem Recht ergeben.

Insgesamt haben sich die im FStrPrivFinG in der Fassung des FStrPrivFinÄndG vom 01. September 2002 normierten Grundsätze zur Umlagefähigkeit von Kosten sowie die im Gesetz verwendete Terminologie im Rahmen der Mautfestsetzung im Großen und Ganzen als praxistauglich erwiesen. Im Hinblick auf Einzelfragen hat sich im Rahmen der Mautfestsetzungsverfahren gleichwohl Anlass zu gesonderten Erörterungen mit den jeweiligen Antragstellern ergeben (vgl. bereits Abschnitt 3.2.5).

**Rechtmäßigkeits-  
kontrolle betreffend  
die Umlagefähigkeit**

**Fragen der  
Antragspraxis**

Dieses betrifft u.a. die rechtliche Unabhängigkeit der mautfestsetzenden Stelle von kostenbezogenen Regelungen der den Vorhaben zugrunde liegenden Konzessionsverträge, das Verhältnis der Eigenkapitalverzinsung (§ 3 Abs.4 FStrPrivFinG) zum „angemessenen Unternehmergewinn“ (§ 2 Abs.1), die Reichweite der sog. Kostenaufholung gemäß § 3 Abs.5 sowie die Umlagefähigkeit von Kosten einbindender Infrastruktur und staatlicher Vorleistungen im Rahmen der Projektentwicklung (z.B. Planfeststellung). Weiterer Erörterungsgegenstand waren unterschiedliche Formen von Mautberechnungsarten, konkret das zulässige Maß der sog. Dynamisierung der Mautberechnung, damit zusammenhängend der Geltungsanspruch des Grundsatzes der Periodenbezogenheit von Kosten im FStrPrivFinG sowie bestimmte Mautfestsetzungskonzepte, welche dem Privaten bei der Bestimmung der Mauthöhe mehr Flexibilität in Abhängigkeit von der jeweiligen „Marktlage“ bzw. Mautakzeptanz verschaffen sollen („Durchschnittsreferenzmaut“, „Maximalmaut“, „Nutzenmaut“, „umsatzoptimale Maut“). In Bezug auf diese Gestaltungen waren die bisherigen Festsetzungsverfahren nicht lediglich Ausdruck von antragsdeterminiertem Rechtsvollzug, sondern haben angesichts der Neuartigkeit der Materie und des Pilotcharakters der Vorhaben zum Teil noch normkonkretisierende bzw. normausfüllende Überlegungen des Verordnungsgebers notwendig gemacht.

Zusammenfassend zeichnet sich der gesetzliche Bezugsrahmen für die mit dem Sachstandsbericht anzustellenden Überlegungen in Richtung auf eine intensivere Nutzung des mit dem FStrPrivFinG zur Verfügung gestellten Instrumentariums durch eine weitgehende Beschränkung des gesetzlichen Regelungsbestandes auf funktionswesentliche Rechtsinstitute aus (Rechtsstellung des Privaten im Gefüge der Fernstraßenverwaltung, Begründung des Refinanzierungsregimes, Maßstabnormen zur Bemessung von Mautgebühren). In diesem Rahmen sind in der Praxis bereits Ansätze einer „modernen“ Anwendung des Instrumentariums möglich gewesen, namentlich die Emanzipierung der Mautgebühr von den verschiedentlich behaupteten Bindungen an das kommunale Abgabenrecht. Auf der anderen Seite konnte das dem FStrPrivFinG zugrunde liegende Leitbild einer lediglich „nachvollziehenden Verwaltung“ bei Abwesenheit einer

entsprechenden Verwaltungspraxis gerade im Bereich der Mautgebührenfestsetzung naturgemäß noch nicht erreicht werden, und haben Private die Mautfestsetzungsverfahren auch unter dem Eindruck zum Teil abweichender Rechtsauffassungen in Einzelfragen (z.B. betreffend die Mautberechnung) als Ursache und Ausdruck erheblicher Transaktionskosten erlebt. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungslinien hat das BMVBS den hier vorgelegten Sachstandsbericht zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen mit dem FStrPrivFinG in Auftrag gegeben. Die zur Verbesserung der Gesetzesanwendung erarbeiteten Ansätze werden nachfolgend dargestellt.

#### **4.2. Spielräume für eine flexibilisierte Anwendung des vom FStrPrivFinG bereitgestellten Instrumentariums**

Auch die Arbeiten am Sachstandsbericht haben in Bezug auf mögliche Ansatzpunkte zur Verbesserung der Anwendungspraxis des F-Modells zunächst nach Orientierung an der ausländischen Projektpraxis gesucht (Abschnitt 4.2.1.). Als gesetzlicher Maßstab zur Umsetzbarkeit der dabei gewonnenen Erkenntnisse im F-Modell sind anschließend Umfang und Grenzen des vom FStrPrivFinG zur Verfügung gestellten Instrumentariums analysiert worden (4.2.2.). Im Ergebnis kann die (teilweise) Übernahme im Ausland praktizierter Lösungen in die Praxis des F-Modells empfohlen werden (4.3.).

##### **4.2.1. Ausländische Beispiele für alternative Projektstrukturen**

Die Sichtung internationaler Beispiele<sup>52</sup> zeigt, dass Mautprojekte im Ausland im Vergleich zu den bisher realisierten F-Modellen sowohl Besonderheiten hinsichtlich der Projektstrukturierung aufweisen als auch auf alternative Vergabekonzepte zurückgreifen.

Im Projekt **Cross City Tunnel, Sydney**, ist beispielsweise vorab der Nutzen einer Benutzung der Mautstrecke in Form komparativer Kosten ermittelt worden. Dabei ergab sich unter Berücksichtigung von Zeiteinsparungen, einer geringeren Fahrzeugabnutzung und Kraftstoffeinsparungen, dass bei Nutzung des Tunnels ein Durchschnittsnutzen von AUD 2,50 internalisiert

**Maximalmaut**

---

<sup>52</sup> Die nachfolgenden Darstellungen sind überwiegend allgemein zugänglichen Projektdokumentationen entnommen.

wird. Dieser Betrag wurde als maximale Mauthöhe für PKW festgelegt, für LKW wurde ein maximaler Betrag in doppelter Höhe vorgegeben. Unterhalb der Maximalmaut kann der Konzessionär die Mauthöhe frei wählen.

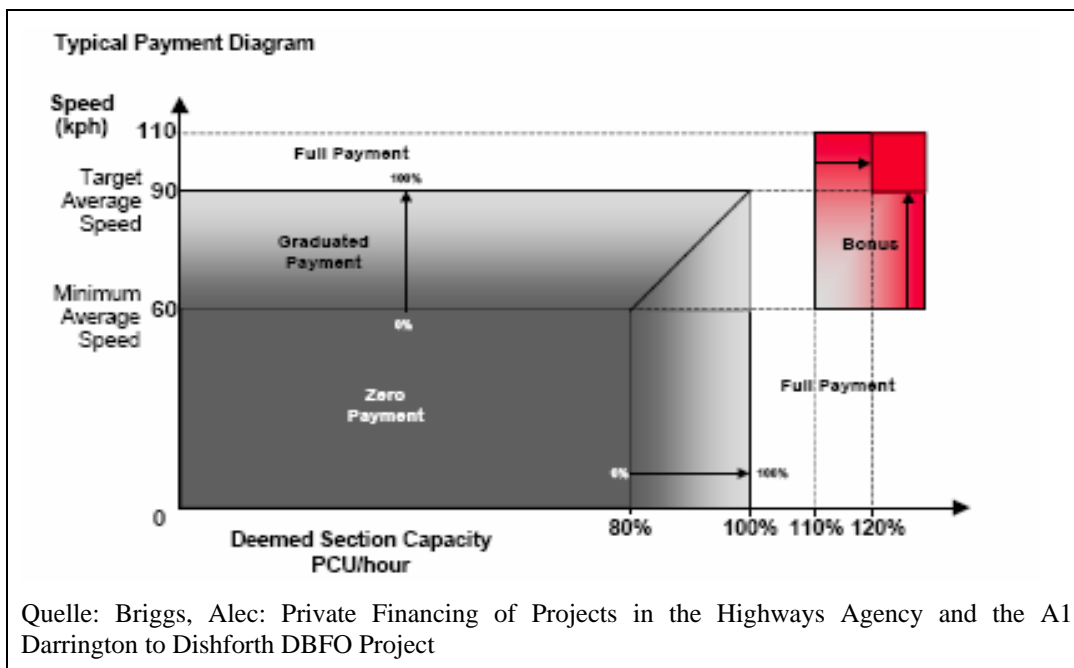
In **Chile** wurde die Konzession für den Highway von **Santiago** nach **Vina del Mar** im Jahr 1998 mit Hilfe des „Least Present Value of Revenue“ (LPVR) vergeben. Das Projekt umfasste die Verbesserung und Erweiterung eines 130 km langen, bestehenden Highway sowie den Bau von drei neuen Tunneln. Nach dem LPVR-Konzept verlangen die interessierten Firmen einen Barwert der zukünftigen, kumulierten Mauteinnahmen, wobei die bei der Berechnung anzuwendende Diskontierungsrate in der Ausschreibung vorgegeben wird. Den Zuschlag erhält derjenige Bieter, der den geringsten „Present Value of Revenue“ (PVR) verlangt. Die Konzession endet „automatisch“, sobald der gebotene Barwert erreicht wird. Der vom späteren Sieger geforderte PVR (USD 374 Mio.) unterbot die vom Bauministerium geschätzten Bau- und Betriebskosten im Übrigen knapp. Daraus lässt sich schließen, dass sich durch das Konzept des LPVR Risikokosten senken lassen. Das vergebende Bauministerium hatte sich für die Nutzung des LPVR-Konzepts unter der Bedingung entschieden, die Konzession zurückkaufen zu können.

Das DBFO-Projekt **A249** zwischen **Stockbury** und **Sheerness**, **Großbritannien**, wurde im Februar 2004 für eine Konzessionslaufzeit von 30 Jahren vergeben. Es umfasst eine etwa 17 km lange Strecke, zu der auch eine ca. 5 km lange, vierspurige Hochbrücke gehört. Das Investitionsvolumen liegt bei etwa GBP 100 Mio. Das Projekt zeichnet sich insbesondere durch eine innovative Vergütungsstruktur aus, die als „Active Management Payment Mechanism“ (AMPM) bezeichnet wird und als Weiterentwicklung eines Schattenmautmodells bezeichnet werden kann. Im Kern erhält der Konzessionär eine Vergütung, die sich aus zwei Elementen zusammensetzt:

- **Congestion Management (etwa: Verkehrsstaumanagement):** Es wird ein Grundvergütungsbetrag vertraglich festgelegt, der gleichmäßig zum einen auf Stundenbasis und zum anderen auf sechs Streckensektoren aufgeteilt wird. Zwei der Sektoren werden nach einem

**Verfügbarkeits-  
entgelte**

Verfügbarkeitsentgelt vergütet, die übrigen vier Sektoren nach einem „Congestion Management Payment“-Schema. Dabei werden die Auslastung der Straße und die durchschnittliche Fahrtgeschwindigkeit der Nutzer zur Berechnung des Vergütungsanspruchs herangezogen. Für die Errichtung und den Betrieb des Messsystems ist der Betreiber verantwortlich, wobei er sich aber an Outputspezifikationen des Konzessionsgebers zu halten hat. Die folgende Abbildung veranschaulicht diesen Zusammenhang:



▪ **Safety Performance Adjustment (etwa: Sicherheitsmanagement):**

Zur Ermittlung des Vergütungsanspruchs aus dem Sicherheitsmanagement-Element wird der Projektstreckenabschnitt mit einem Sicherheitsreferenzwert verglichen. Entscheidendes Kriterium sind dabei die jahresdurchschnittlichen Unfälle mit Personenschaden der letzten drei Jahre. Dieser Sicherheitsreferenzwert wird regelmäßig (z.B. jährlich) angepasst. Befindet sich die Projektstrecke in einem definierten Korridor mit dem Sicherheitsreferenzwert (z.B.  $\pm 4$  Unfälle mit Personenschaden p.a.), so erhält der Betreiber weder eine zusätzliche Vergütung, noch wird seine Vergütung gemindert. Außerhalb dieses Korridors erhöht bzw. vermindert sich sein Vergütungsanspruch aus dem Congestion Management Payment linear. Diese Bonus-Malus-Komponente kann allerdings in beide Richtungen begrenzt werden (z.B.  $\pm 16$  Unfälle mit Personenschaden p.a.).



Die **E39, Norwegen**, ist eine etwa 25 km lange Schnellstraße, die eine küstennahe Straße entlasten soll. Ihr Vergütungsmodell zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass zwar eine Nutzermaut erhoben wird, der Konzessionär jedoch kein Verkehrsmengenrisiko zu tragen hat. Dies gelingt, indem die Maut von einer staatseigenen Non-Profit-Gesellschaft erhoben wird. Der Vergütungsmechanismus ist von den tatsächlichen Einnahmen dieser Gesellschaft unabhängig. Konkret erhält der Konzessionär eine Vergütung, die sich aus vier Elementen zusammensetzt:

- **Verfügbarkeitszahlungen**, die gemindert werden, wenn die Straße entweder nicht den Sicherheitsanforderungen des Konzessionsgebers genügt oder in Folge von Baumaßnahmen (teilweise) gesperrt ist.
- **Leistungsabhängige Zahlungen** für Betrieb und Erhaltung der Strecke nach einem festgelegten Qualitätsstandard. Diese Zahlungen beziehen sich beispielsweise auf den Winterdienst sowie auf Signalanlagen.
- **Sicherheitszahlungen**, bei denen die Sicherheitsstatistik der Projektstrecke sowie vergleichbarer Streckenabschnitte in Norwegen herangezogen werden.
- **Verkehrsmengenabhängige Zahlungen**, wenn die Nutzung durch LKW signifikant höher ist als in den der Planung zugrunde liegenden Verkehrsprognosen.

Bei dem letztgenannten Element handelt es sich jedoch nicht um eine Übertragung des Verkehrsmengenrisikos, sondern vielmehr um Kompensationszahlungen für eine stärkere Abnutzung und dadurch einen höheren Erhaltungsaufwand.

Die Brücke über den Fluss Severn verbindet als sog. **Severn Crossing** das südwestenglische Autobahnnetz mit Wales. Die alte Brücke über die Severn wurde 1966 eingeweiht und ersetzte den bis dahin notwendigen Fährbetrieb bzw. einen Umweg von etwa 110 km. Sie ist etwa 1,6 km lang und verfügt über zwei Streifen je Fahrtrichtung. Sie wurde zwar mit öffentlichen Mitteln gebaut, es wurde aber eine Maut für die Nutzung erhoben. In den 80er Jahren stieg die Verkehrsmenge deutlich an, so dass es zu einer starken Staubelastung kam. Daher wurde 1986 beschlossen, eine zweite Brücke zu errichten und dabei auf ein PPP-Modell zurückzugreifen.

Ein privates Konsortium wurde daraufhin beauftragt, eine neue Brücke zu bauen, zu betreiben und zu finanzieren. Zusätzlich hatte dieses Konsortium die bestehende Brücke zu betreiben. Zur Refinanzierung stehen dem Konzessionär die Mauteinnahmen von beiden Brücken zu. Das Hauptzuschlagskriterium bei der Ausschreibung war der geforderte kumulierte Nettobarwert der Mauteinnahmen. Die Konzessionsdauer ist flexibel, wobei das Ende der Konzessionslaufzeit für Anfang 2016 erwartet wird.

Das besondere Merkmal des PPP-Projektes „Second Severn Crossing“ besteht in der Projektdefinition, bei der eine bestehende Brücke zur Refinanzierung eines Neubaus herangezogen wird (Parallelstreckenbemaution). Diese besondere Zusammenstellung hat mehrere Konsequenzen:

- Der Finanzierungsaufwand sinkt, da bereits in der Bauphase der zweiten Brücke laufende Einnahmen erzielt werden können.
- Das Risiko von Verkehrsverlagerungen entfällt weitestgehend, da beide Parallelstrecken bemaution werden und die Maut beider Strecken dem Konzessionär zusteht.
- Es kann kein Preiswettbewerb zwischen einer öffentlich betriebenen und einer privat betriebenen Mautstrecke entstehen.

Zusätzlich zu diesen Effekten wurde das Verkehrsmengenrisiko weitgehend eliminiert, da dem Konzessionär ein bestimmter kumulierter Barwert der Mauteinnahmen zusteht. Das Risiko für den Konzessionär besteht daher nicht mehr im „Ob“ der Mauteinnahmen, sondern lediglich im „Wann“.

Den genannten Beispielen ließen sich weitere hinzufügen. Sie zeigen auf, dass es zur „herkömmlichen“ Umsetzung eines Betreibermodells im Straßenbau offenbar Alternativen gibt, die sich durch innovative Lösungsansätze sowohl hinsichtlich der Projektstrukturierung (Cross City Tunnel/AUS, A249/UK, Severn Crossing/UK, E 39/N) als auch hinsichtlich des Vergabeansatzes auszeichnen (Santiago – Valparaiso/Chile, Severn Crossing/UK). Vor diesem Hintergrund hat sich die Frage gestellt, ob es auch unter dem FStrPrivFinG Freiräume für individuelle Projektstrukturen gibt. In Anlehnung an die internationale Praxis wurden dabei namentlich die

Vereinbarkeit einer Mindestbarwertvergabe („Least Present Value of Revenue“) und die Vereinbarkeit von verfügbarkeitsbezogenen Vergütungselementen mit dem FStrPrivFinG geprüft.

#### **4.2.2. Haushalts- und fiskalpolitische Funktion des FStrPrivFinG als Maßstab und Grenze**

Ausgangspunkt der Erörterung von Ansätzen für eine flexiblere Nutzung des mit dem FStrPrivFinG verfügbaren Instrumentariums ist die Überlegung, dass sich Akzeptanz und Marktfähigkeit des F-Modells ggf. verbessern lassen, wenn die Anreizstruktur des Modells modifiziert wird. So ist eine Erhöhung der Nutzerakzeptanz (Mautkultur) sowie der (kommunal-) politischen Vertretbarkeit von Vorhaben der *speziellen* Nutzerfinanzierung *c.p.* dann zu erwarten, wenn der Private zu einer ständigen Optimierung seiner Betriebskosten angehalten wird. Der Private und mit ihm die finanzierenden Banken werden das Geschäftsmodell für Vorhaben nach dem F-Modell ihrerseits als attraktiver empfinden, wenn die Verteilung wesentlicher Risiken (Verkehrsmengen-, Elastizitäts-, Verdrängungsrisiko etc.) nicht etwa starren Regeln folgt, sondern je nach Vorhaben flexibel gehandhabt werden kann. Die Überprüfung von Spielräumen für eine Flexibilisierung des F-Modells zwingt dabei zunächst zu einer Auseinandersetzung mit Umfang und Grenzen des nach dem FStrPrivFinG gegebenen Instrumentariums.

Dem Bund als Straßenbaulastträger und den Auftragsverwaltungen dient das FStrPrivFinG der Erschließung haushaltsexterner Finanzmittel zur Verstärkung von Investitionen in das Bundesfernstraßennetz. Zur Erreichung dieses Zwecks - häufig unter dem Schlagwort der gleichermaßen zeitlichen wie quantitativen „Effektuiierung“ von Investitionen in das Fernstraßennetz zusammengefasst – bietet das FStrPrivFinG die Möglichkeit, aufgrund baulastspezifischer Betreibermodelle für konkrete Vorhaben eine *spezielle* Nutzerfinanzierung als Ersatz für die Sachfinanzierungsverantwortung des Straßenbaulastträgers zu etablieren. Dieses Instrumentarium hat dienende Funktion.

Bei der Nutzung des nach dem FStrPrivFinG gegebenen Instrumentariums steht dem zuständigen Straßenbaulastträger nach der Konzeption des

**Notwendigkeit  
tragfähiger  
Ausgangs-  
bedingungen**

FStrPrivFinG ein projektindividueller Handlungs- und Entscheidungsspielraum für die an Tragfähigkeitsgesichtspunkten orientierte Projektentwicklung und Projektstrukturierung in den Grenzen des Gesetzeszwecks offen. Dieser Handlungs- und Entscheidungsspielraum erstreckt sich im Kern insbesondere auf die Verteilung der maßgeblichen Projektrisiken, indem er anlässlich der Begründung des Betreiberregimes nach dem FStrPrivFinG eine gezielte Risikointervention zugunsten tragfähiger Projektstrukturen und Refinanzierungsbedingungen erlaubt.

Um das im FStrPrivFinG angelegte Handlungsinstrumentarium zur Etablierung projektspezifischer Benutzerfinanzierungsregime im Einzelfall zweckentsprechend und mit geeigneten Mitteln umzusetzen, sind die gegebenen Spielräume projektindividuell zu nutzen. Anlässlich der Begründung eines Betreiberregimes nach dem FStrPrivFinG machen der Straßenbaulastträger und die betreffende Auftragsverwaltung von der gegebenen Befugnis zweckentsprechend Gebrauch, wenn die wirtschaftlichen Bedingungen, unter denen die Substitution ihrer Sachfinanzierungsverantwortung durch eine spezielle Benutzerfinanzierung tragfähig und nachhaltig sein kann, systematisch erforscht werden. Wesentliche Bedeutung kommt dabei einer zweckmäßigen Organisation des Projektentwicklungs-, Ausschreibungs- und Vergabeprozesses zu. Hier steht mit dem wettbewerblichen Dialog ein Instrument zur Verfügung, das die Identifizierung spezifischer Tragfähigkeitsbeiträge unterschiedlicher Gestaltungsparameter („Stellschrauben“) in direktem Marktkontakt erlaubt.

Mit dem FStrPrivFinG zu vereinbarende Mittel einer tragfähigkeitsorientierten Risikointervention sind Konzessionslaufzeiten, die der technischen Nutzungsdauer des Bauwerks entsprechen, des Weiteren Konzepte flexibler Konzessionslaufzeiten wie die sog. Mindestbarwertvergabe, sowie ferner die projektindividuelle Ausgestaltung und Bereitstellung tragfähigkeitsschaffender Ergänzungsfinanzierungen des Straßenbaulastträgers, die dabei auch an Verfügbarkeits- oder Verkehrsmengenparametern anknüpfen können (dazu sogleich unter 4.3.). Hierzu bedarf es keiner „Weiterentwicklung“ des rechtlichen Rahmens für F-Modelle, sondern einer konsequenten Ausschöpfung der bereits

**Individuelle  
Projektent-  
wicklung**

**Zulässige Formen  
der Risikointer-  
vention**

bestehenden Spielräume im Rahmen einer an Tragfähigkeitsgesichtspunkten orientierten Projektentwicklung.

Die Risikointervention des Straßenbulasträgers bereitet die Übertragung der betreffenden Sachaufgaben zur Ausführung durch den Privaten dabei vor, indem sie wirtschaftlich tragfähige Realisierungsvoraussetzungen schafft. Nachdem das „Interventionspaket“ geschnürt und nach haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten als wirtschaftlich beurteilt worden ist, wird die Sachfinanzierungsverantwortung des Straßenbulasträgers mit Übertragung der baulastspezifischen Finanzierungsverantwortung auf den Privaten (zur Ausführung) durch die spezielle Benutzerfinanzierung nach dem FStrPrivFinG ersetzt. Ab diesem Zeitpunkt dürften zusätzliche (neue) Ergänzungsleistungen, die nicht schon Bestandteil des mit Übertragung der Sachfinanzierungsverantwortung entwickelten Konzeptes einer Risikointervention waren oder in diesem zumindest angelegt sind, haushalts- und finanzverfassungsrechtlich unter einem entsprechenden Rechtfertigungszwang stehen.

Zusammenfassend eröffnet der Zweck des FStrPrivFinG ein nicht unbeträchtliches Feld projektindividueller Maßnahmen zur Risikobeeinflussung bzw. -intervention. Diese werden nachfolgend dargestellt.

### **4.3. Ansatzpunkte für eine flexibilisierte Anwendung des F-Modells im Rahmen des FStrPrivFinG**

Konkret stehen als Mittel zur tragfähigkeitsorientierten Risikobeeinflussung im Rahmen des FStrPrivFinG mehrere Ansatzpunkte zur Verfügung.

#### **4.3.1 Konzessionslaufzeit**

Die Konzessionslaufzeit definiert den Refinanzierungszeitraum und bestimmt insoweit das Risikoausmaß. Trotz dieser zentralen Bedeutung der Konzessionslaufzeit für die Risikoposition des Privaten sagt das FStrPrivFinG zur maximalen Dauer der Konzessionslaufzeit nichts; es spricht lediglich unbestimmt von „Konzessionslaufzeit“ (§ 3 Abs.3 S.7, Abs.5 S.2) und von „Konzessionsvertrag“ (§ 3 Abs.5 S.2). Auch aus

anderen Rechtsquellen lassen sich in Bezug auf die maximale Höchstdauer von Konzessionen unmittelbar keine Aussagen entnehmen.

Bei diesem Befund ist selbst eine „Lebensdauerkonzession“ rechtlich zulässig, d.h. eine Anpassung der Konzessionslaufzeit an die geschätzte betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Bauwerks. Die Anpassung der Dauer des Konzessionsvertrages an die Dauer der (regelmäßig nutzungsdauerorientierten) Abschreibungen zur Schließung der andernfalls bestehenden sog. Refinanzierungslücke war bisher politisch allerdings nicht gewollt.<sup>53</sup> Aus diesem Grunde hatte man sich im Zuge des FStrPrivFinÄndG 2002 entschlossen, das Auseinanderfallen von Refinanzierungszeitraum und technischer Lebensdauer gesetzlich zu legitimieren, indem durch die Vorschrift des mit FStrPrivFinÄndG eingeführten § 3 Abs.3 S.7 FStrPrivFinG klargestellt wurde, dass im Anwendungsbereich des FStrPrivFinG kraft gesetzlicher Anordnung eine zeitliche Abschreibungskonzentration stattfinden darf, auch wenn die sog. Verteilungsfunktion der Abschreibung dadurch gestört wird.<sup>54</sup> Der Abschreibung auf Wiederbeschaffungszeitwerten hatte der Gesetzgeber damit ebenso eine Absage erteilt wie der ebenfalls im Raum stehenden Lösung, der verbleibenden Refinanzierungslücke bei Ablauf der Konzession durch eine entgeltliche Endschaftsklausel zu entsprechen. Hierin offenbart sich erneut der Zweck des FStrPrivFinG, die Finanzierungsverantwortung für Vorhaben nachhaltig nach außerhalb des Haushalts zu verlagern. Eine entgeltliche Endschaftsklausel ist mit diesem Gesetzeszweck nicht ohne weiteres zu vereinbaren, wohl aber eine Anpassung von Refinanzierungszeitraum und Nutzungsdauer.

**„Lebensdauer-  
konzession“**

Der Zurückhaltung von Straßenbauverwaltung und Politik gegenüber einer derart langfristigen Bindung an Konzessionsnehmer kann in der Praxis durch die Möglichkeit eines Rückkaufs der Konzession nach Ablauf bestimmter Mindestzeiten entsprochen werden (z.B. nach 20, 25 oder 30 Jahren). Nach der Gesetzesbegründung zum FStrPrivFinÄndG 2002 ist § 3 Abs.1 S.1 FStrPrivFinG<sup>55</sup> seinerzeit geändert worden, um die Möglichkeit

**Ausgestaltungs-  
möglichkeiten**

---

<sup>53</sup> MKV-Gutachten, S. 445.

<sup>54</sup> ebd.

<sup>55</sup> Ersetzung des Wortes „neu“ durch den Ausdruck „nach Maßgabe dieses Gesetzes errichtet“.

zu eröffnen, ein Projekt, das nach Maßgabe des FStrPrivFinG errichtet wurde, „ ... während des Konzessionszeitraums für den restlichen Zeitraum oder für einen neuen Konzessionszeitraum erneut auszuschreiben und zu vergeben“<sup>56</sup>. Der Gesetzgeber hat bei dieser Gestaltung zwar vor allem an den Fall einer notwendigen Anschlusskonzession bei Insolvenz des Erstkonzessionärs gedacht. Die Insolvenz des Erstkonzessionärs ist allerdings keine notwendige Bedingung zur Übertragung von „Restkonzessionen“ auf anschließende Konzessionsnehmer zu entsprechenden Restwerten. Wie der Hinweis auf die Möglichkeit einer Neuausschreibung der Konzession für einen *weiteren* Konzessionszeitraum zeigt, hat der Gesetzgeber den etwaigen Insolvenzfall seinerseits auch gar nicht als einzigen Übertragungstatbestand in Betracht gezogen. Mithin bietet die Weiterübertragung einer Lebensdauerkonzession auf Anschlusskonzessionsnehmer zum jeweiligen Restwert nach im Einzelnen zu definierenden Konzessionsphasen („Restwertmodell“) eine zulässige Umsetzungsvariante im Rahmen des von FStrPrivFinG gegebenen Handlungsinstrumentariums. Staatsschuldenrechtlich bedeutet selbst ein langer Finanzierungszeitraum keine Belastung künftiger Generationen, sondern führt das Herauslösen der speziellen Baulastfinanzierung aus der Kameralistik zu einer Annäherung staatlichen Ausgabeverhaltens an die Lastenverteilungsregel des „pay as you use“: Wenn die Straßenbauverwaltung das abgeschriebene Bauwerk nach dessen Refinanzierung übernimmt, erhält sie aufgrund während der Konzessionslaufzeit erbrachter und haushaltsextern entgelteter Instandhaltungsleistungen ein Bauwerk, das im Übernahmezeitpunkt zwar weiterhin gebrauchsfähig ist, für das Zins- und Tilgungsleistungen aber nicht mehr zu erbringen sind. Die PPP-Beschaffungen kennzeichnende wirtschaftsgutbezogene Betrachtungsweise ist konventionellen Haushaltsbeschaffungen dagegen nicht zueigen. Im Hinblick auf den von der Verfassung geforderten Ausgleich zwischen Zukunftslasten (Kredit) und Zukunftschancen (Investitionen) gemäß Art. 115 GG kann sich ein F-Modell wertungsmäßig somit als vorteilhaft erweisen.

---

<sup>56</sup> BT-Drs. 14/8447, S.10.

In der praktischen Umsetzung bzw. Nutzung der gegebenen Spielräume dürfen die Vorteile einer geringeren Abschreibungsrate pro Kalkulationsperiode allerdings nicht von dem zusätzlichen Zinsaufwand absorbiert werden, der mit der Verlängerung des Refinanzierungszeitraums verbunden ist. Um das Vorhaben vor entsprechenden Risikokosten abzusichern, wäre für die konkrete Umsetzung einer „Lebensdauerkonzession“ z.B. zu prüfen, welchen Entlastungsbeitrag verfügbare Kapitalmarktinstrumente und/oder eine zweckentsprechend auszugestaltende Rückkaufverpflichtung einer staatlichen Einheit in Bezug auf die Konzession (Restwert) als zusätzlicher Bestandteil des vor Vertragsschluss zu definierenden Tragfähigkeitskonzeptes leisten könnten (Verfahren der Restwertbemessung, Höchstbetragfixierung, etc.).

**Notwendigkeit  
von  
Umsetzungs-  
konzepten**

#### **4.3.2. Mindestbarwertvergabe**

Um das vom FStrPrivFinG gewollte *endgültige* Herauslösen einer Bauwerksfinanzierung aus dem Haushalt zu bewirken, ist auch eine Gestaltung denkbar, bei der ein Konzessionszeitraum vor Eröffnung des Vergabeverfahrens überhaupt nicht bestimmt wird, sondern die Konzessionsdauer an die Erreichung bestimmter Ertragsziele anknüpft. Eine solche Gestaltung läuft auf die Vergabe von Vorhaben nach dem gebotenen bzw. geforderten Mindestbarwert („Least Present Value of Revenue“) hinaus.

Das Instrument der Mindestbarwertvergabe hat deutliche Auswirkungen auf die Risikoallokation innerhalb eines Projektes. Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass das direkte Verkehrsmengenrisiko nicht mehr vom Konzessionär zu tragen ist. Die Konzession endet erst dann, wenn der vereinbarte kumulierte Nettobarwert der Mauteinnahmen erreicht ist. Als „Kompensation“ für eine hinter den Erwartungen zurückbleibende Verkehrsmenge erhält der Konzessionär somit eine „Verlängerung“<sup>57</sup> der Konzessionslaufzeit.

**Kein direktes  
Verkehrsmengen-  
risiko**

Dieser Mechanismus ist jedoch nicht zu vergleichen mit der Übernahme einer Mindestverkehrsmengengarantie durch den Straßenbaulastträger. Bei

---

<sup>57</sup> Da die Konzessionslaufzeit nicht festgelegt ist, handelt es sich nicht im wörtlichen Sinne um eine Verlängerung. Vielmehr verschiebt sich das erwartete Ende der Konzessionslaufzeit „nach hinten“.



einer solchen Garantie folgen aus einem Zurückbleiben der Verkehrsmenge hinter den Erwartungen Zahlungen des Konzessionsgebers an den Konzessionsnehmer. Dies ist bei der Mindestbarwertvergabe nicht der Fall, da die Kompensation nicht in Ausgleichszahlungen, sondern in einer sich automatisch anpassenden Konzessionslaufzeit besteht.

Während der Konzessionsnehmer also kein direktes Verkehrsmengenrisiko zu tragen hat, trägt er sehr wohl ein indirektes Verkehrsmengenrisiko. Dieses ergibt sich daraus, dass zwar nicht das „Ob“ der Mauteinnahmen risikobehaftet ist, wohl aber das „Wann“. Dieses Risiko führt zu einer Unsicherheit über die Höhe der Ausschüttungen an die Eigenkapitalgeber sowie zur Notwendigkeit, besondere Konditionen mit den Fremdkapitalgebern zu vereinbaren. So muss es dem Konzessionär einerseits möglich sein, jederzeit Sondertilgungen vorzunehmen, andererseits muss sich der Fremdkapitalgeber auch zu einer Streckung des Tilgungszeitraumes bereit erklären, wenn sich die Konzessionslaufzeit über die geplante Dauer hinaus verlängert. Letzteres führt zu höheren Finanzierungskosten, die als anrechenbare Kosten aber in den geforderten Nettobarwert einfließen können.

Zusammenfassend ist das Konzept der Mindestbarwertvergabe aus Sicht des FStrPrivFinG zunächst zweckgeeignet. Die Ausschaltung des direkten Verkehrsmengenrisikos ist geeignet, die Tragfähigkeitsvoraussetzungen für ein F-Modell als baulastspezifisches Betreibermodell zu schaffen, welche die dauerhafte und endgültige Substitution der Haushaltsfinanzierung durch eine spezielle Benutzerfinanzierung für das betreffende Vorhaben erwarten lässt. Gleichzeitig bleibt der nach dem FStrPrivFinG vorgesehene Refinanzierungsmechanismus erhalten. Unter Inanspruchnahme haushaltsexterner Mittel refinanziert sich der Private aus dem Mautaufkommen und verdeutlicht damit dessen strikte Zweckbindung, während eine Ergänzungsfinanzierung oder sonstige Risikointervention theoretisch überhaupt nicht mehr nötig ist. Selbst die aus dem Begriff der Baukonzession folgende Risikoverteilung bliebe erhalten, indem dem Privaten nach Errichtung des Bauwerks das Nutzungsrisiko dadurch verbleibt, dass die von ihm aufgewendeten Kosten ganz oder teilweise erst durch in der Zukunft liegende Nutzungsvorgänge refinanziert werden.

**Indirektes  
Verkehrsrisko**

### 4.3.3. Projektindividuelle Ausgestaltung von Ergänzungsfinanzierungen

Direkte vorhabenbezogene Finanzhilfen der Fernstraßenverwaltung sind mit dem FStrPrivFinG jedenfalls dann vereinbar, wenn sie *vor* der Etablierung des Betreiberregimes vereinbart werden, um die Tragfähigkeit einer *vollständigen* Substitution der Sachfinanzierungsverantwortung des Straßenbaulastträgers durch eine spezielle Benutzerfinanzierung überhaupt erst herzustellen. Ungeachtet der Rechtsfolgen einer entsprechenden Risikoadjustierung für die vergaberechtliche Einordnung des zu vereinbarenden Auftrags<sup>58</sup> eröffnet das FStrPrivFinG danach ein weites Feld für zweckmäßige und geeignete Ausgestaltungsformen einer Ergänzungsfinanzierung.

Der Straßenbaulastträger ist nach der Konzeption des FStrPrivFinG bspw. nicht gehindert, zur Minderung des Verkehrsrisikos bzw. des in ihm enthaltenen Prognose-, Elastizitäts- und/oder Substitutionsrisikos eine Ergänzungsfinanzierung in Gestalt einer Unterdeckungsreserve bereitzustellen, abrufbar z.B. bei Verlassen gewisser Verkehrsbandbreiten, und diese bereits bei Begründung des Betreiberregimes zu dotieren als Finanzmasse zum Ausgleich etwa eintretender Elastizitäts- oder Substitutionsrisiken. Der Einsatz einer Ergänzungsfinanzierung als „Verkehrsmengensubstitut“ innerhalb bestimmter Bandbreiten kann gerade in Verbindung mit der Vergabe einer Konzession nach dem Mindestbarwertkonzept wirtschaftlich einen nicht unerheblichen Entlastungseffekt hervorbringen, indem private Risikokosten in Bezug auf das indirekte Verkehrsrisiko noch weiter gesenkt werden können.

**Unterdeckungs-  
reserve**

---

<sup>58</sup> Dass der Tatbestand der Baukonzession die Gewährung einer Ergänzungsfinanzierung in Gestalt einer Anschubfinanzierung nicht ausschließt, wurde im Zusammenhang mit dem Vorhaben Herrtunnel gerichtlich geklärt. Im Übrigen reduziert der Tatbestand des § 32 VOB/A die Spielräume für eine Risikoverteilung (Risikointervention) nicht auf ein einziges „konzessionsfähiges“ Risikoverteilungsmuster und überlagert die VOB das FStrPrivFinG als gesetzlichen Maßstab für die zulässige Risikoverteilung nach dem F-Modell nicht.

#### **4.3.4. Zulässigkeit von Verfügbarkeits<sup>elementen</sup> bei der Refinanzierung**

Unter dem Eindruck des für den Privaten nur schwer steuerbaren Verkehrsmengenrisikos wird zum Teil auch die Umstellung der Refinanzierung auf ein sog. Verfügbarkeitsentgelt erwogen. Verfügbarkeitsentgelte sichern dem Privaten feste Einnahmen auf Basis von Leistungs-, insbesondere Verfügbarkeitskennziffern, ohne dass der Vergütungsmechanismus eine direkte verkehrsabhängige Bemessungskomponente enthält.

Fraglich ist, ob das FStrPrivFinG gegenwärtig ein reines Verfügbarkeitsentgelt zulässt. Kernpunkt des F-Modells ist im Gegensatz zum A-Modell, dass dem Privaten das Recht zur Erhebung der Mautgebühr und die Ertragskompetenz am Mautaufkommen eingeräumt werden. Das F-Modell basiert somit auf einer sog. echten Nutzermaut, aus welcher die streckenbezogenen Aufwendungen – bei Zulässigkeit tragfähigkeitsschaffender Ergänzungsleistungen (s.o.) - unmittelbar zu refinanzieren sind. Würde die Refinanzierung des Privaten dagegen im Sinne eines reinen Verfügbarkeitsentgelts vollständig vom Verkehrsaufkommen entkoppelt, so ginge der vom FStrPrivFinG vorausgesetzte Zusammenhang zwischen Mautaufkommen und Refinanzierung verloren. Der Private hätte bei vertragsgemäßer Leistung das ausverhandelte Bereitstellungsentgelt unabhängig von der Höhe des Mautaufkommens verdient und könnte seinen Vergütungsanspruch in voller Höhe auch dann geltend machen, wenn das Mautaufkommen diesen Anspruch – etwa infolge von Verkehrsminderungen – betragsmäßig nicht deckt. In Höhe des Differenzbetrages hätte der Straßenbaulastträger anderweitige Mittel (z.B. Steuermittel) einzusetzen.

Die Vereinbarkeit von Verfügbarkeitsentgelten mit einer direkten Nutzermaut begegnet insoweit Bedenken. Der zulässige Rahmen von Verfügbarkeits<sup>elementen</sup> in der Vergütung des Privaten dürfte sich dabei aus der FStrPrivFinG vorausgesetzten Bedingungen einer speziellen Benutzerfinanzierung ableiten. Diese bedeutet zumindest den Ausschluss

**Modellspezifische  
Grenzen für  
Verfügbarkeits-  
entgelte**

einer *parallel* zum Betreiberregime bestehenden Sachfinanzierungsverantwortung des Straßenbulasträgers in dem Sinne, dass dieser im Unterdeckungsfall *unbegrenzt* auf verfügbare Haushaltsmittel sollte zugreifen können, um bedarfsweise eine negative Differenz zwischen Vergütungsanspruch und Mautaufkommen auszugleichen. Nachdem das Betreiberregime nach dem FStrPrivFinG etabliert ist, kommt eine originäre Finanzierungsverantwortung des Straßenbulasträgers nach der Idee des FStrPrivFinG nicht mehr bzw. allenfalls in engen Grenzen in Betracht, da die Finanzierungsverantwortung für das Vorhaben ja gerade (zur Ausführung) übertragen worden ist.

Mit diesen Bedingungen allerdings vereinbar ist eine Gestaltung, bei der der Straßenbulasträger die Auskehrung der von ihm in zulässiger Weise zur Verfügung gestellten Ergänzungsfinanzierung in bestimmtem Umfang an die Erreichung von Verfügbarkeitskennziffern knüpft. Insoweit gilt auch hier das zur Kombination einer Ergänzungsfinanzierung mit einer Mindestbarwertvergabe Gesagte: Nach dem Konzept der Mindestbarwertvergabe verliert eine klassische Anschubfinanzierung die ihr zugeordnete Interventionsfunktion insoweit, als es einer „Kappung“ der Anschaffungs- und Herstellungskosten für das Bauwerk angesichts der im Prinzip variablen Konzessionslaufzeit in dieser Form gar nicht mehr bedarf. Als Straßenbulasträger kann der Bund die seiner Ergänzungsfinanzierung zugeordnete Interventionswirkung in dieser Situation „umleiten“, indem er die vor Vertragsschluss zugesagten und betragsmäßig abschließend bezifferten Mittel mit Beginn der Betriebsphase zum Abruf nach Maßgabe vorab definierter Kriterien bereitstellt.

Diese Abrufkriterien können durchaus auch Qualitäts- und Verfügbarkeits-elemente enthalten, wo das aufgrund der tatsächlichen Umstände der betroffenen Strecke in Betracht kommt (z.B. Verfügbarkeit einer Strecke in Monatsstunden, maximale Stauzeiten vor den Mautabrechnungsstellen), maximale Anzahl von Mautprellertatbeständen, Einhalten bestimmter Straßenzustandsqualitäten anlässlich der Bauzustandsprüfungen nach DIN 1076). Sie können ferner Verkehrsmengenkomponenten enthalten, und dienen daher insgesamt der Verstetigung des Cash Flow des Privaten. Eine derart ausgestaltete

**Zulässige  
Verfügbarkeits-  
elemente**

Ergänzungsfinanzierung ersetzt das Mautaufkommen des Privaten als dessen hauptsächliche Refinanzierungsquelle aber nicht, sondern repräsentiert die mit dem FStrPrivFinG zu vereinbarende Unterstützungsleistung des Straßenbaulastträgers anlässlich der Entlassung des betreffenden Abschnitts aus der eigenen, originären Sachfinanzierungsverantwortung und unter weitgehendem Ausschluss des künftigen Zugriffs auf Steuermittel für Zwecke des betroffenen Vorhabens. In welcher Form und Höhe die Unterstützungsleistung auszugestalten ist, um zu tragfähigen Bedingungen für eine spezielle Benutzerfinanzierung zu gelangen, kann - wie bisher schon die Höhe der Anschubfinanzierung – im Wettbewerb ermittelt werden.

Über die Orientierung der Ergänzungsfinanzierung an Verfügbarkeitskriterien noch hinausreichen würde der Ansatz, dass der Private das Mautaufkommen nicht mehr selbst erhebt, sondern dieses von einer staatlichen Einheit erhoben wird, welche den Privaten ihrerseits nach Verfügbarkeitskriterien entgelt. Die Vereinbarkeit einer solchen Gestaltung mit dem FStrPrivFinG hängt davon ab, ob eine staatliche Einheit tatbestandlich „Privater“ im Sinne von § 2 Abs.1 FStrPrivFinG sein kann. Indes knüpft die vom FStrPrivFinG gewählte Konstruktion der Übertragung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung auf einen Privaten zur Ausführung an eine funktionale Privatisierung an, d.h. an eine Veränderung im Aufgaben- und Befugnisbereich der staatlichen Bundesfernstraßenverwaltung „zugunsten“ Privater in der Weise, dass die betreffenden Aufgaben des Straßenbaulastträgers nunmehr zu „Durchführungsaufgaben“ von Privaten werden. Diese vom FStrPrivFinG gewählte Konstruktion verwirklicht sich am ehesten in einer Einbindung „echter“ Privater. Auf „echte“ Private sind nicht zuletzt auch die Regelungen des FStrPrivFinG zu den umlagefähigen Kosten, namentlich den Ansatz von kalkulatorischen Kosten in § 3 Abs.2 bis 5 FStrPrivFinG ausgerichtet. Die Gewährung eines Risikozuschlages auf das eingesetzte Kapital gemäß § 3 Abs.4 FStrPrivFinG zeigt auf, dass das FStrPrivFinG im Hinblick auf das Eigenkapital wie selbstverständlich von einem Verlustrisiko ausgeht, das bei formell privatisierten staatlichen Einheiten bei materieller Betrachtung nicht in vergleichbarer Form zu bejahen sein wird.

**Unzulässigkeit  
eines reinen  
Mischmodells**

Die Gesetzesbegründungen zum FStrPrivFinG haben der Person des Privaten in diesem Sinne seit jeher die Identität eines Betreibers in einem entsprechenden „Betreibermodell“ verliehen.<sup>59</sup>

Nachdem die Mauterhebung durch eine staatliche Einheit unter Berufung auf das FStrPrivFinG derzeit nicht in Betracht kommen dürfte, ist eine unmittelbare Übertragung des Mischmodells, wie es der E 39 in Norwegen zugrunde liegt, auf F-Modelle gegenwärtig nicht rechtsbedenkenfrei möglich. Demgegenüber lassen sich dem FStrPrivFinG Restriktionen zur Verwendung des vom Privaten erhobenen Mautaufkommens nicht unmittelbar entnehmen. Ungeachtet der Zweifel, welche etwa im MKV-Gutachten hinsichtlich der Abtretbarkeit künftiger Gebührenforderungen geäußert werden,<sup>60</sup> steht das Mautaufkommen dem Privaten nach dem FStrPrivFinG doch ohne jede Einschränkung zu und genießt der Private hinsichtlich des bestandskräftig vereinnahmten Mautaufkommens ein uneingeschränktes Dispositionsrecht. Der Private könnte das Mautaufkommen also z.B. auch auf einen Treuhänder übertragen und sich von diesem ausschließlich nach Verfügbarkeitskriterien vergüten lassen. Das Verkehrsrisiko läge dann faktisch beim Treuhänder, der es im Rahmen eines größeren Portfolios ggf. wirtschaftlicher steuern kann als der Private im Einzelprojekt. Angesprochen sind hier Kapitalmarktinstrumente, die aufzugreifen und auszugestalten dem Markt vorzubehalten ist.

**Perspektive  
„Treuhändermodell“**

#### **4.3.5. Anreizregulierung**

Sofern Straßenbaulastträger und Privater es für zweckmäßig halten, können sie im Konzessionsvertrag auch Elemente einer Anreizregulierung in der Weise vereinbaren, dass der Private bei Erreichen bzw. Übertreffen bestimmter Zielkennziffern einen Teil der erreichten Kosteneinsparungen als zusätzlichen Gewinn vereinnahmen darf. Ob sich hierzu bestimmte Kennziffern anbieten, ist projektindividuell im Rahmen der vorbereitenden Machbarkeitsstudie zu prüfen und kann bejahendenfalls im Rahmen eines wettbewerblichen Dialogs mit den potenziellen Bietern rückgekoppelt und ggf. justiert werden. Ökonomisch substituiert eine Anreizregulierung

**Simulation von  
Wettbewerb**

---

<sup>59</sup> Vgl. BT-Drs. 12/6884, S.5, 14/8447, S.9.

<sup>60</sup> Vgl. MKV-Gutachten, S. 403 ff.

fehlenden Wettbewerb „im“ Markt, nachdem der Wettbewerb „um den“ Markt mit Zuschlagserteilung beendet ist.

Bei der vorzunehmenden Prüfung der Vereinbarkeit „einbehaltener“ Kosteneinsparungen mit den Maßstäben zur Gebührenbemessung gemäß § 3 Abs.2 bis 5 FStrPrivFinG kann ein Verstoß gegen die Maßgaben wirtschaftlicher Betriebsführung (§ 3 Abs.3 S.1 FStrPrivFinG) nur im Rahmen einer Missbrauchs- bzw. Vertretbarkeitskontrolle, nicht aber dem Grunde nach festgestellt werden. Zusatzgewinne, die der Private nach den geschlossenen Vereinbarungen wegen Übertreffens bestimmter Zielkennziffern erzielt, wären in der Folge – sofern sie sich der Höhe nach und in Bezug auf ihren Anlass als verhältnismäßig erweisen - weder als „Lastschrift“ von den zur Umlage beantragten Kosten der Folgeperiode abzusetzen, noch wären diese Zusatzgewinne auf die Eigenkapitalverzinsung gemäß § 3 Abs.4 FStrPrivFinG anzurechnen. In diesem Sinne bestehen mit der Zuerkennung eines „projektangemessenen Unternehmergewinns“ gemäß § 2 Abs.1 S.3 FStrPrivFinG im F-Modell Freiräume zur Honorierung von besonderen Leistungs- bzw. Anreizgewinnen, die im kommunalen Abgabenrecht nicht gegeben sind. Der Maßstab der Erforderlichkeit von Kosten erzwingt zwar im Anwendungsbereich des FStrPrivFinG die im Rahmen der Mauthöhebestimmung zu prüfende Bindung von Gebührenbemessung und Kostenanlastung an das Verhältnismäßigkeitsprinzip, verstellt die dabei bestehenden Spielräume aber nicht wie im kommunalen Abgaberecht durch einen sog. Regiekostenvergleich, der im Anwendungsbereich des FStrPrivFinG keine sinnvolle Entsprechung findet.

**„Projektangemesener  
Unternehmer-  
gewinn“ als  
Anreizgewinn**

#### **4.3.6. Empfehlungen für Projektentwicklung und Vergabe für Vorhaben nach dem F-Modell**

Das FStrPrivFinG beschränkt seinen Regelungsumfang auf das zur Etablierung einer speziellen Benutzerfinanzierung *notwendige* Instrumentarium eines baulastspezifischen Betreibermodells und die damit einhergehenden Bestimmungen zur Beleihung des Privaten mit dem Recht zur Erhebung von Mautgebühren einschließlich der Bestimmungen zu den durch Mautgebühren umlagefähigen Kosten. Regelungen zur Projektentwicklung trifft das FStrPrivFinG jedoch nicht. Die danach

bestehenden Spielräume können Straßenbaulastträger und Auftragsverwaltungen dazu nutzen, wirtschaftlich tragfähige Projekte zu strukturieren, welche die Substitution der eigenen Sachfinanzierungsverantwortung erwarten lassen.

### **Herstellen einer „politischen Geschäftsgrundlage“**

Ausgangspunkt jeglicher Vorhabensentwicklung ist ein bestehender Bedarf für die Errichtung der betreffenden Strecke. Die mit dem Bedarf verbundenen verkehrlichen und kommunal- bzw. standortpolitischen Ziele eines Vorhabens sollten definiert, städtebauliche Erwägungen mit Blick auf die Auswahl der technischen Lösung und die Zeitplanung (z.B. Ersatz eines Bestandsbauwerks) sollten bereits formuliert sein. Bedarfsfeststellung und Ziele eines Vorhabens sollten vom zuständigen Vertretungsorgan der betreffenden Gebietskörperschaft überdies festgestellt sein.

**Bedarfsfeststellung**

Teil der politischen Willensbildung wird in der Praxis zunächst auch die Entscheidung sein müssen, ob das Vorhaben nach dem F-Modell oder konventionell realisiert werden soll. Angesichts der tatsächlichen Lage der öffentlichen Haushalte ist diese Frage jedenfalls für Vorhaben, die nicht als vordringlicher Bedarf im BVWP ausgewiesen sind, zwar theoretisch. Hier wird der erhoffte „Vorzieheffekt“ einer Realisierung als F-Modell für eine konventionelle Realisierung im praktischen Ergebnis keinen Raum mehr lassen. Auf Basis einer robusten Bedarfsanalyse sollte die Realisierung als F-Modell jedoch vorrangig unter sachlichen Gesichtspunkten die erste Realisierungsoption sein. Wenn diese Option nicht zu tragfähigen Ergebnissen führt, sollte für den Vorhabenträger angesichts der Notwendigkeit einer Problemlösung eine konventionelle Bedarfsdeckung als Alternative in Betracht kommen.

Die politische Willensbildung für ein Vorhaben verschafft ihm Legitimität und grenzt zugleich den Rahmen ab, in welchem die zur Projektentwicklung berufene Stelle im Zuge der Projektentwicklung bis zur Vergabe sowie auch während der Bau- und Betriebsphase die Interessen des Bestellers später vertreten und gestalten darf. Eine eindeutig definierte „politische Geschäftsgrundlage“ für ein Vorhaben, aus der sich auch die Leitlinien zum Verhalten des Konzessionsgebers „in der Krise“ ergeben, ist im Sinne der

**Verschaffen  
politischer  
Legitimität**



Vorhersehbarkeit und Angemessenheit späteren Verwaltungshandelns mit Bezug auf das Vorhaben auch aus Sicht des Privaten unverzichtbar.

An den bisherigen Pilotvorhaben ist erkennbar geworden, dass sich der Konzessionsgeber auf seine Rolle als langjähriger Projektpartner systematisch vorbereiten muss. Der Konzessionsgeber sollte für jede Projektphase eine konkrete Vorstellung zu seinen Zielen und Handlungsmöglichkeiten haben. Er muss sich überdies darauf einstellen, für die Begleitung des Vorhabens langfristig Personalressourcen bereitzustellen. Der Zuschlag auf den obsiegenden Bieter markiert insoweit keinen Projektabschluss, sondern den Start in eine langfristige Partnerschaft, deren Funktionieren maßgeblich von der Kontinuität und Kompetenz der jeweiligen Ansprechpartner abhängt.

**Langfristige  
Partnerschaft**

### **Raumordnung und Linienbestimmung, Verkehrsprognose und technische Machbarkeit**

Nach Bedarfsfeststellung und ggf. strategischer Umweltprüfung sollte die jeweils zuständige Gebietskörperschaft insbesondere im Falle einer Neubaustrecke alle notwendigen Planungsschritte bis zur Linienbestimmung in eigener Verantwortung durchführen (Raumordnungsverfahren, Linienbestimmungsverfahren). In dieser Phase vorzunehmende Verkehrsprognosen sollten methodisch bereits mit Blick auf ihre spätere Eignung als Planungsunterlage für private Bieter ausgelegt sein [z.B. durch Dokumentation von sog. Verkehrsmatrizen unter Angabe von Quell- und Zielstandorten sowie durch Analyse der verkehrlichen Belange des Vorhabens im Rahmen des gegebenen Netzes (Ersatzbauwerk: z.B. Herrentunnel) bzw. des entstehenden Netzes (Neubaustrecke: z.B. Warnowquerung), jeweils unter Berücksichtigung auch künftiger Maßnahmen im relevanten Netz, soweit bereits bekannt oder auch nur in Erwägung gezogen].

Entsprechendes gilt für Fragen der technischen Machbarkeit, die sich bei der Ermittlung der sog. Vorzugslinie sowie beim Variantenvergleich in Vorbereitung des Verfahrens zur Linienbestimmung stellen. Baugrunduntersuchungen und Standfestigkeitsprüfungen etc. aus diesen Planungsphasen müssen methodisch über jeden Zweifel erhaben sein und

**Qualität der  
Voruntersuchungen**

etwaige Herstellungsrisiken, Kostenerhöhungsrisiken und Verzögerungsrisiken bereits aufzeigen.

#### **4.1.1.1 Technische Lösung, Lösungsart und Planreife**

Der Besteller sollte die technische Lösung (Brücke vs. Tunnel) für seinen Bedarf bei gegebener Linienbestimmung in der Regel selbst bestimmen und bis zur Planfeststellungsreife ausdifferenzieren. Weder ein Ideenwettbewerb noch ein wettbewerblicher Dialog in Bezug auf die technische Lösung bieten – abgesehen von engen Ausnahmefällen – eine Garantie für einen erfolgreichen Projektzuschnitt, sondern müssen die mit ihnen verbundenen Zusatzkosten vor dem Hintergrund der an den Pilotvorhaben abzulesenden Mautsensibilität der Nutzer durch die Erschließung von Kostenvorteilen mindestens in Höhe der zusätzlichen Planungskosten rechtfertigen.

Steht die technische Lösung für ein Vorhaben etwa aufgrund städtebaulicher Belange oder angesichts der tatsächlichen Gegebenheiten fest, sollte der Besteller unter Einbeziehung von Baugrundanalysen die in Betracht kommende Lösungsart (z.B. Schildvortriebstunnel, Absenktunnel, Deckeltunnel) einschließlich der optimalen Streckenlänge durch eine Machbarkeitsstudie bestimmen bzw. durch Einbindung externen Sachverständigen bestimmen lassen. Nur wenn sich die Lösungsart nicht mit hinreichender Sicherheit auf eine bestimmte Variante (z.B. Schildvortriebstunnel) verdichten lässt, sollte insoweit das Konzept des Ideenwettbewerbs aufgegriffen werden. Für innovative Lösungsansätze von Privaten bietet die konkrete Ausführungslösung Raum (z.B. Gründungstechniken, Bauverfahren).

**„Ideenwettbewerb“  
als Ausnahme**

#### **Wirtschaftlichkeitsuntersuchung**

Das Instrument der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ist in den letzten Jahren insbesondere im Zuge der Implementierung von PPP im Öffentlichen Hochbau diskutiert und ausgestaltet worden.<sup>61</sup> Funktionell wird die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung dabei als Management- und Entscheidungsinstrument zur Unterstützung von Projektentwicklung,

**WU als  
Management-  
instrument**

---

<sup>61</sup> Vgl. Hochbaugutachten, Leistungsteil III. Ausführlich auch die Darstellung von *Weber/Moß/Parzych*, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, in: *Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann* (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, München 2006, S. 499 ff.

Projektstrukturierung, Vergabe und Vertragsbegleitung verstanden. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nicht nur Aussagen zur zeitpunktbezogenen Maßnahme- und Vollzugswirtschaftlichkeit eines Vorhabens hervorbringen sollte, wie es dem traditionellen Verständnis der haushaltsrechtlichen Regelungen des Bundes und der Länder sowie des Gemeindehaushaltsrechts entsprechen würde. Als strukturierter Prozess zur schrittweisen Entwicklung von Vorhaben soll die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vielmehr Entscheidungshilfen sowohl zur bevorzugten Beschaffungsform (konventionell vs. PPP) als auch zur Strukturierung eines Vorhabens geben können.

Wenn auch die haushaltsrechtliche Ausgangssituation für Vorhaben nach dem FStrPrivFinG in Bezug auf die Verpflichtungen zum Wirtschaftlichkeitsnachweis einige modelltypische Besonderheiten aufweisen mag,<sup>62</sup> ist die Übernahme des Projektentwicklungsgedankens für Vorhaben nach dem FStrPrivFinG empfehlenswert. Instrumentell ist hier die Durchführung einer speziell auf F-Modelle auszurichtenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung angezeigt, in deren Rahmen für ein konkretes Vorhaben zunächst ein F-Modell-Eignungstest und sodann eine Machbarkeitsstudie vorzunehmen ist.

Die wirtschaftliche Tragfähigkeit von Vorhaben nach dem FStrPrivFinG ist in hohem Maße abhängig vom relevanten Verkehrsnetz (Ausweichverkehre) und dessen künftiger Entwicklung. Weiter refinanzieren sich F-Modelle aus abgeleiteter Nachfrage, das Geschäftsmodell ist stark öffentlich-rechtlich determiniert, und der Konzessionsgeber wird namentlich in der

**F-Modell-  
Eignungstest**

---

<sup>62</sup> Der haushaltsrechtliche Legitimationsbedarf für die Durchführung einer Maßnahme als F-Modell dürfte sich vom Legitimationsbedarf von Ausbaumaßnahmen auf der Grundlage des A-Modells vor allem dadurch unterscheiden, dass das Vorhaben nach dem FStrPrivFinG im Wesentlichen mit haushaltsexternen Mitteln finanziert wird, nämlich durch den Nutzer, der eine Mautgebühr entrichtet. Haushaltsmittel für Zweckausgaben werden durch F-Modelle lediglich im Umfang der bereitgestellten Ergänzungsfinanzierung gebunden. Aus der Logik des F-Modells folgt zudem, dass sich ein F-Modell-Vorhaben nicht eigens gegen eine konventionelle Beschaffungsvariante „durchsetzen“ muss. Vielmehr kann der Straßenbulasträger ausweislich von § 1 Abs.1 FStrPrivFinG zur Verstärkung von Investitionen in das Bundesfernstraßennetz Privaten Aufgaben des Neu- und Ausbaus von Bundesfernstraßen auf der Grundlage einer Mautgebührenfinanzierung zur Ausführung übertragen, ohne dass er vom Gesetzgeber dabei auf einen vorhabenbezogenen Beschaffungsvariantenvergleich verpflichtet wurde. Ungeachtet dessen wird der Straßenbulasträger schlichtweg unwirtschaftliche (= nicht tragfähige) Maßnahmen nach dem FStrPrivFinG nicht initiieren dürfen.

Betriebsphase kommunal- und/oder verkehrspolitische Belange einer speziellen Benutzerfinanzierung zu vertreten haben. Bei diesen Rahmenbedingungen stellt ein Vorhaben nach dem FStrPrivFinG eine große Herausforderung dar. Ob ein konkretes Vorhaben geeignet ist, nach dem F-Modell entwickelt und realisiert zu werden, ist somit im Einzelfall zu prüfen. Der potenzielle Besteller muss sich fragen, ob er die notwendigen Rahmenbedingungen für ein Vorhaben bereitstellen kann und will. Für diese und andere Fragen ist das Vorhaben einem F-Modell-Eignungstest zu unterziehen.

In dieser Frühphase der Projektentwicklung sollte der Eignungstest noch auf relativ abstrakter Ebene und unter Verwendung qualitativer Kriterien erfolgen [z.B. strategisches Beschaffungsziel des Vorhabens, etwaige Vordispositionen im Hinblick auf eine technische Lösung, Baugrundfragen, Anforderungen an den Betrieb, Verkehrserwartungen, Verkehrsnetz, Risiken, lokale Rahmenbedingungen (Politik), Projektorganisation]. Schwerpunkte des F-Modell-Eignungstests sollten projektindividuell bestimmt werden. Die Bewertung des Vorhabens sollte in Berichtsform dokumentiert werden und in eine klare Empfehlung zur weiteren Projektentwicklung münden (Positiv-Indikation, Projektstopp). Im Falle einer positiven Projektentwicklungsempfehlung schließt sich die Machbarkeitsstudie als weiterer Baustein der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung an.

Ziel einer Machbarkeitsstudie (im engeren Sinne) ist es, die Rahmenbedingungen aufzuzeigen, unter denen ein Vorhaben aus technischer, planerischer, wirtschaftlicher, rechtlicher und finanzieller Sicht auf Grundlage einer Projektfinanzierung tragfähig und realisierbar ist. Die projektspezifischen Sensitivitätsparameter sind zu identifizieren und zu wirtschaftlich notwendigen Eckpunkten der Projektrealisierung zu verdichten. Die Sensitivitätsparameter sind dabei in Szenarien zusammenzuführen, um ein möglichst belastbares Gesamtbild des Projektes entstehen zu lassen. Anhand der Szenarien kann der zuständige Straßenbaulastträger Maßnahmen einer tragfähigkeitsorientierten Risikointervention definieren und unter Nutzung der hierzu bestehenden Spielräume ein Geschäftsmodell entwickeln (z.B. Konzessionslaufzeit,

**F-Modell-  
Machbarkeit**

Mindestbarwertkonzept, Ausgestaltung einer etwa notwendigen Ergänzungsfinanzierung, anreizregulierende Elemente). Der spezifische Tragfähigkeitsbeitrag dieser Ansatzpunkte kann in einem wettbewerblichen Dialog erörtert und anschließend zu einem Geschäftsmodell verdichtet werden, auf das im Anschluss zu bieten ist.

Der Beitrag einer Machbarkeitsstudie zur Identifizierung der projektspezifischen Erfolgskriterien eines Vorhabens hängt im Wesentlichen davon ab, wie gut im Einzelfall die Überwindung des Zielkonfliktes zwischen hoher Beratungsintensität einerseits und Knappheit an Entwicklungsmitteln andererseits gelingt. Die Erfahrungen in den Pilotvorhaben unterstreichen den für F-Modelle nahezu tautologischen Befund, dass der Analyse und Prognose der verkehrlichen Belange eines Vorhabens allergrößte Priorität beizumessen ist (Netzeffekte, Nachfrageverteilung zwischen überregionalen, regionalen und lokalen Verkehren, etc.).

Die Ergebnisse der Machbarkeitsstudie sind bezüglich der Eckparameter und Szenarien stets mit den Beteiligten zurückzukoppeln. So ist die Politik über die Entwicklung relevanter Parameter ebenso zu informieren wie die Verwaltungen in Bund und Ländern bzw. städtischer Baulastträger. Auf diese Weise dient die Machbarkeitsstudie der Vorbereitung einer politischen Geschäftsgrundlage für das betreffende Vorhaben und einer Willensbildung über die Bereitschaft zur Herstellung machbarkeitsrelevanter Rahmenbedingungen (Risikointervention). Je nach Größe und Tragweite des Projektes kann eine Machbarkeitsstudie auch mit potentiellen privaten Interessenten wie bspw. Banken, Bauindustrie oder Investoren rückgekoppelt werden.

Auf die besondere Bedeutung belastbarer Verkehrs- und Erlösprognosen für eine Projektentwicklung ist bereits hingewiesen worden. Demnach sollten Machbarkeitsstudien hier einen Schwerpunkt haben. Im Rahmen von sog. Case Studies hat Standard & Poor's<sup>63</sup> eine Reihe von PPP-Projekten mit Nachfragerisiko anhand einer eigens entwickelten Methode untersucht und auf Eintrittswahrscheinlichkeit der prognostizierten Verkehrsströme geprüft. Die Methodik differenziert nach Projektmerkmalen und einem „Traffic Risk

**Bedeutung der Verkehrsprognose**

**„Politische Geschäftsgrundlage“**

**Insbesondere: Erlösprognosen**

---

<sup>63</sup> Infrastructure Finance; Traffic Risk in start-up Toll Facilities; September 2002.

Index“ und verknüpft diese in einer Matrix. Anhand differenzierter Projektmerkmale lassen sich spezifische Risikopositionen herausarbeiten und anhand des Index bewerten.

Von besonderer Bedeutung bei der Erarbeitung der Verkehrsprognose ist eine verlässliche Prognose der Verkehrsmenge zu Beginn des Projektes. In dieser so genannten „Ramp-Up“-Phase ist für die Nutzer die Verkehrsführung typischerweise ebenso neu wie die Tatsache, dass für die Nutzung ein Preis zu entrichten ist. Dies führt zu niedrigeren Verkehrsmengen in den ersten Betriebsjahren.

Bei der Ermittlung des Erlöspotentials ist dies zu berücksichtigen. In einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für ein TEN-fähiges Vorhaben ist die Verfügbarkeit von Garantieinstrumenten zu prüfen, welche die EU-Kommission derzeit namentlich für die Ramp-Up-Phase von mautfinanzierten Projekten vorbereitet.

### **Vergabeverfahren**

Für nach den Anregungen des Sachstandsberichts entwickelte Vorhaben ist das Vergabeverfahren des wettbewerblichen Dialogs gemäß § 6a VgV gegeben. Das gilt unabhängig davon, ob der Besteller eines Vorhabens die Vergabe noch vor Planfeststellung („Ideenwettbewerb“) oder erst nach Vorliegen eines Planfeststellungsbeschlusses eröffnet („konventionelle Planung“). Auch letzterenfalls verbleiben hinsichtlich der ökonomischen Ausgestaltung eines Vorhabens noch so viele Spielräume, dass ein Dialog darüber erforderlich ist, welche wirtschaftlichen Variablen einer ggf. nachfolgenden Angebotslegung im Einzelnen zugrunde gelegt werden können bzw. sollten. Erst nach Abschluss des Dialogs werden die finanziellen und rechtlichen Rahmenbedingungen der Beschaffung sodann hinreichend bestimmt angegeben werden können (§ 6a Abs.1 Nr. 2 VgV).

Sollte die Straßenbauverwaltung etwa erwägen, Ergänzungsfinanzierungen bedarfsweise mit Verfügbarkeitselementen auszugestalten oder als Unterdeckungsreserve für Verkehrsminderungen zur Verfügung zu stellen, so stünden für die Themenkomplexe „Verkehrsrisiko“ und „Risikozuschlag“ so unterschiedliche Lösungswege offen, dass ein vorhabensbezogener Dialog zur Ausgestaltung der Abrufbedingungen für eine

**Ökonomische  
Komplexität  
eines F-Modells**

**Mögliche  
Dialogthemen**

Ergänzungsfinanzierung angezeigt sein kann, auch um dadurch die effizienteste Bereitstellungsform für eine Ergänzungsfinanzierung zu ermitteln (Relevanz der konkreten Ausgestaltungsform für Risikokosten und Risikozuschlag). Weiterer Dialoggegenstand können die Dauer der Konzessionslaufzeit oder die Vergabe auf der Grundlage von Mindestbarwertgeboten bei betragsmäßig fixierter Maximalmaut sein. Entsprechendes gilt für den Einsatz anreizregulierender Vertragsstrukturen. Jedenfalls solange die Straßenbauverwaltungen noch nicht selbst über Benchmarkmaterial verfügen, an das sie die Qualitäts- und Kostenentwicklung in einem Vorhaben nach dem FStrPrivFinG binden können, ist es namentlich in Zusammenhang mit „Lebensdauerkonzessionen“ zweckmäßig, die Verfügbarkeit von Benchmarks und die Bereitschaft von Privaten, sich an dem Erreichen bestimmter Zielvorgaben messen zu lassen, vorab im Dialog zu erörtern.

Mit den genannten Parametern stehen dem Besteller mehrere „Stellschrauben“ zur Strukturierung eines Vorhabens mit je unmittelbaren Folgen für die finanziellen und rechtlichen Bereitstellungsbedingungen zur Verfügung. Diese Beschaffungssituation hat ein Maß an Komplexität, dessen unmittelbare Folge die mangelnde Bestimmbarkeit jedenfalls der finanziellen, aber auch der rechtlichen Realisationsbedingungen eines Vorhabens ist. In dieser Situation kann die Verfahrensart des wettbewerblichen Dialogs dazu dienen, die möglichen Spielarten der Projektstrukturierung noch vor Angebotsaufforderung in einem dialogischen Verfahren auf eine bestimmte Strukturierung zu verdichten, d.h. das sog. Geschäftsmodell für ein bestimmtes Vorhaben in rechtlicher und/oder finanzieller Hinsicht in einer Weise zu konkretisieren, welche im Anschluss an die Dialogphase die Vorlage verbindlicher Angebote zur Umsetzung des Vorhabens erlaubt. Mit den gesetzlichen Maßgaben zur Durchführung des wettbewerblichen Dialogs ist es dabei auch vereinbar, wenn der Straßenbaulastträger - nach entsprechender Vorankündigung in der sog. Verfahrensbeschreibung - das in Frage kommende Geschäftsmodell nach Abschluss der Dialogphase offenlegt und anschließend *alle* Dialogteilnehmer auf dieses Geschäftsmodell bieten („Einheitslösung“).

**Fixierung des  
spezifischen  
Geschäftsmodells**

Gestaltungsfragen wie die Vorzugswürdigkeit einer linearen oder parallelen Verhandlungsstrategie stellen sich auf der Grundlage eines auf eine „Einheitslösung“ gerichteten wettbewerblichen Dialogs nicht mehr. Nach Abschluss der Dialogphase spiegelt insbesondere der der Angebotslegung zugrunde zu legende Konzessionsvertrag genau diejenige Risiko- und Kostenverteilung wider, die der in der Dialogphase gefundenen Lösung entspricht. Gerade bei einer derartigen Verdichtung der finanziellen und rechtlichen Rahmenbedingungen auf *ein* Geschäftsmodell im Wege des Dialogs erscheint es folgerichtig, dass der Gesetzgeber die anschließende Angebotsphase vergleichbar der beschränkten Ausschreibung ausgestaltet, indem der staatliche Auftraggeber zwar noch Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen zu den Angeboten verlangen kann, eine Änderung der grundlegenden Elemente des Angebotes aber nicht mehr zulässig ist (vgl. § 6a Abs.5 S.4 und 5, Abs.6 S.3 VgV einerseits und § 24 Nr. 1 Abs.1, Nr.3 VOB/A andererseits). Auf dieser Grundlage besteht für Parallelverhandlungen, etwa über die Risiko- und Kostenverteilung nach dem Konzessionsvertrag, während der Angebotsphase kein Raum mehr. Für den öffentlichen Auftraggeber wird die Angebotsbewertung dadurch insofern erleichtert, als eine „Risikoadjustierung“ im Rahmen des Angebotsvergleichs entbehrlich wird.

In welcher Form der Markt für einen Dialog mit dem öffentlichen Auftraggeber bereitsteht, hängt von der verfahrensmäßigen Gestaltung des Dialogs im Einzelfall und insofern auch davon ab, ob berechnete Bieterinteressen namentlich im Hinblick auf die Vertraulichkeit von Lösungsvorschlägen angemessen berücksichtigt werden. Insofern mag die Bereitschaft des Marktes zur Teilnahme an einem Verfahren, das auf eine „Einheitslösung“ gerichtet ist, bei der Suche nach einer rechtlich-finanziellen Lösung für ein Vorhaben ausgeprägter sein als bei der Suche nach den technischen Mitteln einer Beschaffung (Know How-Schutz). Aus Bietersicht wird für die Vergabe von PPP-Vorhaben ferner gefordert, von Bieterseite nicht zu früh verbindliche Finanzierungszusagen der sie begleitenden Eigenkapitalinvestoren und Banken zu verlangen. Beruht die Vergabe eines Vorhabens auf einem wettbewerblichen Dialog, so wird man dieser Anforderung dadurch gerecht werden können, dass zum Nachweis

**Interessen von  
Bieterseite**



von Eignung und Befähigung der für den Dialog auszuwählenden Teilnehmer lediglich indikative Finanzierungszusagen gefordert werden, um in dieser Phase die Kosten einer Due Diligence der Kapitalgeber auf ein Mindestmass zu reduzieren. Bevor zu den in Betracht kommenden Dialogthemen eine „Lösung“ im Sinne von § 6a Abs.1 Nr.2 VgV vorliegt, stünde die Abforderung einer verbindlichen Finanzierungszusage in dieser Phase ohnehin der Gefahr einer diskriminierenden Zugangsbeschränkung. Eine verbindliche Finanzierungszusage wäre im Verfahren des wettbewerblichen Dialogs jedoch in Vorbereitung der sich an die Dialogphase anschließenden Angebotsabgabe zu fordern. Die Transaktionskosten hinsichtlich der Finanzierung können für Bieter in dieser Phase noch dadurch reduziert werden, dass der verbindliche Nachweis einer für Vorhaben nach dem F-Modell in aller Regel notwendigen Zinssicherung nur vom schließlich obsiegenden Bieter verlangt wird. Zu diesem Zweck wäre den zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bietern eine Zinsstrukturkurve vorzugeben, auf der jeder Bieter „seinen“ Zinssatz als Grundlage für die Angebotsbewertung angibt.

Der mögliche Ablauf eines wettbewerblichen Dialogs ist schematisch in Anlage 1 abgebildet.

### **Vertragsmanagement**

Das Vertragscontrolling für schließlich vergebene Konzessionen sollte auf der gegebenen politischen Geschäftsgrundlage für das Vorhaben weitgehend „operativ“ durchgeführt werden können. Ausreichende Personalressourcen sind kontinuierlich bereitzustellen. Für die Vertragsdurchführung sind vorab – schon vor der Vergabe - hinreichend flexible Anpassungstatbestände zu definieren und mit Vertragsschluss politisch bereits so weit zu legitimieren, dass wesentliche Rückkopplungsprozesse zur Politik in der Betriebsphase entbehrlich werden. Vertragliche „Steuerungskomitees“ sollten ständig arbeitsfähig sein (ggf. durch Einberufung einer ständigen „operativen“ Arbeitsgruppe) und prohibitiven Einberufungsprozeduren nicht unterliegen.

#### **4.3.7 Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen für Begründung und Änderung (Anpassung) des Refinanzierungsregimes**

Um die praktische Anwendung des FStrPrivFinG hinsichtlich der Etablierung des Refinanzierungsregimes dem gesetzlichen Leitbild eines weitestgehenden Rechtsvollzuges anzupassen, empfiehlt sich der Erlass einer Mautbemessungs- und –kalkulationsverordnung gemäß § 4 FStrPrivFinG.

**Ziel eines  
bloßen  
Rechtsvollzugs**

Der Erlass einer Mautbemessungs- und –kalkulationsverordnung gemäß § 4 FStrPrivFinG ist notwendiger Ergänzungsschritt zur Etablierung der vom FStrPrivFinG intendierten Rollenverteilung zwischen Privatem und mautfestsetzender bzw. genehmigender Stelle. Nach der Grundkonzeption des FStrPrivFinG ist das Mautfestsetzungsverfahren jedenfalls für den Typ Gebühr weitestgehend durch den Antrag des Privaten bestimmt. Auch wenn sich bei der Bestimmung der Mautgebühr vom Typ „privatrechtliches Entgelt“ durch die Geltung der verwaltungsverfahrenrechtlichen Bestimmungen im Grundsatz mehr Einflussmöglichkeiten für die Genehmigungsbehörde ergeben, folgt aus der Grundkonzeption des FStrPrivFinG, dass die Rolle der Genehmigungsbehörde hier ebenfalls auf die bloße Rechtskontrolle des vom Privaten gestellten Mautantrags beschränkt ist. Damit die Mautantragsprüfung der zuständigen Behörden in Zukunft weitestgehend auf den Vollzug eines sachlich-rechtlich zulässigen und gerechtfertigten Mautantrags reduziert werden kann (Senkung von Transaktionskosten), sollten die Privaten die für Mautbemessung und -kalkulation zur Anwendung kommenden Maßgaben weitestgehend antizipieren können, und sind die aus dem Gesetzestext folgenden Spielräume in der Rechtsanwendung mit zunehmendem Erfahrungsfortschritt weiter zu verdichten bzw. kenntlich zu machen. Geeignetes Mittel hierzu ist der Erlass einer Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung, welche die gesetzlichen Maßstäbe konkretisiert und Rechtsunsicherheiten vermeidet. Insoweit kann der Erlass einer Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung auch einen Beitrag zur bundeseinheitlichen Anwendung des FStrPrivFinG durch die seit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz („ÖPP I“) für Mautfestsetzung und Entgeltgenehmigung zuständigen Länder leisten.

**Mautbemessungs-  
und –kalkulations-  
Verordnung als  
zusätzlicher  
Maßstab des  
Rechtsvollzugs**

Im Einzelnen empfehlen sich für eine Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung klarstellende Erläuterungen zu Inhalt und Grenzen zentraler Gebührenmaßstäbe gemäß § 3 Abs.2 bis 5 FStrPrivFinG, Erläuterungen zu einzelnen Arten umlagefähiger Kosten, weiterhin Erläuterungen zu den zulässigen Arten der Mautberechnung sowie Erläuterungen zu den gegebenen Bindungen und Spielräumen der Gebührendifferenzierung. Hierfür in Betracht kommende Regelungsgegenstände sind der Anlage 2 zu entnehmen.

**Umlagefähige  
Kosten**

Um für künftige Mautantragsteller einen eindeutigen Wertungsrahmen vorzugeben, empfiehlt es sich weiter, in der Mautfestsetzungspraxis aufgetretene Zweifelsfälle zur Umlagefähigkeit von Kosten zu erläutern, auch um hierdurch Vergleichsmaßstäbe im Sinne einer Falltypologie zu umschreiben. Den Konzessionsparteien mögen diese Maßstäbe dabei auch als Richtschnur zur Herstellung tragfähiger Voraussetzungen für Betreibermodelle nach dem F-Modell dienen. Das trifft z.B. zu auf umlagefähige Kosten des Konzessionsgebers (Anlaufkosten), auch unter Berücksichtigung von Regelungen im Konzessionsvertrag; Entschädigungszahlungen an unterlegene Bieter; Kosten von Bauwerken, die nicht oder nur teilweise von Tunnelnutzern genutzt werden und die auch nicht in Verbindung zur Mauterhebung stehen; Behandlung von Nachträgen; Art der zulässigen Inflationierung.

Für den Privaten sind des weiteren Aussagen zur zeitlichen Zuordnung von Kosten auf einzelne Mautberechnungsperioden von elementarem Interesse. Um die zulässigen Gestaltungsparameter zur Bestimmung von Anfangs- und Endmaut zu verdeutlichen, sollten Grundsätze zur Mautberechnung aufgestellt werden, welche die aus der Praxis bekannten Methoden der „statischen“ und der „dynamischen“ Mautberechnung aufgreifen und deren jeweilige Grenzen bestimmen. Angesprochen sind hier die mit dem FStrPrivFinG zu vereinbarenden Spielräume für Ausnahmen vom strikten Periodenbezug von Kosten durch Zurechnung bestimmter Kosten auf die gesamte Konzessionsdauer („Totalperiode“), wie sie im Bereich der Risikokosten (Eigenkapitalverzinsung) praktiziert wird und durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz 2005 mit § 3 Abs.4 S.3 FStrPrivFinG auch Gesetz wurde. Umfang und Grenzen erlaubter Kompensationen von

**Periodenbezug  
von Kosten**

Anfangsverlusten durch die spätere Erhöhung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung im Zuge eines „intertemporalen Verlustausgleichs“ oder einer „Kostenaufholung“ sind ebenso zu bestimmen wie Einzelheiten zur Bemessung des „eingesetzten Eigenkapitals“ im Projektverlauf gemäß § 3 Abs.4 S.3 FStrPrivFinG. In einer Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung sollten ferner mit dem FStrPrivFinG zu vereinbarende Formen der Zurechnung sog. laufzeitüberschießender Abschreibungen oder von Instandsetzungsaufwendungen auf Perioden aufgezeigt werden. Entsprechende Aussagen sollten einerseits hinreichend bestimmt sein, damit der Private die Rechtsanwendung durch Verordnungsgeber und Genehmigungsbehörde vorhersehen kann, und dem Privaten andererseits noch Gestaltungsmöglichkeiten belassen.

Die Mautgebühr ist neben einer möglichen Ergänzungsfinanzierung das zentrale Instrument, mit dem der Betreiber eines F-Modells seine Investitionskosten refinanzieren kann bzw. muss. Insofern ist es für ihn von besonderer Bedeutung, dass er dieses Instrument mit einer solchen Flexibilität einsetzen kann, dass das Refinanzierungsrisiko so weit wie möglich reduziert wird. Die diesbezüglichen Spielräume sind unter Bezugnahme auf die von der Praxis hervorgebrachten Konzepte einer sog. Durchschnittsreferenzmaut, Maximalmaut, Nutzenmaut oder auch einer sog. umsatzoptimalen Maut darzustellen.

Der zulässige Rahmen entsprechender Gestaltungen leitet sich aus dem Umstand ab, dass der Gebührenschuldner Abgabenlasten nur unter Einhaltung rechtsstaatlicher Mindestbedingungen dulden muss, wozu u.a. Vorhersehbarkeit und Bestimmbarkeit von Abgabelasten gehören. Die notwendige Tatbestandsmäßigkeit der Abgabebelastung erlaubt es nicht, die Festlegung von Tarifen im Sinne flexibler Marktpreise zur Disposition des Privaten zu stellen. Diese Bindung gilt für Mautgebühren vom Typ „Gebühr“ wie für Mautgebühren vom Typ „Entgelt“ gleichermaßen. Für an Akzeptanzgesichtspunkten orientierte Kalküle einer Mauthöhebestimmung unterhalb der rechtlich zulässigen Mautgebührenhöhe („umsatzoptimale Maut“) verbleibt in diesem Rahmen noch Raum. Die Eckpunkte zulässiger Gestaltungen sowie ihrer Bezüge zu den mit dem FStrPrivFinG zu vereinbarenden Mautberechnungsarten („Verlustausgleich“) sind zu

**Notwendige  
Bestimmtheit von  
Mauttarifen**

bestimmen. Weiterhin könnte der Verordnungsgeber die im Gesetz angelegte Offenheit in der Wahl des Mautdifferenzierungskriteriums gemäß § 3 Abs. 2 Satz 3 durch Nennung möglicher weiterer Kriterien beispielhaft konkretisieren.

Im Rahmen der rechtlichen Grenzen der Ermächtigungsgrundlage des § 4 FStrPrivFinG sollten zudem Hinweise auf die im Rahmen von Mautanträgen notwendigen Darlegungen des Privaten in die Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung aufgenommen werden. Entsprechende Hinweise sind ebenfalls in Anlage 2 abgebildet.

**Verfahren der  
Mauthöhe-  
bestimmung**

Nähere Bestimmungen über das Verfahren der Mautantragsprüfung sind jedenfalls insoweit mit § 4 FStrPrivFinG vereinbar, als sie den Nachweis und die Dokumentation einer Bemessung von Mautgebühren sowie der Kalkulation des Gebührensatzes im Einzelfall betreffen. Zweck der Ermächtigung des § 4 FStrPrivFinG ist es, zu den in § 3 Abs.2 bis 5 enthaltenen Maßstäben betreffend die Gebührenbemessung und -kalkulation nähere Einzelheiten zu bestimmen. Mit diesem Ermächtigungszweck, aus dem Inhalt und Ausmaß der Verordnungsermächtigung vorrangig abzuleiten sind, eng verbunden sind Bestimmungen zu der Frage, wie die in § 3 Abs. 2 bis 5 FStrPrivFinG mitunter enthaltenen Maßstäbe darzulegen sind (Sachzusammenhang). Auch wenn Bestimmungen über den Nachweis und die Darlegung von Kalkulationsansätzen streng genommen im Einzugsbereich der §§ 5, 6 FStrPrivFinG liegen, zu denen das Gesetz eine Verordnungsermächtigung gerade nicht vorsieht, würden sich Bestimmungen betreffend den Nachweis von Kalkulationsansätzen durch den Privaten doch im Rahmen der vom FStrPrivFinG vorausgesetzten Kontrolle von Mautgebührenkalkulationen im Wege sog. nachvollziehender Verwaltung bewegen (Art. 80 GG). Das FStrPrivFinG geht insoweit von einer umfassenden Darlegungslast des Privaten aus. Eine zusätzliche, dem FStrPrivFinG ansonsten fremde Eingriffsqualität käme der ordnungsmäßigen Bestimmung von Grundzügen zur Dokumentation und Nachweisführung somit nicht zu. Sie würde im Gegenteil dazu beitragen, das auch von § 4 FStrPrivFinG bezweckte Ziel zu fördern, nämlich die Voraussetzungen für eine rechtssichere Beurteilung von

Mautgebührenkalkulationen zu schaffen und Rechtsunsicherheiten zu beseitigen.

## Anlage 1

### Mögliche Durchführung eines wettbewerblichen Dialogs

Der wettbewerbliche Dialog nach § 101 Abs. 5 GWB i.V.m. § 6a VgV findet in mehreren Phasen statt. Die nachfolgend dargestellte Schrittfolge dient der Ermittlung von rechtlich-finanziellen Realisierungsbedingungen für ein Vorhaben. Alternative Gestaltungen eines wettbewerblichen Dialogs sind möglich.

- Bestimmung und Dokumentation des zulässigen Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber;
- Europaweite Bekanntmachung der Bedürfnisse, der Zuschlagskriterien und der beabsichtigten Durchführung des Verfahrens durch den Auftraggeber (§ 6a Abs. 2 VgV); dabei Beschreibung des Verfahrens, namentlich auch Ankündigung einer geplanten Offenlegung der für die Angebotsabgabe nach Abschluss der Dialogphase zugrunde zu legenden rechtlichen und/oder finanziellen Bedingungen;
- Vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb zur Ermittlung geeigneter Unternehmen;
- Auswahl der zum wettbewerblichen Dialog aufzufordernden Unternehmen;
- Eröffnung des wettbewerblichen Dialogs mit ausgewählten Unternehmen zur Ermittlung des Beschaffungsbedarfs (§ 6a Abs. 3 VgV);
- Dialog, ggf. in mehreren aufeinanderfolgenden Dialogphasen, um mit dem Markt die rechtlichen und/oder finanziellen Bedingungen zu eruieren, unter denen eine tragfähige Vorhabensrealisierung zu erwarten ist. In Betracht kommen die für weiterentwickelte F-Modelle nach dem Sachstandsbericht empfohlenen „Stellschrauben“, im Wesentlichen also die Variablen „Ausgestaltung einer Ergänzungsfinanzierung“ und „Bindung einer Ergänzungsfinanzierung an Verkehrsmengen und/oder Verfügbarkeitselemente“, Konzept der Mindestbarwertvergabe bzw.

betragsmäßige Limitierung der Mauthöhe durch den Besteller, Ansatzpunkte für eine Anreizregulierung (Verfügbarkeit und Messbarkeit von Leistungs- bzw. Kostenparametern), Länge der Konzessionslaufzeit und/oder sonstige notwendige Maßnahmen der Projektstrukturierung (z.B. Bemaßung von Parallel- und Ausweichstrecken);

- Erklärung des Abschlusses des wettbewerblichen Dialogs, wenn Lösung (= rechtliche und/oder finanzielle Bedingungen = „Geschäftsmodell“) gefunden wurde oder keine Lösung gefunden werden konnte (§ 6a Abs. 5 VgV);
- Information über Ende des Dialogs an die beteiligten Unternehmen, ggf. zugleich mit der Aufforderung, endgültige Angebote nach Maßgabe der in der Dialogphase gefundenen Lösung (Geschäftsmodell) einzureichen (§ 6a Abs. 5 VgV), nunmehr mit entsprechender Finanzierungszusage der den Bieter begleitenden Eigenkapitalinvestoren und Banken;
- Wertung der Angebote nach den Zuschlagskriterien und Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes (§ 6a Abs. 6 VgV);
- Mitteilung nach § 13 VgV;
- Zuschlag nach Ablauf der Frist des § 13 S. 2 VgV;
- ggf. angemessene Entschädigung der am wettbewerblichen Dialog teilnehmenden Unternehmen, die den Zuschlag nicht erhalten haben (§ 6a Abs. 7 VgV).



## Anlage 2

### Regelungsgegenstände einer Mautbemessungs- und –kalkulationsverordnung

#### 1. Gebührenmaßstäbe gemäß § 3 Abs.2 bis 5 FStrPrivFinG

a) In einer Mautbemessungs- und -kalkulationsverordnung gemäß § 4 FStrPrivFinG sind u.a. begrifflich zu präzisieren:

- Funktion und Aufgabe eines „projektangemessenen Unternehmergewins“ im Verhältnis zur Eigenkapitalverzinsung, Umschreibung der aus gebührenrechtlicher Sicht regelmäßig notwendigen Voraussetzungen für die zusätzliche Anerkennung eines projektangemessenen Unternehmergewins (z.B. Anreizgewinn)
- Aufwendungen / Kosten
- Grundkosten
- kalkulatorische Kosten
- kalkulatorische Zinsen
- eingesetztes Eigenkapital
- kalkulatorische Wagnisse
- Kostenunter-/ -überdeckung
- rechtzeitiger und angemessener Ausgleich von Kostenüber-/ -unterdeckungen

## Anlage 2, Fortsetzung

### b) Kriterien zur Umlagefähigkeit von Kosten, z.B. betreffend

- Anlaufkosten
- Kosten von Vorleistungen des Konzessionsgebers
- Kosten einbindender Infrastruktur
- Entschädigungszahlungen an unterlegene Bieter
- Art der zulässigen Inflationierung.

### c) Erläuterungen zur Mautberechnung und zum Periodenbezug von Kosten

- Periodenbezug von Kosten und Ausnahmetatbestände
- Zulässigkeit und Grenzen von Konzepten der sog. Kostenaufholung
- Reichweite und Grenzen einer Variierung der Eigenkapitalverzinsung gemäß § 3 Abs.4 S.3 FStrPrivFinG
- Zulässigkeit und Grenzen von Konzepten für eine flexibilisierte „Preisbildung“ (sog. umsatzmaximale Maut, Durchschnittsreferenzmaut pp.)

## 2. Hinweise zur Dokumentation von Mautanträgen

- Auflistung von Bestandteilen des Mautantrages, z.B.:
  - Lageplan des Bauwerks mit Bezeichnung der relevanten Bauwerksteile
  - Schriftliche Begründung mit Erläuterungen zur Herleitung, Höhe und Berechnung der als mautumlagefähig beantragten Kosten
  - Rechenmodell zur Herleitung der als mautumlagefähig beantragten Kosten, der Mauthöhe und Mautgebührendifferenzierung
  - Textliche Erläuterung des Rechenmodells (Modellbeschreibung)
  - Testierte Jahresabschlüsse der Projektgesellschaft für abgeschlossene Geschäftsjahre
  - Konzessionsvertrag, soweit notwendig auszugsweise sonstige Verträge (Kreditdokumentation)
  - Verkehrsgutachten

- - Nachweis der als umlagefähig beantragten Kostenhöhe:
  - Aufstellung der Finanzierungskosten und -konditionen
  - Eigenkapitalverzinsung
  - ggf. Belege