

TU Berlin | WIP | Sekr. H 33 | Straße des 17. Juni 135 | 10623 Berlin

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Finanzausschuss  
Vorsitzender Thomas Rother  
Postfach 7121

24171 Kiel

Berlin, den 30.09.2015

**Stellungnahme im Rahmen des Antrags „Landesvermögen schützen – unwirtschaftliche öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) verhindern“ / Ihr Schreiben an Herrn Prof. Beckers vom 22.07.2015**

Sehr geehrter Herr Rother,  
sehr geehrte Damen und Herren,

mit Ihrem Schreiben vom 22.07.2015 haben Sie Herrn Prof. Beckers um eine Stellungnahme zum Antrag „Landesvermögen schützen – unwirtschaftliche öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) verhindern“ gebeten. In dem Antrag der Fraktion der PIRATEN (im Weiteren: Antrag) geht es um verschiedene Aspekte mit Bezug zur Beschaffungsvariante ÖPP. Herr Beckers und ich arbeiten zu diesem Themengebiet eng zusammen und da Herr Beckers aufgrund anderer Forschungstätigkeiten sich aktuell nicht mit der Anfrage beschäftigen kann, hat er mich gebeten, die Stellungnahme zu erstellen. Mit diesem Themengebiet haben wir uns in mehreren Forschungsvorhaben sowie Studien beschäftigt und beteiligen uns insofern gerne an der diesbezüglichen (parlamentarischen) Debatte. Dabei können wir hinsichtlich vieler Punkte auf von uns generierte Forschungserkenntnisse zurückgreifen und lassen außerdem (Zwischen-) Ergebnisse aus aktuellen Überlegungen in unsere Stellungnahme einfließen.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Insbesondere haben wir uns im Rahmen der folgenden Studien mit dem Themenkomplex ÖPP und angrenzender Fragen beschäftigt:

- Beckers, T. / Klatt, J. P. (2008): Potenziale und Erfolgsfaktoren des PPP-Ansatzes, Studie im Auftrag der Initiative Finanzstandort Deutschland, Online-Veröffentlichung.

> Seite 1

Fakultät Wirtschaft und  
Management

Fachgebiet Wirtschafts- und  
Infrastrukturpolitik (WIP)

M. Sc. Andrej Ryndin

Sekretariat H 33  
Raum H 3145  
Straße des 17. Juni 135  
10623 Berlin

Telefon (direkt) 030-314-29978  
Telefon (Sekretariat) 030-314-25048  
Telefax 030 314-26934  
anr@wip.tu-berlin.de

## 0 Übergeordnete Vorbemerkungen

Bevor auf die einzelnen Punkte des Antrags eingegangen wird, sollen zunächst übergeordnet die Bedeutung des institutionellen Regelrahmens im öffentlichen Beschaffungswesen sowie ausgewählte Aspekte bei Beschaffungsvarianten thematisiert werden.

Die primäre Funktion institutioneller Regelrahmen im öffentlichen Beschaffungswesen besteht in der Sicherstellung einer Governance-Struktur von Beschaffungsprozessen und -entscheidungen, die opportunistischem Verhalten entgegenwirkt und keine polit-ökonomischen Fehlanreize etabliert. Entscheidungsträger im öffentlichen Sektor (Politik und Verwaltung) sollten in diesem Kontext insbesondere hinsichtlich der Auswahl und Ausgestaltung von Projekten sowie auch beim Entschluss für eine bestimmte Beschaffungsvariante keinerlei systematischen Fehlanreizen unterliegen. Im Endeffekt soll dies zu an Kosteneffizienz (Minimierung des Barwertes der Gesamtkosten aus Sicht der öffentlichen Hand) ausgerichteten Beschaffungen führen, denen unverzerrte Entscheidungen für eine Beschaffungsvariante zur Realisierung von Projekten zu Grunde liegen. Obwohl Interdependenzen zwischen der Projektauswahl / -gestaltung und der Wahl der entsprechenden Beschaffungsvariante bestehen können, liegt der Fokus dieser Stellungnahme gemäß den im Antrag aufgeführten Aspekten ausschließlich auf der Auswahl und Umsetzung der Beschaffungsvariante.

Vor diesem Hintergrund kann als übergeordnetes Ziel des Antrags angesehen werden, Veränderungen am bestehenden institutionellen Regelrahmen vorzunehmen, die eine „faire“ (im Sinne von „frei von Fehlanreizen“) Grundlage für eine an Kosteneffizienz orientierte Auswahl der Beschaffungsvariante bilden. Dies ist von der grundsätzlichen Intention her sehr zu begrüßen.

- 
- Beckers, T. / Brenck, A. / Gehrt, J. / Klatt, J. P. (2008): Rationalität und Ausgestaltung privater Finanzierung in PPP-Projekten, Studie im Auftrag der Initiative Finanzstandort Deutschland (IFD), Online-Veröffentlichung.
  - Beckers, T. / Corneo, G. / Klatt, J. P. / Mühlenkamp, H. (2009): Zeitliche Homogenisierung und Berücksichtigung von Risiko im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, Studie im Auftrag des Bundesrechnungshofs, Online-Veröffentlichung.
  - Beckers, T. / Klatt, J. P. / Maerschalk, G. (2009): Organisationsmodelle für die Produktion und Finanzierung im Bereich der Bundesautobahnen – Eine ökonomische Analyse unter Berücksichtigung ingenieurwissenschaftlicher Erkenntnisse, Studie im Rahmen des von der Verkehrsforschung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWV) geförderten Projektes NEMO-BAB, Online-Veröffentlichung.
  - Beckers, T. / Brenck, A. / Klatt, J. P. / Sommer, H. / Zimmermann, T. (2010): Eignung des PPP-Ansatzes zur Realisierung von Projekten im Bahnsektor sowie zur (Vor-)Finanzierung von ZEB- und Bahn 2030-Projekten, Studie im Auftrag des Schweizerischen Bundesamtes für Verkehr (BAV), Online-Veröffentlichung.
  - Beckers, T. / Wagemann, F. / Ryndin, A. / Klatt, J. P. (2014): Eine (institutionen-)ökonomische Analyse der Kalkulation von Lebenszykluskosten und der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Vorhaben; Endbericht zu dem mit Förderung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) realisierten Forschungsvorhabens „Ermittlung von Lebenszykluskosten und Vergleich verschiedener Beschaffungsvarianten im Hochbau unter Berücksichtigung institutionenökonomischer Erkenntnisse (LV-bau)“, Online-Veröffentlichung.
  - Das noch nicht abgeschlossene, von der Hans-Böckler-Stiftung finanzierte Forschungsvorhaben „Transparenz bei PPP im Infrastrukturbereich – Eine ökonomisch-juristische Analyse“ (zusammen mit Prof. Kühling vom Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht der Universität Regensburg).

Für die Organisation der Leistungserstellung greift die öffentliche Hand im Hoch- und Straßenbau oftmals auf die sogenannte „konventionelle Beschaffungsvariante“ (KBV) zurück. Die KBV zeichnet sich insbesondere durch das „Unbundling“, also die separate Vergabe der Wertschöpfungsstufen (Planung, Bau, Betrieb und Erhalt) bzw. von Leistungen innerhalb der Wertschöpfungsstufen an verschiedene (private) Auftragnehmer, aus. Dabei erfolgt die jeweilige Leistungserstellung im Rahmen von kurzfristigen Verträgen, bei denen für die öffentliche Hand grundsätzlich die Möglichkeit besteht, unterschiedliche Anreizregime zu implementieren. In der KBV-Praxis liegen zentrale Kostenrisiken häufig auf Seiten der öffentlichen Hand, wobei Monitoring-Maßnahmen als Anreiz zur kosteneffizienten Leistungserstellung vorgenommen werden. Das wertschöpfungsstufenübergreifende Management wird von der öffentlichen Hand verantwortet. Im Kontext der KBV ist ferner anzumerken, dass Planung und Betrieb von der öffentlichen Hand (komplett oder zum Teil) in Eigenerstellung erbracht werden (können).

Seit Anfang / Mitte der 2000er Jahre sind sogenannte „Öffentlich-Private Partnerschaften“ (ÖPP) im Bausektor als neue, alternative Beschaffungsvariante eingeführt worden. Aus (institutionen-)ökonomischer Sicht gibt es drei zentrale Merkmale des ÖPP-Ansatzes: Als erstes ist hier der langfristige Vertrag (i. d. R. 20-30 Jahre) zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem privaten Unternehmen als Auftragnehmer zu nennen. Zweitens ist dies das „Bundling“, also die gebündelte Vergabe der Wertschöpfungsstufen an einen privaten Auftragnehmer, der dann auch das wertschöpfungsstufenübergreifende Management durchführt. Das „Bundling“ stellt das konstitutive ökonomische Charakteristikum des ÖPP-Ansatzes dar, wodurch Anreize zur wertschöpfungsstufenübergreifenden Optimierung etabliert werden sollen. Drittens erfolgt bei ÖPP die Übertragung zentraler Kostenrisiken an den privaten Auftragnehmer über die vertraglich vereinbarte Risikoallokation („Festpreisvertrag“). Oftmals wird der ÖPP-Ansatz zudem durch den Einbezug privaten Kapitals (im Sinne einer Vorfinanzierung von Investitionen durch den privaten Auftragnehmer) charakterisiert. Dies stellt aus ökonomischer Sicht allerdings nicht unbedingt ein zentrales ÖPP-Merkmal dar.

Abschließend soll an dieser Stelle auf die Bedeutung von „Input- und Output-Wissen“ im Kontext der beiden Beschaffungsvarianten KBV und ÖPP eingegangen werden. Dabei beschreibt Output-Wissen die Fähigkeit, eine funktionale Leistungsbeschreibung (mit groben Vorgaben für die Leistungserstellung und großem Spielraum für die Auftragnehmer) zu erstellen sowie das Erfüllen der definierten Funktionen überprüfen zu können. Unter Input-Wissen wird hingegen das detaillierte Wissen über den Prozess der Leistungserstellung verstanden, also das Wissen über die Produktionsmittel für die Erbringung der Leistung, die Technik und die (Prozess-)Schritte, was auch den fähigen Umgang mit der Ausgestaltung vorhandener Schnittstellen zwischen Wertschöpfungsstufen impliziert und bei Bedarf auch die Eigenerstellung der Leistung ermöglicht. Bei der Anwendung des KBV-Ansatzes muss der öffentliche Auftraggeber über ausreichend Input-Wissen verfügen, insbesondere um die bei der Entbündelung entstehenden Schnittstellen adäquat zu handhaben. Im Gegensatz dazu braucht die öffentliche Hand beim ÖPP-Ansatz lediglich über „Output-Wissen“ zu verfügen und benötigt nahezu kein „Input-Wissen“.

Im Hoch- und Straßenbau kann davon ausgegangen werden, dass das Input-Wissen weit verbreitet und auch auf Seiten der öffentlichen Hand vorhanden ist.

### 1 ÖPP und Schuldenbremsenregeln

Vorangestellt ist festzustellen, dass Schuldenbremsenregeln als ein Element des institutionellen Regelrahmens anzusehen sind und die Auswahl von Beschaffungsvarianten beeinflussen können. Wie im Antrag beschrieben, generiert die unterschiedliche Anrechnung von privatem im Vergleich zu öffentlichem Kapital bei (öffentlichen) Beschaffungsvorhaben im Kontext von Schuldenbremsenregeln einen polit-ökonomisch erklärbaren Vorfinanzierungs-Fehlanreiz. Diesbezüglich sollten (haushalterische) Regeln gelten, die – den Grundgedanken solcher Schuldenbremsen konsequent einhaltend – keinerlei Vorfinanzierung ermöglichen, damit die politische Attraktivität von derartigen Vorfinanzierungs-Modellen über Legislaturperioden hinweg – also nicht nur für die aktuelle sondern auch die zukünftige Exekutive und Legislative – weitestgehend reduziert werden kann. Im Grundsatz sollten (Schuldenbremsen-)Regeln dazu führen, dass im Zusammenhang mit ÖPP-Vorhaben einbezogenes privates Kapital im Haushalt wie öffentliches Kapital zu berücksichtigen ist.<sup>2</sup> Hinsichtlich des Vorfinanzierungs-Fehlanreizes bei der Beschaffungsvariantenauswahl ist dabei unbedingt darauf zu achten, dass solche Regeln nicht nur den Gesamthaushalt sondern auch die jeweiligen Einzelplanbudgets umfasst, da andernfalls weiterhin die Gefahr der Umgehungsmöglichkeit bei den Einzelplanbudgetgrenzen bestünde.

Bei der konkreten Anwendung potentieller (Schuldenbremsen-)Regeln zur Anrechnung privaten Kapitals bei ÖPP ist nach dem Wissenstand der öffentlichen Hand zu unterscheiden. Wenn ausreichend Input-Wissen vorhanden ist, kann davon ausgegangen werden, dass der private Kapitalanteil (zumindest bei grober) Abschätzung einfach zu ermitteln ist, d. h. die Fähigkeit zur hinreichend genauen Abschätzung der Höhe des einbezogenen privaten Kapitals korrespondiert mit ausreichend umfangreichem Input-Wissen. Zudem können in diesem Zusammenhang die vorliegenden Bieterangebote genutzt werden, wobei ggf. Verzerrungen aufgrund strategischer Gebote zu beachten sind. Weil die Ermittlung der Höhe des privaten Kapitals mit Aufwand verbunden ist, könnte über Bagatellgrenzen nachgedacht werden, damit Aufwand und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis stehen. Vor diesem Hintergrund könnte eine solche (Schuldenbremsen-)Regel in etwa wie folgt lauten: Wenn nur Output-Wissen verfügbar ist, dann soll privates Kapital bei grober Abschätzbarkeit wie öffentliches Kapital im jeweiligen Sektorbudget angerechnet werden, falls allerdings (ausreichend) Input-Wissen vorhanden ist, dann muss in jedem Fall privates Kapital wie öffentliches Kapital im jeweiligen Sektorbudget angerechnet werden. Bei einer

---

<sup>2</sup> Hierzu sei bspw. auch auf die beiden in der ersten Fußnote erwähnten Studien BECKERS / KLATT (2008) und BECKERS ET AL. (2008) hingewiesen.

konkreten Ausformulierung dieser Regel wäre darauf zu achten, die Begriffe Input- und Output-Wissen genau zu beschreiben und gut voneinander abzugrenzen.

Schließlich ist allerdings anzumerken, dass aus (institutionen-)ökonomischer Sicht das Design vollständiger Regeln unmöglich ist, sodass stets Interpretationsspielräume und Umgehungsmöglichkeiten bestehen („regulatory arbitrage“). Zum Beispiel könnte diese (Schuldenbremsen-)Regel mit (ÖPP-)Mietmodellen umgangen werden. Ferner erscheint auch eine geschickte Ausnutzung – wenn bei der Regel vorgesehen – der Bagatellgrenzen durchaus möglich. Trotz dieser allgemeinen Herausforderungen an das Regeldesign sollte von der Implementierung sinnvoller Regeln selbstverständlich nicht abgesehen werden.<sup>3</sup>

Vor dem Hintergrund der vorangestellten Überlegungen, die als eine kurze Zusammenfassung unserer Forschungserkenntnisse einzuordnen sind, können wir dem Punkt 1 „ÖPP und Schuldenbremsenregeln“ des Antrags grundsätzlich voll zustimmen, wobei die Anforderungen an die Verwaltung bei der praktischen Umsetzung der geforderten (Schuldenbremsen-)Regel nicht unterschätzt werden sollten.

## 2 Rahmenbedingungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge

### *2.a) Keine direkten Beratungsaufträge an die ÖPP Deutschland AG*

Zunächst kann festgehalten werden, dass der in der Antragsbegründung beschriebene Fehlanreiz auf Seiten der Beratungsunternehmen wegen potentieller Folgeaufträge im Kontext des ÖPP-Realisierungsprozesses grundsätzlich nicht von der Hand zu weisen ist. Dies betrifft nicht ausschließlich die ÖPP Deutschland AG / Partnerschaften Deutschland (im Weiteren: PD), sondern auch andere in diesem Bereich agierende Beratungsunternehmen. In Bezug auf die PD gibt es darüber hinaus allerdings die spezielle Situation, dass aufgrund der sogenannten „Rahmenvereinbarung“ zwischen der PD und über 100 öffentlichen Auftraggebern für die Rahmenvertragspartner bei ÖPP-Vorhaben keine Notwendigkeit zur Ausschreibung von Beratungsleistungen besteht. Es existiert vielmehr die Möglichkeit der Direktvergabe an die PD, sodass tendenziell eher auf die PD zurückgegriffen werden dürfte.

Grundsätzlich gibt es keine tiefgreifenden Bedenken hinsichtlich der Möglichkeit der direkten Beauftragung einer zentralen „Wissensmanagement-Organisation“ mit solchen Beratungsleistungen, wenn diese als eine nicht gewinnorientierte, öffentlich ausgerichtete und beschaffungsvariantenneutrale bzw. -übergreifende Wissensmanagement-Organisation ausgestaltet ist. Bei der PD handelt es sich jedoch gerade nicht um eine solche öffentlich ausgerichtete und beschaffungsvariantenneutrale

<sup>3</sup> Diese Erkenntnisse wurden maßgeblich im Rahmen des noch nicht abgeschlossenen Forschungsvorhabens „Transparenz bei PPP im Infrastrukturbereich – Eine ökonomisch-juristische Analyse“ generiert.

Organisation, sodass diese im Endeffekt nicht uneingeschränkt die Interessen der Steuerzahler / Bürger verfolgt. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass die PD bei ihren Tätigkeiten diversen Fehlanreizen unterliegt. In diesem Zusammenhang ist zunächst die sehr eindeutige und klare Ausrichtung auf die (Förderung der) Beschaffungsvariante ÖPP zu nennen. Diese starke beschaffungsvariantenspezifische und nicht -übergreifende Ausrichtung kann zu Fehlanreizen hinsichtlich einer ineffizienten Projektauswahl und -ausgestaltung im Rahmen der Beratungstätigkeiten führen. Daher ist diesbezüglich ein Interessenskonflikt zwischen „neutraler Beratung“ und der letztendlichen Zielrichtung der ÖPP-Förderung auszumachen. Die spezielle Konstruktion als Aktiengesellschaft mit der Beteiligung von Unternehmen aus dem Privatsektor, die ein finanzielles Interesse daran haben, dass ÖPP (im Vergleich zu KBV) intensiv(er) zur Anwendung kommt, ist in diesem Kontext kritisch zu hinterfragen. Darüber hinaus unterliegt die PD wegen der „ausgefeilten“ designten privatrechtlichen Gesellschaftsform nur geringer öffentlicher und demokratischer Kontrolle. Es gibt zudem Hinweise darauf, dass die Ausübung von Lobbyarbeit für die Beschaffungsvariante ÖPP mittlerweile zum Tätigkeitsbereich der PD gehört.

Aus diesen Darlegungen lässt sich ableiten, dass dem Punkt 2.a) „Keine direkten Beratungsaufträge an die ÖPP Deutschland AG“ des Antrags bei der aktuellen Ausgestaltung der PD voll zugestimmt werden kann.

#### *2.b) Doppelausschreibungen zur Generierung vergleichbarer, tatsächlicher Angebotspreise*

Die in der Antragsbegründung vorgetragene Erläuterung, was mit diesem Punkt im Kern bezweckt werden soll, ist nachvollziehbar. Allerdings sehen wir hier aus verschiedenen Gründen die Sinnhaftigkeit einer solchen Maßnahme als nicht gegeben. Bereits aus vergaberechtlicher Sicht ergeben sich für die praktische Umsetzung einer Doppelausschreibung<sup>4</sup> (beider Beschaffungsvarianten) nur schwer oder sogar kaum zu überwindende Hürden.<sup>5</sup> Des Weiteren sind aber auch aus ökonomischer Perspektive Bedenken zu äußern: Ohne in Details zu gehen oder vertiefte auktionstheoretische Erkenntnisse heranzuziehen, kann davon ausgegangen werden, dass die im Antrag angedachten Doppelausschreibungen tendenziell unerwünschte Auswirkungen auf die Bieteranzahl haben und weitere negative Effekte bspw. hinsichtlich der Wettbewerbsintensität in den Vergabeverfahren nach sich ziehen, was letztendlich zu keiner Verbesserung der Wirtschaftlichkeit der Ausschreibungsergebnisse führt. Darüber hinaus kann es nicht zu vernachlässigende Probleme bezüglich der Vergleichbarkeit der

<sup>4</sup> Der Begriff „Doppelausschreibung“ soll hier einfach als Oberbegriff für die in der Vergaberechtspraxis bekannten Varianten „Parallel ausschreibung“ und „ABC-Verfahren“ verwendet werden.

<sup>5</sup> Hierzu sei auf den juristischen Teil des Working-Papers „Einschätzungen der Notwendigkeit und Zulässigkeit der Nutzung von Realwerten für die Wirtschaftlichkeitsbewertung von ÖPP-Projekten“ von HESSE ET AL. (2014) hingewiesen.

ÖPP- und KBV-Angebotspreise (falls solche „KBV-Angebotspreise“ überhaupt vergaberechtlich und praktisch realisierbar wären) geben. Ohne Weiteres können diese Angebote in jedem Fall nicht miteinander verglichen werden, da bspw. zu dem KBV-Angebotspreis die Kosten für das wertschöpfungsstufenübergreifende Management der öffentlichen Hand addiert werden müssten, die nicht über eine Ausschreibung ermittelt werden können. Auch die unter Punkt 2.c) näher betrachteten Transaktionskosten müssten sowohl beim ÖPP- als auch beim KBV-Angebotspreis in unterschiedlicher Höhe zusätzlich berücksichtigt werden. In Anbetracht dieser gegen Doppelausschreibungen sprechenden Argumente sollte stattdessen vielmehr die derzeitige Methodik der vorläufigen und abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (WU) im Kontext von ÖPP-Projekten verbessert werden, um einen möglichst präzisen und unverzerrten Vergleich der zu erwartenden Kosten der beiden Beschaffungsvarianten ÖPP und KBV (und wenn möglich auch weiterer; siehe Punkt 2.d)) zu ermöglichen.<sup>6</sup>

Aus diesen Gründen halten wir die Umsetzung von Punkt 2.b) „Doppelausschreibungen zur Generierung vergleichbarer, tatsächlicher Angebotspreise“ des Antrags für absolut nicht zielführend und plädieren alternativ für eine Verbesserung der WU-Methodik.

### *2.c) Umfassende(re) Berücksichtigung von Transaktionskosten in der WU*

In den Wirtschaftswissenschaften setzt sich insbesondere die der Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) zuzuordnende Transaktionskostentheorie mit den sogenannten Transaktionskosten auseinander, die zusammen mit den Produktionskosten die Gesamtkosten einer Transaktion (hier: eines Projektes) bilden. Daher müssen im Rahmen einer WU für einen fairen, unverzerrten Vergleich der Gesamtkosten der beiden Beschaffungsvarianten KBV und ÖPP sowohl die ex-ante (also alle vor und im Kontext des Vertragsabschlusses) als auch die ex-post (also nach Vertragsabschluss) anfallenden Transaktionskosten auf Seiten der öffentlichen Hand berücksichtigt werden. Aus theoriegeleiteten Überlegungen ergibt sich, dass bei einem langfristigen und komplexeren Vertrag (wie bei ÖPP) diese Transaktionskosten im Regelfall (deutlich) höher ausfallen als bei (mehreren) kurzfristigen und hinsichtlich der Komplexität überschaubaren Verträgen (wie bei der KBV). An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die im Antrag genannten Überwachungs- und Controllingkosten eine Überschneidung mit den ex-post Transaktionskosten im Kontext von Kontrahierungs- und Commitment-Problemen aufweisen. Die Rechnungshöfe haben bereits auf die Problematik der meist nicht ausreichenden Berücksichtigung von Transaktionskosten, insbesondere bei der ÖPP-Variante, hingewiesen. Im Rahmen eines Forschungsprojektes hatten wir Einblick in einige WU, wobei die Untersuchung dieser Stichprobe die Erkenntnisse der Rechnungshöfe bestätigte: Zwar wurden in allen Fällen ex-ante

<sup>6</sup> Hier sei auf die in der ersten Fußnote aufgelistete Studie BECKERS ET AL. (2014) verwiesen.

Transaktionskosten betrachtet (ggf. jedoch in zu geringem Umfang), aber ex-post Transaktionskosten (insbesondere im Zusammenhang mit möglichen Nachverhandlungen) sind überhaupt nicht oder nur in inadäquatem Ausmaß berücksichtigt worden. Es ist durchaus vorstellbar, dass mittlerweile diesbezügliche Verbesserungen umgesetzt wurden – was in jedem Fall zu begrüßen wäre –, allerdings gibt es weiterhin kaum Hinweise auf eine umfangreiche Beseitigung dieses methodischen Defizits bei der WU-Erstellung.<sup>7</sup>

Vor diesem Hintergrund ist dem Punkt 2.c) „Umfassende(re) Berücksichtigung von Transaktionskosten in der WU“ des Antrags voll zuzustimmen.

#### *2.d) Verstärkte Prüfung des Generalunternehmermodells (GU) im Rahmen der KBV*

Grundsätzlich sollten im Rahmen der Realisierung eines Projektes stets breit verschiedenste Beschaffungsvarianten berücksichtigt werden, was bspw. in Eignungstests und vorläufigen (sowie ggf. auch abschließenden) WU erfolgen kann. Hinsichtlich des Baus spielen bei der KBV insbesondere das Einzelunternehmermodell (Teil- und/oder Fachlosvergabe) und GU eine entscheidende Rolle. Je nach Eigenschaften des Projektes sowie der Akteurs- und Marktcharakteristika beim vorliegenden Projekt kann sich die Realisierung mit einem GU als wirtschaftlich (und auch technisch) sinnvolle Variante darstellen, weil gegenüber dem Einzelunternehmermodell Kosten- und/oder Zeitvorteile erzielt werden. Bei der WU-Erstellung wird allerdings häufig bzgl. der KBV für die Bauphase das Einzelunternehmermodell angenommen, ohne die potentielle Vorteilhaftigkeit des GU angemessen geprüft zu haben, was im Kostenvergleich mit dem ÖPP-Ansatz und somit bei der Entscheidung für eine Beschaffungsvariante zu Verzerrungen führen kann. Jedoch ist an dieser Stelle anzumerken, dass – wie im Antrag richtig dargestellt – ein Abweichen vom „Standard“ Einzelunternehmermodell gemäß Vergaberecht bei gewissen Voraussetzungen zwar möglich ist, aber aus Sicht der öffentlichen Auftraggeber auch oftmals mit nicht zu unterschätzenden Vergaberechtsrisiken verbunden ist, so dass diese deshalb häufig von einer GU-Vergabe Abstand nehmen, obwohl die Vorteilhaftigkeit der GU-Variante gegeben wäre.<sup>8</sup> Interessanterweise besteht bei ÖPP-Vergaben ein wie beim GU ähnliches Vergaberechtsrisiko grundsätzlich nicht. Somit ist vorstellbar und die anekdotische Evidenz bestätigt dies auch, dass öffentliche Auftraggeber, die im Kern ein (Bau-)Vorhaben mit einem GU umsetzen wollen, sich für ÖPP-Vergaben entscheiden (müssen), um dieses Vergaberechtsrisiko zu umgehen. Vor diesem Hintergrund könnte angeregt werden, diese Inkonsistenz im Vergaberecht zu beseitigen, um auch mit

<sup>7</sup> Hier sei auf die in der ersten Fußnote aufgelistete Studie BECKERS ET AL. (2014) verwiesen.

<sup>8</sup> Auf diesen Umstand wird auch im Endbericht der Reformkommission „Bau von Großprojekten“ (2015) hingewiesen.

dem Vergaberecht als einem wesentlichen Element des institutionellen Regelrahmens „faire“ Bedingungen hinsichtlich der Beschaffungsvariantenauswahl zu etablieren.

Neben dem Bau, der bei der GU-Frage natürlich im Fokus steht, sind wie oben erwähnt zudem für Betrieb und Erhalt unterschiedliche mit dem Bau ent- oder gebündelte Beschaffungs-/Vertragsmodelle denkbar und im Rahmen einer Projektrealisierung auch zu berücksichtigen. So wird bspw. die Variante „ÖPP-light“, bei der die Wertschöpfungsstufe Betrieb nicht integriert ist, bei der Beschaffungsvariantenauswahl oftmals mit betrachtet und kommt zunehmend auch zur Anwendung. Daneben sollte die öffentliche Hand die Beschaffungsvariante „KBV-plus“, im Vergleich zur KBV insbesondere charakterisiert durch ein GU gebündelt mit einem kurzfristigen Betreibervertrag (ohne Einbezug privaten Kapitals), bei der Auswahl der Beschaffungsvariante in Betracht ziehen. Abschließend sei noch angemerkt, dass im Hochbau in bestimmten Fällen neben dem (Neu-)Bau oder Sanierung des eigenen Bestands auch die Varianten Kauf oder ggf. Miete berücksichtigt werden sollten.

Auf Basis dieser Ausführungen ist dem Punkt 2.d) „Verstärkte Prüfung des Generalunternehmermodells (GU) im Rahmen der KBV“ überwiegend zuzustimmen, allerdings ist nochmals zu betonen, dass im Rahmen einer Projektrealisierung verschiedenste Beschaffungsvarianten ohne Bevorzugung einer Alternative geprüft werden sollten, um letztendlich das Ziel der Kosteneffizienz zu erreichen.

#### Übergeordnete Anmerkungen zu den „Transparenz“-Punkten 2.e) – 2.h)

Die Punkte 2.e) bis 2.h) des Antrags können unter dem Gesichtspunkt „Transparenz“ zusammen gezogen werden, weil es sich bei den Punkten letztlich nur um verschiedene Dokumente, Daten und Informationen sowie diverse Adressaten bzgl. Transparenz handelt. Daher folgen erst allgemeine Ausführungen zu dieser Thematik und darauf basierend beziehen wir nachgelagert Stellung zu den einzelnen Punkten.

Dabei sollte zunächst kurz erläutert werden, was unter dem Begriff „Transparenz“ verstanden werden kann. Vereinfacht gesagt beschreibt Transparenz, inwieweit der Zugang zu bzw. die Verfügbarkeit von (zentralen) Dokumenten, Daten und Informationen, die im Rahmen der Projektrealisierung generiert werden, für diverse Akteure im politisch-administrativen sowie gesellschaftlichen Bereich vorhanden ist. Die Transparenzregelungen stellen dabei ein weiteres Element des institutionellen Regelrahmens dar, die in einer solchen Art und Weise ausgestaltet werden sollten, um ein ausreichend hohes Niveau an Transparenz insoweit sicherzustellen, sodass die opportunistischen Handlungsspielräume von Entscheidungsträgern im öffentlichen Sektor im Zusammenhang mit ÖPP und KBV sinnvoll reduziert werden. Vom Grundsatz her kann davon ausgegangen, dass Transparenz mit einer Erhöhung der Nachvollziehbarkeit für die Öffentlichkeit / Stakeholder einhergeht, was eine bessere Kontrolle des

staatlichen Handelns durch die Gesellschaft nach sich zieht und somit zur Begrenzung von Opportunismuspotentialen beiträgt.

Im Prinzip sollte für Beschaffungsvarianten das gleiche Ausmaß an Transparenz gelten, allerdings sprechen einige mit dem ÖPP-Ansatz in Verbindung stehende Eigenschaften für ein erhöhtes Transparenzniveau im Vergleich zur KBV. Zunächst besteht – wie unter Punkt 1) bereits aufgezeigt – beim ÖPP-Ansatz ein größeres Opportunismuspotential wegen der Umgehungsmöglichkeit von Schuldenbremsen durch den Einbezug privaten Kapitals. Daneben ist zudem der – in Punkt 2.a) thematisierte – Fehlanreiz von Beratern bei der WU-Erstellung zu nennen. Des Weiteren bindet sich die öffentliche Hand durch die sehr langen Vertragslaufzeiten bei ÖPP-Projekten in deutlich stärkerem Umfang als bei der KBV. Durch die Bündelung der Wertschöpfungsstufen erreichen ÖPP-Vorhaben zudem größere Volumina, über die innerhalb eines einzigen Beschaffungsvorgangs entschieden wird, was ebenfalls einen höheren Transparenzanspruch als bei der KBV rechtfertigt. Schließlich ist beim ÖPP-Ansatz für die Beurteilung der komplexen, meist weniger standardisierten Verträge und weiterer relevanter Regelwerke im Gegensatz zur KBV ein höheres Maß an Expertise erforderlich, was zu einer geringeren Nachvollziehbarkeit des Beschaffungsvorgangs führt. In diesem Zusammenhang können klar anwendbare Regeln und Kontrollmechanismen oftmals nur sehr schwierig etabliert werden, weshalb ein erhöhtes Transparenzniveau einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung der Nachvollziehbarkeit bei ÖPP leisten könnte.

Neben dem Transparenzregime sollte bei der Ausgestaltung des institutionellen Regelrahmes zudem an die Etablierung von Kontrollsystemen/-instanzen zur Eindämmung von Opportunismuspotentialen gedacht werden, was eine gewisse Schnittstelle zur Transparenzthematik aufweist. Dabei beziehen sich Kontrollsysteme zum einen auf nicht mittelbar in die Beschaffung involvierte Akteure, die unabhängige Monitoring-Funktionen ausüben (können). Zum anderen sind damit Regeln gemeint, die den Spielraum für die gegenseitige Kontrollausübung zwischen den an Beschaffungsentscheidungen beteiligten Akteuren in der Exekutive und der Legislative festlegen. Letztlich sind Kontrollstrukturen im Zusammenspiel mit Transparenz als ein System von „Checks & Balances“ zur Einschränkung opportunistischen Verhaltens einzuordnen. Darüber hinaus ist die Frage nach dem adäquaten Transparenzniveau zum Teil auch mit Aspekten des Wissensmanagements im öffentlichen Sektor verbunden. So ermöglicht ein transparenter Beschaffungsprozess in einem Projekt den Einbezug von Know-how weiterer (öffentlicher) Akteure im Rahmen des Wissensmanagements. Ferner geht es beim Thema Transparenz und Wissensmanagement der öffentlichen Hand auch um die bessere Verbreitung von (projektunabhängigem) Know-how durch den öffentlichen Sektor.

Abschließend sollte jedoch darauf hingewiesen werden, dass bei der praktischen Ausgestaltung von Transparenz-Regeln (und Kontrollsystemen) ein umfangreiches Wissen über die Projekt-, Akteur- und Marktcharakteristika sowie die im Realisierungsprozess anfallenden Dokumente, Daten und Informationen notwendig ist. Denn ohne dieses Wissen kann kaum eine fundierte Einschätzung sowie

Abwägung der möglichen positiven und negativen Effekte von Transparenz im öffentlichen Beschaffungswesen bei Hoch- und Straßenbauvorhaben vorgenommen werden. Dabei sollten etwaige Transparenzmaßnahmen auf sinnvolle Zwecke abzielen, denn Transparenz als reiner Selbstzweck ist abzulehnen.<sup>9</sup>

#### *2.e) Transparenz ggü. KBV-Akteuren und Einbezug von deren vorhandenen Know-how*

Diesem Punkt kann zugestimmt werden, denn die Verfügbarkeit der entsprechenden Dokumente für KBV-Akteure auf Seiten der öffentlichen Hand stellt eine wesentliche Voraussetzung dar, um deren vorhandenes Know-how einbeziehen und damit einhergehend ggf. auch eine Kontrollfunktion wahrnehmen zu können, um potentielle Opportunismuspotentiale einzuschränken.

#### *2.f) Transparenz ggü. Finanzausschuss des Landtages*

Aufgrund der übergeordneten Transparenz-Anmerkung ist diesem Punkt vom Grundsatz her zuzustimmen, weil der Finanzausschuss ein relevanter Adressat von Transparenz darstellt, um das Handeln der Exekutive kontrollieren zu können. In diesem Kontext ist jedoch die Frage von Bedeutung, inwiefern die Ressourcenausstattung des Finanzausschusses bzw. deren Mitglieder tatsächlich ausreicht, um ein detailliertes Monitoring vorzunehmen und Fehlentwicklungen verhindern zu können.

#### *2.g) Transparenz ggü. Öffentlichkeit und Parlament (mithilfe von „Projekt-Reporten“)*

Der in der Begründung des Antrags erwähnte Zeitpunkt (vor Entscheidung über Beginn des Vergabeverfahrens) der zur Verfügungstellung des Projekt-Reports ist positiv hervorzuheben. Denn dabei handelt es sich um eine besonders wichtige Phase im (ÖPP-)Projektrealisierungsprozess, in der (vor-)entscheidende Weichen bzgl. der Beschaffungsvariante gestellt werden. Hinsichtlich des vorgeschlagenen Projekt-Reports ist anzumerken, dass die Aufbereitung von Originalinformationen auch mit Herausforderungen einhergeht, weil bei der Aggregation bzw. Verdichtung der Informationsgehalt reduziert wird und ggf. Spielräume im Verdichtungsprozess gezielt zur Verdeckung von Problemen (aus-)genutzt werden können.

Vor dem Hintergrund der übergeordneten Anmerkungen zu Transparenz ist diesem Punkt voll zuzustimmen. Dieser Punkt zielt auf die Stärkung der parlamentarischen und gesellschaftlichen Kontrolle des staatlichen Handelns ab. Dabei hängt die Möglichkeit und Qualität dieser Monitoring-Funktion unter

---

<sup>9</sup> Die Ausführungen basieren maßgeblich auf Überlegungen im Rahmen des noch nicht abgeschlossenen Forschungsprojektes „Transparenz bei PPP im Infrastrukturbereich – Eine ökonomisch-juristische Analyse“.

anderem auch von dem Know-how der entsprechenden Akteure / Stakeholder im Bereich der Beschaffungsvarianten (insbesondere KBV und ÖPP) ab.

#### *2.h) Transparenz hinsichtlich zentraler Dokumente*

In Bezug auf diesen Punkt ist in jedem Fall zu betonen, dass er klar als der wichtigste unter den hier aufgeführten Transparenz-Punkten einzustufen ist, weil dadurch im Endeffekt auch die Punkte 2.e) bis 2.g) weitestgehend mit abgedeckt werden.

In diesem Kontext sind eindeutige Vorgaben bedeutsam, damit die Verantwortlichen in Politik und Verwaltung der Veröffentlichung zentraler Dokumente aus dem Projektrealisierungsprozess nicht ausweichen können. Im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung solcher Veröffentlichungs-/Transparenzregeln ist auf eine Vielzahl von grundlegenden Gestaltungsparameter hinzuweisen. Darunter fällt in erster Linie, was genau zu veröffentlichen ist. Neben den im Antrag genannten Dokumenten sind weitere relevante zu nennen wie zum Beispiel (im Rahmen von ÖPP-Projekten durchzuführende) Eignungstests – sofern diese im Antrag nicht unter der WU subsumiert sind –, Vertragsentwürfe und Anlagen zum endverhandelten Vertrag als auch (Ergebnisse von) Nachverhandlungen sowie begleitenden (Controlling-)WU. Des Weiteren spielt der bereits unter Punkt 2.g) kurz thematisierte Aggregationsgrad der veröffentlichten Dokumente, Daten und Informationen eine wichtige Rolle, der zum Teil auch die Frage adressiert, inwieweit dabei Quantität und Qualität der bereitgestellten Informationen die Kontrollmöglichkeiten beeinflussen („Masse oder Klasse“). Ein weiterer elementarer Gestaltungsparameter, der im Antrag in den vorherigen Punkten bereits zur Sprache kam, stellen die Adressaten der Transparenz dar, also wer der Rezipient der zu veröffentlichenden Dokumente, Daten und Information sein soll. Darüber hinaus ist der Zeitpunkt der Veröffentlichung ein entscheidender Aspekt, wodurch die Auswirkungen von Transparenz maßgeblich bestimmt werden. Schließlich ist ebenfalls zu beachten, in welcher Art und Weise die entsprechenden Dokumente usw. zugänglich gemacht werden, was bspw. den Aspekt umfasst, ob dies proaktiv oder reaktiv zu erfolgen hat. Dieser und andere Ausgestaltungsparameter hinsichtlich der Transparenzregeln haben letztendlich auch einen Einfluss auf die (Transaktions-)Kosten aus Sicht der Informationsnachfrager.

Im Hinblick auf vorläufige und abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ist zu bedenken, dass in bestimmten Konstellationen durch deren Veröffentlichung nicht nur Vorteile zu erwarten sind, sondern auch Nachteile wie bspw. negativer Einfluss auf das fiskalische Interesse des Landes wegen schlechterer Ausschreibungsergebnisse denkbar sind. Allerdings ist in diesem Kontext anzumerken, dass in solchen Fällen verschiedenste Aspekte zusammentreffen müssen, damit private Unternehmen aus den veröffentlichten WU relevante Informationen mit Bedeutung für Angebotsstrategien verwenden können, die sich dann in Vergabeverfahren zu Ungunsten der öffentlichen Hand auswirken.

Bezüglich der Veröffentlichung von (ÖPP-)Verträgen sei angemerkt, dass die im Antrag erwähnte Abwägung der Betriebs- und Geschäftsheimnisse mit dem öffentlichen Interesse grundsätzlich zu begrüßen ist und so auch im Informationszugangsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (IZG-SH) verankert ist. Dabei deutet einiges darauf hin, dass bei (ÖPP-)Verträgen Betriebs- und Geschäftsheimnisse des privaten Auftragnehmers außerhalb von technischen Spezialwissen gar nicht oder nur in sehr geringem Ausmaß vorliegen, sodass bei einer Veröffentlichung häufig höchstens (Vergütungs- und ggf. Straf-)Zahlungen zu schwärzen sind. Bei den bisher veröffentlichten Verträgen (ohne Anlagen) von ÖPP-Projekten sind vor allem Zahlungen und personenbezogene Daten geschwärzt worden.<sup>10</sup>

Vor dem Hintergrund der übergeordneten und der hier aufgeführten Anmerkungen ist dem Punkt 2.h) „Transparenz hinsichtlich zentraler Dokumente“ zuzustimmen. Dabei sollten im Rahmen der konkreten Ausgestaltung von Transparenz-/Veröffentlichungsregeln die verschiedensten Gestaltungsparameter bedacht werden.

### 3 ÖPP-Projekte im Bereich der Bundesfernstraßen und der „Länderquoten-Fehlanreiz“ bei den Ländern im Rahmen der Beschaffungsvariantenauswahl

Im Bereich der Bundesfernstraßen ist der institutionelle Regelrahmen zur Entscheidung zwischen den Beschaffungsvarianten KBV und ÖPP momentan in einer Art und Weise ausgestaltet, bei der davon ausgegangen werden kann, dass dieser opportunistischem Verhalten nicht stark genug entgegenwirkt und bei den verschiedenen involvierten Akteuren in erheblichem Maße polit-ökonomisch erklärbare Fehlanreize induziert. Im Folgenden konzentriert sich diese Stellungnahme jedoch nur auf den im Antrag erwähnten speziellen „Länderquoten-Fehlanreiz“ auf Seiten der (Bundes-)Länder. Vom Grundsatz her kann dieser Fehlanreiz dazu führen, dass die Bundesländer im Zuge ihrer (Unterstützungs-)Aufgaben bei der Entscheidung des Bundes über die Anwendung des ÖPP- oder KBV-Ansatzes die Wirtschaftlichkeit nicht angemessen berücksichtigen. Dieses Verhalten der Länder kann damit erklärt werden, dass sie bei einem ÖPP-Bundesfernstraßenprojekt Mittel „außerhalb der Länderquote“ erhalten. Dadurch fließen zusätzliche Finanzmittel in das Bundesland, was aus Sicht der dort verantwortlichen (Verkehrs- und Haushalts-)Politiker (und letztlich auch der dort ansässigen Bürger) die Attraktivität einer Vorhabenumsetzung mit dem ÖPP-Ansatz (anstatt des KBV) erhöht. Letztlich besteht der Fehlanreiz, weil bei den ÖPP-Projekten auf den Bundesautobahnen die (Schatten-)Mautzahlungen und Verfügbarkeitszahlungen an die privaten Auftragnehmer („Konzessionäre“) nicht auf die Länderquoten

<sup>10</sup> Die Ausführungen basieren maßgeblich auf Überlegungen im Rahmen des noch nicht abgeschlossenen Forschungsprojektes „Transparenz bei PPP im Infrastrukturbereich – Eine ökonomisch-juristische Analyse“.

angerechnet werden.<sup>11</sup> Des Weiteren wird bei den ÖPP-Projekten der sogenannten „zweiten Staffel“ die Anschubfinanzierung nur zur Hälfte auf die Länderquoten angerechnet,<sup>12</sup> was mit einer verstärkten Fehlanreizwirkung einhergehen dürfte. Wie mit diesen Aspekten bei der Ende Mai 2015 angekündigten „dritten Staffel“ umgegangen wird, ist bislang nicht (öffentlich) bekannt. Abschließend sollte jedoch nicht unerwähnt bleiben, dass die Bedeutung der Länderquote und damit einhergehend des „Länderquoten-Fehlanreizes“ auch nicht zu überschätzen ist, weil immer mehr Haushaltsmittel zudem im Zuge von Sonderprogrammen und anderen Maßnahmen ebenso außerhalb der Länderquote verteilt werden. Unabhängig davon sollten jedoch grundsätzlich diese Fehlanreize mit Bezug zur Länderquote beseitigt werden, damit sich die Aktivitäten der Länder im Rahmen der Beschaffungsvariantenauswahl möglichst an der Kosteneffizienz ausrichten.<sup>13</sup>

Auf Grundlage dieser Ausführungen findet der Punkt 3 „ÖPP-Projekte im Bereich der Bundesfernstraßen und der „Länderquoten-Fehlanreiz“ bei den Ländern im Rahmen der Beschaffungsvariantenauswahl“ des Antrags bei uns uneingeschränkte Zustimmung.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass viele der Punkte im Antrag im Hinblick auf die intendierten Ziele grundsätzlich als sinnvoll eingestuft werden können, wobei die Anforderungen an mögliche konkrete Umsetzungsmaßnahmen nicht zu unterschätzen sind.

Mit freundlichen Grüßen



Andrej Ryndin

PS

Aufgrund der Regelungen in Punkt II.4 (Satz 2) des Ethikkodexes des Vereins für Socialpolitik weisen wir an dieser Stelle auf Folgendes hin:

- Angaben gemäß Punkt II.4 (Satz 1) des Ethikkodexes des Vereins für Socialpolitik finden Sie auf meiner Homepage unter [https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt\\_mitarbeiter/andrej\\_ryndin/](https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiter/andrej_ryndin/).

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 16/7640 (2007, S. 5).

<sup>12</sup> Vgl. BT-Drs. 17/13116 (2013, S. 18).

<sup>13</sup> Diese Ausführungen beruhen im Wesentlichen auf dem Vortrag „Eine (institutionen-)ökonomische Analyse des ÖPP-Ansatzes und seiner Anwendung bei den Bundesautobahnen (BAB)“ von Prof. Beckers im Rahmen eines Fachgesprächs der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen am 15.12.2014 in Berlin sowie dem noch nicht abgeschlossenen Forschungsvorhaben „Transparenz bei PPP – Eine ökonomisch-juristische Analyse“.