# Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich

## *Eine institutionenökonomische Analyse*

vorgelegt von
M. Sc.
Andrej Ryndin

an der Fakultät VII – Wirtschaft und Management
der Technischen Universität Berlin
zur Erlangung des akademischen Grades

Doktor der Wirtschaftswissenschaften
– Dr. rer. oec. –

genehmigte Dissertation

Promotionsausschuss:

| | |
|---|---|
| Vorsitzender: | Prof. Dr. Georg Meran |
| Gutachter: | Prof. Dr. Thorsten Beckers (Bauhaus-Universität Weimar) |
| Gutachter: | Prof. Dr. Christian von Hirschhausen (TU Berlin) |
| Gutachter: | Prof. Dr. Michael Rodi (Universität Greifswald) |

Tag der wissenschaftlichen Aussprache: 4. Dezember 2020

Berlin 2021

# Vorbemerkung: Entstehung im Rahmen eines öffentlich geförderten Forschungsprojektes

Die vorliegende Arbeit, insbesondere Teil C, basiert auf Forschungsarbeiten, die von mir im Rahmen des von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten Projektes „Transparenz bei Public-Private-Partnerships (PPP) im Infrastrukturbereich – Eine ökonomisch-juristische Analyse" („P3T", Projektnummer: S-2011-507-1, Laufzeit vom 01.04.2012 bis zum 31.08.2015) am Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik der Technischen Universität Berlin durchgeführt wurden. In diesem Zusammenhang weise ich auf die folgenden Punkte hin:

- Einzelne Teile der vorliegenden Dissertation sind – teils über längere Passagen – nahezu wortgleich mit einer Publikation, die im Rahmen des Projektes P3T entstanden ist. Dies betrifft das Arbeitspapier Beckers, T. / Kühling, J. / Ryndin, A. (2017): Transparenz bei ÖPP-Verträgen und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – Eine Analyse aus ökonomischer und juristischer Perspektive. Bei dessen Erstellung habe vornehmlich ich substanzielle Beiträge zu den (institutionen-)ökonomischen Analysen geleistet. Die (institutionen-)ökonomischen Textbestandteile des Artikels sind nahezu vollständig von mir verfasst worden.
- Einzelne in der vorliegenden Dissertation enthaltene grundlegende Überlegungen sind bei der Erstellung eines im Rahmen des Forschungsvorhabens P3T publizierten Artikels entwickelt worden, wobei ich in besonderer Weise substanzielle Beiträge zum Konzept, zum methodischen Vorgehen bei der Untersuchung und zum Inhalt geleistet habe. Hierbei handelt es sich um Kühling, J. / Beckers, T. / Ryndin, A. / Bäuml, A. (2014): Schutz fiskalischer Interessen bei IFG-Anfragen zu ÖPP-Projekten – Das Beispiel der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei Bundesautobahnen; in: InfrastrukturRecht, Heft 5, S. 101-107.
- Das Vorgehen bei den Analysen in Teil C der vorliegenden Dissertation (Abschnitt 8.3.3) basiert nahezu vollständig auf dem im Rahmen des Projektes P3T entwickelten Forschungsansatzes, bei dessen Erarbeitung ich einen substantiellen Beitrag geleistet habe.

  Prof. Dr. Thorsten Beckers hat meine Forschungsarbeiten nicht nur als Betreuer dieser Dissertation, sondern auch als Projektleiter des Forschungsvorhabens P3T begleitet.

  Die Forschungsarbeiten im Rahmen des Projektes P3T wurden in Zusammenarbeit mit dem Projektpartner Prof. Dr. Kühling, LL.M., Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht durchgeführt. In der vorliegenden Dissertation sind die Beiträge des genannten Partners wie folgt eingegangen: Die Zusammenarbeit hat hinsichtlich des rechtlichen Status quo und der Ableitung von Handlungsempfehlungen bei ÖPP-Verträgen und (vorläufigen) Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zu bestimmten Einschätzungen und Überlegungen geführt, die jedoch ausschließlich von mir verantwortet werden.

Der Argumentationsgang in den Kapiteln 2 und 3 in Teil A korrespondiert hinsichtlich Struktur und Inhalten mit wesentlichen Teilen des Vortrags „Eine (institutionen-)ökonomische Analyse des ÖPP-Ansatzes und seiner Anwendung bei den Bundesautobahnen" überein, der von Prof. Dr. Beckers bei einem Fachgespräch der Bundestagsfraktion Bündnis 90 / Grüne in Berlin am 15.12.2015 gehalten wurde. Bei der Vorbereitung dieses Vortrags habe ich einen substantiellen Beitrag zu Konzept, Inhalt und Methode geleistet.

# Verzeichnisse

## Inhaltsübersicht

**Vorbemerkung: Entstehung im Rahmen eines öffentlich geförderten Forschungsprojektes ..... ii**

**Verzeichnisse ..... iii**

Inhaltsübersicht ..... iii
Inhaltsverzeichnis ..... vi
Abbildungsverzeichnis ..... xii
Tabellenverzeichnis ..... xiii
Verzeichnis der Kästen ..... xiv
Abkürzungsverzeichnis ..... xv

**1 Einleitung ..... 1**

**TEIL A: Die Beschaffungsvariante ÖPP im Allgemeinen und bei den Bundesfernstraßen sowie beim Bundeshochbau im Speziellen ..... 8**

**2 Allgemeine Analyse der Eignung des ÖPP-Ansatzes ohne konkreten Sektorenbezug ..... 8**

2.1 Grundlegende institutionenökonomische Einordnung der Beschaffungsvarianten ÖPP und KBV unter Berücksichtigung der Bedeutung von Wissen beim öffentlichen Procurement im Infrastrukturbereich ..... 9
2.2 Systematisierung und Darstellung der bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes auftretenden Effekte ..... 13
2.3 Zentrale Gestaltungsbereiche auf der Programmebene im Zusammenhang mit ÖPP ..... 31
2.4 Fazit ..... 41

**3 Analyse der Eignung des ÖPP-Ansatzes im Fernstraßen- und Hochbausektor in Deutschland ..... 43**

3.1 ÖPP bei den Bundesfernstraßen ..... 43
3.2 ÖPP im Hochbau in Deutschland ..... 58
3.3 Fazit ..... 68

**4 Ökonomische Einordnung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Herausforderungen bei ihrer Erstellung ..... 72**

4.1 Potentielle Motive für die Durchführung von quantitativen empirischen Analysen im Kontext von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ..... 72
4.2 Besondere Herausforderungen bei der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Kontext von ÖPP ..... 74
4.3 Fazit ..... 82

**TEIL B: Transparenz ..... 84**

**5 Transparenz im öffentlichen Sektor und Gestaltungsbereiche bei Transparenzregimen ..... 84**

5.1 Grundlagen zu Transparenz ..... 85
5.2 Überblick zu möglichen Auswirkungen von Transparenz im öffentlichen Sektor ..... 90
5.3 Zentrale Gestaltungsfragen bei Transparenzregimen ..... 95
5.4 Design der institutionellen Technologie und dessen Bedeutung hinsichtlich der Effektivität sowie Effizienz von Transparenzregimen ..... 106

5.5 Fazit ... 115
**6 Vorstellung und Einordnung des bestehenden Rechtsrahmens hinsichtlich Transparenzregelungen ... 117**
6.1 Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes ... 117
6.2 Exkurs: Die Informationsfreiheitsgesetze der Länder ... 136
6.3 Weitere Transparenzregelungen im bestehenden Rechtsrahmen in Deutschland ... 141
6.4 Fazit ... 143
**7 Grundlegende Analysen zum Design der institutionellen Technologie bei Transparenzregimen ... 146**
7.1 Verortung von Entscheidungskompetenzen ... 146
7.2 Regeldifferenzierung ... 152
7.3 Interdependenzen zwischen Verortung von Entscheidungskompetenzen sowie Horizontalisierung und Konkretisierung ... 157
7.4 Weitere wichtige Aspekte beim Design der institutionellen Technologie von Transparenzregimen ... 158
7.5 Fazit ... 167
**TEIL C: Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich ... 170**
**8 Grundlagen sowie Ausrichtung und Aufbau der Analysen zu Transparenz bei ÖPP ... 170**
8.1 Grundsätzlich erhöhte (institutionen-)ökonomische Rationalität für Transparenz bei ÖPP ... 171
8.2 Darstellung des idealtypischen ÖPP-Realisierungsprozesses mit besonderem Fokus auf zentrale Dokumente ... 173
8.3 Zentrale Fragestellungen, Zielsystem und Vorgehen bei den Analysen ... 177
8.4 Vorstellung der Struktur der weiteren Analysen ... 186
**9 Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich ohne Berücksichtigung etwaiger Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Beratern der öffentlichen Hand ... 188**
9.1 Transparenz bei ÖPP-Projekten und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ... 188
9.2 Transparenz bei ÖPP-Projekten und der Schutz fiskalischer Interessen ... 218
9.3 Transparenz hinsichtlich weiterer Dokumente bei ÖPP-Projekten ... 271
9.4 Fazit ... 285
**10 Auswirkungen von Transparenz auf die von der öffentlichen Hand einbezogenen Berater ... 289**
10.1 Von Beratern erstellte Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Eignungstests ... 289
10.2 Einbezug von Beratern bei der Ausgestaltung von Verträgen ... 292
**11 Integrierte Gesamtbetrachtung von Transparenz bei ÖPP mit Fokus auf das Design der institutionellen Technologie ... 296**
11.1 Berücksichtigung von Interdependenzen zwischen den Dokumenten im Kontext von deren Veröffentlichung ... 296
11.2 Dokumentenübergreifende Berücksichtigung des Designs der institutionellen Technologie ... 298
11.3 Horizontalisierungsdiskussion hinsichtlich weiterer Beschaffungsvarianten und Infrastruktursektoren ... 312

**12 Finale Handlungsempfehlungen hinsichtlich Transparenz bei ÖPP-Projekten ..... 318**
12.1 Handlungsempfehlungen für gesetzliche Anpassungen am IFG ..... 318
12.2 Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess ..... 321
**TEIL D: Gesamtfazit der Arbeit ..... 327**
**13 Fazit ..... 327**
**Literaturverzeichnis ..... 330**
**Rechtsquellenverzeichnis ..... 356**
**Verzeichnis der Internetseiten ..... 358**

# Inhaltsverzeichnis

**Vorbemerkung: Entstehung im Rahmen eines öffentlich geförderten Forschungsprojektes ..... ii**

**Verzeichnisse ..... iii**

Inhaltsübersicht ..... iii
Inhaltsverzeichnis ..... vi
Abbildungsverzeichnis ..... xii
Tabellenverzeichnis ..... xiii
Verzeichnis der Kästen ..... xiv
Abkürzungsverzeichnis ..... xv

**1 Einleitung ..... 1**

**TEIL A: Die Beschaffungsvariante ÖPP im Allgemeinen und bei den Bundesfernstraßen sowie beim Bundeshochbau im Speziellen ..... 8**

**2 Allgemeine Analyse der Eignung des ÖPP-Ansatzes ohne konkreten Sektorenbezug ..... 8**

2.1 Grundlegende institutionenökonomische Einordnung der Beschaffungsvarianten ÖPP und KBV unter Berücksichtigung der Bedeutung von Wissen beim öffentlichen Procurement im Infrastrukturbereich ..... 9
2.2 Systematisierung und Darstellung der bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes auftretenden Effekte ..... 13
2.2.1 Vorstellung der Systematisierung ..... 13
2.2.2 Nutzenbezogene Effekte beim einzelnen Projekt sowie hinsichtlich dynamischer Aspekte bei Folgeprojekten ..... 14
2.2.3 Kostenbezogene Effekte beim einzelnen Projekt ..... 19
2.2.3.1 Kosteneffizienz ..... 19
2.2.3.1.1 Die Kosteneffizienz positiv beeinflussende Aspekte des ÖPP-Ansatzes ..... 19
2.2.3.1.2 Die Kosteneffizienz negativ beeinflussende Aspekte des ÖPP-Ansatzes ..... 20
2.2.3.1.3 Nicht eindeutige Auswirkungen des Vergaberechts auf die relative Kosteneffizienz ..... 23
2.2.3.1.4 Abwägung der Effekte und die besondere Bedeutung von Wissen ..... 23
2.2.3.1.5 Fazit ..... 26
2.2.3.2 Kostensicherheit ..... 26
2.2.4 Kostenbezogene Effekte mit Bezug zu Folgeprojekten bei dynamischer Betrachtung ..... 28
2.2.5 Fazit ..... 30
2.3 Zentrale Gestaltungsbereiche auf der Programmebene im Zusammenhang mit ÖPP ..... 31
2.3.1 Institutionelle Rahmenbedingungen hinsichtlich der Reduktion von Opportunismusproblemen ..... 31
2.3.1.1 Vermeidung von Fehlanreizen zur Vorfinanzierung ..... 32
2.3.1.2 Stärkung von Transparenz und Kontrollsystemen ..... 35
2.3.1.3 Ausblick: weitere Fragestellungen ..... 35
2.3.2 Wissensmanagement zur Steigerung der Effizienz im öffentlichen Procurement ..... 37
2.3.2.1 Die besondere Bedeutung von implizitem Wissen im Kontext des Wissensmanagements ..... 37
2.3.2.2 Die Frage nach der Rationalität von ÖPP-spezifischem Wissensmanagement ..... 39
2.3.2.3 Ausblick: weitere Fragestellungen ..... 39
2.3.3 Fazit ..... 40

2.4 Fazit ..... 41
**3 Analyse der Eignung des ÖPP-Ansatzes im Fernstraßen- und Hochbausektor in Deutschland ..... 43**
3.1 ÖPP bei den Bundesfernstraßen ..... 43
3.1.1 Einleitende Vorbemerkung zu den Bundesfernstraßen ..... 43
3.1.2 Überblick über die ÖPP-Projekte und -Modelltypen bei den Bundesfernstraßen ..... 44
3.1.3 Eignung des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesfernstraßen ..... 48
3.1.4 Kritische Einordnung und Bewertung der Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Bereich der Bundesfernstraßen ..... 51
3.1.4.1 Zentrale Akteure bei der Realisierung von (ÖPP-)Projekten bei den Bundesfernstraßen ..... 51
3.1.4.2 Ausgestaltung der institutionellen Rahmenbedingungen und damit einhergehende politökonomische Aspekte und Fehlanreize ..... 53
3.1.4.3 Kosteneffizienz der bisherigen ÖPP-Vorhaben bei den Bundesfernstraßen ..... 55
3.2 ÖPP im Hochbau in Deutschland ..... 58
3.2.1 Überblick über die Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Hochbau ..... 58
3.2.2 Eignung des ÖPP-Ansatzes im Hochbau ..... 59
3.2.3 Kritische Einordnung und Bewertung der Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Hochbau ..... 62
3.2.3.1 Zentrale Akteure bei der Realisierung von (ÖPP-)Hochbauvorhaben ..... 62
3.2.3.2 Ausgestaltung des institutionellen Rahmens und damit einhergehende politökonomische Aspekte und Fehlanreize ..... 64
3.2.3.3 Kosteneffizienz bei bisherigen ÖPP-Hochbauvorhaben ..... 66
3.3 Fazit ..... 68
**4 Ökonomische Einordnung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Herausforderungen bei ihrer Erstellung ..... 72**
4.1 Potentielle Motive für die Durchführung von quantitativen empirischen Analysen im Kontext von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ..... 72
4.2 Besondere Herausforderungen bei der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Kontext von ÖPP ..... 74
4.2.1 Grundlagen zur Methodik von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten ..... 74
4.2.2 Besondere methodische Herausforderungen bei empirischen Analysen und Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Kontext von ÖPP ..... 77
4.2.3 Fehlanreize und Opportunismuspotentiale im Kontext der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP ..... 80
4.3 Fazit ..... 82
**TEIL B: Transparenz ..... 84**
**5 Transparenz im öffentlichen Sektor und Gestaltungsbereiche bei Transparenzregimen ..... 84**
5.1 Grundlagen zu Transparenz ..... 85
5.1.1 Mögliche Sichtweisen auf Transparenz ..... 85
5.1.2 Institutionenökonomische Einordnung von Transparenz im öffentlichen Sektor ..... 87
5.2 Überblick zu möglichen Auswirkungen von Transparenz im öffentlichen Sektor ..... 90
5.2.1 Positive Transparenzeffekte ..... 91
5.2.2 Negative Transparenzeffekte ..... 93
5.3 Zentrale Gestaltungsfragen bei Transparenzregimen ..... 95
5.3.1 Separate Darstellung der einzelnen Gestaltungsfragen ..... 96

5.3.1.1 Gegenstand der Transparenzregelungen ..... 96
5.3.1.2 Aggregationsniveau des Gegenstands ..... 97
5.3.1.3 Zeitpunkt der Veröffentlichung ..... 98
5.3.1.4 Berechtigte Informationsnachfrager ..... 98
5.3.1.5 Ausnahmen vom Grundsatz der Transparenz ..... 99
5.3.1.6 Bepreisung des Informationszugangs ..... 100
5.3.2 Transparenzniveau und Veröffentlichungsmenge als Ergebnis der zentralen Gestaltungsfragen ..... 102
5.3.3 Interdependenzen der zentralen Gestaltungsfragen untereinander und mit der Veröffentlichungsmenge ..... 105
5.4 Design der institutionellen Technologie und dessen Bedeutung hinsichtlich der Effektivität sowie Effizienz von Transparenzregimen ..... 106
5.4.1 Überblick zu den Elementen beim Design der institutionellen Technologie bei Transparenzregimen ..... 107
5.4.1.1 Verortung von Entscheidungskompetenzen ..... 107
5.4.1.2 Regeldifferenzierung ..... 107
5.4.1.3 Verfahren und Formen der Informationsbereitstellung ..... 108
5.4.1.4 Wissensmanagement ..... 109
5.4.2 Effektivität und Effizienz von Transparenzregimen sowie Interdependenz von Ausgestaltungsentscheidungen ..... 110
5.4.2.1 Effektivität und Effizienz ..... 110
5.4.2.2 Zusammenhänge zwischen institutioneller Technologie, Transparenzniveau, Effektivität und Effizienz ..... 112
5.5 Fazit ..... 115
**6 Vorstellung und Einordnung des bestehenden Rechtsrahmens hinsichtlich Transparenzregelungen ..... 117**
6.1 Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes ..... 117
6.1.1 Vorstellung und Einordnung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes (IFG) ..... 117
6.1.1.1 Entstehung und Zielsetzung des IFG ..... 118
6.1.1.2 Grundsätze des IFG ..... 118
6.1.1.3 Ausnahmen vom Transparenzgrundsatz im IFG ..... 119
6.1.1.4 Antragsverfahren und weitere Aspekte im IFG ..... 121
6.1.1.5 Empirie zum und Kritik am IFG ..... 126
6.1.2 Anwendbarkeit des IFG bei ÖPP-Projekten ..... 129
6.1.3 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie fiskalische Interessen als die im Fokus stehenden Ausnahmetatbestände ..... 130
6.1.3.1 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ..... 130
6.1.3.2 Fiskalische Interessen ..... 134
6.2 Exkurs: Die Informationsfreiheitsgesetze der Länder ..... 136
6.3 Weitere Transparenzregelungen im bestehenden Rechtsrahmen in Deutschland ..... 141
6.3.1 Das Umweltinformationsgesetz und das Verbraucherinformationsgesetz des Bundes ..... 141
6.3.2 Spezielle Transparenzregelungen für bestimmte Informationsnachfrager ..... 142
6.4 Fazit ..... 143
**7 Grundlegende Analysen zum Design der institutionellen Technologie bei Transparenzregimen ..... 146**
7.1 Verortung von Entscheidungskompetenzen ..... 146
7.1.1 Veröffentlichungsentscheidungen durch von der Politik festgelegte Regeln ohne Einbezug von Behörden (Variante I) ..... 147
7.1.1.1 Klare Regeln (Variante I.a) ..... 147
7.1.1.2 Vermeintlich klare Regeln und damit einhergehende höhere Anzahl an Rechtsstreitigkeiten (Variante I.b) ..... 148

7.1.2 Delegation an eine neutrale Transparenzbehörde (Variante II) ..... 148
7.1.3 Delegation an betroffene Behörden (Variante III) ..... 150
7.2 Regeldifferenzierung ..... 152
7.2.1 Horizontalisierung ..... 152
7.2.2 Konkretisierung ..... 156
7.3 Interdependenzen zwischen Verortung von Entscheidungskompetenzen sowie Horizontalisierung und Konkretisierung ..... 157
7.4 Weitere wichtige Aspekte beim Design der institutionellen Technologie von Transparenzregimen ..... 158
7.4.1 Reaktive und proaktive Informationsbereitstellung ..... 159
7.4.2 Ausgestaltungsfragen beim Wissensmanagement ..... 162
7.5 Fazit ..... 167
**TEIL C: Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich ..... 170**
**8 Grundlagen sowie Ausrichtung und Aufbau der Analysen zu Transparenz bei ÖPP ..... 170**
8.1 Grundsätzlich erhöhte (institutionen-)ökonomische Rationalität für Transparenz bei ÖPP ..... 171
8.2 Darstellung des idealtypischen ÖPP-Realisierungsprozesses mit besonderem Fokus auf zentrale Dokumente ..... 173
8.3 Zentrale Fragestellungen, Zielsystem und Vorgehen bei den Analysen ..... 177
8.3.1 Fragestellungen und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands ..... 177
8.3.2 Zielsystem ..... 184
8.3.3 Vorgehen ..... 185
8.4 Vorstellung der Struktur der weiteren Analysen ..... 186
**9 Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich ohne Berücksichtigung etwaiger Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Beratern der öffentlichen Hand ..... 188**
9.1 Transparenz bei ÖPP-Projekten und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ..... 188
9.1.1 Vertrag ..... 188
9.1.1.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich ÖPP-Verträgen auf Innovationen und Wettbewerbsstrategien ..... 189
9.1.1.1.1 Technisch-systemische Innovationen ..... 189
9.1.1.1.2 Vertragsdesign-Innovationen ..... 193
9.1.1.1.2.1 Auftragnehmerebene ..... 194
9.1.1.1.2.2 Auftraggeberebene ..... 197
9.1.1.1.3 Vergütungs- und Finanzdaten ..... 198
9.1.1.1.4 Fazit ..... 199
9.1.1.2 Status quo: Rechtslage und Praxis ..... 200
9.1.1.2.1 Der allgemeine Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im speziellen Kontext von ÖPP-Projekten ..... 200
9.1.1.2.2 Rechtsprechung zu Verträgen und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Kontext des Bundes-IFG ..... 201
9.1.1.2.3 Die Frage nach einer Möglichkeit zur Eröffnung einer Abwägung im IFG des Bundes ..... 206
9.1.1.2.4 Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Projekten ..... 207
9.1.1.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen ..... 208
9.1.2 Vertragsentwurf ..... 211
9.1.2.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich Vertragsentwürfen bei ÖPP-Projekten ..... 211
9.1.2.2 Status quo: Rechtslage und Praxis ..... 211
9.1.2.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen ..... 212
9.1.3 Angebote der Bieter ..... 212

9.1.3.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich Bieterangeboten bei ÖPP-Projekten ... 213
9.1.3.2 Status quo: Rechtslage und Praxis ... 214
9.1.3.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen ... 216
9.1.4 Fazit ... 216
9.2 Transparenz bei ÖPP-Projekten und der Schutz fiskalischer Interessen ... 218
9.2.1 Eignungstest ... 218
9.2.1.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich des ÖPP-Eignungstests ... 218
9.2.1.1.1 Wettbewerbseffekte ... 218
9.2.1.1.2 Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich ... 220
9.2.1.1.3 Fazit ... 223
9.2.1.2 Status quo: Rechtslage und Praxis ... 223
9.2.1.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen ... 225
9.2.2 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ... 226
9.2.2.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten ... 227
9.2.2.1.1 Ex ante Veröffentlichung der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei statischer Sichtweise ... 228
9.2.2.1.1.1 Wettbewerbseffekte ... 228
9.2.2.1.1.1.1 Reduktion der Kosten für die Angebotserstellung ... 228
9.2.2.1.1.1.2 Abschwächung von Diskrepanzen zwischen den Informationsständen der Bieter ... 230
9.2.2.1.1.1.3 Reduktion von Unsicherheiten hinsichtlich Common-Value-Komponenten ... 231
9.2.2.1.1.1.4 Problematik im Kontext eines veröffentlichten Reservationspreises bei kollusivem Bieterverhalten ... 234
9.2.2.1.1.1.5 Schwächung der Verhandlungsmacht der öffentlichen Hand ... 243
9.2.2.1.1.2 Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich ... 244
9.2.2.1.1.2.1 Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand und Innovationsdiffusion ... 244
9.2.2.1.1.2.2 Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure ... 245
9.2.2.1.1.2.3 Einbezug von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how ... 246
9.2.2.1.1.2.4 Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs ... 248
9.2.2.1.1.3 Fazit ... 250
9.2.2.1.2 Ex ante Veröffentlichung der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei dynamischer Sichtweise ... 252
9.2.2.1.3 Ex post Veröffentlichung der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei statischer und dynamischer Sichtweise ... 256
9.2.2.1.4 (Ex post) Veröffentlichung der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei statischer sowie dynamischer Sichtweise ... 258
9.2.2.1.5 Fazit ... 260
9.2.2.2 Status quo: Rechtslage und Praxis ... 260
9.2.2.2.1 Rechtslage hinsichtlich der Veröffentlichung von WU im Kontext des Schutzes fiskalischer Interessen im IFG ... 261
9.2.2.2.2 Veröffentlichungspraxis hinsichtlich WU bei ÖPP-Projekten auf Bundesebene ... 263
9.2.2.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen ... 267
9.2.3 Fazit ... 269
9.3 Transparenz hinsichtlich weiterer Dokumente bei ÖPP-Projekten ... 271
9.3.1 Leistungsbeschreibung ... 271
9.3.1.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich der Leistungsbeschreibung bei ÖPP-Projekten ... 271
9.3.1.2 Status quo: Rechtslage und Praxis ... 274
9.3.1.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen ... 275
9.3.2 Nach Vertragsabschluss anfallende Dokumente ... 276
9.3.2.1 Nachverhandlungen und Vertragsanpassungen ... 276

9.3.2.2 Controlling-Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ..... 280
9.3.3 Prüfungsdokumente von unabhängigen Kontrollinstanzen im öffentlichen Sektor ..... 282
9.4 Fazit ..... 285
**10 Auswirkungen von Transparenz auf die von der öffentlichen Hand einbezogenen Berater ..... 289**
10.1 Von Beratern erstellte Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Eignungstests ..... 289
10.1.1 Auswirkungen von Transparenz auf etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Beratern ..... 289
10.1.2 Status quo: Rechtslage und Praxis ..... 291
10.1.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen ..... 291
10.2 Einbezug von Beratern bei der Ausgestaltung von Verträgen ..... 292
10.2.1 Auswirkungen von Transparenz auf etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Beratern ..... 292
10.2.2 Status quo: Rechtslage und Praxis ..... 294
10.2.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen ..... 294
**11 Integrierte Gesamtbetrachtung von Transparenz bei ÖPP mit Fokus auf das Design der institutionellen Technologie ..... 296**
11.1 Berücksichtigung von Interdependenzen zwischen den Dokumenten im Kontext von deren Veröffentlichung ..... 296
11.2 Dokumentenübergreifende Berücksichtigung des Designs der institutionellen Technologie ..... 298
11.2.1 Verortung von Entscheidungskompetenzen ..... 298
11.2.2 Konkretisierung als Teil der Regeldifferenzierung ..... 304
11.2.3 Reaktive und proaktive Informationsbereitstellung ..... 306
11.2.4 Ausgestaltung des Wissensmanagements ..... 310
11.3 Horizontalisierungsdiskussion hinsichtlich weiterer Beschaffungsvarianten und Infrastruktursektoren ..... 312
11.3.1 Möglichkeit einer breiteren Horizontalisierung bezüglich anderer Beschaffungsvarianten und Infrastruktursektoren ..... 313
11.3.2 Rationalität für einen speziellen Regelungsbereich für Infrastruktur und dessen Umsetzung im IFG ..... 316
**12 Finale Handlungsempfehlungen hinsichtlich Transparenz bei ÖPP-Projekten ..... 318**
12.1 Handlungsempfehlungen für gesetzliche Anpassungen am IFG ..... 318
12.2 Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess ..... 321
**TEIL D: Gesamtfazit der Arbeit ..... 327**
**13 Fazit ..... 327**
**Literaturverzeichnis ..... 330**
**Rechtsquellenverzeichnis ..... 356**
**Verzeichnis der Internetseiten ..... 358**

# Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Darstellung der konventionellen Beschaffungsvariante ..... 10

Abbildung 2: Darstellung des ÖPP-Ansatzes ..... 11

Abbildung 3: Idealtypische Konstellationen hinsichtlich der Wissensstände aufseiten der öffentlichen Hand ..... 12

Abbildung 4: Systematisierung und Einordnung der möglichen Effekte bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes ..... 14

Abbildung 5: Einschränkung der zukünftigen Haushaltsflexibilität und Reduktion der zukünftigen Ausgagabemöglichkeiten ..... 18

Abbildung 6: Anzahl und Investitionsvolumen der ÖPP-Projekte im deutschen Hochbau ..... 59

Abbildung 7: Output- und inputorientierte Kostenermittlungsverfahren ..... 80

Abbildung 8: Transparenz im Kontext der mehrstufigen Prinzipal-Agent-Beziehung Bürger-Politik-Verwaltung ..... 88

Abbildung 9: Zentrale Gestaltungsfragen bei Transparenzregimen und die damit einhergehenden Transparenzniveaus ..... 103

Abbildung 10: Zentrale Aspekte bei der Gestaltung von Transparenzregimen ..... 115

Abbildung 11: Landkarte der Informationsfreiheitsgesetze der Bundesländer ..... 137

Abbildung 12: Engere Horizontalisierung und die Etablierung eines speziellen Bereichs („Nebenbereich“) ..... 154

Abbildung 13: Zentrale Dokumente im idealtypischen ÖPP-Realisierungsprozess ..... 176

Abbildung 14: Übersicht zu den Konstellationen im Kontext des Bieterwissens hinsichtlich (vorläufiger) WU, Reservationswert und -preis ..... 237

Abbildung 15: Übersicht zur Veröffentlichungspraxis hinsichtlich WU bei ÖPP im Bundesfernstraßenbereich im Kontext des IFG ..... 266

# Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Übersicht der ÖPP-Projekte bei den Bundesfernstraßen ..... 47

Tabelle 2: Einordnung des IFG hinsichtlich der zentralen Gestaltungsfragen bei Transparenzregimen ..... 124

Tabelle 3: Einordnung des IFG hinsichtlich des Designs der institutionellen Technologie ..... 125

Tabelle 4: Statistik zur Nutzung und Handhabung des IFG seit dessen Inkrafttreten ..... 126

Tabelle 5: Übersicht der Handlungsempfehlungen für gesetzliche Anpassungen am IFG ..... 321

# Verzeichnis der Kästen

Kasten 1: Zusammenhang zwischen der Höhe des privaten Kapitalanteils und dem Wissensstand der öffentlichen Hand ..... 21

Kasten 2: Anmerkungen zu den vom Bundesrechnungshof erstellten Dokumenten zu ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen ..... 58

Kasten 3: Literatur und Forschungsstand zu Transparenz bei ÖPP ..... 184

Kasten 4: Gefahren für fiskalische Interessen wegen Rückschlussmöglichkeiten von dem ÖPP-Vergleichswert, den Annahmen zu Effizienzunterschieden oder der WU-Methodik auf den PSC ..... 240

# Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AG | Aktiengesellschaft |
| A-Modell | Ausbaumodell |
| BAFO | best and final offer |
| Berater-VDI | von den Beratern der öffentlichen Hand eingebrachte / entwickelte VDI |
| BfDI | Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit |
| BHO | Bundeshaushaltsordnung |
| BImA | Bundesanstalt für Immobilienaufgaben |
| Bieter-VDI | von den Bietern eingebrachte / entwickelte VDI |
| BIP | Bruttoinlandsprodukt |
| BMF | Bundesministerium der Finanzen |
| BMI | Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat |
| BMUB | Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit |
| BMVBS | Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung |
| BMVI | Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur |
| BRH | Bundesrechnungshof |
| BSR | Berliner Stadtreinigungsbetriebe AöR |
| BWV | Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung |
| CGD | Center for Global Development |
| DB | Deutsche Bahn AG |
| DEGES | Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH |
| EPEC | European PPP Expertise Centre |
| EU | Europäische Union |
| F-Modell | Betreibermodell, basierend auf dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| HDB | Hauptverband der Deutschen Bauindustrie |
| ICO | Information Commissioner's Office |
| IFG | Informationsfreiheitsgesetz des Bundes |
| IT | Informationstechnik |
| KBV | konventionelle Beschaffungsvariante |

| | |
|---|---|
| Lkw | Lastkraftwagen |
| NIÖ | Neue Institutionenökonomik |
| ÖH-VDI | von der öffentlichen Hand entwickelte VDI |
| ÖÖP | Öffentlich-Öffentliche Partnerschaft |
| ÖPP | Öffentlich-Private Partnerschaft |
| PBU-Modell | Modell für Planung, Bau und Unterhaltung |
| PD | Berater der öffentlichen Hand GmbH (Partnerschaft Deutschland) |
| Pkw | Personenkraftwagen |
| PSC | Public Sector Comparator |
| RBBau | Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes |
| SPD | Sozialdemokratische Partei Deutschlands |
| TSI | technisch-systemische Innovation |
| UIG | Umweltinformationsgesetz |
| VDI | Vertragsdesign-Innovation |
| VFD | Vergütungs- und Finanzdaten |
| VIFG | Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft mbH |
| VIG | Verbraucherinformationsgesetz |
| V-Modell | Verfügbarkeitsmodell |
| WBI | World Bank Institute |
| WU | Wirtschaftlichkeitsuntersuchung |
| ZDB | Zentralverband des Deutschen Baugewerbes |

# 1 Einleitung

***AUSGANGLAGE***

Bei der Realisierung von Infrastrukturprojekten stehen der öffentlichen Hand verschiedene Beschaffungsvarianten zur Verfügung. Bei der sogenannten konventionellen Beschaffungsvariante (KBV) werden die vielfältigen Aufgaben auf den Wertschöpfungsstufen Planung, Bau, Betrieb und Erhaltung einer Infrastruktur in separaten und relativ kurzfristigen Verträgen an verschiedene private Auftragnehmer übertragen, wobei bestimmte Planungsleistungen und geringfügige Erhaltungsarbeiten sowie der Betrieb teilweise durchaus von der öffentlichen Hand auch in Eigenerstellung erbracht werden. Im Gegensatz dazu werden bei sogenannten Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) diese Aufgaben gebündelt in einem langfristigen Vertrag an einen privaten Auftragnehmer vergeben. Dabei werden – hiervon wird in dieser Arbeit grundsätzlich ausgegangen – über den ÖPP-Vertrag zentrale Kostenrisiken dem Auftragnehmer zugeordnet, was Anreize für eine kosteneffiziente Leistungserstellung setzen soll. In der Regel wird bei der Finanzierung zudem umfassend privates Kapital einbezogen, was für die Anwendung des ÖPP-Ansatzes jedoch nicht als unbedingt erforderlich anzusehen ist. In Deutschland werden Infrastrukturvorhaben vorwiegend mit der KBV realisiert, aber auch die Beschaffungsvariante ÖPP kommt zum Einsatz, wobei insbesondere die sehr großvolumigen ÖPP-Projekte bei den Bundesfernstraßen hervorzuheben sind. Vor allem im Bereich der Fernstraßen gibt es deutliche Hinweise darauf, dass der ÖPP-Ansatz gegenüber der KBV für die öffentliche Hand mit signifikant erhöhten Kosten einhergeht.[1] Obwohl dieser Befund grundsätzlich auch im Einklang mit theoriegeleiteten (institutionen-)ökonomischen Erkenntnissen steht, ist die Frage der Vorteilhaftigkeit der beiden Beschaffungsansätze regelmäßig Bestandteil intensiver politischer und gesellschaftlicher Diskussionen.

Bei ÖPP ist davon auszugehen, dass bei dieser Beschaffungsvariante die politökonomisch erklärbaren Opportunismuspotentiale und die damit verbundenen Fehlanreize wesentlich größer sind als bei der KBV. In diesem Zusammenhang besteht eine große Gefahr darin, dass Entscheidungsträger der öffentlichen Hand mit der Anwendung des ÖPP-Ansatzes nicht vornehmlich das – auch im Rahmen der Bundeshaushaltsordnung kodifizierte – Ziel der Kosteneffizienz bzw. Wirtschaftlichkeit bei der Realisierung von Infrastrukturprojekten verfolgen. Denn mit dem Einbezug von privatem Kapital im Rahmen von ÖPP können oftmals die Grundgedanken von (nationalen und europäischen) Schuldenregeln umgangen werden, was eine frühzeitigere Projektrealisierung als bei der KBV ermöglicht. Wegen der Möglichkeit, auf diese Weise die gegenwärtigen Budgetspielräume auszuweiten, bringt dieser sogenannte Vorzieheffekt eine hohe politische Attraktivität mit sich. Dies kann als ein zentraler Fehlanreiz im Hinblick auf verzerrte Entscheidungen bei der Beschaffungsvariantenauswahl angesehen werden.

Eine Projektrealisierung nach dem ÖPP-Ansatz erfordert, dass zunächst in sogenannten Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ÖPP als wirtschaftlich vorteilhafte Beschaffungsvariante identifiziert worden ist. Insbesondere aufgrund des Vorzieheffekts können bei der öffentlichen Hand Fehlanreize

[1] Vgl. beispielsweise BRH (2014a).

bestehen, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nicht im notwendigen Maß objektiv zu erstellen. Darüber hinaus weisen ÖPP-Projekte im Vergleich zur KBV vor allem aufgrund der langfristigen Verträge und der damit verbundenen höheren Unsicherheit eine deutlich höhere Komplexität auf und bisher liegen mit Bezug zu dieser neuen Beschaffungsvariante nur verhältnismäßig wenig kodifiziertes Wissen und Standards vor. Dadurch eröffnen sich in größerem Umfang Spielräume für opportunistisches Verhalten der öffentlichen Hand und auch der privaten ÖPP-Auftragnehmer.[2] Diese Aspekte führen letztendlich zu einer deutlich erschwerten Kontrolle durch außenstehende Akteure.

Die wichtigste Möglichkeit, den Opportunismuspotentialen und Fehlanreizen im Rahmen von ÖPP entgegenzuwirken, besteht darin, entsprechende Veränderungen an den institutionellen Rahmenbedingungen vorzunehmen. In diesem Kontext ist in der (ÖPP-)Literatur die hohe Bedeutung von Transparenzregelungen identifiziert worden, jedoch wurden damit einhergehende Fragen oftmals nicht weiter analysiert.[3] Dahingegen stehen in dieser Arbeit Transparenzregelungen als ein äußerst relevanter Teil der institutionellen Rahmenbedingungen genau im Fokus.

Auf Bundesebene stellt das Informationsfreiheitsgesetz (IFG) das bedeutsamste allgemeine Transparenzregime dar. Ziel des Gesetzes ist es, mittels Zugang zu Informationen und Dokumenten eine verbesserte Kontrolle staatlichen Handelns durch die allgemeine Öffentlichkeit zu ermöglichen. Transparenz ist als zentrales Instrument zur Reduktion von Opportunismuspotentialen einzustufen und vor diesem Hintergrund ist kritisch zu hinterfragen, ob das derzeitige Transparenzniveau in Deutschland (insbesondere im Kontext des IFG) im Rahmen des Realisierungsprozesses von ÖPP-Vorhaben eine ausreichende Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure ermöglicht. Infolge eines zu geringen Transparenzniveaus wäre bei der Entscheidung und Ausgestaltung der Beschaffungsvariante der effiziente Einsatz staatlicher Mittel gefährdet, weil ein unverzerrter Beschaffungsprozess nicht zweifelsfrei gewährleistet werden kann.

Allerdings kann bei ÖPP-Vorhaben die Veröffentlichung zentraler Dokumente wie bspw. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Verträgen nicht nur mit positiven, sondern auch mit negativen Effekten verbunden sein, deren Ausmaß je nach Situation unterschiedlich stark ausfallen kann. In diesem Kontext stellt die Ausgestaltung von Regelungen eine große Herausforderung dar, die ein Transparenzniveau sicherstellen, welches möglichst einerseits vorteilhafte Wirkungen entfaltet sowie andererseits nachteilige Effekte vermeidet. Entsprechende übergeordnete Transparenzregelungen sind vor dem Hintergrund, dass opportunistische Akteure aufseiten der öffentlichen Hand und der privaten Auftragnehmer ein angemessenes Transparenzniveau von sich aus nicht freiwillig implementieren bzw. diesem letztlich nicht nachkommen werden, als besonders wichtig einzustufen.

[2] Opportunismus ist eine Kernannahme zum Verhalten von Akteuren in der Neuen Institutionenökonomik; vgl. z.B. VOIGT (2009, S. 87 ff.) und WILLIAMSON (1990, S. 54 ff.). In dieser institutionenökonomisch ausgerichteten Arbeit wird grundsätzlich von sich opportunistisch verhaltenen Akteuren ausgegangen.

[3] Vgl. beispielsweise BOARDMAN / VINING (2012), SHAOUL / STAFFORD / STAPLETON (2012) und SIEMIATYCKI (2007).

### *FRAGESTELLUNGEN UND EINGRENZUNG DER UNTERSUCHUNG*

Ausgehend von der soeben dargestellten Problematik und der damit verbundenen Herausforderung bei der Ausgestaltung von Transparenzregimen wird im Rahmen dieser Arbeit der folgenden Hauptfrage nachgegangen:

> Welche im Kontext einer ÖPP-Projektrealisierung zu erstellenden Dokumente sollten in welchem Umfang zu welchem Zeitpunkt gegenüber welchen Akteuren veröffentlicht werden?

Die verschiedenen Dimensionen dieser Frage können als die zentralen Gestaltungsoptionen eines Transparenzregimes eingeordnet werden. In diesem Zusammenhang konzentrieren sich die ökonomischen Analysen insbesondere auf zwei voneinander abzugrenzende Aspekte, die einen engen Bezug zum IFG aufweisen. Zum einen ist dies der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen[4], der bei Verträgen im Rahmen von ÖPP-Vorhaben sowohl für private Auftragnehmer als auch für von der öffentlichen Hand beauftragte private Beratungsunternehmen eine Rolle spielt. Aus ökonomischer Perspektive ist in diesem Zusammenhang insbesondere von besonderer Bedeutung, welche positiven und negativen Effekte infolge von Transparenz hinsichtlich Innovationen (Anreize zur Generierung und Diffusion) und von den jeweiligen Unternehmen verfolgten Wettbewerbsstrategien (Angebots-, Verhandlungs- und Geschäftsstrategien usw.) entstehen können. Zum anderen ist die Thematik zu untersuchen, inwieweit die Ausgaben der öffentlichen Hand bei Beschaffungsprozessen (und damit die Wirtschaftlichkeit) durch die Veröffentlichung von Dokumenten beeinflusst werden können. So kann Transparenz mit Bezug zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bspw. mit unterschiedlichen Wirkungen auf die Wettbewerbsintensität einhergehen, die letztlich zu geringeren oder höheren Angebotspreisen führen könnten und somit die Ausgaben der öffentlichen Hand berühren. Beide Aspekte, der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von Unternehmen und der Schutz der fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand, gelten im IFG als dem grundsätzlichen Informationszugang entgegenstehende Ausschlusstatbestände.

Darüber hinaus wird in dieser Arbeit der folgenden Frage nachgegangen:

> Wie sollte die institutionelle Ausgestaltung eines Transparenzregimes arrangiert sein?

Die zentralen Fragen bei der institutionellen Ausgestaltung eines Transparenzregimes bzw. bezüglich des Designs der institutionellen Technologie betreffen dabei insbesondere die Verortung von Kompetenzen für die Veröffentlichungsentscheidung und die Regeldifferenzierung in Transparenzregimen sowie weitere wichtige Aspekte wie Verfahren und Formen der Informationsbereitstellung als auch die Ausgestaltung des Wissensmanagements.

Die Untersuchung der oben aufgeworfenen Fragen erfolgt mit Fokus auf dem öffentlichen Beschaffungswesen. Dabei wird vornehmlich auf ÖPP, aber auch auf die KBV als Beschaffungsvarianten eingegangen. Transparenz in anderen Bereichen des öffentlichen Sektors, wie etwa bei der Regulierung von Infrastrukturunternehmen, wird – sofern nicht im Einzelfall explizit angesprochen – nicht thematisiert. Des Weiteren steht die Bundesebene klar im Zentrum der

[4] Der in dieser Arbeit verwendete Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bezieht sich dabei auf die dafür übliche rechtswissenschaftliche Bezeichnung und Einordnung.

Überlegungen, wobei – wenn es an bestimmten Stellen der Untersuchung zweckdienlich ist – das Mehrebenensystem in Deutschland (also zusätzlich auch die Ebene der Länder und Kommunen) berücksichtigt wird. Ferner werden im Rahmen der Analysen ausschließlich die Infrastruktursektoren (Fern-)Straßen und (ziviler) Hochbau betrachtet, wenngleich der Schwerpunkt wegen der größeren Bedeutung von ÖPP auf Bundesebene auf den Fernstraßen liegt. Weiterhin werden im Rahmen der Untersuchung sowohl Konstellationen mit einem einzigen als auch mit mehreren öffentlichen Auftraggebern und deren Einzel- oder Folgeprojekten berücksichtigt, was auch mit den verschiedenen in der Realität auftretenden Situationen im Straßen- und Hochbau korrespondiert. Des Weiteren ist der Untersuchungshorizont hinsichtlich der betrachteten Normebenen auf die Gesetzesebene (vornehmlich das IFG) beschränkt, somit werden Fragen der Verortung von Regeln über mehrere Normebenen hinweg ausgeklammert. Nicht Bestandteil dieser Arbeit ist zudem eine politikwissenschaftliche und soziologische Fundierung, ob und wie genau eine Veröffentlichung von Dokumenten das Verhalten von gesellschaftlichen Stakeholdern und damit verbunden auch von Politik sowie Verwaltung tatsächlich beeinflusst und in welcher Weise sich etwaige Wirkungsmechanismen in diesem Kontext vollziehen. Im Übrigen sind im empirischen Teil dieser Arbeit aktuelle Entwicklungen (wie beispielsweise Anpassungen des Rechtsrahmens oder die Veröffentlichungentscheidungen bezüglich Dokumenten bei ÖPP-Projekten in der Praxis) bis Anfang Dezember 2019 berücksichtigt.

***ZIEL DER ARBEIT UND ZIELSYSTEM SOWIE VORGEHEN***

Diese Arbeit und die damit verbundene Analyse der aufgeworfenen Fragestellungen sind zunächst durch die dargestellte Problemlage sowie die grundsätzlich erhöhte Rationalität für Transparenz bei ÖPP motiviert. Darüber hinaus ist der Umfang bisheriger Forschungstätigkeiten und der wissenschaftlichen Literatur zu der Thematik „Transparenz bei ÖPP“ als eher gering einzuordnen, sodass diese Arbeit einen Beitrag zur Weiterentwicklung dieses Forschungsgebietes sowie der diesbezüglichen Literatur leisten soll. Das Ziel dieser Arbeit bei der Untersuchung der Fragestellungen besteht zum einen darin, auf Grundlage der generierten Erkenntnisse – soweit möglich – Handlungsempfehlungen an die Politik zur Fortentwicklung des IFG vor allem mit Bezug zu (den Ausschlusstatbeständen der) fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand und zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen abzuleiten. Diese Handlungsempfehlungen dürften größtenteils ebenfalls auf die entsprechenden Gesetze auf Landesebene übertragbar sein. Zum anderen sollen die gewonnenen Einsichten in praktikable Vorschläge zur Gesetzesanwendung münden. Diese Vorschläge sind zwar primär auf die Bundesebene ausgerichtet, können jedoch überwiegend auch auf Länder und Kommunen übertragen werden. Grundsätzlich sollen diese für die Praxis anwendungsorientierte Hinweise beinhalten, d.h. welche Aspekte aus (institutionen-)ökonomischer Sicht bei Veröffentlichungsentscheidungen berücksichtigt werden sollten.

Für die ökonomische Analyse und die Ableitung von Empfehlungen ist grundsätzlich ein Zielsystem notwendig, anhand dessen unterschiedliche Zustände bzw. Optionen bewertet und hinsichtlich der Zielerreichung in eine Rangfolge gebracht werden können. In dieser Arbeit wird diesbezüglich die Perspektive der öffentlichen Hand eingenommen. Das allgemeine Zielsystem stellt die Kosteneffizienz im öffentlichen Beschaffungswesen für den (Fernstraßen- und Hochbau-)Infrastrukturbereich dar und wird im Rahmen der konkreten Analyse des Transparenzregimes mit einem speziellen aus zwei Kriterien bestehenden Zielsystem verfeinert. Das eine Kriterium stellt die Effektivität des

Transparenzregimes im Hinblick auf die Sicherstellung eines sinnvollen Transparenzniveaus dar, das eine angemessene Balance der durch die Veröffentlichung von Dokumenten erzeugten positiven und negativen Effekte gewährleistet. In diesem Kontext ist grundsätzlich ein Wirksamwerden von Vorteilen bei gleichzeitiger Vermeidung nachteiliger Auswirkungen anzustreben. Das andere Kriterium zielt auf die Effizienz des Transparenzregimes und dessen institutionelle Ausgestaltung ab, d.h. die Sicherstellung des Transparenzniveaus soll mit möglichst geringen Kosten beim Fällen der Veröffentlichungsentscheidungen und der Informationsbereitstellung einhergehen. Schließlich sind hinsichtlich des speziellen Zielsystems zudem die bestehenden Interdependenzen zwischen den beiden Kriterien Effektivität und Effizienz zu beachten.

Ausgehend von den Fragestellungen und dem Zielsystem folgt die Analyse in dieser Arbeit weitgehend einem festgelegten Vorgehen. Diese in drei Schritte eingeteilte Vorgehensweise wird systematisch für die jeweiligen Dokumente im ÖPP-Realisierungsprozess durchgeführt:

- In einem ersten Schritt wird eine ökonomische Analyse bezüglich der potentiellen vorteilhaften und nachteiligen Effekte bei der Veröffentlichung des entsprechenden Dokuments (und den darin enthaltenden Informationen) vorgenommen. Auf Grundlage der generierten Erkenntnisse wird für das jeweilige Dokument eine erste, ausschließlich ökonomische Empfehlung für ein sinnvolles Transparenzniveau abgeleitet.
- In einem zweiten Schritt wird mit Bezug zum jeweiligen Dokument die aktuelle Rechtslage im Status quo dargestellt und damit verbundene (Rechts-)Fragen werden aus einer ökonomischen Perspektive reflektiert. Des Weiteren wird beschrieben, wie die Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Projekten für das entsprechende Dokument bisher ausgesehen hat. In diesem Kontext wird zum Teil auch darauf eingegangen, inwieweit eine alternative Auslegung des Rechts im Sinne der im ersten Schritt gewonnenen ökonomischen Erkenntnisse bereits ohne Anpassung des bestehenden Rechtsrahmens möglich erscheint.
- Im dritten Schritt erfolgt zunächst ein kritischer Abgleich zwischen den Erkenntnissen der ökonomischen Analyse und den Ergebnissen aus dem zweiten Schritt. Sofern bei diesem Abgleich Differenzen identifiziert werden, werden auf Grundlage der bisherigen Ergebnisse vorläufige Handlungsempfehlungen zur Anpassung des Rechtsrahmens abgeleitet. Weiterhin werden Vorschläge hinsichtlich der Gesetzesanwendung und Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis beim entsprechenden Dokument erarbeitet.

Schließlich werden die bis dahin separat erfolgten Überlegungen nachgelagert zu den einzelnen Dokumenten zusammengeführt und abschließend übergreifend analysiert. Bei dieser integrierten Gesamtbetrachtung wird insbesondere die institutionelle Ausgestaltung des Transparenzregimes über alle Dokumente hinweg berücksichtigt. Im Ergebnis führt diese integrierte Gesamtbetrachtung dazu, dass die bisher vorläufigen (Handlungs-)Empfehlungen ggf. zu modifizieren sind und dann als final einzustufen sind.

Im Rahmen dieser Vorgehensweise wird bei der Untersuchung überwiegend auf Erkenntnisse der Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) zurückgegriffen. Als weitere Theorien zur Analyse von Institutionen kommen auch die Industrieökonomik sowie die Auktions- und Innovationsökonomie zur Anwendung. Im Rahmen dieser Arbeit wurden Experteninterviews mit Praktikern aus verschiedenen Bereichen geführt.

Die dabei generierten Erkenntnisse sind zum Teil in die Arbeit eingeflossen und an einigen Stellen wird darauf hingewiesen. Für die Vorgehensweise ist auch der Einbezug von juristischen Ausführungen und Überlegungen erforderlich. Allerdings ist in diesem Zusammenhang deutlich zu betonen, dass dies nur innerhalb gewisser Grenzen möglich ist. So werden Überlegungen aus juristischer Perspektive grundsätzlich in die Analysen einbezogen, können aber aufgrund der (institutionen-)ökonomischen Ausrichtung der Arbeit verständlicherweise keinen abschließenden Anspruch aufweisen.

***STRUKTUR DER ARBEIT***

Die Arbeit ist wie folgt aufgebaut: In Teil A wird die Beschaffungsvariante ÖPP umfassend untersucht. Zunächst findet dafür in Kapitel 2 eine abstrakte Analyse der Eignung des ÖPP-Ansatzes ohne einen bestimmten Sektorbezug statt. Neben einer grundlegenden institutionenökonomischen Einordnung unter Berücksichtigung von Wissensaspekten erfolgt dort eine systematisierte Darstellung von bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes auftretenden Effekten, insbesondere der Kosteneffizienz, sowie eine Auseinandersetzung mit zentralen Gestaltungsbereichen auf der Programmebene im Zusammenhang mit speziellen Problemen bei ÖPP. Darauf aufbauend beschäftigt sich Kapitel 3 mit der konkreten Analyse der Eignung des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesfernstraßen und im Bundeshochbau, um unter Rückgriff der in Kapitel 2 generierten Erkenntnisse eine kritische Einordnung und Bewertung vorzunehmen. Mit Kapitel 4 wird der besonderen Bedeutung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Kontext von ÖPP und den speziellen Herausforderungen bei ihrer Erstellung Rechnung getragen.

Teil B beschäftigt sich mit Transparenz(-regimen) im öffentlichen Sektor. In Kapitel 5 werden Grundlagen zu Transparenz gelegt und mögliche Auswirkungen von Transparenz im Kontext des öffentlichen Beschaffungswesens im Infrastrukturbereich untersucht. Darüber hinaus ist die Analyse von zentralen Gestaltungsbereichen bei Transparenzregimen ein wichtiger Bestandteil von Kapitel 5. Auf dieser Basis wird in Kapitel 6 der bestehende Rechtsrahmen hinsichtlich verschiedener Transparenzregelungen vorgestellt und eingeordnet, wobei das IFG im Fokus steht. In Kapitel 7 erfolgen grundlegende Analysen zur institutionellen Ausgestaltung von Transparenzregimen, die solche Aspekte wie die Verortung von Entscheidungskompetenzen, die Regeldifferenzierung, die Informationsbereitstellung sowie das Wissensmanagement umfassen.

Die Teile A und B können auch als eigenständige, in sich geschlossene Untersuchungen angesehen werden, aber im Rahmen dieser Arbeit bilden sie zudem die Basis für die Analysen zu Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich in Teil C. In Kapitel 8 werden neben einigen Grundlagen insbesondere die Ausrichtung und der Aufbau der Untersuchungen in Teil C vorgestellt. Die Ausrichtung betrifft dabei die zentralen Fragestellungen, das Zielsystem und das Vorgehen bei den Analysen. In Kapitel 9 wird mit der bereits beschriebenen Vorgehensweise analysiert, in welchem Ausmaß Transparenz bei zentralen im ÖPP-Realisierungsprozess anfallenden Dokumenten sinnvoll ist, wobei der ÖPP-Vertrag und die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen den Schwerpunkt bilden. Das Kapitel 9 stellt das analytische Kernkapitel von Teil C und gewissermaßen auch das zentrale Kapitel der gesamten Arbeit dar. Im darauf folgenden Kapitel 10 werden (nachgelagert) die Auswirkungen von Transparenz auf die von der öffentlichen Hand bei ÖPP-Projekten einbezogenen Beratungsunternehmen bei der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und der Ausgestaltung von Verträgen untersucht. In Kapitel 11 erfolgt eine integrierte Gesamtbetrachtung der in den beiden vorherigen Kapiteln generierten

Ergebnisse, mit der dokumentenübergreifend zentrale Aspekte des bis dahin ausgeklammerten Designs der institutionellen Technologie berücksichtigt werden. Die Analysen in Teil C enden mit Kapitel 12, welches die finalen (Handlungs-)Empfehlungen für gesetzliche Anpassungen am IFG sowie für die Veröffentlichungspraxis von Dokumenten bei ÖPP-Vorhaben zusammenfassend darstellt.

Teil D beinhaltet mit Kapitel 13 schließlich ein knappes die „großen Linien" aufzeigendes Gesamtfazit dieser Arbeit.

# TEIL A: Die Beschaffungsvariante ÖPP im Allgemeinen und bei den Bundesfernstraßen sowie beim Bundeshochbau im Speziellen

Der Teil A dieser Arbeit beschäftigt sich umfassend mit der Beschaffungsvariante ÖPP beim öffentlichen Procurement im Infrastrukturbereich. Mit dem Teil A wird das Ziel verfolgt, ein vertieftes Verständnis für diesen Beschaffungsansatz zu schaffen und er bildet damit eine wichtige Grundlage für diese Arbeit. Denn für die Analysen zur Transparenz bei ÖPP-Projekten im Infrastrukturbereich in Teil C ist zuvor eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Beschaffungsvariante ÖPP unerlässlich. Das Kapitel 2 behandelt die Eignung des ÖPP-Ansatzes ohne speziellen Sektorbezug, indem insbesondere die bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes auftretenden Effekte untersucht werden und auf zwei zentrale Gestaltungsbereiche auf der Programmebene[5] eingegangen wird. Im Kapitel 3 werden die bei der Analyse der grundsätzlichen Eignung des ÖPP-Ansatzes gewonnenen Erkenntnisse auf die Bundesfernstraßen und den Hochbau in Deutschland angewandt. Zum Abschluss von Teil A erfolgt in Kapitel 4 eine ökonomische Einordnung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP und eine Auseinandersetzung mit den Herausforderungen bei ihrer Erstellung.

## 2 Allgemeine Analyse der Eignung des ÖPP-Ansatzes ohne konkreten Sektorenbezug

In diesem Kapitel wird die Eignung von ÖPP theoriegeleitet untersucht, wobei eine umfangreiche abstrakte Analyse vorgenommen wird. Zuerst erfolgt eine grundlegende Einordnung der Beschaffungsvariante ÖPP und der konventionellen Beschaffungsvariante aus institutionenökonomischer Sicht, bei der die besondere Bedeutung von Wissen beim öffentlichen Procurement im Infrastrukturbereich berücksichtigt wird (Unterkapitel 2.1). Darauf folgend werden insbesondere die bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes potentiell auftretenden Effekte umfassend analysiert (Unterkapitel 2.2), wobei implizite und vereinzelt auch explizite Bezüge zum Fernstraßen- und Hochbausektor (in Deutschland) den abstrakten Charakter der Analyse teilweise einschränken. Im Anschluss wird die Ausgestaltung der Programmebene untersucht, wobei Überlegungen zu den institutionellen Rahmenbedingungen und zum Wissensmanagement im Fokus stehen (Unterkapitel 2.3). Es sei in diesem Kontext die Anmerkung vorangestellt, dass die Performance des ÖPP-Ansatzes bei einzelnen Projekten in starkem Maße auch von der Programmebene abhängt.[6] Dieser Zusammenhang wird bei den Analysen in Unterkapitel 2.2 insoweit mit berücksichtigt, als dass besonders relevanten Aspekten mit Verweisen auf den Abschnitt zur Ausgestaltung der Programmebene Rechnung getragen wird. Die Analyse des ÖPP-Ansatzes (und insbesondere der auftretenden Effekte) erfolgt in Abgrenzung bzw. im Vergleich zur KBV. Abschließend erfolgt zu den durchgeführten Analysen ein Fazit (Unterkapitel 2.4).

[5] Allgemein begriffen „überdeckt" die Programmebene die jeweiligen öffentlichen Auftraggeber bzw. ihre Projekte („Projektebene"). Vgl. WAGEMANN (2015, S. 59 f.).

[6] Dies gilt auch in umgekehrter Richtung, auch wenn die Performance der Programmebene in wesentlich geringerem Ausmaß von der Projektebene abhängt.

## 2.1 Grundlegende institutionenökonomische Einordnung der Beschaffungsvarianten ÖPP und KBV unter Berücksichtigung der Bedeutung von Wissen beim öffentlichen Procurement im Infrastrukturbereich

In diesem Unterkapitel werden die Grundlagen für das Verständnis der konventionellen Beschaffungsvariante und der vertraglichen ÖPP gelegt.[7] Aus institutionenökonomischer Sicht stellt das öffentliche Beschaffungswesen bzw. Procurement im Infrastrukturbereich einen wesentlichen Teilbereich der Organisation von Infrastruktursektoren dar. Dem Procurement ist die Bereitstellungsentscheidung der öffentlichen Hand vorgelagert. Denn zunächst entscheidet die öffentliche Hand im Rahmen ihrer Bereitstellungsverantwortung über die Angebotsmenge, -qualität und -preis eines Infrastrukturgutes. Anschließend hat die öffentliche Hand für die konkrete Realisierung des im Zuge der Bereitstellungsentscheidung bestimmten Vorhabens die Möglichkeit auf verschiedene Beschaffungsansätze bzw. -varianten zurückzugreifen.[8] Die Beschaffung umfasst dabei verschiedene Wertschöpfungsstufen wie bspw. Planung, Bau, Betrieb und Erhaltung, die sich je nach Sektor unterscheiden können.

Bei der konventionellen Beschaffungsvariante werden die Aufgaben auf den Wertschöpfungsstufen Planung, Bau, Betrieb und Erhaltung einer Infrastruktur in separaten und relativ kurzfristigen Verträgen an verschiedene in der Regel private Unternehmen übertragen, wobei diese bei bestimmten Planungsleistungen und geringfügigen Erhaltungsarbeiten sowie beim Betrieb zum Teil auch von der öffentlichen Hand in Eigenerstellung erbracht werden. Bei jeder dieser Fremdvergaben („Contracting Out“) steht der öffentliche Auftraggeber vor der Entscheidung, welcher Leistungsumfang und welches Anreizregime mit dem eher kurzfristigen Vertrag implementiert werden soll. Die Aufgabe des wertschöpfungsstufenübergreifenden Managements liegt im Verantwortungsbereich der öffentlichen Hand.[9] Somit kann die KBV als kurzfristige, entbündelte Beschaffung kategorisiert werden. Es ist zu betonen, dass die Verfügbarkeit von entsprechendem „Input-Wissen“ bei der öffentlichen Hand als Auftraggeber eine notwendige Voraussetzung für eine erfolgreiche Anwendung des KBV-Ansatzes ist. Der Begriff „Input-Wissen“ beschreibt das detaillierte Wissen über die technischen und systemischen Eigenschaften der Infrastruktur und über den Leistungserstellungsprozess, also das Wissen über die benötigten Inputs für die Erbringung der Leistung, die Technik und die Prozessschritte, was auch den fähigen Umgang mit vorhandenen Schnittstellen zwischen Wertschöpfungsstufen bzw. Aufgaben impliziert.[10] Im Rahmen der KBV ist das Input-Wissen insbesondere erforderlich, um die einzelnen

[7] Vertragliche ÖPP können von sogenannten institutionellen ÖPP abgegrenzt werden. Bei Letzteren wird zur öffentlichen Aufgabenerfüllung gemeinsam von öffentlicher Hand und privaten Unternehmen ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen oder eine ähnliche Unternehmenskooperation gegründet. Institutionelle ÖPP werden in dieser Arbeit nicht betrachtet.

[8] Vgl. hierzu auch KLATT (2011, S. 30 ff.).

[9] Vgl. BECKERS / KLATT (2008, S. 3).

[10] Vgl. für eine ähnliche Definition von Input-Wissen BECKERS ET AL. (2014a, S. 69). Darüber hinaus sei auf OUCHI (1979, S. 843 ff.) verwiesen, der die Bedeutung von Transformationsprozesswissen („Knowledge of The Transformation Process“), das eine große inhaltliche Nähe zum Input-Wissen aufweist, im Kontext des Designs von Mechanismen zur Kontrolle und Steuerung von Organisationen untersucht.

separaten Fremdvergaben adäquat durchführen und damit einhergehend vor allem die Vielzahl an Schnittstellen managen zu können. Abbildung 1 illustriert die vorgenannten Ausführungen zur KBV.

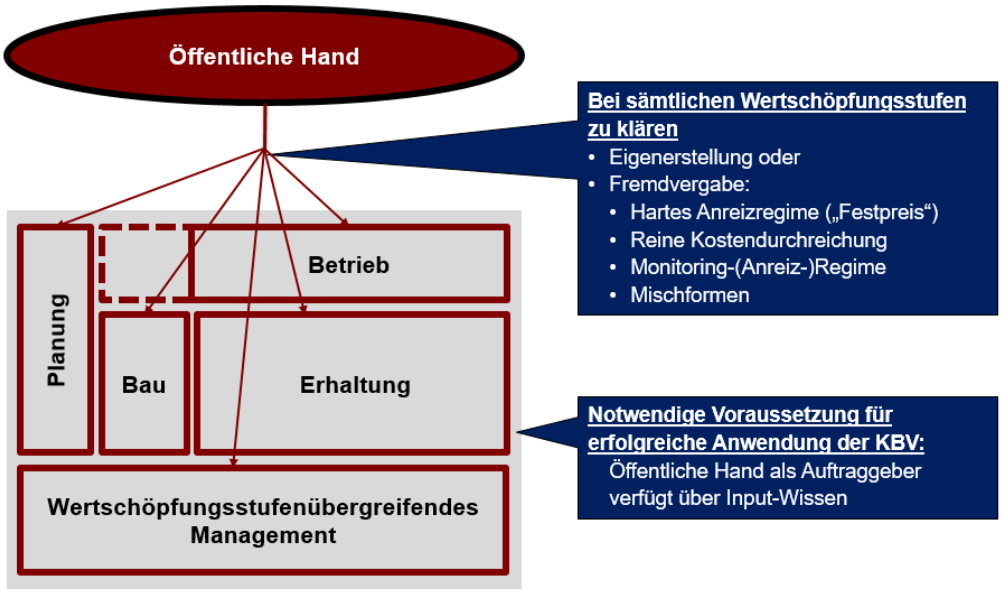



**Abbildung 1: Darstellung der konventionellen Beschaffungsvariante[11]**

Beim ÖPP-Ansatz hingegen vergibt die öffentliche Hand einen langfristigen, häufig sämtliche Wertschöpfungsstufen umfassenden Vertrag (für eine Laufzeit von i.d.R. 20 bis 30 Jahren) an einen privaten Auftragnehmer, der somit durch diese Bündelung für das wertschöpfungsstufenübergreifende Management (inklusive der Planung), den Bau und die Erhaltung sowie meist auch den Betrieb verantwortlich ist.[12, 13] Dieses Bündeln von Wertschöpfungsstufen („Bundling“) macht aus ökonomischer Sicht den entscheidenden Unterschied zwischen ÖPP und KBV aus.[14] Daher kann der ÖPP-Ansatz letztlich als langfristige, gebündelte Beschaffung eingeordnet werden. Bei solch einer gebündelten Fremdvergabe können verschiedene denkbare Anreizregime implementiert werden.[15] Einerseits könnte ein „hartes“ Anreizregime über einen Festpreisvertrag inklusive der Übertragung zentraler Kostenrisiken an den privaten Auftragnehmer umgesetzt werden. Andererseits ist auch eine reine Kostendurchreichung vorstellbar, bei der der Auftragnehmer (nahezu) kein Kostenrisiko trägt. Zwischen diesen beiden polaren Varianten können diverse Mischformen ausgestaltet werden. Daneben kann auch das intensive Monitoring[16] des Auftragnehmers durch den Auftraggeber als eine Form von

[11] Quelle: Vortrag „Eine (institutionen-)ökonomische Analyse des ÖPP-Ansatzes und seiner Anwendung bei den Bundesautobahnen“ von Prof. Dr. Beckers bei einem Fachgespräch der Bundestagsfraktion Bündnis 90 / Grüne in Berlin am 15.12.2015. Für diese Arbeit wurden geringfügige Anpassungen an dieser Abbildung vorgenommen.

[12] Vgl. für eine ähnliche Definition des ÖPP-Ansatzes z.B. DE BETTIGNIES / ROSS (2004), ENGEL / FISCHER / GALETOVIC (2014, S. 2) und RUSSO / ZAMPINO (2012, S. 5-8).

[13] In dieser Arbeit wird der ÖPP-Ansatz unter der Annahme diskutiert, dass die Mittelbereitstellung aus dem Haushalt erfolgt (Finanzierung im Haushaltssystem). Die Anwendung des ÖPP-Ansatzes ist auch unkompliziert möglich, wenn die Finanzierung über ausgelagerte Fonds oder öffentliche Unternehmen erfolgt, welche Nutzerentgelte erhalten.

[14] Vgl. z.B. MASKIN / TIROLE (2008, S. 413).

[15] Vgl. hierzu auch MCAFEE / MCMILLAN (1988, S. 23).

[16] Unter Monitoring wird hier verstanden, dass der Auftraggeber den Prozess der Leistungserstellung des Auftragnehmers überwacht und / oder die vom Auftragnehmer in Rechnung gestellten Kosten expost überprüft.

Anreizregimen eingestuft werden. Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass die hier dargestellten Anreizregime grundsätzlich auch bei den oben erwähnten entbündelten Vergaben im Rahmen der KBV zur Anwendung kommen können.

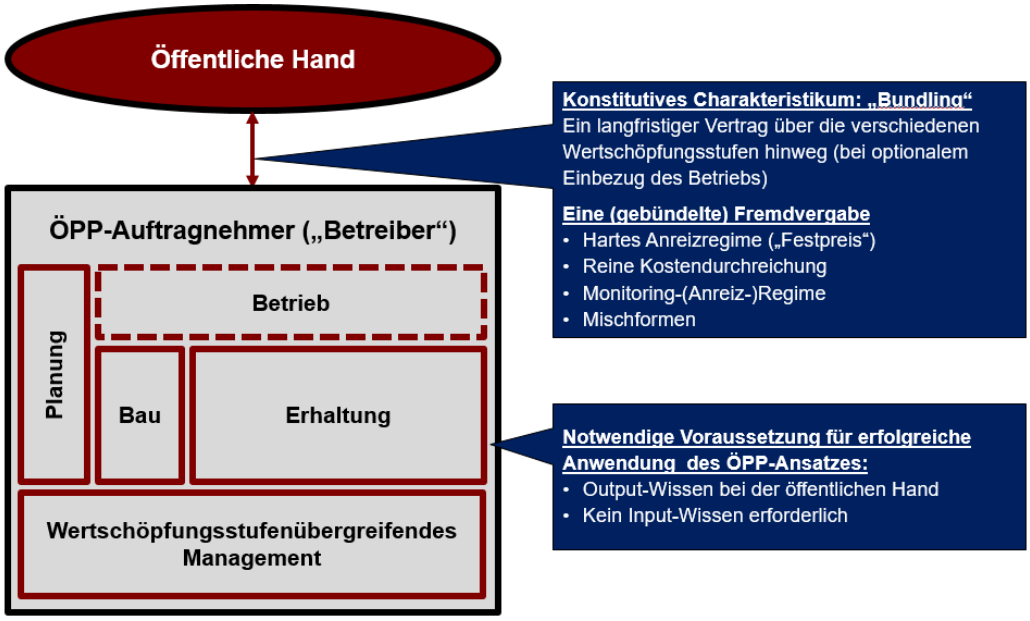



**Abbildung 2: Darstellung des ÖPP-Ansatzes[17]**

In dieser Arbeit werden ausschließlich ÖPP betrachtet, bei denen die zentralen Kostenrisiken dem privaten Auftragnehmer übertragen werden, um Anreize für eine kosteneffiziente Leistungserstellung zu setzen. Für die Durchsetzung der vertraglich vereinbarten Risikoallokation ist eine Bereitstellung (privaten) Kapitals vom Auftragnehmer i.d.R. vorteilhaft bzw. notwendig, was insbesondere dann gilt, wenn bei der öffentlichen Hand das für ein Monitoring der Leistungserstellung benötigte Input-Wissen nicht vorhanden ist.[18] Allerdings ist für eine finale Beurteilung der Allokation von (Kosten- und anderen) Risiken auch zu berücksichtigen, ob und wie ÖPP-Verträge angepasst werden und die Risikozuordnung im Rahmen von Nachverhandlungen ggf. modifiziert wird. Dies hängt auch mit Kontrahierungs- und Commitmentproblemen im Kontext von ÖPP zusammen, auf die in Abschnitt 2.2.3 genauer eingegangen wird. Eine notwendige Voraussetzung für eine erfolgreiche Anwendung des ÖPP-Ansatzes stellt im Gegensatz zur KBV nicht das Input- sondern vielmehr das „Output-Wissen“ dar. Mit „Output-Wissen“ ist das Wissen darüber gemeint, was die Infrastruktur letztendlich funktional leisten soll und wie dieser Output bzw. diese Leistungen (vertraglich) beschrieben und gemessen (sowie bewertet) werden können.[19] Im Hinblick auf das Input- und Output-Wissen ist zu beachten, dass die Möglichkeiten und Kosten zu deren Aufbau auch maßgeblich von den jeweiligen technisch-systemischen

[17] Quelle: Vortrag „Eine (institutionen-)ökonomische Analyse des ÖPP-Ansatzes und seiner Anwendung bei den Bundesautobahnen“ von Prof. Dr. Beckers bei einem Fachgespräch der Bundestagsfraktion Bündnis 90 / Grüne in Berlin am 15.12.2015. Für diese Arbeit wurden geringfügige Anpassungen vorgenommen.

[18] Vgl. BECKERS ET AL. (2009, S. 24 f. und S. 34 f.).

[19] Vgl. für eine ähnliche Definition von Output-Wissen BECKERS ET AL. (2014a, S. 69 f.). Das Output-Wissen könnte noch differenziert werden in Output-Wissen hinsichtlich der Gesamtleistung und bezüglich der entsprechenden Teilleistungen. Außerdem sei OUCHI (1979, S. 843 ff.) genannt, der die Bedeutung von Output-Messbarkeit („Ability to Measure Outputs“), das eine große inhaltliche Nähe zum Output-Wissen aufweist, beim Design von Kontroll- und Steuerungsmechanismen für Organisationen analysiert.

Sektoreigenschaften abhängen. Die beschriebenen Aspekte des ÖPP-Ansatzes sind in Abbildung 2 dargestellt.

Gemäß den obigen Ausführungen ist in Bezug auf die Wissensstände der öffentlichen Hand festzuhalten, dass letztlich vier idealtypische Fälle vorstellbar sind, die in Abbildung 3 dargestellt sind.

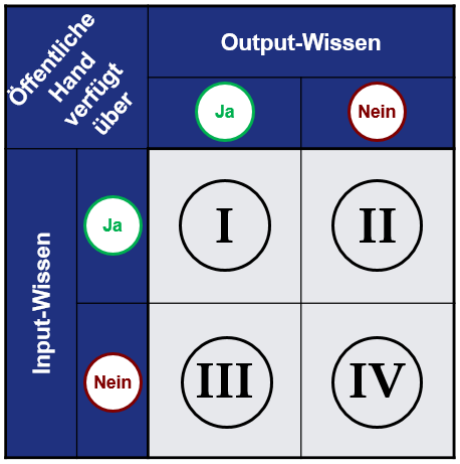



**Abbildung 3: Idealtypische Konstellationen hinsichtlich der Wissensstände aufseiten der öffentlichen Hand[20]**

Der Fall, in dem die öffentliche Hand weder Output- noch Inputwissen hat (Quadrant IV), ist eher theoretischer Natur und dürfte in der Praxis kaum vorkommen, weil in aller Regel zumindest die (kurzfristige) Aneignung von ausreichend Output-Wissen (im Vergleich zu Input-Wissen) im Bereich des Möglichen liegt. Nach Aufbau des notwendigen Output-Wissens wäre der ÖPP-Ansatz aufgrund des fehlenden Input-Wissens ohne wirkliche Alternative (Quadrant III). Wenn es jedoch möglich ist, dass die öffentliche Hand zusätzlich zum Output-Wissen auch Input-Wissen generiert bzw. über dieses bereits verfügt (Quadrant I), wobei der Aufbau von Input-Wissen im Vergleich zum Output-Wissen deutlich aufwendiger ist, dann wäre vor dem Hintergrund der vorherigen Ausführungen grundsätzlich sowohl der ÖPP-Ansatz als auch die KBV möglich. Auf die Frage, welche Beschaffungsvariante in einem solchen Fall zu bevorzugen ist, wird vor allem in Abschnitt 2.2.3.1.4 eingegangen. Für den Fall, dass die öffentliche Hand ausschließlich über Input-Wissen verfügt (Quadrant II), ist die KBV der einzig geeignete Beschaffungsansatz.[21] Es sei darauf hingewiesen, dass eine weitergehende Differenzierung zwischen Beratern als weitere Wissensträger neben der öffentlichen Hand und den Herstellern bzw. privaten Unternehmen denkbar ist. Dieser Punkt wird ebenfalls in Abschnitt 2.2.3.1.4 näher betrachtet.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundling der Wertschöpfungsstufen bzw. Aufgaben das konstitutive ökonomische Charakteristikum von ÖPP darstellt und der (Input- und Output-) Wissensstand der öffentlichen Hand eine hohe und nahezu entscheidende Relevanz für die Eignung des KBV- oder ÖPP-Ansatzes aufweist.

[20] Quelle: eigene Darstellung.
[21] Der Fall (Quadrant II) dürfte in der Praxis nur selten vorkommen, er ist jedoch nicht komplett auszuschließen.

## 2.2 Systematisierung und Darstellung der bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes auftretenden Effekte

Bei der Durchführung eines ÖPP-Projektes können verschiedene Effekte auftreten, die in diesem Unterkapitel zunächst systematisiert (Abschnitt 2.2.1) und in den anschließenden Ausführungen (Abschnitten 2.2.2 bis 2.2.4) auch analysiert werden.[22] Das Unterkapitel endet mit einem Fazit (Abschnitt 2.2.5).

### 2.2.1 Vorstellung der Systematisierung

Bei der Systematisierung kann zunächst danach differenziert werden, welche Auswirkungen die Anwendung des ÖPP-Ansatzes auf ein einzelnes Projekt hat bzw. haben könnte („Projektebene“) und welche Effekte sich in einem dynamischen Prozess mit Bezug zu Folgeprojekten[23] ergeben könnten. Neben der Betrachtungsperspektive auf einzelne Vorhaben oder Folgeprojekte können die möglichen Auswirkungen bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes auch nach kosten- oder nutzenbezogenen Effekten unterschieden werden. Mit der Kostenbezogenheit ist gemeint, dass die Effekte entweder direkt oder mittelbar den Haushalt der öffentlichen Hand kostenwirksam betreffen.[24] Die nutzenbezogenen Effekte wiederum umfassen dabei Aspekte der Projektrealisierung, die Auswirkungen für die Nutzer bzw. auf die Nutzung der Infrastruktur haben oder die (zukünftigen) Handlungsspielräume der öffentlichen Hand beeinflussen. Da es zwischen kosten- und nutzenbezogenen Effekten Interdependenzen geben kann, sind die beiden vorangegangen Ausführungen unter der Annahme eines jeweils konstanten Nutzen- bzw. Kostenniveaus zu verstehen.[25] Die dargelegte Systematisierung ermöglicht eine Einordnung der potentiellen Effekte in vier Kategorien:

- Bei nutzenbezogener Perspektive bezüglich eines einzelnen Projektes können durch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes verschiedene Effekte auftreten. Zunächst ist an dieser Stelle die Erzielung eines Vorzieheffekts zu nennen, der einen sehr entscheidenden Aspekt bei der Beschaffungsvariantenauswahl ausmachen kann. Daneben kann es durch die Umsetzung eines Projektes mit dem ÖPP-Ansatz im Vergleich zur KBV zu Unterschieden sowohl bei der Realisierungsdauer als auch bei der (Angebots-)Qualität kommen. Diese Effekte werden weiter in Abschnitt 2.2.2 vertieft untersucht.
- Nutzenbezogene Auswirkungen auf Folgeprojekte, die sich infolge der Realisierung von Vorhaben nach dem ÖPP-Ansatz ergeben können, sind aus Sicht der öffentlichen Hand die Einschränkung der zukünftigen Haushaltsflexibilität und die Reduktion der zukünftigen Ausgabemöglichkeiten, weil die für ÖPP-Projekte verwendeten Haushaltsmittel über einen sehr langen Zeitraum gebunden sind, was mit einer hohen politischen Selbstbindung einhergeht.

[22] Die folgende Systematisierung und Darstellung basiert maßgeblich auf BECKERS ET AL. (2014b, S. 44-59), wobei Veränderungen und Anpassungen hinsichtlich bestimmter Aspekte vorgenommen wurden.

[23] Mit Folgeprojekte sind in erster Linie zukünftige Projekte desselben öffentlichen Auftraggebers gemeint, wobei für bestimmte Effekte auch zukünftige Vorhaben anderer öffentlicher Auftraggeber davon umfasst sein können.

[24] In dieser Arbeit wird durchgängig der Begriff „Kosten“ verwendet und nicht wie in der Betriebswirtschaftslehre üblich nach den klar abgegrenzten Begriffen „Auszahlung“, „Ausgaben“, „Aufwendungen“ und „Kosten“ unterschieden.

[25] Nutzenbezogene Effekte können (mehr oder weniger gut) monetarisiert bzw. monetär bewertet werden und damit in gewisser Weise in die Kategorie der kostenbezogenen Effekte überführt werden, siehe hierzu MÜHLENKAMP (2015, S. 159 f.).

Diese beiden Effekte werden wegen der Wechselwirkungen mit den zuvor genannten Effekten ebenfalls in Abschnitt 2.2.2 genauer betrachtet.

- Bei Betrachtung kostenbezogener Effekte auf Projektebene sind insbesondere die Auswirkungen der Anwendung des ÖPP-Ansatzes auf die konkreten Projektkosten für Planung, Bau, Betrieb, Erhalt etc. sowie auf die Transaktionskosten, die bei der Umsetzung eines Vorhabens entstehen, zu beachten. Die Effekte auf die Projektkosten sind hinsichtlich der beiden Dimensionen Kosteneffizienz und Kostensicherheit zu differenzieren, welche vertiefend in Abschnitt 2.2.3 behandelt werden.
- Dynamisch betrachtet können durch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes verschiedene Effekte auftreten, die bei Folgeprojekten den Haushalt der jeweiligen Gebietskörperschaft aus kostenbezogener Sicht mittelbar beeinflussen. Die Durchführung eines Projektes als ÖPP kann bei weiteren Vorhaben zu einem indirekten Wettbewerbsdruck in der öffentlichen Verwaltung zwischen dem KBV- und dem ÖPP-Ansatz führen. Des Weiteren ist es möglich, dass die Anwendung des ÖPP-Ansatzes eine dynamische Veränderung der Anbieterstruktur im Markt und damit einhergehend der Wettbewerbsintensität nach sich zieht. Außerdem können durch die Realisierung von Projekten nach dem ÖPP-Ansatz sowohl im Vergleich zur KBV in überdurchschnittlichem Maße Managementkapazitäten in der öffentlichen Verwaltung gebunden als auch Lerneffekte generiert werden, was sich auf Folgeprojekte auswirken kann. Alle vier aufgezeigten Effekte dieser Kategorie werden detaillierter in Abschnitt 2.2.4 diskutiert.

Die beschriebene Systematisierung und die Einordnung der möglichen Effekte bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes in die vier Kategorien sind zusammengefasst in Abbildung 4 dargestellt.

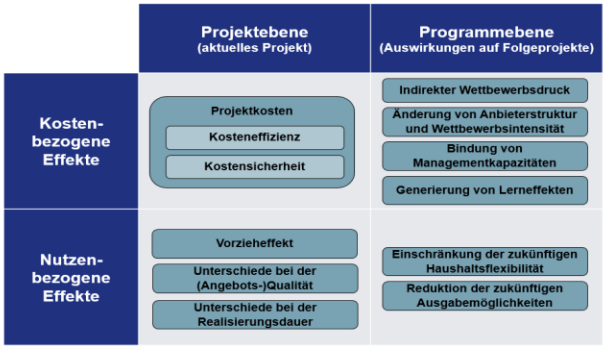



**Abbildung 4: Systematisierung und Einordnung der möglichen Effekte bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes[26]**

## 2.2.2 Nutzenbezogene Effekte beim einzelnen Projekt sowie hinsichtlich dynamischer Aspekte bei Folgeprojekten

Bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes können nutzenbezogene Effekte sowohl beim einzelnen Projekt als auch mit Bezug zu Folgeprojekten in einer dynamischen Betrachtung auftreten.[27]

[26] Quelle: Vortrag „Eine (institutionen-)ökonomische Analyse des ÖPP-Ansatzes und seiner Anwendung bei den Bundesautobahnen“ von Prof. Dr. Beckers bei einem Fachgespräch der Bundestagsfraktion Bündnis 90 / Grüne in Berlin am 15.12.2015. Für diese Arbeit wurden geringfügige Anpassungen vorgenommen.

[27] Vgl. zu den folgenden Effekten auch BECKERS ET AL. (2014b, S. 51-57 und S. 59).

***UNTERSCHIEDE IN DER REALISIERUNGSDAUER***

Bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes kann es bei Betrachtung eines einzelnen Projektes aus nutzenbezogener Perspektive zu Unterschieden in der Realisierungsdauer im Vergleich zur KBV kommen. Die Realisierungsdauer umfasst den Zeitrahmen für die Planung, das Vergabeverfahren und die tatsächliche Bauausführung bis zur Inbetriebnahme der Infrastruktur. Dabei steht zunächst außer Frage, dass ÖPP-Projekte vor allem aufgrund der erhöhten Komplexität, aber auch wegen des immer noch relativ geringeren Wissenstandes der öffentlichen Hand bezüglich dieser Beschaffungsvariante, eine wesentlich längere Vorbereitungszeit benötigen als dies bei der KBV der Fall ist.[28] Hinzu kommt, dass bei der KBV passgenaue Vergaben für Baumaßnahmen von Teilabschnitten je nach Planungsfortschritt möglich sind.[29] Dies ist beim ÖPP-Ansatz im Gegensatz dazu nicht umsetzbar, was einen Grund für längere Realisierungsdauern gegenüber der KBV darstellen kann.

Allerdings greift die öffentliche Hand bei der KBV beim Bau aufgrund vergaberechtlicher Rahmenbedingungen für öffentliche Auftraggeber i.d.R. auf die sogenannte Einzelunternehmervergabe zurück. Bei der Einzelunternehmervergabe kann es wegen der bei einer Gesamtbetrachtung insgesamt größeren Gefahr von Rechtsstreitigkeiten bei den vielen einzelnen Vergaben sowie der damit verbundenen Problematik von Verzögerungen bei aufeinander folgenden Ausschreibungen („Kettenvergaben“) im Vergleich zum ÖPP-Ansatz zu längeren Bauzeiten kommen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang einschränkend anzumerken, dass die öffentliche Hand bei der KBV für die Bauausführung bei einer entsprechenden technischen und / oder ökonomischen Rechtfertigung wohl grundsätzlich auch eine Generalunternehmervergabe durchführen könnte, auch wenn dies derzeit oftmals nicht vollkommen ohne rechtliche Risiken möglich sein dürfte.[30] Ist bei einem KBV-Projekt eine Generalunternehmervergabe möglich, dürfte es – bei einer geeigneten Vertragsgestaltung – keine Unterschiede in der Bauzeit im Vergleich zum ÖPP-Ansatz geben. Zwar enthalten ÖPP-Verträge für die Bauleistung sehr häufig anreizorientierte Vergütungen mit Zeitkomponente, was zu einer schnelleren Baurealisierung führen kann, solche zeitlichen Vergütungselemente werden aber auch bei Bauverträgen nach dem KBV-Ansatz unkompliziert zu implementieren sein.[31] Damit es keine Verzögerungen in der Bauzeit gibt, ist eine sichere und adäquate Bereitstellung von Finanzmitteln zu gewährleisten, was sowohl beim ÖPP- als auch beim KBV-Ansatz grundsätzlich umsetzbar ist.

Hinsichtlich der Unterschiede in der Realisierungsdauer kann geschlussfolgert werden, dass die KBV bei der Vorbereitungszeit (Planung und Vergabe) klare Vorteile gegenüber dem ÖPP-Ansatz aufweist, die durch eventuell vorliegende tendenziell leichte Nachteile in der Bauzeit in der Regel nicht egalisiert

[28] An dieser Stelle sei angemerkt, dass eine Wechselwirkung zwischen einer längeren Vorbereitungszeit, welche i.d.R. mit einer verbesserten Vorbereitung einhergeht, und der in Abschnitt 2.2.3 behandelten Kostensicherheit besteht.

[29] Diese Aussage bezieht sich vor allem auf den (Fern-)Straßenbausektor. Für den Hochbau hingegen trifft dies nur sehr bedingt zu.

[30] Vgl. BMVI (2015a, S. 45 ff.).

[31] Im Bundesfernstraßenbau sind solche anreizorientierten Vergütungssysteme mit Zeitkomponente bereits bei KBV-Verträgen im Bau- und Erhaltungsbereich zum Einsatz gekommen, die sogenannte Beschleunigungsprämie.

werden dürften, sodass tendenziell insgesamt kürzere Realisierungsdauern beim Rückgriff auf die KBV zu erwarten sind.

***UNTERSCHIEDE IN DER ANGEBOTSQUALITÄT***

Einen weiteren nutzenbezogenen Aspekt auf Projektebene stellt die von Nutzern wahrgenommene Qualität der bereitgestellten Infrastruktur dar, die auch als sogenannte Angebotsqualität bezeichnet wird.[32] Sie kann bei ÖPP und KBV durchaus unterschiedlich ausfallen. Zunächst kann jedoch festgehalten werden, dass es bezüglich der anfänglichen Angebotsqualität der Infrastruktur grundsätzlich keine gravierenden Unterschiede zwischen ÖPP und KBV geben dürfte. Denn die Angebotsqualität der Infrastruktur hängt maßgeblich von den vertraglichen Vorgaben ab, über die i.d.R. das Qualitätsniveau, welches zuvor im Rahmen der Bereitstellungsentscheidung festgelegt wurde, unabhängig von der jeweiligen Beschaffungsvariante sichergestellt werden kann. Im Gegensatz dazu kann allerdings die mittel- und langfristige Angebotsqualität der Infrastruktur aufgrund von Unterschieden in der Erhaltung je nach Beschaffungsvariante durchaus variieren. Dieser Effekt ist im Grunde auf die starke mehrjährige politische Selbstbindung beim ÖPP-Ansatz zurückzuführen, die kurzfristorientierte politische Mittelkürzungen im Erhaltungsbereich zulasten der Angebotsqualität – wie sie bei der KBV teils zu beobachten sind – verhindert.[33]

Bei dieser Betrachtung ist jedoch anzumerken, dass langfristige vertragliche Vereinbarungen bezüglich der Angebotsqualität auch Nachteile mit sich bringen können. So sind zum Beispiel Schwierigkeiten bei der Berücksichtigung sich in Zukunft verändernder Präferenzen bezüglich der Qualität vorstellbar. Des Weiteren ist im Kontext der bekannten Defizite der KBV bei der Erhaltung darauf hinzuweisen, dass für die KBV auch ein institutioneller Finanzierungsrahmen geschaffen werden kann, welcher eine über- und mehrjährige Finanzmittelbereitstellung sowie prioritäre Mittelzuordnungen für Erhaltungsmaßnahmen vorsieht.[34] Grundsätzlich ist bei dieser Diskussion stets zu beachten, dass jede Form der politischen Selbstbindung hinsichtlich der Finanzmittelallokation auch mit Nachteilen – insbesondere im Hinblick auf einen Verlust von Flexibilität – einhergeht, was sowohl bei ÖPP als auch im Kontext der KBV der Fall ist.

Somit kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass bei ÖPP zwar häufig langfristig eine höhere Angebotsqualität der Infrastruktur als beim KBV-Ansatz in seiner derzeitigen Umsetzungsform zu erwarten ist, allerdings ist die starke politische Selbstbindung bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes auch mit nicht zu vernachlässigenden Nachteilen verbunden. Zudem sind die Möglichkeiten zu einer institutionellen Verbesserung bzw. Veränderung im Bereich der KBV keinesfalls zu unterschätzen.

---

[32] An dieser Stelle soll bereits darauf hingewiesen werden, dass neben der Angebotsqualität als wichtige Abgrenzung die Substanzqualität der Infrastruktur zu nennen ist.

[33] Auch bei ÖPP sind kurzfristige Mittelkürzungen denkbar, allerdings fallen dabei aufseiten der öffentlichen Hand verhältnismäßig hohe Transaktionskosten für die Änderung des ÖPP-Vertrags an.

[34] Vgl. BECKERS / KLATT / KÜHLING (2011, S. 47-73) mit Bezug zur Bereitstellung und Finanzierung der Bundesfernstraßen sowie BECKER / BECKERS / RYNDIN (2018, S. 34-37) mit Bezug zur Bereitstellung und Finanzierung der Fernstraßen in der Schweiz.

***VORZIEHEFFEKT***

Von den nutzenbezogenen Effekten mit Bezug zu einzelnen Projekten ist der Vorzieheffekt, der sich bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes ergibt, mit Abstand der relevanteste. Er hängt eng mit weiteren nutzenbezogenen Effekten und zwar konkret der Einschränkung der zukünftigen Haushaltsflexibilität sowie der Reduktion der zukünftigen Ausgabemöglichkeiten zusammen. Der Vorzieheffekt bezeichnet den Sachverhalt, dass ein Projekt aufgrund von haushalterischen Restriktionen – wie bspw. Schuldenregeln zur Beschränkung der öffentlichen Kreditaufnahme – unter Umständen nicht aus Haushaltsmitteln im Rahmen der KBV, aber mit dem ÖPP-Ansatz unter Einbezug privaten Kapitals realisiert werden kann.[35] Im Falle eines ÖPP kann die zeitlich gestreckte Struktur der Vergütung, die einen hohen privaten Kapitalanteil während der Vertragslaufzeit impliziert, zu einer früheren Realisierung eines Vorhabens führen als es beim Rückgriff auf die KBV möglich wäre („Vorfinanzierung").[36] Die frühzeitigere Projektrealisierung, die eine solche Vorfinanzierung ermöglicht, und die damit verbundene frühere Nutzungsmöglichkeit der Infrastruktur können vor allem einen politischen Nutzen stiften, weil diese Aspekte von Infrastrukturnutzern positiv empfunden und bewertet werden.[37] Daher bieten der Vorzieheffekt und die damit einhergehende hohe politische Attraktivität des ÖPP-Ansatzes aus politökonomischer Perspektive eine Erklärung für das Verhalten von Politik und Verwaltung bei Entscheidungen für bestimmte Beschaffungsvarianten.

Aus (institutionen-)ökonomischer Sicht gibt es im Hinblick auf den Vorzieheffekt vor allem zwei bedeutende Problembereiche:[38]

- Erstens können durch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes – wie oben geschildert – die Grundgedanken von Schuldenregeln umgegangen werden („regulatorische Arbitrage"), welche sich Gesellschaft und Politik aus übergeordneten Motiven selbst auferlegt haben, sodass diese Regeln und deren Einhaltung einen gewissen gesellschaftlichen Wert haben.
- Zweitens resultieren aus dem Vorzieheffekt (politökonomisch erklärbare) Fehlanreize hinsichtlich einer nicht objektiven Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (WU) und einer nicht auf Kosteneffizienz ausgerichteten Auswahl von Beschaffungsvarianten.[39]

Somit kann festgehalten werden, dass der Vorzieheffekt und die daraus resultierenden Fehlanreize aus politökonomischer Sicht eine hohe Relevanz haben und bei der Ausgestaltung des institutionellen Regelrahmens eine wichtige Rolle spielen sollten, was in Abschnitt 2.3.1.1 weitergehend untersucht wird. Der Vorzieheffekt und die damit einhergehende hohe politische Selbstbindung, mit der vertraglich sehr langfristig gebundene Finanzmittel einhergehen, implizieren bei einer dynamischen Betrachtung zudem die zwei bereits eingangs genannten Effekte auf der Haushaltsebene. Auf diese wird im Folgenden kurz eingegangen.

---

[35] Vgl. hierzu auch MÜHLENKAMP (2011, S. 94 ff.).
[36] Vgl. BECKERS / KLATT (2008, S. 33 f.) und FUNKE / IRWIN / RIAL (2013, S. 7-10).
[37] Vgl. BOARDMAN / VINING (2012, S. 124 f.).
[38] Vgl. BECKERS ET AL. (2017, S. 3).
[39] Diese Thematik wird in Unterkapitel 4.2 noch genauer behandelt.

***EINSCHRÄNKUNG DER ZUKÜNFTIGEN HAUSHALTSFLEXIBILITÄT UND REDUKTION DER ZUKÜNFTIGEN AUSGABENMÖGLICHKEITEN***

Die starke politische Selbstbindung, die sich im Kontext der Vorfinanzierung bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes ergibt, schränkt die zukünftige Haushaltsflexibilität der jeweiligen Gebietskörperschaft ein. Die für ein ÖPP-Projekt fest veranschlagten Haushaltsmittel können bei sich ändernden politischen Präferenzen und / oder Rahmenbedingungen nur unter Inkaufnahme sehr hoher (politischer) Transaktionskosten zugunsten anderer, dann als wichtiger angesehener Ziele umgeschichtet werden.[40] Aus Sicht der öffentlichen Hand wird somit der Handlungsspielraum bei zukünftigen (Bereitstellungs-)Entscheidungen vermindert, wobei dies insbesondere die Möglichkeit zur Reallokation von Haushaltsmitteln betrifft.

Durch die Vorfinanzierung bei ÖPP-Projektrealisierungen tritt darüber hinaus eine Reduktion der zukünftigen Ausgabemöglichkeiten der öffentlichen Hand als ein ähnlicher, aber dennoch von der Einschränkung der Haushaltsflexibilität abzugrenzender Effekt auf. Die langfristigen Zahlungen der öffentlichen Hand im Rahmen von ÖPP-Vorhaben belasten die zukünftigen Haushaltsbudgets in einem stärkeren Maße als bei der KBV und verringern somit den finanziellen Handlungsspielraum bei Folgeprojekten oder in anderen (Ausgaben-)Bereichen. Damit zielt dieser Effekt nicht auf die Bindung der Finanzmittel im Sinne einer Inflexibilität ab, sondern auf die Reduktion der in Zukunft noch frei verfügbaren Haushaltsmittel im Kontext von Ausgabenrestriktionen wie Schuldenregeln. Zum besseren Verständnis sind die beiden genannten Effekte in Abbildung 5 grafisch dargestellt.

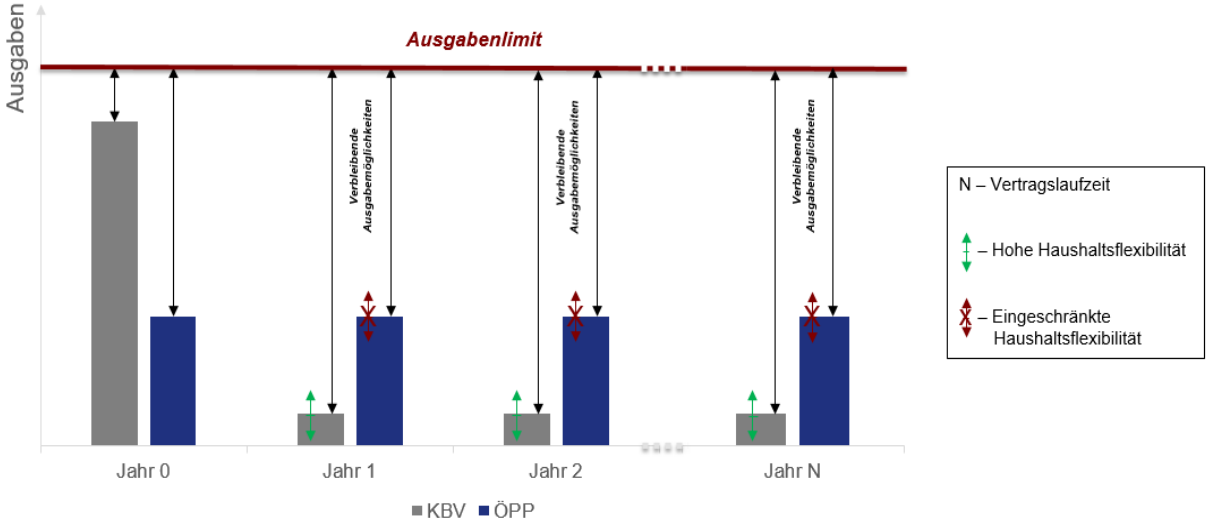



**Abbildung 5: Einschränkung der zukünftigen Haushaltsflexibilität und Reduktion der zukünftigen Ausgagabemöglichkeiten[41]**

[40] Vgl. WINKELMANN (2013, S. 383 ff.).
[41] Quelle: eigene Darstellung.

## 2.2.3 Kostenbezogene Effekte beim einzelnen Projekt

### 2.2.3.1 Kosteneffizienz

Die Anwendung des ÖPP-Ansatzes hat einen Effekt auf die Kosteneffizienz eines einzelnen Projektes. Die Kosteneffizienz stellt bei der Wahl einer Beschaffungsvariante das Bewertungskriterium mit der höchsten Bedeutung dar, weil sich hier entscheidet, ob ein bestimmtes Projekt mit dem ÖPP-Ansatz im Vergleich zur KBV zu höheren oder geringeren Kosten zu realisieren ist. Unter Kosteneffizienz wird allgemein das in Geldeinheiten gemessene Verhältnis von erstellten Outputs zu den verwendeten Inputs bezeichnet.[42] Bei einem vorher festgelegten Output lässt sich Kosteneffizienz durch die Minimierung des Barwerts der Kosten erreichen.[43] Wenn die Kosteneffizienz von in der Vergangenheit abgeschlossenen Projekten gemeint ist, sind die realisierten Kosten zu berücksichtigen. Die Kosteneffizienz von zukünftigen Projekten hingegen bezieht sich auf den Erwartungswert des Barwerts der Kosten. Hinsichtlich der Kosteneffizienz hat der ÖPP-Ansatz im Vergleich zur KBV sowohl Stärken im Sinne von kostenreduzierenden Wirkungen als auch Schwächen im Sinne von kostensteigernden Wirkungen, wobei in diesem Kontext unterschieden werden sollte, ob diese durch politökonomische Aspekte bedingt oder davon unabhängig sind.

#### 2.2.3.1.1 Die Kosteneffizienz positiv beeinflussende Aspekte des ÖPP-Ansatzes

Die größte Stärke des ÖPP-Ansatzes im Hinblick auf die Kosteneffizienz liegt in der Möglichkeit zum wertschöpfungsstufenübergreifenden Management (z.B. Optimierung über Bau und Erhaltung hinweg) durch den privaten Auftragnehmer, die zusammen mit harten Anreizen zu Effizienzsteigerungen bzw. Kosteneinsparungen führen kann. Eine notwendige Voraussetzung für das Heben dieses Potentials ist eine gute Beschreib- und Messbarkeit sowie ggf. Bewertbarkeit des gewünschten Outputs („Kontrahierbarkeit").[44] Grundsätzlich sei jedoch darauf hingewiesen, dass, wenn Input-Wissen breit gestreut ist und / oder bei der öffentlichen Hand als Auftraggeber vorliegt bzw. der öffentliche Auftraggeber Input-Wissen über entsprechende Akteure wie externe Berater unkompliziert einbeziehen kann, bei der KBV eine wertschöpfungsstufenübergreifende Optimierung ebenso möglich ist.

Die im Verhältnis zur KBV hohe politische Selbstbindung hinsichtlich einer überjährigen Finanzmittelbereitstellung stellt eine speziell politökonomisch erklärbare Stärke des ÖPP-Ansatzes dar. Denn die langfristige vertragliche Bindung im Rahmen eines ÖPP kann politisch kurzfristorientierte Eingriffe zulasten einer im Voraus als kostenminimal geplanten Betriebs- und insbesondere Erhaltungsstrategie verhindern.[45] In diesem Kontext ist allerdings zu beachten, dass eine solche politische Selbstbindung auch mit Nachteilen wie etwa einer Einschränkung der zukünftigen Haushaltsflexibilität einhergeht, was bereits in Abschnitt 2.2.2 thematisiert wurde. Darüber hinaus sei

---

[42] Vgl. MÜHLENKAMP (2015, S. 48).

[43] Wie bereits in Abschnitt 2.2.2 hinsichtlich der Angebotsqualität erwähnt, ist bei einem Vorhaben von einem einheitlichen Output für ÖPP bzw. KBV auszugehen, weil dieser in der Bereitstellungsentscheidung unabhängig von den Beschaffungsvarianten zu bestimmen ist. Dieser Sachverhalt gilt im Übrigen für den ganzen Teil A dieser Arbeit. In diesem Kontext sei angemerkt, dass in der Praxis diese Trennung zwischen der Festlegung des Outputs im Rahmen der Bereitstellungsentscheidung und der Beschaffungsvariantenauswahl nicht immer eingehalten wird.

[44] Vgl. HART (2003).

[45] Vgl. ENGEL / FISCHER / GALETOVIC (2014, S. 63 f.).

nochmals angemerkt, dass bei Anwendung des KBV-Ansatzes durch geeignete Veränderungen am institutionellen Rahmen ebenfalls eine mehrjährige Finanzmittelbereitstellung sichergestellt werden kann.

#### 2.2.3.1.2 Die Kosteneffizienz negativ beeinflussende Aspekte des ÖPP-Ansatzes

Eine Schwäche des ÖPP-Ansatzes, die sich negativ auf die Kosteneffizienz dieser Beschaffungsvariante auswirken, sind die vergleichsweise hohen Transaktionskosten, die in engem Zusammenhang mit der Langfristigkeit der Vertragsbeziehungen stehen.[46] Sie ergeben sich insbesondere aus dem großen Absicherungsbedarf aufgrund von Opportunismuspotentialen und infolge von Problemen bei der Vertragsumsetzung. Dabei ist nicht zuletzt auf die Probleme bei Nachverhandlungen bezüglich Leistungs- und Vergütungsanpassungen während der Vertragslaufzeit hinzuweisen.[47] In diesem Kontext spielen Kontrahierungs- und Commitmentprobleme eine entscheidende Rolle.

Diese Probleme stehen in Verbindung damit, dass mit dem ÖPP-Ansatz im Vergleich zum KBV-Ansatz deutlich höhere Kapitalkosten einhergehen. Dieser signifikante Kapitalkostenunterschied zwischen diesen beiden Beschaffungsvarianten hat aus institutionenökonomischer Perspektive zwei Gründe:

- Im Rahmen des harten Anreizregimes eines ÖPP findet tendenziell eine umfangreichere Übertragung von Bau-, Betriebs-, Erhaltungsrisiken usw. statt als bei der KBV, was bei privaten Auftragnehmern zu erhöhten Kosten der Risikoübernahme führt.[48] In Bezug auf diese Risikoübertragung ist Folgendes zu bedenken: Beim ÖPP-Ansatz ist oftmals bezüglich vieler Aspekte (insbesondere in der Betriebs- und Erhaltungsphase) eine weniger zielgenauere Risikoallokation zu erreichen, was auch durch die fehlende Möglichkeit von kurzfristigen, sequentiellen Vertragsabschlüssen zu späteren Zeitpunkten bedingt ist. Damit einhergehend ist es bei ÖPP-Vorhaben im Vergleich zur KBV schwieriger, bestimmte vom privaten Auftragnehmer nicht beeinflussbare Risiken im Rahmen des langfristigen Vertrags dem öffentlichen Auftraggeber zuzuordnen, so dass diese beim privaten Auftragnehmer verbleiben (müssen).[49] Dies wirkt sich nachteilig aus, weil der öffentliche Auftraggeber in aller Regel geringere Kosten der Risikoübernahme hat.

---

[46] Vgl. z.B. VÄLILÄ (2005, S. 109 ff.) und VINING / BOARDMAN / POSCHMANN (2005). DUDKIN / VÄLILÄ (2006) schätzen die ex ante Transaktionskosten bei ÖPP-Projekten auf Basis einer quantitativen empirischen Analyse auf durchschnittlich über 10 % des Projektvolumens, wobei in diesem Zusammenhang jedoch keine komparative (quantitative empirische) Untersuchung zwischen ÖPP- und KBV-Projekten vorgenommen wurde.

[47] Vgl. zur Bedeutung von Nachverhandlungen bei ÖPP im Speziellen bzw. langfristigen (Beschaffungs-) Verträgen im Allgemeinen z.B. BECKERS / GEHRT / KLATT (2009) oder GUASCH (2004), GUASCH / STRAUB (2006).

[48] Vgl. z.B. DEWATRIPONT / LEGROS (2005, S. 133-136), MCAFEE / MCMILLAN (1988, S. 11-14) und MÜHLENKAMP (2011, S. 75 f.). Die ökonomische Einordnung des Risikobegriffs und der damit verbundenen Risikokosten stammt im Wesentlichen aus der formalen mikroökonomischen Prinzipal-Agent-Theorie; vgl. hierzu z.B. RICHTER / FURUBOTN (1999).

[49] Vgl. BECKERS / RYNDIN / WEIß (2018, S. 10), die in diesem Kontext noch auf Folgendes hinweisen: Um bei einem ÖPP-Projekt die vom privaten Auftragnehmer nicht beeinflussbaren Risiken dem öffentlichen Auftraggeber zuordnen zu können, ist für die Vertragsausgestaltung Input-Wissen notwendig. Die Entwicklung und Anwendung von Regelungen für solche Risikoallokationen können und werden zudem häufig kompliziert sein. Dies führt zu hohen Transaktionskosten oder zu einer nicht vernünftig gestaltbaren Allokation dieser Risiken, sodass sie beim privaten Auftragnehmer zu verbleiben haben.

- Bei langfristigen und komplexen ÖPP-Verträgen weisen vertragliche (und insofern institutionelle) Risiken gegenüber der KBV i.d.R. ein erheblich größeres Ausmaß auf.[50] Vertragliche Risiken sind dadurch gekennzeichnet, dass es im Verlauf der langfristigen Vertragsbeziehung zu Streitigkeiten über die Anwendung und Wirkung bestimmter Vertragsregelungen kommen und sich die Vermögensposition der Vertragsparteien durch ggf. schwierig antizipierbare Entscheidungen von Gerichten o.ä. ändern kann. Derartige vertragliche Risiken stehen in einem direkten Zusammenhang mit Kontrahierungsproblemen.

Es ist zu betonen, dass Kapitalkostenunterschiede, die sich im Verhältnis zu den anderen Stärken und Schwächen relativ gut quantifizieren lassen, den häufig wohl bedeutsamsten Nachteil des ÖPP-Ansatzes gegenüber dem KBV-Ansatz darstellen dürften.[51] Hinsichtlich des Zusammenhanges zwischen einer sinnvollen privaten Kapitalhöhe im Hinblick auf die Kosteneffizienz und dem Wissensstand der öffentlichen Hand sei im Übrigen auf den nachstehenden Kasten 1 verwiesen.

In diesem Kasten wird auf die Bedeutung der (optimalen) Höhe des privaten Kapitalanteils für die Kosteneffizienz eines Projektes unter Beachtung des Wissensstandes der öffentlichen Hand eingegangen.[52] Grundsätzlich gibt es bezüglich des Einbezugs privaten Kapitals im Rahmen eines Projektes den Trade-off zwischen positiven (i.S.v. Kosteneffizienz steigernden) Absicherungs- sowie Anreizeffekten und dem negativen (i.S.v. Kosteneffizienz reduzierenden) Effekt erhöhter Kapitalkosten. Die (optimale) Höhe des privaten Kapitalanteils hängt dabei unter anderem entscheidend vom Wissensstand der öffentlichen Hand ab. Wenn sie über ausreichend Input-Wissen verfügt, kann sie dieses Wissen einsetzen, um Monitoring-Aktivitäten effektiv durchzuführen, die ein sinnvolles Substitut für privates Kapital darstellen. In Konstellationen, bei denen aufseiten der öffentlichen Hand ausschließlich Output-Wissen vorhanden ist, gibt es demgegenüber eine Rationalität für einen stärkeren Einbezug privaten Kapitals, um die Absicherung der vertraglich vereinbarten Leistungen und die Durchsetzung der Risikoallokation zu gewährleisten. Im Rahmen der Projekt- und Vertragsausgestaltung sollte die öffentliche Hand diese Effekte des Einbezugs privaten Kapitals auf die Kosteneffizienz in jedem Fall berücksichtigen.

**Kasten 1: Zusammenhang zwischen der Höhe des privaten Kapitalanteils und dem Wissensstand der öffentlichen Hand**

Als eine speziell politökonomisch erklärbare Schwäche des ÖPP-Ansatzes sind Kontrollprobleme im öffentlichen Sektor im Kontext einer im Vergleich zur KBV erhöhten Komplexität zu sehen. Das liegt vor allem daran, dass im Hinblick auf ÖPP als immer noch recht neuartige Beschaffungsvariante relativ wenig kodifiziertes Wissen vorhanden ist und große Wissensvorsprünge bei einzelnen Akteuren („Wissensmonopole“) bestehen. In der Konsequenz können schwer kontrollierbare Fehlanreize bei den in die Beschaffungsentscheidung involvierten Akteuren entstehen. Diese Fehlanreize betreffen insbesondere die Beschaffungsvariantenauswahl und die Projektausgestaltung, die letztlich zu einer ineffizienten Verwendung von Haushaltsmitteln führen können. Allerdings ist die effiziente Vergabe und

[50] Vgl. BECKERS / RYNDIN / WEIß (2018, S. 9).

[51] In diesem Zusammenhang ist hinzuzufügen, dass der Einbezug privaten Kapitals auch Vorteile mit sich bringen kann, in dem dadurch über die Bereitstellung von Finanzmitteln hinaus weitere, ggf. die Kosteneffizienz steigernde Funktionen erfüllt werden. So kann der Einbezug privaten Kapitals auch aus vertragstheoretischen Überlegungen sinnvoll sein, vgl. hierzu BECKERS ET AL. (2008).

[52] Vgl. hierzu auch BECKERS ET AL. (2008).

Begleitung eines sinnvoll ausgewählten und ausgestalteten Projektes nach dem KBV-Ansatz im Kontext hoher Komplexität auch nicht vollkommen frei von etwaigen Kontrollproblemen im öffentlichen Sektor.

Hinsichtlich wettbewerblicher Aspekte kann beim KBV-Ansatz aufgrund der vielen kleinteiligen und standardisierten Einzelvergaben sowohl in den einzelnen Leistungsbereichen als auch – daraus resultierend – bei einer Gesamtbetrachtung grundsätzlich von einer hohen Wettbewerbsintensität ausgegangen werden. Darüber hinaus kann der öffentliche Auftraggeber vor allem im Bereich der Betriebs- und Erhaltungsleistungen wegen der kurzfristigen Verträge von aktuellen Marktentwicklungen profitieren. Dahingegen findet bei einem ÖPP-Projekt eine einzelne große gebündelte Vergabe für einen langfristigen Vertrag statt, an der sich nur eine beschränkte Anzahl von Bietern überhaupt beteiligen kann, was im Endeffekt insgesamt zu einer schwächeren Wettbewerbsintensität als bei der KBV führen kann.[53] Daneben bleibt der öffentlichen Hand aufgrund des langfristigen Vertrags die Möglichkeit verwehrt, beim Betrieb und Erhalt den (Ausschreibungs-) Wettbewerb auf diesen Wertschöpfungsstufen über die Projektlaufzeit hinweg in regelmäßigen Abständen zu nutzen. Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass aufgrund der unterschiedlichen Ausmaße der (Ent-)Bündelung bei den beiden betrachteten Beschaffungsvarianten die Wettbewerbsintensität beim ÖPP-Ansatz häufig geringer ausfallen dürfte als bei der KBV.[54] Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine geringe Wettbewerbsintensität in der Regel negative Auswirkungen auf das Submissionsergebnis und damit auf die Projektkosten aus Sicht der öffentlichen Hand hat.[55]

Einen weiteren Wettbewerbsaspekt stellt das besondere Problem bezüglich der Bildung von Konsortien im Rahmen von ÖPP-Vergaben dar. Öffentliche Auftraggeber können im Regelfall durch verschiedene separate Einzelvergaben tendenziell die jeweils effizientesten Akteure für die entsprechenden Leistungsbereiche identifizieren. Wenn die Leistungsbereiche wie beim ÖPP-Ansatz hingegen gebündelt vergeben werden, finden sich nicht zwangsläufig die effizientesten Akteure in einem Konsortium zusammen („Konsortiumsbildungsproblem"), was im Vergleich zur Variante der Einzelvergaben zu schlechteren Submissionsergebnissen führen dürfte. Diesen Überlegungen liegen einige plausibel erscheinende Annahmen zu den Akteurs- und Marktcharakteristika zugrunde. So ist davon auszugehen, dass bei der KBV zwischen den (vielen) Anbietern im jeweiligen Leistungsbereich eine hohe Wettbewerbsintensität herrscht, wohingegen bei ÖPP die Intensität des wettbewerblichen Verhaltens zwischen den (wenigen) Konsortien eher schwach ausgeprägt ist. Außerdem basieren die Überlegungen auf der Annahme, dass die Marktakteure bzw. die Bieter die genaue Struktur und Höhe der Kosten ihrer Konkurrenten nicht kennen.[56]

---

[53] Bei einer dynamischen Betrachtungsperspektive kann die Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Zeitverlauf zu einer Änderung der Wettbewerbsintensität durch Entwicklungen in der Anbieterstruktur im Markt führen, siehe dazu auch den Abschnitt 2.2.4.

[54] BMVI (2015a, S. 46).

[55] Vgl. KLEMPERER (2004, S. 103-109).

[56] Sofern von diesen Annahmen abgewichen wird, erscheint es lediglich in sehr wenigen ausgewählten Konstellationen vorstellbar, dass sich das Konsortiumsbildungsproblem bei ÖPP im Vergleich zur Variante der Einzelvergaben nicht negativ auf das Submissionsergebnis auswirkt. Da diese Konstellationen in der Praxis als

#### 2.2.3.1.3 Nicht eindeutige Auswirkungen des Vergaberechts auf die relative Kosteneffizienz

Durch die Vorgaben des Vergaberechts für öffentliche Auftraggeber entstehen im Zuge öffentlicher Beschaffungsvorhaben teils nicht zu vernachlässigende Transaktionskosten, wobei die grundsätzliche Rationalität des Vergaberechts hier keinesfalls in Frage gestellt werden soll.[57] So ergeben sich bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes durch das Vergaberecht für den öffentlichen Auftraggeber bestimmte Nachteile, da das Vergaberecht verhältnismäßig ungeeignet für die Vergabe eines großen, langfristigen (Beschaffungs-)Vertrags ist. Gerade in einer solchen Situation sollte ein Auftraggeber „weiche" Charakteristika der Bieter (wie z.B. deren Reputation) vergleichsweise umfangreich berücksichtigen, was das Vergaberecht jedoch nicht in hinreichendem Maße erlaubt. Des Weiteren ergeben sich auch projektübergreifend nachteilige Aspekte, die bereits auf ein konkretes aktuelles Einzelprojekt zurückwirken können. So sind langfristige Vertragsbeziehungen mit ausgeprägten Kontrahierungsproblemen für öffentliche Auftraggeber schwieriger zu managen, weil das Vergaberecht die Möglichkeit einer Nutzung der Vorteile aus gezielten wiederholten Interaktionen (über mehrere ÖPP-Projekte hinweg) nicht zulässt oder zumindest extrem einschränkt. Private Auftragnehmer, die dies antizipieren, haben daher besonders große Anreize, sich deshalb bereits bei einem einzelnen, aktuellen Projekt opportunistischer zu verhalten.

Mit Blick auf die KBV entstehen durch das Vergaberecht ebenfalls gewisse Nachteile, die bereits im Zusammenhang mit den Effekten auf die Realisierungsdauer in Abschnitt 2.2.2 erörtert wurden. Da im Normalfall beim KBV-Ansatz die Einzelunternehmervergabe zur Anwendung kommt, können sich bei dieser Beschaffungsvariante die grundsätzlichen Probleme des Vergaberechts im Hinblick auf die Transaktionskosten darüber hinaus bei vergleichsweise vielen Vergaben realisieren. Des Weiteren kann es im Kontext der Existenz „kritischer Pfade" zu einer Kettenvergabeproblematik kommen, bei der sich die Schwierigkeiten bei einer kritischen Einzelvergabe (bspw. durch Verzögerungen infolge einer Insolvenz) negativ auf zeitlich und / oder sachlich nachgelagerte Vergaben auswirken. Die (Transaktions-)Kosten beim KBV-Ansatz können dadurch stark ansteigen.

Letztlich können somit durch das Vergaberecht sowohl beim ÖPP- als auch beim KBV-Ansatz nicht unerhebliche Transaktionskosten entstehen, die sich nachteilig auf die Kosteneffizienz der Beschaffung auswirken. Im Rahmen dieser Arbeit können die Auswirkungen des Vergaberechts auf die relative Kosteneffizienz der beiden betrachteten Beschaffungsvarianten allerdings nicht abschließend eingeschätzt werden, weil nicht eindeutig klar ist, bei welcher der Varianten die beschriebenen Nachteile stärker ausfallen.

#### 2.2.3.1.4 Abwägung der Effekte und die besondere Bedeutung von Wissen

Um eine Aussage über die Kosteneffizienz zu treffen, sind die Stärken und Schwächen der Beschaffungsvarianten sorgfältig abzuwägen, was nicht pauschal, sondern stets nur sinnvoll mit Blick

---

sehr unwahrscheinlich einzustufen sind, ist die Konsortiumsbildungsproblematik als ein die Kosteneffizienz (eindeutig) negativ beeinflussender Aspekt beim ÖPP-Ansatz eingeordnet.

[57] Hier findet keine umfassende Analyse der (ökonomischen) Auswirkungen des Vergaberechts auf ÖPP im Vergleich zur KBV statt, sondern es wird lediglich eine Auswahl von im Rahmen dieser Arbeit besonders relevanter Aspekten betrachtet.

auf das Einzelprojekt möglich ist. Bei der Abwägung ist die im jeweiligen Einzelfall vorliegende Konstellation hinsichtlich der Eigenschaften der zu erbringenden Leistung und somit der Transaktion(en) in Abhängigkeit der Ressourcenausstattung von Akteuren, der Marktcharakteristika und des institutionellen Rahmens unter spezieller Beachtung von Wissensaspekten zu berücksichtigen.[58]

Die Ressourcenausstattung mit Wissen der Akteure im öffentlichen Sektor kann die Kosteneffizienz von Vorhaben beeinflussen. Vor allem ist hervorzuheben, dass die Möglichkeit zur Veränderung des Wissensstandes einzelner öffentlichen Auftraggeber von der Wissensverbreitung oder dem Wissensstand anderer Akteure im Sektor abhängt. Die Verbreitung von Wissen (im öffentlichen Sektor) ist dabei auch maßgeblich durch (Wissensmanagement-)Strategien auf der Programmebene bedingt, worauf in Abschnitt 2.3.2 näher eingegangen wird. Im Hinblick auf die Marktcharakteristika ist insbesondere zu berücksichtigen, wie viele Akteure über die Ressourcen (inklusive des Wissens) verfügen, um ernsthaft als Anbieter im ÖPP-Markt aufzutreten. Infolge bestimmter Programmebenenstrategien können Marktcharakteristika wie z.B. die Anzahl an potentiellen Anbietern mittel- bis langfristig beeinflusst werden, was sich vorteilhaft auf die Kosteneffizienz eines einzelnen Projektes auswirken kann. Des Weiteren ist der institutionelle Rahmen als Teil der Programmebene (siehe Abschnitt 2.3.1) bei der Abschätzung der Kosteneffizienz eines Einzelprojektes von hoher Bedeutung. So kann der Regelrahmen bestimmte Fehlanreize bei der Auswahl von Beschaffungsvarianten und der Ausgestaltung von Projekten und Verträgen verstärken oder reduzieren, was sich letztendlich auf die Kosten eines Einzelprojektes auswirkt.

Vor diesem Hintergrund ist (nochmals) die besondere Bedeutung von Wissen für das Ausmaß der einzelnen Effekte und damit für die Abwägung der Eignung von ÖPP und KBV im Einzelfall zu betonen. Wenn Input-Wissen aufseiten der öffentlichen Hand fehlt und nur Output-Wissen vorliegt (was z.B. in hochinnovativen Bereichen häufig zutreffend sein dürfte), dann verlieren die (mehr oder weniger) stets vorhandenen Nachteile hinsichtlich der Kosteneffizienz von ÖPP an Relevanz, sodass in solch einem Fall der ÖPP-Ansatz (mehr oder weniger) alternativlos ist.[59] In diesem Fall kann vereinfacht zwischen zwei idealtypischen Konstellationen differenziert werden:

- Konstellation 1: Das Input-Wissen ist lediglich bei privaten Unternehmen bzw. Herstellern verortet und steht sonst keinen anderen Akteuren im Sektor zur Verfügung. In dieser Konstellation ist für den nur mit Output-Wissen ausgestatteten öffentlichen Auftraggeber der ÖPP-Ansatz tatsächlich ohne ernstzunehmende Alternative.

[58] Vgl. zu den institutionenökonomischen Erkenntnissen in Bezug auf die Eignung bestimmter Koordinationsformen im Allgemeinen z.B. WILLIAMSON (1990) und KLEIN (1999) sowie in Abhängigkeit bestimmter Transaktions- und Akteurscharakteristika im Speziellen z.B. BECKERS / KLATT / ZIMMERMANN (2012).

[59] Für diesen Fall sei darüber hinaus als Exkurs noch auf die besondere Situation hingewiesen, wenn der private Auftragnehmer bei der Leistungserstellung aufgrund der Neuartigkeit des Outputs einem sehr großen Fehlerpotential unterliegt und dies mit schwerwiegenden Konsequenzen für die öffentliche Hand im Hinblick auf ihre Bereitstellungsverantwortung einhergeht. In solch einer Situation kann eine harte Anreizsetzung in Kombination mit einer outputorientierten und gebündelten Vergabe zwar vorteilhaft sein, um Schlechtleistungen zu vermeiden, aber häufig wird eine Haftung des privaten Auftragnehmers aufgrund der sehr hohen Kosten der Risikoübernahme nicht zu etablieren sein. Der öffentliche Auftraggeber könnte dem privaten Auftragnehmer als Gegenmaßnahme eine sehr „üppige" Vergütung zugestehen, damit, wenn sich die großen Risiken realisieren sollten, nicht sofort seine Insolvenz droht. Allerdings kann die Sinnhaftigkeit dieses Vorgehens auch durchaus kritisch hinterfragt werden. Vielmehr sollte in solchen Situationen als Alternative rechtzeitig über staatliche Förderungen im Bereich von Forschung und Entwicklung solch neuartiger Outputs nachgedacht werden.

- Konstellation 2: Bei der öffentlichen Hand ist kein Input-Wissen vorhanden, aber im Sektor verfügen neben den privaten Unternehmen bzw. Herstellern auch technische Berater über (im Vergleich zu privaten Unternehmen bzw. Herstellern jedoch weniger umfangreiches) Input-Wissen. In dieser Konstellation könnte statt des ÖPP-Ansatzes auch die KBV unter Einbezug von technischen Beratern durchgeführt werden. Allerdings sind aufgrund des fehlenden Input-Wissens beim öffentlichen Auftraggeber die mitunter beachtlichen Probleme bei der Kontrahierung von Beratungsleistungen zu berücksichtigen, sodass auch in dieser Situation der ÖPP-Ansatz die kosteneffiziente Variante darstellen kann.

Zu dem beschriebenen Fall bzw. den beiden dargelegten Konstellationen sind noch einige Punkte anzumerken: Grundsätzlich kann es in solchen Situationen eine Rationalität dafür geben, dass sich die öffentliche Hand in einem langfristigen ÖPP-Vertrag eine sogenannte „Call-Option" sichert, welche die Übernahme des Projektes und den Erwerb von Input-Wissen vom privaten Auftragnehmer ermöglicht, wenn ein langfristiger Beschaffungsbedarf vorliegt. Ein weiteres sinnvolles Vorgehen ist das „Lernen" des öffentlichen Auftraggebers durch das Beobachten und Nachvollziehen der Leistungserstellung. Dadurch kann zu einem gewissen Grad eigenes Input-Wissen beim öffentlichen Auftraggeber aufgebaut werden. Die öffentliche Hand könnte zudem Personal von den privaten Unternehmen bzw. Herstellern akquirieren. Bei der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über den Aufbau von Input-Wissen ist zu prüfen, ob es in Zukunft viele solcher Projekte geben wird oder ob es sich um ein einmaliges (ggf. großes) Projekt handelt. In ersterem Fall ist der Aufbau bzw. Erwerb von Input-Wissen sehr relevant. Im zweiten Fall hingegen dürfte dieses Vorgehen aufgrund der hohen Kosten des Wissensaufbaus oftmals eine geringere Relevanz aufweisen. Es sei denn, die langfristige Bereitstellungsverantwortung liegt beim öffentlichen Auftraggeber, dann sollte auf öffentlicher Seite dauerhaft ausreichend Input-Wissen vorhanden sein. Darüber hinaus ist wiederum zu beachten, dass der Wissensstand und die institutionellen Rahmenbedingungen bei einem Projekt durch Aktivitäten auf der Programmebene beeinflusst werden bzw. beeinflussbar sind.[60]

Eine weitere Frage mit Bezug zum Wissensstand ist zudem, welcher Beschaffungsvariante der Vorzug zu geben ist, wenn die öffentliche Hand zum einen über ausreichend Input- und zum anderen auch über Output-Wissen verfügt.[61] In diesem Fall kommen gemäß den grundlegenden Erkenntnissen aus Unterkapitel 2.1 grundsätzlich sowohl der KBV- als auch der ÖPP-Ansatz in Betracht. In der Regel sollte in dieser Konstellation der KBV-Ansatz aufgrund der Relevanz der hohen Transaktionskosten bei langfristigen Vertragsbeziehungen angewendet werden. Die unterschiedliche Ausprägung der Kontrahierungs- und Commitmentprobleme beim KBV- und ÖPP-Ansatz stellen damit einen zentralen Faktor dar, der zu einer besseren Kosteneffizienz der somit – unter Berücksichtigung der soeben dargelegten Aspekte – zu bevorzugenden KBV beiträgt. Allerdings ist eine ausschließliche Anwendung

[60] Vgl. hierzu auch Unterkapitel 2.3.

[61] Vgl. hierzu auch Unterkapitel 2.1 und die dort dargestellte Abbildung 3, in der diese Konstellation in Quadrant I abgebildet ist.

des KBV-Ansatzes trotzdem nicht unbedingt anzustreben, damit ein durchaus sinnvoller „Wettbewerb der Lösungen" zumindest in einem beschränkten Ausmaß erhalten bleibt.[62]

#### 2.2.3.1.5 Fazit

Die Kosteneffizienz des ÖPP-Ansatzes im Vergleich zur KBV ist als ein zentrales Bewertungskriterium bei der Wahl einer Beschaffungsvariante einzustufen. Sie hängt von verschiedenen Aspekten ab, die je nach Ausprägung der Transaktions-, Akteurs-, Marktcharakteristika und des institutionellen Rahmens mit unterschiedlich hohen kostensenkenden und -steigernden Wirkungen einhergehen. Dabei sind insbesondere auch die politökonomisch erklärbaren Aspekte zu beachten. Eine pauschale Beurteilung hinsichtlich der relativen Kosteneffizienz der beiden betrachteten Beschaffungsvarianten ist nicht möglich, sondern es kommt auf den Sektor bzw. Einzelfall an. Eine entscheidende Frage ist, inwieweit bei ÖPP-Projekten die – gegenüber einer KBV – deutlich höheren Kapitalkosten bei einer umfangreichen Kapitalbereitstellung durch private Auftragnehmer mit effizienzsteigernden Maßnahmen im realwirtschaftlichen Bereich überhaupt kompensieren werden können, was in vielen Sektoren fraglich erscheint. Hohe Kapitalkosten in Verbindung mit geringen Möglichkeiten, realwirtschaftliche Effizienzsteigerungen zu realisieren, stellen den zentralen Grund dar, warum der ÖPP-Ansatz in diesen Fällen eine schlechtere Kosteneffizienz als der KBV-Ansatz aufweist. Ein weiterer wichtiger Grund sind die Kontrahierungs- und Commitmentprobleme im Kontext von langfristigen und komplexen Verträgen wie bei ÖPP, welche in Form von vertraglichen und institutionellen Risiken letztendlich auch maßgeblich zu den erhöhten Kapitalkosten beitragen.

Festzuhalten ist, dass Wissensstände im Sektor und bei der öffentlichen Hand eine hohe Relevanz bei der Beurteilung der Eignung des ÖPP-Ansatzes im konkreten Anwendungsfall haben. In Konstellationen, in denen beim öffentlichen Auftraggeber kein Input-Wissen, sondern nur Output-Wissen vorhanden ist, stellt der ÖPP-Ansatz grundsätzlich eine sinnvolle Option für eine kosteneffiziente Beschaffung dar. Sollte allerdings außer bei den privaten Unternehmen bzw. Herstellern das benötigte Input-Wissen auch bei technischen Beratern verbreitet sein, kann die öffentliche Hand den KBV-Ansatz unter Einbezug von externen Beratern in Betracht ziehen, wobei unbedingt die Probleme bei der Kontrahierung solcher Beratungsleistungen zu beachten sind. Darüber hinaus können sich in solchen Konstellationen verschiedene Maßnahmen als sinnvoll erweisen, die den Aufbau von Input-Wissen aufseiten des öffentlichen Auftraggebers ermöglichen. In Fällen, bei denen die öffentliche Hand sowohl über Input- als auch Output-Wissen verfügt und somit grundsätzlich beide betrachteten Beschaffungsvarianten unter Wissensaspekten geeignet sind, ist aufgrund der geringeren Kontrahierungs- und Commitmentprobleme in der Regel der KBV-Ansatz zu präferieren.

### 2.2.3.2 Kostensicherheit

Die Anwendung des ÖPP-Ansatzes kann einen Effekt auf die Kostensicherheit eines einzelnen Projektes haben. In Bezug auf die Projektkosten ist die Kostensicherheit neben der Kosteneffizienz der zweite hier betrachtete Aspekt. Der Begriff der Kostensicherheit bezieht sich auf die Frage, inwieweit

[62] Vgl. hinsichtlich der Effekte eines indirekten Wettbewerbsdrucks zwischen den Beschaffungsvarianten auch Abschnitt 2.2.4.

bei Projekten Kostenunterschätzungen oder -überschätzungen bzw. Kostenüberschreitungen oder -unterschreitungen vorkommen.[63] Mit Blick auf zukünftige Projekte sollte aus volkswirtschaftlicher bzw. wohlfahrtsökonomischer Sicht vorweg klargestellt werden, dass Projektkosten stets risikobehaftet und damit unsicher sind. Aus Perspektive der öffentlichen Hand als Auftraggeber sollte es darauf ankommen, dass die zu erwartenden Kosten möglichst korrekt abgeschätzt werden und somit (unnötige) Kostenunterschätzungen vermieden werden.[64] Vor diesem Hintergrund stellt die Varianz der Projektkosten, also die zufällige Schwankung realisierter Kosten um den richtig geschätzten Erwartungswert, die Kostenunsicherheit aus Sicht der öffentlichen Hand dar. In diesem Zusammenhang bedeutet Kostensicherheit, dass die aus dem Projektvertrag resultierenden Kosten für den öffentlichen Auftraggeber, welche den Haushalt der jeweiligen Gebietskörperschaft belasten, keinerlei Änderungen unterliegen bzw. lediglich extrem geringe und somit vernachlässigbare Abweichungen auftreten.

Bei der Frage, wie der „Wert" von Kostensicherheit für die öffentliche Hand bei einem einzelnen Projekt ökonomisch einzuordnen ist, kann nach der Größe der Gebietskörperschaften unterschieden werden. Für große Gebietskörperschaften sollte die Kostensicherheit grundsätzlich keinen bzw. zumindest keinen großen Wert darstellen. Denn aus normativer Sicht sollten sich große Gebietskörperschaften wie bspw. die Bundesrepublik Deutschland als Staat grundsätzlich risikoneutral verhalten, da sie in sehr viele verschiedene Projekte investieren, sodass risikobehaftete Projektkosten (nahezu) vollständig diversifiziert werden können.[65] Des Weiteren können große Gebietskörperschaften Risiken auf eine sehr große Anzahl von Steuerzahlern verteilen, was auch als Risikostreuung bezeichnet wird.[66] Im Gegensatz dazu treffen die aufgeführten Punkte auf kleine Gebietskörperschaften nur in begrenztem Maße zu, sodass hier eine klare ökonomische Einordnung zum Teil schwierig ist. In diesem Kontext ist es jedoch wichtig darauf hinzuweisen, dass Haftungsregelungen in einem Mehrebenensystem bzw. im föderalen System zu berücksichtigen sind.[67] Wenn ein Haftungsverbund im föderalen System besteht, dann könnte die Position vertreten werden, dass auch für kleine Gebietskörperschaften die Kostensicherheit bei einem einzelnen Projekt keinen großen Wert aufweist. Allerdings sollten aus institutionenökonomischer Sicht die politischen Transaktionskosten der Koordination bei Anpassungen im Haushalt infolge von deutlichen Kostenabweichungen bedacht werden, die vor allem bei kleineren Gebietskörperschaften einen wichtigen Punkt darstellen dürften. Im Kontext der Kostensicherheit können diese politischen Transaktionskosten im weiteren Sinne als Teil der Risikokosten aufseiten der öffentlichen Hand eingestuft werden.

---

[63] Die Unterschiede zwischen diesen beiden Begriffspaaren lassen sich dabei wie folgt erklären: Bei Kostenunterschätzungen (bzw. Kostenüberschätzungen) liegen bereits die geplanten Kosten („Plankosten") unter (bzw. über) dem Erwartungswert der tatsächlichen Kosten. Es handelt sich um eine ex ante Betrachtungsperspektive. Dahingegen liegen bei Kostenüberschreitungen (bzw. Kostenunterschreitungen) die Plankosten sehr nahe am Erwartungswert, aber die dann tatsächlich realisierten Kosten sind höher (bzw. niedriger) als die korrekt geschätzten Plankosten oder erwarteten Kosten. Hier wird eine ex post Sichtweise eingenommen. Im Kontext dieser beiden Begriffspaare ist stets wichtig zu differenzieren, welche Phase / Zeitspanne (insbesondere vor dem Hintergrund der verschiedenen Planungszeitpunkte) den Berechnungen zugrunde gelegt wird.

[64] Im Folgenden werden nur Kostenunterschätzungen erwähnt, weil diese in der Praxis wesentlich häufiger auftreten als Kostenüberschätzungen und dies die Lesbarkeit vereinfacht.

[65] Vgl. VICKREY (1964).

[66] Vgl. ARROW / LIND (1970).

[67] Eine Diskussion der ökonomischen Rationalität eines Haftungsverbunds in einem Mehrebenensystem kann in dieser Arbeit nicht geleistet werden.

Zum Abschluss dieses Abschnitts wird auf einen zentralen Aspekt hinsichtlich der Kostensicherheit beim ÖPP-Ansatz im Vergleich zur KBV eingegangen. Grundsätzlich ist zwar bei ÖPP aufgrund der umfassenden Festpreisverträge von einer höheren Kostensicherheit auszugehen, allerdings können auch bei der KBV bezüglich des Baus (und auch auf den weiteren Wertschöpfungsstufen) Festpreisverträge implementiert werden. Hierbei ist zu beachten, dass Nachverhandlungen sowohl bei Festpreisverträgen auf den einzelnen Wertschöpfungsstufen im Rahmen des KBV-Ansatzes als auch beim ÖPP-Ansatz, bei dem die Wertschöpfungsstufen gebündelt werden, vorkommen können. Nachverhandlungen können zu Kostensteigerungen führen, sodass eine hohe Kostensicherheit, die insbesondere dem ÖPP-Ansatz zugesprochen wird, nicht zwangsläufig gegeben ist. Festpreisregelungen, die sich auf den Bau beziehen (etwa bei der KBV) oder diesen miteinbeziehen (bei ÖPP) können insbesondere dann in einer sinnvollen Weise abgeschlossen werden, wenn Projekte eine geringe Komplexität aufweisen und sich in einem weit fortgeschrittenen Planungsstadium befinden. ÖPP-Projekte mit Festpreisverträgen werden häufig in derartigen Situationen realisiert, aber grundsätzlich könnten dann im Übrigen auch im Rahmen der KBV unproblematisch Festpreisverträge für den Bau abgeschlossen werden.

### 2.2.4 Kostenbezogene Effekte mit Bezug zu Folgeprojekten bei dynamischer Betrachtung

Die Anwendung des ÖPP-Ansatzes hat bei einer dynamischen Betrachtung auch kostenbezogene Effekte auf Folgeprojekte.[68]

#### *INDIREKTER WETTBEWERBSDRUCK*

Durch die Realisierung von Projekten nach dem ÖPP-Ansatz steht für die öffentliche Hand eine alternative Option zur Beschaffung von Leistungen zur Verfügung, welche einen indirekten Wettbewerbsdruck auf die KBV ausübt. Dieser Wettbewerb zwischen den Beschaffungsvarianten kann in der öffentlichen Verwaltung indirekt dazu führen, dass die Umsetzung von (Folge-)Projekten mit dem KBV-Ansatz kosteneffizienter durchgeführt wird. Dies lässt sich mit einem höheren Anstrengungsniveau der an KBV-Projekten beteiligten Akteure sowie der Generierung und Umsetzung von Verbesserungen bei der Ausgestaltung von KBV-Projekten, um im „Konkurrenzkampf" mit dem ÖPP-Ansatz bestehen zu können, erklären.

#### *VERÄNDERUNGEN DER ANBIETERSTRUKTUR UND WETTBEWERBSINTENSITÄT*

Eine zunehmende Anzahl von großen und komplexen ÖPP-Projekten kann in einer dynamischen und langfristigen Perspektive zu einer Veränderung der Anbieterstruktur im Markt beitragen, in dem sich mehr Unternehmen mit denen zur Durchführung eines ÖPP-Projektes notwendigen Ressourcen (insbesondere dem benötigten Wissen) ausstatten oder in diesem Marktsegment positionieren.[69] Diese erhöhte Anzahl an Bietern im Rahmen von ÖPP-Verfahren kann einen intensiveren Wettbewerb in diesem Bereich nach sich ziehen. In diesem Zusammenhang sind auch distributive Effekte zu erwarten,

[68] Vgl. zu den folgenden Effekten auch BECKERS / KLATT (2008, S. 41 f.) und BECKERS ET AL. (2014b, S. 57 f.).

[69] Hinweise auf einen derartigen Effekt finden z.B. EZULIKE / PERRY / HAWWASH (1997) in Bezug auf den britischen ÖPP-Markt.

da es zu einer Verschiebung von Renten weg von kleinen und mittleren Bauunternehmen hin zu großen Unternehmen der Bauindustrie kommen kann.[70]

***BINDUNG VON MANAGEMENTKAPAZITÄTEN***

Vor dem Hintergrund, dass es sich beim ÖPP-Ansatz um eine äußerst komplexe Beschaffungsvariante mit einem im Vergleich zur KBV wesentlich geringeren Kodifizierungs- und Verbreitungsgrad des notwendigen Wissens handelt, bindet die Realisierung von ÖPP-Projekten umfangreiche Managementkapazitäten (Personalumfang und Dauer) bei öffentlichen Auftraggebern. Somit kann die Anwendung des ÖPP-Ansatzes dazu führen, dass geplante Folgeprojekte wegen der eingeschränkten Verfügbarkeit von Managementkapazitäten erst später umgesetzt werden können. Sollten die Planungs- und Vorbereitungsmaßnahmen eines Folgeprojektes über einen längeren Zeitraum gestreckt werden müssen, dürfte dies am Ende erhöhte Projektkosten im Verhältnis zu einer zügigen und kompakten Projektdurchführung zur Folge haben.[71] Besteht aus gewissen Gründen Handlungsdruck bei Folgeprojekten, kann die Qualität der Vorbereitung und Planung aufgrund der verknappten Managementkapazitäten geringer ausfallen und in der Konsequenz höhere Projektkosten nach sich ziehen.[72]

***GENERIERUNG VON LERNEFFEKTEN***

Abschließend ist im Rahmen der kostenbezogenen, dynamischen Auswirkungen auf Folgeprojekte durch die Umsetzung von ÖPP-Vorhaben noch die Entstehung und Nutzung von Lerneffekten zu nennen. Dies dürfte insbesondere gelten, wenn die durchgeführten ÖPP-Projekte systematisch auf Fehler und Erfolge begleitend sowie ex post untersucht werden, um daraus Lerneffekte zu generieren und somit kontinuierlich Know-how aufzubauen. Dabei kann es sich sowohl um kodifiziertes Wissen als auch insbesondere um implizites Know-how bei den Projektverantwortlichen aufseiten der öffentlichen Auftraggeber handeln. Das Potential zur (Aus-)Nutzung der ansteigenden Lernkurve ist vor allem bei den jeweils ersten ÖPP-Projekten als besonders hoch einzustufen. Die generierten Lerneffekte können bei zukünftigen Projekten zu Kostenreduktionen durch eine verbesserte Ausgestaltung und Umsetzung beitragen. Dieser Aspekt bezieht sich hier zwar zunächst auf ÖPP, aber es sollte in jedem Fall darauf hingewirkt werden, dass diese Lerneffekte auch der KBV bzw. allgemein dem öffentlichen Beschaffungswesen zuteilwerden. Daher weist der Effekt einer Generierung von Lerneffekten einen starken Bezug bzw. eine gewisse Interaktion mit dem Wissensmanagement auf der Programmebene auf, was in Unterkapitel 2.3 ausführlicher behandelt wird.

---

[70] In Bezug auf den deutschen Tiefbau-Sektor weist bspw. der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes (ZDB), der vornehmlich Bauunternehmen kleinerer und mittlerer Größe vertritt, in Positionspapieren vermehrt auf diesen Aspekt hin. Vgl. z.B. ZDB (2015, S. 6).

[71] Dieser Effekt hat zudem eine nutzenbezogene Komponente, wenn die Infrastruktur dadurch erst später durch die Nutzer in Betrieb genommen werden kann.

[72] An dieser Stelle sei auf die Möglichkeit des Einsatzes von Beratern zur Kompensation der gebundenen Managementkapazitäten hingewiesen, wobei in diesem Zusammenhang die damit einhergehenden Probleme zu beachten sind.

### 2.2.5 Fazit

Die abstrakte Analyse des ÖPP-Ansatzes hat gezeigt, dass die vielfältigen Effekte nach der Kosten- und Nutzenbezogenheit sowie nach der Betrachtung eines Einzelprojektes und den dynamischen Auswirkungen auf Folgeprojekte – wie in Abbildung 4 dargestellt – systematisiert und somit in vier Kategorien eingeordnet werden können. In diesem Kontext stellen die Auswirkungen auf die Projektkosten, insbesondere die Kosteneffizienz, den mit Abstand wichtigsten Effekt dar. Zur Beurteilung der Kosteneffizienz eines bestimmten ÖPP-Projektes (relativ zur KBV) sind kostensenkende und -steigernde Wirkungen unter Rückgriff auf institutionenökonomische Erkenntnisse im Hinblick auf die Transaktions-, Akteurs-, Markteigenschaften und den institutionellen Rahmen unter besonderer Berücksichtigung der Wissensaspekte abzuwägen. Aus institutionenökonomischer Sicht sprechen oftmals die Kontrahierungs- und Commitmentprobleme bei ÖPP aufgrund der langen Vertragslaufzeit für eine höhere Kosteneffizienz bei KBV. Für die relative Kosteneffizienz entscheidender sind die beim ÖPP-Ansatz erhöhten Kapitalkosten bei einer Kapitalbereitstellung durch den Auftragnehmer, die mit Effizienzgewinnen durch wertschöpfungsstufenübergreifende Optimierungen in den meisten Fällen nicht ausgeglichen werden können. Die erhöhten Kapitalkosten bei ÖPP-Projekten resultieren im Wesentlichen zum einen aus der umfangreicheren und mit einigen Herausforderungen verbundenen Übertragung von Bau-, Betriebs- und Erhaltungsrisiken usw. und zum anderen insbesondere auch aus vertraglichen und institutionellen Risiken im Kontext der langfristigen und komplexen Vertragsbeziehung.

Die ebenfalls im Zusammenhang mit den Projektkosten betrachtete Kostensicherheit ist aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers vor allem eine Thematik bei der Vertragsgestaltung sowohl im Rahmen von ÖPP als auch bei der KBV („Festpreisverträge“). Übergeordnet ist aus ökonomischer Perspektive kritisch zu hinterfragen, inwieweit die öffentliche Hand der (vertraglichen) Kostensicherheit überhaupt einen Wert beimessen sollte, wobei jedoch auch politische Transaktionskosten der Koordination bei Haushaltsanpassungen zu berücksichtigen sind.

Besonders hervorzuheben ist bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes die Möglichkeit zur Nutzung des Vorzieheffekts bzw. der Vorfinanzierung und die damit einhergehenden politökonomisch erklärbaren Fehlanreize bei der Projektauswahl und -gestaltung sowie bei der Beschaffungsvariantenauswahl, welche vor allem bei fehlenden übergeordneten Regeln hinsichtlich des Einbezugs privaten Kapitals wirken können. Die beiden Effekte der Einschränkung der zukünftigen Haushaltsflexibilität sowie der Reduktion der zukünftigen Ausgabemöglichkeiten, die eine Interdependenz zur Vorfinanzierung aufweisen, stellen letztendlich die negativen Konsequenzen der hohen politischen Selbstbindung beim ÖPP-Ansatz dar.

Hinsichtlich der Realisierungsdauer von Projekten kann die KBV oftmals vorteilhaft gegenüber ÖPP sein, was insbesondere dann der Fall ist, wenn bei größeren Vorhaben eine Generalunternehmervergabe möglich ist und die beim ÖPP-Ansatz üblichen zeitbezogenen Anreizelemente in der Vergütung ebenso beim KBV-Ansatz verwendet werden, was unkompliziert umzusetzen ist. Bei der Angebotsqualität sollte es hingegen wegen der ex ante gefällten Bereitstellungsentscheidung, die unabhängig von der (anschließend) gewählten Beschaffungsvariante getroffen wird, keine Unterschiede geben. Allerdings können auf Basis theoriegeleiteter Überlegungen aufgrund der höheren politischen Selbstbindung beim ÖPP-Ansatz durchaus gewisse Vorteile im

Vergleich zur KBV in diesem Bereich identifiziert werden, wobei Maßnahmen bezüglich des institutionellen Rahmens bei der KBV ohne Weiteres vorstellbar sind, die diesen Unterschied egalisieren.

Des Weiteren erscheint es sehr plausibel, dass die Anwendung des ÖPP-Ansatzes einen indirekten Wettbewerbsdruck auf die KBV erzeugt, die durch diesen „Konkurrenzkampf" zwischen den Beschaffungsvarianten effizienter werden kann. Sowohl die potentiellen Auswirkungen auf die Anbieterstruktur im Markt und infolgedessen auf die Wettbewerbsintensität als auch die Bindung von Managementkapazitäten beim öffentlichen Auftraggeber durch die Realisierung von ÖPP-Projekten können sich dynamisch gesehen im Haushalt kostenwirksam niederschlagen, dürften jedoch im Gesamtbild der Effekte tendenziell von untergeordneter Bedeutung sein. Die Generierung von Lerneffekten im Zuge der Anwendung des ÖPP-Ansatzes hingegen ist sicherlich von hoher Relevanz und weist Interdependenzen mit dem im anschließenden Unterkapitel 2.3 thematisierten Wissensmanagement auf der Programmebene auf.

## 2.3 Zentrale Gestaltungsbereiche auf der Programmebene im Zusammenhang mit ÖPP

In diesem Unterkapitel werden zwei zentrale Gestaltungsbereiche auf der Programmebene untersucht: die institutionellen Rahmenbedingungen (Abschnitt 2.3.1) und das Wissensmanagement (Abschnitt 2.3.2).[73] Dabei wird unter anderem auch näher auf die Bedeutung des Wissensstandes der öffentlichen Hand hinsichtlich der Frage eingegangen, ob und inwieweit Investitionen in ÖPP-spezifische (oder demgegenüber vielmehr beschaffungsvariantenübergreifende) Regeln und Wissensmanagement-Aktivitäten sinnvoll sein können. Die Analyse erfolgt ohne expliziten Bezug zu denkbaren Konstellationen hinsichtlich des Umfangs der Programmebene (Anzahl der staatlichen Ebenen, der öffentlichen Auftraggeber, der Sektoren usw.), wobei sowohl beim Gestaltungsbereich der institutionellen Rahmenbedingungen als auch beim Wissensmanagement auf diesbezügliche Aspekte in einer Art Ausblick eingegangen wird.

### 2.3.1 Institutionelle Rahmenbedingungen hinsichtlich der Reduktion von Opportunismusproblemen

Aus institutionenökonomischer Sicht ist vor allem die Schaffung von guten institutionellen Rahmenbedingungen ein Erfolgsfaktor, d.h. es sollten Regeln etabliert werden, mit denen Opportunismusprobleme und somit Fehlanreizen im Hinblick auf die Auswahl geeigneter Projekte sowie deren effiziente Ausgestaltung und Durchführung durch die öffentliche Hand reduziert werden. Grundsätzlich sind im Gestaltungsbereich der institutionellen Rahmenbedingungen die Vermeidung von Fehlanreizen zur Vorfinanzierung sowie die Sicherstellung adäquater Transparenz und Kontrollsysteme von zentraler Bedeutung. Im Endeffekt soll dies zu an Kosteneffizienz ausgerichteten Beschaffungen führen, denen unverzerrte Entscheidungen für den KBV- oder ÖPP-Ansatz zur Realisierung von Projekten zu Grunde liegen.

[73] Im Rahmen dieser Arbeit wurde die sogenannte Programmebene so beschrieben, dass diese die jeweiligen öffentlichen Auftraggeber bzw. ihre Projekte „überdeckt".

#### 2.3.1.1 Vermeidung von Fehlanreizen zur Vorfinanzierung

Zunächst sei nochmals darauf hingewiesen, dass eine Vorfinanzierung nicht per se negativ zu beurteilen ist. Jedoch ist sie aus (institutionen-)ökonomischen Gründen – wie in Abschnitt 2.2.2 beschrieben – vor allem aufgrund der möglichen Umgehung des Grundgedankens von Schuldenbremsen, die mit einem gewissen gesellschaftlichen Konsens etabliert wurden und eine übermäßige Lastenverschiebung in die Zukunft verhindern sollen, und dem Setzen von Fehlanreizen bei der Beschaffungsvariantenauswahl äußerst kritisch zu sehen. Vor diesem Hintergrund sollten im Kontext der beiden Beschaffungsvarianten ÖPP und KBV (haushalterische) Regeln gelten, die den Fehlanreiz zur Vorfinanzierung eindämmen bzw. keinerlei Vorfinanzierung ermöglichen, um die politische Attraktivität von Vorfinanzierungsmodellen im Rahmen von ÖPP-Projekten über mehrere Legislaturperioden hinweg, d.h. nicht nur für die aktuelle, sondern auch für die zukünftige Exekutive und Legislative, zu eliminieren. Im Grunde sollten derartige Regeln somit dazu führen, dass im Zusammenhang mit ÖPP-Vorhaben einbezogenes privates Kapital im Haushalt wie öffentliches Kapital berücksichtigt wird. Dieser Punkt ist entscheidend und impliziert die Anrechnung des vom privaten Auftragnehmer zur Investitionsfinanzierung aufgenommen Kapitals bei der Staatsverschuldung bzw. bei Schuldenbremsen.[74] Dabei kann die KBV als ein Vergleichsmaßstab dienen, denn es sollte nur jenes private Kapital bei ÖPP-Projekten angerechnet werden, das über das übliche Maß einer konventionellen Realisierung eines solchen Projektes hinausgeht. Demzufolge ist bspw. das durch eine Zwischenfinanzierung gebundene private Kapital nicht mitzuzählen, soweit dies im Rahmen einer KBV-Umsetzung ebenfalls üblich und sinnvoll ist.[75]

In Bezug auf den Fehlanreiz bei der Auswahl der Beschaffungsvarianten ist in jedem Fall darauf zu achten, dass entsprechende Regeln nicht nur den Gesamthaushalt betreffen, sondern auch die einzelnen Sektorbudgets[76] umfassen. Ansonsten besteht weiterhin die Gefahr, dass die jeweiligen Sektorbudgetgrenzen durch die Anwendung von Vorfinanzierungsmodellen wie dem ÖPP-Ansatz mit Einbezug privaten Kapitals umgangen werden.[77] Letztendlich liegt die Rationalität solcher Regeln in einer konsequenteren Einhaltung der Grundgedanken von Schuldenbremsen.

---

[74] Das durch die Vergütungszahlungen des öffentlichen Auftraggebers sukzessive zurückgeführte private Kapital ist bei der Staatsverschuldung bzw. Schuldenbremsen dann entsprechend zu korrigieren. Vgl. BECKERS ET AL. (2017, S. 24).

[75] Vgl. BECKERS ET AL. (2017, S. 22 ff.).

[76] Der allgemeine Begriff des Sektorbudgets korrespondiert im Kontext des Bundeshaushalts mit den im Haushaltsplan festgelegten maximalen Ausgaben für einen Einzelplan bzw. ein Kapitel. Das Sektorbudget für die Bundesfernstraßen befindet sich derzeit im Einzelplan 12, Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), mit dem Kapitel 1201. Das Sektorbudget für den Bundeshochbau ist derzeit im Einzelplan 16, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB), mit den Kapiteln 1607, 1612 und 1617 festgehalten. Vgl. BT-DRS. 18/13000 (2017).

[77] Eine weitere Umgehungsmöglichkeit könnte im Kontext einer Stichtagsregelung (die festlegt, ab welchem Zeitpunkt das private Kapital angerechnet wird) übrigens darin bestehen, dass Investitionen über Nachverhandlungen und Vertragsanpassungen bei bestehenden, also vor dem Stichtag abgeschlossenen, ÖPP-Verträgen realisiert werden. Allerdings dürfte ein solches Vorgehen an vergaberechtlichen Restriktionen scheitern. Vgl. BECKERS ET AL. (2017, S. 26).

Bei der konkreten Anwendung möglicher Regeln zum haushalterischen Umgang mit dem im Rahmen von ÖPP einbezogenen privaten Kapital ist vor allem nach dem Wissenstand der öffentlichen Hand zu differenzieren:

- Bei ausreichend vorhandenem Input-Wissen ist davon auszugehen, dass der zur Finanzierung der Investition dienende private Kapitalanteil (zumindest bei grober Abschätzung) einfach zu ermitteln ist. Diese Aussage wird auch dadurch gestützt, dass derartige Abschätzungen bei einem effizienten Procurement, das eine sorgfältige Prüfung der optimalen Vergütungsstruktur sowie der gewünschten Anreiz- und Absicherungswirkungen voraussetzt, ohnehin einen wichtigen Bestandteil bilden.[78] Bei der Ermittlung des privaten Kapitalumfangs kann daher vor allem auf Erfahrungswerte zu Kosten und Fälligkeiten bei der KBV und Berechnungen in den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zurückgegriffen werden.[79] Außerdem liegen die Angebote der Bieter vor, die ebenfalls für die Abschätzung des privaten Kapitalanteils genutzt werden können. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass Bieter strategische Gebote abgeben könnten, was jedoch ohnehin bei der Auswahl des effizientesten Bieters im Vergabeverfahren zu beachten ist.[80] Bei einer projektscharfen Veröffentlichung der ermittelten Höhe des privaten Kapitalanteils könnten zudem Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der privaten Unternehmen betroffen sein, was in Abschnitt 9.1.3 betrachtet wird.[81] Bei einer beachtlichen Diskrepanz zwischen der Abschätzung der öffentlichen Hand und dem aus den Bieterangeboten ersichtlichen privaten Kapitalanteil sollte die Abschätzung ggf. den Geboten angepasst werden. Da die Bestimmung der Höhe des einbezogenen privaten Kapitals durchaus mit Aufwand verbunden sein kann, könnten auch Bagatellgrenzen in Betracht gezogen werden, damit sich das Verhältnis zwischen Aufwand und Nutzen in einem akzeptablen Bereich bewegt.
- Wenn bei der öffentlichen Hand kein Input-, sondern nur Output-Wissen vorhanden ist, dürften Fehlanreize bei der Wahl zwischen den beiden Beschaffungsvarianten KBV und ÖPP insoweit keine Relevanz aufweisen, als dass in solchen Situationen – wie bereits vor allem in Unterkapitel 2.1 dargelegt – der ÖPP-Ansatz in der Regel als einzig geeignete Variante zum Einsatz kommen sollte. Dieser Umstand spricht in den beschriebenen Situationen zwar grundsätzlich für eine reduzierte Rationalität hinsichtlich der Anrechnung privaten Kapitals als öffentliches Kapital, aber trotzdem stellt sich die Frage, wie der private Kapitalanteil potentiell ermittelt werden kann. Zwar besteht in dieser Konstellation kein Fehlanreiz bei der Auswahl der Beschaffungsvarianten, aber ggf. sollte eine (grobe) Ermittlung wegen der Berücksichtigung privaten Kapitels bei der Einhaltung von Schuldenregeln vorgenommen werden. Bei der Berechnung des privaten Kapitalanteils könnte hier dafür auch zwar prinzipiell auf die Angebote der Privaten zurückgegriffen werden, allerdings ist ein solches Vorgehen im Kontext des fehlenden Input-Wissens aufseiten der öffentlichen Hand als kritisch einzustufen. Um die Angebote der Bieter umfassend zu verstehen (z.B. strategisches Bieterverhalten zu erkennen),

[78] Vgl. BECKERS ET AL. (2008).

[79] Vgl. BECKERS ET AL. (2017, S. 23).

[80] Vgl. BECKERS ET AL. (2014b, S. 168-173).

[81] Bei aggregierten Zahlen einer Gebietskörperschaft, die mehrere Projekten umsetzt, dürfte sich diese Problematik ohnehin als weniger relevant darstellen.

bräuchte die öffentliche Hand eben Input-Wissen hinsichtlich des notwendigen Kapitalbedarfs für die Leistungserstellung. Es besteht jedoch vielmehr das Problem, dass die öffentliche Hand ohne das nötige Input-Wissen die Informationen aus den Bieterangeboten bei der Ermittlung des privaten Kapitalanteils fehlerhaft verwendet. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen sollte – wenn die öffentliche Hand nur über Output-Wissen verfügt – ggf. auf die haushalterische Berücksichtigung des privaten Kapitalanteils verzichtet werden.

Somit beeinflusst der Umfang des Input-Wissens, über den die öffentliche Hand verfügt, auch das Design der Regeln zur Vermeidung von Fehlanreizen zur Vorfinanzierung. Diesbezüglich ist jedoch in erster Linie anzumerken, dass (wie bspw. vor allem im Bausektor) traditionell die KBV vielfach zur Anwendung kommt, was auf einen ausreichend hohen Input-Wissensstand aufseiten der öffentlichen Hand hindeutet und mit der Fähigkeit zur hinreichend genauen Abschätzung der Höhe des einbezogenen privaten Kapitals korrespondiert. Vor dem Hintergrund der vorangestellten Überlegungen könnte ein Vorschlag für solche Regeln wie folgt lauten: Wenn nur Output-Wissen verfügbar ist, dann soll privates Kapital, sofern der Anteil grob abschätzbar ist, wie öffentliches Kapital im jeweiligen Sektorbudget angerechnet werden; wenn aber darüber hinaus Input-Wissen vorhanden ist, muss privates Kapital in jedem Fall wie öffentliches Kapital im jeweiligen Sektorbudget behandelt werden.[82]

Beim Design von Regeln zur Vermeidung von Vorfinanzierungsfehlanreizen sind einige weitere Aspekte zu beachten: So sollte bei deren Ausgestaltung zunächst bedacht werden, dass die öffentliche Hand bezüglich neuartiger Leistungen insbesondere in frühen Phasen oftmals fast ausschließlich über Output-Wissen verfügt. Wie bereits dargelegt, bietet der ÖPP-Ansatz gerade in solchen Situationen die größten (Effizienz-)Potentiale. Allerdings ergeben in dieser Konstellation ÖPP-spezifische Regeln zur Anrechnung privaten Kapitals wenig Sinn, da die Anwendung dieser Regeln erst bei Verfügbarkeit über das dafür notwendige Input-Wissen möglich ist. Erst sukzessive könnten ÖPP-spezifische Regeln erfolgreich umgesetzt werden. Allerdings wird mit der Zeit in aller Regel auch das entsprechende Input-Wissen diffundieren und damit einhergehend die Rationalität für die Anwendung des ÖPP-Ansatzes ohnehin abnehmen. Da beim dann eher geeigneten KBV-Ansatz (nahezu) kein privates Kapital einbezogen wird, dürften die Regeln letztendlich somit kaum zur Anwendung kommen. Dieser Zusammenhang kann gewissermaßen als „Wissensparadoxon“ bezeichnet werden. Neben diesem Wissensparadoxon sind zwei weitere eher allgemeine Aspekte zu berücksichtigen, die aber auch auf den speziellen Fall von Regeln zur Vermeidung von Vorfinanzierungsfehlanreizen zutreffen. Erstens ist aus (institutionen-)ökonomischer Sicht ein Design vollständiger Regeln nicht möglich, sodass stets auch Interpretationsspielräume und weitere Umgehungsmöglichkeiten bestehen. Falls solche Regelungslücken im Verlauf der Regelanwendung identifiziert werden, sollten diese so gut wie möglich geschlossen werden. Zweitens sind bei Regeldesign und -anwendung auch allgemeine Wirtschaftlichkeitsvorgaben hinsichtlich eines angemessenen Nutzen-Kosten-Verhältnisses zu beachten. Also inwieweit wird in diesem Falle die Umgehungsmöglichkeit von Schuldenregeln und damit einhergehend der Fehlanreiz bei der Beschaffungsvariantenauswahl vermieden, ohne dass dabei ein unverhältnismäßig hoher Aufwand bei der Regelanwendung (Ermittlung des privaten Kapitalanteils)

[82] Im Fall einer konkreten Ausformulierung dieser Regel ist darauf hinzuweisen, dass die hier verwendeten Begriffe Input- und Output-Wissen in der Praxis durchaus schwer abzugrenzen und zu kontrahieren sind.

entsteht. Zwar dürfte bei hinreichend gutem Regeldesign grundsätzlich von einem angemessenen Nutzen-Kosten-Verhältnis ausgegangen werden, allerdings könnte bspw. über gewisse Bagatellgrenzen (keine Berücksichtigung von Vorhaben mit geringem Projektvolumen) nachgedacht werden.

#### 2.3.1.2 Stärkung von Transparenz und Kontrollsystemen

Die institutionellen Rahmenbedingungen sollten ein ausreichend hohes Niveau an Transparenz insoweit sicherstellen, dass die opportunistischen Entscheidungs- und Handlungsspielräume von Akteuren im öffentlichen Sektor im Zusammenhang mit Beschaffungsvorhaben sinnvoll reduziert werden. Adäquat ausgestaltete Transparenzregeln führen unter anderem zu einer Erhöhung der Nachvollziehbarkeit für die Öffentlichkeit, was eine bessere Kontrolle des staatlichen Handelns durch die Gesellschaft nach sich zieht und damit einhergehend zur Begrenzung von Opportunismuspotentialen beiträgt.[83] An dieser Stelle wird jedoch nicht weiter vertiefend auf Transparenz bei ÖPP und die Wirkungen von Transparenz im öffentlichen Beschaffungswesen eingegangen, weil dies den Kern der Analysen in Teil C bildet. Allerdings sei bereits darauf hingewiesen, dass bei der konkreten Ausgestaltung von Transparenzregeln ein umfangreiches Wissen über die Projekt-, Akteurs- und Marktcharakteristika sowie die im Realisierungsprozess anfallenden Dokumente, Daten und Informationen für die Einschätzung sowie Abwägung der potentiellen positiven und negativen Effekte von Transparenz notwendig ist.

Darüber hinaus sollte bei der Ausgestaltung der institutionellen Rahmenbedingungen an die Etablierung geeigneter Kontrollsysteme zur Eindämmung von Opportunismuspotentialen gedacht werden.[84] Das bezieht sich zum einen auf nicht unmittelbar in die Beschaffung involvierte Akteure, die unabhängige Monitoring-Funktionen ausüben können. Zum anderen sind Regeln gemeint, die den Spielraum für die gegenseitige Kontrollausübung zwischen den an der Beschaffungsentscheidung beteiligten Akteuren in Exekutive und Legislative festlegen. Übergreifend ist die grundsätzliche Idee eines sinnvollen Kontrollsystems im Zusammenspiel mit Transparenz als ein System von „Checks & Balances“ zur Einschränkung opportunistischen Verhaltens einzuordnen.

#### 2.3.1.3 Ausblick: weitere Fragestellungen

Bei den Überlegungen in den vorigen Abschnitten wurde von verschiedenen denkbaren Konstellationen hinsichtlich des Umfangs der Programmebene, die das Design der institutionellen Rahmenbedingungen beeinflussen und besondere Herausforderungen daran stellen können, abstrahiert. Grundlegend ist davon auszugehen, dass eine Programmebene je nach Konstellation folgende Bereiche in unterschiedlichem Ausmaß umfassen bzw. auf diese (ein-)wirken kann: Sektoren, Akteure bzw. öffentliche Auftraggeber und staatliche Gliederungsebenen. Eine Konstellation beschreibt eine bestimmte Zusammensetzung dieser Wirkungsbereiche, z.B. stellt ein Sektor mit nur einem öffentlichen

---

[83] Vgl. z.B. BOVENS (2005, S. 192 ff.) und HEALD (2006b, S. 63 ff.). Ein umfassender Überblick über die häufig mit Transparenz assoziierten Vorteile findet sich ferner auch in FENSTER (2006, S. 899-902), wobei hier letztlich eine eher kritische bzw. skeptische Position gegenüber Transparenz und den (angeblich) mit ihr verbundenen Vorteilen eingenommen wird.

[84] In diesem Zusammenhang sind z.B. die Rechnungshöfe in Deutschland zu nennen, denen umfangreiche Prüfungsrechte zustehen. Vgl. KRUMM (2013, S. 404 f.).

Auftraggeber auf einer einzigen (zentralen) Ebene eine mögliche Konstellation dar.[85] Die Zusammensetzung determiniert hauptsächlich die Größe bzw. den Umfang der Programmebene. Grundsätzlich ist eine Programmebene als größer einzustufen, desto mehr Sektoren, öffentliche Auftraggeber und / oder staatliche Ebenen sie umfasst. Im Rahmen dieser Arbeit sollen einige relevante Fragen aufgezeigt, jedoch nicht vertieft betrachtet werden,[86] um die Interdependenzen zwischen dem Design der institutionellen Rahmenbedingungen und möglichen Konstellationen mit Bezug zur Programmebene zu verdeutlichen:

- Bei einer nur eine (zentralen) Ebene umfassenden Programmebene geht es in erster Linie um die Einschränkung des opportunistischen Handlungsspielraums von Akteuren im öffentlichen Sektor in der Zukunft. Dieser Punkt zielt darauf ab, inwieweit sich Politik (und Verwaltung) auf dieser (zentralen) Ebene selbst binden können und damit einhergehend eine Flexibilitätsreduktion für aktuelle als auch kommende Legislaturperioden akzeptieren. Somit spielt in dieser Konstellation der Grad der politischen Selbstbindung beim Design der institutionellen Rahmenbedingungen eine entscheidende Rolle. Dieser hängt wiederum von diversen Faktoren ab wie bspw. der Höhe der Normebene, auf der die Regeln verankert werden.[87]
- Bei einer Programmebene, die mehrere staatliche Gliederungsebenen umfasst („Mehrebenensystem"), stellen sich insbesondere Fragen im Hinblick auf die vertikale Zuordnung von Zuständigkeiten. Es also vor allem zu klären, wer Regeln für welche Ebene festsetzen darf und wie deren Einhaltung kontrolliert wird. In einer solchen Konstellation besteht ein zentrales Ziel darin, die Regeln auf den übergeordneten Ebenen so auszugestalten, dass opportunistischem Verhalten von verantwortlichen Akteuren der öffentlichen Hand auf den untergeordneten Ebenen entgegengewirkt bzw. ein solches Verhalten sogar gänzlich vermieden wird. In diesem Kontext gibt es viele Herausforderungen, wobei hier nur kurz einige wichtige Punkte angesprochen werden sollen: So steht der Regeldesigner auf der zentralen Ebene vor der schwierigen Aufgabe, die oftmals große Heterogenität auf dezentraler Ebene angemessen zu berücksichtigen. Eine weitere anspruchsvolle Anforderung an das Regeldesign besteht darin, trotz der meist vorhandenen Informationsasymmetrien (zuungunsten der übergeordneten Ebene) eine effektive Kontrolle der Einhaltung der etablierten Regeln zu gewährleisten.
- Bei einer mehrere Sektoren umfassenden Programmebene liegt eine entscheidende Frage darin, inwieweit Regeln sektorspezifisch oder allgemein, d.h. sektorübergreifend, ausgestaltet werden sollten. Dieser Punkt ist wichtig, weil durch eine Differenzierung nach bestimmten Sektoren deren spezifische Eigenschaften und (technischen) Rahmenbedingungen zielgenauer

[85] Der Bundeshochbau ist bspw. dieser Konstellation zuzuordnen. Ein weiteres, spezielles Beispiel für diese Konstellation stellt das Lkw-Mauterhebungssystem Toll Collect in Deutschland dar, bei dem die Programm- und Projektebene mehr oder weniger zusammenfällt.

[86] Vertiefte Überlegungen zu dieser Thematik würden den Rahmen dieser Arbeit übersteigen und bilden zudem auch nicht den Fokus dieses Unterkapitels 2.3, da hier spezifische Fragen zu Beschaffungsvarianten im Mittelpunkt stehen.

[87] Vgl. hierzu auch vertiefend KLATT (2011, S. 70 ff.).

berücksichtigt werden können, was unter anderem bessere „Schutzmechanismen“ vor Opportunismus ermöglicht. Aus (institutionen-)ökonomischer Sicht stellt sich somit die Frage nach dem (optimalen) Grad der Regeldifferenzierung, bei der verschiedene Faktoren zu bedenken sind. An dieser Stelle soll lediglich ein wichtiger Faktor angedeutet werden, während die grundlegende Frage der Regeldifferenzierung in Unterkapitel 7.2 dann grundsätzlicher und eingehender analysiert wird.[88] Einen wichtigen Faktor stellt die Kontrahierbarkeit der Schnittstellen zwischen den Sektoren dar, also inwieweit verschiedene Sektoren sinnvoll voneinander abgegrenzt werden können.

### 2.3.2 Wissensmanagement zur Steigerung der Effizienz im öffentlichen Procurement

Neben den institutionellen Rahmenbedingungen kann das Wissensmanagement als zweite Säule der Ausgestaltung der Programmebene gesehen werden, wobei sich – übergreifend betrachtet – die ökonomische Rationalität des Wissensmanagements aus zwei zentralen Punkten ergibt:[89] Erstens können beim Aufbau und bei der Anwendung von Wissen auf der Programmebene über verschiedene öffentliche Auftraggeber und Projekte hinweg Skaleneffekte erzeugt werden. Zweitens kann durch die zentrale Bereitstellung von Wissensgütern eine gewisse Standardisierung erreicht werden, welche die Generierung von (indirekten) Netzwerkeffekten ermöglicht und durch die erhöhte Nachvollziehbarkeit von Standards das Potential opportunistischen Handelns einschränken kann. Darüber hinaus können im Rahmen eines zentralen Wissensmanagements generierte Standards zu einer erheblichen Reduktion von Transaktionskosten führen. Bei der Ausgestaltung des Wissensmanagements auf der Programmebene geht es im Wesentlichen um den Aufbau und die Zurverfügungstellung von implizitem Know-how / Wissen (auch als „Expertise“ bezeichnet) sowie explizitem oder auch kodifiziertem Know-how / Wissen.[90, 91] Im Endeffekt besteht das Ziel von Wissensmanagement in der Steigerung der Effizienz im öffentlichen Procurement, was zu einer kosteneffizienteren Realisierung von Infrastrukturprojekten beiträgt.

#### 2.3.2.1 Die besondere Bedeutung von implizitem Wissen im Kontext des Wissensmanagements

Im Rahmen des Wissensmanagements kann das implizite Wissen hauptsächlich drei Funktionen erfüllen:[92] So kann die Expertise auf der Programmebene für die Vorbereitung und Umsetzung von Projekten mit dem Ziel eingesetzt werden, eine effiziente Projektauswahl und -ausgestaltung auf der Projektebene zu unterstützen („Unterstützungsfunktion“). Des Weiteren ist vorstellbar, dass implizites

---

[88] Vgl. hierzu KERBER (2008), der die Frage der Regeldifferenzierung in einem anderen Anwendungskontext (nämlich dem Wettbewerbs- und Kartellrecht) betrachtet.

[89] Vgl. hierzu auch BECKERS ET AL. (2014b, S. 200).

[90] Vgl. LENK / WENGELOWSKI (2004) im Allgemeinen und RÖBER / REDLICH / LÜCK (2016) im Speziellen für ÖPP-Wissensmanagements-Organisationen.

[91] Die Finanzierung des Wissensmanagements stellt eine weitere Ausgestaltungsfrage dar, die in dieser Arbeit wegen der Fokussierung auf Wissensaspekte nicht betrachtet wird.

[92] Diese Funktionen korrespondieren in gewisser Weise mit den vom European PPP Expertise Centre (EPEC) identifizierten Hauptaufgabenfeldern der in einigen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EU) eigens geschaffenen ÖPP-spezifischen Wissensmanagement-Organisationen. Vgl. EPEC (2014, S. 24-40).

Wissen auf der Programmebene in bestimmten Fällen für die Prüfung und Bewertung von Projekten verwendet wird. Damit soll erreicht werden, dass ineffiziente Projekte nicht realisiert werden, deren Auswahl und Gestaltung offensichtlich von Fehlanreizen beeinflusst wurde („Kontrollfunktion"). Hier ist zu berücksichtigen, dass bei der Ausübung dieser Aufgabe Interessenskonflikte mit der zuvor genannten Unterstützungsfunktion bestehen können.[93] Als dritte und mithin bedeutsamste Funktion ist die Nutzung des impliziten Wissens für die aufwendige Transformation von implizitem in explizites bzw. kodifiziertes Wissen zu sehen („Transformationsfunktion"), was insbesondere die Entwicklung und Zurverfügungstellung von Standards (wie z.B. Musterverträgen) und Methoden (wie z.B. der WU-Methodik) umfasst. Dabei ist zu beachten, dass Standards allgemein auch nach ihrem Verbindlichkeitsgrad differenziert werden können und verbindliche Standards durchaus eine Überschneidung mit dem institutionellen Regelrahmen aufweisen. Hinsichtlich der Methoden ist darauf hinzuweisen, dass deren Verbesserung sowie möglichst breite Diffusion dieses Wissens zur Reduktion opportunistischer Gestaltungsspielräume beitragen und somit die Wirkung von Fehlanreizen begrenzen kann. Letztendlich stellt die Transformationsfunktion einen essentiellen Teil des Wissensmanagements dar und dient als Schnittstelle zur Bereitstellung von expliziten Wissensgütern. Zu den expliziten Wissensgütern gehören neben den wichtigen Standards und Methoden auch Daten und Informationen (wie bspw. Kostendaten der Projekte, Kostenkennwerte, Marktberichte etc.), die gesammelt, aufbereitet und bereitgestellt werden sollten.

Übergreifend gesehen sollte auf der Programmebene vor allem darauf geachtet werden, dass die mit dem Wissensmanagement beauftragte (Verwaltungs-)Organisation dauerhaft auf eine ausreichende Ressourcenausstattung mit implizitem Wissen zurückgreifen kann.[94, 95] Denn das implizite Wissen ist notwendig, um einerseits die Unterstützungs- und Kontrollfunktionen erfüllen zu können, und bildet andererseits aber auch die entscheidende (Produktions-)Grundlage für die Erstellung von expliziten Wissensgütern im Rahmen der Transformationsfunktion.

Abschließend sei als ein kurzer Exkurs auf zwei andere Aspekte bei der Ausgestaltung einer Wissensmanagement-Organisation hingewiesen. Zum einen spielt das Anreizregime eine wichtige Rolle und insbesondere vor dem Hintergrund der schlechten Kontrahierbarkeit von Wissensmanagement-Aufgaben sollte in aller Regel ein sehr anreizschwaches Vergütungssystem etabliert werden.[96] Zum anderen ist bei der Ausgestaltung einer Wissensmanagement-Organisation auf

---

[93] Der Interessenkonflikt zwischen der Unterstützungs- und Kontrollfunktion liegt hauptsächlich darin, dass eine Wissensmanagement-Organisation kaum Anreize haben dürfte, die von ihr selbst unterstützten Projekte dann auch wirklich intensiv zu kontrollieren.

[94] Im Rahmen dieser Arbeit wird nicht die (Ausgestaltungs-)Frage untersucht, ob eine öffentliche oder private (ÖPP-)Wissensmanagement-Organisation sinnvoll(er) ist. Allerdings deuten theoretische Erkenntnisse auf die Vorteilhaftigkeit einer öffentlichen (ÖPP-)Wissensmanagement-Organisation hin; vgl. BECKERS ET AL. (2009). In europäischen Staaten sind die ÖPP-Wissensmanagement-Organisationen meist öffentliche Organisationen; vgl. EPEC (2014, S. 57). Im deutschen Hochbausektor wurde die anfänglich gemischt-wirtschaftliche ÖPP-Wissensmanagement-Organisation in eine rein öffentliche Wissensmanagement-Organisation umgewandelt; siehe dazu Abschnitt 3.2.3.1.

[95] Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird von einer einzigen (zentralen) Wissensmanagement-Organisation ausgegangen. Die Frage, ob ggf. auch mehrere, mit unterschiedlichen Aufgaben betrauten Wissensmanagement-Organisationen etabliert werden sollten, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht betrachtet.

[96] Vgl. BURGESS / RATTO (2003).

die Governance-Struktur zu achten, wobei in jedem Fall starke öffentlich-demokratische Kontrollmöglichkeiten sichergestellt werden sollten.[97] Insofern besteht hier eine Schnittstelle zu den Ausführungen in Abschnitt 2.3.1.2 zur Stärkung von Transparenz- und Kontrollsystemen.

#### 2.3.2.2 Die Frage nach der Rationalität von ÖPP-spezifischem Wissensmanagement

Die bisherigen Ausführungen in dieser Arbeit haben gezeigt, dass sich die Anwendung des ÖPP-Ansatzes vor allem in solchen Fällen eignet, in denen kein Input-Wissen und ausschließlich Output-Wissen aufseiten der öffentlichen Hand vorhanden ist. Vor diesem Hintergrund ist ein ÖPP-spezifisches Wissensmanagement auf der Programmebene als sinnvoll einzuschätzen, wenn bei den öffentlichen Auftraggebern bzw. auf der Projektebene kein Input-Wissen und allenfalls (in geringem Umfang) Output-Wissen verfügbar ist. Wenn die langfristige Bereitstellungsverantwortung bei der öffentlichen Hand liegt, dann sollte diese den Aufbau von Input-Wissen anstreben (z.B. auch durch in den ÖPP-Verträgen festgeschriebene Call-Optionen für die Übernahme von Input-Wissen).[98] Dies sollte bei den öffentlichen Auftraggebern im Zusammenspiel mit einem auf Input-Wissen fokussierten Wissensmanagement geschehen, sodass die Anwendung des KBV-Ansatzes möglich wird. Somit verliert das ÖPP-spezifische Wissensmanagement mit der Zeit mehr oder weniger jedoch seine Rationalität und kann vielmehr als eine Übergangslösung eingestuft werden. In vereinzelten Fällen könnte dennoch aus anderen Gründen (z.B. wegen des in Abschnitt 2.2.1.3 erwähnten indirekten Wettbewerbsdrucks) ein Vorhaben mit dem ÖPP-Ansatz realisiert werden, sodass ggf. auch die Aufrechterhaltung eines ÖPP-spezifischen, auf Output-Wissen fokussierten Wissensmanagements in sehr geringem Umfang gerechtfertigt sein könnte.[99]

#### 2.3.2.3 Ausblick: weitere Fragestellungen

Wie bei den Ausführungen zu den institutionellen Rahmenbedingungen sind verschiedene denkbare Konstellationen hinsichtlich des Umfangs der Programmebene bei der Analyse der Ausgestaltung des Wissensmanagements zunächst unberücksichtigt geblieben. In diesem Abschnitt sollen zwei Aspekte beispielhaft erörtert werden, um die möglichen Zusammenhänge zwischen der Organisation des Wissensmanagements und unterschiedlichen Konstellationen auf der Programmebene aufzuzeigen, ohne diese hier jedoch zu vertiefen.

Bei einer Programmebene, die ein Mehrebenensystem mit vielen öffentlichen Auftraggebern auf den verschiedenen staatlichen Ebenen umfasst, stellt sich insbesondere die Frage, wie die Koordination bei der Generierung, Bereitstellung und Finanzierung von Wissensgütern erfolgt.[100] Grundsätzlich dürfte

---

[97] Vgl. EPEC (2014, S. 69) für Aspekte der Governance-Struktur bei ÖPP-Wissensmanagement-Organisationen.

[98] Siehe hierzu auch Abschnitt 2.2.3.1.4.

[99] An dieser Stelle sei angemerkt, dass sich die Ausführungen in diesem Abschnitt recht stark auf ein Wissensmanagement hinsichtlich Input- und Output-Wissen konzentrieren. Sollten trotz des vorhandenen Input-Wissens – aus welchen Gründen auch immer – Vorhaben nach dem ÖPP-Ansatz realisiert werden, dann könnte ein ÖPP-spezifisches Wissensmanagement auch deshalb eine gewisse Rationalität aufweisen, weil die rechtliche, technische und wirtschaftliche Komplexität von ÖPP-Projekten und -Verträgen sowie weitere Herausforderungen wie bspw. die Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei den öffentlichen Auftraggebern diesbezüglich einen großen Unterstützungs- und Beratungsbedarf hervorrufen.

[100] RÖBER / REDLICH / LÜCK (2016, S. 172-177) zeigen, dass das ÖPP-Wissensmanagement im deutschen föderalen System auf viele verschiedene Organisationen und auch in unterschiedlicher Weise verteilt ist, sodass in Deutschland von keinem zentralen Wissensmanagement gesprochen werden kann.

das Design und die Implementierung bzw. Koordination eines (zentralen) Wissensmanagements mit größeren Herausforderungen einhergehen, desto heterogener die öffentlichen Auftraggeber sind. Eine weitere zu klärende Frage in diesem Kontext ist, ob die Nutzung bestimmter Angebote im Rahmen des Wissensmanagements (wie etwa Musterverträge oder eine WU-Methodik) seitens der öffentlichen Auftraggeber auf Freiwilligkeit beruht oder verpflichtende Vorgaben bestehen sollten. Schließlich ist davon auszugehen, dass insbesondere in einem Mehrebenensystem mit vielen verschiedenen dezentralen Akteuren dem Wissensmanagement eine besonders große Bedeutung beizumessen ist, weil die (Aus-)Nutzung der Skalen- und Netzwerkeffekte ein beachtliches Potential aufweist.

Analog zum Design der institutionellen Rahmenbedingungen stellt sich bei einer mehrere Sektoren umfassenden Programmebene die entscheidende Frage, in welchem Ausmaß das Wissensmanagement sektorspezifisch oder -übergreifend ausgestaltet werden sollte. Im Prinzip sind diesbezüglich ähnliche Aspekte zu berücksichtigen wie bei der Frage nach sektorspezifischen oder -übergreifenden Regeln in Abschnitt 2.3.1.3, sodass an dieser Stelle nicht näher darauf eingegangen wird.

### 2.3.3 Fazit

Bei der Ausgestaltung der Programmebene für das öffentliche Procurement sind die institutionellen Rahmenbedingungen und das Wissensmanagement als zwei zentrale Bereiche einzuordnen. Die institutionellen Rahmenbedingungen zielen auf eine Reduktion von Opportunismuspotentialen und Fehlanreizen bei im Beschaffungsprozess involvierten Akteuren im öffentlichen Sektor ab. Zur Eindämmung des Fehlanreizes zur Vorfinanzierung, der politökonomisch zu erklären und einer an der Kosteneffizienz orientierten Beschaffungsvariantenauswahl nicht zuträglich ist, sind auf der Programmebene entsprechende Regeln aufzustellen. Im Kern bezwecken solche Regeln, dass das vom Auftragnehmer bereitgestellte private Kapital bei ÖPP-Projekten, welches zur Investitionsfinanzierung dient, wie bei einer Fremdkapitalaufnahme durch die öffentliche Hand im Rahmen der KBV bei der Staatsverschuldung bzw. im Kontext von Schuldenbremsen angerechnet wird. Unter besonderer Berücksichtigung von Wissensaspekten ist im Zuge der Regelanwendung die hohe Relevanz von (Input-)Wissen für die Berechnung der Höhe des privaten Kapitals zu betonen. Des Weiteren spielen im Hinblick auf die institutionellen Rahmenbedingungen Kontrollsysteme und die in den Teilen B und C im Fokus stehende Transparenz im öffentlichen Sektor eine wichtige Rolle, um Fehlanreize und opportunistisches Verhalten zu vermeiden.

Beim Wissensmanagement steht primär die Steigerung der Effizienz im öffentlichen Beschaffungswesen im Fokus. Darüber hinaus können Wissensmanagement-Aktivitäten auf der Programmebene auch zur Reduktion von Opportunismuspotentialen beitragen, was letztendlich mittelbar ebenfalls zu einer Effizienzsteigerung im öffentlichen Beschaffungswesen beitragen kann. Beim Wissensmanagement ist auf die zentrale Bedeutung von implizitem (Input-)Wissen zur Erfüllung der verschiedenen Funktionen in diesem Bereich (insbesondere die Transformations-, die Unterstützungs- und die Kontrollfunktion) hinzuweisen.

Insgesamt besteht zudem eine hohe Rationalität für beschaffungsvariantenübergreifende Regeln und Wissensmanagement-Maßnahmen, d.h. Investitionen in ÖPP-spezifische Aktivitäten in diesen

Bereichen sind in aller Regel nicht als sinnvoll zu erachten.[101] Schließlich sollten bei der Ausgestaltung der beiden zentralen Bereiche, den institutionellen Rahmenbedingungen und dem Wissensmanagement, die jeweiligen Eigenschaften bzw. der Umfang der Programmebene (also Anzahl und Struktur der staatlichen Ebenen, der öffentlichen Auftraggeber, der Sektoren etc.) berücksichtigt werden.

## 2.4 Fazit

Durch die allgemeine Analyse der Eignung des ÖPP-Ansatzes ohne konkreten Sektorbezug in Kapitel 2 wurden verschiedene Erkenntnisse generiert. Die vorgenommene Systematisierung ermöglicht eine trennscharfe Einordnung von potentiellen Effekten bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes. So hat die Anwendung des ÖPP-Ansatzes bspw. einen Effekt auf die Kosteneffizienz eines Projektes, die bei der Wahl einer Beschaffungsvariante in der Regel das Bewertungskriterium mit der höchsten Bedeutung darstellen sollte. Eine pauschale Beurteilung der Kosteneffizienz des ÖPP-Ansatzes im Vergleich zum KBV-Ansatz ist nicht unbedingt möglich, sondern es kommt auf den Sektor bzw. den Einzelfall an. In vielen Sektoren dürfte es oftmals nicht der Fall sein, dass ein privates Kapital bereitstellender ÖPP-Auftragnehmer die deutlich höheren Kapitalkosten gegenüber dem KBV-Ansatz durch effizienzsteigernde wertschöpfungsstufenübergreifende Optimierungen im realwirtschaftlichen Bereich überhaupt kompensieren kann. Die erhöhten Kapitalkosten bei ÖPP-Vorhaben sind dabei nicht nur durch die umfangreichere Risikoübertragung, sondern insbesondere auch durch vertragliche (und insofern institutionelle) Risiken bedingt.

Als zentrale Erkenntnis ist zudem die besondere Bedeutung von (Input- und Output-)Wissen für die Anwendung des ÖPP- bzw. KBV-Ansatzes zu betonen. Falls Input-Wissen aufseiten der öffentlichen Hand vorhanden ist, dann sollte die Beschaffung mit dem KBV-Ansatz erfolgen. Für den Fall, dass zwar grundsätzlich das Input-Wissen bei der öffentlichen Hand vorhanden ist, aber die Bauverwaltungen nicht (mehr) mit ausreichend Personal bzw. Input-Wissen ausgestattet sind, können folgende Empfehlungen abgegeben werden: Als Zwischenlösung könnte der Einbezug externer technischer Berater, die über das notwendige Input-Wissen verfügen, für die Anwendung des KBV-Ansatzes dienen. Eine auf Dauer tragfähige Lösung stellt neben dem (Wieder-)Aufbau des fehlenden Input-Wissens in den Bauverwaltungen auch die Etablierung bzw. Verbesserung eines entsprechenden Wissensmanagements auf Programmebene dar. Wenn die öffentliche Hand ausschließlich über Output-Wissen verfügt (und kein Input-Wissen über technische Berater einbeziehen kann), dann ist der ÖPP-Ansatz grundsätzlich alternativlos. Sollte die langfristige Bereitstellungsverantwortung bei der öffentlichen Hand liegen, ist der Aufbau von Input-Wissen zu empfehlen (z.B. unter anderem mit in den ÖPP-Verträgen festgeschriebenen Call-Optionen zur Übernahme von Input-Wissen). Schließlich besteht eine Empfehlung hinsichtlich des Wissensmanagements darin, dass grundsätzlich eine beschaffungsvariantenunabhängige bzw. -neutrale Wissensmanagement-Organisation etabliert werden sollte, d.h. für ein ausschließlich ÖPP-spezifisches Wissensmanagement gibt es keine Rationalität.

[101] In Ansätzen findet sich diese Aussage für eine beschaffungsvariantenübergreifende Wissensmanagement-Maßnahmen auch in RÖBER / REDLICH / LÜCK (2016, S. 183).

Bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes sind politökonomisch erklärbare Fehlanreize zu beachten. Insbesondere betrifft dies die Vorfinanzierung bzw. den Vorzieheffekt, bei der mit dem einbezogenen privaten Kapital in ÖPP-Projekten die Umgehung von Schuldenregeln möglich ist. Somit können Investitionen in die Infrastruktur deutlich früher umgesetzt werden als mit der KBV, weshalb der ÖPP-Ansatz politisch äußerst attraktiv ist. Dieser politökonomisch erklärbare Fehlanreiz kann dazu führen, dass die Kosteneffizienz als entscheidendes Bewertungskriterium bei der Beschaffungsvariantenauswahl nicht adäquat berücksichtigt und die Entscheidung zugunsten des ÖPP-Ansatzes verzerrt wird. Zur Reduktion des Vorfinanzierungsfehlanreizes ist als Maßnahme auf der Programmebene die Etablierung einer übergeordneten Regel zu empfehlen, welche in Bezug auf die Schuldenregeln eine Anrechnung des in ÖPP-Projekten einbezogenen privaten Kapitals vorsieht. Die Ermittlung des privaten Kapitalanteils bei der Anwendung einer solchen Regel setzt allerdings das notwendige Input-Wissen voraus. Neben dem Vorfinanzierungsfehlanreiz sollten allgemein opportunistische Entscheidungs- und Handlungsspielräume von Akteuren im öffentlichen Sektor bei der Projektgestaltung als auch insbesondere bei der Beschaffungsvariantenauswahl reduziert werden. Auf Programmebene sind diesbezüglich vor allem die Stärkung von Kontrollinstanzen (z.B. Rechnungshöfe) und die Verbesserung von Transparenz (bspw. Informationsfreiheitsgesetze) im öffentlichen Sektor im Sinne eines angemessenen Systems von „Checks & Balances“ zu empfehlen. Ein gut aufgestelltes Wissensmanagement auf der Programmebene kann ebenfalls zur Reduktion von Opportunismuspotentialen und Fehlanreizen beitragen. Schließlich ist für das Funktionieren der institutionellen Rahmenbedingungen und des Wissensmanagements eine enge Verzahnung zwischen der Programm- und Projektebene zu empfehlen (z.B. in Form von strukturierten wechselseitigen Rückkopplungsmechanismen).

# 3 Analyse der Eignung des ÖPP-Ansatzes im Fernstraßen- und Hochbausektor in Deutschland

In diesem Kapitel werden die grundlegenden und überwiegend abstrakten Überlegungen aus dem vorangegangenen Kapitel auf zwei konkrete Sektoren angewandt, um Aussagen über die Eignung des ÖPP-Ansatzes in diesen Bereichen abzuleiten. Zunächst wird auf Fernstraßen eingegangen (Unterkapitel 3.1) und anschließend wird der Hochbau betrachtet (Unterkapitel 3.2). Die Untersuchung der beiden Sektoren bezieht sich dabei schwerpunktmäßig auf die Bundesebene in Deutschland, wobei im Hochbau für ein aussagekräftigeres Bild auch die Länder- und Kommunalebene zum Teil berücksichtigt werden. Das Vorgehen in den beiden Unterkapiteln ist identisch.[102] So wird als Einstieg jeweils ein Überblick über die bisherige Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesfernstraßen bzw. dem (Bundes-)Hochbau gegeben. Im Anschluss wird der Frage nachgegangen, inwieweit sich der ÖPP-Ansatz unter Berücksichtigung der Sektoreigenschaften und mit besonderem Blick auf die Kosteneffizienz in diesen beiden Bereichen eignet. Abschließend wird eine kritische Einordnung der Anwendung des ÖPP-Ansatzes im deutschen Fernstraßen- und Hochbausektor vorgenommen.

## 3.1 ÖPP bei den Bundesfernstraßen

### 3.1.1 Einleitende Vorbemerkung zu den Bundesfernstraßen

Das gesamte Bundesfernstraßennetz umfasst ca. 13.000 km Bundesautobahnen und rund 38.100 km Bundesstraßen.[103] Vor allem die Bundesautobahnen haben eine große volkswirtschaftliche Bedeutung für den überregionalen motorisierten Individualverkehr und insbesondere für den Gütertransport. Die Verwaltung der Bundesfernstraßen erfolgt bisher im sogenannten System der Auftragsverwaltung, bei der die Bereitstellungs- und Finanzierungsverantwortung beim Bund liegt und die Länder im Auftrag des Bundes für Planung, Bau, Betrieb und Erhalt verantwortlich sind. Im Rahmen der Leistungserstellung haben die Straßenbauverwaltungen der Länder traditionell auf den KBV-Ansatz zurückgegriffen, wobei in der jüngeren Vergangenheit zunehmend der ÖPP-Ansatz zur Anwendung kommt. Im Jahr 2017 wurde eine umfassende Reform der Bundesfernstraßenverwaltung verabschiedet, die im Kern eine nun ausschließlich zentral beim Bund verortete vollumfängliche Verantwortung für die Bundesautobahnen vorsieht. Für die Erledigung der damit einhergehenden Aufgaben (Planung, Bau usw.) wird eine im unveräußerlichen Eigentum des Bundes stehende Infrastrukturgesellschaft („Autobahngesellschaft“) in privater Rechtsform gegründet, die spätestens zum Jahresbeginn 2021 aktiv werden soll. Bei den Bundesstraßen bleibt hingegen das System der Auftragsverwaltung bestehen, sofern die Länder ihre Option zur Abgabe der Bundesstraßen an den Bund bis Ende 2018 nicht nutzen.[104] Die folgenden

[102] Im Unterkapitel 3.1 wird aufgrund einer Reform im Bereich der Bundesfernstraßen mit einer einleitenden Vorbemerkung vom Vorgehen abgewichen.

[103] Vgl. BMVI (2017, S. 101). Die Angaben beziehen sich dabei auf den aktuellen Stand für das Jahr 2016.

[104] Vgl. für die Reform der Bundesfernstraßenverwaltung die Änderung von Art. 90 Grundgesetz (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g)) und das dazugehörige Begleitgesetz (Gesetz zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften) sowie z.B. BECKERS / HERMES / WEIß (2017), die insbesondere auch auf Privatisierungsschranken als eine zentrale Ausgestaltungsfrage im Rahmen der Gründung der Autobahngesellschaft eingehen.

Ausführungen basieren aber auf dem vor der Reform bestehenden System, weil die Autobahngesellschaft noch nicht implementiert ist und derzeit deren Performance nicht beurteil werden kann.

### 3.1.2 Überblick über die ÖPP-Projekte und -Modelltypen bei den Bundesfernstraßen

In diesem Abschnitt wird ein Überblick über die bislang bei den Bundesfernstraßen in Deutschland realisierten ÖPP-Projekte und die dabei angewandten Modelltypen gegeben.[105] Die ersten vier ÖPP-(Pilot-)Projekte im Bereich der Bundesautobahnen wurden seit Mitte der 2000er Jahre im Rahmen der ersten Staffel mit dem sogenannten A-Modell (Ausbaumodell) umgesetzt. Beim A-Modell wurden die Wertschöpfungsstufen Bau, Betrieb und Erhalt gebündelt in einem langfristigen Vertrag über 30 Jahre an einen privaten Auftragnehmer bzw. an ein Konsortium vergeben, dem auch die zentralen Kostenrisiken übertragen wurden. Zur Finanzierung der Investitionen musste von den privaten Auftragnehmern in hohem Maße privates Kapital bereitgestellt werden. Als Vergütung erhalten sie im Gegenzug die auf der jeweiligen Vertragsstrecke von Toll Collect erhobenen und an sie weitergeleiteten Lkw-Mauteinnahmen („Schattenmautmodell“) sowie eine meist geringe Anschubfinanzierung vom Bund.[106] Folglich tragen die privaten Betreiber das Verkehrsmengen- bzw. Mauteinnahmerisiko inklusive des Flottenmixrisikos[107]. Der Anwendungsbereich bei den ersten vier Projekten lag auf dem Ausbau bestehender Autobahnabschnitte von vier auf sechs Fahrstreifen, wobei das Vorhaben „A 4 Umfahrung Hörselberge“ auch Rück- und Neubau umfasste. Das erste Projekt „A 8 Ulm – Augsburg“ der zweiten ÖPP-Staffel ist ebenso dem A-Modell-Ansatz zuzuordnen, wobei die Vergütungsform geringfügig modifiziert wurde: die Vergütung des privaten Auftragnehmers läuft über einen im Vergabeverfahren ermittelten Einheitsmautsatz (Euro / km je Lkw, unabhängig von der Art des Lkw). Bei diesem sogenannten „Einheitsmautmodell“ trägt der private Auftragnehmer zwar grundsätzlich weiterhin das Verkehrsmengen- bzw. Mauteinnahmerisiko, ist jedoch gegen das Flottenmixrisiko geschützt, welches nun aufseiten der öffentlichen Hand liegt.[108]

Nach den fünf A-Modell-Projekten hat das Bundesverkehrsministerium eine Abkehr von der verkehrsmengenbasierten Vergütung bei den ÖPP-Projekten auf den Bundesautobahnen vorgenommen, was sich vermutlich insbesondere anhand folgender drei Punkte erklären lässt: Erstens könnte sich die grundlegende (institutionen-)ökonomische Erkenntnis durchgesetzt haben, dass die Übertragung des nahezu nicht beeinflussbaren Verkehrsmengen- bzw. Mauteinnahmerisikos an private Auftragnehmer kaum positive Anreizeffekte bewirkt, sondern vor allem zu Risikoaufschlägen und damit

---

[105] Die sogenannten Funktionsbauverträge, die als eine Art „ÖPP light“ bezeichnet werden können, werden hier nicht betrachtet. Das auf dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz basierende Betreibermodell, das sogenannte F-Modell, wird ebenfalls nicht behandelt. Für eine umfassende ökonomische Analyse des F-Modells, des A-Modells sowie des Funktionsbauvertrags siehe BECKERS (2005).

[106] Mittlerweile wurden zwei A-Modell-Projekte aus der ersten Staffel (A 4 Umfahrung Hörselberge und A 5 Malsch – Offenburg) im Rahmen von Nachverhandlungen in ein Einheitsmautmodell umgewandelt. Vgl. HHA-DRS. 4491 (2017, S. 5 f.).

[107] Das Flottenmixrisiko betrifft Änderungen bei der Vergütung aufgrund von Veränderungen bei der Zusammensetzung der Lkw-Flotten hinsichtlich Anzahl der Achsen und Schadstoffklasse, weil die Lkw-Mauttarife bezüglich dieser beiden Kriterien differenziert werden.

[108] Vgl. für diesen Absatz auch BMVBS (2011, S. 18 f. und S. 21-24) und BWV (2009, S. 9 f.).

letztendlich zu erhöhten Kapitalkosten führt. Zweitens könnten die Erfahrungen mit dem Einbruch der Verkehrsmengen im Zuge der Weltwirtschaftskrise 2008 / 2009 und den damit einhergehenden Nachverhandlungen mit den privaten Auftragnehmern eine (allerdings zu erwartende) Schwäche dieses Vergütungsmodells deutlich offenbart haben.[109] Drittens könnte das Bundesverkehrsministerium zu der Einsicht gelangt sein, dass die gewünschten Verfügbarkeitsanreize, die einer Übertragung des Verkehrsmengenrisikos zugrunde liegen, mit einer Vergütung, die direkt an Verfügbarkeitskennwerte der Vertragsstrecke geknüpft ist, zielgenauer gesetzt werden können.

Daher werden nach derzeitigem Kenntnisstand die restlichen Projekte der zweiten Staffel und auch die Projekte der neuen, vom Bundesverkehrsministerium im April / Mai 2015 als „Neue Generation von ÖPP im Bundesfernstraßenbereich" angekündigten dritten Staffel (bis auf zwei Ausnahmen[110]) mit dem sogenannten V-Modell (Verfügbarkeitsmodell) umgesetzt. Der entscheidende (vertragliche) Unterschied des V-Modells zum A-Modell besteht darin, dass sich die Vergütung nicht mehr an der Verkehrsmenge auf dem Streckenabschnitt, sondern an der Verfügbarkeit der Strecke orientiert, was erstmalig beim Projekt „A 9 Autobahnkreuz Hermsdorf – Schleiz" der zweiten Staffel angewandt wurde. Es sei darauf hingewiesen, dass sich die Projektzusammensetzung der zweiten Staffel über die Zeit geändert hat und sich nun hinsichtlich der Umsetzung auch zeitlich mit der dritten Staffel überschneidet, denn der Start des ÖPP-Vergabeverfahrens bzw. der Zuschlag des ersten Projektes der dritten Staffel (A 10 / A 24 Neuruppin (A 24) – Autobahndreieck Pankow) fand Ende Juni 2015 bzw. Dezember 2017 statt, obwohl einige Vorhaben der zweiten Staffel zurzeit noch in Planung sind und ihre Vergabeverfahren dementsprechend noch nicht begonnen wurden. Eine weitere wesentliche Änderung gegenüber den fünf A-Modell-Projekten liegt bei den Projekten der zweiten und dritten ÖPP-Staffel in der Ausweitung des Anwendungsbereichs. So sind zwar weiterhin Ausbaumaßnahmen auf besonders belasteten Bundesautobahnen vorgesehen, allerdings sollen nun auch reine Erhaltungs- und Neubauprojekte sowie erstmalig Vorhaben auf Bundesstraßen mit dem V-Modell-Ansatz realisiert werden. Darüber hinaus beabsichtigt das Bundesverkehrsministerium im Rahmen der dritten Staffel die Möglichkeit der Einbindung institutioneller Investoren durch die privaten ÖPP-Auftragnehmer (weiter) zu verbessern, was insbesondere auch durch die Nutzung spezieller Finanzierungsinstrumente wie Projektanleihen geschehen soll. In dieser Hinsicht ist allerdings bereits das Ausbauvorhaben „A 7 Bordesholm – Hamburg-Nordwest" aus der zweiten Staffel als Pilotprojekt einzuordnen, weil dort zum ersten Mal das Instrument der Projektanleihe zum Einsatz gekommen ist.[111]

Abschließend soll eine kurze Gesamteinordnung der einzelnen Staffelprogramme und des kompletten „ÖPP-Bundesautobahnenprogramms" im Verhältnis zum ca. 13.000 km langen Netz der

---

[109] Diese beiden Punkte dürften zudem dazu geführt haben, dass auch seitens der potentiellen Bieter kein großes Interesse mehr am A-Modell bestand, weil sie nicht bereit waren, das Verkehrsmengenrisiko weiterhin zu tragen.

[110] Die beiden Neubauprojekte „A 26 Hamburg (A 1) – Rübke" und „Elbquerung im Zuge der A 20 bei Glückstadt" sind derzeit als F-Modell vorgesehen. Das F-Modell folgt grundsätzlich auch dem ÖPP-Ansatz, wobei der private Betreiber zur Refinanzierung das Recht erhält, auf dem jeweiligen Streckenabschnitt von allen Nutzern eine Maut zu erheben. Der Anwendungsbereich des F-Modells ist dabei im Kern auf Punktinfrastrukturen wie Tunnel, Brücken usw. begrenzt. In dieser Arbeit wird das F-Modell, das in Deutschland bisher nur bei der Warnow-Querung in Rostock und der Trave-Querung in Lübeck zum Einsatz gekommen ist, wie bereits erwähnt, nicht weiter berücksichtigt.

[111] Vgl. für diesen Abschnitt im Wesentlichen auch BMVBS (2011, S. 19 und S. 26 ff.) und BMVI (2015b, S. 2-7).

Bundesautobahnen gegeben werden:[112] Die erste Staffel umfasst mit ihren vier Projekten rund 230 km Vertragsstrecke, wovon ca. 175 km von vier auf sechs Fahrstreifen mit einem Investitionsvolumen von in etwa 1,1 Mrd. Euro ausgebaut wurden. Der aus neun Projekten bestehenden zweiten Staffel können insgesamt ca. 540 km Vertragsstrecke mit einem geschätzten Investitionsvolumen von rund 3 Mrd. Euro zugeordnet werden. Die dritte Staffel mit ihren zehn geplanten Projekten soll nach derzeitigem Stand rund 600 km als Vertragsstrecke umfassen, wobei von einem Investitionsvolumen von etwa 7 Mrd. Euro und zudem ca. 7 Mrd. Euro für weitere Leistungsbestandteile dieser ÖPP-Projekte wie (anteilige) Finanzierung, Betrieb und Erhalt ausgegangen wird. Vor diesem Hintergrund dürfte der Anteil der 23 ÖPP-Projekte mit rund 1.370 km Vertragsstrecke am gesamten Netz der Bundesautobahnen – unter Berücksichtigung der zwei enthaltenden Bundesstraßenvorhaben – bei etwas mehr als 10 % liegen. Die Tabelle 1 auf der folgenden Querseite zeigt schließlich eine Übersicht der A- und V-Modell-Projekte aller drei Staffeln.

[112] Vgl. für die folgenden Daten BMVI (2015b, S. 3-7) sowie die Pressemitteilung „Bund startet Neue Generation von ÖPP-Projekten“ des BMVI vom 30.04.2015.

| Projektbezeichnung | Status | Art des Vorhabens | Betriebs-strecke [km] | (Aus-)Bau-strecke [km] | Investitions-volumen [Mio. EUR] | Projekt-/Konzessions-Volumen [Mio. EUR] | Vertragsmodell | Konzessions-/ Vertrags-beginn | Vertrags-laufzeit [Jahr] |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| ***1. Staffel*** | | | | | | | | | |
| A 8 Augsburg – München | Verkehrsfreigabe | Erweiterung, Sanierung | 53 | 37 | 290 | 840 | A-Modell (Mautweiterleitung) | 01.05.2007 | 30 |
| A 5 Baden-Baden – Offenburg | Verkehrsfreigabe | Erweiterung, Sanierung, Umbau | 60 | 41,5 | 350 | 1.000 | A-Modell (Mautweiterleitung) (umgestellt auf Einheitsmaut) | 01.04.2009 | 30 |
| A 1 Buchholz – Bremer Kreuz | Verkehrsfreigabe | Erweiterung, Sanierung | 65,5 | 72,5 | 650 | 1.000 | A-Modell (Mautweiterleitung) | 04.08.2008 | 30 |
| A 4 Waltershausen – Herleshausen ("Umfahrung Hörselberge") | Verkehrsfreigabe | Neubau | 44 | 24,5 +10 (Rückbau) | 300 | 670 | A-Modell (Mautweiterleitung) (umgestellt auf Einheitsmaut) | 16.10.2007 | 30 |
| ***2. Staffel*** | | | | | | | | | |
| A 7 Bordesholm – Hamburg-Nordwest | In Bau / In Betrieb | Erweiterung, Sanierung, Umbau | 59 | 65 | 340 | 1.500 | V-Modell | 01.09.2014 | 30 |
| A 8 Ulm – Augsburg-West | Verkehrsfreigabe | Erweiterung, Sanierung | 58 | 41 | 400 | 1.300 | A-Modell (Einheitsmaut) | 01.06.2011 | 30 |
| A 9 AK Hermsdorf – Schleiz | Verkehrsfreigabe | Erweiterung, Sanierung | 46,5 | 19 | 105 | 400 | (erstes) V-Modell | 01.10.2011 | 20 |
| A 7 Salzgitter – Drammetal | Vergabe erfolgt | Erweiterung, Sanierung | 60 | 29 | 450 | 1.000 | V-Modell | 01.05.2017 | 30 |
| A 6 Wiesloch-Rauenberg – Weinsberg | In Bau / In Betrieb | Erweiterung, Sanierung | 47 | 25,5 | 600 | 1.300 | V-Modell | 01.01.2017 | 30 |
| A 94 Forstinning – Marktl | In Bau / In Betrieb | Neubau | 77 | 33 | 500 | 1.100 | V-Modell | 01.02.2016 | 30 |
| A 1 / A 30 Lotte / Osnabrück – Münster | Planung | | 85 | | | | | | |
| A 44 Diemelstadt – Kassel-Süd | Planung | Erhaltung (Sanierung + Erhalt) | | | | | | | |
| A 61 Worms – Speyer | Planung | | | | | | | | |
| ***3. Staffel / „Neue Generation“*** | | | | | | | | | |
| A 6 Weinsberg – Feuchtwangen / Crailsheim | Planung | Erweiterung | | | | | | | |
| A 3 Biebelried – Fürth / Erlangen | Vergabeverfahren läuft | Erweiterung | 76 | 71 | | | V-Modell | Mai 2019 | 30 |
| A 8 Rosenheim – Landesgrenze BRD / Österreich | Planung | Erweiterung | | | | | | | |
| A 10 / A 24 Neuruppin (A 24) – AD Pankow | In Bau / In Betrieb | Erweiterung (A10) + grundhafte Erneuerung (A24) | 65 | | | 1.000 | V-Modell | 01.03.2018 | 30 |
| E 233 (B 402 / B 213 / B 72) (AS Meppen (A 31) – AS Cloppenburg (A 1)) | Planung | Erweiterung von 2 auf 4 Streifen | | | | | | | |
| A 26 Hamburg (A 1) – Rübke | Planung | Vierstreifiger Neubau (inkl. Hafenquerspange (Lückenschluss)) | | | | | als F-Modell vorgesehen | | |
| A 57 Köln / Nord – Moers | Planung | Erweiterung | | | | | | | |
| A 20 Elbquerung | Planung | Neubau | | | | | als F-Modell vorgesehen | | |
| B 247 Bad Langensalza – A 38 | Planung | Neubau (2- bis 4-streifig) | | | | | | | |

Anmerkungen: A 49 AS Fritzlar – Ohmtal-Dreieck: Staffelprojekt der „Neuen Generation“, aber nicht Teil der BMVI-Liste vom 26.05.2015. Ursprünglich als ÖPP-Projekte vorgesehen, nun nicht weiter als solches verfolgt: A 45 Landesgrenze NW – Gambacher Kreuz, A 60 Mainz Laubenheim – A 643 Mainz – Schierstein und A 4 Gotha – Landesgrenze Thüringen / Sachsen.

**Tabelle 1: Übersicht der ÖPP-Projekte bei den Bundesfernstraßen**

### 3.1.3 Eignung des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesfernstraßen

In diesem Abschnitt wird die Eignung des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesfernstraßen im Allgemeinen und bei verschiedenen Projekttypen (Neubau-, Erneuerungs-, Ausbau- sowie Sanierungsprojekte für Strecken, Ingenieurbauwerke und Netze) im Speziellen untersucht. Zunächst sollte in diesem Kontext bei der Beschreibung des Fernstraßensektors in Deutschland übergreifend vorweggestellt werden, dass das Input-Wissen in diesem Bereich sehr weit verbreitet ist (was sich u.a. in einem sehr hohen Kodifizierungsgrad hinsichtlich z.B. technischer Standards äußert), d.h. auch die relevanten Akteure im öffentlichen Sektor verfügen – trotz des zum Teil starken Personalabbaus in den Straßenbauverwaltungen – grundsätzlich über ausreichend Input-Wissen oder können dies ggf. relativ unproblematisch durch den Einbezug externer Experten (wie z.B. Ingenieurbüros) beschaffen. Im Übrigen ist aus diesem Grund vom Grundsatz her ein umfassendes Monitoring anstatt des umfangreichen Einbezugs privaten Kapitals zur Durchsetzung der vertraglichen Vereinbarungen als sinnvoll anzusehen.[113]

Die technisch-systemischen Eigenschaften der Bundesfernstraßen können als verhältnismäßig unkompliziert eingestuft werden, wobei Ingenieurbauwerke wie Brücken und Tunnel eine Ausnahme bilden.[114] Der Fernstraßensektor in Deutschland ist durch eine Vielzahl technischer Vorschriften sowie Vorgaben und damit einhergehend durch einen hohen Grad an Standardisierung gekennzeichnet, was relativ wenig Raum für (technische) Innovationen bietet.[115] Daher ist insgesamt von einer sehr geringen Dynamik (im Sinne eines technischen bzw. technologischen Fortschritts) in diesem Sektor auszugehen. Die Beschreib- und Messbarkeit (und in eingeschränktem Maße auch die Bewertbarkeit) der Angebotsqualität einer Fernstraßeninfrastruktur kann weitestgehend als sehr gut eingestuft werden.[116, 117] Dahingegen stellt die Ermittlung des Restwertes einer Fernstraßeninfrastruktur, d.h. insbesondere die Kontrahierbarkeit der Substanzqualität, ein großes Problem dar („Restwertproblematik"),[118] sodass die Setzung von Anreizen zur lebenszyklusübergreifenden Optimierung der Leistungserstellung kaum möglich ist.[119] Im Bereich der Fernstraßen drückt die Substanzqualität vereinfacht den Zustand unterhalb der Fahrbahnschichten aus.

Hinsichtlich der – am finanziellen Volumen gemessenen – Bedeutung der verschiedenen Wertschöpfungsstufen im Fernstraßenbereich sei angemerkt, dass das Investitionsvolumen (für Planung und Bau) die Folgekosten für Betrieb und Erhaltung bei einer ÖPP-typischen Vertragsdauer

---

[113] Vgl. hierzu die Ausführungen zu Projektkosten in Abschnitt 2.2.3.

[114] Vgl. BECKERS / KLATT / MAERSCHALK (2009, S. 51 f.).

[115] Vgl. z.B. speziell bezüglich Deutschland BWV (2009, S. 5) und allgemein ohne konkreten Bezug zu einem Land PERKINS (2013, S. 12 f.).

[116] Vgl. BECKERS / KLATT / MAERSCHALK (2009, S. 25 f.) und ENGEL / FISCHER / GALETOVIC (2014, S. 63).

[117] Als Indikatoren für die Angebotsqualität, die in dieser Arbeit allgemein als vom Nutzer der Infrastruktur wahrgenommene Qualität definiert ist, können im Kontext von Straßen vor allem der Zustand der Straßenoberfläche und auch die damit zum Teil zusammenhängende Verfügbarkeit der Straße angesehen werden. Vgl. KLATT (2011, S. 241).

[118] Vgl. BECKERS / KLATT / MAERSCHALK (2009, S. 26-30).

[119] Vgl. ALFEN / MAYRZEDT / TEGNER (2004, S. 46), BECKERS / KLATT / MAERSCHALK (2009, S. 47 ff.) sowie BWV (2009, S. 24).

von 30 Jahren deutlich übersteigt.[120, 121] Dieses hohe Verhältnis von Investitions- zu Folgekosten bei Fernstraßen birgt ein großes Opportunismuspotential zur Nutzung des Vorzieheffekts durch Vorfinanzierungsmodelle.

Vor dem Hintergrund der beschriebenen Eigenschaften von Straßeninfrastrukturen können einige Aussagen zur Eignung des ÖPP-Ansatzes im Bereich der Bundesfernstraßen abgeleitet werden. Dass das für die Umsetzung von Projekten im Fernstraßensektor benötigte Input-Wissen aufseiten der öffentlichen Hand vorhanden ist oder zumindest relativ problemlos über Ingenieurbüros einbezogen werden kann und sich die technische Komplexität in Grenzen hält, spricht zunächst grundsätzlich gegen die Anwendung des ÖPP-Ansatzes. ÖPP dürften wiederum dann am wenigsten problematisch sein und somit dem Ziel der Kosteneffizienz am ehesten nahekommen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Hohes Potenzial zur Optimierung der Lebenszykluskosten: Relativ (im Vergleich zu anderen Projekttypen) gesehen ist das Potenzial zur Optimierung der Lebenszykluskosten am höchsten, wenn es zu Projektbeginn einen hohen Investitionsanteil gibt.
- Gute Kontrahierbarkeit der Angebots- und Substanzqualität: Grundsätzlich kann bei Fernstraßen von einer relativ guten Beschreib- und Messbarkeit der Leistungserstellung im Hinblick auf die Angebotsqualität ausgegangen werden. Allerdings ist insbesondere die Substanz- bzw. Restwertproblematik zu beachten, welche ggf. eine (u.U. sehr deutliche) Abschwächung der vorstehenden Aussage erfordert.
- Geringe Umweltunsicherheit: Die geringe Dynamik im technischen-systemischen Bereich trägt grundsätzlich zu einer geringen Umweltunsicherheit bei. Im Vergleich zu anderen Projekttypen dürfte darüber hinaus eine besonders geringe Umweltunsicherheit (bzw. insbesondere Bestandsunsicherheit) bei Neubau-, Erneuerungs- oder Ausbauprojekten für einzelne Strecken gegeben sein.
- Geringe Probleme bei der Risikoübertragung: Es sollte ein geringes Ausmaß an (vom privaten Auftragnehmer) nicht beeinflussbarem Risiko vorliegen. Wenn solche Risiken jedoch bestehen, dann sollte es zumindest möglich sein, diese zu relativ geringen Transaktionskosten und bei geringen Anreizverlusten über vertragliche Regelungen an die öffentliche Hand zu übertragen.[122] In diesem Kontext sind hohe Risiken hinsichtlich des Zustands von Bestandsnetzen sowie Verkehrsmengenrisiken[123] im Hinblick auf Kontrahierungs- und Commitmentprobleme als besonders kritisch einzustufen.

---

[120] Vgl. z.B. ENGEL / FISCHER / GALETOVIC (2001, S. 995).

[121] Bei einer Barwertbetrachtung ist dieser Aspekt noch stärker ausgeprägt als bei einer Zeitwertbetrachtung, welche die tatsächliche Belastung des Haushalts über den Zeitraum abbildet.

[122] Hier geht es unabhängig von der Höhe der Unsicherheit darum, die damit einhergehenden Risiken vertraglich zuzuordnen. Der Punkt zuvor hingegen stellte auf die Höhe bzw. das Ausmaß der (Umwelt-)Unsicherheit ab, die wegen äußerer Rahmenbedingungen exogen gegeben ist.

[123] Verkehrsmengenrisiken können einerseits die Einnahmeseite betreffen, wenn die Vergütung über eine Maut erfolgt, und sich andererseits (indirekt) auf der Kostenseite (insbesondere bei den Erhaltungskosten) niederschlagen.

Anknüpfend an die genannten Faktoren bzw. Projekteigenschaften, die Auswirkungen auf die Kosteneffizienz von ÖPP haben können, soll im Folgenden ein kurzer Überblick über die (relative) Eignung des ÖPP-Ansatzes in Bezug auf verschiedene Anwendungsbereiche bei den Bundesfernstraßen gegeben werden:[124] Bei Bestandsnetzen ist der ÖPP-Ansatz wegen des geringen Potenzials zur Optimierung der Lebenszykluskosten und der hohen Bestandsrisiken als sehr ungeeignet einzuordnen. Ähnlich verhält es sich mit Fernstraßensanierungsprojekten (ggf. ohne Betriebsdienst), allerdings sind in diesem Bereich zusätzlich – im Vergleich zu Netzen – geringere Synergieeffekte zu generieren. Bei Ingenieurbauwerken ist der ÖPP-Ansatz überhaupt nicht geeignet, weil sich die Ermittlung des Restwertes aufgrund der sehr langen Lebensdauern als besonders problematisch darstellt. Zudem können ggf. die Planung und den Bau dominierende, nahezu nicht beeinflussbare Baugrund- und andere geologische Risiken auftreten, die sich nur zu relativ hohen Transaktionskosten und unter Inkaufnahme erheblicher Anreizverluste an die öffentliche Hand übertragen lassen. Des Weiteren führen die enormen Sicherheitsanforderungen im Bereich der Ingenieurbauwerke zu geringeren Freiheitsgraden bei Planung, Bau, Betrieb und Instandhaltung und damit einhergehend zu einer Reduktion des Potentials zur Optimierung der Lebenszykluskosten.[125] Im Rahmen von Neu- oder Ausbauprojekten für einzelne Strecken bei den Bundesfernstraßen (ggf. ohne Betriebsdienst) ist der ÖPP-Ansatz immerhin besser geeignet als in allen vorgenannten Anwendungsbereichen. Denn bei diesen Projekttypen ist die Möglichkeit für eine wertschöpfungsstufenübergreifende Optimierung über Planung, Bau, Betrieb und Erhalt hinweg am ehesten gegeben. Des Weiteren stellt das Bestandsrisiko bei Neubauprojekten kein wirkliches Problem dar und auch bei Ausbauvorhaben ist dies gegenüber anderen Anwendungsbereichen in geringerem Ausmaß der Fall. Abschließend kann somit konstatiert werden, dass die Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesfernstraßen wohl allenfalls in seltenen Einzelfällen und dann auch nur bei weitgehendem Verzicht auf den Einbezug privaten Kapitals vertretbar ist, weil andernfalls die unnötig hohen Kapitalkosten nicht mehr durch das Ausschöpfen realwirtschaftlicher Effizienzpotentiale aufgeholt werden können.

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass selbst bei erheblichen Defiziten im Rahmen der KBV kaum Anwendungspotentiale für den ÖPP-Ansatz bei den Bundesfernstraßen bestehen dürften, weshalb sich einige Vorschläge zur Verbesserung der Aktivitäten auf der Programmebene aufdrängen. Zunächst sollte der Fokus auf der Programmebene darauf gelegt werden, den existierenden Defiziten bei der KBV zielgerichtet entgegenzuwirken, anstatt sich zunehmend auf die Anwendung des ÖPP-Ansatzes zu konzentrieren, denn die Behebung der KBV-Defizite dürfte deutlich mehr Potentiale für Effizienzsteigerungen aufweisen. Außerdem sollte auf der Programmebene über die Aufstellung von Regeln zur haushalterischen Anrechnung privaten Kapitals, wie sie in Abschnitt 2.3.1.1 dargestellt wurden, nachgedacht werden, sodass, wenn überhaupt ÖPP-Projekte im Bereich der Bundesfernstraßenbau realisiert werden, dies stets ohne Einbezug privaten Kapitals geschieht. Da die öffentliche Hand im Bereich der Fernstraßen grundsätzlich über ausreichend Input-Wissen verfügt, könnten zur Sicherstellung der kosteneffizienten Leistungserstellung stattdessen wirksame Monitoring-

[124] Vgl. hierzu auch BECKERS / KLATT / MAERSCHALK (2009, S. 43-69).

[125] Die Bedeutung von Sicherheitsaspekten im Zusammenhang mit der Eignung des ÖPP-Ansatzes betont auch RIESS (2005, S. 19 f. und S. 25 f.).

Maßnahmen etabliert werden.[126] Im Kontext der vorstehenden Erkenntnisse besteht im Übrigen keine Rationalität für eine Regel auf der Programmebene, die eine regelmäßige Durchführung von expliziten und umfangreichen Vergleichsrechnungen bezüglich der Kosten bei Anwendung des KBV- oder ÖPP-Ansatzes („Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen") als verpflichtend vorschreibt.

### 3.1.4 Kritische Einordnung und Bewertung der Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Bereich der Bundesfernstraßen

Nachdem ein Überblick zu den A- und V-Modell-Projekten sowie eine Einschätzung der Eignung des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesfernstraßen gegeben wurde, erfolgt nun eine kritische Einordnung der Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Bereich der Bundesfernstraßen. Der Fokus liegt dabei auf den institutionellen Rahmenbedingungen und etwaigen Fehlanreizen sowie auf einer groben Bewertung der Kosteneffizienz bei den bisherigen A- und V-Modell-Projekten. Doch zunächst werden zum besseren Verständnis die wichtigen involvierten Akteure vorgestellt.

#### 3.1.4.1 Zentrale Akteure bei der Realisierung von (ÖPP-)Projekten bei den Bundesfernstraßen

Der Bund bzw. speziell das Bundesverkehrsministerium ist als ein zentraler Akteur zunächst grundsätzlich für die Finanzierung der Projekte im Bereich der Bundesfernstraßen zuständig und hat den entscheidenden Einfluss darauf, ob die Realisierung eines Vorhabens als ÖPP in Erwägung gezogen wird. Darüber hinaus ist das Bundesverkehrsministerium zudem in die Aktivitäten der Auftragsverwaltungen der Länder im Zuge der Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren involviert, wobei die Beteiligung des Bundes bei ÖPP-Projekten als wesentlich intensiver angesehen werden kann als bei KBV-Maßnahmen. Eine weitere Aufgabe kommt dem Bundesverkehrsministerium in den Vertragsverhandlungen mit den privaten Bietern innerhalb des Vergabeverfahrens und bei potentiellen Nachverhandlungen zu. Im Rahmen der ÖPP-Projekte bei den Bundesautobahnen hat sich das Bundesverkehrsministerium dabei von bisher zwei Konsortien aus technischen, juristischen und wirtschaftlichen Beratern unterstützen lassen.[127]

Die Auftragsverwaltungen der Länder sind für Planung, Bau, Betrieb, Erhalt und Management der Bundesfernstraßen in den Grenzen ihres jeweiligen Bundeslandes verantwortlich. Bei der Mehrheit der Länderauftragsverwaltungen ist eine Unterausstattung beim Personal aufgrund eines starken Personalabbaus in der Vergangenheit festzustellen, was zu erheblichen Einschränkungen bei der Aufgabenausführung geführt hat.[128] An dieser Stelle sei jedoch angemerkt, dass die ggf. nicht mit

---

[126] Vgl. hierzu BECKERS ET AL. (2008, S. 34-38).

[127] Das erste Beraterkonsortium bestand aus der Investitionsbank Schleswig-Holstein, der Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH, der Alfen Consult GmbH, Norton Rose LLP sowie der HHS Ingenieur GmbH und hat die Vorbereitung und Vergabe von insgesamt zehn ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau begleitet; vgl. BT-DRS. 17/6375 (2011, S. 6 ff.) sowie BT-DRS. 17/13116 (2013, S. 9 f.). Für die Beratung bei der Vergabe von vier weiteren ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau wurde darüber hinaus ein zweites Konsortium bestehend aus der Drees & Sommer Infra Consult und Entwicklungsmanagement GmbH, OLSWANG LLP, der PTV Planung Transport Verkehr AG, der PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sowie White & Case LLP beauftragt; vgl. BT-DRS. 17/6307 (2011, S. 8).

[128] Vgl. BWV (2014, S. 31 f.).

ausreichend Personal ausgestattete Verwaltung auch – als kurzfristige Notlösung – durch den Einbezug externer Expertise unterstützt werden kann.

Die Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH (DEGES) ist eine Gesellschaft des Bundes und verschiedener Bundesländer, die für die beteiligten Auftragsverwaltungen Planungs- und Bauaufgaben bei (mehrheitlich großen) Verkehrsinfrastrukturprojekten auf den Bundesautobahnen (inklusive ÖPP-Projekten) und Bundesstraßen übernehmen kann bzw. bereits übernimmt. Die DEGES hat im Zuge der „Verkehrsprojekte Deutsche Einheit" sehr viel Erfahrung mit Großprojekten, die im Rahmen der KBV umgesetzt wurden, gesammelt und ist auch an vier ÖPP-Projekten auf Seiten der öffentlichen Hand maßgeblich beteiligt.[129] Mittlerweile verfügt die DEGES über eine eigene ÖPP-Abteilung. Aufgrund ihrer Konzeption und Ausgestaltung dürfte bei der DEGES grundsätzlich kein systematischer Fehlanreiz hinsichtlich der Durchführung einer bestimmten Beschaffungsvariante vorliegen. Selbst wenn die DEGES solch einen Fehlanreiz hätte, wären die negativen Auswirkungen hinsichtlich der Auswahl der Beschaffungsvariante begrenzt, weil sie in dem diesbezüglichen politisch-administrativen Prozess derzeit keine entscheidende Rolle spielt.

Die vom Bundesverkehrsministerium umfangreich eingebundene und im Besitz des Bundes befindliche Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft mbH (VIFG) berät insbesondere in Fragen der Wirtschaftlichkeit und Finanzierung von ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau, wobei die eigentliche Hauptaufgabe der VIFG die Durchführung des Zahlungsverkehrs für den Gesamtetat der Bundesfernstraßen mittels ihres Finanzmanagementsystems darstellt.[130] Die VIFG unterstützt das Bundesverkehrsministerium vor allem beim WU-Erstellungsprozess sowie bei der Ausgestaltung der Finanzierung im Rahmen von ÖPP-Vorhaben. Aufgrund ihrer Konzeption und Ausrichtung kann davon ausgegangen werden, dass die VIFG dem systematischen (Fehl-)Anreiz unterliegt, ÖPP unkritisch zu fördern.[131] So stellt sich die VIFG selbst als „ÖPP-Kompetenznetzwerk" des Bundes für die Bundesfernstraßen dar, was nicht unbedingt auf beschaffungsvariantenübergreifende Wissensmanagement-Aktivitäten schließen lässt. Darüber hinaus ist die VIFG aufseiten der öffentlichen Hand in die Vergabeverfahren von ÖPP-Projekten, aber nicht von KBV-(Groß-)Projekten im Bundesfernstraßenbereich umfangreich involviert. Dies könnte unter anderem damit erklärt werden, dass die Finanzierung von ÖPP-Projekten sehr komplex ist und somit einen hohen Beratungsbedarf mit sich bringt. Des Weiteren gibt es Hinweise darauf, dass sich die VIFG im öffentlichen Bereich ein Wissensmonopol im Hinblick auf die Finanzierung von ÖPP aufgebaut hat, was zusammen mit den anderen genannten Punkten die Vermutung bezüglich systematischer (Fehl-)Anreize zur unkritischen

[129] Die DEGES ist bei folgenden ÖPP-Projekten maßgeblich involviert: A 4 Landesgrenze Hessen / Thüringen – Anschlussstelle Gotha (Umfahrung Hörselberge), A 9 Anschlussstelle Lederhose – Landesgrenze Thüringen / Bayern, A 7 Bordesholm – Hamburg-Nordwest und A 10 / A 24 Neuruppin (A 24) – Autobahndreieck Pankow.

[130] Vgl. BT-DRS. 18/13390 (2017, S. 3) für die zentralen Aufgaben der VIFG.

[131] Vgl. SACK (2018, S. 69 f). Des Weiteren finden sich Hinweise sich z.B. in VIFG (2014), einer Stellungnahme zu ÖPP im Bundesfernstraßenbau, welche im starken Widerspruch zu den diesbezüglichen Erkenntnissen des Bundesrechnungshofes steht. Ferner werden in VIFG (2014, S. 40-44) internationale Erfahrungen mit dem ÖPP-Ansatz als ausnahmslos positiv dargestellt, obwohl dies bspw. für den Fall Großbritanniens laut offizieller Berichte wie z.B. HOC (2007) und HOC (2011) nicht uneingeschränkt zutrifft.

ÖPP-Förderung seitens der VIFG unterstützt. Infolge der beim Unterkapitel eingangs erwähnten Reform im Bereich der Bundesfernstraßen wird die VIFG in der Autobahngesellschaft aufgehen.[132]

Der Bundesrechnungshof (BRH) stellt im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Beschaffung die mit Abstand wichtigste staatliche Kontrollinstanz im Bereich der Bundesfernstraßen dar, die aufgrund ihres Wissens in der Politik und der Gesellschaft eine hohe Reputation hat.[133] Diese Aufgabe kommt dem BRH auch deshalb zu, weil die Legislative aufgrund verschiedener Geheimhaltungsinteressen ihrer parlamentarischen Kontrollfunktion nicht effektiv nachkommen kann.[134] Denn der BRH hat wegen seiner rechtlichen Grundlage die Möglichkeit, entscheidende Dokumente der Vorhabenumsetzung wie Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Verträge einzusehen.

Abschließend sind auch die potentiellen Bieter, d.h. in erster Linie die Bauunternehmen als Konsortialführer bzw. Hauptauftragnehmer, als wichtige Akteure bei der Realisierung von (ÖPP-) Projekten bei den Bundesfernstraßen zu nennen. Traditionell ist die deutsche Bauwirtschaft von kleinen und mittelständischen Unternehmen geprägt, aber der Markt für ÖPP-Projekte bei den Bundesfernstraßen wird von einigen großen, international tätigen Baukonzernen dominiert (HOCHTIEF, VINCI, BAM, Strabag und Bilfinger[135]). Auf Ebene der Konsortialführer bzw. Hauptauftragnehmer ist der ÖPP-Markt im Bundesfernstraßenbereich deutlich vom KBV-Markt abgegrenzt und ist wegen der besonders hohen Anforderungen an die Unternehmen auch als ein beschränkter Markt anzusehen.[136] Allgemein kann daher wegen dieser hohen Markteintrittsbarrieren und eines gewissen Marktverschlusses, der unter anderem durch die für die Teilnahme an Vergabefahren notwendigen ÖPP-Referenzen und Möglichkeiten zur Konsortialbildung bedingt ist, von einer geringen Wettbewerbsintensität ausgegangen werden.[137]

### 3.1.4.2 Ausgestaltung der institutionellen Rahmenbedingungen und damit einhergehende politökonomische Aspekte und Fehlanreize

Im Bereich der Bundesfernstraßen sind die institutionellen Rahmenbedingungen derzeit so ausgestaltet, dass bestimmte politökonomische Aspekte und andere Fehlanreize eine starke Wirkungsmacht aufweisen können. So wird durch die (in Art. 115 Grundgesetz enthaltene) deutsche Schuldenbremse und die (in Art. 126 AEUV i.V.m. Protokoll Nr. 12 „verankerte") „europäische Schuldenbremse" die Möglichkeit des Bundes zur Kreditaufnahme und damit auch zur Finanzierung von Investitionen restringiert und (nahezu) unterbunden.[138] Die deutsche Schuldenbremse erlaubt dem Bund in der Regel

---

[132] Vgl. BT-DRS. 18/13390 (2017, S. 5) und SACK (2018, S. 62).

[133] Vgl. SACK (2018, S. 58 f. und S. 66).

[134] Vgl. KRUMM (2013) für die eingeschränkten Kontrollmöglichkeiten der Legislative bei ÖPP-Projekten.

[135] Bilfinger ist im Markt für ÖPP-Projekte bei den Bundesfernstraßen nicht mehr aktiv und hat auch seine (Eigenkapital-)Anteile an der Projektgesellschaft für das von Bilfinger realisierte ÖPP-Vorhaben „A 1 Buchholzer Dreieck – Bremer Kreuz" veräußert.

[136] Vgl. zu den hohen Anforderungen an Unternehmen im Zusammenhang mit dem Eintritt in den ÖPP-Markt EZULIKE / PERRY / HAWWASH (1997), die das insbesondere für Großbritannien untersuchen.

[137] Laut OECD (2008, S. 78 f.) weisen ÖPP-Märkte, explizit werden diesbezüglich auch (bemautete) Straßenverkehrsprojekte erwähnt, häufig wegen der geringen Bieteranzahl und der stabilen Bieterstruktur eine geringe Wettbewerbsintensität auf.

[138] Vgl. GOWOREK / SELLERING (2015, S. 229 f.) für die deutsche Schuldenbremse und BRAAKMANN / FORSTER (2015, S. 194 f.) für die europäische Schuldenbremse.

eine maximale Nettoneuverschuldung in Höhe von 0,35 % des Bruttoinlandsprodukts (BIP).[139] Die europäische Schuldenbremse beschränkt die Nettoneuverschuldung auf 3 % des BIP und sieht eine maximale Staatsverschuldung in Höhe von 60 % des BIP vor.[140] Dies betrifft auch die Investitionsfinanzierung bei den Bundesfernstraßen. Im Kontext der möglichen Umgehung von Schuldenregeln ist die deutsche Schuldenbremse als entscheidender einzustufen, denn wenn diese umgangen werden kann, dann besteht bis zum Erreichen der europäischen Schuldenbremse ein ausreichend großer Investitionsspielraum.[141] Somit erzeugt insbesondere die deutsche Schuldenbremse einen Anreiz zur (privaten) Vorfinanzierung, die bei den Bundesfernstraßen etwa durch den Rückgriff auf das A- oder V-Modell umgesetzt werden kann. Die Vorfinanzierung erfolgt in Höhe des bei ÖPP-Projekten einbezogen privaten Kapitals, welches sich vereinfacht aus der Investitionssumme abzüglich der sogenannten Anschubfinanzierung durch den Bund ergibt. Grundlegende Probleme im Zusammenhang mit einer solchen Vorfinanzierung sind – wie in Abschnitt 2.2.2 beschrieben – die Möglichkeit zur Umgehung des Grundgedankens der deutschen Schuldenbremse und die Tatsache, dass verschiedene Fehlanreize eine ineffiziente Projektauswahl und -ausgestaltung sowie eine verzerrte Beschaffungsvariantenauswahl zur Folge haben können.[142] So ist es möglich, dass aus Sicht der Legislative und vor allem der Exekutive (insbesondere des Bundesfinanz- und Bundesverkehrsministeriums) eine adäquate Berücksichtigung der Kosteneffizienz bei Entscheidungen über die Anwendung des ÖPP-Ansatzes dem Ziel einer Vorfinanzierung untergeordnet wird. Dies trifft in besonderem Maße auf das Bundesverkehrsministerium zu, weil Vorfinanzierungen speziell innerhalb des Budgetbereichs des Verkehrshaushalts wegen fehlendender Regeln hinsichtlich des Einbezugs privaten Kapitals, wie sie in Abschnitt 2.3.1.1 dargestellt wurden, umgesetzt werden können. Hierbei ist anzumerken, dass derzeit aufgrund der außerordentlich hohen Mittelbereitstellung im Bereich der Bundesfernstraßen („Investitionshochlauf“) der Fehlanreiz, mit ÖPP vorzufinanzieren, nicht so stark ausgeprägt sein dürfte wie in der jüngeren Vergangenheit, was sich allerdings in Zukunft bei einer sich verschlechternden Lage des Bundeshaushalts auch wieder ändern kann.

Zudem besteht für die Bundesländer der Fehlanreiz, bei ihren Unterstützungsaufgaben im Rahmen der Entscheidung des Bundes über die Anwendung des ÖPP-Ansatzes die Wirtschaftlichkeit nicht adäquat zu berücksichtigen. Dieses Verhalten kann damit erklärt werden, dass die Länder durch eine Vorfinanzierung Mittel „außerhalb der Länderquote[143]“ (und damit im sogenannten Vorwegabzug)

---

[139] Für die Länder erlaubt die deutsche Schuldenbremse ab dem Jahr 2020 sogar keinerlei Nettokreditaufnahme.

[140] Die beiden Schuldenbremsen sind nur eingeschränkt vergleichbar. So fallen die Schuldenzuordnungsregeln unterschiedlich streng aus und die europäische Schuldenbremse erfasst im Gegensatz zur deutschen Schuldenbremse bspw. auch die kommunale Ebene. Vgl. HERMES / SCHMIDT (2016, S. 15).

[141] Es sei darauf hingewiesen, dass das bei den A- und V-Modell-Projekten einbezogene private Kapital bei der europäischen Schuldenbremse derzeit vollumfänglich berücksichtigt wird und diese mit den ÖPP-Vorhaben bei den Bundesfernstraßen somit nicht umgegangen wird bzw. werden kann. Vgl. BMF (2016) und RIETZLER (2015, S. 6).

[142] Vgl. MÜHLENKAMP (2012, S. 103-107) und WEICHENRIEDER (2014, S. 4).

[143] Im bisherigen System der Auftragsverwaltung werden die Finanzmittel für den Neu- und Ausbau der Bundesfernstraßen auf die jeweiligen Bundesländer gemäß der sogenannten Länderquote verteilt. Zu der Bestimmung der Länderquoten und deren politischer Bedeutung siehe z.B. KLATT (2011, S. 126).

erhalten, wodurch zusätzliche Finanzmittel in das Bundesland fließen.[144] So werden bei den ÖPP-Projekten auf Bundesautobahnen die Weiterleitung der Mauteinnahmen (bzw. die Schattenmautzahlungen) an private Betreiber im Rahmen des A-Modells sowie die Verfügbarkeitszahlungen beim V-Modell nicht auf die Länderquoten angerechnet.[145] Die Anschubfinanzierung ist bei den Projekten der ersten Staffel zwar voll auf die Länderquote angerechnet worden, deren Höhe ist allerdings äußerst gering ausgefallen.[146] Bei den Projekten der zweiten Staffel wiederum wird die Anschubfinanzierung – soweit bekannt – nur zu 50 % auf die Länderquoten angerechnet,[147] was mit einer verstärkten Fehlanreizwirkung einhergehen dürfte.

Abschließend sei noch – wie in Abschnitt 2.2.2 bereits abstrakt dargelegt – auf den mit der Vorfinanzierung eng verknüpften Effekt der Reduktion der Ausgabenspielräume für zukünftige Haushaltsgesetzgeber hingewiesen. Dieser Effekt kann als besonders problematisch bei solchen Vorhaben eingestuft werden, bei denen kein breiter politischer Konsens besteht. Dementsprechend sind Ausbauprojekte von vier auf sechs Fahrstreifen zur Engpassbeseitigung wegen der meist vorhandenen breiten Zustimmung in der Politik wohl weniger ein Problem. Projekte mit vorwiegend regionalpolitischer Bedeutung wie das ÖPP-Neubauprojekt „A 94 Forstinning – Marktl“ in Bayern sind unter diesem Gesichtspunkt hingegen äußerst kritisch zu bewerten. Durch die ÖPP-Vorhaben bei den Bundesfernstraßen werden zwangsläufig in hohem Maße Finanzmittel des (Verkehrs-)Haushalts gebunden, die nicht mehr für andere Ausgabenbereiche zur Verfügung stehen.

Auf etwaige kritische Aspekte hinsichtlich der Transparenz bei ÖPP-Projekten bei den Bundesfernstraßen wird an dieser Stelle nicht eingegangen, weil dies ein zentraler Punkt in Teil C ist, der hier nicht vorweggenommen werden soll. Als einziger Aspekt sei hier nur angemerkt, dass sich durch die Etablierung der erwähnten privatrechtlichen Autobahngesellschaft die Transparenz hinsichtlich der ÖPP-Projekte bei den Bundesautobahnen zumindest nicht verbessern dürfte.[148]

### 3.1.4.3 Kosteneffizienz der bisherigen ÖPP-Vorhaben bei den Bundesfernstraßen

Hinsichtlich der Kostenwirkungen bzw. Kosteneffizienz ist auf Basis theoriegeleiteter Überlegungen grundsätzlich von der Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesfernstraßen abzuraten (vgl. Abschnitt 3.1.3). Allenfalls in seltenen Einzelfällen und dann bei weitgehendem Verzicht auf den Einbezug privaten Kapitals scheint eine Umsetzung von Projekten in diesem Bereich mittels ÖPP vertretbar. In der Praxis gibt es auch erste deutliche Hinweise auf zu erwartende Kostensteigerungen bei den bisherigen A-Modell-Projekten und in geringerem Umfang auch bei den V-Modellen. Zum Beispiel hat der Bundesrechnungshof kritische Dokumente zu ÖPP-Projekten im Bereich der

---

[144] Inwieweit es im reformierten System mit der Autobahngesellschaft eine Länderquote und ggf. damit einhergehende Fehlanreize bei der Beschaffungsvariantenauswahl geben wird, ist derzeit unklar.

[145] Vgl. BRH (2014, S. 36 f.) und BT-Drs. 16/7640 (2007, S. 5).

[146] Für die ÖPP-Vorhaben „A 8 Augsburg – München“ und „A 4 Waltershausen – Herleshausen“ betrug die Anschubfinanzierung zusammen ca. 16 Mio. Euro. Bei den anderen zwei Projekten der ersten Staffel gab es keine Anschubfinanzierung, sondern einen monatlichen Abzugsbetrag von den Mauteinnahmen.

[147] Vgl. BT-Drs. 17/13116 (2013, S. 18). Für die dritte Staffel ist in dieser Hinsicht bislang nichts bekannt.

[148] Ein wichtiger Anhaltspunkt dafür ist, dass die Autobahngesellschaft in der Rechtsform der GmbH außerhalb ihrer Aufgaben im hoheitlichen Bereich, die im Rahmen des Beschaffungsprozesses allerdings nicht relevant sind, nicht vom Anwendungsbereich des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes umfasst sein dürfte.

Bundesautobahnen erstellt, auf die in Kasten 2 eingegangen wird. Im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit spielen einige Besonderheiten eine Rolle, die negative Implikationen auf die Kosten von A- und V-Modell-Projekten haben.

Zwar wurden für die ÖPP-Vorhaben auf den Bundesfernstraßen in der Regel grundsätzlich sinnvolle Projekttypen wie bspw. Engpassausbauten ausgewählt, allerdings sind dafür Defizite bei der Gestaltung des Projektumfangs und beim Vertragsdesign festzustellen. So wurden beim Projektzuschnitt bisher teils (zu) umfangreich Bestandsstrecken, auf denen kurzfristig keinerlei Erneuerungsmaßnahmen notwendig waren, und (große) Ingenieurbauwerke einbezogen. Mit Blick auf das Vertragsdesign der Vorhaben der ersten ÖPP-Staffel mindert die Übertragung des Verkehrsmengenrisikos auf die privaten Auftragnehmer im Zuge der an die Lkw-Mauteinahmen gekoppelten Vergütung sicherlich die Kosteneffizienz, weil dieses nicht beeinflussbare und schwer zu prognostizierende Risiko zu hohen Kosten der Risikoübernahme führt.[149] Des Weiteren fand bisher vor allem in der ersten, aber auch noch bei der zweiten Staffel ein zu umfangreicher Einbezug privaten Kapitals (aus Gründen der Vorfinanzierung) statt, was letztendlich unnötig hohe Finanzierungskosten nach sich zieht.[150] Daneben lassen sich weitere Punkte mit negativer Wirkung auf die Kosteneffizienz finden, die jedoch im Vergleich zu den vorgenannten Aspekten eher von untergeordneter Bedeutung sind, wie bspw. die Übertragung des Zinsänderungsrisikos an die privaten Betreiber, was – ähnlich wie beim Verkehrsmengenrisiko – überflüssige Risikoprämien zur Folge hat. Insgesamt kann davon ausgegangen werden, dass sich durch die Anwendung des A-Modells (noch) höhere Kostensteigerungen als durch die V-Modell-Projekte ergeben. Zusätzlich sind die langfristigen Kostenwirkungen für die öffentliche Hand bei den A-Modell-Projekten besonders schwierig zu prognostizieren, weil sie stark von der zukünftigen Verkehrs- und Mauteinnahmeentwicklung determiniert werden.

In Deutschland gibt es bisher keine wissenschaftlichen empirischen Analysen zur Performance des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesfernstraßen mit Fokus auf die Kosteneffizienz (ggf. auch im Vergleich zur KBV).[151] Auf mögliche Gründe wie etwa die besonderen Herausforderungen, mit denen solche Analysen verbunden sind, wird in Kapitel 4 noch näher eingegangen. Letztlich dürfte die geringe Forschungstätigkeit in diesem Bereich aber auch durch die Gegebenheit bedingt sein, dass bezüglich der benötigten (Kosten-)Daten eine gewisse Abhängigkeit von der öffentlichen Hand besteht, welche den Zugang zu diesen Informationen vorwiegend aus politischen Gründen bisher verwehrt. Lediglich die Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (BWV (2009) und BWV (2013b)) sowie der BRH-Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages (BRH (2014a)) setzen sich mit dieser Thematik in Ansätzen auch empirisch auseinander.[152] Grundsätzlich

[149] Vgl. hierzu auch IRWIN ET AL. (1997, S. 8-13) für grundlegende Ausführungen zu den Determinanten einer effizienten Risikoallokation.

[150] Bei vielen bisher vergebenen Projekten der zweiten Staffel war der Umfang des einbezogenen privaten Kapitals aufgrund der mitunter recht umfangreichen Anschubfinanzierungen durch den Bund deutlich geringer als bei den Projekten der ersten Staffel.

[151] Es gibt zwar den „Bericht der Bundesregierung über ÖPP-Projekte im Betrieb“ (BT-DRS. 18/6898) aus dem Jahr 2015, der sich unter anderem mit sechs ÖPP-Vorhaben bei den Bundesfernstraßen befasst, der aber keine brauchbaren Ausführungen zu deren tatsächlicher Performance beinhaltet. So werden bspw. alle sechs Projekte undifferenziert, nahezu identisch sowie oberflächlich bewertet und zu den Nachverhandlungen bezüglich der Vergütung wegen der Reduktion der Mauteinnahmen während der Weltwirtschaftskrise 2008 / 2009 finden sich keinerlei Aussagen.

[152] Da zum Zeitpunkt der Abgabe der Arbeit ein Mann dieses Amt bekleidet, wird in der gesamten Arbeit zur Vereinfachung die männliche Form des Begriffs genutzt.

erscheinen die in diesen Untersuchungen getroffenen Einschätzungen weitgehend plausibel. An dieser Stelle soll vertieft jedoch nur auf die dortigen Annahmen zu den Realisierungskosten sowie Mauteinnahme- und Verkehrsprognosen bei den A-Modell-Projekten eingegangen werden, da diese besonders schwierig zu beurteilen sind.

Bei den Projekten nach dem A-Modell wurden im Vorfeld sowohl seitens der Bieter als auch seitens des Bundes Verkehrsprognosen angestellt. Für die Bewertung der Performance dieser Projekte kommt der Tatsache, wer letztendlich mit seiner Verkehrsprognose näher an der Realität liegt, eine besondere Bedeutung zu. Der BRH hat bei seinen Untersuchungen festgestellt, dass die prognostizierten Verkehrsmengen der Bieter bei allen A-Modell-Projekten weit über jenen des Bundes lagen. Diese Situation führt dazu, dass – sollten sich die Einschätzungen des siegreichen Bieters als realitätsnäher erweisen – das Bundesverkehrsministerium eine deutlich höhere Vergütung an den jeweiligen privaten Betreiber zahlen muss als in den abschließenden WU angenommen. Sollte jedoch das Bundesverkehrsministerium mit seinen weniger optimistischen Verkehrsmengenprognosen der Wirklichkeit näher kommen, sind zwei mögliche Konsequenzen denkbar: Entweder kommt es zu Insolvenzen der Betreibergesellschaften, wobei in diesem Fall nicht klar ist, welche Auswirkungen dies auf die vom Bundesverkehrsministerium zu leistenden Zahlungen hat, oder die Betreiber führen erfolgreiche Nachverhandlungen, aus denen Vergütungsanpassungen resultieren, wodurch Insolvenzen abgewendet werden können, aber der Bund infolgedessen höhere Zahlungen zu leisten hat als zuvor veranschlagt.[153]

Vor diesem Hintergrund erscheinen einige Darstellungen und Angaben des Bundesverkehrsministeriums durchaus widersprüchlich. Denn im Zusammenhang mit der Weltwirtschaftskrise 2008 / 2009 sind die Verkehrsmengen auf den ÖPP-Strecken der ersten Staffel deutlich zurückgegangen, aber die Vergütungszahlungen an die Betreiber liegen im bzw. nahe am Plan.[154] Hier stellt sich die Frage, wie dieser Widerspruch aufzulösen ist, wobei sowohl Nachverhandlungen als auch bestimmte vertragliche Vergütungsregelungen bezüglich der Mautformeln einen Erklärungsansatz bieten können. In diesem Kontext ist auch kritisch zu hinterfragen, warum die Verpflichtungsermächtigungen bei dem A-Modell-Projekt „A 8 Augsburg – München“ mittlerweile drastisch erhöht worden sind.[155] Die Erhöhung der Verpflichtungsermächtigungen zeigt zudem, dass die von der Bundesregierung positiv hervorgehobene Kostensicherheit bei ÖPP-Projekten aufgrund von Nachverhandlungen tatsächlich häufig jedoch nicht gegeben ist.[156] Wenn die Einschätzungen des BRH zu den Baukosten der ÖPP-Projekte weitestgehend stimmen, liegen die tatsächlich realisierten Baukosten sehr nahe an jenen aus dem jeweiligen Angebot des siegreichen Bieters. Damit spricht einiges dafür, dass die A-Modell-Projekte „keine innere Logik“ aufweisen, d.h. eine Refinanzierung der

[153] Internationale Erfahrungen zeigen, dass derartige Anpassungen bei verkehrsmengenabhängigen Vergütungen häufig auftreten; vgl. z.B. DE LOS ÁNGELES BAEZA / VASSALLO (2010) und GUASCH (2004, S. 79-94). Darüber hinaus ist bekannt, dass es auch bei den A-Modell-Projekten bereits zu Nachverhandlungen gekommen ist; vgl. BT-DRS. 17/6375 (2011, S. 4 f.).

[154] So ist bspw. bei KRAUSE (2015, S. 7) die Rede davon, dass die Ausgaben für die bisherigen ÖPP-Projekte (einschließlich der A-Modell-Projekte) „auf der Linie“ liegen, was darauf hindeutet, dass, trotz des erheblichen Rückgangs der Verkehrsmengen, die Vergütungszahlungen an die privaten Betreiber nicht sonderlich stark von den bei Vertragsschluss erwarteten Zahlungen abweichen. Ferner wird auch in der BT-DRS. 17/6375 (2011, S. 4) explizit darauf hingewiesen, dass die Vergütungszahlungen an die privaten Betreiber aufgrund diverser vertraglicher (Sonder-)Regelungen von den tatsächlich realisierten Mauteinnahmen abweichen können.

[155] Die Verpflichtungsermächtigungen wurden von rund 599,5 Mio. Euro um ca. 72 Mio. Euro auf 671,5 Mio. Euro erhöht, was einer prozentualen Steigerung von ca. 12 % entspricht, wobei die Gesamtausgaben sogar um ca. 106 Mio. Euro von rund 737 Mio. Euro auf 843 Mio. Euro gestiegen sind (ca. 14 %); vgl. hierzu das Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Jahr 2013, Einzelplan 12 (S. 116).

[156] Siehe zur Kostensicherheit bei ÖPP-Projekten bei den Bundesfernstraßen aus Sicht der Bundesregierung BT-DRS. 18/6898 (2015, S. 4 f.).

Projektkosten über die Mauteinnahmen während der Vertragslaufzeit auf Basis der vom Bundesverkehrsministerium unterstellten Verkehrsprognosen nicht gewährleistet ist. Besonders deutlich zeigt sich dies im Fall der drohenden Insolvenz der privaten Betreibergesellschaft beim ÖPP-Projekt der ersten Staffel „A 1 Hamburg – Bremen".[157] Im Endeffekt bleibt abzuwarten, wie sich die Verkehrsmengen bzw. Mauteinnahmen langfristig entwickeln und wie hoch die Zahlungen an die Betreiber ausfallen, sodass letztlich erst nach Vertragsende ein abschließendes Urteil gefällt werden kann.

**Kasten 2: Anmerkungen zu den vom Bundesrechnungshof erstellten Dokumenten zu ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen**

## 3.2 ÖPP im Hochbau in Deutschland

### 3.2.1 Überblick über die Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Hochbau

In diesem Abschnitt wird ein kurzer Überblick über Anzahl und Investitionsvolumen sowie die sektorale und föderale Verteilung von ÖPP-Projekten im deutschen Hochbausektor gegeben.[158] Bei den Bundeshochbauten ist der ÖPP-Ansatz im zivilen Bereich bisher nur beim Neubau des Bundesministeriums für Bildung und Forschung sowie dem Haus der Zukunft in Berlin zur Anwendung gekommen, während es im militärischen Bereich einige Kasernensanierungen gab.[159] Die Länder haben in überschaubarer Anzahl und mit verhältnismäßig geringem Investitionsvolumen vor allem Justizvollzugsanstalten und Verwaltungsgebäude (Landesministerien, Justizzentren, Polizeigebäude etc.) als ÖPP-Projekte realisiert.[160] Die größte Bedeutung hinsichtlich sowohl Projektanzahl als auch Investitionsvolumen hat der ÖPP-Ansatz im deutschen Hochbau eindeutig auf der kommunalen Ebene.[161] Hier weist der Anwendungsbereich ein breites Spektrum auf von der Bildungsinfrastruktur (Schulen, Kindertagesstätten) über Verwaltungsgebäude bis hin zu Sport- und Freizeiteinrichtungen (Schwimmbäder, Sport- / Turnhallen), wobei Projekte im Schulbereich mit Abstand am verbreitetsten sind. Für konkretere Angaben zu Anzahl und Investitionsvolumen von ÖPP-Projekten im deutschen Hochbau sei auf die Abbildung 6 verwiesen.

Bei den Finanzierungsmodellen der ÖPP-Projekte im Hochbau fällt auf, dass die Forfaitierung mit Einredeverzicht sowohl bezüglich der Projektanzahl als auch im Hinblick auf das Investitionsvolumen mit großem Abstand am häufigsten verwendet wurde.[162] Bei diesem Modell wird zwar privates Kapital

---

[157] Vgl. BT-Drs. 18/13633 (2017). Trotz einiger erfolgter Nachverhandlungen mit Vertrags- bzw. Vergütungsanpassungen zugunsten der Betreibergesellschaft A 1 mobil reichen die Mauteinnahmen nicht zur Deckung der Kosten aus, sodass die private Betreibergesellschaft nun sogar wegen mangelnder (Nach-) Verhandlungsbereitschaft seitens des Bundesverkehrsministeriums hinsichtlich weiterer Änderungen am Vertrag bzw. Vergütung eine zivilrechtliche Klage gegen den Bund erhoben hat, um die drohende Insolvenz der A 1 mobil noch abzuwenden.

[158] Im deutschen Hochbau gibt es im Gegensatz zu den Bundesfernstraßen auch sogenannte Öffentlich-Öffentliche Partnerschaften (ÖÖP), auf die in dieser Arbeit nicht eingegangen wird.

[159] Das als ÖPP-Vorhaben geplante Neubauprojekt „Museum der Moderne" am Kulturforum in Berlin, welches ebenfalls der Bundesebene zugeordnet werden kann, wird inzwischen konventionell realisiert.

[160] Vgl. PD (2018, S. 23).

[161] Vgl. PD (2018, S. 22 und S. 8).

[162] Nach eigenen Berechnungen auf Basis der ÖPP-Projektdatenbank vom Bundesministerium der Finanzen und der PD – Berater der öffentlichen Hand GmbH (abrufbar unter http://www.ppp-projektdatenbank.de/index.php?id=9) beträgt der Anteil der ÖPP-Hochbauprojekte, bei denen auf eine Forfaitierung mit Einredeverzicht

(zur Vorfinanzierung) genutzt, welches jedoch ab Bauabnahme nicht mehr im Risiko steht und somit eine kommunalkreditähnliche Finanzierung ermöglicht, wodurch gegenüber der KBV kein nennenswerter Kapitalkostenunterschied entsteht. Insbesondere für eher finanzkräftige Kommunen scheint darüber hinaus ein Trend die Anwendung des ÖPP-Ansatzes ohne Einbezug von privatem Kapital in der Endfinanzierung zu sein.[163] Die Investitionssumme wird hier somit letztendlich vollständig aus Eigenmitteln und / oder Kommunalkrediten finanziert, wodurch kein nennenswerter Kapitalkostenunterschied zur KBV vorhanden ist und keine (Aus-)Nutzung des Vorzieheffekts stattfindet.

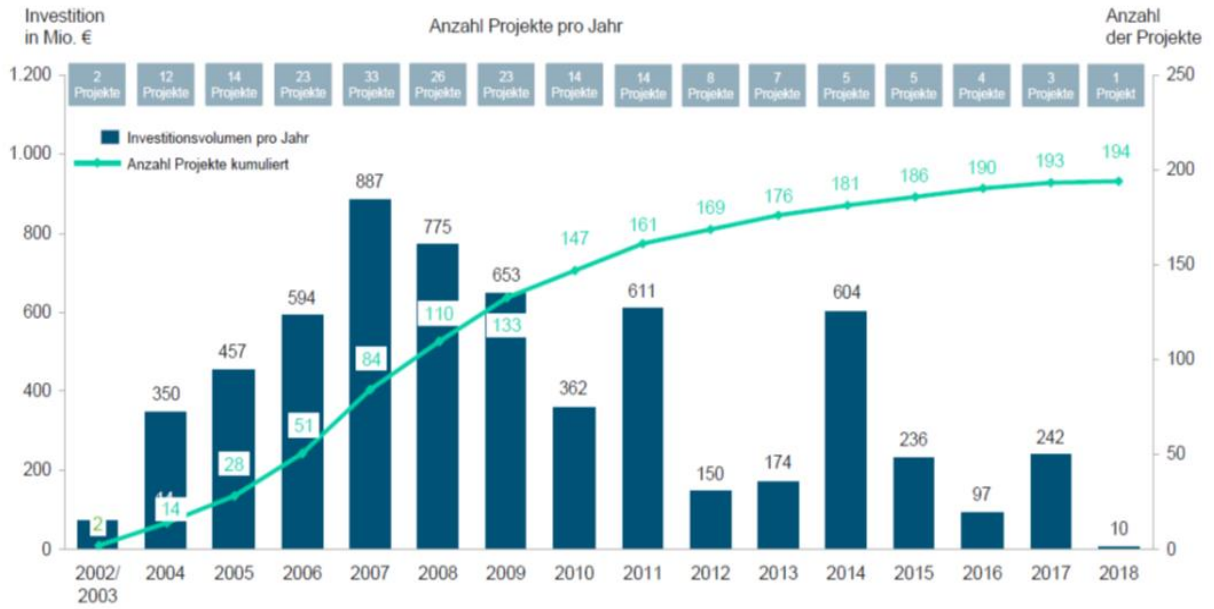



**Abbildung 6: Anzahl und Investitionsvolumen der ÖPP-Projekte im deutschen Hochbau[164]**

## 3.2.2 Eignung des ÖPP-Ansatzes im Hochbau

In diesem Abschnitt wird anhand des aus Abschnitt 3.1.3 bereits bekannten Vorgehens die Eignung des ÖPP-Ansatzes im Hochbau mit besonderem Fokus auf das Potential zur Erreichung der Kosteneffizienz analysiert. Grundsätzlich zeichnet sich der Hochbausektor dadurch aus, dass das Input-Wissen für sämtliche Gebäudetypen im öffentlichen Bereich (Verwaltungsgebäude, Schulen usw.) sehr weit

zurückgegriffen wurde, etwa 80 % (128 von 160 Projekten) und diese Projekte machen einen Anteil von ca. 51 % am Gesamtinvestitionsvolumen aus. Diesbezüglich ist allerdings zu beachten, dass nur (Hochbau-)Projekte berücksichtigt wurden, bei denen die genaue Finanzierungsform in der ÖPP-Projektdatenbank angegeben ist, sodass insgesamt 82 Projekte im Vorhinein ausgeschlossen wurden.

[163] Vgl. ÖPP DEUTSCHLAND AG (2014c, S. 6 f.). Demnach ist das Gesamtinvestitionsvolumen von ÖPP-Hochbauprojekten ohne Endfinanzierung im Zeitraum von 2009 bis 2012 durchweg gestiegen, wobei das Jahr 2012 mit einem Investitionsvolumen von fast 390 Mio. Euro einen Höhepunkt darstellte. In den folgenden Jahren sank das Investitionsvolumen auf ein Niveau knapp unterhalb von 100 Mio. Euro. Gleichzeitig liegt der Anteil von ÖPP-Projekten ohne Endfinanzierung an allen ÖPP-Ausschreibungen im Hochbausektor derzeit relativ konstant bei 40 %.

[164] Quelle: PD (2018, S. 6). Die Abbildung beinhaltet ÖPP-Projekte, bei denen die vier Wertschöpfungsstufen Planung, Bau, Betrieb und Erhalt gebündelt vergeben wurden. Die Daten stammen aus der ÖPP-Projektdatenbank, die auf freiwiliigen Angaben der öffentlichen Auftraggeber und Auftragnehmer basiert; vgl. hierzu auch Fußnote 189.

verbreitet und in der Regel auch aufseiten der öffentlichen Hand vorhanden ist. Aufgrund des sehr breit diffundierten Wissens in diesem Sektor kann die öffentliche Hand – sofern sie bspw. wegen des im öffentlichen Hochbau in Deutschland auf allen staatlichen Ebenen durchgeführten Personalabbaus nicht selbst über ausreichend Know-how verfügt – das notwendige Input-Wissen ohne größere (kurzfristige) Probleme über ein Contracting Out bei Planungsbüros o.Ä. beschaffen. Bei einer äußerst kleinen Minderheit von bestimmten, meist sehr speziellen Hochbauten dürfte ein solcher Einbezug von technischer Expertise in gewissem Ausmaß ohnehin unerlässlich sein.

Die technisch-systemischen Eigenschaften im Hochbau können in Abhängigkeit der Gebäudetypen mitunter stark variieren[165] und sind in Relation zur (Fern-)Straßeninfrastruktur (Ingenieurbauwerke ausgenommen) insgesamt als etwas anspruchsvoller einzuschätzen. Des Weiteren dürfte die (Innovations-)Dynamik im Hochbaubereich zwar höher einzustufen sein als im Straßenbau, insgesamt aber dennoch gering ausfallen.[166] Im Vergleich zum Fernstraßensektor kann sich im Hochbau die Kontrahierung der Angebotsqualität über längere Zeiträume hinweg verhältnismäßig schwierig gestalten. Ferner ist die Ermittlung des Restwertes bzw. der Substanzqualität mit Problemen behaftet. Allerdings dürfte das für eine ungefähre Bewertung der Substanzqualität benötigte Wissen im Vergleich zum Fernstraßensektor weiter verbreitet sein, da zumindest beim (Weiter-)Verkauf von Immobilien die Substanzqualität als Indikator für den zukünftig zu erwartenden Betriebs- und Erhaltungsaufwand im Preis berücksichtigt wird.[167]

In Bezug auf die finanzielle Relevanz der einzelnen Wertschöpfungsstufen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass für einen Zeitraum von 30 Jahren, welcher üblichen ÖPP-Vertragslaufzeiten entspricht, die Investitionskosten für Planung und Bau klar höher ausfallen als die entstehenden Folgekosten für Betrieb und Erhaltung.[168] Das Verhältnis von Investitions- zu Folgekosten im Hochbau kann im Vergleich zum Fernstraßenbau für ÖPP-typische Vertragslaufzeiten dennoch als wesentlich niedriger eingestuft werden, sodass bei Hochbauten zwar nicht ganz so starke, allerdings weiterhin beachtliche (Fehl-)Anreize zur Vorfinanzierung bestehen.

Letztlich bleibt festzuhalten, dass der ÖPP-Ansatz im Hochbausektor in erster Linie wegen des allgemein breit diffundierten und auch aufseiten der öffentlichen Hand verfügbaren Input-Wissens grundsätzlich eher ungeeignet ist und auf den KBV-Ansatz zurückgegriffen werden sollte. ÖPP dürften

---

[165] Vgl. BECKERS / EDQUIST / ZIMMERMANN (2013, S. 8 f.) und SOMMER (2009, S. 4). Die weiteren Informationen in diesem Absatz wurden von Praktikern aus der öffentlichen Hand und Bauunternehmen im Rahmen von Experteninterviews genannt.

[166] Vgl. HENTSCHEL (2013, S. 2 f.).

[167] Vgl. DIEDERICHS (2006, S. 611-634). Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass bei der Ermittlung des Verkaufspreises von Immobilien neben der Substanzqualität vor allem Faktoren, welche die Einnahmeseite beeinflussen wie etwa die erwartete Entwicklung bei den regulatorischen Rahmenbedingungen (z.B. im Mietrecht), von Bedeutung sind.

[168] Über den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie, der häufig bis zu 80 Jahre umfasst, wird davon ausgegangen, dass die Folgekosten durchaus ein Vielfaches der Baukosten betragen können; vgl. KOCHENDÖRFER / LIEBCHEN / VIERING (2010, S. 4). Das BMVBS (2007, S. 4) verweist in diesem Zusammenhang auf Untersuchungen, die belegen, dass etwa zwei Drittel der Gesamtkosten einer Hochbaumaßnahme im öffentlichen Sektor auf die Betriebsphase entfallen. Über die ÖPP-typische Vertragsdauer von 30 Jahren, welche die maximale Lebensdauer eines Hochbaus dementsprechend deutlich unterschreitet, dürfte dieses Verhältnis allerdings weitaus geringer ausfallen, sodass davon ausgegangen werden kann, dass bei Betrachtung dieses Zeitraums die Investitionskosten höher ausfallen als die Folgekosten. Dies gilt insbesondere, wenn eine Barwertbetrachtung vorgenommen wird.

wiederum dann am wenigsten problematisch sein und somit dem Ziel der Kosteneffizienz am ehesten nahekommen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Hohes Potenzial zur Optimierung der Lebenszykluskosten: Im Vergleich zum Fernstraßenbau ist dieses Potenzial im Hochbau allgemein in wesentlich höherem Maße vorhanden, vor allem wenn das Bundling auch umfangreiche Planungsleistungen und hohe anfängliche Investitionsanteile umfasst.
- Gute Kontrahierbarkeit der Angebots- und Substanzqualität: Grundsätzlich kann von einer guten Kontrahierbarkeit der Leistung im Hochbausektor ausgegangen werden, wobei die Beschreib- und Messbarkeit der Angebotsqualität über sehr lange Vertragslaufzeiten im Verhältnis zum Fernstraßensektor in einigen Bereichen noch problematischer erscheint und zudem die Restwertproblematik zu berücksichtigen ist. Somit können Kontrahierungs- und Commitmentprobleme in diesem Bereich als kritisch eingestuft werden.
- Geringe Umweltunsicherheit: Hinsichtlich der technischen (Innovations-)Dynamik ist der Hochbausektor grundsätzlich von einer geringen Umweltunsicherheit gekennzeichnet. Neubauprojekte sind für den ÖPP-Ansatz im Vergleich zu umfangreichen Sanierungsprojekten wegen der Bestandsunsicherheiten geeigneter.
- Geringe Probleme bei der Risikoübertragung: Es sollte ein geringes Ausmaß an nicht beeinflussbarem Risiko vorliegen. Wenn solche Risiken jedoch bestehen, dann sollte es zumindest möglich sein, diese zu relativ geringen Transaktionskosten und bei geringen Anreizverlusten über vertragliche Regelungen an die öffentliche Hand zu übertragen.[169] Bei Sanierungsprojekten im Hochbau dürfte dies z.B. überwiegend auf Bestandsrisiken zutreffen. Die Risikoübertragung im Rahmen der langfristigen ÖPP-Verträge dürfte bei Hochbauvorhaben jedoch meist mit nicht zu unterschätzenden Kontrahierungs- und Commitmentproblemen verbunden sein.

Schlussendlich ist jedoch nochmals zu betonen, dass aufgrund der ausreichend hohen Verfügbarkeit von Input-Wissen bei der öffentlichen Hand (ggf. durch den Einbezug von externer technischer Expertise) der ÖPP-Ansatz im deutschen Hochbausektor vom Grundsatz her als ungeeignet einzustufen ist.

Mit Blick auf die Programmebene kann noch hinzugefügt werden, dass – ähnlich wie in Abschnitt 2.3.1.1 beschrieben – Regeln bezüglich der haushalterischen Anrechnung privaten Kapitals aufgestellt werden könnten. Zwar schließen solche Vorschriften die Nutzung privaten Kapitals nicht kategorisch aus, allerdings dürfte dies bei Gebietskörperschaften, die sich an der Grenze der Einhaltung von Schuldenbremsenlinien bewegen, dazu führen, dass – wenn überhaupt – nur ÖPP-Projekte ohne privates Kapital im Hochbau realisiert werden.

Abschließend ist darüber hinaus kritisch zu hinterfragen, ob nicht andere Aspekte viel entscheidender sind als die Frage nach der Anwendung des ÖPP-Ansatzes, um eine kosteneffiziente Leistungserstellung im Hochbau zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang ist vor allem die für die

[169] Vgl. hierzu auch IRWIN ET AL. (1997, S. 8-13) für grundlegende Ausführungen zu den Determinanten einer effizienten Risikoallokation.

Umsetzung von entbündelten Beschaffungsvarianten ausreichende Ressourcenausstattung (insbesondere mit Input-Wissen) der öffentlichen Bauverwaltungen zu nennen. Hierbei sollte insbesondere auch darüber nachgedacht werden, wie das beschaffungsvariantenübergreifende Wissensmanagement auf der Programmebene besser ausgestaltet werden kann. Auch die Möglichkeiten interkommunaler Zusammenarbeit im Bereich der Bauverwaltungen sollten (stärker) genutzt werden. Neben der personellen Ausstattung spielt die Finanzlage des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers eine entscheidende Rolle, damit Investitionen getätigt werden können, ohne die Projekt- und Vertragsausgestaltung auf die Umgehung etwaiger haushalterischer Budgetrestriktionen wie bspw. Schuldenbremsenregeln ausrichten zu müssen, um dadurch überhaupt in die Infrastruktur investieren zu können. Statt vor allem ÖPP zu thematisieren und forcieren, sollte zudem auch intensiv über andere mögliche Vertrags- oder Beschaffungsmodelle im Hochbau diskutiert werden. Hinsichtlich der Bauphase betrifft das insbesondere die Frage, in welchen Situationen tendenziell eine Einzel- oder Generalunternehmervergabe vorteilhaft ist. Aufgrund der Tatsache, dass die Bauleistungen grundsätzlich gut kontrahierbar sind, sollte aus vertragstheoretischer Sicht nach HART (2003) hinterfragt werden, inwieweit eine langfristige Bündelung mit dem Betrieb wie beim ÖPP-Ansatz überhaupt sinnvoll ist. Vor diesem Hintergrund könnte die Variante, bei der ein Bauvertrag ohne Einbezug privaten Kapitals über eine Generalunternehmervergabe sowie ein anschließender kurzfristiger Betreibervertrag ausgeschrieben wird, stärker als bisher in Betracht gezogen werden.

### 3.2.3 Kritische Einordnung und Bewertung der Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Hochbau

Nachdem ein Überblick zu den ÖPP-Projekten sowie die Eignung des ÖPP-Ansatzes im deutschen Hochbau erfolgt ist, wird im Folgenden die Anwendung des ÖPP-Ansatzes in diesem Bereich kritisch eingeordnet. Der Schwerpunkt der diesbezüglichen Ausführungen liegt auf den institutionellen Rahmenbedingungen und damit einhergehenden Fehlanreizen sowie auf einer groben Einschätzung der Kosteneffizienz bei den bisherigen ÖPP-Hochbauvorhaben. Zunächst werden jedoch für ein besseres Verständnis die wichtigen Akteure im deutschen (ÖPP-)Hochbau vorgestellt.

#### 3.2.3.1 Zentrale Akteure bei der Realisierung von (ÖPP-)Hochbauvorhaben

Bei den Akteuren im ÖPP-Hochbau in Deutschland weisen das zuständige Bundesministerium der Finanzen (BMF) und das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) bzw. dessen für den Bundeshochbau verantwortlichen Vorgängerministerien, das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) sowie das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS), relativ wenig direkte Aktivitäten in diesem Bereich auf. Seitens des BMUB kann in diesem Zusammenhang der Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei der Vorbereitung von Hochbaumaßnahmen des Bundes“ (BMUB (2014)) genannt werden. Bei Vorhaben im Bundeshochbau übernimmt im Regelfall das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung die Aufgaben in der Planungs- und Bauphase. Zum Teil trat das BMUB, jedoch vor allem das BMF als Auftraggeber

für sogenannte ÖPP-Grundlagenarbeiten durch die ÖPP Deutschland Aktiengesellschaft auf.[170] Als ein zentraler Akteur betätigte sich diese ÖPP Deutschland AG als eine im Hochbaubereich ausschließlich auf den ÖPP-Ansatz ausgerichtete Wissensmanagement-Organisation für alle föderalen Ebenen.[171] Die Eigentümer der ÖPP Deutschland AG waren der Bund, Länder und einzelne Kommunen (die zusammen ca. 57 % der Anteile hielten) sowie im ÖPP-Markt aktive privatwirtschaftliche Unternehmen.[172] Die grundsätzlichen Aufgabenbereiche der ÖPP Deutschland AG umfassten neben den bereits erwähnten Grundlagenarbeiten insbesondere Standardisierungen (z.B. die Erstellung von Musterverträgen und einem WU-Excel-Tool), die Projektberatung sowie die Aufbereitung von Marktinformationen (z.B. in Form der ÖPP-Projektdatenbank oder Marktberichten).[173] Die ÖPP Deutschland AG wurde Ende 2016 in die sogenannte PD – Berater der öffentlichen Hand GmbH (Partnerschaft Deutschland) umgewandelt.[174] Die beiden entscheidenden Änderungen im Zuge dieser Umwandlung betrafen die Eigentümerstruktur und die Ausrichtung der Wissensmanagement-Aktivitäten. Die PD ist jetzt als rein öffentliche Gesellschaft ausgestaltet, deren Eigentümer nun ausschließlich Bund, Länder, Kommunen und weitere öffentliche Verwaltungsträger sind. Das Wissensmanagement, welches bisher auf ÖPP ausgerichtet war, soll bei der PD breiter aufgestellt sein, d.h. insbesondere die Projektberatung soll nun grundsätzlich beschaffungsvariantenunabhängig erfolgen.

Neben der ÖPP Deutschland AG bzw. der PD sind weitere zentrale Akteure bei der Realisierung von (ÖPP-)Hochbauvorhaben zu nennen. So sind auch die Bau- und Gebäudemanagementverwaltungen der jeweiligen föderalen Ebene wichtige Akteure, wobei auch im Rahmen der KBV recht häufig auf externe Planer und ingenieurtechnische Berater zurückgegriffen wird, was allerdings im Vergleich zum Einsatz von juristischen, wirtschaftlichen und technischen Beratern bei ÖPP-Projekten ein wesentlich geringeres Ausmaß annimmt.[175] Die bedeutendsten staatlichen Kontrollinstanzen bei ÖPP-Projekten im Hochbau sind die (Landes-)Rechnungshöfe und Kommunalaufsichten.

Seitens der potentiellen Bieter gibt es einige bekannte Akteure im ÖPP-Hochbaumarkt wie HOCHTIEF PPP Solutions GmbH, GOLDBECK, SKE Facility Management (eine Tochterfirma von VINCI), Bilfinger (bzw. dessen Nachfolgeunternehmen) und BAM Deutschland. Vereinzelt sind auch mittelständische Bauunternehmen (wie Industriebau Wernigerode oder die Otto Wulff Bauunternehmung) aktiv, sodass

---

[170] Diese Grundlagenarbeiten sollen insbesondere der Standardisierung, dem Wissenstransfer sowie der Abschätzung, inwiefern sich bestimmte Sektoren für den ÖPP-Ansatz eignen, dienen; vgl. hierzu die Homepage der ÖPP Deutschland AG unter http://www.partnerschaften-deutschland.de/grundlagenarbeit/.

[171] Es gibt auch ÖPP-Kompetenzzentren o.Ä. auf der Ebene der Bundesländer mit vergleichbaren Aufgabenbereichen; vgl. RÖBER / REDLICH / LÜCK (2016, S. 172-177). Dies wird hier im Folgenden nicht weiter betrachtet, weil der ÖPP Deutschland AG insgesamt die größte und entscheidende Relevanz beizumessen ist.

[172] Auf die exakte Eigentümerstruktur (z.B. über die ÖPP Deutschland Beteiligungsgesellschaft mbH) wird hier nicht weiter eingegangen.

[173] Vgl. SCHUY / SUHLRIE (2009, S. 97).

[174] Siehe dazu http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegen/Privatisierungs_und_Beteiligungspolitik/2017-10-17-berater-der-oeffentlichen-hand.html. An dieser Stelle sei angemerkt, dass die ÖPP Deutschland AG als Partnerschaften Deutschland bezeichnet wurde. Zur besseren Unterscheidung wird in dieser Arbeit die Partnerschaft Deutschland bzw. PD ausschließlich für die durch Umwandlung aus der früheren ÖPP Deutschland AG entstandenen Organisation verwendet.

[175] Vgl. z.B. BRH / LRH (2011, S. 9 f.) oder SHAOUL (2011, S. 212).

die Wettbewerbsintensität wahrscheinlich höher ausfällt als bei den Bundesfernstraßen, aber immer noch deutlich geringer als im KBV-Markt.[176]

#### 3.2.3.2 Ausgestaltung des institutionellen Rahmens und damit einhergehende politökonomische Aspekte und Fehlanreize

In Deutschland geht der ÖPP-Ansatz im Hochbau aufgrund der gegenwärtigen Ausgestaltung der Programmebene mit politökonomisch erklärbaren und weiteren Fehlanreizen einher. Ähnlich wie im Bereich der Bundesfernstraßen entstehen bedingt durch die Vorfinanzierung mittels des Einbezugs privaten Kapitals politökonomisch erklärbare Fehlanreize wegen der Möglichkeit zur Umgehung von (kurzfristigen) haushalterischen Restriktionen. Auch bei der auf kommunaler Ebene weit verbreiteten Forfaitierung mit Einredeverzicht kommt es dabei zum Vorzieheffekt, wobei allerdings das private Kapital nicht im Risiko steht. Ein erstes empirisch-wissenschaftliches Indiz für die Bedeutung dieses Fehlanreizes liefern MAUSE / KRUMM (2011). Sie konnten auf Ebene der Bundesländer (indirekt auch inklusive der Kommunen) feststellen, dass die ÖPP-Aktivität umso höher ist, je restriktiver sich die jeweilige Haushaltslage darstellt, wobei dieser Effekt jedoch keine ausreichend hohe statistische Signifikanz aufweist.[177] Die Autoren begründen dies damit, dass in der öffentlichen Diskussion die Aufmerksamkeit auf jenen Fällen liegt, in denen dieser Effekt tatsächlich zum Tragen kommt, und dabei solche Fälle übersehen werden, bei denen die öffentliche Hand trotz enger Haushaltsrestriktionen keine ÖPP-Aktivitäten unternimmt. Darüber hinaus erzeugt der Vorzieheffekt auch Fehlanreize hinsichtlich einer ineffizienten Projektauswahl und -ausgestaltung. So könnte aus Sicht der öffentlichen Hand die adäquate Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit bzw. Kosteneffizienz bei der Entscheidung über die Anwendung des ÖPP-Ansatzes in den Hintergrund rücken, wenn eine Vorfinanzierung realisiert werden soll. Beiden erörterten Punkten könnte mit Regeln bezüglich des haushalterischen Umgangs mit privatem Kapital, wie sie in Abschnitt 2.3.1.1 dargestellt wurden, entgegengewirkt werden.

Ein weiterer zentraler Kritikpunkt an der Programmebene im ÖPP-Hochbaubereich betrifft die zunächst gewählte institutionelle Ausgestaltung der ÖPP Deutschland AG als zentrale Wissensmanagement-Organisation und die damit verbundenen Fehlanreize. In diesem Kontext ist vor allem die sehr eindeutige und einseitige Ausrichtung auf die Beschaffungsvariante ÖPP zu nennen.[178] Diese starke beschaffungsvariantenspezifische – und nicht wie in Abschnitt 2.3.2 empfohlene beschaffungsvariantenübergreifende – Ausrichtung dürfte sicherlich zu Fehlanreizen hinsichtlich einer ineffizienten Auswahl und Ausgestaltung von Projekten im Rahmen der Beratungstätigkeiten geführt haben. Bei der ÖPP Deutschland AG bestand ein Interessenskonflikt zwischen „neutraler Beratung“ und der letztendlichen Zielsetzung ÖPP zu fördern. Darüber hinaus konnte vor der Umwandlung die spezielle Konstruktion als Aktiengesellschaft mit der Beteiligung von Unternehmen aus dem

---

[176] Einen Hinweis auf die geringe Wettbewerbsintensität im ÖPP-Markt bietet bspw. auch die Aussage von Nikolaus Graf von Matuschka, Vorstandsvorsitzender der HOCHTIEF Solutions AG, wonach ein Vorteil an ÖPP aus Unternehmenssicht unter anderem im geringeren Konkurrenzdruck im Vergleich zu herkömmlichen Bauaufträgen liege; vgl. dazu den Artikel von SCHWAB (2014) im Wall Street Journal (Online).

[177] Vgl. für ähnliche Befunde in Frankreich bzw. Italien BUSO / MARTY / PHUONG (2014) und RUSSO / ZAMPINO (2012).

[178] In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nicht einmal die Beratung zu ÖÖP, die in vielen Aspekten ÖPP sehr ähnlich sind, im Aufgabenbereich der ÖPP Deutschland AG lag; vgl. BT-DRS. 17/1825 (2010, S. 5) und BT-DRS. 17/9895 (2012, S. 6).

Privatsektor, die ein finanzielles Interesse daran haben, dass der ÖPP-Ansatz (im Vergleich zur KBV) intensiv zum Einsatz kommt, äußerst kritisch hinterfragt werden. Zudem unterlag die ÖPP Deutschland AG nur einer sehr geringen öffentlichen und demokratischen Kontrolle, was auf die „geschickt" gestaltete privatrechtliche Gesellschaftsform zurückzuführen war. So wurde die ÖPP Deutschland AG beispielsweise nicht vom Informationsfreiheitsgesetz des Bundes erfasst.[179] Aufgrund der Rahmenvereinbarung zwischen der ÖPP Deutschland AG und den über 100 öffentlichen Auftraggebern bestand für die Rahmenvertragspartner bei ÖPP-Projekten keine Notwendigkeit zur Ausschreibung von Beratungsleistungen, sondern es gab vielmehr die Möglichkeit einer Direktvergabe an die ÖPP Deutschlang AG.[180] Die an der Rahmenvereinbarung beteiligten öffentlichen Auftraggeber hatten daher einen gewissen Beweggrund, tendenziell eher auf diese mit erheblichen Fehlanreizen behaftete Beratungsorganisation zurückzugreifen. Die Konstruktion einer solchen Rahmenvereinbarung für ÖPP-Beratungsdienstleistungen kann bei öffentlichen Auftraggebern somit auch gewissermaßen einen „Lock-In-Effekt" erzeugen. Vor dem Hintergrund der hier getroffenen Aussagen sind die erwähnten Änderungen im Zuge der Umwandlung der ÖPP Deutschland AG in die PD – Berater der öffentlichen Hand GmbH grundsätzlich zu begrüßen, die konkrete Entwicklung der PD bleibt jedoch abzuwarten. Daher kann die Performance dieser „neuen" Wissensmanagement-Organisation derzeit noch nicht beurteilt werden, weshalb die Vorgängerorganisation ÖPP Deutschland AG bei den getätigten Aussagen im Fokus gewesen ist.

Aufgrund der Komplexität und der (zumindest mit Einführung des ÖPP-Ansatzes vorhandenen) Neuartigkeit von ÖPP-Projekten hat(te) der Aufbau von Wissensmonopolen in diesem Bereich – im Vergleich zum KBV-Ansatz, wo das Wissen breit diffundiert ist – bei einzelnen involvierten Personen in öffentlichen Verwaltungen aufgrund des damit meist verbundenen Aufstiegs in der Hierarchieleiter eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Dieser Aspekt kann zu einer verstärkten „Verzerrung" bei der Projektauswahl und -gestaltung zugunsten von ÖPP durch diese Personen beitragen, damit der Rückgriff auf das von ihnen aufgebaute Wissensmonopol weiterhin notwendig bleibt.[181]

Im Zusammenhang mit der Beratung bei ÖPP-Projekten gab es nicht nur bei der ÖPP Deutschland AG Interessenskonflikte. Diese sind auch bei den von der Verwaltung häufig mit der Erstellung der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung beauftragten Beratern festzustellen, die – wohl wissend um den gegenüber KBV-Ausschreibungen stark erhöhten Beratungsbedarf in den komplexeren ÖPP-Vergabeverfahren – bei der WU-Erstellung einem (Fehl-)Anreiz zur Bevorteilung des ÖPP-Ansatzes unterliegen.[182] Diese Bevorteilung ist insbesondere wegen des fehlenden (impliziten) Wissens aufseiten der öffentlichen Hand und des nicht umfassend vorhandenen Input- und Methodenkonsenses bei der

[179] Vgl. BT-DRS. 17/9109 (2012, S. 2).

[180] Vgl. dazu die „Rahmenvereinbarung über die Erbringung von Beratungsleistungen für ÖPP-Projekte" und ÖPP DEUTSCHLAND AG (2014a, S. 4).

[181] Dies könnte sich über die Zeit verringern, wenn das Wissen über den ÖPP-Ansatz und die Erfahrungen breiter diffundiert sind.

[182] Vgl. BRH / LRH (2011, S. 9 ff.) und SIEMIATYCKI / FAROOQI (2012, S. 295 f.). Ferner wird dieser Interessenskonflikt auch durch die erhebliche Einflussnahme der Beratungsindustrie bei der Verbreitung des ÖPP-Ansatzes bspw. in Großbritannien verdeutlicht; vgl. dazu SHAOUL (2011, S. 212 ff.).

WU-Erstellung möglich, wodurch den Beratern ein opportunistischer Gestaltungsspielraum verbleibt.[183] Auf diesen Aspekt wird in Unterkapitel 4.2 noch näher eingegangen.

Zum Schluss folgt noch eine kurze Bemerkung zu den involvierten Kontrollinstanzen: Die (ex ante) Kontrolle bei ÖPP-Projekten durch die Kommunalaufsichten, deren Überprüfungsfunktion im ÖPP-Bereich in einigen Bundesländern aus übergeordneten politischen Gründen nahezu eingestellt worden sein soll, und die (meist nur ex post) stattfindende Kontrolle durch die (Landes-)Rechnungshöfe kann insgesamt als nicht ausreichend angesehen werden. Daher dürfte durch diese Monitoring-Aktivitäten letztlich keine wirkungsvolle Reduktion der diversen Fehlanreize bei ÖPP im Hochbausektor erreicht werden, allerdings dürfte ohne jegliche Kontrolle der Kommunalaufsichten und Rechnungshöfe das Ausmaß der Fehlanreize noch größer sein.

Auf etwaige kritische Aspekte hinsichtlich der Transparenz bei ÖPP-Hochbauprojekten wird an dieser Stelle nicht eingegangen, weil dies ein zentraler Punkt in Teil C ist, der hier nicht vorweggenommen werden soll.

#### 3.2.3.3 Kosteneffizienz bei bisherigen ÖPP-Hochbauvorhaben

In Bezug auf die Kosteneffizienz bisheriger ÖPP-Hochbauvorhaben besteht ein wichtiger Unterschied zu den Bundesfernstraßen darin, dass das mit Abstand am häufigsten verwendete Finanzierungsmodell bei ÖPP-Projekten im (kommunalen) Hochbau die Forfaitierung mit Einredeverzicht ist, welche im Endeffekt keine nennenswerten Kapitalkostenunterschiede gegenüber dem KBV-Ansatz impliziert. Allerdings ist bei einer Forfaitierung mit Einredeverzicht zu beachten, dass dies mit einer Rückverlagerung von Risiken auf die öffentliche Hand einhergeht, was eine Reduktion der Anreiz- und Absicherungswirkungen impliziert und somit schließlich die Kosteneffizienz doch wieder negativ beeinflussen kann. Die Beurteilung der Kosteneffizienz dürfte überwiegend vom Einzelfall und letztendlich vom tatsächlichen Ausmaß der in Abschnitt 2.2.3.1 dargestellten Aspekte abhängen. Allerdings ist vor dem Hintergrund der im vorigen Abschnitt angestellten Überlegungen eher davon auszugehen, dass die Kosteneffizienz bei den bisherigen ÖPP-Hochbauprojekten tendenziell kritisch zu bewerten ist.

Allgemein ist im Hinblick auf die Kostenwirkungen kritisch anzumerken, dass für Deutschland keine (wissenschaftlichen) empirischen Analysen zur Kosteneffizienz von ÖPP im Hochbau existieren bzw. veröffentlicht sind, die auf tatsächlich realisierten Kosten basieren.[184] Auf mögliche Gründe hierfür wird in Kapitel 4 noch näher eingegangen. Es wurde lediglich sehr intensiv über (vorläufige und abschließende) WU bzw. insbesondere über deren Methodik sowohl in Fachkreisen als auch in der Öffentlichkeit diskutiert. Im Falle einer vorläufigen WU handelt es sich jedoch um ex ante geplante bzw.

---

[183] Vgl. BECKERS / WAGEMANN / KLATT (2013, S. 174-179).

[184] In dem Bericht der Bundesregierung über ÖPP-Projekte im Betrieb (BT-DRS. 18/6898 (2015)) wird wenig detailliert das Bundeshochbauvorhaben „Neubau des Bundesministeriums für Bildung und Forschung" untersucht. Ein Ergebnis ist, dass es keine Abweichungen zwischen Plan- und Ist-Werten sowohl im Bau als auch im bisherigen Betrieb gegeben hat. Zudem haben Nachverhandlungen stattgefunden, wobei deren im Vertrag verankertes Design als ausreichend flexibel empfunden wurde. Schließlich wurde festgestellt, dass ein geringerer privater Kapitalanteil vorteilhaft gewesen wäre, verbunden mit der Empfehlung bei ähnlichen ÖPP-Projekte eine komplette Finanzierung über den Haushalt zu prüfen.

geschätzte Kosten der KBV- und ÖPP-Variante, während bei einer abschließenden WU der angebotene Preis des siegreichen Bieters die Kostenschätzung der ÖPP-Variante aus der vorläufigen WU ersetzt. Sowohl die vorläufige als auch die abschließende WU bilden folglich keine tatsächlich realisierten Kosten ab.

Im Bereich der ÖPP-Hochbauvorhaben hat insbesondere der Gemeinsame Erfahrungsbericht der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder aus dem Jahr 2011 (BRH / LRH (2011)) intensiv zur Diskussion um die Wirtschaftlichkeit derartiger Projekte beigetragen.[185] Die Aussagen in diesem Bericht basieren auf den Ergebnissen von 30 geprüften ÖPP-Projekten mit einem Gesamtprojektvolumen von 3,2 Mrd. Euro, wovon die große Mehrheit Hochbauprojekte sind. Die Prüfungen beziehen sich im Wesentlichen auf (methodische) Mängel in den WU, sodass nach den Berechnungen der Rechnungshöfe viele dieser ÖPP-Projekte im Gegensatz zu den Ergebnissen der geprüften WU keine bzw. eine deutlich geringere Kosteneffizienz gegenüber der KBV aufweisen. Neben diesem Bericht der Rechnungshöfe gibt es vereinzelt von Gebietskörperschaften (Zwischen-) Evaluationen zu ÖPP-Vorhaben im Hochbau auch unter Berücksichtigung der Kosteneffizienz. Die bislang wohl umfassendste Evaluation dürfte die der Kölner Schul-ÖPP-Projekte durch das Beratungsunternehmen DKC im Auftrag der Stadt Köln sein. Die Evaluation ist bereits abgeschlossen, allerdings ist nicht vorgesehen, den Abschlussbericht öffentlich zugänglich zu machen.[186]

Ansonsten existieren viele Beiträge verschiedener Akteure, die zwar empirische Erkenntnisse zur Performance von ÖPP-Projekten enthalten, in denen jedoch weniger die Untersuchung der Kosteneffizienz im Fokus steht, sondern eher die qualitative Darstellung und ggf. Auswertung unterschiedlichster Erfahrungen im Hinblick auf die (Nicht-)Realisierung von ÖPP-Vorhaben. Interessant ist in diesem Kontext die Studie von WESTKC (2008), welche anhand von 25 Fallstudien die Gründe und Motive für das Nichtzustandekommen und das Scheitern von ÖPP-Projekten analysiert und auf dieser Grundlage Handlungsempfehlungen ableitet.

Häufig basieren die empirischen Erkenntnisse zur Performance von ÖPP-Hochbauvorhaben auf Umfrageergebnissen unter Kommunen bzw. Projektverantwortlichen aufseiten der öffentlichen Hand. Deren Aussagekraft hinsichtlich einer objektiven Bewertung der Kosteneffizienz ist jedoch entsprechend gering und den Ergebnissen sollte daher nicht allzu viel Bedeutung beigemessen werden. In diese Kategorie fallen etwa die Studie von HESSE ET AL. (2013), die Ergebnisse einer Kurzumfrage des Hauptverbandes der deutschen Bauindustrie im Jahr 2014, die im Rahmen der „Fratzscher-

[185] Vgl. BRH / LRH (2011). Ferner wurde seit dem Gemeinsamen Erfahrungsbericht aus dem Jahr 2011 auch in einzelnen Jahres- bzw. Sonderberichten von Landesrechungshöfen über weitere geprüfte ÖPP-Projekte berichtet; vgl. z.B. SRH (2013, S. 99-104) zum ÖPP-Projekt „Landratsamt Pirna", RH RLP (2014, S. 86-94) zur Prüfung von drei ÖPP-Hochbauprojekten, von denen allerdings zwei Prüfungen bereits in den Gemeinsamen Erfahrungsbericht von 2011 eingeflossen sind, sowie der Hessische Rechnungshof für eine „Nachschau PPP – Kreis Offenbach" (HLT-DRS. 19/2404 (2015, S. 330-347)).

[186] Laut E-Mail der Gebäudewirtschaft der Stadt Köln vom 22.06.2015 als Antwort auf eine diesbezügliche Anfrage. Im Rahmen einer Internetrecherche am 05.02.2018 wurde auch weiterhin kein veröffentlichter Evaluationsbericht gefunden.

Kommission“[187] durchgeführte Umfrage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie aus dem Jahr 2015 sowie die ebenfalls in 2015 veröffentlichte Studie der Kreditanstalt für Wiederaufbau zusammen mit der ÖPP Deutschland AG zu Erfolgsfaktoren von kommunalen ÖPP-Projekten mit dem Schwerpunkt auf der Finanzierung[188].

Schließlich soll an dieser Stelle auch kurz auf die in der ÖPP-Projektdatenbank der PD ausgewiesenen Effizienzvorteile der ÖPP-Variante in Relation zur KBV eingegangen werden:[189] Die missverständliche (oder eventuell auch bewusst manipulative) Darstellung in dieser Datenbank erzeugt den Eindruck, als ob es sich bei den Angaben um tatsächlich generierte Kosteneinsparungen handelt.[190] Allerdings werden dort (häufig zu hoch) geplante KBV-Kosten[191] lediglich mit den Kosten des siegreichen ÖPP-Bieterangebots verglichen, wobei sich die Projektkosten aus Sicht der öffentlichen Hand während der langen Vertragslaufzeit bspw. durch Nachverhandlungen erhöhen können. Vor diesem Hintergrund sollte den postulierten „Effizienzvorteilen“ mit Skepsis begegnet werden.

Abschließend kann zu diesem Abschnitt zusammenfassend festgehalten werden, dass im kommunalen ÖPP-Hochbau wegen der Forfaitierung mit Einredeverzicht kein nennenswerter Kapitalkostenunterschied zum KBV-Ansatz besteht und es bisher – soweit bekannt – keine (wissenschaftlichen) empirischen Untersuchungen zur absoluten oder relativen Kosteneffizienz des ÖPP-Ansatzes bei Hochbauvorhaben in Deutschland gibt, die auf realisierten Kostendaten beruhen. Daher besteht – trotz der im folgenden Kapitel 4 thematisierten Herausforderungen und Limitationen – eine Rationalität für eine umfangreiche (möglichst alle Projekte umfassende) transparente und unabhängige Evaluation.

## 3.3 Fazit

Obwohl im Bereich der Bundesfernstraßen und des (Bundes-)Hochbaus das Input-Wissen weit verbreitet und auch bei den öffentlichen Auftraggebern grundsätzlich vorhanden ist bzw. durch den mit verhältnismäßig geringen Kontrahierungsproblemen einhergehenden Einbezug von technischer Expertise zur Verfügung steht, kommt neben dem überwiegend verwendeten – und in dieser Wissenskonstellation auch geeigneten – KBV-Ansatz immer wieder auch die Beschaffungsvariante ÖPP zum Einsatz, die in solchen Fällen jedoch grundsätzlich als ungeeignet einzustufen ist. Vor diesem

[187] So wurde die von Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel im August 2014 eingesetzte (Experten-)Kommission „Stärkung von Investitionen in Deutschland“, deren Vorsitzender Prof. Marcel Fratzscher gewesen ist, bezeichnet.

[188] Vgl. HDB (2014), BMWI (2015, S. 34-42) bzw. KFW / ÖPP DEUTSCHLAND AG (2015).

[189] In diesem Kontext ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die auf der ÖPP-Projektdatenbank abrufbaren Informationen auf freiwilligen Angaben von Projektträgern und Auftragnehmern basieren. Für die ÖPP-Projektdatenbank siehe https://www.ppp-projektdatenbank.de/index.php?id=9.

[190] Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass die ÖPP DEUTSCHLAND AG (2014c, S. 21) bspw. im Rahmen eines Jahresberichts zu ÖPP in Deutschland im Jahr 2014 auf folgenden Sachverhalt hinweist: „Bislang liegen uns noch keine belastbaren Auswertungen darüber vor, ob der Private das jeweilige Projekt tatsächlich wirtschaftlicher umsetzen konnte als die öffentliche Hand und ob die bei Zuschlag bestehenden Verpflichtungen des privaten Partners auch dauerhaft eingehalten wurden. Dies ist angesichts der intensiven öffentlichen Diskussion zu dieser Frage und angesichts der Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes nicht befriedigend […].“

[191] Vgl. BRH / LRH (2011, S. 18 ff.).

Hintergrund ist im Übrigen der Personal- und damit (Input-)Wissensabbau in den öffentlichen Bauverwaltungen kritisch zu hinterfragen.

Hinsichtlich der Kosteneffizienz ist bei den ÖPP-Projekten auf den Bundesfernstraßen mit dem vom privaten Auftragnehmer bereitzustellenden Kapital davon auszugehen, dass die erhöhten Kapitalkosten nicht durch effizienzsteigernde Maßnahmen im realwirtschaftlichen Bereich wettgemacht werden können, weshalb im Vergleich zur KBV im Endeffekt mit höheren Realisierungskosten zu rechnen ist. Neben der Risikoübertragung sind die erhöhten Kapitalkosten des privaten Auftragnehmers vor allem auch auf vertragliche und institutionelle Risiken im Rahmen der langfristigen und komplexen ÖPP-Verträge bei den A- und V-Modell-Projekten zurückzuführen. Zudem ist insbesondere bei den A-Modellen aufgrund der Vertragsausgestaltung von einer schlechteren Kosteneffizienz im Vergleich zu einer konventionellen Realisierung auszugehen, weil die Übertragung des nicht beeinflussbaren Verkehrsmengenrisikos auf den privaten Auftragnehmer zu unnötig hohen Kapitalkosten beigetragen hat. Vor diesem Hintergrund ist der vollzogene Wechsel zum V-Modell zwar zu begrüßen, allerdings bleiben die grundlegenden Probleme des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesfernstraßen bestehen.

Diese grundlegende Erkenntnis, dass die erhöhten Kapitalkosten nicht mehr durch Effizienzeinsparungen auszugleichen sind, gilt grundsätzlich auch beim ÖPP-Ansatz im (kommunalen) Hochbau in Deutschland, wobei allerdings zwei Besonderheiten zu berücksichtigen sind: Zum einen wird bei der Finanzierung vieler ÖPP-Hochbauprojekte auf die Forfaitierung mit Einredeverzicht zurückgegriffen, sodass das einbezogene private Kapital nach der Bauabnahme nicht mehr im Risiko steht, was zu fast identischen Kapitalkosten wie bei einer öffentlichen Finanzierung führt. Allerdings geht die Forfaitierung mit Einredeverzicht mit einer Rückverlagerung von Risiken auf die öffentliche Hand einher, was eine Reduktion der Anreiz- und Absicherungswirkungen impliziert und somit schließlich die Kosteneffizienz doch wieder negativ beeinflussen kann. Es ist wichtig zu betonen, dass bei der Forfaitierung mit Einredeverzicht der Fehlanreiz zur Vorfinanzierung bestehen bleibt. Zum anderen gibt es zunehmend auch ÖPP-Hochbauprojekte ohne jeglichen Einbezug privaten Kapitals, bei denen die öffentlichen Auftraggeber die Finanzierung übernehmen. In beiden Fällen besteht letztlich kein nennenswerter Unterschied hinsichtlich der Kapitalkosten gegenüber der KBV, sodass sich die Vorteilhaftigkeit einer Beschaffungsvariante im Einzelfall je nach Ausprägung der kostensteigernden und -senkenden Effekte entscheiden wird. Im Zusammenhang mit der Kosteneffizienz der Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Hochbau fällt auf, dass bisher keine umfassende, unabhängige (wissenschaftliche) Evaluation sowohl der tatsächlich realisierten Kosten von ÖPP-Projekten im Vergleich zu KBV-Projekten als auch hinsichtlich eines Abgleichs der geplanten mit den tatsächlich realisierten Kosten bei ÖPP-Vorhaben gegeben hat. Auf mögliche Erklärungsansätze hierfür wird im nächsten Kapitel eingegangen.

Unter Berücksichtigung der Wissensstände und vor dem Hintergrund der Erkenntnisse zur Kosteneffizienz ist die bisherige Anwendung des ÖPP-Ansatzes, die trotz der grundsätzlich geringen Eignung dieser Beschaffungsvariante bei den Bundesfernstraßen und im (Bundes-)Hochbau vorangetrieben wird und zumindest im Bereich der Bundesautobahnen ein beachtliches Ausmaß annimmt, vor allem politökonomisch zu erklären. Denn die derzeitige Ausgestaltung der institutionellen Rahmenbedingungen weist einige Defizite auf, sodass Fehlanreize und opportunistisches Verhalten von Akteuren im öffentlichen Sektor nicht ausreichend begrenzt werden. So kann mit ÖPP-Projekten – wie

durch die bisherigen ÖPP-Vorhaben bei den Bundesautobahnen geschehen – die deutsche Schuldenbremse umgangen werden, weil das vom Auftragnehmer zur Investitionsfinanzierung bereitgestellte private Kapital nicht auf die Staatsverschuldung angerechnet wird. Dies erzeugt einen systematischen, politökonomisch erklärbaren Fehlanreiz zur Vorfinanzierung, der sich auf die Auswahl der Beschaffungsvarianten auswirkt, denn im Fokus der Beschaffungsentscheidung steht somit nicht unbedingt die Wirtschaftlichkeit der Maßnahme, sondern vielmehr die Schaffung zusätzlicher Investitionsspielräume. Insbesondere dieser Fehlanreiz erklärt die hohe politische Attraktivität des ÖPP-Ansatzes (vor allem im Bereich der Bundesfernstraßen).

Zur Beseitigung des Vorfinanzierungsfehlanreizes sollten, wie in Abschnitt 2.3.1.1 diskutiert, dringend Regeln etabliert werden, die im Kern zu einer haushalterischen Anrechnung des privaten Kapitals in ÖPP-Projekten führen. Das (Input-)Wissen für das Design und die Anwendung solcher Regeln ist in Deutschland für die beiden im Rahmen dieser Arbeit betrachteten Sektoren in jedem Fall vorhanden. Speziell bei den Bundesfernstraßen gibt es zudem bestimmte Finanzierungsregeln im Kontext der Länderquoten, die zu einer Bevorzugung des ÖPP-Ansatzes durch die Länder beitragen und somit die Entscheidung bei der Beschaffungsvariantenauswahl verzerren können. Diesbezüglich sollten Änderungen dahingehend angestrebt werden, dass Finanzmittel im Rahmen von ÖPP-Projekten nicht mehr außerhalb der Länderquote verbucht werden. Ein weiterer zu kritisierender Aspekt bei der Ausgestaltung der Programmebene war die Etablierung der ÖPP Deutschland AG und der VIFG als (ÖPP-)Wissensmanagement-Organisationen auf der Programmebene. Die Grundidee einer Verbesserung des zentralen Wissensmanagements im öffentlichen Beschaffungswesen ist zwar zu begrüßen, aber diese beiden Wissensmanagement-Organisationen waren zu einseitig auf die Beschaffungsvariante ÖPP ausgerichtet, sodass bei ihren (Beratungs- und Unterstützungs-) Tätigkeiten gewisse Fehlanreize bestanden haben dürften. Grundsätzlich könnten im Realisierungsprozess (insbesondere die vorläufigen) Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ein Instrument zur Begrenzung der erwähnten Fehlanreize sein. Allerdings wirken sich die Fehlanreize derzeit auch auf die WU-Erstellung aus, sodass vorhandene Gestaltungsspielräume zugunsten der ÖPP-Variante opportunistisch ausgenutzt werden können. Die Gründe hierfür werden im nächsten Kapitel noch genauer untersucht.

Letzten Endes ist allerdings weniger die Frage entscheidend, ob der ÖPP-Ansatz bei den Bundesfernstraßen und im (Bundes-)Hochbau zu befürworten oder abzulehnen ist, sondern es bleibt vielmehr zu konstatieren, dass neben der Beseitigung der genannten Fehlanreize andere sinnvollere Maßnahmen zur Verbesserung der Beschaffung im öffentlichen Sektor (im Rahmen der KBV) bestehen, insbesondere hinsichtlich der Steigerung der Kosteneffizienz. An dieser Stelle sei bspw. auf Folgendes hingewiesen: Von besonderer Bedeutung ist eine adäquate Ressourcenausstattung der öffentlichen (Bau-)Verwaltungen mit (Input-)Wissen. Zusätzlich ist das Wissensmanagement zu verbessern und in jedem Fall beschaffungsvariantenübergreifend und -neutral auszurichten. Schließlich sind Veränderungen an den institutionellen Lösungen zur Bereitstellung und Finanzierung umsetzbar, die eine zuverlässige und sichere Mittelbereitstellung ermöglichen.[192] Allerdings lösen diese Vorschläge

[192] Hinsichtlich des kommunalen Hochbaubereichs könnten interkommunale Zusammenarbeiten stärker gefördert und weiterentwickelt werden.

das Problem der diversen Fehlanreize bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes nicht. Neben den hier bereits erwähnten potentiellen Gegenmaßnahmen (Regeln zur Anrechnung privaten Kapitals und adäquat durchgeführte Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen) wäre dazu letztendlich auch eine Erhöhung der Transparenz nötig, die im Fokus der Analysen in den Teilen B und C steht.

# 4 Ökonomische Einordnung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Herausforderungen bei ihrer Erstellung

In diesem Kapitel wird über die abstrakte und theoriegeleitete Untersuchung des ÖPP-Ansatzes (Kapitel 2) sowie dessen Eignung im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus (Kapitel 3) hinaus der grundsätzlichen Frage nachgegangen, welche potentiellen Motive für die besonderen Herausforderungen bei der Durchführung quantitativer empirischer Analysen in Bezug auf Beschaffungsvarianten bestehen und wie dies mit der Ermittlung von Projektkosten bei ÖPP in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (WU) zusammenhängt. Zunächst werden mögliche Motive kurz dargestellt (Unterkapitel 4.1). Im Anschluss daran wird genauer auf spezielle Herausforderungen bei der Erstellung von WU im Kontext von ÖPP eingegangen (Unterkapitel 4.2). Das Kapitel endet mit einem Fazit (Unterkapitel 4.3).

## 4.1 Potentielle Motive für die Durchführung von quantitativen empirischen Analysen im Kontext von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

In diesem Unterkapitel wird der Frage nachgegangen, aus welchen Beweggründen quantitative empirische Analysen im Kontext von WU bei ÖPP- und KBV-Projekten prinzipiell durchgeführt werden könnten. Im Folgenden werden drei potentielle Motive vorgestellt.

#### *EX POST BEURTEILUNG DER EIGNUNG VON BESCHAFFUNGSANSÄTZEN BEI REALISIERTEN PROJEKTEN*

Ein erstes mögliches Motiv für die Durchführung von (ex post) quantitativen empirischen Analysen kann in der Evaluierung der Anwendung des ÖPP-Ansatzes und der KBV bei realisierten Projekten liegen.[193] So können empirische Analysen zur systematischen Erfassung und Auswertung von realisierten Projektkosten und Risiken sowie den weiteren – in Unterkapitel 2.2 dargestellten – kosten- und nutzenbezogenen Effekten unter Berücksichtigung der jeweiligen Projekteigenschaften und Rahmenbedingungen dienen. Des Weiteren könnten beispielsweise mit der Untersuchung der Projektperformance Faktoren (z.B. Eigenschaften und Rahmenbedingungen der Vorhaben) identifiziert werden, die maßgeblich den (Miss-)Erfolg der realisierten Projekte beeinflusst haben, wobei in diesem Kontext die Kosteneffizienz als entscheidendes Erfolgskriterium anzusehen ist. Weitere relevante Kriterien könnten die (Angebots- und Substanz-)Qualität der Infrastruktur und die zeitliche Effektivität (Realisierungsdauer) sein.[194]

#### *EX ANTE BEURTEILUNG DER EIGNUNG VON BESCHAFFUNGSANSÄTZEN BEI ZUKÜNFTIGEN PROJEKTEN*

Des Weiteren kann auch die Generierung von Erkenntnissen, die zur Beurteilung der Eignung des ÖPP-Ansatzes und der KBV bei zukünftigen Projekten beitragen, ein potentielles Motiv für die Durchführung quantitativer Analysen darstellen. Dieser Aspekt ist eng mit dem ersten Motiv verbunden, ist jedoch

[193] Siehe hierzu auch LIU ET AL. (2014).

[194] Siehe hierzu auch Abschnitt 2.2.2. Zwischen den drei Kriterien Kosten, Qualität und zeitliche Effektivität gibt es vielfältige Wechselwirkungen, die mithilfe von empirischen Analysen untersucht werden können.

prospektiv ausgerichtet, da es darum geht, eine ex ante Einschätzung vornehmen zu können. Die generierten Erkenntnisse bezüglich der Eignungsfaktoren können bei zukünftigen Projekten im Rahmen der Auswahl der Beschaffungsvariante berücksichtigt werden. Außerdem können die Ergebnisse von quantitativen empirischen Analysen zu Kosten, Risiken und ggf. weiteren Effekten bei der Erstellung von WU verwendet werden. Als spezieller Punkt ist hierbei die Möglichkeit zur Generierung von sogenannten Kostenkennwerten durch (umfangreiche) quantitative empirische Analysen realisierter Projekte hervorzuheben, die bei WU für die Ermittlung von ex ante Projektkosten eine große Relevanz aufweisen.[195] In diesem Kontext sei abschließend darauf hingewiesen, dass die Generierung und die Zurverfügungstellung von Kostendaten bzw. Kostenkennwerten einen Bezug zum Wissensmanagement auf der Programmebene haben.[196]

#### *Überprüfung bzw. kritisches Hinterfragen von aus der Theorie abgeleiteten Hypothesen hinsichtlich der Anwendung von Beschaffungsansätzen*

Darüber hinaus dienen empirische Analysen im wissenschaftlichen Kontext häufig auch zur Überprüfung bzw. dem kritischen Hinterfragen von aus der Theorie abgeleiteten Hypothesen.[197] So könnten empirische Untersuchungen beispielsweise dazu beitragen, sowohl die Richtung als auch die Gewichtung einzelner Effekte, die in Unterkapitel 2.2 überwiegend theoriegeleitet betrachtet wurden, zu überprüfen und zu konkretisieren.[198] Infolge der empirischen Analysen können die Hypothesen ggf. bestätigt oder abgelehnt werden. Eine Ablehnung kann ein Anstoß für ein Überdenken der Hypothesen oder sogar der dahinterliegenden Theorie darstellen. Eine Herausforderung bei der Durchführung solcher empirischen Untersuchungen besteht jedoch regelmäßig darin, andere mögliche von der Theorie nicht abgedeckte erklärende Faktoren adäquat zu erfassen.

#### *Speziell im Kontext von empirischen Analysen zum Performance-Vergleich zwischen ÖPP- und KBV-Projekten zu berücksichtigender Aspekt*

Abschließend sei noch auf einen Aspekt im Zusammenhang von quantitativen Untersuchungen hingewiesen, welche die Performance zwischen ÖPP- und KBV-Projekten vergleichen.[199] Die Sicherstellung einer angemessenen Vergleichbarkeit von ÖPP- und KBV-Vorhaben ist zweifellos als problematisch einzuordnen, da sich Projekte kaum ähneln und sich die Beschaffungsprozesse sowohl zwischen den Vorhaben als auch zwischen den verschiedenen öffentlichen Auftraggebern stark unterscheiden. Somit kann die Konstruktion von hypothetischen Vergleichsprojekten nicht wirklich als sinnvolle Vorgehensweise für eine quantitative Untersuchung eingestuft werden. Allenfalls ist eine komparative Analyse zwischen Pools von realisierten ÖPP- und KBV-Projekten mit hinreichend vergleichbaren Eigenschaften und Rahmenbedingungen von Nutzen.

---

[195] Vgl. Wagemann (2015, S. 96-103) zur quantitativen empirischen Ermittlung von Kostenkennwerten.

[196] Siehe hierzu auch Abschnitt 2.3.2.

[197] Vgl. Rosenberg (2005, S. 196 ff.).

[198] Vgl. Wagemann (2015, S. 49).

[199] Vgl. Raisbeck / Duffield / Xu (2010, S. 349 f.).

## 4.2 Besondere Herausforderungen bei der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Kontext von ÖPP

Die Erstellung von WU im Rahmen von Beschaffungsentscheidungen ist generell nicht als einfach einzustufen. Allerdings geht die WU-Erstellung speziell im Kontext von ÖPP mit besonderen Schwierigkeiten einher. Die Aussagen in diesem Unterkapitel beziehen sich insbesondere auf die Erstellung von vorläufigen WU bei ÖPP im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus. Im Folgenden wird zunächst die grundlegende gemäß entsprechender Leitfäden in der ÖPP-Praxis vorherrschende WU-Methodik, vor allem die elementaren Bestandteile einer WU, vorgestellt (Abschnitt 4.2.1). Daran schließt sich die Darstellung von besonderen methodischen Herausforderungen bei der Erstellung von WU im Kontext von ÖPP an (Abschnitt 4.2.2). Abschließend werden Fehlanreize und Opportunismuspotentiale betrachtet, die sich auf die Erstellung von WU bei ÖPP-Vorhaben auswirken (Abschnitt 4.2.3).

### 4.2.1 Grundlagen zur Methodik von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten

Die vorläufige WU ist ein zentrales Dokument im ÖPP-Realisierungsprozess, weil sich hierbei letztlich entscheidet, ob die Vergabe des Projektes tatsächlich als ÖPP oder als KBV erfolgt.[200] Die Grundlagen der WU-Methodik sind in verschiedenen sektorübergreifenden und -spezifischen Verwaltungsvorschriften und Leitfäden kodifiziert.[201] Der sektorübergreifende Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsberechnung bei PPP-Projekten" der Arbeitsgruppe Finanzministerkonferenz ist hierbei für die ÖPP-Praxis prägend gewesend. Die Leitfäden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für die Vergabe der Betreibermodelle nach dem A-Modell im Bundesautobahnbau“ der VIFG und „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (WU) bei der Vorbereitung von Hochbaumaßnahmen des Bundes“ des BMUB sind als die relevanten sektorspezifischen Leitfäden auf Bundesebene zu nennen. Die in den ÖPP-Leitfäden dargestellte und in der Praxis entsprechend angewandte WU-Methodik kann umfassend kritisiert werden, aber dies liegt nicht im Fokus dieses Abschnitts.[202] Die Ausführungen zu den Grundlagen der WU-Methodik beziehen sich überwiegend – trotz der unzureichenden Qualität – auf die genannten Leitfäden und die dadurch geprägte ÖPP-Praxis bei der WU-Erstellung. Diese Ausrichtung wurde auch deshalb gewählt, weil die Analysen zur Transparenz bezüglich WU in Unterkapitel 9.2 auf diesem Status quo der WU-Methodik in Deutschland basieren.

Die vorläufige WU beinhaltet in erster Linie einen quantitativen Vergleich zwischen dem Barwert der Kosten einer Realisierung nach dem KBV-Ansatz (dem sogenannten Public Sector Comparator (PSC)) und dem Barwert der Realisierungskosten beim ÖPP-Ansatz (dem sogenannten ÖPP-Vergleichswert). Mit der Verwendung des Barwerts werden die unterschiedlichen Zahlungsströme bei ÖPP und KBV

---

[200] Vgl. AGFMK (2006, S. 20).

[201] Siehe für eine Übersicht zu den Verwaltungsvorschriften und Leitfäden in Deutschland z.B. auch WAGEMANN (2015, S. 79-92).

[202] An einzelnen Stellen wird in Fußnoten dennoch auf einige Kritikpunkte hingewiesen. Für eine umfangreiche Analyse zu der Frage, wie die WU-Methodik bei ÖPP-Projekten aus institutionenökonomischer Sicht aussehen sollte, und einer darauf basierenden kritischen Auseinandersetzung mit ÖPP-Leitfäden und der Praxis der WU-Erstellung in Deutschland sei hier z.B. auf BECKERS ET AL. (2014b) verwiesen.

mittels Diskontierung vergleichbar gemacht. Die Bestimmung bzw. die Wahl des Diskontierungszinssatzes ist für das Ergebnis einer WU von hoher Bedeutung.[203]

Beim quantitativen Vergleich werden zunächst die Kosten für die verschiedenen Bereiche Planung, Bau, Betrieb, Erhalt und Management für den PSC ermittelt. Ausgehend vom PSC wird dann durch Zu- und Abschläge in den jeweiligen Kostenbereichen, die sogenannten Effizienzunterschiede, der ÖPP-Vergleichswert ermittelt. Dieser sogenannte Ansatz der relativen Kostenermittlung bzw. der Relativbetrachtung ist beim ÖPP-Ansatz notwendig, weil keine belastbaren ÖPP-Kostenkennwerte vorhanden sind.[204] Hierbei ist zu betonen, dass die Annahmen zu den Effizienzunterschieden zwischen dem ÖPP- und KBV-Ansatz im Bau sowie bei Betrieb und Erhaltung somit von entscheidender Bedeutung für das Ergebnis der vorläufigen WU sind.

Des Weiteren werden bei der KBV- und ÖPP-Variante sogenannte Risikokosten für die verschiedenen Kostenbereiche separat und nicht über die Effizienzunterschiede abgeschätzt.[205] Bei den Risikokosten in den WU handelt es sich prinzipiell um die erwarteten Kostenüberschreitungen.[206] Aus ökonomischer Sicht ist wichtig zu betonen, dass sich dieses Konzept vom üblichen ökonomischen Risikobegriff unterscheidet, der sowohl die positiven als auch die negativen Abweichungen einer zufallsbehafteten Größe vom Erwartungswert umfasst (und mathematisch durch die Varianz beschrieben wird). Des Weiteren sind die in den WU ermittelten Risikokosten auch nicht identisch mit den aus der Ökonomie bekannten Risikokosten im Sinne einer Risikoprämie für die Übernahme von Risiken bei einem risikoaversen Akteur.[207]

Zusätzlich zu den beschriebenen Kostenbereichen werden mitunter weitere spezielle Kosten in den WU berücksichtigt. Dies betrifft z.B. die sogenannten Remanenzkosten, die meist nur bei der ÖPP-Variante vor allem im Personalbereich der öffentlichen Hand anfallen, weil diese (Personal-)Kosten dann weiterhin bestehen und nur sukzessive abgebaut werden können.[208] Außerdem können beispielsweise die sogenannten Wechselkosten in den WU berücksichtigt werden. Falls das beste Bieterangebot für die ÖPP-Variante bei der abschließenden WU eine geringere Wirtschaftlichkeit aufweist als der PSC, ist das Vergabeverfahren grundsätzlich aufzuheben.[209] Die bei einem Wechsel der Beschaffungsvariante zusätzlich entstehenden Kosten aufgrund der Vergabeaufhebung, wie z.B. die Kosten für die erneute Ausschreibung des Projektes mit dem KBV-Ansatz und für eventuell auftretende

---

[203] Für die Bedeutung und Bestimmung von Diskontierungszinssätzen bei der Erstellung von WU siehe BECKERS ET AL. (2009) und MÜHLENKAMP (2015, S. 190-208).

[204] Der Begriff der relativen Kostenermittlung bzw. der Relativbetrachtung entstammt nicht den Leitfäden zur Methodik von WU für ÖPP-Projekte in Deutschland, sondern wurde u.a. von WAGEMANN (2015, S. 125-129) geprägt und dient hier als Beschreibung bzw. Einordnung des methodischen Vorgehens im Status quo. Siehe hinsichtlich der Verfügbarkeit von ÖPP-Kostenkennwerten auch den folgenden Abschnitt 4.2.2.

[205] Dieses methodische Vorgehen wird von BECKERS ET AL. (2014b, S. 147 ff.) kritisiert. Dort wird vorgeschlagen, den ÖPP-Vergleichswert aus dem adäquat ermittelten Erwartungswert des PSC abzuleiten, welcher also bereits die Risikokosten im Sinne der erwarten Kostenüberschreitungen beinhaltet.

[206] Vgl. MÜHLENKAMP (2015, S. 221 f.).

[207] Vgl. BECKERS ET AL. (2014b, S. 127 ff.), die vor dem Hintergrund der Ausführungen das in den WU verwendete Risikokonzept wegen der begrifflichen Unklarheit und der methodischen Inkonsistenz kritisieren.

[208] Vgl. AGFMK (2006, S. 30 f.).

[209] Vgl. AGFMK (2006, S. 34 f.) und VIFG (2008, S. 13).

Bieterentschädigungen infolge der abgebrochenen ÖPP-Vergabe, werden als Wechselkosten bezeichnet und sollten bereits in der vorläufigen WU angemessen Berücksichtigung finden.[210]

Neben den dargestellten Kosten werden auch etwaige Nutzen in der vorläufigen WU monetarisiert oder nicht monetär betrachtet.[211] Auf die grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob Nutzeneffekte im Rahmen einer WU für ein ÖPP-Projekt generell berücksichtigt werden sollten, wird an dieser Stelle nicht eingegangen.[212] Monetarisierte Nutzeneffekte umfassen bei den WU im Bundesfernstraßenbau die Reduktion von Reisezeit-, Stau- und Unfallkosten für die Nutzer der Verkehrsinfrastruktur. Insbesondere die Differenzen bei der Reduktion der Reise- und Staukosten zwischen dem ÖPP- und KBV-Ansatz ergeben sich meist durch die (angenommenen) Unterschiede in der Realisierungsdauer multipliziert mit entsprechenden (Zeit-)Kostenansätzen. Nicht monetär bewertete Effekte in den WU bei ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen sind z.B. die Dauerhaftigkeit der Vermögenswerte und die Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands.[213] Aus methodischer Sicht birgt die Berücksichtigung von Nutzeneffekten durchaus die Gefahr von Doppelzählungen und Inkonsistenzen bezüglich der eingenommenen Betrachtungsperspektive.[214]

Um den Einfluss der Annahmen und den damit einhergehenden Umgang mit Unsicherheit auf das Ergebnis zu überprüfen, werden beim Kostenvergleich, aber zum Teil auch beim monetarisierten Nutzenvergleich, Sensitivitäts- und Szenarioanalysen durchgeführt.[215] Bei den Sensitivitätsanalysen werden einzelne Parameter wie z.B. Effizienzunterschiede im Bau, Inflation und Fremdkapitalkosten variiert, um zu untersuchen, wie sich eine Abweichung vom ursprünglich angenommenen Parameterwert auf das Ergebnis des Beschaffungsvariantenvergleichs auswirkt. Bei Szenarioanalysen werden mehrere, meist im Rahmen der Sensitivtiätsanalysen als wesentlich identifizierte Parameter gleichzeitig verändert. Dabei können auch Wechselwirkungen zwischen den Parametern analysiert werden.

Das vorgestellte Vorgehen zur Ermittlung der Vorteilhaftigkeit zwischen den beiden Beschaffungsvarianten stellt das Grundgerüst der Methodik der vorläufigen WU dar. Der Kosten- und Nutzenvergleich werden für das finale Ergebnis zusammengeführt, wobei zur Entscheidungsfindung maßgeblich der Kostenvergleich herangezogen wird. In bestimmten Fällen, z.B. wenn der PSC und der ÖPP-Vergleichswert nahe beieinander liegen, wird zusätzlich der monetäre und / oder qualitative

---

[210] Vgl. WAGEMANN (2015, S. 135). In den sektorspezifischen Leitfäden zur Methodik von WU für ÖPP-Projekte bei den Bundesfernstraßen (VIFG (2008)) und im Bundeshochbau (BMUB (2014)) sind Wechselkosten zwar nicht enthalten, sie werden aber auch nicht explizit ausgeschlossen.

[211] Vgl. BWV (2013, S. 42-48 bzw. S. 49-52) für die Methodik des monetären Nutzenvergleichs bzw. des qualitativen, also nicht monetären Nutzenvergleichs bei den WU für ÖPP-Vorhaben im Bereich der Bundesfernstraßen. Vgl. BMUB (2014, S. 20 f. und S. 163-169) für die WU-Methodik beim nicht monetären Nutzenvergleich (in Form von Nutzwertanalysen) für ÖPP-Projekte im Bundeshochbau.

[212] Siehe zur Frage der Berücksichtigung von Nutzeneffekten im Rahmen von WU für ÖPP-Projekte z.B. WAGEMANN (2015, S. 162 ff.).

[213] Vgl. BWV (2013, S. 50).

[214] Vgl. BWV (2013, S. 51) und MÜHLENKAMP (2016), die dieses methodische Vorgehen insbesondere hinsichtlich der qualitativen, also nicht monetär bewerteten Nutzeneffekte kritisieren.

[215] Vgl. BECKERS ET AL. (2014b, S. 223 f. und S. 231 f.) sowie z.B. die WU-Leitfäden BMF (2011, S. 27 f.) und BMUB (2014, S. 156-163).

Nutzenvergleich in der Entscheidungsfindung berücksichtigt.[216] Letztendlich soll die vorläufige WU dazu dienen, die Beschaffungsentscheidung auf eine solide(re) (Informations-)Basis zu stellen und deren Nachvollziehbarkeit zu erhöhen.[217] Zur vorläufigen WU sei abschließend erwähnt, dass die ermittelten Projektkosten zudem die Grundlage für die Festlegung der Obergrenze für die Veranschlagung des jeweiligen Projektes im Haushalt bilden.[218]

### 4.2.2 Besondere methodische Herausforderungen bei empirischen Analysen und Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Kontext von ÖPP

Bei der Durchführung von empirischen Analysen und WU treten vielfältige Herausforderungen auf, die im Folgenden beschrieben werden.

***LANGE VERTRAGSLAUFZEITEN***

An erster Stelle seien die für den ÖPP-Ansatz charakteristischen langen Vertragslaufzeiten genannt, die eine umfassende und weitestgehend unverzerrte Beurteilung erst nach Vertragsende ermöglichen. Aufgrund dieser Tatsache sind empirische Performance-Studien zu noch laufenden ÖPP-Projekten lediglich als Zwischenergebnisse einzustufen, wie dies z.B. in BLANC-BRUDE / GOLDSMITH / VÄLILÄ (2009) mit den Baukosten von ÖPP-Fernstraßenprojekten der Fall ist.[219]

Im Kontext der Ermittlung von Projektkosten in vorläufigen WU nimmt der Prognosecharakter aufgrund der langen Vertragslaufzeiten stark zu. Des Weiteren steigen auch die Komplexität eines Projektes und die (Umwelt-)Unsicherheit mit zunehmender Vertragslaufzeit an, sodass bspw. Nachverhandlungen und deren Kosten für die öffentliche Hand sehr schwer abzuschätzen sind. Außerdem trägt der langfristige Prognosehorizont dazu bei, dass die Anfälligkeit für psychologisch bedingte Fehler wie den sogenannten „Optimism Bias" steigt, der zu einer zu optimistischen Einschätzung der Kosten, d.h. einer Kostenunterschätzung, führt. Aufgrund der genannten Aspekte ist die Aussagekraft von WU wegen der langen Vertragslaufzeit bei ÖPP-Projekten limitiert.

***DATENVERFÜGBARKEIT***

Mit den langen Vertragslaufzeiten bei ÖPP geht darüber hinaus die Herausforderung einher, die für empirische Analysen notwendigen (Kosten-)Daten und weiteren relevanten Parameter über lange Zeiträume adäquat zu managen, sodass insgesamt eine hohe Datenverfügbarkeit gewährleistet ist.[220] Insbesondere wissenschaftliche Studien mit einem statistisch-ökonometrischen Ansatz stehen zusätzlich zu den Herausforderungen beim Datenmanagement vor dem Problem, dass die nach wie vor

---

[216] Vgl. BMUB (2014, S. 168 f.) und BWV (2013, S. 11).

[217] Vgl. MÜHLENKAMP (2015, S. 30 f.).

[218] Vgl. WAGEMANN (2015, S. 91).

[219] In der quantitativen empirischen Analyse von BLANC-BRUDE / GOLDSMITH / VÄLILÄ (2009) wurden die von den Unternehmen angebotenen Preise für den Bauteil des ÖPP-Projektes (ohne Berücksichtigung der Kapitalkosten) untersucht, sodass damit nicht die tatsächlich realisierten Kosten der Leistungserstellung beim Auftragnehmer erfasst wurden. Sofern keine strategischen Gebote und Nachverhandlungen vorliegen, wovon bei ÖPP im Regelfall allerdings nicht auszugehen ist, können die zu zahlenden Angebotspreise für den Bauteil aus Sicht der öffentlichen Hand als Baukosten angesehen werden.

[220] Vgl. BECKERS ET AL. (2014b, S. 135 f. und S. 143).

recht geringe Anzahl von ÖPP-Projekten im jeweiligen Sektor bzw. Bereich oftmals keine validen und robusten Aussagen zulässt.[221]

Die begrenzte Datenverfügbarkeit bedeutet speziell für die Durchführung von WU, dass für die Ermittlung der Kosten der ÖPP-Variante keine belastbaren ÖPP-spezifischen Kostenkennwerte vorhanden sind. Aus diesem Grund kommt der im vorherigen Abschnitt beschriebene Ansatz der relativen Kostenermittlung zum Einsatz, der allerdings das Ergebnis stark beeinflussende Annahmen erfordert. Die angemessene Festlegung dieser Annahmen sowie deren Begründung und Dokumentation stellen eine große Herausforderung bei der Erstellung von WU im Kontext von ÖPP dar. Ein möglicher Lösungsansatz zur Reduktion der Datenverfügbarkeitsproblematik besteht in der Verbesserung der (Kosten-)Datenbasis von ÖPP-Projekten, um perspektivisch belastbare ÖPP-spezifische Kostenkennwerte generieren und damit einhergehend den ÖPP-Vergleichswert direkt berechnen zu können.[222] Allerdings dürfte das Ausschöpfen dieses Verbesserungspotentials mit einem hohem Aufwand einhergehen und letztlich die Probleme bei der Datenverfügbarkeit auch nur in begrenztem Ausmaß verringern.[223] Ein Grund dafür ist z.B. die vertragliche Komplexität bei ÖPP-Projekten, die das Erfassen und Auswerten der Daten erschwert.

***SCHNITTSTELLENPROBLEMATIK BZW. INTERDEPENDENZEN ZWISCHEN LEISTUNGSBEREICHEN***

Des Weiteren ist zu beachten, dass sich der Wert von empirischen Analysen im Kontext von ÖPP in Grenzen hält und diese mit Vorsicht zu interpretieren sind, weil die (Zwischen-)Ergebnisse zur Performance von ÖPP wegen der Interdependenzen zwischen den verschiedenen Wertschöpfungsstufen bzw. Leistungsbereichen stark verzerrt sein können.[224] Selbst bei abgeschlossenen ÖPP-Projekten ergeben sich noch Schnittstellenprobleme, was aufgrund der Restwertproblematik vor allem auf die Zustandsbewertung der Infrastruktur nach Vertragsende zutrifft.[225] Denn die unangemessene Nichtberücksichtigung der Substanzqualität am Ende der Vertragslaufzeit kann die empirischen Aussagen zur Kosteneffizienz beschönigen, wenn Kostenreduktionen (hauptsächlich) zulasten der Substanzqualität erzielt worden sind.

Im Hinblick auf die ex ante Kostenermittlung im Rahmen von vorläufigen WU geht diese Schnittstellenproblematik bei einem inputorientierten Ansatz mit hohen Herausforderungen einher, weil die Kostenkennwerte für die disaggregierten Leistungsbereiche aufgrund der Interdependenzen zwischen den Leistungsbereichen verzerrt sein können. Auf diese Schnittstellenproblematik wird beim nächsten Punkt, der Bedeutung von (Input- und Output-)Wissen, noch weiter eingegangen.

---

[221] Vgl. z.B. DAITO / GIFFORD (2014, S. 1136) und RAISBECK / DUFFIELD / XU (2010, S. 346 ff.). Weitere Herausforderungen im Zusammenhang mit (quantitativen) empirischen Analysen von ÖPP-Projekten finden sich darüber hinaus z.B. in HODGE / GREVE (2009, S. 34).

[222] Vgl. MÜHLENKAMP (2016). An dieser Stelle sei angemerkt, dass auch die Datenbasis zur Generierung von Kostenkennwerten für die KBV ein gewisses Verbesserungspotential (insbesondere bei den Folgekosten) aufweist. Im Vergleich zu ÖPP ist dieses Potential allerdings als begrenzter einzuschätzen.

[223] Vgl. WAGMEMANN (2015, S. 225 f.).

[224] Auf diese Problematik weisen u.a. auch BLANC-BRUDE / GOLDSMITH / VÄLILÄ (2009, S. 36 ff.) hin.

[225] Vgl. BECKERS / KLATT / MAERSCHALK (2009, S. 26-30).

***BEDEUTUNG VON (INPUT- UND OUTPUT-)WISSEN***[226]

Wie bereits erwähnt sind die im Rahmen von empirisch-statistischen Analysen aus der Datenbasis vieler Projekte generierten Kostenkennwerte im Kontext von vorläufigen WU bei der Ermittlung der Projektkosten von hoher Relevanz. Allerdings ist dabei zwischen Kostenkennwerten für einzelne disaggregierte Leistungsbereiche und solchen für das gesamthafte, aggregierte Projekt zu unterscheiden. In einer WU kommen bei der Kostenkalkulation für ein zu untersuchendes Projekt grundsätzlich output- und inputorientierte Kostenermittlungsverfahren in Frage, wobei hier eine starke Interdependenz zum Vorhandensein von (Input-)Wissen und der Verfügbarkeit der jeweiligen Kostenkennwerte vorliegt.

Bei der outputorientierten Kostenermittlung ist kein Input-Wissen erforderlich. Die meist geringe Anzahl hinsichtlich des Outputs vergleichbarer Vorhaben schränkt allerdings die Ermittlung und Anwendung entsprechender (outputorientierter) Kostenkennwerte für das gesamthafte, aggregierte Projekt stark ein, sodass dieses Vorgehen plausible (Vergleichbarkeits-)Annahmen verlangt. Somit sind für eine gute Kostenermittlung mit diesem Verfahren letztendlich auch die Güte dieser Annahmen ausschlaggebend, wofür vor allem Output-Wissen benötigt wird.

Beim inputorientierten Ansatz wird das gesamte Projekt zunächst in einzelne, disaggregierte Leistungsbereiche zerlegt. Dieser Vorgang erfordert in hohem Maße Input-Wissen, um u.a. auch die Herausforderungen bezüglich Wechselwirkungen und Schnittstellenproblemen zwischen den Leistungsbereichen mithilfe von Annahmen angemessen lösen zu können. Der Zweck dieser Disaggregation besteht darin, dass – im Vergleich zur outputorientierten Kostenermittlung – eine wesentlich höhere Anzahl standardisierter und somit ohne größere Schwierigkeiten vergleichbarer Leistungsbereiche für die Ermittlung und Anwendung von passenden (inputorientierten) Kostenkennwerten zur Verfügung steht. Um schließlich die Gesamtkosten des Projektes zu ermitteln, werden die jeweiligen Kosten der einzelnen Leistungsbereiche addiert. Abbildung 7 stellt die beiden beschriebenen Kostenermittlungsverfahren dar.

Abschließend ist noch auf zwei Aspekte beim inputorientierten Kostenermittlungsverfahren hinzuweisen. Das für dieses Verfahren notwendige Input-Wissen kann sich zwischen den verschiedenen Sektoren mitunter stark unterscheiden. Bei den Bundesfernstraßen und im Bundeshochbau verfügt die öffentliche Hand – wie in Kapitel 3 dargestellt – grundsätzlich über ausreichend Input-Wissen für die Anwendung des inputorientierten Kostenermittlungsverfahrens.[227] Darüber hinaus ist neben dem betrachteten (Input-)Wissen, das auf die technisch-systemischen Eigenschaften und Rahmenbedingungen fokussiert ist, zusätzlich die Bedeutung des (institutionen-) ökonomischen Wissens bezüglich der potentiellen Auswirkungen bei der Anwendung des ÖPP- und

[226] Vgl. für diesen Abschnitt BECKERS ET AL. (2014b, S. 118-122).

[227] Es kann vor dem Hintergrund der Erkenntnisse aus Kapitel 2 im Übrigen kritisch hinterfragt werden, warum die öffentliche Hand, wenn sie über das notwendige Input-Wissen zur Durchführung einer qualitativ hochwertigen vorläufigen WU mit inputorientieren Kostenermittlungsverfahren verfügt, das Vorhaben nicht unmittelbar mit dem KBV-Ansatz realisiert.

KBV-Ansatzes nicht zu unterschätzen, weil es wertvolle Hinweise für den angemessenen Umfang der Leistungsbereiche und deren Interdependenzen untereinander beisteuern kann.[228]

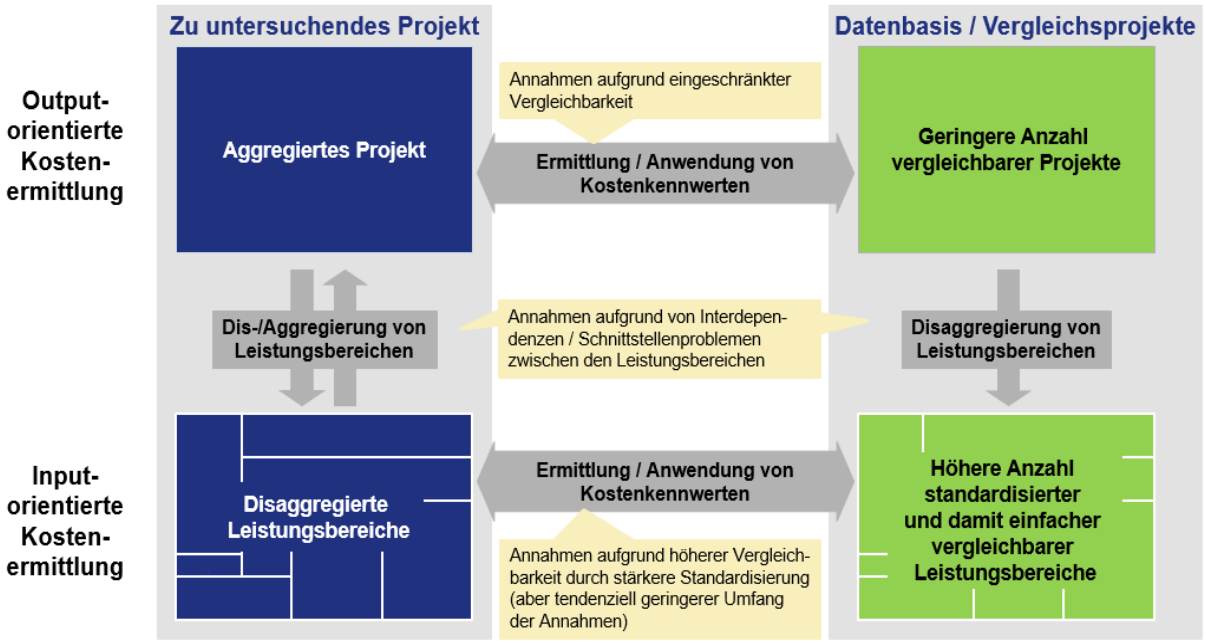



**Abbildung 7: Output- und inputorientierte Kostenermittlungsverfahren[229]**

### 4.2.3 Fehlanreize und Opportunismuspotentiale im Kontext der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP

Im vorherigen Abschnitt wurden Herausforderungen aufgezeigt, die primär die Methodik der Kostenermittlungsverfahren betreffen. Im Folgenden werden Fehlanreize und Opportunismuspotentiale im Kontext der Erstellung von WU bei ÖPP als weitere besondere Herausforderungen betrachtet, die vor allem mit den Eigenschaften von Akteuren und den institutionellen Rahmenbedingungen zusammenhängen. Die Ausführungen in Kapitel 3 haben gezeigt, dass im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus im Rahmen der Beschaffungsvariantenauswahl zwischen ÖPP und KBV verschiedene politökonomisch erklärbare Fehlanreize und Opportunismusgefahren vorliegen. In erster Linie handelt es sich dabei um den Vorfinanzierungsfehlanreiz bei ÖPP und der damit einhergehenden Ausweitung von Investitionsspielräumen, die für die öffentliche Hand eine hohe politische Attraktivität aufweist. Des Weiteren sind in die Erstellung von vorläufigen WU regelmäßig externe Beratungsunternehmen involviert, die ein eigenes finanzielles Interesse an der Umsetzung von ÖPP-Projekten haben. Außerdem haben die Länder bei den Bundesfernstraßen aufgrund bestimmter Regelungen bei der Länderquote den Fehlanreiz, ÖPP-Vorhaben zu unterstützen, weil sie damit zusätzliche Finanzmittel akquirieren können.

---

[228] Dieses (institutionen-)ökonomische Wissen zu den Effekten bei der Anwendung der beiden Beschaffungsvarianten korrespondiert dabei in großem Maße mit den Ausführungen in Kapitel 2 und 3.

[229] Quelle: BECKERS ET AL. (2014b, S. 120). Für diese Arbeit wurden geringfügige Anpassungen vorgenommen.

Vor dem Hintergrund der genannten politökonomisch erklärbaren Fehlanreize und Opportunismusgefahren bei der Erstellung von (vorläufigen) WU sind Zweifel in Bezug auf ein objektives und realitätsnahes Ergebnis der Vergleichsrechnung berechtigt. Diese Zweifel werden insbesondere durch den fehlenden Methodik- und Inputkonsens bzw. die schlechte Kontrahierbarkeit der Erstellung von WU bestätigt und sogar noch verstärkt.[230] Aufgrund des fehlenden Methodik- und Inputkonsenses sind durch Fehlanreize und opportunistisches Verhalten induzierte Verzerrungen bei der Erstellung von WU insbesondere in folgenden Bereichen zu erwarten:[231]

- Die notwendigerweise zu treffenden Annahmen, die für das Resultat einer WU eine zentrale Bedeutung haben, können relativ leicht zu Zwecken einer zielgerichteten Gestaltung einer WU verwendet werden. Das betrifft die grundlegenden Annahmen zum Beschaffungsvariantenvergleich (wie z.B. Effizienzunterschiede) als auch die Annahmen zur Ermittlung der Risikokosten.
- Die zeitliche Struktur der Zahlungen und der verwendete Diskontierungszinssatz sowie die ausgewählten (Kosten-)Dateninputs stellen weitere Größen dar, mit denen das Ergebnis einer WU zielorientiert beeinflusst werden kann.

Als Gegenmaßnahme könnte die Qualität und Konsistenz der bestehenden Leitfäden sowie der Wissensstand der Anwender durch Wissensmanagement-Maßnahmen verbessert werden.[232] Allerdings ist die Wirkung der politökonomisch erklärbaren Fehlanreize und das Ausmaß an Opportunismusgefahren im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus als derart groß einzustufen, dass die genannten Gegenmaßnahmen zur Lösung dieser Problematik allenfalls einen marginalen Beitrag leisten könnten. Vor diesem Hintergrund ist zu konstatieren, dass die beabsichtigte Funktion der WU als Instrument der politischen Selbstbindung zur Begrenzung von Fehlanreizwirkungen und Opportunismus vielmehr ins Gegenteil verkehrt wird.[233] Denn der Erstellungsprozess ist letztendlich stark durch politische Vorgaben (wie z.B. die Ausnutzung von Investitionsspielräumen mit dem ÖPP-Ansatz, die ansonsten wegen haushaltsrechtlicher Restriktionen versperrt wären) geprägt, die in der WU mit zielgerichteten Berechnungen umgesetzt werden, sodass die WU de facto eher als ein „politisches Produkt“ eingeordnet werden kann.

Als Handlungsempfehlungen zur Reduktion von Fehlanreizwirkungen und Opportunismuspotentialen kommen daher vor allem Maßnahmen im Bereich der institutionellen Ausgestaltung bei der Erstellung von WU in Betracht.[234] Eine Maßnahme könnte sein, dass eine von der Politik unabhängige Organisationseinheit für die Durchführung von WU verantwortlich ist.[235] Hierbei ist entscheidend, inwieweit diese Organisationseinheit nicht nur de jure, sondern auch de facto von politischen Interventionen unabhängig ist. In der Praxis dürfte sich dies bei politisch bedeutsamen

---

[230] Vgl. BECKERS / WAGEMANN / KLATT (2013, S. 176 f.) und WAGEMANN (2015, S. 185-190).

[231] Siehe hierzu WAGEMANN (2015, S. 188 ff.) und MÜHLENKAMP (2016).

[232] Vgl. MÜHLENKAMP (2016).

[233] Siehe zur Frage der WU als Instrument der politischen Selbstbindung bei Beschaffungsentscheidungen WAGEMANN (2015, S. 62-66).

[234] Vgl. WAGEMANN (2015, S. 185).

[235] Vgl. MÜHLENKAMP (2016).

Beschaffungsentscheidungen als ein durchaus schwieriger Aspekt erweisen. Als ein weiterer Lösungsansatz ist vorstellbar, dass (unabhängige) staatliche Kontrollinstanzen wie z.B. Rechnungshöfe die Erstellung von WU intensiv überprüfen, um durch opportunistisches Verhalten induzierte (Methodik-)Fehler aufzudecken und ggf. zu korrigieren.[236] Sofern staatliche Kontrollinstanzen keine formalen Einwirkungs- und Sanktionsmöglichkeiten haben, ist eine hohe Reputation bei Rechungshöfen o.Ä. von besonderer Bedeutung, damit deren Beanstandungen hinsichtlich einer objektiveren und sachgerechteren Erstellung von WU nicht ohne Weiteres missachtet werden können. Über die genannten Aspekte hinaus sei an dieser Stelle ein erhöhtes Ausmaß an Transparenz bei WU als eine Maßnahme im Bereich der institutionellen Ausgestaltung erwähnt, welches die Spielräume für opportunistisches Verhalten aufgrund der Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure verringern, aber auch mit Nachteilen einhergehen kann. Abschließend stellt zudem die Etablierung von Regelungen, die eine Umgehung von Schuldenbremsen mit dem ÖPP-Ansatz verhindern, eine wirkungsvolle Maßnahme dar, mit welcher der Vorfinanzierungsfehlanreiz seine Wirkung verliert.[237]

## 4.3 Fazit

In diesem Kapitel wurden einige Grundlagen für im weiteren Verlauf der Arbeit erfolgende Analysen gelegt. Dies betrifft zunächst die betrachteten potentiellen Motive zur Durchführung von empirischen Analysen, deren Erkenntnisse zu Kostenkennwerten, (Erfolgs-)Faktoren und möglichen (Kosten-)Effekten für die Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen relevant sein können. Des Weiteren wurden die Grundlagen zur Methodik und zu den grundlegenden Bestandteilen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Kontext von ÖPP dargelegt, wobei insbesondere auch die Bedeutung von Input- und Output-Wissen für die Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen deutlich geworden ist. Allerdings wird die Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP aufgrund verschiedener methodischer Herausforderungen sowie des fehlenden Methodik- und Inputkonsenses erschwert, was deren Aussagekraft als Entscheidungsgrundlage für die Beschaffungsvariantenauswahl limitiert.

Die Ausführungen in diesem Kapitel haben allerdings deutlich gezeigt, dass bei der Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Bereich der Bundesautobahnen und des Bundeshochbaus durch die institutionellen Rahmenbedingungen bedingte politökonomisch erklärbare Fehlanreize und damit einhergehende Opportunismusprobleme bestehen. Dies stellt in Verbindung mit dem fehlenden Methodik- und Inputkonsens eine schwerwiegende Gefahr für die Erstellung einer objektiven, sachgerechten und am Wirtschaftlichkeitsprinzip orientierten Entscheidungsgrundlage für die Beschaffungsvariantenauswahl dar. Zwar sind Maßnahmen (wie z.B. die Verbesserung von Leitfäden) denkbar, welche die Methodik von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Sinne einer geringeren Anfälligkeit für opportunistisches, manipulatives Handeln verbessern würden. Das Potenzial einer hinreichenden Reduktion dieser Opportunismusproblematik durch solche Maßnahmen ist aber als relativ begrenzt einzuschätzen. Letztendlich sind stattdessen Maßnahmen im Bereich der institutionellen Ausgestaltung bei der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (wie z.B.

[236] Vgl. MÜHLENKAMP (2015, S. 27 f.).

[237] Vgl. MÜHLENKAMP (2016). Siehe zu dieser Thematik auch die Ausführungen in Abschnitt 2.3.1.1.

Überprüfungen durch staatliche Kontrollinstanzen und die Etablierung von Regelungen zur Verhinderung der Möglichkeit zur Schuldenbremsenumgehung) entscheidend, um die politökonomisch erklärbaren Fehlanreize und die damit verbundenen Opportunismusprobleme zu beseitigen. Eine Maßnahme im Bereich der institutionellen Ausgestaltung steht im Folgenden im Zentrum dieser Arbeit: Transparenz. Bevor allerdings speziell Transparenz bezüglich Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten in Teil C dieser Arbeit analysiert wird, setzt sich der nun folgende Teil B zunächst umfassend mit Transparenz im öffentlichen Sektor auseinander.

# TEIL B: Transparenz

Als ein wesentliches Ergebnis der Analysen in Teil A wurde herausgearbeitet, dass bei ÖPP im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus aufgrund der derzeitigen institutionellen Rahmenbedingungen umfangreiche politökonomisch erklärbare Opportunismusgefahren und die damit verbundenen Fehlanreize vorhanden sind. Dies geht mit der (erhöhten) Gefahr einher, dass die öffentliche Hand Entscheidungen trifft, die dem Ziel der Kosteneffizienz bei der Beschaffung von Infrastruktur entgegenstehen. In Teil A wurde bereits bisweilen angedeutet, dass ein erhöhtes Transparenzniveau eine geeignete Maßnahme zur Reduktion von Opportunismusgefahren und damit verbundenen Fehlanreizen sein kann. Bevor in Teil C die Analysen zu Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich erfolgen, wird vorher in Teil B Transparenz im öffentlichen Sektor überwiegend abstrakt und grundlegend untersucht. Teil B kann daher als eine Grundlage für die späteren Analysen in Teil C dienen. Neben dieser Funktion als Fundament für Teil C kann Teil B – und Teil A – dieser Arbeit auch als eigenständige Abhandlung angesehen werden.

Die Gliederung von Teil B ist wie folgt: Zunächst werden Grundlagen zu Transparenz, Auswirkungen von Transparenz im öffentlichen Sektor sowie zentrale Gestaltungsbereiche bei Transparenz betrachtet (Kapitel 5). Im Anschluss werden ausgewählte Teile des bestehenden Rechtsrahmens in Deutschland hinsichtlich Transparenzregelungen im öffentlichen Sektor, vor allem das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, vorgestellt und auf Basis der Ausführungen in Kapitel 5 eingeordnet (Kapitel 6). Zum Schluss von Teil B erfolgt eine grundlegende Analyse der institutionellen Ausgestaltung von Transparenzregimen (Kapitel 7).

# 5 Transparenz im öffentlichen Sektor und Gestaltungsbereiche bei Transparenzregimen

Dieses Kapitel erläutert zentrale Begriffe, Konzepte und Gestaltungsbereiche hinsichtlich Transparenz im öffentlichen Sektor und zeigt auf, wie diese miteinander zusammenhängen bzw. sich voneinander abgrenzen. Damit werden ein möglichst ganzheitliches Bild bezüglich Transparenz und eine Basis für die weiteren Analysen in dieser Arbeit geschaffen. Das Kapitel besitzt überwiegend einen systematisierenden und einordnenden Charakter, zudem finden sich punktuell normative Analyseelemente. Die Beschränkung auf Transparenz im öffentlichen Sektor ergibt sich daraus, dass ÖPP im Infrastrukturbereich dem öffentlichen Beschaffungswesen zuzuordnen sind. Somit wird der private Sektor generell nicht betrachtet, aber es werden spezielle Auswirkungen von Transparenz in diesem Bereich berücksichtigt, die für die späteren Analysen von Bedeutung sind. Vor diesem Hintergrund werden als erstes Grundlagen zu Transparenz vorgestellt (Unterkapitel 5.1) und im Anschluss daran werden mögliche Auswirkungen von Transparenz aufgezeigt (Unterkapitel 5.2). Diese Auswirkungen hängen maßgeblich von den Gestaltungsbereichen bei Transparenzregimen ab, sodass diesbezüglich zunächst zentrale Gestaltungsfragen (Unterkapitel 5.3) und darauf folgend die institutionelle Ausgestaltung von Transparenzregimen erläutert werden (Unterkapitel 5.4). Das Kapitel schließt mit einem Fazit ab (Unterkapitel 5.5).

## 5.1 Grundlagen zu Transparenz

In diesem Unterkapitel wird zunächst gezeigt, welche vielfältigen Sichtweisen auf Transparenz möglich sind und inwieweit sich dabei Aspekte finden lassen, die für den weiteren Verlauf dieser (institutionen-)ökonomisch ausgerichteten Arbeit relevant sind (Abschnitt 5.1.1). Im Anschluss wird darauf aufbauend eine institutionenökonomische Einordnung von Transparenz vorgenommen und in diesem Zusammenhang werden auch Begriffe, Konzepte und Gestaltungsbereiche eingeführt, die später noch vertieft betrachtet werden (Abschnitt 5.1.2).

### 5.1.1 Mögliche Sichtweisen auf Transparenz

In diesem Abschnitt werden mögliche Sichtweisen auf Transparenz vorgestellt, die einen Bezug zu dieser Arbeit aufweisen. Es gibt für den vielfältig benutzten Begriff „Transparenz" keine einheitliche Definition, sondern viele verschiedene Begriffsverständnisse mit unterschiedlichen Akzentuierungen. Die Frage, was unter Transparenz verstanden werden kann, wird anhand von Literaturauszügen aus verschiedenen Wissenschaftsbereichen (vor allem Politik-, Verwaltungs- und Wirtschaftswissenschaften) mit dem Ziel erörtert, gemeinsame und / oder relevante Aspekte bzw. Elemente zu identifizieren.

Eine in der Literatur gern zitierte Beschreibung von Transparenz stammt von DAVIS (1998), die zunächst Transparenz mit Offenheit gleichsetzt und mit dem Vorgang des „lifting the veil of secrecy"[238] in Verbindung setzt. Das ist eine metaphorische und allgemeine Umschreibung von Transparenz, die aus seiner Sicht eine Voraussetzung für moderne politische Entscheidungsprozesse darstellt, weil sie maßgeblich zur demokratischen Legitimität beiträgt. Ein weiterer, die politischen und auch administrativen Entscheidungsprozesse adressierender Ansatz wird von HOOD (2006), britischer Wissenschaftler im Bereich des Public Managements, erwähnt: Transparenz soll für Klarheit bezüglich „who is taking the decisions, what the measures are, who is gaining from them, and who is paying for them"[239] sorgen. Diese Definition legt somit vor allem Wert auf Transparenz hinsichtlich Verantwortlichkeiten und distributiver Effekte bei politisch-administrativen Aktivitäten. In einer empirischen Untersuchung von GROSSMANN / LUQUE / MUNIESA (2006) zum Gebrauch des Begriffs von Transparenz in wirtschaftswissenschaftlichen Artikeln wird als eine der Hauptähnlichkeiten in den betrachteten Publikationen hinsichtlich Transparenz festgestellt, dass diese mit dem Satz „transparency is about making things accurate, visible and comparable"[240] beschrieben werden kann.[241] Diese recht weite Umschreibung geht grundsätzlich in die gleiche Richtung wie bei DAVIS (1998), wobei hier der Fokus darauf liegt, wie etwas durch Transparenz wird. Der amerikanische Rechtswissenschaftler FENSTER (2006) verwendet den Begriff in seinem umfangreichen und transparenzkritischen Artikel „The Opacity of Transparency" hinsichtlich Transparenz im öffentlichen Sektor wie folgt: „governmental

---

[238] DAVIS (1998, S. 121). Diese Transparenzbeschreibung wird z.B. zitiert von MEIJER (2013, S. 430), MOSER (2001, S. 4), und SCHLANSKY (2015, S. 17).

[239] HOOD (2006, S. 4).

[240] GROSSMANN / LUQUE / MUNIESA (2006, S. 16).

[241] In der Untersuchung von GROSSMANN / LUQUE / MUNIESA (2006) wurden drei thematische Felder identifiziert, in denen Transparenz besonders häufig vorkommt: (Finanz-)Märkte und die dortige Preisfindung, Corporate Governance und Wirtschaftspolitik (insbesondere Regulierung).

transparency, defined broadly as a governing institution's openness to the gaze of others"[242]. Diese Definition legt den Fokus auf Transparenz bei Institutionen der öffentlichen Hand gegenüber außenstehenden Dritten. Unter eben jener „governmental transparency" verstehen die aus dem Bereich der Public Administration kommenden PIOTROWSKI / BORRY (2010) „the degree to which access to government information is available"[243] und schreiben ihr den Zweck zu, Akteure aufseiten der öffentlichen Hand einfacher zur Rechenschaft ziehen zu können. Bei diesem Verständnis wird darauf Wert gelegt, dass es sich um keine binäre (Ja- / Nein-)Maßnahme bei Transparenz handelt, sondern verschiedene Graduierungen vorstellbar sind. In dem Buch „Mega Projects – An Anatomy of Ambition" von FLYVBJERG / BRUZELIUS / ROTHENGATTER (2003) wird in diesem Kontext der Schwerpunkt noch auf einen weiteren Aspekt gelegt. Aus ihrer Sicht hat Transparenz bei der Realisierung von Infrastrukturprojekten vor allem folgende Funktion: „transparency requirement means, inter alia, that all documents and other informations prepared by the government and ist agencies should be made available to the public"[244]. Diese Beschreibung enthält den für diese Arbeit wichtigen Hinweis auf jene Dokumente, die im Bereich der öffentlichen Hand während des Realisierungsprozesses von Infrastrukturvorhaben anfallen, sowie deren Verfügbarkeit für die Öffentlichkeit. An diese Definition knüpft der niederländische Wissenschaftler im Bereich des Public Managements MEIJER (2013) an und beleuchtet zudem einen weiteren Punkt, denn er versteht Transparenz als „availability of information about an actor that allows other actors to monitor the workings or performances of the first actor"[245]. Hier wird neben der eben erwähnten Verfügbarkeit von Informationen bzw. Dokumenten insbesondere der mit Transparenz verfolgte Zweck, die Ermöglichung bzw. Verbesserung der Kontrolle von Handlungen und / oder Ergebnissen, betont.[246] Bei FLORINI (2007) bezieht sich Transparenz darauf, inwieweit für „Outsider" Informationen verfügbar sind, um die Entscheidungen der „Insider" bewerten zu können.[247] Diese Sichtweise betont die Einteilung der Akteure in – die Metapher von DAVIS (1998) aufgreifend – vor oder hinter dem „veil of secrecy". Schließlich bedeutet Transparenz beim Ökonom PRAT (2005), der sich in seinen Publikationen kritisch mit Transparenz im Kontext der Prinzipal-Agent-Theorie auseinandergesetzt hat, vor allem „the ability of the principal to observe how the agent behaves and the consequences of the agent's behavior"[248]. Diese Definition, die jener in MEIJER (2013) inhaltlich sehr ähnlich ist, betrachtet insbesondere den Aspekt, dass Transparenz aus Sicht eines Auftraggebers (Prinzipal) grundsätzlich die Beobachtbarkeit der vom Auftragnehmer (Agent) ausgeführten Handlungen und der damit verbundenen Auswirkungen erhöht. Letztendlich steht dahinter laut PRAT (2005) die Idee, dass Transparenz die „Accountability" verbessert, also der Agent vom Prinzipal besser zur Rechenschaft gezogen werden kann, was mit dem von PIOTROWSKI / BORRY (2010) beschriebenen

---

[242] FENSTER (2006, S. 888).

[243] PIOTROWSKI / BORRY (2010, S. 140).

[244] FLYVBJERG / BRUZELIUS / ROTHENGATTER (2003, S. 111).

[245] MEIJER (2013, S. 430).

[246] Eine sehr ähnliche Definition (Transparenz als „availability of information about an organisation or actor allowing external actors to monitor the internal workings or performance of that organisation") findet sich bei dem ebenfalls renommierten niederländischen Wissenschaftler GRIMMELIKHUIJSEN (2012, S. 55), der eine feinere Differenzierung bezüglich der Position der Akteure (außerhalb oder innerhalb der betroffenen Organisation) vornimmt.

[247] Vgl. FLORINI (2007, S. 5).

[248] PRAT (2005, S. 862).

Transparenzzweck übereinstimmt. In der angelsächsischen Literatur werden die beiden Begriffe Transparenz und „Accountability" häufig in einem engen Zusammenhang verwendet.[249]

Abschließend werden auf Grundlage der vorgestellten möglichen Sichtweisen auf Transparenz gemeinsame und / oder relevante Aspekte bzw. Elemente zusammengetragen. Im Kern führt Transparenz zu einer Erhöhung der Sichtbarkeit und Nachvollziehbarkeit von vorher (teilweise) verborgenen Handlungen und Ergebnissen, die in Dokumenten festgehalten sein können.[250] Bei Dokumenten und den darin enthaltenen Informationen geht es vor allem um deren Verfügbarkeit für außenstehende Dritte. Transparenz beeinflusst das Verhältnis zwischen verschiedenen Akteuren, da sie eine bessere Kontrolle von Handlungen und Ergebnissen ermöglicht.[251] Transparenz spielt in verschiedenen Bereichen eine Rolle, wobei sie im öffentlichen Sektor aufgrund der demokratischen Grundordnung von besonderer Bedeutung ist.

### 5.1.2 Institutionenökonomische Einordnung von Transparenz im öffentlichen Sektor

#### *TRANSPARENZ IM KONTEXT DER PRINZIPAL-AGENT-THEORIE*

Eine institutionenökonomische Einordnung von Transparenz kann gut an die Definitionen von MEIJER (2013) und PRAT (2005) anknüpfen, da die Beziehungen zwischen Bürgern bzw. Gesellschaft, Politik und Verwaltung grundsätzlich als Prinzipal-Agent-Verhältnisse aufgefasst werden können, die in der Prinzipal-Agent-Theorie als einem Teilgebiet der Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) untersucht werden. So beauftragen Bürger mittels Wahlen Politiker mit der Durchführung bestimmter Aufgaben (bspw. der Fällung von Bereitstellungs- und Finanzierungsentscheidungen im Infrastrukturbereich), sodass Bürger als Prinzipale und Politiker als deren Agenten einzuordnen sind. Die Politik wiederum delegiert gewisse Aufgaben an die Verwaltung (bspw. die Durchführung von Vergabeverfahren und die damit verbundenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Infrastrukturbereich), sodass die Politik als Prinzipal agiert und die Verwaltung den Agent darstellt. Durch die Verkettung dieser beiden Relationen besteht letztendlich indirekt auch eine Prinzipal-Agent-Beziehung zwischen den Bürgern als Prinzipale und der Verwaltung als deren Agent.[252] Die beschriebenen Prinzipal-Agent-Verhältnisse sind von Informationsasymmetrien geprägt, d.h. der Agent ist über die Durchführung der Aufgaben besser informiert als der Prinzipal. Im Kontext von Transparenz im öffentlichen Sektor stehen vor allem die Informationsasymmetrien von Gesellschaft gegenüber Politik und Verwaltung im Zentrum. Aufgrund der Informationsasymmetrien kann die Gesellschaft die Politik und Verwaltung nicht adäquat kontrollieren.

---

[249] Vgl. HOOD (2010), der die Zusammenhänge zwischen Transparenz und „Accountability" unter drei Blickwinkeln diskutiert („Siamese Twins", „Matching Parts" und „Awkward Couple").

[250] Die Unterteilung von Transparenz hinsichtlich des Prozesses („process"), welche sich auf Handlungen bezieht, und Transparenz bezüglich bestimmter Ereignisse („events"), welche sich auf Ergebnisse des Prozesses konzentriert, wird in HEALD (2006a, S. 29 ff.) betont. Im Rahmen dieser Arbeit wird diese Unterteilung in Prozess- und Ergebnistransparenz nicht weiter verfolgt. Die hier im Fokus stehende Transparenz hinsichtlich der Dokumente des ÖPP-Realisierungsprozesses ist allerdings eher der Ergebnistransparenz zuzuordnen.

[251] Bei den aus der Literatur vorgestellten Definitionen wurde es nicht explizit erwähnt, aber neben Kontrolle kann Transparenz als Zweck ggf. auch die Mitwirkung bzw. der Einbezug von gesellschaftlichen Akteuren bei der politischen Entscheidungsfällung verfolgen bzw. eine Grundlage dafür darstellen; siehe hierzu Abschnitt 5.2.1.

[252] Vgl. BLANKART (2008, S. 476 ff.).

Dies stellt insbesondere dann ein Problem dar, wenn Opportunismuspotentiale bestehen und somit die Politik sowie Verwaltung (im Zuge von Fehlanreizen) die Gestaltungsspielräume bei der Aufgabendurchführung opportunistisch ausnutzen können.[253] In diesem Zusammenhang führt Transparenz letztendlich wegen der Erhöhung der Beobachtbarkeit und Nachvollziehbarkeit zur Reduktion von Informationsasymmetrien zwischen den Bürgern als Prinzipale und der Politik und Verwaltung als deren direkter bzw. indirekter Agent. Dies ermöglicht ein besseres Monitoring von Politik und Verwaltung durch die Gesellschaft und geht mit einer Begrenzung von Opportunismuspotentialen einher. Somit ist aus institutionenökonomischer Perspektive Transparenz im öffentlichen Sektor kein Selbstzweck an sich, sondern soll letztendlich zur Eindämmung von opportunistischen Verhaltensweisen beitragen.[254] Diese Ausführungen sind sinnbildhaft in Abbildung 8 zusammengefasst.

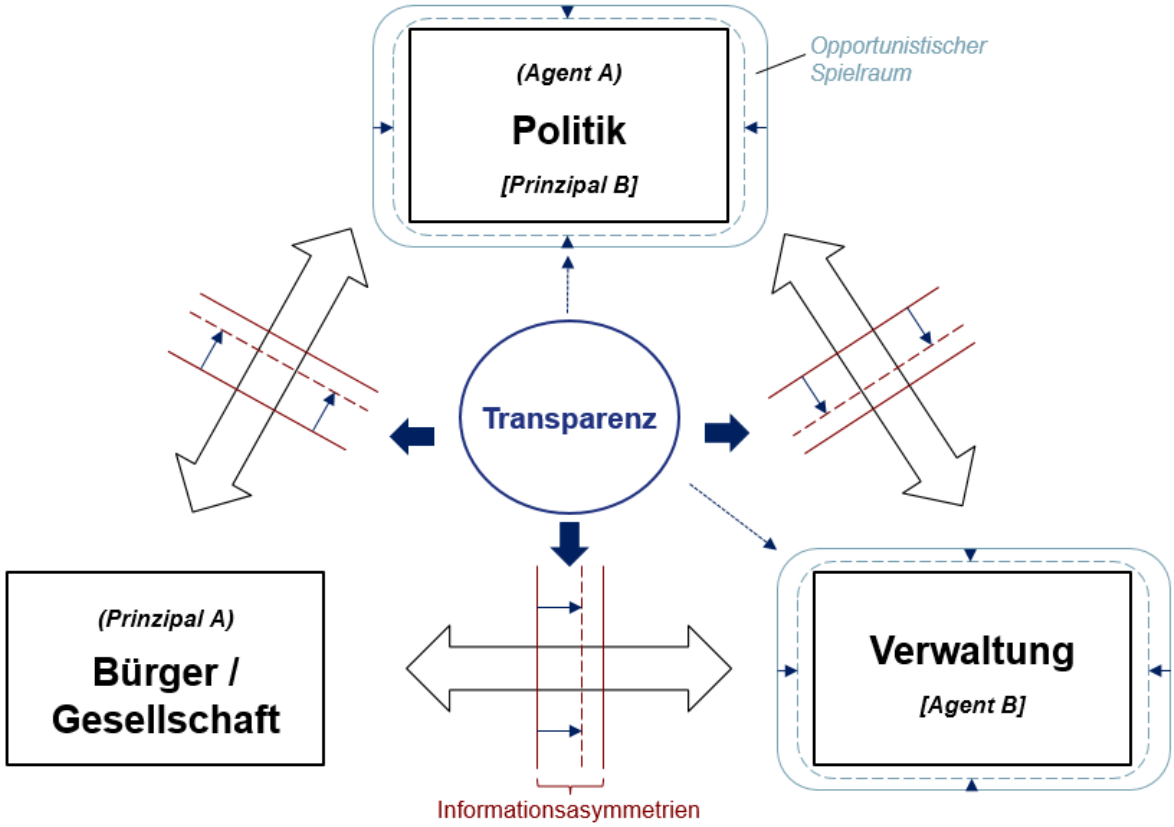



**Abbildung 8: Transparenz im Kontext der mehrstufigen Prinzipal-Agent-Beziehung Bürger-Politik-Verwaltung[255]**

[253] Wie in der Einleitung erwähnt, wird bei der Untersuchung überwiegend auf Erkenntnisse der NIÖ zurückgegriffen. In der NIÖ besteht eine Kernannahme darin, dass Akteuren grundsätzlich opportunistisches Verhalten unterstellt wird. Vgl. WILLIAMSON (1990, S. 54 ff.).

[254] Hinsichtlich des Transparenzzwecks gibt es über die hier vorgestellte recht enge institutionenökonomische Einordnung hinaus weitere potentielle Ziele von Transparenz, die in Abschnitt 5.2.1 thematisiert werden. Zudem sei darauf hingewiesen, dass Transparenz auch nachteilige Effekte erzeugen kann, worauf in Abschnitt 5.2.2 eingegangen wird.

[255] Quelle: eigene Darstellung.

### *TRANSPARENZREGIME ALS INSTITUTIONELLE LÖSUNGEN FÜR DIE BEREITSTELLUNG BZW. DEN ZUGANG VON INFORMATIONEN UND GESTALTUNGSBEREICHE FÜR TRANSPARENZREGIME*

Vor diesem Hintergrund sind übergeordnete Transparenzregelungen als besonders wichtig einzustufen. Diese sind vor allem auch deshalb relevant, weil opportunistische Akteure aufseiten der öffentlichen Hand und auch private Auftragnehmer ein angemessenes Transparenzregime von sich aus nicht freiwillig implementieren werden. Der Begriff des Transparenzregimes beschreibt in dieser Arbeit die Regeln bzw. das Regelsystem, über welches schlussendlich Transparenz hergestellt werden kann bzw. wird, also die Regelungen für die Bereitstellung von bzw. den Zugang zu im öffentlichen Sektor vorhandenen Dokumenten, Daten und Informationen. Somit können Transparenzregime aus institutionenökonomischer Sicht als sogenannte institutionelle Lösung eingeordnet werden. Bei der Analyse von institutionellen Lösungen wird das Zusammenwirken von Institutionen, worunter Regeln und entsprechende Systeme zu ihrer Durchsetzung verstanden werden, und den dabei eingebundenen Akteuren betrachtet.[256] Ein Transparenzregime stellt eine institutionelle Lösung für die Bereitstellung eines Angebots dar, welches in diesem Fall den Zugang zu aufseiten der öffentlichen Hand vorhandenen Dokumenten, Daten und Informationen betrifft. Die Bereitstellungsentscheidungen hinsichtlich eines Gutes umfassen im Allgemeinen drei wesentliche Aspekte: die Menge bzw. Kapazität, die Qualität und den Preis.[257] Bei der institutionenökonomischen Untersuchung von solchen institutionellen Lösungen zur Bereitstellung eines Angebots werden darüber hinaus i.d.R. auch die Finanzierung, die Interdependenzen mit der Bepreisung aufweist, sowie die (Verwaltungs-)Organisation betrachtet.[258] Fragen zur Finanzierung des Informationszugangs werden in dieser Arbeit aber allenfalls am Rande beleuchtet.[259] In Bezug auf die Frage der (Verwaltungs-)Organisation können die in Kapitel 7 thematisierten Ausgestaltungsfragen zur Verortung von Entscheidungskompetenzen und Aspekte des Wissensmanagements bei Transparenzregimen zu dieser Frage gezählt werden.[260]

Mit den Regeln bzw. dem Regelsystem kann das Transparenzregime auf verschiedenste Art ausgestaltet werden, wobei diesbezüglich zwei große Bereiche unterschieden werden können. Der erste Gestaltungsbereich betrifft zentrale Gestaltungsfragen bei Transparenzregimen (z.B. Veröffentlichungszeitpunkt und Kreis der berechtigen Informationsnachfrager) und die damit verbundenen Gestaltungsoptionen, wobei der Bereich der zentralen Gestaltungsfragen den „äußeren Rahmen“ eines Transparenzregimes bildet. Die Gestaltungsfragen und -optionen werden im Unterkapitel 5.3 thematisiert.[261] Beim zweiten Gestaltungsbereich geht es um die institutionelle Ausgestaltung eines Transparenzregimes (z.B. Verortung von Entscheidungskompetenzen,

---

[256] Vgl. für eine Definition von institutionellen Lösungen KLATT (2011, S. 34).

[257] Vgl. KLATT (2011, S. 30) und siehe hierzu auch Abschnitt 2.1.

[258] Vgl. BECKERS ET AL. (2016), welche die Bereitstellung und Finanzierung sowie Verwaltungsorganisation bei den Bundesfernstraßen analysieren, als ein Beispiel im Infrastrukturbereich für solche institutionenökonomischen Untersuchungen.

[259] Aufgrund der Interdependenz mit der Bepreisung des Informationszugangs finden sich Ausführungen dazu vor allem in Abschnitt 4.3.1.6.

[260] Dahingegen werden Fragen, wie sich Behörden für eine möglichst effiziente Informationsbereitstellung intern organisieren sollten, in dieser Arbeit nicht berücksichtigt.

[261] Die Ausführungen in Unterkapitel 5.3 werden unter anderem zeigen, dass die zentralen Gestaltungsfragen auch den drei Bereitstellungsentscheidungen (Menge, Qualität, Preis) zugeordnet werden können.

Wissensmanagement sowie Regelhorizontalisierung und -konkretisierung als Design-Elemente), wobei das Design der institutionellen Technologie im Gegensatz zum Bereich der Gestaltungsfragen die „innere Mechanik" eines Transparenzregimes ausformt. Die institutionelle Ausgestaltung von Transparenzregimen und die damit verbundenen Design-Elemente werden in Unterkapitel 5.4 betrachtet. Die Entscheidungen hinsichtlich der zentralen Gestaltungsfragen und des Designs der institutionellen Technologie beeinflussen letztendlich auch maßgeblich die Effektivität und Effizienz eines Transparenzregimes, worauf in Abschnitt 5.4.2 genauer eingegangen wird.[262] Abschließend sei angemerkt, dass bei institutionenökonomischen Analysen in formelle Institutionen (z.B. Gesetze) und informelle Institutionen (z.B. Bräuche und Sitten) unterschieden wird.[263] Im Rahmen dieser Arbeit werden ausschließlich Transparenzregime betrachtet, die als formelle institutionelle Lösungen einzuordnen sind. In diesem Zusammenhang kann die Frage, auf welcher/n Normebene/n (z.B. Verfassung, Gesetz und Gesetzesbegründung, Verordnung, Leitfäden usw.) ein Transparenzregime bzw. Teile davon implementiert werden sollten („Vertikalisierung"), von Relevanz sein.[264] In dieser Arbeit wird aus Gründen der Komplexitätsreduktion die Frage der Vertikalisierung nicht thematisiert und grundsätzlich von einfachgesetzlichen Regelungen ausgegangen.

## 5.2 Überblick zu möglichen Auswirkungen von Transparenz im öffentlichen Sektor

In diesem Unterkapitel wird ein Überblick zu möglichen Auswirkungen von Transparenz im öffentlichen Sektor gegeben, wobei sich die Ausführungen überwiegend auf das öffentliche Beschaffungswesen im Infrastrukturbereich beziehen, aber grundsätzlich auch auf andere Bereiche des öffentlichen Sektors übertragbar sein dürften. Dabei erhebt dieser grobe Überblick keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern es werden vielmehr jene Transparenzwirkungen vorgestellt, die im Rahmen dieser Arbeit von Relevanz sind. Im weiteren Verlauf werden (potentielle) positive oder negative (Aus-) Wirkungen infolge von Transparenz als Transparenzeffekte bezeichnet, die insbesondere in Kapitel 9 und 10 dann konkreter bei der Analyse hinsichtlich der Veröffentlichung von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess übertragen und angewandt werden. Im Folgenden werden zunächst positive Transparenzeffekte (Abschnitt 5.2.1) und darauf folgend negative Transparenzeffekte (Abschnitt 5.2.2) im öffentlichen Sektor bzw. beim öffentlichen Beschaffungswesen im Infrastrukturbereich vorgestellt.[265] Dabei wird hinsichtlich der Transparenzeffekte eine Einteilung in zwei Kategorien vorgenommen, die in Teil C wieder aufgegriffen wird. Zum einen sind das Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich, die

---

[262] Im Rahmen dieser Arbeit stellen die Effektivität und Effizienz eines Transparenzregimes – neben dem allgemeinen Zielsystem der Kosteneffizienz im öffentlichen Beschaffungswesen für den Infrastrukturbereich – bei den Analysen in Teil C auch die beiden Kriterien für das spezielle Zielsystem dar.

[263] Vgl. KLATT (2011, S. 76).

[264] Vgl. OSTROM (2008, S. 824 ff. und S. 842 f.) und KLATT (2011, S. 76 ff.), die auf die Bedeutung der Normebene von Regelungen im Kontext von institutionenökonomischen Analysen eingehen.

[265] Generell ist davon auszugehen, dass das Ausmaß der Transparenzeffekte von der Ausgestaltung des Transparenzregimes abhängt (insbesondere von den Entscheidungen hinsichtlich der zentralen Gestaltungsfragen, aber auch von den Design-Elementen der institutionellen Technologie). Darüber hinaus hängt die Stärke der Transparenzeffekte von verschiedenen nicht im Rahmen der Transparenzregimeausgestaltung beeinflussbaren Faktoren ab (z.B. Wettbewerbsintensität, Ressourcenausstattung hinsichtlich Know-how und Zeit bei gesellschaftlichen Akteuren). Diese beiden wichtigen Aspekte sollen in dieser Fußnote zumindest bereits Erwähnung finden, obwohl sie in diesem Unterkapitel zunächst weitestgehend unberücksichtigt bleiben und vor allem erst in Kapitel 9 und 10 aufgegriffen werden.

Auswirkungen infolge von Transparenz in der Beziehung zwischen öffentlicher Hand und Gesellschaft, aber auch innerhalb des öffentlichen Sektors umfassen. Zum anderen sind dies Wettbewerbseffekte, die hinsichtlich der Transparenzwirkungen das Verhältnis zwischen öffentlicher Hand und Bietern bzw. Unternehmen im Markt und dabei vor allem mögliche Auswirkungen auf deren wettbewerbliches Verhalten betreffen. Die Wettbewerbseffekte betreffen somit auch den privaten Sektor, sodass die Einschränkung der Analysen auf den öffentlichen Sektor – wie bereits erwähnt – diesbezüglich gelockert wird.

### 5.2.1 Positive Transparenzeffekte

Hinsichtlich der in diesem Abschnitt erläuterten positiven Transparenzeffekte ist vorab anzumerken, dass diese auch als Ziele von Transparenz verstanden werden können. Denn die Etablierung oder Modifikation eines Transparenzregimes sollte darauf abzielen, bestimmte erwünschte positive Transparenzeffekte zu bewirken. Gleichzeitig sollten aber auch etwaige negative Auswirkungen infolge von Transparenz möglichst vermieden werden. Somit besteht eine gewisse Überschneidung zwischen Transparenzzielen und positiven Transparenzeffekten als auch der Vermeidung negativer Transparenzeffekte, wobei Zielkonflikte auftreten können.

***POSITIVE TRANSPARENZEFFEKTE IM ÖFFENTLICHEN BEREICH***

Bei den positiven Transparenzeffekten soll als erstes an die vorgenommene institutionenökonomische Einordnung angeknüpft werden. Dort wurde herausgearbeitet, dass eine mögliche Auswirkung von Transparenz in einer stärkeren Kontrolle des staatlichen Handelns durch die Gesellschaft besteht. Die damit verbundene Reduktion von Opportunismuspotentialen und Fehlanreizen bei Akteuren aufseiten der Politik und Verwaltung (sowie privaten Auftragnehmern) kann letztendlich zu einer höheren Kosteneffizienz im öffentlichen Beschaffungswesen im Infrastrukturbereich führen. Häufig wird in diesem Zusammenhang Transparenz speziell auch als ein Mittel zur Korruptionsbekämpfung genannt.[266] Dieser Punkt wird im Rahmen dieser Arbeit aber nicht weiter betont, sondern es wird vielmehr allgemein auf die Begrenzung von opportunistischem Verhalten im Kontext von Fehlanreizen abgestellt. Daneben trägt die gesellschaftliche Kontrolle staatlichen Handelns bei der Realisierung von Infrastrukturprojekten zur Aufdeckung und ggf. Korrektur von technisch und psychologisch erklärbaren Fehlern bei, welche auch abstrahiert von opportunistischen Verhaltensweisen der handelnden Akteure auftreten.[267] Ein wichtiger Aspekt ist dabei der Zeitpunkt der Kontrollaktivitäten. So kann in Bezug auf den Realisierungsprozess bei Infrastrukturvorhaben zwischen einer ex ante und einer ex post Kontrolle differenziert werden. Bei der ex post Kontrolle können die Monitoring-Aktivitäten der gesellschaftlichen Akteure erst stattfinden, nachdem ein bestimmter Vorgang abgeschlossen worden ist, wohingegen dies bei der ex ante Kontrolle bereits vor dem Abschluss bzw. während des Vorgangs möglich ist.

---

[266] Vgl. im Allgemeinen BOEHM / OLAYA (2006, S. 439 f.) und speziell im Kontext des IFG BERGER ET AL. (2013, S. 151).

[267] Vgl. FLYVBJERG (2007, S. 583 ff. und S. 592 ff.).

Des Weiteren kann der Einbezug von Know-how und Ideen aus der Gesellschaft als ein positiver Transparenzeffekt eingeordnet werden.[268] Dahinter steht folgender Grundgedanke: Wenn im Rahmen des Realisierungsprozesses Dokumente, Daten und Informationen in solch einer Art und Weise öffentlich bereitgestellt werden, dass sich gesellschaftliche Akteure noch aktiv in die Projektgestaltung einbringen können, dann kann dies zu einer Verbesserung des Procurements führen.[269] Ein spezieller Fall dieses allgemeinen Grundgedankens betrifft vor allem den Einbezug von dezentralem bzw. lokalem Know-how.[270] Der Einbezug von Know-how aus der Gesellschaft könnte bspw. zur Lösungsfindung bei planerischen, technischen, juristischen und wirtschaftlichen Problemen bei der Realisierung von Infrastrukturprojekten beitragen.[271]

Eine weitere potentielle positive Auswirkung infolge von Transparenz ist die Reduktion der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses.[272] Damit ist gemeint, dass aufgrund der Intransparenz hinsichtlich zentraler Dokumente, Daten und Informationen eine gewisse Unklarheit und Unwissenheit bei den gesellschaftlichen Akteuren herrscht, die den politisch-administrativen Entscheidungsprozess begleiten. Das kann dazu führen, dass der öffentliche Diskurs wegen der geheimen Diskussionsgrundlagen nicht strukturiert sowie zielorientiert stattfindet und bei den beteiligten gesellschaftlichen Akteuren erhöhte Transaktionskosten erzeugt. Dieser Aspekt kann ferner dazu beitragen, dass die Akzeptanz für das Vorhaben in der Gesellschaft abnimmt und sich ggf. sogar Widerstand aufbaut. Wenn die zentralen für den Diskurs grundlegenden Dokumente jedoch offengelegt werden, dann können die gesellschaftlichen Akteure fundierter und zielgerichteter über das Vorhaben diskutieren, was letztendlich zu einer Reduktion der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses führen und damit einhergehend auch die Akzeptanz erhöhen kann.

Zu den positiven Transparenzeffekten kann auch eine Verbesserung des Wissensmanagements im öffentlichen Sektor gezählt werden.[273] Durch die öffentliche Bereitstellung von Dokumenten, Daten und Informationen können diese schneller und breiter im öffentlichen Sektor diffundieren. Aufgrund dieser Diffusion können öffentliche Auftraggeber besser voneinander lernen und infolgedessen beim Procurement kosteneffizienter agieren.[274]

---

[268] Vgl. KENNY (2011, S. 5), FENSTER (2006, S. 899 f.) und FINK / RUFFING (2015, S. 255 f.). Letztere diskutieren diesen Aspekt im Kontext des Stromnetzausbaus.

[269] Vgl. FLYVBJERG / BRUZELIUS / ROTHENGATTER (2003, S. 112)

[270] Vgl. FUNG (2006, S. 73).

[271] Vgl. BMVI (2015a, S. 66).

[272] Vgl. CGD (2014, S. 11 f.) im Allgemeinen und indirekt auch HOOD / FRASER / MCGARVEY (2006, S. 45) im Speziellen, die einen Anstieg des gesellschaftlichen Diskurses bei ÖPP-Projekten in Großbritannien infolge der Intransparenz von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ausmachen.

[273] Vgl. AMOS / MCDONAGH (2004, S. 11) und FENSTER (2006, S. 900).

[274] Dieser Effekt lässt sich allerdings auch mit anderen Wissensmanagement-Aktivitäten erreichen, die nicht mit potentiellen negativen Auswirkungen infolge von Transparenz hinsichtlich bestimmter Dokumente, Daten und Informationen einhergehen.

#### *POSITIVE WETTBEWERBSEFFEKTE*

Transparenz führt nicht nur zu einer besseren Diffusion aufseiten der öffentlichen Hand, sondern die öffentliche Bereitstellung von Dokumenten, Daten und Informationen kann unter Umständen eine schnellere und breitere Diffusion von darin möglicherweise enthaltenen Innovationen unter den Bietern bzw. Herstellern begünstigen.[275] Somit besteht ein positiver Transparenzeffekt in der besseren Diffusion von Innovationen im Wettbewerbsmarkt. Des Weiteren kann sich Transparenz auf unterschiedliche Art und Weise positiv auf das Bieterverhalten im Wettbewerb auswirken. So kann bspw. beim Procurement die öffentliche Bereitstellung von (mehr) Informationen bei Ausschreibungen auch mehr Wettbewerber attrahieren (weil dies z.B. den Marktzugang erleichtert), was zu einer höheren Wettbewerbsintensität führen und somit zur Kosteneffizienz bei der Beschaffung beitragen kann.[276]

### 5.2.2 Negative Transparenzeffekte

#### *NEGATIVE TRANSPARENZEFFEKTE IM ÖFFENTLICHEN BEREICH*

Grundsätzlich können viele der im vorangegangen Abschnitt vorgestellten Auswirkungen von Transparenz nahezu spiegelbildlich auch negative Konsequenzen nach sich ziehen. So sind im Kontext einer infolge von Transparenz erhöhten Kontrolle durch die Gesellschaft auch mögliche Nachteile vorstellbar. Zunächst könnten behördliche Entscheidungsprozesse eingeschränkt bzw. gestört werden.[277] Dies könnte dazu führen, dass die öffentliche Verwaltung ihre Arbeit nicht mit der notwendigen Ruhe erledigen kann, was sich insbesondere bei Vorgängen mit Entscheidungsunterlagen im Entwurfsstadium kontraproduktiv auswirken kann.[278] Des Weiteren kann Transparenz und die damit einhergehende stärkere gesellschaftliche Kontrolle das Verhalten von Akteuren im öffentlichen Sektor dahingehend beeinflussen, dass es zu einer vermehrten Drosselung oder Verzerrung bei der Erstellung von Informationen kommen kann, um im Entscheidungsprozess Transparenzvorgaben zu umgehen.[279] Solch ein unerwünschtes Ausweichverhalten der betroffenen Akteure ist zu den negativen Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich zu zählen. Schließlich stellt in diesem Kontext die sogenannte „blame avoidance" einen weiteren Aspekt dar, d.h. Akteure im öffentlichen Sektor können infolge von Transparenz und dem erhöhten Kontrolldruck verstärkt ein Verhalten zur Vermeidung von öffentlichen Bestrafungsmechanismen bei Fehlern entwickeln.[280] Dies kann mit negativen Konsequenzen einhergehen, denn die „blame avoidance" trägt bei Verantwortlichen im öffentlichen Sektor zu Verhaltensweisen bei (z.B. Vermeidung von Risikoübernahmen, Abschiebung von

---

[275] Vgl. VICKERY (2011). Diese Übersichtsstudie kommt aus einer übergreifenden Perspektive zu dem Schluss, dass durch eine öffentliche Bereitstellung von staatlichen Daten beachtliche innovatorische und wirtschaftliche Potentiale gehoben werden können.

[276] Vgl. DE SILVA / KOSMOPOULOU / LAMARCHE (2009, S. 71) und OHASHI (2011, S. 269 ff.).

[277] Vgl. FENSTER (2006, S. 902) für das Argument der Einschränkung bzw. Störung des behördlichen Entscheidungsprozesses, wobei dieser sich auf die komplette Regierungsarbeit bezieht.

[278] Vgl. WEWER (2014, S. 8), der darauf hinweist, dass Transparenz bezüglich Entwürfen nicht sinnvoll ist, weil die interne Willensbildung der öffentlichen Verwaltung vertraulich bleiben sollte.

[279] Vgl. FENSTER (2006, S. 908) und PRAT (2005, S. 802). Hinsichtlich dieses Effektes erwähnt bspw. HEALD (2006b, S. 69) einen Vorfall aus Großbritannien, bei dem die Entscheidungswege aufgrund von (erhöhten) Transparenzvorgaben in weniger dokumentierbare Kanäle verschwunden sind.

[280] Vgl. HOOD (2007).

Verantwortung und Selbstschutz gegen potentielle Fehler und Kritik), die letztendlich zu suboptimalen und ineffizienten Entscheidungen führen können.[281] Außerdem ist auch ein regelobsessives Verhalten der öffentlichen Verwaltung dazuzählen[282], dass bei einer innovativen und wirtschaftlichen Lösungsfindung hemmend wirken kann.

Der Einbezug von Know-how aus der Gesellschaft als eine mögliche Auswirkung von Transparenz kann ebenso mit Nachteilen einhergehen. Zum einen können sich dadurch die (Entscheidungs-) Prozesse verlängern und der zusätzliche Organisationsaufwand für die öffentliche Verwaltung ist nicht zu unterschätzen. Zum anderen besteht eine größere Gefahr des Interessenpartikularismus, d.h. bestimmte Akteure können ihre speziellen Interessen, die einer wirtschaftlichen Vorhabenumsetzung nicht unbedingt zuträglich sein müssen, aus verschiedenen Gründen (z.B. Ressourcenausstattung) gegenüber anderen Interessengruppen wesentlich stärker einbringen und somit die (Entscheidungs-) Prozesse verstärkt in ihrem Sinne beeinflussen als dies der Fall ist, wenn die öffentliche Hand kein Know-how aus der Gesellschaft einbezieht.[283] Dieser Aspekt dürfte insbesondere bei böswilligen bzw. sich stark strategisch verhaltenden Akteuren bzw. Interessengruppen von großer Relevanz sein.

Hinsichtlich der Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich kann zudem die Ausprägung der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses zu einer ambivalenten Bewertung führen. So ist neben der bereits erwähnten Reduktion dieser Kosten auch vorstellbar, dass diese durch Transparenz ansteigen. Im Allgemeinen wird in diesem Kontext davon gesprochen, dass Transparenz hinsichtlich der politisch-administrativen (Entscheidungs-)Prozesse zu einer exzessiven Politisierung führen kann, was mit einem Anstieg der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses einhergeht.[284] Im Speziellen sind Situationen vorstellbar, bei denen gesellschaftliche Akteure die Sinnhaftigkeit bzw. Wirtschaftlichkeit eines Vorhabens kritisch in Frage stellen. Vor allem betrifft dies Situationen, in denen für sie die entsprechenden Dokumente, Daten und Informationen nicht verfügbar sind, nach deren Offenlegung etwaige Unklarheiten und Zweifel aber nicht ausgeräumt werden, sondern vielmehr deren Inhalte selbst die öffentliche Diskussion zusätzlich verstärken sowie ggf. verhärten. Somit können infolge von Transparenz höhere Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses entstehen.

Als letzten negativen Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich sind die durch ein Transparenzregime selbst generierten Kosten zu nennen. Mit der Etablierung eines Transparenzregimes entsteht eine neue permanente staatliche Aufgabe, die aufseiten der öffentlichen Hand Ressourcen in Anspruch nimmt, die ggf. für andere Aufgaben dringend(er) benötigt werden.[285] So könnte in diesem Zusammenhang von Opportunitätskosten eines Transparenzregimes gesprochen werden. Darüber hinaus ist zu beachten,

---

[281] Vgl. BOVENS (2005, S. 194 f.).

[282] Vgl. BOVENS (2005, S. 194).

[283] Vgl. DEIGHTON-SMITH (2004, S. 67) und RIEGE / LINDSAY (2006, S. 29). Es ist allerdings anzumerken, dass in der Literatur auch die gegenteilige Position vertreten wird. So argumentiert bspw. MEIJER (2007, S. 431), dass eine erhöhte Transparenz zu einer Verringerung der Gefahr des Interessenpartikularismus führt.

[284] Vgl. HEALD (2003, S. 726 f.). In eine ähnliche Richtung argumentiert BOVENS (2005, S. 195), aus dessen Sicht Transparenz zu einer (transaktionskostenintensiven) „Politik der Skandale" führen kann.

[285] Vgl. WEWER (2014, S. 11), der in diesem Kontext das implizite Werturteil unterstellt, die bereits vorher bestehenden Aufgaben seien wichtiger als die neuen mit dem Transparenzregime verbundenen Aufgaben. Auch FENSTER (2006, S. 892) kritisiert – am Beispiel des amerikanischen Informationsfreiheitsgesetzes (Freedom of Information Act) – die hohen finanziellen und administrativen (Befolgungs-)Kosten bei Transparenzregimen.

dass Transparenzregime bei an bestimmten Dokumenten, Daten und Informationen interessierten gesellschaftlichen Akteuren (Transaktions-)Kosten erzeugen können.[286]

***NEGATIVE WETTBEWERBSEFFEKTE***

Bei den Wettbewerbseffekten sind aufgrund von Transparenz auch negative Auswirkungen im Hinblick auf Innovationen vorstellbar.[287] Denn bei Bekanntwerden von Innovationen wird dem betroffenen Unternehmen ein wirtschaftlicher Schaden zugefügt, weil sein darauf beruhender Wettbewerbsvorteil entfällt und der für die Entwicklung investierte Ressourcenaufwand entwertet wird. Dies kann dazu führen, dass sich bei den Unternehmen die Anreize zur Innovationsgenerierung reduzieren, was in Bezug auf die Beschaffung möglichst kosteneffizienter Leistungen als nachteilig einzuordnen ist.[288]

Des Weiteren kann Transparenz negative Auswirkungen auf das wettbewerbliche (Angebots-) Verhalten der Unternehmen im Markt nach sich ziehen. So könnte bspw. die Veröffentlichung bestimmter Dokumente, Daten und Informationen dazu beitragen, dass die implizite bzw. explizite Kollusion zwischen Unternehmen vereinfacht bzw. verstärkt werden und damit einhergehend die öffentliche Hand höhere Preise bezahlt.[289] Letztendlich steht dies dem Ziel einer wirtschaftlichen Beschaffung entgegen.[290]

## 5.3 Zentrale Gestaltungsfragen bei Transparenzregimen

Dieses Unterkapitel ist den zentralen Fragen bei der Gestaltung von Transparenzregimen im öffentlichen Sektor gewidmet, die für die Analysen im Rahmen der Arbeit von Relevanz sind.[291] Es werden verschiedene Gestaltungsfragen vorgestellt, die in einem Transparenzregime maßgeblich die Bereitstellung von Dokumenten, Daten und Informationen regeln und somit grundsätzlich nicht zur Disposition stehen. Die unterschiedlichen Entscheidungsmöglichkeiten bei den Gestaltungsfragen werden als Gestaltungsoptionen bezeichnet. Die Festlegung der konkreten Gestaltungsoption bei den jeweiligen Gestaltungsfragen erfolgt durch die Politik bzw. den Regeldesigner. Die ausgewählten Gestaltungsoptionen bilden zusammen den „äußeren Rahmen" des Transparenzregimes. Letztendlich beeinflussen die Gestaltungsoptionen das Ausmaß der – im vorangegangen Unterkapitel dargestellten – Transparenzeffekte, worauf hier am Rande eingegangen wird. Im Folgenden werden zunächst die einzelnen Gestaltungsfragen mit den damit verbundenen Gestaltungsoptionen separat dargestellt

---

[286] Auf die (Gesamt-)Kosten eines Transparenzregimes wird in Abschnitt 5.4.2.1 näher eingegangen.

[287] Vgl. STIGLITZ (2008, S. 1696 und S. 1700).

[288] Mit dem negativen Wettbewerbseffekt des reduzierten Anreizes zur Innovationsgenerierung wird sich vertieft im Kontext der Veröffentlichung von ÖPP-Verträgen in Abschnitt 9.1.1.1 auseinandergesetzt.

[289] Vgl. MARSHALL / MARX (2009, S. 906) und BOEHM / OLAYA (2006, S. 441 f.). Hierbei ist anzumerken, dass Letztere bei der Gesamtabwägung zu dem Ergebnis kommen, dass hinsichtlich Transparenz in Vergabeverfahren die positiven die negativen Wettbewerbseffekte überwiegen.

[290] Insbesondere vor dem Hintergrund der beiden vorgestellten negativen Wettbewerbseffekte sei darauf hingewiesen, dass solche Aspekte bei der Gestaltung von Transparenzregimen eine Herausforderung darstellen. So sollten Transparenzregime – wie dies beim Informationsfreiheitsgesetz des Bundes in Deutschland der Fall ist (siehe Abschnitt 6.1.1.3) – einen angemessenen Schutz privater und öffentlicher Belange gewährleisten.

[291] In der Literatur finden sich auch andere, in dieser Arbeit nicht diskutierte zentrale Gestaltungsfragen bei Transparenzregimen. So stellt FUNG (2006) in seinem eher auf Partizipation ausgerichteten Transparenzregime folgende drei zentrale Gestaltungsfragen: Wer partizipiert? Wie kommunizieren die Teilnehmer miteinander und fällen Entscheidungen? Wie beeinflusst dies die Politik?

(Abschnitt 5.3.1) und im Anschluss wird das damit in Verbindung stehende Transparenzniveau bzw. die Veröffentlichungsmenge eines Transparenzregimes erläutert (Abschnitt 5.3.2). Abschließend werden die Interdependenzen zwischen den zentralen Gestaltungsfragen als auch mit der Veröffentlichungsmenge erörtert (Abschnitt 5.3.3).[292]

## 5.3.1 Separate Darstellung der einzelnen Gestaltungsfragen

### 5.3.1.1 Gegenstand der Transparenzregelungen

Als erstes wird auf die Gestaltungsfrage eingegangen, was im öffentlichen Sektor transparent gemacht werden soll.[293] Diese Frage zielt darauf ab, was als (physischer) Gegenstand der Transparenzregelungen festzulegen ist. In einem Transparenzregime wird anhand dieser Gestaltungsfrage somit im Endeffekt geregelt, für welche aufseiten der öffentlichen Hand vorhandenen Dokumente, Daten und Informationen aufgrund des Transparenzregimes grundsätzlich ein Zugang für Informationsnachfrager vorgesehen ist.[294] Diese Gestaltungsfrage lässt sich der zu fällenden Bereitstellungentscheidung hinsichtlich der Angebotsmenge zuordnen, weil sich die Festlegung hinsichtlich des Gegenstands der Transparenzregelungen auf den Umfang des Informationszugangs und somit gewissermaßen auf die Angebotsmenge auswirkt. Je enger bzw. weiter der Transparenzgegenstand geregelt ist, desto kleiner bzw. größer wird prinzipiell der Umfang des Informationszugangs ausfallen. Es sind viele Möglichkeiten bei dieser Gestaltungsfrage denkbar, wobei diese vom Grundsatz her in zwei (idealtypische) Gestaltungsoptionen eingeteilt werden können. Bei der ersten Gestaltungsoption wird ein eher allgemeiner Oberbegriff verwendet, der dann möglichst alle gewünschten Typen von Dokumenten, Daten und Informationen umfassen soll. Hierbei ist davon auszugehen, dass insbesondere anfänglich Probleme hinsichtlich unterschiedlicher Auslegungen dieses Oberbegriffs vorkommen können. Die zweite Gestaltungsoption ist entweder durch einen (Positiv-)Katalog mit speziell direkt vorgegebenen Dokumententypen[295] gekennzeichnet, für die die Transparenzregelungen gelten (Positivdefinition), oder es sind in einem (Negativ-)Katalog spezielle Dokumententypen aufgeführt, die nicht dem Transparenzregime unterliegen, sodass die transparenzpflichtigen Dokumententypen indirekt beschrieben werden (Negativdefinition). Bei der zweiten Gestaltungsoption kann es mitunter zu Abgrenzungs- und Zuordnungsproblemen kommen, die von opportunistischen Akteuren zur Umgehung der Transparenzregelungen genutzt werden könnten. Beide Gestaltungsoptionen sind grundsätzlich miteinander kombinierbar. Die Ausführungen zu den zwei

---

[292] Dabei wird im Folgenden von der Gestaltungsfrage des räumlichen Geltungsbereichs (in einem Mehrebenensystem) eines Transparenzregimes abstrahiert, weil sich die Ausführungen zur Transparenz in dieser Arbeit im Allgemeinen auf die oberste staatliche Ebene bzw. im Speziellen auf die Bundesebene in Deutschland beziehen. Zudem ist es in Deutschland nicht möglich, dass ein Informationsfreiheitsgesetz des Bundes auch die Ebene der Länder und Kommunen umfasst. Auf Landesebene führte die Gestaltungsfrage, ob auch die kommunale Ebene vom Landesinformationsfreiheitsgesetz erfasst werden soll, mitunter zu politischen Diskussionen, und wurde von den Ländern auch unterschiedlich geregelt. So liegen bspw. beim Landestransparenzgesetz Rheinland-Pfalz die Kommunen nicht in dessen Anwendungsbereich. Beim Brandenburger Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz wird die kommunale Ebene hingegen erfasst.

[293] An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass sich diese Arbeit auf Transparenzregime im öffentlichen Sektor fokussiert und somit keine Transparenzregime für den privaten Sektor betrachtet.

[294] Dabei sollte die Form der Speicherung von Dokumenten, Daten, Informationen (z.B. analog oder digital) keinerlei Auswirkung auf deren öffentliche Bereitstellung haben.

[295] Im Folgenden steht der Begriff Dokumententypen aus Gründen der Vereinfachung und Leserlichkeit für die Wortgruppe „Typen von Dokumenten, Daten und Informationen“.

(idealtypischen) Gestaltungsoptionen haben gezeigt, dass die Festlegung des Transparenzgegenstands zunächst zwar als eine weniger herausfordernde Aufgabe erscheint, allerdings können dabei durchaus Kontrahierungsprobleme auftreten. Bei dieser zentralen Gestaltungsfrage liegt es klar auf der Hand, dass damit das Ausmaß bestimmter Transparenzeffekte beeinflusst wird. Denn generell ist davon auszugehen, dass bei einem weiter gefassten Gegenstand der Transparenzregelungen eine umfangreichere und bessere Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure erfolgen kann. Wenn bspw. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen als ein bestimmter Dokumententyp nicht von den Transparenzregelungen umfasst sind, dann erschwert dies die Kontrolle staatlichen Handelns im öffentlichen Beschaffungswesen.

#### 5.3.1.2 Aggregationsniveau des Gegenstands

An die Frage, für was Transparenz grundsätzlich überhaupt gilt, schließt sich die Gestaltungsfrage an, welches Aggregationsniveau[296] bzw. Niveau der Verdichtung die Dokumente, Daten und Informationen bei der Veröffentlichung aufzuweisen haben. Somit regelt das Aggregationsniveau deren inhaltlichen Zustand. Diese Gestaltungsfrage kann der Bereitstellungsentscheidung hinsichtlich der Qualität des Angebots zugeordnet werden, wobei diese grundsätzlich mit zunehmendem Aggregationsniveau eher abnehmen dürfte. Grundsätzlich sind zwei verschiedene Gestaltungsoptionen vorstellbar. Zum einen könnte die Vorgabe sein, dass in jedem Fall das Original zu veröffentlichen ist, sodass gar keine Aggregation von Informationen stattfindet. Zum anderen ist denkbar, dass das Original nicht veröffentlicht wird und stattdessen eine Aufbereitung des Originals bereitzustellen ist.[297] Je nach Art der Aufbereitung, z.B. im Rahmen von Zusammenfassungen, impliziert dies eine mehr oder wenige hohe Aggregation und Verdichtung gegenüber dem Original. Hierbei sind allerdings mögliche Probleme beim Aufbereitungsprozess zu beachten. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wer die Aufbereitung durchführt und welches Zielsystem derjenige hat. So kann es bei opportunistischen Akteuren im Rahmen des Aufbereitungsprozesses zu gezielten Verzerrungen kommen.[298] Letztendlich ist jedoch nicht zu vermeiden, dass selbst bei gutwilligen Akteuren im Rahmen der Aufbereitung wichtige Informationen verloren gehen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass bei der Aufbereitung im Vergleich zur Veröffentlichung des Originals aufgrund des umfangreicheren Personaleinsatzes höhere Kosten anfallen.[299] Schließlich ist zudem eine kombinierte Bereitstellung aus Original und Aufbereitung denkbar, die bei besonders komplexen und umfangreichen Dokumenten, Daten und Informationen sinnvoll sein kann, um den interessierten gesellschaftlichen Akteuren den Einstieg zu erleichtern und dabei dennoch die Möglichkeit zu gewährleisten, sich basierend auf der Aufarbeitung bei spezifischen Punkten mit dem Original auseinanderzusetzen.[300] Die Gestaltungsoptionen hinsichtlich des Aggregationsgrads von Dokumenten, Daten und Informationen wirkt sich auf das Ausmaß der Transparenzeffekte aus. So ist anzunehmen, dass bspw. durch die Veröffentlichung einer

---

[296] Als Synonym hierzu wird auch der Begriff Aggregationsgrad verwendet.

[297] Vgl. FENSTER (2006, S. 942) und MEIJER (2013, S. 433) für die Gestaltungsoptionen Original und Aufbereitung.

[298] Vgl. FLYVBJERG / BRUZELIUS / ROTHENGATTER (2003, S. 112).

[299] Dieser Aspekt weist somit eine Verbindung zum im Abschnitt 5.2.2 genannten negativen Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich auf, der die durch ein Transparenzregime selbst verursachten Kosten betrifft.

[300] Vgl. FUNG ET AL. (2007, S. 4).

überblicksartigen Zusammenfassung eines (Beschaffungs-)Vertrags anstatt des Originals die Kontrolle durch die Gesellschaft schwächer ausfällt und damit einhergehend Opportunismuspotentiale weniger begrenzt werden können.

#### 5.3.1.3 Zeitpunkt der Veröffentlichung

Eine weitere wichtige Gestaltungsfrage von Transparenzregimen betrifft den Zeitpunkt, wann Dokumente, Daten und Informationen frühestens zu veröffentlichen sind.[301] Diese Gestaltungsfrage lässt sich bei der Bereitstellungsentscheidung hinsichtlich der Qualität des Angebots einordnen, denn je früher der Informationszugang gewährt wird, desto höher ist seine Qualität einzustufen. Im Allgemeinen kommen bei der Gestaltungsfrage des Zeitpunkts der Veröffentlichung zwei Gestaltungsoptionen in Betracht. Die Transparenzvorgabe diesbezüglich kann einerseits lauten, die Materialien sofort nach deren Erstellung oder andererseits erst zu einem späteren Zeitpunkt zugänglich zu machen.[302] Hinsichtlich einer Veröffentlichung zu einem späteren Zeitpunkt besteht eine Umsetzungsmöglichkeit darin, dass diese frühestens nach einem festgelegten Zeitraum nach Erstellung erfolgen darf. Die zeitliche Differenz zwischen dem Zeitpunkt der Veröffentlichung und der Erstellung kann auch als Karenzzeit bezeichnet werden. Mit Bezug zum öffentlichen Beschaffungswesen kann auch eine andere Differenzierung vorgenommen werden, da sich hier eine zeitliche Einteilung der Veröffentlichung von Dokumenten in vor, während und nach dem Vergabeverfahren anbietet.[303] Der Zusammenhang zwischen dem Veröffentlichungszeitpunkt und dem Ausmaß bestimmter Transparenzeffekte zeigt sich auf unterschiedliche Art und Weise. So hängt vom Zeitpunkt der Veröffentlichung bspw. ab, ob eine ex ante oder weniger starke ex post Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure erfolgen kann. Das Potential zur Reduktion von Opportunismuspotentialen und Fehlanreizen dürfte bei einer ex ante Kontrolle tendenziell größer ausfallen als bei einer ex post Kontrolle. Abschließend ist zu erwähnen, dass die Gestaltungsoptionen beim Zeitpunkt der Veröffentlichung auch einen Einfluss auf Wettbewerbseffekte haben kann. So ist bspw. bei Bekanntwerden der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bereits vor Beginn des Vergabeverfahrens die Gefahr für kollusives Bieterverhalten bei diesem Projekt höher einzustufen als wenn dies erst nach dessen Abschluss geschieht.[304]

#### 5.3.1.4 Berechtigte Informationsnachfrager

Des Weiteren ist die zentrale Gestaltungsfrage zu klären, welchen Akteuren der Zugang zu Dokumenten, Daten und Informationen erlaubt ist. Im Rahmen eines Transparenzregimes wird anhand dieser Frage somit der Kreis der berechtigten Informationsnachfrager geregelt.[305] Diese

---

[301] Vgl. MEIJER / CURTIN / HILLEBRANDT (2012, S. 11), die den Veröffentlichungszeitpunkt im Kontext von Transparenz als einen in der Literatur diskutierten Aspekt erwähnen. Auf den Zeitwert von Informationen insbesondere im politischen Kontext weist ROBERTS (2006, S. 116) hin.

[302] Vgl. HEALD (2006a, S. 29), der dies als „in real time" bzw. „retrospektiv" bezeichnet.

[303] Bei der zeitlichen Einteilung von Veröffentlichungen sind hinsichtlich des Vergabeverfahrens noch feinere Differenzierungen denkbar. Darauf wird hier allerdings nicht eingegangen, weil dies für die weiteren Analysen nicht notwendig ist.

[304] Dieser Aspekt wird in Abschnitt 9.2.2.1.1.1 genauer untersucht.

[305] Vgl. FUNG (2006, S. 67 f.).

Gestaltungsfrage kann bei der Bereitstellungsentscheidung der Angebotsmenge eingeordnet werden, weil ein größerer Kreis der berechtigten Informationsnachfrager i.d.R. mit einer umfangreicheren Nutzung des Zugangs zu Dokumenten, Daten und Informationen einhergeht.[306] Im Prinzip stehen hierfür zwei Gestaltungsoptionen zur Auswahl. Auf der einen Seite ist das ein allumfassender Ansatz, bei dem für die Allgemeinheit bzw. die Öffentlichkeit, d.h. für alle möglichen Akteure, die Dokumente etc. zugänglich zu machen sind. Auf der anderen Seite ist das ein nach bestimmten Akteuren bzw. Akteursgruppen differenzierender Ansatz. So könnte ein Transparenzregime ausschließlich einer bestimmten Akteursgruppe (z.B. Journalisten, Abgeordnete, Interessensverbände, Wissenschaftler) den Zugang zu Dokumenten, Daten und Informationen gewähren.[307] Hierbei könnte eine Herausforderung darin bestehen, den Nichtzugang ausgeschlossener Akteursgruppen tatsächlich sicherzustellen, indem eine Umgehung dessen, bspw. durch einen indirekten Zugang über berechtigte Informationsnachfrager als Intermediäre, verhindert werden kann. Falls dies aufgrund von Kontrahierungs- und Durchsetzungsproblemen kaum oder nur mit großem Aufwand umzusetzen ist, sollte als Alternative über den unkomplizierten allumfassenden Ansatz nachgedacht werden.[308] Schließlich ist zu beachten, dass je nachdem wie der Kreis der berechtigten Informationsnachfrager festgelegt wird, etwaige Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich und Wettbewerbseffekte unterschiedlich ausfallen können.[309]

#### 5.3.1.5 Ausnahmen vom Grundsatz der Transparenz

Mit der als erstes erwähnten Gestaltungsfrage des Gegenstands der Transparenzregelung wird Transparenz als Grundsatz festgelegt, woran sich jedoch die wichtige Frage anschließt, inwieweit dieser auf der inhaltlichen Ebene ggf. wieder einzugrenzen ist. Somit stellt die Festlegung bestimmter Ausnahmen vom Grundsatz des vollständigen Informationszugangs eine weitere zentrale und bedeutsame Gestaltungsfrage bei Transparenzregimen dar. Die Funktion von Ausnahmen besteht im Schutz ausgewählter, vom Gegenstand der Transparenzregelungen betroffenen Bereiche und Sachverhalte, weil dies aus übergeordneten (verfassungs-)rechtlichen Gründen geboten oder sogar notwendig ist, die Politik diesbezüglich bestimmte Präferenzen aufweist und / oder sachliche Überlegungen dies nahelegen (wenn z.B. nahezu ausschließlich stark überwiegende negative Transparenzeffekte zu erwarten sind). Bei der elementaren Entscheidung, inwiefern der Transparenzgrundsatz eingeschränkt werden soll, können vereinfacht zwei Gestaltungsoptionen unterschieden werden. Zum einen kommen Ausnahmen für bestimmte Bereiche im öffentlichen Sektor in Frage (z.B. Geheimdienste, Gerichte), die somit nicht dem Transparenzregime unterliegen. Solche Bereichsausnahmen führen dazu, dass kein Recht auf Zugang zu Dokumenten, Daten und

---

[306] Diese Aussage gilt vor allem für eine reaktive Informationsbereitstellung. Bei einer proaktiven Informationsbereitstellung ist die veröffentlichte Menge an Dokumenten, Daten und Informationen mehr oder weniger unabhängig vom Kreis der berechtigen Informationsnachfrager. Allerdings kann sich die Anzahl der tatsächlich wahrgenommenen bzw. genutzten Informationszugänge unterscheiden.

[307] Es können auch verschiedene Transparenzregime nebeneinander existieren, die jeweils unterschiedliche Akteursgruppen als berechtigte Informationsnachfrager vorsehen; siehe hierzu auch Abschnitt 6.3.2. Aus juristischer Sicht ist zudem eine Unterscheidung in natürliche und juristische Personen möglich, worauf im nächsten Kapitel am Rande eingegangen wird.

[308] Vgl. FEHLING (2017, S. 87 f.).

[309] Vgl. MICHENER / WORTHY (2015, S. 493 f.).

Informationen aus diesen Bereichen besteht. Zum anderen können sich Ausnahmen auf bestimmte Sachverhalte bzw. Tatbestände beziehen, die den Informationszugang entweder komplett verwehren oder teilweise einschränken (z.B. durch Unkenntlichmachungen von schützenswerten Stellen). Solche Ausschlusstatbestände sollen – wie bereits in Abschnitt 5.2.2 angedeutet – dem Schutz ausgewählter öffentlicher und privater Belange dienen.[310] Hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen Ausnahmen und Ausmaß der Transparenzeffekte liegt es nahe, dass umfangreichere Ausnahmebereiche und Ausschlusstatbestände generell zwar – wie funktional intendiert – mit geringeren negativen Transparenzeffekten einhergehen können, aber gleichzeitig auch schwächere positive Transparenzeffekte implizieren.

Abschließend wird in diesem Kontext auf ein Abgrenzungsproblem bei Transparenzregimen eingegangen. Es kann argumentiert werden, dass die Entscheidung über die Ausnahmen vom Transparenzgrundsatz eher dem Design der institutionellen Technologie, insbesondere den Fragen der Horizontalisierung und Konkretisierung, zuzuordnen ist und die „innere Mechanik" eines Transparenzregimes mitbeeinflusst. Allerdings wird mit der Festlegung von Transparenzausnahmen zunächst eine zentrale und bedeutsame Entscheidung gefällt, inwieweit Transparenz überhaupt gilt, sodass es mehr den „äußeren Rahmen" eines Transparenzregimes betrifft. Wenn diese Entscheidung gefällt worden ist, dann kann im Rahmen des Designs der institutionellen Technologie der Umgang mit den Ausnahmen präzisiert und feinjustiert werden. Letztendlich handelt es sich um eine schwierige Abgrenzungsfrage, bei der es für beide Zuordnungen nachvollziehbare Gründe gibt. In dieser Arbeit wird die Festlegung von Ausnahmebereichen und -tatbeständen aber als eine zentrale, den „äußeren Rahmen" eines Transparenzregimes bildende Gestaltungsfrage eingestuft.

#### 5.3.1.6 Bepreisung des Informationszugangs

Die letzte hier betrachtete Gestaltungsfrage bei Transparenzregimen bezieht sich darauf, ob und ggf. wie viel Informationsnachfrager für den Zugang zu Dokumenten, Daten und Informationen bezahlen müssen.[311] Die Bepreisung des Informationszugangs ist Teil der wesentlichen Bereitstellungsentscheidungen und stellt eine elementare Gestaltungsfrage dar, die Interdependenzen mit der Frage der Finanzierung aufweist.[312] Bezüglich des letztgenannten Aspekts ist zu klären, aus welchen Einnahmequellen die Finanzmittel zur Deckung der aufseiten der öffentlichen Hand entstehenden Kosten des Informationszugangs stammen. Bei einer vollständigen Steuerfinanzierung

[310] Im Hinblick auf die beiden vorgestellten Gestaltungsoptionen ist anzumerken, dass neben diesen auch Ausnahmen bezüglich bestimmter Typen von Dokumenten, Daten und Informationen dazugehören. In der Systematik dieser Arbeit wurde dieser Aspekt jedoch bereits unter der Gestaltungsfrage Gegenstand der Transparenzregelungen subsumiert.

[311] Die Bepreisung des Informationszugangs hat Interdependenzen mit der in späteren Abschnitten thematisierten reaktiven bzw. proaktiven Informationsbereitstellung. Die Ausführungen hier beziehen sich – unter anderem vor dem Hintergrund der in Abschnitt 6.1.1 erfolgenden Einordnung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes – auf eine reaktive Informationsbereitstellung. Bei einer proaktiven Informationsbereitstellung können sich zum Teil andere Fragen hinsichtlich der Bepreisung des Informationszugangs stellen.

[312] Vgl. HAZELL / WORTHY (2010, S. 358) und speziell für den Freedom of Information Act in Großbritannien FRONTIER ECONOMICS (2006, S. 46-52) für die Bepreisung des Informationszugangs als wichtige Gestaltungsfrage.

eines Transparenzregimes dürfte der Preis für den Informationszugang in der Regel bei Null liegen.[313] Wenn die Informationsnachfrager an den Kosten eines Transparenzregimes beteiligt werden sollen, dann ist für den Informationszugang ein Preis größer Null festzulegen.[314] Hierbei kommen für die Bepreisung grundsätzlich viele verschiedene Gestaltungsoptionen in Betracht. Im Folgenden wird sich auf jene Gestaltungsoptionen konzentriert, die einen gewissen Bezug zur Praxis aufweisen.[315]

Ein wichtiges Kriterium bei der Bepreisung des Informationszugangs ist der Aspekt, ob der vom Informationsnachfrager zu zahlende Preis von den Kosten abhängt, die bei der Bearbeitung des konkreten Informationsbegehrens entstanden sind. So könnte für den jeweiligen Informationszugang von dem Informationsnachfrager ein fixer, pauschaler Betrag verlangt werden. Diese Gestaltungsoption weist keinen Bezug zu den konkret verursachten Bearbeitungskosten auf. Anstelle eines fixen, pauschalen Betrags könnte festgelegt werden, dass sich die Preise an den für den jeweiligen Informationszugang entstandenen Bearbeitungskosten aufseiten der öffentlichen Hand orientieren.[316] Dieses Vorgehen bei der Preisfestsetzung des Informationszugangs kann aus ökonomischer Sicht als eine Art „Grenzkostenbepreisung" interpretiert werden. Diese Gestaltungsoption kann bei Bedarf mit einer Preisobergrenze modifiziert werden.

Letztendlich ist bei den Überlegungen zu dieser Gestaltungsfrage zu beachten, dass die Bepreisung des Informationszugangs bei den Informationsnachfragern zu Kosten führt und somit deren Nutzungsverhalten beeinflussen kann.[317] So kann das Bepreisungsregime zu Preisen führen, die potentielle Informationsnachfrager vor der Nutzung des Informationszugangs abschrecken.[318] Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die Zahlungsbereitschaft eines einzelnen Informationsnachfragers aufgrund von positiven externen (Transparenz-)Effekten geringer ausfallen dürfte als der gesamtgesellschaftliche Nutzen des Informationszugangs.[319] Wenn die Bepreisung eine zu schwache Informationsnachfrage nach sich zieht, ist dies vor dem Hintergrund der intendierten Transparenzziele des Transparenzregimes kritisch zu sehen. Die (zu) geringe Informationsnachfrage dürfte dazu führen, dass die beabsichtigten positiven Transparenzeffekte, wie bspw. eine stärkere Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure, nicht in ausreichendem Maße realisiert werden kann. Sollte

---

[313] Für möglichst kostenfreien Informationszugang plädieren PIOTROWSKI / LIAO (2012, S. 88), die in diesem Kontext allerdings keinen expliziten Bezug zu einer Steuerfinanzierung herstellen.

[314] Grundsätzlich ist zudem eine Mischung aus Steuer- und Nutzerfinanzierung vorstellbar, sodass die Informationsnachfrager als Nutzer zu einem gewissen Teil zu der Finanzierung eines Transparenzregimes beitragen.

[315] Die in der Praxis vorgesehenen Gebühren und Auslagen im Rahmen von Informationsfreiheitsgesetzen können aus (institutionen-)ökonomischer Perspektive als von den Informationsnachfragern zu zahlender Preis für den Informationszugang aufgefasst werden. Des Weiteren ist zu beachten, dass in der Praxis im öffentlichen Sektor übergeordnete Regeln bestehen (z.B. Gebührenrecht), sodass die öffentliche Hand bei der Bepreisung nicht völlig frei agieren kann.

[316] Auf die im Zusammenhang eines Transparenzregimes entstehenden Kosten aufseiten der öffentlichen Hand und auch bei den Informationsnachfragern wird in Abschnitt 5.4.2.1 näher eingegangen.

[317] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 243 f.).

[318] Vgl. HAZELL / WORTHY (2010, S. 353) für empirische Beobachtungen einer sinkenden Anzahl an Informationszugangsanträgen infolge einer Erhöhung der Gebühren bei den Informationsfreiheitsgesetzen (Freedom of Information Acts) in Irland und Australien.

[319] Siehe NISKANEN (1975, S. 626 f.) für den grundsätzlich ähnlichen Mechanismus im Kontext der (legislativen) Kontrolle über die Exekutive.

eine Beteiligung der Informationsnachfrager an den Kosten des Informationszugangs vorgesehen sein, ist der soeben beschriebene Aspekt bei dieser zentralen Gestaltungsfrage zu berücksichtigen.

### 5.3.2 Transparenzniveau und Veröffentlichungsmenge als Ergebnis der zentralen Gestaltungsfragen

Das Ergebnis der Entscheidungen hinsichtlich der im vorherigen Abschnitt aufgezeigten Gestaltungsfragen bestimmen maßgeblich das Transparenzniveau[320] des Transparenzregimes, d.h. die ausgewählten Gestaltungsoptionen bzw. deren Zusammenspiel beeinflusst wesentlich und direkt das Transparenzniveau. Je größer das Transparenzniveau ist, desto transparenter wird das Transparenzregime eingestuft.[321] Die genaue Erfassung eines Transparenzniveaus dürfte sich als schwierig erweisen, weil hierzu zunächst die einzelnen Gestaltungsfragen bezüglich ihrer Beiträge zu einem höheren Transparenzniveau untereinander gewichtet werden müssten, um anschließend auch bei den jeweiligen Gestaltungsoptionen so zu verfahren. Dieses Vorgehen bei der Bewertung des Transparenzniveaus eines Transparenzregimes kann mit dem in Abbildung 9 dargestellten Sterndiagrammen bildhaft widergespiegelt werden, wobei die Fläche eines Sterndiagramms als Maßstab für das Transparenzniveau interpretiert werden kann. In diesem Zusammenhang dürften eher weniger wissenschaftliche Erkenntnisse, sondern vielmehr Werturteile zum Einsatz kommen. Es gibt Ansätze die Transparenzniveaus von verschiedenen Transparenzregimen empirisch zu erfassen, meist über (Transparenz-)Indizes, und darauf basierend eine Rangliste der Transparenzregime zu erstellen.[322] Neben der Tatsache, dass dabei überwiegend auf implizite Weise Werturteile hinsichtlich der Gestaltungsfragen und -optionen vorgenommen worden sind, ist die Aussagekraft solcher empirischen Untersuchungen vor dem Hintergrund dabei auftretender Beschreib-, Mess- und insbesondere Bewertbarkeitsprobleme kritisch einzuordnen. Schließlich ist hinsichtlich des Transparenzumfangs zu beachten, dass meistens bei einer de facto Betrachtung im Vergleich zu einer de jure Betrachtung ein geringeres Transparenzniveau vorliegt. In diesem Zusammenhang wird auch von nominaler (de jure) und effektiver (de facto) Transparenz gesprochen und die Differenz zwischen diesen beiden Betrachtungsweisen wird als sogenannte Transparenzillusion bezeichnet.[323]

---

[320] Synonyme Begriffe sind Transparenzumfang oder Transparenzausmaß des Transparenzregimes.

[321] PIOTROWSKI / LIAO (2012, S. 84-88) nennen sechs Kriterien, die ein Transparenzregime bzw. die bereitgestellten Dokumente, Daten und Informationen zu erfüllen haben, damit es aus Sicht der Informationsnachfrager als transparenzfreundlich anzusehen ist: 1) akkurat, 2) gut zugänglich, 3) komplett 4) verständlich, 5) zeitnah eingestellt und aktuell, 6) möglichst unentgeltlich.

[322] In Bezug auf Informationsfreiheitsgesetze weltweit ist in erster Linie das auch in TID (2016, S. 6 f.) angeführte „Global Right to Information Rating" zu nennen, welches das de jure Transparenzniveau verschiedener Informationsfreiheitsgesetze weltweit erfasst und darauf basierend ein Ranking erstellt; siehe hierzu http://www.rti-rating.org/. Das Vorgehen und die Methodik finden sich unter http://www.rti-rating.org/methodology/ bzw. http://www.rti-rating.org/wp-content/uploads/Indicators.pdf. Hinsichtlich der Informationsfreiheitsgesetze auf Bundes- und Länderebene in Deutschland findet sich solch ein ähnliches Transparenzranking bei DARBISHIRE ET AL. (2017). In SCHLANSKY (2015) wird speziell die Transparenz von Landesparlamenten in Deutschland untersucht und die Transparenzniveaus werden im vom Autor entwickelten „Open Parliament Index for Germany" erfasst. Diesen Untersuchungen ist gemein, dass sich aus den Beschreibungen zu Konzeption und Durchführung dieser Transparenzrankings erkennen lässt, dass die Gewichtungen der Gestaltungsfragen und -optionen mit impliziten Werturteilen behaftet sind.

[323] Vgl. HEALD (2006a, S. 29 und S. 34 f.). Das Ausmaß der Transparenzillusion hängt bspw. auch davon ab, inwieweit die öffentliche Hand Strategien zur Umgehung der Transparenzvorschriften entwickelt; vgl. ROBERTS (2006, S. 109-118).

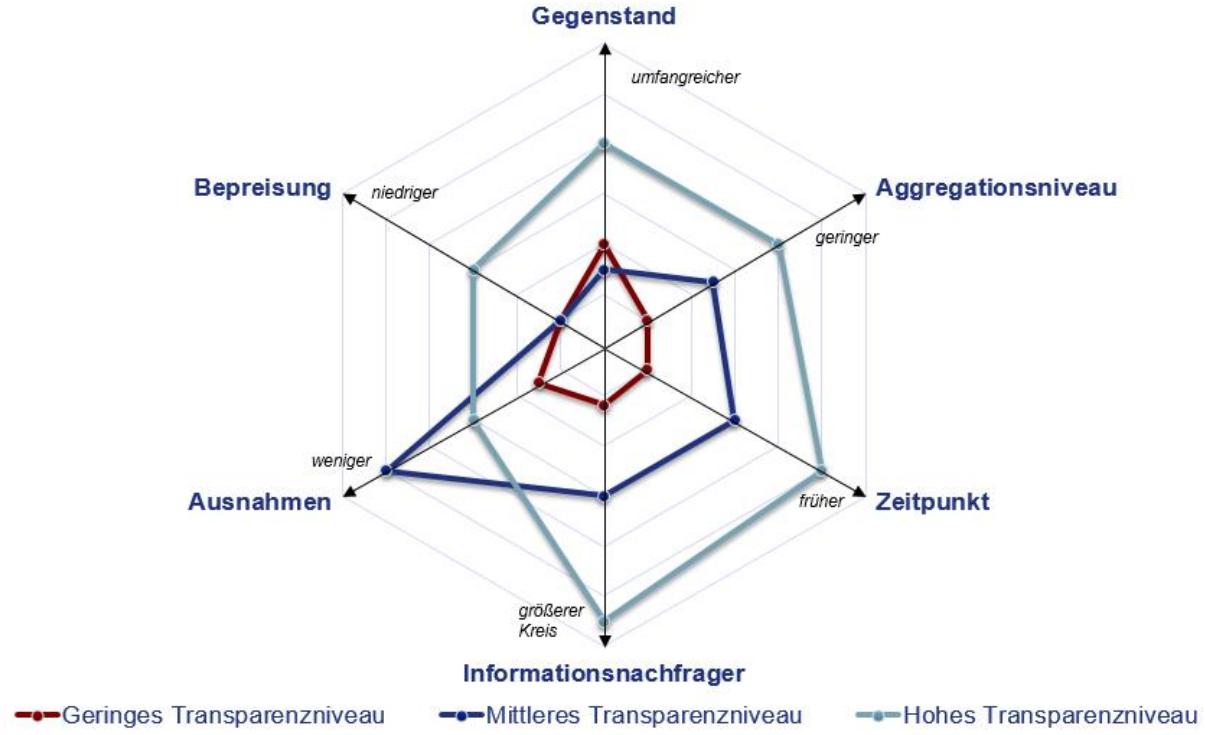



**Abbildung 9: Zentrale Gestaltungsfragen bei Transparenzregimen und die damit einhergehenden Transparenzniveaus[324]**

Neben dem Transparenzniveau stellt die Menge der veröffentlichten Dokumente, Daten und Informationen (im Folgenden auch als Veröffentlichungsmenge bezeichnet) ein weiteres Ergebnis der Entscheidungen bezüglich der Gestaltungsfragen dar und kann gemeinsam mit dem Transparenzniveau als Output eines Transparenzregimes angesehen werden.[325] Im Rahmen dieser Arbeit beschreibt die Veröffentlichungsmenge folgende zwei Aspekte: Erstens umfasst sie zunächst die Anzahl bzw. Seitenumfänge o.Ä. von veröffentlichten Unterlagen, d.h. je höher diese ausfallen, desto größer ist die Veröffentlichungsmenge. Zweitens wird der Umfang an Unkenntlichmachungen berücksichtigt, d.h. je mehr Schwärzungen vorliegen, desto kleiner ist die Veröffentlichungsmenge. Durch die Gestaltungsfragen bzw. -optionen eines Transparenzregimes kann die Menge der veröffentlichten Dokumenten, Daten und Informationen beeinflusst werden, worauf im nächsten Abschnitt 5.3.3 eingegangen wird. Der Frage, inwieweit die gesamte Veröffentlichungsmenge von der Politik bzw. dem Regeldesigner durch die gewählten Gestaltungsoptionen selbst unmittelbar festgelegt bzw. gesteuert werden kann und inwiefern weitere Aspekte wie das Design der institutionellen Technologie (Verortung von Entscheidungskompetenzen sowie reaktive und proaktive Informationsbereitstellung) eine Rolle spielen, wird an dieser Stelle nicht nachgegangen. Stattdessen

[324] Quelle: eigene Darstellung.

[325] In diesem Kontext sei darauf hingewiesen, dass das Transparenzniveau und die Veröffentlichungsmenge als Output vom Outcome eines Transparenzregimes zu unterscheiden ist. Als Outcome sind die mit dem Output erreichten Wirkungen anzusehen, was im Falle von Transparenzregimen die positiven (und negativen) Transparenzeffekte sind. Sowohl die Messung des Outputs als auch insbesondere des Outcomes dürfte im Kontext von Transparenzregimen mit enormen Schwierigkeiten verbunden sein. Vgl. für Ausführungen zu Output und Outcome z.B. MÜHLENKAMP (2015, S. 15-20).

wird sie in verschiedenen Abschnitten der Arbeit aufgegriffen.[326] Dafür wird hier kurz einer klassischen Frage der Transparenzforschung Beachtung geschenkt: Ist ein Transparenzregime besser, je größer die Veröffentlichungsmenge ist bzw. was ist die „optimale" Menge an veröffentlichten Dokumenten, um eine effektive und effiziente Kontrolle durch die Gesellschaft zu ermöglichen? Diese Frage ist wegen diverser anderer Einflussfaktoren pauschal schwierig zu beantworten, aber grundsätzlich und insbesondere bei geringeren Anfangsniveaus hinsichtlich der Veröffentlichungsmenge ist davon auszugehen, dass eine größere Veröffentlichungsmenge eine bessere Grundlage für eine Kontrolle des staatlichen Handelns bildet. Allerdings könnte in extremen Fällen ein zu viel an veröffentlichten Dokumenten durchaus auch kontraproduktiv wirken, weil in der sehr großen Masse an Informationen ggf. das Wesentliche untergeht oder verdeckt wird bzw. die Suchkosten nach der entscheidenden Information enorm ansteigen.[327] Deshalb wird mitunter die These aufgestellt, dass Disziplin im Sinne einer kontrollierten Steuerung bei der Veröffentlichung von Informationen einen unerlässlichen Aspekt von Transparenzregimen ausmacht.[328] Ein weiterer Punkt ist die Unterscheidung zwischen öffentlich bereitgestellten Informationen und von den Informationsnachfragern tatsächlich verarbeiteten Informationen, d.h. die Differenzierung nach der Möglichkeit des Zugangs zu Dokumenten und der tatsächlichen Nutzung dieses Zugangs.[329] Denn viele Transparenzeffekte verstärken sich oder entstehen erst, wenn die Informationen von den verschiedenen Akteuren auch wirklich genutzt werden. Im Rahmen dieser Arbeit wird diese Differenzierung jedoch nicht weiter vorgenommen. Der Fokus liegt vielmehr vereinfachend darauf, welche Auswirkungen infolge von Transparenz grundsätzlich möglich erscheinen, unabhängig davon wie viel von der Veröffentlichungsmenge tatsächlich verarbeitet wird, und was sich daraus für Konsequenzen im politisch-administrativen Prozess ergeben, also bspw. im Rahmen der Realisierung von Infrastrukturprojekten mit dem ÖPP- oder KBV-Ansatz. Diese Vorgehensweise bedeutet schlussendlich, dass eine politikwissenschaftliche und soziologische Fundierung, ob und wie genau eine Veröffentlichung von Dokumenten das Verhalten von gesellschaftlichen Akteuren und damit verbunden auch von Politik sowie Verwaltung tatsächlich beeinflusst und in welcher Weise sich in diesem Kontext etwaige Wirkungsmechanismen vollziehen, nicht Bestandteil dieser Arbeit ist.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Entscheidungen hinsichtlich der zentralen Gestaltungsfragen maßgeblich das Transparenzniveau und die Veröffentlichungsmenge determinieren. Des Weiteren sind das Transparenzniveau und die Veröffentlichungsmenge zusammen als Output des Transparenzregimes anzusehen.

---

[326] Die aufgeworfene Frage wird aus verschiedenen Blickwinkeln in den Abschnitten 5.4.2.2, 7.1 und 7.4.1 behandelt.

[327] Vgl. HAN (2015, S. 68). Siehe auch GRIMMELIKHUIJSEN (2012, S. 296 f.) und RUIJER (2017, S. 356), die diesen Aspekt – insbesondere bezogen auf eine proaktive Informationsbereitstellung – unter dem Begriff des „information overload" ansprechen. HEALD (2006a, S. 34 f.) und WEWER (2014, S. 7) betonen in diesem Kontext die mögliche Reduktion der Effektivität eines Transparenzregimes.

[328] Vgl. HEALD (2006b, S. 70).

[329] Vgl. MEIJER / CURTIN / HILLEBRANDT (2012, S. 17 f.).

### 5.3.3 Interdependenzen der zentralen Gestaltungsfragen untereinander und mit der Veröffentlichungsmenge

In den vorherigen Abschnitten wurden die zentralen Gestaltungsfragen und die Veröffentlichungsmenge bisher separat voneinander behandelt. Es gibt aber sowohl zwischen den Gestaltungsfragen selbst als auch zwischen diesen und der Veröffentlichungsmenge bestimmte Interdependenzen. Einige dieser Interdependenzen werden zur Verdeutlichung nun beispielhaft vorgestellt. Zunächst geht es um die Interdependenz zwischen den Gestaltungsfragen, dann folgen Ausführungen zur deren Einflussnahme auf die Veröffentlichungsmenge.

Eine Wechselwirkung besteht zwischen den Gestaltungsfragen Zeitpunkt der Veröffentlichung und den Ausnahmen vom Grundsatz der Transparenz. Bei späteren Veröffentlichungszeitpunkten können weniger rigide Ausnahmen vorgesehen werden, da durch die Ausnahmen die Relevanz der begründeten Schutzfunktion aufgrund einer abnehmenden Zeitsensitivität der betroffenen Informationen abnimmt.[330] Umgekehrt ist folgendes zu bedenken: Wenn sehr rigide Ausnahmen vom Transparenzgrundsatz gelten, dann sind vor dem Hintergrund der Transparenzziele zu späte Veröffentlichungszeitpunkte nicht erstrebenswert. Des Weiteren besteht ein Zusammenhang zwischen dem Aggregationsgrad und inwieweit Ausnahmetatbestände betroffen sind. In der Regel ist davon auszugehen, dass bei einem steigenden Aggregationsgrad immer weniger (Rück-)Schlüsse auf geheimhaltungsbedürftige Informationen möglich sein dürften.[331] Allerdings ist für den Einzelfall nicht auszuschließen, dass auch Materialien mit einem starken Aggregationsniveau noch Ausnahmen berühren. Einen weiteren Aspekt mit Bezug zum Umfang der Ausnahmen als auch zum Aggregationsgrad stellt die Bepreisung des Informationszugangs dar, wenn diese für die Informationsnachfrager nicht kostenfrei erfolgt, sondern sich die Bepreisung zumindest teilweise am Aufwand der Informationsbereitstellung orientiert. Wenn aufgrund von einer geringeren Anzahl an und / oder weniger weit gefassten Ausnahmen weniger Schwärzungen vorzunehmen sind, dann verringert das den Personalaufwand, was den Preis des Informationszugangs entsprechend senkt. Ähnlich verhält es sich beim Aggregationsgrad. Wenn bei den Dokumenten statt oder zusätzlich zu den Originalen bestimmte aufbereitete Fassungen zu veröffentlichen sind, geht dies mit höherem Personalaufwand einher, was den Preis des Informationszugangs entsprechend erhöht. Als letztes Beispiel ist hier kurz auf die Interdependenz zwischen dem eben bereits erwähnten Aggregationsgrad und dem Kreis der berechtigten Informationsnachfrager einzugehen. So ist denkbar, dass Originaldokumente bestimmten Informationsnachfragern eher zugänglich gemacht werden können, weil bei diesen in höherem Maße sichergestellt werden kann, dass die Originale nicht weiter in Umlauf gebracht werden. Dies könnte bspw. auf staatliche Kontrollinstanzen wie Rechnungshöfe zutreffen.

---

[330] So enthält bspw. das Informationsfreiheitsgesetz im kanadischen Bundesstaat British Columbia in Bezug auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen die Regelung, dass bei Informationen, die mehr als 50 Jahre alt sind, dieser Schutz entfällt und somit offengelegt werden müssen. Vgl. WBI (2013, S. 57 f.).

[331] Vgl. LENNARTZ (2017, S. 399).

Die Entscheidungen bei den Gestaltungsfragen haben zudem Einfluss auf die Veröffentlichungsmenge.[332] So wirkt sich bspw. die Bepreisung beim Informationszugang auf die Informationsnachfrage und damit letztendlich auf die Veröffentlichungsmenge aus. Es ist davon auszugehen, dass bei höheren Preisen die Informationsnachfrage abnimmt und damit eine geringere Menge an Dokumenten, Daten und Informationen veröffentlicht wird. Falls eine größere Veröffentlichungsmenge angestrebt wird, sollte die Bepreisung entsprechend geändert werden.[333] Des Weiteren beeinflussen die Ausnahmen vom Grundsatz der Transparenz die Veröffentlichungsmenge. So geht eine größere Zahl an Bereichsausnahmen mit einer geringeren Veröffentlichungsmenge hinsichtlich der Anzahl an veröffentlichten Dokumenten einher sowie viele und / oder weiter gefasste Ausschlusstatbestände führen zu einer geringeren Veröffentlichungsmenge aufgrund eines potentiell größeren Schwärzungsumfangs. Darüber hinaus ist vorstellbar, dass viele bzw. weit gefasste Ausnahmen von vornherein eine abschreckende Wirkung auf die Informationsnachfrager entfalten, was zu einer schwächeren Informationsnachfrage und damit einhergehend zu einer geringeren Veröffentlichungsmenge führen kann. Schließlich sei noch der Wirkungszusammenhang zwischen dem Kreis der berechtigten Informationsnachfrager und der Veröffentlichungsmenge erwähnt. Grundsätzlich dürfte gelten, dass je größer dieser Kreis gezogen wird, desto stärker kann die Informationsnachfrage ausfallen und eine höhere Veröffentlichungsmenge nach sich ziehen.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Interdependenzen sowohl zwischen den zentralen Gestaltungsfragen als auch mit der Veröffentlichungsmenge bei der Gestaltung von Transparenzregimen zu berücksichtigen sind und somit zu den zentralen Herausforderungen bei dieser Aufgabe gehören.

## 5.4 Design der institutionellen Technologie und dessen Bedeutung hinsichtlich der Effektivität sowie Effizienz von Transparenzregimen

Neben den im vorangegangen Unterkapitel vorgestellten Gestaltungsfragen und -optionen eines Transparenzregimes stellen sich zudem (Design-)Fragen hinsichtlich der institutionellen Technologie, die in diesem Unterkapitel betrachtet werden. Die institutionelle Ausgestaltung eines Transparenzregimes betrifft im Wesentlichen die Design-Elemente Verortung von Entscheidungskompetenzen, (optimale) Regeldifferenzierung, Verfahren und Formen hinsichtlich der Informationsbereitstellung sowie Wissensmanagement und bildet somit die „innere Mechanik“ eines Transparenzregimes. Das Design der institutionellen Technologie zielt neben der Effektivität vor allem auf die Effizienz bzw. Optimierung der (Transaktions-)Kosten eines Transparenzregimes ab und wird von der Politik bzw. dem Regeldesigner festgelegt. Im Folgenden werden zunächst die zentralen Design-Elemente vorgestellt (Abschnitt 5.4.1), wobei eine detaillierte Analyse zu deren Ausgestaltung in Kapitel 7 erfolgt. Daraufhin wird auf die Effektivität und Effizienz von Transparenzregimen

[332] Die Ausführungen in diesem Absatz gelten sowohl für die reaktive als auch proaktive Informationsbereitstellung. Allerdings treffen diese bei Letzterer überwiegend in abgeschwächter Form zu.

[333] Vgl. HAZELL / WORTHY (2010, S. 353).

eingegangen und wie diese sowohl mit der institutionellen Technologie als auch mit dem Transparenzniveau zusammenhängen (Abschnitt 5.4.2).

## 5.4.1 Überblick zu den Elementen beim Design der institutionellen Technologie bei Transparenzregimen

### 5.4.1.1 Verortung von Entscheidungskompetenzen

Ein wesentliches Design-Element hinsichtlich der institutionellen Technologie stellt die Verortung von Entscheidungskompetenzen dar, d.h. welche Akteure fällen in welchem Ausmaß letztendlich die Entscheidung, ob und in welchem Umfang Dokumente, Daten und Informationen veröffentlicht werden. Grundsätzlich gibt es drei Akteure, die dabei eine zentrale Rolle spielen können: die Legislative bzw. „die Politik", die öffentliche Verwaltung bzw. Behörden und Gerichte. In diesem Kontext stellt sich insbesondere die Frage, in welchen Situationen die Politik mit von ihr vorgegebenen klaren Regeln die Veröffentlichungsentscheidungen quasi selbst fällen oder die Entscheidungskompetenzen (teilweise) an Behörden delegiert werden sollte. Bei der Delegation ist zu überlegen, ob diese an eine neutrale Transparenzbehörde oder die jeweils vom Informationsbegehren fachlich betroffene Behörde erfolgt.[334] Gerichte sind als finale Überprüfungs- und Kontrollinstanzen stets Bestandteil jeder denkbaren Variante. Allerdings hängt deren Aktivitätsgrad aufgrund von Rechtsstreitigkeiten bei Veröffentlichungsentscheidungen von der Ausgestaltung der Verortung von Entscheidungskompetenzen ab. Die Eignung verschiedener Varianten wird von unterschiedlichen Faktoren beeinflusst, sodass dieses Design-Element der institutionellen Technologie eine anspruchsvolle Herausforderung darstellt. Schließlich geht eine inadäquate Ausgestaltung der Verortung von Entscheidungskompetenzen mit höheren (Transaktions-)Kosten beim Transparenzregime einher.

### 5.4.1.2 Regeldifferenzierung

Als ein weiteres wichtiges Design-Element der institutionellen Technologie ist die optimale Regeldifferenzierung anzusehen. Im Allgemeinen geht es bei der Frage nach der optimalen Regeldifferenzierung darum, solche Regelungen für Sachverhalte und Bereiche zu schaffen, bei denen die Vorteile (z.B. geringere Fehlerkosten) die Nachteile (z.B. höhere Regelanwendungskosten) eines höheren Grads an Regeldifferenzierung überwiegen.[335] Im Speziellen betrifft die Regeldifferenzierung hier vor allem die Horizontalisierung und Konkretisierung von Regeln hinsichtlich der Transparenz von Informationen.[336] Die Frage der Horizontalisierung befasst sich im Wesentlichen damit, wie viele

---

[334] Neben dem Aspekt, inwieweit die Behörde von dem Fall fachlich betroffen ist, kann es dabei auch um die Frage der politischen Unabhängigkeit der Behörde bei der Fällung der Veröffentlichungsentscheidungen gehen; vgl. HEINE / MAUSE (2012).

[335] Vgl. zur optimalen Regeldifferenzierung allgemein KERBER (2008, S. 490 f.), bei dem sich der optimale Regeldifferenzierungsgrad aus der Minimierung der Summe aus Fehlerkosten und Regelanwendungskosten ergibt. Unter Fehlerkosten („error costs") versteht er die Kosten, die entstehen, wenn die Anwendung von (starren) Regeln zu „falschen Entscheidungen" führt. Mit Regelanwendungskosten („regulation costs") meint er die (Transaktions-)Kosten, die bei der Anwendung komplexerer Regeln entstehen. Im Folgenden wird das Wort „optimal" in Klammern mitgeführt oder weggelassen, weil bei einer an realitätsnahen Fragen orientierten institutionenökonomischen Analyse das Optimum so nicht existiert und es im Rahmen dieser Arbeit vielmehr um die grundlegenden Mechanismen der Regeldifferenzierung geht.

[336] Vgl. BECKERS / KÜHLING / RYNDIN (2017, S. 26 f.).

Bereiche eine Regel zu einem bestimmten Sachverhalt umfassen sollte. So könnte einerseits eine einzige Regel alle Bereiche abdecken, andererseits könnten mehrere spezielle Regeln für jeweils unterschiedliche Bereiche existieren. Bei der Konkretisierung ist wiederum festzulegen, wie detailliert – bei einer gegebenen Horizontalisierung – ein Sachverhalt geregelt wird. Wenn eine Regelung zum Beispiel eine Abwägung bei der Veröffentlichungsentscheidung vorsieht, dann könnte diese noch weiter spezifiziert und damit ihre Konkretisierung vertieft werden, indem Vorgaben gemacht werden, welche Komponenten dabei in jedem Fall zu berücksichtigen sind. Einen weiteren – im Rahmen dieser Arbeit punktuell betrachteten – Aspekt der (optimalen) Regeldifferenzierung stellt die Frage dar, inwieweit bestimmte bereits vorhandene Dokumente, Daten und Informationen nach (transparenzfreundlicheren) Veränderungen am Transparenzregime speziellen Regelungen unterliegen sollten, um ggf. einen gewissen Vertrauens- bzw. Bestandsschutz gewährleisten zu können.[337] Bei der Ausgestaltung hinsichtlich der Regeldifferenzierung sind mehrere Einflussfaktoren wie bspw. Kontrahierbarkeit, Dynamik und Wissensstand zu berücksichtigen.[338]

#### 5.4.1.3 Verfahren und Formen der Informationsbereitstellung

Die Frage, wie die Verfahren und Formen der Informationsbereitstellung ausgestaltet werden können, zählt ebenso zum Design der institutionellen Technologie und umfasst mehrere Aspekte. Der mit Abstand wichtigste ist dabei die reaktive oder proaktive Informationsbereitstellung als Handlungsform der Behörde.[339] Mit reaktiver Informationsbereitstellung ist gemeint, dass zunächst eine Anfrage eines berechtigten Informationsnachfragers vorliegen muss, daraufhin die Behörde erst aktiv wird und es dann eventuell zur Gewährung des Zugangs bzw. Veröffentlichung kommt. Unter proaktiver Informationsbereitstellung ist hingegen zu verstehen, dass die Behörden auch ohne Anfragen von sich aus die (ggf. aufgrund von Ausnahmetatbeständen geschwärzten) Dokumente, Daten und Informationen zur Verfügung stellen.[340] Je nachdem in welchen Fällen eine reaktive oder proaktive Informationsbereitstellung vorgegeben ist, kann sich dies positiv bzw. negativ auf die (Transaktions-) Kosten eines Transparenzregimes ausüben.[341] Ein weiterer Aspekt ist – z.B. im Fall von Ausnahmetatbeständen – die Zuordnung der Darlegungs- bzw. Beweislast im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten, also ob und in welchem Ausmaß der Informationsnachfrager oder aber die Behörde plausibel aufzuzeigen hat, warum bestimmte (Teile der) Dokumente, Daten und Informationen

---

[337] Dieser Aspekt des infolge von (transparenzfreundlicheren) Veränderungen am Transparenzregime ggf. differenzierten Umgangs mit „Bestandsdokumenten" im Vergleich zu erst nach dieser Veränderung erstellten Dokumenten wird zum Beispiel anhand von in bestimmten Bereichen abgeschlossenen „Alt- bzw. Bestandsverträgen" zwischen der öffentlichen Hand und privaten Vertragsparteien in Unterkapitel 6.2 beleuchtet. Im Hamburgischen Transparenzgesetz (§ 17 HmbgT) werden Verträge, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen worden sind, als Altverträge bezeichnet.

[338] Es sei darauf hingewiesen, dass auch die Vertikalisierung der (optimalen) Regeldifferenzierung zugeordnet werden kann, weil diese die Frage betrifft, inwieweit ein Sachverhalt und Bereiche über mehrere Normebenen hinweg unterschiedlich präzise geregelt wird bzw. falls nur eine Normebene vorgesehen ist, auf welcher die Regelung dann verortet werden sollte.

[339] Vgl. Fox (2007, S. 665).

[340] Die Frage, ob die reaktive bzw. proaktive Informationsbereitstellung für alle oder eben ausschließlich für bestimmte Dokumente, Daten und Informationen gilt, kann wiederum der (optimalen) Regeldifferenzierung zugeordnet werden. Zudem ist eine Differenzierung nach Bereichen vorstellbar.

[341] Die Thematik der pro- bzw. reaktiven Informationsbereitstellung wird in Abschnitt 7.4.1 vertieft betrachtet.

nicht oder eben doch zugänglich gemacht werden müssen.[342] Ein anderer Aspekt beim Verfahren der Informationsbereitstellung betrifft die Regelungen hinsichtlich möglicher Rechtsstreitigkeiten bei Veröffentlichungsentscheidungen, also z.B. die Festlegung von konkreten Verfahrensschritten. Daneben gibt es weitere eher kleinteiligere Aspekte, die sich jedoch in Summe insbesondere auf die (Transaktions-)Kosten aufseiten der Informationsnachfrager auswirken und im Folgenden aufgezählt werden. So sind die Dauer und die Verbindlichkeit von Fristen zwischen einzelnen Verfahrensschritten zu regeln. Des Weiteren ist zu klären, ob der Informationszugang bspw. vor Ort bei der informationsbesitzenden Behörde (oder auch bei einer Geheimschutzstelle) gewährt wird oder dem Informationsnachfrager direkt zugestellt wird.[343] Zudem könnte das Format der Materialien geregelt werden, also ob diese in analoger (Papier-)Form und / oder in digitaler Form bereitgestellt werden (müssen).[344] Die Frage, wie der Prozess der Informationsbereitstellung innerhalb einer Behörde organisiert werden sollte, wird in dieser Arbeit nicht betrachtet, obwohl dieser durchaus Einfluss auf die Effizienz von Transparenzregimen hinsichtlich der (Transaktions-)Kosten ausüben kann. Der Grund hierfür liegt vor allem darin, dass sich das Thema der internen Verwaltungsorganisation außerhalb des Fokus und der Analyseebene dieser Arbeit bewegt.

#### 5.4.1.4 Wissensmanagement

Im Kontext der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen besteht die Grundidee des Wissensmanagements insbesondere darin, dass eine dafür verantwortliche Einheit (im Rahmen dieser Arbeit auch als Wissensmanagement-Organisation bezeichnet) durch Wissensmanagements-Aktivitäten die Entscheidungsfällung verbessert und somit die Effektivität sowie Effizienz eines Transparenzregimes steigert.[345] Bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen stellt das Wissen über mögliche Transparenzeffekte, den entsprechenden Sektor, die Dokumente, Informationen und Daten an sich sowie die Rechtslage die entscheidende Ressource dar. Daher sollte bereits beim Design der institutionellen Technologie bspw. an die Generierung und Distribution von Wissen im Transparenzregime gedacht werden. Neben dieser können einer Wissensmanagement-Organisation weitere Aufgaben auferlegt werden, um dem Ziel eines möglichst effektiven und effizienten Transparenzregimes näher zu kommen. Im Rahmen dieser Arbeit ist Wissensmanagement als ein Bestandteil des Designs der institutionellen Technologie eingeordnet. Es wäre grundsätzlich aber auch möglich, Wissensmanagement gesondert als eine Organisationsalternative im Kontext von Transparenzregimen darzustellen.[346]

---

[342] Siehe zur Frage der Darlegungs- bzw. Beweislast aus juristischer Perspektive die Ausführungen von SCHOCH (2016, S. 380 ff.), die auch aus institutionenökonomischer Sicht interessant sind. Eine Analyse zu dieser Ausgestaltungsfrage findet in dieser Arbeit nicht statt, aber es dürfte vieles für eine Verortung der Darlegungs- bzw. Beweislast auf Seiten der öffentlichen Hand sprechen.

[343] Eine Einsichtnahme vor Ort ist als eine Option bspw. beim Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz des Landes Brandenburg (AIG) möglich (§ 7 Abs. 1 S. 1 AIG).

[344] Bei digitalen Formaten könnte zudem deren Maschinenlesbarkeit vorgegeben sein, was die Suchkosten von Informationsnachfragern reduzieren kann; vgl. CGD (2014, S. xi).

[345] Vgl. mit Bezug zum allgemeinen Verwaltungshandeln LENK / WENGELOWSKI (2003, S. 6).

[346] Die Darstellungsweise hat in dieser Arbeit auf die Analysen und Erkenntnisse zum Wissensmanagement keinen Einfluss.

## 5.4.2 Effektivität und Effizienz von Transparenzregimen sowie Interdependenz von Ausgestaltungsentscheidungen

### 5.4.2.1 Effektivität und Effizienz

Der Zweck dieses Abschnitts besteht vor allem in der Erläuterung der Begriffe Effektivität und Effizienz im Kontext von Transparenzregimen und dient somit als Basis für den nächsten Abschnitt. Unter Effektivität eines Transparenzregimes wird im Rahmen dieser Arbeit die Gewährleistung eines adäquaten Transparenzniveaus zur Erreichung der mit der institutionellen Lösung angestrebten Transparenzziele verstanden. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein höheres Transparenzniveau zu einem effektiveren Transparenzregime beiträgt. Dies dürfte insbesondere bei einem sehr geringen Ausgangslevel des Transparenzniveaus der Fall sein. Bei einem bereits vorhandenen hohen Transparenzniveau dürften weitere Steigerungen hingegen nur zu geringen oder ggf. gar keinen Verbesserungen bei der Effektivität führen. Somit ist die Ausgangslage von Bedeutung und es kann generell von einem positiven, aber abnehmenden effektivitätserhöhenden Einfluss des Transparenzniveaus ausgegangen werden.[347] Dabei ist jedoch zu beachten, dass es durchaus Konstellationen gibt, in denen eine Erhöhung des Transparenzniveaus nicht mehr zielführend ist. Mehr Transparenz kann auch mit starken negativen Effekten einhergehen, sodass dies in keinem akzeptablen Verhältnis zu den anvisierten positiven Auswirkungen steht. Somit sind der Wirkungskette, ein höheres Transparenzniveau trägt zu einem effektiveren Transparenzregime bei, gewisse Grenzen gesetzt und die Vor- und Nachteile von mehr Transparenz müssen stets abgewogen werden. Da das Transparenzniveau durch die Gestaltungsfragen bestimmt wird, hängt die Effektivität zum einen maßgeblich von den gewählten Gestaltungsoptionen ab. Zum anderen wirkt sich das Design der institutionellen Technologie ebenfalls auf die Effektivität eines Transparenzregimes aus. Die Wirkungszusammenhänge zwischen Transparenzniveau, institutioneller Technologie und Effektivität werden im nächsten Abschnitt betrachtet. In Bezug auf die Effektivität sei schließlich noch ein spezieller, zu berücksichtigender Aspekt erwähnt: die Furcht der Politik bzw. des Regeldesigners vor Fehlern bei mit erheblichen negativen (politischen) Konsequenzen einhergehenden Veröffentlichungsentscheidungen. Bei einer besonders stark ausgeprägten Furcht wird die Politik bzw. der Regeldesigner eine eher vorsichtigere, also weniger transparenzfreundlichere Ausgestaltung des Transparenzregimes hinsichtlich der Gestaltungsfragen und der institutionellen Technologie vornehmen. Dies führt zu einem geringeren Transparenzniveau, was wiederum mit einer geringeren Effektivität einhergehen dürfte. Somit kann diese Eigenschaft der Politik bzw. des Regeldesigners die Effektivität eines Transparenzregimes mitbeeinflussen.

Neben der Effektivität spielt die Effizienz eines Transparenzregimes eine wichtige Rolle. Mit Effizienz ist in diesem Kontext gemeint, dass die Gewährleistung eines adäquaten Transparenzniveaus durch die institutionelle Lösung zu möglichst geringen (Transaktions-)Kosten sichergestellt wird. Aus institutionenökonomischer Sicht sind dabei neben den Produktionskosten vor allem auch die

[347] Vgl. WEWER (2014, S. 12).

Transaktionskosten zu beachten. [348] Im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird allerdings keine genaue Zuordnung von bestimmten Kosten zu den Kategorien der Produktions- oder Transaktionskosten vorgenommen, weil dies für die Analysen nicht von allzu großer Relevanz ist. Die Verwendung des Begriffs der (Transaktions-)Kosten soll jedoch die Bedeutung der Transaktionskosten im Kontext von Transparenzregimen und des Informationszugangs verdeutlichen. Bei der Effizienzperspektive sind sowohl die Kosten zu berücksichtigen, die aufseiten der öffentlichen Hand als auch bei den Informationsnachfragern anfallen. Mögliche Kosten aufseiten der Informationsnachfrager können dabei zum einen die Preise beim Informationszugang (Gebühren und Auslagen) und Rechtsdurchsetzungskosten (Anwaltskosten etc.) sein. Zum anderen können auch etwaige Zeitkosten wie bspw. aufgrund von Warte- und Suchzeiten sowie Verständlichkeitsproblemen hinsichtlich der (komplexen) Transparenzregelungen dazugezählt werden, die im Vergleich zu den vorher genannten Kosten jedoch schwer zu messen sind.[349] Die Höhe der Kosten, welche die Informationsnachfrager im Rahmen der Informationsbereitstellung zu tragen haben, beeinflusst wiederum auch deren Nachfrageverhalten.[350] Bei der öffentlichen Hand entstehen Kosten im Rahmen der Informationsbereitstellung insbesondere durch den notwendigen Personalaufwand, z.B. aufgrund von vorzunehmenden Schwärzungen, und einem etwaigen Sachaufwand, bspw. in Form von Ausdrucks- und Portokosten.[351] Allerdings hat durch den technischen Fortschritt und insbesondere mit dem Internet die Bedeutung des Sachaufwands enorm abgenommen.[352] Im Falle einer proaktiven, über das Internet und Datenbanken ablaufenden Informationsbereitstellung sind des Weiteren einmalige Investitionskosten für die Implementierung eines ggf. vollständig neuen IT-Systems und sich daran anschließende Kosten des laufenden Betriebs zu berücksichtigen.[353] Mitunter wird noch auf weitere, jedoch äußerst schwer zu bewertende „psycho-soziale“ Kosten aufseiten der öffentlichen Hand hingewiesen, die durch sehr umfangreiche Transparenzvorschriften erzeugt werden.[354] Mit dem Design der institutionellen Technologie kann die Effizienz eines Transparenzregimes maßgeblich beeinflusst werden, was im nächsten Abschnitt genauer dargelegt wird. Zum Abschluss dieses Abschnitts ist festzuhalten, dass für die Politik bzw. den Regeldesigner bei der Ausgestaltung – neben den allgemeinen Transparenzzielen – die Effektivität und Effizienz eines Transparenzregimes als spezielles Zielsystem dienen sollte.

---

[348] Dazu gehören die im Rahmen einer ökonomischen Analyse von institutionellen Lösungen zu beachtenden ex ante Kosten für deren Design, Durchsetzung und Implementierung. Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt hinsichtlich der Effizienz von Transparenzregimen jedoch auf den ex post (Transaktions-)Kosten der tatsächlichen Bereitstellung von Dokumenten, Daten und Informationen.

[349] Vgl. HEALD (2006b, S. 71), der diese Kosten als indirekte Kosten von Transparenz bezeichnet. Als Abgrenzung dazu verwendet HEALD (2006b, S. 71) den Begriff der direkten Kosten für die inkrementellen Kosten der Zugänglichmachung von existierenden Dokumenten.

[350] Vgl. HAZELL / WORTHY (2010, S. 353 und S. 358).

[351] An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass eine exakte Bestimmung der Kosten, die im Kontext eines Transparenzregimes bei der Informationsbereitstellung aufseiten der öffentlichen Hand entstehen, kaum möglich ist; vgl. hierzu HOLSEN (2007, S. 52).

[352] Vgl. HEALD (2006b, S. 71).

[353] Vgl. WEWER (2014, S. 11). Der Autor verweist auf grobe Schätzungen, laut denen der Aufbau des proaktiven Hamburger Transparenzregisters ca. 5 Mio. Euro und der laufende Betrieb pro Jahr 2 Mio. Euro kostet.

[354] So spricht WEWER (2014, S. 9) davon, dass eine „möglichst große Transparenz staatlichen Handelns […] erhebliche Auswirkungen nicht nur auf den Betriebsfrieden in der Behörde [hätte]“.

#### 5.4.2.2 Zusammenhänge zwischen institutioneller Technologie, Transparenzniveau, Effektivität und Effizienz

Wie die Ausführungen im vorherigen Abschnitt bereits angedeutet haben, gibt es verschiedene Zusammenhänge zwischen institutioneller Technologie, Transparenzniveau, Effektivität und Effizienz. Im Hinblick auf die Interdependenz zwischen Effektivität und Effizienz ist grundsätzlich davon auszugehen, dass mit geringeren (Transaktions-)Kosten aufseiten der Informationsnachfrager, die regelmäßig mit einer höheren Effizienz im Transparenzregime einhergehen dürften, die gesellschaftlichen Akteure stärker Dokumente, Daten und Informationen nachfragen sowie damit eine bessere Erreichung der Transparenzziele zu erwarten ist und als Resultat daraus die Effektivität zunimmt. Allerdings sind Fälle vorstellbar, bei denen im Rahmen der Ausgestaltung eines Transparenzregimes zwischen Effektivität und Effizienz eine Abwägung vorgenommen werden muss, weil das Abzielen auf eine geringfügige Erhöhung der Effektivität mit (sprunghaft) höheren und unangemessenen (Transaktions-)Kosten einhergeht, was zu einer nicht vertretbaren Reduktion der Effizienz führt. Solche Situationen sind jedoch überwiegend bei einer bereits weitreichenden Effektivität eines Transparenzregimes zu erwarten.

Des Weiteren sind die Zusammenhänge zwischen Transparenzniveau und Effektivität sowie Effizienz zu beachten. Es ist zu erwarten, dass ein höheres Transparenzniveau, weil es die Erreichung der Transparenzziele eher sicherstellt, mit einer verbesserten Effektivität einhergeht. Beispielhaft sei darauf verwiesen, dass bei der Bereitstellung von Originaldokumenten im Vergleich zu etwaigen aufbereiteten Fassungen eine stärkere Kontrolle staatlichen Handelns durch gesellschaftliche Akteure als Transparenzziel gewährleistet wird. Ein höheres Transparenzniveau dürfte also häufig auch die Effizienz verbessern. Dies trifft neben dem eben bereits genannten Beispiel des Aggregationsniveaus ebenso auf die Ausnahmetatbestände zu. Je weniger und / oder weitreichend diese ausfallen und damit verbunden ein höheres Transparenzniveau vorliegt, desto weniger Prüfungen und Schwärzungen sind vorzunehmen, was mit weniger Personalaufwand und somit geringeren Kosten einhergeht.

Das Design der institutionellen Technologie beeinflusst das Transparenzniveau meist über die Veröffentlichungsmenge. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, wie sich die vier in Abschnitt 5.4.1 vorgestellten Design-Elemente auf die Veröffentlichungsmenge auswirken können. Bei der Verortung von Entscheidungskompetenzen kann es, wenn ausgehend von klaren, von der Politik festgelegten Regeln in Richtung einer Delegation an Behörden verschoben wird, zu einer geringeren Veröffentlichungsmenge aufgrund einer geringeren Anzahl an veröffentlichten Dokumenten und umfangreicheren Schwärzungen kommen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Behörden weniger transparenzfreundlich eingestellt sind als die Politik. Denn die Behörden können so „transparenzfeindlichere“ Veröffentlichungsentscheidungen treffen, verglichen mit der Situation, dass die Politik ihre transparenzfreundlicheren Vorstellungen mit klaren Regeln den Behörden vorgegeben hätte.

Hinsichtlich der Regeldifferenzierung knüpfen die Überlegungen zur Konkretisierung bei den gerade vorgenommenen Ausführungen an. Denn je weniger konkret die Regeln ausfallen, desto mehr Spielraum kommt den Behörden bei den Veröffentlichungsentscheidungen zu. Wenn also die Politik – aus welchen Gründen auch immer – keine stärkere Konkretisierung der Regeln vornimmt, dann dürfte die Veröffentlichungsmenge tendenziell sinken, falls die Behörden eine geringere Transparenzpräferenz

aufweisen als die Politik. Bei der Horizontalisierung ist davon auszugehen, dass die Etablierung von speziellen Bereichen (enge Horizontalisierung) und der damit einhergehenden Möglichkeit zur Etablierung passgenauerer Regelungen mit einem höheren Transparenzniveau in Verbindung gebracht wird als bei alle Bereiche umfassenden Regeln (breite Horizontalisierung). Dies trifft vor allem beim Umstand zu, wenn bei einer breiten Horizontalisierung die Regelungen für die Veröffentlichungsentscheidungen hinsichtlich der dortigen Sachverhalte zur vorsichtigen, also weniger transparenzfreundlichen Seite hin abschätzend festgelegt werden, weil sich diese eher an den Bereichen mit kritischen Sachverhalten[355] orientieren.

Beim Zusammenhang zwischen dem Design-Element Formen der Informationsbereitstellung sowie dem Transparenzniveau liegt der Fokus zunächst auf der Entscheidung zwischen einer reaktiven oder proaktiven Informationsbereitstellung. Ein proaktives Transparenzregime dürfte als transparenter wahrgenommen werden, obwohl es sich um die gleiche Veröffentlichungsentscheidung wie bei einer reaktiven Informationsbereitstellung handelt. Bei einer proaktiven fällt im Vergleich zu einer reaktiven Informationsbereitstellung eine höhere Veröffentlichungsmenge an. Zudem ist eine stärkere Informationsnachfrage zu erwarten, weil bestimmte Kosten aufseiten der Informationsnachfrager (z.B. Wartekosten) geringer ausfallen. Diese genannten Aspekte lassen darauf schließen, dass eine proaktive im Vergleich zu einer reaktiven Informationsbereitstellung mit einem höheren Transparenzniveau einhergeht. Ferner hat die Verortung der Darlegungs- bzw. Beweislast ebenfalls Einfluss auf das Transparenzniveau. So ist anzunehmen, dass je stärker die Darlegungs- bzw. Beweislast den Informationsnachfragern auferlegt wird, umso schwächer dürfte die Informationsnachfrage aufgrund zu erwartender höherer (Transaktions-)Kosten beim Zugang zu Dokumenten, Daten und Informationen ausfallen, was schließlich zu einer geringeren Veröffentlichungsmenge und damit einhergehend zu einem niedrigeren Transparenzniveau führt.

Des Weiteren kann sich Wissensmanagement positiv auf das Transparenzniveau auswirken. So kann die Etablierung einer Wissensmanagement-Organisation und deren Aufgabenprofil auf der einen Seite dazu beitragen, dass ein Transparenzregime als transparenzfreundlicher eingestuft wird und die Informationsnachfrager eher dazu bewegt Dokumente, Daten und Information anzufordern. Auf der anderen Seite kann Wissensmanagement dazu führen, dass bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen möglichst alle relevanten Transparenzeffekte Berücksichtigung finden.

Im Hinblick auf die Zusammenhänge zwischen dem Design der institutionellen Technologie und der Effektivität eines Transparenzregimes ist zunächst festzuhalten: Ein indirekter Einfluss besteht bereits dadurch, dass die Ausgestaltung der Design-Elemente die (Transaktions-)Kosten bzw. Effizienz mitbestimmt und diese wie aufgezeigt mit der Effektivität verbunden ist. Des Weiteren beeinflusst die institutionelle Technologie die Effektivität über die Veröffentlichungsmenge, weil verschiedene Niveaus bei der Veröffentlichungsmenge die Erreichung der Transparenzziele unterschiedlich stark

[355] Mit dem Begriff des kritischen Sachverhalts ist in diesem Zusammenhang gemeint, dass bei einem solchen Sachverhalt ein besonders hohes Schutzniveau notwendig ist, um etwaige sehr große negative Transparenzeffekte zu vermeiden.

gewährleisten. Das Verhältnis zwischen institutioneller Technologie und Veröffentlichungsmenge wurde in den vorherigen Absätzen dargelegt.

Somit ist am Ende dieses Abschnitts zu konstatieren, dass bei der Ausgestaltung von Transparenzregimen die vielfältigen Zusammenhänge zwischen den vier Eckpfeilern (zentrale Gestaltungsfragen, institutionelle Technologie, Effektivität und Effizienz) zu berücksichtigen sind. Aus den Ausführungen kann darüber hinaus geschlussfolgert, dass die anvisierten Transparenzziele nicht einfach vollständig vorab festgelegt werden können, sondern sich vielmehr in einem Zusammenspiel der vier Eckpfeiler eines Transparenzregimes in einem iterativen Prozess ergeben.[356] Ein wichtiger Schritt im iterativen Prozess besteht in der (Über-)Prüfung, ob im Hinblick auf die Erreichung der Tranparenzziele die Vor- und Nachteile eines bestimmten Transparenzniveaus in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Somit wird auch die Erkenntnis berücksichtigt, dass mehr Transparenz nicht in jeder Konstellation sinnvoll ist. Vor diesem Hintergrund wird in dieser Arbeit bei der in Teil C erfolgenden Analyse zu Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich, die zunächst eher auf die Gestaltungsfragen und somit das Transparenzniveau fokussiert ist, nachgelagert auch eine notwendige integrierte Gesamtbetrachtung durchgeführt, welche insbesondere das Design der institutionellen Technologie und damit einhergehend Überlegungen zu Effizienz und Effektivität berücksichtigt. Die nachfolgende Abbildung 10 stellt die beschriebenen zentralen Aspekte bei der Gestaltung von Transparenzregimen übersichtlich dar.

[356] Vgl. FENSTER (2006, S. 936). Dieser weist darauf hin, dass Transparenzziele eine kontextspezifische Definition von Transparenz benötigen und die Vorstellungen der Politik, etwaige Systemrestriktionen sowie die Kosten und Nutzen des Transparenzregimes berücksichtigt werden sollten.

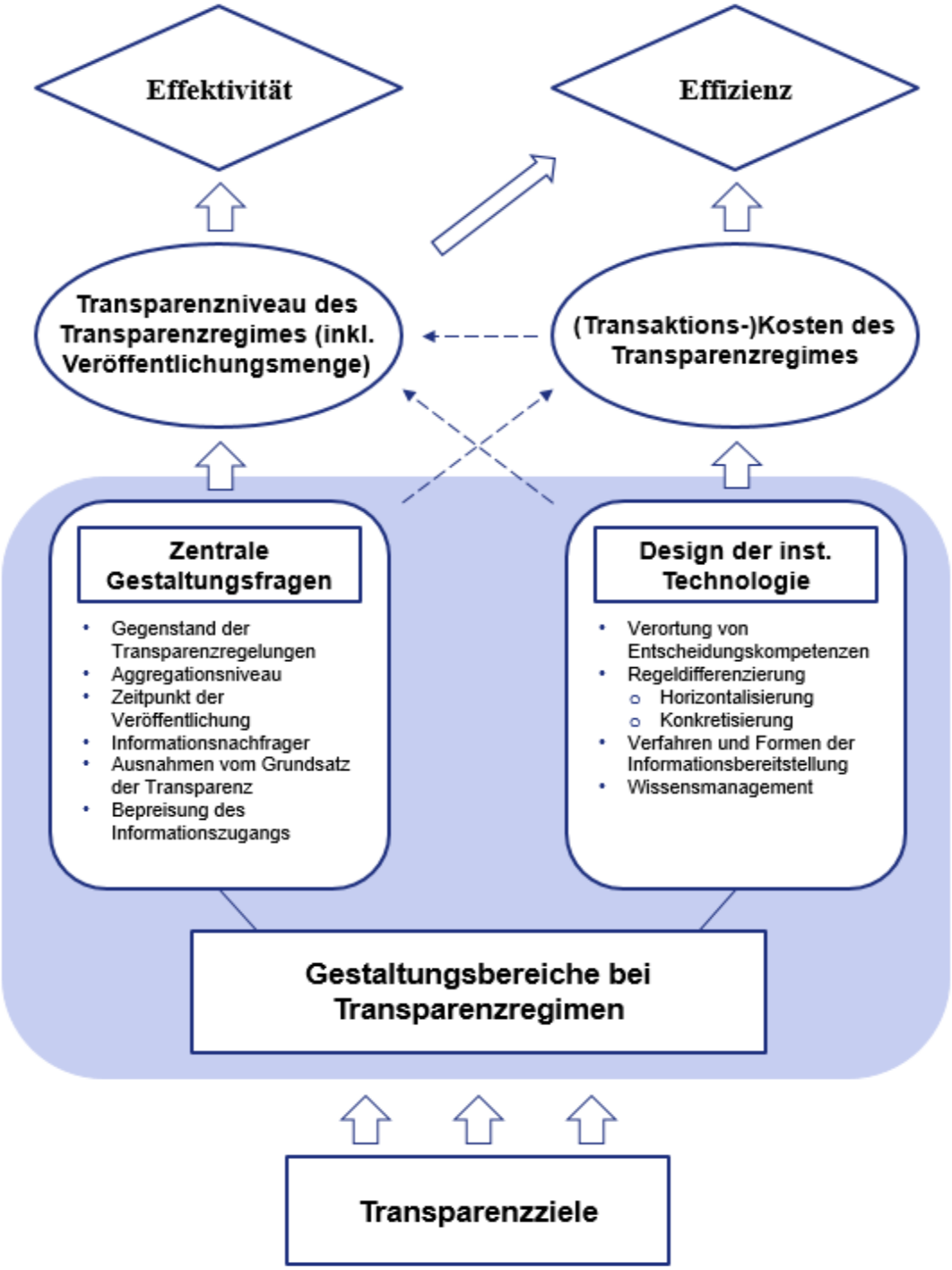



**Abbildung 10: Zentrale Aspekte bei der Gestaltung von Transparenzregimen**[357]

## 5.5 Fazit

In diesem Kapitel ging es um Transparenz im öffentlichen Sektor, deren potentielle Auswirkungen und die Frage, welche Punkte bei der Gestaltung von Transparenzregimen unbedingt zu bedenken sind. Als erstes wurde festgestellt, dass für den Begriff der Transparenz keine einheitliche Definition existiert, sondern vielmehr vielfältige unterschiedliche Aspekte betonende Sichtweisen vorherrschen.

[357] Quelle: eigene Darstellung.

Gemeinsam ist letztendlich nahezu allen vorgestellten Sichtweisen, dass infolge von Transparenz etwas sichtbar(er) wird – (institutionen-)ökonomisch gesehen eine Reduktion von Informationsasymmetrien – und in der Konsequenz die Prinzipal-Agent-Beziehung, im Kontext dieser Arbeit vornehmlich jene zwischen Gesellschaft und Politik bzw. Verwaltung, beeinflusst wird. Aus institutionenökonomischer Sicht lassen sich Transparenzregime zudem als institutionelle Lösung für die Bereitstellung (und Finanzierung sowie Verwaltungsorganisation) des Zugangs zu von aufseiten der öffentlichen Hand vorhandenen Dokumenten, Daten und Informationen einordnen. Wichtig ist die Erkenntnis, dass Transparenz kein Selbstzweck darstellen darf, sondern von der Politik festzulegende Ziele verfolgen sollte, wobei im Rahmen dieser Arbeit die Kosteneffizienz im öffentlichen Beschaffungswesen im Infrastrukturbereich als allgemeines Zielsystem angenommen wird. Die Transparenzziele können insbesondere dann gut erreicht werden, wenn die positiven Auswirkungen infolge von Transparenz sowohl im öffentlichen Bereich als auch hinsichtlich der Wettbewerbseffekte zum Tragen kommen und gleichzeitig etwaige negative Transparenzeffekte möglichst vermieden werden können. Inwieweit dies einem Transparenzregime gelingt, hängt maßgeblich von dessen Gestaltung ab. Die Ausführungen in diesem Kapitel haben gezeigt, dass sich die Gestaltung von Transparenzregimen in zwei große Bereiche einteilen lässt. Zum einen ist das der den „äußeren Rahmen“ formende Bereich der zentralen Gestaltungsfragen wie bspw. der Zeitpunkt von Veröffentlichungen und die Ausnahmen vom Grundsatz der Transparenz, die im Ergebnis das Transparenzniveau und überwiegend auch die Veröffentlichungsmenge bestimmen. Die zentralen Gestaltungsfragen zielen letztendlich in erster Linie auf die Effektivität eines Transparenzregimes ab. Ein höheres Transparenzniveau trägt zwar grundsätzlich zu einem effektiveren Transparenzregime bei, aber mehr Transparenz ist im Hinblick auf die Effektivität nicht in jeder Konstellation zu empfehlen. Zum anderen stellt das Design der institutionellen Technologie den zweiten großen Gestaltungbereich von Transparenzregimen dar, das die „innere Mechanik“ bildet und insbesondere zur Verbesserung der Effizienz beitragen soll, indem die (Transaktions-)Kosten möglichst niedrig gehalten werden. Effektivität und Effizienz sollten bei der Gestaltung von Transparenzregimen somit das spezielle Zielsystem darstellen. Als besonders wichtige Design-Elemente bei der institutionellen Technologie sind die Verortung von Entscheidungskompetenzen und die Regeldifferenzierung mit Horizontalisierung und Konkretisierung einzustufen. Außerdem sind auch die Verfahren und Formen der Informationsbereitstellung wichtig, wobei vor allem die Frage der proaktiven und reaktiven Bereitstellung als Handlungsform der Verwaltung im Vordergrund steht. Ferner ist das Wissensmanagement in seiner Bedeutung nicht zu unterschätzen. Schließlich sind bei der Gestaltung von Transparenzregimen die vielfältigen Zusammenhänge zwischen den vier Eckpfeilern (zentrale Gestaltungsfragen, institutionelle Technologie, Effektivität und Effizienz) zu berücksichtigen, sodass eine integrierte Gesamtbetrachtung notwendig ist.

# 6 Vorstellung und Einordnung des bestehenden Rechtsrahmens hinsichtlich Transparenzregelungen

Dieses Kapitel umfasst die Vorstellung und Einordnung des in Deutschland bestehenden Rechtsrahmens bezüglich Transparenzregelungen, der in Anbetracht der Ausführungen im vorherigen Kapitel als ein Transparenzregime aufgefasst werden kann, das sich allerdings aus vielen verschiedenen (Sub-)Transparenzregimen zusammensetzt. Im Rahmen dieser Arbeit liegt der Fokus auf dem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG), das als zentrales (Sub-)Transparenzregime einzustufen ist und dem bei den späteren Analysen die größte Bedeutung zukommt. Denn in Teil C sollen Handlungsempfehlungen erarbeitet werden, die einen starken Bezug zum IFG haben, sodass es wichtig ist, die Grundzüge des IFG vorab aufzuarbeiten. Daher wird zunächst das IFG vorgestellt, vor dem Hintergrund der Überlegungen im vorherigen Kapitel eingeordnet sowie die zwei im Rahmen der Arbeit relevanten Ausnahmetatbestände behandelt (Unterkapitel 6.1). Ausschließlich in diesem Kapitel werden zudem die Pendants in den Ländern (Unterkapitel 6.2) sowie weitere spezifische Transparenzregelungen (Unterkapitel 6.3) beleuchtet, um mögliche sowie empirisch beobachtbare Ausgestaltungsvarianten und damit auch ein umfassenderes Gesamtbild darstellen zu können.[358] Am Ende dieses Kapitels folgt ein Fazit (Unterkapitel 6.4). Somit verdeutlicht dieses Kapitel und die darauf aufbauenden Abschnitte in Teil C, dass in dieser Arbeit der Einbezug von juristischen Ausführungen und Überlegungen erforderlich ist. Allerdings ist in diesem Zusammenhang deutlich zu betonen, dass dies nur innerhalb gewisser Grenzen möglich ist. So werden Überlegungen aus juristischer Perspektive grundsätzlich in die Analysen einbezogen, können aber aufgrund der (institutionen-) ökonomischen Ausrichtung der Arbeit keinen Anspruch auf Vollständigkeit und juristische Argumentationstiefe aufweisen.[359]

## 6.1 Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes

### 6.1.1 Vorstellung und Einordnung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes (IFG)

In diesem Abschnitt wird das IFG in seinen Grundzügen vorgestellt. Dabei wird zur Einordnung insbesondere auf die in den Abschnitten 5.3 und 5.4 erläuterten zentralen Gestaltungsfragen bzw. -optionen sowie Design-Elemente bei der institutionellen Technologie eines Transparenzregimes zurückgegriffen.

[358] Der Überblick zum in Deutschland bestehenden Rechtsrahmen hinsichtlich der Transparenzregelungen erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern beschränkt sich auf jene (Sub-)Transparenzregime, die eine gewisse Relevanz zur Thematik der Arbeit aufweisen.

[359] Neben anderen juristischen Quellen wurde hinsichtlich des IFG hauptsächlich mit der zweiten, im Jahr 2016 umfangreich aktualisierten Auflage des IFG-Kommentars des Rechtswissenschaftlers Friedrich Schoch gearbeitet. Dies liegt darin begründet, dass es während der Erstellung dieser Arbeit das aktuellste, mit Abstand umfassendste IFG-Kommentar gewesen ist und Friedrich Schoch, Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, auf dem Gebiet der Informationsfreiheit eine äußerst hohe Reputation aufweist.

#### 6.1.1.1 Entstehung und Zielsetzung des IFG

Ein Informationsfreiheitsgesetz auf Bundesebene war bereits im Koalitionsvertrag zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD) und Bündnis 90/Die Grünen für die Legislaturperiode 1998 bis 2002 vorgesehen, wurde aber trotz eines ersten vom Bundesministerium des Innern (BMI) erstellten Referentenentwurfs aus dem Jahr 2000 zunächst nicht Realität.[360] Das heutige IFG ist erst am (vorgezogenen) Ende der Legislaturperiode der zweiten rot-grünen Bundesregierung entstanden. Das Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes, so der offizielle Titel des IFG, wurde am 3. Juni 2005 vom Bundestag beschlossen und ist am 1. Januar 2006 in Kraft getreten. Somit ist das IFG als Transparenzregime in Form einer formellen institutionellen Lösung einzuordnen.[361] Erwähnenswert ist dabei, dass das IFG vor allem von Parlamentariern der beiden Koalitionsfraktionen gegen den Widerstand der von ihnen getragenen Bundesregierung durchgesetzt wurde, aber mit einigen Eingeständnissen (insbesondere beim Schutz öffentlicher Belange) gegenüber der Exekutive verbunden war.[362] Laut Gesetzesbegründung besteht die Zielsetzung des IFG darin, dass es der demokratischen Meinungs- und Willensbildung dienen und eine bessere Kontrolle staatlichen Handelns (mit speziellem Fokus auf der Korruptionsbekämpfung) ermöglichen soll. Des Weiteren soll eine durch das IFG verstärkte öffentliche Teilnahme zu einer höheren Akzeptanz staatlichen Handelns beitragen.[363] Diese drei Punkte sind somit als die von der Politik festgelegten Transparenzziele des Transparenzregimes IFG einzuordnen. Als ein weiteres, in der Gesetzesbegründung jedoch nicht erwähntes, Transparenzziel könnte angesehen werden, dass das IFG auf die Identifizierung von wirtschaftlich verwertbaren Inhalten in staatlichen Informationen abzielen und damit die diesbezügliche Nutzung durch die Volkswirtschaft erlauben könnte.[364] Das im Rahmen dieser Arbeit im Fokus stehende Transparenzziel der Kosteneffizienz im öffentlichen Beschaffungswesen im Infrastrukturbereich ist in der Gesetzesbegründung ebenfalls nicht explizit kodifiziert, allerdings könnte es implizit aus der Zielsetzung der besseren Kontrolle staatlichen Handelns abgeleitet werden, da dieses den wichtigen Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens umfasst.

#### 6.1.1.2 Grundsätze des IFG

Damit die von der Politik vorgegeben Transparenzziele erreicht werden können, hat das IFG im Kern einen Paradigmenwechsel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft vollzogen: Es erfolgt eine Abkehr von der sogenannten Arkantradition, bei der die Geheimhaltung staatlicher Informationen die Regel und Transparenz die große Ausnahme ist, hin zum Prinzip der Informationsfreiheit, bei der Transparenz als Regel und die Geheimhaltung in begründeten Fällen als Ausnahme gilt.[365] Dieser neue, fundamentale Grundsatz findet sich in der Formulierung „Jeder hat nach Maßgabe dieses Gesetzes

---

[360] Vgl. SCHOCH (2016, S. 114 ff.) für die Entstehungsgeschichte des IFG.

[361] Vgl. BERLINER (2014, S. 482 f.), ROBERTS (2006, S. 120) und SÖDERMAN (1998, S. 78-81) für eine generelle Einordnung von Informationsfreiheitsgesetzen als formelle institutionelle Lösungen.

[362] Vgl. SCHOCH (2016, S. 363).

[363] Vgl. für die Zielsetzung des IFG die Gesetzesbegründung BT-DRS. 15/4493 (2004, S. 1 und S. 6). Außerdem verweist die Gesetzesbegründung darauf, dass das IFG zur europäischen Integration beiträgt, da es vergleichbare Gesetze nicht nur in den meisten EU-Mitgliedstaaten, sondern inzwischen auch auf EU-Ebene gibt.

[364] Vgl. KLOEPFLER (2011, S. 13).

[365] Vgl. EKARDT / EXNER / BECKMANN (2007, S. 404 f.) und FEHLING (2017, S. 79).

gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen." in § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG wieder. Diese Vorschrift legt somit den voraussetzungslosen Anspruch auf den Informationszugang[366] und die Anspruchsberechtigten (alle natürlichen Personen und juristischen Personen des Privatrechts) fest.[367] Somit hat sich die Politik beim IFG hinsichtlich der – in Abschnitt 5.3.1 vorgestellten – zentralen Gestaltungsfrage der berechtigten Informationsnachfrager im Prinzip für den allumfassenden Ansatz entschieden, bei dem für die Allgemeinheit bzw. Öffentlichkeit die Materialien zugänglich zu machen sind. Des Weiteren regeln die Begriffe „amtliche[n] Informationen" in Verbindung mit „Behörden des Bundes" die zentrale Gestaltungsfrage, was überhaupt der Gegenstand der IFG-Transparenzregelungen ist. In § 2 Nr. 1 IFG findet sich eine Legaldefinition für „amtliche Informationen". Aus juristischer Perspektive ist dieser Begriff hinreichend klar bestimmt und in der Rechtsprechung gab es bisher nur wenige Anwendungsprobleme.[368] Hinsichtlich des Behördenbegriffs wird in der Gesetzesbegründung auf das Verwaltungsverfahrensgesetz verwiesen, sodass jede Stelle als Behörde einzuordnen ist, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.[369] Somit ist beim IFG ein allgemeiner Oberbegriff verwendet worden und es kommen keine (Positiv- bzw. Negativ-) Kataloge mit speziellen vorgegebenen Dokumententypen zur Anwendung.[370] Letztendlich ist – ohne Berücksichtigung etwaiger juristischer Details – festzuhalten, dass sich bezüglich der zentralen Gestaltungsfrage des Gegenstands der Transparenzregelungen beim IFG für die Dokumente, Daten und Informationen der öffentlichen Hand entschieden wurde.[371]

#### 6.1.1.3 Ausnahmen vom Transparenzgrundsatz im IFG

Der Grundsatz der Transparenz wird allerdings durch verschiedene Ausnahmen begrenzt, um dem Informationszugang entgegenstehenden öffentlichen Belangen und privaten Interessen Rechnung zu tragen, sodass im Endeffekt beim IFG vom Grundsatz limitierter Transparenz gesprochen werden kann.[372] Genau diese Ausnahmen werden in §§ 3-6 IFG adressiert und sind vor dem Hintergrund der Ausführungen in Abschnitt 5.3.1 als die zentrale Gestaltungsfrage „Ausnahmen vom Grundsatz der Transparenz" einzuordnen. So regelt § 3 IFG den Schutz von besonderen öffentlichen Belangen, wobei alle dort aufgeführten Ausnahmen absolut geschützt sind, d.h. bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen findet keine Abwägung mit dem Informationsinteresse der

---

[366] Damit ist gemeint, dass der Informationsnachfrager bei einem Antrag nach dem IFG keinerlei rechtliches oder sonstiges Interesse anführen muss. Somit sind etwaige Eigenschaften des Informationsnachfragers und seine Absichten bezüglich der Verwendung der von ihm begehrten Dokumente nicht zu beachten. Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 6 f.).

[367] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 5 f. und S. 8).

[368] Vgl. SCHOCH (2016, S. 352 ff.).

[369] Vgl. BT-DRS. 15/4493 (2004, S. 7).

[370] Eine Ausnahme bezüglich vorgegebener Dokumententypen stellen Organisations- und Aktenpläne (ohne Angabe personenbezogener Daten) dar, die gemäß § 11 Abs. 2 IFG allgemein zugänglich zu machen sind. Des Weiteren können auch die in § 11 Abs. 1 IFG genannten Informationsverzeichnisse zu den vorgegebenen Dokumententypen gezählt werden.

[371] Neben der zentralen Gestaltungsfrage hinsichtlich des Gegenstands der Transparenzregelung wird in § 1 Abs. 1 S. 1 IFG mit der Formulierung „Behörden des Bundes" zudem der in Fußnote 292 erwähnte räumliche Geltungsbereich auf die Ebene des Bundes festgelegt.

[372] Vgl. SCHOCH (2016, S. 632).

Öffentlichkeit statt.[373] Als Beispiele seien hier zum einen „fiskalische Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr" (§ 3 Nr. 6 IFG) als ein – im weiteren Verlauf der Arbeit im Fokus stehender und im Abschnitt 6.1.3.2 detaillierter betrachteter – Ausnahmetatbestand und zum anderen die Ausnahme vom Informationszugang bei Nachrichtendiensten (§ 3 Nr. 8 IFG) als ein weiterer Bereich genannt. Im Hinblick auf die Verortung von Entscheidungskompetenzen als Teil der institutionellen Technologie ist festzustellen, dass der Gesetzgeber mit dem absoluten Schutz der von § 3 IFG erfassten Sachverhalte eine wichtige Entscheidung bereits getroffen hat und somit diesbezüglich weniger Entscheidungskompetenzen an Behörden delegiert werden. Des Weiteren wird die Norm zum Schutz von besonderen öffentlichen Belangen nach bestimmten Bereichen differenziert, was als eine engere Horizontalisierung einzustufen ist. Daran anknüpfend wurden zum Teil noch tiefergehende Konkretisierungen vorgenommen. Im Gesetzgebungsverfahren wurden diese mitunter sehr expliziten Regelungen auf Druck der Exekutive festgeschrieben.[374] So hatte die Exekutive bei diesen Sachverhalten bzw. Bereichen sehr genaue Vorstellungen und wollte diese Ausnahmen für den Schutz von öffentlichen Belangen im IFG umsetzen und die Aufgabe der Horizontalisierung sowie Konkretisierung nicht an Behörden delegieren.

In § 4 IFG wird der Schutz des behördlichen Entscheidungsprozesses normiert. Die Vorschrift regelt, dass Entwürfe zu Entscheidungen sowie Arbeiten und Beschlüsse zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung vom Informationszugang ausgeschlossen werden sollen, soweit und solange durch deren vorzeitige Offenlegung der Erfolg der Entscheidung oder behördlichen Maßnahme gefährdet ist, wobei Gutachten und Stellungnahmen Dritter davon explizit ausgenommen sind. Aufgrund der Soll-Regelung, die in besonderen Einzelfällen eine Abwägung mit dem Informationsinteresse ausnahmsweise erlaubt, sowie der inhaltlichen und zeitlichen Einschränkung der Informationsverweigerung stellt § 4 IFG keinen absoluten Ausschlusstatbestand dar.[375] Somit betrifft diese Regelung auch die – am Rande von Abschnitt 5.1.1 erwähnte – Frage der Prozess- oder Ergebnistransparenz. Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes ist diesbezüglich als stark in Richtung Ergebnistransparenz gehend einzuordnen, weil zwar grundsätzlich der Prozess, aber nicht das Ergebnis der behördlichen Entscheidungsfindung geschützt werden soll.

Der Schutz personenbezogener Daten unterliegt gemäß § 5 IFG keinem absoluten Schutz, sondern ist mit dem Informationsinteresse abzuwägen.[376] Wenn das Informationsinteresse überwiegt, dann ist der Zugang zu personenbezogenen Daten zu gewähren. Somit kommt personenbezogenen Daten ein relativer Schutz zu.[377] Besonders interessant ist bei der Einordnung hinsichtlich der Verortung von Entscheidungskompetenzen als Teil der institutionellen Technologie, dass mit dieser

---

[373] Vgl. SCHOCH (2016, S. 378). Diese Tatsache einer fehlenden Interessenabwägung wird auch mit dem juristischen Begriff des absoluten Rechts beschrieben.

[374] Vgl. SCHOCH (2016, S. 363).

[375] Vgl. SCHOCH (2016, S. 377 und 534).

[376] Die Gewährung des Zugangs zu personenbezogenen Daten erfolgt auch bei Einwilligung der betroffenen Person.

[377] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 173-176). Diese Tatsache der Interessenabwägung wird auch mit dem juristischen Begriff des relativen Rechts beschrieben.

Interessenabwägung eine Delegation an Behörden stattfindet, mit § 5 Abs. 2 und 3 IFG von der Politik aber wiederum eine gewisse Vorjustierung für diese Abwägung implementiert worden ist.[378]

Schließlich betrifft der in § 6 IFG normierte Schutz des geistigen Eigentums und von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen[379] die Gestaltungsfrage der Ausnahme vom Grundsatz der Transparenz bei Transparenzregimen. Diese beiden Ausnahmetatbestände sollen den damit in Verbindung stehenden Interessen privater Akteure Rechnung tragen. Im Rahmen dieser Arbeit liegt der Fokus klar auf den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (§ 6 S. 2 IFG), sodass sich die Ausführungen im weiteren Verlauf dieser Arbeit im Kontext des § 6 IFG stets ausschließlich darauf beziehen und der Schutz des geistigen Eigentums ausgeklammert wird. Die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im IFG sind absolut geschützt, sodass eine Abwägung mit dem Informationsinteresse nicht vorgenommen wird.[380] In Bezug auf die Verortung von Entscheidungskompetenzen als ein Bestandteil der institutionellen Technologie hat die Politik mit dieser Regelung einen wichtigen Beschluss selbst gefasst und damit weniger Entscheidungskompetenzen an Behörden übertragen. Hinsichtlich der ebenfalls zu den Design-Elementen gehörenden Horizontalisierung ist abschließend zu konstatieren, dass diese Schutznorm eine extrem breite Horizontalisierung aufweist, weil sie für alle möglichen Bereiche gilt und somit keinerlei Differenzierung (bspw. nach Sektoren) erfolgt. Eine weitergehende Betrachtung dieses im Rahmen der Arbeit wichtigen Ausnahmetatbestands im IFG wird im Abschnitt 6.1.3.1 vorgenommen.

#### 6.1.1.4 Antragsverfahren und weitere Aspekte im IFG

In § 7 Abs. 1 IFG ist geregelt, dass die Veröffentlichungsentscheidung von der Behörde zu fällen ist, die über die angefragten Informationen verfügt. Im Kontext der Ausführungen zur Verortung von Entscheidungskompetenzen im Abschnitt 5.4.1 ist dies als eine Delegation an die betroffene (dezentrale) Behörde einzuordnen. Eine Übertragung an eine neutrale (zentrale) Transparenzbehörde ist im IFG somit nicht vorgesehen.

Der teilweise Informationszugang wird durch § 7 Abs. 2 IFG festgelegt und besagt, dass ein Vorliegen von Ausnahmetatbeständen nicht unmittelbar zu einer Verwehrung des Zugangs zum vollständigen Dokument führt, sondern nur die schutzwürdigen Informationen entsprechend geheim zu halten sind (was z.B. durch Schwärzen umgesetzt wird). Diese Regelung ist den beiden zentralen Gestaltungsfragen Gegenstand der Transparenzregelung und Grundsatz der Transparenz zuzuordnen. Falls solch ein teilweiser Informationszugang nicht gewährleistet ist, kann dies zur Aushöhlung des Transparenzgrundsatzes führen. So wäre dann bspw. vorstellbar, dass ein sehr umfangreiches Dokument nur zu einem äußerst geringen Anteil von einem Ausnahmetatbestand betroffen ist und

---

[378] So legt § 5 Abs. 2 IFG fest, dass das Informationsinteresse nicht überwiegt, wenn personenbezogene Daten mit dem Dienst- oder Amtsverhältnis oder einem Mandat der betroffenen Person zusammenhängen und einem Berufs- oder Amtsgeheimnis unterliegen. Mit § 5 Abs. 3 IFG wird bestimmt, dass das Informationsinteresse den Schutz personenbezogener Daten in der Regel dann überwiegt, wenn sich dies auf bestimmte Angaben (z.B. Name, Büroanschrift usw.) beschränkt und die betroffene Person als Gutachter o.Ä. eine Stellungnahme in einem Verfahren abgegeben hat.

[379] Im Folgenden wird wie in der Literatur üblich – beispielsweise in den beiden IFG-Kommentaren SCHOCH (2016) und BERGER ET AL. (2013) – die Bezeichnung Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verwendet, ohne dass dies zu inhaltlichen Veränderungen in den Aussagen führt.

[380] Vgl. ROSSI (2006, S. 100).

deshalb komplett geheim bleibt, obwohl der überwiegende Teil des Dokuments veröffentlicht werden könnte.

Die § 7 Abs. 3, 4 und 5 sowie § 1 Abs. 2 IFG betreffen vor allem Regelungen, die dem Design-Element Verfahren und Formen der Informationsbereitstellung zuzuordnen sind. So geht es zum einen um mögliche Formen des Informationszugangs (z.B. schriftlich, elektronisch, mündlich, Einsichtnahme vor Ort), die der Informationsnachfrager bestimmen darf. Zum anderen wird festgelegt, dass die Informationsbereitstellung unverzüglich durchzuführen ist und diese maximal einen Monat dauern soll. Diese Soll-Regelung stellt letztendlich eine tendenziell nicht als absolut anzusehende Frist dar.[381]

Das Verfahren bei Beteiligung von vom Informationsbegehren betroffenen Akteuren („Dritte“) ist in § 8 IFG geregelt. Diese Regeln lassen sich beim Design der institutionellen Technologie und dabei insbesondere bei der Verortung von Entscheidungskompetenzen einordnen, da es den Einbezug weiterer Akteure – zusätzlich zu den bisher genannten (Politik, Behörden und Gerichte) – in die Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen betrifft. Daneben kann die Beteiligung von Dritten mit der Frage zusammenhängen, wer über das Wissen verfügt, einschätzen zu können, inwieweit tatsächlich bspw. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen, sodass es zudem die Thematik des Wissensmanagements berührt.

Die Regelungen in § 9 IFG, insbesondere § 9 Abs. 4 IFG, beschreiben, wie vorzugehen ist, wenn es zu Streitigkeiten bezüglich der Veröffentlichungsentscheidung kommt (Widerspruchsverfahren und Verpflichtungsklage), weil die Behörde das Informationsbegehren (teilweise) ablehnt und der Informationsnachfrager damit nicht einverstanden ist. Dieser Aspekt lässt sich in das Design-Element Verfahren und Formen der Informationsbereitstellung kategorisieren. Des Weiteren werden damit hinsichtlich der Verortung von Entscheidungskompetenzen die (Verwaltungs-)Gerichte als letzte Prüf- und Kontrollinstanz positioniert.

Der § 10 IFG ist mit Gebühren und Auslagen überschrieben und adressiert die zentrale Gestaltungsfrage der Bepreisung des Informationszugangs. So wird in § 10 Abs. 2 IFG festgelegt, dass „Gebühren […] auch unter Berücksichtigung des Verwaltungsaufwandes so zu bemessen [sind], dass der Informationszugang nach § 1 IFG wirksam in Anspruch genommen werden kann“. Für die Gebührenbemessung beim IFG ist das im Gebührenrecht übliche Äquivalenzprinzip der Maßstab, wobei dieses hier durch § 10 Abs. 2 IFG begrenzt wird.[382] Gemäß Gesetzesbegründung soll diese Begrenzung dazu dienen, dass die Gebühren keine Abschreckungswirkung entfalten dürfen.[383] Das BMI kann per Rechtsverordnung die Gebührentatbestände und -sätze mit der „Verordnung über die Gebühren und Auslagen nach dem Informationsfreiheitsgesetz“ (Informationsgebührenverordnung, IFGGebV) bestimmen (§ 10 Abs. 3 IFG), d.h. vor dem Hintergrund des Designs der institutionellen Technologie hat die Politik mit § 10 Abs. 2 IFG zwar die Bepreisung des Informationszugangs grundsätzlich festgelegt. Die konkrete Preisfestsetzung aber wurde an das BMI delegiert. In der

[381] Vgl. SCHOCH (2016, S. 714 ff.).
[382] Vgl. BERGER ET AL. (2016, S. 247).
[383] Vgl. BT-DRS. 15/4493 (2004, S. 16).

Informationsgebührenverordnung ist derzeit eine Höchstgebühr von 500 Euro, ggf. zuzüglich Auslagen, für eine Anfrage nach dem IFG vorgesehen.[384] Somit orientieren sich die Regelungen zur Bepreisung des Informationszugangs im IFG zusammen mit der Informationsgebührenverordnung vom Grundsatz her an einer Art „Grenzkostenbepreisung" mit Preisobergrenze.[385]

In § 11 IFG werden die Veröffentlichungspflichten für bestimmte Verzeichnisse[386] sowie Organisations- und Aktenpläne festgelegt, sodass dies das einzige proaktive Element bei der Informationsbereitstellung darstellt. Im Zusammenhang mit der Grundsatznorm § 1 Abs. 1 IFG wird vor dem Hintergrund der Ausführungen in Abschnitt 5.4.1 deutlich, dass das IFG im Hinblick auf dieses wichtige Design-Element im Bereich des Verfahrens und der Formen der Informationsbereitstellung als ein reaktives Transparenzregime einzustufen ist. Eine proaktive Informationsbereitstellung wird vom IFG allerdings generell nicht ausgeschlossen.

Mit § 12 IFG wird die bzw. der Bundesbeauftragte für die Informationsfreiheit etabliert, dessen Aufgaben von der bzw. dem Bundesdatenschutzbeauftragten wahrgenommen werden.[387] Im Folgenden wird daher die übliche Bezeichnung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) verwendet. Die Kompetenzen des BfDI im Bereich der Informationsfreiheit orientieren sich dabei an den im Bundesdatenschutzgesetz geregelten Kompetenzen für den Bundesdatenschutzbeauftragten. Eine Kernaufgabe des BfDI besteht in einer Ombudsfunktion, d.h. Informationsnachfrager können sich an den BfDI wenden, wenn sie ihre Rechte auf den Informationszugang nach dem IFG verletzt sehen.[388] Der BfDI kann dann die Behörden zu Stellungnahmen auffordern, ggf. zwischen dem Informationsnachfrager und der Behörde vermitteln sowie auf ein ordnungsgemäßes Verfahren achten. Wichtig zu betonen ist, dass der BfDI allerdings gegenüber den Behörden keinerlei Weisungsbefugnisse hat und höchstens eine formelle Beanstandung aussprechen kann, sodass bezüglich der institutionellen Technologie mit der derzeitigen Ausgestaltung des BfDI keine Entscheidungskompetenzen bei ihr verortet sind.[389] Abschließend sei hinsichtlich der Aufgaben des BfDI darauf hingewiesen, dass dieser grundsätzlich die Möglichkeit hat im Bereich des Wissensmanagements aktiv zu werden.[390] Somit lässt sich die Rolle des BfDI im Rahmen des Designs der institutionellen Technologie etwas übergreifender auch als Wissensmanagement-Organisation einordnen.

Hinsichtlich der Einordnung des IFG sei abschließend darauf hingewiesen, dass die zentrale Gestaltungsfrage des Zeitpunkts der Veröffentlichung nicht explizit im Gesetz geregelt ist. Im Gesamtkontext erscheint es jedoch plausibel, dass grundsätzlich sofort nach Erstellen bzw. Vorliegen der Dokumente, Daten und Informationen eine Bereitstellung erfolgen kann, wenn diese nicht den

---

[384] Siehe dazu die Anlage (zu § 1 Abs. 1 IFGGebV) Gebühren- und Auslagenverzeichnis. Für die Erstattung der Auslagen gilt grundsätzlich das Kostendeckungsprinzip; vgl. BERGER ET AL. (2016, S. 247).

[385] Vgl. hierzu Abschnitt 5.3.1.6.

[386] Hinsichtlich der Verzeichnisse siehe Fußnote 370.

[387] Da zum Zeitpunkt der Abgabe der Arbeit ein Mann dieses Amt bekleidet, wird in der gesamten Arbeit zur Vereinfachung die männliche Form des Begriffs genutzt.

[388] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 265).

[389] Vgl. SCHOCH (2016, S. 886 f.).

[390] Vgl. SCHOCH (2016, S. 900).

behördlichen Entscheidungsprozess gemäß § 4 IFG betrifft. Da allerdings keine öffentlichen, proaktiv geführten Register über den Informationsbestand existieren, besteht für die Informationsnachfrager die Herausforderung zu wissen, wann die begehrten Materialien tatsächlich erstellt worden sind bzw. vorliegen. Ein weiteres Problem liegt bei dieser Thematik darin, dass sich opportunistisch verhaltende Behörden den Spielraum ausnutzen können, um den Erstellungszeitpunkt „künstlich" zu steuern und damit hinauszuzögern. In den beiden nachfolgenden Tabelle 2 und 3 werden die Ausführungen zur Vorstellung und Einordnung des IFG zusammenfassend dargestellt. Tabelle 2 bezieht sich dabei auf die zentralen Gestaltungsfragen und Tabelle 3 befasst sich mit dem Design der institutionellen Technologie.

| ***Gestaltungsfragen bei Transparenzregimen*** | ***Bezug IFG*** | ***Einordnung des IFG*** |
|---|---|---|
| Gegenstand der Transparenzregelung | § 1 Abs. 1 S. 1 | „[A]mtliche Informationen" i. V. m. „Behörden des Bundes" als allgemeiner Oberbegriff → Dokumente (sowie Daten und Informationen) der öffentlichen Hand auf Bundesebene |
| Aggregationsniveau des Gegenstands | // | Keine konkreten Vorgaben, grds. die Originalunterlagen |
| Zeitpunkt der Veröffentlichung | // | Keine konkreten Vorgaben, grds. sobald die Dokumente vorliegen |
| Berechtigte Informationsnachfrager | § 1 Abs. 1 S. 1 | „Jeder" als allumfassender Ansatz → Allgemeinheit |
| Ausnahmen vom Grundsatz der Transparenz | §§ 3-6 | Festlegung von Ausschluss-tatbeständen: besondere öffentliche Belange, behördliche Entscheidungsprozesse, personenbezogene Daten, geistiges Eigentum, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse |
| Bepreisung des Informationszugangs | § 10 + IFGGebV | „Grenzkostenbepreisung" mit Preisobergrenze |

**Tabelle 2: Einordnung des IFG hinsichtlich der zentralen Gestaltungsfragen bei Transparenzregimen[391]**

[391] Quelle: eigene Darstelltung.

| Design-Elemente der institutionellen Technologie | | Bezug IFG | Einordnung des IFG |
|---|---|---|---|
| Verortung von Entscheidungskompetenzen | Generell | § 7 Abs. 1, § 8 | Delegation von Entscheidungs-kompetenzen an die betroffene (dezentrale) Behörde + Beteiligung betroffener Akteure („Dritte“) |
| | Speziell bei Ausnahme-regelungen | § 4, § 8 | Relativer Schutz: Delegation von Entscheidungskompetenz an Behörden |
| | | § 3, § 6 | Absoluter Schutz: Geringerer Delegationsumfang von Entscheidungskompetenzen an Behörden |
| | Speziell bei der Bepreisung des Informationszugangs | § 10 Abs. 3 | Festlegung der Grundsätze durch die Politik<br>Delegation der konkreten Ausgestaltung an das BMI |
| Regeldifferenzierung | Generell, bezogen auf Transparenzgrundsatz | §§ 3-6 | Engere Horizontalisierung verbunden mit tieferer Konkretisierung (der Ausnahmen) |
| | Speziell, bezogen auf einen Ausnahmetatbestand | § 6 S. 2 | Breite Horizontalisierung beim Schutz von Betriebs- und Geschäfts-geheimnissen, weil keinerlei Differen-zierung nach Bereichen bzw. Sektoren |
| Verfahren und Formen der Informationsbereitstellung | | § 1 Abs. 1 | Reaktive Informationsbereitstellung |
| | | § 11 | Pflicht zur proaktiven Informationsbereitstellung bei Verzeichnissen, Organisations- und Aktenplänen |
| | | § 7 Abs. 2-5 | Formen des Informationszugangs (z.B. schriftlich, elektronisch, mdl.)<br>Sollfrist (innerhalb eines Monats) |
| | | § 9 | Verfahren bei Rechtsstreitigkeiten |
| Wissensmanagement | | § 12 | BfDI als öffentliche Wissensmanagement-Organisation |

**Tabelle 3: Einordnung des IFG hinsichtlich des Designs der institutionellen Technologie[392]**

[392] Quelle: eigene Darstellung.

### 6.1.1.5 Empirie zum und Kritik am IFG

***EMPIRIE ZUM IFG***

In diesem Abschnitt wird beschrieben, wie sich die Nutzung und die Handhabung des IFG seit dessen Inkrafttreten in der Praxis im Zeitverlauf entwickelt haben. Die Darstellung der Statistiken zum IFG dient dabei lediglich dem Zweck, einen ersten Eindruck über die Anwendung des IFG zu vermitteln und eine grobe Einordung der empirischen Daten vorzunehmen. In diesem Zusammenhang sind für das jeweilige Jahr insbesondere folgende Informationen von Interesse:

- Anzahl der eingegangenen IFG-Anträge,
- Anzahl der gewährten und teilweise gewährten Informationszugänge,
- Anzahl der abgelehnten IFG-Anfragen,
- Anzahl der Widerspruchsverfahren und
- Anzahl der Klagen.

Tabelle 4 stellt diese Informationen für den Zeitraum 2006 bis 2017 dar, wobei sich die Daten zum einen auf alle informationspflichtigen Stellen auf Bundesebene (vor allem Bundesministerien und deren Geschäftsbereiche) und zum anderen speziell auf das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) (bis 2013) bzw. auf das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) zusammen mit dem BMUB (seit 2014) und deren Geschäftsbereiche beziehen. Diese Unterteilung wurde vorgenommen, weil diese Bundesministerien für die beiden im Fokus dieser Arbeit stehenden Sektoren, den Bundesfernstraßenbau und Bundeshochbau, derzeit zuständig sind oder zuständig gewesen sind.

| | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| IFG-Anträge | **2.278** *(150)* | **1.265** *(167)* | **1.548** *(155)* | **1.358** *(171)* | **1.556** *(228)* | **3.280** *(198)* | **6.077** *(206)* | **4.736** *(177)* | **8.673** *(245)* | **9.376** *(216)* | **8.855** *(334)* | **12.950** *(1.459)* |
| Informations-zugang gewährt | **1.193** *(73)* | **681** *(94)* | **618** *(155)* | **595** *(101)* | **799** *(135)* | **1.744** *(127)* | **2.828** *(147)* | **2.580** *(110)* | **3.218** *(153)* | **5.033** *(127)* | **5.177** *(163)* | **5.638** *(262)* |
| Informations-zugang teil-weise gewährt | **186** *(8)* | **128** *(19)* | **193** *(12)* | **182** *(16)* | **200** *(29)* | **213** *(13)* | **1.762** *(25)* | **786** *(21)* | **3.280** *(33)* | **8.521** *(21)* | **2.273** *(57)* | **1.210** *(773)* |
| Informations-zugang abgelehnt | **410** *(52)* | **247** *(22)* | **536** *(10)* | **226** *(12)* | **320** *(18)* | **904** *(23)* | **620** *(11)* | **799** *(19)* | **718** *(18)* | **1.612** *(23)* | **1.030** *(50)* | **710** *(93)* |
| Widerspruchs-verfahren | **142** *(23)* | **101** *(16)* | **85** *(10)* | **118** *(5)* | **164** *(23)* | **681** *(9)* | **3.257** *(11)* | **436** *(13)* | **2.312** *(15)* | **2.234** *(10)* | **1.077** *(19)* | **990** *(821)* |
| Klagen | **27** *(3)* | **29** *(4)* | **27** *(1)* | **37** *(0)* | **56** *(3)* | **404** *(5)* | **227** *(3)* | **123** *(4)* | **514** *(1)* | **945** *(0)* | **419** *(5)* | **60** *(5)* |

**Alle informationspflichtigen Stellen**
*(BMVBS bzw. BMVI und BMUB)*

**Tabelle 4: Statistik zur Nutzung und Handhabung des IFG seit dessen Inkrafttreten[393]**

[393] Quelle: eigene Darstellung auf Basis der jährlich vom BMI veröffentlichten Statistik zum IFG. Zu dieser IFG-Statistik ist anzumerken, dass sie auf dem Jährlichkeitsprinzip basiert, d.h. ein Ereignis (z.B. eingegangener Antrag

Die Zahlen zu den bei allen informationspflichtigen Stellen des Bundes eingegangenen IFG-Anträgen zeigen, dass nach Inkrafttreten des IFG im Jahr 2006 mit 2.278 Anfragen das IFG die nächsten vier Jahre im Schnitt mit rund 1.400 Anfragen von den Informationsnachfragern deutlich weniger genutzt wurde. Dieser Rückgang könnte damit erklärt werden, dass das anfängliche Interesse und die Neugier am IFG zu dessen Einführung zunächst abgenommen hat. Bemerkenswert ist der signifikante Anstieg im Jahr 2011, in dem sich die Anzahl der IFG-Anträge gegenüber dem Vorjahr mehr als verdoppelt hat.[394] Eine Ursache dafür könnte in dem Start des Online-Tools „FragDenStaat"[395] liegen, das die Antragsstellung beim IFG vereinfacht sowie das Interesse und die Neugier am IFG neu belebt haben dürfte. Bis zum Jahr 2017 ist die Anzahl der IFG-Anfragen mit einigen Schwankungen auf nahezu 13.000 Stück angewachsen und hat sich damit seit Inkrafttreten des IFG fast versechsfacht. Allerdings sind dabei insbesondere zwei Sondereffekte zu beachten, die zu massiven Anstiegen bei den IFG-Antragszahlen geführt haben: Zum einen hat es insbesondere seit Beginn des Jahres 2012 bei der im Geschäftsbereich des BMF liegenden Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht Massenanfragen von Anwaltskanzleien zu Insolvenzverfahren gegeben, mit denen sich die Behörde seitdem immer wieder auseinanderzusetzen hatte und die bspw. im Jahr 2015 nahezu die Hälfte aller IFG-Anträge ausmachten.[396] Zum anderen kann der in Tabelle 4 erkennbare Anstieg von 2016 zu 2017 unter anderem mit zahlreichen IFG-Anträgen im Kontext der Dieselaffäre beim Kraftfahrtbundesamt erklärt werden, das dem Geschäftsbereich des BMVI zugeordnet ist.[397]

Die IFG-Anfragen stammen überwiegend von Bürgern (mit Privatinteressen), Rechtsanwälten, Journalisten und Unternehmensvertretern.[398] Des Weiteren zeigt Tabelle 4, dass der Informationszugang in recht vielen Angelegenheiten vollständig oder teilweise gewährt wird, aber bei einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen der IFG-Antrag auch abgelehnt wird. Nicht bei allen, jedoch bei einer beachtlichen Anzahl von Fällen, in denen der Informationszugang teilweise oder vollständig nicht gewährt wurde, nehmen die Informationsnachfrager ihr Recht auf ein Widerspruchsverfahren wahr, um eine Herausgabe der Dokumente, Daten und Informationen im beantragten Umfang zu erwirken. Sofern das Widerspruchsverfahren aus Sicht der Informationsnachfrager nicht zum angestrebten Ergebnis geführt hat, werden Klagen als letztes Mittel zur Auflösung der Rechtsstreitigkeiten zur behördlichen Veröffentlichkeitsentscheidung allerdings nicht allzu häufig erhoben.

---

oder Beginn eines Widerspruchsverfahrens oder Einreichung einer Klage) wird in dem Jahr gezählt, in dem es stattgefunden hat., aber ein IFG-Fall kann sich über mehrere Jahre hinziehen. Des Weiteren erfasst die Statistik neben dem (vollständigen und teilweisen) Informationszugang und der Ablehnung noch die „sonstige Erledigung" in dieser Kategorie. Diese zwei Sachverhalte führen dazu, dass sich in einem bestimmten Jahr die Anzahl der vollständigen und teilweisen gewährten sowie der abgelehnten Informationszugänge nicht auf die in dem bestimmten Jahr eingegangenen IFG-Anträge summieren. Vor diesem Hintergrund lassen sich auf ein Jahr bezogene prozentuale Anteile (z.B. von abgelehnten Informationszugang an den IFG-Anträgen im Jahr 2014) nicht sinnvoll berechnen.

[394] Vgl. SCHOCH (2016, S. 178).

[395] Siehe https://fragdenstaat.de/.

[396] Siehe hierzu https://netzpolitik.org/2016/neuer-rekord-fuer-informationsfreiheit-fast-10-000-anfragen-an-ministerien-2015/.

[397] Siehe hierzu https://netzpolitik.org/2018/statistik-der-informationsfreiheit-so-viele-anfragen-wie-noch-nie/.

[398] Vgl. SCHOCH (2016, S. 179).

Es bleibt festzuhalten, dass die Nutzung des IFG, gemessen an der Anzahl an IFG-Anfragen, unabhängig von Sondereffekten kontinuierlich, aber langsam angestiegen ist und sich insgesamt auf einem relativ geringeren Niveau bewegt.[399] Dabei ist zu beachten, dass diese Zahlen zur Nachfrage nach Dokumenten, Daten und Informationen des Bundes generell recht wenig über die Effektivität des Transparenzregimes IFG aussagen.[400] Laut SCHOCH (2016, S. 178 f.) kann über die Gründe, warum das IFG nicht intensiver genutzt wird, nur gemutmaßt werden und dabei zwei Aspekte berücksichtigt werden: Die Gebühren dürften zwar keine abschreckende Wirkung entfaltet haben, aber von einem gewissen dämpfenden Effekt sei auszugehen. Außerdem könnten die Erwartungen an das Transparenzbedürfnis der gesellschaftlichen Akteure im Zuge der Etablierung des IFG zu hoch gewesen sein.

***KRITIK AM IFG***

Abschließend wird auf einige ausgewählte Kritikpunkte am IFG eingegangen. Somit stellt dies keineswegs eine allumfassende Kritik dar, sondern vielmehr wird – ohne die Details zu betrachten – anhand bisher thematisierter Aspekte aufgezeigt, welche Problembereiche beim IFG existieren.

Im Allgemeinen wird das immer noch vorsichtige und tendenziell transparenzskeptische Agieren der Behörden bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen kritisiert und im Speziellen würden die im IFG normierten Ausnahmetatbestände mitunter von den Behörden zu intensiv und weitreichend genutzt.[401] Die mit dem IFG intendierten Ziele können bei einem solchen behördlichen Verhalten nicht wirklich erreicht werden. Zudem gäbe es bei den Ausnahmetatbeständen weiterhin Unklarheiten in der Anwendung, die eine gewisse Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten nach sich ziehe. Allerdings dürfte sich für solch ein neues und so viele Sachverhalte umfassendes Gesetz wie das IFG das Ausmaß an Rechtsunsicherheit noch in annehmbaren Grenzen bewegen. Über die im IFG explizit geregelten Ausnahmetatbestände hinaus haben sich in der (Verwaltungs-)Praxis sogenannte „unbeschriebene Ausnahmetatbestände“ entwickelt, die zum Teil starker Kritik ausgesetzt sind.[402] An dieser Stelle sei als Beispiel der von Behörden recht häufig angeführte unverhältnismäßig hohe Verwaltungsaufwand als Ablehnungsgrund genannt, der allerdings höchstens nur in absoluten Extremfällen vertretbar erscheint.[403] Tatsächlich ist einer der größten Kritikpunkte seitens der Behörden und von Transparenzkritikern, dass das IFG zum Teil einen (zu) hohen zeitlichen und personellen Ressourcenaufwand aufseiten der öffentlichen Verwaltung verursacht.[404] Ein weiterer oft kritisierter Punkt, der zum allgemeinen Eindruck des tendenziell transparenzskeptischen Behördenverhaltens

---

[399] Vgl. SCHOCH (2016, S. 178 f.).

[400] Vgl. HAZELL / WORTHY (2010, S. 354 f.), die auf die Schwierigkeiten und Herausforderungen hinsichtlich der Messung und Bewertung der Performance von Transparenzregimen anhand solcher Daten, wie sie die IFG-Statistik darstellt, hinweisen.

[401] Vgl. SCHOCH (2016, S. 180 und S. 367 f.).

[402] Einen weiteren das IFG betreffenden Kritikpunkt hinsichtlich der Ausnahmen vom Transparenzgrundsatz stellt die indirekt eingeführte de facto Bereichsausnahme für den Bundesrechnungshof dar, die sich durch eine im Jahr 2013 erfolgte Ergänzung der Bundeshaushaltsordnung (§ 96 Abs. 4 BHO) ergeben hat. Vgl. SCHOCH (2016, S. 118) und den kritischen ZEIT-ONLINE-Artikel von STAUD (2014). Siehe hierzu auch Abschnitt 9.3.3.

[403] Vgl. SCHOCH (2016, S. 371 f.).

[404] Vgl. BREG (2008, S. 4), BREG (2010, S. 2) und WEWER (2014, S. 11).

beiträgt, ist der mitunter abschreckende Effekt der Gebühren und Auslagen auf die (potentiellen) Informationsnachfrager aufgrund der gewählten Bepreisung des Informationszugangs.[405] Des Weiteren wird bemängelt, dass die im IFG vorgegebenen (Soll-)Fristen zu häufig nicht eingehalten werden.[406] Mitunter wird in diesem Kontext auch von einem bewussten (Fehl-)Verhalten der Behörden und damit einhergehend von einer Verzögerungs- bzw. Hinhaltetaktik gesprochen, die bei den Informationsnachfragern unnötig hohe (Transaktions-)Kosten erzeugt. Ein verfassungsrechtlich motivierter, relevanter und regelmäßig kritisierter Sonderaspekt ist die Tatsache, dass die personenbezogenen Daten im Vergleich zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht absolut, sondern nur relativ geschützt sind.[407] Abschließend sei auf die Kritik hingewiesen, dass das IFG in jedem Fall mehr proaktive Elemente aufweisen sollte, wobei meistens das Hamburger Transparenzgesetz als mögliches Vorbild angeführt wird.[408]

Insgesamt können die genannten Kritikpunkte – mit den in Kapitel 5 eingeführten Begriffen – wie folgt zusammengefasst werden: Das IFG als bedeutsamstes Transparenzregime auf Bundesebene erzeuge aufgrund der gewählten Gestaltungsoptionen und des Designs der institutionelle Technologie ein zu geringes Transparenzniveau, um die von der Politik vorgegeben Transparenzziele zu erreichen.

### 6.1.2 Anwendbarkeit des IFG bei ÖPP-Projekten

Eine wichtige Frage für die weiteren Analysen in dieser Arbeit ist, ob eine Anwendbarkeit des IFG bei ÖPP-Projekten grundsätzlich bzw. in welchen Verfahrensschritten eines ÖPP-Projektes diese gegeben ist.[409] Diese Frage lässt sich darauf zurückführen, ob das IFG bei Vergabeverfahren von Projekten im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens anwendbar ist, zu denen ÖPP-Vorhaben gehören. Vereinfacht können hier die Verfahrensschritte in die drei Zeiträume vor, während und nach Abschluss des Vergabeverfahrens eingeteilt werden. Die Anwendbarkeit des IFG bei Vergabeverfahren ist mitunter juristisch kontrovers diskutiert worden.[410] Rechtstechnisch gesehen verbirgt sich dahinter die Problematik, inwieweit anderen (Spezial-)Vorschriften Vorrang im Sinne einer Ausschließlichkeit einzuräumen ist. So legt § 1 Abs. 3 IFG fest, dass „Regelungen in anderen Rechtsvorschriften über den Zugang zu amtlichen Informationen“ vorgehen.[411] Im Kontext des öffentlichen Beschaffungswesens betrifft dies vor allem Regelungen im Vergaberecht. Vor diesem Hintergrund vertreten JUST / SAILER (2010) die Position, dass während eines laufenden Ausschreibungsverfahrens kein Raum für einen Informationsanspruch nach dem IFG besteht. Deren Begründung zielt vor allem auf den Vorrang des Vertraulichkeits- und Geheimhaltungsansatzes gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Gewährleistung eines Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter im Vergabeverfahren ab. ROSSI / VOGT (2012) zeigen hingegen, dass das IFG grundsätzlich auch auf Vergabeverfahren

---

[405] Vgl. SEMSROTT (2016, S. 38 ff.).

[406] Vgl. ZIEKOW / DEBUS / MUSCH (2012, S. 435 und S. 445).

[407] Siehe hierzu auch Abschnitt 6.1.3.1.

[408] Vgl. SEMSROTT (2016, S. 51 f. und S. 15).

[409] Vgl. BÄUML (2012, S. 314 f.), der sich mit dieser Frage auseinandersetzt und zu dem Schluss kommt, dass das IFG grundsätzlich in allen Verfahrensschritten anwendbar ist.

[410] Vgl. SCHOCH (2016, S. 306).

[411] Diese Norm nimmt dabei explizit die beiden Regelungen § 29 Verwaltungsverfahrensgesetz und § 25 Sozialgesetzbuch X aus, welche die Akteneinsicht durch Beteiligte bei (Sozial-)Verwaltungsverfahren regeln.

anwendbar ist, also das Vergaberecht dafür indirekt keine Bereichsausnahme schafft. Darüber hinaus wird in diesem Beitrag der interessante Aspekt herausgearbeitet, dass die im Vergaberecht verankerten Ausnahmetatbestände auch hinreichend durch die Ausschlusstatbestände in §§ 3-6 IFG abgedeckt werden und zum Teil sogar stärker geschützt sind. In SCHOCH (2016, S. 306-310) als maßgeblichem IFG-Kommentar wird die Position vertreten, dass in der Ausschreibungsphase und nach Abschluss des Vergabeverfahrens das IFG grundsätzlich anwendbar ist. Bei einem laufenden Vergabeverfahren können hingegen kaum pauschale Aussagen getroffen werden. Diese Auffassung vertritt im Kern auch der BFDI (2010, S. 15 f.), der hinsichtlich laufender Vergabeverfahren – ähnlich wie SCHOCH (2016, S. 306-310) – darauf hinweist, dass gewisse Spezialvorschriften im Vergaberecht unter bestimmten Umständen das IFG verdrängen, im Übrigen das IFG aber auch hier Anwendung findet. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen wird im Rahmen dieser Arbeit im Folgenden davon ausgegangen, dass die Anwendbarkeit des IFG bei ÖPP-Projekten grundsätzlich gegeben ist und es lediglich bei laufenden Vergabeverfahren ggf. zu Einschränkungen kommen könnte, die hier aber im weiteren Verlauf ausgeklammert werden.

### 6.1.3 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie fiskalische Interessen als die im Fokus stehenden Ausnahmetatbestände

Dieser Abschnitt befasst sich mit der genaueren Darstellung der beiden im Kontext der (ökonomischen) Analyse im Mittelpunkt stehenden Ausnahmetatbestände im IFG (Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Schutz der fiskalischen Interessen des Bundes) und dient somit auch als Grundlage sowie zum tieferen Verständnis für die Untersuchungen in Teil C. Die Ausführungen sind zum einen in dem Sinne allgemeiner Natur, dass noch keine Bezüge zu zentralen Dokumenten des ÖPP-Realisierungsprozesses vorliegen. Dies geschieht erst in Teil C. Zum anderen reflektieren sie ausschließlich juristische Überlegungen, sodass die dabei von Juristen vorgetragenen, auf ökonomischen Überlegungen basierenden Argumente nicht unbedingt mit einer rein (institutionen-)ökonomischen Analyse übereinstimmen. Vor diesem Hintergrund wird zunächst auf den Ausnahmetatbestand der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse näher eingegangen (Abschnitt 6.1.3.1) und darauf folgen die fiskalischen Interessen des Bundes (Abschnitt 6.1.3.2).

#### 6.1.3.1 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist in § 6 S. 2 IFG mit folgendem Wortlaut geregelt: „Zugang zu Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen darf nur gewährt werden, soweit der Betroffene eingewilligt hat.“[412]. Aus juristischer Sicht ist der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfassungsrechtlich durch die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Grundgesetz) und Berufsfreiheit (Art. 12 Grundgesetz) geboten.[413] Die Festlegung des konkreten Schutzniveaus ist dadurch allerdings nicht prädeterminiert, sodass bei der Politik diesbezüglich Ausgestaltungsspielräume

[412] Hinsichtlich der Entstehungsgeschichte des IFG sei angemerkt, dass der im Abschnitt 6.1.1.1 erwähnte Referentenentwurf des BMI aus dem Jahr 2000 ein relatives Recht bei den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vorsah, was einen schwächeren Schutz implizierte. Vgl. ROSSI (2006, S. 100).

[413] Vgl. JASTROW / SCHLATMANN (2006, S. 102 und S. 110 f.) und KLOEPFLER (2011, S. 5 ff.).

verbleiben.[414] Da die Norm keine Abwägung vorsieht, hat sich die Politik bzw. der Gesetzgeber hinsichtlich des Schutzniveaus für einen absolut wirkenden Ausschlusstatbestand entschieden, d.h. es findet im Rahmen der Veröffentlichungsentscheidung keinerlei Abwägung mit etwaigen Informationsinteressen statt.[415] Aus rechtlicher Perspektive wird dieses absolute Schutzniveau vor allem im Vergleich zu den nur relativ geschützten personenbezogenen Daten im IFG kritisch gesehen, weil die verfassungsrechtliche Sicht zumindest keine schwächere Einstufung der Schutzwürdigkeit nahe legt.[416] In dieser Strenge des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist das IFG im Vergleich zu anderen Transparenzregimen in Deutschland nahezu einmalig.[417] In der Praxis stellen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einen häufigen Grund für die Ablehnung von IFG-Anträgen dar.[418] Der allgemeine Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmetatbeständen gilt auch bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

Die betrachtete IFG-Norm verfolgt mit dem Schutz wirtschaftlicher Interessen des betroffenen Unternehmens ein ökonomisches Ziel.[419] Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind wichtig für den Erfolg eines Unternehmens, weil exklusives technisches und kaufmännisches Wissen einen entscheidenden Vorteil gegenüber den Wettbewerbern im Markt generieren kann. Dieser etwaige Wettbewerbsvorteil könnte durch die Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zerstört werden.[420] So haben insbesondere Interessenverbände der Wirtschaft vor der Gefahr der Ausforschung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Konkurrenten gewarnt.[421] Aus juristischer Perspektive wird der IFG-Norm neben der eben skizzierten individualrechtlichen Schutzfunktion zudem ein objektivrechtlicher Schutzzweck zugeschrieben.[422] Dieser zielt darauf ab, dass Innovationen zum Fortschritt der Volkswirtschaft beitragen, wovon schließlich auch die Allgemeinheit profitieren kann. Allerdings erfolgt die Entwicklung von Innovationen nur, wenn sich die dafür getätigten Investitionen rentieren, was durch eine Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, zu denen Innovationen zu zählen sind, gefährdet ist. Eng anknüpfend an die

---

[414] Vgl. SCHOCH (2016, S. 600 f.).

[415] Vgl. KUGELMANN (2007, S. 67), ROSSI (2006, S. 100) und SCHOCH (2016, S. 598 f.).

[416] Vgl. KUGELMANN (2007, S. 67) und ROSSI (2006, S. 100).

[417] Vgl. MECKLENBURG / PÖPPELMANN (2007, S. 95) und siehe die Unterkapitel 6.2 und 6.3.

[418] Vgl. SCHOCH (2016, S. 651).

[419] Eine spezielle und mitunter umstrittene Frage ist, ob auch Behörden bzw. die öffentliche Hand Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse haben. Gemäß der herrschenden Meinung werden mit § 6 S. 2 IFG auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Behörden erfasst. Eine Minderheitsmeinung ist der Auffassung, dass diese IFG-Norm nicht auf Behörden anwendbar ist, da dies mit dem in § 3 Nr. 6 IFG normierten Schutz der fiskalischen Interessen des Bundes mit abgedeckt sei. Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 183 f.). Diese Frage wird hier nicht weiter vertieft. Allerdings wird im Rahmen der ökonomischen Analysen in Teil C davon ausgegangen, dass etwaige die öffentliche Hand betreffende wirtschaftliche Benachteiligungen bzw. Schäden dem Schutz der fiskalischen Interessen des Bundes und nicht dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zugeordnet werden.

[420] Vgl. SCHOCH (2016, S. 599).

[421] Vgl. JASTROW / SCHLATMANN (2006, S. 103 f.). Die Autoren weisen in dem Zusammenhang darauf hin, dass das IFG der Transparenz der Behörden und nicht der Unternehmen dient.

[422] Vgl. zu den Perspektiven der Schutzfunktion SCHOCH (2016, S. 627 f.), wobei der im obigen Absatz letztgenannte Aspekt als institutionelle Perspektive bezeichnet wird.

individualrechtliche Schutzfunktion kann der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen des Weiteren einen Beitrag zur Sicherstellung eines unverzerrten Wettbewerbs leisten.[423]

Für den Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse existiert zwar keine Legaldefinition, in der Rechtsprechung und juristischen Literatur hat sich aber eine gefestigte und gültige Definition herauskristallisiert.[424] Diese Begriffsbestimmung enthält vier Komponenten („Tatbestandsmerkmale"), die kumulativ erfüllt sein müssen, damit es sich aus juristischer Sicht bei Informationen um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt:

- (1) Die Informationen müssen einen Zusammenhang zum Geschäftsbetrieb aufweisen.
- (2) Die Informationen sind nicht offenkundig, also lediglich einem begrenzten Personenkreis bekannt.
- (3) Der Geheimnisträger hat den erkennbaren Willen zur Geheimhaltung der Informationen gezeigt.
- (4) Der Geheimnisträger hat ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der Informationen.

Für den weiteren Verlauf der Arbeit ist insbesondere der vierte Punkt des berechtigten Geheimhaltungsinteresses von hoher Bedeutung, sodass nur dieser hier genauer erläutert wird.[425] Bei der Prüfung des berechtigten Geheimhaltungsinteresses ist vor allem auf die oben genannte individualrechtliche Schutzfunktion des § 6 S. 2 IFG und somit im Endeffekt auf die wettbewerbliche Relevanz der in Rede stehenden Information abzustellen. Hinsichtlich der Reichweite des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sind spezifische Besonderheiten des betroffenen Sektors zu berücksichtigen.[426] Selbst wenn dies auf die Informationen an sich nicht zutrifft, sind diese als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einzustufen, wenn sie Rückschlüsse auf diese zulassen.[427] In Bezug auf die Wettbewerbsrelevanz weisen BERGER ET AL. (2013, S. 195) darauf hin, dass diese in monopolistischen Bereichen und oftmals auch bei Fällen mit besonders langfristigen Verträgen generell nicht gegeben ist und somit keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen.[428] Geschäftsgeheimnisse umfassen dabei solche Informationen, die den kaufmännischen Bereich betreffen, wie z.B. die Ertragslage, Kreditwürdigkeit und Marktstrategie. Dahingegen betreffen Betriebsgeheimnisse den technischen Bereich wie bspw. Produktionsmethoden und Verfahrensabläufe.[429] In diesem Kontext betonen

[423] Hinsichtlich der letzten beiden Schutzfunktionen betont LENNARTZ (2017, S. 397), dass diese lediglich eine Nebenfolge der im Zentrum des § 6 S. 2 IFG stehenden individualrechtlichen Schutzfunktion darstellen.

[424] Vgl. hierzu JASTROW / SCHLATMANN (2006, S. 111 ff.) ROSSI (2006, S. 114-117) und SCHOCH (2016, S. 631 ff.).

[425] Die anderen drei Tatbestandsmerkmale dürften bei den im Fokus der Arbeit stehenden Dokumenten, Daten und Informationen grundsätzlich vorliegen.

[426] Vgl. LENNARTZ (2017, S. 397).

[427] Speziell zur Rückschlussthematik siehe FISCHER / FLUCK (2013, S. 337 ff.).

[428] BERGER ET AL. (2013, S. 195) verweisen dabei auch auf einen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 08.02.2011 mit dem Aktenzeichen 20 F 14.10, auf den im weiterem Verlauf der Arbeit noch eingegangen wird.

[429] Vgl. für Geschäftsgeheimnisse sowie Betriebsgeheimnisse BERGER ET AL. (2013, S. 193) und SCHOCH (2016, S. 644).

JASTROW / SCHLATMANN (2006, S. 114), dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse das exklusive Know-how eines Unternehmens, also exklusives technisches oder betriebliches Wissen, umfassen.[430]

Ob diese vier Tatbestandsmerkmale im entsprechenden Fall tatsächlich zutreffen, entscheidet eigenständig die dafür gemäß IFG zuständige Behörde.[431] Wenn die Behörde bei der Prüfung, insbesondere bei der vierten Komponente des berechtigten Geheimhaltungsinteresses, zu dem Ergebnis kommt, dass keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen, dann ist der Informationszugang zu gewähren. Sollte die Prüfung zu dem Schluss kommen, dass es sich um ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis handelt, dann ist der Informationszugang nur bei Einwilligung des betroffenen Unternehmens möglich. Im Übrigen ist eine Kennzeichnungspflicht von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im IFG nicht vorgesehen, was somit deren freiwillige und proaktive Deklarierung seitens der Unternehmen nicht ausschließt und in der Praxis auch durchgeführt wird.[432] Wenn die Einwilligung vom betroffenen Unternehmen erteilt worden ist, dann hat die Behörde keinen Ermessensspielraum, d.h. sie muss die Information zugänglich machen. Bei der Frage, ob die begehrten Informationen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, hat die Behörde keinen Beurteilungsspielraum, d.h. ihre Entscheidung ist letztendlich gerichtlich voll überprüfbar.[433]

In der Praxis sieht dieser Vorgang hingegen häufig anders aus. Schon zu Beginn des IFG wurde vermutet, dass die Behörden oftmals das betroffene Unternehmen beteiligen werden und keine von dessen Stellungnahme abweichende Entscheidung treffen können und werden.[434] Dies wurde hauptsächlich damit begründet, dass i.d.R. ausschließlich die betroffenen Unternehmen selbst beurteilen können, ob sich eine Veröffentlichung der Informationen bei ihnen wirtschaftlich nachteilig auswirkt.[435] Allerdings dürfte diese Aussage nicht pauschal gelten, weil dies z.B. vom jeweiligen Sektor und der Ressourcenausstattung der Behörde (insbesondere Wissen) abhängt. Berichte aus der Praxis scheinen diese Vermutung zu bestätigen, denn sehr häufig deklarieren Unternehmen fast sämtliche Informationen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Regelmäßig haben Behörden darauf hin ohne selbst diesbezüglich angemessene Überlegungen anzustellen diese Einschätzung übernommen, sodass tatsächlich die betroffenen Unternehmen über den Informationszugang entscheiden konnten.[436] So ist bezüglich der Verortung von Entscheidungskompetenzen festzuhalten, dass das IFG dem betroffenen Unternehmen ohnehin bereits eine Vetoposition zugesteht. De facto wird sogar oftmals die Veröffentlichungsentscheidung vom betroffenem Unternehmen – und nicht von der zuständigen

---

[430] Bei kaufmännischen oder betrieblichen Informationen, die strafbare Handlungen oder sonstige Rechtsverstöße betreffen, ist im Übrigen kein Betriebs- und Geschäftsgeheimnisschutz gegeben. Vgl. ROSSI (2006, S. 118).

[431] Vgl. MECKLENBURG / PÖPPELMANN (2007, S. 97).

[432] Vgl. ROSSI (2006, S. 121), der in diesem Zusammenhang jedoch auch auf den Aspekt hinweist, dass die Behörde im Umkehrschluss annehmen kann, dass alle nicht deklarierten Informationen keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen und somit zugänglich zu machen sind.

[433] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 198).

[434] Vgl. JASTROW / SCHLATMANN (2006, S. 116).

[435] Vgl. FISCHER / FLUCK (2013, S. 338).

[436] Vgl. SCHOCH (2016, S. 646 und S. 651 f.), der dabei darauf hinweist, dass bspw. der BfDI und seine Pendants in den Ländern berichten, dass Ablehnungsgründe auf Basis von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht selten nur vorgeschoben werden und eine detailliertere Prüfung durch die Behörde oftmals ausbleibt. In diesem Kontext wird betont, dass ein solches Vorgehen keineswegs im Sinne des IFG liegt.

Behörde – gefällt.[437] Abschließend sei darauf hingewiesen, dass dieser Sachverhalt unter der nicht unberechtigten Annahme, dass Behörden Informationen seltener als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einstufen als Unternehmen, als ein – in Abschnitt 5.3.2 beschriebener – Fall von Transparenzillusion, also dem Auseinanderfallen von de jure und de facto Transparenz, einzuordnen ist.

### 6.1.3.2 Fiskalische Interessen

Der Schutz fiskalischer Interessen des Bundes ist im § 3 Nr. 6 IFG wie folgt festgeschrieben: „Der Anspruch auf Informationszugang besteht nicht, wenn das Bekanntwerden der Information geeignet wäre, fiskalische Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr […] zu beeinträchtigen.“.[438] Im Kern werden mit dieser Norm haushaltsrechtliche Grundsätze im Bereich des IFG berücksichtigt.[439] Diesbezüglich wird in der Gesetzesbegründung zum IFG auf die Bundeshaushaltsordnung (BHO) mit § 34 Abs. 1 BHO („rechtzeitige und vollständige Erhebung der Einnahmen“) und § 63 Abs. 3 BHO („Vermögensgegenstände nur zum vollen Wert veräußern“) verwiesen. Somit soll die Norm sowohl die Einnahme- als auch die Ausgabeseite des Bundes schützen, wenn dieser im Wirtschaftsverkehr tätig ist. In der Literatur wird zwar insbesondere die Einnahmeseite betont und in diesem Kontext vor allem auf die Veräußerung von Liegenschaften eingegangen. Hinsichtlich der Ausgabenseite können die fiskalischen Interessen speziell aber durch den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens betroffen sein.[440] Im Rahmen dieser Arbeit liegt der Fokus klar auf der Ausgaben- bzw. Kostenseite, weil die Realisierung von Infrastrukturvorhaben dem öffentlichen Procurement zuzuordnen ist. Durch § 3 Nr. 6 IFG soll der Bund, wenn er wie „ein privater Dritter als Marktteilnehmer am Privatrechtsverkehr und am Wirtschaftsleben“[441] teilnimmt, vor der Ausforschung von schutzwürdigen Informationen durch (An-)Bieter oder Mitbewerber und somit vor einer wirtschaftlichen Benachteiligung geschützt werden. Vor diesem Hintergrund wird diese IFG-Regelung auch als Pendant zum Schutz privater wirtschaftlicher Interessen nach § 6 IFG gesehen.[442] Die fiskalischen Interessen unterliegen dabei – wie die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse – einem absoluten Schutz, d.h. bei der Veröffentlichungsentscheidung hat keinerlei Abwägung mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit zu erfolgen.[443] Der allgemeine Rechtsgrundsatz der engen Auslegung von Ausnahmetatbeständen gilt auch für den Schutz fiskalischer Interessen des Bundes.

Im Folgenden wird ausgeführt, wie aus juristischer Sicht zu beurteilen ist, inwieweit eine Beeinträchtigung der fiskalischen Interessen vorliegt und in welchen Fällen dieses Schutzgut also

---

[437] Vgl. SCHOCH (2016, S. 648).

[438] Die Wortgruppe „oder wirtschaftliche Interessen der Sozialversicherungen“ wurde dabei ausgelassen, weil sie im Rahmen dieser Arbeit keinerlei Rolle spielt, sodass sich Ausführungen im Kontext von § 3 Nr. 6 IFG stets ausschließlich auf die fiskalischen Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr beziehen (konkret also auf § 3 Nr. 6 Alt. 1 IFG).

[439] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 148) und ROSSI (2006, S. 78).

[440] Vgl. SCHOCH (2016, S. 494).

[441] BT-DRS. 15/4493 (2004, S. 11).

[442] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 148 und S. 150).

[443] Vgl. SCHOCH (2016, S. 377).

gefährdet ist.[444] In diesem Zusammenhang gilt für den Schutz der fiskalischen Interessen dasselbe Prinzip wie für alle den Schutz von besonderen öffentlichen Belangen betreffenden Ausnahmetatbestände in § 3 IFG. Zunächst ist zu zeigen, dass fiskalische Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr tatsächlich bestehen. Daraufhin ist darzulegen, dass diese wirklich einer Gefahr ausgesetzt sind. Entscheidend ist dabei im entsprechenden Fall, dass die Veröffentlichung der begehrten Information auch die Ursache der Schutzbeeinträchtigung darstellt. Die Ausführungen in der Kommentarliteratur deuten somit (implizit) darauf hin, dass ausschließlich negative und somit keine positiven Wettbewerbseffekte zu berücksichtigen sind.[445] Die Darlegung von Tatsachen diesbezüglich obliegt der betroffenen Behörde. Somit hat sie eine nachvollziehbare Prognose zu erstellen, wobei pauschale Bedenken zu etwaigen möglichen negativen Auswirkungen nicht ausreichen, sondern es muss die konkrete und nicht nur theoretische Aussicht auf eine Beeinträchtigung der fiskalischen Interessen vorhanden sein. Hinsichtlich einer Erheblichkeitsschwelle für die Schutzbeeinträchtigung ist laut herrschender Meinung eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bzw. ein hinreichendes Gewicht erforderlich. Bei der Beurteilung ist zudem unbedingt zu berücksichtigen, dass das Bekanntwerden der Informationen nicht nur die fiskalischen Interessen im entsprechenden gegenwärtigen Fall, sondern auch zukünftige, ähnlich gelagerte Fälle nachteilig beeinflussen kann. Somit ist anstatt einer statischen eine dynamische Perspektive einzunehmen. Die behördliche Prognose ist – ebenso wie die Prüfung bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – vollständig gerichtlich überprüfbar, da die Bedingungen für die Verortung eines Beurteilungsspielraums bei der Behörde hier nicht gegeben sind. Schließlich sei erwähnt, dass es, wenn die Behörde nicht zur Erstellung einer die soeben beschriebenen Anforderungen erfüllende Prognose in der Lage ist, dann auf Basis des § 3 Nr. 6 IFG keinen Grund zur Ablehnung des Informationsbegehrens gibt.

Im Kontext des § 3 Nr. 6 IFG gibt es einen maßgeblichen, mittlerweile höchstrichterlich vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall, der hier abschließend Erwähnung findet. Das nach dem IFG gestellte Informationsbegehren eines Landwirts, der selbst ein nicht bezuschlagter Kaufinteressent gewesen war, betraf eine Akte der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImA) für eine Grundstücksveräußerung. Zentral war die Frage, inwieweit die Offenlegung dieser Grundstücksveräußerungsakte Rückschlüsse auf die Vorgehensweise und Vermarktungsstrategie der BImA zulässt und somit eine Verschlechterung ihrer Wettbewerbsposition am Liegenschaftsmarkt impliziert, sodass sie „mit hinreichender Wahrscheinlichkeit […] bei zukünftigen Verkäufen niedrigere Preise“[446] bei anderen Liegenschaften erlösen würde, was sich dann auf die fiskalischen Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr einnahmeseitig nachteilig auswirken würde. In diesem konkreten Fall hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die fiskalischen Interessen der Veröffentlichung folgender Informationen bzw. Unterlagen der Grundstücksveräußerungsakte nicht entgegenstehen: grundstücksbezogene Gutachten, Exposé, Anfragen von Interessenten und Schriftverkehr (die nicht mit der Abgabe eines Angebots verbunden sind), Kaufvertrag und Bonität der Bieter. Kein Zugang besteht hingegen wegen des Schutzes der fiskalischen Interessen bei diesen Informationen bzw. Unterlagen:

[444] Vgl. KÜHLING ET AL. (2014, S. 105 f.) und SCHOCH (2016, S. 496 ff.).
[445] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 148-151) und SCHOCH (2016, S. 496 ff.).
[446] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.11.2014 mit dem Aktenzeichen 7 C 12.13, Rn. 9.

interne BImA-Vermerke (insbesondere zur Entwicklung des Grundstücks, zur Preisermittlung und zu den Verkaufsverhandlungen), Angebote von Bietern und der auf die Verkaufsverhandlungen bezogene Schriftverkehr mit den Bietern, Vertragsentwürfe und Unterlagen zum Vollzug des Kaufvertrags (z.B. in Bezug auf Nachbesserungsklauseln, Haftungsausschlüsse, Ausübung von Rücktrittsrechten, Sicherheiten), Namen sowie Adressen von Interessenten, Bietern und Erwerbern im vorliegenden Fall.[447] Dieser wichtigste Fall der Rechtsprechung hinsichtlich des im IFG normierten Schutzes der fiskalischen Interessen vermittelt einerseits einen ersten Eindruck anhand eines praktischen Beispiels und andererseits wird im weiteren Verlauf der Arbeit – in Abschnitt 9.2.2 – darauf noch zurückgegriffen werden. Denn die Ausführungen zeigen, dass der Schutz fiskalischer Interessen des Bundes bei der Veröffentlichung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten eine wichtige Rolle spielt.

## 6.2 Exkurs: Die Informationsfreiheitsgesetze der Länder

Mit diesem Unterkapitel wird als Exkurs ein kurzer Überblick über die Informationsfreiheitsgesetze der Länder[448] und vor allem die Unterschiede bei den Regelungen zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie den fiskalischen Interessen im Vergleich zum IFG des Bundes gegeben. Von den sechszehn Bundesländern haben bisher dreizehn ein Informationsfreiheitsgesetz verabschiedet und in drei Ländern (Bayern, Niedersachsen und Sachsen) gibt es derzeit keine solche Transparenzregelungen. Die Abbildung 11 zeigt eine geografische Darstellung der Informationsfreiheitsgesetze der Bundesländer mit den Daten zu deren erstmaliger Einführung bzw. Weiterentwicklung. Brandenburg hat im Jahr 1998 als erstes Land ein Informationsfreiheitsgesetz eingeführt, welches allerdings seit Inkrafttreten nicht mehr weiterentwickelt wurde. Gemeinhin wird das Hamburger Informationsfreiheitsgesetz[449], insbesondere aufgrund einer umfassenden proaktiven Informationsbereitstellung und weniger rigiden Ausnahmen, als das zurzeit fortschrittlichste bzw. transparenzfreundlichste Informationsfreiheitsgesetz in Deutschland eingestuft.[450] Auf kommunaler Ebene gibt es zudem vor allem in den Bundesländern ohne Informationsfreiheitsgesetze einige Kommunen, die sogenannte Informationsfreiheitssatzungen (z.B. Leipzig, Stadt Regensburg, Landkreis Dachau) verabschiedet haben.[451]

---

[447] Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.11.2014 mit dem Aktenzeichen 7 C 12.13, Rn. 7 ff.

[448] Die Abkürzung IFG für Informationsfreiheitsgesetz wird hier im Kontext der Länderebene – um möglichen Verwechselungen vorzubeugen – nicht verwendet, weil sie in dieser Arbeit für die Bundesebene reserviert ist. Zudem sei angemerkt, dass aus Gründen der Einfachheit und Vereinheitlichung die entsprechenden Landesgesetze als Informationsfreiheitsgesetze bezeichnet werden, auch wenn deren Titel formal zum Teil anders lauten, worauf dann aber in Fußnoten hingewiesen wird.

[449] Der offizielle Titel lautet „Hamburgisches Transparenzgesetz" (HmbgTG).

[450] Vgl. DARBISHIRE ET AL. (2017, S. 7 f.) und FEHLING (2017, S. 87).

[451] Zu den kommunalen Informationsfreiheitssatzungen sei angemerkt, dass diese sich hinsichtlich bezüglich des Kreises der berechtigten Informationsnachfrager als einer zentralen Gestaltungsfrage unterscheiden können. So ist dies in Leipzig jede natürliche Person, die Einwohnerin der Stadt Leipzig ist und in dieser ihre Hauptwohnung hat, sowie jede juristische Person mit Sitz in Leipzig. In der Stadt Regensburg umfasst der Kreis der berechtigten Informationsnachfrager jeden Einwohner.

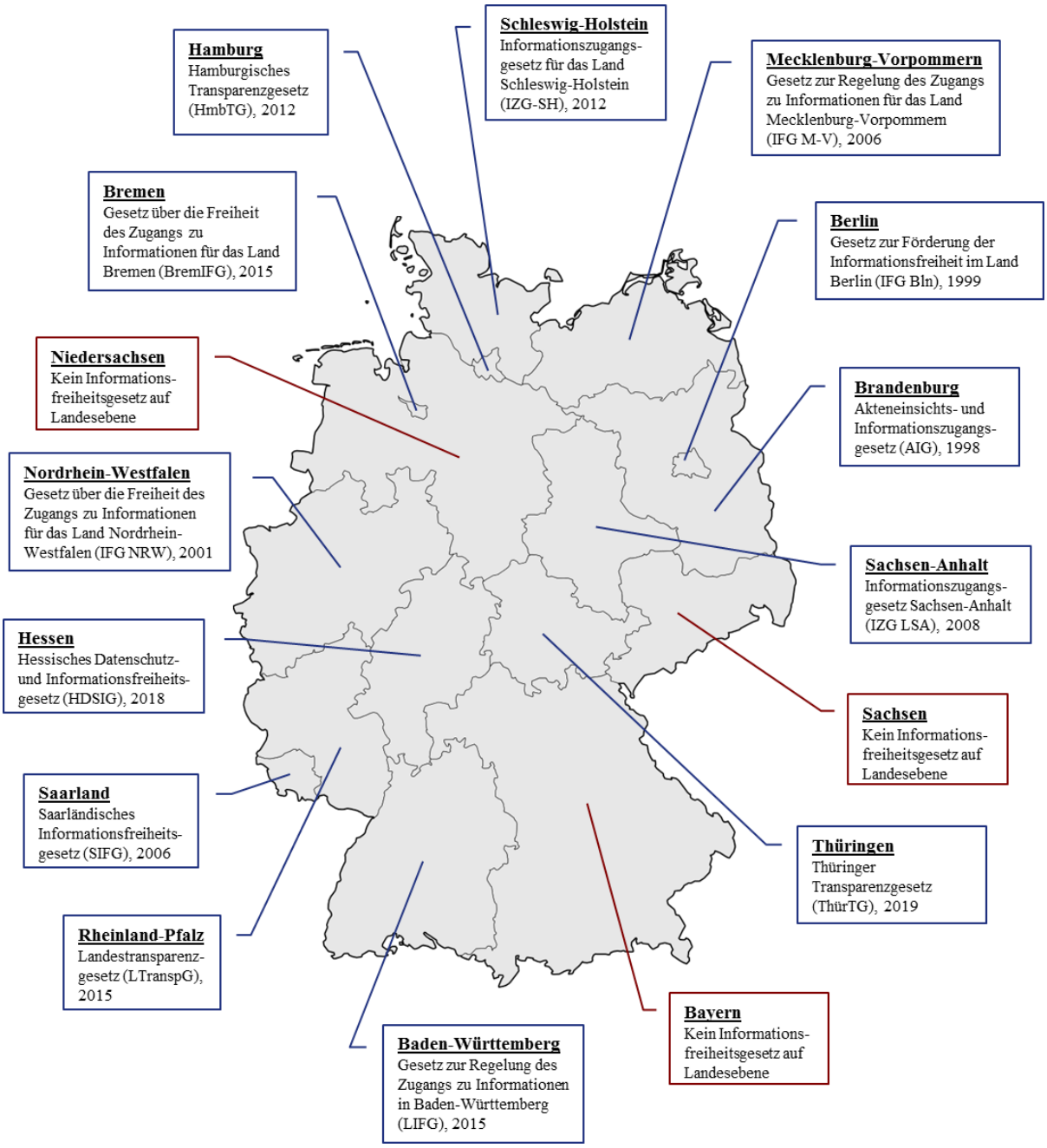



**Abbildung 11: Landkarte der Informationsfreiheitsgesetze der Bundesländer[452]**

Vorschriften, die den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen betreffen, finden sich in jedem Informationsfreiheitsgesetz auf Landesebene, allerdings gibt es dabei durchaus unterschiedliche Regelungen.[453] Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist z.B. in § 7 Berliner Informationsfreiheitsgesetz[454] und § 6 Bremer Informationsfreiheitsgesetz[455] explizit geregelt, wobei

[452] Quelle: eigene Darstellung.

[453] Vgl. SCHOCH (2016, S. 604).

[454] Der offizielle Titel lautet „Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin“ (Berliner Informationsfreiheitsgesetz, IFG Bln).

[455] Der offizielle Titel lautet „Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Bremen“ (Bremer Informationsfreiheitsgesetz, BremIFG).

dieser aufgrund der dort vorgesehenen Abwägung mit dem Informationsinteresse im Gegensatz zum IFG des Bundes als relatives Recht ausgestaltet ist. Ebenso ist der Schutz der fiskalischen Interessen des Landes in vielen, aber nicht allen derzeitigen Landesinformationsfreiheitsgesetzen geregelt. Dabei weisen die entsprechenden Normen in Baden-Württemberg, Bremen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Thüringen eine recht hohe Ähnlichkeit mit jener im IFG des Bundes auf, aber es existieren auch Unterschiede bei den landesrechtlichen Regelungen.[456] Im Folgenden wird hinsichtlich dieser beiden Schutzgüter auf einige – insbesondere vor dem Hintergrund weiterer Analysen – ausgewählte interessante und relevante Unterschiede zum IFG des Bundes eingegangen, wobei die Ausführungen strukturell an bestimmten Ländern ausgerichtet sind.

***DAS BERLINER (UND BREMER) INFORMATIONSFREIHEITSGESETZ***

Im Informationsfreiheitsgesetz des Landes Berlin findet sich in Bezug auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen seit Juli 2010 eine beachtenswerte Spezialregelung hinsichtlich besonderer Verträge und dabei vor allem in Bereichen der Daseinsvorsorge (§ 7a Berliner Informationsfreiheitsgesetz), die in einer ähnlichen Form mittlerweile auch in Bremen vorkommt (§ 6a Bremer Informationsfreiheitsgesetz). Die folgenden Ausführungen fokussieren sich konkret auf die Norm des § 7a Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei besonderen Verträgen des Berliner Informationsfreiheitsgesetzes. Im Folgenden werden diesbezüglich Aussagen aus dem Rechtsgutachten KLOEPFLER (2011, S. 38-41)[457] aufgegriffen und diese werden anschließend vor dem Hintergrund der bisherigen Überlegungen zum Design der institutionellen Technologie eines Transparenzregimes eingeordnet. Das Ziel dieser Norm besteht grundlegend in einer Herstellung größtmöglicher Transparenz bei sich auf Unternehmensbeteiligungen beziehende Verträge für Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge („Privatisierungsverträge“). Diese Regelung betrifft somit den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei solchen Privatisierungsverträgen und nimmt diesbezüglich eine bereichsspezifische Modifizierung vor, inklusive einer vorstrukturierten, transparenzfreundlicheren Abwägung zwischen dem Geheimhaltungs- und Informationsinteresse (insbesondere bei einer Monopolstellung des privaten Vertragspartners). Des Weiteren sieht die Norm eine – im IFG des Bundes keineswegs festgeschriebene – Kennzeichnungspflicht von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei diesen Verträgen aufseiten des Privaten vor. Schließlich enthält der § 7a Berliner Informationsfreiheitsgesetz eine Anpassungsverpflichtung für die hier erwähnten Verträge, die vor einem Stichtag (8. Juli 2010) abgeschlossen wurden. In diesem Kontext ermöglicht die Norm, den Vertrauensschutz der privaten Vertragspartner mit zwei Instrumenten hinreichend zu gewährleisten. So sind zunächst Nachverhandlungen abzuhalten, um eine Änderung des Vertrags und eine Anpassung bzw. Aufhebung der Geheimhaltungsklauseln zu erreichen. Wenn dann innerhalb von sechs Monaten nach der Nachverhandlungsaufforderung keine Einigung erzielt werden kann, wird beim Überwiegen des Informations- gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse der Informationszugang gewährt. In Summe wird mit dieser Spezialregelung für „Privatisierungsverträge“ im Bereich der Daseinsvorsorge

[456] Vgl. SCHOCH (2016, S. 489).

[457] Dabei handelt es sich um ein im Auftrag des BfDI erstelltes Rechtsgutachten des Rechtswissenschaftlers Michael Kloepfler zum Themenkomplex „Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen“. Die aufgegriffenen Aussagen bewegen sich überwiegend nah an diesem Gutachten.

im Vergleich zum in § 7 Berliner Informationsfreiheitsgesetz normierten Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in anderen Bereichen aus Sicht des privaten Vertragspartners der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erheblich erschwert bzw. aus Sicht der Öffentlichkeit der Informationszugang verbessert.[458]

Hinsichtlich einer Einordnung dieser Ausführungen in die Überlegungen, die in Unterkapitel 5.4 vorgenommen wurden, ist Folgendes festzuhalten: Die Regeln des § 7a Berliner Informationsfreiheitsgesetz betreffen den Bereich der Regeldifferenzierung als wichtigen Teil des Designs der institutionellen Technologie eines Transparenzregimes und in diesem Kontext zunächst die Horizontalisierung sowie daran anknüpfend die Konkretisierung. Mit dieser Spezialregelung hat hinsichtlich der Horizontalisierung eine Verengung stattgefunden, weil der ehemals für alle Bereiche geltende Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gemäß § 7 Berliner Informationsfreiheitsgesetz in zwei Bereiche unterteilt wurde, den weiterhin bestehenden Hauptbereich und den Nebenbereich der „Privatisierungsverträge“ in der Daseinsvorsorge. Für diesen neuen Nebenbereich ist eine Konkretisierung vorgenommen worden: Bezüglich der Veröffentlichungsentscheidung ist die bisherige Abwägungsklausel um eine Vorjustierung in Richtung Transparenz ergänzt worden. Hinsichtlich der Verortung von Entscheidungskompetenzen ist die vorjustierte Abwägung wiederum dahingehend einzuordnen, dass sich diese damit im Vergleich zum § 7 Berliner Informationsfreiheitsgesetz weg von der Behörde hin zur Politik verschoben hat, weil diese Vorjustierung klar von der Politik vorgegeben wurde und somit die Politik ihre politischen Vorstellungen der Behörde bei der Abwägungsentscheidung als Maßstab vorschreibt. Des Weiteren enthält der § 7a Berliner Informationsfreiheitsgesetz für den neuen Nebenbereich spezifische Regelungen – wie in Abschnitt 5.4.1.2 abstrakt aufgezeigt – zum Umgang mit Alt- bzw. Bestandsverträgen zwischen der öffentlichen Hand und privaten Vertragspartnern nach einer (transparenzfreundlicheren) Veränderung am Transparenzregime. Dieser Aspekt ist ebenfalls bei der Regeldifferenzierung einzuordnen.

Hinsichtlich der Verfahren und Formen der Informationsbereitstellung als weiterer Bestandteil des Designs der institutionellen Technologie sei abschließend im Kontext der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darauf hingewiesen, dass sowohl Berlin als auch Bremen in ihren Informationsfreiheitsgesetzen ein proaktives Element aufweisen. So gibt es Regelungen, welche die Veröffentlichungspflicht für Verträge der Daseinsvorsorge vorsehen und somit eine proaktive Informationsbereitstellung für diesen bestimmten Dokumentententyp etablieren.[459]

Im Gegensatz zum Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gibt es hingegen hinsichtlich des Schutzgutes der fiskalischen Interessen Unterschiede zwischen den Informationsfreiheitsgesetzen der beiden Stadtstaaten Berlin und Bremen. Das Land Bremen verfügt diesbezüglich – wie bereits oben erwähnt – mit dem § 3 Nr. 6 Bremer Informationsfreiheitsgesetz eine Regelung, die (auch vom Wortlaut)

[458] Abschließend sei erwähnt, dass die Genese dieser Spezialregelung sehr eng mit dem Fall der Privatisierung der Berliner Wasserbetriebe verknüpft ist; vgl. KLOEPFLER (2011, S. 39 f.).

[459] Vgl. § 17 Abs. 3 Berliner Informationsfreiheitsgesetz und § 11 Abs. 4a Bremer Informationsfreiheitsgesetz, wobei Verträge der Daseinsvorsorge eine Teilmenge der proaktiv zu veröffentlichenden Dokumente, Daten und Informationen darstellen. Für Ausführungen zur proaktiven Informationsbereitstellung siehe auch Abschnitt 5.4.1.3 und 7.4.1.

sehr nah an jener des IFG des Bundes ist. Im Berliner Informationsfreiheitsgesetz findet sich hingegen keine direkte bzw. explizit äquivalente Vorschrift.[460]

#### *DIE INFORMATIONSFREIHEITSGESETZE DER LÄNDER NORDRHEIN-WESTFALEN, SCHLESWIG-HOLSTEIN UND HAMBURG*

Abschließend wird auf die Informationsfreiheitsgesetze der beiden Flächenstaaten Nordrhein-Westfalen[461] und Schleswig-Holstein[462] sowie den eingangs bereits erwähnten Stadtstaat Hamburg eingegangen. In Bezug auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sehen die Landesregelungen in Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein – im Gegensatz zum IFG des Bundes – eine Abwägung mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit vor, die keinerlei Vorjustierung unterliegt.[463] Eine mit dem § 7a Berliner Informationsfreiheitsgesetz vergleichbare (Spezial-)Regelung existiert in den beiden Landesinformationsfreiheitsgesetzen jedoch nicht. Wie in Berlin gibt es auch in den beiden Flächenländern kein direktes bzw. explizites Äquivalent zum IFG des Bundes für eine den Schutz fiskalischer Interessen des jeweiligen Landes im Wirtschaftsverkehr betreffende Vorgabe in den Informationsfreiheitsgesetzen.[464] Das Informationsfreiheitsgesetz in Hamburg enthält bezüglich des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ebenfalls eine vorjustierungsfreie Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und es sieht zudem eine Kennzeichnungspflicht solcher Geheimnisse vor. Von einer äquivalenten Vorschrift zum § 3 Nr. 6 IFG kann in Hamburg allerdings nicht (mehr) gesprochen werden, denn nur noch bei der gesetzlich vorgegebenen proaktiven Bereitstellung bestimmter Verträge, an deren Veröffentlichung ein öffentliches Interesse besteht, ist zu berücksichtigen, ob dabei eine erhebliche Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen Hamburgs vorliegen könnte.[465] Diese Einschränkung des Transparenzgrundsatzes ist im Gegensatz zum Schutz der fiskalischen Interessen des Bundes explizit ausschließlich auf gewisse Verträge bezogen, wobei vom Wortlaut her der Begriff der wirtschaftlichen Interessen im größeren Maße Tatbestände umfassen dürfte als der Begriff der fiskalischen Interessen.[466] Die bereits erwähnte Pflicht zur proaktiven Informationsbereitstellung, die verständlicherweise vorbehaltlich der Ausnahmetatbestände erfolgt, betrifft im Stadtstaat Hamburg einen recht umfangreichen Katalog an Anwendungsbereichen, worunter – vergleichbar zu Berlin und Bremen – auch Verträge der

---

[460] Der Autor dieser Arbeit kann allerdings (rechtlich) nicht abschließend beurteilen, ob eventuell andere Regeln im Berliner Informationsfreiheitsgesetz indirekt bzw. implizit die fiskalischen Interessen betreffen.

[461] Der offizielle Titel lautet „Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen" (Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen, IFG NRW).

[462] Der offizielle Titel lautet „Informationszugangsgesetz für das Land Schleswig-Holstein" (IZG-SH).

[463] Vgl. § 8 Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen und § 10 Informationszugangsgesetz Schleswig-Holstein.

[464] Der Autor dieser Arbeit kann wiederum (rechtlich) nicht abschließend beurteilen, ob eventuell andere Regeln in den Informationsfreiheitsgesetzen von Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein indirekt bzw. implizit die fiskalischen Interessen umfassen.

[465] Vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 1 Hamburgisches Transparenzgesetz.

[466] Gemäß HERR ET AL. (2017, S. 69 ff.) und MAATSCH / SCHNABEL (2015, S. 132-136) umfassen wirtschaftliche Interessen zwar mehr als die fiskalischen Interessen, aber im Endeffekt können diese Unterschiede vernachlässigt werden, sodass unabhängig von dieser Formulierungsfrage – im Vergleich zum vorherigen Hamburger Informationsfreiheitsgesetz – keine mit § 3 Nr. 6 IFG vergleichbare Norm im Hamburgischen Transparenzgesetz existiert, weil nur noch ein eng begrenzter, spezieller Bereich erfasst wird.

Daseinsvorsorge fallen.[467] Abschließend ist anzumerken, dass das Informationsfreiheitsgesetz in Hamburg ähnlich wie bei den anderen beiden Stadtstaaten auch eine Regeldifferenzierung hinsichtlich neuer und alter Verträge vornimmt. Allerdings umfasst die Hamburger Regelung bezüglich der Alt- bzw. Bestandsverträge sämtliche Verträge und nicht nur jene der Daseinsvorsorge und sie enthält den Zusatz, dass für etwaige Änderungen oder Ergänzungen von Altverträgen die Vorschriften des jeweils aktuell gültigen Informationsfreiheitsgesetzes Anwendung finden.[468]

## 6.3 Weitere Transparenzregelungen im bestehenden Rechtsrahmen in Deutschland

Der Zweck dieses Unterkapitels liegt darin, das Gesamtbild des bestehenden deutschen Rechtsrahmens hinsichtlich Transparenzregelungen im öffentlichen Bereich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – abzurunden und dabei deutlich zu machen, dass dieser als ein großes Transparenzregime anzusehen ist, das wiederum aus vielen verschiedenen (Sub-) Transparenzregimen besteht. Somit werden im Folgenden zunächst das Umweltinformationsgesetz (UIG) und das Verbraucherinformationsgesetz (VIG)[469] beleuchtet (Abschnitt 6.3.1). Anschließend wird auf spezielle, zwar nicht als Informationsfreiheitsgesetze bezeichnete, Rechtsvorschriften eingegangen, die aber ebenfalls bestimmte Transparenzregelungen enthalten (Abschnitt 6.3.2).

### 6.3.1 Das Umweltinformationsgesetz und das Verbraucherinformationsgesetz des Bundes

Das Umweltinformationsgesetz des Bundes ist älter als das IFG, denn die Ursprungsfassung trat bereits im Jahr 1994 in Kraft. Der spezifische Anwendungsbereich des UIG liegt auf die Umwelt betreffende Informationen wie bspw. Daten über den Luft-, Wasser- und Bodenzustand sowie sich auf die Umwelt auswirkende Vorhaben (z.B. Infrastrukturprojekte).[470] Ein besonderer und relevanter Unterschied zum IFG besteht darin, dass der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen als relatives Recht ausgestaltet ist, da eine Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit stattzufinden hat.[471] Diese Abwägung erfolgt grundsätzlich ohne Vorjustierungen. Eine festgeschriebene Ausnahme gibt es bezüglich Umweltinformationen über Emissionen, die nicht als Ablehnungs- bzw. Schwärzungsgrund gelten, selbst wenn sie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beinhalten. Ähnlich wie in einigen Landesinformationsfreiheitsgesetzen findet sich im UIG keine Erwähnung von fiskalischen Interessen des Bundes.[472] Grundsätzlich könnte das UIG im Infrastrukturbereich bspw. bei Bodengutachten, Umweltverträglichkeitsprüfungen und Kosten-Nutzen-Analysen durchaus in bestimmten Situationen zur Anwendung kommen. Im Rahmen dieser Arbeit wird diese Möglichkeit aber nicht weiter verfolgt.

---

[467] Vgl. § 3 bzw. § 3 Abs. 1 Nr. 4 Hamburgisches Transparenzgesetz und § 10 Hamburgisches Transparenzgesetz. Im Übrigen entspricht solch ein (Positiv-)Katalog an Anwendungsbereichen für eine proaktive Informationsbereitstellung den Ausführungen in Fußnote 340 in Abschnitt 5.4.1.3.

[468] Vgl. § 17 Hamburgisches Transparenzgesetz.

[469] Der offizielle Titel lautet „Gesetz zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation" (Verbraucherinformationsgesetz, VIG).

[470] Vgl. § 2 Abs. 3 UIG.

[471] Vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 3 UIG.

[472] Vgl. SCHOCH (2016, S. 489).

Beim Verbraucherinformationsgesetz, dessen ursprüngliche Fassung aus dem Jahre 2008 stammt, ist ein Abwägungsvorbehalt hinsichtlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vorgesehen, sodass diese keinen Ablehnungs- bzw. Schwärzungsgrund darstellen, wenn das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe überwiegt.[473] Das VIG enthält eine dem § 3 Nr. 6 IFG sehr ähnliche Vorschrift zum Schutz der fiskalischen Interessen, die wie im IFG als absoluter Ausschlusstatbestand ausgestaltet ist. Es wird somit keinerlei Abwägung mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit bei der Veröffentlichungsentscheidung vorgenommen.[474] Im Infrastrukturbereich bieten sich tendenziell eher keine Fallkonstellationen an, bei denen das VIG zur Anwendung kommen kann. Nichtsdestotrotz wurde es in diesem Unterkapitel erwähnt, da es neben dem allgemeinen IFG zusammen mit dem ebenfalls auf einen spezifischen Anwendungsbereich ausgelegten UIG das Dreigestirn der Informationsfreiheitsgesetze auf Bundesebene bildet. Abschließend sei angemerkt, dass es hinsichtlich dieses Dreigestirns Diskussionsbeiträge gibt, die eine Zusammenführung in einem einzigen Informationsgesetzbuch untersucht haben.[475]

### 6.3.2 Spezielle Transparenzregelungen für bestimmte Informationsnachfrager

Über die bereits erwähnten Informationsfreiheitsgesetze hinaus bestehen weitere (Sub-) Transparenzregime, die speziell auf den jeweiligen Kontext und auf eine bestimmte Gruppe von Informationsnachfragern zugeschnitten sind, die in diesem Abschnitt – ohne dabei in die Einzelheiten zu gehen – kurz beleuchtet werden. So ist das Presserecht, das im Übrigen auf der jeweiligen Landesebene geregelt wird, als ein Rechtsrahmen einzuordnen, der unter anderem spezielle Transparenzregelungen hinsichtlich des Informationszugangs für Journalisten gegenüber der öffentlichen Hand enthält.[476] Des Weiteren können Teile der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages als ein spezielles Transparenzregime für Bundestagsabgeordnete eingestuft werden, weil z.B. die darin enthaltene Geheimschutzordnung für Mitglieder des Bundestages den Zugang zu bestimmten Informationen regelt.[477] Auch die Rechtsgrundlagen für den Bundesrechnungshof als staatliche Prüf- und Kontrollinstanz können in den Punkten, die seinen Zugang zu Informationen der öffentlichen Hand festschreiben, als ein spezielles Transparenzregime angesehen werden.[478] Aus der Transparenzperspektive kann auch das Vergaberecht zum Teil als eine institutionelle Lösung für die Bereitstellung von Informationen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den potentiellen Auftragnehmern bzw. Bietern im Rahmen eines Beschaffungsvorgangs interpretiert werden. Das Vergaberecht bestimmt dabei unter anderem zu welchen Zeitpunkten welche Informationen den Bietern vom öffentlichen Auftraggeber – und auch umgekehrt – zur Verfügung gestellt werden müssen und

---

[473] Vgl. § 3 Satz 1 Nr. 2 lit c VIG.

[474] Vgl. § 3 Satz 1 Nr. 1 lit. c VIG und vgl. SCHOCH (2016, S. 489).

[475] So hat sich z.B. Matthias Rossi in seinem Vortrag auf dem 3. Symposium des BfDI zur Informationsfreiheit am 11.09.2014 in Berlin mit dieser Frage auseinandergesetzt. Darüber hinaus ist anzumerken, dass sich bei der Zusammenführung des IFG, UIG und VIG in einem Informationsgesetzbuch bezüglich des Designs der institutionellen Technologie viele Horizontalisierungsfragen stellen.

[476] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 51 f.).

[477] Siehe § 17 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages und Geschäftsordnung des Vermittlungsausschusses sowie die dortige Anlage 3 Geheimschutzordnung des Deutschen Bundestages.

[478] Dies betrifft auf Landesebene ebenso Landesrechnungshöfe und auf kommunaler Ebene ebenso Kommunalaufsichten und Rechnungsprüfungsämter.

dürfen.[479] Spezielle Transparenzregelungen für Arbeitnehmer bzw. dessen Interessenvertretungen sind zum Teil in Personalvertretungsgesetzen o.Ä. enthalten, die aufgrund der dort geregelten Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte bei der Realisierung von Infrastrukturprojekten auch Zugang zu Dokumenten, Daten und Informationen erhalten können. Schließlich kann hier noch das Verwaltungsverfahrensgesetz erwähnt werden, das unter anderem die Akteneinsicht durch Beteiligte vorschreibt, sodass betroffenen Bürgern auf dieser Rechtsgrundlage der Zugang zu Unterlagen bei Planfeststellungsverfahren eröffnet ist.[480]

## 6.4 Fazit

Das fünfte Kapitel dieser Arbeit hat sich mit der Vorstellung und Einordnung des bestehenden Rechtsrahmens hinsichtlich Transparenzregelungen für den öffentlichen Bereich in Deutschland befasst. Dieser ist als ein großes Transparenzregime einzuordnen, das sich aus mehreren (Sub-) Transparenzregimen zusammensetzt. Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG) nimmt dabei eine zentrale Stellung ein, weil es nicht auf spezifische Anwendungsbereiche und bestimmte Informationsnachfrager beschränkt ist. Die (Haupt-)Ziele des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes (und auch der Länder) bestehen zum einen in der Förderung der demokratischen Meinungs- und Willensbildung sowie zum anderen in der Stärkung der Kontrolle des staatlichen Handelns durch gesellschaftliche Akteure und stellen somit die Transparenzziele der jeweiligen Transparenzregime dar.[481] Das IFG kann unter Rückgriff auf die in Abschnitt 5.3 und 5.4 vorgestellten zentralen Gestaltungsfragen und Design-Elemente der institutionellen Technologie eingeordnet werden. So werden die beiden Gestaltungsfragen hinsichtlich des Gegenstands der Transparenzregelung und der berechtigten Informationsnachfrager mit den Grundsätzen des IFG abgedeckt: Dokumente, Daten und Informationen der öffentlichen Hand sind in der Regel der Allgemeinheit bzw. Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Ausnahmen von diesem Grundsatz der Transparenz als weitere wichtige Gestaltungsfrage betreffen im IFG den Schutz vielfältiger öffentlicher Belange (u.a. der fiskalischen Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr), den Schutz behördlicher Entscheidungsprozesse und personenbezogener Daten sowie den Schutz (wirtschaftlicher) privater Interessen, der insbesondere die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von betroffenen Unternehmen umfasst. Sowohl der Schutz der fiskalischen Interessen als auch der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sind im IFG als absolutes Recht ausgestaltet, d.h. bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen ist keine (ggf. mit Vorjustierungen versehene) Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit vorzunehmen.

Der Exkurs zu den Informationsfreiheitsgesetzen der Länder und weiteren Transparenzregimen auf Bundesebene hat vor allem in Bezug auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse das Vorhandensein auch anderer Schutzniveaus aufgezeigt (z.B. das eine Abwägung mit dem Informationsinteresse

---

[479] Es sei angemerkt, dass das Vergaberecht allerdings für die große Mehrheit der jeweiligen Dokumente, Daten und Informationen keine öffentliche Bereitstellung seitens der öffentlichen Auftraggeber vorsieht.

[480] Konkret handelt es sich dabei um die Norm § 29 Verwaltungsverfahrensgesetz. Der Informationszugang kann dabei unter bestimmten Umständen verwehrt werden. Siehe hierzu § 29 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz.

[481] Beim Informationsfreiheitsgesetz des Bundes finden sich die Ziele in der dazugehörigen Gesetzesbegründung BT-DRS. 15/4493 (2004, S. 1 und S. 6). Sie können aber auch im Gesetz selbst kodifiziert sein, wie bspw. im § 1 Abs. 1 Hamburgisches Transparenzgesetz.

implizierende relative Recht). Das IFG schreibt bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zudem die Einwilligung des betroffenen Unternehmens für deren Veröffentlichung vor, wenn zuvor von der Behörde entschieden wurde diese tatsächlich als solche zu klassifizieren. In der Praxis hat sich das Zustandekommen dieser eigentlich behördlichen Entscheidung als nicht ganz unproblematisch erwiesen. Der kritische und aus ökonomischer Sicht interessanteste Prüfungspunkt ist dabei das berechtigte Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens, welches letztendlich darauf abzielt, ob dem betroffenen Unternehmen durch das Bekanntwerden der zu veröffentlichenden Informationen ein relevanter wirtschaftlicher Schaden durch den Wegfall des auf diesen Informationen beruhenden Vorsprungs im Wettbewerb gegenüber Konkurrenten entsteht. Hinsichtlich der fiskalischen Interessen ist – angewandt auf Infrastrukturrealisierungen im Kontext des öffentlichen Beschaffungswesens – die entscheidende und aus ökonomischer Perspektive beachtenswerte Frage, inwieweit die Veröffentlichung der begehrten Informationen bzw. Rückschlüsse daraus mit hinreichender Wahrscheinlichkeit tatsächlich zu höheren Ausgaben der öffentlichen Hand beim aktuellen und auch zukünftigen Vorhaben führen kann.[482] Allerdings kann bei Vorliegen von Ausnahmetatbeständen (wie diesen beiden) der Zugang gemäß IFG nicht komplett verwehrt werden, sondern es sind vielmehr durch Schwärzen o.Ä. ausschließlich die schutzwürdigen Informationen zu sichern. Dies wird auch als teilweiser Informationszugang bezeichnet. Die zentrale Gestaltungsfrage des Zeitpunkts der Veröffentlichung ist nicht explizit im Gesetz geregelt, aber im Gesamtkontext erscheint grundsätzlich eine sofortige Bereitstellung nach Erstellung bzw. Vorliegen der Dokumente, Daten und Informationen plausibel. Hinsichtlich der zentralen Gestaltungsfragen ist abschließend festzuhalten, dass die IFG-Regeln zur Bepreisung des Informationszugangs zusammen mit der Informationsgebührenverordnung sich vom Prinzip her an einer Art „Grenzkostenbepreisung“ mit einer gewissen Preisdeckelung orientieren.

Im Hinblick auf die Verortung von Entscheidungskompetenzen als Teil der institutionellen Technologie ist zu konstatieren, dass die Politik mit dem absoluten Schutz von fiskalischen Interessen des Bundes und Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen eine wichtige Entscheidung bereits getroffen hat und somit diesbezüglich weniger Entscheidungskompetenzen an Behörden delegiert, als wenn sie diese beiden Schutzgüter als relatives Recht ausgestaltet hätte. In Bezug auf die Regeldifferenzierung als weiteren Bestandteil der institutionellen Technologie ist das prägnanteste in diesem Kapitel erwähnte Beispiel sicherlich die spezielle Regelung bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei Privatisierungsverträgen im Bereich der Daseinsvorsorge im Berliner Informationsfreiheitsgesetz. Des Weiteren ist bezüglich der Handlungsform der Behörden bei der Informationsbereitstellung als bedeutsames Element beim Design der institutionellen Technologie deutlich geworden, dass das IFG als ein reaktives Transparenzregime einzustufen ist. Schließlich sieht das IFG den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit für eine Ombudsfunktion vor. Grundsätzlich hat der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit jedoch auch die Möglichkeit zu Aktivitäten im Bereich des Wissensmanagements.

[482] Bei Infrastrukturrealisierungen kann in solchen Fällen zwar auch die Einnahmeseite betroffen sein. Diese wird im Folgenden weitestgehend ausgeklammert und der Fokus naheliegend auf die Ausgabenseite gelegt.

Für den weiteren Verlauf der Arbeit ist die Erkenntnis wichtig, dass das IFG grundsätzlich auf ÖPP-Projekte anwendbar ist. Bei den Analysen in Teil C steht, wenn es sich um Transparenzregelungen im bestehenden rechtlichen Rahmen in Deutschland handelt, das IFG des Bundes im Zentrum. Zum einen geht es bei den Analysen im Kern um ÖPP-Projekte auf Bundesebene (vor allem im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus), sodass hier das IFG des Bundes greift. Zum anderen sind im IFG die für die Analyse der Transparenz bei ÖPP-Projekten aus ökonomischer Sicht interessanten und relevanten Ausnahmetatbestände, Schutz fiskalischer Interessen des Bundes sowie Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, enthalten. Außerdem stellt das IFG das allgemeine übergreifende Transparenzregime auf Bundesebene dar, das jedem den Informationszugang ermöglicht und somit keine für die Analysen relevante Beschränkung hinsichtlich des Kreises der berechtigten Informationsnachfrager vornimmt.

# 7 Grundlegende Analysen zum Design der institutionellen Technologie bei Transparenzregimen

In den beiden vorangegangenen Kapiteln fand bisher überwiegend eine Beschreibung bzw. Darstellung des Designs der institutionellen Technologie statt, d.h. verschiedene Optionen sind aufgezeigt und in der Realität zu beobachtende Transparenzregime diesbezüglich eingeordnet worden. In diesem Kapitel erfolgt nun eine grundlegende Analyse zum Design der institutionellen Technologie von Transparenzregimen. Es steht dabei die Frage im Mittelpunkt, wie die institutionelle Ausgestaltung aussehen sollte und welche Aspekte dabei zu berücksichtigen sind. Die Analysen weisen dabei zu einem gewissen Teil einen abstrakten Charakter auf, aber letztendlich beziehen sich die Analysen konkret auf Transparenz und Veröffentlichungsentscheidungen. Mit den in diesem Kapitel generierten Erkenntnissen werden Vorarbeiten für deren konkrete Anwendung bei der Untersuchung der Transparenz bei Dokumenten, Daten und Informationen im ÖPP-Realisierungsprozess mit Bezug zum IFG und den beiden Ausnahmetatbeständen fiskalische Interessen sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in Teil C (vor allem in Kapitel 11) geleistet. Das folgende Kapitel widmet sich zunächst der Frage der Verortung von Entscheidungskompetenzen (Unterkapitel 7.1), um anschließend die Thematik der Regeldifferenzierung zu untersuchen (Unterkapitel 7.2). Daraufhin werden die Interdependenzen zwischen diesen beiden Design-Elementen analysiert (Unterkapitel 7.3). Weitere Aspekte der institutionellen Ausgestaltung eines Transparenzregimes, die Frage der proaktiven bzw. reaktiven Informationsbereitstellung und das Wissensmanagement, werden zuletzt beleuchtet (Unterkapitel 7.4). Ein Fazit schließt das siebente Kapitel ab (Unterkapitel 7.5).

## 7.1 Verortung von Entscheidungskompetenzen

Im Rahmen der Ausgestaltung eines Transparenzregimes ist hinsichtlich der institutionellen Technologie eine der zentralen Fragen, auf welche Weise bzw. durch welche Akteure die Veröffentlichungsentscheidung gefällt wird.[483] Dies betrifft die Aufgabe zu bestimmen, ob die begehrten Informationen überhaupt schutzwürdig sind und, wenn dies der Fall ist, ob sie – falls vorgesehen – nach Abwägung der Schutzwürdigkeit mit dem Informationsinteresse zugänglich gemacht werden oder nicht. Da Transparenzregime – wie in Abschnitt 5.1.2 dargelegt – als institutionelle Lösungen aufgefasst werden können, kann diese Frage zudem bei der im Kontext von institutionellen Lösungen diskutierten Thematik des (optimalen) Ausmaßes an politischer Selbstbindung eingeordnet werden, da die Delegation (von Entscheidungskompetenzen) eine wichtige Form der politischen Selbstbindung darstellt.[484] Hinsichtlich der Verortung von Entscheidungskompetenzen sind grundsätzlich die folgenden drei (idealtypischen) Varianten[485] denkbar:

---

[483] Die meisten Ausführungen in diesem Unterkapitel sind nahezu wortgleich mit BECKERS / KÜHLING / RYNDIN (2017, S. 23-30).

[484] Vgl. KLATT (2011, S. 83-88). Die Delegation von Aufgaben an eine politisch (mehr oder weniger) unabhängige Organisation betrachten bspw. auch HEINE / MAUSE (2012), ohne dabei explizit auf das Konzept der politischen Selbstbindung einzugehen.

[485] Die (realitätsferne) Variante, dass die Politik tatsächlich kontinuierlich selbst die Veröffentlichungsentscheidungen fällt, wird hier nicht betrachtet, weil dies unter anderem wegen der

- Veröffentlichungsentscheidungen durch von der Politik festgelegte Regeln ohne Einbezug von Behörden, als Variante I (Abschnitt 7.1.1),
- Delegation an eine neutrale Transparenzbehörde, als Variante II (Abschnitt 7.1.2),
- Delegation an betroffene Behörden, als Variante III (Abschnitt 7.1.3).[486]

Diese Varianten werden in den nachfolgenden Abschnitten beschrieben und es wird erläutert, unter welchen Voraussetzungen deren Eignung vom Grundsatz her gegeben ist.[487]

## 7.1.1 Veröffentlichungsentscheidungen durch von der Politik festgelegte Regeln ohne Einbezug von Behörden (Variante I)

Bei Variante I, bei der Entscheidungen hinsichtlich der Veröffentlichung von Dokumenten, Daten und Informationen durch von der Politik festgelegte Regeln erfolgen und Behörden keinerlei Entscheidungskompetenzen haben, werden im Folgenden zwei Subvarianten unterschieden. Zunächst wird die Variante I.a betrachtet, die durch klare Veröffentlichungsregeln gekennzeichnet ist (Abschnitt 7.1.1.1). Allerdings können sich die von der Politik festgelegten Regeln auch als nur vermeintlich klar herausstellen, was dann als Variante I.b untersucht wird (Abschnitt 7.1.1.2).

### 7.1.1.1 Klare Regeln (Variante I.a)

Damit die Politik klare (Entscheidungs-)Regeln für oder gegen die Veröffentlichung von Dokumenten, Daten und Informationen festlegen kann, ist eine gute Kontrahierbarkeit, also die Beschreib-, Mess- und Bewertbarkeit, aller potentiellen Sachverhalte essentiell. Letztendlich könnten bei perfekter Kontrahierbarkeit klare Regeln derart formuliert werden, dass sie der idealisierten Vorstellung einer quasi-automatisierten Entscheidung entsprechen, d.h. bei einem bestimmten Sachverhalt wird anhand der von der Politik vorgegebenen Regeln die Veröffentlichungsentscheidung automatisch gefällt. Eine mit der Kontrahierung in Beziehung stehende Voraussetzung für den Rückgriff auf klare Regeln stellt eine möglichst geringe Dynamik der Regelungsbereiche dar, damit sich die Politik nicht in kurzen Abständen wiederholt mit dem Regeldesign auseinandersetzen muss, was regelmäßig zu hohen politischen Transaktionskosten führen dürfte. Darüber hinaus dürfte die Politik die Verantwortung hinsichtlich möglicher negativer Konsequenzen aus der Regelanwendung (also wenn die intendierten Transparenzziele nicht erreicht werden konnten) insbesondere dann auf sich nehmen, wenn sie sich der Sache sehr sicher ist. Eine wichtige Voraussetzung dafür, dass einfache klare Regeln (sinnvoll) umsetzbar sind, ist, dass die mit der Veröffentlichung einhergehenden potentiellen Transparenzwirkungen in unterschiedlichen Konstellationen möglichst homogen ausfallen. Wenn hingegen jene Transparenzwirkungen eine starke Heterogenität aufweisen, dann dürfte die Etablierung von einfachen klaren Regeln kaum möglich sein und stattdessen eher ein komplexes System von Kontingenzregeln erfordern, das den unterschiedlichsten Konstellationen Rechnung trägt. In Variante

---

Ressourcenrestriktionen der Politik nicht vorstellbar erscheint und die direkte Involvierung der Politik in einzelne Veröffentlichungsentscheidungen mit hohen politischen Transaktionskosten einhergehen dürfte.

[486] Die Frage der Verortung von Entscheidungskompetenzen kann im Übrigen auch in die Thematik des „rule-based vs. principle-based approach" für Transparenzregime eingeordnet werden. Grundsätzlich kann Variante I dem „rule-based"-Ansatz sowie Variante II und III dem „principle-based"-Ansatz zugeordnet werden. Siehe RUIJER (2017, S. 357) zu „rule-based vs. principle-based approach" bei Transparenzregimen.

[487] Hierbei wird vor allem auf grundlegende Erkenntnisse aus KLATT (2011, Kapitel 3) zurückgegriffen.

I.a werden Gerichte insgesamt wenig mit Rechtsstreitigkeiten beschäftigt sein, weil aufgrund der klaren Regeln die Urteilsfindungen als recht einfach eingestuft werden können und die Kläger den Rechtsstreit nur selten für sich entscheiden werden. Dies dürfte in einer dynamischen Perspektive wegen der geringen Erfolgsaussichten zu einer nur geringen Anzahl an Gerichtsverfahren führen.

#### 7.1.1.2 Vermeintlich klare Regeln und damit einhergehende höhere Anzahl an Rechtsstreitigkeiten (Variante I.b)

Ausgehend von Variante I.a ist der Fall vorstellbar, dass sich die Regeln für die Veröffentlichungsentscheidungen in der Praxis bzw. bei der Anwendung als weniger klar herausstellen als bei deren Etablierung angenommen (Variante I.b). Diese sich somit als lediglich vermeintlich klar erweisenden Regeln dürften dazu führen, dass die Kläger bei etwaigen Rechtsstreitigkeiten deutlich höhere Aussichten auf eine erfolgreiche Klage gegen die Veröffentlichungsentscheidung haben als bei Variante I.a und somit die Veröffentlichungsentscheidungen vor Gericht tatsächlich zu ihren Gunsten revidiert werden. In der dynamischen Perspektive kann dieser Aspekt bei Variante I.b dazu beitragen, dass sich im Vergleich zu Variante I.a mehr Informationsnachfrager darin bestärkt sehen, eine quasi-automatisiert gefällte Veröffentlichungsentscheidung zu beklagen. Letztendlich gehen somit die vermeintlich klaren Regeln mit einer größeren Anzahl an Gerichtsverfahren einher, die insgesamt höhere (Transaktions-)Kosten im Transparenzregime erzeugen.

### 7.1.2 Delegation an eine neutrale Transparenzbehörde (Variante II)

Für den Fall, dass sich aufgrund einer nicht ausreichend guten Kontrahierbarkeit keine klaren einfachen Regeln aufstellen lassen (wie bspw. bei einem komplexen System von Kontingenzregeln), die von der Politik verfolgten Transparenzziele aber zumindest hinreichend präzise kontrahiert werden können, stellt die Delegation von Entscheidungskompetenzen an eine (zentrale) neutrale Transparenzbehörde eine potentiell sinnvolle Möglichkeit dar.[488] In diesem Zusammenhang ist mit neutral gemeint, dass die Transparenzbehörde selbst nicht fachlich in die Vorgänge involviert und somit von den Veröffentlichungsentscheidungen nicht selbst betroffen ist. Diese Behörde hätte die Aufgabe gemäß den vorgegebenen Regeln alle Veröffentlichungsentscheidungen zu fällen.[489] Grundsätzlich kann die Delegation damit begründet werden, dass in derartigen Fällen die Politik wegen Ressourcenrestriktionen typischerweise nicht jede Veröffentlichungsentscheidung selbst fällen kann. Zudem würde eine direkte Involvierung der Politik in einzelne Sachverhalte hohe politische Transaktionskosten der Entscheidungsfindung nach sich ziehen. Daneben kann ein weiterer wichtiger Grund für die Delegation der Entscheidungskompetenzen an eine solche Behörde der Umstand sein, dass sich die Politik wegen etwaigen Opportunismusproblemen mit diesem Vorgehen bewusst selbst binden will bzw. sich selbst binden sollte. Bei der Delegation an eine neutrale Transparenzbehörde bilden die von der Politik festgelegten weniger klaren Regeln und die vorgegebenen Transparenzziele

[488] Für eine tatsächliche Umsetzung der Variante II in Deutschland wäre nicht unbedingt eine vollständig neue (Transparenz-)Behörde zu etablieren, sondern es könnte die bereits bestehende Behörde des BfDI ertüchtigt und mit mehr (Personal-)Ressourcen ausgestattet werden.

[489] Aus Sicht von HEINE / MAUSE (2012, S. 1 f.) könnte eine solche neutrale Transparenzbehörde auch als Independent Regulatory Agency eingeordnet werden, die in diesem Fall den Zugang zu staatlichen Dokumenten, Daten und Informationen reguliert. Die Neutralität bezöge sich dann auf die politische Unabhängigkeit der Transparenzbehörde.

die Grundlage für die Veröffentlichungsentscheidung. Die neutrale Transparenzbehörde verfügt jedoch über einen gewissen Interpretationsspielraum bei der Auslegung der Regeln, die sich aber wiederum an den vorgegebenen Zielen der Politik zu orientieren hat. Für eine Delegation dieser Entscheidungskompetenzen an eine solche Behörde spricht, wenn die Sachverhalte insgesamt ein hohes Volumen im Hinblick auf Anzahl und finanziellen Umfang, eine gewisse Komplexität und / oder eine hohe Bedeutung (Möglichkeit, dass die Veröffentlichungsentscheidung mit stark negativen Implikationen einhergehen kann) aufweisen.[490] In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass bei der Transparenzbehörde insbesondere spezielles Wissen für die Fällung von Transparenzentscheidungen vorhanden sein sollte. Zum einen betrifft dies Wissen über allgemein mögliche Transparenzeffekte, zum anderen aber auch Wissen über verschiedene Bereiche bzw. Sektoren und damit einhergehend, welche potentiell sektorspezifischen Wirkungen in Folge von (In-)Transparenz auftreten können. Im Vergleich zur Variante I.a ist davon auszugehen, dass die Gerichte insgesamt etwas stärker mit Rechtsstreitigkeiten beschäftigt sein würden. Dies kann damit erklärt werden, dass die Urteilsfällung wegen der weniger klaren Regeln als schwieriger einzustufen und zudem langfristig mit mehr Gerichtsverfahren zu rechnen ist, weil Gerichte die bei nicht adäquater Regelauslegung von der Transparenzbehörde getroffene Veröffentlichungsentscheidung zugunsten der Kläger revidieren werden dürften. Dieser Aspekt der erhöhten Erfolgsaussichten führt dazu, dass gegenüber Variante I.a mehr Klagen zu erwarten sind. Im Übrigen geht Risikoaversion als eine mögliche Eigenschaft bei Behörden, im Sinne von Furcht falsche Veröffentlichungsentscheidungen mit großen Implikationen zu treffen, mit gewissen Herausforderungen für das Design der institutionellen Technologie einher. Denn die Behörden dürften tendenziell weniger veröffentlichen als ohne Risikoaversion, was somit zu einem suboptimalen Transparenzniveau führen dürfte.[491] Ein dies antizipierender Regeldesigner müsste dann bereits ex ante dieses Behördenverhalten in die Designüberlegungen integrieren.

Einen wichtigen Punkt im Kontext der Delegation von Kompetenzen zur Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen stellen schließlich die verschiedenen Abwägungsmodelle dar.[492] Denn mit der Etablierung von Abwägungsmodellen verschieben sich die Gewichte bei der Verortung von Entscheidungskompetenzen zwischen Politik und neutraler Transparenzbehörde. Aus institutionenökonomischer Sicht weisen Abwägungsmodelle insbesondere dann eine Rationalität auf, wenn die mit der Veröffentlichung einhergehenden potentiellen Transparenzwirkungen in unterschiedlichen Konstellationen sehr heterogen ausfallen, sodass einfache klare Regeln nicht sinnvoll umsetzbar sind. In solchen Situationen kann die Politik Regeln mit Abwägungen festschreiben, sodass die Transparenzbehörde im konkreten Einzelfall die voraussichtlichen Transparenzeffekte im Rahmen ihrer Veröffentlichungsentscheidung zu berücksichtigen hat. Bei einer Regelung, die eine vorbehaltlose Abwägung der Vor- und Nachteile von Transparenz vorsieht, delegiert die Politik insoweit umfangreiche Entscheidungskompetenzen an die Transparenzbehörde, als diese ohne einschränkende

---

[490] Es kann hingegen auch argumentiert werden, dass bei besonders wichtigen (und ggf. komplexen) Sachverhalten, also solchen mit hohem Volumen und großer Bedeutung, die Politik die Veröffentlichungsentscheidung nicht komplett an Behörden delegieren will und doch (mit-)entscheiden möchte.

[491] Risikoaversion bei Behörden kann bei Veröffentlichungsentscheidungen in gewissen Fällen auch sinnvoll sein.

[492] Dieser Absatz basiert nicht auf BECKERS / KÜHLING / RYNDIN (2017).

Voreinstellungen seitens der Politik die Veröffentlichungsentscheidung unter Berücksichtigung der möglichen Transparenzauswirkungen trifft. Bei einer vorbehaltlosen Abwägung ist jedoch zu beachten, dass die Durchführung der Abwägung bzw. der gesamte Entscheidungsfindungsprozess keinesfalls trivial sein dürfte, da bspw. die Gewichtung der einzelnen Transparenzeffekte eine große Herausforderung darstellen und die Abschätzung der jeweiligen Wirkungsmacht der verschiedenen Effekte von Transparenz eine enorme Komplexität aufweisen kann.[493] In Relation zu vorbehaltlosen Abwägungen liegt das Gewicht der Entscheidungskompetenz jedoch stärker bei der Politik, wenn diese Abwägungsregeln mit Vorjustierungen implementiert, welche die Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen der Transparenzbehörde vorstrukturieren. Grundlegend gibt es dabei Abwägungsmodelle mit einer Vorjustierung in Richtung pro oder contra Transparenz. Durch diese Vorjustierung macht die Politik der Transparenzbehörde im Prinzip Vorgaben, wie stark bei Veröffentlichungsentscheidungen die positiven bzw. negativen Transparenzeffekte zu berücksichtigen sind. Bei der Ausgestaltung dieser Vorjustierungsmodelle sind viele Möglichkeiten denkbar, mit denen im Endeffekt das Schutzniveau der jeweiligen Rechtsgüter in verschiedenen Abstufungen von der Politik festgelegt werden kann.[494] Die Etablierung solcher Abwägungs- und Vorjustierungsmodelle kann vor allem in zwei Situationen zur Anwendung kommen. Zum einen ermöglicht dies der Politik – unbeachtet möglicher Transparenzauswirkungen – ihre transparenzpolitischen Präferenzen in bestimmten Bereichen zum Ausdruck zu bringen und regelungstechnisch zu verankern. Dies kann allerdings die Gefahr mit sich bringen, dass diese Regeln sich dann eher kontraproduktiv im Hinblick auf die Transparenzeffekte auswirken, weil etwaige Muster bei den Transparenzauswirkungen nicht adäquat berücksichtigt worden sind. Zum anderen können Transparenzeffekte zwar grundsätzlich sehr heterogen ausfallen, aber in bestimmten Fallgruppen sind diesbezüglich doch gewisse Muster erkennbar bzw. es überwiegen meistens die positiven oder negativen Transparenzauswirkungen. Somit kann die Politik – unter Berücksichtigung der Kontrahierbarkeit und den weiteren bei Variante I.a und I.b genannten Faktoren – die Veröffentlichungsentscheidungen der Transparenzbehörden mit entsprechenden Abwägungs- und Vorjustierungsmodellen sinnvoll vorstrukturieren.

### 7.1.3 Delegation an betroffene Behörden (Variante III)

In Abwandlung zu Variante II könnten die Veröffentlichungsentscheidungen anstatt durch eine (zentrale) neutrale Transparenzbehörde von den (dezentralen) in den jeweiligen Vorgängen involvierten und von den Beschlüssen auch betroffenen Behörden selbst gefällt werden.[495] Die bezüglich der Variante II diskutierten Aspekte sind hier ebenfalls von Relevanz. Im Kontext der Zuordnung von Entscheidungskompetenzen ist bei Variante III jedoch zu betonen, dass die Behörden gleichzeitig „Spieler und Schiedsrichter" sind (also von der Entscheidung, die sie fällen, selbst betroffen sind). Dieser Aspekt spricht für eine sehr umfangreiche Kontrolle und Überprüfbarkeit der

[493] Vgl. hierzu auch JASTROW / SCHLATMANN (2006, S. 104).

[494] Bei der Etablierung von Abwägungen und solchen mit Vorjustierungen sind in der Praxis ggf. (verfassungs-) rechtliche Restriktionen zu beachten, sodass die Politik bei deren Ausgestaltung nicht komplett frei agieren kann; vgl. FEHLING (2017, S. 86 f.) und SCHOCH (2016, S. 363).

[495] Hinsichtlich der ÖPP-Projekte wären bei den Bundesfernstraßen das BMVI und im Bundeshochbau das BMUB die betroffenen Behörden.

Veröffentlichungsentscheidungen durch Gerichte, sodass die Ausnutzung von (opportunistischen) Entscheidungsspielräumen der betroffenen Behörden deutlich begrenzt wird. Daher ist bei dieser Variante III davon auszugehen, dass die Gerichte in Relation zu den Varianten I.a und II noch stärker mit Rechtstreitigkeiten beschäftigt sind.[496] Es ist nämlich anzunehmen, dass es wegen der vom Eigeninteresse der Behörde beeinflussten Veröffentlichungsentscheidungen noch mehr Klagen geben wird und die Gerichte diese öfters zugunsten der Kläger anpassen werden. In diesem Zusammenhang sei zudem angemerkt, dass Gerichte allgemein und speziell im Rahmen von Variante III eine umfassende Möglichkeit haben, durch ihre Rechtsprechung die weniger klaren Regeln auf eine gewisse Art weiterzuentwickeln, was zudem die Rechtssicherheit verbessern kann. Dies dürfte unter anderem in einem dynamischen Umfeld sinnvoll sein, damit die Regeln von Gerichten ohne (transaktionskostenintensive) Regelungseingriffe der Politik an neue Umstände angepasst werden können. Schließlich ist zudem in Bezug auf das spezielle Wissen für die Fällung von Transparenzentscheidungen davon auszugehen, dass die jeweilige (dezentrale) betroffene Behörde möglicherweise über weniger umfangreiches allgemeines Wissen hinsichtlich Transparenzeffekten, dafür aber über bessere Kenntnisse bezüglich bereichs- bzw. sektorspezifischer Wirkungen verfügt. Bezüglich der Verortung von Entscheidungskompetenzen dürfte Variante III grundsätzlich eine gewisse Ähnlichkeit zum Status quo beim Informationsfreiheitsgesetz des Bundes aufweisen.

Es ist zudem vorstellbar, dass die betroffenen privaten Unternehmen in die Veröffentlichungsentscheidungen der (dezentralen) betroffenen Behörde involviert sind (Variante III*). Diese Involvierung und damit einhergehend das Ausmaß des Einflusses der betroffenen privaten Unternehmen auf die Veröffentlichungsentscheidungen kann dabei in verschiedenen Formen ausgestaltet werden. Das Einbeziehen von privaten Unternehmen in die Entscheidungsfindung kann durch deren Betroffenheit im jeweiligen Fall begründet werden, damit deren Perspektive besser berücksichtigt werden kann. Eine Involvierung privater Unternehmen könnte vor allem in Konstellationen zur Anwendung kommen, bei denen zwischen der betroffenen Behörde und privaten Unternehmen eine ungleiche Verteilung von Wissen vorliegt. In solchen Situationen können die betroffenen privaten Unternehmen ggf. besser einschätzen, welche Wirkungen infolge von (In-) Transparenz konkret möglich sind sowie welche Dokumente, Daten und Informationen damit einhergehend in welchem Umfang als schützenswert einzustufen sind. Dabei ist jedoch zu beachten, dass private Unternehmen diese Wissensasymmetrie ausnutzen können, um eine Veröffentlichung in geringerem als in Wirklichkeit angemessenen Umfang anzustreben.[497] Daher spricht bei Variante III* ebenso viel dafür, dass die Gerichte in einem hohen Maße mit Rechtsstreitigkeiten beschäftigt sein

[496] Hinsichtlich des Umfangs an Rechtstreitigkeiten ist die Relation zu Variante I.b hingegen nicht so eindeutig, weil dies auch von mehreren anderen, hier nicht betrachteten Faktoren abhängt. Eine diesbezügliche Untersuchung überschreitet den inhaltlichen Rahmen dieser Arbeit und deren Erkenntnisse dürften keine Relevanz für die weiteren Analysen aufweisen.

[497] Eine solch ungleiche Verteilung von Wissen bei der Beurteilung der Schutzwürdigkeit von Informationen zwischen den privaten Unternehmen und der betroffenen Behörde sollte möglichst vermieden werden. Daher kann bei Transparenzregimen diesbezüglich das Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand eine wichtige Rolle spielen; siehe hierzu Abschnitt 7.4.2.

werden. Abschließend sei angemerkt, dass auch für die im vorherigen Abschnitt dargestellte Variante II eine entsprechende Variante II* vorstellbar ist.

## 7.2 Regeldifferenzierung

Eine weitere grundsätzliche Ausgestaltungsfrage beim Design der institutionellen Technologie eines Transparenzregimes stellt aus institutionenökonomischer Sicht die (optimale) Regeldifferenzierung[498] dar, die in diesem Unterkapitel analysiert wird.[499] Darunter fallen die Horizontalisierung und Konkretisierung von Regeln (Abschnitt 7.2.1 und 7.2.2). Bei diesen beiden Design-Elementen liegen im Hinblick auf die soeben betrachtete Thematik der Verortung von Entscheidungskompetenzen Interdependenzen vor, die im nächsten Unterkapitel untersucht werden.

### 7.2.1 Horizontalisierung

Die Frage der Horizontalisierung befasst sich im Kern damit, wie viele Bereiche (z.B. Sektoren) eine Regel zu einem bestimmten Sachverhalt umfassen sollte. Im Extremfall könnte für einen Sachverhalt (z.B. der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen) eine einzige Regel alle Bereiche abdecken (breite Horizontalisierung) oder es gibt mehrere spezielle Regeln für jeweils unterschiedliche Bereiche (enge Horizontalisierung). Im Folgenden erfolgt zunächst eine Beschreibung und grobe Einordnung von zu beachtenden Einflussfaktoren bei diesem Design-Element.[500] Diese Einordnung dient dem Zweck, Aussagen darüber treffen zu können, wie die Horizontalisierung grundsätzlich ausgestaltet werden sollte, wenn Einflussfaktoren eine bestimmte Ausprägung annehmen. Im Anschluss werden dann ausgewählte idealtypische Konstellationen hinsichtlich der Horizontalisierung aufgezeigt.

#### *EINFLUSSFAKTOREN AUF DIE HORIZONTALISIERUNG*

Folgende Einflussfaktoren sind bei der Ausgestaltungsfrage der Horizontalisierung zu beachten:

- Aus Sicht des Regeldesigners ist die Kontrahierbarkeit, also allgemein die Beschreib-, Mess- und Bewertbarkeit, der (Regelungs-)Bereiche als grundlegendster Einflussfaktor auf die Horizontalisierung einzustufen. Bei der Kontrahierbarkeit geht es speziell in Bezug auf die verschiedenen Bereiche darum, wie gut diese voneinander abzugrenzen und die entstehenden Schnittstellen zwischen Bereichen zu beschreiben sind. Eine gute Kontrahierbarkeit hinsichtlich dieser Schnittstellen ermöglicht prinzipiell eine engere Horizontalisierung.[501]
- Einen weiteren Faktor, der die Ausgestaltung der Horizontalisierung beeinflusst, stellt der Wissensstand dar. Damit ist gemeint, inwieweit in einem Bereich das notwendige Wissen, um

[498] Vgl. hierzu KERBER (2008), der das Thema der optimalen Regeldifferenzierung im Kontext des Wettbewerbs- und Kartellrechts untersucht. Die Begriffe Horizontalisierung und Konkretisierung werden bei KERBER (2008) zwar nicht explizit genannt, deren zugrundeliegende Gedanken lassen sich aber implizit aus seinen Überlegungen ableiten.

[499] An dieser Stelle sei zudem – wie bereits eingangs zu Kapitel 7 – erwähnt, dass die hier gemachten Ausführungen recht abstrakt sind und somit neben Transparenzregimen und der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen grundsätzlich auch auf andere Bereiche übertragen werden können.

[500] Die im Folgenden dargelegten Einflussfaktoren finden sich überwiegend auch in den institutionenökonomischen Analysen von institutionellen Lösungen zur Herstellung politischer Selbstbindung in KLATT (2011, S. 73-92) wieder.

[501] Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Regeldesigner diese Schnittstelle auch zwangsläufig einziehen sollte.

die Effekte potentieller Transparenzregeln analysieren und deren intendierte Wirkungen sicherstellen zu können, bei den entsprechenden Akteuren (insbesondere beim Regeldesigner und den Regelanwendern) diffundiert und auch gesichert ist. Vom Grundsatz her ist davon auszugehen, dass bei gut diffundiertem und gesichertem Wissen besser abschätzbar ist, ob und ggf. welche (speziellen) Bereiche etabliert werden sollten. Abschließend ist im Kontext des Einflussfaktors Wissensstand noch zu erwähnen, dass das Wissensmanagement (im öffentlichen Sektor) und damit im Zusammenhang stehend auch die Veränderbarkeit sowie die Beeinflussbarkeit des Wissensstandes eine hohe Bedeutung hat.[502]

- Des Weiteren ist die Dynamik, also die Geschwindigkeit der Veränderungen in einem Bereich bzw. zwischen verschiedenen Bereichen, als Einflussfaktor anzuführen. Bei einer hohen Dynamik in einem Bereich bzw. zwischen verschiedenen Bereichen sollte tendenziell eine engere Horizontalisierung erfolgen, denn bei einer breiten Horizontalisierung besteht die Gefahr, dass die entsprechenden Regeln für die Veröffentlichungsentscheidungen nicht mehr alle erfassten Bereiche adäquat adressieren. Als Konsequenz kommt es bei der Informationsbereitstellung zu mehr Fehlentscheidungen.[503] Wenn bei einer geringen Dynamik eine enge Horizontalisierung etabliert wird, dann ist diese Gefahr hingegen kaum relevant.
- Das Volumen, also die Anzahl und insbesondere der finanzielle Umfang der potentiell betroffenen Regelungsfälle, kann als ein weiterer Einflussfaktor eingestuft werden. Bei einem größeren Volumen ist der entsprechenden Regel eine größere Bedeutung beizumessen. Bei der Frage der Horizontalisierung liegt es nahe, dass bei einem hohen Volumen tendenziell eine nicht allzu breite Horizontalisierung erfolgen sollte, da die Gefahr von Fehlentscheidungen aufgrund der gemeinsamen Abdeckung nicht zueinander passenden Bereiche steigt. Wenn hingegen für die getrennten Bereiche entsprechend modifizierte Regeln gelten (also eine engere Horizontalisierung vorliegt) dann ist von einer deutlich reduzierten Gefahr von Fehlentscheidungen auszugehen. Es ist zu beachten, dass sich die Bedeutung von Transparenzregeln nicht ausschließlich über die Anzahl und den finanziellen Umfang der Regelungsfälle definiert. Es kann sich vielmehr auch um Veröffentlichungsentscheidungen handeln, die primär eine hohe politische Bedeutung aufweisen.
- Der letzte hier betrachtete die Ausgestaltung der Horizontalisierung beeinflussende Faktor betrifft die Risikoaversion der die Regeln festlegenden Politik bzw. des Regeldesigners. Dabei sind in diesem Kontext zwei Interpretationsvarianten von Risikoaversion als Eigenschaft der Politik bzw. des Regeldesigners denkbar, die jedoch zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen führen. Bei der ersten Interpretation wird unter Risikoaversion verstanden, dass die Politik bzw.

---

[502] Siehe zur Thematik des Wissensmanagements auch Abschnitt 7.4.2.

[503] Im Folgenden beschreibt der Begriff der Fehlentscheidung zwei mögliche Konstellationen bei gefällten Veröffentlichungsentscheidungen und deren Konsequenzen. So kann sich eine Entscheidung für eine Veröffentlichung als „Fehler" herausstellen, da diese – anders als bei der Fällung der Veröffentlichungsentscheidung angenommen – ein schlechtes Verhältnis von positiven zu negativen Transparenzeffekten mit sich bringt, sodass keine Veröffentlichung besser gewesen wäre. Umgekehrt ist auch denkbar, dass sich eine Entscheidung gegen eine Veröffentlichung als „Fehler" offenbart, weil dadurch – anders als bei der Fällung der Veröffentlichungsentscheidung angenommen – die überwiegenden positiven Transparenzeffekte (in Relation zu den negativen Transparenzeffekten) nicht entstehen können, sodass eine Veröffentlichung besser gewesen wäre.

der Regeldesigner sicherstellen will, dass die gewünschten Transparenzziele und -regelungen absolut konform umgesetzt werden.[504] In diesem Fall ist bei stark ausgeprägter Risikoaversion davon auszugehen, dass die Bereitschaft der Politik bzw. des Regeldesigners größer ausfällt, mehr spezielle Bereiche zu definieren (engere Horizontalisierung), was – wie bereits beschrieben – eine gute Kontrahierbarkeit und geringe Dynamik sowie einen entsprechenden Wissensstand voraussetzt. Zweitens kann Risikoaversion als Angst vor (Design-)Fehlern interpretiert werden. Infolge dieser Angst vor (Design-)Fehlern dürfte die Politik bzw. der Regeldesigner eine breitere Horizontalisierung anstreben. Beide Sichtweisen zur Risikoaversion haben ihre Berechtigung, wobei in dieser Arbeit diesbezüglich allerdings keine weiterführenden Analysen und Bewertungen vorgenommen werden.

#### *AUSGEWÄHLTE IDEALTYPISCHE KONSTELLATIONEN HINSICHTLICH DER HORIZONTALISIERUNG*

Zum Abschluss dieses Abschnitts wird auf die Frage eingegangen, in welchen (idealtypischen) Konstellationen es als sinnvoll einzustufen ist, innerhalb einer vollständig horizontalen Regelung, die bisher alle möglichen Bereiche abdeckt („Gesamtbereich"), nun einen speziellen Bereich („Nebenbereich") mit vom Gesamtbereich abweichenden Regeln zu etablieren (beispielsweise für Infrastruktursektoren). Der Gesamtbereich exklusive des Nebenbereichs wird im Folgenden als Hauptbereich bezeichnet, für den weiterhin die Regeln aus dem vorherigen Gesamtbereich gelten.[505] Dieser Sachverhalt ist in Abbildung 12 dargestellt.

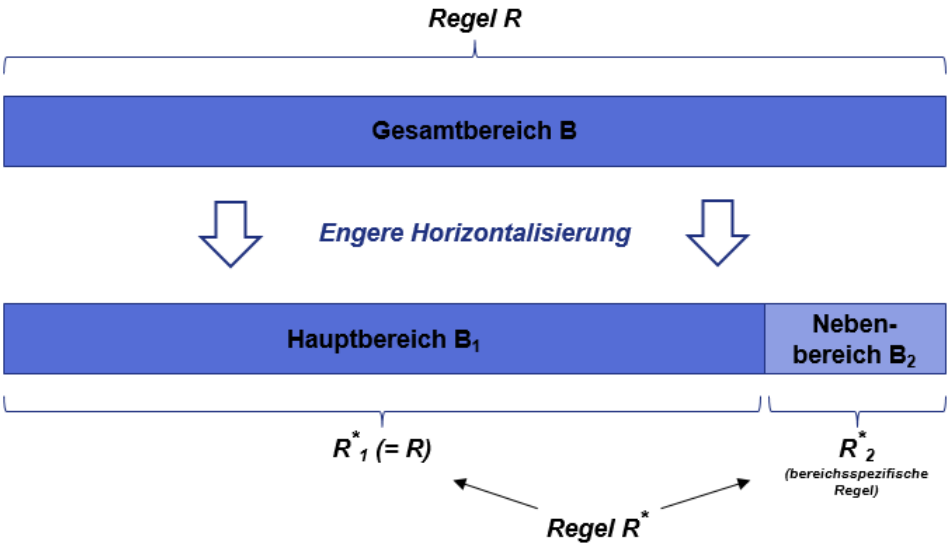



**Abbildung 12: Engere Horizontalisierung und die Etablierung eines speziellen Bereichs („Nebenbereich")[506]**

[504] Mit der absolut konformen Umsetzung ist gemeint, dass die Transparenzziele und -regelungen möglichst perfekt die politisch gewünschten Veröffentlichungsentscheidungen sicherstellen und es somit aus Sicht der Politik bzw. des Regeldesigners wenig bis kein Risiko hinsichtlich der zu erwartenden Veröffentlichungsentscheidungen gibt.

[505] Die Begriffe Haupt- und Nebenbereich stellen keine Wertung der Wichtigkeit der Bereiche dar. Es ist eine vereinfachende, aber plausible Annahme, dass die Regeln im Hauptbereich den Regeln im vorherigen Gesamtbereich entsprechen. Für die weiteren Analysen macht dies aber auch keinen Unterschied.

[506] Quelle: eigene Darstellung.

Grundsätzlich können die Überlegungen zu der aufgeworfenen Frage in drei Schritte unterteilt werden:

- 1. Schritt: Aus der ökonomischen Analyse, die ausschließlich für einen Nebenbereich vorgenommen wurde, wird eine (Handlungs-)Empfehlung für eine entsprechend bereichsspezifische Regel abgeleitet.[507] Die Analyse kann sich separat oder gebündelt zum Beispiel auf bestimmte Infrastruktursektoren, Beschaffungsvarianten und Dokumententypen beziehen.
- 2. Schritt: Es ist zu überlegen, wie sich diese Regel im Hauptbereich auswirken würde. Vereinfachend werden an dieser Stelle dabei zwei Fälle unterschieden: Im ersten Fall verhält sich die Regel im Hauptbereich neutral bzw. vorteilhaft, wohingegen sie dort im zweiten Fall überwiegend große (Anwendungs-)Probleme bzw. negative gesamtwirtschaftliche Konsequenzen verursacht (was im Folgenden als Horizontalisierungsproblematik bezeichnet wird). Beim ersten Fall wäre die Schaffung eines speziellen Bereichs nicht unbedingt notwendig, wohingegen sich beim zweiten Fall ein dritter Schritt anschließt.
- 3. Schritt: Hier stellt sich die Frage, ob und wie eine engere Horizontalisierung etabliert werden kann, um der Horizontalisierungsproblematik entgegenwirken zu können. Hierbei ist insbesondere zu durchdenken, inwieweit die Schnittstelle zwischen dem Haupt- und Nebenbereich sinnvoll kontrahiert werden kann. Bei diesen Überlegungen sind zudem stets auch die in diesem Abschnitt genannten Faktoren (wie bspw. Wissensstand, Volumen und Dynamik) zu berücksichtigen.[508]

Es können vereinfacht drei (idealtypische) Konstellationen unterschieden werden, bei denen die Schaffung eines neuen Nebenbereichs (also die Etablierung einer engeren Horizontalisierung) eine hohe Rationalität aufweist, wobei für den Hauptbereich weiterhin die bestehende Regel gilt. Die erste in diesem Kontext vorstellbare Konstellation wäre, dass nur für den speziellen Bereich ein hoher Wissensstand vorhanden ist, dieser Nebenbereich ein hohes Volumen abdeckt und zudem für die entsprechende bereichsspezifische Regelung eine gute Kontrahierbarkeit vorliegt, auch insbesondere hinsichtlich der Schnittstelle zum Hauptbereich. Des Weiteren ist eine andere Konstellation denkbar, bei welcher der Wissensstand zusätzlich dafür ausreicht, um den bzw. Teile des Hauptbereichs genaueren Untersuchungen zu unterziehen, deren Ergebnisse aber darauf hindeuten, dass die Regelung in diesen untersuchten Bereichen überwiegend große Probleme bzw. negative gesamtwirtschaftliche Konsequenzen verursachen würde, sodass sie schließlich doch nur in dem Nebenbereich gelten sollte. Abschließend ist auf jene Konstellation hinzuweisen, bei der die Untersuchungen – bei gegebenem Wissensstand – des Hauptbereichs zwar Vorteile einer Gültigkeit der speziellen Regel nahelegen, aber diese Vorteile nicht ausreichend sind, um die bei der Regelanwendung im Hauptbereich anfallenden

[507] Hier wird angenommen, dass der von der bereichsspezifischen Regel adressierte Sachverhalt gut kontrahierbar ist. Wenn diese Annahme aufgelöst wird, dann stellt sich zudem die Frage, inwieweit das mögliche Problem der Konkretisierung bzw. Kontrahierbarkeit dieser bereichsspezifischen Regel gelöst werden kann. Dabei sind Interdependenzen mit anderen Bestandteilen der institutionellen Technologie (insbesondere die Verortung von Entscheidungskompetenzen) zu beachten, die in Unterkapitel 7.3 erörtert werden.

[508] Hierzu sei angemerkt, dass neben der institutionenökonomischen Sicht zudem juristische Aspekte, wie bspw. die angemessene Einordnung in die übergreifende Rechtssystematik und juristische Standards beim Design von Gesetzen, zu berücksichtigen sind.

Transaktionskosten zu kompensieren. Dies hat zur Folge, dass sich die spezielle Regel doch nur auf den Nebenbereich erstrecken sollte.

### 7.2.2 Konkretisierung

Mit dem Design-Element der Konkretisierung wird ausgestaltet, wie detailliert – bei einer gegebenen Horizontalisierung – ein Sachverhalt geregelt wird. Ein hoher bzw. geringer Detailgrad der Regelung geht dabei mit einer tiefen bzw. flachen Konkretisierung einher. Im Folgenden werden die bei diesem Design-Element zu beachtenden Einflussfaktoren eingeordnet.[509] Dies dient – wie auch bereits im vorherigen Abschnitt zur Horizontalisierung dargelegt – dazu, eine vom Grundsatz her sinnvolle Ausgestaltung bei der Konkretisierung in Abhängigkeit bestimmter Ausprägungen bei den Einflussfaktoren vornehmen zu können. Folgende Einflussfaktoren sind bei der Ausgestaltungsfrage der Konkretisierung zu beachten:

- Aus der Perspektive des Regeldesigners ist die Kontrahierbarkeit der Sachverhalte als elementarer Einflussfaktor auf die Konkretisierung einzustufen. Dies zielt grundsätzlich darauf ab, inwieweit die Transparenzziele sowie vor allem die dafür notwendigen Regeln hinreichend klar beschreibbar sind. Sollte dies gegeben sein, dann besteht vom Prinzip her die Möglichkeit, eine tiefere Konkretisierung umzusetzen, also eine genauere bzw. konkretere Regelung von Sachverhalten vorzunehmen.[510]
- Einen weiteren die Ausgestaltung der Konkretisierung beeinflussenden Faktor stellt der Wissensstand dar. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass bei gut diffundiertem und gesichertem Wissen es leichter zu beurteilen sein dürfte, inwiefern eine tiefere Konkretisierung angestrebt werden kann bzw. sollte. Im Kontext des Einflussfaktors Wissensstand ist nochmals darauf zu verweisen, dass das Wissensmanagement im öffentlichen Sektor eine hohe Relevanz aufweist, da mit Wissensmanagement der Wissensstand verändert und beeinflusst werden kann.[511]
- Des Weiteren ist die Dynamik bei den zu regelnden Sachverhalten als Einflussfaktor anzuführen. Wenn eine hohe Dynamik vorliegt, dann sollte tendenziell eine flachere Konkretisierung angestrebt werden. Bei geringerer Dynamik hingegen sollte eine tiefere Konkretisierung verfolgt werden. Dies ist damit zu erklären, dass sich der Aufwand für das Design detaillierter Regeln nicht lohnt, wenn diese aufgrund der hohen Geschwindigkeit von Veränderungen bei diesem Sachverhalt nur kurze „Halbwertzeiten" aufweisen und die Entscheidungsfindung hinsichtlich der notwendigen Regeländerungen mit hohen politischen Transaktionskosten einhergeht. Dahingegen können weniger konkretisierte Regeln von Behörden und Gerichten so ausgelegt werden, dass die dynamischen Prozesse angemessen berücksichtigt werden können, was geringere politische Transaktionskosten mit sich bringt.

---

[509] Da es sich um die gleichen Einflussfaktoren wie bei der Horizontalisierung handelt, wird auf deren wiederholte Beschreibung in diesem Abschnitt verzichtet.

[510] Dies bedeutet nicht, dass der Regeldesigner auch eine tiefere Konkretisierung vorzunehmen hat.

[511] Siehe zur Thematik des Wissensmanagements auch Abschnitt 7.4.2.

- Das (mengenmäßige und finanzielle) Volumen und die damit einhergehende Bedeutung von Sachverhalten ist als ein weiterer Einflussfaktor einzuordnen. So sollte bei zu erwartenden hohen Volumina tendenziell eine stärkere Konkretisierung der Sachverhalte vorgenommen werden, weil sich der Aufwand des Regeldesigns eher lohnt. Im Hinblick auf den Einflussfaktor Volumen bzw. Bedeutung ist zu beachten, dass die Bedeutung einer Transparenzregel neben der Anzahl und dem finanziellen Umfang der Regelungsfälle auch durch die hohe politische Relevanz von bestimmten Veröffentlichungsentscheidungen determiniert wird.
- Der hier abschließend zu betrachtende Faktor, der die Ausgestaltung der Konkretisierung beeinflusst, betrifft die Risikoaversion der Politik bzw. des Regeldesigners. Auch in diesem Kontext sind – wie im vorherigen Abschnitt zur Horizontalisierung dargestellt – zwei Interpretationsvarianten denkbar. Bei der ersten Variante (Angst vor der unzureichenden Sicherstellung der gewünschten Transparenzziele und der konformen Regelumsetzung) ist davon auszugehen, dass bei höherer Risikoaversion die Bereitschaft bei der Politik bzw. dem Regeldesigner zunimmt, die hinsichtlich dieser Furcht als kritisch eingestuften Sachverhalte selbst tiefer zu konkretisieren. Bei der zweiten Variante (Angst vor (Design-)Fehlern) wird ein Teil der Verantwortung für das Regeldesign bewusst an Behörden und Gerichte delegiert, was dementsprechend tendenziell weniger klare Regeln mit geringer Konkretisierungstiefe impliziert. Weitere Analysen und Bewertungen (z.B. welche Variante eher zutrifft) werden im Rahmen dieser Arbeit nicht durchgeführt.

## 7.3 Interdependenzen zwischen Verortung von Entscheidungskompetenzen sowie Horizontalisierung und Konkretisierung

In den vorangegangen beiden Unterkapiteln sind die Verortung von Entscheidungskompetenzen und die Fragen nach der Horizontalisierung sowie Konkretisierung als Teil der Regeldifferenzierung unabhängig voneinander betrachtet worden. In diesem Unterkapitel wird auf die bestehenden Interdependenzen zwischen diesen Design-Elementen bei der institutionellen Technologie eingegangen.

Hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen der Zuordnung von Entscheidungskompetenzen und der Horizontalisierung sind folgende Aspekte zu nennen: Bei der Existenz einer Horizontalisierungsproblematik ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es bei von der Politik festgelegten klaren Regeln (Variante I) tendenziell zu größeren Schwierigkeiten kommen kann. Dies liegt darin begründet, dass bei deren Anwendung aufgrund der quasi-automatisierten Entscheidung kein Spielraum vorhanden ist, um den Problemen bezüglich der festgelegten Horizontalisierung durch Regelauslegungen begegnen zu können. Dahingegen dürfte im Fall einer Horizontalisierungsproblematik bei weniger klaren Regeln eine Übertragung von Entscheidungskompetenzen an Behörden und Gerichte (Varianten II und III) mit geringeren Schwierigkeiten einhergehen. Diese können die Probleme hinsichtlich der Horizontalisierung bei den Veröffentlichungsentscheidungen berücksichtigen und dementsprechend die horizontale Regelung bzw. Verortung von Schnittstellen zwischen Bereichen bzw. Sektoren – innerhalb gewisser Grenzen – problemlösungsorientiert anwenden. Somit kommt im Kontext von Variante II bzw. III den Behörden und

Gerichten die (verantwortungsvolle) Aufgabe zu, der Horizontalisierungsproblematik durch ihre Veröffentlichungsentscheidungen und Rechtsprechung entgegenzuwirken, indem sie die Abgrenzungen schärfen, nachjustieren oder neu etablieren.[512] Dies kann langfristig zu einer größeren Rechtssicherheit beitragen.

Im Hinblick auf die Konkretisierung ist davon auszugehen, dass klare Regeln (Variante I) im Normalfall eine Korrelation mit einer eher tiefen Konkretisierung aufweisen dürften. Dies muss jedoch nicht unbedingt der Fall sein, denn klare Regeln können auch sehr einfach, d.h. mit geringer Konkretisierung, formuliert sein. Grundsätzlich ist anzunehmen, dass die Vorteile klarer Regeln mit zunehmender Konkretisierung zunächst bis zu dem Zeitpunkt ansteigen dürften an dem die Regeln zu komplex werden und damit eher nach- als vorteilhafte Effekte verursachen. In Bezug auf die Verortung von Entscheidungskompetenzen bei Behörden (Varianten II und III) ist offensichtlich, dass der behördliche Handlungsspielraum geringer ist, je tiefer die Konkretisierung von Regeln ausfällt. Dahingegen ist bei einer flachen Konkretisierung der Spielraum bei den Veröffentlichungsentscheidungen für die Behörden größer. Dieser Zusammenhang wurde zum Teil auch bereits in Unterkapitel 7.1 erwähnt. Ferner dürfte eine tiefe Konkretisierung zudem damit einhergehen, dass die gerichtliche Kontrolle des behördlichen Spielraums tendenziell eine weniger große Bedeutung aufweist und die Regelweiterentwicklung durch die Rechtsprechung der Gerichte in geringerem Maße möglich und notwendig ist.[513] Im Gegensatz dazu ist bei einer flachen Konkretisierung von Regeln die Überprüfung des behördlichen Spielraums durch Gerichte deutlich relevanter und die Möglichkeit sowie Notwendigkeit für die Weiterentwicklung der Regeln durch die Rechtsprechung ist stärker ausgeprägt.

## 7.4 Weitere wichtige Aspekte beim Design der institutionellen Technologie von Transparenzregimen

In diesem Unterkapitel werden abschließend zwei weitere Aspekte untersucht, die beim Design der institutionellen Technologie von Transparenzregimen eine wichtige Rolle spielen. Zum einen betrifft dies die Frage der reaktiven oder proaktiven Informationsbereitstellung als bedeutsamen Bestandteil des Design-Elements Verfahren und Formen der Informationsbereitstellung (Abschnitt 7.4.1). Zum anderen handelt es sich dabei um Ausgestaltungsfragen beim Wissensmanagement (Abschnitt 7.4.2).

---

[512] Bei den Informationsfreiheitsgesetzen in Deutschland haben die Gerichte hinsichtlich der Regelungen zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit ihrer Rechtsprechung z.B. zwei Bereiche herausgearbeitet: Vereinfacht gesagt, wird im Bereich „Wettbewerb" das Vorhandensein von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen stärker geschützt als im Bereich „Monopol"; siehe zu letzterem das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.04.2015 mit dem Aktenzeichen EnZR 11/14, Rn. 22 ff. (Gasnetz Springe), unter Hinweis auf die notwendige Abwägung zwischen Geheimnisschutz und Auskunftsanspruch; vgl. zuvor das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21.01.2014 mit dem Aktenzeichen EnVR 12/12, Rn. 75 ff. (Stadtwerke Konstanz GmbH).

[513] An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Weiterentwicklung von Regeln durch die Rechtsprechung als eine indirekte, da nicht explizit auf gesetzlicher Ebene vorgenommene Vertiefung der Konkretisierung einzustufen ist. Die indirekte Konkretisierung durch die Rechtsprechung kann dabei in zwei Formen unterteilt werden. Zum einen kann eine vorhandene Regel und / oder vorhandener unbestimmter Rechtsbegriff genauer bestimmt bzw. beschrieben werden. Zum anderen kann eine bisher nicht vorhandene Regelung und / oder Begriff ergänzt bzw. neu hinzugefügt werden.

### 7.4.1 Reaktive und proaktive Informationsbereitstellung

In diesem Abschnitt wird analysiert, wie sich die reaktive respektive proaktive Informationsbereitstellung auf verschiedene Aspekte (Transparenzniveau und -effekte, Verhalten von Akteuren) auswirkt und damit einhergehend zur Effektivität und Effizienz von Transparenzregimen beiträgt sowie welche Voraussetzungen für deren Anwendung vorliegen sollten. Bei der reaktiven Informationsbereitstellung werden die Behörden erst auf Anfrage der Informationsnachfrager tätig und ggf. wird dann das unter Umständen wegen zu schützender Informationen geschwärzte Dokument zugänglich gemacht. Die proaktive Informationsbereitstellung ist hingegen dadurch gekennzeichnet, dass die Behörden die ggf. geschwärzten Dokumente von sich aus veröffentlichen, also unabhängig von den Aktivitäten der Informationsnachfrager.[514] Beide Verfahren führen dabei grundsätzlich zur selben Veröffentlichungsentscheidung (also z.B. hinsichtlich des Umfangs an Schwärzungen). Somit liegt der entscheidende Unterschied nur darin, welcher dieser beiden Akteure zuerst aktiv werden muss. Im Folgenden wird bei der proaktiven Bereitstellung davon ausgegangen, dass Dokumente, Daten und Informationen sofort bzw. zeitnah nach deren Erstellung bzw. Existenz veröffentlicht werden.[515]

In Relation zu einer reaktiven kann sich eine proaktive Informationsbereitstellung verstärkend auf positive Transparenzeffekte auswirken. So dürften generell die Kontrollmöglichkeiten durch gesellschaftliche Akteure und damit einhergehend die Reduktion von Opportunismuspotentialen verstärkt werden, weil diese zeitnah veröffentlicht und zum Teil überhaupt erst Dokumente sichtbar bzw. deren Existenz bekannt werden.[516] Ferner könnte sich das Wissensmanagement im öffentlichen Sektor verbessern, da andere öffentliche Auftraggeber unkomplizierter und direkter auf die Dokumente, Daten und Informationen zugreifen können, was insgesamt zu einer schnelleren Diffusion von Innovationen führen kann.[517] Des Weiteren ist vorstellbar, dass die proaktive Bereitstellung einen höheren Druck erzeugt, dass bestimmte Dokumente, wie z.B. der (ÖPP-)Eignungstest und die Dokumentation von Nachverhandlungsergebnissen, überhaupt in ordnungsgemäßer Weise erstellt werden. Zudem könnte sie zu einer Veränderung (im positiven Sinne einer Stärkung) der Verhandlungsposition der öffentlichen Hand führen, weil das Wissen um die proaktive Veröffentlichung von z.B. (ÖPP-)Verträgen oder Nachverhandlungsergebnissen und den damit verbundenen öffentlichen Rechtfertigungsdruck eine härtere Verhandlungsstrategie bei den Verantwortlichen der öffentlichen Hand wahrscheinlicher macht. Schließlich kann die proaktive Informationsbereitstellung den öffentlichen Auftraggebern mehr Schutz vor ihrer eigenen Unbedarftheit (und ggf. auch Naivität), bspw. bei der Ausgestaltung von komplexen (ÖPP-)Vertragswerken, bieten. Denn das Wissen um eine im Vergleich zur reaktiven

---

[514] Vgl. CGD (2014, S. 19) und FOX (2007, S. 665) sowie Abschnitt 5.4.1.3. Hinsichtlich der proaktiven Informationsbereitstellung siehe auch ZIEKOW / DEBUS / MUSCH (2012, S. 437).

[515] Es sei darauf hingewiesen, dass bei einer proaktiven Informationsbereitstellung auch andere Vorgaben zum Zeitpunkt der Veröffentlichung denkbar sind, z.B. erst nach einem festgelegten Zeitraum nach der Erstellung oder in Abhängigkeit (des Eintretens) eines bestimmten Ereignisses. Die Annahme wurde so getroffen, weil dies in der Praxis üblicherweise der Fall ist; vgl. zum Beispiel § 11 Abs. 7 BremIFG und § 10 Abs. 1 HmbTG. Zudem werden die Darlegungen bei den folgenden Analysen durch diese Annahme praktikabler.

[516] Bei der reaktiven Informationsbereitstellung müssen die Informationsnachfrager die Existenz des Dokuments hingegen kennen bzw. benennen können.

[517] An dieser Stelle sei angemerkt, dass dieser Transparenzeffekt allerdings mit anderen Maßnahmen besser erreicht werden kann als über eine Vorgabe zur proaktiven Informationsbereitstellung.

Informationsbereitstellung höhere Wahrscheinlichkeit einer Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure trägt bei Verantwortlichen aufseiten des öffentlichen Auftraggebers nämlich zu einer größeren Sensibilisierung und Vorsicht bezüglich neuartiger, schwer verständlicher Vertragskonstruktionen bei, deren Wirkungsweise und Konsequenzen (noch) nicht angemessen abgeschätzt werden können.[518]

Die proaktive Informationsbereitstellung kann im Vergleich zu reaktiven Transparenzvorschriften aber auch mit Nachteilen einhergehen. Als häufigster Punkt wird in diesem Kontext das mögliche Problem einer Informationsflut genannt.[519] Die Befürchtung besteht dabei hauptsächlich darin, dass bei einer proaktiven Informationsbereitstellung zu viele Dokumente, Daten und Informationen veröffentlicht werden und die Informationsnachfrager in dieser Masse an Unterlagen die Übersicht verlieren bzw. höhere Suchkosten aufzuwenden haben. Diesbezüglich ist jedoch anzumerken, dass eine einfache Lösung diesbezüglich eine adäquate Darstellung und Organisation der Informationsbereitstellung über das Internet ist, womit das Problem der Informationsflut stark eingedämmt, wenn nicht sogar vollständig gelöst werden kann.[520] Als weiteres Argument wird im Zusammenhang mit der Informationsflut zudem angebracht, dass der sehr großen Mehrheit der proaktiv bereitgestellten Materialien gar keine Informationsnachfrage gegenübersteht. Somit entstehen zwar erhöhte Kosten, aber es werden keine entsprechenden (positiven) Transparenzeffekte erzeugt. Die Kosten betreffen dabei einerseits die zu Beginn anfallenden Investitionen – deren Höhe im Verhältnis zu anderen öffentlichen Investitionen insgesamt als unkritisch einzustufen ist – in die notwendige IT und Software. Andererseits sind zudem die variablen Kosten des laufenden Betriebs zu beachten.[521] Aufgrund von Schwärzungen, die unabhängig von der tatsächlichen Informationsnachfrage vorzunehmen sind, ist von einem deutlich höheren Personalaufwand und damit einhergehend höheren laufenden Kosten auszugehen als bei reaktiven Informationsbereitstellungen, bei denen die Behörden eben nur auf Anfrage aktiv werden (müssen). Der Personalaufwand wird dabei bspw. durch Umfang und Unterschiedlichkeit der Schwärzungen, Anzahl der Ausnahmetatbestände und pauschalen oder einzelfallbezogenen Schwärzungen beeinflusst. Schließlich könnte eine proaktive Informationsbereitstellung dazu führen, dass die nicht gewünschten Konsequenzen infolge von – der bereits in Abschnitt 5.2.2 erwähnten – „blame avoidance“ (z.B. eine geringere Bereitschaft zur Übernahme von Verantwortung) stärker auftreten, weil die Verantwortlichen aufseiten der öffentlichen Hand wissen, dass im Vergleich zum reaktiven Vorgehen die Dokumente, Daten und Informationen in jedem Fall öffentlich gemacht werden (müssen).

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen gilt grundsätzlich, dass eine proaktive gegenüber einer reaktiven Informationsbereitstellung als geeigneter einzuschätzen ist, wenn die oben genannten Vor-

---

[518] Die hier genannten die positiven Transparenzeffekte verstärkenden Aspekte werden in Teil C mit Bezug zu wichtigen Dokumenten des ÖPP-Realisierungsprozesses wieder aufgegriffen und teilweise noch weiter vertieft.

[519] Vgl. zum Beispiel HEALD (2006a, S. 34 f.), RUIJER (2017, S. 356) und WEWER (2014, S. 7).

[520] Für den im Fokus dieser Arbeit stehenden Bereich der ÖPP-Projekte im Straßen- und Hochbau auf Bundesebene ließe sich das sowohl projekt- als auch dokumentenbasiert (ggf. über eine Datenbank) auf der Internetseite des BMVI bzw. BMUB realisieren. Siehe hierzu bspw. die projektbasierte, proaktive Informationsbereitstellung zentraler Dokumente, Daten und Informationen bei (ÖPP-)Infrastrukturprojekten in Chile unter http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/default.aspx.

[521] Vgl. BFDI (2016, S. 8). Hinsichtlich einer proaktiven Informationsbereitstellung wird dort betont, dass die Nutzungsintensität sowie Personalaufwand und Kosten für Einrichtung und Betrieb zu berücksichtigen sind.

die Nachteile überwiegen bzw. stärker zum Tragen kommen. Dabei unterstützen bestimmte Aspekte die Vorteilhaftigkeit einer proaktiven Informationsbereitstellung, die nun nachfolgend berücksichtigt werden. Bei geringen Schwärzungsumfängen und einfach vorzunehmenden Schwärzungen spricht aufgrund der schwächeren Personalintensität weniger gegen eine proaktive Informationsbereitstellung. Wesentliche Dokumente, Daten und Informationen, also solche mit hoher (politischer) Bedeutung und erheblichen Opportunismuspotentialen, sollten vor dem Hintergrund der Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure sinnvollerweise proaktiv veröffentlicht werden, wohingegen weniger wichtige, aber dennoch schwärzungsaufwändige Unterlagen einer reaktiven Informationsbereitstellung unterstehen sollten.[522] Wenn Dokumente, Daten und Informationen eine hohe Zeitsensitivität aufweisen, also ihr Wert für die politische Diskussion bzw. die gesellschaftliche Kontrolle staatlichen Handelns mit zunehmender Zeit nach ihrer Erstellung schnell abnimmt, ist eine proaktive Veröffentlichung als sinnvoll einzustufen.[523] Prinzipiell spricht bei einer zu erwartenden starken Informationsnachfrage vor dem Hintergrund der zu tätigenden Anfangsinvestitionen mehr für eine proaktive Informationsbereitstellung, als wenn diese eher erwartet schwach ausfällt.[524] Ähnlich lässt sich hinsichtlich der Anzahl bzw. des Umfangs der bereitzustellenden Materialien argumentieren. Für eine proaktive Informationsbereitstellung sollte diesbezüglich eine gewisse Mindestanzahl vorliegen bzw. in Zukunft zu erwarten sein, damit die notwendigen Investitionskosten in IT-Systeme o.Ä. auch eine Rationalität aufweisen, wovon im Normalfall ausgegangen werden kann. Des Weiteren eignen sich grundsätzlich regelmäßig wiederkehrende, ähnliche Dokumente gut für ein proaktives Vorgehen, weil der Personalaufwand für etwaige Schwärzungen nicht so hoch ausfallen dürfte, wie wenn es sich stets um vollständig neue und einmalige Dokumente handelt. Als letzter Aspekt seien hier die Erfahrungswerte mit Veröffentlichungsentscheidungen und den vorzunehmenden Schwärzungen genannt. So scheint eine proaktive Informationsbereitstellung geeigneter zu sein, wenn das (bisherige reaktive) Transparenzregime bereits eine gewisse Zeit bestanden hat und ausreichend Erfahrungen mit der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen inklusive Schwärzungen gemacht worden sind, da die Erfahrungswerte den Schwärzungsaufwand reduzieren („Lernkurveneffekte“).[525]

Somit ist bei diesem Design-Element abschließend keine pauschale Aussage für oder gegen eine reaktive oder proaktive Informationsbereitstellung möglich. Insgesamt erscheint jedoch plausibel, dass bei einem proaktiven Vorgehen mittel- bis langfristig die Vorteile etwaige Nachteile überwiegen. Dahingehend finden sich in der Literatur häufig Forderungen nach proaktiven Transparenzregimen.[526]

---

[522] Im Kontext von ÖPP-Projekten sind Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Verträge sicherlich als wesentliche Dokumente anzusehen.

[523] Vgl. SCHOCH (2016, S. 712), der – allerdings ohne Bezugnahme zu einer proaktiven Informationsbereitstellung – dem Zeitfaktor beim Informationszugang eine hohe Bedeutung beimisst.

[524] Diese Aussage stellt eine vereinfachende und lediglich auf die Quantität der Informationsnachfrage abzielende Sichtweise dar, da es auch stark auf die Qualität der Informationsnachfrager ankommt, wobei unter Qualität insbesondere die Fähigkeit zur effektiven Kontrolle des Sachverhalts und / oder zur Erzeugung öffentlichen Drucks zu verstehen ist.

[525] Zumindest ist eine proaktive Informationsbereitstellung bei der erstmaligen Einführung eines Transparenzregimes nicht empfehlenswert. In diesem Fall sollten zunächst Erfahrungswerte hinsichtlich Veröffentlichungsentscheidungen und Schwärzungen gesammelt werden und dann kann (ggf. sukzessive nach verschiedenen Typen von Dokumenten etc.) auf eine proaktive Veröffentlichung umgestellt werden.

[526] Vgl. zum Beispiel CANTY (2015, S. 11), CGD (2014, S. x f.) und KENNY (2011, S. 5 f.).

Hinsichtlich der Handlungsform der Behörden bei der Informationsbereitstellung sind zudem differenzierte Regelungen vorstellbar, sodass keine binäre Entscheidung – entweder alle Dokumente proaktiv oder eben reaktiv bereitzustellen – zu treffen ist, sondern vielmehr ein Katalog mit proaktiv zu veröffentlichenden Dokumententypen[527] vorgegeben wird, bei denen die Vorteilhaftigkeit deutlich vorhanden ist, und alles nicht von diesem Katalog Erfasste der reaktiven Informationsbereitstellung unterliegt.[528] Letztendlich bleibt es eine (transparenz-)politische Entscheidung, inwieweit die Politik von den Vorteilen der proaktiven Informationsbereitstellung überzeugt ist und die ggf. damit einhergehenden negativen (Neben-)Effekte akzeptiert.

### 7.4.2 Ausgestaltungsfragen beim Wissensmanagement

Dieser Abschnitt widmet sich der Frage, wie das Wissensmanagement im Kontext von Transparenzregimen ausgestaltet werden kann.[529] Im Allgemeinen sollen mit Wissensmanagement im öffentlichen Sektor Strukturen geschaffen werden, die „Generierung, Verbreitung, Bewahrung und Verwertung von Informationen und Wissen ermöglichen“[530] und mit denen verschiedene Ziele, unter anderem der Steigerung der Effizienz, verfolgt werden.[531] Ein wesentliches Merkmal des Wissensmanagements besteht darin, dass durch die Unterstützung von Prozessen explizites und implizites Wissen entsteht.[532] Im speziellen Kontext von Transparenzregimen und dabei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen sollte Wissensmanagement von der Grundidee her zu deren Verbesserung beitragen – vor dem Hintergrund des speziellen Zielsystems also zur Erhöhung der Effektivität und Effizienz des Transparenzregimes. Für die Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen stellt das Wissen insbesondere hinsichtlich der potentiellen Transparenzeffekte, der betroffenen Bereiche, des jeweiligen Typs von Dokumenten, Daten und Informationen sowie der Rechtslage die notwendige Kernressource dar. Somit stellt sich die Frage, wie dieses Wissen aufseiten der öffentlichen Hand bereitgestellt werden kann. Daher sollte bereits beim Design einer institutionellen Technologie an die Ausgestaltung des Wissensmanagements gedacht werden.

Im Folgenden wird aus Gründen der besseren Darstellbarkeit von einer zentralen, die entsprechenden Aktivitäten durchführenden Wissensmanagement-Organisation ausgegangen, wofür bei genauerer

---

[527] Dabei können diese Dokumententypen auch weiter hinsichtlich bestimmter Bereiche spezifiziert werden.

[528] Vgl. hierzu auch Fußnote 340 in Abschnitt 5.4.1.3, welche diese Ausgestaltungsvariante der (optimalen) Regeldifferenzierung zuordnet. Die Frage, wer die Vorgaben für den Katalog festlegt, kann wiederum beim Design-Element der Verortung von Entscheidungskompetenzen eingestuft werden. Eine denkbare Option ist die Delegation dieser Aufgabe von der Politik an eine (neutrale) Wissensmanagement-Organisation; vgl. hierzu den nächsten Abschnitt 7.4.2.

[529] Es sei erneut darauf hingewiesen, dass Wissensmanagement in dieser Arbeit als ein Bestandteil des Designs der institutionellen Technologie von Transparenzregimen eingeordnet ist, aber eine gesonderte Darstellung als Organisationsalternative auch denkbar ist; siehe Abschnitt 5.4.1.4.

[530] Lenk / Wengelowski (2004, S. 6). Eine inhaltlich ähnliche Definition findet sich in Brenck / Gehrt / Richter (2009, S. 37 f.).

[531] Vgl. Lenk / Wengelowski (2004, S. 6).

[532] Vgl. Abschnitt 2.3.2 und Lenk / Wengelowski (2004, S. 6).

Betrachtung vieles sprechen würde.[533] Die folgenden Ausführungen zu möglichen Aufgaben einer solchen Wissensmanagement-Organisation behalten aber auch unabhängig von dieser Annahme ihre Gültigkeit. Die nachstehenden Aufgaben sind nach aufsteigendem Verbindlichkeitsgrad bzw. Grad der Involvierung in die Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen geordnet:[534]

- i) Proaktive Bereitstellung von Wissensgütern: Eine Wissensmanagement-Organisation stellt den entscheidungsfällenden Einheiten proaktiv explizites Wissen zur Verfügung.[535] Dies könnte z.B. in Form von Anwendungshinweisen bezüglich gesetzlicher Regelungen, Analyse- bzw. Prüfmustern, Erfahrungsberichten o.Ä. erfolgen. Bei dieser Aufgabe findet letztendlich häufig eine Transformation von implizitem zu explizitem Wissen statt.[536]
- ii) Beratung: Eine weitere Aufgabe einer Wissensmanagement-Organisation kann zum einen in der Beratung der Behörde(n)[537] bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen bestehen. Zum anderen ist vorstellbar, dass auch die Informationsnachfrager bei ihren Anfragen – falls der Bedarf vorhanden ist – beraten und unterstützt werden.[538] Für diese Beratungsfunktion wird vor allem implizites Know-how benötigt. Bei den Beratungstätigkeiten kann allerdings auch neues implizites Know-how generiert werden.
- iii) Kontrolle bzw. Monitoring: Eine Wissensmanagement-Organisation könnte zudem mit der Kontrolle bzw. dem Monitoring von gefällten Veröffentlichungsentscheidungen betraut werden. Einerseits könnte die Wissensmanagement-Organisation bei strittigen Fällen auf Anforderung von Informationsnachfragern, aber auch Behörden zum Einsatz kommen und die Veröffentlichungsentscheidung überprüfen, bevor ggf. der Weg von langen und transaktionskostenintensiven Gerichtsverfahren beschritten wird. Andererseits könnte der Wissensmanagement-Organisation das Recht zustehen, von ihr ausgewählte Veröffentlichungsentscheidungen von Behörden, bei denen von Informationsnachfragern keine Widersprüche oder Beschwerden vorlagen, ex post zu kontrollieren und ggf. die Prüfergebnisse zu veröffentlichen.[539] Das Monitoring bzw. die Kontrollfunktion soll somit positive

---

[533] Die Vorteilhaftigkeit einer zentralen Wissensmanagement-Organisation gegenüber dezentralen Lösungen leiten BRENCK / GEHRT / RICHTER (2009, S. 39 f.) zwar im Kontext von ÖPP ab, aber diese Erkenntnis dürfte grundsätzlich auf das Wissensmanagement im Kontext von Transparenzregimen übertragbar sein.

[534] Diese Aufgaben orientieren sich stark an den Überlegungen in Abschnitt 2.3.2 und werden hier auf das Wissensmanagement bei Transparenzregimen angewendet.

[535] Vgl. HAZELL / WORTHY (2010, S. 355).

[536] In Ansätzen können die von dem BfDI zur Verfügung gestellten Erläuterungen und Anwendungshinweise zum IFG des Bundes als proaktives Wissensmanagement eingeordnet werden; vgl. BFDI (2018). Insgesamt dürfte es in der IFG-Praxis noch ein großes Potential für proaktive Wissensmanagement-Aktivitäten, z.B. durch den BfDI, geben.

[537] Je nach Variante hinsichtlich der Verortung von Entscheidungskompetenzen handelt es sich um eine zentrale neutrale Transparenzbehörde (Variante II) oder mehrere (dezentrale) Behörden (Variante III). In diesem Abschnitt und dem folgenden Fazit wird aus Gründen der Lesbarkeit der Begriff Behörden verwendet. Auf mögliche Interdependenzen zwischen diesen beiden Varianten und der Rationalität für Wissensmanagement-Aktivitäten wird hier noch eingegangen.

[538] Die Aufgabe der Beratung von Informationsnachfragern und Behörden bei Veröffentlichungsentscheidungen wird in der IFG-Praxis im Rahmen seiner – in Abschnitt 6.1.1.4 erwähnten – Ombudsfunktion weitestgehend von dem BfDI wahrgenommen.

[539] In der IFG-Praxis können die zweijährlich publizierten Tätigkeitsberichte des BfDI, in denen die Erfahrungen aus seiner Ombudstätigkeit veröffentlicht werden, zum Teil als Kontrolle bzw. Monitoring im hier betrachteten Sinne angesehen werden.

Anreizwirkungen dahingehend entfalten, dass die Behörden ordnungsgemäße Veröffentlichungsentscheidungen treffen und etwaige Informationsasymmetrien gegenüber den Informationsnachfragern nicht opportunistisch auszunutzen. Für diese Aufgabe ist insbesondere implizites Know-how notwendig. Ferner kann die Aufgabe der Kontrolle von gefällten Veröffentlichungsentscheidungen zu Interessenskonflikten mit der Beratungsfunktion führen.

- iv) Festlegung verbindlicher Transparenzvorgaben: Des Weiteren könnte einer Wissensmanagement-Organisation die Kompetenz zur Entwicklung und Festlegung verbindlicher Transparenzvorgaben zugewiesen werden. So könnte sie bspw. vorgeben, für welche Typen von Dokumenten eine proaktive bzw. reaktive Informationsbereitstellung von den Behörden vorzunehmen ist.[540] Des Weiteren ist z.B. denkbar, dass eine Wissensmanagement-Organisation Vorgaben hinsichtlich der Schwärzungen bei bestimmten Ausnahmetatbeständen für festgelegte Fallgruppen macht. Es sei angemerkt, dass, wenn es sich um unverbindliche Transparenzvorgaben handelt, diese Aufgabe hinsichtlich des Verbindlichkeitsgrades bzw. des Grades der Involvierung in die Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen ungefähr bei i) einzuordnen ist.[541]
- v) Mitwirken bei Veröffentlichungsentscheidungen: Schließlich kann festgelegt werden, dass die Wissensmanagement-Organisation über das Recht verfügt, bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen – bei ggf. vorher ausgewählten Fallgruppen – gemeinsam mit den Behörden zu entscheiden und somit ihr implizites Wissen entscheidungsrelevant einzubringen.[542] Zum Teil weist diese Aufgabe eine gewisse Ähnlichkeit zu den unter ii) und iii) beschriebenen Funktionen auf. Allerdings besteht hier ein direkter Einfluss auf die Veröffentlichungsentscheidung, wohingegen dies bei ii) und iii) allenfalls auf indirektem Wege geschieht. Die konkrete Ausgestaltung der Mitentscheidungskompetenzen einer Wissensmanagement-Organisation und damit einhergehend die Stärke ihrer Position bei der Veröffentlichungsentscheidung kann auf verschiedene Art und Weise erfolgen. Darauf wird hier allerdings nicht weiter eingegangen, da an dieser Stelle die Thematik des Wissensmanagements sehr stark in die Frage der Verortung von Entscheidungskompetenzen übergeht, insbesondere die Delegation an eine zentrale neutrale Transparenzbehörde. Eine spezielle – weil das Gerichtsverfahren als potentielle Endstufe einer Veröffentlichungsentscheidung betreffend – vorstellbare Ausgestaltungsvariante ist die Verpflichtung der Wissensmanagement-Organisation, bei Rechtsstreitigkeiten vor Gericht eine

[540] Dabei können diese Dokumententypen auch weiter hinsichtlich bestimmter Bereiche spezifiziert werden.

[541] In der IFG-Praxis können einige Aktivitäten des BfDI als eine Erstellung von unverbindlichen Transparenzvorgaben eingestuft werden, wobei die Grenze zur proaktiven Bereitstellung von Wissensgütern hier fließend ist.

[542] Vgl. HAZELL / WORTHY (2010, S. 355 f.), die in Bezug auf das Information Commissioner's Office (ICO) in Großbritannien beschreiben, dass das ICO bei Rechtsstreitigkeiten im Kontext des britischen Informationsfreiheitsgesetzes die erste Instanz darstellt und dort für die Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen zuständig ist. Diese Aufgabe ist aufgrund des unterschiedlichen Rechts- bzw. Gerichtssystems zwischen Deutschland und Großbritannien nicht ohne Weiteres auf den BfDI übertragbar.

Stellungnahme zu verfassen, die von den Richtern umfassend zu berücksichtigen ist.[543] Bei dieser Aufgabe sind allerdings unbedingt Interessenskonflikte mit der Beratungs- und Kontrollfunktion zu beachten.

***VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ETABLIERUNG EINER WISSENSMANAGEMENT-ORGANISATION***

Nachdem der mögliche Aufgabenumfang einer Wissensmanagement-Organisation vorgestellt worden ist, werden im Folgenden die Voraussetzungen untersucht, unter denen die Etablierung einer solchen Einheit im Hinblick auf Effektivität und Effizienz eines Transparenzregimes sinnvoll erscheint. Dabei beziehen sich die Ausführungen vor allem auf die Aufgaben i) bis iii). Die Funktionen iv) und v) weisen einen starken Bezug zur Ausgestaltung der Verortung von Entscheidungskompetenzen (Delegation) auf, sodass diesbezüglich grundsätzlich auf die Überlegungen in Unterkapitel 7.1 verwiesen sei. Zunächst ist die Frage nach der Etablierung einer Wissensmanagement-Organisation bei einer Delegation an betroffene Behörden (Variante III) als relevanter einzuschätzen als bei einer Delegation an eine einzige zentrale neutrale Transparenzbehörde (Variante II), weil sie dann für den Wissensfluss zwischen den (dezentralen) betroffenen Behörden zuständig sein kann.[544] Zudem dürfte bei Variante III wegen der kleinteiligeren und mehr separierten Struktur der (dezentralen) betroffenen Behörden der Wissens- und Beratungsbedarf im Vergleich zu Variante II (und Variante I.a) größer ausfallen. Im Fall der Variante mit dem Einbezug betroffener privater Unternehmen in die Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen (Varianten II* und III*) kann Wissensmanagement zudem dazu beitragen, dass eine zuungunsten der Behörden asymmetrische Verteilung von Wissen zur Beurteilung potentieller Transparenzeffekte möglichst weitestgehend abgebaut wird. Vor diesem Hintergrund nimmt die Rationalität für eine Wissensmanagement-Organisation bei den Varianten II* bzw. III* gegenüber den Varianten II bzw. III zu. Ferner dürfte eine Wissensmanagement-Organisation in Bereichen sinnvoll sein, bei denen die Anzahl und / oder das (finanzielle) Volumen der Veröffentlichungsentscheidungen sehr hoch ausfällt. Des Weiteren dürften Wissensmanagement-Aktivitäten bei Sachverhalten sehr relevant sein, die eine starke politische Bedeutung und / oder Opportunismuspotentiale aufweisen. Die Reife eines Transparenzregimes, also das Maß an bereits gesammelten Erfahrungswerten mit Veröffentlichungsentscheidungen, kann ebenso eine Rolle spielen. Bei einem neuen Transparenzregime mit entsprechend wenigen Erfahrungswerten ist der Bedarf nach Wissensmanagement-Aktivitäten sicherlich höher einzuschätzen als bei einem bereits lange etablierten und erprobten Transparenzregime. Einen nicht unwesentlichen Einflussfaktor stellt schließlich der Heterogenitätsgrad der Auswirkungen von Transparenz in verschiedenen Fällen dar. Bei großen Unterschieden bei den potentiellen Transparenzwirkungen in einem Bereich könnte der Wissens- und Beratungsbedarf der Behörden höher ausfallen als bei homogenen Transparenzeffekten. Allerdings impliziert eine hohe Heterogenität eine größere Herausforderung für das Wissensmanagement, da durch die Vielfältigkeit standardisierte Aktivitäten schwieriger durchzuführen sind. Somit liegt

[543] Inwieweit das Mitwirken bei Veröffentlichungsentscheidungen einer Wissensmanagement-Organisation im Allgemeinen und die Ausgestaltungsvariante einer von ihr für Gerichtsverfahren zu erstellenden Stellungnahme im Speziellen im Kontext des IFG grundsätzlich rechtlich möglich wäre, konnte im Rahmen dieser ökonomisch ausgerichteten Arbeit allerdings nicht eruiert werden.

[544] Bei einer einzigen zentralen Transparenzbehörde wäre dieser Wissensfluss weniger relevant und vielmehr eine Frage der innerbehördlichen Organisation.

diesbezüglich ein Trade-off vor, weil mit abnehmender Heterogenität zwar die Rationalität für Wissensmanagement sinkt, gleichzeitig aber dessen Durchführbarkeit (und damit die Effektivität und Effizienz des Wissensmanagements) steigt.

#### *WEITERE BEI DER ETABLIERUNG EINER WISSENSMANAGEMENT-ORGANISATION ZU BERÜCKSICHTIGENDE ASPEKTE*

Zum Abschluss dieses Abschnitts werden drei spezielle Aspekte betrachtet, die nicht als Voraussetzungen für die Etablierung einer Wissensmanagement-Organisation anzusehen sind, aber die ebenso bei der Thematik des Wissensmanagements im Kontext von Transparenzregimen zu berücksichtigen sind. Erstens betrifft dies die Wechselwirkung zwischen dem Aufgabenumfang und der Stärke der Position einer Wissensmanagement-Organisation im Gesamtgefüge eines Transparenzregimes. Je mehr von den fünf Aufgabenbereichen von einer solchen Einheit wahrgenommen werden (vor allem die Funktionen iv) und v)), desto stärker wird ihre Position. Dies geht mit einer Schwächung der anderen an der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen beteiligten Akteure einher. In diesem Zusammenhang ist darauf zu achten, dass im Fall einer sehr mächtigen zentralen Wissensmanagement-Organisation die Gefahr des sogenannten „regulatory capture", also hier die Vereinnahmung von transparenzbefürwortenden oder -skeptischen Interessengruppen, im Blick zu behalten ist und ggf. geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen sind.[545] Zweitens können die Aufgaben, insbesondere i), ii) und iii), einen stärkeren verbindlichen Charakter erhalten bzw. einen höheren Involvierungsgrad nach sich ziehen, wenn die Wissensmanagement-Organisation über eine sehr große Reputation verfügt. Drittens könnte eine Wissensmanagement-Organisation für mehr Flexibilität im System sorgen, wenn dieser gewisse Rechte „unterhalb" der gesetzlichen Regelungen eingeräumt werden.[546] So könnte die Wissensmanagement-Organisation auf Grundlage ihrer gesammelten Erfahrungen und dem diesbezüglich aufgebauten Wissen zu Transparenzwirkungen etc. gewisse Veränderungen am Transparenzregime – ohne Modifikationen auf der gesetzlichen Ebene – direkter und leichter vornehmen. Zum Beispiel ist vorstellbar, dass die Wissensmanagement-Organisation – wie bereits bei Aufgabe iv) erwähnt – (rechts-)verbindliche Vorgaben zu den proaktiv zu veröffentlichenden Dokumenten macht. Im Prinzip geht der Aspekt hinsichtlich der Flexibilisierung eines Transparenzregimes mithilfe einer Wissensmanagement-Organisation letztendlich in die Richtung, dass dieser politisch unabhängigen Einheit das Recht zur Vornahme von Regeldifferenzierungen seitens der Politik eingeräumt wird.[547]

---

[545] Vgl. STIGLER (1971, S. 3 f.), der von „acquired regulation" spricht und damit die Vereinnahmung des staatlichen Regulierers von der regulierten Industrie bzw. den entsprechenden Interessengruppen beschreibt.

[546] Dies geht selbstverständlich mit einer stärkeren politischen Selbstbindung einher, weil die Politik bestimmte Regelungskompetenzen an eine Wissensmanagement-Organisation abgibt.

[547] Bei diesem dritten speziellen Punkt kommt einer Wissensmanagement-Organisation mit dieser Art der Regelweiterentwicklung eine ähnliche Funktion zu wie den Gerichten mit ihrer Rechtsprechung; vgl. hierzu Unterkapitel 7.3. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch darin, dass die Regelweiterentwicklung in Form der Rechtsprechung in jedem Fall in Gerichtsverfahren zu klärenden Rechtsstreitigkeiten bedarf, wohingegen eine Wissensmanagement-Organisation darauf nicht angewiesen ist.

## 7.5 Fazit

Dieses Kapitel umfasste eine Analyse des Designs der institutionellen Technologie von Transparenzregimen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der zu berücksichtigenden Aspekte und dem speziellen Zielsystem der Effektivität und Effizienz eines Transparenzregimes. Die generierten Erkenntnisse haben überwiegend einen Kontingenzcharakter: Wenn bestimmte Ausprägungen vorliegen, dann sprechen diese für die eine oder die andere Ausgestaltungsvariante. Als erstes wichtiges Design-Element ist die Verortung von Entscheidungskompetenzen untersucht worden. Die Politik kann und sollte klare (einfache Entscheidungs-)Regeln für oder gegen die Veröffentlichung von (ggf. mit Schwärzungen zu versehenden) Dokumenten, Daten und Informationen insbesondere dann festlegen, wenn die Regelungssachverhalte gut kontrahierbar sind. Die Kontrahierbarkeit wird zudem durch eine möglichst geringe Dynamik bei den Sachverhalten bzw. deren Bereichen unterstützt und wenn homogene Transparenzauswirkungen zu erwarten sind. Mit dem Design-Element der Regeldifferenzierung kann durch die Horizontalisierung eine Segmentierung eines Regelungsbereichs und durch die Konkretisierung die Justierung des Regelungsdetailgrads eines Sachverhalts erreicht werden. Hierbei sind diverse Einflussfaktoren zu berücksichtigen: Neben der bereits erwähnten Kontrahierbarkeit und Dynamik sind dies vor allem auch der Wissensstand, die politische Bedeutung der jeweiligen Fälle sowie die Risikoaversion der Politik bzw. des Regeldesigners und der Behörden. Bei der praktischen Regelanwendung kann sich aber auch herausstellen, dass es sich nur um vermeintlich klare (einfache) Regeln handelt und deren Unklarheit vielmehr die Effektivität und Effizienz des Transparenzregimes verschlechtert.

Wenn sich keine (einfachen) klaren Regeln aufstellen lassen, weil die eben genannten Voraussetzungen nicht vorliegen bzw. sie sich als unpraktikabel erweisen, und die von der Politik verfolgten Transparenzziele jedoch hinreichend genau kontrahierbar sind, dann stellt die Delegation von Entscheidungskompetenzen an eine (zentrale) neutrale Transparenzbehörde oder die jeweils (dezentrale) betroffene Behörde eine zweckmäßige Option dar. Denn wegen Ressourcenrestriktionen sowie hohen politischen Transaktionskosten kann und sollte die Politik die Veröffentlichungsentscheidungen nicht selbst fällen. Außerdem erscheint die mit der Delegation einhergehende politische Selbstbindung wegen Opportunismuspotentialen bei von der Politik zu fällenden Veröffentlichungsentscheidungen sinnvoll. Bei der Delegation ist allgemein wichtig, dass diese – neben den genannten Punkten – insbesondere dann geeignet ist, wenn die zu fällenden Veröffentlichungsentscheidungen insgesamt ein großes Volumen im Hinblick auf Anzahl und finanziellen Umfang, eine gewisse Komplexität und / oder hohe Bedeutung aufweisen und die damit per Delegation beauftragten Behörden das notwendige Wissen dafür haben.[548] Der entscheidende Unterschied zwischen einer zentralen neutralen Transparenzbehörde und dezentralen betroffenen Behörden besteht insbesondere darin, dass bei Letzterem die Behörden zugleich „Spieler und Schiedsrichter“ sind, was aufgrund der sich daraus ergebenden opportunistischen Entscheidungsspielräume der Behörde für eine umfangreichere gerichtliche Kontrolle spricht. Im

[548] Darüber hinaus dürfte sich bei der Variante mit den dezentralen betroffenen Behörden die Wissensverteilung derart darstellen, dass diese zwar über weniger allgemeines Transparenzwissen, aber dafür über ein umfangreicheres bereichs- bzw. sachverhaltsspezifisches Wissen als eine zentrale Transparenzbehörde verfügen.

Kontext der Delegation von Entscheidungskompetenzen spielen des Weiteren Abwägungs- und Vorjustierungsmodelle eine wichtige Rolle. Mit diesen Instrumenten kann die Politik die gewünschte bzw. als geeignet angesehene Verteilung der Entscheidungskompetenzen zwischen Politik und Behörden steuern. Grundsätzlich führt eine Abwägungsklausel zunächst zur Kompetenzübertragung an die Behörden. Allerdings kann die Politik mit entsprechenden (abgestuften Pro- oder Contra-Transparenz-)Vorjustierungen die Veröffentlichungsentscheidungen der Behörden wiederum in ihrem Sinne vorstrukturieren, wodurch sich die Entscheidungskompetenzen (zurück) in Richtung Politik verschieben. Vorjustierungen sind als eine stärkere Konkretisierung einzustufen und generell gilt, dass eine stärkere Konkretisierung mit einer minder umfangreichen Delegation von Entscheidungskompetenzen einhergeht. Auch eine engere Horizontalisierung zieht eine weniger umfangreiche Übertragung von Entscheidungskompetenzen an die Behörden nach sich.[549]

Ein weiteres analysiertes Design-Element ist die Frage einer reaktiven oder proaktiven Informationsbereitstellung gewesen. Beide Verfahren bringen Vor- und Nachteile mit sich. Allerdings erscheint, trotz wahrscheinlich höherer Kosten, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Transparenzziels einer besseren Kontrolle staatlichen Handelns und den modernen technischen Möglichkeiten eine proaktive Informationsbereitstellung angemessen zu sein.[550] Außerdem sollte eine Regeldifferenzierung vorgenommen werden, sodass – abweichend vom proaktiven Veröffentlichungsstandard – bestimmte Dokumente, Daten und Informationen, bei denen eine proaktive Zurverfügungstellung mit vielen Nachteilen verbunden ist, einer reaktiven Informationsbereitstellung unterliegen. Zuletzt ist das Design-Element Wissensmanagement untersucht worden. Eine zentrale Wissensmanagement-Organisation sollte die Aufgabe der proaktiven Zurverfügungstellung von explizitem Wissen sowie die Beratungs- und Kontrollfunktion bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen übernehmen.[551] Eine solche Einheit sollte insbesondere dann etabliert werden, wenn eine Delegation von Entscheidungskompetenzen an mehrere verschiedene, jeweils betroffene Behörden vorliegt und der Einbezug betroffener Unternehmen vorgesehen ist, sich das Transparenzregime noch in einem frühen Entwicklungsstadium befindet, eine große Anzahl und / oder hohes (finanzielles) Volumen sowie eine gewisse Wesentlichkeit (Bedeutung und / oder Opportunismuspotentiale) bei den Veröffentlichungsentscheidungen zu erwarten sind.

Die gewonnenen Erkenntnisse in diesem Kapitel sind bereits für sich betrachtet ein wertvoller Beitrag für die Analyse von Design-Fragen hinsichtlich der institutionellen Technologie eines Transparenzregimes. Darüber hinaus werden sie im Rahmen der im kommenden Teil C durchzuführenden Untersuchung der Transparenz bei zentralen Dokumenten in ÖPP-Projekten genutzt. Dabei wird vor allem in den Abschnitten mit Bezug zum Informationsfreiheitsgesetz des Bundes und

---

[549] Umgekehrt gilt, dass eine flachere Konkretisierung als auch eine weiter gefasste Horizontalisierung zu einer umfangreicheren Delegation von Entscheidungskompetenzen an die Behörden führen.

[550] Somit trägt eine proaktive Bereitstellung zu einer Erhöhung der Effektivität eines Transparenzregimes bei. Trotz höherer Kosten bei der proaktiven Informationsbereitstellung ist auch von einer besseren Effizienz auszugehen, weil im Gegenzug der Output in Form des Transparenzniveaus und der Veröffentlichungsmenge verhältnismäßig in stärkerem Maße zunimmt.

[551] Der BfDI könnte diese Wissensmanagement-Aufgaben grundsätzlich schon jetzt im Rahmen seiner Rechtsgrundlagen überwiegend wahrnehmen und übt diese in Ansätzen bereits aus; vgl. Abschnitt 6.1.1.4.

den beiden Ausnahmetatbeständen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie fiskalische Interessen auf die hier generierten Erkenntnisse zurückgegriffen.

# TEIL C: Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich

Der Teil C dieser Arbeit baut auf den vorherigen Teilen A und B auf. In Teil A wurde der ÖPP-Ansatz sowohl abstrakt als auch konkret für die Bereiche Bundesfernstraßen und Bundeshochbau umfassend untersucht. Als ein Kernergebnis wurde herausgearbeitet, dass die aktuellen institutionellen Rahmenbedingungen für den ÖPP-Ansatz aufgrund von Opportunismuspotentialen und politökonomisch erklärbaren Fehlanreizen bei der Beschaffungsvariantenauswahl und der Projektausgestaltung aufseiten der öffentlichen Hand zu Entscheidungen führen, die sich negativ auf die Kosteneffizienz auswirken (können). Eine mögliche Maßnahme zur Reduktion dieser Problematik stellt ein angemessenes Transparenzniveau dar. Daher wurden in Teil B einerseits abstrakte Analysen zu Transparenz im öffentlichen Sektor, den Gestaltungsbereichen von Transparenzregimen und dem dazugehörigen Design der institutionellen Technologie vorgenommen. Andererseits wurde sich konkret mit dem IFG als zentrales Transparenzregime in Form einer formellen institutionellen Lösung in Deutschland sowie den beiden dort vorgesehenen Ausnahmetatbeständen bei Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie fiskalischen Interessen des Bundes auseinandergesetzt. Die Erkenntnisse aus Teil A zu ÖPP und Teil B zu Transparenz fließen nun in die Analysen zu Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich in Teil C ein. Im Kern besteht der Sinn und Zweck von Teil C in dem Ausarbeiten eines angemessenen Transparenzniveaus bei ÖPP-Projekten.

Teil C ist wie folgt strukturiert: In Kapitel 8 werden einleitend die Grundlagen sowie die Ausrichtung und der Aufbau der Analysen zu Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich erörtert. Das zentrale Kapitel 9 untersucht dann die Transparenz bei wichtigen Dokumenten des ÖPP-Realisierungsprozesses im Kontext von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Unternehmen und der fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand. Speziell die Auswirkungen von Transparenz auf etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der von der öffentlichen Hand bei ÖPP-Projekten einbezogenen Berater werden in Kapitel 10 analysiert. In Kapitel 11 erfolgt eine integrierte Gesamtbetrachtung von Transparenz bei ÖPP mit Fokus auf das Design der institutionellen Technologie. Die Darstellung der finalen Ergebnisse und Handlungsempfehlungen der Analysen in Teil C findet in Kapitel 12 statt. Die Hintergründe für diese Strukturierung werden in Unterkapitel 8.4 noch genauer erläutert. Zum Schluss wird in Kapitel 13 ein Fazit gezogen, das auf einige „große Linien“ der gesamten Arbeit abzielt.

# 8 Grundlagen sowie Ausrichtung und Aufbau der Analysen zu Transparenz bei ÖPP

Der Zweck dieses Kapitels besteht in der Darstellung weiterer, spezieller Grundlagen für die Untersuchungen in Teil C und in der Erläuterung wie diese Analysen ausgerichtet und aufgebaut sind. Somit hat dieses Kapitel einen ausschließlich vorbereitenden Charakter. Zunächst wird (zur Motivation der Analysen) erklärt, warum Transparenz bei ÖPP eine besondere Bedeutung hat (Unterkapitel 8.1). Weil die genaue Kenntnis der Prozessschritte bei einem ÖPP-Projekt für das Verständnis der Analysen wichtig ist, wird im Anschluss der idealtypische ÖPP-Realisierungsprozess mit seinen zentralen Dokumenten vorgestellt (Unterkapitel 8.2), die in den folgenden Kapiteln dann im Fokus der Untersuchungen stehen. Danach werden die zentralen Fragestellungen, das Zielsystem und das

Vorgehen bei den Analysen in Teil C behandelt (Unterkapitel 8.3). Schließlich wird die gewählte übergeordnete Struktur von Teil C erläutert (Unterkapitel 8.4).

## 8.1 Grundsätzlich erhöhte (institutionen-)ökonomische Rationalität für Transparenz bei ÖPP

In diesem Unterkapitel wird dargestellt, aus welchen Gründen Transparenz bei ÖPP – insbesondere im Vergleich zur KBV – grundsätzlich eine erhöhte (institutionen-)ökonomische Rationalität aufweist. Die Gründe hängen stark mit den charakteristischen Merkmalen von ÖPP zusammen.[552] Die folgenden Ausführungen zielen hinsichtlich einer erhöhten Transparenz vor allem auf eine verbesserte Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure ab:

- Die sehr langen Vertragslaufzeiten bei ÖPP-Projekten führen zu einer wesentlich umfangreicheren Bindung der öffentlichen Hand an den privaten Vertragspartner als bei der KBV. Darüber hinaus bringt die Langfristigkeit von ÖPP-Projekten mit sich, dass infolge der größeren Opportunismusprobleme und höheren Umweltunsicherheit ein relativ großes Potential für Nachverhandlungen besteht. Diese mit der langen Vertragslaufzeit in Verbindung stehenden Aspekte sprechen grundsätzlich für eine erhöhte Transparenz bei ÖPP.[553]
- Die langen Vertragslaufzeiten und die Bündelung der Wertschöpfungsstufen führen beim ÖPP-Ansatz außerdem dazu, dass die öffentliche Hand im Rahmen eines einzigen Vergabeverfahrens in einem viel größeren Umfang über Haushaltsmittel entscheidet als dies bei der entbündelten KBV zum selben Zeitpunkt der Fall ist.[554] Aufgrund dieser frühzeitigen umfangreicheren Mittelbindung und weil es sich oftmals auch um Vorhaben mit Pilot- und Prestigecharakter handelt, haben ÖPP-Projekte oftmals eine größere politische Bedeutung als KBV-Vorhaben. Eine hohe politische Bedeutung ergibt sich zudem aus dem Aspekt, dass ÖPP-Projekte häufig die Daseinsvorsorge betreffen und somit ein starkes öffentliches Interesse erzeugen.[555]
- Des Weiteren weisen ÖPP-Projekte gegenüber KBV-Vorhaben eine deutlich höhere Komplexität auf, die u.a. durch die langen Vertragslaufzeiten und die gebündelte Vergabe bedingt ist. ÖPP-Verträge sind daher in der Regel äußerst umfangreich und sehr komplex.[556] Aufgrund der (vertraglichen) Komplexität ist oftmals schwierig, ÖPP-Arrangements im Detail zu verstehen, und im Vergleich zur KBV ist eine geringere Nachvollziehbarkeit gegeben.[557] So ist ein hohes Maß an implizitem Know-how erforderlich, um ÖPP-Projekte mit ihren langfristigen Verträgen und ggf. zusätzliche relevante Regelwerke beurteilen zu können. Gemindert wird die Nachvollziehbarkeit zudem durch weitere ÖPP-spezifische Aspekte: Da es sich beim ÖPP-

[552] Siehe Kapitel 2 zu den Merkmalen von ÖPP.

[553] Vgl. PPP-PANEL (2014, S. 19) und WBG / COST / PPIAF (2016, S. 23).

[554] Vgl. WBI (2013, S. 15).

[555] Vgl. WBI (2013, S. 15). Hinsichtlich der beiden betrachteten Sektoren in dieser Arbeit trifft diese Aussage insbesondere auf den Bereich der Bundesfernstraßen zu.

[556] Vgl. KRUMM (2013, S. 405) und ÖPP DEUTSCHLAND AG (2013, S. 28).

[557] Vgl. HODGE / GREVE (2012, S. 5).

Ansatz um eine verhältnismäßig neue Beschaffungsvariante handelt, ist der Umfang an kodifiziertem Wissen vergleichsweise gering und es existieren nur wenige Standards. Vor allem in Bezug auf die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Vorhaben führt außerdem der lediglich begrenzte Methodenkonsens zu einer eingeschränkten Nachvollziehbarkeit.[558] Aufgrund der höheren Komplexität und geringeren Nachvollziehbarkeit bei ÖPP-Projekten stellt sich die Etablierung von klar anwendbaren Regeln und Kontrollmechanismen oftmals als sehr schwierig dar. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen wird deutlich, dass eine erhöhte Transparenz bei ÖPP zur Reduktion der benannten Probleme grundsätzlich sinnvoll scheint.[559]

- Schließlich geht der ÖPP-Ansatz im Vergleich zur KBV mit einem größeren Opportunismuspotential einher, das zu politökonomisch erklärbaren Fehlanreizen bei der Entscheidung zwischen den Beschaffungsvarianten führen kann. An erster Stelle ist zu nennen, dass der ÖPP-Ansatz die Umgehung (der Grundgedanken) von Schuldenbremsenregeln ermöglicht, was bei einer Projektrealisierung mit dem KBV-Ansatz hingegen ausgeschlossen ist.[560] Dieser Vorzieheffekt macht den ÖPP-Ansatz politisch sehr attraktiv und geht bei der öffentlichen Hand mit Fehlanreizen bei der Auswahl der Beschaffungsvarianten einher (wie bspw. bei der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen). Ein gewisses Opportunismuspotential ergibt sich zudem aus der Möglichkeit des Aufbaus von Wissensmonopolen bei ÖPP.[561] Dieser Aspekt ist bei ÖPP im Vergleich zur KBV stärker ausgeprägt, weil dort noch nicht so viel implizites und explizites Know-how sowie Standards vorhanden sind. Entscheidungsträger aus Politik und Verwaltung mit ÖPP-Know-how könnten sich im Rahmen der Beschaffungsvariantenauswahl stärker für eine Projektrealisierung nach dem ÖPP-Ansatz einsetzen, damit auf ihre Wissensmonopole zurückgegriffen werden muss und sich dadurch ihre (Macht-)Position verbessert. Des Weiteren kann opportunistisches Verhalten der beauftragten Beratungsunternehmen, die vor allem wegen der höheren Komplexität bei ÖPP-Projekten einbezogen werden, ein Problem darstellen. So könnten die Berater der öffentlichen Hand bspw. bei der Erstellung des ÖPP-Eignungstests und der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nicht objektiv vorgehen, sondern aus wirtschaftlichem Eigeninteresse die ÖPP-Variante bewusst bevorteilen, weil der wahrscheinliche Folgeauftrag für die Beratung beim im Vergleich zur KBV komplexeren ÖPP-Vergabeverfahren und ggf. anschließenden Projektmanagement deutlich lukrativer ist.[562]

Zusammenfassend zeigen die (institutionen-)ökonomischen Ausführungen, dass all die genannten Aspekte (die langen Vertragslaufzeiten, die umfangreiche Mittelbindung und die hohe politische Bedeutung, die große Komplexität und geringe Nachvollziehbarkeit sowie das hohe Ausmaß an Opportunismuspotentialen) zusammengenommen für eine erhöhte Rationalität für Transparenz bei

[558] Vgl. BECKERS ET AL. (2014b, S. 195 f.).
[559] Vgl. SHAOUL / STAFFORD / STAPLETON (2012, S. 214) und WBI (2013, S. 15).
[560] Siehe hierzu Abschnitt 2.2.2 und 2.3.1.1.
[561] Siehe hierzu Abschnitt 2.2.3.1.2.
[562] Vgl. BRH / LRH (2011, S. 6 f.).

ÖPP sprechen. Diese Erkenntnis stellt letztendlich auch die Motivation für die weiteren Analysen hinsichtlich des angemessenen Transparenzniveaus bei ÖPP-Projekten im Infrastrukturbereich dar.[563]

## 8.2 Darstellung des idealtypischen ÖPP-Realisierungsprozesses mit besonderem Fokus auf zentrale Dokumente

In diesem Abschnitt geht es um den idealtypischen Realisierungsprozess im Rahmen von ÖPP-Vorhaben, wobei der Schwerpunkt besonders auf den zentralen in diesem Prozess anfallenden Dokumenten liegt. Dies stellt eine wichtige Grundlage dar, da eine genaue Kenntnis der Prozessschritte für das Verständnis der Analysen in Teil C notwendig ist. Hierfür sind zunächst die idealtypischen Verfahrensschritte bei einem ÖPP-Vorhaben, die grundsätzlich auch für KBV-Projekte gelten, zu beschreiben. Der Startpunkt sind die Projektidentifikation und -bildung (inklusive Bedarfsfeststellung), welche zu einem vorläufigen Projektzuschnitt führen. Daran schließen sich die Konkretisierung (inklusive der technischen Planungen) und die Prüfung des Projektes an. Den nächsten wichtigen Schritt bilden dann die Vorbereitung und Durchführung der Vergabe. Nach der Vertragsunterzeichnung beginnen die Begleitung und das Controlling der Bauphase. Nach Abschluss der Bauphase erfolgen Projektbegleitung und -controlling der Betriebs- sowie Erhaltungsphase (Nutzungsphase) bis zum Vertragsende.[564]

Den jeweiligen Verfahrensschritten lassen sich idealtypische Dokumente mit ihren Daten und Informationen zuordnen. Zunächst sind hier die mit der Projektidentifikation und -bildung in Zusammenhang stehenden Dokumente der Bedarfsplanung zu nennen. Diese beschäftigen sich mit der Bedarfsanalyse, der Maßnahmenidentifizierung und -wirtschaftlichkeit sowie einer ersten Projektdefinition und einer anfänglichen groben (funktionalen) Leistungsbeschreibung. In Bezug auf die Beschaffungsvariantenauswahl wird in diesem Verfahrensschritt der sogenannte ÖPP-Eignungstest durchgeführt.[565] Er dient in einem frühen Projektstadium der Überprüfung, ob ein Vorhaben vom Grundsatz her für den ÖPP-Ansatz geeignet ist. Die Bewertung erfolgt anhand verschiedener, nahezu ausschließlich qualitativer Eignungskriterien. Beispielsweise wird geprüft, ob ein ausreichend hohes Investitionsvolumen vorliegt, eine outputorientierte Leistungsbeschreibung möglich ist, eine Bündelung der Wertschöpfungsstufen sinnvoll durchführbar ist und inwiefern etwaige rechtliche Restriktionen vorliegen. Mit dem ÖPP-Eignungstest fällt die Vorentscheidung für oder gegen eine Weiterverfolgung des ÖPP-Ansatzes.

Insbesondere im Verfahrensschritt der Projektkonkretisierung und -prüfung entstehen viele technische Planungsunterlagen aufseiten der öffentlichen Hand, die im Projektablauf weiterentwickelt werden. Bei Weiterverfolgung des ÖPP-Ansatzes wird basierend auf den fortgeschrittenen Planungen eine vorläufige funktionale Leistungsbeschreibung erstellt, mit der durch die Spezifikation des Zwecks, der

---

[563] Inwieweit die Ergebnisse der Analysen zu Transparenz bei ÖPP auch auf die KBV übertragbar sind, wird bei den Untersuchungen in Teil C nur am Rande betrachtet, z.B. in Unterkapitel 11.3.

[564] Vgl. BMVBW (2003, S. 9-12).

[565] Vgl. BMUB (2014, S. 19 f.) für den Bundeshochbau. Für ÖPP-Projekte bei den Bundesfernstraßen sind zwar grundsätzlich auch ÖPP-Eignungstests vorgesehen, aber diese werden im Wesentlichen bereits durch Vorarbeiten erfüllt; vgl. VIFG (2008, S. 12).

Funktion und weiterer Rahmenbedingungen Eckpunkte und (Qualität-)Standards für das Vorhaben vorgegeben werden. Ziel der outputorientierten Leistungsspezifikation soll sein, dass die Bieter eventuell vorhandene Gestaltungsspielräume für Innovationen und lebenszyklusorientierte Optimierungen ausschöpfen können.[566] Die bis dahin angefertigten technischen Planungsunterlagen und die vorläufige funktionale Leistungsbeschreibung stellen auch eine wichtige Grundlage für die Erstellung der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung dar.

Die vorläufige WU ist ein zentrales Dokument im ÖPP-Realisierungsprozess, weil sich hier letztlich entscheidet, ob die Vergabe des Projektes tatsächlich als ÖPP oder als KBV erfolgt.[567] Die hier dargestellte WU-Methodik bezieht sich auf die in Abschnitt 4.2.1 genannten Leitfäden und die dadurch geprägte Praxis der Erstellung von WU. Die vorläufige WU beinhaltet einen quantitativen Vergleich zwischen dem PSC und dem ÖPP-Vergleichswert. Dabei werden zunächst die Kosten für verschiedene Bereiche wie Planung, Bau, Betrieb, Erhalt und Management für den PSC ermittelt. Ausgehend vom PSC wird dann durch Zu- und Abschläge in den jeweiligen Kostenbereichen der ÖPP-Vergleichswert ermittelt. Des Weiteren werden werden unter Zuhilfenahme weiterer Annahmen die Risikokosten für den PSC und den ÖPP-Vergleichswert separat ermittelt. Die Annahmen zu diesen Effizienzunterschieden zwischem dem ÖPP- und KBV-Ansatz im Bau, bei Betrieb und Erhaltung sowie bei der Risikokostenermittlung sind für das Ergebnis von entscheidender Bedeutung. Um den Einfluss der Annahmen auf das Ergebnis zu überprüfen, werden Sensitivitäts- und Szenarioanalysen durchgeführt. Zusätzlich zu den genannten Kostenbereichen werden ggf. Wechselkosten berechnet. Neben den Kosten werden auch etwaige Nutzen in der vorläufigen WU monetarisiert oder nicht monetär berücksichtigt.

Nach Erstellung der vorläufigen WU beginnt der Verfahrensschritt der Vorbereitung und Durchführung der Vergabe, bei dem verschiedene Dokumente, Daten und Informationen anfallen. Das formale Vergabeverfahren für das strukturierte Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb und Angebotsphase startet mit der öffentlichen europaweiten Auftragsbekanntmachung für das ÖPP-Vorhaben.[568] Die am Teilnahmewettbewerb beteiligten Bieter bekommen die Vergabeunterlagen, die sowohl das Anschreiben inklusive der Auswertungsmatrix mit den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung als auch die Verdingungsunterlagen enthalten. Bestandteil der Verdingungsunterlagen sind unter anderem solch entscheidende Dokumente wie die finale funktionale Leistungsbeschreibung[569] und der Vertragsentwurf sowie Gutachten zu technisch-systemischen Aspekten (z.B. Bodengutachten). Anhand der in der Bekanntmachung festgelegten Eignungskriterien werden aus den eingegangenen Teilnahmeanträgen die Bieter für die Angebotsphase selektiert (die sogenannte „short list").[570] Aus den Bietern auf der „short list" werden auf Grundlage der

---

[566] Vgl. AGFMK (2006, S. 36) und KANTHAK (2005, S. 114).

[567] Vgl. Abschnitt 4.2.1 für diesen Absatz.

[568] Vgl. POLS / SCHERER-LEYDECKER (2009, S. 263-279).

[569] Gegenüber der vorläufigen funktionalen Leistungsbeschreibung kann es mitunter noch zu erheblichen Anpassungen kommen. Die finale Leistungsbeschreibung stellt für die Bieter eine wichtige Grundlage für die Angebotskalkulation dar. Gemäß Bundesregierung wird von den beschriebenen Varianten der Leistungsbeschreibung nur die finale Leistungsbeschreibung erstellt; vgl. BT-DRS. 18/13093 (2017, S. 6 f.).

[570] Vgl. BMVBW (2003, S. 101) für den Hochbau und BMVBW (2005, S. 39) für den Straßenbau.

abgegebenen indikativen Angebote die zwei besten Bieter ausgewählt, mit denen die öffentliche Hand separate Verhandlungen führt. In der Verhandlungsphase werden aufgrund der komplexen Projekt- und Vertragsstrukturen bei ÖPP-Projekten etwaige Anpassungen bei technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Aspekten besprochen. Die Dokumentation dieser Verhandlungen ist Bestandteil der sogenannten Vergabevermerke. Nach Abschluss der Verhandlungen geben die beiden verbliebenen Bieter ihr optimiertes endgültiges Angebot ab (das sogenannte „best and final offer" (BAFO)).[571] Die Angebote der Bieter und dabei insbesondere das des siegreichen Bieters und deren Evaluierungen anhand der Auswertungsmatrix sind bedeutende Dokumente im Vergabeverfahren. Eine Besonderheit im ÖPP-Realisierungsprozess besteht darin, dass das beste private Bieterangebot nicht zwangsläufig den Zuschlag erhält. Denn in der sogenannten abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung wird noch geprüft, ob das beste private Bieterangebot im Vergleich zu einem angepassten, fortgeschriebenen PSC vorteilhaft ist.[572] Nur bei gegebener Vorteilhaftigkeit kann der Zuschlag erteilt werden, sonst ist das Vergabeverfahren abzubrechen und eine Realisierung als KBV-Projekt anzustreben. Vor diesem Hintergrund ist die abschließende WU als ein zentrales Dokument im ÖPP-Realisierungsprozess einzuordnen.

Der Abschluss des ÖPP-Vertrags zwischen dem ausgewählten Bieter bzw. privaten Auftragnehmer und der öffentlichen Hand bildet hinsichtlich der Verfahrensschritte sozusagen den Übergang von der Vergabe hin zu Projektbegleitung und -controlling. Der umfangreiche und komplexe ÖPP-Vertrag regelt neben dem konkreten Leistungsumfang und der Laufzeit insbesondere die Höhe und die Struktur der Vergütung des privaten Auftragnehmers, die Risikoallokation und das Nachverhandlungsdesign sowie Informations- und Kontrollrechte der öffentlichen Hand. Zu beachten sind auch die Vertragsanhänge, die unter anderem das im Rahmen des Vergabeverfahrens abgegebene Angebot des siegreichen Bieters, die (finale) funktionale Leistungsbeschreibung und technische Planungsunterlagen umfassen. Darüber hinaus gibt es oftmals weitere, den ÖPP-Vertrag beeinflussende Dokumente bzw. Vereinbarungen, die daher im weiten Sinne zum ÖPP-Vertrag hinzugezählt werden können. Darunter fallen zum einen die Finanzierungsverträge mit den Fremdkapitalgebern und zum anderen Verträge mit realwirtschaftlichen Sub- bzw. Nachunternehmern[573]. Neben den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ist der ÖPP-Vertrag als das Dokument mit der höchsten Bedeutung im ÖPP-Realisierungsprozess einzustufen.

In der Controlling-Wirtschaftlichkeitsuntersuchung werden die Bauphase sowie die Betriebs- und Erhaltungsphase begleitend dokumentiert und ausgewertet. Dabei werden insbesondere die tatsächlich realisierten Kosten (und Risiken) mit den geschätzten Kosten aus der vorläufigen bzw. abschließenden WU und den Angaben aus dem privaten Bieterangebot abgeglichen. Auf Grundlage der Controlling-WU können auch Performance-Berichte erstellt werden. Weitere Dokumente in dieser Phase stellen etwaige

---

[571] Die letzten zwei Bieter werden daher auch als BAFO-Bieter bezeichnet.

[572] An dieser Stelle sei bereits darauf hingewiesen, dass der PSC im Rahmen der WU mitunter auch als Reservationspreis interpretiert wird. Diese Thematik wird vertieft in Abschnitt 9.2.2.1 betrachtet.

[573] Der Unterschied zwischen Sub- und Nachunternehmer besteht darin, ob der (ÖPP-)Auftragnehmer für die Ausführung der weiter zu vergebenden Leistung selbst befähigt bzw. zugelassen ist (Subunternehmer) oder nicht (Nachunternehmer). In der Praxis spielt diese feine Differenzierung allerdings de facto keine Rolle.

Vertragsanpassungen o.Ä. im Rahmen von Nachverhandlungen dar. Am Ende der Vertragslaufzeit wird ein Projektendbericht angefertigt.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen kann im Hinblick auf Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Verträge auch von einem „Dokumenten-Lebenszyklus" im ÖPP-Realisierungsprozess gesprochen werden. Denn bezogen auf Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen können ÖPP-Eignungstest, vorläufige und abschließende sowie Controlling-WU thematisch in einer Entwicklungslinie gesehen werden. Dies trifft ebenso auf Verträge mit dem Vertragsentwurf, dem im Rahmen des Vergabeverfahrens endverhandelten und dem später möglicherweise mehrmals nachverhandelten ÖPP-Vertrag zu. Abschließend ist zu erwähnen, dass die von staatlichen Kontrollinstanzen (wie bspw. Rechnungshöfen) erstellten Prüfberichte ebenfalls zu den wichtigen Dokumenten im ÖPP-Realisierungsprozess zu zählen sind. Außerdem bilden die Verträge zwischen der öffentlichen Hand und den einbezogenen Beratungsunternehmen („Beraterverträge") eine weitere nennenswerte Dokumentengruppe. Der in diesem Abschnitt vorgestellte idealtypische ÖPP-Realisierungsprozess mit den genannten Dokumenten wird in nachfolgender Abbildung 13 dargestellt.

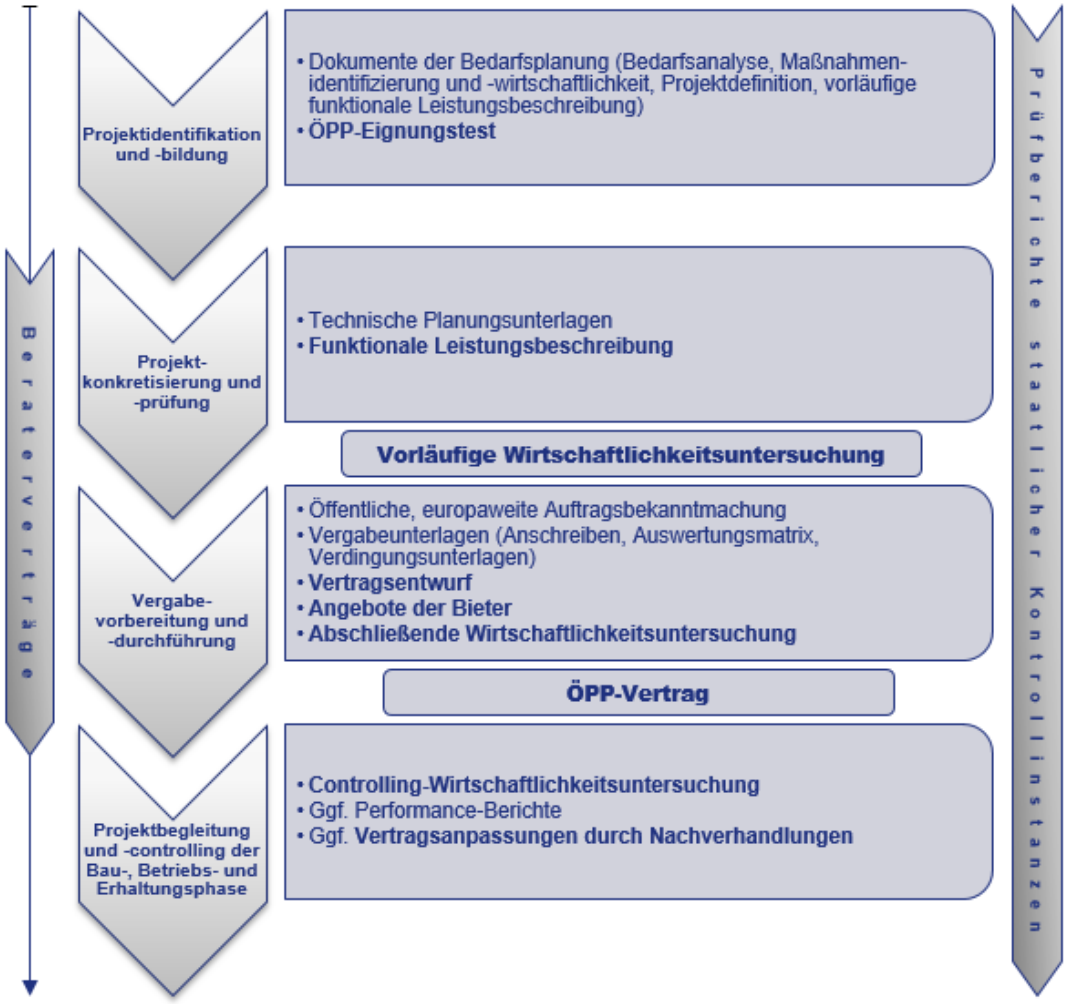



**Abbildung 13: Zentrale Dokumente im idealtypischen ÖPP-Realisierungsprozess[574]**

[574] Quelle: eigene Darstellung in Anlehnung an ÖPP DEUTSCHLAND AG (2013, S. 24).

## 8.3 Zentrale Fragestellungen, Zielsystem und Vorgehen bei den Analysen

Dieses Unterkapitel nimmt in Teil C dieser Arbeit eine wichtige Stellung ein, weil die Ausrichtung der weiteren Analysen vorgestellt wird. So werden zunächst die zentralen Fragestellungen und die notwenige Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands dargelegt (Abschnitt 8.3.1). Im Anschluss wird das den Analysen zugrundeliegende Zielsystem erläutert (Abschnitt 8.3.2). Abschließend wird die Vorgehensweise für die Untersuchung der zentralen Fragestellungen erörtert (Abschnitt 8.3.3).

### 8.3.1 Fragestellungen und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Ausgehend von der Erkenntnis, dass bei ÖPP im Vergleich zur KBV ein höheres Maß an Transparenz gewährleistet sein sollte, stellen sich für die Analysen in Teil C im Kern zwei Fragen. Die erste zentrale Fragestellung lautet: Welche relevanten Dokumente, die während der Realisierung eines ÖPP-Projektes anfallen, können bzw. sollten in welchem Umfang zu welchem Zeitpunkt wem gegenüber veröffentlicht werden? Dies betrifft somit einige der in Abschnitt 5.3.1 vorgestellten zentralen Gestaltungsfragen bei einem Transparenzregime. Bei den Analysen zu dieser Fragestellung liegt der Fokus vor allem auf zwei ökonomischen Aspekten, die auch einen Bezug zum Informationsfreiheitsgesetz des Bundes aufweisen. Zum einen ist das der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Unternehmen (und deren Berater) sowie der Berater der öffentlichen Hand bei ÖPP-Vorhaben,[575] zum anderen der Schutz fiskalischer Interessen des Bundes im Rahmen von ÖPP-Projekten.

Die zweite zentrale Fragestellung beschäftigt sich mit dem Design der institutionellen Technologie im Kontext von Transparenz bei ÖPP. Es wird untersucht, wie die Verortung von Entscheidungskompetenzen, die Regeldifferenzierung, das Verfahren der Informationsbereitstellung und das Wissensmanagement ausgestaltet werden könnten bzw. sollten. Beide Fragestellungen sind von hoher Bedeutung, wobei im Rahmen der Analysen die erste im Vergleich zur zweiten Fragestellung mehr Raum einnimmt.

Die Untersuchung der Fragestellungen erfolgt mit Fokus auf die Bundesebene, wobei, wenn es an bestimmten Stellen zweckdienlich ist, das Mehrebenensystem in Deutschland (also zusätzlich auch die Ebene der Länder und Kommunen) berücksichtigt wird. Des Weiteren werden im Rahmen der Analysen die Infrastruktursektoren Fernstraßen und Hochbau betrachtet. Da die Bedeutung von ÖPP auf Bundesebene im Fernstraßenbereich deutlich höher ist, wird darauf der Schwerpunkt gelegt. Bei der Analyse der Fragestellungen wird sich auf zentrale und aus wissenschaftlicher Sicht interessante Dokumente des ÖPP-Realisierungsprozesses konzentriert (insbesondere auf ÖPP-Verträge und Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen). Weiterhin werden im Rahmen der Untersuchung verschiedene Konstellationen bezüglich bestimmter Einflussfaktoren (z.B. Projekt-, Akteurs- und Marktcharakteristika) berücksichtigt. Ferner ist der Untersuchungshorizont hinsichtlich der betrachteten Normebenen auf die

[575] In dieser Arbeit wird – wie bereits in Abschnitt 6.1.3.1 und der dortigen Fußnote 419 erläutert – angenommen, dass die öffentliche Hand bzw. Behörden keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse haben.

Gesetzesebene (vornehmlich das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes) beschränkt.[576] Bei den Analysen werden die positiven und negativen Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich sowie Wettbewerbseffekte aus (institutionen-)ökonomischer Perspektive betrachtet. Politsoziologische Ausführungen zum Verhalten von Akteuren in Gesellschaft, Politik und Verwaltung im Kontext von Transparenz, die durchaus einen Beitrag zu einem breiteren Verständnis leisten könnten, werden im Rahmen dieser Arbeit nicht vorgenommen.

Abschließend sei angemerkt, dass zu den einzelnen Themen „Transparenz" sowie „ÖPP" seit geraumer Zeit umfassende Forschungsaktivitäten zu beobachten sind und sich diesbezüglich eine umfangreiche Literatur entwickelt hat.[577] Dahingegen findet sich kaum Forschung und Literatur zu der Themenkombination „Transparenz und ÖPP". Eine Zusammenstellung der bisherigen Veröffentlichungen ist in Kasten 3 „Literatur und Forschungsstand zu Transparenz bei ÖPP" dargelegt. Letztendlich ist festzuhalten, dass die beiden zu dieser Themenkombination gehörenden Fragestellungen, welche in Teil C dieser Arbeit im Mittelpunkt stehen, bisher bei weitem nicht ausreichend untersucht worden sind. Diese Forschungslücke stellt eine weitere Motivation für die Analyse der oben genannten Fragestellungen dar. Darüber hinaus können die Erkenntnisse der Untersuchung in dieser Arbeit einen Beitrag zum Forschungsthema „Transparenz und ÖPP" leisten.

Dieser Kasten stellt den Forschungsstand bzw. die Literatur zum Thema „Transparenz bei ÖPP" dar. Ziel ist es hier, die im Kontext dieser Arbeit wesentlichen Aussagen der Publikationen zusammenzufassen und damit einen Einblick in das Forschungsfeld zu geben. Der Aufbau des Kastens ist so strukturiert, dass zunächst Veröffentlichungen aus dem wissenschaftlichen Bereich behandelt werden. Im Anschluss daran folgen Publikationen von internationalen Nichtregierungsorganisationen und abschließend werden Beiträge von Stakeholdern aus Deutschland betrachtet.

***PUBLIKATIONEN AUS DEM WISSENSCHAFTLICHEN BEREICH***

Bislang gibt es recht wenig wissenschaftliche Arbeiten, die sich im Kern mit dem Themenbereich „Transparenz und ÖPP" auseinandersetzen. Die erste nennenswerte Publikation zu dieser Thematik stammt von **SIEMIATYCKI (2007)**, der am Fallbeispiel eines kanadischen ÖPP-Eisenbahninfrastrukturprojektes den Zugang zu wichtigen Dokumenten, Daten und Informationen untersucht. Generell betont er, dass die entscheidende Rationalität für eine Veröffentlichung von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess die erhöhte Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen von Politik und Verwaltung für die Öffentlichkeit ist. Dem ist nach seiner Ansicht allerdings gegenüberzustellen, dass Transparenz bei ÖPP-Projekten das Wettbewerbs- und Innovationsverhalten von Unternehmen negativ beeinflussen kann, sodass dieser Aspekt allgemein für eine Geheimhaltung spricht. Bei der Untersuchung des ÖPP-Vorhabens in Kanada hat er im Wesentlichen festgestellt, dass vergleichsweise viele Dokumente, Daten und Information öffentlich zugänglich waren, zum Teil jedoch sehr selektive Veröffentlichungen vorgenommen wurden. So wurden technische und wirtschaftliche Details, die zu Kontroversen geführt hätten, von der öffentlichen Hand unter Verschluss gehalten. Im Hinblick auf ÖPP und KBV wird in SIEMIATYCKI (2007) postuliert, dass bei beiden Beschaffungsvarianten ein in etwa gleich hohes Transparenzniveau vorhanden sein sollte. Aus seinen Analysen leitet er schließlich diverse Handlungsempfehlungen ab. Dazu gehören z.B. klarere Regelungen zum Umgang

[576] Somit werden Fragen der Verortung von Regeln über mehrere Normebenen hinweg („Vertikalisierung") ausgeklammert.

[577] Siehe hierzu den großen Umfang an Quellen in Teil A und B. Hinsichtlich Transparenz als Forschungsthema in der Ökonomie siehe speziell GROSSMANN / LUQUE / MUNIESA (2006, S. 4-8).

mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, uneingeschränkter Zugang bezüglich Planungsdokumenten für direkt in den Entscheidungsprozess involvierte Parlamentarier, Einrichtung einer unabhängigen „Informationsschiedsstelle“ und die Ausweitung von Prüfungsaktivitäten staatlicher Kontrollinstanzen.

In der Arbeit von **GREVE / HODGE (2011)** geht es um folgende Forschungsfragen: Wie beeinflussen ÖPP Transparenz im öffentlichen Sektor? Welche Transparenzmaßnahmen und -mechanismen existieren für ÖPP und wie könnten diese verbessert werden? Die Untersuchung erfolgt zu einem großen Teil anhand zweier Fallstudien aus Dänemark und Australien. Die beiden Wissenschaftler teilen den ÖPP-Realisierungsprozess dabei in fünf Phasen ein (Vorvertragsphase, Vertragsausgestaltung und -verhandlung, Betriebsphase, Bewertungsphase bzw. Evaluierung der Leistung und Ergebnisse, Entscheidung über Fortsetzung oder Abbruch), um die unterschiedlichen Anforderungen an das Transparenzniveau für die jeweilige Phase besser analysieren zu können. Im Wesentlichen wurde herausgearbeitet, dass vor allem in der Vorvertragsphase relativ viele Informationen zu den ÖPP-Projekten öffentlich zugänglich sind, wohingegen während der Vergabe kaum Transparenz vorhanden ist. Das Transparenzniveau in der Betriebsphase liegt zwischen demjenigen der vorgenannten Realisierungsabschnitte und kann eher als wenig transparent eingestuft werden. Insbesondere der Mangel an Transparenz hinsichtlich des ÖPP-Vertrags ist der Grund für viele kritische Äußerungen von gesellschaftlichen Akteuren. Eine wichtige Aussage von GREVE / HODGE (2011) besteht somit darin, dass ÖPP-Projekte und insbesondere die damit verbundenen langfristigen Verträge in geringerem Ausmaß als bei der KBV durch das Parlament und die Öffentlichkeit kontrolliert werden können. Vor diesem Hintergrund sprechen die Autoren den Rechnungshöfen als staatliche Kontrollinstanzen eine Schlüsselrolle bezüglich der Transparenz bei ÖPP-Projekten zu.

Die beiden Wissenschaftler haben sich außerdem in einem weiteren Beitrag mit dem Thema auseinandergesetzt. In **GREVE / HODGE (2012)** wird unter anderem beschrieben, dass ÖPP-Verträge sehr komplex bzw. die institutionellen Arrangements bei dieser Beschaffungsvariante schwierig zu verstehen sind und Transparenz zur Verbesserung der Nachvollziehbarkeit beitragen kann. Des Weiteren seien sowohl ÖPP-Verträge als auch wichtige Entscheidungsgrundlagen vor der Vergabe eines Projektes häufig aufgrund von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geschützt und der Allgemeinheit deshalb nicht zugänglich. Die Autoren weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Rechnungshöfe Informationen über ÖPP-Projekte veröffentlichen und ggf. auch Journalisten oder Wissenschaftler Informationen über ÖPP-Vorhaben erlangen und diese dann der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen können.

**SHAOUL / STAFFORD / STAPLETON (2012)** setzen sich mit Rechenschaft und Rechenschaftsregimen im öffentlichen Sektor im Allgemeinen und im Kontext von ÖPP im Speziellen auseinander. Sie argumentieren, dass der zunehmende Entzug von öffentlichen Finanzmitteln der staatlichen bzw. demokratischen Kontrolle eine Folge von ÖPP darstellt und fragen sich vor diesem Hintergrund, ob das Ausgabenreporting- und Transparenzregime im öffentlichen Sektor die notwendige Rechenschaft sicherstellt. In diesem Kontext betrachten sie Transparenz als ein wichtiges Element in Rechenschaftsregimem. Im Hinblick auf ÖPP betonen die Wissenschaftler, dass Transparenz wegen der Möglichkeit für opportunistisches Verhalten der öffentlichen Hand (z.B. Vorfinanzierung) und des privaten Vertragspartners im Kontext von Informationsasymmetrien (z.B. Qualitätssenkungen) besonders wichtig ist. Allerdings geben sie zu bedenken, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des privaten ÖPP-Auftragnehmers gegen die Veröffentlichung von Dokumenten, Daten und Informationen über das ÖPP-Projekt (insbesondere die Offenlegung von Verträgen) sprechen können, weil durch deren Offenlegung etwaige erarbeitete Wettbewerbsvorteile gegenüber den Konkurrenten gefährdet sein können. Des Weiteren argumentieren SHAOUL / STAFFORD / STAPLETON (2012), dass die unterschiedlichen Phasen des ÖPP-Realisierungsprozesses verschiedene Transparenzniveaus bedingen. Außerdem stellen sie fest, dass die Öffentlichkeit ohne ein in jeder Phase eines ÖPP-

Vorhabens funktionierendes Rechenschaftsregime die Verwendung von öffentlichen Steuermitteln nicht nachvollziehen kann. Schließlich wird in der Publikation geschlussfolgert, dass private Unternehmen für die Beteiligung an der Erstellung öffentlicher Leistungen im Rahmen von langfristigen ÖPP-Projekten einen Preis zahlen müssen: ein größeres Ausmaß an Transparenz und damit einhergehend eine erhöhte Rechenschaft gegenüber der Öffentlichkeit.

Des Weiteren ist die Arbeit von **GOSLING (2004)** zu erwähnen, die Verwaltungsrichtlinien für den Informationszugang bei ÖPP in Großbritannien (mit Schwerpunkt auf dem Krankenhaussektor) und deren Handhabung in der Praxis mit Umfragen und Fallstudien untersucht. Im Ergebnis findet er heraus, dass diese unverbindlichen Richtlinien oftmals nicht befolgt wurden und das in der Praxis zu beobachtete Transparenzniveau unterhalb der Vorgaben der Verwaltungsrichtlinien lag. So wurden insbesondere Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Verträge bei ÖPP-Projekten in zu umfangreichen Ausmaß geheim gehalten, sodass die Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen von Politik und Verwaltung für die Öffentlichkeit stark eingeschränkt gewesen ist. Im Hinblick auf verschiedene öffentliche Auftraggeber stellt er fest, dass die Veröffentlichungspraxis recht inhomogen ausfällt, wobei der Krankenhaussektor vergleichsweise gut abgeschnitten hat. Dies begründet er mit den strengeren und mehr Dokumententypen umfassende Vorgaben der für diesen Bereich geltenden Richtlinien. GOSLING (2004) führt des Weiteren aus, dass bei ÖPP-Projekten der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ein legitimer Grund für die Geheimhaltung von Dokumenten ist, davon aber nur ein geringer Anteil der Informationen in den Dokumenten betroffen sein dürfte. Für die Fällung von sachgemäßen Veröffentlichungsentscheidungen muss die Möglichkeit bestehen, unter Umständen zudem das Informationsinteresse der Allgemeinheit mit dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen abwägen zu können. Als Handlungsempfehlungen werden in GOSLING (2004) folgende Maßnahmen vorgeschlagen: Implementierung einer einheitlichen und strengeren Richtlinie für den Informationszugang bei ÖPP-Vorhaben sowie eine proaktive, zeitnah nach Abschluss des Vergabeverfahrens erfolgende Informationsbereitstellung von (Performance-)Dokumenten zu ÖPP-Projekten.

Aus der deutschsprachigen Wissenschaft ist abschließend die Publikation von **KRUMM (2013)** zur parlamentarischen Kontrolle von ÖPP anzuführen, die eine starke politikwissenschaftliche Ausrichtung hat und den Schwerpunkt auf eine empirische Erhebung legt. In dem Artikel wird zunächst deutlich gemacht, dass Privatisierungen eine Herausforderung für die parlamentarische Kontrolle darstellen und ÖPP als eine Form der Privatisierung einzustufen ist. Bei ÖPP stehen das Recht der parlamentarischen Kontrolle und der Informationsfreiheit einerseits und das Recht auf Geheimhaltung andererseits verstärkt in einem Konflikt miteinander. So besteht die Gefahr, dass durch die Veröffentlichung von Dokumenten Wissen der beteiligten Unternehmen, das ihnen einen Vorsprung im Wettbewerb gibt, gegenüber Konkurrenten offengelegt wird. Dies könnte die Anreize für Innovationstätigkeiten der Unternehmen reduzieren. Der Schwerpunkt des Beitrags ist die Darstellung verschiedener im Deutschen Bundestag zur Anwendung kommender Kontrollinstrumente (wie bspw. der Kleinen Anfrage, des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses oder der Akteneinsicht) und eine anschließende empirische Untersuchung zum Ausmaß der Nutzung dieser Kontrollmöglichkeiten durch Bundestagsabgeordnete zur Thematik ÖPP. Eine Erkenntnis dieser Analyse von KRUMM (2013) ist, dass vor allem Kleine Anfragen für die Oppositionsparteien ein beliebtes Mittel zur Thematisierung von ÖPP darstellen. Allerdings ist zu beachten, dass die Reichweite der genannten Kontrollinstrumente durch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen eingeschränkt wird. Außerdem wird in dem Artikel deutlich, dass die Möglichkeiten der Bundestagsabgeordneten zur Akteneinsicht bei der Exekutive im Vergleich zur Landes- und Kommunalebene relativ schwach ausgestaltet sind. Aus politikwissenschaftlicher Sicht stellt KRUMM (2013) zum Schluss fest, dass das spezifische Problem bei

ÖPP in der „Einschränkung der parlamentarischen Informationsfunktion als Grundlage der Herstellung von Legitimität langfristiger öffentlich-privater […] Kooperationsbeziehungen“[578] besteht.

***PUBLIKATIONEN VON INTERNATIONALEN NICHTREGIERUNGSORGANISATIONEN***

An dieser Stelle werden drei Publikationen von internationalen Nichtregierungsorganisationen aus dem Finanzbereich vorgestellt. Das World Bank Institute (WBI) untersucht in **WBI (2013)** anhand von Länderfallstudien (Großbritannien, Kanada, Australien, Chile, Brasilien, Indien, Peru und Südafrika) das Transparenzregime (mit expliziten Bezügen zu Informationsfreiheitsgesetzen) für Verträge bei ÖPP-Projekten. Dabei wurde beim Informationszugang zu ÖPP-Verträgen im Status quo wurde übergreifend festgestellt, dass der Zugang zu diesem Dokumententyp auf der Grundlage von Informationsfreiheitsgesetzen grundsätzlich möglich ist, wobei Schwärzungen aufgrund von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen regelmäßig, aber auch nicht immer vorkommen, und dabei sowohl für die Informationsnachfrager als auch die öffentliche Hand nicht unerhebliche Transaktionskosten anfallen. Des Weiteren weisen die Untersuchungsergebnisse auf eine klare Tendenz in Richtung proaktiver Transparenzvorgaben hin. In Chile, Brasilien und Peru werden ÖPP-Verträge vollständig, in Kanada und Australien mit Unkenntlichmachung von schützenswerten Informationen proaktiv gegenüber der Allgemeinheit veröffentlicht. In Kanada und Australien werden zudem Zusammenfassungen von ÖPP-Verträgen proaktiv offengelegt. Außerdem schlägt das WBI in der Publikation einige Handlungsempfehlungen bezüglich der Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Verträgen vor: Die Offenlegung von Verträgen bei ÖPP-Projekten (inklusive Vertragsanlagen) und Vertragsänderungen, bspw. als Ergebnis von Nachverhandlungen, sollte proaktiv erfolgen. Der Schwärzungsumfang aufgrund von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sollte möglichst gering ausfallen, d.h. sich im Wesentlichen auf Informationen beziehen, welche die Wettbewerbsposition der beteiligten Unternehmen schädigen könnte. In jedem Fall sollten sämtliche (Vergütungs-)Zahlungen der öffentlichen Hand und mit dem ÖPP-Vertrag verbundene Risiken für den Haushalt gegenüber der Öffentlichkeit offengelegt werden. Schließlich wird der öffentlichen Hand empfohlen, stets auch eine Zusammenfassung der wichtigsten Elemente des Vertrags und Projekts proaktiv zu veröffentlichen.

Das Center for Global Development (CGD) geht in **CGD (2014)** verschiedenen Aspekten hinsichtlich der Veröffentlichung von Verträgen im öffentlichen Beschaffungswesen nach, wobei der ÖPP-Ansatz nur punktuell erwähnt wird, aber die Ausführungen auf ÖPP-Verträge übertragbar sind. Der Beitrag zeigt verschiedene Vor- und Nachteile von Transparenz bei Verträgen im öffentlichen Beschaffungswesen auf und kommt dabei zu der Schlussfolgerung, dass die Vorteile meist recht klar überwiegen. Des Weiteren wird eine proaktive statt einer reaktiven Informationsbereitstellung empfohlen. Das CGD plädiert in der Publikation dafür, dass Verträge und deren Anpassungen grundsätzlich veröffentlicht werden sollten. In diesem Zusammenhang wird vorgeschlagen, in Verträgen eine Klausel aufzunehmen, welche die Offenlegung des Vertrags verpflichtend vorsieht. Sofern keine (vollständige) Offenlegung erfolgt, ist der Grund der Geheimhaltung klar darzulegen. Als wesentlicher Grund werden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse angeführt, worunter in dem Beitrag neuartige Technologien, finanzielle Informationen und Strategiepläne verstanden werden. Allerdings wird davon ausgegangen, dass in der Regel nur sehr wenige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in (ÖPP-)Verträgen enthalten sein dürften. Es wird vorgeschlagen, dass die Unternehmen die Möglichkeit bekommen sollten, die aus ihrer Sicht zu schützenden Informationen mit einer Begründung zu kennzeichnen und die öffentliche Hand diese bei der Veröffentlichungsentscheidung prüft. Hinsichtlich des Zeitpunkts der Offenlegung von Verträgen spricht sich das CGD in der Publikation für klare Regeln aus, die eine zeitnahe, aktuelle und regelmäßige Veröffentlichung vorschreiben. Zuletzt sei die Empfehlung erwähnt, dass eine Veröffentlichung von

[578] KRUMM (2013, S. 406).

(ÖPP-)Verträgen in einer gut zugänglichen und maschinenlesbaren Art und Weise sowie in einem nutzerfreundlichen Format erfolgen sollte.

Die dritte im Rahmen dieser Übersicht betrachtete Publikation einer internationalen Nichtregierungsorganisation ist die Arbeit der **WORLD BANK GROUP / COST / PPIAF (2016)**. Diese ähnelt und basiert zum Teil auf den Erkenntnissen aus den Länderfallstudien in WBI (2013). Die Publikation befasst sich dabei mit einem (Regel-)Rahmen für Transparenz bei ÖPP. Dass eine erhöhte Rationalität für Transparenz bei ÖPP im Vergleich zur KBV gerechtfertigt sein kann, wird unter anderem mit den langen Vertragslaufzeiten, den komplexen (Vertrags-)Strukturen und der wertschöpfungsstufenübergreifenden Leistungserstellung durch einen Auftragnehmer bei ÖPP-Projekten begründet. In der Arbeit wird der Aspekt betont, dass ein Transparenzregime für ÖPP aus vielen speziellen (Sub-)Transparenzregimen bestehen und auf unterschiedlichen Normebenen adressiert werden kann. Auf der ersten Ebene werden dabei vor allem Informationsfreiheitsgesetze genannt, denen auf einer zweiten Ebene (Verwaltungs-)Richtlinien und Leitfäden zur Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Vorhaben folgen können. Schließlich wird noch eine dritte Ebene beschrieben, die sich auf ÖPP-Musterverträge mit (Standard-)Klauseln für den Veröffentlichungsumfang von Verträgen beziehen. Insgesamt wird in dieser Publikation stark für eine proaktive Informationsbereitstellung plädiert. Als Argument gegen Transparenz wird im Wesentlichen der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen angeführt. In diesem Zusammenhang werden folgende bieterbezogene Aspekte aufgeführt: Methodik und Komponenten der Angebotskalkulation, Details zu den Finanzierungskosten von Fremd- und Eigenkapital, Strukturierung des Fremdkapitals, Struktur der und einzelne Angaben zu den Produktionskosten, Gewinne bzw. Gewinnmargen sowie die Vergütungsstruktur und -zahlungen der öffentlichen Hand im Rahmen von ÖPP-Projekten. Letztendlich laufen die Handlungsempfehlungen darauf hinaus, dass alle wichtigen Dokumente zeitnah proaktiv veröffentlicht werden sollten und dabei schützenswerte Informationen, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, zu schwärzen sind.

***BEITRÄGE VON STAKEHOLDERN AUS DEUTSCHLAND***

In Deutschland sind zu der Themenkombination „Transparenz und ÖPP“ einige Beiträge von Stakeholdern zu verzeichnen. So hat sich der als ÖPP-affin einzuschätzende Hauptverband der Deutschen Bauindustrie (HDB) in einem Positionspapier (**HDB (2010)**) aus Sicht der Bauunternehmen mit der Frage beschäftigt, welche Dokumente, Daten und Informationen aus dem ÖPP-Realisierungsprozess zu welchem Zeitpunkt gegenüber welchen Akteuren in welchem Umfang zugänglich sein sollten. In dem Positionspapier wird dabei betont, dass im Rahmen von Veröffentlichungsentscheidungen in einem Abwägungsprozess folgende Aspekte berücksichtigt werden sollten: das Interesse von Politikern und staatlichen Kontrollinstanzen an Offenlegung und Einbindung, das Informationsinteresse der Allgemeinheit, das Interesse der Bieter am Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie das Anliegen öffentlicher Auftraggeber strategisches Bieterverhalten (zum Schutz ihrer fiskalischen Interessen) zu vermeiden. Im Hinblick auf die wichtigen Dokumententypen wie den ÖPP-Eignungstest, die vorläufige und abschließende WU sowie den ÖPP-Vertrag schlägt der HDB in dem Positionspapier folgende Handlungsempfehlungen vor: ÖPP-Eignungstests sollten grundsätzlich vollständig gegenüber der Allgemeinheit offengelegt werden. Bei der vorläufigen WU befürwortet der HDB eine Veröffentlichung der Ergebnisse (wesentliche Kostenbestandteile des PSC und ÖPP-Vergleichswertes sowie die Effizienzunterschiede) inklusive einer allgemeinverständlichen Erläuterung. In diesem Kontext wird allerdings explizit auf die Gefahr kollusiven Bieterverhaltens hingewiesen, sodass die öffentliche Hand als Ergebnis einer Abwägungsentscheidung (Schutz fiskalischer Interessen einerseits und Informationsinteresse der gesellschaftlichen Akteure anderseits) den Veröffentlichungsumfang ggf. deutlich reduziert. Grundsätzlich gelten diese Ausführungen auch für die abschließende WU. Der HDB plädiert dafür, dass etwaige Veränderungen zwischen abschließender

und vorläufiger WU mit Begründungen offenzulegen sind. Des Weiteren wird sich dafür ausgesprochen, dass politische Gremien und staatliche Kontrollinstanzen die vorläufigen und abschließenden WU sowie anonymisierte Bieterangebote vollständig einsehen können. Im Hinblick auf ÖPP-Verträge wird in dem Positionspapier schließlich vorgeschlagen, zwar keine Originaldokumente zu veröffentlichen, stattdessen aber die Kerninhalte in Form verständlicher Zusammenfassungen der Vertragsklauseln der Allgemeinheit mit beigefügten Erläuterungen zugänglich zu machen.

Einen weiteren Beitrag stellt die Studie „Transparenz bei ÖPP-Projekten" der **ÖPP DEUTSCHLAND AG (2013)** dar, die überwiegend mit einem empirischen Ansatz die von Akteuren wahrgenommenen Informationsdefizite bei ÖPP-Vorhaben untersucht. Hierzu wurde eine Online-Befragung mit anschließender Online-Diskursphase unter Akteuren aus Politik und Verwaltung, Unternehmen sowie Nutzern bzw. Betroffenen durchgeführt. Einige der dabei generierten Ergebnisse werden hier erwähnt: Die mangelnde Transparenz von WU wurde häufig beanstandet. Des Weiteren wurde die unzureichende Informationslage hinsichtlich der Leistungsbeschreibung und der mit dem ÖPP-Projekt verfolgten Ziele kritisiert. Ferner wurde die Intransparenz von relevanten Vertragsinhalten vor Vertragsunterzeichnung bemängelt. Außerdem war die fehlende regelmäßige Veröffentlichung von Informationen über Bauplanung und -fortschritt inklusive etwaiger Abweichungen von der Planung ein häufiger Kritikpunkt. In dieser Studie wird insbesondere betont, welche wichtige Bedeutung Transparenz bei gesellschaftlichen Akteuren für die Akzeptanz hinsichtlich der Realisierung von ÖPP-Projekten und für das Vertrauen in das Handeln der öffentlichen Hand haben kann. Am Rande werden zudem mögliche Gründe erwähnt, die gegen die Offenlegung von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess sprechen. Neben Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wird explizit auch der Schutz fiskalischer Interessen der öffentlichen Hand als ein Grund genannt, wobei in diesem Zusammenhang die Geheimhaltung des PSC gegenüber potentiellen Bietern empfohlen wird. In der Studie wird schließlich festgehalten, dass deren Ergebnisse jedoch keinen Anlass für Anpassungen von (gesetzlichen) Rahmenbedingungen darstellen.

Die letzte hier betrachtete Publikation stammt von **WAßMUTH (2012)**. Aus der Sicht des Autors, der (Vorstands-)Mitglied des privatisierungs- und ÖPP-kritischen Vereins Gemeingut in BürgerInnenhand ist, stellt Transparenz die notwendige Vorraussetzung für eine (demokratische) Kontrolle und ein mögliches Einschreiten gesellschaftlicher Akteure dar. Im Hinblick auf ÖPP-Projekte wird das Transparenzniveau jedoch als deutlich zu niedrig kritisiert. Denn die hoch komplexen und sehr umfangreichen ÖPP-Verträge würden stets geheim gehalten und damit jeglicher Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure entzogen. Ein weiteres wesentliches Problem bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes sieht WAßMUTH (2012) in der Möglichkeit zur Umgehung von Schuldenregeln und den damit verbundenen politökonomischen Fehlanreizen bei der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen. Die Gesellschaft könne diese wegweisenden Dokumente im ÖPP-Realisierungprozess nicht auf seine Richtigkeit überprüfen und damit nicht zur Reduktion der Fehlanreize beitragen, da die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ebenfalls immer geheim seien. Vor diesem Hintergrund wird die Offenlegung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Verträgen bei ÖPP-Vorhaben gefordert, damit eine adäquate am Gemeinwohl ausgerichtete Kontrolle der Öffentlichkeit erfolgen kann.

***ABSCHLIEßENDE BEMERKUNGEN***

Bei dem Überblick zur Literatur und zum Forschungsstand beim Thema „Transparenz bei ÖPP" fällt auf, dass die Beiträge überwiegend aus positiven Analysen (z.B. Fall- und Länderstudien) bestehen und fundierte normativ-ökonomische Analysen, die sich grundlegend mit der Frage nach der Ermittlung eines adäquaten Transparenzniveaus bei ÖPP-Projekten auseinandersetzen, selten bzw. eher in Ansätzen vorkommen. Darüber hinaus ist festzustellen, dass die Publikationen einen starken Fokus auf die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als Geheimhaltungsgrund sowie davon potentiell betroffene

ÖPP-Verträge legen. Untersuchungen zu Transparenz bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und möglichen Auswirkungen auf die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand finden – wenn überhaupt – allenfalls am Rande statt. Des Weiteren konzentrieren sich die Beiträge mehrheitlich auf die zentralen Gestaltungsfragen eines Transparenzregimes und das Design der institutionellen Technologie wird bis auf die Frage der reaktiven oder proaktiven Informationsbereitstellung weitestgehend vernachlässigt. Bemerkenswert sind die vielfältigen Handlungsempfehlungen in den Publikationen, deren Fundierung und Herleitung durch eine ökonomisch-juristische Analyse allerdings überwiegend als relativ schwach einzustufen sind.

Vor diesem Hintergrund setzt sich Teil C dieser Arbeit gegenüber der dargestellten Literatur ab. Zunächst sind die dort vorgenommenen Analysen überwiegend normativ-ökonomisch ausgerichtet und umfassen – neben dem Vertrag – alle wichtigen Dokumente des ÖPP-Realisierungsprozesses. Des Weiteren werden in den (institutionen-)ökonomischen Analysen neben den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auch die fiskalischen Interessen als möglicher Geheimhaltungsgrund betrachtet, wobei dies mit Bezug zum Informationsfreiheitsgesetz in Deutschland erfolgt. Außerdem sind in die Untersuchungen in Teil C auch Überlegungen zum Design der institutionellen Technologie integriert, welche über die in der Literatur beleuchteten Aspekte hinausgehen. Letztendlich werden zudem konkrete Handlungsempfehlungen in Bezug auf das Informationsfreiheitsgesetz und für die Veröffentlichungspraxis von Dokumenten bei ÖPP-Projekten auf Basis der erfolgten Analysen herausgearbeitet.

**Kasten 3: Literatur und Forschungsstand zu Transparenz bei ÖPP**

### 8.3.2 Zielsystem

Bei der (institutionen-)ökonomischen Analyse der zentralen Fragestellungen mit Bezug zu Transparenz bei ÖPP-Vorhaben werden unterschiedliche Zustände bzw. Optionen zu bewerten und zu vergleichen sein. Hierfür ist ein Zielsystem notwendig. In dieser Arbeit wird in diesem Zusammenhang auf ein allgemeines und ein spezielles Zielsystem zurückgegriffen. Das allgemeine Zielsystem besteht in der Kosteneffizienz bzw. Wirtschaftlichkeit bei der Realisierung von Infrastrukturprojekten. Das im Rahmen der Analysen auszugestaltende Transparenzregime soll also zu einer wirtschaftlichen Beschaffung von Infrastruktur beitragen.[579]

Das spezielle Zielsystem umfasst die beiden Kriterien Effektivität und Effizienz des Transparenzregimes.[580] Unter Effektivität wird hier die Gewährleistung eines adäquaten Transparenzniveaus zur Erreichung des verfolgten allgemeinen Zielsystems der Kosteneffizienz bei der Realisierung von Infrastrukturprojekten verstanden. Somit besteht der Zweck der (institutionen-) ökonomischen Analysen diesbezüglich in einer sinnvollen Ausgestaltung insbesondere der zentralen Gestaltungsfragen und auch des Designs der institutionellen Technologie des Transparenzregimes. Dies bedeutet, dass im Rahmen des Realisierungsprozesses von Infrastrukturprojekten aufgrund des Transparenzregimes möglichst positive und kaum bzw. keine negativen Transparenzauswirkungen auftreten sollten. Im speziellen Zielsystem stellt die Effizienz auf eine Minimierung der Kosten des

[579] Dieses allgemeine Zielsystem deckt sich im Übrigen auch mit dem in Abschnitt 5.2.1 erwähnten Transparenzziel der Kosteneffizienz im öffentlichen Beschaffungswesen im Infrastrukturbereich. Transparenzziele werden in der Praxis im Rahmen der Ausgestaltung eines Transparenzregimes von der Politik festgelegt.

[580] Die Ausführungen zu Effektivität und Effizienz eines Transparenzregimes in Abschnitt 5.4.2 haben einen beschreibenden Charakter. Hier wird nun konkret festgelegt, dass Effektivität und Effizienz des Transparenzregimes das spezielle Zielsystem für die Analysen zu Transparenz bei ÖPP in Teil C bilden.

Transparenzregimes ab. Es werden sowohl die aufseiten der öffentlichen Hand als auch bei den Informationsnachfragern anfallenden Kosten für die Nutzung des Transparenzregimes berücksichtigt. Hierbei ist neben der Ausgestaltung der zentralen Gestaltungsfragen vor allem das Design der institutionellen Technologie von entscheidender Bedeutung. Aufgrund etwaiger Interdependenzen zwischen der Effektivität und der Effizienz eines Transparenzregimes sind diese letztendlich integriert zu durchdenken, damit hinsichtlich dieser beiden Kriterien eine angemessene Balance gegeben ist.[581]

### 8.3.3 Vorgehen

Im Folgenden wird das Vorgehen bei der Analyse der zentralen Fragenstellungen unter Maßgabe des vorgestellten Zielsystems erläutert. Das Vorgehen ist grundsätzlich in drei Schritte unterteilt und wird jeweils einzeln für die zu untersuchenden Dokumente aus dem ÖPP-Realisierungsprozess wie folgt durchgeführt:

- Erster Schritt: Der erste Schritt umfasst eine normative (institutionen-)ökonomische Analyse der potentiellen positiven und negativen Transparenzwirkungen infolge einer Veröffentlichung des entsprechenden Dokuments unter Berücksichtigung verschiedener Konstellationen bezüglich Projekt-, Akteurs- und Marktcharakteristika. Es werden sowohl abstrakte als auch konkret auf die derzeitigen Fernstraßen- und Hochbau-ÖPP des Bundes bezogene Analysen vorgenommen. Hierbei werden die Auswirkungen von Veröffentlichungen sowohl in Bezug auf Wettbewerbseffekte als auch auf Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich untersucht. Auf Basis der generierten ökonomischen Erkenntnisse wird eine vorläufige Empfehlung für ein sinnvolles Transparenzniveau bei dem jeweiligen Dokument abgeleitet. Die Empfehlung ist vorläufig, weil etwaige Ergebnisse hinsichtlich des Designs der institutionellen Technologie noch nicht berücksichtigt sind.
- Zweiter Schritt: Im zweiten Schritt erfolgt eine Darstellung der Rechtslage im Status quo sowie des Transparenzniveaus bei ÖPP-Vorhaben in der Praxis. Die aktuelle Rechtslage – hier steht das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes im Fokus – wird mit Bezug zu den jeweiligen Dokumenten im ÖPP-Realisierungsprozess im Hinblick auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie den Schutz fiskalischer Interessen des Bundes dargelegt.[582] Damit verbundene (Rechts-)Fragen werden aus einer ökonomischen Perspektive reflektiert. In diesem Kontext wird zum Teil auch darauf eingegangen, inwieweit eine alternative Auslegung des Rechts im Sinne der im ersten Schritt generierten ökonomischen Erkenntnisse bereits ohne eine Veränderung des bestehenden Rechtsrahmens möglich erscheint.[583] Des Weiteren wird beschrieben, wie die Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Vorhaben für das entsprechende Dokument bisher ausgesehen hat.

---

[581] Siehe zu den Interdependenzen zwischen Effektivität und Effizienz Abschnitt 5.4.2.2. Eine konkrete Gewichtung zwischen diesen beiden Kriterien des speziellen Zielsystems wird in dieser Arbeit nicht vorgenommen.

[582] Die Ausführungen werden diesbezüglich auf den allgemeinen Darstellungen im Abschnitt 6.1.3 aufbauen.

[583] Es sei – wie bereits in Kapitel 6 – darauf hingewiesen, dass die Ausführungen bei den juristischen Analyseteilen aufgrund der (institutionen-)ökonomischen Ausrichtung dieser Arbeit verständlicherweise keinen Anspruch auf Vollständigkeit und rechtswissenschaftliche Argumentationstiefe aufweisen können.

- Dritter Schritt: Im dritten Schritt erfolgt zunächst ein Abgleich zwischen den Erkenntnissen der normativen ökonomischen Analyse und den Ergebnissen des zweiten Vorgehensschrittes. Sofern bei diesem Abgleich Differenzen identifiziert werden, werden auf Grundlage der erzielten Analyseergebnisse vorläufige Handlungsempfehlungen zur Anpassung des Rechtsrahmens abgeleitet (z.B. Änderungen am IFG). Weiterhin werden Vorschläge hinsichtlich der Gesetzesanwendung und für die damit verbundene Veröffentlichungspraxis im Hinblick auf das entsprechende Dokument erarbeitet.

Nachdem diese Vorgehensweise für alle relevanten Dokumente durchgeführt worden ist, findet nachgelagert eine dokumentenübergreifende Analyse bezüglich des Designs der institutionellen Technologie für ein adäquates Transparenzregime bei ÖPP statt. Zum einen betrifft dies Fragen hinsichtlich der Verortung von Entscheidungskompetenzen, der proaktiven oder reaktiven Informationsbereitstellung und des Wissensmanagements. Zum anderen schließt diese Analyse eine Horizontalisierungsdiskussion hinsichtlich weiterer Infrastruktursektoren und Beschaffungsvarianten mit ein. Die Erkenntnisse aus den Analysen zum Design der institutionellen Technologie werden gemeinsam mit den vorläufigen Empfehlungen zum angemessenen Transparenzniveau bei ÖPP zu finalen Ergebnissen und Handlungsempfehlungen zusammengeführt.

## 8.4 Vorstellung der Struktur der weiteren Analysen

In diesem Unterkapitel wird die übergreifende Struktur der Analysen zu den zentralen Fragestellungen in Teil C vorgestellt. In diesem Kontext wird bei bestimmten Aspekten zudem dargelegt, aus welchen Gründen die Struktur in dieser Weise gewählt wurde. Im Folgenden werden in Kapitel 9 die Effekte von Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich untersucht, wobei Auswirkungen von Transparenz auf Berater der öffentlichen Hand vorerst nicht berücksichtigt werden. Diese Trennung hat den Vorteil, dass die Berater der öffentlichen Hand als ein spezieller Aspekt nachgelagert und hinsichtlich der Dokumententypen gebündelt analysiert werden können. Die Struktur in Kapitel 9 unterteilt sich in die beiden Themenbereiche der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie der fiskalischen Interessen als mögliche Gründe für einen Verzicht auf die Veröffentlichung von Dokumenten im ÖPP-Realisierungsprozess. Für die Themenbereiche werden jeweils die Transparenzwirkungen bei der Veröffentlichung der einzelnen Dokumente analysiert, wobei mit den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen begonnen wird. Die Zuordnung der jeweiligen Dokumententypen zum Themenbereich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder der fiskalischen Interessen beruht im Wesentlichen auf den Ausführungen in den Abschnitten 6.1.3 und 6.4. Daher handelt es sich im Hinblick auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen um Dokumente wie z.B. ÖPP-Verträge, bei denen aus Sicht von Unternehmen bzw. Bietern die Veröffentlichung mit wirtschaftlichen Schäden einhergehen kann. Der Schutz fiskalischer Interessen betrifft hingegen Dokumente wie z.B. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, deren Offenlegung sich nachteilig für die öffentliche Hand auswirken kann. Die gewählte Struktur in Kapitel 9 hat zwei Vorzüge gegenüber einer Variante mit umgekehrter Bearbeitungsreihenfolge der beiden Themenbereiche.[584] Inhaltlich gesehen stellen die – ein Ergebnis

[584] Ein kaum relevanter Nachteil der gewählten Struktur in Kapitel 9 besteht darin, dass die Analyse der Dokumente nicht am Ablauf der Verfahrensschritte orientiert ist.

der weiteren Analysen vorweggreifend – bestehenden Interdependenzen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu fiskalischen Interessen („Verbindungslinien") einen günstigen Ausgangspunkt für den dann folgenden Teil zu Transparenz bei ÖPP-Projekten und dem Schutz fiskalischer Interessen dar. Ferner kann als ein Vorteil dieser Struktur angesehen werden, dass die normativen ökonomischen Analysen zum Themenbereich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bei ÖPP-Verträgen und Bieterangeboten zum Einstieg weniger schwierig sind. Bei den fiskalischen Interessen im Kontext von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sind die normativen ökonomischen Analysen hingegen komplexer und schwieriger. Somit wird hier nach dem Prinzip „vom Einfachen zum Komplexen" vorgegangen. Das Kapitel 9 ist als das analytische Kernkapitel von Teil C und gewissermaßen auch von der gesamten Arbeit einzustufen.

Nachgelagert beschäftigt sich Kapitel 10 mit den Auswirkungen von Transparenz bei ÖPP-Projekten auf Berater der öffentlichen Hand im Kontext der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Eignungstests sowie deren Einbezug bei der Ausgestaltung von ÖPP-Verträgen. In Kapitel 11 erfolgt eine integrierte Gesamtbetrachtung von Transparenz bei ÖPP mit Fokus auf das Design der institutionellen Technologie, sodass die vorläufigen Resultate zu finalen Ergebnissen weiterentwickelt werden. Diese Strukturierung ist sinnvoll, weil so eine Trennung zwischen den auf das Transparenzniveau bzw. die zentralen Gestaltungsfragen des Transparenzregimes abzielenden Analysen in Kapitel 9 und 10 und den auf die Design-Elemente des Transparenzregimes konzentrierten Untersuchungen in Kapitel 11 vorgenommen wird, was zu einer geringeren Komplexität und erhöhten Nachvollziehbarkeit der Analysen führt.[585] Zudem würden sich bei einer Betrachtung des Design der institutionellen Technologie bereits beim jeweiligen Dokumententyp die Ausführungen häufig stark ähneln, sodass nachgelagerte und gebündelte Überlegungen diesbezüglich vorteilhaft sind. Bei der integrierten Gesamtbetrachtung werden im Kontext von Transparenz bei ÖPP hauptsächlich die Verortung von Entscheidungskompetenzen, das Verfahren der Informationsbereitstellung und das Wissensmanagement sowie die Horizontalisierung hinsichtlich weiterer Beschaffungsvarianten und Infrastruktursektoren untersucht. Die Analysen in Teil C enden mit Kapitel 12, welches die durch die integrierte Gesamtbetrachtung erzielten finalen Ergebnisse und Handlungsempfehlungen mit Bezug zu Transparenz bei ÖPP-Vorhaben zusammenfassend darstellt.

[585] Dies kann unter anderem auch damit erklärt werden, dass in den Kapiteln 9 und 10 mit der beschriebenen Vorgehensweise in den drei Schritten ein anderes Analyseschema verfolgt wird als in Kapitel 11.

# 9 Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich ohne Berücksichtigung etwaiger Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Beratern der öffentlichen Hand

Dieses Kapitel umfasst eine umfangreiche Analyse zu Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich. Der Einbezug von Beratern durch die öffentliche Hand im Rahmen des ÖPP-Realisierungsprozesses wird hier allerdings noch ausgeklammert. Die Analysen in Kapitel 9 bilden den zentralen Bestandteil von Teil C und nehmen auch im Hinblick auf die gesamte Arbeit einen sehr hohen Stellenwert ein. Zunächst wird die Thematik der Transparenz bei ÖPP-Projekten im Kontext des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von Unternehmen bei ÖPP-Verträgen und Bieterangeboten untersucht (Unterkapitel 9.1). Darauf folgend wird der Themenbereich der Transparenz bei ÖPP-Vorhaben im Zusammenhang mit dem Schutz fiskalischer Interessen der öffentlichen Hand bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Eignungstests analysiert (Unterkapitel 9.2). Abschließend wird betrachtet, wie sich Transparenz bei weiteren, nicht klar einem der beiden genannten Themenbereiche zuzuordnenden Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess (z.B. Leistungsbeschreibungen) auswirkt (Unterkapitel 9.3). Die Analysen zu den jeweiligen Dokumententypen erfolgen anhand der in Abschnitt 8.3.3 vorgestellten Vorgehensweise. Dieses Kernkapitel der Arbeit schließt mit einem Fazit ab (Unterkapitel 9.4).

## 9.1 Transparenz bei ÖPP-Projekten und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Dieses wichtige Unterkapitel setzt sich mit Transparenz hinsichtlich der Verträge und Bieterangebote bei ÖPP-Vorhaben im Kontext des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von Unternehmen auseinander. Letztendlich dienen die Analysen in diesem Unterkapitel der Ableitung vorläufiger Handlungsempfehlungen. Die Analysen beginnen mit dem ÖPP-Vertrag als eines der zentralen Dokumente im Realisierungsprozess (Abschnitt 9.1.1) und werden mit dem Vertragsentwurf (Abschnitt 9.1.2) sowie den Bieterangeboten fortgeführt (Abschnitt 9.1.3). Das Unterkapitel endet mit einem Fazit (Abschnitt 9.1.4).

### 9.1.1 Vertrag

Dieser Abschnitt beschäftigt sich mit Transparenz bei ÖPP-Verträgen und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Der ÖPP-Vertrag ist neben den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen als das Dokument mit der höchsten Bedeutung im ÖPP-Realisierungsprozess einzustufen. Die Analysen werden anhand der in Abschnitt 8.3.3 dargelegten Vorgehensweise durchgeführt. Daher folgt zunächst eine ökonomische Analyse der Auswirkungen von Transparenz bei ÖPP-Verträgen (Abschnitt 9.1.1.1). Im Anschluss wird der rechtliche Status quo und die derzeitige Veröffentlichungspraxis in Bezug auf ÖPP-Verträge dargestellt (Abschnitt 9.1.1.2). Auf Basis der ersten beiden Analyseschritte wird eine Kritik am Status quo vorgenommen und es werden vorläufige Handlungsempfehlungen erarbeitet (Abschnitt 9.1.1.3). Außerdem wird auf Grundlage der Ergebnisse zum ÖPP-Vertrag auch der Vertragsentwurf näher betrachtet (Abschnitt 9.1.2). Abschließend sei erwähnt, dass der Fokus auf die

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Unternehmen bei ausgewählten Punkten erweitert wird, indem bereits auf Verbindungslinien zum Schutz fiskalischer Interessen hingewiesen wird.

#### 9.1.1.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich ÖPP-Verträgen auf Innovationen und Wettbewerbsstrategien

In diesem Abschnitt wird eine ökonomische Analyse der Auswirkungen von Transparenz bezüglich ÖPP-Verträgen im Infrastrukturbereich auf die Anreize zur Innovationsgenerierung und die Wettbewerbsstrategien der privaten Unternehmen vorgenommen. Im Kern ist mit dem ÖPP-Vertrag in diesem Kontext der eigentliche ÖPP-Projektvertrag gemeint. Darüber hinaus gehören etwaige Vertragsanlagen wie bspw. das siegreiche Bieterangebot, die (finale funktionale) Leistungsbeschreibung sowie Unterlagen zu technischen Planungen und zu Betriebsdienst- bzw. Erhaltungskonzepten zum Vertragswerk. Im weiteren Sinne könnten ferner die Verträge des privaten ÖPP-Auftragsnehmers mit seinen realwirtschaftlichen Sub- bzw. Nachunternehmern sowie mit seinen Fremdkapitalgebern zu den Vertragsgrundlagen gezählt werden. Die Analyse wird dahingehend eingegrenzt, dass der ÖPP-Projektvertrag im Zentrum der Betrachtung steht. Darüber hinaus werden Alt- bzw. Bestandsverträge und Nachverhandlungen bzw. Vertragsanpassungen hier nicht betrachtet.[586] Die Überlegungen beziehen sich in erster Linie auf ÖPP-Projekte bei den Bundesfernstraßen, aber auch auf den Hochbau.[587] Hinsichtlich des Veröffentlichungszeitpunktes beziehen sich die Analysen auf eine zeitnahe Offenlegung eines ÖPP-Vertrags nach Abschluss der Vergabe.[588] Für die weitere Untersuchung ist wichtig, dass aus ökonomischer Sicht die Wirkungsbereiche von Transparenz bei ÖPP-Verträgen grundsätzlich nach zwei verschiedenen Dimensionen differenziert werden können: Zum einen sind dies Effekte auf Innovationen, bei denen wiederum zwischen technisch-systemischen Innovationen (TSI) und Vertragsdesign-Innovationen (VDI) unterschieden werden kann, und zum anderen sind dies Auswirkungen auf Wettbewerbsstrategien, was insbesondere Vergütungs- und Finanzdaten (VFD) umfasst. Die Auswirkungen von Transparenz auf diese Aspekte werden in der genannten Reihenfolge im Folgenden ökonomisch analysiert.

##### 9.1.1.1.1 Technisch-systemische Innovationen

Technisch-systemische Innovationen beziehen sich auf die (realwirtschaftliche) Leistungserstellung und umfassen z.B. Veränderungen an der (Produktions-)Technologie, den Prozessen oder den Inputs, die zu einer Reduktion der (Produktions-)Kosten bei gleichbleibender Qualität oder zu einer Verbesserung der Qualität bei unveränderten Kosten führen.[589] Technisch-systemische Innovationen haben also letztlich einen positiven Einfluss auf die Kosteneffizienz. Im Kontext von Infrastruktur als langlebiges

---

[586] Transparenz hinsichtlich Nachverhandlungen und Vertragsanpassungen bei ÖPP-Projekten wird in Abschnitt 9.3.2.1 untersucht. Die Analysen zur Veröffentlichung von Alt- bzw. Bestandsverträgen überschreiten den Rahmen dieser Arbeit.

[587] Die Ausführungen können grundsätzlich auch auf andere Sektoren wie bspw. Mauterhebungssysteme übertragen werden.

[588] Bei einem Veröffentlichungszeitpunkt vor und während der Vergabe betrifft die Analyse den Vertragsentwurf, der in Abschnitt 9.1.2 untersucht wird. Bei einer zeitnahen Veröffentlichung eines ÖPP-Vertrags nach Vergabeende ist davon auszugehen, dass die Transparenzeffekte am stärksten ausgeprägt sind. Daher erscheint ein späterer Veröffentlichungszeitpunkt analytisch weniger sinnvoll, weil sich an der Untersuchung grundsätzlich nicht viel ändert, außer dass vor allem das Ausmaß einiger Effekte abnimmt.

[589] Vgl. HENTSCHEL (2013, S. 12 ff.).

Vermögensgut zielt diese Kosteneffizienz auf die Lebenszykluskosten ab. Als TSI im engeren Sinne können somit vor allem neuartige Produktionsmethoden im Rahmen der Leistungserstellung eingeordnet werden, wie etwa neue Beläge und Materialkombinationen bei Fahrbahndeckschichten. Im weiteren Sinne beziehen TSI bei Autobahnen und Hochbauten zusätzlich auch konzeptionelle Verbesserungen mit ein, bspw. im Hinblick auf Betriebsdienst- oder Erhaltungskonzepte. Ein Anreiz für die Entwicklung und Anwendung einer TSI besteht aus Sicht eines Unternehmens darin, dass es sich im Wettbewerb dadurch relevante Kosten- bzw. Qualitätsvorteile gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen kann, die wiederum höhere Gewinnaufschläge oder Marktanteile ermöglichen.[590]

***ERSTE ÖKONOMISCHE ÜBERLEGUNGEN ZU VERÖFFENTLICHUNGEN VON TECHNISCH-SYSTEMISCHEN INNOVATIONEN***

Bei der ökonomischen Einordnung von Transparenzeffekten mit Bezug zu TSI sind keine erheblichen Differenzen zwischen ÖPP und KBV festzustellen.[591] Denn im Allgemeinen ist anzunehmen, dass bei Bekanntwerden einer TSI dem betroffenen Auftragnehmer ein relevanter wirtschaftlicher Schaden entsteht, weil sein auf dieser TSI beruhender Wettbewerbsvorteil in Zukunft nicht mehr vorhanden ist. Aus Perspektive des betroffenen Auftragnehmers stellt die Transparenz hinsichtlich der im ÖPP-Vertrag enthaltenen TSI eine „Entwertung" seiner mit entsprechendem Ressourceneinsatz entwickelten Innovation dar.[592] Eine Veröffentlichung von Innovationen geht allerdings nicht zwangsläufig mit einer „Entwertung" einher, da letztendlich die Frage der Nutzungsrechte entscheidend ist. Werden z.B. geschützte Patente veröffentlicht, dann dürfen Konkurrenten das patentierte Wissen erst nach Ablauf eines Schutzzeitraums wirtschaftlich verwenden.[593] Im Weiteren wird jedoch angenommen, dass bei Veröffentlichung einer Innovation diese auch zeitnah von Wettbewerbern genutzt werden kann und die Konkurrenten sowohl technisch als auch hinsichtlich ihres Wissensstandes in der Lage sind, die Innovation ebenfalls umzusetzen.

Bei einer dynamischen Sichtweise kann die Gefahr der „Entwertung" von Innovationen durch Transparenzregelungen dazu führen, dass bei Unternehmen die (Investitions-)Anreize zur Entwicklung von TSI gemindert werden.[594] Eine solche Reduktion der Innovationstätigkeiten ist gesamtwirtschaftlich gesehen als ein deutlich negativer Aspekt einzuordnen, der in Bezug auf TSI gegen Transparenz bei ÖPP-Verträgen spricht. Allerdings hängt die Bedeutung dieses Effekts bei einer tieferen Betrachtung von mehreren Einflussfaktoren ab. Einer dieser Einflussfaktoren ist z.B. der Grad der ohnehin zu erwartenden (faktisch nicht zu unterbindenden) Übernahme der entsprechenden Ideen durch

---

[590] Vgl. OECD (2005, S. 30) und SWANN (2009, S. 104 f.).

[591] Ein möglicher Unterschied von ÖPP zu KBV kann sein, dass die Innovationsanreize für die Generierung von lebenszykluskostenoptimierenden TSI für ÖPP-Bieter stärker ausgeprägt sind als für private Auftragnehmer im Rahmen eines KBV-Projektes.

[592] Es sei darauf hingewiesen, dass die eigentlichen ÖPP-Projektverträge selbst wohl keine TSI zum Inhalt haben. Diese können stattdessen allerdings im Angebot oder in den technischen (Planungs-)Unterlagen enthalten sein, die einen Teil der Vertragsgrundlagen ausmachen.

[593] Vgl. SCOTCHMER (2006, S. 66-69).

[594] Vgl. LIEBESKIND (1996, S. 94 f. und S. 105), der sich mit den Zusammenhängen zwischen Geheimhaltung und Innovationsanreizen auseinandersetzt.

Wettbewerber und somit die spätere Marktdurchdringung[595] einer TSI. Es ist zudem auch ein positiver Effekt durch Transparenz und die damit einhergehende Wissensverbreitung hinsichtlich einer TSI denkbar, da es durch das Bekanntwerden zu einer schnelleren und breiteren Diffusion der Innovation bei den Unternehmen im Markt kommt, was – von den vorgenannten dynamischen Aspekten an dieser Stelle abstrahierend – aus volkswirtschaftlicher Sicht grundsätzlich als wünschenswert anzusehen ist.[596] Im Kontext von Innovationen sollte jedoch grundsätzlich eine dynamische Perspektive eingenommen werden, weil letztlich gar keine Diffusion stattfinden kann, wenn zuvor überhaupt keine Innovationen mehr generiert werden. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist von Transparenz bezüglich der TSI in ÖPP-Verträgen zunächst grundsätzlich abzuraten.

***PERSPEKTIVE: EIN ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER UND EIN EINZELNES PROJEKT***

Zu beachten ist, dass auch bei Transparenz hinsichtlich TSI in ÖPP-Verträgen Unternehmen nicht in jedem Fall ihre Innovationstätigkeit einstellen würden, sondern stattdessen möglicherweise eher in ihren Angeboten höhere Preise verlangen würden, um für die Veröffentlichung und damit für die „Entwertung" der von ihnen generierten TSI entsprechend monetär kompensiert zu werden. Von etwaigen vergaberechtlichen Restriktionen in der Praxis bezüglich der Bezuschlagung eines möglicherweise zwar teureren, aber technisch-systemisch innovativeren Angebotes, wird hier zunächst abstrahiert. Durch die monetäre Kompensation würden die Unternehmen für ihre Innovationen von der öffentlichen Hand durch höhere Beschaffungspreise (mit-)vergütet werden. Dies ist bei einer zunächst nur auf ein Einzelprojekt eines einzigen öffentlichen Auftraggebers auf Bundesebene bezogenen Perspektive hinsichtlich der Ausgabenminimierung ein Argument gegen Transparenz bei TSI, weil diese Kompensationszahlung den Haushalt zusätzlich belastet. Bei der Einzelprojektperspektive zeigt sich damit, dass zwischen dem infolge von Transparenzvorgaben entstehenden wirtschaftlichen Schaden wegen der Entwertung einer Innovation aufseiten der privaten Auftragnehmer und den dann negativ betroffenen fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand im Endeffekt „Verbindungslinien" bestehen.

***PERSPEKTIVE: EIN ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER UND DESSEN FOLGEPROJEKTE***

Wenn allerdings eine auf mehrere Folgeprojekte eines einzigen öffentlichen Auftraggebers auf Bundesebene bezogene Perspektive eingenommen wird, ist auch ein positiver Einfluss auf die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand vorstellbar. Dies kann damit erklärt werden, dass der öffentliche Auftraggeber zwar einmalig für die TSI einen höheren Preis zahlt, diese TSI dann aber für die eigenen Folgeprojekte verwenden kann, was bei den Vergaben der Folgeprojekte zu günstigeren Preisen aus Sicht der öffentlichen Hand führen könnte.[597] Wenn diese Einsparungen bei den Folgeprojekten größer ausfallen als die einmalige Zahlung des höheren Preises, dann sind bei dieser

---

[595] Der Begriff der Marktdurchdringung beschreibt hier den Grad der Diffusion von Innovationen innerhalb eines Marktes.

[596] Vgl. FRIEDMAN / LANDES / POSNER (1991, S. 64 f.), POSNER (2005, S. 58 und S. 72) und STIGLITZ (2008, S. 1699 f.), die im selben Kontext allerdings auch auf den Konflikt zwischen Innovationsanreizen und -diffusion hinweisen.

[597] Der hier betrachtete Aspekt, inwieweit die Veröffentlichung und damit einhergehend das Abkaufen der TSI durch die öffentliche Hand als sinnvoll einzustufen ist, betrifft die grundsätzliche ökonomische Fragestellung des (Un-)Bundling von Innovationsgenerierung und Leistungserstellung. Eine vertiefte Diskussion dieser Fragestellung wird hier nicht vorgenommen.

Perspektive die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand aufgrund der Veröffentlichung der TSI nicht negativ betroffen.[598] Anzumerken ist hierbei, dass eine Veröffentlichung und das damit einhergehende Abkaufen und die Nutzung der TSI durch die öffentliche Hand lediglich dann als sinnvoll einzustufen ist, wenn die öffentliche Hand die Qualität der TSI auch angemessen beurteilen kann.

***PERSPEKTIVE: MEHRERE ÖFFENTLICHE AUFTRAGGEBER UND DEREN PROJEKTE***

Eine ähnliche Argumentation gilt auch bei einer Perspektive, die auf mehrere öffentliche Auftraggeber (speziell im Rahmen eines föderalen Mehrebenensystems) und deren (Folge-)Projekte gerichtet ist. In diesem Fall könnte die Veröffentlichung von TSI auch zum Zweck des Wissensmanagements aufseiten der öffentlichen Hand dienen, denn die öffentlichen Auftraggeber auf anderen föderalen Ebenen könnten die TSI bei ihren (Folge-)Projekten verwenden, ohne dafür zahlen zu müssen. Wenn bei der Betrachtung der fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand die Ausgaben für (Folge-) Projekte aller öffentlichen Auftraggeber im föderalen Mehrebensystem einbezogen werden, dann ist wegen der potentiell höheren Anzahl an Projekten grundsätzlich anzunehmen, dass sich im Vergleich zur vorgenannten Perspektive noch stärkere positive Effekte aus der Veröffentlichung von TSI ergeben. Allerdings stellen sich bei der Konstellation mehrerer öffentlicher Auftraggeber (vor allem im Kontext eines föderalen Mehrebenensystems) noch weitere Fragen, die insbesondere daraus resultieren, dass Innovationen Charakteristika eines öffentlichen Gutes aufweisen.[599] So ist zum Beispiel zu klären, ob die anderen öffentlichen Auftraggeber zur Finanzierung des TSI-Abkaufs beitragen (Trittbrettfahrerproblematik) und wie das Wissensmanagement hinsichtlich der TSI über die verschiedenen föderalen Ebenen hinweg koordiniert wird. In diesem Kontext kann das System der Auftragsverwaltung bei den Bundesfernstraßen als ein Fall mit mehreren öffentlichen Auftraggebern auf einer (Bundes-)Ebene eingeordnet werden.[600] Die vorgenannten Finanzierungs- und Koordinationsprobleme dürften hierbei in abgeschwächter Form auftreten, weil im Rahmen der Auftragsverwaltung bei den Bundesfernstraßen bereits Finanzierungs- und Koordinationsregelungen vorhanden sind, die auch bei der hier betrachteten TSI-Thematik sinnvoll zur Anwendung kommen könnten bzw. darauf aufbauend entsprechend weiterentwickelt werden könnten.

***SCHLUSSFOLGERUNGEN FÜR DEN UMGANG MIT TECHNISCH-SYSTEMISCHEN INNOVATIONEN IN ÖPP-VERTRÄGEN***

Insgesamt bestehen somit beim Abweichen von der Einzelprojektperspektive hin zu einer Perspektive auf mehrere (Folge-)Projekte eines oder mehrerer öffentlicher Auftraggeber (im föderalen Mehrebenensystem) infolge von Transparenzvorgaben weiterhin „Verbindungslinien“ zwischen der wirtschaftlichen Betroffenheit wegen der Entwertung der Innovation aufseiten der Unternehmen und den fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand. Allerdings besteht in diesem Fall die Möglichkeit eines

---

[598] Hierbei wird vereinfachend von Diskontierung und weiteren intertemporalen Aspekten abstrahiert.

[599] Vgl. CABRAL ET AL. (2006, S. 485 f.) für Öffentliche-Gut-Charakteristika von Innovationen.

[600] Die Bundesregierung plant eine Reform bei den Bundesfernstraßen, die eine Abschaffung des Systems der Auftragsverwaltung bei den Bundesautobahnen vorsieht und dafür der Bund bzw. eine Autobahngesellschaft als alleiniger zentraler öffentlicher Auftraggeber auftritt. Im Bereich der Bundesstraßen bleibt – sofern die Länder diese nicht an den Bund abgeben – das System der Auftragsverwaltung hingegen bestehen. Vgl. Abschnitt 3.1.1.

positiven Einflusses auf die fiskalischen Interessen, was zumindest bei dieser Sichtweise zunächst tendenziell für Transparenz hinsichtlich TSI in ÖPP-Verträgen spricht.

Somit ist Transparenz bezüglich TSI im Rahmen von ÖPP-Projekten im Allgemeinen und ÖPP-Verträgen im Speziellen differenziert zu beurteilen:

- Wenn die öffentliche Hand nicht bereit ist oder aufgrund anderer (vergaberechtlicher) Restriktionen nicht die Möglichkeit hat, die höheren Preise in den Angeboten der Unternehmen infolge der Veröffentlichung der TSI zu zahlen, ist Transparenz wegen der Nachteile hinsichtlich der Innovationsgenerierung und -diffusion kritisch zu sehen.
- Sollten die Unternehmen für ihre Innovationen von der öffentlichen Hand über die höheren Preise vergütet werden und daher die Innovationstätigkeit nicht einstellen, spricht bei einer Einzelprojektperspektive aufgrund der dann negativ betroffenen fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand weiterhin wenig für Transparenz bei TSI. Im Falle einer Perspektive, die auf mehrere öffentliche Auftraggeber (speziell im Rahmen eines föderalen Mehrebenensystems) und deren (Folge-)Projekte gerichtet ist, dürften hingegen die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand infolge des Wissensmanagements im öffentlichen Sektor hinsichtlich der TSI eher positiv beeinflusst werden, sodass dies dann ein Argument für Transparenz bei TSI in ÖPP-Projekten und -Verträgen darstellt.

Unabhängig von dieser differenzierten Beurteilung wird bei den weiteren Analysen und Ableitungen von Handlungsempfehlungen zu TSI der positive Transparenzeffekt des Wissensmanagements im öffentlichen Sektor nicht weiter berücksichtigt, weil Transparenzregime letztlich nicht das adäquate Mittel darstellen, um öffentlichen Auftraggebern (indirekt) Vorgaben zu deren Strategien beim Wissensmanagement im technisch-systemischen Bereich zu machen. Abschließend ist somit festzuhalten, dass – bei Nichtberücksichtigung von Wissensmanagement-Effekten – die Argumente im Hinblick auf TSI gegen Transparenz sprechen. Die gleiche Schlussfolgerung kann gezogen werden, wenn vergaberechtliche Restriktionen einen Abkauf von TSI durch höhere Angebotspreise verhindern.

Zuletzt sei nochmals darauf hingewiesen, dass der ÖPP-Ansatz grundsätzlich insbesondere in solchen Sektoren sehr gut geeignet ist, in denen das Wissen über Technologien und Inputs kaum verbreitet ist und somit ein höheres Potential für TSI besteht. Allerdings kommt der ÖPP-Ansatz empirisch betrachtet oftmals genau dann zur Anwendung, wenn viel Wissen über Technologien und Inputs vorhanden ist. Vor diesem Hintergrund ist das technisch-systemische Innovationspotential im Straßen- und Hochbau als derzeit wichtigste Anwendungsbereiche des ÖPP-Ansatzes in Deutschland – wie bereits in Kapitel 3 aufgezeigt – als relativ begrenzt anzusehen.[601]

#### 9.1.1.1.2 Vertragsdesign-Innovationen

Innovationen im Bereich des Vertragsdesigns können sich vor allem auf Vertragsklauseln beziehen, welche die Risikoallokation bzw. Haftung, die Sanktionsmechanismen sowie das

[601] In diesem Kontext sei darauf hingewiesen, dass bei den ÖPP-Projekten bei den Bundesfernstraßen (den A- und V-Modellen) kaum ernstzunehmende technisch-systemische Innovationen (hinsichtlich der Lebenszykluskosten) möglich und außerdem bisher empirisch auch nicht beobachtbar sind. Vgl. BRH (2014a, S. 31) und VIFG (2014, S. 38).

Nachverhandlungsdesign usw. regeln. Darüber hinaus können auch Innovationen bei der Finanzierung zu den VDI gezählt werden. Wertvolle VDI zeichnen sich insbesondere durch eine Reduktion der Transaktionskosten bei möglichst beiden Vertragsparteien aus, sodass diese aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive positiv zu bewerten sind. So können zum Beispiel sinnvolle Nachverhandlungsregelungen die Zusammenarbeit im langfristigen ÖPP-Vertrag zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Auftragnehmer verbessern und Transaktionskosten reduzieren. Des Weiteren können VDI als für beide Vertragsparteien wertvoll eingestuft werden, wenn mit ihnen ein besserer Schutz vor opportunistischem Verhalten der jeweils anderen Vertragspartei (also sowohl des privaten Auftragnehmers als auch des öffentlichen Auftraggebers) erreicht wird und damit einhergehend die Transaktionskosten gesenkt werden. Schließlich können VDI in ÖPP-Verträgen (insbesondere bei der Risikoallokation) auch dazu beitragen, dass eine zielgenauere Anreizsetzung für eine kosteneffiziente Leistungserstellung stattfindet. Vertragsdesign-Innovationen können sich allerdings auch als schädlich erweisen. Dabei können schädliche VDI grundsätzlich nach zwei Aspekten unterschieden werden: Einerseits können schädliche VDI (bspw. durch unpassend gestaltete Risikoallokationen und Nachverhandlungsregeln) dazu führen, dass die Vertragsausgestaltung bei beiden oder bei einer der Vertragsparteien die Transaktionskosten erhöht. Andererseits können schädliche VDI einen nachteiligen Verteilungscharakter aufweisen, wenn sie zu einer unangemessenen Übervorteilung einer Vertragspartei zugunsten der anderen Vertragspartei beitragen.

Einen wichtigen Aspekt für die weitere Analyse stellt die Unterteilung der VDI nach deren Entwicklungsebene dar. Zum einen können VDI auf der Ebene des öffentlichen Auftraggebers verortet sein, d.h. sie werden von der öffentlichen Hand und / oder deren privaten Beratern in den ÖPP-Vertrag eingebracht. Zum anderen können VDI auf der Auftragnehmerebene, also seitens der Bieter bzw. von deren Beratern[602], entwickelt werden („Bieter-VDI“). Die ökonomische Analyse konzentriert sich dabei im Folgenden zunächst auf die Ebene der Auftragnehmer und im Anschluss wird sich der Auftraggeberebene zugewandt, wobei dann zum Teil auf bereits erfolgte Ausführungen hinsichtlich der Auftragnehmerebene zurückgegriffen wird.

#### 9.1.1.1.2.1 Auftragnehmerebene

Zunächst ist hinsichtlich der von Bietern eingebrachten VDI anzumerken, dass die Vergabeverfahren für ÖPP-Projekte bei den Bundesautobahnen grundsätzlich so ausgestaltet sind, dass es im Regelfall für die Mehrheit der Bieter nicht möglich ist, Kenntnis über die ggf. eingebrachten Bieter-VDI der anderen Wettbewerber zu erlangen.[603] Allerdings können die zwei zum Schluss verbliebenen BAFO-Bieter gewisse Rückschlüsse auf die jeweils vom anderen BAFO-Bieter eingebrachten VDI ziehen. Zwar besteht die Unsicherheit, ob die VDI im endverhandelten ÖPP-Vertrag möglicherweise auch von der öffentlichen Hand stammen, aber entscheidend ist der Umstand, dass zumindest unter den BAFO-

[602] Im Folgenden wird aus Gründen der Lesbarkeit nur der Begriff Bieter bzw. Unternehmen verwendet, was aber auch deren Berater einbezieht.

[603] Diese Informationen wurden von Praktikern aus der öffentlichen Hand im Rahmen von Experteninterviews genannt.

Bietern die VDI auch ohne eine Veröffentlichung der Allgemeinheit sowieso bekannt werden.[604] Bei von Bietern eingebrachten VDI stellt sich allerdings darüber hinaus die Frage, inwieweit VDI nach Abschluss eines ÖPP-Projektes nicht ohnehin anderen Marktakteuren bekannt werden, weil im Markt eine überschaubare Anzahl von Beratungsunternehmen involviert sind, die bestimmte Sachverhalte weitertragen und somit für eine (faktisch nicht zu unterbindende) Diffusion von VDI sorgen können.[605] Insofern ist die Entscheidung für oder gegen Transparenz bei Bieter-VDI auch vom Grad der zu erwartenden Verbreitung unter den im Markt aktiven Unternehmen abhängig. Wenn – auch ohne Transparenz – eine hohe Verbreitung einer VDI in Zukunft abzusehen ist, dann fügt Transparenz diesbezüglich keinem Bieter einen relevanten wirtschaftlichen Schaden durch das Wegfallen von auf dieser VDI beruhenden Wettbewerbsvorteilen zu. Daher sind für diese Konstellation keine weiteren Analysen notwendig. Wenn zukünftig jedoch eine geringe Verbreitung von VDI zu erwarten ist, dann stellt sich eine konträre Situation ein und es kann die Position vertreten werden, dass in solchen Fällen Transparenz hinsichtlich der Bieter-VDI tendenziell abzulehnen ist.[606] In diesem Kontext bleibt jedoch die schwierige Frage, inwiefern ex ante, d.h. bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung für oder gegen Transparenz, die spätere Verbreitung bei den Unternehmen abschätzbar ist. Diese Aussage gilt allerdings lediglich bei einer geringen späteren Verbreitung von VDI, von der im Folgenden (zumindest implizit) ausgegangen wird, und stellt selbst für diesen Fall nur ein Zwischenergebnis dar.

Es könnte argumentiert werden, dass eine Veröffentlichung von ÖPP-Verträgen und die damit verbundene Entwertung der möglicherweise darin enthaltenden Bieter-VDI in einer dynamischen Sichtweise zu einer Reduktion der Innovationsgenerierung führt. An dieser Stelle sei jedoch auf die Ausführungen zu TSI in Abschnitt 9.1.1.1.1 verwiesen, sodass von einer umfangreichen Innovationsreduktion auch in diesem Fall grundsätzlich nicht auszugehen ist, weil die Unternehmen die Entwertung ex ante in ihre Angebote einpreisen und somit für die VDI von der öffentlichen Hand – sofern keine vergaberechtlichen Restriktionen entgegenstehen – (mit-)vergütet werden. Daher können je nach Perspektive – wie bereits im vorherigen Abschnitt zu den TSI dargestellt – die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand negativ oder positiv betroffen sein, was dann entsprechend gegen oder für Transparenz spricht. Somit bestehen bei der Transparenz hinsichtlich ÖPP-Verträgen auch im Zusammenhang mit VDI zwischen der wirtschaftlichen Betroffenheit der Unternehmen und den fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand „Verbindungslinien". In diesem Kontext ist jedoch kritisch zu hinterfragen, welche Anreize bei den Unternehmen für die Generierung von VDI bestehen, die nicht nur für den privaten Auftragnehmer, sondern auch aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers als sinnvoll einzuordnen sind. Es ist anzunehmen, dass Unternehmen dem öffentlichen Auftraggeber neben ausschließlich transaktionskostenreduzierenden VDI auch relativ viele Vertragsklauseln vorschlagen werden, die dem privaten Auftragnehmer im langfristigen Vertragsverhältnis Vorteile zulasten der

---

[604] Dies ist der Fall, weil die beiden BAFO-Bieter zunächst jeweils unabhängig voneinander Änderungen am Vertragsentwurf vorschlagen können. Die BAFO-Angebote werden letztendlich jedoch auf Basis eines einheitlichen von der öffentlichen Hand überarbeiteten Vertrags abgegeben, der sowohl Änderungen der BAFO-Bieter als auch der öffentlichen Hand enthalten kann.

[605] Vgl. CGD (2014, S. 18).

[606] In diesem Kontext bleibt jedoch die schwierige, hier nicht näher betrachtete Frage, inwiefern ex ante, d.h. bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung für oder gegen Transparenz, die spätere Verbreitung bei den Unternehmen abschätzbar ist.

öffentlichen Hand bieten. Somit dürfte es wohl insgesamt eine relativ begrenzte Anzahl gesamtwirtschaftlich wertvoller Bieter-VDI geben. Damit einhergehend ist davon auszugehen, dass eine nicht irrelevante Anzahl gesamtwirtschaftlich schädlicher Bieter-VDI entwickelt werden, bei denen mitunter jedoch nicht die Anzahl ausschlaggebend ist, sondern dass insbesondere einzelne Bieter-VDI sehr starke negative Effekte nach sich ziehen können. Vor diesem Hintergrund ist der Argumentation, dass eine Veröffentlichung von ÖPP-Verträgen eine geringere Innovationsgenerierung beim Vertragsdesign nach sich ziehen könnte, entgegenzuhalten, dass eine reduzierte Innovationstätigkeit in diesem Bereich sogar als Vorteil einzustufen sein könnte, wenn aus gesamtwirtschaftlicher Sicht mehrheitlich schädliche statt wertvoller VDI von Unternehmen entwickelt werden.

Im Kontext von Bieter-VDI ist zu beachten, dass es generell einen relativ geringen Wissensstand hinsichtlich der Ausgestaltung und Wirkung von Vertragsregeln aufseiten der öffentlichen Hand bei komplexen ÖPP-Projekten gibt. Vor diesem Hintergrund besteht die Gefahr einer Benachteiligung des öffentlichen Auftraggebers durch den privaten Auftragnehmer im Rahmen eines ÖPP-Projektes. Für die öffentliche Hand ist die Beurteilung der möglichen Konsequenzen aus VDI zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ggf. eine große Herausforderung. Häufig dürfte die öffentliche Hand von den Bietern eingebrachte VDI erst bewerten können, wenn es während der langen Vertragslaufzeit im ÖPP-Projekt aufgrund bestimmter Ereignisse zur Bewährungsprobe der entsprechenden Vertrags- und Finanzierungsklauseln kommt. Im Kontext von etwaigen Wissensdefiziten aufseiten der öffentlichen Hand kommt erschwerend hinzu, dass Auftraggeber oftmals auch die Performance der eigenen Berater, welche die von Bietern vorgeschlagenen VDI prüfen, nicht adäquat beurteilen können. In diesem Zusammenhang ermöglicht Transparenz nach Abschluss des ÖPP-Vergabeverfahrens eine ex post Kontrolle durch die Gesellschaft. Damit einhergehend werden bereits ex ante Anreize zur vorsichtigeren An- bzw. Verwendung der von den Unternehmen vorgeschlagenen VDI etabliert, sodass aus dieser Sicht Transparenz eindeutig zu begrüßen ist. Die Beurteilungsproblematik führt auch dazu, dass die Abgrenzung zwischen den erwähnten gesamtwirtschaftlich wertvollen und schädlichen Bieter-VDI für die öffentliche Hand schwierig sein dürfte. Dabei betreffen solche (auch nur scheinbar innovativen) Vertragsklauseln in aller Regel die wirtschaftliche Umsetzung von Vorhaben im öffentlichen Bereich, was grundsätzlich für Transparenz, die eine bessere gesellschaftliche Kontrolle ermöglicht, spricht. Falls doch – von den Abgrenzungsproblemen abstrahierend – gesamtwirtschaftlich wertvolle VDI vorliegen sollten, ist in diesem Fall dem Wissensmanagement im öffentlichen Sektor eine hohe Relevanz beizumessen, was ebenfalls Transparenz vorteilhaft erscheinen lässt.

Schließlich gäbe es, wenn Bieter-VDI intransparent bleiben würden, eine Umgehungsproblematik hinsichtlich der von der öffentlichen Hand (und deren Beratern) entwickelten Vertrags- und Finanzierungsklauseln. Denn diese könnten dann vom öffentlichen Auftraggeber aus opportunistischen Gründen als Bieter-VDI deklariert werden, um deren Veröffentlichung zu verhindern. Auch dieser Aspekt spricht für Transparenz bei Bieter-VDI. Zu dieser Umgehungsproblematik kann außerdem noch die Schwierigkeit der Zuordnung der VDI zum Bieter oder zum öffentlichen Auftraggeber hinzukommen, weil davon auszugehen ist, dass die im ÖPP-Vergabeverfahren von den Bietern eingebrachten VDI oftmals auch unter Mitwirkung der öffentlichen Hand entwickelt werden. Wenn der öffentliche Auftraggeber ohnehin an der Entstehung der VDI beteiligt gewesen ist, könnten die VDI auch der öffentlichen Hand zugeordnet werden. Bei einer Zuordnung zur öffentlichen Hand stellt sich die Frage,

wie hinsichtlich der Transparenz zu entscheiden ist, was im nächsten Abschnitt zur Auftraggeberebene behandelt wird.

Bei einer Gesamtbetrachtung der vorgestellten Aspekte gibt es letztendlich auf der einen Seite nur eher schwache Argumente für eine Geheimhaltung und auf deren anderen Seite gewichtige Argumente für Transparenz bei den von Bietern und / oder deren Beratern im Rahmen eines ÖPP-Vergabeverfahrens eingebrachten Vertrags- und Finanzierungsklauseln.

#### 9.1.1.1.2.2 Auftraggeberebene

Auf der Ebene des öffentlichen Auftraggebers geht es um von der der öffentlichen Hand selbst entwickelte innovative Vertrags- und Finanzierungsklauseln („ÖH-VDI").[607] Die Entwicklung kann einerseits direkt durch den jeweiligen öffentlichen Auftraggeber geschehen oder andererseits auch durch eine öffentliche Wissensmanagement-Organisation erfolgen.[608] Grundsätzlich spricht bei den von der öffentlichen Hand eigenständig entwickelten Vertragsdesign-Innovationen viel für Transparenz. Zunächst kann das damit begründet werden, dass die Ausarbeitung der ÖH-VDI vollständig im öffentlichen Bereich stattfindet, sodass im Rahmen des Entstehungsprozesses solcher Innovationen keine wirtschaftlichen Interessen von Bietern oder Beratungsunternehmen im Sinne einer Entwertung von Innovationen tangiert werden. Es kommt hinzu, dass Transparenz bei ÖPP-Verträgen und den darin enthaltenen von der öffentlichen Hand entwickelten VDI die Entstehung von vertraglichen Standards im ÖPP-Markt positiv beeinflussen kann.[609] Außerdem kann Transparenz die Entwicklung und Verwendung von ÖH-VDI, deren (Aus-)Wirkungen nicht adäquat beurteilt werden können, aufgrund der gesellschaftlichen Kontrolle verhindern, denn die Verantwortlichen der öffentlichen Hand müssen eher befürchten, für mögliche negative Konsequenzen der ÖH-VDI öffentlich sanktioniert zu werden. Dieser Effekt dürfte hingegen bei ÖH-VDI, deren ausschließlich positiven (Aus-)Wirkungen hinreichend sicher bewertbar sind, nicht auftreten, sodass Transparenz tendenziell eher zur Entwicklung und Verwendung von wertvollen ÖH-VDI beiträgt.[610]

Des Weiteren ist grundsätzlich fraglich, inwieweit die öffentliche Hand durch das Bekanntwerden der ÖH-VDI einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden erfahren kann. Dies wäre eigentlich nur vorstellbar, wenn der öffentliche Auftraggeber mit dem in die ÖH-VDI eingeflossenen Wissen selbst am Beratungsmarkt aktiv ist. In diesem Kontext wäre bspw. denkbar, dass ein öffentlicher Auftraggeber seine bei ÖPP-Vorhaben generierten innovativen Vertrags- und Finanzierungsklauseln im Rahmen von Beratungstätigkeiten an andere Gebietskörperschaften gegen eine (dem Haushalt zufließende) Vergütung zur Verfügung stellt. Dies wäre nicht mehr möglich, wenn die ÖH-VDI veröffentlicht und

---

[607] Von den Beratern der öffentlichen Hand eingebrachte innovative Vertrags- und Finanzierungsklauseln werden in Kapitel 10 betrachtet. Siehe hierzu die Ausführungen zur Strukturierung der Analysen in Unterkapitel 8.4.

[608] Siehe zur Thematik einer öffentlichen Wissensmanagement-Organisation im Allgemeinen auch Abschnitt 2.3.2.

[609] Dieser Aspekt der positiven Beeinflussung bei der Entstehung von Standards gilt auch für Bieter-VDI. Die Erwähnung erfolgt erstmals an dieser Stelle, weil es hinsichtlich des Wissensmanagements im öffentlichen Sektor besser zur Ebene der öffentlichen Auftraggeber passt.

[610] Vgl. HOOD (2007, S. 197 ff.) hinsichtlich des Arguments, dass die Gefahr einer öffentlichen Sanktionierung Auswirkungen auf das Akteursverhalten im öffentlichen Bereich haben kann. Andererseits ist zu beachten, dass dieses risikoaverse Verhalten dazu führen kann, dass einige in der Bewertung unsichere, aber ggf. tatsächlich doch wertvolle VDI von der öffentlichen Hand nicht entwickelt und verwendet werden.

allgemein zugänglich sind. Es würde folglich ein wirtschaftlicher Schaden für die jeweilige öffentliche Einrichtung entstehen. Allerdings ist es als recht unwahrscheinlich einzustufen, dass die öffentliche Hand in diesem Bereich des Beratungsmarktes als gewinnorientierter Akteur tätig wird.[611]

Vor diesem Hintergrund gibt es gewichtige Argumente für Transparenz in Bezug auf die von der öffentlichen Hand eigenständig entwickelten VDI. Es erscheint also eine Transparenzvorgabe sinnvoll, die eine komplette Veröffentlichung der ÖH-VDI vor der erstmaligen Verwendung in einem ÖPP-Vertrag vorschreibt.

#### 9.1.1.1.3 Vergütungs- und Finanzdaten

Der letzte hier betrachtete Aspekt betrifft die Vergütungs- und Finanzdaten (VFD), welche insbesondere diejenigen Zahlen im ÖPP-Vertrag und in den weiteren Vertragsgrundlagen wie bspw. dem Angebot des siegreichen Bieters umfassen, die einen deutlichen Bezug zu Vergütungsstruktur, Vergütungszahlungen, Vertragsstrafen, Bonus-Malus-Mechanismen, Preis- und Kostenkalkulationen, Finanzierungskonditionen usw. aufweisen. Denkbar ist in diesem Kontext, dass ein Bekanntwerden von Vergütungs- und Finanzdaten einen negativen Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der Bieter haben könnte. So können VFD im ÖPP-Vertrag durchaus Teile der Angebots-, Verhandlungs- und Geschäftsstrategie des jeweils siegreichen Bieters reflektieren und damit durch eine Offenlegung den Konkurrenten wertvolle Informationen liefern.[612] Wenn aus Bietersicht schutzwürdige VFD durch eine Offenlegung betroffen sind, kann dies zu einer Veränderung des Bieterverhaltens führen. Bieter könnten in dem Wissen, dass durch die Veröffentlichung des ÖPP-Vertrags Teile ihrer Wettbewerbsstrategie bekannt werden, die Offenlegung der VFD bereits vorab preiserhöhend einkalkulieren, was im Endeffekt auch zu einer Beeinträchtigung der fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand führen kann.[613] Dies zeigt wiederum den Wirkzusammenhang der „Verbindungslinien“ auf, weil ausgehend vom aus Bietersicht nicht adäquat gewährten Schutz der VFD mittelbar auch die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand betroffen sind. Weiterhin ist in Bezug auf das Wettbewerbsverhalten der Bieter vorstellbar, dass eine Veröffentlichung von VFD auf Dauer explizite und implizite Kollusion unter Bietern unterstützt, was eine Reduktion der Wettbewerbsintensität in den ÖPP-Vergabeverfahren und damit einhergehend ungünstigere Ausschreibungsergebnisse zur Folge hätte.[614]

Nichtsdestotrotz können durch Transparenz in Bezug auf Vergütungs- und Finanzdaten auch als positiv einzustufende Effekte auftreten. Letztendlich betreffen jene Daten die Wirtschaftlichkeit bzw. Effizienz im öffentlichen Sektor und damit einen Bereich, in dem die Rationalität für eine umfassende Kontrolle

---

[611] Selbst für den Fall, dass die öffentliche Hand in diesem Bereich als gewinnorientierter Akteur tätig ist, ist der Abwägung des schutzwürdigen Interesses bei den ÖH-VDI mit dem allgemeinen Transparenzinteresse eine hohe Bedeutung beizumessen.

[612] Vgl. CGD (2014, S. 17), die insbesondere darauf hinweisen, dass der ÖPP-Vertrag Kosteninformationen enthalten kann, die auch ein Element des Geschäftsmodells ausmachen können.

[613] Alternativ wäre auch denkbar, dass die Offenlegung von VFD in ÖPP-Verträgen mit einem Abschreckungseffekt einhergeht und sich daher weniger Bieter an der Ausschreibung beteiligen. Vgl. AMOS / MCDONAGH (2004, S. 12).

[614] Vgl. WEISHAAR (2013, S. 29-35) für grundsätzliche Ausführungen zu Kollusion und vor allem Kartellen im Kontext von öffentlichen Ausschreibungen. Hier sei insbesondere auf die Gefahr eines Kalkulationskartells oder Kalkulationsmethoden-Kartells hingewiesen, weil Bieter sich besser auf eine einheitliche Kalkulationsmethode verständigen bzw. die entsprechende Einhaltung kontrollieren können.

durch die Öffentlichkeit bzw. die Bürger und Steuerzahler besonders ausgeprägt ist.[615] In erster Linie dürfte dies die im ÖPP-Vertrag fixierte Vergütungsstruktur betreffen.[616] Dies ist von besonders hoher Relevanz, weil mit den Informationen zur Vergütungsstruktur die Höhe des privaten Kapitalanteils genauer abgeschätzt werden kann, welche maßgeblich die Wirkungskraft des Fehlanreizes zur Schuldenbremsenumgehung im Rahmen von ÖPP-Projekten bestimmt.[617] Wenn diese Informationen öffentlich zugänglich sind, kann gesellschaftliche Kontrolle diesem opportunistischen Verhalten der öffentlichen Hand besser entgegenwirken.

Insgesamt dürfte eine recht hohe Unsicherheit über den „Saldo" der Vor- und Nachteile in Bezug auf die Transparenz hinsichtlich der Vergütungs- und Finanzdaten in ÖPP-Verträgen vorherrschen. Daher sollten im Einzelfall sowohl die negativen als auch positiven Transparenzeffekte im Rahmen einer Abwägung bei der Entscheidung über die Veröffentlichung von in ÖPP-Verträgen enthaltenen VFD adäquat berücksichtigt werden. Insbesondere bei der als ein spezieller Teil der Vergütungs- und Finanzdaten einzuordnenden Vergütungsstruktur sollte zudem den gewichtigen Argumenten für Transparenz Rechnung getragen werden.

#### 9.1.1.1.4 Fazit

Als Fazit der ökonomischen Analyse kann zunächst übergeordnet festgehalten werden, dass die Wirkungsbereiche von Transparenz bezüglich ÖPP-Verträgen danach differenziert werden können, ob technisch-systemische Innovationen, Vertragsdesign-Innovationen oder Vergütungs- und Finanzdaten betroffen sind. Aus ökonomischer Sicht sprechen bei technisch-systemischen Innovationen überwiegend Argumente gegen Transparenz. Dies ist hauptsächlich aufgrund der negativen Auswirkungen auf die Anreize zur Innovationsgenerierung der Fall, wobei in den derzeit wichtigsten Anwendungsbereichen des ÖPP-Ansatzes in Deutschland (dem Hoch- und Straßenbau) das Potential für technisch-systemische Innovationen keinesfalls überschätzt werden sollte. Allerdings dürften die Unternehmen die Innovationstätigkeit auch bei Transparenz bezüglich ÖPP-Verträgen keineswegs vollständig einstellen, sofern sie über höhere Preise in den Angeboten für die Innovationsgenerierung (mit-)vergütet werden können und dies nicht durch das von öffentlichen Auftraggebern zu beachtende Vergaberecht verhindert wird. Des Weiteren könnte Transparenz zwar einen Beitrag zum Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand leisten, aber dieser Aspekt wird im Rahmen dieser Arbeit bei der Thematisierung von technisch-systemischen Innovationen nicht berücksichtigt.

Bei den Vertragsdesign-Innovationen kann zwischen der Auftragnehmer- und Auftraggeberebene unterschieden werden. Bei den auf der Auftragnehmerebene (also von den Bietern bzw. deren Beratern) entwickelten Vertragsdesign-Innovationen gibt es bei einer ökonomischen Gesamtbetrachtung kaum Bedenken gegen Transparenz, weil deren Veröffentlichung die Reduktion von

---

[615] Vgl. WBI (2013, S. 9-12 und S. 23) und HOOD / FRASER / MCGARVEY (2006, S. 53). Letztere stellen dabei vor allem auf die Risiken für den Haushalt ab. Des Weiteren siehe ICIC (2017), die vor diesem Hintergrund für mehr Offenheit bei Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen im öffentlichen Bereich wie bspw. bei Infrastrukturvorhaben plädieren.

[616] Hierbei kann kritisch hinterfragt werden, inwieweit solche Informationen zu späteren Zeitpunkten nicht ohnehin öffentlich werden.

[617] Siehe zur Thematik des Einbezugs privaten Kapitals und der Schuldenbremsenumgehung mit ÖPP auch Abschnitt 2.2.2.

Opportunismuspotentialen ermöglicht und eventuell auftretende negative Auswirkungen auf die Anreize zur Innovationsgenerierung in diesem Bereich als nicht kritisch einzustufen sind. Bei vom öffentlichen Auftraggeber eigenständig entwickelten Vertragsdesign-Innovationen ist die Rationalität für Transparenz nochmals stärker ausgeprägt, weil es aus ökonomischer Perspektive neben den Vorteilen keine stichhaltigen Argumente gegen die Veröffentlichung dieser Art von Innovationen gibt.

Im Bereich der Vergütungs- und Finanzdaten ist wegen der großen Unsicherheit über das Ausmaß der potentiellen negativen und positiven Effekte infolge von Transparenz hingegen keine eindeutige Aussage für oder gegen Transparenz möglich. Hinsichtlich der vertraglich festgelegten Vergütungsstruktur als ein spezieller Teil der Vergütungs- und Finanzdaten spricht allerdings einiges für Transparenz.

Abschließend sei nochmals auf den Aspekt der „Verbindungslinien" hingewiesen, der den Zusammenhang beschreibt, dass Transparenz hinsichtlich der von Bietern entwickelten Innovationen sowie der Vergütungs- und Finanzdaten im Endeffekt auch einen Einfluss auf die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand haben kann.

### 9.1.1.2 Status quo: Rechtslage und Praxis

#### 9.1.1.2.1 Der allgemeine Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im speziellen Kontext von ÖPP-Projekten

In diesem Abschnitt wird mit der Analyse des Status quo hinsichtlich Rechtslage und Praxis bei der Transparenz von ÖPP-Verträgen und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der zweite Schritt der in Abschnitt 8.3.3 vorgestellten Vorgehensweise durchgeführt.[618] Bei der Rechtslage wird gegenüber den allgemeinen Ausführungen in Abschnitt 6.1.3.1 hier nun der spezielle Bezug zu (ÖPP-)Verträgen oder ähnlichen Fällen hergestellt. Im IFG ist der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in § 6 S. 2 geregelt. Durch die bisherige Rechtsprechung ist der Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse juristisch geformt und vier Tatbestandsmerkmale müssen kumulativ erfüllt sein.[619] Im Kontext von ÖPP-Projekten und den damit verbundenen langfristigen Vertragsverhältnissen zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen ist somit Folgendes zu überprüfen:

- Damit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse potentiell vorliegen können, müssen die über das IFG angeforderten Informationen sich zunächst auf ein Unternehmen beziehen, was bei einem ÖPP-Vertrag und dem darin als Vertragspartner auftretenden privaten ÖPP-Auftragnehmer der Fall ist.
- Des Weiteren darf keine Offenkundigkeit der Informationen vorliegen. Der ÖPP-Auftragnehmer muss also sicherstellen, dass nur ein eingeschränkter Personenkreis den ÖPP-Vertrag kennt. Dies dürfte in der Regel der Fall sein, allerdings stellt dies im Vergleich zur KBV wegen der höheren Anzahl an Beteiligten (z.B. aufgrund des Einbezugs verschiedener Berater) eine

[618] Dieser Abschnitt basiert maßgeblich auf BECKERS / KÜHLING / RYNDIN (2017, S. 17 f.).

[619] Siehe hierzu auch die Ausführungen in Abschnitt 6.1.3.1.

größere Herausforderung dar. Mitunter ist somit in Bezug auf den ÖPP-Markt nicht vollständig auszuschließen, dass zumindest Teile von ÖPP-Verträgen in der Branche zirkulieren.

- Weiterhin muss der ÖPP-Auftragnehmer ein erkennbares Interesse an einer Nichtverbreitung der Informationen bzw. des ÖPP-Vertrags haben. Dieser (subjektive) Geheimhaltungswille muss nicht explizit geäußert werden, sondern kann auch implizit aufgrund eines entsprechenden Verhaltens des Unternehmens angenommen werden. Wenn es sich tatsächlich um aus Sicht der Unternehmen schützenswerte Informationen in ÖPP-Verträgen handelt, dann ist auch von einem Geheimhaltungswillen auszugehen.
- Zuletzt muss ein berechtigtes (objektives) Interesse beim ÖPP-Aufragnehmer an der Nichtverbreitung des ÖPP-Vertrags bestehen. Dies ist – wie bereits in Abschnitt 6.1.3.1 gezeigt – der entscheidende Aspekt. Denn die ersten drei Kriterien dürften bei einem ÖPP-Vertrag erfüllt sein, aber das Vorliegen eines berechtigten (objektiven) Geheimhaltungsinteresses kann nicht pauschal bewertet werden.

Die Ausführungen im vorherigen Abschnitt stellen gewissermaßen die ökonomische Analyse zu diesem entscheidenden vierten Kriterium dar.

#### 9.1.1.2.2 Rechtsprechung zu Verträgen und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Kontext des Bundes-IFG

Konkrete Rechtsprechung zur Frage der Veröffentlichung von ÖPP-Verträgen im Bereich der Fernstraßen und des Hochbaus und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Kontext von Informationsfreiheitsgesetzen liegt bislang nicht vor. Daher wird im Folgenden auf einige Gerichtsurteile zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Verträgen in anderen Bereichen eingegangen, um einige Aspekte aufzuzeigen, die auch aus ökonomischer Sicht für ÖPP-Verträge bei Fernstraßen und Hochbau relevant sein könnten (z.B. was konkret veröffentlicht bzw. geschwärzt wurde). Außerdem vermitteln die Ausführungen zu den Fällen einen praktischen Eindruck zum Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Verträgen im Zuge der Rechtsprechung. Als erstes wird auf den IFG-Fall zum Vertrag über Entwicklung, Errichtung und Betrieb eines Lkw-Mautsystems zwischen dem Bundesverkehrsministerium und dem Betreiberkonsortium Toll Collect („Toll-Collect-Vertrag“) eingegangen. Dieser Fall ist von Interesse, weil Toll Collect als ÖPP einzuordnen ist.[620] Es folgen drei Gerichtsurteile zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Kontext des § 6 S. 2 IFG. Im Anschluss werden einige Fälle im Zusammenhang mit den Informationsfreiheitsgesetzen auf Landesebene beleuchtet.

***DER IFG-FALL ZUM TOLL-COLLECT-VERTRAG***

In dem IFG-Fall zum Mautbetreibervertrag zwischen dem Bundesverkehrsministerium und dem das Lkw-Mautsystem betreibenden Konsortium Toll Collect wurde vom Gericht kein Informationszugang zum Vertrag und dessen Anlagen gewährt.[621] Diese Urteilsentscheidung wurde damit begründet, dass die Veröffentlichung dieser Informationen gemäß § 3 Nr. 1 lit. g IFG negative Auswirkungen auf die

[620] Vgl. BECKERS / RYNDIN / WEIß (2018, S. 21 und S. 27) und KRUMM (2013, S. 396 und S. 398).
[621] Vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 11.06.2008 mit dem Aktenzeichen 2 A 69.07.

Durchführung eines laufenden Gerichtsverfahrens, wozu die beiden laufenden Schiedsgerichtsverfahren zwischen dem Bundesverkehrsministerium und dem Toll-Collect-Konsortium zu zählen sind, haben kann. Das Bundesverkehrsministerium hatte des Weiteren auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als Ablehnungsgrund aufgeführt.[622] Über die Fragestellung, inwieweit schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Toll Collect in dem Vertrag enthalten sind, musste das Gericht jedoch nicht mehr entscheiden, weil die vollständige Urteilsfindung über die Norm § 3 Nr. 1 lit. g IFG ausreichte.

In dem umstrittenen Toll-Collect-Fall hat der BfDI seine Einsichtsbefugnis wahrgenommen und die daraufhin stattgefundene inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Bundesverkehrsministerium in seinem ersten Tätigkeitsbericht dargestellt.[623] In diesem Tätigkeitsbericht wird auch auf die Thematik der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Kontext von Toll Collect eingegangen. So äußerte der BfDI nach Einsicht in die Unterlagen die Erkenntnis, dass zumindest der Vertrag inklusive Ergänzungsvereinbarungen grundsätzlich zugänglich gemacht werden kann. Dabei wären zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen allenfalls Angaben zu Entgelthöhen, Vertragsstrafen u.Ä. zu schwärzen gewesen. Das Bundesverkehrsministerium argumentierte daraufhin damit, dass der Vertrag in umfangreichem Maße Angaben zur Funktionsweise des Mautsystems sowie zu Finanzierung, Errichtung und Betrieb enthielte, die technisches Know-how bzw. kaufmännische Daten darstellten.[624] Eine Offenlegung des Vertrags würde den Konkurrenten des Toll-Collect-Konsortiums wettbewerbliche Vorteile bringen und daneben zu einer Schwächung seiner Verhandlungsposition mit potentiellen weiteren Auftraggebern führen. Im Übrigen würde dem Ministerium auch das notwendige Wissen zum Schwärzen der schützenswerten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fehlen. Auf Grundlage dieser Argumentation war das Bundesverkehrsministerium trotz der Stellungnahme des BfDI nur bereit, zwei einzelne Vertragsregelungen (Vertraulichkeitsklausel und Schiedsabrede) zugänglich zu machen. Für diese restriktive Handhabung des IFG seitens des Bundesverkehrsministeriums wurde dann von dem BfDI formal eine Beanstandung ausgesprochen.[625] Denn aus Sicht des BfDI beinhalten die Klauseln im Toll-Collect-Vertrag keine technisch-systemischen oder betriebswirtschaftlichen Details zum Lkw-Mautsystem. Vielmehr handele es um eher typische Vertragsklauseln sowie sonstige Regelungen zu den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien. Im Hinblick auf die Wettbewerbssituation von Toll Collect sei zudem festzustellen, dass in Deutschland für Toll Collect keinerlei Konkurrenzverhältnis ersichtlich sei und sich allenfalls auf dem internationalen Markt für Mauterhebungssysteme die Wettbewerbsposition in zukünftigen Ausschreibungen verschlechtern könnte. Dies dürfte jedoch allerhöchstens auch nur der Fall sein, wenn die im Vertrag konkret bezifferten Angaben zu Entgelthöhen, Vertragsstrafen u.Ä. nicht geschwärzt würden.

---

[622] Vgl. BFDI (2008, S. 57).

[623] Vgl. BFDI (2008, S. 57 ff.).

[624] Gemäß BERGER / ROTH / SCHEEL (2006, S. 188 f.) ist zwar durchaus von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Toll-Collect-Vertrag auszugehen, weil darin Informationen zu technischen Prozessen oder Marketingstrategien enthalten sein könnten. Für die Klassifizierung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist allerdings letztendlich das Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Geheimhaltung entscheidend.

[625] Siehe für das Instrument der Beanstandung Abschnitt 6.1.1.4.

***WEITERE IFG-FÄLLE MIT BEZUG ZU BETRIEBS- UND GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN IM KONTEXT VON VERTRÄGEN***

Im IFG-Fall zur Rahmenvereinbarung zwischen dem BMI und der Bundesdruckerei hat das Gericht einen geringfügigen, teilweisen Informationszugang gestattet.[626] Lediglich die Laufzeitvereinbarung und übliche formale Klauseln (z.B. die salvatorische Klausel, das Schrifterfordernis usw.) waren dem Antragsteller zugänglich zu machen. Die damals privatisierte Bundesdruckerei stehe national und international im Wettbewerb. Das Bekanntwerden der Informationen aus der Rahmenvereinbarung würde ihre Wettbewerbsposition schwächen. Daher seien die restlichen Klauseln der Rahmenvereinbarung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bundesdruckerei zu schützen. Beispielhaft sei an dieser Stelle auf die Ausführungen des Gerichts zu zwei konkreten Klauseln eingegangen: Die Klauseln zu den Vorhaltepflichten bezüglich Anlagen und Personal seien schützenswert, weil ein Bekanntwerden dieser die Verhandlungsposition der Bundesdruckerei mit anderen Auftraggebern verschlechtern und sich auch nachteilig in Verhandlungen mit Zulieferern auswirken könne. Des Weiteren seien konkrete Vertragspflichten umfassende Klauseln nicht zu veröffentlichen, da es sich dabei für Konkurrenten um interessante Vertragsgestaltungen handele, die Rückschlüsse auf die Verhandlungsmacht zulassen.

Der Rahmenvertrag für Büro- und Geschäftsbedarf zwischen dem Deutschen Bundestag und einem entsprechenden Fachhandelsunternehmen und insbesondere die Preise für die von Abgeordneten bestellten Montblanc-Schreibgeräte waren ebenso Gegenstand der IFG-Rechtsprechung.[627] In diesem Fall hat das Gericht das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen des Unternehmens verneint. Die Offenlegung von Informationen über (einzelne) Produktpreise könne keine nachteiligen Effekte auf dessen Wettbewerbsposition in aktuellen oder zukünftigen Vergabeverfahren bewirken, denn aus diesen Informationen ließen sich keine Rückschlüsse auf die dem gesamten Angebot zugrundeliegende Kalkulation ziehen. Zudem bestehe für das betroffene Fachhandelsunternehmen als Rahmenvertragspartner des Deutschen Bundestages innerhalb des gültigen Vertrags kein direktes Wettbewerbsverhältnis mit anderen Konkurrenten.

Der letzte Fall im Bereich des IFG des Bundes betrifft die Veröffentlichung bestimmter Informationen (die sogenannte Mehrerlösabschöpfung[628]) im Rahmen der Regulierung von Stromverteilnetzbetreibern durch die Bundesnetzagentur.[629] Das Gericht entschied, dass die begehrten Informationen keine schützenswerten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Stromverteilnetzbetreibers darstellen und deshalb zu veröffentlichen sind. Dies wurde maßgeblich damit begründet, dass ein Verteilnetz ein natürliches Monopol darstellt und in diesem Fall der Netzbetreiber keinem (auch keinem potentiellen) Wettbewerb ausgesetzt ist.[630]

---

[626] Vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 10.09.2008 mit dem Aktenzeichen 2 A 167.06.

[627] Vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 11.11.2010 mit dem Aktenzeichen 2 K 35.10.

[628] Im Rahmen der Mehrerlösabschöpfung werden überhöhte vom Netzbetreiber erlangte Netzentgelte an die Nutzer (teilweise) zurückgeführt.

[629] Vgl. HAMMERSTEIN / JAHN / GRAICHEN (2018, S. 14) und das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 25.02.2016 mit dem Aktenzeichen 13 K 5017/13.

[630] Diese Einschätzung des Gerichts kann aus ökonomischer Sicht durchaus hinterfragt werden, da im Stromnetzverteilnetzbereich in regelmäßigen Abständen Konzessionsvergaben im Rahmen von

***EXKURS: RECHTSPRECHUNG ZU VERTRÄGEN UND DEM SCHUTZ VON BETRIEBS- UND GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN IM KONTEXT DER INFORMATIONSFREIHEITSGESETZE DER LÄNDER***

Im Folgenden werden Fälle zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei Verträgen im Kontext von Informationsfreiheitsgesetzen auf Landesebene beleuchtet. Da die Informationsfreiheitsgesetze einiger Länder eine Abwägungsklausel vorsehen, sind bestimmte gerichtliche Ausführungen zum Informationsinteresse besonders beachtenswert. Ein Urteil im Kontext des Informationsfreiheitsgesetzes des Landes Berlin betrifft die Tarifgenehmigung bei der Berliner Straßenreinigung (BSR).[631] Das Gericht bejahte die Akteneinsicht in die Genehmigungsvorgänge bei den Abfall- und Straßenreinigungstarifen inklusive der entsprechenden Kalkulationsgrundlagen. Dies wird wie folgt begründet: Zum einen stünde die BSR bei dieser hoheitlichen Tätigkeit nicht im Wettbewerb, sondern hätte eine Monopolstellung inne. Zum anderen würde eine Offenlegung der begehrten Informationen auch zu keiner Schwächung der wettbewerblichen Position der BSR in ihren anderen gewerblichen Bereichen führen. Ferner wird auf das Informationsinteresse der Öffentlichkeit eingegangen: Ausgangspunkt müsse hierfür der mit dem Gesetz verfolgte Zweck sein, der u.a. in der Stärkung der Kontrolle staatlichen Handelns liege. Die BSR unterliegt in ihrem Monopolbereich regulatorisch vor allem dem vom Land Berlin durchgeführten Tarifgenehmigungsverfahren. Das Urteil spricht dem Informationsinteresse in dieser Konstellation eine besonders hohe Bedeutung zu, damit die Öffentlichkeit die ordnungsgemäße Nutzung dieses wichtigen Kontrollinstruments überprüfen kann.

Ein weiterer relevanter Fall ist das Gerichtsverfahren zur Veröffentlichung von Wärmelieferungsverträgen zwischen einem Landkreis in Schleswig-Holstein und einem Energieversorgungsunternehmen.[632] Diese Wärmelieferungsverträge enthalten Informationen mit Bezug zum Geschäft des Energieversorgungsunternehmens wie bspw. Preise, Preisänderungsklauseln, Vertragslaufzeiten und Haftungsregeln. Allerdings sei für das Gericht nicht zu erkennen, dass die Offenlegung der Verträge die Wettbewerbsposition des betroffenen Unternehmens gegenüber Konkurrenten erheblich verschlechtert. Es seien auch keine Rückschlüsse auf Gewinnmargen, Kalkulationsgrundlagen o.Ä. möglich. Aufgrund der Abwägungsklausel im schleswig-holsteinischen IFG geht das Gericht zudem noch auf das Informationsinteresse der Öffentlichkeit ein: Anknüpfungspunkt ist wieder der Zweck des Gesetzes, das eine erhöhte Transparenz und damit einhergehend eine verbesserte Nachvollziehbarkeit hinsichtlich Entscheidungen von Politik und Verwaltung ermöglichen soll. Die Veröffentlichung der Verträge mit den Informationen zu Wärmepreisen, Nutzungsentgelten, Vertragslaufzeiten usw. ließe eine gesellschaftliche Kontrolle im Hinblick auf eine ordnungsgemäße und wirtschaftliche Verwendung von Haushaltsmitteln bei den Wärmelieferungsverträgen zu.

---

Ausschreibungswettbewerben durchgeführt werden, wodurch ein potentieller Wettbewerb in dem natürlichen Monopolbereich entstehen kann. Vgl. SAUER (2012, S. 61 f. und S. 79-97).

[631] Vgl. das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 02.10.2007 mit dem Aktenzeichen 12 B 9/07.

[632] Vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts Schleswig-Holstein vom 31.08.2004 mit dem Aktenzeichen 6 A 245/02.

Ein interessanter Fall im Kontext des Informationsfreiheitsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen beschäftigt sich mit dem Originalvertrag der Cross-Border-Leasing-Transaktionen zwischen der Stadt Gelsenkirchen und amerikanischen Vertragspartnern.[633] Inhaltlich ist dieser Fall vor allem deswegen von Interesse, weil Cross-Border-Leasing-Verträge gewisse Parallelen zu ÖPP-Verträgen aufweisen. So führt das Gericht in Bezug auf den Vertrag der Cross-Border-Leasing-Transaktionen aus, dass die sehr lange Laufzeit, der Umgang mit bzw. die Nutzung von Haushaltsmitteln in größerem Umfang und die hohen potentiellen, erst in Zukunft eintretenden Risiken wesentliche Aspekte darstellen. Diese Punkte sprechen nach Ansicht des Gerichts für eine erhöhte Transparenz, damit entsprechend dem Gesetzeszweck eine stärkere gesellschaftliche Kontrolle staatlichen Handelns ermöglicht wird. In einer Abwägung des Informationsinteresses mit dem Schutz etwaiger im Vertrag enthaltener Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der amerikanischen Vertragspartner seien daher die drei genannten Aspekte besonders zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der begehrten Veröffentlichung eines Nutzungsvertrags für Windenergieanlagen zwischen einer Gemeinde und einem Projektentwickler gab es in Rheinland-Pfalz ein Gerichtsurteil auf Grundlage des dortigen Informationsfreiheits- und Umweltinformationsgesetzes.[634] Sämtliche Informationen im Nutzungsvertrag, welche die Höhe und Zusammensetzung des Nutzungsentgelts sowie sonstiger Zahlungen oder auch Vereinbarungen zu möglichen Entschädigungsleistungen und Haftungssummen betreffen, können demnach nicht zugänglich gemacht werden. Dies wurde vom Gericht damit begründet, dass diese Informationen für Konkurrenten, die mit den branchenüblichen wirtschaftlichen Fakten bei der Durchführung von Windenergieanlagenprojekten vertraut sind, Rückschlüsse auf die Kalkulation des Projektentwicklers zulassen und somit umfassende Einblicke in das Vorgehen des betroffenen Unternehmens bei der Standortakquise erlauben. Darüber hinaus urteilte das Gericht hinsichtlich der Abwägung mit dem öffentlichen Informationsinteresse, dass dieses in dem speziellen Fall gegenüber dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Projektentwicklers nicht überwiegt. Allerdings befand das Gericht, dass ein Bekanntwerden von Informationen im Nutzungsvertrag zu dem genauen Anlagenstandort und -typ, der Zuwegungsart, der Nutzungsdauer und der Repowering-Möglichkeit die Wettbewerbsposition des Projektentwicklers nicht nachteilig beeinflusst. Diese Informationen stellen keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar und können daher veröffentlicht werden.

Abschließend wird noch auf die Veröffentlichung des Betreibervertrags zur Einführung, Bereitstellung und Nutzung des Dienstes StadtRAD zwischen dem Stadtstaat Hamburg und der DB Rent[635] eingegangen. Hierzu gab es kein Gerichtsurteil, weil eine Anfrage auf Grundlage des Hamburgischen Transparenzgesetzes positiv beschieden wurde und somit der Vertrag (ohne Anlagen) zugänglich gemacht wurde.[636] Dabei wurden seitens der zuständigen Hamburger Behörde Schwärzungen

---

[633] Vgl. den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 08.02.2011 mit dem Aktenzeichen 20 F 14.10. Dies ist der Beschluss eines Zwischenverfahrens (des sogenannten In-camera-Verfahrens) in dem zugrundeliegenden Hauptsacheverfahren auf der Grundlage des Informationsfreiheitsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen.

[634] Vgl. das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Koblenz vom 28.09.2016 mit dem Aktenzeichen 8 A 10342/16.

[635] Die DB Rent GmbH firmiert mittlerweile unter Deutsche Bahn Connect GmbH.

[636] Siehe für den Vorgang der Anfrage über die Plattform FragDenStaat https://fragdenstaat.de/anfrage/vertrag-zwischen-der-hansestadt-hamburg-und-der-deutschen-bahn-bezuglich-stadtrad/. Der veröffentlichte Vertrag findet sich dort unter https://fragdenstaat.de/files/foi/8497/BetreibervertragSchlussfassunggeschwrzt.pdf.

vorgenommen. Zum einen betreffen diese personenbezogene Daten. Zum anderen sind sämtliche Zahlen mit Bezug zu der Vergütung, den Vertragsstrafen und den Vergütungsansprüchen für die Inanspruchnahme flexibler Anpassungsoptionen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der DB Rent geschwärzt.

#### 9.1.1.2.3 Die Frage nach einer Möglichkeit zur Eröffnung einer Abwägung im IFG des Bundes

Die ökonomischen Analysen zu den Auswirkungen von Transparenz bei ÖPP-Verträgen in Abschnitt 9.1.1.1 zeigen, dass die Möglichkeit einer Abwägung zwischen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit aus ökonomischer Sicht zu besseren Veröffentlichungsentscheidungen führen kann. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob sich mithilfe der bisher generierten Erkenntnisse nicht doch eine solche Abwägung im bestehenden Recht eröffnen ließe.[637] Ein erster Ansatz dafür könnte darin bestehen, anhand der klassischen rechtswissenschaftlichen Auslegungsregeln zu prüfen, inwieweit hinsichtlich der Norm § 6 S. 2 IFG eine Abwägung möglich ist.[638] Im Ergebnis zeigen juristische Überlegungen diesbezüglich, dass auch unter Einbezug der in Abschnitt 9.1.1.1 gewonnenen ökonomischen Erkenntnisse vor allem wegen systematischer Aspekte keine Möglichkeit für eine Abwägung besteht.[639] Ein zweiter Ansatz könnte versuchen, eine neue bzw. andere (im Vergleich zur jetzigen durch die bisherige Rechtsprechung geformte) Interpretation des Begriffs der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (im Hinblick auf das entscheidende Tatbestandsmerkmal des berechtigten objektiven Geheimhaltungsinteresses des Unternehmens) vorzunehmen, die den Besonderheiten des IFG mit seinem erhöhten Transparenzinteresse Rechnung trägt. Diese neue Interpretation würde dazu führen, dass das berechtigte Interesse an der Geheimhaltung bei einem (erheblichen) Überwiegen des Informationsinteresses der Öffentlichkeit abzulehnen wäre. Im Endeffekt würde dies als eine (über die Begriffsdefinition implizit implementierte) Abwägung zu werten sein, was allerdings dem eben dargestellten klassischen Auslegungsergebnis entgegenstehen würde. Neben dieser kritischen Tatsache, die auch die Wechselwirkung zwischen den beiden Ansätzen verdeutlicht, ist aus juristischer Sicht zudem die geringe praktische Zweckmäßigkeit problematisch, weil letztendlich „eine explizite Abwägung in eine unklare Auslegung des Tatbestandsmerkmals des berechtigten Interesses verlagert“[640] wird. Somit liefert der zweite Ansatz, u.a. auch wegen der Interdependenzen mit dem Ergebnis des ersten Ansatzes, ebenfalls keine Möglichkeit zur Eröffnung einer Abwägung mit dem Informationsinteresse. Abschließend steht die Erkenntnis, dass auch unter Einbezug der bisherigen ökonomischen Ergebnisse die bestehende Rechtslage hinsichtlich einer Abwägung im Kontext von § 6 S. 2 IFG nicht modifiziert werden kann und bei etwaigem Handlungsbedarf diesbezüglich eine konkrete Anpassung des Rechtsrahmens auf der Ebene des IFG notwendig ist.

---

[637] Vgl. für diesen Abschnitt BECKERS / KÜHLING / RYNDIN (2017, S. 15-22).

[638] In der juristischen Methodenlehre erfolgt die klassische Auslegung von Normen anhand des Wortlauts, der Genesis, der Systematik, des Telos sowie der Verfassungs- (und Europarechts-)konformität.

[639] Die systematische Auslegung untersucht die Stellung der Norm im Gesamtgefüge des Rechtsrahmens. So sollte die Auslegung bspw. ohne Widersprüche zu anderen Gesetzesnormen stehen.

[640] BECKERS / KÜHLING / RYNDIN (2017, S. 22).

#### 9.1.1.2.4 Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Projekten

Hinsichtlich der Veröffentlichungspraxis in Bezug auf Verträge bei ÖPP-Projekten im Bereich der Fernstraßen und des Hochbaus auf Bundesebene können kaum Aussagen getroffen werden. Es hat noch keine Veröffentlichung von ÖPP-Verträgen im Kontext des Bundes-IFG gegeben. Dies ist damit zu erklären, dass laut der Bundesregierung bisher noch keine IFG-Anfrage zu einem ÖPP-Vertrag bei den Bundesfernstraßen oder dem Bundeshochbau gestellt wurde.[641] Die ÖPP-Verträge der A-Modell-Projekte sind gemäß der Bundesregierung nicht öffentlich verfügbar.[642] In diesem Kontext verweist die Bundesregierung darauf, dass eine Veröffentlichung dieser Verträge – wie üblicherweise auch bei der KBV – wegen etwaig zu schützender (Betriebs- und) Geschäftsgeheimnisse des privaten Auftragnehmers nicht erfolge. Es spricht wenig dagegen, diese Ausführungen auf die V-Modell-Projekte bei den Bundesfernstraßen und die ÖPP-Projekte im Bundeshochbau zu übertragen. Somit ist davon auszugehen, dass ÖPP-Verträge im Bereich der Bundesfernstraßen und des -hochbaus aufgrund des Schutzes der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der ÖPP-Auftragnehmer nicht allgemein öffentlich gemacht werden.[643] Nach Aussage der Bundesregierung gab es bei den A-Modell-Projekten für die ÖPP-Auftragnehmer allerdings auch keine Beschränkungen bezüglich der Weitergabe der ÖPP-Verträge, sodass die Verbreitung (z.B. an potentielle Sub- bzw. Nachunternehmer, Fremdkapitalgeber, Beratungsunternehmen usw.) im Verantwortungsbereich der jeweiligen privaten Auftragnehmer liegt.[644] Diese aufgrund der nicht vorhandenen Vorgaben der öffentlichen Hand bestehende Offenheit lässt zumindest eine weite Diffusion von A-Modell-Verträgen im ÖPP-Markt zu.

Abschließend sei als ein Exkurs zur Landes- und Kommunalebene noch die „Transparenzplattform“ für ÖPP-Projekte erwähnt, auf der sogenannte Transparenzberichte veröffentlicht werden.[645] Diese Berichte bestehen meist aus dem geschwärzten ÖPP-Vertrag (ohne Anlagen) und weiteren zusammengestellten Unterlagen.[646] Bisher handelt es sich bei den 19 veröffentlichten ÖPP-Verträgen nahezu ausschließlich um kleinere ÖPP-Projekte im Hochbaubereich (weitestgehend Schul-, Verwaltungs- und Feuerwehrvorhaben) auf der Landes- und vor allem Kommunalebene.[647] Mittlerweile gibt es auf diesen beiden föderalen Ebenen weit über 175 ÖPP-Hochbauprojekte.[648] Daher stellt die Veröffentlichung von ÖPP-Verträgen über die „Transparenzplattform“ eher die Ausnahme als die Regel

---

[641] Vgl. BT-Drs. 18/13093 (2017, S. 12-17).

[642] Vgl. BT-Drs. 17/3330 (2010, S. 4).

[643] Vgl. BWV (2017, S. 41), der allgemein von wesentlichen Unterlagen und Daten spricht, wozu sicherlich auch Verträge zählen.

[644] Vgl. BT-Drs. 17/3330 (2010, S. 4).

[645] Vgl. hierzu die Internetseite der Partnerschaft Deutschland (PD) unter https://www.pd-g.de/unsere-beratungsangebote/oepp-informationen/transparenzplattform/. Somit stellt die PD lediglich die Plattform für Auftraggeber und Auftragnehmer von ÖPP-Projekten zur Verfügung, die diese Möglichkeit zur Veröffentlichung nutzen können.

[646] Bei den weiteren Unterlagen handelt es sich um eine kurze Übersicht zu grundlegenden Daten und Fakten des ÖPP-Projektes, ein Fragen-Antworten-Dokument zur Projekt- und Vertragsausgestaltung und eine sogenannte Risikomatrix, also eine Übersicht zur vertraglichen Verteilung der Risiken in der jeweiligen Projektphase.

[647] Zu den 19 veröffentlichten ÖPP-Projekten sei Folgendes angemerkt: Unter den ÖPP-Projekten befindet sich nur ein einziges (sehr kleines kommunales) Straßenbauvorhaben. Sehr häufig (zehnmal) ist das Bauunternehmen GOLDBECK der private Vertragspartner. Hinsichtlich der öffentlichen Hand als Vertragspartner sind die Stadt Königswinter (viermal), die Gemeinde Halstenbek und das Land Hessen (jeweils dreimal) vertreten.

[648] Gemäß PD (2018, S. 22 f.) gibt es (Stand: 30.09.2018) auf Ebene der Länder und Kommunen 187 ÖPP-Projekte im Hochbau (davon 150 auf Kommunal- und 37 auf Landesebene).

dar und es kann von einer insgesamt geringen Veröffentlichungsquote gesprochen werden. Die Schwärzungen in den veröffentlichten ÖPP-Verträgen betreffen dabei einerseits personenbezogene Daten und andererseits vor allem konkrete Angaben zu der Vergütung wie bspw. Entgelthöhen und potentielle Bonus-Malus-Zahlungen, die Höhe von Vertragsstrafen und die Finanzierungskonditionen. Diese Informationen wurden geschwärzt, weil sie aus Sicht der privaten Auftragnehmer schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen. Ansonsten sind alle Vertragsklauseln offengelegt. Diese empirischen Erkenntnisse hinsichtlich des Schwärzungsumfangs bei ÖPP-Verträgen beziehen sich zwar auf Vorhaben der Landes- und Kommunalebene, grundsätzlich dürfte jedoch wenig gegen eine davon abweichende Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Projekten im Bundeshochbau sprechen.

#### 9.1.1.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen

Auf Grundlage der ökonomischen Analyse in Abschnitt 9.1.1.1 und der Ausführungen im vorangegangen Abschnitt können bei einem kritischen Abgleich drei zentrale Handlungsfelder hinsichtlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beim IFG des Bundes identifiziert werden. In den Handlungsfeldern lassen sich im Rahmen der hier vorgenommenen Untersuchungen wiederum gewisse Handlungsempfehlungen in Bezug auf den Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im IFG ableiten.

Aus rechtlicher Sicht ist eine Differenzierung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in verschiedene Formen, wie dies bei den ökonomischen Ausführungen in Abschnitt 9.1.1.1 mit der Einteilung in technisch-systemische Innovationen (TSI), von den Bietern eingebrachte (Bieter-VDI) bzw. von der öffentlichen Hand entwickelte Vertragsdesign-Innovationen (ÖH-VDI) sowie Vergütungs- und Finanzdaten (VFD) geschehen ist, bislang nicht (explizit) vorgesehen.[649] Die Ausführungen in Abschnitt 9.1.1.1 legen nahe, dass eine Aufnahme der Systematisierung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach TSI, Bieter- und ÖH-VDI sowie VFD in das IFG als sinnvoll anzusehen ist. Diese feinere Differenzierung ermöglicht eine adäquatere Regelung im Hinblick auf die Abwägung der Schutzwürdigkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit, worauf im Folgenden eingegangen wird.[650]

Im Status quo ist beim IFG des Bundes eine Abwägung der Schutzwürdigkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit nicht möglich, wohingegen die ökonomische Analyse nahelegt, dass sowohl negative als auch positive Effekte von Transparenz bei einer Abwägungsentscheidung berücksichtigt werden sollten. Vor dem Hintergrund der ökonomischen Ausführungen ist eine Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit empfehlenswert. In Kombination mit der Differenzierung in TSI, Bieter- und ÖH-VDI sowie VFD lassen sich zielgenauer verschiedene Schutzniveaus festschreiben, die im Folgenden auf Grundlage der bisherigen ökonomischen Erkenntnisse als mögliche Handlungsempfehlungen vorgestellt werden.

---

[649] Es könnte argumentiert werden, dass die TSI gewissermaßen implizit von den Betriebsgeheimnissen, die exklusives technisches Wissen umfassen, abgedeckt werden. Die VFD und wohl auch die VDI könnten wiederum implizit von den Geschäftsgeheimnissen, die exklusives kaufmännisches Wissen betreffen, umfasst werden.

[650] Dies stellt im Übrigen eine Konkretisierung des bisherigen § 6 IFG dar. Vgl. Abschnitt 7.2.2.

Bevor auf die vorläufigen Handlungsempfehlungen für den Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen eingegangen wird, ist zu erwähnen, dass sich diese auf eine Änderung der aktuellen Norm § 6 S. 2 IFG beziehen, die allgemein für alle Bereiche gilt. Von der Frage, inwieweit die Etablierung eines gesonderten Bereichs „Infrastruktur" im IFG sinnvoll wäre, in dem die Handlungsempfehlungen als infrastrukturspezifische Regelungen umgesetzt sind, wird hier abstrahiert.[651] Diese Thematik der Horizontalisierung wird in Unterkapitel 11.3 vertieft betrachtet.

***HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN FÜR DEN UMGANG MIT BIETER- UND ÖH-VDI***

Aufgrund der bei einer ökonomischen Gesamtbetrachtung kaum vorhandenen Bedenken gegen Transparenz hinsichtlich der Bieter-VDI sollte eine Transparenzvorgabe etabliert werden, die für den Regelfall eine Veröffentlichung von in ÖPP-Verträgen enthaltenen Bieter-VDI vorsieht. Allerdings sollte diese Transparenzvorgabe nur in sehr wenigen Ausnahmefällen, bei denen eben kein angemessenes Verhältnis von positiven zu negativen Transparenzauswirkungen vorliegt, eine Geheimhaltung von Bieter-VDI zumindest ermöglichen. Auf Basis dieser Erkenntnisse könnte im IFG ein Abwägungs- und Vorjustierungsmodell etabliert werden. Dabei ist im Rahmen der Abwägung bei den Bieter-VDI – gemäß den Ausführungen in Abschnitt 9.1.1.1.2 – grundsätzlich davon auszugehen, dass das Informationsinteresse deutlich überwiegen wird, weshalb in dieser Hinsicht eine sehr starke Vorjustierung für transparentere Veröffentlichungsentscheidungen als im Status quo vorgesehen werden sollte. Um bei einer Veröffentlichung von Bieter-VDI potentielle Komplikationen zu vermeiden, sollte sich die öffentliche Hand die entsprechenden Veröffentlichungsrechte zusichern lassen. Damit soll sichergestellt werden, dass private Auftragnehmer die Offenlegung ihrer Bieter-VDI möglichst nicht über andere Rechtsansprüche verhindern können.

Bei den ÖH-VDI sprechen – wie in Abschnitt 9.1.1.1.2.2 dargelegt – aus ökonomischer Sicht die Argumente klar für Transparenz und eine Transparenzvorgabe sollte somit vorschreiben, dass die ÖH-VDI in ÖPP-Verträgen stets vollständig zu veröffentlichen sind.

***HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN FÜR DEN UMGANG MIT TSI***

Da aus ökonomischer Sicht bei den TSI überwiegend Argumente gegen Transparenz sprechen, könnte es eine Transparenzvorgabe geben, die eine Veröffentlichung von TSI in ÖPP-Verträgen nicht zulässt.[652] Als Alternative ist vorstellbar, dass eine Veröffentlichung zwar grundsätzlich nicht angedacht ist, aber in sehr begrenzten Einzelfällen eine Offenlegung möglich ist, wenn die negativen von den positiven Transparenzeffekten ausnahmsweise überwogen werden. Diese Alternative ließe sich ebenfalls mit einem Abwägungs- und Vorjustierungsmodell im IFG umsetzen. Hinsichtlich der Abwägung der beiden Rechtsgüter, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit bei Angaben des privaten Auftragnehmers zu seinem technischen und konzeptionellen Vorgehen mit Bezug zur Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten, ist – wie in Abschnitt 9.1.1.1.1 dargelegt – davon auszugehen, dass die Schutzwürdigkeit der Betriebs-

[651] Dies stellt im Übrigen eine Verengung der Horizontalisierung dar, da diese Norm bisher über alle Bereiche hinweg gilt. Vgl. Abschnitt 7.2.1.

[652] Dies ist vor allem der Fall, wenn Transparenz zum Zweck des Wissensmanagements aufseiten der öffentlichen Hand hier unberücksichtigt bleibt, wofür es in diesem Kontext – wie in Abschnitt 9.1.1.1.1 beschrieben – durchaus berechtigte Gründe gibt.

und Geschäftsgeheimnisse bedeutsamer ist als etwaige positive Transparenzeffekte, sodass in Hinsicht auf TSI eine Vorjustierung für deren Geheimhaltung bestehen sollte. In der Gesetzesbegründung könnte ergänzt werden, dass eine hinreichend gute Abgrenzbarkeit von TSI und VDI gegeben ist und Innovationen im Bereich der Finanzierung zu den VDI zu zählen sind. Zudem können in diesem Zusammenhang auch Erläuterungen zur Schutzwürdigkeit von TSI und dabei insbesondere der entsprechenden Innovationsaspekte aufgenommen werden.

***HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN FÜR DEN UMGANG MIT VFD***

In Bezug auf die Vergütungs- und Finanzdaten sind zwei verschiedene Handlungsoptionen auf der Ebene des IFG denkbar. Dies liegt daran, dass die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse hinsichtlich der VFD aus Abschnitt 9.1.1.1.3 nicht so eindeutig sind wie bei den TSI und ÖH-VDI, was somit einen größeren Spielraum für unterschiedliche Nuancen lässt. Denn aufgrund der großen Unsicherheit über das Ausmaß potentieller Transparenzeffekte bei den VFD ist keine klare, eindeutige Vorgabe für oder gegen die Veröffentlichung von VFD in ÖPP-Verträgen möglich. Somit besteht eine denkbare Handlungsoption darin, dass ähnlich wie bei den TSI auch die Vergütungs- und Finanzdaten einer Abwägung mit Vorjustierung für deren Geheimhaltung unterzogen werden.[653] Diese Handlungsoption greift die Darstellungen aus Abschnitt 9.1.1.1.3 umfangreich auf, da auch die potentiellen positiven Effekte von Transparenz berücksichtigt werden, denen dabei allerdings bereits ein geringeres Gewicht als den möglichen negativen Transparenzeffekten beigemessen wird. Daneben besteht eine andere Handlungsoption darin, bei den VFD eine vorbehaltlose Abwägung der beiden Rechtsgüter ohne jegliche Vorjustierungen zu implementieren. Vor dem Hintergrund der bisher generierten Erkenntnisse stellt eine Abwägung der potentiellen vor- und nachteiligen Effekte bei der Veröffentlichung von VFD ohne Vorjustierung die geeignetste Variante darstellt. Im Zuge der Gesetzesbegründung kann dieses Vorgehen mit der unkomplizierten Möglichkeit, eine Abgrenzung der Vergütungs- und Finanzdaten von den TSI und VDI vorzunehmen, sowie einem Hinweis auf die möglichen negativen sowie positiven Auswirkungen von Transparenz in diesem Bereich begründet werden. Darüber hinaus ist zu empfehlen, dass in der Gesetzesbegründung hinsichtlich der VFD auf die hohe Relevanz der Vergütungsstruktur und des damit einhergehenden privaten Kapitalanteils für die gesellschaftliche Kontrolle bezüglich der Möglichkeiten zur Umgehung von Schuldenregeln hingewiesen wird.

Die dargelegten Empfehlungen für die drei zentralen Handlungsfelder hinsichtlich des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Zusammenhang mit ÖPP-Verträgen stellen eine solide Basis für eine mögliche neue Regelformulierung des § 6 IFG dar.[654] Es besteht die berechtigte Erwartung, dass das Regelungsziel mit einem auf dieser Basis entwickelten konkreten Regelformulierungsvorschlag effektiver erreicht werden kann und sich somit ein angemessenes Transparenzniveau hinsichtlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bei (ÖPP-)Verträgen im

[653] An dieser Stelle stellt sich die Frage, inwieweit das Schutzniveau für Vergütungs- und Finanzdaten bezüglich des Abwägungs- und Vorjustierungsmodells von dem der TSI abweichen sollte, was hier jedoch nicht weiter betrachtet wird.

[654] Vgl. BECKERS / KÜHLING / RYNDIN (2017, S. 35) für einen konkreten Vorschlag für eine neue Regelformulierung des § 6 IFG.

Infrastrukturbereich (z.B. Bundesfernstraßen und -hochbau) sicherstellen lässt, bei dem sich die konfligierenden Interessen in einer guten Balance befinden.

## 9.1.2 Vertragsentwurf

### 9.1.2.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich Vertragsentwürfen bei ÖPP-Projekten

Nachgelagert zum ÖPP-Vertrag wird nun der Vertragsentwurf als ein weiteres wichtiges Dokument im Realisierungsprozess hinsichtlich der Auswirkungen und Möglichkeiten einer Veröffentlichung untersucht. Die Entwurfsfassung des ÖPP-Vertrags wird vom öffentlichen Auftraggeber (und dessen Beratern) erstellt und die Bieter erhalten ihn mit den Vergabeunterlagen im Rahmen des ÖPP-Vergabeverfahrens als Grundlage für die Angebotskalkulation und die späteren Verhandlungsrunden. Der zentrale Unterschied zum endgültigen ÖPP-Vertrag besteht darin, dass der Vertragsentwurf keine von den Bietern eingebrachten Vertragsdesign-Innovationen enthält und im Wesentlichen auch keine Vergütungs- und Finanzdaten beinhaltet. Falls doch konkret bezifferte Angaben (z.B. zur Höhe der Vertragsstrafen) in der Entwurfsfassung des ÖPP-Vertrags enthalten sind, dann betrifft dies lediglich die Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers und es handelt sich um keine mit den Bietern verhandelten Angaben zu den VFD.

Auf Basis des dargestellten zentralen Unterschieds kann die Analyse zur Transparenz bezüglich des Vertragsentwurfs in ÖPP-Projekten weitestgehend unter Rückgriff auf die Erkenntnisse zum ÖPP-Vertrag erfolgen. Da der Vertragsentwurf ausschließlich aufseiten des öffentlichen Auftraggebers erstellt wird, könnten von einer Offenlegung höchstens von der öffentlichen Hand selbst entwickelte Vertragsdesign-Innovationen betroffen sein.[655] Die Analysen zu ÖH-VDI im endgültigen ÖPP-Vertrag in Abschnitt 9.1.1.1.2.2 haben jedoch deutlich gezeigt, dass es aus ökonomischer Perspektive neben den klaren Transparenzvorteilen keine plausiblen Argumente gegen die Veröffentlichung von ÖH-VDI gibt. Diese Erkenntnis ist auf den Vertragsentwurf, der neben Standard-Vertragsklauseln allenfalls ÖH-VDI enthält, vollständig übertragbar. Daher ist davon auszugehen, dass eine Veröffentlichung des Vertragsentwurfs allenfalls mit positiven Transparenzeffekten einhergeht. Eine Offenlegung des Vertragsentwurfs kann sowohl nach Ende des Vergabeverfahrens als auch bereits währenddessen erfolgen.

### 9.1.2.2 Status quo: Rechtslage und Praxis

In Bezug auf die derzeitige Rechtslage lässt sich festhalten, dass bei Informationsfreiheitsbegehren zu Vertragsentwürfen der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen kaum als Ausschlussbestand in Frage kommen dürfte, denn durch eine Veröffentlichung können Innovationen und / oder Wettbewerbsstrategien von privaten Unternehmen nicht negativ betroffen sein.[656] Bislang hat es allerdings noch keine IFG-Anfragen zu Vertragsentwürfen bei den ÖPP-Projekten im Bereich der

[655] Von den Beratern der öffentlichen Hand möglicherweise eingebrachte Vertragsdesign-Innovationen werden aufgrund der erläuterten Struktur hier noch ausgeklammert und erst im Unterkapitel 10.2 betrachtet.

[656] Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von den Beratern der öffentlichen Hand hier noch unberücksichtigt bleiben.

Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus gegeben.[657] Die Veröffentlichungspraxis der öffentlichen Hand sah bei den A-Modell-Projekten keine öffentliche Zurverfügungstellung der Entwurfsfassung der ÖPP-Verträge vor, sondern den Vertragsentwurf erhielten ausschließlich die zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bieter.[658] Es gibt keine Hinweise darauf, dass sich diese Veröffentlichungspraxis bezüglich der Vertragsentwürfe seit dem Wechsel zum V-Modell geändert hat.

Abschließend ist zu erwähnen, dass für die ÖPP-Projekte im Bereich der Bundesfernstraßen und des (Bundes-)Hochbaus Musterverträge veröffentlicht worden sind. Für die A-Modelle wurde im Jahr 2004 ein Mustervertrag im Rahmen eines Gutachtens publiziert.[659] Für die V-Modelle wiederum wurde im Jahr 2015 ebenfalls ein Mustervertrag („Systematische Darstellung projektvertraglicher Regelungen für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich") öffentlich zugänglich gemacht.[660] Außerdem wurde für ÖPP-Projekte im Hochbaubereich von der ÖPP Deutschland AG im Jahr 2014 ein Mustervertrag veröffentlicht, der grundsätzlich auch für den Bundeshochbau gedacht ist.[661] Es ist jedoch nicht bekannt, in welchem Ausmaß diese Musterverträge mit den späteren Vertragsentwürfen bei den A- und V-Modell-Projekten bzw. ÖPP-Projekten im Bundeshochbau übereingestimmt haben.

#### 9.1.2.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen

Der Abgleich der ökonomischen Erkenntnisse mit dem Status quo zeigt, dass die Transparenz bei ÖPP-Vertragsentwürfen als zu gering einzuschätzen ist. Die Veröffentlichung der Musterverträge ist zwar zu begrüßen, allerdings sollten unabhängig davon die Entwurfsfassungen zu ÖPP-Verträgen spätestens nach Ende des Vergabeverfahrens öffentlich zugänglich gemacht werden. Somit ist auf Basis der in diesem Abschnitt generierten Erkenntnisse eine Transparenzvorgabe hinsichtlich Vertragsentwürfen zu empfehlen, welche die vollständige Veröffentlichung möglichst nach deren Erstellung, spätestens jedoch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vorsieht.

### 9.1.3 Angebote der Bieter

In diesem Abschnitt wird Transparenz hinsichtlich der Bieterangebote bei ÖPP-Vorhaben im Zusammenhang mit dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen anhand der in Abschnitt 8.3.3 dargelegten Vorgehensweise untersucht. Somit folgt zunächst eine ökonomische Analyse der Auswirkungen von Transparenz bei Angeboten der Bieter (Abschnitt 9.1.3.1). Im Anschluss wird der Status quo in Bezug auf die Rechtslage und Veröffentlichungspraxis dargestellt (Abschnitt 9.1.3.2). Abschließend wird eine Kritik des Status quo vorgenommen und es werden vorläufige Handlungsempfehlungen erarbeitet (Abschnitt 9.1.3.3).

---

[657] Vgl. BT-Drs. 18/13093 (2017, S. 13-17).

[658] Vgl. BT-Drs. 17/3330 (2010, S. 3).

[659] Vgl. BMVBW (2004).

[660] Siehe dazu die BMVI-Homepage https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/oepp%20systematische%20darstellung%20projektvertraeglicher%20regelungen.pdf?__blob=publicationFile.

[661] Vgl. ÖPP Deutschland AG (2014b).

#### 9.1.3.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich Bieterangeboten bei ÖPP-Projekten

Bevor die ökonomische Analyse möglicher Transparenzeffekte infolge der Veröffentlichung von Bieterangeboten bei ÖPP-Vorhaben erfolgt, wird auf die übliche Einteilung von Angeboten der Bieter im ÖPP-Vergabeverfahren eingegangen und die Untersuchung eingegrenzt:[662] Im Vergabeverfahren werden auf Basis der festgelegten Eignungskriterien aus den eingegangenen Teilnahmeanträgen die Bieter für die erste Angebotsphase ausgewählt. Diese auf der „short list" stehenden Bieter reichen ihre indikativen Angeboten ein, anhand derer der öffentliche Auftraggeber die zwei besten Bieter auswählt. Nach der Verhandlungsphase geben diese beiden Bieter ihr optimiertes endgültiges Angebot (BAFO) ab. Anhand der Wertungskriterien bestimmt der öffentliche Auftraggeber, welches Bieterangebot den Zuschlag erhält. Im Folgenden bildet lediglich das siegreiche Bieterangebot den Fokus der Analysen, wobei die Erkenntnisse grundsätzlich auch auf das unterlegene BAFO sowie die indikativen Angebote der Bieter auf der „short list" übertragbar sind.

In Bezug auf mögliche Wettbewerbseffekte infolge einer Veröffentlichung des siegreichen Bieterangebots im Rahmen eines ÖPP-Vergabeverfahrens kann umfangreich auf Erkenntnisse der Industrieökonomik sowie vor allem auf die Auktionsliteratur zurückgegriffen werden. Diese beiden Ökonomiebereiche beschäftigen sich mit Bezug zur Offenlegung von Bieterangeboten im Rahmen von Ausschreibungen insbesondere mit der Thematik der Kollusion bzw. Bildung von Kartellen. Die ökonomischen Erkenntnisse zeigen sehr deutlich, dass die Informationsbereitstellung über das Auktionsergebnis im Allgemeinen die Möglichkeiten für Bieterabsprachen beeinflusst und die Veröffentlichung des siegreichen Gebots im Speziellen die Kartellbildung bzw. Stabilisierung bestehender Kartelle vereinfacht und dadurch negative Wettbewerbseffekte generiert.[663] Dies lässt sich mit der verbesserten Möglichkeit von Kartellen, die Einhaltung der Kartellstrategie zu überwachen und damit einhergehend entsprechende Abweichungen zu sanktionieren, begründen.[664] Die Kollusion bzw. das Kartell bewirkt letztendlich höhere Angebotspreise, weil aufgrund der geringeren Wettbewerbsintensität höhere Gewinnmargen einkalkuliert werden (können). Abschließend ist zu erwähnen, dass sich die Etablierung von Kartellen für Bieter vor allem dann lohnt, wenn es hinreichend viele, sich möglichst wiederholende Ausschreibungen für (ähnliche) Projekte gibt (z.B. bei Staffelprojekten wie den ÖPP-Vorhaben im Bundesfernstraßenbereich).[665]

Neben den (negativen) Wettbewerbseffekten können durch Transparenz bezüglich Bieterangeboten auch Wirkungen im öffentlichen Bereich auftreten. Eine Offenlegung der Bieterangebote inklusive des siegreichen Gebots ermöglicht die Kontrolle des durchgeführten Vergabeverfahrens und der getroffenen Auswahlentscheidung durch die Gesellschaft z.B. hinsichtlich Korruption und einer effizienten Verwendung von Steuermitteln.[666] Allerdings ist durchaus kritisch zu hinterfragen, ob diese Monitoring-Funktion in diesem speziellen Fall nicht durch andere Akteure besser ausgefüllt und mit weniger

---

[662] Siehe dazu auch bereits Unterkapitel 8.2.

[663] Vgl. FINSINGER (1984, S. 579), MARSHALL / MARX (2009, S. 906) und PESENDORF (2000, S. 389 f.).

[664] Vgl. KOVACIC ET AL. (2006, S. 402) und WEISHAAR (2013, S. 27 und S. 53).

[665] Neben der Veröffentlichung des Angebots wird in der Literatur aus den gleichen Gründen auch die Offenlegung der Identität der Bieter äußerst kritisch gesehen.

[666] Vgl. ROSSI / VOGT (2012, S. 63).

negativen Wettbewerbseffekten erzielt werden kann. Vergaberechtliche Regelungen sehen in aller Regel die Möglichkeit vor, dass der bzw. die unterlegenen Bieter die Auswahlentscheidungen des öffentlichen Auftraggebers (gerichtlich) überprüfen können.[667] Das ausgeprägte Eigeninteresse der Bieter an einem korrekten Vergabeverfahren kann dazu führen, dass als Nebeneffekt auch das allgemeine öffentliche Interesse an einer wirtschaftlichen Verwendung der Steuermittel in gewissem Maße gewahrt wird. In dieser Konstellation, die nur bei einer ausreichend hohen Wettbewerbsintensität überhaupt eintreten kann, ist eine weitere Kontrollinstanz wie die Öffentlichkeit nicht unbedingt notwendig, zumal durch die Nichtveröffentlichung der Bieterangebote die beschriebenen negativen Wettbewerbseffekte hinsichtlich eines kollusiven Bieterverhaltens vermieden werden. Je geringer jedoch die Wettbewerbsintensität ist, desto weniger wird die Monitoring-Funktion von unterlegenen Bietern ausgeübt und umso stärker nimmt die Bedeutung der gesellschaftlichen Kontrolle zu. Im Falle einer hohen Wettbewerbsintensität könnte statt einer kompletten Veröffentlichung der Bieterangebote über eine zusammengefasste Version für die Öffentlichkeit nachgedacht werden, damit ohne Inkaufnahme der nachteiligen Wettbewerbseffekte eine gewisse gesellschaftliche Kontrolle stattfinden kann. Des Weiteren könnten – anstelle einer Bekanntgabe der Gebote für die Allgemeinheit – Rechnungshöfe als öffentliche Kontrollinstanz die Auswahlentscheidungen öffentlicher Auftraggeber in Vergabeverfahren überprüfen.[668]

Abschließend ist festzustellen, dass die Ausführungen in diesem Abschnitt weder klar für noch gegen eine Veröffentlichung des siegreichen Bieterangebots bzw. allgemein der Bieterangebote bei ÖPP-Projekten sprechen. Die erheblichen negativen Wettbewerbseffekte sind jedoch wohl stärker zu gewichten als die diskutierten positiven Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich, sodass letztlich eine vollständige Offenlegung der Bieterangebote kritisch zu sehen ist.[669]

### 9.1.3.2 Status quo: Rechtslage und Praxis

Bevor die Veröffentlichungspraxis hinsichtlich der Bieterangebote bei ÖPP-Projekten betrachtet wird, soll bei der Untersuchung der Rechtslage sowohl auf das IFG als auch das Vergaberecht eingegangen werden. Das Vergaberecht sieht im Falle von Ausschreibungen im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante eine Offenlegung der Angebote zur Einsicht für die beteiligten Bieter vor.[670] Die Bieterangebote bei der KBV dürfen aber nicht gegenüber der Allgemeinheit veröffentlicht werden.[671] Bei ÖPP wiederum gibt es für die Bieter aufgrund des speziellen, „trichterförmigen" Vergabeverfahrens (bestehend aus Teilnahmeanträgen, indikativen Angeboten und der BAFO-Situation) keine solche

[667] In der Praxis ist dieser subjektive Bieterrechtsschutz durch Nachprüfungsverfahren und letztendlich eine gerichtliche Überprüfung gewährleistet.

[668] Eine solche Prüfung findet in der Praxis ex post bei ausgewählten (ÖPP-)Projekten statt.

[669] Bei den schützenswerten Informationen in Bieterangeboten, auf die sich die Analyse in diesem Abschnitt bezieht, handelt es sich in erster Linie um Vergütungs- und Finanzdaten. Darüber hinaus sind auch technisch-systemische Innovationen in Bieterangeboten vorstellbar, bei denen die im Kontext von Verträgen generierten Analyseerkenntnisse übertragen werden können.

[670] Siehe § 14 Abs. 3 VOB/A und § 14 Abs. 6 VOB/A.

[671] Siehe § 14 Abs. 7 VOB/A.

allgemeinen Einsichtsmöglichkeiten in die Konkurrenzangebote.[672] Generell gilt im Vergaberecht für unterlegene Bieter allerdings der subjektive Bieterrechtsschutz, d.h. diese haben unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, die Zuschlagsentscheidung der Vergabestelle im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens zu überprüfen und ggf. vor Gericht klären zu lassen.[673] Im Bereich der ÖPP-Projekte bei den Bundesautobahnen gab es einen solchen Fall (das Projekt „A 8 Ulm – Augsburg" als erstes Projekt der zweiten ÖPP-Staffel) mit einem vom unterlegenen BAFO-Bieter eingeleiteten Nachprüfungsverfahren und einer gerichtlichen Entscheidung, welche jedoch die Zuschlagserteilung der Vergabestelle bestätigte.[674]

Inwieweit das IFG bei (ÖPP-)Vergabeverfahren anwendbar ist oder für diesen Bereich vom Vergaberecht als „lex specialis" verdrängt wird, wurde in Abschnitt 6.1.2 betrachtet. Falls eine Anwendbarkeit des IFG bei (ÖPP-)Vergabeverfahren besteht, greift hinsichtlich der Veröffentlichung von Bieterangeboten der Ausnahmetatbestand des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.[675] Somit scheint das IFG eine vollständige Offenlegung von Bieterangeboten nicht zu ermöglichen, denn der überwiegende Teil der Angebote müsste zum Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschwärzt werden. Die Argumentation dahinter zielt darauf ab, dass Konkurrenten Rückschlüsse auf die Angebotsstrategie und -kalkulation ziehen können und dies die Wettbewerbsposition des von der Veröffentlichung betroffenen Bieters verschlechtert. Nach Informationen der Bundesregierung hat es bislang keine IFG-Anfragen zu Angeboten der Bieter bei einem ÖPP-Projekt auf Bundesebene gegeben.[676]

Die Veröffentlichungspraxis hinsichtlich der Bieterangebote bei ÖPP-Projekten kann so eingeschätzt werden, dass sich die öffentlichen Auftraggeber auf Bundesebene an die diesbezüglichen (vergabe-)rechtlichen Vorschriften halten. Bei Ausschreibungen im Rahmen der KBV wird daher den Bietern die Möglichkeit der Einsicht in die Angebote der Wettbewerber gewährt, aber eine allgemeine Veröffentlichung der Bieterangebote findet wie auch bei den Angeboten aus der indikativen Angebotsphase und BAFO-Phase bei ÖPP-Projekten nicht statt. Dieser Sachverhalt gilt nach Ansicht der Bundesregierung für beide Beschaffungsvarianten nicht nur während, sondern auch nach Abschluss eines Vergabeverfahrens.[677] Aufgrund der Nichtoffenlegung von ÖPP-Bieterangeboten kann zwar keine gesellschaftliche Kontrolle stattfinden, aber in der Vergangenheit hat der Bundesrechnungshof als öffentliche Kontrollinstanz bei den A- und V-Modell-Projekten seine im Rahmen von Prüfungen bestehende Möglichkeit zur Einsicht in die Angebote der Bieterkonsortien umfangreich genutzt. In diesem Kontext weist der Bundesrechnungshof darauf hin, dass die Bieterangebote Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, welche der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht werden dürfen.[678]

---

[672] An dieser Stelle sei angemerkt, dass die ÖPP-Angebote als deutlich komplexer einzustufen sind als Angebote im Rahmen einer KBV.

[673] Vgl. NEUN (2017, S. 1239).

[674] Vgl. den Beschluss des Vergabesenats des Oberlandesgerichts München vom 07.04.2011 mit dem Aktenzeichen Verg 5/11.

[675] Vgl. ROSSI / VOGT (2012).

[676] Vgl. BT-DRS. 18/13093 (2017, S. 13-17).

[677] Vgl. BT-DRS. 17/13116 (2013, S. 11 f.).

[678] Vgl. BRH (2014a, S. 11).

Daher muss der Bundesrechnungshof seine Erkenntnisse aus der Prüfung der Angebote für öffentliche Berichte soweit abstrahieren, dass keine Rückschlüsse auf einzelne Bieter gezogen werden können.

Abschließend sei als internationaler Exkurs erwähnt, dass der von AMOS / MCDONAGH (2004) entwickelte Leitfaden für das britische Informationsfreiheitsgesetz im Kontext des öffentlichen Beschaffungswesens hinsichtlich der Bieterangebote Folgendes vorschlägt: Während des Vergabeverfahrens wird keine Veröffentlichung von Bieterangeboten empfohlen. Nach Abschluss des Vergabeverfahrens könnte eine Art Zusammenfassung und / oder geschwärzte Fassung der Bieterangebote öffentlich zugänglich gemacht werden. In diesem Kontext ist ggf. eine Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit vorzunehmen ist, um die Auswahlentscheidung öffentlich rechtfertigen zu können.[679]

#### 9.1.3.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen

Vor dem Hintergrund der in den ökonomischen Analysen generierten Erkenntnisse zur Offenlegung von Bieterangeboten bei ÖPP-Projekten ist der Status quo hinsichtlich Rechtslage und Veröffentlichungspraxis kaum kritisch zu sehen. Der Schutz von in den Bieterangeboten enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erscheint grundsätzlich berechtigt. Daher können nur wenige Handlungsempfehlungen im Hinblick auf die Veröffentlichung von Bieterangeboten bei ÖPP-Projekten abgegeben werden. So könnte in Erwägung gezogen werden, zumindest eine für die Öffentlichkeit vorgesehene Angebotszusammenfassung vorzunehmen. Daneben ist es als sinnvoll einzustufen, wenn der Bundesrechnungshof als öffentliche Kontrollinstanz weiterhin die Angebote der Bieterkonsortien in die Prüfung von ÖPP-Projekten mit einbezieht. Schließlich deuten die Analysen darauf hin, dass bei der konventionellen Beschaffung im Hinblick auf die vergaberechtliche Vorgabe, für die an der Ausschreibung beteiligten Bieter eine Einsichtnahme in Konkurrenzangebote zu ermöglichen, wegen der damit verbundenen negativen Wettbewerbseffekte eine Änderung in Erwägung gezogen werden sollte.

### 9.1.4 Fazit

Dieses Unterkapitel setzte sich mit der Frage auseinander, inwieweit zentrale Dokumente im ÖPP-Realisierungsprozess unter Berücksichtigung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen veröffentlicht werden können. Der Fokus lag dabei auf dem ÖPP-Vertrag als – neben den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen – wichtigstem Dokument, weil dessen Ausgestaltung maßgeblich die Performance eines ÖPP-Projektes mitbestimmt. Die Analysen zeigen, dass die Auswirkungen von Transparenz bezüglich ÖPP-Verträgen danach systematisiert werden können, ob sie technisch-systemische Innovationen (TSI), Vertragsdesign-Innovationen (VDI) oder Vergütungs- und Finanzdaten (VFD) betreffen.

Für die TSI wurde als Transparenzvorgabe herausgearbeitet, dass davon im ÖPP-Vertrag betroffene Bestandteile nicht veröffentlicht werden sollten. Als Alternative käme allenfalls noch eine stark in Richtung Nichtveröffentlichung vorjustierte Abwägung mit den positiven Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich in Betracht. In Bezug auf die von Bietern im Rahmen eines ÖPP-Vergabeverfahrens

---

[679] Vgl. AMOS / MCDONAGH (2004, S. 17 f.). Das britische Informationsfreiheitsgesetz heißt Freedom of Information Act.

eingebrachten VDI ist eine Abwägung mit sehr starker Vorjustierung in Richtung Transparenz zu empfehlen, die grundsätzlich deren Veröffentlichung vorsieht und nur in sehr wenigen Ausnahmefällen eine Geheimhaltung erlaubt. Zudem sollte zur Vermeidung potentieller Komplikationen die Zusicherung der Veröffentlichungsrechte für die öffentliche Hand verpflichtend sein. Bei den von der öffentlichen Hand eigenständig entwickelten und in den ÖPP-Vertrag eingebrachten VDI ist eine klare Transparenzvorgabe sinnvoll, dass diese stets vollständig offenzulegen sind. Für die VFD deuten die Ergebnisse der Analyse schließlich darauf hin, dass eine Abwägung ohne jegliche Vorjustierung den heterogenen Effekten einer Veröffentlichung am besten Rechnung trägt. Insgesamt gesehen könnte somit in den meisten Fällen der Vertrag bei ÖPP-Bundesfernstraßen- bzw. (Bundes-)Hochbauprojekten nach Abschluss des Vergabeverfahrens (bis auf etwaige VFD und TSI) vollständig veröffentlicht werden.

Die Ausführungen zum Status quo hinsichtlich der Rechtslage und der Veröffentlichungspraxis zeigen, dass im Rahmen des IFG im Hinblick auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen derzeit keine Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit möglich ist. Somit sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse absolut geschützt, sodass diesbezüglich im Kontext des IFG bei Veröffentlichungsentscheidungen potentielle positive Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich wie bspw. eine bessere gesellschaftliche Kontrolle nicht berücksichtigt werden (können). In der Praxis konnten auf Bundesebene bisher keine Veröffentlichungen von ÖPP-Verträgen festgestellt werden. Vor dem Hintergrund der vorgeschlagenen Transparenzvorgaben ist das derzeitige Transparenzniveau folglich als zu gering einzustufen. Zur Umsetzung der aus ökonomischer Perspektive adäquaten Transparenzvorgaben wäre im IFG eine Abwägungsmöglichkeit einzuführen, mit der sich auch die verschieden akzentuierten Vorjustierungen im Hinblick auf die feinere Differenzierung nach TSI, VDI und VFD realisieren lassen.

Der Vertragsentwurf als Vorstufe zum finalen ÖPP-Vertrag kann stets vollständig nach Erstellung veröffentlicht werden, z.B. wenn dieser den Bietern im Vergabeverfahren zur Verfügung gestellt wurde. Eine solch klare Transparenzvorschrift kann erfolgen, weil der Vertragsentwurf aufseiten der öffentlichen Hand erstellt wird und nichts gegen eine Veröffentlichung der darin möglicherweise enthaltenen von ihr entwickelten Vertragsdesign-Innovationen spricht. Zwar ist prinzipiell positiv zu bewerten, dass mittlerweile Musterverträge für die A- und V-Modelle sowie für ÖPP-Projekte im (Bundes-)Hochbau öffentlich zugänglich sind, aber die demgegenüber zu bevorzugende Variante einer Veröffentlichung der tatsächlichen Vertragsentwürfe wurde bislang nicht umgesetzt. Es sei allerdings in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass eine finale Beurteilung, ob Entwürfe von ÖPP-Verträgen vollständig veröffentlicht werden sollten, erst getroffen werden kann, nachdem etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der von der öffentlichen Hand einbezogenen Berater bei der Ausgestaltung von Verträgen mitberücksichtigt wurden. Dies erfolgt in Unterkapitel 10.2.

Abschließend ist hinsichtlich der Veröffentlichung von Bieterangeboten zu konstatieren, dass die Gefahr von Kollusion und Kartellen als so schwerwiegend einzustufen ist, dass von einer Offenlegung abzuraten ist. Da die derzeitige Rechtslage und Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Projekten auf Bundesebene eine Geheimhaltung der Bieterangebote vorsieht, ist diesbezüglich letztlich kein Handlungsbedarf festzustellen.

## 9.2 Transparenz bei ÖPP-Projekten und der Schutz fiskalischer Interessen

In diesem zentralen Unterkapitel wird die Frage der Veröffentlichung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten vor dem Hintergrund des Schutzes fiskalischer Interessen der öffentlichen Hand untersucht. Die verschiedenen Stufen einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung stellen bei ÖPP-Vorhaben entscheidende Schritte bei der Projektausgestaltung und Beschaffungsvariantenauswahl dar. Die Analysen dienen der Generierung von Erkenntnissen, auf deren Grundlage letztendlich Handlungsempfehlungen für das Transparenzausmaß bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Rahmen von ÖPP-Projekten herausgearbeitet werden. Zunächst widmet sich die Untersuchung dem ÖPP-Eignungstest (Abschnitt 9.2.1), um sich dann umfangreich der vorläufigen und abschließen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zuzuwenden (Abschnitt 9.2.2). Insbesondere die Analysen zu den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen stellen ein Kernstück in Teil C und auch dieser gesamten Arbeit dar. Das Unterkapitel schließt mit einem Fazit ab (Abschnitt 9.2.3).

### 9.2.1 Eignungstest

Dieser Abschnitt beschäftigt sich mit der Analyse von Effekten, die sich durch Transparenz hinsichtlich des Eignungstests bei ÖPP-Projekten ergeben. Im Mittelpunkt steht die Frage, inwieweit ein ÖPP-Eignungstest veröffentlicht werden kann bzw. sollte. Wie in Unterkapitel 8.2 beschrieben, wird im ÖPP-Eignungstest anhand qualitativer Kriterien geprüft, ob eine Realisierung nach dem ÖPP-Ansatz bei einem geplanten Projekt grundsätzlich eine gewisse Rationalität aufweist. Zur Untersuchung der Fragestellung wird wieder die in Abschnitt 8.3.3 dargelegte dreistufige Vorgehensweise angewandt. Daher folgt als nächstes eine Analyse der potentiellen Transparenzeffekte infolge einer Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests (Abschnitt 9.2.1.1). Im Anschluss daran erfolgt eine Darstellung des Status quo hinsichtlich Rechtslage und Veröffentlichungspraxis (Abschnitt 9.2.1.2). Abschließend werden auf Basis eines kritischen Abgleichs der Erkenntnisse aus den beiden vorigen Abschnitten vorläufige Handlungsempfehlungen abgeleitet (Abschnitt 9.2.1.3).

#### 9.2.1.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich des ÖPP-Eignungstests

##### 9.2.1.1.1 Wettbewerbseffekte

***VERÄNDERUNG DER MARKTÜBERSICHT***

Eine Veröffentlichung von Eignungstests kann prinzipiell zu einer Verbesserung der Marktübersicht im Segment der ÖPP-Projekte für die im ÖPP-Markt aktiven Unternehmen beitragen. Wenn das Ergebnis der Eignungsprüfung eine Weiterverfolgung des ÖPP-Ansatzes für ein Projekt vorsieht, dann können Unternehmen das Vorhaben mit einer größeren Sicherheit früher in ihre „Pipeline“ potentieller ÖPP-Projekte aufnehmen. Zudem erhalten die Unternehmen erste Informationen über das Projekt. Aus Sicht der Unternehmen ermöglicht die Offenlegung des vollständigen ÖPP-Eignungstests nach dessen Erstellung damit eine präzisere Planung der Angebotskapazitäten. Diese Verbesserung der Marktübersicht könnte letztendlich dazu führen, dass mehr potentielle Bieter bei Ausschreibungen angelockt werden, was sich grundsätzlich positiv auf die Wettbewerbsintensität bei ÖPP-

Vergabeverfahren auswirken könnte.[680] Somit erscheint ein negativer Einfluss durch diesen Effekt auf die fiskalischen Interessen des Bundes bei der Durchführung von ÖPP-Projekten aufgrund der Veröffentlichung von Eignungstests nicht plausibel, sondern die Ausgaben der öffentlichen Hand könnten wegen der verbesserten Wettbewerbsintensität ggf. sogar (geringfügig) sinken.[681]

Der beschriebene positive Wettbewerbseffekt durch die Verbesserung der Marktübersicht dürfte nicht in allen Konstellationen eine gleich hohe Bedeutung haben. In erster Linie ist dieser Effekt zu erwarten, wenn die ÖPP-Projektpipeline von einer großen Unübersichtlichkeit geprägt ist, was insbesondere in einem Mehrebenensystem mit vielen öffentlichen Auftraggebern und einer hohen Anzahl möglicher ÖPP-Projekte der Fall sein dürfte. Im deutschen Hochbau kann speziell auf Kommunal- und Landesebene von solch einer Situation ausgegangen werden. Eine vernachlässigbare Bedeutung hat dieser Wettbewerbseffekt jedoch bei einer ohnehin ausreichenden Marktübersicht, wie sie in Konstellationen mit einem oder lediglich wenigen öffentlichen Auftraggebern auf einer (zentralen) Ebene in aller Regel vorzufinden ist. So ist etwa die Situation im Bundeshochbau, wo nur vergleichsweise wenige ÖPP-Projekte durchgeführt werden, auch ohne die Veröffentlichung von Eignungstests sehr überschaubar. Noch deutlicher wird die marginale Bedeutung des dargelegten Wettbewerbseffekts im Bereich der Bundesfernstraßen bei den A- und V-Modell-Projekten, bei denen das Bundesverkehrsministerium mit der Bekanntgabe der geplanten Staffeln den Unternehmen die ÖPP-Projektpipeline frühzeitig kommuniziert (hat). Im Gegensatz zum ÖPP-Hochbau auf Landes- und Kommunalebene ist folglich insbesondere bei den ÖPP-Bundesfernstraßenprojekten der Effekt der zusätzlichen Attrahierung von Bietern durch die Veröffentlichung von Eignungstests als äußerst gering einzustufen, was darüber hinaus auch darauf zurückzuführen ist, dass in diesem Marktsegment der potentielle Bieterkreis ohnehin stark beschränkt ist. Abschließend sei darauf hingewiesen, dass – wie das Beispiel der A- und V-Modell-Projektstaffeln zeigt – die Verbesserung der Marktübersicht auch auf anderen Wegen als über die Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests erreicht werden kann. So wäre bspw. auch eine Internetplattform vorstellbar, auf der nur die Ergebnisse der ÖPP-Eignungstests von den öffentlichen Auftraggebern verpflichtend anzuzeigen sind.

#### *ABSCHRECKUNG POTENTIELLER BIETER UND WEITERE NEGATIVE WETTBEWERBSEFFEKTE*

Ein ÖPP-Eignungstest kann möglicherweise Aussagen über Probleme oder Risiken eines Vorhabens (z.B. bezüglich der finanziellen Realisierbarkeit, rechtlichen Umsetzbarkeit oder Risikoallokation) enthalten, die infolge einer Veröffentlichung eventuell frühzeitig eine abschreckende Wirkung auf potentielle Bieter entfalten. Allerdings ist von einem solchen negativen Abschreckungseffekt letztlich nicht auszugehen. Dies hängt vor allem damit zusammen, dass die Informationen für Unternehmen wegen der langen Zeitspanne zwischen der Erstellung des ÖPP-Eignungstests und dem Beginn des

---

[680] Siehe ALBANO ET AL. (2006, S. 267) für den beschriebenen Zusammenhang zwischen Anzahl der Teilnehmer und der Wettbewerbsintensität bei Vergabeverfahren. ALBANO ET AL. (2006, S. 284) weisen darauf hin, dass unter gewissen Umständen eine höhere Anzahl an Teilnehmern nicht notwendigerweise zu einem besseren Vergabeergebnis aus Sicht der öffentlichen Hand (z.B. geringerer Zuschlagspreis) führt.

[681] Dieser Zusammenhang wird in Unterkapitel 9.2 noch des Öfteren erwähnt. Daher sei an dieser Stelle angemerkt, dass durchaus kritisch hinterfragt werden kann, inwieweit eine höhere Teilnehmeranzahl tatsächlich zu einer stärkeren Wettbewerbsintensität und somit schließlich zu besseren Vergabeergebnissen führt; siehe hierzu DE SILVA ET AL. (2008, S. 162). Dieser Aspekt, der auch mit der Frage, wie viel Wettbewerber für eine effiziente Wettbewerbsintensität notwendig sind, korrespondiert, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter betrachtet.

Vergabeverfahrens kaum verwertbar sind, weil sich in dieser Zeit an der Projektausgestaltung noch viele Änderungen ergeben können. Darüber hinaus sind generell bei einer Offenlegung von ÖPP-Eignungstests auch keine anderen negativen Wettbewerbseffekte zu erwarten. Dies ist damit zu erklären, dass die enthaltenen Informationen in diesen Dokumenten das Bieterverhalten nicht negativ beeinflussen, weil sie für die Angebotsstrategien keine Relevanz aufweisen. Letztendlich ist daher nicht anzunehmen, dass die Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests die fiskalischen Interessen des Bundes aufgrund des Abschreckungseffekts oder weiterer negativer Wettbewerbseffekte beeinträchtigt.

#### 9.2.1.1.2 Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich

***WISSENSMANAGEMENT AUFSEITEN DER ÖFFENTLICHEN HAND UND INNOVATIONSDIFFUSION***

Als ein Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich infolge der Veröffentlichung von Eignungstests ist die Verbesserung des Wissensmanagements aufseiten der öffentlichen Hand denkbar. Die Offenlegung der Tests würde die Möglichkeit eröffnen, dass andere öffentliche Auftraggeber das Wissen für deren adäquate Erstellung im Allgemeinen besser aufbauen können. Im Speziellen könnte zudem das Potential zur Standardisierung (z.B. bezüglich des Aufbaus, der Auswahl der Eignungskriterien und der verwendeten Methoden) im öffentlichen Sektor besser genutzt werden. Ein Bericht des Bundesrechnungshofes über geprüfte ÖPP-Eignungstests legt in diesem Kontext zumindest die Vermutung nahe, dass für Verbesserungen hinsichtlich Wissensmanagement und Standardisierungen in diesem Bereich tatsächlich ein erhebliches Potential besteht.[682] So wird in dem Bericht die Verwendung unterschiedlicher Methoden auf Basis uneinheitlich definierter Eignungskriterien und das Heranziehen von teilweise sachfremden Eignungskriterien kritisiert.

Über das Wissensmanagement hinaus könnte durch die Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests eine schnellere und breitere Diffusion von Innovationen hinsichtlich Methoden o.Ä. erfolgen, sodass diese den verschiedenen potentiellen Anwendern im öffentlichen Sektor zügiger zur Verfügung stehen. Dieser positive Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich dürfte im deutschen Straßen- und Hochbausektor allerdings bei Eignungstests bspw. im Vergleich zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nur eine verschwindend geringe Bedeutung haben, denn das Innovationspotential bei ÖPP-Eignungstests ist als äußerst gering einzuschätzen, sodass nahezu keine Innovationen generiert werden dürften, die in der Folge überhaupt erst diffundieren können.

Zu den beiden vorgestellten Auswirkungen von Transparenz bezüglich ÖPP-Eignungstests ist noch Folgendes anzumerken: Der im Kontext des Wissensmanagements angeführte Effekt der besseren Nutzung des Potentials zur Standardisierung hängt auch mit dem Effekt der Innovationsdiffusion zusammen. So können sich neue Standards ohne eine Verbreitung von Innovationen kaum entwickeln und solche Standards wiederum können auch als eine Art von Innovationen eingestuft werden.[683] Aufgrund dieser Aspekte wurden an dieser Stelle die Effekte des Wissensmanagements und der Innovationsdiffusion in einem gemeinsamen Textabschnitt betrachtet.

---

[682] Vgl. BRH (2010, S. 3 und S. 12). Mittlerweile könnten die bemängelten Defizite allerdings ggf. behoben sein.

[683] Vgl. SWANN (2000), der Standards als eine besondere Form der Innovation bzw. als möglichen Endpunkt ansieht.

Des Weiteren ist anzumerken, dass beide der hier angeführten Transparenzeffekte auch auf anderem Wege als durch die Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests gegenüber der Allgemeinheit erreicht werden können. Es wäre bspw. eine ausschließlich für Akteure des öffentlichen Sektors zugängliche Internetplattform denkbar, über die anderen öffentlichen Auftraggebern die ÖPP-Eignungstests zur Verfügung gestellt werden.[684] Abschließend ist im Hinblick auf diese zwei positiven Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich zu berücksichtigen, dass deren Ausmaß stark von der Anzahl der öffentlichen Auftraggeber im entsprechenden Sektor abhängt. Daher dürften diese Effekte im Bereich des Bundeshochbaus und der -fernstraßen eine untergeordnete Rolle spielen, wohingegen sie beim ÖPP-Hochbau auf Landes- und vor allem Kommunalebene deutlich stärker ausgeprägt sein dürften.

***KONTROLLE DURCH GESELLSCHAFTLICHE AKTEURE***

Einen weiteren positiven Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich aufgrund der Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests stellt die Stärkung der gesellschaftlichen Kontrollmöglichkeiten dar. Diesbezüglich sind im Kontext der Erstellung von ÖPP-Eignungstests durch die öffentliche Hand zwei Aspekte zu betonen: Zum einen wird durch die Offenlegung von ÖPP-Eignungstests der Druck erhöht, dass der jeweilige öffentliche Auftraggeber eine solche Prüfung tatsächlich durchführt und diesen wichtigen Schritt im ÖPP-Realisierungsprozess nicht übergeht. Diesem Effekt kommt insbesondere auch deshalb eine hohe Bedeutung zu, weil belegt ist, dass die gemäß den Leitfäden vorgesehenen ÖPP-Eignungstests in der Praxis des Öfteren nicht erstellt werden.[685] Zum anderen ermöglicht die Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests eine sehr frühzeitige Kontrolle durch die Gesellschaft, die zur Reduktion von Opportunismuspotentialen beitragen kann. So kann schon in einem frühen Planungsstadium eines Vorhabens bereits geprüft werden, inwieweit die öffentliche Hand auch die kritischen Punkte hinsichtlich der grundsätzlichen ÖPP-Eignung angemessen in ihre Überlegungen einbezieht. Ferner kann die konkrete Einschätzung seitens der öffentlichen Hand zu den untersuchten Eignungskriterien von gesellschaftlichen Akteuren kontrolliert werden. Beide Aspekte setzen für den öffentlichen Auftraggeber Anreize, einen objektiven und unverzerrten Eignungstest durchzuführen. Die Kontrolle von ÖPP-Eignungstests durch gesellschaftliche Akteure ist grundsätzlich sowohl bei den Bundesfernstraßen als auch im Bundeshochbau als ein wichtiger Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich einzustufen.

***EINBEZUG VON BEI GESELLSCHAFTLICHEN AKTEUREN VORHANDENEN KNOW-HOW***

Die Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests ermöglicht den Einbezug von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how. Dieser Effekt kommt bei diesem Dokumententyp besonders umfassend zum Tragen, weil die im Vergleich zu ÖPP-Verträgen oder Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen geringe Komplexität von ÖPP-Eignungstests zu einer guten allgemeinen Verständlichkeit beiträgt. Des Weiteren entsteht durch eine unverzügliche Offenlegung von ÖPP-Eignungstests die Möglichkeit, das bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandene Know-how bei Kernpunkten des Projektes in einer sehr frühen Phase einzubeziehen, sodass auf grundlegende

[684] Eine solche Internetplattform könnte ggf. in Verbindung mit Unterstützungsangeboten zur Erstellung von ÖPP-Eignungstests z.B. durch eine – wie in Abschnitt 7.4.2 diskutierte – öffentliche Wissensmanagement-Organisation bereitgestellt werden.

[685] Diese Aussage beinhaltet einen Vorgriff auf Erkenntnisse aus dem nächsten Abschnitt 9.2.1.2.

Ausgestaltungsfragen des Vorhabens im Rahmen des ÖPP-Eignungstests noch rechtzeitig eingewirkt werden kann und in dieser Hinsicht ggf. Korrekturen vorgenommen werden können. Dieser positive Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich kann bei den ÖPP-Projekten sowohl im Bundeshochbau als auch bei den Bundesfernstraßen von Relevanz sein.

***TRANSAKTIONSKOSTEN DURCH DEN GESELLSCHAFTLICHEN DISKURS***

Die Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests kann Transaktionskosten infolge eines gesellschaftlichen Diskurses erzeugen, weil ÖPP in Politik und Gesellschaft oftmals ein streitbares Thema ist. Daher ist bei Projekten, die womöglich als ÖPP umgesetzt werden sollen, von einem gewissen Mindestmaß an Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs auszugehen. Besonders hohe Transaktionskosten dieser Art sind jedoch bei einer Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests zu erwarten, wenn aufgrund der Offenlegung klar wird, dass die öffentliche Hand bei einem Vorhaben auf Basis des Eignungstests den ÖPP-Ansatz weiter verfolgen will, obwohl für das Projekt bereits anhand qualitativer Überlegungen andere Beschaffungsvarianten deutlich geeigneter sind. Diese Diskrepanz könnte dazu führen, dass es zwischen der öffentlichen Hand und gesellschaftlichen Akteuren zu verstärkten politischen Diskussionen über das Projekt und die Beschaffungsvariante ÖPP kommt, die mit erhöhten politischen Transaktionskosten einhergehen.[686] Grundsätzlich kann im Bundesfernstraßen- und Bundeshochbausektor bezüglich dieses Transparenzeffekts im öffentlichen Bereich jedoch davon ausgegangen werden, dass bei Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests durch den gesellschaftlichen Diskurs keine ernstzunehmenden Nachteile zu erwarten sind, auch weil dieser Dokumententyp – im Gegensatz zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen – nicht diese entscheidende Bedeutung für die Auswahl der Beschaffungsvarianten hat und der mit einem hohen Diskussionspotential behaftete Vergleich zur KBV noch fehlt.[687] Vielmehr dürfte es insbesondere in Verbindung mit der erwähnten frühzeitigen Kontrollmöglichkeit der Fall sein, dass etwaige unnötige Transaktionskosten in späteren Phasen eines Projektes aufgrund eines möglichen gesellschaftlichen Diskurses, z.B. im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, durch die frühe Auseinandersetzung mit Problemen im Rahmen von ÖPP-Eignungstests reduziert werden können.

***EINFLUSSFAKTOREN***

Abschließend wird gebündelt auf einige der für die drei zuletzt beschriebenen Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich relevanten Einflussfaktoren eingegangen. Dies betrifft vor allem die Eigenschaften und Ressourcen der gesellschaftlichen Akteure. So hängt die Wirkungskraft der drei Transparenzeffekte

---

[686] Eine weitere denkbare Konstellation ist die Veröffentlichung eines (qualitativ hochwertigen und unverzerrten) Eignungstests, der ÖPP als eine geeignete Beschaffungsvariante für ein Vorhaben identifziert und die Politik bzw. Verwaltung diesen Ansatz weiter verfolgen will. In diesem Fall wird es ebenfalls ein gewisses Mindestmaß an Transaktionskosten infolge des gesellschaftlichen Diskurses geben, weil (ÖPP-skeptische) Akteure den offengelegten Eignungstest kritisch diskutieren und als Anlass nutzen werden, die ÖPP-Realisierung des Projekts im politischen Raum in Frage zu stellen. In dieser Konstellation könnte die Veröffentlichung eines qualitativ hochwertigen und unverzerrten ÖPP-Eignungstests aber auch zu einer Reduktion der Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs führen, weil die Entscheidung der Politik bzw. Verwaltung, den ÖPP-Ansatz weiter zu verfolgen, für die Öffentlichkeit nachvollziehbarer wird.

[687] Der im Kontext von WU in Abschnitt 9.2.2.1.1.2.4 genauer betrachtete Aspekt, dass durch Veröffentlichungen von ÖPP-Eignungstests zu enttäuschte Erwartungen gesellschaftlicher Akteure über deren Qualität und damit einhergehend zu einem transaktionskostenintensiven Diskurs führen können, dürfte wegen der genannten Gründen an dieser Stelle vernachlässigbar gering sein.

vom Ausmaß des vorhandenen Interesses bzw. der Motivation für eine Auseinandersetzung mit den jeweiligen Projekten sowie von der Ausstattung mit Know-how und zeitlichen Ressourcen bei den Akteuren ab. Je größer das gesellschaftliche Interesse an den ÖPP-Vorhaben ausgeprägt ist und je mehr Know-how sowie Zeitressourcen bei den gesellschaftlichen Akteuren vorhanden sind, desto stärker dürften die drei Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich ausfallen.[688]

#### 9.2.1.1.3 Fazit

Die Ausführungen zu den Auswirkungen von Transparenz bezüglich des Eignungstests bei ÖPP-Projekten zeigen, dass keine negativen, sondern eher (schwache) positive Wettbewerbseffekte durch die Veröffentlichung dieses Tests zu erwarten sind. Somit spricht bereits aus einer engen ökonomischen, also ausschließlich auf die Wettbewerbseffekte fokussierten Sicht nichts gegen eine vollständige Veröffentlichung dieses Dokumententyps nach dessen Erstellung, weil die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand nicht beeinträchtigt werden. Insgesamt weisen die Wettbewerbseffekte im Vergleich zu den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich jedoch eine untergeordnete Bedeutung auf. Dies liegt vor allem an der qualitativen Ausrichtung des ÖPP-Eignungstests, der noch keine sensiblen Daten o.Ä. enthält. Als wichtigste Erkenntnis der Analysen ist zu konstatieren, dass infolge einer Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests viele vorteilhafte Auswirkungen, insbesondere im Bereich der Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich, aber keine negativen Konsequenzen zu erwarten sind. Vor diesem Hintergrund ist eine unverzüglich nach der Erstellung erfolgende, vollständige Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests gegenüber der Allgemeinheit als sinnvoll einzustufen.[689] Eine Differenzierung nach verschiedenen Konstellationen ist hier prinzipiell nicht notwendig. Lediglich das Ausmaß der Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich kann infolge der erwähnten Einflussfaktoren schwanken, ohne dabei jedoch das Gesamtresultat entscheidend zu beeinflussen.

### 9.2.1.2 Status quo: Rechtslage und Praxis

***RECHTSLAGE HINSICHTLICH DER VERÖFFENTLICHUNG VON ÖPP-EIGNUNGSTESTS***

Im Rahmen des ÖPP-Realisierungsprozesses ist grundsätzlich eine Erstellung von ÖPP-Eignungstests vorgesehen. Bei Projekten auf Bundesebene leitet sich dies aus § 7 BHO ab und wurde speziell mit Bezug zu ÖPP durch den vom BMF im August 2007 eingeführten Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ konkretisiert.[690] Im sektorspezifischen Leitfaden für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei A-Modellen werden die Kriterien für ÖPP-Eignungstests bei

---

[688] Des Weiteren könnte die föderale Ebene des öffentlichen Auftraggebers einen Einfluss auf das Interesse bzw. die Motivation der gesellschaftlichen Akteure und damit indirekt auch auf die drei Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich haben. Bei ÖPP-Vorhaben auf Bundesebene dürfte das Interesse an den Projekten recht stark ausgeprägt sein, weil sie eine große (politische) Bedeutung, hohe finanzielle Volumen und oftmals einen Pilot- bzw. Prestigecharakter aufweisen. Auf kommunaler Ebene dürfte ein Interesse an ÖPP-Projekten bei lokalen gesellschaftlichen Akteuren vor allem aufgrund der räumlichen Nähe und ggf. Betroffenheit vorhanden sein. Auf Landesebene hingegen dürfte das Interesse der gesellschaftlichen Akteure an ÖPP-Vorhaben möglicherweise geringer ausgeprägt sein, weil hier weder die eben genannten Aspekte der Bundes- noch der Kommunalebene vollumfänglich zum Tragen kommen.

[689] Eine ähnliche Einschätzung vertritt der HDB (2010, S. 5). Hierbei handelt es sich allerdings um keine wissenschaftliche Arbeit, sondern um ein Positionspapier einer wichtigen Interessengruppe im deutschen ÖPP-Sektor.

[690] Vgl. BWV (2013b, S. 7 f.).

den Bundesfernstraßen präzisiert.[691] Im Bundeshochbau wird in den sektorspezifischen Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes (RBBau) betont, dass in jedem Fall ein ÖPP-Eignungstest zu erstellen ist.[692] Eine Veröffentlichung von ÖPP-Eignungstests wird in diesen Leitfäden und Richtlinien allerdings nicht thematisiert, sodass diesbezüglich keine Transparenzvorgaben existieren. Es hat zwar schon – wie im Teil zur Veröffentlichungspraxis noch dargelegt wird – IFG-Anfragen zu Eignungstests bei ÖPP-Projekten des Bundes gegeben, aber aus unterschiedlichen Gründen wurden hierzu bisher keine Gerichtsurteile gefällt. Vor dem Hintergrund der Ausführungen im vorherigen Abschnitt liegt zumindest die Vermutung nahe, dass im Kontext des hier im Fokus stehenden Schutzes fiskalischer Interessen des Bundes eine Veröffentlichung des kompletten ÖPP-Eignungstests im Rahmen des IFG bereits bei der derzeit herrschenden Rechtslage möglich sein sollte. Der Ausnahmetatbestand des Schutzes fiskalischer Interessen dürfte hier nicht betroffen sein, weil selbst bei einer engen ökonomischen, also ausschließlich auf die Wettbewerbseffekte fokussierten Sicht keine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine Beeinträchtigung der fiskalischen Interessen des Bundes bei der Durchführung von ÖPP-Projekten aufgrund einer Offenlegung von Eignungstests vorliegen dürfte. Die dargelegten Transparenzauswirkungen deuten im Gegenteil auf schwache, aber durchaus wünschenswerte Wettbewerbseffekte hin, die letztendlich die fiskalischen Interessen des Bundes sogar positiv beeinflussen können.[693]

#### *VERÖFFENTLICHUNGSPRAXIS BEI ÖPP-EIGNUNGSTESTS*

In der Praxis scheitert die Offenlegung von Eignungstests bei den ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau schon daran, dass diese Dokumente trotz entsprechender Vorgaben gar nicht erst erstellt werden. Bei den A-Modellen wurden keine ÖPP-Eignungstests durchgeführt, weil die Vorarbeiten zum A-Modell (Gutachten und Realisierungsstudien) wesentliche Kriterien des ÖPP-Eignungstests bei den Bundesfernstraßen bereits erfüllt haben sollen.[694] Dies wurde auch im Rahmen einer Kleiner Anfrage von der Bundesregierung bestätigt und in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass stattdessen die Eignungsabschätzung für den ÖPP-Ansatz auf Grundlage der Bewertungen im Bundesverkehrswegeplan unter Berücksichtigung des Planungsstandes und der Mauteinnahmenprognosen auf den jeweiligen Strecken erfolgte.[695] Es kann kritisch hinterfragt werden, ob durch diese alternative Vorgehensweise ein ordnungsgemäß durchgeführter ÖPP-Eignungstest tatsächlich adäquat zu substituieren ist. Die Vorgehensweise des Bundesverkehrsministeriums hat sich im Prinzip bei den V-Modell-Projekten nicht geändert. Dies ergibt sich aus einer Antwort des

---

[691] Vgl. VIFG (2008, S. 12).

[692] Vgl. BECKERS ET AL. (2014b, S. 101 f.). Die RBBau sieht nur eine Ausnahme vor: Wenn die Eignung des ÖPP-Ansatzes ganz offensichtlich nicht vorhanden ist, muss kein ÖPP-Eignungstest erstellt werden.

[693] Als ein anderer Ausnahmetatbestand ist eventuell der Schutz des behördlichen Entscheidungsprozesses (§ 4 IFG) denkbar, weil durch die Veröffentlichung des ÖPP-Eignungstests sofort nach dessen Erstellung (bzw. vor Beginn des Vergabeverfahrens) die (weitere) Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich der Auswahl der Beschaffungsvariante gestört werden könnte. Diese Thematik wird im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht betrachtet.

[694] Vgl. VIFG (2008, S. 12). Diese Realisierungsstudien haben hauptsächlich jedoch nur geprüft, ob eine Refinanzierung des ÖPP-Auftragnehmers aus der Vergütung mit den entsprechenden Lkw-Mauteinnahmen möglich ist, wenn dabei eine Anschubfinanzierung i. H. v. 50 % der Investitionskosten nicht überschritten wird; vgl. VIFG (2008, S. 7).

[695] Vgl. BT-DRS. 17/3330 (2010, S. 7).

Bundesverkehrsministeriums auf eine IFG-Anfrage aus dem Jahr 2012, mit der unter anderem Zugang zu Eignungstests von V-Modell-Projekten der zweiten ÖPP-Staffel beantragt wurde. Das Bundesverkehrsministerium führte in dieser Antwort aus, dass die begehrten Dokumente nicht zugänglich gemacht werden können, weil für diese Vorhaben keine Eignungstests erstellt wurden, sondern auf die dargestellte alternative Vorgehensweise zurückgegriffen wurde.[696] Aus einer im Juli 2017 veröffentlichten Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage lässt sich ableiten, dass es bis zu diesem Zeitpunkt keine weiteren IFG-Anfragen zu ÖPP-Eignungstests im Bereich der Bundesfernstraßen gegeben hat.[697]

Im Bundeshochbau wurden gemäß den Leitfäden und der RBBau ÖPP-Eignungstests erstellt, die zum Teil auch öffentlich zugänglich sind. Hinsichtlich des ÖPP-Projektes „Neubau des Bundesministeriums für Bildung und Forschung" wurde im Jahr 2016 eine IFG-Anfrage nach dem Eignungstest gestellt, welche bislang die einzige IFG-Anfrage nach diesem Dokumententyp im Bundeshochbau darstellt.[698] Dieses Informationsbegehren wurde positiv beschieden und der ungeschwärzte, vollständige vom Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung im Juni 2008 erstellte Eignungstest wurde zugänglich gemacht.[699] Daneben sind in Bezug auf die Veröffentlichungspraxis von ÖPP-Eignungstests im Bundeshochbau noch zwei weitere Fälle bekannt, die allerdings keinen Bezug zum IFG aufweisen. Beim Projekt „Bau des Humboldt-Forums" wurde der im Auftrag des damaligen BMVBS vom privaten Beratungsunternehmen PricewaterhouseCoopers erstellte ÖPP-Eignungstest im Rahmen einer parlamentarischen Unterrichtung durch die Bundesregierung vollständig und ungeschwärzt veröffentlicht.[700] Hervorzuheben ist in diesem Fall, dass dieser ÖPP-Eignungstest negativ ausfiel und der ÖPP-Ansatz bei diesem Projekt nicht weiter verfolgt wurde. Vor diesem Hintergrund kann das Vorgehen beim Vorhaben „Errichtung eines Museums der Moderne" kritisch hinterfragt werden. Hier wurde die ÖPP Deutschland AG (Partnerschaften Deutschland) von der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien mit der Erstellung des ÖPP-Eignungstests betraut. Dieses Dokument, das die Eignung des ÖPP-Ansatzes deutlich befürwortet, ist allerdings als nicht öffentlich klassifiziert.[701] Diese Geheimhaltung, die aus nicht näher dargelegten Gründen erfolgte, ist – neben den Erkenntnissen aus dem vorherigen Abschnitt – insbesondere vor dem Hintergrund der anderen zwei erwähnten Fälle kritisch zu sehen.

#### 9.2.1.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen

Die Analysen zu den Auswirkungen von Transparenz bezüglich Eignungstests bei ÖPP-Projekten haben deutlich gezeigt, dass einer Transparenzvorgabe hinsichtlich einer vollständigen und unverzüglich nach deren Erstellung erfolgenden Veröffentlichung gegenüber der Allgemeinheit nichts entgegensteht. Ein Abgleich mit dem Status quo in Bezug auf Rechtslage und Veröffentlichungspraxis

---

[696] Vgl. BMVBS (2012, S. 4 f.).

[697] Vgl. BT-Drs. 18/13093 (2017, S. 15).

[698] Vgl. BT-Drs. 18/13093 (2017, S. 12 f.).

[699] Siehe hierzu die Internetplattform FragDenStaat unter https://fragdenstaat.de/files/foi/84682/berlin_bmbf-bbr_2008_07_06-ppp-eignungstest.pdf.

[700] Vgl. BT-Drs. 16/8638 (2008).

[701] Vgl. BRH (2015, S. 2) und HHA-Protokoll-Nr. 18/36 (2015, S. 11).

fällt ambivalent aus. Grundsätzlich dürfte auf Basis des IFG der Zugang zu Eignungstests von ÖPP-Projekten auf Bundesebene möglich sein, worauf auch der erfolgreiche IFG-Antrag zum Vorhaben „Neubau des Bundesministeriums für Bildung und Forschung" hindeutet. Der Schutz fiskalischer Interessen des Bundes stellt bei diesem Dokumententyp keinen Ausnahmetatbestand dar, der als Ablehnungsgrund herangezogen werden könnte. Daher ist davon auszugehen, dass das derzeitige IFG die in diesem Abschnitt herausgearbeitete Transparenzvorgabe vom Grundsatz her bereits gewährleistet und somit in Bezug auf das IFG kein Handlungsbedarf auszumachen ist. Allerdings machen die Erkenntnisse zu den ÖPP-Projekten bei den Bundesfernstraßen deutlich, dass eine Veröffentlichung von Eignungstests gar nicht erst erfolgen kann, wenn diese überhaupt nicht erstellt werden. Im Bundeshochbau wiederum werden ÖPP-Eignungstests zwar durchgeführt, aber die Veröffentlichungspraxis ist – ggf. aufgrund der Involvierung verschiedener Akteure – bislang unterschiedlich ausgefallen, wobei durchaus eine gewisse Tendenz zur Offenlegung erkennbar ist. Hier sollte eine einheitliche Veröffentlichungspraxis angestrebt werden.

### 9.2.2 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

In diesem Abschnitt wird das aus ökonomischer Perspektive adäquate Ausmaß an Transparenz hinsichtlich der vorläufigen und abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (WU) bei ÖPP-Projekten im Kontext des Schutzes fiskalischer Interessen der öffentlichen Hand analysiert. Die Untersuchungen basieren dabei hinsichtlich der WU-Methodik auf den in Abschnitt 4.2.1 genannten Leitfäden und der dadurch geprägten ÖPP-Praxis bei der Erstellung von WU. Die vorläufige WU ist ein zentrales Dokument im ÖPP-Realisierungsprozess, da sich in diesem Verfahrensschritt entscheidet, ob ein Vorhaben tatsächlich als ÖPP ausgeschrieben wird. Die abschließende WU stellt ebenfalls ein bedeutsames Dokument dar, weil es die finale Grundlage für die Entscheidung bildet, ob der beste Bieter den Zuschlag für das ÖPP-Projekt erhält oder das ÖPP-Vergabeverfahren abzubrechen ist. Bei den Untersuchungen steht die vorläufige im Vergleich zur abschließenden WU stärker im Fokus. Bei den Analysen steht die Frage im Mittelpunkt, welche Elemente einer WU (Methodik, PSC, ÖPP-Vergleichswert, Effizienzunterschiede, monetarisierte Nutzeneffekte und Wechselkosten[702]) in Abhängigkeit verschiedener Konstellationen und Faktoren veröffentlicht werden können bzw. sollten. Für die Analysen wird auf die in Abschnitt 8.3.3 beschriebene, aus drei Schritten bestehende Vorgehensweise zurückgegriffen. Nach der Untersuchung der Transparenzauswirkungen bezüglich WU bei ÖPP-Projekten (Abschnitt 9.2.2.1) folgt eine Darstellung der aktuellen Rechtslage im Hinblick auf die im IFG geschützten fiskalischen Interessen des Bundes und der bisherigen Veröffentlichungspraxis bei WU (Abschnitt 9.2.2.2). Auf Basis der dabei gewonnenen Erkenntnisse wird der Status quo kritisch beurteilt und es werden vorläufige Handlungsempfehlungen erarbeitet (Abschnitt 9.2.2.3). Vor dem Hintergrund dieser einleitenden Ausführungen ist dieser Abschnitt zur WU auch als ein Kernstück in Teil C und der gesamten Arbeit einzustufen.

[702] Die Wechselkosten sind Teil der Analyse, auch wenn diese in den WU bei den ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus gemäß den Leitfäden derzeit – wie in Abschnitt 4.2.1 erwähnt – nicht berechnet werden, aber dies auch nicht ausgeschlossen wird.

#### 9.2.2.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten

Im Folgenden werden zunächst einige grundlegende Aspekte für die weiteren Analysen zu den Auswirkungen von Transparenz bei WU erläutert. Die Untersuchung wird auf der nächsten Gliederungsebene anhand verschiedener Dimensionen strukturiert: Unterschieden wird nach einer Veröffentlichung vor Beginn und nach Abschluss des Vergabeverfahrens („ex ante bzw. ex post Veröffentlichung") sowie zwischen einer nur auf ein einzelnes Projekt und einer auch auf andere zukünftige Projekte (eines Staffelprogramms) fokussierten Perspektive („statische bzw. dynamische Sichtweise").[703] Die Analyse von Transparenzeffekten beginnt mit der ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU bei statischer Sichtweise, die dann auf die dynamische Perspektive ausgeweitet wird. Im Anschluss werden die Auswirkungen von Transparenz bei vorläufigen WU aus statischer und dynamischer Sichtweise analysiert, wenn diese ex post offengelegt werden. Abschließend folgt die Untersuchung der (ex post) Veröffentlichung von abschließenden WU sowohl bei statischer als auch dynamischer Sichtweise.[704] Diese Strukturierung reduziert die hohe Komplexität der Analysen, weil die Konstellationen sukzessive modifiziert werden, was zu einer besseren Nachvollziehbarkeit der Untersuchung beiträgt. Aufgrund der Strukturierung bauen die Analysen aufeinander auf und bereits gewonnene Erkenntnisse können wiederverwendet werden. Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass zunächst nur die vorläufige WU betrachtet wird und zum Schluss die abschließende WU im Fokus steht. Im Übrigen folgt diese Gliederung weitestgehend einer Reihenfolge, bei der – wie sich zeigen wird – die Rationalität für eine möglichst vollständige Offenlegung der WU von der ersten bis zur letzten Konstellation kontinuierlich abnimmt. Außerdem sei erneut angemerkt, dass die Analysen zur Transparenz bezüglich WU auf der WU-Methodik gemäß ÖPP-Leitfäden bzw. -Praxis in Deutschland beruhen.[705]

Des Weiteren sei auf die zwei unterschiedlichen bei den Analysen eingenommenen ökonomischen Perspektiven hingewiesen.[706] Zum einen werden die Transparenzauswirkungen aus einer „engen" ökonomischen Sichtweise untersucht, die nur Wettbewerbseffekte einbezieht. Bei einer „breiten" ökonomischen Sicht werden zum anderen weitere Auswirkungen von Transparenz berücksichtigt, die den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich zuzuordnen sind.[707] Diese klare Trennung verbessert die Übersichtlichkeit und Nachvollziehbarkeit der Analysen. Darüber hinaus ist diese Unterteilung im Hinblick auf die Ausführungen in den Abschnitten zur Rechtslage und Kritik am Status quo von Vorteil, weil die juristische Betrachtungsweise eine ähnliche Trennung vornimmt.

---

[703] Die dynamische Sichtweise umfasst dabei auch die Auswirkungen beim aktuellen, von der Veröffentlichung betroffenen Projekt.

[704] Bei einer abschließenden WU ist gemäß ihrem Charakter keine ex ante, sondern nur eine ex post Veröffentlichung möglich. Im Folgenden ist daher mit der Veröffentlichung einer abschließenden WU stets die ex post Offenlegung gemeint.

[705] Eine Ausnahme stellen – wie bereits erwähnt – Wechselkosten dar. Einerseits sollten aus normativer Sicht Wechselkosten bei der Erstellung von WU angemessen berücksichtigt werden und andererseits werden die Analysen um ein interessantes Element einer WU erweitert.

[706] Vgl. für diese vorgenommene Unterteilung auch KÜHLING ET AL. (2014, S. 103 f.).

[707] Siehe Unterkapitel 5.2 für die im Rahmen dieser Arbeit verwendete Definition von Wettbewerbseffekten und Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich.

Abschließend sei noch angemerkt, dass bei der Untersuchung der jeweiligen Transparenzauswirkungen einer bestimmten Vorgehensweise nachgegangen wird: Zunächst erfolgt eine eher abstrakte Analyse eines jeden Effekts, der sich dann eine anwendungsbezogene Analyse bezüglich des ÖPP-Bundesfernstraßenbaus bzw. -Bundeshochbaus anschließt.

#### 9.2.2.1.1 Ex ante Veröffentlichung der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei statischer Sichtweise

##### 9.2.2.1.1.1 Wettbewerbseffekte

In Bezug auf die drei folgenden (positiven) Wettbewerbseffekte ist anzumerken, dass diese dem Bereich des allgemeinen Vergabedesigns zuzuordnen sind und dabei speziell mit Fragen zur Informationspolitik der Vergabeinstanz gegenüber den (potentiellen) Bietern zusammenhängen. Mit dem IFG sollten diese Aspekte des Vergabedesigns eher nicht direkt geregelt werden. Allerdings dürfte die grundlegende Ausrichtung des Vergabedesigns und des IFG bezüglich der Fragen zum Umgang mit Informationen überwiegend kompatibel sein, weil beide eine Verbesserung der Informationsstände von Bietern unterstützen.

###### 9.2.2.1.1.1.1 Reduktion der Kosten für die Angebotserstellung

Eine ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU kann bei einem einzelnen Projekt aus Sicht der Bieter zu einer Reduktion der Angebotserstellungskosten führen. Dies ist im Grunde darauf zurückführen, dass sich der Informationsstand der Bieter über das Projekt verbessert und diese weniger Aufwand für die eigene Informationsbeschaffung betreiben müssen. Die Verringerung der Kosten für die Angebotserstellung kann zur Attrahierung von mehr Teilnehmern für das Vergabeverfahren beitragen, was letztendlich die Wettbewerbsintensität fördern kann.[708] Daher ist die Reduktion der Kosten für die Angebotserstellung in dieser Arbeit als Wettbewerbseffekt eingeordnet. Des Weiteren zeigen auktionstheoretische Erkenntnisse, dass insbesondere bei einer hohen Unsicherheit über die Kosten der Leistungserstellung und etwaige Einnahmemöglichkeiten die einzelnen Bieter mehr Maßnahmen zur Generierung von Informationen durchführen. Die Kosten der Informationsgenerierung werden von Bietern in die Angebote eingepreist und somit letztendlich vom öffentlichen Auftraggeber bezahlt. Daher ist es auch aus Sicht eines öffentlichen Auftraggebers sinnvoll, Informationen zu den mit dem Projekt verbundenen Kosten und ggf. Einnahmen öffentlich bereitzustellen, weil diese als Substitut für privat generierte Informationen dienen können und die öffentliche Hand damit ihre erwarteten Ausgaben reduziert.[709]

Das Ausmaß der Reduktion der Angebotserstellungskosten durch die Veröffentlichung von vorläufigen WU hängt von einigen Faktoren ab, die bestimmte Eigenschaften des Projektes und auch des öffentlichen Auftraggebers betreffen. Es ist davon auszugehen, dass mit zunehmender Projektgröße und -volumen die ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU die Kosten der Angebotserstellung für die Bieter stärker senkt. Ferner dürfte die Reduktion der Angebotserstellungskosten umso

---

[708] Für eine ähnliche Argumentation siehe KÜHLING ET AL. (2014, S. 103). Für den Zusammenhang zwischen den Kosten der Angebotserstellung und der Wettbewerbsintensität vergleiche EZULIKE / PERRY / HAWWASH (1997, S. 185 ff.), die die hohen Angebotserstellungserstellungskosten bei ÖPP-Projekten aufgrund der abschreckenden Wirkung als Markteintrittsbarriere sehen.

[709] Vgl. LEFFLER / RUCKER / MUNN (2000, S. 170).

umfangreicher ausfallen, desto höher die Komplexität des Vorhabens ist. Außerdem wird der Effekt vom Know-how des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich der Erstellung von WU beeinflusst. Wenn aufgrund eines nicht ausreichenden Know-hows die Qualität der veröffentlichten vorläufigen WU derart unzulänglich ist, dass die Bieter diese für ihre Angebotserstellung nicht adäquat verwenden können, dann werden die Angebotserstellungskosten durch die Offenlegung letztlich auch nicht reduziert. Bei einer qualitativ hochwertigen vorläufigen WU kommt der Effekt hingegen eher zum Tragen. Des Weiteren hängt der Effekt von der „Reife" des Sektors ab. Denn mit einer zunehmenden Anzahl an ÖPP-Projekten und Erfahrungswerten der Bieter dürfte die Wirkung der Veröffentlichung der vorläufigen WU auf die Kosten der Angebotserstellung abnehmen.[710]

In Bezug auf die vorläufige WU bei ÖPP-Projekten im Bereich von Bundesfernstraßen und -hochbau ist näher zu klären, welche Bestandteile der WU für eine Realisierung des Effekts der Reduktion von Angebotserstellungskosten vor Beginn des Vergabeverfahrens veröffentlicht werden müssen. Aus Sicht der Bieter stellen der PSC und der ÖPP-Vergleichswert (inklusive der Bewertung von Risiken) sowie allgemeine Informationen zum Projekt eine wertvolle Unterstützung bei der Erstellung von Angeboten dar.[711] Die von der öffentlichen Hand angenommenen Effizienzunterschiede zwischen der KBV- und ÖPP-Variante könnten den Bietern allenfalls Hinweise geben, bei welchen Wertschöpfungsstufen bzw. Aufgaben eventuell besonders hohe Effizienzpotentiale zu heben sind, und somit in vernachlässigbarem geringem Umfang zur Reduktion der Angebotserstellungskosten beitragen. Daher erscheint die Offenlegung zu den Annahmen der Effizienzunterschiede für den hier betrachteten Effekt nicht unbedingt notwendig zu sein. Die Information aus der vorläufigen WU zu den Differenzen bei den monetarisierten Nutzenkomponenten und den Wechselkosten wiederum dürften den Aufwand der Bieter bei der Angebotserstellung nicht reduzieren, weil sie letztlich allenfalls für die Beschaffungsvariantenauswahl der öffentlichen Hand von Relevanz sein können. Die WU-Methodik als Grundlage für die Ermittlung des PSC und des ÖPP-Vergleichswertes ist für die Bieter aufgrund ihrer eigenen Vorgehensweise bei der Angebotskalkulation ebenfalls eher von untergeordnetem Interesse.

Die praktische Relevanz der Angebotserstellungskosten ist bei den ÖPP-Projekten auf Bundesebene nicht zu unterschätzen. So sprechen die Eigenschaften dieser ÖPP-Projekte in Bezug auf Größe, Volumen und Komplexität dafür, dass die ex ante Veröffentlichung einer vorläufigen WU durchaus einen Beitrag zur Reduktion des Aufwands bei der Angebotserstellung für die Bieter leisten kann. Insbesondere die hohe Unsicherheit über die Kosten der Leistungserstellung im Rahmen eines langfristigen ÖPP-Vertrags könnte im Kontext des hier betrachteten Effekts ein Argument für eine Offenlegung der vorläufigen WU sein.[712] Allerdings dürfte der Beitrag der ex ante Veröffentlichung einer vorläufigen WU zur Reduktion der Angebotserstellungskosten insgesamt eher weniger signifikant ausfallen. Zum einen konzentrieren sich die Unternehmen sehr stark auf ihre erprobten Strategien zur

---

[710] Vgl. EZULIKE / PERRY / HAWWASH (1997, S. 191).

[711] Im Rahmen dieser Arbeit meint die Formulierung „der PSC" bzw. „der ÖPP-Vergleichswert" alle disaggregierten Komponenten mit Zahlenwerten. Bei der Formulierung „die Höhe des PSC" bzw. „die Höhe des ÖPP-Vergleichswertes" ist tatsächlich nur die „eine (aggregierte) Zahl" gemeint.

[712] Bei den A-Modellen hätte zudem die hohe Unsicherheit über die zukünftigen Mauteinnahmen für eine öffentliche Bereitstellung der vorläufigen WU gesprochen.

Informationsgenerierung.[713] Zum anderen erstattet die öffentliche Hand in der Praxis ohnehin einen gewissen Anteil der Kosten der Angebotserstellung, was die Wirkung des durch die Veröffentlichung der WU induzierten Wettbewerbseffekts abschwächt.[714] Darüber hinaus dürfte der ÖPP-Sektor im Bundesfernstraßenbau und mit Einschränkungen auch im Bundeshochbau mittlerweile ein solches Reifeniveau hinsichtlich Projektanzahl und Erfahrungswerten der Bieter erreicht haben, dass den Wirkungen auf die Angebotserstellungskosten durch eine Veröffentlichung von vorläufigen WU nur eine geringe Bedeutung beigemessen werden kann.

Schließlich ist im Kontext des spezifischen Ablaufs von ÖPP-Vergabeverfahren kritisch zu hinterfragen, ob durch die Reduktion der Angebotserstellungskosten tatsächlich eine höhere Wettbewerbsintensität induziert werden kann. Selbst wenn zunächst eine höhere Teilnehmeranzahl zu Beginn eines Vergabeverfahrens erreicht werden sollte (wovon bei den ÖPP-Märkten mit den häufig recht wenigen Anbietern meist nicht auszugehen ist), führt die Auswahl der zur Abgabe eines indikativen Angebots berechtigten Teilnehmer („short list“) ohnehin zu einer künstlichen Reduktion der Bieteranzahl. Erst in dieser Stufe des Vergabeverfahrens und der folgenden BAFO-Phase entscheidet sich letztlich die Intensität des Wettbewerbs, die somit nicht wesentlich von der anfänglichen Anzahl der Teilnehmer abhängt.

#### 9.2.2.1.1.1.2 Abschwächung von Diskrepanzen zwischen den Informationsständen der Bieter

Die ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU könnte Unterschiede zwischen den Informationsständen der Bieter abschwächen und damit einhergehend Informationsrenten reduzieren, weil die Bedeutung der privaten Informationen eines Bieters beim Erstellen seiner Kostenschätzung abnimmt.[715] Dieser Effekt kann sich auf verschiedene Art und Weise positiv auf den Wettbewerb auswirken. So könnten die Bieter aggressivere Bietstrategien verfolgen, da sie sich weniger auf ihren privaten Informationsvorteilen „ausruhen“ können. Außerdem wird die Informationsstruktur zwischen den Bietern in Bezug auf das Projekt ausgeglichener, was eine größere Anzahl an Bietern anziehen kann, weil die privaten Informationsvorsprünge bestimmter Bieter, die eine hohe Teilnahmebarriere mit abschreckender Wirkung darstellen können, teilweise abgebaut werden.

Der Effekt der Abschwächung von Diskrepanzen zwischen den Informationsständen der Bieter durch die ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU wird von einigen Faktoren beeinflusst. Offensichtlich ist die jeweilige Situation im ÖPP-Markt hinsichtlich der Informationsstände der Bieter entscheidend, weil der Effekt bei lediglich geringen privaten Informationsvorsprüngen von Bietern keine Relevanz aufweist. Die Qualität der vorläufigen WU übt ebenfalls einen Einfluss aus. Bei einer qualitativ minderwertigen WU, bedingt bspw. durch fehlendes Know-how der öffentlichen Hand, dürfte sich der Effekt nicht realisieren, weil deren Inhalt keinen zuverlässigen und wertvollen Informationsgehalt liefert. Ausschließlich eine WU mit hoher Qualität könnte dazu beitragen, die Bedeutung von privaten

---

[713] Diese Information wurde von Praktikern aus dem Bereich der (im ÖPP-Markt tätigen) Bauunternehmen im Rahmen von Experteninterviews genannt.

[714] Mit der Maßnahme der (partiellen oder vollständigen) Kostenerstattung können aus Sicht der Bieter die letztendlich von ihnen zu tragenden Kosten der Angebotserstellung direkter (und ggf. besser) verringert werden als mit der Veröffentlichung der WU; vgl. OECD (2008, S. 78). Allerdings ist die Kostenerstattung mit höheren Ausgaben für die öffentliche Hand verbunden.

[715] Vgl. DE SILVA ET AL. (2008, S. 153).

Informationsvorteilen zu reduzieren und die Diskrepanzen zwischen den Informationsständen der Bieter abzuschwächen.

Im Hinblick auf die ÖPP-Projekte bei den Bundesfernstraßen und im Bundeshochbau stellt sich die Frage, welche Elemente der vorläufigen WU vor Beginn des Vergabeverfahrens tatsächlich für das Wirksamwerden des beschriebenen Effekts zu veröffentlichen sind. Eine Offenlegung des PSC und des ÖPP-Vergleichswertes als Kostenschätzungen der öffentlichen Hand für das Projekt sowie der angenommenen Effizienzunterschiede zwischen den beiden Beschaffungsvarianten könnte die Diskrepanzen zwischen den Informationsständen der Bieter effektiv abmildern.[716] Allgemeine in der WU enthaltene Informationen zum Projekt dürften zwar in geringem Maße auch förderlich sein, sind aber zweifelsohne nicht entscheidend für diesen Effekt. Andere Elemente wie die WU-Methodik, die Nutzenberechnungen und die Wechselkosten haben keine Relevanz für den Effekt.

Bei der Übertragung der Erkenntnisse auf die ÖPP-Projekte auf Bundesebene sind einige Aspekte zu beachten. Zunächst ist fraglich, ob in der Praxis eine vorläufige WU Informationen und Daten in ausreichender Qualität enthält, sodass eine nivellierende Veränderung der Informationsstruktur bei den Bietern ermöglicht wird. Das Bietverhalten der Unternehmen hängt außerdem auch von weiteren Faktoren mit Bezug zur Sektorstruktur ab, die von der vorläufigen WU nicht beeinflusst werden (können). Außerdem dürfte bei einem einzelnen Projekt eine ausgeglichenere Informationsstruktur zwischen den Bietern kurzfristig kaum zu erreichen sein, sondern dies ist eher langfristig im Rahmen einer kontinuierlichen Veröffentlichungspraxis der öffentlichen Hand vorstellbar. Bei der in diesem Abschnitt eingenommenen statischen Sichtweise werden solche langfristigen Auswirkungen jedoch zunächst nicht berücksichtigt.

#### 9.2.2.1.1.1.3 Reduktion von Unsicherheiten hinsichtlich Common-Value-Komponenten

In Fällen, bei denen bestimmte Komponenten der Angebotskalkulation einen Common-Value-Charakter aufweisen, kann die ex ante Veröffentlichung einer vorläufigen WU die mit Projekten verbundenen Unsicherheiten hinsichtlich Kosten und ggf. Einnahmen reduzieren.[717] Der auktionstheoretische Begriff des Common Value beschreibt eine Situation, in der der Wert eines Auktionsgutes für jeden Bieter zwar gleich ist, aber jeder Bieter aufgrund unterschiedlicher Informationen den Wert des Gutes anders einschätzt.[718] Diese Eigenschaft von Common-Value-Gütern kann zum sogenannten Fluch des Gewinners („Winner's Curse") führen, weil meist der Bieter mit der optimistischsten Schätzung mit einem entsprechend hohen Angebot den Zuschlag erhält, sich der Wert des Gutes dann aber häufig als deutlich geringer herausstellt und der siegreiche Bieter damit letztendlich Verluste erleidet. Aus diesem

---

[716] Siehe hierzu auch DE SILVA ET AL. (2009, S. 71). Diese quantitative empirische Studie zeigt anhand des KBV-Tiefbausektors in zwei Bundesstaaten der USA, dass durch die ex ante Veröffentlichung von fundierten Kostenschätzungen der öffentlichen Hand die Unterschiede im Bietverhalten aufgrund von Diskrepanzen zwischen den Informationsständen der Bieter (modelliert über neue und bereits länger im Markt tätige Unternehmen) nahezu eliminiert wurden. Aufgrund der Unterschiede zwischen dem KBV-Tiefbaumarkt in den USA und dem ÖPP-Markt in Deutschland sind die empirischen Erkenntnisse keinesfalls bedenkenlos übertragbar, aber die grundlegende Aussage dürfte durchaus zutreffen.

[717] Dieser Effekt grenzt sich von der Reduktion der Angebotserstellungskosten dahingehend ab, dass es nicht um die Kosten der Informationsgenerierung geht, sondern die Änderungen des Bietverhaltens aufgrund der Unsicherheiten bei den Common-Value-Komponenten entstehen.

[718] Vgl. KLEMPERER (1998, S. 758), der als bekanntestes Beispiel die Versteigerung von Ölbohrlizenzen nennt.

Grund geben rationale Bieter bei Common-Value-Auktionen vorsichtigere, weniger aggressive Gebote ab, was aus Sicht des Auktionators zu schlechteren Vergabeergebnissen führt.[719] Die Informationen in einer veröffentlichten vorläufigen WU können den Bietern hinsichtlich der Common-Value-Komponenten beim jeweiligen Projekt als fundierte (Kosten-) Schätzung dienen und somit die Gefahr des Winner's Curse reduzieren.[720] Dies hat positive Auswirkungen auf den Wettbewerb und das Bietverhalten. Einerseits können dadurch mehr Bieter angelockt werden, was die Wettbewerbsintensität erhöhen kann. Andererseits führt die Reduktion der Unsicherheit hinsichtlich der Common-Value-Komponenten zu geringeren Sicherheitsaufschlägen bei risikoaversen Bietern. Beide Aspekte können letztendlich zu einem besseren Vergabeergebnis aus Sicht der öffentlichen Hand beitragen.

Das Ausmaß des Effekts der Unsicherheitsreduktion hinsichtlich Common-Value-Komponenten durch die Veröffentlichung von vorläufigen WU hängt von einigen Faktoren ab. In erster Linie ist der Anteil der Common-Value-Komponenten beim jeweiligen Projekt entscheidend. Je größer dieser Anteil ausfällt, desto stärker wirkt der Effekt durch die ex ante Veröffentlichung einer vorläufigen WU. Die Komplexität des Projektes bzw. Vertrags kann die Unsicherheit der Bieter hinsichtlich Common-Value-Komponenten verstärken, weil aufgrund einer hohen technischen und / oder vertraglichen Komplexität die Auswirkungen von zukünftigen Ereignissen, wie bspw. die Realisierung von Kostenrisiken, weniger klar abzuschätzen sind. Das Ausmaß des Effekts hängt zudem stark mit der konkreten Vertragsgestaltung und dabei insbesondere mit der Risikoallokation zusammen. Je umfangreicher die Common-Value-Risiken der öffentlichen Hand zugeordnet werden, desto schwächer ist der Effekt ausgeprägt, da die Relevanz der Common-Value-Komponenten für die Angebotskalkulation der Bieter abnimmt. Schließlich spielt das Know-how der öffentlichen Hand bezüglich der Einschätzung der Common-Value-Komponenten und somit übergreifend die Qualität der vorläufigen WU eine Rolle. Die Bewertung der Common-Value-Komponenten sollte plausibel und ausreichend fundiert sein, damit bei den Bietern eine substantielle Reduktion der Unsicherheit bewirkt wird.

Im Kontext von ÖPP-Projekten bei den Bundesfernstraßen und im Bundeshochbau stellen der PSC und der ÖPP-Vergleichswert diejenigen Elemente in einer vorläufigen WU dar, die als fundierte Schätzung der Kosten für die KBV- bzw. ÖPP-Variante eine Verringerung der Unsicherheit bezüglich Common-Value-Komponenten bei Bietern begünstigen können.[721] Die anderen Elemente der WU (Methodik, Effizienzunterschiede, Nutzenberechnungen und Wechselkosten) beeinflussen diesen Effekt hingegen nicht und bräuchten in dieser Hinsicht daher nicht unbedingt offengelegt werden.

In der Praxis dürfte der Effekt der Unsicherheitsreduktion bezüglich Common-Value-Komponenten beim Bundesfernstraßenbau insbesondere bei der Abschätzung der zukünftigen Verkehrsmengen eine gewisse Bedeutung aufweisen. Bei den bisherigen A-Modellen, bei denen die nicht beeinflussbaren Verkehrsmengen direkt die an ÖPP-Betreiber weitergeleiteten Mauteinnahmen bestimmen, ist davon

---

[719] Vgl. FINSINGER / FELDER (1986, S. 34).

[720] Vgl. KLEIN (1998, S. 17).

[721] Vgl. DE SILVA ET AL. (2008, S. 162 ff.), der den in diesem Abschnitt beschriebenen Effekt für eine dem PSC ähnliche Variante (dem sogenannten „engineers' cost estimate") im US-amerikanischen KBV-Tiefbaumarkt empirisch nachweisen konnte.

auszugehen, dass eine ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU mit den entsprechenden Verkehrsmengenprognosen der öffentlichen Hand eine Minderung der Unsicherheit bei Bietern bewirkt hätte und mit geringeren Sicherheitsaufschlägen im Zuge der Angebotserstellung einhergegangen wäre. Beim derzeit angewandten V-Modell sind die mit der Verkehrsmenge zusammenhängenden Erhaltungskosten als Common-Value-Komponente einzustufen, allerdings dürfte der Effekt in diesem Kontext weniger stark ausgeprägt sein. Denn im Gegensatz zu den Mauteinnahmen beim A-Modell können die Erhaltungskosten vom ÖPP-Auftragnehmer in der Bau- und Betriebsphase noch beeinflusst werden.

Neben den beschriebenen nachfrageabhängigen Elementen gibt es bei ÖPP-Projekten üblicherweise weitere Common-Value-Komponenten, die zudem auch im Hochbau von Relevanz sind.[722] Zu nennen sind in diesem Zusammenhang insbesondere Risiken, die vom Auftragnehmer kaum zu beeinflussen sind und deren Schadenshöhe mehr oder weniger unabhängig vom jeweiligen Auftragnehmer ist. Im technischen-systemischen Bereich zählen hierzu vor allem die Baugrund- und Bestandsrisiken. Die diesbezüglich in der vorläufigen WU enthaltenen Einschätzungen der öffentlichen Hand könnten zur Reduktion der Unsicherheit hinsichtlich dieser Common-Value-Komponenten beitragen. In der Praxis werden den Bietern unabhängig von der WU häufig entsprechende Gutachten über Baugrund- und Bestandsrisiken zur Verfügung gestellt. Zum Teil lassen die Bieter zusätzlich auch noch eigene Gutachten erstellen. Im finanzwirtschaftlichen Bereich sind im Rahmen der langfristigen ÖPP-Verträge insbesondere Fremdkapitalzinssätze und (bauspezifische) Inflationsraten den Common-Value-Komponenten zuzuordnen. Allerdings erscheint es fragwürdig, ob eine Veröffentlichung der vorläufigen WU eine Reduktion der Unsicherheit bezüglich dieser zwei Aspekte bewirkt, weil es sich dabei um Schätzwerte handelt, bei denen die öffentliche Hand gegenüber den Bietern (und deren Beratern) keine Informationsvorteile haben dürfte.

Um Probleme im Zusammenhang mit Common-Value-Komponenten zu vermeiden, könnten im ÖPP-Vertrag die Common-Value-Risiken grundsätzlich der öffentlichen Hand zugeordnet werden. Dies sollte jedoch nur dann in Betracht gezogen werden, wenn die Nichtübertragung von Common-Value-Risiken an den ÖPP-Auftragnehmer (im Vergleich zu den Vorteilen) mit geringen oder keinen Nachteilen in Bezug auf die Anreizsetzung zur kosteneffizienten Leistungserstellung einhergeht und nur mit geringen Transaktionskosten verbunden ist. Insgesamt scheint der Wettbewerbseffekt infolge der Reduktion von Unsicherheiten hinsichtlich Common-Value-Komponenten eher aus theoretischer Sicht interessant zu sein, während es praktisch wohl eher unwahrscheinlich ist, dass dieser Effekt bei den ÖPP-Projekten auf Bundesebene im nennenswerten Umfang auftritt.

[722] Im Bundeshochbau wären als nachfrageorientierte Common-Value-Komponente höchstens die Verbrauchsmengen bei Strom, Wasser, Wärme usw. und die damit einhergehenden Kosten vorstellbar. Im kommunalen Hochbau gibt es ÖPP-Projekte bei Sport- und Freizeitanlagen (wie Hallenbäder und Stadien), bei denen die Vergütung ähnlich wie bei A-Modellen direkt über die Einnahmen erfolgt.

#### 9.2.2.1.1.1.4 Problematik im Kontext eines veröffentlichten Reservationspreises bei kollusivem Bieterverhalten

Eine ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU kann bei einem einzelnen Projekt bei kollusivem Bieterverhalten den fiskalischen Schaden der öffentlichen Hand bei der bevorstehenden Vergabe erhöhen.[723] Der fiskalische Schaden ergibt sich in diesem Fall aus der Differenz zwischen dem siegreichen Gebot mit und ohne ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU. Diese Transparenzauswirkung stellt aus theoretischer und praktischer Perspektive den (mit Abstand) wichtigsten Wettbewerbseffekt dar. Außerdem spielt dieser Effekt im Hinblick auf den Status quo bei der Rechtslage und Veröffentlichungspraxis eine zentrale Rolle. Deshalb sind die Überlegungen zu diesem Transparenzeffekt in diesem Abschnitt recht umfangreich.

***GRUNDLEGENDE AUKTIONSÖKONOMISCHE AUSFÜHRUNGEN ZUM RESERVATIONSPREIS***

Die entscheidende Frage für das Ausmaß des fiskalischen Schadens ist, inwieweit die Bieter bei kollusivem Verhalten aufgrund der Informationen aus der veröffentlichten WU ihre Angebote tatsächlich zulasten der öffentlichen Hand gewinnmaximierend ausrichten können.[724] Diese Fragestellung lässt sich der Auktionstheorie zuordnen und betrifft dort die vielfach diskutierte Thematik des sogenannten Reservationspreises. Hierzu werden im Folgenden zunächst überwiegend abstrakte Ausführungen dargelegt. Für die genaue Definition des Reservationspreises ist zuvor der Begriff des Reservationswertes näher zu erläutern. Im Allgemeinen beschreibt der Reservationswert den Wert der nächstbesten (Auswahl-)Alternative für den Auktionator.[725] Speziell im Bereich des Procurements bilden die (Opportunitäts-)Kosten der nächstbesten Beschaffungsvariante den Reservationswert für den öffentlichen Auftraggeber. Der Reservationspreis hingegen ist ein vom öffentlichen Auftraggeber festgesetzter Schwellenwert, den das beste Angebot unterbieten muss, damit die Vergabe tatsächlich erfolgt und nicht abgebrochen wird.[726] Bei der Festsetzung kann sich die öffentliche Hand an ihrem Reservationswert orientieren, wobei der Reservationspreis in aller Regel darunter liegt.[727]

In der Auktionsliteratur werden dem Reservationspreis im Bereich des Procurements verschiedene Funktionen zugeschrieben. So besteht eine Funktion darin, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Reservationspreis bewusst als Instrument zur Steigerung der Wettbewerbsintensität nutzt.[728] Ein Reservationspreis wirkt aus Sicht der Bieter wie ein zusätzliches Konkurrenzangebot, was den Wettbewerbsdruck auf die Bieter erhöhen kann.[729] Des Weiteren kann ein Reservationspreis dem

---

[723] Bei der hier eingenommenen statischen Sichtweise ist nur der Fall bereits bestehender Kollusion bzw. Kartelle relevant. Bei einer dynamischen Perspektive ist die Gefahr für die fiskalischen Interessen hingegen auch bei einer anfänglich hohen Wettbewerbsintensität vorstellbar; siehe hierzu Abschnitt 9.2.2.1.3.

[724] In den ÖPP-Vergabeverfahren werden in der Regel mindestens zwei Zuschlagskriterien (Preis und Qualität) verwendet, wobei der Preis das dominante Kriterium ist. Zur Vereinfachung und weil sich an den Kernerkenntnissen nichts ändert, wird hier ausschließlich der Angebotspreis betrachtet.

[725] Vgl. ALBANO ET AL. (2006, S. 272), die von den Opportunitätskosten der nächstbesten Alternative sprechen.

[726] Vgl. KERF ET AL. (1998, S. 80).

[727] Vgl. ALBANO ET AL. (2006, S. 272) und KERF ET AL. (1998, S. 80). Die empirische Studie von BAJARI / HORTACSU (2003, S. 347) zeigt anhand von Simulationen im Kontext von eBay-Auktionen, dass bei einem Reservationspreis von ca. 10-20 % unterhalb des Reservationswertes der Umsatz des Verkäufers maximiert wurde.

[728] Vgl. OECD (2008, S. 78 f.).

[729] Vgl. BAJARI / HORTACSU (2003, S. 342).

Zweck dienen, Glaubwürdigkeit bzw. Legitimität gegenüber der Öffentlichkeit zu schaffen und eine angemessene Verwendung von Steuermitteln bei der Vergabe zu signalisieren. So kann die öffentliche Hand durch einen Reservationspreis glaubhaft vermitteln, dass sie für die Leistungserbringung keine zu hohe Vergütung zahlt.[730] Schließlich ist allerdings hervorzuheben, dass generell nur ein glaubwürdiges Commitment der öffentlichen Hand bezüglich des Reservationspreises die angestrebten positiven Effekte induziert.[731]

Eine wichtige Frage im Zusammenhang mit der Festsetzung eines Reservationspreises ist, ob dieser ex ante veröffentlicht oder geheim gehalten werden sollte. Im Folgenden wird diesbezüglich auf zentrale Erkenntnisse der Auktionstheorie eingegangen.[732] Bei einer Geheimhaltung des Reservationspreises ist von einer stärkeren Wirkung auf die Wettbewerbsintensität als bei einer ex ante Veröffentlichung auszugehen, weil die Unsicherheit über die Höhe des Reservationspreises bei den Bietern zu aggressiveren Angeboten führt.[733] Der Effekt einer Erhöhung des Wettbewerbsdrucks ist zudem umso stärker ausgeprägt, je risikoaverser die Bieter oder auch ein mögliches Kartell eingestellt sind.[734] Insbesondere im Fall von Kartellen kann ein geheimer Reservationspreis dem Schutz vor stark überhöhten Angebotspreisen dienen.[735]

Bei einem ex ante veröffentlichten Reservationspreis ist dieser Schutz jedoch nicht gegeben, sondern vielmehr stellt er bei (impliziter oder expliziter) Bieterkollusion eine Gefahr für die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand bei der Vergabe dar.[736] Im Gegensatz zu einem geheimen Reservationspreis kann ein Bieterkartell die Information über dessen Höhe ausnutzen und möglichst nah an diesen heranbieten, um den Kartellgewinn zu maximieren. Dieses Vorgehen ist für ein Bieterkartell komplett ohne die Gefahr, mit dem (Kartell-)Angebot den Reservationspreis zu überschreiten und damit den Abbruch der Vergabe zu riskieren. Sofern für ein Bieterkartell – aus welchen Gründen auch immer – doch Unsicherheit über die exakte Höhe des Reservationspreises bestehen sollte, wird aufgrund der Gefahr der Überschreitung des Reservationspreises ein Sicherheitspuffer einkalkuliert und das (Kartell-)Angebot abgesenkt. Ein Nebeneffekt eines ex ante veröffentlichten Reservationspreises, der

---

[730] Vgl. KLEIN (1998, S. 18) und KERF ET AL. (1998, S. 80). Ein veröffentlichter Reservationspreis lässt keinen Raum für diskretionäre Handlungen, was in gewissen Fällen auch Nachteile mit sich bringen kann; vgl. ALBANO ET AL. (2006, S. 283).

[731] Vgl. ALBANO ET AL. (2006, S. 282 f.) und KLEMPERER (2004, S. 112 und S. 178). Im Einzelfall könnte jedoch auch aus Gründen der „Marktstrukturpflege" vom Commitment bezüglich des Reservationspreises abgewichen werden.

[732] Die folgenden Ausführungen basieren auf ALBANO ET AL. (2006, S. 278-283). Die dort betrachteten Auswirkungen hinsichtlich des Winner's Curse werden hier nicht betrachtet, weil dieser Aspekt aufgrund des Zusammenhangs mit den Common-Value-Komponenten bereits in Abschnitt 9.2.2.1.1.1.3 berücksichtigt wurde.

[733] Vgl. BAJARI / HORTACSU (2003, S. 342).

[734] Vgl. ALBANO ET AL. (2006, S. 283).

[735] Vgl. KERF ET AL. (1998, S. 80).

[736] Am Rande sei erwähnt, dass im Fall einer ausreichend hohen Wettbewerbsintensität (also ohne kollusives Bieterverhalten) der sogenannte Ankereffekt, ein in der Verhaltensökonomie betrachtetes kognitionspsychologisches Phänomen, eine gewisse Rolle spielen kann, wenn die Bieter den veröffentlichten Reservationspreis nicht bewusst wissend als Anker für ihre Angebote wahrnehmen. In dem Fall kann der Ankereffekt dazu führen, dass die Bieter ihre Angebote unbewusst an dem Reservationspreis ausrichten und somit insgesamt das Niveau der Angebotshöhen zum Schaden der fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand steigt. Bei professionellen und rationalen Bietern ist nicht von diesem kognitionspsychologischen Phänomen auszugehen und im Folgenden wird vom Ankereffekt abstrahiert. Für grundlegende Ausführungen zum Ankereffekt bzw. „anchoring effect" siehe KAHNEMANN (2012, S. 152-163).

vor allem bei impliziter, aber auch bei expliziter Kollusion von Bedeutung ist, besteht darin, dass gegenüber einer Geheimhaltung des Reservationspreises die Koordinantation hinsichtlich des Angebotspreises innerhalb des Kartells erleichtert wird.

Eine weitere negative Auswirkung der ex ante Veröffentlichung eines Reservationspreises, die jedoch nur im Kontext einer hohen Wettbewerbsintensität von Relevanz ist, kann in der Reduktion der Anzahl und Heterogenität der Bieter liegen.[737] Die Höhe des Reservationspreises signalisiert den potentiellen Bietern, ob sie in der Lage sind, bei einem solchen Preisniveau den Bieterwettbewerb erfolgreich zu bestehen. Jene Bieter, für die dies nicht der Fall ist, entscheiden sich gegen eine Teilnahme an der Vergabe, sodass der Pool der verbliebenen Bieter kleiner und homogener wird. Dies kann sich nachteilig auf die Wettbewerbsintensität auswirken. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass mit diesem veränderten Bieterpool allerdings gleichzeitig auch ein positiver Effekt einhergehen kann: Der Reservationspreis informiert die verbliebenen Bieter, dass die restlichen Konkurrenten im Durchschnitt effizienter sind als bei einer Vergabe ohne Veröffentlichung des Reservationspreises, und die damit verbundenen geringeren Gewinnchancen kompensieren die verbliebenen Bieter möglicherweise mit aggressiveren Angeboten.[738] Somit liegt der grundlegende Trade-off bei der Festsetzung eines öffentlichen Reservationspreises zwischen dem Vorteil der Extraktion von Renten der Bieter aufgrund des erhöhten Wettbewerbsdrucks und den Nachteilen einer geringeren Teilnehmeranzahl und -heterogenität.

Schließlich besteht insbesondere bei einem geheimen Reservationspreis die Möglichkeit, dass eine Vergabe gar nicht erfolgt, womit potentiell negative Konsequenzen einhergehen. Negative Konsequenzen können z.B. etwaige Zeitkosten aufgrund einer späteren Realisierung sein. Mitunter gehen damit auch politische (Transaktions-)Kosten einher, weil die nicht erfolgte Vergabe als politischer Misserfolg in der öffentlichen Debatte ausgelegt und Druck auf die politischen Entscheidungsträger ausgeübt wird.[739]

#### *DER ZUSAMMENHANG ZWISCHEN DEM RESERVATIONSPREIS UND DER VORLÄUFIGEN WU BEI ÖPP-VORHABEN*

In Bezug auf die Frage, ob bei ÖPP-Projekten die vorläufige WU ex ante öffentlich gemacht werden sollte, ist im Zusammenhang mit dem Reservationspreis und -wert zunächst entscheidend, inwieweit die Bieter aus einer veröffentlichten vorläufigen WU den Reservationswert bzw. seine Bestandteile ableiten können. Im Kontext von ÖPP-Vorhaben können folgende Bestandteile des Reservationswertes aus der vorläufigen WU abgeleitet werden: der PSC, etwaige entgangene monetarisierte Nutzen bei einer KBV-Realisierung gegenüber ÖPP („ÖPP-Zusatznutzen“) und die Wechselkosten.[740] Denn all diese Bestandteile des Reservationswertes sind (Opportunitäts-)Kosten eines öffentlichen

---

[737] Dieser Effekt wird auch in einem modelltheoretischen Artikel von VINCENT (1995, S. 576) erwähnt. REILEY (2006, S. 202 ff.) weist im Kontext von Online-Aktionen empirisch nach, dass bei Veröffentlichung des Reservationspreises die Anzahl der Bieter sinkt und sich dieser Effekt mit der Höhe des Reservationspreises verstärkt, aber der Umsatz des Verkäufers bei erfolgten Transaktionen signifikant höher ist als ohne Reservationspreis.

[738] Vgl. ALBANO ET AL. (2006, S. 272). Anzumerken ist, dass die Argumentation bei ALBANO ET AL. (2006) im Hinblick auf die geringeren Gewinnchancen der verbliebenen Bieter bei Vergabe mit veröffentlichtem Reservationspreis ohne weitere Erläuterungen nicht nachvollziehbar ist.

[739] Vgl. KLEMPERER (2004, S. 138).

[740] Vgl. KÜHLING ET AL. (2014, S. 103).

Auftraggebers für die Umsetzung eines Projektes mit dem KBV-Ansatz, falls das ÖPP-Vergabeverfahren aufgrund einer Überschreitung des Reservationspreises abgebrochen wird. Grundsätzlich sind hinsichtlich der Ableitung des Reservationswertes aus der vorläufigen WU zwei Fälle möglich: Der Reservationswert ist vollständig und eindeutig ableitbar (keine Unsicherheit) oder dies ist nicht vollumfänglich möglich und daher mit Unsicherheit behaftet. Darauf aufbauend ist von zentraler Bedeutung, inwieweit den Bietern der von der Vergabestelle bei der Festsetzung angewandte funktionale Zusammenhang zwischen dem Reservationswert und -preis bekannt ist. Grundsätzlich sind auch hier zwei Fälle zu unterscheiden: Der Zusammenhang ist den Bietern vollständig bekannt (keine Unsicherheit) oder dieser ist nicht in Gänze bekannt und unterliegt damit einer gewissen Unsicherheit. Aus dieser Systematisierung resultieren die vier in Abbildung 14 dargestellten Konstellationen.

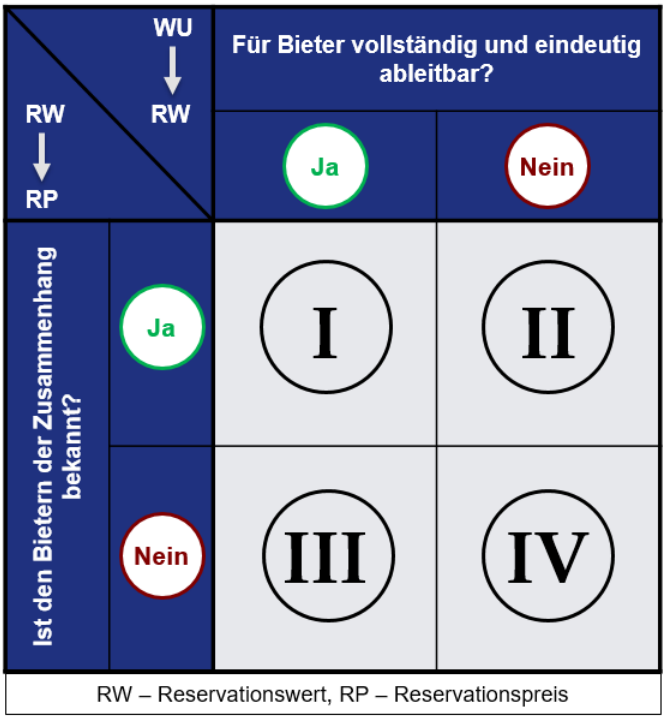



**Abbildung 14: Übersicht zu den Konstellationen im Kontext des Bieterwissens hinsichtlich (vorläufiger) WU, Reservationswert und -preis[741]**

In Konstellation I haben die Bieter bzw. hat ein Bieterkartell[742] im Falle einer ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU keinerlei Unsicherheit über die Höhe des Reservationspreises, sodass zum Ziel der Gewinnmaximierung sehr nah an diesen herangeboten wird. Die intendierte Wirkung des Reservationspreises, der Schutz vor überhöhten Angebotspreisen, ist aufgehoben und darüber hinaus wird einem Bieterkartell die Koordination hinsichtlich des Angebotspreises sogar erleichtert. Aus Sicht der öffentlichen Hand ist in dieser Konstellation der fiskalische Schaden durch die ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU am größten.[743] In den Konstellationen II und III hat ein Bieterkartell

[741] Quelle: eigene Darstellung.

[742] Bei den folgenden Ausführungen wird aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung für das allgemeine Konzept des kollusiven Bieterverhaltens der spezielle Begriff des Bieterkartells verwendet.

[743] Das Ausmaß des fiskalischen Schadens hängt auch von der Höhe des Reservationspreises ab. Bei unnötig hohen Reservationspreisen hat das Bieterkartell größere auszureizende Spielräume.

eine gewisse Unsicherheit über die Höhe des Reservationspreises, sodass im Vergleich zu Konstellation I nicht so nah an diesen herangeboten werden kann, sondern (Kartell-)Angebote entsprechend zugunsten der öffentlichen Hand adjustiert werden, um das Risiko des Vergabeabbruchs zu vermeiden. Daher ist in diesen beiden Konstellationen von einem deutlich geringeren fiskalischen Schaden der öffentlichen Hand auszugehen.

Für die weiteren Analysen ist Konstellation III besonders interessant, weil dort der funktionale Zusammenhang zwischen Reservationspreis und -wert aus Sicht der Bieter eine große Bedeutung hat. Ist einem Bieterkartell nicht bekannt, wie die öffentliche Hand den Reservationspreis aus dem Reservationswert ableitet, besteht für das Bieterkartell – trotz Kenntnis des Reservationswertes aus der ex ante veröffentlichten vorläufigen WU – die Unsicherheit über die genaue Höhe des Reservationspreises. In der Konstellation IV ist ein Bieterkartell einer sehr großen Unsicherheit über die Höhe des Reservationspreises ausgesetzt, sodass dieser seine intendierte Wirkung prinzipiell entfalten kann. Ein gewinnmaximierendes Heranbieten an den Reservationspreis ist nicht möglich, weshalb die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand infolge einer ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU nicht beeinträchtigt werden. Ein weiterer, für alle vier Konstellationen zutreffender Unsicherheitsfaktor besteht für ein Bieterkartell schließlich darin, dass die finale Festlegung des Reservationspreises auf Grundlage der abschließenden WU erfolgt. So können sich die in der vorläufigen WU enthaltenen potentiellen Bestandteile des Reservationswertes bis zur Vergabeentscheidung bzw. zum Zeitpunkt der abschließenden WU mitunter signifikant verändern.

Im Kontext von ÖPP und KBV im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus können – wie bereits allgemein erwähnt – folgende Bestandteile des Reservationswertes aus der vorläufigen WU abgeleitet werden: der PSC, etwaige ÖPP-Zusatznutzen und die Wechselkosten.[744] Diese Bestandteile des Reservationswertes sind die (Opportunitäts-)Kosten eines öffentlichen Auftraggebers für die Umsetzung eines Projektes mit dem KBV-Ansatz für den Fall einer Überschreitung des Reservationspreises und des damit einhergehenden Abbruchs des ÖPP-Vergabeverfahrens. Darüber hinaus sind der ÖPP-Vergleichswert und die angenommenen Effizienzunterschiede zwischen ÖPP und KBV indirekt auch als Bestandteile des Reservationswertes anzusehen, weil damit zu einem großen Teil Rückschlüsse auf den PSC gezogen werden können.[745] Für diese Rückschlüsse könnte die Kenntnis gewisser Bestandteile der WU-Methodik notwendig sein, aber insgesamt dürfte die WU-Methodik zur Ableitung der Bestandteile des Reservationswertes als weniger relevant einzustufen sein. Vertiefende Überlegungen zu dieser Rückschlussthematik finden sich im Kasten 4. Bei einer ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU kennt ein Bieterkartell die exakte Höhe und Zusammensetzung aller Bestandteile des Reservationswertes der öffentlichen Hand. Somit ist von keiner Unsicherheit bei den Bietern hinsichtlich des Reservationswertes auszugehen (Konstellationen I und III). Entscheidender ist jedoch die Frage, ob einem Bieterkartell bekannt ist, wie der öffentliche Auftraggeber den Reservationspreis auf Grundlage des Reservationswertes festsetzt. Bei der Festlegung des

[744] Vgl. KÜHLING ET AL. (2014, S. 103).

[745] Eine vollständige Rückrechnung ist nicht möglich, weil Rückschlüsse auf die Risikokosten beim PSC nicht möglich sind. Die Risikokosten werden bei der KBV- und ÖPP-Variante separat und nicht über Effizienzunterschiede abgeschätzt. Vgl. hierzu Abschnitt 4.2.1.

Reservationspreises ist die öffentliche Hand in der Praxis aufgrund gewisser (Rechts-) Vorschriften restringiert.

In diesem Kasten wird die Frage erörtert, inwieweit die Bieter bzw. ein Bieterkartell Rückschlüsse auf den PSC als Reservationspreis ziehen kann, wenn nur der ÖPP-Vergleichswert oder die Effizienzunterschiede oder die WU-Methodik ex ante veröffentlicht werden, und wie groß die daraus resultierende Gefahr für die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand ist. Bei den Ausführungen wird davon ausgegangen, dass die Bieter bzw. das Bieterkartell bereits vor der Veröffentlichung dieser WU-Bestandteile ein ursprüngliches Angebot kalkuliert hat.

Wenn der **ÖPP-Vergleichswert** aus der vorläufigen WU vor Beginn eines ÖPP-Vergabeverfahrens offengelegt wird, wissen die Bieter, dass sich dieser unterhalb des PSC befinden muss, weil das Projekt sonst nicht als ÖPP ausgeschrieben worden wäre. Ist einem Bieterkartell nur der ÖPP-Vergleichswert bekannt, wird die Bietstrategie dahingehend angepasst, dass die ursprünglichen Angebote an dem ÖPP-Vergleichswert ausgerichtet werden. Dies ist für das Bieterkartell eine sichere Bietstrategie, da keine Gefahr für eine Überschreitung des PSC als Reservationspreises besteht. In den Fällen, bei denen die ursprünglichen Angebote unterhalb der Höhe des ÖPP-Vergleichswertes liegen, ist diese Bietstrategie zudem besonders gewinnbringend.[746] Darüber hinaus werden die fiskalischen Interessen umso stärker beeinträchtigt, je dichter der ÖPP-Vergleichswert am PSC ist, weil die Bieter dann auch nur mit Kenntnis des ÖPP-Vergleichswertes letztendlich sehr nahe an den PSC heranbieten. Somit ist zu konstatieren, dass der ÖPP-Vergleichswert als ein schwächerer, aber sicherer Indikator für den PSC als Reservationspreis fungiert.

Die Bietstrategie verändert sich auch, wenn aus der vorläufigen WU lediglich die **Effizienzunterschiede** zwischen der ÖPP- und KBV-Variante ex ante offengelegt werden. Denn dies ermöglicht einem Bieterkartell auf Basis seines ursprünglichen Angebots den PSC ein Stück weit künstlich nachzubilden, indem die Effizienzunterschiede in der Kalkulation dann entsprechend berücksichtigt werden. Die abzugebenden Bieterangebote entsprechen somit in der Höhe in etwa dem ursprünglichen Angebot inklusive des Effizienzunterschiedsaufschlags. Diese Bietstrategie ist allerdings mit einer gewissen Unsicherheit bezüglich der Überschreitung des Reservationspreises verbunden. Denn falls die ursprünglichen Angebote über dem – den Bietern in diesem Fall unbekannten – ÖPP-Vergleichswert liegen, führt diese Bietstrategie zur Überschreitung des Reservationspreises. Um eine Überschreitung des Reservationspreises zu vermeiden, dürfte ein Bieterkartell nicht den gesamten Umfang der Effizienmzunterschiede im Angebot ausreizen. Somit lässt sich festhalten, dass für ein Bieterkartell auch die Angaben zu den Effizienzunterschieden als Hilfsmittel zum Nachbau eines schwächeren und etwas unsicheren Indikators für den PSC dienen können.

Zuletzt wird der Frage nachgegangen, inwieweit sich eine ausschließliche Veröffentlichung der **WU-Methodik** im Kontext der Reservationspreisthematik auf die Gefahr eines Schadens für die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand auswirkt.[747] Ein Bieterkartell könnte den PSC als Reservationspreis grundsätzlich auch losgelöst von Informationen aus der WU mit einer eigenen Berechnungsmethodik nachbilden. Durch eine Offenlegung der WU-Methodik erlangt das Bieterkartell jedoch etwas detaillierte Kenntnisse darüber, wie die öffentliche Hand den PSC kalkuliert. Dies führt dazu, dass die Nachbildung des PSC für das Bieterkartell zum Teil einfacher und präziser wird, was letztendlich die Unsicherheit

[746] Falls die ursprünglichen Bieterangebote den offengelegten ÖPP-Vergleichswert übersteigen, dürfte dies aufgrund der Furcht vor einer Überschreitung des Reservationspreises tendenziell eher zu einer Anpassung nach unten in Richtung des ÖPP-Vergleichswertes führen.

[747] An dieser Stelle sei – Erkenntnisse aus Abschnitt 9.2.2.2 vorwegnehmend – angemerkt, dass im Bundesfernstraßenbau und Bundeshochbau die WU-Methodik sowohl durch Leitfäden zur WU-Erstellung als auch infolge der durch IFG-Anträge erwirkten Herausgabe von geschwärzten WU bereits offengelegt ist.

über die (Höhe des) PSC ein wenig reduziert. Somit ist festzustellen, dass in einem stark abgeschwächten Ausmaß auch die ausschließliche Veröffentlichung der WU-Methodik die fiskalischen Interessen beeinträchtigen könnte, weil sie als Hilfsmittel für eine präzisere Kalkulation des PSC benutzt werden kann. Allerdings ist dieser Effekt nur in eher theoretischen Konstellationen vorstellbar und dürfte in der ÖPP-Praxis nicht auftreten.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen kann abschließend eine Reihenfolge der zentralen WU-Bestandteile hinsichtlich ihres Gefahrenpotentials für die fiskalischen Interessen bei Veröffentlichung abgeleitet werden: An der Spitze steht – wenig überraschend – der PSC. An zweiter Stelle ist der ÖPP-Vergleichswert einzuordnen. Die Effizienzunterschiede zwischen der ÖPP- und KBV-Variante sind wegen der größeren Unsicherheit bezüglich einer Überschreitung des Reservationspreises und des generell geringeren Informationsgehalts gegenüber dem ÖPP-Vergleichswert an dritter Stelle einzustufen. An letzter Position ist eindeutig die WU-Methodik zu sehen, falls bei deren Veröffentlichung in der Praxis überhaupt ein Gefahrenpotential für die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand besteht.

**Kasten 4: Gefahren für fiskalische Interessen wegen Rückschlussmöglichkeiten von dem ÖPP-Vergleichswert, den Annahmen zu Effizienzunterschieden oder der WU-Methodik auf den PSC**

***DER RESERVATIONSPREIS IM LICHTE DES VERGABE- UND HAUSHALTSRECHTS***

Im Hinblick auf Restriktionen bei der Festlegung eines Reservationspreises durch die öffentliche Hand sind die Sphären des deutschen Haushaltsrechts und des Vergaberechts zu differenzieren. Das Vergaberecht konzentriert sich bei der Frage, unter welchem Umständen die Aufhebung einer (ÖPP-)Vergabe aufgrund mangelnder Wirtschaftlichkeit möglich ist, vornehmlich auf das Verhältnis zwischen dem Preis und der Leistung der Beschaffung. Die (Opportunitäts-)Kosten anderer alternativer Beschaffungsvarianten im Allgemeinen und im ÖPP-Kontext der PSC als potentieller Reservationspreis im Speziellen sind dem Vergaberecht fremd. Hinsichtlich der genannten Frage ist im Vergaberecht entscheidend, ob der Preis für die ausgeschriebene Leistung (mit der vorher festgelegten Beschaffungsvariante) angemessen ist[748] Aus vergaberechtlichen Gründen ist eine Aufhebung unter anderem möglich, wenn kein wirtschaftliches Angebot vorliegt. Von einem solchen Fall ist auszugehen, falls das beste Angebot einen angemessenen Preis deutlich überschreitet. Als möglicher Indikator für einen angemessenen Preis kann eine fundierte Kostenschätzung des öffentlichen Auftraggebers für die ausgeschriebene Leistung dienen. Dabei unterliegt eine fundierte Kostenschätzung gewissen Anforderungen: Zunächst müssen der Schätzgegenstand und die ausgeschriebene Leistung kongruent sein. Des Weiteren muss die Kostenschätzung aufgrund der zum Zeitpunkt der Erstellung vorliegenden und erkennbaren (Kosten-)Daten als vertretbar anzusehen sein. Schließlich müssen die gewählten Methoden ein realitätsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lassen. Die Grenze, ab der eine deutliche Überschreitung des angemessenen Preises bzw. der fundierten Kostenschätzung vorliegt,

[748] Vgl. CONRAD (2017, S. 1023 ff. und S. 1033) und SUMMA (2014, S. 7 f.), wobei insbesondere auf Letzterem die weiteren Ausführungen in diesem Absatz basieren. Eine weitere Möglichkeit zur Vergabeaufhebung, die eine gewisse Interdependenz zum Haushaltsrecht aufweist, besteht in nicht (mehr) ausreichend zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln; vgl. dazu auch den ein ÖPP-Projekt auf Ebene der Landestraßen betreffenden Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 08.06.2011 mit dem Aktenzeichen VII-Verg 55/10.

lässt sich nicht pauschalisieren. Vielmehr sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Es gibt jedoch Hinweise darauf, dass bei einer Überschreitung von mehr als 20 % die Aufhebung mit nur noch sehr geringen vergaberechtlichen Risiken verbunden ist.[749]

Wenn die Leistung mit der Beschaffungsvariante ÖPP vergeben werden soll, dann könnte der ÖPP-Vergleichswert aus der WU eine fundierte Kostenschätzung darstellen. Im Lichte des Vergaberechts könnte somit das mindestens 1,2-fache des ÖPP-Vergleichswertes als Reservationspreis dienen. Allerdings scheint es nicht ausgeschlossen, dass der ÖPP-Vergleichswert aufgrund der WU-Methodik, die maßgeblich auf angenommenen und empirisch nicht belegten Effizienzunterschieden zur KBV beruht, die genannten Anforderungen nicht erfüllt. Fraglich ist, ob alternativ das mindestens 1,2-fache des PSC im Kontext des Vergaberechts als Reservationspreis eingeordnet werden könnte. Der PSC dürfte den Anforderungen für eine fundierte Kostenschätzung grundsätzlich gerecht werden.[750] Aus vergaberechtlicher Sicht könnte die Eignung der geschätzten Kosten einer KBV-Realisierung als Referenzwert für einen angemessenen Preis einer Realisierung nach dem ÖPP-Ansatz wegen der Divergenzen zwischen den Beschaffungsvarianten jedoch eingeschränkt sein. Allerdings dürfte das Abstellen auf die vor Vergabebeginn festgelegte Beschaffungsvariante nicht der entscheidende Punkt sein, sondern dass sowohl mit dem ÖPP- als auch dem KBV-Ansatz grundsätzlich die gleiche Leistung beschafft wird. Auf Basis dieser Überlegungen kommt das mindestens 1,2-fache des PSC als „vergaberechtlicher Reservationspreis" in Betracht, was insbesondere bei einer sich nicht ändernden WU-Methodik zur Ermittlung des ÖPP-Vergleichswertes zutrifft. Abschließend sei an dieser Stelle angemerkt, dass im Vergaberecht monetarisierte (gesamtwirtschaftliche) Nutzeneffekte und Wechselkosten bei der Festlegung eines angemessenen Preises keine Rolle spielen.[751]

Im Haushaltsrecht ist gemäß Bundeshaushaltsordnung, insbesondere § 7 BHO, auf Grundlage einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung jene Beschaffungsvariante auszuwählen, welche die wirtschaftlichste Realisierung einer Maßnahme gewährleistet. Somit fungiert das Haushaltsrecht als ein dem Vergabeverfahren vorgeschalteter Filter hinsichtlich der Auswahl der wirtschaftlichsten Beschaffungsvariante. ÖPP stellen insoweit einen Sonderfall dar, weil im dortigen Vergabeverfahren die KBV als eine Art Rückfallvariante eine bedeutende Rolle spielt. Aus diesem haushaltsrechtlichen Kontext heraus hat sich in der ÖPP-Praxis auf Bundesebene folgende Vorgabe entwickelt: „Der PSC dient […] als Vergleichsmaßstab, der von wenigstens einem geeigneten privaten Bieter zu unterbieten ist."[752] Das bedeutet, dass das beste private ÖPP-Bieterangebot unterhalb des PSC aus der (abschließenden) WU liegen muss, damit der öffentliche Auftraggeber das Vorhaben final als ÖPP

---

[749] SUMMA (2014, S. 8) weist darauf hin, dass bei einer Überschreitung von 10 % bis 20 % eine Aufhebung der Vergabe im Einzelfall durchaus auch schon in Frage kommen kann, aber dies mit entsprechend höheren vergaberechtlichen Risiken verbunden ist. Diese Information wurde zudem von Praktikern aus der öffentlichen Hand im Rahmen von Experteninterviews genannt.

[750] Vor dem Hintergrund der Ausführungen in Unterkapitel 4.2 zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und den existierenden Fehlanreizen bei deren Erstellung sind Zweifel in Bezug auf ein objektives und realitätsnahes Ergebnis der Kostenschätzung berechtigt.

[751] Dies ergibt sich (implizit) aus den Ausführungen von CONRAD (2017, S. 1023 ff.) und SUMMA (2014, S. 7 f.). Zudem wurde diese Information von Praktikern aus der öffentlichen Hand im Rahmen von Experteninterviews genannt.

[752] BWV (2013b, S. 9).

bezuschlagen kann.[753] Somit kann der PSC im Lichte des Haushaltsrechts als Reservationspreis eingeordnet werden („haushalterischer Reservationspreis"). Eine Berücksichtigung der ÖPP-Zusatznutzen und Wechselkosten als Bestandteile des Reservationswertes ist bei der Festlegung eines haushalterischen Reservationspreises allerdings nicht vorgesehen.[754]

In der ÖPP-Praxis scheint sich die haushalterische gegenüber der vergaberechtlichen Sichtweise hinsichtlich der Festsetzung eines Reservationspreises durchgesetzt zu haben, sodass der PSC – und nicht etwa das mindestens 1,2-fache des PSC (oder des ÖPP-Vergleichswertes, sofern die Anforderungen an eine fundierte Kostenschätzung erfüllt sind) – als Reservationspreis fungiert.[755] Dies zeigt allerdings auch ein gewisses Kompatibilitätsproblem zwischen den beiden Sphären des Vergabe- und Haushaltsrechts. Die Aufhebung einer Vergabe erfolgt auf Grundlage des Vergabe- und nicht des Haushaltsrechts. Falls der öffentliche Auftraggeber eine Vergabe mit dem PSC als haushalterischem Reservationspreis aufhebt, aber beim vergaberechtlichen Reservationspreis (also mindestens dem 1,2-fachen des PSC) nicht aufgehoben werden müsste, kann dies vergaberechtlich zu Problemen in Bezug auf Schadensersatzansprüche der Bieter führen. Auf diese Problematik wird hier allerdings nicht weiter eingegangen.

***RESERVATIONSPREISE BEI ÖPP-PROJEKTEN AUF BUNDESEBENE IN DER PRAXIS***

Das Bundesverkehrsministerium hat bei den A-Modell-Projekten der ersten Staffel bewusst darauf verzichtet, den PSC als Reservationspreis „scharf zu schalten".[756] Dieses Vorgehen wurde mit dem Pilotcharakter und der aufgrund der langen Laufzeit bestehenden Unsicherheit hinsichtlich der Datengrundlage für die KBV-Kostenschätzung begründet. In diesem Kontext gab der Bundesbeauftragte für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung zu bedenken, dass mit diesem Vorgehen der Vorteil eines Reservationspreises, nämlich der Schutz vor überhöhten Bieterangeboten, ungenutzt bleibt.[757] Ob die öffentliche Hand bei den ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßen- und Bundeshochbau mittlerweile den PSC als Reservationspreis einsetzt, ist unklar, allerdings werden Bieter in den Vergabeunterlagen nun explizit auf die Möglichkeit einer Aufhebung der ÖPP-Vergabe aufgrund fehlender Wirtschaftlichkeit hingewiesen.[758] Dies deutet zumindest darauf hin, dass die öffentliche Hand einen Reservationspreis festlegt. Da den Bietern im ÖPP-Markt bekannt sein dürfte, dass sich die haushalterische Sicht bei der Festsetzung des Reservationspreises durchgesetzt hat, können sie relativ

---

[753] Vgl. den maßgeblichen Leitfaden AGFMK (2006, S. 37 f.).

[754] Der Rechnungshof Baden-Württemberg hat bei dem ÖPP-Projekt „Neubau Berufsakademie Heidenheim" eine Berücksichtigung von ÖPP-Zusatznutzen und Wechselkosten akzeptiert, sodass das Projekt als ÖPP vergeben wurde, obwohl das beste Bieterangebot (marginal) über dem PSC lag; vgl. RH BW (2009, S. 21-24). Dies ist allerdings ein Fall auf Landesebene und auch der einzige Fall, der dem Autor bekannt ist.

[755] Im Übrigen beinhaltet der Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 08.06.2011 mit dem Aktenzeichen VII-Verg 55/10 die Frage, ob der (vorher kommunizierte) Aufhebungsgrund, dass das beste ÖPP-Angebot den PSC übersteigt, zulässig ist. Diese Frage blieb aber unbeantwortet, weil sie für die Beschlussfällung des Oberlandesgerichts letztendlich irrelevant war, sodass die haushalterische Sichtweise des Reservationspreises zumindest nicht richterlich bestätigt wurde.

[756] Vgl. BWV (2009, S. 17).

[757] Vgl. BWV (2009, S. 18).

[758] Vergaberechtlich ist dies nicht unbedingt erforderlich, aber dennoch zu empfehlen, weil eine ex ante Kommunikation eine Aufhebung weniger problematisch macht und den öffentlichen Auftraggeber besser gegen Schadenersatzansprüche der Bieter schützt. Vgl. AGFMK (2006, S. 34) und BWV (2009, S. 17).

sicher vom PSC als Reservationspreis ausgehen. Allerdings verbleibt diesbezüglich eine gewisse Restunsicherheit, falls die öffentliche Hand von der haushalterischen Sicht abweichend ggf. doch noch weitere Bestandteile des Reservationswertes wie ÖPP-Zusatznutzen oder Wechselkosten berücksichtigt. Bei einem solchen Vorgehen ist jedoch zu beachten, dass durch eine ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU das Ausmaß des fiskalischen Schadens für den Bund bei kollusivem Verhalten zunehmen kann, weil mehr Spielraum für höhere Gebote entsteht. Des Weiteren beruht die Wirkung eines Reservationspreises – wie bereits erwähnt – maßgeblich auf dem glaubwürdigen Commitment des öffentlichen Auftraggebers, dass dieser im entsprechenden Fall auch tatsächlich angewandt wird. Sollte der Bund bei den ÖPP-Projekten den Reservationspreis nicht konsequent verfolgen und sollten die Bieter somit berechtigte Zweifel am Commitment haben, geht damit für den Bund ebenfalls die Gefahr überhöhter Angebote einher, weil das Überschreiten des Reservationspreises nicht konsequent mit einem Vergabeabbruch sanktioniert wird.[759] In diesem Kontext sei auf den wichtigen Aspekt hingewiesen, dass eine ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU zu einer Stärkung des Commitments der öffentlichen Hand zum Reservationspreis beitragen kann.

***SCHLUSSFOLGERUNGEN***

Abschließend bleibt festzuhalten, dass bei einer ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU die Bieter alle wesentlichen Bestandteile des Reservationswertes der öffentlichen Hand wie insbesondere den PSC und die ÖPP-Zusatznutzen vollständig kennen.[760] In der ÖPP-Praxis hat sich die haushalterische gegenüber der vergaberechtlichen Sicht durchgesetzt, sodass die Bieter mit einer hohen Sicherheit davon ausgehen können, dass der PSC von den möglichen Elementen des Reservationswertes als einziger Bestandteil bei der Festsetzung des Reservationspreises Berücksichtigung findet. Somit ist die Situation bei den ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus der oben definierten Konstellation I zuzuordnen. Dies bedeutet, dass bei kollusivem Bieterverhalten infolge einer Offenlegung der vorläufigen WU vor Vergabebeginn der fiskalische Schaden für den Bund am größten ausfällt, weil sehr nah an den PSC als Reservationspreis herangeboten werden kann. Dieser Effekt wird höchstens noch durch die Unsicherheit hinsichtlich der Veränderungen am PSC von der vorläufigen zur abschließenden WU abgeschwächt. Vor diesem Hintergrund sollte im Hinblick auf den Wettbewerbseffekt der Reservationspreisproblematik die vorläufige WU ex ante nicht komplett veröffentlicht werden, sondern allenfalls die WU-Methodik, die ÖPP-Zusatznutzen und ggf. entweder der ÖPP-Vergleichswert oder die angenommenen Effizienzunterschiede.

#### 9.2.2.1.1.1.5 Schwächung der Verhandlungsmacht der öffentlichen Hand

Eine ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU kann die Verhandlungsposition der öffentlichen Hand gegenüber den beiden BAFO-Bietern in der Verhandlungsphase während eines ÖPP-Vergabeverfahrens schwächen. Dieser negative Wettbewerbseffekt entsteht dadurch, dass die BAFO-Bieter wegen der Kenntnis des PSC und des ÖPP-Vergleichswertes sowie der Effizienzunterschiede

[759] Das Ausmaß des fiskalischen Schadens im Fall von unglaubwürdigen Commitments hängt insbesondere vom Verhältnis zwischen Reservationspreis und -wert ab. Auf diesen Aspekt wird hier jedoch nicht weiter eingegangen.

[760] Die Wechselkosten sind teilweise nicht in WU enthalten, aber sie spielen aufgrund ihrer in der Regel geringen Höhe auch keine entscheidende Rolle.

ihre Verhandlungsstrategie anpassen und die Verhandlungen zu technischen, juristischen und wirtschaftlichen Aspekten (wie z.B. der Risikoallokation) zielstrebiger zu ihren Gunsten gestalten können.[761] Die Verhandlungsmacht der öffentlichen Hand wird somit geschwächt, weil ihre Verhandlungsspielräume den BAFO-Bietern besser bekannt sind.[762] Letztendlich kann dies zu einer Beeinträchtigung der fiskalischen Interessen führen.

Das Ausmaß des beschriebenen Effekts wird durch verschiedene Faktoren beeinflusst. So tritt der Effekt vor allem dann auf, wenn es sich um eine qualitativ hochwertige vorläufige WU handelt, die glaubhaft die tatsächlichen (Kosten-)Vorstellungen der öffentlichen Hand in Bezug auf das jeweilige Projekt reflektiert. Des Weiteren hängt dieser Wettbewerbseffekt auch von der Komplexität des Projektes und dem damit verbundenen Umfang der Verhandlungsmasse ab. Denn nur wenn es ausreichend Aspekte gibt, bezüglich derer entsprechende Verhandlungen erforderlich sind, kann die Verhandlungsposition der öffentlichen Hand überhaupt geschwächt werden. Daher hat dieser Effekt mit zunehmender Projektkomplexität eine größere Bedeutung. Außerdem beeinflussen auch die Verhandlungsfähigkeiten und -erfahrungen der öffentlichen Hand im Rahmen von ÖPP-Projekten diesen Effekt.[763] Wenn diese in ausreichendem Maße vorhanden sind, dürfte es der öffentlichen Hand besser gelingen, das Ausnutzen ihrer schwächeren Verhandlungsposition aufgrund der veröffentlichten vorläufigen WU durch die BAFO-Bieter abzuwehren. Schließlich ist die Unsicherheit der BAFO-Bieter über die Veränderungen zwischen der vorläufigen und der abschließenden WU im Stadium der Verhandlungsphase von hoher Relevanz. Bei einer großen Unsicherheit in dieser Hinsicht können die Bieter auf Basis der Informationen aus der vorläufigen WU ihre eigene Verhandlungsposition kaum verbessern.

Im Hinblick auf die ÖPP-Projekte im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus ist insgesamt davon auszugehen, dass dem negativen Wettbewerbseffekt einer Schwächung der Verhandlungsposition der öffentlichen Hand durch eine ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU in der Praxis eher eine geringe Bedeutung beizumessen ist. Zudem ist die Relevanz im Vergleich zu dem im vorherigen Abschnitt betrachteten Effekt einer größeren Gefahr für die fiskalischen Interessen bei kollusivem Bieterverhalten als nicht so hoch anzusehen.

#### 9.2.2.1.1.2 Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich

##### 9.2.2.1.1.2.1 Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand und Innovationsdiffusion

Grundsätzlich kann die ex ante Veröffentlichung einer vorläufigen WU das Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand verbessern und sich positiv auf die Innovationsdiffusion auswirken. Allerdings können diese beiden Transparenzeffekte bei einer statischen Perspektive nicht berücksichtigt

[761] Bei diesem Wettbewerbseffekt sind ÖPP-Zusatznutzen, Wechselkosten und die WU-Methodik unbedeutend.

[762] Es finden sich zwar auch Hinweise darauf, dass die Veröffentlichung von Informationen über Eigenschaften und Vorstellungen des Verhandlungspartners das Verhandlungsergebnis in Bezug auf Resultate, Transaktions- und Zeitkosten sowie Vertragskomplexität verbessern kann; vgl. BUTLER (1999) und THOMPSON (1991). Allerdings gilt dies nur unter bestimmten Umständen, die in der ÖPP-Praxis in aller Regel nicht zutreffen.

[763] Im Bereich der Bundesfernstraßen dürften die relevanten Akteure aufgrund der Vielzahl an A- und V-Modell-Projekten durchaus gewisse Verhandlungsfähigkeiten und -erfahrungen im Rahmen von ÖPP-Projekten aufgebaut haben. Im Bundeshochbau dürfte dies wegen der deutlich geringeren Projektanzahl allerdings nur in weniger ausgeprägtem Maße zutreffen.

werden. Diese Effekte werden daher später bei den Analysen mit dynamischer Sichtweise näher betrachtet.

#### 9.2.2.1.1.2.2 Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure

Infolge der ex ante Veröffentlichung einer vorläufigen WU ist eine Reduktion der politökonomisch erklärbaren Fehlanreize und der damit einhergehenden Gefahr opportunistischer Einflussnahme durch Politik und / oder Verwaltung bei der Projektausgestaltung und WU-Erstellung zu erwarten, weil sich die Möglichkeiten der Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure verbessern. Im Hinblick auf die Projektausgestaltung kann z.B. ein wegen des Fehlanreizes zur Vorfinanzierung unnötig hoher privater Kapitalanteil frühzeitig aufgedeckt werden. Bei der WU-Erstellung werden das Treffen von Annahmen, die den Beschaffungsvariantenvergleich verzerren, z.B. bezüglich der Effizienzunterschiede zwischen ÖPP und KBV, sowie Manipulationen, wie etwa bewusst zu hoch angesetzte Kosten der KBV, erschwert oder gar unmöglich gemacht. Insgesamt sind alle Bestandteile einer vorläufigen WU für solche opportunistischen Handlungen anfällig (insbesondere aber der PSC, der ÖPP-Vergleichswert und die Annahmen zu Effizienzunterschieden), sodass für eine möglichst umfassende Wirkung dieses Effekts die vollständige WU offenzulegen ist. Die Veröffentlichung der WU-Methodik kann für die Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure auch schon hilfreich sein. Dann kann dieser positive Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich einen Beitrag dazu leisten, dass die Entscheidung hinsichtlich der Anwendung des ÖPP- oder KBV-Ansatzes bei einem Projekt auf Basis der vorläufigen WU sachgerecht(er) und weitestgehend unbeeinflusst durch opportunistische Akteure erfolgt.[764] Letztendlich kann dieser Transparenzeffekt dazu führen, dass die öffentliche Hand für das Vorhaben weniger Haushaltsmittel verausgabt und somit die fiskalischen Interessen positiv beeinflusst werden.

Das Ausmaß des beschriebenen positiven Transparenzeffekts hängt davon ab, inwieweit die gesellschaftlichen Akteure über die für eine effektive Kontrolle notwendigen Ressourcen wie bspw. Know-how bezüglich der korrekten Erstellung von WU, Wissen über den Sektor sowie Zeit verfügen. Dies dürfte im Bundesfernstraßen- und Bundeshochbau vor allem auf Interessengruppen, Wissenschaftler sowie ggf. Politiker und Journalisten zutreffen, die auf diese Thematik spezialisiert sind. Damit die gesellschaftlichen Akteure die Kontrollaufgabe auch wahrnehmen, sollte bei ihnen eine gewisse Motivation vorhanden sein. Insbesondere Akteure, die dem ÖPP-Ansatz skeptisch gegenüberstehen, könnten ein Interesse daran haben, vorläufige Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen einer kritischen (aber ggf. zum Teil auch unsachlichen) Prüfung zu unterziehen. In Deutschland dürfte dies bei Gewerkschaften wie ver.di[765], mittelständischen Bauunternehmerverbänden wie dem ZDB[766], privatisierungskritischen Organisationen wie „Gemeingut in BürgerInnenhand“[767] und vor allem Politikern aus den Parteien Bündnis 90/Die Grünen, Die Linke sowie der SPD der Fall sein[768]. Wissenschaftler wiederum könnten aus Forschungsinteresse (bezüglich WU-Methodik,

---

[764] Vgl. KÜHLING ET AL. (2014, S. 103).

[765] Vgl. zum Beispiel VER.DI (2017).

[766] Vgl. zum Beispiel ZDB (2016).

[767] Siehe zum Beispiel https://www.gemeingut.org/7-argumente-gegen-ppp/.

[768] Vgl. SACK (2018, S. 67 ff.) hinsichtlich der Positionierung der Parteien bei ÖPP im Bundesfernstraßenbau. Daneben sei angemerkt, dass viele der kritischen Kleinen Anfragen zum Thema ÖPP, die in dieser Arbeit als Quelle verwendet werden, von Bündnins 90/Die Grünen stammen.

Kostenkenndaten, Umgang mit Annahmen usw.) eine Motivation haben, vorläufige WU kritisch zu überprüfen. So ist bei geplanten ÖPP-Projekten bei den Bundesfernstraßen und im Bundeshochbau davon auszugehen, dass grundsätzlich ein gewisses Potential an gesellschaftlichen Akteuren vorhanden ist, die in der Lage sind und ein Interesse haben, eine Kontrollfunktion in Bezug auf die Erstellung von vorläufigen WU auszuüben. Neben diesen Charakteristika der Akteure können auch die Projekteigenschaften den Transparenzeffekt beeinflussen. So wirkt sich die technische, juristische und ökonomische Komplexität eines Projektes auf den Umfang und die Nachvollziehbarkeit der vorläufigen WU aus: Je größer die Komplexität, desto umfangreicher die vorläufige WU und umso schwieriger ist es, diese nachzuvollziehen. Daher scheint es durchaus plausibel, dass eine hohe Projektkomplexität die Kontrolle erschwert, weil sich höhere Anforderungen an Know-how und Zeit der gesellschaftlichen Akteure stellen. Zwar weisen die A- und V-Modell-Projekte sowie die ÖPP-Projekte im Bundeshochbau eine – im Vergleich zu den meisten ÖPP-Projekten auf Kommunal- und Landesebene – recht hohe Komplexität auf, dies dürfte allerdings kein unüberwindbares Hindernis in Bezug auf das benötigte Know-how und die erforderlichen zeitlichen Ressourcen der Akteure darstellen.

Abschließend sei angemerkt, dass das Identifizieren von Fehlern in einer vorläufigen WU oder von Missständen bei der Projektgestaltung durch gesellschaftliche Akteure nicht zwangsläufig zu Korrekturen oder einem veränderten Vorgehen seitens der öffentlichen Hand führt. Als ein Praxisbeispiel, bei dem diese Wirkungskette nicht funktionierte, sei der Streit bezüglich der WU-Methodik zwischen dem Bundesverkehrsministerium und dem Bundesrechnungshof angeführt. Obwohl der BRH mehrmals Methodikfehler, die den Beschaffungsvariantenvergleich zulasten der KBV verzerren, zum Teil auch öffentlich beanstandet hat, wurde seitens des Bundesverkehrsministeriums kaum etwas bei der WU-Erstellung verändert.[769] Eine weitere Anmerkung in diesem Kontext betrifft den Aspekt etwaiger Sanktionsmechanismen, falls beim Monitoring durch gesellschaftliche Akteure Defizite festgestellt werden. Zwar drohen der öffentlichen Hand direkt keine formalen Sanktionen, aber stattdessen dürften der öffentliche Druck und mögliche Reputationsschäden von entscheidender Bedeutung sein. Auf die politisch-administrativen Mechanismen dieser Wirkungskette, d.h. inwieweit die (Kontroll-)Aktivitäten der gesellschaftlichen Akteure letzten Endes tatsächlich zu einer Verhaltensänderung der entscheidenden Akteure in Politik und Verwaltung im Allgemeinen und einer Anpassung bei der Erstellung von vorläufigen WU und der Projektausgestaltung im Speziellen führen, wird im Rahmen dieser Arbeit – wie bereits erwähnt – allerdings nicht weiter eingegangen.

#### 9.2.2.1.1.2.3 Einbezug von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how

Die ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU kann die Möglichkeiten des Einbezugs von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how verbessern.[770] Von dem im vorigen Abschnitt dargestellten Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich ist dieser Effekt hauptsächlich dahingehend abzugrenzen, dass es hier nicht um die Reduktion von Fehlanreizen und Opportunismuspotentialen

[769] Vgl. BWV (2013b).

[770] In der Literatur wird dieser Effekt mitunter auch dem Wissensmanagement der öffentlichen Hand zugeordnet; vgl. z.B. RIEGE / LINDSAY (2006). Im Rahmen dieser Arbeit ist das Wissensmanagement allerdings auf Maßnahmen innerhalb des öffentlichen Sektors begrenzt, sodass etwaige Interaktionen mit gesellschaftlichen Akteuren nicht dazugezählt werden.

geht, sondern das Know-how der gesellschaftlichen Akteure für eine Verbesserung der Projektgestaltung und Erstellung von WU genutzt werden kann („Partizipation statt Kontrolle").[771] So enthält die vorläufige WU viele Informationen zur Projektgestaltung wie beispielsweise die Projektgröße (worunter auch die Frage der Bündelung von Vorhaben zählt), die Laufzeit, den Umfang der Bündelung von Wertschöpfungsstufen sowie die Regelungen zur Finanzierung und Risikoallokation. Durch eine ex ante Veröffentlichung und die damit einhergehende Möglichkeit, dass gesellschaftliche Akteure ihr Know-how einbringen können, kann es zu einer adäquateren, kosteneffizienteren Projektausgestaltung im Rahmen der vorläufigen WU kommen. Der beschriebene positive Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich kann in letzter Konsequenz dazu beitragen, dass die öffentliche Hand die Finanzmittel für die Projektrealisierung wirtschaftlich(er) verwendet und somit ein positiver Einfluss auf die fiskalischen Interessen besteht.

Dieser Vorteil ist vor allem zu erwarten, wenn es sich um lokales Know-how der Akteure handelt, der öffentliche Auftraggeber nicht über ausreichend Know-how verfügt und / oder sein Anstrengungsniveau bei der Projektvorbereitung ungenügend ist. Des Weiteren können durch den Einbezug von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how unbewusste „ehrliche" und psychologisch bedingte Fehler, die nicht auf politökonomischen Fehlanreizen und opportunistischem Verhalten beruhen, in der vorläufigen WU aufgedeckt und korrigiert bzw. vermieden werden.[772] Dies betrifft die vollständige WU, aber vor allem die Kostenschätzungen beim PSC sowie den ÖPP-Vergleichswert inklusive den Effizienzunterschieden sowie auch die monetarisierten Nutzeneffekte und – falls vorhanden – die Wechselkosten. Die Komplexität einer WU kann durchaus zu unbewussten „ehrlichen" Fehlern bei den Berechnungen führen. Darüber hinaus sind aufgrund der langfristigen Vertragslaufzeit bei ÖPP-Projekten viele (Kosten-)Werte für einen langen Zeitraum zu schätzen, was eine hohe Gefahr für psychologisch bedingte Fehler infolge des Optimism Bias birgt.[773] Somit kann durch den Einbezug von Know-how aus der Gesellschaft die Projektausgestaltung und die Qualität der WU potentiell verbessert werden.[774] Bei diesem Transparenzeffekt ist zu bedenken, dass eine steigende Anzahl der einbezogenen Akteure die Projektvorbereitungszeit verlängern und ggf. auch zu mehr Koordinationskosten aufseiten der öffentlichen Hand führen kann.

Das Ausmaß des beschriebenen Transparenzeffekts im öffentlichen Bereich wird von verschiedenen Faktoren beeinflusst, die weitestgehend jenen gleichen, die mit Bezug zur Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure bereits aufgeführt wurden. So sind in erster Linie wiederum die Eigenschaften der gesellschaftlichen Akteure hinsichtlich der Ressourcenausstattung mit Know-how und Zeit sowie

---

[771] Außerdem ist der Einbezug von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how im Kontext der vorläufigen WU bei statischer Betrachtung nur bei ex ante Transparenz relevant. Der Effekt der Kontrolle durch die gesellschaftlichen Akteure ist hingegen sowohl bei ex ante als auch ex post Transparenz von Bedeutung. Siehe hierzu auch Abschnitt 9.2.2.1.4.

[772] Vgl. FLYVBJERG (2007, S. 583 ff.) und FLYVBJERG (2008, S. 5 f.).

[773] Siehe zum Optimism Bias auch den Abschnitt 4.2.2.

[774] Falls es durch den Einbezug gesellschaftlichen Know-hows zu Änderungen an einer veröffentlichten vorläufigen WU kommt, stellt sich die Frage, ob diese angepasste WU offengelegt wird oder nicht. Wenn diese nicht zugänglich gemacht wird, wäre dies ein Unsicherheitsfaktor für die Bieter (ähnlich wie die Veränderungen von der vorläufigen zur abschließenden WU). Hier wird jedoch davon ausgegangen, dass auch eine infolge des Einbezugs gesellschaftlicher Akteure angepasste WU veröffentlicht wird, da das Vorgehen ansonsten inkonsistent wäre. Diese Anmerkung gilt ebenfalls für mögliche Anpassungen aufgrund der Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure.

das Vorhandensein von Interesse und Motivation von entscheidender Bedeutung. Bei den Projektcharakteristika ist erneut vor allem die Komplexität des Vorhabens relevant. Mit steigender Komplexität dürfte die Rationalität für den Einbezug des in der Gesellschaft vorhandenen Know-hows bei der Erstellung einer vorläufigen WU und der damit verbundenen Projektausgestaltung zunehmen. Ein weiterer wichtiger Faktor betrifft die Eigenschaften der öffentlichen Hand bzw. der Verwaltung. Für den Know-how-Einbezug benötigt die Verwaltung insbesondere die entsprechenden zeitlichen Ressourcen und ein gewisses Maß an Wissen und Erfahrungen in Bezug auf die Strukturierung und Bewerkstelligung solcher Beteiligungsprozesse. Daneben ist schließlich zu erwähnen, dass die Einstellung der öffentlichen Hand im Hinblick auf die Offenheit und Umsetzungsbereitschaft bezüglich der Beiträge der gesellschaftlichen Akteure („Responsiveness") einen nicht zu vernachlässigenden Faktor darstellt.[775] Sollte die Responsiveness schwach ausgeprägt sein, dürfte der Transparenzeffekt des gesellschaftlichen Know-how-Einbezugs eine eher geringe Wirkung entfalten.[776]

#### 9.2.2.1.1.2.4 Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs

Zunächst ist – unabhängig von einer ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU – bei potentiellen ÖPP-Vorhaben ein gewisses Mindestmaß an Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs hinsichtlich der vorläufigen WU zu erwarten. Denn die Frage einer Projektrealisierung mit dem ÖPP- oder KBV-Ansatz ist regelmäßig ein stark diskutiertes Thema im politischen und gesellschaftlichen Raum. Zudem stellt die vorläufige WU ein entscheidendes Dokument im ÖPP-Realisierunsgsprozess dar und liefert einen passenden Anknüpfungspunkt für (weitere) kritische Auseinandersetzungen mit dem geplanten ÖPP-Projekt. Eine Veröffentlichung von vorläufigen WU kann im Allgemeinen diesen gesellschaftlichen Diskurs und die damit einhergehenden (politischen) Transaktionskosten ggf. verstärken, weil durch die Offenlegung das öffentliche Interesse und der Diskussionsbedarf hinsichtlich des geplanten ÖPP-Projektes steigen. Im Speziellen können sich durch die ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU aber auch ambivalente Wirkungen in Bezug auf die Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses ergeben.

Zum einen kann die Transparenz zu einer höheren Akzeptanz in der Öffentlichkeit führen, was mit einer Reduktion der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses einhergehen kann. Dies ist insbesondere der Fall, wenn vorher bei einer Geheimhaltung der vorläufigen WU in der Gesellschaft aufgrund bestehender Fehlanreize und Opportunismuspotentiale berechtigte Vermutungen über Manipulationen bei der WU-Erstellung bestehen, aber sich durch die Veröffentlichung herausstellt, dass die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen doch nach bestem Wissen und Gewissen angefertigt wurden und die Entscheidungen für eine Ausschreibung als ÖPP (statt als KBV) gut nachzuvollziehen sind. In solch einem Fall vermeidet die Offenlegung unnötige Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs infolge falscher Mutmaßungen. In abgeschwächter Form können diese Ausführungen auch auf einen Fall ohne Fehlanreize und Opportunismuspotentiale übertragen werden, bei dem sich die (ggf. berechtigten) Vermutungen der gesellschaftlichen Akteure auf die vermeintlich schlechte Qualität der

[775] Vgl. FUNG (2006, S. 73 f.) und MULGAN (2000, S. 566).

[776] Bei dynamischer Sichtweise dürfte der Effekt sogar noch schwächer ausfallen. Siehe hierzu Abschnitt 9.2.2.1.3.

vorläufigen WU beziehen. Ein positiver Nebeneffekt bei der Reduktion der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses kann in einer kürzeren Realisierungsdauer von Projekten und der damit verbundenen früheren Inanspruchnahme der Infrastrukur durch die Nutzer liegen, weil es bei den Planungen und Vergabevorbereitungen zu weniger Verzögerungen kommt.[777]

Zum anderen können die Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs infolge der ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU aber auch steigen. Dieser Fall tritt auf, wenn die gesellschaftlichen Akteure durch die Offenlegung erfahren, dass die öffentliche Hand die Ergebnisse von vorläufigen WU manipuliert hat oder deren Qualität unzureichend ist. Dies kann öffentlichen Widerstand gegen ÖPP-Projekte erzeugen, der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses generiert. Es ist anzunehmen, dass dieser negative Transparenzeffekt stärker ausfällt, wenn die Öffentlichkeit vorher von einer ordentlichen Erstellung von vorläufigen WU ausgegangen ist.[778] Insgesamt ist somit für die Ausprägung des beschriebenen Effekts entscheidend, inwieweit die Erwartungen der Gesellschaft an die vorläufigen WU durch deren Veröffentlichung bestätigt werden oder nicht.

Die Verbindung zwischen dem beschriebenen Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich und dem fiskalischen Interesse der öffentlichen Hand ist schwächer ausgeprägt und zum Teil ambivalenter als bei den in den vorigen zwei Abschnitten betrachteten Transparenzeffekten. Der gesellschaftliche Diskurs könnte einen negativen Einfluss auf die fiskalischen Interessen ausüben, weil dieser auch aufseiten der öffentlichen Hand Transaktionskosten (in Form von Personal- bzw. Opportunitätskosten) verursacht, die zu höheren Kosten der Projektrealisierung führen. Hierbei ist davon auszugehen, dass je höher die Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs ausfallen, desto größer ist der negative Einfluss auf die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand. Im Extremfall könnte der gesellschaftliche Diskurs jedoch einen derart großen Widerstand hervorrufen, der die politischen Entscheidungsträger zum Abbruch des ÖPP-Projektes zwingt. Wenn die Realisierung mit dem KBV-Ansatz inklusive etwaiger Wechselkosten kosteneffizienter erfolgt als mit dem ÖPP-Ansatz (vergleiche hierzu die Erkenntnisse aus den Kapiteln 2 und 3), dann wird der Haushalt aufgrund des gesellschaftlichen Diskurses bzw. Widerstandes vor einer höheren Belastung bewahrt.[779]

Aufgrund der in Kapitel 3 beschriebenen politökonomisch erklärbaren Fehlanreize und Opportunismusgefahren dürfte bei ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus ein gewisses Mindestmaß an Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs hinsichtlich der vorläufigen WU vorhanden sein. Einerseits könnten diese Transaktionskosten durch die Veröffentlichung von vorläufigen WU aufgrund der höheren Aufmerksamkeit im gesellschaftlichen und politischen Raum ggf. ansteigen. Andererseits dürften die gesellschaftlichen Akteure bei ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen und im Bundeshochbau eher von einer

---

[777] Vgl. SOMMER (2013, S. 58 und S. 62), bei dem der Einbezug der Gesellschaft in Infrastrukturplanungsprozesse zu Lösungen mit einer breiteren Akzeptanz führt, wodurch Verzögerungen aufgrund von gerichtlichen Klagen (als eine besondere Form gesellschaftlicher Transaktionskosten) minimiert werden.

[778] Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass sich infolge der Offenlegung einer vorläufigen WU mit schlechter Qualität der ohnehin bereits aufgrund der negativen Vermutungen vorhandene gesellschaftliche Diskurs nochmals verstärkt.

[779] Es ist davon auszugehen, dass der Effekt auf die fiskalischen Interessen insgesamt positiv ausfällt, weil die Einsparungen durch den (erzwungenen) Wechsel der Beschaffungsvariante größer sind als die aufseiten der öffentlichen Hand anfallenden Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs.

schlechten Qualität der vorläufigen WU ausgehen. Daher können sie durch die Veröffentlichung allenfalls positiv überrascht werden, sodass in der ÖPP-Praxis in Deutschland tendenziell eher eine Reduktion der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses zu erwarten ist. In Bezug auf die WU sind alle wesentlichen Bestandteile für diesen Transparenzeffekt relevant, wobei der PSC, der ÖPP-Vergleichswert inklusive der Annahmen zu Effizienzunterschieden und die Methodik als deutlich wichtiger einzustufen sind als der ÖPP-Zusatznutzen und etwaige Wechselkosten. Auf weitere Ausführungen zu möglichen Einflussfaktoren wird an dieser Stelle wegen der Überschneidungen mit den zwei vorherigen Abschnitten verzichtet.

#### 9.2.2.1.1.3 Fazit

In diesem Abschnitt wurden die Auswirkungen von Transparenz auf die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand infolge einer ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU bei statischer Sichtweise bzw. bei einer auf ein einzelnes Projekt bezogenen Perspektive analysiert. Dabei wurden die potentiellen Auswirkungen in Wettbewerbseffekte und Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich unterteilt. Diese Strukturierung ist für die weiteren Analyseschritte, bei denen juristische Überlegungen einbezogen werden, von Bedeutung.

Bei den Wettbewerbseffekten können die Reduktion der Angebotserstellungskosten, die Abschwächung der Diskrepanzen bezüglich Informationsständen zwischen Bietern und die Reduktion von Unsicherheit hinsichtlich Common-Value-Komponenten durchaus zu besseren Vergabeergebnissen führen und somit die fiskalischen Interessen positiv beeinflussen. Damit sich diese Effekte realisieren, sind insbesondere sämtliche Komponenten des PSC und des ÖPP-Vergleichswertes im Rahmen der vorläufigen WU offenzulegen. Die WU-Methodik, die Annahmen zu Effizienzunterschieden, die monetarisierten Nutzeneffekte und etwaige Wechselkosten könnten ggf. förderlich sein, müssen aber nicht unbedingt veröffentlicht werden. Allerdings sind die drei genannten Effekte wohl eher theoretisch vorstellbar, dürften in der Praxis bei Vergabeverfahren von ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus jedoch in der Regel nicht zu erwarten sein. Am ehesten könnte der Effekt der Reduktion der Angebotserstellungskosten eine praktische Relevanz aufweisen, dieser ist aber auch mit anderen Mitteln direkter und besser (und ohne mögliche negative Wettbewerbseffekte in Kauf zu nehmen) zu erreichen. Selbst wenn diese wünschenswerten Wettbewerbseffekte in der Praxis doch auftreten sollten, ist von einer recht schwachen (positiven) Wirkung auf die Vergabeergebnisse bzw. die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand auszugehen.

Demgegenüber können mit der Ausnutzung von Informationen über den Reservationspreis bei kollusivem Bieterverhalten und der Schwächung der Verhandlungsposition der öffentlichen Hand zwei negative Wettbewerbseffekte auftreten. Dabei ist vor allem erstgenanntem Effekt eine hohe Bedeutung beizumessen, weil dieser nicht nur theoretisch entsprechend fundiert ist, sondern insbesondere auch in der ÖPP-Praxis auf Bundesebene eine erhebliche Gefahr für die fiskalischen Interessen darstellt. Denn bei der ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU kennen die Bieter bzw. ein mögliches Bieterkartell sowohl alle Bestandteile des Reservationswertes als auch – daraus abgeleitet – den Reservationspreis (also den PSC als haushalterischer Reservationspreis). In dieser Konstellation ist das potentielle Schadensausmaß bezüglich der fiskalischen Interessen des Bundes am größten. Zudem ist – im Vergleich zu den anderen Wettbewerbseffekten – die Wirkungskette im Hinblick auf die Beeinflussung

des Vergabeergebnisses klar und direkt. Für diesen Effekt sind bei vorläufigen WU insbesondere der PSC und mit abgeschwächter Wirkung auch der ÖPP-Vergleichswert und die angenommenen Effizienzunterschiede relevant. Bei der WU-Methodik, den monetarisierten Nutzeneffekten sowie den Wechselkosten bestehen hingegen keine Bedenken. Die beiden letztgenannten Bestandteile einer WU könnten zwar bei einem schwachen Commitment der öffentlichen Hand zum Reservationspreis das Schadensausmaß weiter erhöhen, allerdings führt gerade die Veröffentlichung der vorläufigen WU zu einer Verstärkung dieses Commitments.

Bei einer engen ökonomischen Sicht kann geschlussfolgert werden, dass die negativen Effekte, also insbesondere die Problematik im Zusammenhang mit dem Reservationspreis, die positiven Wettbewerbseffekte überwiegen. Wenn im ÖPP-Markt bereits ein implizites oder explizites kollusives Verhalten der Bieter festzustellen ist, dann sollte eine ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU (vor allem des PSC, des ÖPP-Vergleichswertes und der Annahmen zu Effizienzunterschieden) unterlassen werden. Bei einer hohen Wettbewerbsintensität und statischen Sichtweise verliert die Problematik mit Bezug zum Reservationspreis dagegen ihre Bedeutung. Sollte die öffentliche Hand über kein ausreichendes Wissen hinsichtlich der Wettbewerbsstruktur verfügen oder diesbezüglich unsicher sein, ist wegen des höheren „Downside-Potentials" tendenziell eine Geheimhaltung der vorläufigen WU bzw. der „gefährlichen" Bestandteile zu empfehlen.

Bei den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich können sich durch die Offenlegung der vorläufigen WU die verbesserte Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure und der stärkere Einbezug von deren Know-how (mittelbar) positiv auf die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand auswirken.[780] Des Weiteren dürfte tendenziell eher eine Reduktion der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses eintreten. Insbesondere vor dem Hintergrund der in Kapitel 3 aufgezeigten politökonomisch erklärbaren Fehlanreize und der Opportunismuspotentiale im Rahmen von ÖPP-Projekten bei den Bundesfernstraßen und im Bundeshochbau kommt der Kontrolle durch die Gesellschaft eine besonders große Bedeutung zu.[781] In Deutschland dürfte bei den gesellschaftlichen Akteuren hierfür auch das Know-how und Interesse in ausreichendem Maße vorhanden sein. Für die Realisierung der drei beschriebenen positiven Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich sind in jedem Fall die WU-Methodik, der PSC, der ÖPP-Vergleichswert und die Annahmen zu den Effizienzunterschieden zu veröffentlichen. Darüber hinaus könnten auch die monetarisierten Nutzeneffekte sowie etwaige Wechselkosten öffentlich zugänglich gemacht werden. Die letztgenannten Bestandteile der vorläufigen WU sind zwar deutlich weniger relevant, aber letztlich auch ohne großes Schadenspotential, sodass im Hinblick auf die Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich einer ex ante Veröffentlichung der vollständigen vorläufigen WU nichts entgegensteht.

Die Erkenntnisse dieses wichtigen Abschnitts zeigen, dass bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen bezüglich vorläufiger WU grundsätzlich eine breite ökonomische

---

[780] Der positive Transparenzeffekt bezüglich des Wissensmanagements aufseiten der öffentlichen Hand und der Innovationsdiffusion entfällt bei der statischen Sichtweise.

[781] An dieser Stelle sei auf eine spezielle, in der ÖPP-Praxis eher unwahrscheinliche Konstellation hingewiesen: Falls es aufgrund der Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich dazu kommen sollte, dass ein Projekt statt im Rahmen einer ÖPP als KBV durchgeführt wird, dann sind die (negativen) Wettbewerbseffekte bedeutungslos, weil die Veröffentlichung des PSC und anderer Bestandteile der WU bei der Ausschreibung als KBV irrelevant sind.

Sicht eingenommen werden sollte, da neben Wettbewerbseffekten auch Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich einen relevanten Einfluss auf die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand haben. Eine pauschale Abwägung zwischem dem Schutz der fiskalischen Interessen und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit ist nicht möglich und es ist einzelfallbezogen zu entscheiden, welche Bestandteile der vorläufigen WU offengelegt werden können. In aller Regel kann bzw. sollte jedoch zumindest die Veröffentlichung der WU-Methodik, der monetarisierten Nutzeneffekte und etwaiger Wechselkosten angestrebt werden. Wenn kollusives Bieterverhalten vorliegt, dann sollte wegen der Problematik im Kontext des Reservationspreises eine Geheimhaltung oder Schwärzung des PSC und aufgrund der Rückschlussmöglichkeiten auch des ÖPP-Vergleichswertes und der unterstellten Effizienzunterschiede vorgenommen werden. Dieser Schwärzungsumfang sollte wegen des größeren „Downside-Potentials“ auch für Situationen gelten, in denen die Einschätzung der öffentlichen Hand hinsichtlich der Wettbewerbsstruktur mit großer Unsicherheit verbunden ist.

#### 9.2.2.1.2 Ex ante Veröffentlichung der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei dynamischer Sichtweise

In diesem Abschnitt werden die Veränderungen betrachtet, die sich bei einer ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU aufgrund einer dynamischen statt einer statischen Sichtweise ergeben. Im Fokus stehen damit die von einem Einzelprojekt ausgehenden Transparenzauswirkungen auf zukünftige Folge- bzw. Staffelprojekte. Dies wird zunächst anhand der in Bezug auf Wettbewerbseffekte bedeutsamen Problematik eines ex ante veröffentlichten Reservationspreises erläutert, um dann auf die weniger relevanten Transparenzauswirkungen hinsichtlich weiterer Veränderungen beim Bietverhalten einzugehen. Im Anschluss daran werden die dynamischen Auswirkungen auf die Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich betrachtet.

***WETTBEWERBSEFFEKTE***

Grundsätzlich gilt bezüglich der Reservationspreisproblematik bei einer dynamischen Perspektive die gleiche Argumentation wie bei einer statischen Sichtweise, allerdings ist dieser Wettbewerbseffekt noch stärker ausgeprägt. Denn zusätzlich zu einem einzelnen Projekt können die Bieter bzw. ein Bieterkartell die Erkenntnisse aus einer ex ante veröffentlichten vorläufigen WU darüber hinaus noch auf Folge- bzw. Staffelprojekte übertragen, was vor allem wegen der Verschiedenheit der Projekte jedoch mit Unsicherheit verbunden ist. Diese Unsicherheit ist umso geringer, je ähnlicher sich die Vorhaben hinsichtlich ihrer Projektparameter sind, was insbesondere auf Staffelprogramme wie im ÖPP-Bundesfernstraßenbau zutrifft. Daneben hängt das Ausmaß der Unsicherheit auch mit den öffentlichen Auftraggebern zusammen. Wenn es sich bei den zukünftigen Projekten um denselben öffentlichen Auftraggeber handelt, kann ein Bieterkartell – im Vergleich zu einer Konstellation mit vielen verschiedenen öffentlichen Auftraggebern im Mehrebenensystem – eher davon ausgehen, dass es keine allzu großen Variationen bei der Erstellung der vorläufigen WU gibt. So ist bei den ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus aufgrund einer gewissen Zentralität bei der Erstellung von WU anzunehmen, dass sich die Unsicherheit über Veränderungen bei der WU-Methodik infolge einer unterschiedlichen Handhabung verschiedener öffentlicher Auftraggeber in Grenzen hält. Allerdings ist zu beachten, dass es auch bei einem einzelnen öffentlichen Auftraggeber mit der Zeit zu Modifikationen bei der WU-Methodik kommen kann. Mit zunehmendem zeitlichen

Abstand zwischen einem Vorhaben und den entsprechenden Folgeprojekten dürfte die Unsicherheit bezüglich der angewandten WU-Methodik somit wachsen.

Einen besonderen Sachverhalt im Kontext einer dynamischen Betrachtungsweise stellen mögliche Veränderungen der Wettbewerbsstruktur im Markt dar. Bei statischer Sichtweise muss bei einem einzelnen Projekt bereits eine (explizite oder implizite) Bieterkollusion vorliegen, damit der negative Wettbewerbseffekt infolge einer Offenlegung des Reservationspreises des Auftraggebers überhaupt auftreten kann. Bei einer dynamischen Perspektive ist hingegen zu beachten, dass die ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU bei einem Vorhaben die Organisation und Koordination impliziter oder expliziter Preisabsprachen über mehrere zukünftige Vergabeverfahren hinweg vereinfacht. Dieser Aspekt wird zudem verstärkt, wenn die Bieter – wie bei den ÖPP-Staffeln im Bereich der Bundesfernstraßen – mit einer sicheren, kontinuierlichen Abfolge von Projekten rechnen können. Folglich besteht dynamisch gesehen die Gefahr, dass, selbst wenn bei einem einzelnen Projekt noch keine Bieterkollusion existiert, die veröffentlichte vorläufige WU als eine Art Hilfsmittel für die Etablierung von Bieterkartellen o.Ä. dienen kann und somit die Reservationspreisproblematik bei zukünftigen Projekten in Erscheinung tritt, wenn auch in abgeschwächter Form.

Bei den anderen in Abschnitt 9.2.2.1.1.1 dargestellten Wettbewerbseffekten (also etwa der Reduktion der Angebotskostenerstellung) dürfte grundsätzlich analog die Argumentation gelten, dass sich infolge einer ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU der entsprechende Effekt auch auf zukünftige Vorhaben auswirken kann. Aufgrund der Übertragungsproblematik, die – wie beschrieben – maßgeblich von der Ähnlichkeit der Projekte abhängt, dürfte das Ausmaß der dynamischen Wirkungen allerdings in den meisten Fällen reduziert sein oder sogar nur marginal ausfallen.

***TRANSPARENZEFFEKTE IM ÖFFENTLICHEN BEREICH***

Im Rahmen einer dynamischen Sichtweise ist in Bezug auf die Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich zu beachten, dass die Offenlegung von vorläufigen WU positive Auswirkungen auf das Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand haben kann. Die ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU bei einem Projekt ermöglicht es, dass andere öffentliche Auftraggeber anhand dieses Dokuments ihren Wissensstand bezüglich einer adäquaten Erstellung von WU bei zukünftigen Vorhaben verbessern.[782] Außerdem könnte das Potential zur Entwicklung von Standards (z.B. hinsichtlich der WU-Methodik oder verwendeter Daten) im öffentlichen Sektor umfangreicher ausgeschöpft werden.[783] Diese Effekte können dazu führen, dass sich die Kosteneffizienz bei zukünftigen Projekten verbessert und sich positiv auf die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand auswirkt.

Damit der positive Transparenzeffekt des Wissensmanagements wirksam wird, muss in erster Linie die WU-Methodik veröffentlicht werden. Darüber hinaus könnten auch die weiteren zentralen Bestandteile von WU, insbesondere der PSC und der ÖPP-Vergleichswert, für diesen Effekt hilfreich sein, weil die

[782] Dieser Effekt ist dem expliziten Wissensmanagement zuzuordnen; vgl. Abschnitt 2.3.2.

[783] Das Standardisierungspotential hängt eng mit dem (begrenzten) Konsens hinsichtlich Methoden und Inputs zusammen. Siehe für weitere Ausführungen zum Methoden- und Inputkonsens WAGEMANN (2014, S. 64 f. und S. 185 ff.), der diese Thematik vor allem im Kontext von Kontrahierungsproblemen bei der WU-Erstellung diskutiert.

anderen öffentlichen Auftraggeber dadurch ein besseres Gefühl für die konkreten Zahlenwerte entwickeln können. Es ist darauf hinzuweisen, dass bei einer auf Bundesfernstraßen und Bundeshochbau begrenzten Betrachtung dieser Transparenzeffekt letztlich als nahezu unbedeutend einzustufen ist, weil dort jeweils ein zentraler öffentlicher Auftraggeber die WU erstellt. Abschließend ist zudem anzumerken, dass ein besseres Wissensmanagement bezüglich der Erstellung von WU auch ohne eine Veröffentlichung gegenüber der Allgemeinheit organisiert werden könnte. Nur die vorläufige WU offenzulegen, stellt demgegenüber eine recht unorganisierte und unkoordinierte Form des Wissensmanagements dar.

Über das Wissensmanagement hinaus könnte infolge der Offenlegung der vorläufigen WU bei einem Projekt eine schnellere und breitere Diffusion von Innovationen erfolgen (z.B. hinsichtlich der Methodik, des Umgangs mit Annahmen und der Generierung von Kostenkennwerten), sodass diese den verschiedenen potentiellen Anwendern im öffentlichen Sektor zügiger zur Verfügung stehen.[784] Dieser positive Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich dürfte bei WU im Vergleich zum ÖPP-Eignungstest eher eine gewisse Relevanz aufweisen, aber das Innovationspotential bezüglich der vorläufigen WU sollte dennoch keinesfalls überschätzt werden. Den entscheidenden Bestandteil der WU stellt für diesen Effekt die Methodik dar, wohingegen der PSC und der ÖPP-Vergleichswert sowie die Annahmen zu Effizienzunterschieden, die monetarisierten Nutzeneffekte und die Wechselkosten eher unbedeutend sind, weil die konkreten Zahlenwerte nicht als Innovation einzustufen sind.

Das Ausmaß des positiven Transparenzeffekts auf das Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand und die Innovationsdiffusion wird von verschiedenen Faktoren beeinflusst. So ist bspw. das Ausgangsniveau des Wissensstandes der öffentlichen Auftraggeber bezüglich der WU-Erstellung mitentscheidend. Bei einem hohen bzw. niedrigen Niveau kann von einer schwachen bzw. starken Wirkung ausgegangen werden. Des Weiteren dürften die beschriebenen Effekte bei vorläufigen WU mit hoher Qualität deutlicher ausgeprägt sein. Schließlich wird auch die Bereitschaft der anderen öffentlichen Auftraggeber, sich mit veröffentlichen WU zur Verbesserung ihres Wissensstandes auseinanderzusetzen und etwaige Neuerungen auch zu übernehmen, eine Rolle spielen.

Bei den anderen unter Abschnitt 9.2.2.1.1.2 betrachteten Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich führt eine dynamische Perspektive zu Veränderungen gegenüber der statischen Sichtweise. Die ex ante Kontrolle bei einem Projekt könnte dazu führen, dass sich die öffentliche Hand bei Folgeprojekten bei der Erstellung von vorläufigen WU weniger opportunistisch verhält, weil sie eine erneute Kontrolle von gesellschaftlichen Akteuren befürchtet. Das Ausmaß dieses Effekts hängt größtenteils davon ab, inwiefern die öffentliche Hand negative Konsequenzen wegen der Aufdeckung fehlerhafter WU zu erwarten hat. Da sich die Konsequenzen in der Regel in Grenzen halten dürften, ist die dynamische Wirkung dieses Transparenzeffekts als eher gering einzuschätzen. Hinsichtlich des Einbezugs von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how ist vorstellbar, dass ein öffentlicher Auftraggeber die dadurch im Rahmen eines Projektes gewonnenen Erkenntnisse zum Teil auch bei seinen

[784] Auf die Verbindung zwischen dem im Rahmen des Wissensmanagements erwähnten Aspekts der besseren Nutzung des Potentials zur Standardisierung und dem Innovationsdiffusionseffekt wurde bereits mit Bezug zum ÖPP-Eignungstest in Abschnitt 9.2.1.1.2 hingewiesen und dies gilt analog auch für die vorläufige WU.

Folgeprojekten nutzen kann.[785] Im Hinblick auf die Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses werden sich die Ergebnisse der statischen Sichtweise bei einer dynamischen Perspektive noch verstärken. Wenn bei einem Projekt die Erwartungen der Öffentlichkeit an die vorläufige WU durch deren Offenlegung enttäuscht werden und sich daran eine gesellschaftliche Debatte entzündet, kann sich dies auf Folgeprojekte übertragen. Dies gilt umgekehrt auch für den Fall positiv übertroffener Erwartungen, bei dem sich dadurch die Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses verringern.

***ZUSAMMENFASSUNG***

Abschließend werden die Ergebnisse dieses Abschnitts, die sich auf die Veränderungen bei einer dynamischen Perspektive im Vergleich zur Analyse der ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU bei einer statischen Sichtweise fokussieren, zusammengetragen. Die entscheidende zusätzliche Komponente bei einer dynamischen Perspektive besteht darin, dass die bereits zuvor bei einem einzelnen Projekt betrachteten Effekte sich auch auf zukünftige Projekte auswirken können. Diesbezüglich ist allerdings festzuhalten, dass die Auswirkungen der Veröffentlichung einer WU bei demjenigen Projekt, auf die sich die WU bezieht, in aller Regel deutlich stärker ausgeprägt sind als bei den entsprechenden Folgeprojekten. So dürften die Wettbewerbseffekte bei Folgeprojekten (deutlich) schwächer ausfallen, was hauptsächlich auf die beschriebene Übertragbarkeitsproblematik zurückzuführen ist. Insbesondere im Kontext der Problematik eines veröffentlichten Reservationspreises ist es zudem wichtig zu beachten, dass in der dynamischen Betrachtung die vorläufige WU als ein Hilfsmittel für zukünftige Bieterkollusion fungieren kann. Bei den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich sind bei einer dynamischen Perspektive im Gegensatz zur statischen Sichtweise auch das Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand und die Innovationsdiffusion zu berücksichtigen. Beim ausschließlichen Fokus auf die Bundesfernstraßen und den Bundeshochbau dürften diese Aspekte jedoch eine eher zu vernachlässigende Relevanz aufweisen. Bei den anderen Transparenzeffekten ergeben sich keine gravierenden Veränderungen zwischen der statischen und dynamischen Sichtweise.

Zu der Frage, inwieweit bei einer dynamischen Betrachtungsweise nun mehr oder weniger für oder gegen ex ante Transparenz bezüglich der vorläufigen WU spricht, ist keine pauschale Aussage möglich. Bei einer auf den Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus begrenzten Betrachtung dürfte im Vergleich zur Konstellation im vorherigen Abschnitt die Rationalität für Transparenz jedoch tendenziell abnehmen, weil sich der negative Wettbewerbseffekt der Reservationspreisproblematik verstärkt und dem kein nennenswerter Zuwachs bei den positiven Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich entgegensteht.

[785] Bei einer Perspektive, die auch die mögliche Beteiligung gesellschaftlicher Akteure bei Folgeprojekten berücksichtigt, kann eine schwach ausgeprägte Responsiveness der öffentlichen Auftraggeber dynamisch gesehen zu einer sinkenden Beteiligungsmotivation der gesellschaftlichen Akteure führen, weil der Unmut über die mangelnde Berücksichtigung ihrer mit Ressourceneinsatz verbundenen Beiträge wächst.

#### 9.2.2.1.3 Ex post Veröffentlichung der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei statischer und dynamischer Sichtweise

In diesem Abschnitt zu den Auswirkungen von Transparenz bezüglich WU bei ÖPP-Projekten werden die Effekte einer ex post Veröffentlichung der vorläufigen WU sowohl aus statischer als auch dynamischer Perspektive betrachtet. Dabei werden etwaige Veränderungen gegenüber den zwei vorangegangenen Abschnitten untersucht, die sich insbesondere durch einen Wechsel von einer ex ante zu einer ex post Offenlegung ergeben. Der entscheidende Unterschied besteht dabei darin, dass bei einer ex post Veröffentlichung der vorläufigen WU viele der auftretenden Transparenzauswirkungen mit Bezug zu dem jeweiligen Projekt, auf die sich die WU bezieht, nicht mehr zu berücksichtigen sind bzw. stark an Relevanz verlieren.

***WETTBEWERBSEFFEKTE***

Vor dem Hintergrund des einleitend beschriebenen Unterschieds zwischen einer ex post und einer ex ante Veröffentlichung ist hinsichtlich der Wettbewerbseffekte festzustellen, dass vor allem die Reservationspreisproblematik, die bei kollusivem Bieterverhalten eine Gefahr für die fiskalischen Interessen darstellen kann, bei einer Offenlegung der vorläufigen WU nach Abschluss der Vergabe insgesamt stark an Bedeutung verliert. Denn dieser negative Wettbewerbseffekt wirkt bei einer ex ante Offenlegung der vorläufigen WU mit Abstand am stärksten bei dem Projekt, das in der jeweiligen WU geprüft wird, was bei der hier betrachteten Konstellation jedoch nicht der Fall ist. Dafür ist ein anderer, bisher nicht beschriebener Effekt zu berücksichtigen: Falls ein ÖPP-Auftragnehmer durch die ex post Veröffentlichung einer vorläufigen WU nach Ende des Vergabeverfahrens erkennen sollte, dass es zwischen seiner BAFO-Kalkulation und dem PSC (oder dem ÖPP-Vergleichswert) viel Spielraum gibt, könnte dies zukünftig bei ihm zu einer Verhaltensänderung zulasten des öffentlichen Auftraggebers führen. Bei dem jeweiligen Projekt könnte der ÖPP-Auftragnehmer Nachverhandlungen anstreben, in denen er versucht, das Wissen um diesen Spielraum auszunutzen, um eine höhere Vergütung oder eine Verbesserung sonstiger Konditionen zu erzielen.[786] Mit zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen der Veröffentlichung der WU und den Nachverhandlungen dürfte die Wirkung dieses Effekts wegen der sich erhöhenden Unsicherheit des ÖPP-Auftragnehmers über den PSC (oder den ÖPP-Vergleichswert) sinken, weil die öffentliche Hand ihre Erwartungen zum PSC (oder ÖPP-Vergleichswert) verändert haben könnte. Die Stärke des Effekts hängt letztlich davon ab, inwieweit der PSC (oder der ÖPP-Vergleichswert) nach Vergabeabschluss überhaupt noch von Bedeutung für Nachverhandlungen und dabei als Indikator für Verhandlungsspielräume geeignet ist. Dies kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden, aber insgesamt ist davon auszugehen, dass die Kenntnis der vorläufigen WU dem ÖPP-Auftragnehmer Vorteile bei der Verhandlungsposition bringen. Der beschriebene negative Wettbewerbseffekt wird im Folgenden als Schwächung der Verhandlungsposition der öffentlichen Hand in Nachverhandlungen bezeichnet. Weitere bedeutsame Veränderungen bei den Wettbewerbseffekten sind gegenüber den Ausführungen in den vorherigen zwei Abschnitten nicht zu erwarten.

[786] Die Grundidee dieses negativen Wettbewerbseffekts, das Ausnutzen des Spielraums zum PSC, weist eine Ähnlichkeit zur Reservationspreisproblematik und auch zur Schwächung der Verhandlungsposition der öffentlichen Hand auf. Deshalb wurde dieser Effekt bei den Ausführungen zur ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU nicht aufgeführt, um eine doppelte Berücksichtigung auszuschließen.

***TRANSPARENZEFFEKTE IM ÖFFENTLICHEN BEREICH***

Bei den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich gibt es gegenüber den vorangegangenen Ausführungen zur ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU geringfügige Veränderungen, auf die im Folgenden eingegangen wird. Zuvor ist hinsichtlich des Wissensmanagements aufseiten der öffentlichen Hand und der Innovationsdiffusion anzumerken, dass dieser Effekt jenem in der Konstellation einer ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU bei dynamischer Sichtweise entspricht, weil das Projekt, auf das sich die jeweilige WU bezieht, in diesem Fall ohnehin keine Rolle spielt.

In Bezug auf die Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure ist bei einer ex post Veröffentlichung von vorläufigen WU bei statischer Sichtweise darauf hinzuweisen, dass auch die Möglichkeit der ex post Kontrolle bei einem einzelnen Projekt bereits ex ante positive (Anreiz-)Wirkungen auf das Verhalten der öffentlichen Hand entfalten kann, weil die Ersteller der vorläufigen WU wissen, dass sie anschließend umfangreich überprüft werden könnten („Prinzip des vorauseilenden Gehorsams"). Durch diese Transparenzauswirkung können die andernfalls bestehenden politökonomisch erklärbaren Fehlanreize und Opportunismuspotentiale reduziert werden, sodass die Erstellung der vorläufigen WU objektiv(er) und sachgerecht(er) durchgeführt wird. In Relation zu einer ex ante Kontrolle dürfte das Ausmaß des Effekts allerdings schwächer ausfallen.

Der Einbezug von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how spielt bei der ex post Offenlegung einer vorläufigen WU nur bei einer dynamischen Perspektive eine Rolle. Wenn der ex post Einbezug derart ausgestaltet ist, dass öffentliche Auftraggeber in Erfahrung bringen möchten, was sie bei der Erstellung von vorläufigen WU anders bzw. besser hätten bewerkstelligen können (z.B. hinsichtlich psychologisch bedingter Fehler), dann könnte dieser Know-how-Input auch bei Folgeprojekten genutzt werden. Hierbei ist zu beachten, dass die Motivation bzw. das Interesse der gesellschaftlichen Akteure ggf. geringer ausfällt als bei einem Einbezug im Rahmen einer ex ante Veröffentlichung, bei der ein bestimmtes Projekt bzw. die entsprechende vorläufige WU noch direkt beeinflusst werden kann.

Abschließend ist hinsichtlich der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses zu beachten, dass diese auch bei einer ex post Herausgabe der vorläufigen WU bei einer auf ein einzelnes Projekt fokussierten, statischen Sichtweise auftreten können. Falls sich für gesellschaftliche Akteure nach Vergabeabschluss entgegen ihrer Erwartung das opportunistische Verhalten der öffentlichen Hand bei der Erstellung von WU (z.B. zuungunsten der KBV verzerrte Berechnungen) und / oder die schlechte Qualität von vorläufigen WU offenbart, könnte dies anschließend zu einem Anstieg der Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses über die Sinnhaftigkeit des ÖPP-Projektes und zu einem stärkeren Widerstand führen, was sich auch negativ auf die Nutzungsphase bei dem jeweiligen ÖPP-Projekt auswirken kann.

***ZUSAMMENFASSUNG***

Zum Abschluss dieses Abschnitts wird festgehalten, welche Unterschiede sich bei einer ex post gegenüber eine ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU ergeben. Hinsichtlich der bereits in den vorangegangenen Abschnitten behandelten Transparenzauswirkungen dürfte bei einer dynamischen Sichtweise vom Grundsatz her gelten, dass die Effekte bei einer ex post Offenlegung in etwa jenen entsprechen, die bei der ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU zu erwarten sind, außer dass sich

keine Auswirkungen beim jeweiligen Projekt ergeben, auf das sich die WU bezieht. Schließlich sind aber darüber hinaus zwei zuvor nicht beschriebene Effekte hervorzuheben: Zum einen betrifft dies den negativen Wettbewerbseffekt der Schwächung der Verhandlungsposition der öffentlichen Hand in Nachverhandlungen, der allerdings letztlich nicht überschätzt werden sollte, und zum anderen das Prinzip des vorauseilenden Gehorsams im Kontext der ex post Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure als ein positiver Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich.

#### 9.2.2.1.4 (Ex post) Veröffentlichung der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei statischer sowie dynamischer Sichtweise

Dieser Abschnitt beschäftigt sich mit den Effekten einer Veröffentlichung von abschließenden WU und dabei vor allem mit den Unterschieden bei den Transparenzauswirkungen gegenüber der im vorherigen Abschnitt betrachteten ex post Offenlegung von vorläufigen WU. Hierfür wird erst einmal aufgezeigt, worin sich die abschließende von der vorläufigen WU maßgeblich unterscheidet: Zum einen sind dies Anpassungen vor allem am PSC sowie ÖPP-Vergleichswert aufgrund von Änderungen am Projekt und Vertrag, die sich zwischen den Erstellungszeitpunkten z.B. infolge der Verhandlungen mit den (BAFO-)Bietern während des Vergabeverfahrens oder veränderter exogener Parameter (wie bspw. der Zinsstrukturkurve) ergeben haben. Somit enthält die abschließende WU aktuellere, präzisere und ggf. auch umfangreichere Informationen als die vorläufige WU. Zum anderen stellen die Angebote der Bieter einen wichtigen Teil der abschließenden WU dar, die in der vorläufigen WU selbstverständlich noch keine Rolle spielen. Die Veröffentlichung von Bieterangeboten wurde im Rahmen dieser Arbeit bereits in Abschnitt 9.1.3 im Kontext des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen behandelt, sodass sich hier bei der abschließenden WU ausschließlich auf jene Aspekte konzentriert wird, die unmittelbar für die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand von Relevanz sind.[787]

***WETTBEWERBSEFFEKTE***

Bei statistischer Sichtweise kann die Veröffentlichung der abschließenden WU nach Durchführung der Vergabe Wettbewerbseffekte wie die Reduktion der Angebotserstellungskosten oder die Problematik im Kontext eines den Bietern bekannten Reservationspreises bei einem einzelnen Projekt nicht mehr bewirken. Lediglich eine Schwächung der Verhandlungsposition der öffentlichen Hand in Nachverhandlungen erscheint möglich. Im Vergleich zur ex post Veröffentlichung einer vorläufigen WU ist dieser Effekt hier sogar als stärker ausgeprägt einzuschätzen. Dies kann damit erklärt werden, dass die Unsicherheit aus Sicht des ÖPP-Auftragnehmers hinsichtlich Anpassungen des PSC (und anderer Bestandteile der WU) geringer ist, weil eventuell im Zuge des Vergabeverfahrens vorgenommene Änderungen in der abschließenden WU bereits abgebildet sind.

Bei dynamischer Sichtweise ist in Bezug auf eine (ex post) Veröffentlichung der abschließenden WU im Vergleich zur vorläufigen WU Folgendes zu beachten: Die Analyse zur Offenlegung der abschließenden WU entspricht im Prinzip derjenigen zur ex post Veröffentlichung der vorläufigen WU bei dynamischer Sichtweise im vorherigen Abschnitt. Die in der abschließenden WU enthaltenen aktuelleren und

[787] Die in der abschließenden WU enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse können mittelbar die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand beeinflussen, was einen Fall der „Verbindungslinien" darstellt. Solche Aspekte mit einer mittelbaren Wirkung auf die fiskalischen Interessen werden in diesem Abschnitt jedoch ausgeklammert, weil sie vom Prinzip her bereits in Abschnitt 9.1.3 analysiert wurden.

präziseren Informationen können jedoch noch dazu beitragen, dass sich die resultierenden Wettbewerbseffekte etwas stärker auf zukünftige Projekte auswirken. Allerdings bleibt auch hier die zuvor bereits beschriebene Übertragbarkeitsproblematik aufgrund unterschiedlicher Projektcharakteristika bestehen.

***TRANSPARENZEFFEKTE IM ÖFFENTLICHEN BEREICH***

Bei den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich gibt es gegenüber den bisherigen Ausführungen zur Veröffentlichung der vorläufigen WU bei statischer sowie dynamischer Perspektive nahezu keine Veränderungen. Hinsichtlich der Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure kann auch bei der (ex post) Offenlegung der abschließenden WU vom „Prinzip des vorauseilenden Gehorsams" gesprochen werden. Der Einbezug von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how spielt hier ebenfalls eine Rolle, wobei wiederum zu beachten ist, dass die Motivation bzw. das Interesse der gesellschaftlichen Akteure ggf. geringer ausfällt als bei einem Einbezug im Rahmen der ex ante Veröffentlichung einer vorläufigen WU, bei der das jeweilige Projekt noch direkt beeinflusst werden kann. Bezüglich der Transaktionskosten durch den gesellschaftlichen Diskurs kann wegen der ähnlichen Argumentation auf die Überlegungen zur ex post Veröffentlichung von vorläufigen WU verwiesen werden.

Die einzige nennenswerte Veränderung gegenüber den bisherigen Ausführungen zur Veröffentlichung von vorläufigen WU ist beim Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand und der Innovationsdiffusion festzustellen. Dies hängt mit der in abschließenden WU angewandten Vergleichsmethodik bezüglich der Bieterangebote untereinander sowie der Bieterangebote zum PSC und ÖPP-Vergleichswert zusammen.[788] Im Hinblick auf diese spezielle Vergleichsmethodik dürfte ein hohes Potential für Wissensmanagement und die Diffusion von Innovationen (z.B. hinsichtlich Standards) vorhanden sein. Dies gilt – wie bereits ausgeführt – vor allem bei einer größeren Anzahl öffentlicher Auftraggeber (z.B. in einem Mehrebenensystem), sodass dieser Effekt speziell im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus eher nicht von Bedeutung ist.

***ZUSAMMENFASSUNG***

Abschließend bleibt zu konstatieren, dass sich die Erkenntnisse in Bezug auf die ex post Offenlegung von vorläufigen WU nahezu vollständig auf die (ex post) Veröffentlichung von abschließenden WU übertragen lassen. Mögliche Unterschiede bestehen lediglich aufgrund der aktuelleren und präziseren Informationen in der abschließenden WU, weshalb der Effekt der Schwächung der Verhandlungsposition der öffentlichen Hand in Nachverhandlungen bei einem Einzelprojekt und die Wettbewerbseffekte (wie z.B. die Reservationspreisproblematik) bei zukünftigen Projekten geringfügig stärker ausfallen könnten. Bei den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich ist einzig das vergleichsweise hohe Potential für Wissensmanagement und Innovationsdiffusion wegen der speziellen Vergleichsmethodik in der abschließenden WU zu nennen.

---

[788] Vgl. BECKERS ET AL. (2014b, S. 168-173) zu diesem speziellen Bestandteil der Methodik bei abschließenden WU. In diesem Kontext wird zudem auf einen Aspekt hingewiesen, der einen Bezug zum Wissensmanagement im öffentlichen Sektor hat: Mithilfe dieser Vergleiche können ggf. auch Rückschlüsse auf strategische Angebote der Bieter gezogen werden und diese Erkenntnisse können in zukünftigen WU Berücksichtigung finden.

#### 9.2.2.1.5 Fazit

Im Fokus dieses übergreifenden Fazits zu Abschnitt 9.2.2.1 stehen bestimmte Aspekte, die vor allem für die weiteren Analysen zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen von Bedeutung sind. Hinsichtlich der zentralen Ergebnisse zu den betrachteten Konstellationen sei auf das Fazit bzw. die Zusammenfassung im entsprechenden Abschnitt verwiesen. Zunächst kann festgehalten werden, dass sich die Strukturierung der Analysen anhand der Konstellationen hinsichtlich der Dimensionen „ex ante bzw. ex post Veröffentlichung" und „statische bzw. dynamische Sichtweise" sowie anhand der Differenzierung in eine „enge", nur Wettbewerbseffekte betrachtende und in eine „breite", auch die Tranparenzeffekte im öffentlichen Bereich berücksichtigende ökonomische Sichtweise bewährt hat.

Insgesamt haben die Analysen zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen gezeigt, dass aus ökonomischer Perspektive bei Veröffentlichungsentscheidungen die dynamische Sichtweise eingenommen werden sollte. Dies ist damit zu begründen, dass bei der statischen Sichtweise relevante Auswirkungen auf zukünftige Projekte nicht beachtet werden und somit der Einfluss von Transparenzeffekten auf die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand nicht adäquat eingeschätzt wird. Des Weiteren legen die Analysen nahe, dass im Rahmen von Veröffentlichungsentscheidungen die „breite" ökonomische Sicht zur Anwendung kommen sollte. Denn nur die „breite" ökonomische Sicht stellt sicher, dass alle die fiskalischen Interessen beeinflussenden Transparenzauswirkungen berücksichtigt werden, wozu neben den Wettbewerbseffekten auch die Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich gehören. Außerdem lässt sich aus den Untersuchungen schlussfolgern, dass im Falle einer – aus welchen Gründen auch immer – eingenommenen „engen" ökonomischen Sichtweise bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen nicht nur die negativen, sondern ebenso die positiven Wettbewerbseffekte gleichwertig in Betracht gezogen werden sollten. Denn aus ökonomischer Perspektive ist letztendlich entscheidend, ob sich die Wettbewerbseffekte im „Saldo" vor- oder nachteilig auf die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand auswirken. Darüber hinaus deuten die Analysen darauf hin, dass grundsätzlich auch die Auswirkungen von Transparenz bezüglich WU auf die fiskalischen Interessen aller Gebietskörperschaften im (föderalen) Mehrebenensystem bei Veröffentlichungsentscheidungen beachtet werden sollten. Allerdings kann eine Begrenzung auf die Bundesebene aus Gründen des großen Betrachtungsumfangs und der Komplexität sachgerecht sein.

Die ökonomischen Analysen zu den Effekten, die bei einer Offenlegung von WU bei ÖPP-Projekten auftreten können, dürften als recht komplex und umfangreich einzustufen sein. Die dabei generierten Ergebnisse bilden die Grundlage für den in Abschnitt 9.2.2.3 durchzuführenden kritischen Abgleich mit der derzeitigen Rechtslage und Veröffentlichungspraxis hinsichtlich der Herausgabe von WU im Kontext des Schutzes fiskalischer Interessen im IFG und für die Ableitung von vorläufigen Handlungsempfehlungen. Daher erfolgt im nächsten Abschnitt nun die Analyse des Status quo hinsichtlich der Rechtslage und Praxis.

### 9.2.2.2 Status quo: Rechtslage und Praxis

Der Schutz fiskalischer Interessen als Ausnahmetatbestand im Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (§ 3 Nr. 6 IFG) wurde bereits in Abschnitt 6.1.3.2 allgemein ohne Bezug zu WU vorgestellt. Darauf aufbauend wird in diesem Abschnitt nun für die WU als zentrales Dokument im ÖPP-Realisierungsprozess zunächst die Rechtslage im Kontext des Schutzes fiskalischer Interessen im IFG

und anschließend die bisherige Veröffentlichungspraxis bei den ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus untersucht.

#### 9.2.2.2.1 Rechtslage hinsichtlich der Veröffentlichung von WU im Kontext des Schutzes fiskalischer Interessen im IFG

Vorab sei darauf hingewiesen, dass die folgenden Ausführungen maßgeblich auf KÜHLING ET AL. (2014, S. 104 f.) beruhen, allerdings vom Umfang her größer ausfallen sowie an einigen Stellen zusätzliche Aspekte beinhalten. Auf Basis der vorangegangen (ökonomischen) Ausführungen zu den Auswirkungen von Transparenz bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen lassen sich vier zentrale Fragestellungen hinsichtlich des Schutzes fiskalischer Interessen im Allgemeinen sowie bei der Offenlegung von WU bei ÖPP-Projekten auf Bundesebene im Speziellen ableiten, die auch aus juristischer Perspektive im Kontext einer IFG-Veröffentlichungsentscheidung von Interesse bzw. Relevanz sind. Die Ausleuchtung der Fragestellungen erzeugt auch deshalb einen Mehrwert, weil diese in Literatur und Rechtsprechung bisher eher wenig Beachtung gefunden haben. Im Folgenden werden die vier zentralen Fragestellungen betrachtet:

- 1. Brutto- oder Nettobetrachtung: Dieser Punkt betrifft die Frage, ob bei einer engen ökonomischen Sichtweise, die sich bei den Transparenzauswirkungen ausschließlich auf die Wettbewerbseffekte fokussiert, das Vorliegen irgendwelcher die fiskalischen Interessen negativ beeinflussenden Wettbewerbseffekte als Ablehnungsgrund ausreicht („Bruttobetrachtung") oder ob vielmehr eine Saldobetrachtung vorzunehmen ist, welche auch etwaige positive Wettbewerbseffekte berücksichtigt, sodass lediglich bei einem Überwiegen fiskalischer Nachteile der Informationszugang verweigert werden kann („Nettobetrachtung"). KÜHLING ET AL. (2014) kommen bei der Normauslegung zu dem Schluss, dass eine Nettobetrachtung eingenommen werden sollte. Das Auslegungsergebnis resultiert daraus, dass Wortlaut, Genesis (insbesondere der Gesetzesbegründung) und Systematik des IFG sowie Verfassungs- und Europarechtskonformität keine Klärungshinweise liefern, sodass das Telos ausschlaggebend ist. Die teleologischen Überlegungen greifen dabei direkt die ökonomischen Ausführungen zu den Auswirkungen von Transparenz bei WU in den vorherigen Abschnitten auf. Diese sprechen eindeutig für eine Nettobetrachtung, weil es keine plausiblen (ökonomischen) Argumente gegen eine gleichberechtigte Berücksichtigung von negativen und positiven Wettbewerbseffekten gibt. Allerdings scheint entgegen diesem Auslegungsergebnis in der derzeitigen IFG-Rechtspraxis eher eine Tendenz zur Bruttobetrachtung vorzuherrschen.[789]
- 2. Statische oder dynamische Sichtweise: Bei diesem Sachverhalt ist zu klären, ob bei einer Veröffentlichungsentscheidung ausschließlich die Transparenzauswirkungen beim entsprechenden von der IFG-Anfrage betroffenen Vorhaben zu betrachten sind oder ob darüber hinaus auch möglichen Effekten auf die fiskalischen Interessen bei zukünftigen (Staffel-)Projekten Rechnung getragen werden muss. Die Argumentation zur diesbezüglichen

[789] Vgl. hierzu BMVBS (2012) und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.11.2014 mit dem Aktenzeichen 7 C 12.13. Dort werden negative, aber keinerlei positive Wettbewerbseffekte berücksichtigt, obwohl in den betrachteten Fällen auch vorteilhafte Wettbewerbseffekte denkbar waren.

Normauslegung entspricht grundsätzlich jener zur Brutto- oder Nettobetrachtung. Im Ergebnis sollte die dynamische Perspektive eingenommen werden, weil teleologische Erwägungen unter Berücksichtigung der ökonomischen Ausführungen aufzeigen, dass die fiskalischen Interessen sinnvollerweise nicht nur auf ein bestimmtes Projekt zu begrenzen sind, sondern sie vielmehr auch zukünftige Vorhaben umfassen. Falls Transparenzauswirkungen auf in der Zukunft liegende Projekte nicht in die Veröffentlichungsentscheidungen miteinfließen, besteht die Gefahr systematischer Fehlentscheidungen. Die aktuelle Rechtsprechung stützt die hier vorgenommene Einschätzung, dass eine dynamische, auf zukünftige (Staffel-)Projekte bezogene Sichtweise einzunehmen ist.[790]

- 3. Mit oder ohne Abwägung: Diese Frage zielt darauf ab, ob eine breite ökonomische Sichtweise, die neben den Wettbewerbseffekten zudem die vor- und nachteiligen Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich berücksichtigt, eingenommen werden sollte oder keine Abwägung stattfindet, was mit einer engen ökonomischen Perspektive korrespondiert. Gemäß KÜHLING ET AL. (2014) ergibt die Normauslegung in diesem Fall, dass zwar der Wortlaut die Möglichkeit einer Abwägung weder aus- noch verschließt und der ökonomisch „unterfütterte" Telos eine Abwägung sogar befürwortet, aber die Überlegungen hinsichtlich der Systematik eine Abwägung letztendlich doch nicht ermöglichen. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit den Ausführungen zum Schutz fiskalischer Interessen in Abschnitt 6.1.3.2, dass die fiskalischen Interessen einem absoluten Schutz unterliegen und somit keinerlei Abwägung mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit zu erfolgen hat.[791]
- 4. Mehrebenensystem oder nur die übergeordnete zentrale Ebene: Bei diesem Punkt geht es darum, ob nur solche Transparenzauswirkungen bei der Veröffentlichungsentscheidung Berücksichtigung finden sollen, welche die fiskalischen Interessen des Bundes berühren, oder ob darüber hinaus auch die Effekte auf andere Gebietskörperschaften (insbesondere die Länder und ggf. deren Kommunen) zu beachten sind. Die Auslegung des § 3 Nr. 6 IFG zeigt klar, dass gemäß Wortlaut ausschließlich der Bundeshaushalt mit seinen fiskalischen Interessen zu berücksichtigen ist, sodass die Länder und Kommunen nicht infrage kommen. Dieser Wortlaut versperrt somit die Möglichkeit einer Mehrebenenperspektive, obwohl sowohl das Telos als auch der Grundsatz der Länderfreundlichkeit im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung tendenziell für eine Beachtung der fiskalischen Interessen der Länder und Kommunen sprechen. Die teleologischen Überlegungen knüpfen dabei an die ökonomischen Ausführungen an, bei denen deutlich wurde, dass das Ausmaß der Transparenzauswirkungen mitunter stark von der Anzahl und Heterogenität der öffentlichen Auftraggeber im Mehrebensystem abhängt (z.B. beim Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand und der Innovationsdiffusion).

[790] Vgl. SCHOCH (2016, S. 497) und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.11.2014 mit dem Aktenzeichen 7 C 12.13.

[791] Es sei angemerkt, dass die Abwägung im Sinne einer breiten ökonomischen Sichtweise und die Abwägung mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit im juristischen Sinne ggf. geringfügig divergieren können. Letztere dürfte nur die positiven ein- und etwaige negative Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich hingegen ausschließen.

Zusammenfassend sind für die vier zentralen Fragestellungen folgende Ergebnisse festzuhalten: Trotz angebrachter Nettobetrachtung ist eine Anwendung der Bruttobetrachtung geboten, es ist eine dynamische Sichtweise einzunehmen, eine Abwägung ist nicht möglich und nur der Bundeshaushalt darf berücksichtigt werden.

#### 9.2.2.2.2 Veröffentlichungspraxis hinsichtlich WU bei ÖPP-Projekten auf Bundesebene

Als Einstieg zur Veröffentlichungspraxis hinsichtlich WU bei ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus wird auf eine Kleine Anfrage im Bundestag aus dem Jahr 2017 eingegangen. Diese Bundestagsdrucksache zeigt u.a. auf, dass die bei den Vorhaben der ersten und zweiten ÖPP-Bundesfernstraßenstaffel erstellten WU per IFG-Anfragen begehrt wurden.[792] Zu den wenigen ÖPP-Projekten im Bundeshochbau hat es bisher hingegen keine IFG-Anfragen zu WU gegeben.[793] Aus der genannten Kleinen Anfrage geht allerdings nicht hervor, ob der Informationszugang vollständig oder teilweise gewährt oder abgelehnt wurde. Zumindest ist in diesem Kontext bekannt, dass bislang noch keine IFG-Urteile zur Veröffentlichung von WU im Allgemeinen sowie bei Bundesfernstraßen im Speziellen gefällt wurden.

Um die Veröffentlichungspraxis näher zu beleuchten, wird im Folgenden anhand weiterer Dokumente bzw. konkreter Fälle untersucht, wie die Bundesregierung bzw. das Bundesverkehrsministerium mit der Offenlegung von WU umgegangen ist. Einen ersten Hinweis liefern die Antworten der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage aus dem Jahr 2010, wonach eine Veröffentlichung der vorläufigen WU, insbesondere im Hinblick auf laufende Vergabeverfahren, nicht vorgesehen ist, aber eine Einsichtnahme durch Bundestagsabgeordnete in der Geheimschutzstelle des Bundestages möglich ist.[794] Dies wird damit begründet, dass die Bieter ansonsten Rückschlüsse auf wettbewerbsrelevante Informationen bzw. Vorgehensweisen des Bundes ziehen können, was die Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs gefährde. Darüber hinaus werden die Ausführungen hinsichtlich der abschließenden WU dahingehend konkretisiert, dass auch eine separate Offenlegung der Annahmen (z.B. Verkehrsmengenprognosen), des PSC sowie der Kosten für die ÖPP-Realisierung gemäß dem (siegreichen) Bieterangebot nicht vorgenommen wird. Lediglich die WU-Methodik könnte veröffentlicht werden, da diese ohnehin nahezu vollständig dem öffentlich zugänglichen Leitfaden für WU bei den A-Modellen entspricht.

Von großer Bedeutung ist der Fall eines Bundestagsabgeordneten, der per IFG-Anfrage Ende 2011 die vorläufigen und abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nahezu aller ÖPP-Autobahnprojekte der ersten und zweiten Staffel begehrt hat. Das Bundesverkehrsministerium positionierte sich dazu wie folgt:[795] Eine ex post Veröffentlichung von geschwärzten vorläufigen sowie abschließenden WU ist möglich, aber vorläufige WU werden vor und während des laufenden Vergabeverfahrens nicht herausgegeben. Ferner werden auch geschwärzte vorläufige WU nicht ex ante offengelegt. Die Schwärzungen beziehen sich dabei vereinfacht ausgedrückt auf sämtliche bezifferte

---

[792] Vgl. BT-Drs. 18/13093 (2017, S. 12-17).

[793] Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher nur auf die Bundesfernstraßen, wobei die grundsätzlichen Erkenntnisse auf den Bundeshochbau übertragbar sind.

[794] Hierbei handelt es sich um BT-Drs. 17/3330 (2010, S. 7 ff.).

[795] Vgl. BMVBS (2012).

Angaben wie bspw. die Kostendaten für den PSC und den ÖPP-Vergleichswert sowie bestimmte Annahmen. Die geschwärzten Kostendaten umfassen dabei mit Planung, Bau, Betrieb, Erhalt und Verwaltung / Management alle Wertschöpfungsstufen. Die Unkenntlichmachung bei den Annahmen betrifft u.a. die Effizienzunterschiede zwischen ÖPP und KBV, die Risikoeinschätzung und -übertragung sowie die Finanzierungskonditionen des ÖPP-Auftragnehmers, Preissteigerungen, Zeitparameter und Werte bei der Sensitivitätsanalyse. Des Weiteren sind etwaige in der Bauphase vorgesehene Abschlagszahlungen geschwärzt. Insbesondere bei den V-Modellen wird die Höhe des Verfügbarkeitsentgelts über den gesamten Vertragszeitraum inklusive der Verfügbarkeitsprofile in der Betriebs- bzw. Erhaltungsphase unkenntlich gemacht. Im Teil der WU zu den monetarisierten Nutzeneffekten bleiben fast sämtliche Angaben zur Berechnung von Reisezeit-, Stauzeit- und Unfallkosten bei den beiden Beschaffungsvarianten ÖPP und KBV verborgen. Beim qualitativen Vergleich weiterer Effekte sind die (zahlenmäßigen) Bewertungen geschwärzt.

Die beschriebene Veröffentlichungspraxis begründet das Bundesverkehrsministerium mit folgender, auf dem im IFG normierten Ausnahmetatbestand des Schutzes fiskalischer Interessen basierenden Argumentation: Der PSC ermögliche den potentiellen Bietern Rückschlüsse hinsichtlich der Wirtschaftlichkeitsschwelle der Angebote für ÖPP-Projekte, was zu einer Gefährdung der mit der Vergabe des aktuellen und zukünftiger ÖPP-Vorhaben regelmäßig verbundenen fiskalischen Interessen des Bundes führe. Daher sei nicht auszuschließen, dass sich ein Marktniveau etabliere, welches sich an der aus der WU abgeleiteten Wirtschaftlichkeitsschwelle orientiere und somit etwaige Potentiale durch den Wettbewerb zwischen den Bietern nicht mehr abzuschöpfen seien. Diese Argumentation lässt sich inhaltlich dem in Abschnitt 9.2.2.1 beschriebenen negativen Wettbewerbseffekt der Gefahr für die fiskalischen Interessen bei kollusivem Bieterverhalten im Kontext der Reservationspreisproblematik bei dynamischer Sichtweise zuordnen. Der vom Bundesverkehrsministerium verwendete Begriff der Wirtschaftlichkeitsschwelle entspricht somit funktionell dem Reservationspreis. Eine Berücksichtigung von Wettbewerbseffekten, die sich positiv auf die fiskalischen Interessen des Bundes auswirken könnten, wird nicht erwähnt. Daher ist davon auszugehen, dass das Bundesverkehrsministerium eine Bruttobetrachtung vornimmt.

Dieser Umgang mit IFG-Anträgen zu WU bei ÖPP-Projekten bestätigt sich in weiteren Fällen und späteren öffentlich dokumentierten Bemerkungen der Bundesregierung im Rahmen von Kleinen Anfragen. So gab es im Jahr 2013 eine IFG-Anfrage zur ex ante Veröffentlichung der vorläufigen WU zum ÖPP-Projekt „A 6 Wiesloch / Rauenberg – Autobahnkreuz Weinsberg“, bei der weder eine ungeschwärzte noch geschwärzte Fassung herausgegeben wurde.[796] Des Weiteren berichtet der BfDI in seinem Tätigkeitsbericht für die Jahre 2014 und 2015 von einem IFG-Fall, bei dem die ex post Veröffentlichung der vorläufigen und abschließenden WU zum ÖPP-Vorhaben „A 7 Bordesholm – Hamburg-Nordwest“ begehrt wurde. Bei diesem IFG-Antrag gewährte das Bundesverkehrsministerium den Zugang zu den geschwärzten vorläufigen und abschließenden WU.[797] Bereits im Tätigkeitsbericht des BfDI für die Jahre 2008 / 2009 ist von einem IFG-Fall zum ÖPP-Projekt „A 8 Augsburg – München“

[796] Siehe hierzu den Vorgang im Internet unter https://fragdenstaat.de/anfrage/dokument-zum-ausbau-der-a6/.
[797] Vgl. BFDI (2016, S. 107 f.).

die Rede. Hierbei handelte es sich um eine ex post Veröffentlichung der abschließenden WU, welche zunächst vom Bundesverkehrsministerium abgelehnt wurde.[798] Nach einem Austausch zwischen dem Ministerium und dem Antragssteller wurde schließlich eine geschwärzte Fassung der abschließenden WU herausgegeben.[799] In dem BfDI-Tätigkeitsbericht wird bei diesem Fall noch auf einen interessanten vom Bundesverkehrsministerium im Rahmen einer Stellungnahme vorgebrachten Aspekt hingewiesen: Im Kontext der Reservationspreisproblematik seien hier die negativen Auswirkungen auf zukünftige Staffelprojekte besonders erheblich, da hinsichtlich des damals noch im Vergabeverfahren befindlichen A-Modell-Anschlussprojektes „A 8 Ulm – Augsburg" vor allem auch wegen der geografischen Gegebenheiten eine recht hohe Ähnlichkeit bestünde.[800]

Die dargelegte, der bisherigen Veröffentlichungspraxis zugrundeliegende Argumentation des Bundesverkehrsministeriums wird in zwei Kleinen Anfragen aus dem Jahr 2015 nochmals (öffentlich) bestätigt.[801] Demnach beinhalten WU interne Kalkulationen der öffentlichen Hand, deren Offenlegung geeignet wäre, den Wettbewerb bei Vergaben von ÖPP-Vorhaben zu verringern, weil die Bieter ihre Angebote an den WU ausrichten, was letztendlich die fiskalischen Interessen des Bundes benachteiligt. Die nachfolgende Abbildung 15 zeigt die beschriebene Veröffentlichungspraxis bezüglich WU bei ÖPP im Bundesfernstraßenbereich im Kontext des IFG zusammengefasst anhand eines Zeitstrahls.

Die VIFG als ÖPP-Kompetenzzentrum des Bundes im Bereich der Verkehrsinfrastruktur schätzt die Veröffentlichung von WU auf Basis einer nahezu deckungsgleichen Argumentation grundsätzlich als nicht empfehlenswert ein, aber diese könnten ggf. nach einer (nicht näher konkretisierten) Karenzzeit zugänglich gemacht werden, wenn sie für den Wettbewerb keine Relevanz mehr aufweisen.[802] Darüber hinaus weist auch die VIFG darauf hin, dass sämtliche relevanten Leitfäden, Rundschreiben und Arbeitsanweisungen bezüglich der Erstellung von WU öffentlich zugänglich sind und somit zumindest die grundsätzliche WU-Methodik veröffentlicht ist.[803]Abschließend wird noch auf einen Widerspruch und eine Unschärfe in der Argumentation der Bundesregierung eingegangen. Die Bundesregierung scheint bei ihrer Argumentation implizit ein bereits bestehendes kollusives Verhalten der Bieter anzunehmen, weil nur in solch einem Fall – wie in Abschnitt 9.2.2.1 dargelegt – die Reservationspreisproblematik in umfangreichem Ausmaß auftritt.[804] Allerdings deuten die Ausführungen im Rahmen anderer, die ÖPP-Projekte im Bundefernstraßenbau thematisierenden Kleinen Anfragen dagegen darauf hin, dass die Bundesregierung von einem funktionierenden, intensiven Wettbewerb in diesem Markt ausgeht.[805] Der

---

[798] Vgl. BFDI (2010, S. 79 f.).

[799] Vgl. BMVBS (2010).

[800] Vgl. BFDI (2010, S. 79).

[801] Vgl. die Vorbemerkungen der Bundesregierung in BT-DRS. 18/5820 (2015) und BT-DRS. 18/5971 (2015).

[802] Vgl. VIFG (2014, S. 47). Im Kontext der für den konkreten Fall der Bundesfernstraßen getroffenen Aussage weist die VIFG interessanterweise darauf hin, dass das Vorgehen bei der Veröffentlichung von WU mit anderen Sektoren abzustimmen und juristisch zu überprüfen sei. Dieser Aspekt deutet auf die in Unterkapitel 11.3 zu betrachtende Thematik der Horizontalisierung hin.

[803] Vgl. VIFG (2014, S. 48).

[804] An dieser Stelle sei auf den in Fußnote 736 beschriebenen Ankereffekt als einen anderen Erklärungsansatz hingewiesen. Es erscheint allerdings schwer vorstellbar und es finden sich zumindest keine Hinweise, dass die Bundesregierung in ihrer Argumentation (ggf. unbewusst) von einem Ankereffekt ausgeht.

[805] Vgl. BT-DRS. 17/3330 (2010, S. 10) und BT-DRS. 17/13116 (2013, S. 13 f.).

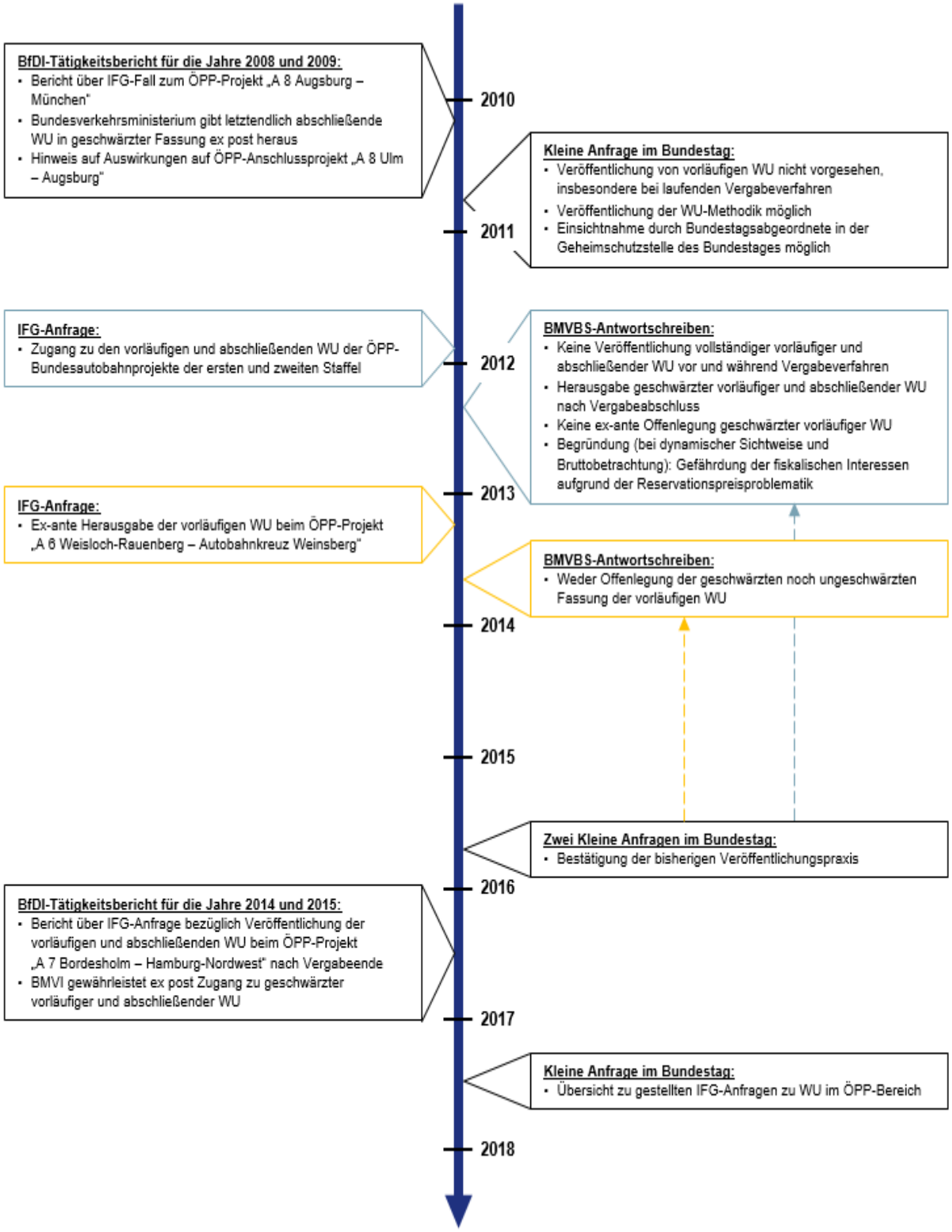



**Abbildung 15: Übersicht zur Veröffentlichungspraxis hinsichtlich WU bei ÖPP im Bundesfernstraßenbereich im Kontext des IFG[806]**

[806] Quelle: eigene Darstellung.

Widerspruch liegt somit darin, dass bei einer hohen Wettbewerbsintensität die von der Bundesregierung gefürchtete Problematik im Kontext der Veröffentlichung eines Reservationspreises eben nicht existiert und mit einer lediglich auf ein einzelnes Projekt abzielenden Argumentation die Herausgabe der WU auf Grundlage von § 3 Nr. 6 IFG daher nicht abgelehnt werden könnte. Dieser Widerspruch würde sich bei einer dynamischen Sichtweise teilweise auflösen, weil die veröffentlichte WU über mehrere ÖPP-Projektvergaben hinweg als Hilfsmittel zur Kollusion fungieren kann, wodurch es zu einer Reduktion der Wettbewerbsintensität und damit einhergehend zu einer ernsthaften Reservationspreisproblematik kommen kann. Die Unschärfe in der Argumentation der Bundesregierung besteht in einer Vermischung der statischen und dynamischen Sichtweise, sodass nicht ohne Weiteres klar ist, auf welcher Sichtweise die Argumentation aufbaut.

Zusammenfassend ist zur Veröffentlichungspraxis festzuhalten, dass vorläufige WU weder geschwärzt noch ungeschwärzt vor oder während des laufenden Vergabeverfahrens veröffentlicht werden. Nach Vergabeabschluss werden ausschließlich geschwärzte Fassungen sowohl der vorläufigen als auch abschließenden WU herausgegeben, bei denen alle relevanten bezifferten Angaben (z.B. Kostenwerte) unkenntlich gemacht sind. Diese Vorgehensweise beim Informationszugang wird mit dem in § 3 Nr. 6 IFG als Ausnahmetatbestand normierten Schutz fiskalischer Interessen des Bundes begründet. Die Argumentation zielt dabei im Wesentlichen auf die Reservationspreisproblematik ab. Des Weiteren ist von einer Bruttobetrachtung auszugehen. Die in diesem Abschnitt dargelegten Erkenntnisse beruhen zwar auf der Untersuchung der Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen, aber sie sind prinzipiell auch auf den Bundeshochbau übertragbar.

#### 9.2.2.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen

In diesem Abschnitt wird der soeben dargestellte Status quo vor dem Hintergrund der (ökonomischen) Erkenntnisse zu den Transparenzwirkungen bei WU im Kontext von ÖPP-Vorhaben kritisch betrachtet. Auf Basis dieser kritischen Auseinandersetzung mit dem Status quo werden vorläufige Handlungsempfehlungen abgeleitet. Im Status quo werden weder ungeschwärzte noch geschwärzte vorläufige WU ex ante veröffentlicht, was im Hinblick auf die ökonomischen Erkenntnisse als ein zu geringer Transparenzumfang einzustufen ist, weil zumindest die WU-Methodik, monetarisierte Nutzeneffekte und etwaige Wechselkosten ohne zu erwartende negative Konsequenzen offengelegt werden können. Die Nichtherausgabe vom PSC, dem ÖPP-Vergleichswert sowie der angenommenen Effizienzunterschiede ist aufgrund der Reservationspreisproblematik nachvollziehbar, allerdings hängt der aus ökonomischer Sicht empfehlenswerte Schwärzungsumfang bei diesen Bestandteilen von WU im Einzelfall maßgeblich von der Einschätzung der Wettbewerbssituation beim jeweiligen Projekt ab. Insbesondere ist in diesem Kontext relevant, inwiefern bereits Bieterkollusionen bestehen.

Nach Vergabeabschluss werden sowohl vorläufige als auch abschließende WU in geschwärzter Fassung (also mit Unkenntlichmachung faktisch sämtlicher bezifferter Angaben) und somit im Prinzip lediglich die über Leitfäden u.Ä. ohnehin bekannte WU-Methodik herausgegeben. Auf Basis der ökonomischen Kenntnisse ist diese Veröffentlichungspraxis kritisch zu sehen, weil darüber hinaus zumindest die Zahlenwerte zu monetarisierten Nutzeneffekten und etwaigen Wechselkosten in jedem Fall zugänglich gemacht werden könnten. Des Weiteren ist die Unkenntlichmachung des PSC, des ÖPP-Vergleichswertes und der Effizienzunterschiede – im Vergleich zur ex ante Veröffentlichung –

aufgrund der deutlich abgeschwächten Reservationspreisproblematik (und der gleichzeitig aber bestehenden positiven Transparenzeffekte wie bspw. der ex post Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure) nicht unbedingt notwendig, weil das jeweilige Projekt, auf das sich die WU bezieht, davon nicht mehr betroffen ist. Daher ist auch bei der ex post Veröffentlichung von WU ein zu niedriges Transparenzniveau im Status quo zu konstatieren. Zudem sei darauf hingewiesen, dass in der Praxis hinsichtlich der ex post Offenlegung der vorläufigen und abschließenden WU ein gleichwertiger Transparenzumfang vorzuliegen scheint, wohingegen die ökonomischen Ausführungen in dieser Arbeit diesbezüglich auf mehr Transparenzerfordernisse bei abschließenden WU hindeuten.

Das vor dem Hintergrund der ökonomischen Erkenntnisse als zu gering einzustufende Transparenzniveau bei WU ist möglicherweise durch die Rechtslage beim § 3 Nr. 6 IFG bedingt. Daher werden zum Schluss anhand der im Kontext dieser Norm betrachteten vier zentralen Fragestellungen Handlungsbedarfe und -empfehlungen herausgearbeitet. Bei der Frage der Brutto- oder Nettobetrachtung lässt die Rechtslage grundsätzlich eine Nettobetrachtung zu, allerdings scheint es in der Praxis eher eine Tendenz zur Bruttobetrachtung zu geben. Aufgrund der Tatsache, dass die ökonomischen Ausführungen eine hohe Rationalität für eine Nettobetrachtung zeigen, kann in Bezug auf diese Frage ein gewisser Handlungsbedarf identifiziert werden. Folgende Handlungsempfehlungen sind in diesem Kontext denkbar: Einerseits könnte die Regelung ggf. für eine entsprechende Klarstellung modifiziert werden. Andererseits wären verbindliche Vorgaben unterhalb der Gesetzesebene und / oder Wissensmanagement-Aktivitäten des BfDI als alternative Lösungen ohne einen Eingriff auf Gesetzesebene möglich. Diese Lösungen sind darauf ausgerichtet, dass Behörden bei ihren Veröffentlichungsentscheidungen eine Nettobetrachtung der auf die fiskalischen Interessen einwirkenden Wettbewerbseffekte vornehmen. Hinsichtlich der Möglichkeiten einer statischen oder dynamischen Sichtweise stimmen die Rechtslage und die ökonomischen Ergebnisse hingegen überein, sodass hier keinerlei Handlungsbedarf besteht. Des Weiteren ist im rechtlichen Status quo keine Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit möglich. Vor dem Hintergrund der ökonomischen Erkenntnisse, nach denen eine Berücksichtigung von (positiven) Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich bei Veröffentlichungsentscheidungen grundsätzlich sinnvoll ist, ist bei der Frage der Abwägung folglich Handlungsbedarf festzustellen. Falls die Möglichkeit einer Abwägung eröffnet werden soll, kann dies ausschließlich auf Gesetzesebene im IFG umgesetzt werden.[807] Schließlich dürfen im Status quo ausschließlich Effekte berücksichtigt werden, die die fiskalischen Interessen des Bundes berühren. Da die ökonomischen Ausführungen hingegen eine umfassende Betrachtung von Transparenzauswirkungen auf die Haushalte von Bund und Ländern (sowie ggf. deren Kommunen) im Kontext eines Mehrebenensystems nahelegen, ist bei dieser letzten Frage ebenfalls ein gewisser Handlungsbedarf erkennbar. Eine Handlungsempfehlung könnte daher lauten, die IFG-Norm auf Gesetzesebene mit einer Öffnungsvorschrift zu modifizieren, welche die Berücksichtigung solcher Effekte (in bestimmten Fällen) ermöglicht.[808]

---

[807] Vgl. KÜHLING ET AL. (2014, S. 107). Beim Regeldesign zur Abwägungseröffnung stehen verschiedene Abwägungs- und Vorjustierungsmodelle zur Verfügung, mit denen der Gesetzgeber Voreinstellungen in Richtung Transparenz oder Geheimhaltung vornehmen kann. Siehe dazu auch Unterkapitel 7.1 und Abschnitt 11.2.1.

[808] Vgl. KÜHLING ET AL. (2014, S. 107), die allerdings keine Einschränkung auf bestimmte Fälle vorsehen.

### 9.2.3 Fazit

In diesem zentralen Unterkapitel wurde die Frage analysiert, in welchem Ausmaß Eignungstests sowie vorläufige und abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Vorhaben unter Berücksichtigung des Schutzes fiskalischer Interessen der öffentlichen Hand veröffentlicht werden können bzw. sollten. Die Untersuchung erfolgte dabei mit der bekannten dreistufigen Vorgehensweise. Als erstes ist übergreifend festzuhalten, dass die Unterscheidung in eine enge ökonomische, ausschließlich auf Wettbewerbseffekte fokussierte Sichtweise und eine breite ökonomische Perspektive, die darüber hinaus auch Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich betrachtet, einen wertvollen Beitrag zur Untersuchung der Frage geleistet hat.

Die Analysen zum ÖPP-Eignungstest haben gezeigt, dass hier bei einer Offenlegung keine ernstzunehmenden negativen Wettbewerbseffekte auftreten, sondern vor allem positive Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich zu erwarten sind. Daher kann sowohl bei einer engen als auch umso mehr bei einer breiten ökonomischen Sichtweise ohne Bedenken empfohlen werden, dass ein ÖPP-Eignungstest stets vollständig und sofort nach Erstellung veröffentlicht werden sollte. Dem steht die Rechtslage im Hinblick auf § 3 Nr. 6 IFG, der den Schutz fiskalischer Interessen des Bundes normiert, nicht entgegen. Allerdings ist die bisherige Veröffentlichungspraxis als sehr ambivalent zu charakterisieren, zumal bei den ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau keine einem ÖPP-Eignungstest vergleichbaren Dokumente erstellt wurden. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht somit nicht zwangsläufig, jedoch sollten seitens der öffentlichen Hand Maßnahmen ergriffen werden, die die Durchführung von und ein einheitliches Veröffentlichungsvorgehen bei ÖPP-Eignungstests sicherstellen.

Im Gegensatz zum ÖPP-Eignungstest gestalteten sich die Analysen bei WU deutlich komplexer und umfangreicher. Die Strukturierung der Untersuchung anhand von verschiedenen Konstellationen, die sich aus den drei Dimensionen „ex ante und ex post Veröffentlichung“, „vorläufige und abschließende WU“ sowie „statische und dynamische Sichtweise“ zusammensetzen, hat daher die Komplexität reduziert und die Nachvollziehbarkeit erhöht. Für diese Dimensionen wurden einige grundlegende Transparenzrelationen festgestellt: Bei einer ex ante Offenlegung spricht weniger für Transparenz als bei einer ex post Veröffentlichung einer WU. Im Vergleich zu einer abschließenden WU ist bei der ex post Veröffentlichung einer vorläufigen WU ein höheres Transparenzniveau angemessen, was vor allem bei dynamischer Sichtweise zutrifft. Generell ist in Bezug auf die statische und dynamische Perspektive keine sinnvolle vergleichende Bewertung hinsichtlich des Transparenzniveaus möglich. Zu beachten ist jedoch, dass bei einer dynamischen Sichtweise Effekte (wie z.B. Wissensmanagement und Innovationsdiffusion) auftreten können, die es bei der statischen Sichtweise nicht gibt.

Die Analysen haben ferner gezeigt, dass bei einer engen ökonomischen Sicht verschiedene positive wie negative Wettbewerbseffekte auftreten. Diese sind zwar theoretisch fundiert und abstrakt vorstellbar, aber im Hinblick auf den Bundesfernstraßen- und Bundeshochbau bleibt bei einer engen ökonomischen Sichtweise letztlich die Problematik im Kontext eines veröffentlichten Reservationspreises die wohl einzige ernstzunehmende Transparenzauswirkung. In Einzelfällen können auch die positiven Wettbewerbseffekte wie bspw. die Reduktion der Angebotserstellungskosten von Bedeutung sein, allerdings entfalten sie bei Weitem nicht die Wirkungsmacht der Reservationspreisproblematik.

Bei einer breiten ökonomischen Betrachtung wurden über die Wettbewerbseffekte hinaus nahezu ausschließlich positive Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich identifiziert.[809] Die ex ante als auch ex post Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure zur Reduktion von politökonomischen Fehlanreizen und Opportunismuspotentialen stellt in diesem Zusammenhang die wichtigste Transparenzauswirkung dar. Des Weiteren ist vor allem bei der ex ante Veröffentlichung von WU der Einbezug von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how von Bedeutung, z.B. zur Aufdeckung und Korrektur von „ehrlichen" und psychologisch bedingten Fehlern bei der Erstellung von WU. Der positive Transparenzeffekt des Wissensmanagements aufseiten der öffentlichen Hand und der Innovationsdiffusion dürfte grundsätzlich bei WU stärker ausgeprägt sein als bei ÖPP-Eignungstests, jedoch verliert dieser Effekt bei ausschließlicher Fokussierung auf den Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus seine Bedeutung. Die Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich sind abstrakt gut vorstellbar. Inwieweit diese in der Praxis tatsächlich auftreten, ist allerdings schwierig zu prognostizieren und hängt von den in den jeweiligen Abschnitten beschriebenen Einflussfaktoren ab.

Vor dem Hintergrund der Ergebnisse aus den ökonomischen Analysen konnten folgende Transparenzvorgaben abgeleitet werden: Die WU-Methodik, die monetarisierten Nutzeneffekte und etwaige Wechselkosten sollten als Bestandteile einer WU unabhängig von der Konstellation stets und möglichst zeitnah nach Erstellung veröffentlicht werden. Hinsichtlich weiterer zentraler Bestandteile von WU, also dem PSC, dem ÖPP-Vergleichswert und den Annahmen zu Effizienzunterschieden, sind hingegen keine pauschalen Aussagen möglich. Hier sind – im Rahmen einer breiten ökonomischen Sicht – bei einer Veröffentlichungsentscheidung insbesondere die Reservationspreisproblematik als negativer Wettbewerbseffekt mit den positiven Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich und dabei vor allem der Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure abzuwägen. Falls von einer geringen Wettbewerbsintensität bzw. einer Bieterkollusion auszugehen ist, spricht bei einer ex ante Offenlegung viel für eine Schwärzung des PSC und aufgrund der Rückschlussmöglichkeiten auf diesen auch des ÖPP-Vergleichswerts sowie der angenommenen Effizienzunterschiede, wobei im Falle einer ex post Veröffentlichung die Rationalität für Transparenz zunimmt. Bei hoher Wettbewerbsintensität wäre sogar eine vollständige Offenlegung möglich, sofern bei dynamischer Sichtweise die WU als Hilfsmittel zur Kollusion nicht geeignet sein sollte.

Die ökonomischen Analyseergebnisse weisen deutliche Unterschiede zum rechtlichen und praktischen Status quo auf, der durch ein geringeres Transparenzniveau gekennzeichnet ist als es die Untersuchungen nahelegen. Denn auf Bundesebene werden in der Praxis ex ante keinerlei Bestandteile der WU veröffentlicht und ex post werden lediglich WU, in denen alle Zahlenwerten geschwärzte sind und die im Kern also nur die ohnehin bekannte WU-Methodik zeigen, offengelegt. Diese Diskrepanzen haben ihre Ursache in der Divergenz zwischen der aktuellen Rechtslage hinsichtlich des Schutzes fiskalischer Interessen, auf den sich die Bundesregierung bei den Schwärzungen beruft, und den diesbezüglichen ökonomischen Überlegungen. So ist zwar grundsätzlich eine aus ökonomischer Sicht zu präferierende Nettobetrachtung möglich, aber in der Praxis kommt offensichtlich eher die weniger

[809] Die Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses könnten durch die Veröffentlichung einer WU zwar potentiell steigen, aber in der deutschen ÖPP-Praxis ist in dieser Hinsicht – wie in Abschnitt 9.2.2.1.1.2.4 gezeigt – eher von einer Reduktion der Kosten auszugehen.

transparenzfreundliche Bruttobetrachtung zum Einsatz, sodass hier über Maßnahmen nachgedacht werden sollte, die ggf. auch unterhalb der Gesetzesebene verortet sein können. Der entscheidende Punkt ist jedoch ein anderer: Bei den Veröffentlichungsentscheidungen findet gemäß aktueller Rechtslage keine Abwägung mit den (positiven) Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich statt, obwohl eine solche Abwägung eine hohe ökonomische Rationalität aufweist und auch dem in der Gesetzesbegründung kodifizierten Zweck des IFG Rechnung trägt. Diese Divergenz ist nur mit einer gesetzlichen Anpassung der Norm aufzulösen. Des Weiteren trägt auch noch die Fokussierung auf die Bundesebene im Status quo zu Differenzen zwischen der derzeitigen Rechtslage und der ökonomischen Perspektive, die auf ein Mehrebenensystem ausgerichtet ist, bei. Als Handlungsempfehlung wird daher eine Öffnungsvorschrift in der entsprechenden Regelung vorgeschlagen. Mit den dargelegten Maßnahmen könnte die Rechtslage so angepasst werden, dass sich die Veröffentlichungspraxis stärker den ökonomischen Erkenntnissen angleicht.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass der Schutz fiskalischer Interessen der öffentlichen Hand auch aus ökonomischer Perspektive ein berechtigter und wichtiger Grund für eine limitierte Transparenz darstellt und dieser Ausnahmetatbestand im IFG somit eine essentielle Funktion erfüllt. Allerdings führt die Ausgestaltung der Regelung im IFG aus ökonomischer Sicht bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Kontext von ÖPP-Projekten eindeutig zu einem zu geringeren Transparenzniveau. Insbesondere vor dem Hintergrund der bei ÖPP-Vorhaben auftretenden politökonomischen Fehlanreize und Opportunismuspotentiale im Rahmen der Erstellung von WU fällt die zu schwache Kontrollmöglichkeit durch gesellschaftliche Akteure besonders schwer ins Gewicht.

## 9.3 Transparenz hinsichtlich weiterer Dokumente bei ÖPP-Projekten

In diesem Unterkapitel werden nachgelagert Transparenzeffekte bezüglich weiterer Dokumente untersucht, die bei ÖPP-Projekten zwar nicht die Bedeutung aufweisen wie jene, die in den zwei vorangegangenen Unterkapiteln analysiert wurden, aber auch nicht so unbedeutend sind, dass sie komplett vernachlässigt werden können. Dabei handelt es sich konkret um die Leistungsbeschreibung (Abschnitt 9.3.1), Dokumente zu Vertragsanpassungen und Nachverhandlungen (Abschnitt 9.3.2) sowie Prüfungsdokumente von Rechnungshöfen (Abschnitt 9.3.3). Mit der Untersuchung dieser Dokumente wird das Bild zu Transparenz bei ÖPP-Projekten weiter vervollständigt. Dabei haben die Analysen einen deutlich geringen Umfang sowie ein weniger tiefgehendes analytisches Niveau als die Ausführungen zum Vertrag und den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen. Beim Analysevorgehen werden, soweit dies möglich ist, die üblichen in Abschnitt 8.3.3 dargelegten drei Schritte vollzogen, allerdings sind insbesondere die Möglichkeiten, die Rechtslage und Veröffentlichungspraxis im Status quo näher zu eruieren, begrenzt.

### 9.3.1 Leistungsbeschreibung

#### 9.3.1.1 Auswirkungen von Transparenz bezüglich der Leistungsbeschreibung bei ÖPP-Projekten

Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit der finalen (funktionalen) Leistungsbeschreibung (kurz: Leistungsbeschreibung) eines ÖPP-Projektes. Leistungsbeschreibungen im Rahmen von

Ausschreibungen für (technisch-planerische, juristische oder wirtschaftliche) Beratungsleistungen werden nicht betrachtet. Bei (idealtypischen) ÖPP-Projekten handelt es sich um sogenannte funktionale Leistungsbeschreibungen, d.h. die Beschreibung der zu erstellenden Leistungen erfolgt möglichst outputorientiert.[810] Es ist jedoch kritisch anzumerken, dass unklar ist, inwieweit diese in den ÖPP-Leitfäden geforderte Outputorientierung in der Praxis tatsächlich stattfindet oder ob die Leistungsbeschreibung bei ÖPP-Projekten nicht oftmals vielmehr ähnlich inputorientiert ausgestaltet ist wie bei KBV-Vorhaben.[811]

***WETTBEWERBSEFFEKTE***

Bei der engen ökonomischen Sicht werden ausschließlich die potentiellen Wettbewerbseffekte betrachtet, die infolge der Veröffentlichung von Leistungsbeschreibungen auftreten können. Zunächst erscheint es plausibel, dass durch die Offenlegung nahezu keine ernsthaften negativen Wettbewerbseffekte zu erwarten sind. Denn die Mehrheit der am jeweiligen ÖPP-Projekt interessierten Bieter erhält die Leistungsbeschreibung ohnehin im Rahmen des Vergabeverfahrens, sofern sie sich zumindest am Teilnahmewettbewerb beteiligen. Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit Bieter, die nicht an einer Vergabe teilgenommen haben, einen Nutzen aus der Kenntnis der veröffentlichten Leistungsbeschreibung ziehen können und ob sich dadurch ihr Bietverhalten im Markt potentiell verändert. Vorstellbar wäre, dass die Konkurrenten eines siegreichen Bieters anhand der Leistungsbeschreibung besser abschätzen können, wie viele Ressourcen bzw. Kapazitäten beim bezuschlagten Bieter durch das jeweilige ÖPP-Vorhaben gebunden sind, was ggf. bei zukünftigen Ausschreibungen einen angebotsstrategischen Vorteil für die Konkurrenten darstellen könnte. Allerdings dürften die dafür notwendigen Informationen auch ohne die Herausgabe von Leistungsbeschreibungen öffentlich verfügbar sein, sodass von einer Veränderung des Bietverhaltens letztlich nicht auszugehen ist.

Eine Geheimhaltung von Leistungsbeschreibungen wiederum könnte insbesondere im Kontext von ÖPP-Staffeln dazu führen, dass Bieter mit Erfahrungen aus der Teilnahme an früheren Vergaben bei den folgenden Ausschreibungen einer Staffel schon vor Beginn der Vergabeverfahren einen Informationsvorteil haben, weil sie die konkreten Leistungsanforderungen der öffentlichen Hand für diese Staffelprojekte besser einschätzen können. Dieser Aspekt kann zu einem Marktverschluss beitragen, da Bieter ohne jegliche Kenntnisse in Bezug auf die Leistungsbeschreibungen wegen dieses Informationsnachteils von einer Teilnahme an ÖPP-Vergaben abgeschreckt werden könnten. Daher könnte die Veröffentlichung von Leistungsbeschreibungen helfen, einen solchen Marktverschluss zu vermeiden, was als positiver Wettbewerbseffekt einzuordnen ist.

---

[810] Siehe hierzu bspw. die ÖPP-Leitfäden BMVBW (2003, S. 28-32) für den Hochbau und BMVBW (2005, S. 36 ff. und S. 52) für den Straßenbau.

[811] Vgl. KUMLEHN (2005, S. 28-31), der den Aspekt betont, dass die Leistungsbeschreibung bei ÖPP-Projekten im Bausektor sowohl output- als auch umfangreichere inputorientierte Bestandteile enthält, damit die öffentliche Hand zumindest die gewünschten Mindeststandards und die Vergleichbarkeit von Angeboten sicherstellen kann. Im Übrigen werden dort auch die vergaberechtlichen Fachausdrücke genannt: die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (inputorientiert) bzw. mit Leistungsprogramm (ouputorientiert).

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass eine unzulängliche (funktionale) Leistungsbeschreibung zu Einschränkungen beim Wettbewerb führen kann.[812] Wenn die Leistung vom öffentlichen Auftraggeber nicht hinreichend klar spezifiziert wurde, können die Bieter dies bewusst für strategische Gebote ausnutzen. Dadurch werden die Angebote schwerer vergleichbar und durch diese Verzerrungen wird der Wettbewerb letztlich eingeschränkt.

***TRANSPARENZEFFEKTE IM ÖFFENTLICHEN BEREICH***

Bei einer breiten ökonomischen Sicht sind über die Wettbewerbseffekte hinaus auch Transparenzauswirkungen im öffentlichen Bereich zu betrachten. Eine Veröffentlichung von Leistungsbeschreibungen ermöglicht eine Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure, weil die Öffentlichkeit erfährt, was die öffentliche Hand konkret beschaffen will, und dies besser überprüfen kann. Dadurch erhöht sich der Druck bei öffentlichen Auftraggebern, eine gut konzipierte (funktionale) Leistungsbeschreibung zu erstellen, sodass bspw. keine unangemessenen Mindeststandards gesetzt und Defizite bei der Spezifikation vermieden werden. Das könnte letztendlich auch dazu beitragen, die oben beschriebenen negativen Auswirkungen einer unzulänglichen (funktionalen) Leistungsbeschreibung auf den Wettbewerb zu verhindern. Des Weiteren ermöglicht die Offenlegung von Leistungsbeschreibungen den gesellschaftlichen Akteuren ein kritisches Hinterfragen, wie funktional bzw. outputorientiert eine Leistungsbeschreibung tatsächlich ist und ob damit einhergehend ein bestimmtes Vorhaben hinsichtlich des Potentials für Lebenszyklusoptimierungen und innovative Lösungen überhaupt für den ÖPP-Ansatz geeignet ist. Schließlich sei darüber hinaus angemerkt, dass die Veröffentlichung von Leistungsbeschreibungen zudem die Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich der (abschließenden) WU verbessern kann, weil dadurch eine zusätzliche wichtige (Kalkulations-)Grundlage für die Erstellung von WU bekannt ist und dies eine intensivere Prüfung zulässt.[813] Damit die genannten Effekte ihre Wirkung voll entfalten können, sind Leistungsbeschreibungen möglichst sofort nach Erstellung zu veröffentlichen.

Des Weiteren kann durch die Veröffentlichung von Leistungsbeschreibungen das bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandene (lokale) Know-how besser einbezogen werden. Auf der einen Seite könnten dadurch Verbesserungsvorschläge zur Ausgestaltung einer Leistungsbeschreibung eingebracht werden. Auf der anderen Seite könnte jedoch auch die Gefahr bestehen, dass gesellschaftliche Akteure die Möglichkeit nutzen, um vielfältige Bedarfe für zusätzliche Leistungen oder weitere Anforderungen unterzubringen.

Abschließend ist im Kontext der Offenlegung von Leistungsbeschreibungen das Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand als Transparenzeffekt zu erwähnen. So können die verschiedenen öffentlichen Auftraggeber voneinander lernen und die Fehler der anderen bei der Erstellung von (funktionalen) Leistungsbeschreibungen vermeiden. Durch diesen Wissensmanagement-Prozess können sich zudem Standards für die Ausgestaltung von (funktionalen) Leistungsbeschreibungen bei

---

[812] Vgl. KUMLEHN (2005, S. 1 und S. 30). Bei diesem Effekt gibt es eine Verbindung zu einem Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich, auf den im nächsten Abschnitt eingegangen wird.

[813] Dies ist ein Beispiel für Interdependenzen zwischen (veröffentlichten) Dokumenten in einer integrierten Gesamtbetrachtung über alle Dokumente hinweg, was in Unterkapitel 11.1 noch genauer untersucht wird.

ÖPP-Projekten besser entwickeln.[814] Durch den Rückgriff auf bereits veröffentlichte Leistungsbeschreibungen und die Standards können vor allem öffentliche Auftraggeber Zeit und Kosten sparen, die selbst nur geringe oder noch keine Erfahrungen mit der Erstellung von (funktionalen) Leistungsbeschreibungen haben. Das Ausmaß dieses Transparenzeffekts im öffentlichen Bereich hängt von der Anzahl (und Heterogenität) der öffentlichen Auftraggeber über die verschiedenen föderalen Ebenen hinweg ab. Daher ist dieser Effekt bei einem ausschließlichen Fokus auf die Bundesfernstraßen und den Bundeshochbau aufgrund der wenigen öffentlichen Auftraggeber nur sehr begrenzt von Relevanz.

***FAZIT***

Bei einer Gesamtbetrachtung ist festzustellen, dass infolge einer Veröffentlichung von (funktionalen) Leistungsbeschreibungen bei ÖPP-Projekten keinerlei negative Wettbewerbseffekte zu erwarten sind, sondern vielmehr mit positiven Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich zu rechnen ist.[815] Dies spricht daher bei einer engen und erst recht bei einer breiten ökonomischen Sichtweise für eine vollständige Offenlegung der (funktionalen) Leistungsbeschreibung gegenüber der Allgemeinheit sofort nach deren Erstellung.[816]

#### 9.3.1.2 Status quo: Rechtslage und Praxis

In diesem Abschnitt wird untersucht, wie sich die Rechtslage im Kontext des IFG hinsichtlich der Herausgabe von (funktionalen) Leistungsbeschreibungen bei ÖPP-Vorhaben auf Bundesebene und die diesbezügliche Veröffentlichungspraxis darstellt. Zunächst sei allerdings noch darauf hingewiesen, dass verbindliche vergaberechtliche Vorgaben zur Erstellung einer Leistungsbeschreibung bestehen.[817] Somit ist dieser Dokumententyp – anders als etwa ein ÖPP-Eignungstest – in jedem Fall aufseiten der öffentlichen Hand vorhanden.

***RECHTSLAGE HINSICHTLICH DER VERÖFFENTLICHUNG VON LEISTUNGSBESCHREIBUNGEN IM KONTEXT DES IFG***

Zu Beginn ist festzuhalten, dass Leistungsbeschreibungen als ein wesentlicher Bestandteil der Vergabeunterlagen nicht aufgrund von speziellen vergaberechtlichen Vorschriften vom Anwendungsbereich des IFG ausgenommen sind.[818] Daran schließt sich die Frage an, ob bei einer Veröffentlichungsentscheidung die hier im Fokus stehenden Ausschlusstatbestände, also der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (§ 6 S. 2 IFG) sowie fiskalische Interessen (§ 3 Nr. 6 IFG), herangezogen werden können. Bisher ist kein Gerichtsurteil zur Herausgabe einer Leistungsbeschreibung im Kontext dieser beiden IFG-Ausnahmetatbestände gefällt worden, sodass

---

[814] Dies ist auch aus Sicht der Unternehmen im ÖPP-Markt vorteilhaft, da sich diese auf einheitlichere Leistungsbeschreibungen einstellen können und somit der Aufwand bei der Angebotsvorbereitung reduziert wird.

[815] Diese Erkenntnisse können auch auf die vorläufigen Versionen der Leistungsbeschreibung übertragen werden, die in Abschnitt 8.2 beschrieben wurden.

[816] Es sei generell darauf hingewiesen, dass bei einer engen ökonomischen Sicht eine Veröffentlichung vorzunehmen ist, wenn, unabhängig vom Ausmaß der positiven Wettbewerbseffekte, keinerlei negative Wettbewerbseffekte vorliegen.

[817] Vgl. LEINEMANN (2004, S. 155).

[818] Vgl. die Ausführungen zu dieser generellen (juristischen) Fragestellung in Abschnitt 6.1.2 und siehe konkret für Leistungsbeschreibungen BFDI (2008, S. 63 f.).

eine klärende Rechtsprechung hierzu nicht vorliegt. Aus ökonomischer Sicht erscheint zumindest folgende Argumentation plausibel: Die Bieter sind in die Erstellung der Leistungsbeschreibung nicht involviert und somit enthält diese keinerlei Informationen, die als schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einzustufen sind.[819] Da die Erstellung von Leistungsbeschreibungen aufseiten der öffentlichen Hand erfolgt, wäre es denkbar, dass infolge von deren Veröffentlichung die fiskalischen Interessen des Bundes beeinträchtigt werden, wovon jedoch gemäß den Ausführungen im vorherigen Abschnitt nicht auszugehen ist, weil statt negativer vielmehr positive Wettbewerbseffekte auftreten können.

***VERÖFFENTLICHUNGSPRAXIS HINSICHTLICH LEISTUNGSBESCHREIBUNGEN BEI ÖPP-PROJEKTEN AUF BUNDESEBENE***

Bei den ÖPP-Vorhaben im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus wurden bisher keine IFG-Anfragen nach (funktionalen) Leistungsbeschreibungen gestellt.[820] Es gibt deutliche Hinweise darauf, dass eine Veröffentlichung dieses Dokumententyps gegenüber der Allgemeinheit bei ÖPP-Projekten nicht vorgesehen ist.[821] Laut Bundesregierung haben bei den A-Modell-Projekten die jeweiligen Vergabestellen zu jedem Zeitpunkt im Vergabeprozess davon abgesehen, die Leistungsbeschreibungen öffentlich zugänglich zu machen.[822] Dies begründet die Bundesregierung mit der Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften und Grundsätze: In erster Linie wird das Gebot zur Wahrung des Geheimwettbewerbs angeführt und daneben wird der Aspekt genannt, dass sich die Leistungsbeschreibung inhaltlich nicht vom (geheimen) ÖPP-Vertrag isoliert betrachten lasse. In diesem Kontext weist schließlich auch die VIFG darauf hin, dass die Vergabeunterlagen inklusive der (funktionalen) Leistungsbeschreibung zu den ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau den Bietern bislang stets unter Vertraulichkeit zur Verfügung gestellt wurden.[823] Somit bleibt festzuhalten, dass die derzeitige Veröffentlichungspraxis keinen Informationszugang für die Allgemeinheit vorsieht.

### 9.3.1.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen

Beim Abgleich der Erkenntnisse aus den ökonomischen Überlegungen mit dem soeben beschriebenen Status quo sind deutliche Differenzen erkennbar. Im Gegensatz zur in der Praxis vorherrschenden Geheimhaltung der (funktionalen) Leistungsbeschreibung bei ÖPP-Vorhaben lassen die ökonomischen

---

[819] Die BAFO-Bieter könnten allenfalls im Rahmen des Verhandlungsverfahrens in sehr geringem Umfang an einer Veränderung der Leistungsbeschreibung mitwirken, aber dabei fließen in aller Regel keine schützenswerten Informationen seitens der Bieter ein. Ferner könnten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der von der öffentlichen Hand einbezogenen (technisch-planerischen) Berater betroffen sein, allerdings ist dies ein sehr unwahrscheinlicher Fall.

[820] Vgl. BT-DRS. 18/13093 (2017, S. 12-17). An dieser Stelle sei angemerkt, dass eine Art funktionaler Leistungsbeschreibung Bestandteil der öffentlichen Bekanntmachung zur europaweiten Ausschreibung von ÖPP-Projekten ist. Diese beschränkt sich allerdings hinsichtlich der Beschreibung von Art und Umfang der Leistung auf sehr grundlegende Angaben (wie bspw. den Typ des Bauprojektes, die einbezogenen Wertschöpfungsstufen, die Vertragslaufzeit usw.). So weist VIFG (2014, S. 47) darauf hin, dass die Bekanntmachungen inklusive dieser Leistungsbeschreibung zu den bisherigen ÖPP-Bundesfernstraßenprojekten europaweit veröffentlicht wurden. Hierbei ist aber zu betonen, dass die Leistungsbeschreibung der Bekanntmachung nicht mit der finalen Leistungsbeschreibung identisch ist.

[821] An dieser Stelle sei erwähnt, dass die Straßenbauverwaltung in Bayern für den Straßen- und Brückenbau zumindest ein Muster für Leistungsbeschreibungen (allerdings für die KBV) öffentlich zugänglich gemacht hat, siehe http://www.bauen.bayern.de/vum/strasse/bauunderhalt/regelwerke/leistungsbeschreibung/index.php.

[822] Vgl. BT-DRS. 17/3330 (2010, S. 1 f.) und BT-DRS. 17/6307 (2011, S. 1 f.).

[823] Vgl. VIFG (2014, S. 47).

Ausführungen keinen Zweifel daran, dass stets die vollständige (funktionale) Leistungsbeschreibung sofort nach deren Erstellung gegenüber der Allgemeinheit veröffentlicht werden sollte. Die Argumentation der Bundesregierung, dass vergaberechtliche Vorschriften wie das Geheimwettbewerbsgebot einer Offenlegung entgegenstehen, kann im Rahmen dieser Arbeit juristisch nicht beurteilt werden, aber sie wirkt nicht überzeugend. So sei zunächst an eine Kernerkenntnis von ROSSI / VOGT (2011) erinnert, dass das IFG mit seinen Ausnahmetatbeständen kein geringeres Schutzniveau bei Vergabeverfahren etabliert als das Vergaberecht selbst. Im Kontext des IFG und der beiden Ausnahmetatbestände, also dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie fiskalischen Interessen, scheint jedoch nichts gegen eine Herausgabe der (funktionalen) Leistungsbeschreibung zu sprechen. Aus ökonomischer Sicht ist keinesfalls erkennbar, wie die Veröffentlichung von (funktionalen) Leistungsbeschreibungen den Geheimwettbewerb in Vergabeverfahren gefährden soll. Alle am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter kennen die (funktionale) Leistungsbeschreibung ohnehin und für die übrigen Bieter sind infolge einer Veröffentlichung allenfalls Vorteile denkbar (insbesondere die geminderte Problematik eines Marktverschlusses). Darüber hinaus sind in Verbindung mit den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich Verbesserungen bei der Erstellung von Leistungsbeschreibungen möglich und dadurch sinkt die Gefahr von den Wettbewerb negativ verzerrenden strategischen Geboten. Vor diesem Hintergrund wirkt die vergaberechtliche Argumentation vielmehr wie eine nicht haltbare Schutzbehauptung, um die bestehende Veröffentlichungspraxis zu rechtfertigen. Aufgrund des vom ökonomischen Standpunkt aus zu geringen Transparenzniveaus lässt sich ein gewisser Handlungsbedarf ableiten, wobei zumindest beim IFG grundsätzlich keine Anpassung auf Gesetzesebene notwendig ist. Allerdings sollte geklärt werden, ob das Vergaberecht tatsächlich einer Veröffentlichung von (funktionalen) Leistungsbeschreibungen im Wege steht. Darüber hinaus sind weitere Maßnahmen denkbar, die allerdings einen Bezug zum Design der institutionellen Technologie aufweisen, sodass diese in Kapitel 11 betrachtet werden.

### 9.3.2 Nach Vertragsabschluss anfallende Dokumente

#### 9.3.2.1 Nachverhandlungen und Vertragsanpassungen

Im Rahmen von langfristigen, unvollständigen ÖPP-Verträgen kommt es häufig zu Nachverhandlungen über Leistungs- und Vergütungsanpassungen infolge von Umweltveränderungen und / oder opportunistischem Verhalten seitens der Vertragspartner.[824] Im Gegensatz zur Vergabe des ursprünglichen Vertrags in einem wettbewerblichen Umfeld handelt es sich im Kontext solcher Nachverhandlungen um ein bilaterales Monopol.[825] In der Praxis sind in aller Regel für die Verhandlungen über die Vertragsanpassungen verschiedene Eskalationsstufen im ÖPP-Vertrag vorgesehen, wobei als letzte Stufe – bevor die ordentliche Gerichtsbarkeit angerufen werden kann – ein privates Schiedsgerichtsverfahren durchzuführen ist („Nachverhandlungsdesign“).[826] Die Ergebnisse von Nachverhandlungen, d.h. Vertragsanpassungen, Ergänzungsvereinbarungen o.Ä., sind von hoher

[824] Vgl. GEHRT (2010, S. 23-26) und siehe hierzu auch die institutionenökonomischen Ausführungen in Abschnitt 2.2.3.1.2.

[825] Vgl. WILLIAMSON (1979, S. 240 ff.).

[826] Vgl. BECKERS / GEHRT / KLATT (2009, S. 73 ff.).

Bedeutung für die umfassende Beurteilung eines Projektes (z.B. hinsichtlich der Kosteneffizienz). Häufig werden dabei Änderungen an der Vergütung und Risikoallokation vorgenommen, sodass sich Auswirkungen auf den öffentlichen Haushalt ergeben.

***AUSWIRKUNGEN VON TRANSPARENZ BEZÜGLICH NACHVERHANDLUNGSERGEBNISSEN***

Im Folgenden wird untersucht, welche Transparenzeffekte infolge einer Veröffentlichung von Nachverhandlungsergebnissen bei ÖPP-Projekten auftreten können und welcher Umfang an Transparenz darauf aufbauend in diesem Bereich als sinnvoll einzustufen ist. Hierfür liegt es nahe, an die Analysen zur Veröffentlichung von ÖPP-Verträgen und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aus Abschnitt 9.1.1 anzuknüpfen. Hinsichtlich technisch-systemischer Innovationen (TSI) ist in der Regel davon auszugehen, dass diese bei Nachverhandlungen nicht betroffen sind. In Einzelfällen ist jedoch vorstellbar, dass im Zuge der Projektumsetzung unerwartete Probleme im Bereich der Leistungserstellung auftreten, die zu Nachverhandlungen führen, und der ÖPP-Auftragnehmer in diesem Kontext eine innovative technische Lösung entwickelt. Solche TSI sollten wie beim ursprünglichen Vertrag geschützt und damit in aller Regel nicht offengelegt werden.

Bei der Lösung von (juristischen) Problemen und Streitigkeiten im Rahmen von Nachverhandlungen könnte die öffentliche Hand selbst oder auch die private Vertragspartei durchaus Vertragsdesign-Innovationen (ÖH-VDI bzw. Bieter-VDI) entwickeln, welche insbesondere die Risikoallokation betreffen. Falls solche VDI in den Nachverhandlungsergebnissen enthalten sind, spricht – unter Rückgriff auf die Analysen zum ÖPP-Vertrag in Abschnitt 9.1.1.1.2 – bei den ÖH-VDI alles für eine Offenlegung und bei den Bieter-VDI deutlich mehr für als gegen deren Veröffentlichung.[827] Übliche Änderungen an der Risikoallokation bei Nachverhandlungen, die keine VDI darstellen, sollten in jedem Fall offengelegt werden, da sie nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einzustufen sind und sich darüber hinaus auf den öffentlichen Haushalt auswirken können. Außerdem sei darauf hingewiesen, dass aufgrund der meist gemeinsamen Lösungsfindung bei Problemen und Streitigkeiten in Nachverhandlungen etwaige VDI häufig zusammen von der öffentlichen Hand und dem ÖPP-Auftragnehmer entwickelt werden, sodass die Zuordnungsproblematik gegenüber dem ursprünglichen Vertrag etwas stärker ausgeprägt sein dürfte.

Des Weiteren sind vor allem Vergütungs- und Finanzdaten (VFD) von einer Veröffentlichung von Nachverhandlungsergebnissen betroffen. Denn bei Vertragsanpassungen nehmen Veränderungen an der Vergütung (z.B. an der Höhe etwa aufgrund zusätzlicher, bisher nicht vorhergesehener Leistungen oder an der zeitlichen Verteilung) des privaten Auftragnehmers eine zentrale Stellung ein. Die Erkenntnisse hinsichtlich der Offenlegung von VFD beim ursprünglichen Vertrag und den Bieterangeboten können zwar grundsätzlich auf die VFD bei Nachverhandlungsergebnissen übertragen werden, aber im Folgenden wird auf zu beachtende Unterschiede eingegangen: Die VFD aus dem ursprünglichen Vertrag stellen das Ergebnis eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens dar, wohingegen die VFD im Nachverhandlungsergebnis aus einer bilateralen Monopolsituation resultieren. Daher steigt hinsichtlich nachträglich durchgeführter Vertragsanpassungen wegen des nicht

[827] Die ggf. von den Beratern der öffentlichen Hand eingebrachten Vertragsdesign-Innovationen (Berater-VDI) werden in Kapitel 10 betrachtet. Siehe hierzu die Ausführungen zur Strukturierung der Analysen in Unterkapitel 8.4.

vorhandenen disziplinierenden Wettbewerbsdrucks die Rationalität für eine Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure und damit scheint mehr Transparenz in diesem Bereich geboten. Darüber hinaus kann eine Veröffentlichung von Nachverhandlungsergebnissen, die VFD beinhalten, aufgrund der gesellschaftlichen Kontrolle zu einer Stärkung der Verhandlungsposition der öffentlichen Hand führen, weil die damit einhergehenden höheren politischen Transaktionskosten die Durchsetzung von unangemessenen Vergütungsanpassungen deutlich erschweren. Somit kommt der Offenlegung von Nachverhandlungsergebnissen aufgrund der großen Auswirkungen auf die Projektperformance insgesamt eine hohe Bedeutung zu, damit die Öffentlichkeit das Projektmanagement der öffentlichen Hand adäquat beurteilen kann.[828]

Allerdings ist auch denkbar, dass sich durch die Veröffentlichung von Nachverhandlungsergebnissen die Verhandlungsposition eines öffentlichen Auftraggebers bei seinen anderen laufenden und zukünftigen ÖPP-Projekten verschlechtert. Die privaten Auftragnehmer bei anderen Projekten wissen dadurch, was der öffentliche Auftraggeber bislang für Vertragsanpassungen zugelassen hat, sodass sich dessen Verhandlungsspielraum in vergleichbaren Situationen verengt, weil zumindest das Erzielen von besseren – im Vergleich zu den bisherigen – Nachverhandlungsergebnissen deutlich erschwert wird.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass sich bei der Veröffentlichung von Nachverhandlungsergebnissen allgemein die Frage stellt, wie stark die beschriebenen Effekte ausgeprägt sind, wenn der ursprüngliche Vertrag öffentlich zugänglich ist oder nicht. Derartige Interdependenzen zwischen den Auswirkungen von Transparenz bezüglich verschiedener Dokumente werden für alle betrachteten Dokumente übergreifend und nachgelagert in Unterkapitel 11.1 untersucht.

#### *STATUS QUO: RECHTSLAGE UND VERÖFFENTLICHUNGSPRAXIS*

Zur Rechtslage hinsichtlich der Offenlegung von Nachverhandlungsergebnissen im Kontext des IFG kann im Rahmen dieser Arbeit nur wenig vermerkt werden. Soweit bekannt ist, wurden bisher keine IFG-Anträge zu Vertragsanpassungen bei ÖPP-Vorhaben im Bereich der Bundesfernstraßen und des -hochbaus gestellt.[829] Auf einen speziellen Aspekt ist allerdings hinzuweisen, der bspw. bei dem IFG-Gerichtsverfahren zum Betreibervertrag des ÖPP-Mauterhebungsprojektes Toll Collect aufgetreten ist.[830] In § 3 Nr. 1 lit. g IFG ist geregelt, dass der Anspruch auf Informationszugang nicht besteht, wenn das Bekanntwerden der begehrten Informationen nachteilige Auswirkungen auf die Durchführung eines laufenden Gerichtsverfahrens haben kann. In dem Toll-Collect-Fall befand das Gericht, dass es sich bei den beiden damals laufenden (privaten) Schiedsverfahren zwischen dem Bund und den Gesellschaftern

---

[828] Der Spielraum der öffentlichen Hand bei Nachverhandlungen ist aufgrund relativ einfach zu umgehender Restriktionen recht groß, d.h. der Haushaltsgesetzgeber wird erst sehr spät einbezogen. So wurden die bisherigen Vertrags- bzw. Vergütungsanpassungen bei den ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbereich von der Bundesregierung ohne Einbezug und Information des Bundestages (vor allem des Haushalts- und Verkehrsausschusses) ausgehandelt. Die haushalterischen Auswirkungen der Nachverhandlungsergebnisse wurden ohne (politische) Diskussionen in den Bundeshaushalt integriert. Dieser Aspekt zeigt, dass das Parlament als mögliche Kontrollinstanz nicht eingreifen kann, und verstärkt somit die Rationalität für eine Kontrollmöglichkeit durch die Veröffentlichung der VFD in Nachverhandlungsergebnissen.

[829] Vgl. BT-DRS. 18/13093 (2017, S. 12-17).

[830] Siehe hierzu das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 11.06.2008 mit dem Aktenkennzeichen 2 A 69.07. Der damalige Bundestagsabgeordnete Jörg Tauss hatte Akteneinsicht nach dem IFG begehrt.

von Toll Collect um Gerichtsverfahren im Sinne der genannten Norm handelt, sodass der Informationszugang zum Mautbetreibervertrag nicht möglich sei. Dieser spezielle Aspekt zeigt im Kontext des IFG, dass Nachverhandlungen wie die bei ÖPP regelmäßig vorgesehenen Schiedsgerichtsverfahren auf den ursprünglichen Vertrag transparenzreduzierend zurückwirken können.[831]

In Bezug auf die Veröffentlichungspraxis bei Nachverhandlungen kann ebenfalls nicht viel ausgeführt werden. Derzeit ist lediglich ersichtlich, dass eine Veröffentlichung von Nachverhandlungsergebnissen gegenüber der Allgemeinheit bei den ÖPP-Projekten des Bundes höchstens im Rahmen der Beantwortung von Kleinen Anfragen im Bundestag stattfindet.[832] Die dabei preisgegebenen Informationen zu Nachverhandlungen sind allerdings äußerst aggregiert und qualitativer Art, sodass generell keine Beurteilung des Vertragsmanagements der öffentlichen Hand und im Speziellen kaum konkrete Rückschlüsse auf etwaige Belastungen für den Bundeshaushalt möglich sind. Gelegentlich erscheinen zudem Medienberichte über Nachverhandlungen und deren Verfahrensstand, die zum Teil auf Kleinen Anfragen beruhen.[833]

#### *KRITIK DES STATUS QUO UND VORLÄUFIGE HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN*

Insgesamt ist das Transparenzniveau bezüglich der Nachverhandlungsergebnisse bei den ÖPP-Projekten des Bundes als zu gering einzustufen.[834] Derzeit kann die Öffentlichkeit dadurch die Projektperformance bzw. das Projektmanagement der öffentlichen Hand nur unzureichend beurteilen, denn etwaige Vertragsanpassungen, insbesondere hinsichtlich der Vergütung, können die Kosteneffizienz eines Vorhabens maßgeblich beeinflussen. Der Schutz von möglicherweise in den Nachverhandlungsergebnissen enthaltenen Vergütungs- und Finanzdaten ist plausibel, weil die Offenlegung dieser Informationen negative Effekte nach sich ziehen kann. Das Schutzniveau sollte aufgrund der bilateralen Monopolsituation und der damit verbundenen besonderen Bedeutung einer gesellschaftlichen Kontrolle im Vergleich zum Vertrag tendenziell aber niedriger ausfallen. Inwieweit in Bezug auf diese Thematik gesetzgeberischer Handlungsbedarf beim IFG besteht, kann hier nicht beurteilt werden. Anzumerken ist jedoch, dass die Regelung zum Schutz laufender (Schieds-)Gerichtsverfahren zumindest im Kontext von ÖPP nicht sinnvoll erscheint, weil gerade die

---

[831] Es wäre sogar ein Fehlanreiz dahingehend denkbar, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der die Offenlegung des ursprünglichen Vertrags verhindern möchte, bewusst eine (kleine, wenig bedeutsame) Nachverhandlung initiiert und deren Dauer künstlich ausdehnt.

[832] Vgl. BT-DRS. 17/13116 (2013, S. 22-25) und BT-DRS. 18/13633 (2017, S. 2 und S. 6). Es ist zu vermuten, dass es ohne diese Kleinen Anfragen gar keine Informationen zu Nachverhandlungen bei den ÖPP-Bundesfernstraßenprojekten seitens der Bundesregierung gegeben hätte.

[833] Das Scheitern der Nachverhandlungen bzw. des Schiedsgerichtsverfahrens beim ÖPP-Projekt „A 1 Hamburg – Bremen“ und die damit einhergehende Klage des ÖPP-Betreibers gegen den Bund vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit wurde medial sehr intensiv begleitet; siehe hierzu beispielhaft BALSER (2017) in der Süddeutschen Zeitung (online) und ROHRBECK / SALEWSKI (2017) in ZEIT ONLINE. Im Zuge dessen wurde zudem darüber berichtet, dass es auch bei anderen A-Modell-Projekten ähnliche Nachverhandlungen gegeben hat. Ansonsten wurden darüber hinaus beim ÖPP-Vorhaben „A 8 Ulm – Augsburg“ die gescheiterten Nachverhandlungen über Leistungsanpassungen und die Vergütung sowie die entsprechende Klage des ÖPP-Betreibers von den Medien thematisiert; siehe hierzu z.B. http://www.nordbayern.de/region/autobahndirektion-lasst-private-betreiber-notfalls-pleitegehen-1.6606909.

[834] Die Studie WBG ET AL. (2018, S. 51 ff.) zeigt, dass international gesehen das Transparenzniveau in der Phase nach Vergabeende, zu der auch die Nachverhandlungen gehören, recht gering ausfällt – insbesondere im Vergleich zu den beiden Phasen vor und während der Vergabe.

Kenntnis des ursprünglichen Vertrags wichtig ist für eine Bewertung von Nachverhandlungen. Generell kann als Handlungsempfehlung für die öffentliche Hand festgehalten werden, dass zumindest der Zeitraum, der Sachverhalt und insbesondere eine Ergebniszusammenfassung zu Nachverhandlungen („Nachverhandlungsbericht") zeitnah bekanntgemacht werden sollte. Aus einem solchen Nachverhandlungsbericht sollten die insgesamt auftretenden Auswirkungen auf den Haushalt (z.B. sofortige zusätzliche Ausgaben und zukünftige Risiken) erkennbar sein.[835] Zu bevorzugen ist allerdings, dass die Vertragsanpassungen im Original, aber mit Schwärzung der konkreten Vergütungs- und Finanzdaten veröffentlicht werden.[836]

#### 9.3.2.2 Controlling-Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Die Controlling-WU stellt für die öffentliche Hand in erster Linie ein wichtiges Instrument für das Projektmonitoring dar.[837] Die Leitfäden zu ÖPP und WU sehen die Erstellung und Fortschreibung einer solchen WU während der Bau- und Betriebsphase eines Projektes dementsprechend auch vor.[838] In einem fortlaufenden, projektbegleitenden Prozess dient sie der systematischen Erfassung relevanter Kosten- und Leistungsdaten während der Vertragslaufzeit.[839] Hierfür ist wichtig, dass die öffentliche Hand (vertraglich) sicherstellt, dass sie die benötigten Daten auf einem angemessenen Aggregationsniveau vom privaten ÖPP-Auftragnehmer erhält.[840] In der Controlling-WU erfolgt ein kontinuierlicher Abgleich zwischen dem siegreichen Bieterangebot und den im Vertrag festgelegten Leistungs- und Qualitätsvorgaben mit den tatsächlich realisierten Werten aus dem laufenden Realisierungsprozess des Vorhabens. Dieser Abgleich unterstützt die öffentliche Hand beim Monitoring der Leistungserstellung durch den ÖPP-Auftragnehmer. Des Weiteren werden in der Controlling-WU Bonus- bzw. Maluszahlungen, Nachverhandlungen und die daraus resultierenden Kosten- und Leistungsänderungen sowie die dabei entstehenden Transaktionskosten erfasst. Nach Vertragsende eignet sich die Controlling-WU zudem für eine Bewertung der Restwertproblematik. Sowohl zum Zweck des Monitorings als auch zur Wissensgenerierung für zukünftige WU können in der Controlling-WU der finale PSC und der ÖPP-Vergleichswert aus der abschließenden WU mit den realisierten Kosten- und Leistungswerten abgeglichen werden. Der in der Controlling-WU vorgenommene Vergleich zwischen den in der WU getroffenen Annahmen und deren tatsächlicher Ausprägung (z.B. realisierte Risiken) kann ebenfalls wertvolle Erkenntnisgewinne für künftige WU liefern. Die Ausführungen zu den Aufgaben

---

[835] Die bisherigen Auswirkungen der Nachverhandlungen bei den ÖPP-Bundesfernstraßenprojekten auf den Bundeshaushalt wurden zwar teilweise im Einzelplan 12 abgebildet, allerdings ist dies nur mit Hintergrundwissen zu erkennen und nicht nachvollziehbar dargestellt.

[836] Als Exkurs sei hinzugefügt, dass über eine Offenlegung von Veränderungen in der Eigenkapital- bzw. Eigentümerstruktur von ÖPP-Betreibergesellschaften, die kein Nachverhandlungsergebnis zwischen öffentlicher Hand und privaten Auftragnehmern darstellen, ebenfalls nachgedacht werden kann, da es sich um eine wichtige ex post Änderung an der Struktur eines ÖPP-Projektes handelt. So könnte in ÖPP-Verträgen geregelt werden, dass diesbezügliche Informationen unverzüglich der öffentlichen Hand mitzuteilen sind und diese darüber hinaus auch veröffentlicht werden können.

[837] Die Controlling-WU wird auch als ex post WU oder WU für das Projektcontrolling bzw. -monitoring bezeichnet und steht zudem in einem engen Zusammenhang mit dem Konzept der Erfolgskontrolle. Vgl. BECKERS ET AL. (2014b, S. 105 f. und S. 93).

[838] Vgl. AGFMK (2006, S. 7 und S. 38 f.) und BMF (2011, S. 9 ff.).

[839] Die Controlling-WU kann auch einen gewissen Zeitraum nach Vertragsende umfassen.

[840] Regelungen, die einen solchen Informationsfluss sicherstellen, sind bspw. in den Standardverträgen in Großbritannien implementiert, die dort einen Schwerpunkt im Kontext der horizontalen Transparenz zwischen öffentlichem Auftraggeber und privatem Auftragnehmer bilden; vgl. HMT (2012, S. 295-302).

der Controlling-WU zeigen, dass diese zumindest das siegreiche Bieterangebot und die Leistungs- bzw. Qualitätsvorgaben aus dem Vertrag sowie ggf. auch den PSC und den ÖPP-Vergleichswert aus der abschließenden WU als Komponenten enthält.

***AUSWIRKUNGEN VON TRANSPARENZ BEZÜGLICH CONTROLLING-WU***

Bei der Untersuchung der Transparenzeffekte infolge einer Veröffentlichung von Controlling-WU kann umfangreich auf bereits erzielte Analyseergebnisse zurückgegriffen werden. Hinsichtlich der Auswirkungen einer Offenlegung der einzelnen Komponenten wie des siegreichen Bieterangebots, des PSC und des ÖPP-Vergleichswertes sei auf die Abschnitte 9.1.3 und 9.2.2 verwiesen. Vertragliche vereinbarte Leistungs- und Qualitätsvorgaben stellen gemäß den Ausführungen in Abschnitt 9.1.1 keine TSI, VDI oder VFD dar und können daher offengelegt werden. Die in der Controlling-WU erfassten Kosten- und Leistungsdaten des ÖPP-Auftragnehmers sind hingegen an dieser Stelle kurz zu erörtern. Diese Daten spiegeln detailliert das Vorgehen des Auftragnehmers beim Leistungserstellungsprozess wider und eine Veröffentlichung würde Wettbewerbern seine Kostenstruktur offenbaren. Dies ermöglicht Rückschlüsse auf den Umgang mit Sub- bzw. Nachunternehmern, auf Betriebs- und Erhaltungsstrategien sowie auf die Angebotskalkulation bei zukünftigen Projekten, was die Wettbewerbsposition des betroffenen Auftragnehmers verschlechtern würde. Somit ähneln die Kosten- und Leistungsdaten aus der Controlling-WU den Vergütungs- und Finanzdaten in Verträgen und insbesondere in (siegreichen) Bieterangeboten. Vor diesem Hintergrund ist Transparenz bezüglich der Kosten- und Leistungsdaten in Controlling-WU grundsätzlich nicht zu befürworten.[841] Allerdings ist bei der Veröffentlichung von Controlling-WU der positive Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich zu beachten, dass gesellschaftliche Akteure das Projekt- und Vertragsmanagement der öffentlichen Hand besser kontrollieren können. Dieses Argument ist aufgrund der deutlich geringeren politökonomischen Fehlanreize bei der Controlling-WU jedoch schwächer einzustufen als bei der abschließenden und insbesondere der vorläufigen WU. Wegen der vor- und nachteiligen Effekte kann eine klare Transparenzvorgabe nicht gemacht werden, aber es könnte darüber nachgedacht werden, die Kosten- und Leistungsdaten in einer aggregierten Form zu veröffentlichen, die möglichst keine Rückschlüsse für die Wettbewerber zulässt und gleichzeitig jedoch dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit ausreichend Rechnung trägt.

***STATUS QUO: RECHTSLAGE UND VERÖFFENTLICHUNGSPRAXIS***

Hinsichtlich der Rechtslage in Bezug auf die Veröffentlichung von Controlling-WU können im Rahmen dieser Arbeit keine umfassenden Aussagen getroffen werden. Ein Gerichtsurteil zu deren Offenlegung hat es im Kontext des IFG bisher nicht gegeben. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass im Hinblick auf Kosten- und Leistungsdaten der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen als möglicher Ausnahmetatbestand greifen dürfte. Bezüglich der anderen Komponenten einer Controlling-WU kann auf die Ausführungen in den jeweiligen Abschnitten verwiesen werden. Zur Veröffentlichungspraxis kann ebenfalls kaum etwas berichtet werden. Derzeit sind keine Veröffentlichungen von Controlling-WU

[841] Zwar ist durch die Veröffentlichung von Controlling-WU ein positiver Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich hinsichtlich des Wissensmanagements im Allgemeinen vorstellbar, aber speziell bei ÖPP-Projekten bei den Bundesfernstraßen und im Bundeshochbau ist dieser Effekt wegen der geringen Anzahl bzw. der Struktur der öffentlichen Auftraggeber nicht zu erwarten.

zu den ÖPP-Projekten des Bundes bekannt und es ist durchaus zweifelhaft, ob diese überhaupt erstellt werden. Die entsprechenden Kleinen Anfragen im Bundestag enthalten dazu keinerlei Informationen.

***KRITIK DES STATUS QUO UND VORLÄUFIGE HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN***

Obwohl Controlling-WU sowohl für das Vertragsmanagement und Projektmonitoring als auch für die Wissensgenerierung für zukünftige WU eine zentrale Rolle einnehmen, führen sie im gesellschaftlichen und politischen Raum im Vergleich zur vorläufigen und abschließenden WU ein Schattendasein. Es sollte unbedingt sichergestellt werden, dass Controlling-WU – wie in den jeweiligen Leitfäden vorgesehen – auch durchgeführt werden. Hierzu würde Transparenz einen wichtigen Beitrag leisten, weil dadurch Druck aufgebaut wird, Controlling-WU auch tatsächlich zu erstellen. Hinsichtlich der realisierten Kosten- und Leistungsdaten sprechen die ökonomischen Argumente eher für eine Geheimhaltung, sodass diese bei einer Offenlegung von Controlling-WU zu schwärzen wären. Allenfalls wäre denkbar, dass Kosten- und Leistungsdaten in stark aggregierter Form der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden könnten. Eine besondere Frage bei Controlling-WU ist der Zeitpunkt der (frühestmöglichen) Offenlegung, da sich deren Erstellung im Gegensatz zu den bisher betrachteten Dokumenten weniger als ein punktuelles Ereignis, sondern vielmehr als ein ständiger, sogar über das Vertragsende hinausgehender Prozess darstellt. Im Prinzip ist bei einer IFG-Anfrage aber die (ggf. geschwärzte) Controlling-WU in dem Zustand herauszugeben, wie sie zum Zeitpunkt des Informationsbegehrens vorliegt.[842]

### 9.3.3 Prüfungsdokumente von unabhängigen Kontrollinstanzen im öffentlichen Sektor

In diesem Abschnitt wird darauf eingegangen, ob und in welchem Umfang Prüfungsdokumente, die im Kontext von ÖPP-Vorhaben von staatlichen Kontrollinstanzen im öffentlichen Sektor erstellt werden, veröffentlicht werden sollten. Bei den ÖPP-Projekten auf der Bundesebene ist der Bundesrechnungshof als die bedeutendste staatliche Kontrollinstanz anzusehen, sodass in diesem Abschnitt die vom Bundesrechnungshof erstellten Prüfungsdokumente im Fokus stehen.[843] Gegenüber den bislang betrachteten Dokumenten liegt ein zentraler Unterschied darin, dass diese Prüfungsdokumente weder vom öffentlichen Auftraggeber noch vom privaten ÖPP-Auftragnehmer erstellt werden, sondern von einer unabhängigen Kontrollinstanz des öffentlichen Sektors. Des Weiteren beziehen sich die Prüfungsdokumente des Bundesrechnungshofes nicht unbedingt immer auf ein konkretes einzelnes ÖPP-Vorhaben, sondern mitunter auf mehrere solcher Projekte bzw. auf eine projektübergreifende Thematik.

***AUSWIRKUNGEN VON TRANSPARENZ BEZÜGLICH PRÜFUNGSDOKUMENTEN DES BUNDESRECHNUNGSHOFES***

Die Prüfungsdokumente des Bundesrechnungshofes können grundsätzlich Informationen enthalten, deren Veröffentlichung negative Wettbewerbseffekte nach sich zieht und somit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder fiskalische Interessen berührt. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von

[842] Im Falle einer proaktiven Informationsbereitstellung sollte die Controlling-WU in ihrem jeweiligen Zustand in festen Intervallen veröffentlicht werden.

[843] Es gibt verschiedene Formen von Prüfungsdokumenten des Bundesrechnungshofes (z.B. Prüfberichte oder Prüfmitteilungen). Im Folgenden wird vereinfachend der allgemeine Begriff des Prüfungsdokuments verwendet.

Unternehmen sind vor allem bei zwei Aspekten betroffen: Der Bundesrechnungshof kann sich bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einerseits auf die Bieterangebote beziehen. Andererseits kann er in Prüfungsdokumenten auf den ÖPP-Vertrag und insbesondere auf die Vergütungs- und Finanzdaten Bezug nehmen, um die wirtschaftliche Projekt- und Vertragsgestaltung seitens der öffentlichen Hand zu bewerten. Eine Gefährdung fiskalischer Interessen wiederum könnte dadurch entstehen, dass der Bundesrechnungshof für seine Prüfungen vorläufige oder abschließende WU oder Controlling-WU heranzieht, um auf Grundlage der dort ermittelten Kostenwerte und angesetzten Annahmen eine Beurteilung der Wirtschaftlichkeit vorzunehmen. Für die Informationen aus dem ÖPP-Vertrag, den Bieterangeboten und den WU, die sich in Prüfungsdokumenten konkret wiederfinden oder aus denen entsprechende Rückschlüsse gezogen werden können, kann auf die Analyseergebnisse der vorangegangen beiden Unterkapitel zurückverwiesen werden. Ansonsten dürften in den Prüfungsdokumenten des Bundesrechnungshofes keine Informationen enthalten sein, die durch eine Offenlegung nennenswerte Wettbewerbseffekte erzeugen.

In Bezug auf Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich kann die Veröffentlichung von Prüfungsdokumenten verschiedene Wirkungen entfalten. Mit seinem Know-how kann der Bundesrechnungshof eine Filterfunktion einnehmen, weil er die Vielzahl von Informationen auf das Wesentliche reduziert.[844] Dies kann einen wichtigen Beitrag zur gesellschaftlichen Kontrolle leisten sowie die Ressourcen der gesellschaftlichen Akteure aufgrund dieser Vorarbeiten schonen. Des Weiteren könnte die Veröffentlichung von Prüfungsdokumenten, auch wegen der hohen Reputation des Bundesrechnungshofes, einen öffentlichen Druck erzeugen, der den Effekt der Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure verstärkt.

Ein weiterer positiver Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich bezieht sich auf das Wissensmanagement im öffentlichen Sektor in einem Mehrebenensystem. So können durch die Offenlegung von Prüfungsdokumenten auch andere öffentliche Auftraggeber aus der Kritik und den Handlungsempfehlungen des Bundesrechnungshofes in Bezug auf die Projekt- und Vertragsausgestaltung sowie die Erstellung von WU lernen. Die häufig sehr kritischen und bestehende Defizite klar benennenden Prüfungsdokumente des Bundesrechnungshofes können aber auch politische Debatten auslösen oder verstärken und somit die Transaktionskosten des gesellschaftlichen Diskurses erhöhen.[845]

Nachvollziehbare Gründe für eine Geheimhaltung von Prüfungsdokumenten zu ÖPP-Projekten bei den Bundesfernstraßen und dem Bundeshochbau sind durchaus vorstellbar. Es könnte argumentiert werden, dass durch die Veröffentlichung die Prüfungsmethoden und -strategien des Bundesrechnungshofes offengelegt werden und sich die geprüften Stellen so auf die Kontrollen einstellen können.[846] Ferner könnte vorgebracht werden, dass mit der Offenlegung von

[844] Siehe hierzu die Ausführungen zu Quantität und Qualität bei der Informationsbereitstellung in Abschnitt 5.3.2.

[845] Dies war bspw. bei einem Bericht des Bundesrechnungshofes an den Haushaltsauschuss des Bundestages (BRH (2014a)) der Fall, der eine recht heftige Diskussion über ÖPP bei den Bundesfernstraßen im medialen und politischen Raum auslöste und darüber hinaus auch den gesellschaftlichen Diskurs zu ÖPP im Hochbau (auf Landes- und Kommunalebene) verstärkte.

[846] Vgl. BRH (2014b, S. 8).

Prüfungsdokumenten in einen zwischenbehördlichen (Klärungs-)Prozess eingegriffen wird und dies wegen möglicher gesellschaftlicher bzw. politischer Debatten eine sachliche Auseinandersetzung erschwert.[847] Außerdem wäre vorstellbar, dass mit dem Wissen um eine Veröffentlichung und eines seitens des Bundesrechnungshofes nicht gewollten Bloßstellens der betroffenen Verwaltung die Prüfungsdokumente weniger kritisch formuliert werden, als wenn dies ausschließlich auf der zwischenbehördlichen Ebene vollzogen wird. Selbst wenn diese eher schwachen Argumente in eine Gesamtbetrachtung miteinfließen sollten, sind jedoch die positiven Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich höher zu gewichten, sodass die Rationalität für eine Veröffentlichung von Prüfungsdokumenten stark ausgeprägt ist. Letztendlich ist festzuhalten, dass der Bundesrechnungshof – wie in Abschnitt 2.3.1.2 dargelegt – ein zentraler Bestandteil eines Systems von „Checks & Balances" ist, dessen Wirkung durch die Offenlegung von Prüfungsdokumenten zusätzlich verstärkt wird.

***STATUS QUO: RECHTSLAGE UND VERÖFFENTLICHUNGSPRAXIS***

Im Hinblick auf die Rechtslage ist festzuhalten, dass im Jahr 2012 höchstrichterlich entschieden wurde, dass der Bundesrechnungshof vollständig im Anwendungsbereich des IFG liegt und somit Prüfungsdokumente bei entsprechenden Informationsbegehren herauszugeben hat.[848] Davon sind auch laufende Prüfungsverfahren und interne Akten des Bundesrechnungshofes betroffen.[849] Dabei sind allerdings die im IFG festgeschriebenen Ausschlusstatbestände zu beachten, sodass beispielsweise Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ggf. zu schwärzen sind. Im Jahr 2013 wurde die Bundeshaushaltsordnung im Rahmen eines größeren Gesetzesvorhabens geändert, was dazu führte, dass der Bundesrechnungshof im Kontext des IFG nun de facto als eine Art Bereichsausnahme einzustufen ist.[850] Denn die Änderung der Bundeshaushaltsordnung regelt nun spezialgesetzlich und abschließend den Informationszugang zu den Prüfungsdokumenten wie folgt: Der Bundesrechnungshof kann entscheiden, ob er seine abschließend festgestellten Prüfungsergebnisse gegenüber Dritten offenlegt (§ 96 Abs. 4 BHO). Dokumente zu laufenden Prüfungsverfahren wiederum sind generell vom Informationszugang ausgeschlossen.[851]

Die Veröffentlichungspraxis zeigt, dass der Bundesrechnungshof bzw. der Bundesbeauftragte für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (BWV) eine Vielzahl von abschließend festgestellten Prüfungsergebnissen von sich aus der Öffentlichkeit über das Internet zur Verfügung stellt.[852] Dabei sind im Rahmen dieser Arbeit die bereits erwähnten BWV-Gutachten zu ÖPP im Bundesfernstraßenbau (BWV (2009)) und zur WU-Methodik (BWV (2013b)) hervorzuheben. Die Berichte des

[847] Vgl. BRH (2014b, S. 8). Es könnte entgegnet werden, dass dies auf Prozesstransparenz abzielt und nicht auf die hier im Fokus stehende Ergebnistransparenz; vgl. Fußnote 250. So spricht hier nichts gegen die Veröffentlichung von Prüfungsdokumenten nach Abschluss des zwischenbehördlichen (Klärungs-)Prozesses.

[848] Vgl. SCHOCH (2016, S. 244 f.) und den Artikel von STAUD (2014) in ZEIT ONLINE.

[849] Vgl. BRH (2014b, S. 3).

[850] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 109 f.) und STAUD (2014).

[851] Siehe für die Änderungen an der Bundeshaushaltsordnung BRH (2014b, S. 10 f.). So ist zudem geregelt, dass der Bundesrechnungshof seine Bemerkungen zur Haushalts- und Vermögensrechnung des Bundes, die zusammen für ein Jahr den Jahresbericht des Bundesrechnungshofes bilden (§ 97 BHO), und Berichte zu Angelegenheiten von besonderer Bedeutung (§ 99 BHO) im Internet veröffentlichen muss.

[852] Siehe hierzu https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen.

Bundesrechnungshofes an den Haushaltsausschuss des Bundestages auf Grundlage des § 88 Abs. 2 BHO werden regelmäßig, aber nicht immer veröffentlicht.[853] So ist solch ein kritischer Bericht über die Performance von sieben ÖPP-Projekten bei den Bundesautobahnen (BRH (2014a)) nicht regulär offengelegt worden, sondern dieser wurde von einer Interessengruppierung, die das Dokument offensichtlich aus dem Kreis der Haushaltsausschussmitglieder erhalten hat, im Internet zur Verfügung gestellt.

#### *KRITIK DES STATUS QUO UND VORLÄUFIGE HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN*

Am Status quo ist zu kritisieren, dass der Bundesrechnungshof im Kontext des IFG derzeit mit der beschriebenen de facto Bereichsausnahme einen Sonderstatus im Vergleich zu den meisten anderen Behörden des Bundes innehat. Dies führt im Hinblick auf Prüfungsdokumente prinzipiell zu einem eher schwachen Transparenzniveau, weil nach § 96 BHO Abs. 4 BHO die Veröffentlichungsentscheidung im Ermessen des Bundesrechnungshofes liegt und ein Anspruch auf Herausgabe sowie ein Rechtsschutz des Antragstellers (etwa in Form eines Widerspruchs oder einer Klage) wie im IFG nicht existiert. Diese Lage ist gegenüber dem Zeitraum vor Änderung der BHO als Rückschritt zu werten, sodass in dieser Hinsicht über eine Revision nachzudenken ist. Grundsätzlich sollte der Bundesrechnungshof möglichst umfangreich von der Möglichkeit Gebrauch machen, seine Prüfungsdokumente zeitnah nach der Erstellung von sich aus im Internet der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, wobei ggf. gemäß den im IFG normierten Ausnahmetatbeständen Unkenntlichmachungen vorzunehmen sind. Falls diese Möglichkeit zu wenig genutzt wird, sollte überlegt werden, dem Bundesrechnungshof in der BHO striktere Transparenzvorgaben aufzuerlegen. Denn der mit umfangreichem Know-how und hoher Reputation ausgestattete Bundesrechnungshof liefert mit seinen Prüfungsdokumenten einen wichtigen Input für die gesellschaftliche Kontrolle und für politische Debatten.

## 9.4 Fazit

In diesem Kernkapitel der Arbeit wurde Transparenz bezüglich zentraler Dokumente bei ÖPP im Bereich des Bundesfernstraßen- und Bundeshochbaus mit dem im vorangegangenen Kapitel vorgestellten Zielsystem und der dargelegten Vorgehensweise analysiert. Zunächst wurden ÖPP-Verträge (und Vertragsentwürfe) sowie die Bieterangebote im Kontext der im IFG als Ausnahmetatbestand normierten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse untersucht. Dabei standen der ÖPP-Vertrag als – neben der WU – wichtigstes Dokument und die darin potentiell enthaltenen technisch-systemischen Innovationen, Vertragsdesign-Innovationen sowie Vergütungs- und Finanzdaten im Vordergrund. Eine aus ökonomischer Sicht sinnvolle Transparenzvorgabe für technisch-systemische Innovationen, falls diese trotz ihres geringen Potentials im Bausektor in Verträgen enthalten sein sollten, sieht eine pauschale Nichtveröffentlichung oder höchstens eine deutlich in Richtung Geheimhaltung vorjustierte Abwägung (mit den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich) vor. Für die von Bietern eingebrachten bzw. entwickelten Vertragsdesign-Innovationen wurden zwei Transparenzvorschriften aus den Analysen abgeleitet: Zum einen sollten diese in den allermeisten Fällen veröffentlicht werden, was über eine Abwägung zu implementieren wäre, die den (positiven) Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich

[853] Vgl. BRH (2014b, S. 14). Eine Veröffentlichung dieser Berichte ist vorgesehen, wenn der Bundestag diese abschließend beraten hat und dem keine öffentlichen oder privaten Belange entgegenstehen.

von vornherein ein sehr großes Gewicht beimisst. Zum anderen hat sich die öffentliche Hand die Veröffentlichungsrechte für die von Bietern eingebrachten bzw. entwickelten Vertragsdesign-Innovationen zur Vermeidung etwaiger Komplikationen bei einer Offenlegung zuzusichern. Bezüglich der von der öffentlichen Hand eingebrachten bzw. entwickelten Vertragsdesign-Innovationen wurde die klare Transparenzvorgabe herausgearbeitet, dass diese stets vollständig zu veröffentlichen sind. Schließlich wird im Hinblick auf Vergütungs- und Finanzdaten eine Transparenzvorschrift mit einer Abwägung ohne jegliche Voreinstellungen vorgeschlagen. Im Übrigen können Vertragsentwürfe stets vollständig nach Erstellung veröffentlicht werden, weil davon allenfalls die nicht schützenswerten von der öffentlichen Hand selbst entwickelten Vertragsdesign-Innovationen betroffen sind.[854]

Hinsichtlich des Status quo ist zu konstatieren, dass im IFG beim Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen derzeit eine Abwägung mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit bzw, den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich ohne Gesetzesanpassung auf keinem Wege möglich ist. Dieser absolute Schutz führt zu einem Transparenzniveau, welches angesichts der als vorteilhaft herausgearbeiteten Transparenzvorgaben als zu gering einzustufen ist. Somit wurde hier gesetzgeberischer Handlungsbedarf identifiziert: Im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sollten im IFG Abwägungen mit unterschiedlichen Vorjustierungen zur Differenzierung nach technisch-systemischen Innovationen, Vertragsdesign-Innovationen sowie Vergütungs- und Finanzdaten eröffnet werden. Bei den ÖPP-Bieterangeboten konnte hingegen kein Handlungsbedarf abgeleitet werden, weil die im Status quo praktizierte Geheimhaltung anhand der ökonomischen Analysen als plausibel einzuschätzen ist.

Im Anschluss wurde in diesem Kapitel eine mögliche Veröffentlichung von vorläufigen und abschließenden WU sowie ÖPP-Eignungstests im Kontext der vom IFG geschützten fiskalischen Interessen des Bundes analysiert. In Bezug auf ÖPP-Eignungstests wurde festgestellt, dass dieser Dokumententyp stets vollständig und sofort nach Erstellung veröffentlicht werden sollte, was gemäß der aktuellen Rechtslage zum IFG auch bereits möglich ist. Die nicht nachvollziehbare ambivalente Veröffentlichungspraxis erfordert allerdings Maßnahmen seitens der öffentlichen Hand zur Sicherstellung einer einheitlichen Vorgehensweise.

Die Analysen zur WU erwiesen sich im Vergleich zu den weiteren betrachteten Dokumenten als die komplexesten. Bei der Untersuchung der durch die Veröffentlichung von WU potentiell auftretenden Wettbewerbseffekte stand vor allem die Reservationspreisproblematik als eine die fiskalischen Interessen möglicherweise negativ beeinflussende Transparenzauswirkung im Vordergrund.[855] Aufseiten der Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich wurde die Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure zur Reduktion von politökonomischen Fehlanreizen und Opportunismuspotentialen als

[854] Zwar wurde bisher kein Vertragsentwurf für ein konkretes ÖPP-Projekt offengelegt, aber die Musterverträge für die A- und V-Modelle wurden veröffentlicht.

[855] Als weiterer negativer Wettbewerbseffekt ist die Schwächung der Verhandlungsmacht der öffentlichen Hand im Verhandlungsverfahren (bei ex ante Veröffentlichung) und in Nachverhandlungen (bei ex post Offenlegung) zu nennen. Die positiven Wettbewerbseffekte wie die Reduktion der Angebotserstellungskosten, die Abschwächung von Diskrepanzen zwischen den Informationsständen der Bieter und die Reduktion von Unsicherheit hinsichtlich Common-Value-Komponenten weisen eine eher theoretische als praktische Relevanz auf.

wichtigste positive Transparenzauswirkung herausgearbeitet.[856] Auf Basis der ökonomischen Untersuchungen wurden folgende Transparenzvorgaben ermittelt: Erstens sollte die WU-Methodik sowohl ex ante als auch ex post veröffentlicht werden. Zweitens sollten monetarisierte Nutzeneffekte und – falls vorhanden – Wechselkosten als unproblematische Bestandteile einer WU zu jedem Zeitpunkt vollständig offengelegt werden. Hinsichtlich der zentralen Bestandteile einer WU, also dem PSC, dem ÖPP-Vergleichswert und den angenommenen Effizienzunterschieden, konnten hingegen keine klaren, pauschalen Transparenzvorschriften als empfehlenswert identifiziert werden. Hier ist im Einzelfall zwischen den Wettbewerbseffekten und den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich abzuwägen. Dabei sind verschiedene Einflussfaktoren zu berücksichtigen, da bspw. insbesondere bei geringer Wettbewerbsintensität bzw. kollusivem Bieterverhalten die Reservationspreisproblematik zu einer starken Beeinträchtigung der fiskalischen Interessen führen kann. In solch einem Fall sollten der PSC, der ÖPP-Vergleichswert und die angenommenen Effizienzunterschiede nicht veröffentlicht werden.

Bei entsprechenden Anfragen nach dem IFG wurden (vorläufige) WU bisher weder vollständig noch in Teilen ex ante herausgegeben und lediglich ex post wurden (vorläufige und / oder abschließende) WU, bei denen alle Zahlenwerte geschwärzt waren, offengelegt. Diese Veröffentlichungsentscheidungen basieren allerdings auf einer aus ökonomischer Sicht zu restriktiven Rechtslage beim IFG in Bezug auf den Schutz fiskalischer Interessen. Zwar erscheint eine Nettobetrachtung von positiven und negativen Wettbewerbseffekten sinnvollerweise bereits möglich und angebracht zu sein, jedoch sind hier weitere nichtgesetzliche Maßnahmen zu empfehlen, die eine Anwendung dieser Betrachtungsweise auch tatsächlich sicherstellen. Des Weiteren besteht bezüglich des Schutzes fiskalischer Interessen – wie bei den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – vor allem ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf hinsichtlich der Eröffnung einer Abwägung mit den Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich wie bspw. den verbesserten gesellschaftlichen Kontrollmöglichkeiten. Dies ist aufgrund der bei ÖPP-Projekten vorhandenen politökonomisch erklärbaren Fehlanreizen und Opportunismuspotentialen bei der WU-Erstellung von besonders hoher Relevanz. Darüber hinaus wurde eine Handlungsempfehlung zur Einführung einer Öffnungsvorschrift herausgearbeitet, welche die Berücksichtigung von Transparenzauswirkungen im Mehrebenensystem ermöglicht. Da sowohl gemäß Rechtslage als auch den ökonomischen Analysen zufolge bei Veröffentlichungsentscheidungen eine dynamische Perspektive, die auch Auswirkungen auf künftige Projekte einbezieht, einzunehmen ist, gibt es diesbezüglich keinen Handlungsbedarf.

Abschließend wurden weitere Dokumente aus dem ÖPP-Realisierungsprozess betrachtet, die zwar keine derart hervorgehobene Stellung einnehmen, aber im Zuge einer umfassenden Untersuchung nicht vernachlässigt werden können. Bezüglich finaler (funktionaler) Leistungsbeschreibungen wurde entgegen dem Status quo, in dem von der öffentlichen Hand bewusst keine Veröffentlichung vorgesehen ist, die Handlungsempfehlung abgeleitet, dass diese stets sofort nach Erstellung bzw. nach

[856] Insbesondere bei einer ex ante Veröffentlichung von vorläufigen WU ist zudem der Einbezug von bei gesellschaftlichen Akteuren vorhandenem Know-how zur Vermeidung bzw. Korrektur von „ehrlichen“ und psychologisch bedingten Fehlern als weiterer Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich zu nennen. Darüber hinaus wäre grundsätzlich auch eine Verbesserung des Wissensmanagements aufseiten der öffentlichen Hand und der Innovationsdiffusion vorstellbar, aber bei einer Fokussierung auf den Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus fällt dieser positive Transparenzeffekt voraussichtlich vernachlässigbar gering aus.

deren Zusendung an die Bieter vollständig veröffentlicht werden sollten. Des Weiteren ist im Status quo eine Veröffentlichung von Nachverhandlungsergebnissen nicht zu beobachten, obwohl diese gemäß den ökonomischen Ausführungen offengelegt werden sollten, wobei konkrete Vergütungs- und Finanzdaten zu schwärzen sind. Allerdings sollten letztgenannte Angaben zumindest aggregiert herausgegeben werden, damit gesellschaftliche Akteure die Projektperformance und das Vorgehen der öffentlichen Hand besser kontrollieren und bewerten können. Selbiges gilt für die in Controlling-WU erfassten Kosten- und Leistungsdaten des ÖPP-Auftragnehmers, wobei diese in stark aggregierter Form der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden sollten.[857] Als Sonderpunkt sei außerdem auf die im Kontext von ÖPP als kritisch einzustufende IFG-Regelung zu privaten Schiedsgerichtsverfahren (§ 3 Nr. 1 lit. g IFG) hingewiesen, die ggf. überdacht werden sollte. Im Hinblick auf Prüfungsdokumente von Kontrollinstanzen des öffentlichen Sektors ist wiederum die de facto Bereichsausnahme des Bundesrechnungshofes im Zusammenhang mit Informationsbegehren nach dem IFG kritisch zu sehen. Nichtsdestotrotz veröffentlicht der Bundesrechnungshof von sich aus ausgewählte Prüfungsdokumente, aber dennoch sollten generell strengere Transparenzvorgaben in Betracht gezogen werden, die sicherstellen, dass möglichst sämtliche Prüfungsdokumente (ggf. in teilweise geschwärzter Form) öffentlich zugänglich sind.

Insgesamt ist über alle betrachteten Dokumente des ÖPP-Realisierungsprozesses hinweg ein aus ökonomischer Perspektive zu geringes Transparenzniveau zu konstatieren, was insbesondere bei Verträgen und den WU als zentrale Dokumente kritisch zu sehen ist. Die Diskrepanz zwischen den (normativen) ökonomischen Analysen und dem Status quo dürfte im Kontext der beiden im Fokus dieser Arbeit stehenden Ausnahmetatbestände des IFG (dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie der fiskalischen Interessen) hauptsächlich mit einem unterschiedlichen Betrachtungshorizont zu erklären sein. Das IFG impliziert eine enge ökonomische Sichtweise, die sich nur auf die (negativen) Wettbewerbseffekte konzentriert. Die Analysen haben aber gezeigt, dass eine breite, auch die Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich berücksichtigende ökonomische Perspektive (im Sinne des hier unterstellten Zielsystems) zu besseren Veröffentlichungsentscheidungen führt.

Die in diesem Kapitel herausgearbeiteten Handlungsempfehlungen sind als vorläufig anzusehen, weil die Überlegungen zum Design der institutionellen Technologie (wie bspw. zur Frage der reaktiven oder proaktiven Informationsbereitstellung) und zu anderen übergreifenden Aspekten weitestgehend noch nicht berücksichtigt wurden – dies erfolgt in Kapitel 11. Abschließend sei zudem nochmals darauf hingewiesen, dass bisher auch etwaige Auswirkungen von Transparenz auf die von der öffentlichen Hand einbezogenen Berater (bzw. auf deren Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse) ausgeklammert wurden. Diese Thematik wird nun im nachfolgenden zehnten Kapitel untersucht.

[857] Hinsichtlich der möglichen weiteren, nicht originären Komponenten einer Controlling-WU (wie das siegreiche Bieterangebot, der PSC und der ÖPP-Vergleichswert) sind die bereits generierten Erkenntnisse aus den Abschnitten 9.1.3 und 9.2.2 zu beachten.

# 10 Auswirkungen von Transparenz auf die von der öffentlichen Hand einbezogenen Berater

In diesem Kapitel wird nun berücksichtigt, dass die öffentliche Hand im Rahmen der Realisierung eines ÖPP-Projektes häufig Verträge mit privaten Beratungsunternehmen über (technisch-planerische, wirtschaftliche und juristische) Beratungsdienstleistungen schließt.[858] In der Praxis ist der Einbezug von externen Beratern bspw. bei der Erstellung von WU und der Ausgestaltung von ÖPP-Verträgen regelmäßig der Fall.[859] Somit beschäftigt sich dieses Kapitel mit den Auswirkungen von Transparenz auf die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von durch die öffentliche Hand bei ÖPP-Projekten einbezogenen Beratern. Die diesbezüglichen Analysen im Hinblick auf die von den Beratern erstellten Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Eignungstests finden in Unterkapitel 10.1 statt. Anschließend wird in Unterkapitel 10.2 untersucht, welche Transparenzwirkungen im Zusammenhang mit dem Einbezug von Beratern bei der Ausgestaltung von ÖPP-Verträgen zu beachten sind. Das Vorgehen bei den Analysen folgt dem bekannten, in Abschnitt 8.3.3 präsentierten Muster.

## 10.1 Von Beratern erstellte Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Eignungstests

### 10.1.1 Auswirkungen von Transparenz auf etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Beratern

In diesem Abschnitt geht es um potentielle Transparenzeffekte, die durch eine Veröffentlichung von WU und ÖPP-Eignungstests entstehen können und die Berater der öffentlichen Hand betreffen. Dabei wird aus analytischen Gründen zunächst davon ausgegangen, dass ÖPP-Eignungstests und WU vollumfänglich von externen Beratern erstellt werden, d.h. die öffentliche Hand ist an der Erstellung nicht beteiligt. Bei den Überlegungen wird auf Transparenzauswirkungen zurückgegriffen, die bereits im vorangegangenen Kapitel diskutiert wurden.

Auf der einen Seite könnte ein möglicher nachteiliger Effekt die Innovationsgenerierung der Berater bei der Erstellung von WU und ÖPP-Eignungstests betreffen. Wenn die von externen Beratungsunternehmen entwickelten Innovationen in diesem Bereich durch Veröffentlichungen den Konkurrenten im Beratungsmarkt bekannt werden, dann haben sie geringere Anreize zur Innovationsgenerierung.[860] Allerdings sind in diesem Kontext drei Aspekte vorzubringen, durch die dieser negative Wettbewerbseffekt faktisch seine Bedeutung verliert: Erstens ist davon auszugehen, dass das Innovationspotential bei WU sehr stark begrenzt und bei ÖPP-Eignungstests nahezu nicht vorhanden ist.[861] Zweitens könnten die Berater – falls doch Innovationen möglich sein sollten – die

[858] Die Frage, inwieweit der Einbezug solcher Beratungsleistungen durch die öffentliche Hand sinnvoll ist oder nicht, wird hier ausgeklammert.

[859] Vgl. BRH (2010, S. 3), HDB (2010, S. 5 f.) und HESSE ET AL. (2013, S. 30).

[860] Vgl. für vertiefte Überlegungen zu dieser Argumentationslinie die Ausführungen zu TSI und VDI in Abschnitt 9.1.1.1.

[861] Es sei angemerkt, dass – falls doch Potential vorhanden sein sollte – die Innovationen auch von der öffentlichen Hand selbst auf der Programmebene generiert und (öffentlich) zur Verfügung gestellt werden können; siehe hierzu die Ausführungen zum Wissensmanagement im Abschnitt 2.3.2.

Offenlegung ihrer Innovationen in ihre Angebote einpreisen, sodass diese von der öffentlichen Hand (mit-)vergütet werden. Damit würde die Innovationstätigkeit nicht vollständig zum Erliegen kommen. Schließlich ist als dritter Aspekt zu betonen, dass durch die Veröffentlichung von WU und ÖPP-Eignungstests das bei deren Erstellung entscheidende implizite Wissen der Berater nicht offenbart wird bzw. keine Rückschlüsse darauf möglich sind.

Auf der anderen Seite ermöglicht die Veröffentlichung von WU und Eignungstests eine bessere Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure. Dieser vorteilhafte Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich ist aufgrund von Fehlanreizen und Opportunismuspotentialen bei den einbezogenen Beratern insbesondere bei (vorläufigen) WU von Bedeutung. So dürften sich die politökonomisch erklärbaren Fehlanreize, denen die öffentliche Hand bei der Erstellung von WU unterliegt, durch entsprechende Vorgaben auf ihre Berater übertragen. Hinzu kommt der Fehlanreiz aufseiten der Berater, (vorläufige) WU im Hinblick auf ein Ergebnis zugunsten des ÖPP-Ansatzes zielorientiert zu gestalten, um bei den komplexen und umfangreichen ÖPP-Projekten von Folgeaufträgen für Beratungsdienstleistungen profitieren zu können.[862] Diesen Fehlanreizen und Opportunismuspotentialen bei der Erstellung von WU durch externe Beratungsunternehmen kann durch eine Offenlegung und die damit mögliche gesellschaftliche Kontrolle entgegengewirkt werden. Des Weiteren sind das Wissensmanagement im öffentlichen Sektor und die Innovationsdiffusion als Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich zu beachten, weil sich die Veröffentlichung etwaiger von Beratern entwickelter innovativer Neuerungen bei WU und ÖPP-Eignungstests in dieser Hinsicht positiv auswirkt. Aufgrund des generell geringen Innovationspotentials und der Fokussierung auf den Bundesfernstraßen- und Bundeshochbaubereich in dieser Arbeit ist die Bedeutung dieses Effekts jedoch marginal.

Abschließend wird darauf eingegangen, was zu berücksichtigen ist, wenn die öffentliche Hand und ihre Berater eine WU (bzw. einen ÖPP-Eignungstest) in gemeinsamer Zusammenarbeit erstellen und dabei ggf. Innovationen (z.B. bei der WU-Methodik) entwickeln. In diesem Fall ist – ähnlich wie bei den Bieter-VDI in Abschnitt 9.1.1.1.2.1 – eine mögliche Umgehungs- und Zuordnungsproblematik zu beachten. Diese besteht darin, dass die öffentliche Hand Bestandteile einer WU, die sie ansonsten gegen ihren Willen herausgeben müsste, wegen Schwierigkeiten bei der klaren Abgrenzung als zu schützende Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Berater darstellen könnte.[863] Aufgrund dieser Möglichkeit für opportunistisches Verhalten ist eine Regelung sinnvoll, die bei einer Beteiligung der öffentlichen Hand, die im Regelfall gegeben sein dürfte, eine Zuordnung der gesamten WU zur Sphäre des öffentlichen Auftraggebers vorsieht.

Aus ökonomischer Sicht spricht somit alles dafür, dass der Einbezug von Beratern bei der Erstellung von WU und ÖPP-Eignungstests keinen Hinderungsgrund für deren Veröffentlichung darstellt. Daher sind aufgrund von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der von der öffentlichen Hand einbezogenen Berater keinerlei Schwärzungen bei der Herausgabe dieser Dokumententypen vorzunehmen.

---

[862] Vgl. BECKERS ET AL. (2014b, S. 63) und BRH / LRH (2011, S. 9).

[863] Dieser Aspekt kann auch als „regulatory arbitrage“ hinsichtlich des Ausnutzens von unterschiedlichen Schutzniveaus bei verschiedenen Sachverhalten eingeordnet werden.

### 10.1.2 Status quo: Rechtslage und Praxis

Zur Rechtslage hinsichtlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Beratungsunternehmen, die im Kontext der Erstellung von WU und ÖPP-Eignungstests vom öffentlichen Auftraggeber einbezogen werden, kann konkret nicht viel ausgeführt werden. Bislang liegen keine Gerichtsurteile im Kontext des IFG zu dieser Thematik vor. Zwar schützt das IFG in § 6 IFG grundsätzlich die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Berater, wobei in diesem Fall weniger Geschäfts- sondern eher Betriebsgeheimnisse betroffen sein dürften, weil es sich um exklusives Wissen der Berater handeln könnte,[864] aber bei den bisherigen IFG-Anfragen zu WU bei ÖPP-Vorhaben wurden vom Bundesverkehrsministerium keine Einwände gegen den Informationszugang hervorgebracht, die auf dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Berater beruhen.[865] Stattdessen wurde insbesondere auf den Schutz fiskalischer Interessen des Bundes als Ausschlusstatbestand abgestellt. Die – in Abschnitt 9.2.1.2 bereits erwähnte – vollständige Veröffentlichung des vom privaten Beratungsunternehmen PricewaterhouseCoopers durchgeführten ÖPP-Eignungstests für das Berliner Humboldt-Forum deutet beispielhaft darauf hin, dass bei der Herausgabe von ÖPP-Eignungstests in aller Regel keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Berater vorliegen dürften.[866] Der empirische Einblick in diesem Absatz liefert damit einen Hinweis darauf, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Berater bei der Veröffentlichung von WU wohl nicht betroffen sind und dies dürfte wegen des noch geringeren Bedarfs an speziellem Wissen für ÖPP-Eignungstests noch umfassender gelten.

Als Exkurs sei an dieser Stelle noch kurz auf den Status quo hinsichtlich der Veröffentlichung von Leistungsbeschreibungen für die Vergabe von Beratungsleistungen bei den ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau eingegangen. Hier vertritt die Bundesregierung die Auffassung, dass während einer solchen laufenden Vergabe die Leistungsbeschreibung nicht öffentlich zugänglich gemacht werden kann, aber einer Herausgabe nach deren Abschluss vom Grundsatz her nichts entgegensteht.[867] Des Weiteren wird betont, dass im Hinblick auf IFG-Anträge zu solchen Leistungsbeschreibungen keine pauschale Aussagen zu etwaigen Schwärzungen getroffen werden können, sodass es im Einzelfall durchaus zur Offenlegung einer geschwärzten Leistungsbeschreibung kommen kann.[868]

### 10.1.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen

Aufgrund der schwach ausgeprägten Erkenntnisse zum Status quo ist diesbezüglich eine fundierte Kritik nicht möglich. Die vorläufigen Handlungsempfehlungen basieren somit stark auf den Ergebnissen der ökonomischen Analyse. Diese hat gezeigt, dass mit Bezug zu (externen) Beratungsleistungen für die öffentliche Hand durch eine Veröffentlichung von WU und ÖPP-Eignungstests keine negativen Effekte zu erwarten sind, sondern vielmehr die Bedeutung einer stärkeren Kontrolle durch gesellschaftliche

---

[864] Siehe für diese Unterteilung Abschnitt 6.1.3.1.

[865] Vgl. BMVBS (2012) und BT-Drs. 17/3330 (2010, S. 7 ff.).

[866] Dies schließt nicht aus, dass private Beratungsunternehmen in anderen Fällen bei einer angedachten Offenlegung der von ihnen erstellten ÖPP-Eignungstests Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht doch geltend machen.

[867] Vgl. BT-Drs. 17/3196 (2010, S. 5).

[868] Vgl. BT-Drs. 17/6307 (2010, S. 5).

Akteure im Kontext von Fehlanreizen und Opportunismuspotentialen hervorzuheben ist. Aus breiter ökonomischer Sicht lässt sich daher feststellen, dass der Einbezug von externen Beratungsunternehmen in die Erstellung von WU und ÖPP-Eignungstests für die öffentliche Hand keinen Hinderungsgrund für deren spätere Offenlegung darstellen sollte. Falls aus juristischer Sicht doch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Berater von einer Veröffentlichung betroffen sein sollten, ist aufgrund der Umgehungs- und Zuordnungsproblematik eine Regelung für die klare Verortung von möglichen Innovationen im Rahmen von WU und ÖPP-Eignungstests bei der öffentlichen Hand zu befürworten. Wenn in der Verwaltung (und / oder in einer öffentlichen Wissensmanagement-Einheit) das notwendige Know-how für die Erstellung von WU und ÖPP-Eignungstests ausreichend vorhanden ist, kann damit der Beratungsbedarf vollständig bzw. auf ein Minimum reduziert werden, was mit dem Effekt einherginge, dass erst gar keine Probleme im Kontext etwaiger Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Beratern entstehen können.[869]

## 10.2 Einbezug von Beratern bei der Ausgestaltung von Verträgen

### 10.2.1 Auswirkungen von Transparenz auf etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Beratern

Dieser Abschnitt beschäftigt sich mit der Frage, wie sich die Offenlegung von Verträgen und Vertragsentwürfen auf die (juristischen) Berater der öffentlichen Hand auswirkt, wobei nur deren eingebrachte Vertragsdesign-Innovationen von Relevanz sind.[870] Hierfür wird insbesondere auf die Ausführungen zu den von Bietern eingebrachten Vertragsdesign-Innovationen („Bieter-VDI“) wegen der Ähnlichkeiten (vergleichend) Bezug genommen.

Grundsätzlich würden bei Intransparenz bezüglich der von den Beratern der öffentlichen Hand eingebrachten Vertragsdesign-Innovationen („Berater-VDI“) allgemeine Opportunismusprobleme existieren. So könnten juristische Berater bspw. dem (Fehl-)Anreiz unterliegen, möglichst komplexe und lediglich scheinbar gesamtwirtschaftlich wertvolle VDI einzubringen, damit bei Schwierigkeiten hinsichtlich der Auslegung bestimmter Klauseln o.Ä. während der langen Vertragslaufzeit erneut Beratungsbedarf seitens des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers entsteht. Dadurch wird eine gewisse Abhängigkeit der öffentlichen Hand vom entsprechenden Berater erzeugt. Die Opportunismusprobleme dürften zwar weniger stark ausgeprägt sein als bei den Bieter-VDI, aber durch das Offenlegen von Berater-VDI und der damit einhergehenden Möglichkeit zur Kontrolle durch die Gesellschaft kann das Opportunismuspotential weiter begrenzt werden. Des Weiteren führt das bereits im Kontext von Bieter-VDI in Abschnitt 9.1.1.1.2.1 dargestellte Expertiseproblem aufseiten der öffentlichen Hand oftmals dazu, dass diese die Qualität und die möglichen (Aus-)Wirkungen der von Beratern entwickelten Vertrags- und Finanzierungsklauseln nur schwer beurteilen kann. Bei einer Veröffentlichung von Berater-VDI nach Abschluss des Vergabeverfahrens kann die ex post Kontrolle durch Akteure bzw. Stakeholder aus dem

---

[869] Vgl. für den externen Beratungsbedarf bei der Erstellung von WU BWV (2013a, S. 25) und ÖPP DEUTSCHLAND AG (2013, S. 62).

[870] Die Ausführungen beziehen sich überwiegend auf Vertragsentwürfe, weil diese von der öffentlichen Hand in Zusammenarbeit mit den Beratern entwickelt werden. Darüber hinaus können bei der Veröffentlichung eines unterzeichneten Vertrags VDI betroffen sein, die erst während der Verhandlungsphase von den Beratern der öffentlichen Hand im ÖPP-Vergabeverfahren eingebracht wurden.

gesellschaftlichen und politischen Bereich auch bereits ex ante Anreizwirkungen hinsichtlich der Güte der Beratungstätigkeiten entfalten. Bei Transparenz im Vorfeld des Vertragsabschlusses kann die Kontrolle durch die Gesellschaft sogar noch stärker wirken und die Qualität von Verträgen bzw. von Berater-VDI auch direkt beeinflussen. Darüber hinaus gilt zudem das bereits im Kontext der Diskussion zu Bieter-VDI vorgebrachte Argument, dass die von Beratern öffentlicher Auftraggeber eingebrachten VDI oftmals unter aktiver Mitwirkung der öffentlichen Hand entstehen, wodurch eine exakte Feststellung des Entwicklers einer solchen Innovation kaum möglich ist. Dies dürfte bei Berater-VDI sogar noch deutlich häufiger der Fall sein als bei Bieter-VDI. Der im Zuge der Analysen zu Bieter-VDI erwähnte Aspekt einer Verbesserung des Wissensmanagements innerhalb des öffentlichen Sektors behält auch im Rahmen der Betrachtung von Berater-VDI weiterhin seine Gültigkeit und die Rationalität für ein entsprechendes Wissensmanagement ist sogar vergleichsweise noch stärker ausgeprägt, da Berater-VDI letztendlich im öffentlichen Bereich bzw. im Auftrag der öffentlichen Hand generiert werden.[871] Alle vorgenannten Punkte sprechen im Endeffekt mehr oder weniger stark für Transparenz hinsichtlich der von Beratern der öffentlichen Hand eingebrachten VDI.

Es ist wie mit Bezug zu TSI und Bieter-VDI vorstellbar, dass Transparenz auch bezüglich der Berater-VDI zu einer geringeren Innovationsgenerierung bzw. -dynamik im Bereich der für die öffentliche Hand tätigen Beratungsunternehmen führen könnte. Im Vergleich zu den Bieter-VDI ist dieses Argument hier etwas höher zu gewichten, weil davon auszugehen ist, dass der Anteil der gesamtwirtschaftlich wertvollen VDI größer ausfällt. Allerdings dürfte es letztlich zu keiner nennenswerten Reduktion der Innovationstätigkeit kommen, da potentielle private Berater der öffentlichen Hand die Veröffentlichung ihrer möglicherweise generierten VDI ex ante in ihre Angebote einpreisen können.[872] Somit werden die VDI über höhere Honorarforderungen von der öffentlichen Hand (mit-)vergütet, weshalb die Innovationsgenerierung für private Beratungsunternehmen weiterhin lohnenswert wäre. Je nach Perspektive können – wie bereits in Abschnitt 9.1.1.1 dargestellt – die fiskalischen Interessen der öffentlichen Hand dadurch vorteilhaft oder nachteilig betroffen sein, was dann wiederum entweder für oder gegen Transparenz spricht. Jedenfalls existiert damit das im Kontext der Betrachtung von TSI und Bieter-VDI beschriebene Phänomen der „Verbindungslinien“ grundsätzlich ebenfalls im Bereich der Berater-VDI.

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung lässt sich festhalten, dass hinsichtlich der von Beratern der öffentlichen Hand eingebrachten VDI sehr viel und im Vergleich zu Bieter-VDI noch mehr für Transparenz spricht. Negative Effekte infolge einer Veröffentlichung von Verträgen bzw. Vertragsentwürfen sind in diesem Zusammenhang kaum zu erwarten und werden generell von den positiven Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich überwogen.

---

[871] Im Kontext des Wissensmanagements im öffentlichen Sektor kann sich u.a. die Frage der Kostentragung stellen, also wer die Generierung von VDI als öffentliche (Wissens-)Güter, die andere öffentliche Auftraggeber ebenfalls nutzen können, finanziert bzw. finanzieren sollte.

[872] Eine projektscharfe Einpreisung der Innovationen in die Angebote dürfte ex ante in den meisten Fällen schwierig sein, sodass Beratungsunternehmen eher mit projektübergreifenden Pauschalen kalkulieren dürften.

### 10.2.2 Status quo: Rechtslage und Praxis

In Bezug auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Berater, die von der öffentlichen Hand bei der Ausgestaltung von Verträgen einbezogen werden, lässt sich nicht viel zum rechtlichen Status quo ausführen. Grundsätzlich werden diese von § 6 IFG erfasst. Die im Rahmen dieser Arbeit in Abschnitt 9.1.1.2 untersuchten Gerichtsurteile zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Kontext von Informationsbegehren zu Verträgen liefern keine Hinweise darauf, dass die Herausgabe von Verträgen aufgrund von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der ggf. von der öffentlichen Hand einbezogenen Berater abzulehnen wäre.

Die Veröffentlichungspraxis auf Bundesebene zeigt, dass zumindest bei dem Mustervertrag für die A- und V-Modelle, bei deren Erstellung Berater umfangreich mitwirkten, etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der privaten Beratungsunternehmen kein Hindernis für deren Offenlegung darstellten.[873] Dies gilt ebenfalls für den von der ÖPP Deutschland AG publizierten Mustervertrag für ÖPP-Projekte im Hochbaubereich, bei dem verschiedene private Berater beteiligt waren.[874] Inwieweit sich diese Erkenntnisse auf unterzeichnete Verträge ausweiten lassen, kann mangels empirischer Evidenz auf Bundesebene nicht beurteilt werden. Einen Hinweis könnte allerdings der erweiterte Blick auf die Landes- und Kommunalebene liefern: Bei sämtlichen auf der „Transparenzplattform“ veröffentlichten ÖPP-Verträgen sind zwar Schwärzungen vorgenommen worden, aber diese betreffen ausschließlich personenbezogene Daten sowie Vergütungs- und Finanzdaten und daher offensichtlich keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Berater (im Hinblick auf innovative Vertrags- und Finanzierungsklauseln).[875] Somit hatten zumindest in diesen Fällen die involvierten Berater scheinbar keine Bedenken gegen die Veröffentlichung der Verträge samt etwaiger Berater-VDI.

Schließlich sei an dieser Stelle als kurzer Exkurs auf die Rechtslage hinsichtlich der Veröffentlich von Leistungsbeschreibungen für Beratungsleistungen im Rahmen der Vertragsausgestaltung bei ÖPP-Projekten hingewiesen. Diesbezüglich können die Ausführungen aus dem vorherigen Unterkapitel zu WU und ÖPP-Eignungstests übernommen werden, sodass im Kontext des IFG einer Veröffentlichung solcher Leistungsbeschreibungen nach Abschluss der Vergabe grundsätzlich nichts entgegensteht.

### 10.2.3 Kritik des Status quo und vorläufige Handlungsempfehlungen

Den Status quo vor dem Hintergrund der ökonomischen Ausführungen kritisch zu hinterfragen, fällt schwer, weil die Erkenntnisse zur Rechtslage und Veröffentlichungspraxis bezüglich des Schutzes der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der von der öffentlichen Hand einbezogenen Berater dafür keine ausreichende Grundlage bieten. Daher basieren die Handlungsempfehlungen überwiegend auf den Ergebnissen der ökonomischen Analyse. So sollte aufgrund der zu erwartenden positiven Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich, denen keine negativen (Wettbewerbs-)Effekte gegenüberstehen, eine Transparenzvorgabe implementiert werden, die für Berater-VDI stets eine vollständige Veröffentlichung vorsieht. In diesem Zusammenhang sollte sich die öffentliche Hand in

---

[873] Vgl. BMVBW (2004, S. 1) für die Mitwirkung von Beratern bei der Entwicklung des Mustervertrags beim A-Modell. Bei der Erstellung des V-Modell-Mustervertrags dürfte ebenfalls Berater beteiligt gewesen sein, worauf BT-Drs. 17/13116 (2013, S. 9 f.) hindeutet.

[874] Vgl. ÖPP Deutschland AG (2014b, S. 20).

[875] Siehe für die „Transparenzplattform“ Abschnitt 9.1.1.2.4.

jedem Fall die uneingeschränkten Veröffentlichungsrechte der im Rahmen von Beraterverträgen für öffentliche Auftraggeber entwickelten VDI zusichern, um potentielle Komplikationen bei deren Veröffentlichung vorab zu vermeiden. Angesichts dieser Handlungsempfehlungen ist positiv hervorzuheben, dass zumindest bei der Veröffentlichung der ÖPP-Musterverträge im Fernstraßen- und Hochbaubereich die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Berater offenbar keine Rolle gespielt haben. Wenn die öffentliche Hand (ggf. auch über Wissensmanagement-Einheiten) umfangreich über Know-how zur Vertragsausgestaltung bei (ÖPP-)Projekten verfügen sollte, sodass der Einbezug von externen Beratern an Bedeutung verliert, dann geht dies im Kontext von Transparenz mit dem Effekt einher, dass etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Berater kaum als Ausnahmetatbestand in Betracht kommen.

# 11 Integrierte Gesamtbetrachtung von Transparenz bei ÖPP mit Fokus auf das Design der institutionellen Technologie

In diesem Kapitel erfolgt eine integrierte Gesamtbetrachtung von Transparenz bei ÖPP. Dabei werden verschiedene Aspekte beleuchtet, die bei den Analysen in den beiden vorhergehenden Kapiteln noch ausgeklammert wurden. So werden zunächst die bei den bisherigen (auf einen bestimmten Dokumententyp fokussierten) Analysen nicht berücksichtigten Interdependenzen zwischen verschiedenen Dokumententypen bei deren Veröffentlichung aufgearbeitet (Unterkapitel 11.1). Im Anschluss werden die Design-Elemente der Verortung von Entscheidungskompetenzen, der Konkretisierung als Teil der Regeldifferenzierung, des Verfahrens der Informationsbereitstellung und des Wissensmanagements dokumentenübergreifend untersucht (Unterkapitel 11.2). Die zum Design der institutionellen Technologie gehörende Horizontalisierung (hinsichtlich weiterer Beschaffungsvarianten und Infrastruktursektoren) wird in einem gesonderten Unterkapitel nachgelagert analysiert, weil sie einen speziellen und besonders wichtigen Aspekt darstellt (Unterkapitel 11.3). Somit dient dieses Kapitel letztendlich vor allem der Untersuchung der zweiten Fragenstellung von Teil C: Wie sollte im Hinblick auf Transparenz bei ÖPP und die bisherigen diesbezüglichen Erkenntnisse das Design der institutionellen Technologie ausgestaltet sein?[876]

## 11.1 Berücksichtigung von Interdependenzen zwischen den Dokumenten im Kontext von deren Veröffentlichung

Im bisherigen Verlauf von Teil C wurden die einzelnen Dokumente, die im ÖPP-Realisierungsprozess anfallen, isoliert betrachtet. Die Kernidee dieses Unterkapitels besteht deshalb darin, in einer nachgelagerten Gesamtschau auch etwaige Interdependenzen zwischen verschiedenen Dokumenten zu berücksichtigen. Dahinter steht folgende Überlegung: Wenn ein bestimmtes Dokument veröffentlicht wird, kann auch die Offenlegung eines bestimmten anderen Dokuments mehr Sinn ergeben, da sich die Wirkungsmächtigkeit von Transparenz möglicherweise erhöht. Somit stellt sich hier die Frage, inwieweit die Veröffentlichung eines Dokuments die Transparenzwirkungen bei der Herausgabe eines anderen Dokuments beeinflusst. Grundsätzlich dürfte dies davon abhängen, in welchem Ausmaß die Informationen aus einem Dokument zu einem besseren Verständnis bei einem anderen Dokument beitragen oder – anders formuliert – inwieweit Dokumente auch isoliert betrachtet verständlich sind und einzeln einen Informationswert haben.

Im Folgenden wird auf die wichtigsten Fälle von Interdependenzen zwischen Dokumenten eingegangen, ohne dabei jedoch eine tiefgehende Analyse vorzunehmen. An erster Stelle ist die Veröffentlichung von Vertragsanpassungen im Rahmen von Nachverhandlungen bei ÖPP-Projekten zu nennen, die einen höheren Wert für die Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure aufweist, wenn der ursprüngliche Vertrag ebenfalls offengelegt worden ist. Dies liegt darin begründet, dass die Änderungen am Vertrag (z.B. Vergütungsanpassungen) ohne das Wissen der vertraglichen Ausgangslage nur schwer zu beurteilen sind. Der zweite, recht offensichtliche Fall betrifft die vorläufige und abschließende WU. Eine Herausgabe der abschließenden WU geht mit einer stärkeren gesellschaftlichen Kontrolle einher, wenn

[876] Siehe für diese Fragestellung Abschnitt 8.3.1.

auch die vorläufige WU bereits zugänglich gemacht worden ist, oder – anders formuliert – bei der isolierten Veröffentlichung einer abschließenden WU ist dieser positive Transparenzeffekt im öffentlichen Bereich schwächer ausgeprägt. Dies ist damit zu erklären, dass die abschließende WU auf der vorläufigen WU aufbaut. Die Kenntnis der vorläufigen WU verbessert die Nachvollziehbarkeit der Ermittlung des finalen PSC und ÖPP-Vergleichswertes. Diese Interdependenz kann sich allerdings auch auf Wettbewerbseffekte auswirken: Die Bieter können besser lernen, wie sich aus dem PSC in der vorläufigen WU der finale PSC entwickelt, wenn sie sowohl vorläufige WU als auch abschließende WU kennen. Dieses Wissen können sie bei zukünftigen Vergabeverfahren berücksichtigen und damit die Unsicherheit bezüglich des Reservationspreises, also des PSC in der abschließenden WU, reduzieren. Eine weitere Interdependenz besteht zudem zwischen Controlling-WU und abschließenden (sowie in abgeschwächter Form vorläufigen) WU. Es ist davon auszugehen, dass die Kenntnis einer abschließenden WU für das Verständnis und die Beurteilung einer Controlling-WU förderlich ist. Die Möglichkeit der Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure hinsichtlich der Controlling-WU dürfte sich durch diese Interdependenz verbessern. Die Bedeutung dieser Interdependenz dürfte im Vergleich zu den vorhergenannten Wechselwirkungen zwischen Dokumenten allerdings als geringer einzustufen sein, weil die Controlling-WU die wesentlichen Bestandteile der abschließenden WU ohnehin enthält.

Die letzten beiden hier betrachteten Fälle betreffen die (funktionalen) Leistungsbeschreibungen für ÖPP-Projekte. Bei einer offengelegten Leistungsbeschreibung kann die veröffentlichte WU besser überprüft werden. Die Interdependenz zwischen diesen beiden Dokumententypen hat ihren Ursprung darin, dass die Leistungsbeschreibung eine wichtige Berechnungsgrundlage bei der Erstellung von WU bildet, ohne deren Kenntnis sich ein Nachvollziehen der Ermittlung des PSC und ÖPP-Vergleichswertes schwieriger darstellt. Außerdem hilft das Wissen um die Inhalte der Leistungsbeschreibung für das Verständnis und die Bewertung des ÖPP-Vertrags, weil nicht wenige vertragliche Regelungen auf die Leistungsbeschreibung zurückgehen bzw. auf diese referenzieren.[877]

Die Analysen zeigen, dass für die auftretenden Transparenzeffekte relevante Interdependenzen zwischen verschiedenen Dokumententypen bei ÖPP-Vorhaben bestehen. Diese Erkenntnis ist wichtig, weil das Ausmaß von Transparenzwirkungen infolge der Veröffentlichung eines Dokuments somit davon abhängen kann, ob auch ein bestimmtes anderes Dokument offengelegt worden ist. Derartige Interdependenzen dürften insbesondere bei nachverhandelten Vertragsanpassungen und ursprünglichen Verträgen sowie abschließenden und vorläufigen WU im Hinblick auf die Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure von Relevanz sein. Vor dem Hintergrund der beschriebenen Zusammenhänge sollten solche Interdependenzeffekte bei Veröffentlichungsentscheidungen berücksichtigt werden. Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht abschließend geklärt werden, wie dieser Aspekt bei Veröffentlichungsentscheidungen im Kontext des IFG gehandhabt wird. Fest steht jedoch, dass aufgrund der fehlenden Abwägungsklauseln beim Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und fiskalischen Interessen die Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich und somit auch

[877] Einen in der Praxis durchaus relevanten Sonderfall, da es sich im Prinzip um ein einzelnes Dokument handelt, stellen der ÖPP-Vertrag und dessen Anlagen dar. Die Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure bezüglich des Vertrags ist effektiver, wenn die dazugehörigen Anlagen (mit-)veröffentlicht sind. Dies gilt vor allem dann, wenn im Vertrag auf die Anlagen verwiesen wird.

diesbezügliche Interdependenzeffekte keine Berücksichtigung finden (können). Ansonsten scheint nicht ausgeschlossen zu sein, dass Wechselwirkungen zwischen zwei Dokumententypen mit in Betracht gezogen werden können, wie die bereits in Abschnitt 9.3.2.1 erwähnte Norm zur Verbindung zwischen ursprünglichem Vertrag und schiedsgerichtlichen Nachverhandlungen zu Vertragsanpassungen (vgl. § 3 Nr. 1 lit. g IFG) vom Prinzip her andeutet. Aufgrund der wenig validen Basis zum diesbezüglichen Status quo fällt das Ableiten von Handlungsempfehlungen (für gesetzliche Anpassungen) schwer. Da die Berücksichtigung von Interdependenzeffekten bei Veröffentlichungsentscheidungen grundsätzlich als sinnvoll einzustufen ist, sind in jedem Fall proaktive Wissensmanagement-Aktivitäten in dieser Hinsicht (wie Anwendungshinweise o.Ä.) zu empfehlen.

## 11.2 Dokumentenübergreifende Berücksichtigung des Designs der institutionellen Technologie

In diesem Unterkapitel geht es um das Design der institutionellen Technologie für Transparenz bei ÖPP über alle bisher betrachteten Dokumente hinweg. Die dabei zu untersuchenden Design-Elemente zielen primär auf die Effizienz, d.h. die (Transaktions-)Kosten des Transparenzregimes ab, daneben können sie sich ggf. auch auf das Transparenzniveau bzw. die Effektivität auswirken. Im Kern kommen hier die Erkenntnisse aus Kapitel 7 zur Anwendung, denn die leitenden Fragen in diesem Unterkapitel lauten: Wie sind die bisherigen Ergebnisse und vorläufigen Handlungsempfehlungen vor dem Hintergrund der Überlegungen in Kapitel 7 einzuordnen und inwieweit sind diese ggf. im Hinblick auf Effizienz sowie Effektivität (als spezielles Zielsystem in Teil C dieser Arbeit) anzupassen?[878] Auf dieser Basis wird als Erstes das Design-Element der Verortung von Entscheidungskompetenzen, also im Wesentlichen das Spannungsfeld zwischen klaren Transparenzregeln und Delegation, untersucht (Abschnitt 11.2.1). Darauf folgen die Konkretisierung als Teil der Regeldifferenzierung (Abschnitt 11.2.2) und die Frage der reaktiven oder proaktiven Informationsbereitstellung (Abschnitt 11.2.3). Zum Schluss wird sich der Thematik der Ausgestaltung des Wissensmanagements gewidmet (Abschnitt 11.2.4).

### 11.2.1 Verortung von Entscheidungskompetenzen

Bei der Frage der Verortung von Entscheidungskompetenzen geht es im Wesentlichen darum, ob es im Hinblick auf die Entscheidung über die Veröffentlichung von Dokumenten bei ÖPP-Vorhaben sinnvoller ist, dass die Politik bzw. der Gesetzgeber (einfache) klare Regeln festlegt (Variante I.a) oder eine Delegation an eine (zentrale) neutrale Transparenzbehörde (Variante II) oder an betroffene Behörden (Variante III) vornimmt. Diese wichtige Ausgestaltungsfrage bei Transparenzregimen wurde im Unterkapitel 7.1 (Verortung von Entscheidungskompetenzen) umfangreich abstrakt analysiert und die generierten Erkenntnisse sollen hier teilweise zur Anwendung kommen.

Bei der Untersuchung der Fragestellung erfolgt bezüglich der beiden Delegationsvarianten zunächst keine Unterscheidung, aber am Ende des Abschnitts wird dieser Aspekt aufgegriffen.[879] Diese

---

[878] Das in den Kapiteln 9 und 10 als optimal identifizierte Transparenzniveau für die jeweiligen Dokumente (also im Hinblick auf die zentralen Gestaltungsfragen) bleibt hier i.d.R. unberührt. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn sich herausstellen sollte, dass die Durchsetzung des Transparenzniveaus mit zu hohen (Transaktions-) Kosten einhergeht und dies nicht über das Design der institutionellen Technologie kompensiert werden kann.

[879] Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in diesem Abschnitt der Plural Behörden für beide Delegationsvarianten verwendet, sodass damit nicht nur Variante III gemeint ist.

Ausgestaltungsfrage ist von hoher Relevanz, weil eine unpassende Verortung mit unnötig hohen (Transaktions-)Kosten einhergeht. Als wichtige Voraussetzungen für die Eignung von klaren Regeln sind in Abschnitt 7.1.1.1 eine gute Kontrahierbarkeit und die damit in Verbindung stehenden Faktoren einer geringen Dynamik sowie einer hohen Homogenität der Transparenzwirkungen identifiziert worden. Da im (ÖPP-)Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus grundsätzlich von einer geringen Dynamik ausgegangen werden kann, sind hier die anderen beiden genannten Faktoren von entscheidender Bedeutung. Im Folgenden werden vor diesem Hintergrund zunächst die bisherigen Ergebnisse eingeordnet und ggf. angepasst, um anschließend einige generelle Aspekte zu erörtern.

#### *REGELUNGEN FÜR DEN UMGANG MIT BETRIEBS- UND GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN BEI ÖPP-PROJEKTEN UND DIE VERORTUNG VON ENTSCHEIDUNGSKOMPETENZEN*

Im Hinblick auf Regelungen zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei ÖPP-Projekten ist nach den jeweiligen Dokumententypen zu unterscheiden. Beim ÖPP-Vertrag haben die bisherigen Ergebnisse heterogene Transparenzeffekte aufgezeigt, sodass die Gestaltung einer einfachen, klaren und einheitlichen Regel für den gesamten Vertrag nicht möglich ist. Daher ist eine Systematisierung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach technisch-systemischen Innovationen (TSI), Vertragsdesign-Innovationen (VDI) sowie Vergütungs- und Finanzdaten (VFD) als sinnvoll anzusehen. Diese feinere Differenzierung ermöglicht eine adäquatere Regelung in Bezug auf die Etablierung von Abwägungs- und Vorjustierungsmodellen und damit einhergehend eine spezifische Verortung von Entscheidungskompetenzen.

Bezüglich der TSI haben die bisherigen Analysen ergeben, dass diese absolut geschützt sein sollten, d.h. eine Abwägung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit findet nicht statt.[880] Das Modell des absoluten Schutzes bei TSI korrespondiert mit einer Verortung von Entscheidungskompetenzen bei der Politik, weil diese mit einer einfachen, klaren Regel die Veröffentlichungsentscheidungen selbst fällt (keine Veröffentlichung von TSI, sofern es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt) und die Behörden als operative Entscheidungsverkünder fungieren. Aufgrund der Tatsache, dass sich TSI klar von den VDI und VFD abgrenzen lassen, die Transparenzauswirkungen sehr homogen ausfallen und somit insgesamt eine entsprechende Veröffentlichungsregel gut beschrieben werden kann, ist es als sinnvoll einzustufen, wenn die Politik bei der Regelungsausgestaltung so vorgeht. Im Vergleich zum Status quo, in dem bereits ein absolutes Recht hinsichtlich des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gilt, würde sich nichts ändern.

Die Analyseergebnisse zu VDI haben gezeigt, dass eine Unterteilung zwischen Bieter-VDI (Auftragnehmerebene) und den von Beratern der öffentlichen Hand bzw. von ihr selbst entwickelten VDI (Auftraggeberebene) vorzunehmen ist, die dann auch eine unterschiedliche Verortung von Entscheidungskompetenzen mit sich bringt. Bezüglich der Bieter-VDI wurde eine Abwägung zwischen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit mit einer sehr starken Vorjustierung zu möglichst umfangreicher Transparenz als sinnvoll

[880] Siehe hierzu Abschnitt 9.1.1.3.

herausgearbeitet, die im Regelfall zur Veröffentlichung von Bieter-VDI führt.[881] Somit ist bzw. bleibt die Entscheidungskompetenz zum großen Teil bei der Politik verortet, da sie den Behörden bei der konkreten Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen die Richtung recht eng vorgibt. Die vorgesehene stark vorjustierte Abwägungsregelung geht deutlich in Richtung einer (einfachen) klaren Regel. Diese institutionelle Ausgestaltung weist eine hohe Rationalität auf, weil Bieter-VDI zum einen grundsätzlich – bis auf ÖH-VDI – gut von anderen Bereichen abgegrenzt werden können und zum anderen die Auswirkungen der Offenlegung von Bieter-VDI unabhängig von verschiedenen denkbaren Konstellationen weitgehend einseitig ausfallen, da nahezu ausschließlich positive Transparenzeffekte zu erwarten sind, sodass insgesamt eine gute Kontrahierbarkeit für eine entsprechende Transparenzregel vorliegt. Ähnlich wie bei den TSI wäre durch die Umsetzung dieses Abwägungs- und Vorjustierungsmodells im IFG im Vergleich zum Status quo die Entscheidungskompetenz etwas stärker bei den Behörden verortet.

In Bezug auf die Berater-VDI und ÖH-VDI ist gezeigt worden, dass diese stets komplett veröffentlicht werden sollten und somit keinerlei Abwägung mit dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu erfolgen hat.[882] Wenn die Politik eine solche Transparenzregel hinsichtlich dieser beiden VDI aufstellt („Transparenz bei Berater-VDI und ÖH-VDI als absolutes Recht"), dann trifft sie mit dieser klaren, einfachen Regel die Veröffentlichungsentscheidung quasi generell selbst und die Behörden agieren lediglich als operative Einheiten der Entscheidungsverkündung. In diesem Fall liegt die Entscheidungskompetenz folglich eindeutig bei der Politik. Bei den Berater- und ÖH-VDI ist ein solches Design der institutionellen Technologie vor dem Hintergrund der guten Kontrahierbarkeit und der klaren, homogenen sowie positiven Transparenzeffekte als sinnvoll einzustufen. Die Einführung eines solchen absoluten Rechts für Transparenz bei Berater- und ÖH-VDI würde im Vergleich zum Status quo an der Verortung der Entscheidungskompetenz bei der Politik nichts ändern, sie wäre jedoch mit einem Wechsel vom absoluten Recht für den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zum absoluten Recht auf Transparenz verbunden. Hinsichtlich der VDI sei abschließend ein Punkt erwähnt: Die bisherigen Ergebnisse haben gezeigt, dass die Veröffentlichungsrechte bezüglich der Bieter- und Berater-VDI stets bei der öffentlichen Hand liegen sollten. Dies kann von der Politik als klare, einfache Regel, die allerdings nicht die Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen strukturiert, sondern zur Vermeidung von etwaigen Komplikationen beim Offenlegungsprozess beiträgt, festgeschrieben werden.

Für die VFD wurde anhand der bisherigen Analyseerkenntnisse eine Abwägung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit ohne jegliche Vorjustierung empfohlen.[883] Diese vorbehaltlose Abwägung geht mit einer starken Delegation der Entscheidungskompetenz von der Politik an die Behörden einher, denn die Politik gibt lediglich vor, dass eine Abwägung zwischen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und den (positiven) Transparenzeffekten zu erfolgen hat, engt den behördlichen Entscheidungsspielraum aber nicht in Form von Vorjustierungen ein. Die Implementierung einer solchen Abwägungsregel ist als sinnvoll

[881] Siehe hierzu Abschnitt 9.1.1.3.

[882] Siehe hierzu die Abschnitte 9.1.1.3 und 10.2.3 hinsichtlich ÖH-VDI bzw. Berater-VDI.

[883] Siehe hierzu Abschnitt 9.1.1.3.

einzustufen, weil VFD hinreichend genau von TSI und VDI abgrenzbar sind und die Transparenzeffekte infolge einer Veröffentlichung von VFD je nach Konstellation unterschiedlich ausfallen können. Die Etablierung einer solchen vorbehaltlosen Abwägung würde im Vergleich zum Status quo eine Verschiebung der Entscheidungskompetenz weg von der Politik in Richtung der Behörden bedeuten.

In Bezug auf ÖPP-Vertragsentwürfe wurde in dieser Arbeit herausgearbeitet, dass aufgrund der sehr homogenen, positiven Transparenzeffekte eine klare, einfache Regel für deren generelle Offenlegung umsetzbar ist.[884] Die Etablierung einer solchen Regelung korrespondiert mit einer – im Vergleich zum Status quo etwas stärkeren – Verortung der Entscheidungskompetenz bei der Politik. Hinsichtlich der Bieterangebote wiederum wurde festgestellt, dass die bestehenden Regelungen im IFG, die ein absolutes Recht zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vorsehen, angemessen sind und insoweit keine Änderungen vorgenommen werden sollten.[885] Im Hinblick auf die institutionelle Ausgestaltung gehen beide diese Regelungen mit einer Verortung der Entscheidungskompetenzen bei der Politik einher.

#### *REGELUNGEN FÜR DEN UMGANG MIT FISKALISCHEN INTERESSEN BEI ÖPP-PROJEKTEN UND DIE VERORTUNG VON ENTSCHEIDUNGSKOMPETENZEN*

Nach den Ausführungen zu Regelungen für den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei ÖPP-Projekten und deren Zusammenhang mit der Verortung von Entscheidungskompetenzen werden entsprechende Analysen im Folgenden im Kontext des Schutzes fiskalischer Interessen und der damit in Verbindung stehenden Dokumente fortgeführt.

Im Hinblick auf ÖPP-Eignungstests haben die bisherigen Analyseergebnisse ergeben, dass bei einer Veröffentlichung unabhängig von verschiedenen denkbaren Konstellationen ausschließlich positive Transparenzauswirkungen auftreten können.[886] Als Empfehlung wurde daraus eine Transparenzvorgabe abgeleitet, die stets eine vollständige Offenlegung von ÖPP-Eignungstests vorsieht. Diese klare, einfache Regel korrespondiert mit einer Verortung der Entscheidungskompetenz bei der Politik, denn die Behörden haben die von der Politik generell gefällte Veröffentlichungsentscheidung ohne jeglichen Handlungsspielraum nur noch operativ auszuführen. Vor dem Hintergrund der Homogenität der zu erwartenden Transparenzeffekte und der guten Kontrahierbarkeit würde die Etablierung einer solchen Regelung im Zuge des Designs der institutionellen Technologie und der Verortung von Entscheidungskompetenzen eine hohe Rationalität aufweisen.

Mit Bezug zu (vorläufigen und abschließenden) Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen haben die Analysen in dieser Arbeit aufgezeigt, dass eine Veröffentlichung dieser Dokumente in unterschiedlichen Situationen viele verschiedene positive, aber auch negative Transparenzauswirkungen nach sich ziehen kann.[887] Dieses sehr heterogene Bild hinsichtlich der möglicherweise auftretenden Transparenzeffekte ermöglicht keine klare, einfache Regelsetzung, die bspw. eine komplette

[884] Siehe hierzu Abschnitt 9.1.2.
[885] Siehe hierzu Abschnitt 9.1.3.
[886] Siehe hierzu Abschnitt 9.2.1.
[887] Siehe hierzu Abschnitt 9.2.2.

Offenlegung von WU stets vorsieht, sondern es müssten Regelungen mit umfangreichen und detaillierten Kontingenzen o.Ä. erarbeitet werden, die aufgrund der Komplexität des Sachverhalts wohl dennoch ein gewisses Potential für falsche Veröffentlichungsentscheidungen aufweisen würden. Es wäre jedoch vorstellbar, dass zumindest für einige Bestandteile von WU (wie z.B. die WU-Methodik und die monetarisierten Nutzeneffekte) klare, einfache Veröffentlichungsregeln etabliert werden könnten und die Politik somit für diese Teilbereiche die Entscheidungskompetenz vollumfassend wahrnimmt und keine Delegation an die Behörden stattfindet. Für die zentralen Bestandteile einer WU (insbesondere den PSC, den ÖPP-Vergleichswert und die Effizienzunterschiede) ist aufgrund der Heterogenität und Komplexität die Etablierung einer Abwägung zwischen dem Schutz fiskalischer Interessen und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit in jedem Fall gerechtfertigt. Entsprechend der Analyseergebnisse zu WU könnten bezüglich der einzelnen WU-Bestandteile und der verschiedenen denkbaren Konstellationen zahlreiche differenzierte Abwägungs- und Vorjustierungsmodelle ausgestaltet werden. Um eine einheitliche und wenig komplexe Regelung zu designen und das recht hohe Potential für falsche Veröffentlichungsentscheidungen einzudämmen, ist jedoch eine generelle vorbehaltlose Abwägungsregel vorzuziehen. Eine solche vorbehaltlose Abwägung geht mit einer umfangreichen Delegation der Entscheidungskompetenzen von der Politik an die Behörden einher. Der entscheidende Vorteil dieser institutionellen Ausgestaltung liegt darin, dass die Behörden bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen beim entsprechenden Einzelfall alle möglichen Transparenzeffekte ohne einschränkende (und ggf. hinderliche) Vorjustierungen abwägen können. Da die Politik diese komplexen Sachverhalte bei gegebenem Wissensstand nicht in einer klaren, einfachen Regel abbilden kann, ist die vorbehaltlose Abwägungsregelung als ein sinnvolles Vorgehen beim Regeldesign einzustufen. Abschließend sei angemerkt, dass die Analysen in Abschnitt 10.1.3 deutlich gemacht haben, dass der Einbezug von Beratern bei der Erstellung von WU kein Hindernis für deren Veröffentlichung darstellt. Dieser Sachverhalt könnte mit einer klaren, einfachen Regel adressiert werden, sodass die Entscheidungskompetenz in dieser Hinsicht bei der Politik verbleibt.

#### *REGELUNGEN FÜR WEITERE DOKUMENTE UND DIE VERORTUNG VON ENTSCHEIDUNGSKOMPETENZEN*

Bezüglich der (funktionalen) Leistungsbeschreibung haben die bisherigen Erkenntnisse gezeigt, dass deren Veröffentlichung unabhängig von verschiedenen Konstellationen nur positive Transparenzeffekte auslösen kann. Diese Homogenität spricht beim Design der institutionellen Technologie für eine klare, einfache Regel, Leistungsbeschreibungen stets vollständig offenzulegen, und somit könnte die Politik die Entscheidungskompetenz in dieser Frage selbst in vollem Umfang wahrnehmen, indem sie eine generelle Veröffentlichungsentscheidung für diesen Dokumententyp trifft.

Bei den Untersuchungen zur Controlling-WU wurde deutlich, dass die Offenlegung von (disaggregierten) realisierten Kosten- und Leistungsdaten eines ÖPP-Auftragnehmers im Regelfall überwiegend mit negativen Auswirkungen einhergeht. Aufgrund des nicht so einheitlichen Bildes bei den Transparenzeffekten spricht deshalb wenig für eine klare, einfache Regel, sondern es erscheint vielmehr eine Abwägung mit starker Vorjustierung in Richtung Geheimhaltung der Kosten- und Leistungsdaten aus der Controlling-WU vorteilhaft. Im Vergleich zum Status quo, in dem ein absolutes Recht hinsichtlich des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gilt, würde eine Etablierung dieses Abwägungs- und Vorjustierungsmodells im IFG eine graduelle Verschiebung der Entscheidungskompetenz von der Politik hin zu den Behörden bedeuten.

Des Weiteren ist im Hinblick auf Nachverhandlungen und Vertragsanpassungen herausgearbeitet worden, dass das Schutzniveau bezüglich VFD bei einer Offenlegung aufgrund der bilateralen Monopolsituation und der damit verbundenen besonderen Bedeutung einer gesellschaftlichen Kontrolle im Vergleich zum (ursprünglichen) Vertrag tendenziell niedriger ausfallen sollte. Vor diesem Hintergrund eignet sich ein ähnliches Abwägungs- und Vorjustierungsmodell, wie für die VFD im ursprünglichen Vertrag vorgeschlagen, allerdings sollte dieses noch stärker in Richtung Transparenz vorjustiert sein. Dies ginge entsprechend mit einer noch umfangreicheren Entscheidungskompetenz bei der Politik einher.

Schließlich sind noch die Prüfungsdokumente des Bundesrechnungshofes zu betrachten, die in Bezug auf das Design der institutionellen Technologie bei der Verortung von Entscheidungskompetenzen eine Sonderrolle einnehmen. Denn die de facto Bereichsausnahme des Bundesrechnungshofes im Status quo stellt eine spezielle, bisher nicht berücksichtigte Variante der Verortung von Entscheidungskompetenzen dar, weil der Bundesrechnungshof von der Politik sogar das Recht zugesprochen bekommen hat, eigene Regeln für die Veröffentlichung von Prüfungsdokumenten aufzustellen und zu vollziehen.[888] Des Weiteren gibt es in dieser Spezialvariante nicht die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Veröffentlichungsentscheidungen wie beim IFG, was zwar zu geringen (Transaktions-)Kosten führen dürfte, aber unter Umständen mit einem (zu) niedrigen Transparenzniveau und folglich einer geringen Effektivität einhergeht. Vor diesem Hintergrund deuten die bisherigen Analysen darauf hin, dass hinsichtlich der Sonderstellung des Bundesrechnungshofes über eine Reform nachgedacht werden sollte, durch die sich die Entscheidungskompetenz wieder in Richtung der Politik verschiebt. So könnte eine angemessenere Regelung zum Beispiel lauten, dass der Bundesrechnungshof seine Prüfungsdokumente grundsätzlich offenzulegen hat, wobei gemäß den im IFG normierten Ausnahmetatbeständen Unkenntlichmachungen vorzunehmen sind.

***ABSCHLIEßENDE, ÜBER DIE BISHERIGEN ÜBERLEGUNGEN HINAUSGEHENDE ASPEKTE***

Wenn sich die Politik (bzw. ein Regeldesigner) unsicher ist, ob eine von ihr angedachte klare Regel tatsächlich eindeutig verständlich ist oder eventuell doch die Gefahr besteht, dass es sich nur vermeintlich um eine klare Regel handelt, dann kann die Delegation von Entscheidungskompetenzen an Behörden durchaus die passendere institutionelle Ausgestaltung darstellen, zumal eine Abwägung verbunden mit einer entsprechenden Vorjustierung die politischen Vorstellungen auch so ausreichend absichern kann. Bei den in diesem Abschnitt vorgeschlagenen klaren Regeln dürfte es sich mit großer Sicherheit um keine vermeintlich klaren Regeln handeln, aber komplett auszuschließen ist dies letztlich nicht, sodass diese Handlungsalternative an dieser Stelle zumindest aufgezeigt werden soll.

Des Weiteren sei im Kontext der vorgestellten klaren, einfachen Regeln für den Fall, dass diese – aus juristischer Sicht – im aktuellen IFG nicht sinnvoll implementiert werden können, eine alternative Idee erwähnt: Es wäre vorstellbar, dass die Politik einer öffentlichen (Wissensmanagement-)Organisation das Recht erteilt, verbindliche Vorgaben (z.B. in Form von Leitfäden oder Listen) aufzustellen, welche

[888] Diese Spezialvariante hat gewisse Ähnlichkeiten zur in Abschnitt 7.1.3 diskutierten Variante III (Delegation an betroffene Behörde), geht aber aufgrund der Möglichkeit, unabhängig von der Politik eigene Veröffentlichungsregeln zu designen, weit darüber hinaus.

Dokumententypen grundsätzlich von Behörden veröffentlicht werden müssen. Bei dieser – juristisch ebenfalls nicht näher geprüften und somit möglicherweise rechtlich gar nicht umsetzbaren – Idee ist der starke Bezug zur Ausgestaltung des Wissensmanagements als ein weiterer Bestandteil des Designs der institutionellen Technologie zu beachten.[889]

Zum Schluss dieses Abschnitts soll die bislang nicht beachtete Frage, ob die Politik im Falle einer Delegation von Entscheidungskompetenzen einen Wechsel vom derzeitigen System, das – gemäß Abschnitt 7.1.3 – der Variante III („Delegation an betroffene Behörden") ähnelt, hin zur Variante II („Delegation an eine neutrale Transparenzbehörde") vornehmen sollte.[890] Aufgrund der politökonomisch erklärbaren Fehlanreize und der vorhandenen Opportunismuspotentiale bei den ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus dürften die beiden betroffenen Behörden (derzeit das BMVI und das BMI sowie deren Geschäftsbereiche) ein gewisses Eigeninteresse daran haben, bei den Veröffentlichungsentscheidungen hinsichtlich angefragter Dokumente aus dem ÖPP-Realisierungsprozess eher transparenzskeptisch als transparenzfreundlich vorzugehen. Somit dürften im derzeitigen System die gefällten Veröffentlichungsentscheidungen im Vergleich zu einem Modell mit einer neutralen Transparenzbehörde ein geringeres Transparenzniveau aufweisen. Zumindest vor diesem Hintergrund und gemäß dieser groben Einschätzung könnte ein Systemwechsel zur Variante mit einer neutralen Transparenzbehörde vorteilhaft sein. Allerdings bezieht sich diese Aussage nur auf ÖPP bei den Bundesfernstraßen- und im Bundeshochbau, da etwaige Horizontalisierungsprobleme bei der Ausweitung auf andere Bereiche nicht betrachtet wurden. Die Einrichtung einer neutralen, nur für diese ÖPP-Bereiche zuständigen Transparenzbehörde wiederum dürfte vom Nutzen-Kosten-Verhältnis nicht angemessen sein.[891] Darüber hinaus ist fraglich, ob im Kontext des IFG die Etablierung einer solchen neutralen Transparenzbehörde rechtlich überhaupt umsetzbar wäre. Somit bleibt festzuhalten, dass ein Systemwechsel bei der Delegation an Behörden aufgrund eines zu erwartenden höheren Transparenzniveaus zwar durchaus sinnvoll wäre, aber auch einige Fragen aufwirft, die im Rahmen dieser Arbeit nicht geklärt werden können.

### 11.2.2 Konkretisierung als Teil der Regeldifferenzierung

In diesem Abschnitt werden die bisher ausgearbeiteten Handlungsempfehlungen zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und fiskalischen Interessen hinsichtlich ihrer Konkretisierung eingeordnet und – sofern dabei Verbesserungspotentiale identifiziert werden – ggf. noch angepasst. In diesem Zusammenhang wird zum Teil auf die Erkenntnisse bezüglich der in Abschnitt 7.2.1 aufgezeigten Einflussfaktoren wie Kontrahierbarkeit, Wissensstand und Dynamik, Volumen und Bedeutung sowie Risikoaversion eingegangen.

---

[889] Siehe hierzu in Abschnitt 7.4.2 die Ausführungen zu der Festlegung verbindlicher Transparenzvorgaben als eine mögliche Wissensmanagement-Aufgabe.

[890] Die Frage der Involvierung von Dritten, wie z.B. privaten Unternehmen, in die Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen (Variante II* bzw. III*) wird hier nicht betrachtet.

[891] Alternativ wäre es vorstellbar, dass diese Aufgabe von einer – wie in Abschnitt 2.3.2 beschriebenen – öffentlichen, unabhängigen Wissenmanagement-Organisation im Infrastrukturbereich mitübernommen werden könnte. Diese würde ggf. bereits über ausreichend Wissen verfügen, um mögliche Transparenzauswirkungen adäquat abzuschätzen. Die Umsetzbarkeit dieser Variante im Kontext des IFG müsste juristisch geprüft werden.

***EINORDNUNG DER VORGESCHLAGENEN REGELUNGEN ZUM SCHUTZ VON BETRIEBS- UND GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN HINSICHTLICH IHRER KONKRETISIERUNG***

Die empfohlene feinere Differenzierung bzw. explizite Systematisierung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in technisch-systemische Innovationen, Vertragsdesign-Innovationen sowie Vergütungs- und Finanzdaten mit den daran geknüpften spezifischen Abwägungs- und Vorjustierungsmodellen ist gegenüber der aktuellen Regelung im IFG klar als eine tiefere Konkretisierung einzustufen. Neben der bereits im vorangegangenen Abschnitt thematisierten Kontrahierbarkeit sprechen auch der recht gut gesicherte Wissensstand bei Politik und Anwendern verbunden mit einer geringen Dynamik in diesem Bereich für eine gute Umsetzbarkeit einer solchen tieferen Konkretisierung. Des Weiteren sind die hohen Projektvolumina und die nicht zu unterschätzende politische und gesellschaftliche Bedeutung der ÖPP-Vorhaben auf Bundesebene ein Indikator für die Vorteilhaftigkeit einer stärkeren Konkretisierung. Da die Handlungsempfehlungen mit den grundlegenden Überlegungen zur Konkretisierung von Regelungen kompatibel sind, besteht diesbezüglich kein Anpassungsbedarf.

***EINORDNUNG DER VORGESCHLAGENEN REGELUNGEN ZUM SCHUTZ FISKALISCHER INTERESSEN HINSICHTLICH IHRER KONKRETISIERUNG***

Im Hinblick auf die IFG-Norm zum Schutz fiskalischer Interessen wurden im Kontext der Analysen zur Transparenz hinsichtlich WU gewisse Handlungsempfehlungen abgeleitet. In Bezug auf die Frage der Brutto- oder Nettobetrachtung von Effekten wurde Handlungsbedarf aufgezeigt: Die bestehende Regelung sollte durch eine Klarstellung, dass die Nettobetrachtung anzuwenden ist, auf Gesetzesebene geändert werden.[892] Dies würde gegenüber dem Status quo eine etwas tiefere Konkretisierung zur Folge haben, die gemäß den genannten Einflussfaktoren bei dieser Ausgestaltungsfrage auch ohne Probleme möglich wäre. Denn eine Regelung, die sowohl die Berücksichtigung negativer als auch positiver Wettbewerbseffekte vorschreibt und somit den resultierenden Saldo bzw. Nettoeffekt als entscheidenden Maßstab für die Beeinträchtigung der fiskalischen Interessen festlegt, ist adäquat kontrahierbar. Der Wissensstand beim Regeldesigner und den Anwendern hinsichtlich möglicher vor- und nachteilhafter Wettbewerbseffekte ist zudem in ausreichendem Maß vorhanden und die Dynamik in dieser Hinsicht ist als gering einzustufen. Die großen Volumina und die hohe Bedeutung der ÖPP-Projekte auf Bundesebene sprechen ebenfalls für eine tiefere Konkretisierung.

Bei der Frage, ob nur solche Transparenzauswirkungen bei Veröffentlichungsentscheidungen Berücksichtigung finden sollten, die die fiskalischen Interessen des Bundes berühren, oder ob darüber hinaus auch Effekte auf andere Gebietskörperschaften (insbesondere auf die Länder und ggf. deren Kommunen) beachtet werden sollten, wurde als Handlungsempfehlung eine in der IFG-Norm auf Gesetzesebene zu implementierende Öffnungsvorschrift erarbeitet, die (in bestimmten Fällen) auch die Berücksichtigung von Transparenzauswirkungen im Mehrebenensystem ermöglicht.[893] Die Einführung einer solchen Öffnungsvorschrift im IFG würde gegenüber dem Status quo eine tiefere Konkretisierung

[892] Siehe hierzu Abschnitt 9.2.2.3. Die dort ebenfalls vorgeschlagenen Alternativen (verbindliche Vorgaben unterhalb der Gesetzesebene und / oder Wissensmanagement-Aktivitäten) wären ohne Eingriffe auf Gesetzesebene möglich, sodass damit keine stärkere Konkretisierung im IFG verbunden wäre.

[893] Siehe hierzu Abschnitt 9.2.2.3.

des Regelungssachverhalts bedeuten. Einen interessanten Punkt stellt in diesem Kontext die Risikoaversion der Politik bzw. des Regeldesigners als möglicher Einflussfaktor auf die Regelausgestaltung dar. Wenn eine hohe Risikoaversion in dem Sinne vorliegt, dass befürchtet wird, aufgrund des Fehlens einer entsprechenden Öffnungsvorschrift könnte es zu schwerwiegenden Fehlentscheidungen aus gesamtstaatlicher Sicht kommen (weil Behörden offensichtliche, die fiskalischen Interessen anderer Gebietskörperschaften im Mehrebenensystem maßgeblich beeinflussende Transparenzauswirkungen gemäß IFG nicht berücksichtigen dürfen), dann sollte sich die Politik bzw. der Regeldesigner eher für eine solche Öffnungsklausel aussprechen. Umgekehrt ist davon auszugehen, dass bei einer schwach ausgeprägten Risikoaversion tendenziell weniger die Notwendigkeit für die Etablierung einer Öffnungsvorschrift besteht. Falls die Öffnungsvorschrift auf bestimmte, bedeutsame Fälle begrenzt werden soll, bspw. damit eine Behörde nicht in jedem Fall Transparenzauswirkungen im Mehrebenensystem, die sich schlussendlich ggf. als irrelevant herausstellen, mit hohem Ressourcenaufwand abschätzen muss, könnte es bei einer solchen Regelung durchaus zu Kontrahierungsproblemen kommen, weil sich die Abgrenzung zum Regelfall als schwierig erweisen kann. Des Weiteren ist im Kontext einer solchen Öffnungsvorschrift zu beachten, dass der Wissensstand der Politik bzw. des Regeldesigners, was genau die bestimmten, bedeutsamen Fälle sein könnten und wie sich eine solche Regelung auf die Veröffentlichungsentscheidungen allgemein auswirken könnte, aufgrund von geringen Erfahrungswerten und der hohen Komplexität des Sachverhalts als eher gering einzuschätzen sein dürfte. Diese Ausführungen zeigen, dass eine noch tiefere Konkretisierung durch die Etablierung einer „Sonderfall-Klausel“ mit gewissen Problemen einhergehen kann.

Schließlich haben die Analysen zum Schutz fiskalischer Interessen gezeigt, dass im Kontext von WU bei ÖPP-Projekten in jedem Fall die Möglichkeit einer Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit über eine entsprechende Regelung im IFG eröffnet werden sollte.[894] Die Überlegungen im vorherigen Abschnitt zur Verortung von Entscheidungskompetenzen sprechen für eine einheitliche, vorbehaltlose Abwägungsvorschrift. Ein solcher Wechsel vom absoluten Recht hin zu einem relativen Recht hinsichtlich des Schutzes fiskalischer Interessen, ausgestaltet in Form einer Abwägung ohne von der Politik voreingestellte Gewichtungen, kann weder als stärkere noch als geringere Konkretisierung eingeordnet werden. Eine Veränderung der Konkretisierung findet letztlich nicht statt, weil der Regelungssachverhalt nicht ergänzt und / oder vertieft, sondern schlicht anders ausgestaltet wird (mit gleichem Konkretisierungsgrad). Aufgrund der Tatsache, dass die empfohlenen Modifikationen hinsichtlich der IFG-Norm zum Schutz fiskalischer Interessen mit den Überlegungen zur Konkretisierung überwiegend vereinbar sind, brauchen die bislang abgeleiteten Handlungsempfehlungen nicht angepasst werden. Lediglich im Hinblick auf die Einführung einer „Sonderfall-Klausel“ in der Öffnungsvorschrift sprechen einige Einflussfaktoren gegen eine solche Konkretisierung.

### 11.2.3 Reaktive und proaktive Informationsbereitstellung

In diesem Abschnitt werden Erkenntnisse aus Abschnitt 7.4.1 aufgegriffen und auf die herausgearbeiteten Handlungsempfehlungen bezüglich der IFG-Normen zum Schutz von Betriebs- und

[894] Siehe hierzu Abschnitt 9.2.2.3.

Geschäftsgeheimnissen sowie zum Schutz von fiskalischen Interessen angewandt. Vom Grundsatz her ist das IFG mit einer reaktiven Informationsbereitstellung verbunden, allerdings wäre auch eine proaktive Informationsbereitstellung prinzipiell möglich, ohne dass dafür eine gesetzliche Anpassung unbedingt notwendig wäre.[895]

#### *RATIONALITÄT FÜR PROAKTIVE TRANSPARENZVORGABEN HINSICHTLICH BETRIEBS- UND GESCHÄFTSGEHEIMNISSE POTENTIELL BEINHALTENDER DOKUMENTE*

Für die Beantwortung der Frage, ob Dokumente, die potentiell Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beinhalten könnten, sinnvollerweise eher proaktiv statt – wie bisher nach dem IFG – reaktiv veröffentlicht werden sollten, wird auf die bekannte Systematisierung nach TSI, VDI und VFD zurückgegriffen. Mit Blick auf TSI stellt sich die Frage allerdings eigentlich nicht, weil diese in aller Regel überhaupt nicht veröffentlicht werden sollten.

In Bezug auf Bieter-VDI ist prinzipiell davon auszugehen, dass die Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich durch eine proaktive Informationsbereitstellung verstärkt werden. So bieten proaktive Transparenzvorgaben der öffentlichen Hand mehr Schutz vor ihrer eigenen „Unbedarftheit" im Umgang mit von Bietern im Verhandlungsverfahren eingebrachten vermeintlich innovativen Vertrags- und Finanzierungsklauseln, denn das Wissen, dass Bieter-VDI proaktiv gegenüber der Allgemeinheit offenzulegen sind, könnte dazu führen, dass öffentliche Auftraggeber intensiver über deren Verwendung nachdenken, um dafür später nicht öffentlich kritisiert und ggf. bloßgestellt zu werden. Bei einer reaktiven Informationsbereitstellung hingegen besteht die recht hohe Wahrscheinlichkeit, dass gar keine IFG-Anfragen gestellt werden und die Verwendung möglicherweise schädlicher Bieter-VDI im Verborgenen bleibt. Somit ist der Anreiz für die öffentliche Hand, Bieter-VDI gewissenhaft und ordentlich zu überprüfen, bei einer proaktiven Informationsbereitstellung deutlich höher. Außerdem können durch Vorgaben zu proaktiver Transparenz opportunistische Politiker und Verwaltungsmitarbeiter besser gebunden werden. Im Grunde ist die Argumentation in dieser Hinsicht ähnlich wie beim vorherigen Punkt: Der Aufdeckungsgrad ist bei einer proaktiven gegenüber einer reaktiven Informationsbereitstellung wesentlich höher und somit grenzen die wahrscheinlicheren Kontrollaktivitäten durch gesellschaftliche Akteure die opportunistischen Gestaltungsspielräume hinsichtlich der Verwendung von Bieter-VDI ein. Des Weiteren führt proaktive Transparenz zu einer Stärkung der (Verhandlungs-)Position von öffentlichen Auftraggebern, die (potentiellen) Bietern gegenüberstehen, die gewisse Transparenzvorgaben (ggf. sogar gemeinsam geschlossen) ablehnen würden, denn bei einer reaktiven Informationsbereitstellung hat die öffentliche Hand einen geringeren Anreiz und damit einhergehend eine schlechtere Verhandlungsposition, von ihr identifizierte gesamtwirtschaftlich schädliche VDI, die von Bietern im Verhandlungsverfahren eingebracht wurden, nicht in den ÖPP-Vertrag aufzunehmen. Auch dieses Argument beruht letztendlich wieder auf der Einschätzung, dass die Wahrscheinlichkeit für das Aufdecken von schlecht verhandelten ÖPP-Verträgen, also solchen mit vielen schädlichen Bieter-VDI, durch gesellschaftliche Akteure bei proaktiver Transparenz höher ausfällt als bei reaktiver Transparenz und somit der Anreiz, gut zu

[895] Siehe hierzu Abschnitt 6.1.1.4.

verhandeln, stärker ausgeprägt ist. Schließlich ermöglicht eine proaktive Informationsbereitstellung ein umfangreicheres Wissensmanagement im öffentlichen Sektor, insbesondere wenn dabei das gesamte Mehrebenensystem berücksichtigt wird, weil dadurch andere öffentliche Auftraggeber die veröffentlichten Dokumente unkompliziert für eigene Zwecke nutzen können.[896] Bezüglich von der öffentlichen Hand selbst entwickelten VDI sind die Argumentationsstränge ähnlich, allerdings gelten diese aufgrund der geringeren Opportunismuspotentiale bzw. -gefahren in diesem Bereich in etwas abgeschwächter Form.

Im Hinblick auf VFD ist eine proaktive Informationsbereitstellung nicht vollkommen ohne Probleme umzusetzen, weil generell unklar ist, welche dieser Daten veröffentlicht werden können. Der Abwägungs- und Schwärzungsumfang und der damit verbundene Personalaufwand spricht damit tendenziell gegen proaktive Transparenz.[897] Falls dieser eher als eine Art Einmalaufwand einzustufen ist, da es sich bspw. um einen standardisierten Vorgang handelt, der nur bei erstmaliger Berarbeitung nennenswerten Aufwand erzeugt, schwächt sich dieses Argument gegen eine proaktive Informationsbereitstellung ab. Sollte hingegen ein laufender, auf den Einzelfall bezogener Aufwand zu erwarten sein, dann könnte dieser Aspekt für eine reaktive Transparenz bei VFD sprechen. In Bezug auf die ÖPP-Verträge bei den Bundesfernstraßen und im Bundeshochbau ist davon auszugehen, dass die Abwägungs- und Schwärzungsprozesse wegen der ähnlichen Vertragsmuster eher als Einmalaufwand einzuordnen sind. Außerdem ist die Anzahl der ÖPP-Projekte auf Bundesebene nicht so hoch, dass der Aufwand ein unzumutbares Niveau erreicht.

Ein genereller Punkt, der vor dem Hintergrund des Verhältnisses von (Transaktions-) Kosten zu Nutzen gegen eine proaktive Informationsbereitstellung sprechen kann, ist eine geringe zu erwartende Informationsnachfrage.[898] Bei ÖPP-Projekten auf Bundesebene ist allerdings anzunehmen, dass aufgrund bestehender Fehlanreize, hoher Projektvolumina und der großen politischen Bedeutung ein ausreichend starkes Interesse bei gesellschaftlichen Akteuren an den ÖPP-Verträgen bestehen dürfte.

Die Ausführungen deuten somit insgesamt stark darauf hin, dass eine proaktive Informationsbereitstellung von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess, in denen schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten sein könnten, eine hohe Rationalität aufweist. Dies dürfte bei den ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen und des Bundeshochbaus neben anderen Dokumententypen vor allem auf die Verträge zutreffen. Wenn die Behörden den möglichen Wechsel von einer reaktiven zu einer proaktiven Informationsbereitstellung von sich aus nicht freiwillig vornehmen (wollen), dann sprechen die hier generierten Erkenntnisse dafür, dass die Politik entsprechende gesetzliche Vorschriften erlässt. Falls eine solche Maßnahme nicht ergriffen werden soll, bestünde eine Alternative darin, das Wissensmanagement in einer gewissen Weise auszugestalten, was im nachfolgenden Abschnitt 11.2.4 thematisiert wird.

---

[896] Wie bereits an anderen Stellen betont, ließe sich das Wissensmanagement für Dokumente aus dem ÖPP-Realisierungsprozess auch auf andere Art und Weise organisieren.

[897] Siehe hierzu grundlegend Abschnitt 7.4.1.

[898] Siehe hierzu grundlegend Abschnitt 7.4.1.

***RATIONALITÄT FÜR PROAKTIVE TRANSPARENZVORGABEN HINSICHTLICH POTENTIELL FISKALISCHE INTERESSEN BEEINTRÄCHTIGENDER DOKUMENTE***

In diesem Abschnitt wird der Frage nachgegangen, ob trotz des zu gewährleistenden Schutzes fiskalischer Interessen wichtige Dokumente aus dem ÖPP-Realisierungsprozess eher proaktiv statt – wie bisher nach dem IFG – reaktiv zugänglich gemacht werden sollten. Die Ausführungen beziehen sich dabei vor allem auf WU und ÖPP-Eignungstests. Im Hinblick auf (vorläufige und abschließende) WU dürfte eine ähnliche Argumentation wie im vorherigen Abschnitt zutreffen: Im Vergleich zur reaktiven Transparenz verstärkt eine proaktive Informationsbereitstellung die positiven Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich. Die proaktive Veröffentlichung von (ggf. geschwärzten) WU führt zu einem höheren Druck auf die öffentliche Hand, angemessene WU zu erstellen, weil sie sich bewusst ist, dass diese in jedem Fall offenzulegen sind. Unter Berücksichtigung von möglicherweise benötigten Schwärzungen ändert sich nicht viel an der Vorteilhaftigkeit einer proaktiven Transparenzvorgabe, wenn – wie bisher üblich – alle Zahlen pauschal geschwärzt werden und somit scheinbar keine überlegten Differenzierungen stattfinden, ob nicht bestimmte Zahlenwerte vom PSC, ÖPP-Vergleichswert usw. offengelegt werden könnten. Bei diesem Vorgehen tendiert der Aufwand von Schwärzungen gegen Null, sodass vor diesem Hintergrund nichts gegen eine proaktive Veröffentlichung der letztendlich verbleibenden WU-Methodik spricht. Daran würde auch ein differenzierteres Vorgehen wenig ändern, weil die anzustellenden Überlegungen, welche Zahlen offengelegt werden können und welche nicht, aufgrund der sehr ähnlichen WU bei den ÖPP-Projekten im Bereich der Bundesfernstraßen oder des Bundeshochbaus sowie wegen des geringen Einflusses durch das konkrete Vorhaben eher als Einmalaufwand einzustufen sind. Wenn – wie in dieser Arbeit vorgeschlagen – eine vorbehaltlose Abwägungsklausel eingeführt würde, dann könnte argumentiert werden, dass der Abwägungsprozess bei proaktiven Veröffentlichungen umfangreiche Ressourcen der Behörden in Anspruch nimmt. Ein erhöhter (Personal-)Aufwand dürfte in diesem Zusammenhang zwar unstrittig sein, aber auch hier dürfte eher weniger ein (fort-)laufender Aufwand anfallen, sondern die fixe Komponente eines Einmalaufwands dürfte überwiegen. Es ist davon auszugehen, dass auch bei Berücksichtigung des Schwärzungs- und Abwägungsaufwands die proaktive Informationsbereitstellung eine sinnvolle Alternative darstellt. Die Sinnhaftigkeit einer proaktiven Transparenzvorgabe wird zudem dadurch bestärkt, dass bei derart bedeutsamen Dokumenten des ÖPP-Realisierungsprozesses wie insbesondere der vorläufigen sowie auch der abschließenden WU und dem Aspekt, dass ÖPP-Projekte in Politik und Gesellschaft weiterhin nicht unumstritten sind, eine hohe Informationsnachfrage anzunehmen ist.

Bezüglich ÖPP-Eignungstests haben die bisherigen Analysen gezeigt, dass eine möglichst frühzeitige Veröffentlichung die größte Wirkung bei den positiven Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich entfaltet, ohne dass damit relevante negative Auswirkungen einhergehen.[899] Eine Transparenzvorgabe, die eine proaktive Herausgabe der Eignungstests bei ÖPP-Projekten unverzüglich nach deren Erstellung vorsieht, kann dazu einen Beitrag leisten, wohingegen eine schnellstmögliche Offenlegung bei reaktiver Informationsbereitstellung kaum zu gewährleisten ist. Darüber hinaus wurde bei den

[899] Siehe hierzu Abschnitt 9.2.1.

Analysen herausgearbeitet, dass ÖPP-Eignungstests stets vollständig veröffentlicht werden können.[900] Somit tritt unabhängig von verschiedenen denkbaren Konstellationen keinerlei Abwägungs- und Schwärzungsaufwand auf, was eine proaktive Informationsbereitstellung stark begünstigt. Außerdem könnte eine Vorgabe zur proaktiven Offenlegung von ÖPP-Eignungstests dazu führen, dass diese auch tatsächlich bei jedem Vorhaben angefertigt werden, weil ein Fehlen dieses Dokuments der Öffentlichkeit im Vergleich zu einer Regelung mit reaktiver Informationsbereitstellung leichter auffällt und dadurch ein höherer Druck hinsichtlich der Erstellung entsteht.[901] Schließlich ist bei ÖPP-Eignungstests von einer ausreichend hohen Informationsnachfrage auszugehen, weil sie aus Sicht der gesellschaftlichen Akteure in einem frühen Planungsstadium, in dem noch umfangreiche Einflussmöglichkeiten bestehen, vorliegen und sie vergleichsweise leicht verständliche Dokumente darstellen. Somit lässt sich bezüglich ÖPP-Eignungstests festhalten, dass eine proaktive Informationsbereitstellung klar zu empfehlen ist.[902]

Insgesamt legen die Erkenntnisse zu proaktiven Transparenzvorgaben hinsichtlich des vom Schutz fiskalischer Interessen möglicherweise betroffener ÖPP-Dokumente wie der WU und dem Eignungstest nahe, dass ein Wechsel von der bislang reaktiven hin zur proaktiven Informationsbereitstellung zu befürworten ist. Sofern Behörden diesen Wechsel nicht freiwillig umsetzen (wollen), sollte die Politik gesetzliche Maßnahmen in dieser Hinsicht treffen. Für den Fall, dass diese Option nicht ergriffen werden soll, könnte alternativ wiederum über eine bestimmte Ausgestaltung des Wissensmanagements nachgedacht werden, auf die im nächsten Abschnitt eingegangen wird.

### 11.2.4 Ausgestaltung des Wissensmanagements

In diesem Abschnitt wird untersucht, inwieweit im Status quo bereits Wissensmanagement-Aktivitäten im öffentlichen Sektor durchgeführt werden und welche Anpassungen diesbezüglich vorgenommen werden sollten. Im Kontext des IFG ist derzeit ein relativ schwach ausgeprägtes Wissensmanagement auf Bundesebene zu verzeichnen. Der BfDI, der als die Wissensmanagement-Organisation in diesem Bereich eingeordnet werden kann, dürfte sein großes Potential für Wissensmanagement-Maßnahmen bei weitem noch nicht ausschöpfen.[903] Denn die Tätigkeitsberichte des BfDI, in denen Erfahrungen mit IFG-Fällen und darauf aufbauend zum Teil auch Handlungsempfehlungen für den Umgang mit IFG-Normen dargestellt werden, sowie die teils durch den BfDI veröffentlichten Erläuterungen und Anwendungshinweise zum IFG können allenfalls als erste gute Ansätze eines strukturierten Wissensmanagements im Bereich der Informationsfreiheit auf Bundesebene eingestuft werden. Vor diesem Hintergrund sollen im Hinblick auf die in dieser Arbeit untersuchten Themen, also Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie fiskalische Interessen bei ÖPP-Projekten, Handlungsempfehlungen für

[900] Siehe hierzu Abschnitt 9.2.1.3.

[901] Dieses Argument, dass die Transparenzvorschrift für eine proaktive Veröffentlichung die tatsächliche Erstellung eines Dokuments besser sicherstellt, gilt insbesondere auch in Bezug auf die Controlling-WU.

[902] Die Ergebnisse zum ÖPP-Eignungstest lassen sich im Übrigen auch weitestgehend auf die (funktionale) Leistungsbeschreibung übertragen.

[903] Auf Ebene der Bundesministerien und ihrer Geschäftsbereiche könnte das beim IFG federführende BMI als eine Art koordinierende Wissensmanagement-Einheit angesehen werden. Dies wird hier jedoch nicht weiter betrachtet, weil das BMI der Exekutive zuzuordnen ist und wegen der (politischen) Eigeninteressen als Wissensmanagement-Organisation nicht unabhängig handeln dürfte.

das Wissensmanagement abgegeben werden, die sowohl ohne als auch mit gesetzlichen Anpassungen verbunden sein können.

Damit der BfDI die Wissensmanagement-Aufgabe der proaktiven Bereitstellung von Wissensgütern, bspw. in Form von Leitfäden mit Analyse- und Prüfmustern bzw. Anwendungshinweisen, aktiver und intensiver wahrnimmt, ist keine Änderung des IFG notwendig. So könnten z.B. die im Teil C dieser Arbeit generierten Erkenntnisse in solchen Leitfäden bzw. Anwendungshinweisen verarbeitet werden. Im Kontext von ÖPP-Projekten und der beiden in diesem Zusammenhang im Fokus stehenden Schutznormen sind solche von dem BfDI zentral bereitgestellten Wissensgüter insbesondere auch deshalb als sinnvoll anzusehen, weil die Ausprägungen und Gewichtungen der potentiellen Wettbewerbseffekte und Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich überwiegend schwierig zu erfassen sind und es sich um Sachverhalte mit großen finanziellen Volumina sowie einer hohen politischen Bedeutung handelt. Des Weiteren könnte der BfDI eine unverbindliche Liste mit aus seiner Sicht (proaktiv) zu veröffentlichenden Dokumenten erstellen und – sofern die Behörden diesen Empfehlungen nicht folgen – mit entsprechenden Berichten über das behördliche Verhalten diesbezüglich öffentlichen Druck aufbauen („blaming"). Zwei Aspekte sind dabei im Zusammenhang mit den beschriebenen Aufgaben von entscheidender Bedeutung:[904] Zum einen benötigt der BfDI eine entsprechend umfangreichere Ressourcenausstattung mit Personal als zum gegenwärtigen Zeitpunkt und zum anderen ist für die tatsächliche Nutzung der bereitgestellten Wissensgüter durch die Regelanwender eine hohe Reputation der Wissensmanagement-Organisation erforderlich, die der BfDI mittlerweile aber in einem ausreichenden Maße aufgebaut haben dürfte.

Darüber hinaus sind weitere Handlungsempfehlungen denkbar, die allerdings mit Anpassungen am Rechtsrahmen verbunden wären und deren rechtliche Umsetzbarkeit in dieser Arbeit nicht geprüft werden kann. So könnte der BfDI für folgende Wissensmanagement-Aufgaben gesetzlich ertüchtigt werden:

- Die im vorherigen Abschnitt genannten Leitfäden bzw. Anwendungshinweise und Listen proaktiv zu veröffentlichender Dokumente könnten auch als von dem BfDI festzulegende verbindliche Transparenzvorgaben ausgestaltet werden. Hierbei liegt ein Zusammenhang mit der Verortung von Entscheidungskompetenzen vor, weil die Politik diese Aufgabe an den BfDI als Wissensmanagement-Organisation delegieren müsste.
- Darüber hinaus könnte der BfDI aktiver und frühzeitiger als bisher in die Beratung und Unterstützung bei den von Behörden zu fällenden Veröffentlichungsentscheidungen (vor allem bei jenen mit hoher Bedeutung, zu denen Verträge und WU bei den ÖPP-Projekten auf der Bundesebene zu zählen sind) involviert werden. Im Status quo geschieht dies nur reaktiv, wenn IFG-Antragsteller den BfDI in ihrer Ombudsfunktion einschalten, und ex post im Rahmen seiner allgemeinen Kontrollfunktion. Daher könnte in Erwägung gezogen werden, ob der BfDI das Recht erhält, in laufenden Verfahren zur Entscheidungsfindung über Veröffentlichungen von sich aus aktiv beratend oder unterstützend mitzuwirken. Es ist zwar durchaus fraglich, inwieweit Behörden die Hinweise des BfDI bei der Entscheidungsfällung tatsächlich aufgreifen, aber der

[904] Siehe hierzu Abschnitt 7.4.2.

BfDI könnte ein ungerechtfertigtes Ignorieren seiner Hinweise in öffentlichen Berichten sachlich kritisieren. Im Zusammenspiel mit der hohen Reputation des BfDI könnte dies einen öffentlichen Druck erzeugen, sodass Behörden die Hinweise des BfDI bei Entscheidungen über Veröffentlichungen nicht in jedem Fall unberücksichtigt lassen (können).

- Schließlich sind gesetzliche Anpassungen im Hinblick auf die Rolle des BfDI speziell bei Gerichtsverfahren als potentielle Endstufe einer Veröffentlichungsentscheidung nach dem IFG vorstellbar. So könnte der BfDI bspw. dazu verpflichtet werden, bei bedeutsamen Rechtsstreitigkeiten vor Gericht eine Stellungnahme zu verfassen, die von den Richtern im Zuge der Urteilsfindung zumindest kritisch zu würdigen ist.[905]

Für eine adäquate Erfüllung der benannten Aufgaben müsste die Personalausstattung des BfDI erhöht werden. Bei einer Umsetzung dieser Handlungsempfehlungen würde sich das bisherige Aufgabenfeld des BfDI signifikant vergrößern und zu einer indirekten Involvierung in die Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen führen. Dadurch würde die Position des BfDI innerhalb des institutionellen Arrangements im IFG-Transparenzregime deutlich gestärkt werden.

Vor dem Hintergrund der nicht geprüften rechtlichen Machbarkeit der Handlungsempfehlungen, die Gesetzesanpassungen erfordern, und der Frage, inwieweit solche weitgehenden Veränderungen beim Design der institutionellen Ausgestaltung von der Politik tatsächlich gewollt und dann auch durchsetzbar sind, dürfte die passendere Lösung in einem ersten Schritt sein, die proaktive Bereitstellung von Wissensgütern, insbesondere von Leitfäden bzw. Anwendungshinweisen und einer Liste mit proaktiv zu veröffentlichenden Dokumenten mit unverbindlichen Charakter, durch den BfDI als Wissensmanagement-Organisation besonders stark zu forcieren und ihm die dafür notwendigen Personalressourcen zur Verfügung zu stellen. Falls durch die verbesserte proaktive Bereitstellung von Wissensgütern nicht die gewünschten Wirkungen erzielt werden, sollte in einem zweiten Schritt auch über die empfohlenen gesetzlichen Maßnahmen nachgedacht werden, die dann zunächst entsprechend rechtlich zu prüfen wären.

## 11.3 Horizontalisierungsdiskussion hinsichtlich weiterer Beschaffungsvarianten und Infrastruktursektoren

Das Ziel dieses Unterkapitels besteht in der Untersuchung der Frage, wie die Ergebnisse und vorgeschlagenen Regelungen aus den beiden vorherigen Kapiteln zu den beiden IFG-Normen zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie fiskalischen Interessen in Bezug auf die Horizontalisierung hinsichtlich weiterer Beschaffungsvarianten und Infrastruktursektoren einzuordnen sind und inwieweit sie vor diesem Hintergrund ggf. anzupassen sind. Denn die bisherigen Analyseresultate beziehen sich ausschließlich auf die Beschaffungsvariante ÖPP und die Infrastruktursektoren Fernstraßen- und Hochbau auf Bundesebene, sodass bislang nicht betrachtet wurde, wie die herausgearbeiteten spezifischen Regelungen bei anderen Beschaffungsvarianten und

[905] Die in den Handlungsempfehlungen benannten Felder korrespondieren überwiegend mit den in Abschnitt 7.4.2 beschriebenen Aufgaben der Festlegung verbindlicher Transparenzvorgaben, der Beratung sowie der Mitwirkung bei Veröffentlichungsentscheidungen (mit der speziellen Ausgestaltungsvariante der Stellungnahme in Gerichtsverfahren).

Infrastruktursektoren wirken und ob sie dort möglicherweise Probleme oder negative gesamtwirtschaftliche Konsequenzen verursachen würden. Die Grundlagen für eine solche Horizontalisierungsdiskussion wurden in Abschnitt 7.2.1 gelegt. Da umfassende Analysen mit klaren Ergebnissen zum möglichen Ausmaß der Horizontalisierung der ÖPP-spezifischen Regeln im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden können, erfolgt die Bearbeitung der Frage eher konzeptionell. Es wird also vor allem erörtert, worauf dabei grundlegend zu achten ist. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass für eine umfassende Analyse die in Teil C angestellten Untersuchungen auch für alle anderen Beschaffungsvarianten und (Infrastruktur-)Sektoren durchgeführt werden müssten, wofür zudem das jeweilige spezifische Beschaffungsvarianten- und Sektorwissen notwendig wäre. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend zunächst untersucht, in welchem Ausmaß eine breitere Horizontalisierung für die ÖPP-spezifischen Regeln bezüglich anderer Beschaffungsvarianten und Infrastruktursektoren möglich ist (Abschnitt 11.3.1).[906] Im Anschluss wird der Frage nachgegangen, inwieweit ein spezieller (beschaffungsvariantenübergreifender) Regelungsbereich für Infrastruktur im IFG sinnvoll ist und welcher Zusammenhang dabei zur ersten Frage besteht (Abschnitt 11.3.2).

### 11.3.1 Möglichkeit einer breiteren Horizontalisierung bezüglich anderer Beschaffungsvarianten und Infrastruktursektoren

Als erstes wird die Möglichkeit einer breiteren Horizontalisierung hinsichtlich anderer Beschaffungsvarianten betrachtet, bevor dann weitere Infrastruktursektoren im Fokus der Horizontalisierungsdiskussion stehen.

#### *HORIZONTALISIERUNGSDISKUSSION HINSICHTLICH WEITERER BESCHAFFUNGSVARIANTEN*

Der entscheidende Punkt bei dieser Frage ist, ob die speziell im ÖPP-Kontext entwickelten Regelungen auch auf andere Beschaffungsvarianten wie die KBV oder verschiedene Beschaffungsmodelle zwischen den beiden Polen KBV und ÖPP ohne Probleme übertragbar sind, wobei im Folgenden aus Gründen der Komplexitätsreduktion nur die KBV betrachtet wird.[907] Im Hinblick auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen stellt sich die Frage, inwieweit das höhere Transparenzniveau der vorgeschlagenen, im Kontext von ÖPP entwickelten Regeln, also im Wesentlichen die Systematisierung nach TSI, VDI und VFD und die damit verbundenen speziellen Abwägungs- und Vorjustierungsmodelle im IFG, im Bereich der KBV zu Problemen oder negativen gesamtwirtschaftlichen Konsequenzen führen würde. Da es keine Eigenschaften der KBV und des Fernstraßen- und Hochbausektors gibt, die darauf schließen lassen, dass die negativen Transparenzeffekte stärker oder die positiven Transparenzeffekte schwächer ausgeprägt wären, wenn die ÖPP-spezifischen Regeln auch für die KBV gelten, ist davon auszugehen, dass die Anwendung der empfohlenen Regeln bei der KBV keine nennenswerten Probleme verursacht. Vor diesem Hintergrund

---

[906] Neben weiteren Beschaffungsvarianten und Infrastruktursektoren könnten in die Horizontalisierungsdiskussion auch Bereiche einbezogen werden, die einen gewissen Bezug zu Infrastruktur aufweisen wie Regulierung (bei z.B. Stromübertragungsnetzen oder Trassen- und Stationsentgelten) oder sonstige Verwaltungsaufgaben (wie bspw. Nutzen-Kosten-Analysen). Dies liegt aber außerhalb des Untersuchungsfokus dieser Arbeit.

[907] Auf andere Beschaffungsansätze wie Kauf, Miete oder Leasing, die im Hochbau und in anderen Sektoren wie bspw. im IT- und Fuhrparkbereich relevant sein können, wird hier nicht eingegangen. Es erscheint jedoch nicht ganz unplausibel, dass die in diesem Abschnitt generierten Erkenntnisse grundsätzlich auch auf diese Beschaffungsansätze übertragbar sein dürften und somit eine Horizontalisierung über alle Beschaffungsvarianten hinweg ohne Probleme oder negative gesamtwirtschaftliche Konsequenzen umsetzbar wäre.

erscheint eine breitere Horizontalisierung der entwickelten Regelungen zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die hinsichtlich des Bereichs der Beschaffungsvarianten neben dem ÖPP-Ansatz auch die KBV umfasst, problemlos möglich.

Im Prinzip gelten diese Aussagen auch in Bezug auf die vorgeschlagenen Regeln zum Schutz der fiskalischen Interessen des Bundes, die im Kern die Anwendung einer Nettobetrachtung, eine vorbehaltlose Abwägung und ggf. eine Öffnungsvorschrift für die Berücksichtigung fiskalischer Interessen der Länder und Kommunen (in bestimmten Fällen) umfassen. Die Eigenschaften der KBV und des entsprechenden Sektors liefern keine Anhaltspunkte dafür, dass die im Kontext von ÖPP erarbeiteten Regeln im Bereich der KBV Probleme bereiten. Vielmehr dürften bspw. wegen der entbündelten Beschaffung und der grundsätzlich höheren Wettbewerbsintensität bei der KBV gegenüber dem ÖPP-Ansatz einige negative Wettbewerbseffekte (wie z.B. die Reservationspreisproblematik) in deutlich geringerem Ausmaß oder gar nicht auftreten. Somit dürfte eine breitere Horizontalisierung vom ÖPP- auf den KBV-Bereich auch hinsichtlich der vorgeschlagenen Regelungen zum Schutz fiskalischer Interessen nahezu reibungslos funktionieren.

***HORIZONTALISIERUNGSDISKUSSION HINSICHTLICH WEITERER INFRASTRUKTURSEKTOREN***

Die bisherigen Analyseergebnisse wurden im Kontext der Infrastruktursektoren Fernstraßen- und Hochbau (auf Bundesebene) generiert. Daher wird nun betrachtet, inwieweit die dabei herausgearbeiteten spezifischen Regelungen auf andere Infrastruktursektoren ausgedehnt werden könnten. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, in welchen anderen Infrastruktursektoren der Bund als öffentlicher Auftraggeber auftritt, sodass bspw. (Beschaffungs-) Verträge mit privaten Auftragnehmern und vom Bund bzw. dessen Beratern erstellte WU per IFG begehrt werden könnten:

- Bundeswasserstraßen: Bei den Bundeswasserstraßen ist dies der Fall, weil diese von der im Geschäftsbereich des BMVI liegenden Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes verwaltet werden. Im Vergleich zu den Bundesfernstraßen sind die verkehrliche Bedeutung und die benötigten jährlichen Finanzmittel bei den Bundeswasserstraßen jedoch als recht gering einzuschätzen.[908]
- Bundesschienenwege: Einen weiteren Infrastruktursektor im Verkehrsbereich stellen die Bundesschienenwege dar. Hier ist allerdings die Deutsche Bahn AG (DB) der öffentliche Auftraggeber, die als privatrechtlich organisiertes Unternehmen im Regelfall nicht im Anwendungsbereich des IFG liegt, auch wenn sich die DB vollständig im Eigentum des Bundes befindet.[909]

[908] Im Bereich der Bundeswasserstraßen wird mittlerweile auch der ÖPP-Ansatz in Erwägung gezogen, der in diesem Sektor als PBU-Modell (Modell für Planung, Bau und Unterhaltung) bezeichnet wird. Siehe hierzu http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/alexander-dobrindt-erwaegt-oepp-modelle-fuer-wasserstrassen-a-1165082.html.

[909] Vgl. BERGER ET AL. (2013, S. 25 f.). Diese weisen zudem darauf hin, dass die DB nur dem Anwendungsbereich des IFG unterliegt, wenn sie durch Beleihung die Befugnis zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben übertragen bekommt.

- Mauterhebungssysteme: Im Verkehrsbereich können im weiten Sinne auch Mauterhebungssysteme als ein Infrastruktursektor angesehen werden.[910] Beim Lkw-Mauterhebungssystem Toll Collect ist das als GmbH organisierte Unternehmen mittlerweile im vollständigen Eigentum des Bundes.[911] Aber unabhängig davon, ob es sich bei Toll Collect um ein öffentliches oder privates Unternehmen handelt, findet das IFG keine Anwendung auf (Beschaffungs-)Verträge von Toll Collect mit anderen Auftragnehmern oder auf von Toll Collect erstellte WU zu Beschaffungsvorgängen. Eine vom Bund oder den einbezogenen Beratern durchgeführte WU, bspw. mit einem Wirtschaftlichkeitsvergleich zwischen erneuter Privatisierung und staatlicher Eigenregie, fällt hingegen genauso unter das IFG wie der Mautbetreibervertrag zwischen dem Bund und dem Betreiberunternehmen.

- Stromübertragungsnetze: Bei den Stromübertragungsnetzen als ein weiterer Infrastruktursektor tritt zurzeit nicht der Bund als öffentlicher Auftraggeber auf, sondern die mehrheitlich privaten Übertragungsnetzbetreiber nehmen die Aufgaben (Objekt-)Planung, Bau, Betrieb und Erhalt von Stromleitungen wahr.[912]

- Gasfernleitungsnetze: Bei Gasfernleitungsnetzen ist der Bund ebenfalls nicht für die Infrastrukturbeschaffung und -bewirtschaftung zuständig ist, sondern dafür tragen vorwiegend private Unternehmen die Verantwortung.

- Telekommunikationsnetze: Ferner stellen auch die (verschiedenen) Telekommunikationsnetze einen Infrastruktursektor dar, bei dem nicht der Bund, sondern private Unternehmen oder ggf. gemischtwirtschaftliche Unternehmen wie die Deutsche Telekom AG, an der der Bund (direkt und indirekt) Anteile hält, die Beschaffung der entsprechenden Infrastruktur ausüben.[913]

Vor diesem Hintergrund ist eine Horizontalisierungsdiskussion zur Übertragbarkeit der empfohlenen Regelungen für die vom IFG geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie fiskalischen Interessen vom Straßen- und Hochbau auf die genannten Infrastruktursektoren nahezu überflüssig, weil es außer den Bundeswasserstraßen zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine weiteren Infrastruktursektoren gibt, die vollumfänglich vom IFG erfasst sind.[914] Eine umfangreiche Analyse der Horizontalisierungsproblematik bei den Bundeswasserstraßen ist hier – wie bereits erwähnt – nicht zu leisten, aber es dürfte davon auszugehen sein, dass für die beiden IFG-Normen die Ausdehnung der

[910] Hierzu zählt auch das geplante Pkw-Mauterhebungssystem, das hier nicht thematisiert wird.

[911] Vgl. BMVI (2019).

[912] Bei den aktuell vier Übertragungsnetzbetreibern handelt es sich nur bei der TransnetBW GmbH um ein öffentliches Unternehmen. Vgl. LENZ (2019, S. 56-60).

[913] Neben den aufgezählten Infrastruktursektoren gibt es Sektoren, in denen der Bund als öffentlicher Auftraggeber agiert, die aber allenfalls nur einen kleinen Infrastrukturbezug aufweisen. Hierzu können das Rüstungsprocurement (z.B. das ÖPP-Projekt zur Beschaffung des NH90-Flugsimulators) und der IT-Bereich (z.B. das sogenannte Herkules-Projekt der Bundeswehr) gezählt werden.

[914] Der Bereich der Mauterhebungssysteme wird – wie aufgezeigt – nur vom IFG erfasst, sofern es sich um Dokumente aus der Sphäre des Bundes handelt wie bspw. Mautbetreiberverträge und WU zum Privatisierungsverfahren. Eine Horizontalisierung der im Kontext von ÖPP im Straßen- und Hochbau herausgearbeiteten Regeln auf den Infrastruktursektor der Mauterhebungssysteme dürfte – unter Beachtung der genannten Einschränkungen in dieser Arbeit – möglich sein, ohne dass dabei erwähnenswerte Probleme oder negative gesamtwirtschaftliche Konsequenzen auftreten würden.

vorgeschlagenen Regeln auf diesen Infrastruktursektor ohne ernstzunehmende Probleme oder negative gesamtwirtschaftliche Konsequenzen möglich ist.

Aufgrund der Tatsache, dass ab dem Jahr 2021 die Infrastrukturgesellschaft für die Bundesautobahnen zuständig ist und als öffentlicher Auftraggeber auftritt, erstreckt sich der Anwendungsbereich des IFG hinsichtlich Infrastruktursektoren nur noch auf die Bundesstraßen, den Bundeshochbau, die Bundeswasserstraßen und zum Teil auf die Mauterhebungssysteme. Es könnte überlegt werden, ob das IFG dahingehend angepasst werden sollte, dass es auch für die in Infrastruktursektoren tätigen öffentlichen Unternehmen des Bundes wie die Infrastrukturgesellschaft und die DB grundsätzlich Anwendung findet. Ansonsten besteht die Möglichkeit, mit der Auslagerung von entsprechenden Aufgaben auf privatrechtlich organisierte Unternehmen („formelle Privatisierung“) die Transparenzregelungen des IFG zu umgehen. Eine solche Entwicklung wäre zumindest im Hinblick auf die positiven Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich wie bspw. die Kontrolle des staatlichen Handelns durch gesellschaftliche Akteure zu kritisieren. Die Überlegungen zu dieser Anpassung des IFG können im Rahmen dieser Arbeit allerdings nicht weiter vertieft werden.

Letztendlich ist bei der Horizontalisierungsdiskussion hinsichtlich weiterer Infrastruktursektoren festzuhalten, dass eine Ausweitung der vorgeschlagenen Regeln für den Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie fiskalischen Interessen im IFG auf den gesamten Bereich der Infrastruktur ohne Probleme oder negative gesamtwirtschaftliche Konsequenzen möglich sein dürfte. Abschließend sei jedoch daran erinnert, dass die Erkenntnisse unter dem eingangs erwähnten Vorbehalt stehen, dass eine vertiefte Analyse mit dem notwendigen spezifischen Wissen für die anderen Infrastruktursektoren nicht durchgeführt worden ist.

### 11.3.2 Rationalität für einen speziellen Regelungsbereich für Infrastruktur und dessen Umsetzung im IFG

In diesem Abschnitt wird der Frage nachgegangen, ob die vorgeschlagenen Regeln für den Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimissen sowie fiskalischen Interessen im IFG auf einen speziellen Infrastrukturbereich begrenzt werden sollten.[915] Die Rationalität für die Etablierung eines solchen Spezialbereichs hängt dabei auch mit den Ausführungen im vorherigen Abschnitt zusammen. Sofern die Horizontalisierung über alle Infrastruktursektoren hinweg möglich ist, worauf die vorangegangenen Überlegungen hindeuten, kann ein spezieller Regelungsbereich für Infrastruktur als sinnvoll eingestuft werden. Wenn dies nicht der Fall sein sollte, müssten stattdessen mehrere (Sub-)Infrastrukturbereiche mit jeweils unterschiedlichen Regelungen geschaffen werden, was aufgrund der höheren Komplexität und schwierigeren Anwendbarkeit nicht empfohlen werden kann. Des Weiteren beschränkt sich die Horizontalisierungsdiskussion im vorherigen Abschnitt auf weitere Infrastruktursektoren, sodass andere (beschaffungs- und infrastrukturferne) Bereiche bzw. Sektoren und dortige Transparenzauswirkungen infolge von Veröffentlichungsentscheidungen gemäß den empfohlenen Regeln nicht betrachtet worden sind. Falls eine Horizontalisierung über alle möglichen Bereiche ohne Probleme oder negative gesamtwirtschaftliche Konsequenzen erfolgen kann, wäre ein speziell abgegrenzter Infrastrukturbereich

[915] Dabei wird – anknüpfend an die Ausführungen im vorherigen Abschnitt – davon ausgegangen, dass die vorgeschlagenen Regelungen für alle Beschaffungsvarianten gelten, weil damit keine Probleme oder negative gesamtwirtschaftliche Konsequenzen zu erwarten sind.

nicht notwendig. Allerdings scheint dies – auch wenn aufgrund des fehlenden Wissens über die anderen Bereiche keine fundierten Aussagen getroffen werden können – sehr unwahrscheinlich zu sein, sodass ein spezieller Regelungsbereich für Infrastruktur eine gewisse Rationalität aufweist, damit die von den infrastrukturspezifischen Regeln in anderen Bereichen möglicherweise verursachten Probleme oder negative gesamtwirtschaftliche Konsequenzen von vornherein verhindert werden können. Vor diesem Hintergrund ist die Etablierung eines speziellen Infrastrukturbereichs grundsätzlich zu empfehlen, allerdings ist in diesem Kontext noch die praktische Umsetzung im IFG zu bedenken.

Prinzipiell bieten sich für die Umsetzung im IFG zwei Möglichkeiten an: Einerseits könnten die von den (sonstigen) IFG-Regelungen abweichenden infrastrukturspezifischen Regeln für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie fiskalische Interessen bei der jeweiligen Schutznorm (§ 6 S. 2 IFG und § 3 Nr. 6 IFG) ergänzt werden. Andererseits wäre im IFG auch die Einführung eines neuen Paragrafen denkbar, in dem die speziellen Regeln für den Infrastrukturbereich bezüglich der beiden Ausnahmetatbestände (und ggf. weiterer Regelungen) gemeinsam verankert sind. Hinsichtlich der Wirksamkeit unterscheiden sich die beiden Möglichkeiten nicht, aber die Bündelung von infrastrukturspezifischen Regeln an einer zentralen Stelle im IFG dürfte gegenüber einer Verortung der Regeln an mehreren verteilten Stellen zu bevorzugen sein. Für eine gebündelte Verankerung an einer Stelle im IFG spricht der Aspekt, dass sich die Grenzen des Infrastrukturbereichs zu anderen Bereichen sehr gut kontrahieren lassen. Bei einer entsprechenden Änderung des IFG könnte im Rahmen einer Gesetzesbegründung die Rationalität für einen speziellen Regelungsbereich Infrastruktur darüber hinaus mit den Punkten erläutert werden, dass die meisten Infrastruktursektoren als Teil der Daseinsvorsorge eine große politische und gesellschaftliche Bedeutung haben und überwiegend ein hohes Finanzvolumen aufweisen. Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die infrastrukturspezifischen Transparenzregelungen nicht unbedingt im IFG festgeschrieben werden müssen, sondern auch in einem neuen Gesetz (wie z.B. in einem „Infrastrukturtransparenzgesetz“) kodifiziert werden könnten.[916] Der Umfang der in dieser Arbeit herausgearbeiteten Regelungen ist für solch ein neues Gesetz aber wohl als zu gering einzustufen.

[916] Ein Vorschlag für ein neues Gesetz zu ÖPP bzw. funktionalen Privatisierungen im Bundesfernstraßenbereich mit spezifischen Regelungen für die Veröffentlichung von Dokumenten o.Ä. findet sich z.B. in BECKERS / HERMES / WEIß (2017, S. 30 ff.).

# 12 Finale Handlungsempfehlungen hinsichtlich Transparenz bei ÖPP-Projekten

In diesem letzten inhaltlichen Kapitel werden die finalen Handlungsempfehlungen hinsichtlich Transparenz bei ÖPP-Projekten aus Teil C dieser Arbeit kompakt dargestellt, bevor im anschließenden Teil D bzw. Kapitel 13 ein Gesamtfazit gezogen wird, das sich mit einigen „großen Linien" der kompletten Arbeit beschäftigt.[917] Im Folgenden werden zunächst die Handlungsempfehlungen mit gesetzlichem Anpassungsbedarf in Bezug auf das IFG zusammengetragen (Unterkapitel 12.1). Im Anschluss werden Empfehlungen aus ökonomischer Sicht für die Veröffentlichungspraxis von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess vorgebracht (Unterkapitel 12.2). Die Ausführungen in diesem Kapitel konzentrieren sich ausschließlich auf das gebündelte Zusammentragen der wesentlichen in Teil C generierten Handlungsempfehlungen, ohne dabei auf deren Ableitung und die dahinterliegenden ökonomischen Analysen erneut einzugehen.

## 12.1 Handlungsempfehlungen für gesetzliche Anpassungen am IFG

In diesem Unterkapitel werden die in Teil C erarbeiteten Handlungsempfehlungen für gesetzliche Anpassungen am IFG dargelegt. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den Regelungen zum Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie den fiskalischen Interessen des Bundes. Allerdings wird darüber hinaus auch auf gesetzliche Änderungsvorschläge eingegangen, die keinen direkten Bezug zu diesen beiden Ausnahmetatbeständen im IFG aufweisen. Die Handlungsempfehlungen berücksichtigen auch die Überlegungen aus Kapitel 11 zum Design der institutionellen Technologie.

#### *HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN FÜR GESETZLICHE ÄNDERUNGEN AM IFG HINSICHTLICH DES SCHUTZES VON BETRIEBS- UND GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN*

An der IFG-Norm zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (§ 6 S. 2), die keine Abwägung mit dem Transparenzinteresse der Öffentlichkeit vorsieht, sollten entsprechend der generierten Handlungsempfehlungen gesetzliche Änderungen vorgenommen werden. Zunächst sollte bei den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen eine Systematisierung nach technisch-systemischen Innovationen und (von Bietern, der öffentlichen Hand oder Beratern der öffentlichen Hand entwickelten) Vertragsdesign-Innovationen sowie Vergütungs- und Finanzdaten eingeführt werden. Anknüpfend an diese Systematisierung sollte eine Konkretisierung der Regelung durch die Implementierung von verschiedenenen Abwägungs- und Vorjustierungsmodellen erfolgen.

Für technisch-systemische Innovationen sollte ein absoluter Schutz festgeschrieben werden, sodass diesbezüglich kein Handlungsbedarf besteht.[918] Bei von Bietern entwickelten und eingebrachten Vertragsdesign-Innovationen sollte eine Abwägungsmöglichkeit eröffnet werden, die mit einer sehr

[917] Das den Analysen und der Ableitung von Handlungsempfehlungen zugrunde gelegte Zielsystem wurde in Abschnitt 8.3.2 dargelegt.

[918] Sofern die Politik bzw. der Regeldesigner abweichend von der in dieser Arbeit getroffenen Aussage, dass hinsichtlich TSI positive Transparenzauswirkungen auf das Wissensmanagement aufseiten der öffentlichen Hand bei der Ableitung der Handlungsempfehlungen nicht berücksichtigt werden, eine andere Position bzw. Vorstellung hat, dann ist von einer hohen Rationalität für die Etablierung einer Abwägung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit inklusive einer starken Vorjustierung in Richtung Geheimhaltung auszugehen.

starken Vorjustierung in Richtung Transparenz gekoppelt werden sollte, sodass diese grundsätzlich zu veröffentlichen sind. Diese Regelung ermöglicht die Berücksichtigung von Transparenzeffekten im öffentlichen Bereich. Für Vertragdesign-Innovationen, die von Beratern der öffentlichen Hand entwickelt und eingebracht werden, sollte eine Regelung etabliert werden, die deren vollständige Veröffentlichung stets vorsieht. Bei von der öffentlichen Hand entwickelten Vertragsdesign-Innovationen ist ebenfalls eine Vorschrift für eine vollständige Offenlegung zu empfehlen. Die Vergütungs- und Finanzdaten sollten einer vorbehaltlosen Abwägung zwischen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit unterliegen, d.h. eine Vorjustierung in Richtung Transparenz oder Geheimhaltung ist nicht nötig.

***HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN FÜR GESETZLICHE ÄNDERUNGEN AM IFG HINSICHTLICH DES SCHUTZES FISKALISCHER INTERESSEN***

Die IFG-Regelung zum Schutz fiskalischer Interessen des Bundes (§ 3 Nr. 6) sollte hinsichtlich verschiedener Aspekte auf Gesetzesebene angepasst werden. Statt des bisher verankerten absoluten Schutzes sollte unbedingt eine vorbehaltlose Abwägung mit dem Transparenzinteresse der Öffentlichkeit eröffnet werden, damit Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich bei Veröffentlichungsentscheidungen zu berücksichtigen sind. Eine weitere Handlungsempfehlung besteht in der Implementierung einer Öffnungsvorschrift, welche die Berücksichtigung von Auswirkungen auf die fiskalischen Interessen von Ländern (und ggf. deren Kommunen) in bestimmten Fällen ermöglicht, statt sich wie bislang ausschließlich auf den Bundeshaushalt zu fokussieren. Hierbei ist anzumerken, dass das konkrete Regeldesign für die Fallabgrenzung zur Festlegung, wann diese Öffnungsvorschrift tatsächlich anzuwenden ist, aufgrund von Kontrahierungsproblemen mit Schwierigkeiten verbunden sein kann. Ein nächster wichtiger Aspekt betrifft die Frage der Brutto- oder Nettobetrachtung von Effekten. Die jetzige Regelung im IFG dürfte zwar bereits die aus ökonomischer Sicht angemessene Nettobetrachtung ermöglichen, sodass eine Anpassung des Rechtsrahmens nicht unbedingt notwendig wäre, allerdings ist – auch vor dem Hintergrund der in der Praxis angewandten Bruttobetrachtung – eine gesetzliche Änderung zur Verankerung der Nettobetrachtung durchaus zu empfehlen. Abschließend sei erwähnt, dass bei der Frage, ob eine statische oder dynamische Sichtweise eingenommen wird, kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, weil durch die Rechtsprechung die aus ökonomischer Perspektive als sinnvoll einzustufende dynamische Sichtweise bereits bestätigt wurde.

***WEITERE HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN FÜR GESETZLICHE ÄNDERUNGEN AM IFG***

Über die beschriebenen Handlungsempfehlungen hinaus wurden weitere gesetzliche Anpassungen am IFG vorgeschlagen, die allerdings keinen direkten Bezug zum Schutz fiskalischer Interessen sowie von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aufweisen. Zum einen ist ein Wechsel von einer reaktiven hin zu einer proaktiven Informationsbereitstellung zu empfehlen. Einer proaktiven Informationsbereitstellung auf freiwilliger Basis durch Behörden steht im Status quo zwar grundsätzlich nichts entgegen, aber diese Möglichkeit wird in der Praxis kaum genutzt, sodass eine gesetzliche Regelung für eine verpflichtende proaktive Informationsbereitstellung im IFG festgeschrieben werden sollte. Die Ausgestaltung des IFG als ein proaktives Transparenzregime kann zudem dazu beitragen, dass stets alle Dokumente des ÖPP-Realisierungsprozesses von der öffentlichen Hand auch tatsächlich erstellt werden. Zum anderen wurden Handlungsempfehlungen für gesetzliche Anpassungen hinsichtlich der Aufgaben des

Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit im Rahmen der institutionellen Ausgestaltung des Transparenzregimes abgeleitet. So könnte diese Institution bereits im bestehenden Rechtsrahmen in umfangreicherem Maße als bislang proaktives Wissensmanagement betreiben (wie die unverbindliche Bereitstellung von bspw. Leitfäden bzw. Anwendungshinweisen), aber eine gesetzliche Klarstellung, welche die Durchführung dieser wichtigen Aufgabe sicherstellt, sollte verfolgt werden. Darüber hinaus sind zusätzliche Aufgaben und Rechte für den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit als sinnvoll anzusehen, die eine Änderung des Gesetzes erfordern, deren Umsetzbarkeit jedoch unter dem Vorbehalt der in dieser Arbeit nicht erfolgten rechtlichen Prüfung steht.[919]

Die Umsetzung dieser Handlungsempfehlungen für gesetzliche Anpassungen sollte gebündelt an einer zentralen Stelle mit einem neuen Paragrafen im IFG erfolgen, in dem für den Infrastrukturbereich die dargelegten spezifischen Regeln hinsichtlich des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie fiskalischen Interessen und weitere Regelungen gemeinsam kodifiziert werden. Die Etablierung eines speziellen Regelungsbereichs für Infrastruktur ist vor dem Hintergrund der Horizontalisierungsproblematik als sinnvoll einzustufen. Im Rahmen einer Gesetzesbegründung könnte die Rationalität dieser Maßnahme auch damit begründet werden, dass sich die Grenzen eines solchen Infrastrukturbereichs zu anderen Bereichen sehr gut kontrahieren lassen, die meisten Infrastruktursektoren als Teil der Daseinsvorsorge eine große politische und gesellschaftliche Bedeutung haben und überwiegend ein hohes Finanzvolumen aufweisen. Sämtliche Handlungsempfehlungen für gesetzliche Anpassungen am IFG sind als Übersicht in der Tabelle 5 zusammengefasst.

Abschließend sind noch drei Aspekte zu erwähnen, die Änderungen am IFG nahelegen, aber im Rahmen der Analysen nicht vertieft untersucht wurden. Der erste Aspekt betrifft die IFG-Norm zum Schutz laufender Gerichtsverfahren (§ 3 Nr. 1 lit. g), die auch private Schiedsgerichtsverfahren umfasst. Diese Regelung führt dazu, dass Informationen aus ursprünglichen ÖPP-Verträgen aufgrund von Schiedsgerichtsverfahren, die auch bei ÖPP-Projekten im Rahmen von Nachverhandlungen auftreten, nicht herauszugegeben sind. Es sollte darüber nachgedacht werden, diese IFG-Norm gesetzlich derart zu modifizieren, dass zumindest private Schiedsgerichtsverfahren keinen Ablehnungsgrund darstellen und dadurch der ursprüngliche Vertrag nicht geschützt wird. Der zweite Aspekt bezieht sich auf den Anwendungsbereich des IFG, der in Infrastruktursektoren tätige öffentliche Unternehmen des Bundes nicht erfasst. In dieser Hinsicht sollten gesetzliche Anpassungen am IFG in Erwägung gezogen werden, um privatrechtlich organisierte Unternehmen im Eigentum des Bundes, auf die (Verwaltungs-)Aufgaben im Infrastrukturbereich ausgelagert werden, in den Anwendungsbereich des IFG einzubeziehen. Drittens wäre, sofern eine umfassendere ökonomisch-juristische Analyse zeigt, dass ein Wechsel zu der Variante mit einer (zentralen) neutralen Transparenzbehörde sinnvoll und rechtlich möglich ist, eine entsprechende gesetzliche Änderung im IFG empfehlenswert.

---

[919] Zu diesen Aufgaben und Rechten gehören die Möglichkeit, die von dem BfDI bereitgestellten Leitfäden und Anwendungshinweise o.Ä. als verbindliche Transparenzvorgaben festzulegen, die aktive Beratung bzw. Unterstützung von Behörden bei laufenden (bedeutsamen) Veröffentlichungsentscheidungsverfahren sowie das Erstellen von Stellungnahmen bei (wichtigen) gerichtlichen Rechtsstreitigkeiten, die von den Richtern zu berücksichtigen sind.

| Handlungsfeld | Handlungsempfehlungen für gesetzliche Anpassungen am IFG |
|---|---|
| Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (§ 6 IFG) | • Systematisierung nach TSI, VFD und verschiedenen VDI<br>• Implementierung unterschiedlicher Abwägungs- und Vorjustierungsmodelle, Abwägung mit dem Informationsinteresse<br>o TSI: Kein Handlungsbedarf; unter Umständen Etablierung einer Abwägung mit Vorjustierung in Richtung Geheimhaltung vorstellbar<br>o Bieter-VDI: Abwägung mit Vorjustierung in Richtung Transparenz<br>o Berater-VDI: Offenlegung<br>o ÖH-VDI: Offenlegung<br>o VFD: vorbehaltlose Abwägung |
| Schutz fiskalischer Interessen des Bundes (§ 3 Nr. 6 IFG) | • Vorbehaltlose Abwägung mit dem Informationsinteresse statt absoluter Schutz<br>• Öffnungsvorschrift: Berücksichtigung von Transparenzauswirkungen auf Haushalte von Ländern (sowie ggf. deren Kommunen) in bestimmten Fällen<br>• Netto- statt Bruttobetrachtung<br>• Dynamische statt statische Sichtweise: Kein Handlungsbedarf |
| Weitere Handlungsfelder | • Proaktive statt reaktive Informationsbereitstellung<br>• Vorgabe zu einem proaktive(re)n Wissensmanagement durch den BfDI |
| Umsetzung der Handlungsempfehlung | • Bündelung an einer zentralen Stelle mit einem neuen Paragrafen<br>→ Etablierung eines speziellen Bereichs „Infrastruktur“ |

**Tabelle 5: Übersicht der Handlungsempfehlungen für gesetzliche Anpassungen am IFG[920]**

## 12.2 Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess

In diesem Unterkapitel werden im Wesentlichen die Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess zusammengetragen, die in Teil C im Rahmen der ökonomischen Analysen generiert wurden.[921] Die Empfehlungen basieren dabei auf einer breiten ökonomischen Sichtweise, d.h. neben den negativen und positiven Wettbewerbseffekten (enge ökonomische Perspektive) werden zudem die vor- und nachteiligen Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich berücksichtigt. Außerdem liegt den Empfehlungen die dynamische Sichtweise zugrunde, sodass die Transparenzauswirkungen sowohl beim einzelnen Projekt (statische Sichtweise) als auch bei zukünftigen Projekten beachtet werden. Die Reihenfolge der Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis von Dokumenten orientiert sich am „Lebenszyklus“ von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Verträgen, zum Schluss folgt eine Zusammenstellung weiterer Dokumente.[922] Neben den auf ein bestimmtes Dokument gerichteten Empfehlungen beinhaltet dieses Unterkapitel zudem dokumentenübergreifende Hinweise für die Veröffentlichungspraxis. Vorab sei angemerkt, dass die Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess zwar auf Basis von Analysen zum Straßen- und Hochbausektor auf Bundesebene generiert wurden, diese aber prinzipiell auch auf ÖPP-Projekte der Landes- und Kommunalebene

[920] Quelle: eigene Darstellung.

[921] Die Gesamtheit dieser Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis könnte auch als Grundlage für einen „Leitfaden für Transparenz bei ÖPP im Infrastrukturbereich“ dienen.

[922] Für die Bezeichnung des „Lebenszyklus“ von Dokumenten im ÖPP-Realisierungsprozess siehe Abschnitt 8.2.

übertragbar sind. Des Weiteren ist die Übertragbarkeit auf die konventionelle Beschaffungsvariante grundsätzlich ebenfalls gegeben.

***DEM BEREICH DER WIRTSCHAFTLICHKEITSUNTERSUCHUNG ZUZUORDNENDE DOKUMENTE***

Der „Lebenszyklus" von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen beginnt mit dem ÖPP-Eignungstest. Aus ökonomischer Sicht ist beim ÖPP-Eignungstest klar zu empfehlen, dass dieser vollständig, also ohne jegliche Schwärzungen, sofort nach Erstellung gegenüber der Allgemeinheit veröffentlicht wird.[923]

Bei der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung fällt die Empfehlung differenzierter aus.[924] Die Methodik der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die monetarisierten Nutzeneffekte und etwaige Wechselkosten können und sollten vor bzw. während der Vergabeverfahren von ÖPP-Projekten offengelegt werden. Die ex ante Veröffentlichung der Realisierungskosten für den Ansatz der konventionellen Beschaffungsvariante (also des Public Sector Comparators), des ÖPP-Vergleichswertes sowie der angenommenen Effizienzunterschiede zwischen beiden Varianten kann trotz der zu erwartenden positiven Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich vor allem aufgrund der Reservationspreisproblematik, deren Ausprägung maßgeblich von der jeweiligen Wettbewerbssituation abhängt, nicht uneingeschränkt empfohlen werden. Bei einer niedrigen Wettbewerbsintensität oder sogar der Existenz von Bieterkartellen ist von einer ex ante Herausgabe dieser Bestandteile der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung abzuraten, sodass eine umfassende Schwärzung vorgenommen werden sollte. Im Falle einer hohen Wettbewerbsintensität verliert die Reservationspreisproblematik stark an Relevanz und damit einhergehend sollte eine ex ante Offenlegung des PSC, des ÖPP-Vergleichwertes und der Effizienzunterschiede in aller Regel angestrebt werden.[925] Bei Unsicherheit über die Wettbewerbssituation sollte wegen des hohen Schadenpotentials, falls fälschlicherweise von einer hohen Wettbewerbsintensität ausgegangen wird, sicherheitshalber von einer vollständigen Herausgabe der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung abgesehen werden. Schließlich sollte im Kontext der ex ante Veröffentlichung von vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bedacht werden, dass auch lediglich die separate Offenlegung des ÖPP-Vergleichswertes oder der angenommenen Effizienzunterschiede ausreichen kann, um die Reservationspreisproblematik in abgeschwächter Form hervorzurufen.

Nach Abschluss der Vergabeverfahren von ÖPP-Vorhaben sollten die Methodik der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sowie die dort errechneten monetarisierten Nutzeneffekte und etwaigen Wechselkosten in jedem Fall öffentlich zugänglich gemacht werden, sodass sich

---

[923] Falls nicht genannt wird, gegenüber wem das Dokument veröffentlicht werden sollte, ist stets eine Offenlegung gegenüber der Allgemeinheit bzw. Öffentlichkeit gemeint. Dies hängt damit zusammen, dass die Analysen mit Bezug zum IFG durchgeführt wurden und das IFG vom Prinzip her eine Veröffentlichung gegenüber der Allgemeinheit vorsieht, weil die berechtigten Informationsnachfrager alle natürlichen Personen und juristischen Personen des Privatrechts sind.

[924] An dieser Stelle sei daran erinnert, dass im Status quo weder ungeschwärzte noch geschwärzte vorläufige Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ex ante veröffentlicht werden; siehe hierzu Abschnitt 9.2.2.2.

[925] Diese Aussage beruht auf der Einschätzung, dass eine veröffentlichte vorläufige WU für die Unternehmen in der Praxis kein geeignetes Hilfsmittel darstellt, um über mehrere ÖPP-Projektvergaben die Bildung eines (impliziten) Kartells zu fördern und somit aufgrund der unverändert hohen Wettbewerbsintensität keine Reservationspreisproblematik vorliegt. Im Falle einer gegenteiligen Einschätzung sollten der PSC, der ÖPP-Vergleichswert und die Effizienzunterschiede in der vorläufigen WU umfassend geschwärzt werden.

diesbezüglich an der Empfehlung gegenüber einer ex ante Offenlegung nichts ändert. Bei einer ex post Herausgabe von vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sollten der PSC, der ÖPP-Vergleichswert und die angenommenen Effizienzunterschiede aufgrund der deutlich abgeschwächten Reservationspreisproblematik und der gleichzeitig bestehenden positiven Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich im Regelfall nicht geschwärzt werden. Die Abschwächung der Reservationspreisproblematik resultiert vor allem daraus, dass das jeweilige Projekt, auf das sich die vorläufige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bezieht, von diesem Effekt nicht mehr betroffen ist und die Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf zukünftige Projekte mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist.[926] Nach Abschluss der Vergabeverfahren ist somit eine vollständige Veröffentlichung von vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in aller Regel zu empfehlen.[927]

An die vorläufige schließt sich im ÖPP-Realisierungsprozess die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung an. Die im Kontext der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung genannten Bestandteile, also PSC, ÖPP-Vergleichswert, Effizienzunterschiede, Methodik, monetarisierte Nutzeneffekte und etwaige Wechselkosten, sind in der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ebenfalls enthalten. Für diese Bestandteile gilt die gleiche Empfehlung wie für die ex post Veröffentlichung von vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, d.h. alle aufgezählten Komponenten sollten nach Abschluss der Vergabeverfahren von ÖPP-Projekten in der Regel ungeschwärzt herausgegeben werden.[928] Des Weiteren stellen die Angebote der Bieter einen Teil der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung dar. Der Schutz von in den Bieterangeboten enthaltenen Kalkulationsdaten und etwaigen technisch-systemischen Innovationen sollte sichergestellt und dementsprechend sollten diese nicht veröffentlicht werden.[929]

Das letzte Dokument im „Lebenszyklus“ der Wirtschaflichkeitsuntersuchung stellt die Controlling-Wirtschaftlichkeitsuntersuchung dar. Im Hinblick auf die darin enthaltenen realisierten Kosten- und Leistungsdaten von privaten ÖPP-Auftragnehmern ist zu empfehlen, diese nicht oder allenfalls in stark aggregierter Form offenzulegen. Sofern eine Controlling-Wirtschaftlichkeitsuntersuchung Bestandteile wie den PSC, den ÖPP-Vergleichswert, die Effizienzunterschiede oder das siegreiche Bieterangebot aus der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung beinhaltet, sollte diesbezüglich den bereits vorgetragenen Empfehlungen gefolgt werden.

---

[926] In Ausnahmefällen, in denen ein zukünftiges Projekt enorme Ähnlichkeiten zum aktuellen Einzelprojekt aufweist, kann eine Unkenntlichmachung des PSC, des ÖPP-Vergleichswertes und der Effizienzunterschiede wegen der dynamischen Auswirkungen der Reservationspreisproblematik geboten sein.

[927] Im Status quo werden vorläufige Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nach Vergabeende in geschwärzter Fassung, also mit Schwärzungen faktisch sämtlicher bezifferter Angaben, herausgegeben; siehe hierzu Abschnitt 9.2.2.2.

[928] In der gegenwärtigen Veröffentlichungspraxis werden abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ausschließlich in geschwärzer Form (ex post) offengelegt; siehe hierzu Abschnitt 9.2.2.2.

[929] Weitere Empfehlungen in dieser Hinsicht finden sich im nächsten Zwischenabschnitt zu weiteren Dokumenten des ÖPP-Realisierungsprozesses, in den die Bieterangebote eingeordnet sind.

***DEM VERTRAGSBEREICH ZUZUORDNENDE DOKUMENTE***

Der „Lebenszyklus“ eines ÖPP-Vertrags beginnt mit dem Vertragsentwurf. Für die Entwurfsfassung eines ÖPP-Vertrags, die Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens erhalten, ist klar zu empfehlen, diese vollständig, also ohne jegliche Schwärzungen, möglichst nach Erstellung, spätestens jedoch nach Abschluss des Vergabeverfahrens gegenüber der Allgemeinheit zu veröffentlichen. Wegen in Vertragsentwürfen möglicherweise enthaltenen Vertragsdesign-Innovationen, die von Beratern der öffentlichen Hand eingebracht wurden, sollte sich die öffentliche Hand stets die Veröffentlichungsrechte sichern, um unnötige Komplikationen bei der Offenlegung zu vermeiden. Schließlich ist eine Veröffentlichung von Musterverträgen für ÖPP-Projekte, die eine gewisse Ähnlichkeit zu Vertragsentwürfen aufweisen, zu begrüßen, jedoch sollte sie die Herausgabe der tatsächlichen ÖPP-Vertragsentwürfe keinesfalls ersetzen.

Als nächstes Dokument folgt der finale, zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Auftragnehmer geschlossene ÖPP-Vertrag. Grundsätzlich ist zu empfehlen, dass ÖPP-Verträge möglichst nach deren endgültiger Ausfertigung oder spätestens nach Ende des Vergabeverfahrens veröffentlicht werden. Bei der Herausgabe von ÖPP-Verträgen sind jedoch technisch-systemische Innovationen, Vertragsdesign-Innovationen sowie Vergütungs- und Finanzdaten zu berücksichtigen, sodass gemäß den im vorherigen Unterkapitel beschriebenen Abwägungs- und Vorjustierungsmodellen entsprechende Schwärzungen vorzunehmen sind. Konkret bedeutet das, dass technisch-systemische Innovationen nicht offengelegt, wohingegen von der öffentlichen Hand entwickelte Vertragsdesign-Innovationen stets vollständig herausgegeben werden sollten. Im Regelfall sollten sowohl von Bietern als auch – noch stärker zutreffend – von Beratern der öffentlichen Hand eingebrachte Vertragsdesign-Innovationen transparent gemacht werden. Damit bei deren Offenlegung nicht unnötigerweise Komplikationen auftreten, sollte sich die öffentliche Hand – wie bereits erwähnt – die Veröffentlichungsrechte zusichern lassen. Für den Umgang mit Vergütungs- und Finanzdaten kann hingegen keine klare Empfehlung abgegeben werden, außer dass bei der Veröffentlichungsentscheidung Wettbewerbseffekte und Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich gleichermaßen Berücksichtigung finden sollten.[930]

Im weiteren „Lebensyzyklus“ eines ÖPP-Vertrags kommt es regelmäßig zu Nachverhandlungen und im Zuge dessen zu Anpassungen des ursprünglichen Vertrags. Generell kann empfohlen werden, dass zumindest der Zeitraum, der Sachverhalt und insbesondere eine Ergebniszusammenfassung der Nachverhandlungen („Nachverhandlungsbericht“) zeitnah bekanntgemacht werden sollte. Aus einem solchen Nachverhandlungsbericht sollten die insgesamt auftretenden Auswirkungen auf den Haushalt erkennbar sein. Zu bevorzugen ist allerdings, dass die Vertragsanpassungen im Original, aber mit Schwärzungen der konkreten Vergütungs- und Finanzdaten veröffentlicht werden. Dabei sollten jedoch die Unkenntlichmachungen aufgrund der bilateralen Monopolsituation und der damit verbundenen

[930] Die zu den Vergütungs- und Finanzdaten gehörende Vergütungsstruktur und der damit einhergehende private Kapitalanteil über die Projektlaufzeit hat insbesondere vor dem Hintergrund der Möglichkeiten zur Umgehung von Schuldenregeln eine besondere Bedeutung für die Kontrolle durch gesellschaftliche Akteure, sodass eine Veröffentlichung der Vergütungsstruktur gegenüber der Allgemeinheit verstärkt in Erwägung gezogen werden sollte.

besonderen Bedeutung einer gesellschaftlichen Kontrolle bei nachverhandelten Vertragsanpassungen im Vergleich zum ursprünglichen Vertrag tendenziell weniger umfangreich ausfallen.

#### *WEITERE DOKUMENTE DES ÖPP-REALISIERUNGSPROZESSES*

Bevor auf dokumentenübergreifende Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Projekten eingegangen wird, werden die in Teil C herausgearbeiteten Vorschläge zum Umgang mit weiteren Dokumenten des ÖPP-Realisierungsprozesses zusammengetragen, die keinem „Dokumenten-Lebenszyklus" eindeutig zuzuordnen sind. Für die (funktionale) Leistungsbeschreibung, welche die Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens erhalten, kann eine klare Empfehlung ausgesprochen werden: Dieser Dokumententyp sollte stets sofort nach Erstellung vollständig gegenüber der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden.

Die Angebote der Bieter wurden bereits im Kontext der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung erwähnt: Wegen des Schutzes von Vergütungs- und Finanzdaten im Rahmen der Kalkulation eines Angebots und etwaigen technisch-systemischen Innovationen (z.B. in technischen Planungsunterlagen oder Betriebsdienst- bzw. Erhaltungskonzepten) sollten die Bieterangebote grundsätzlich nicht veröffentlicht werden.[931] Vor diesem Hintergrund kommen zwei Empfehlungen in Betracht: Erstens könnte gegenüber der Öffentlichkeit zumindest eine Art Zusammenfassung der Bieterangebote, die keinerlei Rückschlüsse auf die schützenswerten Informationen ermöglicht, zugänglich gemacht werden. Zweitens wäre es zudem in jedem Fall zu begrüßen, wenn der Bundesrechnungshof die Bieterangebote bei der Prüfung von ÖPP-Projekten berücksichtigt.

Zum Schluss wird noch auf die generierten Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis von Prüfungsdokumenten des eben erwähnten Bundesrechnungshofes eingegangen. Grundsätzlich ist zu empfehlen, dass Prüfungsdokumente des Bundesrechnungshofes zeitnah der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden, wobei ggf. Schwärzungen gemäß den hier vorgeschlagenen Regelungen zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und fiskalischen Interessen vorzunehmen sind. Zudem sei als Exkurs darauf hingewiesen, dass die derzeitige durch eine Änderung der Bundeshaltsordnung erreichte de facto Bereichsausnahme des Bundesrechnungshofes im IFG kritisch hinterfragt und ggf. revidiert werden sollte.[932]

#### *DOKUMENTENÜBERGREIFENDE EMPFEHLUNGEN ZUR VERÖFFENTLICHUNGSPRAXIS*

Die erste dokumentenübergreifende Empfehlung zur Veröffentlichungspraxis betrifft die Handlungsform der Behörden bei der Informationsbereitstellung bei ÖPP-Projekten. Im vorherigen Unterkapitel wurde empfohlen, eine proaktive Informationsbereitstellung im IFG gesetzlich zu verankern, wobei etwaige Schwärzungen aufgrund von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, fiskalischen Interessen und ggf. weiteren Ausnahmetatbeständen vorzunehmen sind. Falls dies auf gesetzlichem Wege nicht umsetzbar

---

[931] Somit ist der Status quo, in dem bei ÖPP-Vorhaben die Angebote der Bieter geheim bleiben, kaum kritisch zu sehen. Vielmehr ist zu empfehlen, die Praxis im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante, dass Bieterangebote am Ende der Vergabe von den teilnehmenden Unternehmen eingesehen werden können, zu überdenken.

[932] Als Alternative zu einer Revision der de facto Bereichsausnahme des Bundesrechnungshofes im IFG könnte auch überlegt werden, dem Bundesrechnungshof im Rahmen der Bundeshaltsordnung striktere Transparenzvorgaben aufzuerlegen.

sein sollte, ist als Substitut für die gesetzliche Lösung zu empfehlen, dass ein umfangreiches Wissensmanagement (z.B. durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit) in Bezug auf eine proaktive Veröffentlichungspraxis durchgeführt wird. An Behörden kann zudem direkt die Empfehlung ausgesprochen werden, dass sie die bereits im Status quo vorhandene Möglichkeit, Dokumente proaktiv bereitzustellen, in einem größeren Umfang wahrnehmen sollten.

Im Hinblick auf das Wissensmanagement wurde im vorherigen Unterkapitel eine gesetzliche Klarstellung hinsichtlich der Aufgaben des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit vorgeschlagen. Als Alternative zu solch einer (ggf. derzeit nicht durchsetzbaren) Gesetzesänderung ist zu empfehlen, dass der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit von sich aus die Bereitstellung eines Leitfadens mit Analyse- und Prüfmustern bzw. Anwendungshinweisen für die Veröffentlichungspraxis bei ÖPP-Vorhaben aktiver und intensiver als bislang wahrnimmt, denn dies ist auch ohne Anpassung des IFG möglich. Solch ein Leitfaden zur Transparenz bei ÖPP-Projekten könnte die in diesem Unterkapitel dargestellten Empfehlungen für die Veröffentlichungspraxis enthalten. In diesem Leitfaden sollten auch Hinweise bezüglich der Berücksichtigung von Interdependenzen zwischen verschiedenen Dokumenten aufgenommen werden. Insbesondere beim ursprünglichen Vertrag und nachverhandelten Vertragsanpassungen sowie bei vorläufigen und abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sollten im Rahmen von Veröffentlichungsentscheidungen die potentiellen Interdependenzen berücksichtigt werden. Der Leitfaden könnte zudem darauf hinweisen, dass bei einem höheren Aggregationsniveau der Dokumente die Rationalität für Transparenz zunimmt. Schließlich könnte der Leitfaden auf die „Verbindungslinien“ zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und den fiskalischen Interessen aufmerksam machen. Insgesamt kann dieser Leitfaden helfen, ein einheitliches Vorgehen bei der Veröffentlichung von Dokumenten aus dem ÖPP-Realisierungsprozess zu gewährleisten, was bisher nicht immer der Fall ist.

# TEIL D: Gesamtfazit der Arbeit

# 13 Fazit

> „I do really take it for an indisputable truth, and a truth that is one of the corner stones of political science—the more strictly we are watched, the better we behave."[933]

Dieses bekannte Zitat von Jeremy Bentham, berühmter englischer Philosoph aus dem 18. / 19. Jahrhundert, soll als Einstieg für ein kurzes Gesamtfazit dienen, das einige „große Linien" dieser Arbeit aufgreift. Dem bemerkenswerten Artikel „Transparency in Historical Perspective" von HOOD (2006, S. 9) zufolge war Jeremy Bentham wohl der erste, der im englischsprachigen Raum das Konzept der Transparenz in der Art und Weise verwendet hat, wie es auch gegenwärtig im politischen Kontext üblich ist. Mittlerweile hat sich dieses Konzept international als eines der wichtigsten Prinzipien rechtsstaatlichen Handelns und guter Regierungsführung etabliert.

Die Interpretation des Zitats von Bentham lässt vor dem Hintergrund des Themas der vorliegenden Arbeit folgende Schlussfolgerung zu: Transparenzregime wie Informationsfreiheitsgesetze tragen dazu bei, dass gesellschaftliche Akteure das Verhalten von Politik und Verwaltung genauer beobachten und überwachen können („the more strictly we are watched"). Diese verhalten sich deshalb weniger opportunistisch und verfolgen bei den Entscheidungen hinsichtlich Bereitstellung und Leistungserstellung von Infrastruktur, wozu auch die Auswahl der Beschaffungsvariante ÖPP oder KBV gehört, tatsächlich das Ziel der Wirtschaftlichkeit („the better we behave"). Im Sinne der Neuen Institutionenökonomik ermöglicht Transparenz durch die Reduktion von Informationsasymmetrien der Gesellschaft ihre Monitoring-Funktion besser wahrzunehmen. Besonders im Infrastrukturbereich hat der wirtschaftliche Umgang mit öffentlichen Finanzmitteln eine hohe Bedeutung, weil Infrastrukturen ein Bestandteil der Daseinsvorsorge sind und besonders langlebige Vermögensgüter der Gesellschaft bilden. Darüber hinaus kann – sehr breit nachgedacht – eine intakte und effizient betriebene Infrastruktur auch als eine Voraussetzung für eine stabile Demokratie angesehen werden. Deshalb spielt Transparenz gerade in diesem Kontext eine herausragende Rolle.

Transparenz im öffentlichen Sektor sollte in jedem Fall kein Selbstzweck sein, sodass beim Design von Transparenzregimen die Festlegung der mit der institutionellen Lösung verfolgten Ziele einen zentralen Aspekt ausmacht. Exemplarisch seien als Transparenzziele die demokratische Teilhabe aller Bürger und die bessere Kontrolle des staatlichen Handelns durch gesellschaftliche Akteure genannt, die auch in der Gesetzesbegründung zum Informationsfreiheitsgesetz des Bundes kodifiziert sind. Zur Erreichung dieser Ziele ist die durch ein Transparenzregime geregelte Bereitstellung von bzw. der Zugang zu Dokumenten, Daten und Informationen der öffentlichen Hand eine essentielle Grundlage. Transparenz kann jedoch auch negative Effekte hervorrufen, die aus ökonomischer Sicht insbesondere im Wettbewerbsbereich auftreten können und dort Innovationsanreize und Kollusionen betreffen. Daher ist die gesetzliche Normierung von Schutzgütern wie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von

[933] BENTHAM ([1790s] 2001, S. 277), zitiert nach HOOD (2006, S. 9).

Unternehmen sowie fiskalische Interessen der öffentlichen Hand, wie sie auch im IFG enthalten ist, vollkommen berechtigt. Die Arbeit hat allerdings eindrücklich gezeigt, dass bei der Fällung von Veröffentlichungsentscheidungen nicht die – wie zurzeit im IFG vorgesehen – auf Wettbewerbseffekte fokussierte enge ökonomische Sicht, sondern vielmehr die breite ökonomische Sicht eingenommen werden sollte, die darüber hinaus Transparenzeffekte im öffentlichen Bereich berücksichtigt. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Transparenzziele bzw. die Ziele des IFG nicht im beabsichtigten Umfang erreicht werden.

Es bleibt die entscheidende Frage: Was ist das richtige Maß an Transparenz? Grundsätzlich sollte in dieser Hinsicht eine gesunde Balance zwischen den konfligierenden Interessen, einerseits dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und andererseits beispielsweise dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, gefunden werden. Diese Balance wird aufgrund von Umweltveränderungen wie dem technischen Fortschritt und dem wachsenden Wissenstand zu Transparenzauswirkungen auch immer wieder neu zu justieren sein. Eine pauschale Antwort auf die Frage ist somit nicht möglich. Grundsätzlich zeichnet sich ein angemessenes Transparenzniveau dadurch aus, dass negative Transparenzauswirkungen vermieden und positive Transparenzeffekte realisiert werden. In diesem Kontext ist anzumerken, dass die mit Transparenz verbundenen Chancen nicht über- und Risiken nicht unterschätzt werden sollten. Die Bestimmung des Transparenzniveaus ist eine politische und gesamtgesellschaftliche Entscheidung, wobei die Wissenschaft in beratender Funktion die vielfältigen Effekte und Wirkungszusammenhänge aufzeigen kann. Die Politik entscheidet letztendlich über das konkrete Maß an Transparenz durch ihre Festlegung bezüglich der zentralen Gestaltungsoptionen und die institutionelle Ausgestaltung des Transparenzregimes.

In Zukunft wird eine spannende Frage sein, wie sich die Transparenzregime im öffentlichen Sektor in Deutschland entwickeln werden. In letzter Zeit wurde des Öfteren über eine Novellierung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes diskutiert. Vor dem Hintergrund der in dieser Arbeit erfolgten Analysen ist zum Beispiel insbesondere die Eröffnung einer Abwägung mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit beim Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie der fiskalischen Interessen zu empfehlen. Weitere zukünftige Herausforderungen stellen sicherlich auch die Einführung von mehr proaktiven Elementen bei der Informationsbereitstellung sowie die Weiterentwicklung des Wissensmanagements und der dabei wahrzunehmenden Aufgaben durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit dar. Eine sehr weitreichende Reform bestünde zudem in einem dahingehenden Systemwechsel, dass die Veröffentlichungsentscheidungen statt von den jeweils betroffenen (dezentralen) Behörden von einer neutralen (zentralen) Transparenzbehörde gefällt werden. Dies erscheint derzeit zwar schwer umsetzbar, aber ist für die Zukunft gewiss als eine beachtenswerte Option bei der institutionellen Ausgestaltung des Transparenzregimes anzusehen. Eine andere interessante Frage wird sein, ob die Sachverhalte künftig infolge verbesserter Wissensstände zu den Wirkungen von Transparenz in verschiedenen Bereichen gebündelt im „großen“ IFG geregelt werden oder entbündelt mehrere spezielle, bereichsspezifische „kleine“ Transparenzregime etabliert werden. Außerdem wird es interessant zu beobachten sein, wie intensiv die gesellschaftlichen Akteure das IFG zur Kontrolle staatlichen Handelns in Zukunft nutzen werden und ob das Transparenzregime somit letztendlich auch seinen Zweck erfüllen kann.

Aus der Arbeit kann zudem weiterer Forschungsbedarf abgeleitet werden. Im Folgenden werden beispielhaft einige Untersuchungsfragen aufgezeigt. Zunächst könnte die in dieser Arbeit verwendete Vorgehensweise bei der Analyse auch auf andere Bereiche wie zum Beispiel die Regulierung der Stromübertragungs- und -verteilnetzbetreiber angewendet werden. Des Weiteren könnten die verschiedenen Effekte von Transparenz empirisch untersucht werden und Analysen dazu vorgenommen werden, wie sich unterschiedliche Transparenzregime auf die Ausprägung dieser Effekte auswirken. Ferner könnten vertiefte (politikwissenschaftliche und soziologische) Analysen zu der Frage durchgeführt werden, ob und unter welchen Umständen eine Veröffentlichung von Dokumenten das Verhalten von gesellschaftlichen Akteuren und damit verbunden auch von Politik und Verwaltung tatsächlich beeinflusst und wie in diesem Kontext Wirkungsmechanismen ablaufen. Eine sehr spezielle, aber ökonomisch interessante Frage stellt sich darüber hinaus bezüglich des Schutzes von bestehenden Verträgen im Zusammenhang mit nachträglich angepassten Transparenzvorgaben. Schließlich könnte eine juristische Fragestellung darin bestehen, ob der besagte Systemwechsel hin zu einer neutralen (zentralen) Transparenzbehörde, die Veröffentlichungsentscheidungen trifft, rechtlich möglich und was aus juristischer Sicht bei dieser institutionellen Ausgestaltung zu berücksichtigen ist.

Die Ergebnisse künftiger Analysen zu den aufgezeigten Forschungsfragen und die Erkenntnisse aus dieser Arbeit können dazu beitragen, Transparenzregime derart zu gestalten, dass im Sinne des Zitats von Jeremy Bentham die Kontrolle staatlichen Handelns durch gesellschaftliche Akteure gut funktioniert und dies effektiv zu einem besseren Verhalten von Politik und Verwaltung führt. Die bedeutende Frage der Effizienz von Transparenzregimen adressiert Jeremy Bentham in seinem Zitat allerdings nicht. Somit besteht eine wichtige Aufgabe von Institutionenökonomen letztendlich auch darin, beim Design von Transparenzregimen neben der Effektivität insbesondere auch die Effizienz und damit die (Transaktions-)Kosten verschiedener institutioneller Lösungen im Blick zu behalten.

# Literaturverzeichnis

**AGFMK – Arbeitsgruppe Finanzministerkonferenz (2006):** Leitfaden "Wirtschaftlichkeitsberechnung bei PPP-Projekten"; abgerufen im Internet am 17.01.2018 unter http://www.vifg.de/_downloads/service/infrastrukturfinanzierung-und-ppp/2007-09_Leitfaden_-_WU_bei_PPP-Projekten.pdf?m=1474537615.

**Albano, G. L. / Dimitri, N. / Perrigne, I. / Piga, G. (2006):** Fostering Participation; in: Dimitri, N. / Piga, G. / Spagnolo, G. (Hrsg.), Handbook of Procurement, Cambridge: Cambridge University Press, S. 267-292.

**Alfen, H.-W. / Mayrzedt, H. / Tegner, H. (2004):** PPP-Lösungen für Deutschlands Autobahnen – Empfehlungen für eine erfolgreiche Umsetzung; Studie im Auftrag von HOCHTIEF Development, DaimlerChrysler Services Mobility Management GmbH, STRABAG AG und Wayss & Freytag Ingenieurbau AG, abgerufen im Internet am 14.08.2015 unter ftp://ftp.fh-biberach.de/pub/www/bwl-bau/vortraege_referate_usw/PPP_loesungen_fuer_deutschlands_autobahnen.pdf.

**Amos, J. / McDonagh, M. (2004):** Freedom of Information and Procurement: A practical guide for public authorities, London: The Constitution Unit.

**Arrow, K. J. / Lind, R. C. (1970):** Uncertainty and the Evaluation of Public Investment Decisions; in: The American Economic Review, Vol. 60, No. 3, S. 364-378.

**Bäuml, A. (2012)**: Transparenz bei PPP-Projekten; in: InfrastrukturRecht, Jg. 9, Heft 11, S. 314-316.

**Bajari, P. / Hortaçsu, A. (2003):** The Winner's Curse, Reserve Prices, and Endogenous Entry: Empirical Insights from eBay Auctions; in: The RAND Journal of Economics, Vol. 34, No. 2, S. 329-355.

**Balser, M. (2014):** Autobahnbetreiber will noch mehr Geld vom Bund; Online-Artikel in der Süddeutschen Zeitung vom 26.08.2017, abgerufen im Internet am 10.04.2018 unter https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/autobahnbetreiber-a-milliardenpanne-1.3640334.

**Becker, T. / Beckers, T. / Ryndin, A. (2018):** Bereitstellung und Finanzierung sowie Verwaltungsorganisation der Fernstraßen in der Schweiz – Eine institutionenökonomische Analyse; Arbeitspapier, abgerufen im Internet am 12.11.2018 unter https://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2018/becker_beckers_ryndin_2018-bereitstellung_finanzierung_verwaltungsorganisation_fernstrassen_schweiz.pdf.

**Beckers, T. (2005):** Die Realisierung von Projekten nach dem PPP-Ansatz bei Bundesfernstraßen – Ökonomische Grundlagen und eine Analyse des F-Modells, des A-Modells sowie des Funktionsbauvertrages; Dissertationsschrift, Technische Universität Berlin.

**Beckers, T. / Bieschke, N. / Lenz, A.-K. / Heurich, J. / Kühling, J. / Hertel, W. / Schäfer, D. (2014a):** Alternative Modelle für die Organisation und die Finanzierung des Ausbaus der Stromübertragungsnetze in Deutschland – Eine (institutionen-)ökonomische Analyse unter Einbezug juristischer und technisch-systemischer Expertise; Gutachten im Rahmen des vom Ministerium für Finanzen und Wirtschaft (MFW) des Landes Baden-Württemberg, vom

Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk (MWEIMH) des Landes Nordrhein-Westfalen und vom Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Technologie (TMWAT) beauftragten Projektes „Alternativen zur Finanzierung des Ausbaus der Übertragungsnetze in Deutschland“, abgerufen im Internet am 12.08.2015 unter http://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2014/tuberlin-wip_et_al_2014-afuen_gutachten-v50.pdf.

**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), abgerufen im Internet am 03.07.2015 unter http://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2009/private_finanzierung_in_ppp-projekten.pdf.

**Beckers, T. / Brenck, A. / Gehrt, J. / Klatt, J. P. (2009):** Wissensmanagement auf Seiten der öffentlichen Hand bei der Beschaffung nach dem PPP-Ansatz – Eine ökonomische Analyse der Projekt- und der Programmebene (unveröffentlicht).

**Beckers, T. / Corneo, G. / Klatt, J. P. / Mühlenkamp, H. (2009):** Zeitliche Homogenisierung und Berücksichtigung von Risiko im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen; Studie im Auftrag des Bundesrechnungshofes, abgerufen im Internet am 04.02.2019 unter https://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2009/zeitliche_homogenisierung_und_beruecksichtigung_von_risiko_im_rahmen_von_wirtschaftlichkeitsuntersuchungen---v09.00_2009nov.pdf.

**Beckers, T. / Edquist, L. / Zimmermann, T. (2013):** Effiziente Anreizelemente und Koordinationsmechanismen in Bauverträgen im öffentlichen und privaten Hochbau; Endbericht zu dem vom BMVBS geförderten Forschungsvorhaben AKM-Hochbau, abgerufen im Internet am 14.08.2015 unter http://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2013/beckers_edquist_zimmermann_2013-effiziente_anreizelemente_und_koordinationsmechanismen_bauvertraege.pdf.

**Beckers, T. / Gehrt, J. / Klatt, J. P. (2009):** Leistungs- und Vergütungsanpassungen bei PPP-Projekten; Studie im Rahmen des vom BMVBS geförderten Forschungsprojektes LVF-PPP, abgerufen im Internet am 12.08.2015 unter https://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/projekte/lvf_ppp/studie-leistungs-_und_verguetungsanpassungen_bei_ppp-projekten-v800final_01.02.2009.pdf.

**Beckers, T. / Hermes, G. / Ryndin, A. / Weiß, H. (2017):** Eliminierung von „Vorfinanzierungs-Fehlanreizen“ zugunsten des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffungsvariantenauswahl im Kontext der Gründung der BAB-Gesellschaft – Eine ökonomisch-juristische Analyse; Kurzgutachten im Auftrag der Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e.V. (BVMB), abgerufen am 30.01.2018 unter http://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2017/Kurzgutachten_Eliminierung_von_Vorfinanzierungs-Fehlanreizen_zugunsten_des_OEPP-Ansatzes-v085.pdf.

**Beckers, T / Hermes, G. / Ryndin, A. / Weiß, H. / Becker, T. / Reuße, B. (2016):** Reformmodelle für die Verwaltungsorganisation sowie die Bereitstellung und Finanzierung bei den

Bundesfernstraßen – Eine institutionenökonomische Analyse unter Berücksichtigung (verfassungs-)rechtlicher Aspekte; Studie im Auftrag des Allgemeinen Deutschen Automobil-Clubs e.V. (ADAC), abgerufen im Internet am 21.11.2017 unter https://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2016/studie_reformmodelle-bundesfernstrassen_verwaltungsorganisation-bereitstellung-finanzierung-v900.pdf.

**Beckers, T. / Hermes, G. / Weiß, H. (2017):** Errichtung einer Bundesautobahngesellschaft: Privatisierungsschranken, Staatsgarantie und Rechtsform als zentrale Ausgestaltungsfragen; Gutachten im Auftrag des Allgemeinen Deutschen Automobil-Clubs e.V. (ADAC), abgerufen im Internet am 21.11.2017 unter http://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2017/2017_Februar-Gutachten_1-BAB-Gesellschaft_Privatisierungsschranken_Staatsgarantie_Rechtsform-v300.pdf.

**Beckers, T. / Klatt, J. P. (2008):** Potenziale und Erfolgsfaktoren des PPP-Ansatzes; Studie im Auftrag der Initiative Finanzstandort Deutschland (IFD), abgerufen im Internet am 12.08.2015 unter http://www.wip.tu-ber-lin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2009/potenziale_und_erfolgsfaktoren_des_ppp-ansatzes.pdf.

**Beckers, T. / Klatt, J. P. / Kühling, J. (2011):** Institutionelle Lösungen für die Bundesfernstraßenfinanzierung: Eine Analyse aus ökonomischer und juristischer Sicht; Studie im Auftrag des Allgemeinen Deutschen Automobil-Clubs e.V. (ADAC), Ressort Verkehr, abgerufen in Internet am 30.01.2018 unter https://www.adac.de/_mmm/pdf/fi_institutionelle%20_loesungen_studie_0411_219892.pdf.

**Beckers, T. / Klatt, J. P. / Maerschalk, G. (2009):** Organisationsmodelle für die Produktion und Finanzierung im Bereich der Bundesautobahnen – Eine ökonomische Analyse unter Berücksichtigung ingenieurwissenschaftlicher Erkenntnisse; Studie im Rahmen des von der Verkehrsforschung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi) geförderten Projektes NEMO-BAB; abgerufen im Internet am 13.08.2015 unter http://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2009/projekt_nemo-bab_endbericht_v03.00_2009mai.pdf.

**Beckers, T. / Klatt, J. P. / Zimmermann, T. (2012):** Interkommunale Zusammenarbeit (IKZ) – Eine (institutionen-)ökonomische Analyse; in: Schäfer, C. / Theuvsen, L. (Hrsg.): Renaissance öffentlicher Wirtschaft, Schriftenreihe öffentliche Dienstleistungen, Heft 57, Baden-Baden: Nomos, S. 245-290.

**Beckers, T. / Kühling, J. / Ryndin, A. (2017):** Transparenz bei ÖPP-Verträgen und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – Eine Analyse aus ökonomischer und juristischer Perspektive; Arbeitspapier im Rahmen des von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten Forschungsprojektes „Transparenz bei Public-Private-Partnerships (PPP) im Infrastrukturbereich – Eine ökonomisch-juristische Analyse“ (P3T), abgerufen im Internet am 02.02.2018 unter https://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2017/Transparenz_bei_%C3%96PP-Vertr%C3%A4gen_und_Schutz_von_Betriebs-_und_Gesch%C3%A4ftsgeheimnissen-v76.pdf.

**Beckers, T. / Ryndin, A. / Weiß, H. (2018):** Eine Analyse der Wirtschaftlichkeit der Privatisierung von Toll Collect und der Lkw-Mauterhebung nach dem ÖPP-Ansatz auf Basis der Institutionenökonomik; Kurzgutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90 / Die Grünen, abgerufen im Internet am 12.11.2018 unter https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiterinnen/prof_dr_thorsten_beckers/#c482567.

**Beckers, T. / Wagemann, F. / Klatt, J. P. (2013):** Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Vorhaben: Herausforderungen und Lösungsoptionen; in: Reichard, C. / Schröter, E. (Hrsg.): Zur Organisation öffentlicher Aufgaben – Effizienz, Effektivität und Legitimität, Opladen / Berlin / Toronto: Barbara Budrich, S. 148-183.

**Beckers, T. / Wagemann, F. / Ryndin, A. / Klatt, J. P. (2014b):** Eine (institutionen-)ökonomische Analyse der Kalkulation von Lebenszykluskosten und der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Vorhaben; Band I (Hauptband) des Endberichts 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)“, Stuttgart: Fraunhofer IRB Verlag.

**Berger, S. / Partsch, C. / Roth, J. / Scheel, C. (2013):** Informationsfreiheitsgesetz: Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (IFG) – Kommentar; 2., neu bearbeitete Auflage, Köln: Carl Heymanns.

**Berger, S. / Roth, J. / Scheel, C. (2006):** Informationsfreiheitsgesetz: Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (IFG) – Kommentar; 1. Auflage, Köln: Carl Heymanns.

**Berliner, D. (2014):** The Political Origin of Transparency; in: The Journal of Politics, Vol. 76, No. 2, S. 479-491.

**BfDI – Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (2008):** Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2006 und 2007, abgerufen im Internet am 05.02.2018 unter http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Taetigkeitsberichte/TB_IFG/1TB06_07.pdf?__blob=publicationFile.

**BfDI – Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (2010):** Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2008 und 2009, abgerufen im Internet am 05.02.2018 unter http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Taetigkeitsberichte/TB_IFG/2TB08_09.pdf?__blob=publicationFile.

**BfDI – Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (2016):** Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2014 und 2015, abgerufen im Internet 05.02.2018 unter https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Taetigkeitsberichte/TB_IFG/5TB06_16.html.

**BfDI – Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (2018):** Informationsfreiheitsgesetz des Bundes – Text und Erläuterungen; abgerufen im Internet am 18.10.2018 unter https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Infobroschueren/INFO2.html.

**Blanc-Brude, F. / Goldsmith, H. / Välilä, T. (2009):** A Comparison of Construction Contract Prices for Traditionally Procured Roads and Public-Private Partnerships; in: Review of Industrial Organization, Vol. 35, No. 1-2, S. 19-40.

**Blankart, C. B. (2008):** Öffentliche Finanzen in der Demokratie – Eine Einführung in die Finanzwissenschaft; 7., vollständig überarbeitete Auflage (7.A.), München: Franz Vahlen.

**BMF – Bundesministerium der Finanzen (2007):** Rundschreiben zur Einführung des Leitfadens „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ vom 20. August 2007 – II A 3 – H 1000/06/0003.

**BMF – Bundesministerium der Finanzen (2011):** Arbeitsanleitung Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen; abgerufen im Internet am 05.02.2018 unter http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_20122013_IIA3H10121008100 04.htm.

**BMF – Bundesministerium der Finanzen (2016):** Antwort auf eine Berichtsanforderung zum Thema „ÖPP-Projekte und Europäische „Maastricht-Schuldenbremse” gemäß ESVG”.

**BMUB – Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (2014):** Leitfaden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (WU) bei der Vorbereitung von Hochbaumaßnahmen des Bundes; Fassung Mai 2012, 3. redaktionell überarbeitete Auflage August 2014, abgerufen im Internet am 20.02.2018 unter https://www.fib-bund.de/Inhalt/ Leitfaden/Wirtschaftlichkeit/2014-08_LFWU_Hochbau_3-Auflage_BMUB_2014.pdf.

**BMVBS – Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (2007):** Erfahrungsbericht – Öffentlich-Private-Partnerschaften in Deutschland; abgerufen im Internet am 17.08.2015 unter http://www.oepp-plattform.de/media/attachments/Erfahrungsbericht-PPP_-04.-April-20071.pdf.

**BMVBS – Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (2010):** Antwortschreiben auf einen Antrag nach dem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG) auf Zugang zur Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für das ÖPP-Projekt A 8 Augsburg – München.

**BMVBS – Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (2011):** Öffentlich-Private-Partnerschaften – Am Beispiel des Bundesfernstraßenbaus; abgerufen im Internet am 18.08.2015 unter http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/StB/oeffentlich-private-partnerschaften-beispiel-bundesfernstrassenbau.pdf?__blob=publicationFile.

**BMVBS – Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (2012):** Antwortschreiben auf einen Antrag nach dem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG) auf Zugang zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Eignungstests für diverse ÖPP-Projekte.

**BMVBW – Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (2003):** Gutachten: PPP im öffentlichen Hochbau. Band I: Leitfaden, abgerufen im Internet am 20.02.2018 unter http://www.bbr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/BauwirtschaftBauqualitaet/WU-PPP/2_3_gutach ten_studien.html;jsessionid=2A65A7330869B8AE193BD1AC373B8838.live21304?nn=107171 6#doc1072148bodyText1.

**BMVBW – Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (2004):** Gutachten zur Erarbeitung der Muster eines Konzessionsvertrages und Regelungen für Ausschreibung/Vergabe von Konzessionen für das Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau („A-Modell"); in: Forschung Straßenbau und Straßenverkehrstechnik, Heft 889.

**BMVBW – Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (2005):** Leitfaden: Strukturiertes Verhandlungsverfahren für die Vergabe der Betreibermodelle im Bundesfernstraßenbau (A- und F-Modelle) – Konzept, abgerufen im Internet am 01.06.2018 unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/oepp-leitfaden-strukturiertes-verhandlungsverfahren.html.

**BMVI – Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2015a):** Endbericht „Reformkommission Bau von Großprojekten"; abgerufen im Internet am 03.07.2015 unter http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/reformkommission-bau-grossprojekte-endbericht.pdf?__blob=publicationFile.

**BMVI – Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2015b):** Öffentlich-Private Partnerschaften im Bundesfernstraßenbereich – die Neue Generation; Informationsbroschüre, abgerufen im Internet am 19.08.2015 unter http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/G/zukunftsforum-infrastruktur.html.

**BMVI – Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2017):** Verkehr in Zahlen 2017/2018; 46. Jg., Hamburg: DVV Media Group GmbH.

**BMVI – Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2019):** Mautbetreibergesellschaft Toll Collect bleibt im Eigentum des Bundes; Pressemitteilung, abgerufen im Internet am 01.02.2019 unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2019/005-scheuer-lkw-mautbetreiber.html.

**BMWi – Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (2015):** Schlaglichter der Wirtschaftspolitik – Monatsbericht Mai 2015; abgerufen im Internet am 24.08.2015 unter http://www.bmwi.de/Dateien/BMWi/PDF/Monatsbericht/schlaglichter-der-wirtschaftspolitik-05-2015,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf.

**Boardman, A. E. / Vining, A. R. (2012):** The Political Economy Of Public-Private Partnerships And Analysis Of Their Social Value; in: Annals of Public and Cooperative Economics, Vol. 83, No. 2, S. 117-141.

**Boehm, F. / Olaya, J. (2006):** Corruption in Public Contracting Auctions: The Role of Transparency in Bidding Processes; in: Annals of Public and Cooperative Economics, Vol. 77, No. 4, S. 431-452.

**Bovens, M. (2005):** Public Accountability; in: Ferlie, E. / Lynn, L. E. / Pollitt, C. (Hrsg.): The Oxford Handbook of Public Management, Oxford: Oxford University Press, S. 182-208.

**Braakmann, A. / Forster, T. (2015):** Statistik der Staatsfinanzen in der EU; in: Gatzer, W. / Schweisfurth, T. (Hrsg.), Öffentliche Finanzwirtschaft in der Staatspraxis, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 193-217.

**BReg – Bundesregierung (2008):** Stellungnahme der Bundesregierung zur Unterrichtung durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit -Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2006 und 2007; abgerufen im Internet am 11.12.2017 unter https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/2009/ifg_stellungnahme_0607.pdf;jsessionid=47EBA18BA5A7AE311F62230F48D34ABC.2_cid295?__blob=publicationFile&v=1.

**BReg – Bundesregierung (2010):** Stellungnahme der Bundesregierung zur Unterrichtung durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit -Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2008 und 2009; abgerufen im Internet am 11.12.2017 unter https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/2011/ifg_stellungnahme_0809.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

**Brenck, A. / Gehrt, J. / Richter, W. (2009):** Know-how-Bildung auf Seiten der öffentlichen Hand im Rahmen des PPP-Prozesses; in: Suhlrie, D. (Hrsg.), Öffentlich-Private Partnerschaften – Zu Theorie und Praxis einer neuen Beschaffungstechnologie, Wiesbaden: Gabler, S. 31-43.

**BRH – Bundesrechnungshof (2010):** Prüfung der Verfahren und Methodik von ÖPP-Eignungstests, Prüfmitteilung; Bonn.

**BRH – Bundesrechnungshof (2014a):** Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) als Beschaffungsvariante im Bundesfernstraßenbau; Haushaltsausschussdrucksache 0822, abgerufen im Internet am 18.08.2015 unter https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2014/06/2014-06-04_Bericht_BRH_zu_PPP_an_Haushaltsausschuss.pdf.

**BRH – Bundesrechnungshof (2014b):** Bericht an den Rechnungsprüfungsausschuss des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Weitergabe von Prüfungsergebnissen des Bundesrechnungshofes; abgerufen im Internet am 28.06.2018 unter https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/beratungsberichte/langfassungen/langfassungen-2014/2014-bericht-veroeffentlichung-von-pruefungsergebnissen-des-bundesrechnungshofes.

**BRH – Bundesrechnungshof (2015):** Stellungnahme des Bundesrechnungshofes für die öffentliche Anhörung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages zum Thema der geplanten Errichtung eines Museums für die Kunst des 20. Jahrhunderts; abgerufen im Internet am 13.04.2018 unter https://www.bundestag.de/ausschuesse/ausschuesse18/a08/anhoerungen/kunstmuseum_stellungnahmen/356904.

**BRH / LRH – Rechnungshöfe des Bundes und der Länder (2011):** Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten; abgerufen im Internet am 21.08.2015 unter http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/media/978/Gemeinsamer%20Erfahrungsbericht%20zur%20Wirtschaftlichkeit%20von%20%D6PP-Projekten.pdf.

**BT-Drs. 15/4493 (2004) – Drucksache des Deutschen Bundestages 15/4493 (2004):** Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen – Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG); abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/044/1504493.pdf.

**BT-Drs. 16/7640 (2007) – Drucksache des Deutschen Bundestages 16/7640 (2007):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau (so genanntes A-Modell)“ der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/16/076/1607640.pdf.

**BT-Drs. 16/8638 (2008) – Drucksache des Deutschen Bundestages 16/8638 (2008):** Unterrichtung durch die Bundesregierung – Bericht über die Ergebnisse des PPP-Eignungstests zur Wiedererrichtung des Berliner Stadtschlosses/Bau des Humboldt-Forums im Schlossareal; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/16/086/1608638.pdf.

**BT-Drs. 17/1825 (2010) – Drucksache des Deutschen Bundestages 17/1825 (2010):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Aktivitäten der ÖPP Deutschland AG seit ihrer Gründung“ der Fraktion Die Linke; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/018/1701825.pdf.

**BT-Drs. 17/3196 (2010) – Drucksache des Deutschen Bundestages 17/3196 (2010):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Realisierung der zweiten Staffel von Projekten nach dem A-Modell bei Bundesfernstraßen“ der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/031/1703196.pdf.

**BT-Drs. 17/3330 (2010) – Drucksache des Deutschen Bundestages 17/3330 (2010):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Transparenz in Public Private Partnerships (PPP-Projekte)“ der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/033/1703330.pdf.

**BT-Drs 17/6307 (2011) – Drucksache des Deutschen Bundestages 17/6307 (2011):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Wirtschaftlichkeit der zweiten Staffel von Projekten nach dem A-Modell bei Bundesfernstraßen“ der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/063/1706307.pdf.

**BT-Drs. 17/6375 (2011) – Drucksache des Deutschen Bundestages 17/6375 (2011):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Realisierung der ersten Staffel von Projekten nach dem A-Modell bei Bundesfernstraßen“ der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/17/063/1706375.pdf.

**BT-Drs. 17/9109 (2012) – Drucksache des Deutschen Bundestages 17/9109 (2012):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „ÖPP Deutschland AG und ÖPP Deutschland Beteiligungsgesellschaft mbH“ der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/091/1709109.pdf.

**BT-Drs. 17/9895 (2012) – Drucksache des Deutschen Bundestages 17/9895 (2012):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Aufgaben der ÖPP Deutschland AG bei Bauprojekten“ der Fraktion der SPD; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/098/1709895.pdf.

**BT-Drs. 17/13116 (2013) – Drucksache des Deutschen Bundestages 17/13116 (2013):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Vergabestand, Wettbewerb und Länderprüfungsrechte beim A-Modell im Bundesfernstraßenbau“ der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/131/1713116.pdf.

**BT-Drs. 18/6898 (2015) – Drucksache des Deutschen Bundestages 18/6898 (2015):** Unterrichtung durch die Bundesregierung – Bericht der Bundesregierung über ÖPP-Projekte im Betrieb; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/068/1806898.pdf.

**BT-Drs. 18/5820 (2015) – Drucksache des Deutschen Bundestages 18/5820 (2015):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Ausbau der Bundesautobahn A 10/A 24 im Rahmen der dritten Staffel von Projekten in Öffentlich-Privater Partnerschaft im Fernstraßenbau“ der Fraktion Die Linke; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/058/1805820.pdf.

**BT-Drs. 18/5971 (2015) – Drucksache des Deutschen Bundestages 18/5971 (2015):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Ausbau der A 4 in Thüringen als Öffentlich-Private Partnerschaft“ der Fraktion Die Linke; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/059/1805971.pdf.

**BT-Drs. 18/13000 (2017) – Drucksache des Deutschen Bundestages 18/13000 (2017):** Entwurf eines Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2018 (Haushaltsgesetz 2018); abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/130/1813000.pdf.

**BT-Drs. 18/13093 (2017) – Drucksache des Deutschen Bundestages 18/13093 (2017):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Transparenz bei ÖPP-Projekten auf Bundesebene“ der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/130/1813093.pdf.

**BT-Drs. 18/13390 (2017) – Drucksache des Deutschen Bundestages 18/13390 (2017):** Unterrichtung durch die Bundesregierung – Bericht über die Tätigkeit der Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft im Jahr 2016; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/133/1813390.pdf.

**BT-Drs. 18/13633 (2017) – Drucksache des Deutschen Bundestages 18/13633 (2017):** Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Drohende Insolvenz der ÖPP-Betreibergesellschaft „A1-Mobil““ der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; abgerufen im Internet am 31.01.2018 unter http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/136/1813633.pdf.

**Burgess, S. / Ratto, M. (2003):** The Role of Incentives in the Public Sector: Issues and Evidence; in: Oxford Review of Economic Policy, Vol. 19, No. 2, S. 285-300.

**Buso, M. / Marty, F. / Phuong, T. T. (2014):** Public Private Partnerships from Budget Constraints: Looking for Debt Hiding?; "Marco Fanno" Working Paper No. 189, abgerufen im Internet am 21.08.2015 unter https://hal-univ-diderot.archives-ouvertes.fr/halshs-01091725/document.

**Butler, J. K. (1999):** Trust Expectations, Information Sharing, Climate of Trust, and Negotiation Effectiveness and Efficiency; in: Group & Organization Management, Vol. 24, No. 2, S. 217-238.

**BWV – Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (2009):** Gutachten zu Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) im Bundesfernstraßenbau; Gutachten des Präsidenten des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, abgerufen im Internet am 14.08.2015 unter http://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/gutachten-berichte-bwv/berichte/sammlung/2009-bwv-gutachten-oeffentlich-private-partnerschaften-oepp-im-bundesfernstrassenbau.

**BWV – Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (2013a):** Anforderungen an Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen finanzwirksamer Maßnahmen nach § 7 Bundeshaushaltsordnung; Schriftenreihe des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Band 18, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer.

**BWV – Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (2013b):** Gutachten zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) im Bundesfernstraßenbau; Gutachten des Präsidenten des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, abgerufen im Internet am 14.08.2015 unter https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/gutachten-berichte-bwv/berichte/langfassungen/2013-bwv-gutachten-wirtschaftlichkeitsuntersuchungen-bei-oeffentlich-privaten-partnerschaften-oepp-im-bundesfernstrassenbau.

**BWV – Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (2014):** Gutachten über das Kostenmanagement im Bundesfernstraßenbau; Gutachten des Präsidenten des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, abgerufen im Internet am 14.08.2015 unter https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/gutachten-berichte-bwv/berichte/langfassungen/2014-bwv-gutachten-kostenmanagement-im-bundesfernstrassenbau.

**BWV – Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (2017):** Organisationsformen und Finanzierungsvarianten für die Bundesfernstraßen; Schriftenreihe des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in Verwaltung, Band 20, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer.

**Cabral, L. / Cozzi, G. / Denicolò, V. / Spagnolo, G. / Zanza, M. (2006):** Procuring innovations; in: Dimitri, N. / Piga, G. / Spagnolo, G. (Hrsg.), Handbook of Procurement, Cambridge: Cambridge University Press, S. 483-529.

**Canty, K. (2015):** Transparenzdefizite in der Netzregulierung – Bestandsaufnahme und Handlungsoptionen; Studie im Auftrag von Agora Energiewende, Berlin.

**CGD – Center for Global Development (2014):** Publishing Government Contracts – Adressing Concerns and Easing Implementation, abgerufen im Internet am 24.02.2015 unter http://www.cgdev.org/sites/default/files/publishing-government-contracts-report.pdf.

**Conrad, S. (2017):** Beendigung des Vergabeverfahrens – Aufhebung; in: Gabriel, M. / Krohn, W. / Neun, A. (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, 2. Auflage, München: C. H. Beck, S. 1003-1045.

**Daito, N. / Gifford, J. L. (2014):** U.S. highway public private partnerships – Are they more expensive or efficient than the traditional model?; in: Managerial Finance, Vol. 40, No. 11, S. 1131-1151.

**Darbishire, H. / Quarz, N. / Semsrott, A. / Trennheuser, A. (2017):** Transparenzranking 2017 von Mehr Demokratie e.V. und der Open Knowledge Foundation Deutschland e.V.; abgerufen im Internet am 18.12.2017 unter https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2017-03-02_Transparenzranking.pdf.

**Davis, J. (1998):** Access to and Transmission of Information: Position of the Media; in: Deckmyn, V. / Thomson, I. (Hrsg.), Openness and Transparency in the European Union, Maastricht, Netherlands: European Institute of Public Administration, S. 121–126.

**De Bettignies, J. / Ross, T. W. (2004):** The Economics of Public-Private Partnerships; in: Canadian Public Policy – Analyse de Politiques, Vol. 30, No. 2, S. 135-154.

**Deighton-Smith, R. (2004):** Regulatory Transparency in OECD Countries: Overview, Trends and Challenges; in: Australian Journal of Public Administration, Vol. 63, No. 1, S. 66-73.

**De los Ángeles Baeza, M. / Vassallo, J. M. (2010):** Private concession contracts for toll roads in Spain: analysis and recommendations; in: Public Money & Management, Vol. 30, No. 5, S. 299-304.

**De Silva, D. G. / Dunne, T. / Kankanamge, A. / Kosmopoulou, G. (2008):** The impact of public information on bidding in highway procurement auctions; in: European Economic Review, Vol. 52, No. 1, S. 150-181.

**De Silva, D. G. / Kosmopoulou, G. / Lamarche, C. (2009):** The effect of information on the bidding and survival of entrants in procurement auctions; in: Journal of Public Economics, Vol. 93, No. 1-2, S. 56-72.

**Dewatripont, M. / Legros, P. (2005):** Public-private partnerships: contract design and risk transfer; in: EIB Papers, Vol. 10, No. 1, S. 120-145.

**Diederichs, C. J. (2006):** Immobilienmanagement im Lebenszyklus – Projektentwicklung, Projektmanagement, Facility Management, Immobilienbewertung; 2. Auflage, Berlin / Heidelberg: Springer.

**Dudkin, G. / Välilä, T. (2006):** Transaction Costs in Public-Private Partnerships: A First Look at the Evidence; in: Competition and Regulation in Network Industries, Vol. 1, No. 2, S. 307-330.

**Ekardt, F. / Exner, A. / Beckmann, K. (2007):** Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in den neuen Informationsfreiheitsgesetzen; in: Verwaltungsrundschau, Heft 12/2007, S. 404-409.

**Engel, E. / Fischer, R. D. / Galetovic, A. (2001):** Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising; in: Journal of Political Economy, Vol. 109, No. 5, S. 993-1020.

**Engel, E. / Fischer, R. D. / Galetovic, A. (2014):** The Economics of Public-Private Partnerships: A Basic Guide; 1. Auflage, New York: Cambridge University Press.

**EPEC – European PPP Expertise Centre (2014):** Establishing and Reforming PPP Units – Analysis of EPEC Member PPP Units and lessons learnt; abgerufen im Internet am 25.09.2014 unter http://www.eib.org/epec/resources/publications/epec_establishing_and_reforming_ppp_units_en.pdf.

**Ezulike, E. I. / Perry, J. G. / Hawwash, K. (1997):** The barriers to entry into the PFI market; in: Engineering, Construction and Architectural Management, Vol. 4, No. 3, S. 179-193.

**Fehling, M. (2017):** Freier Informationszugang zwischen öffentlichen und privaten Interessen; in: Deutsches Verwaltungsblatt, 132. Jg., Heft 2, Seiten 79–88.

**Fenster, M. (2006):** The Opacity of Transparency; in: Iowa Law Review, Vol. 91, S. 885-949.

**Fink, S. / Ruffing, E. (2015):** Legitimation durch Verwaltungsverfahren? Was sich die Politik von Konsultationen beim Stromnetzausbau verspricht; in: dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, 8. Jg., Heft 2/2015, S. 253-271.

**Finsinger, J. (1984):** Zur Stabilität von Submissionskartellen; in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Band 199/6, S. 575-585.

**Finsinger, J. / Felder, S. (1986):** Der Submissionswettbewerb: neue theoretische Ansätze und eine empirische Untersuchung des Baumarktes; Publikationen des Schweizerischen Nationalfonds aus den nationalen Forschungsprogrammen, Band 38, Bern / Stuttgart: Haupt.

**Fischer, K. / Fluck, J. (2013):** Informationsfreiheit versus Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse; in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 6, S. 337-341.

**Florini, A. (2007):** Introduction: The Battle Over Transparency; in: Florini, A. (Hrsg.), The Right to Know: Transparency for an Open World, 1. Auflage, New York: Columbia University Press, S. 1-16.

**Flyvbjerg, B. (2007):** Policy and Planning for Large-Infrastructure Projects: Problems, Causes, Cures; in: Environment and Planning B: Planning and Design, Vol. 34, No. 4, S. 578-597.

**Flyvbjerg, B. (2008):** Curbing Optimism Bias and Strategic Misrepresentation in Planning: Reference Class Forecasting in Practice; in: European Planning Studies, Vol. 16, No. 1, S. 3-21.

**Flyvbjerg, B. / Bruzelius, N. / Rothengatter, W. (2003):** Mega Projects – An Anatomy of Ambition, 1. Auflage, Cambridge: Cambridge University Press.

**Fox, J. (2007):** The uncertain relationship between transparency and accountability; in: Development in Practice, Vol. 17, No. 4-5, S. 663-671.

**Friedman, D. D. / Landes, W. M. / Posner, R. A. (1991):** Some Economics of Trade Secret Law; in: The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1, S. 61-72.

**Frontier Economics (2006):** Independent Review of the impact of the Freedom of Information Act; Gutachten im Auftrag des Department for Constitutional Affairs, abgerufen im Internet am 18.12.2017 unter http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http:/www.dca.gov.uk/foi/reference/foi-independent-review.pdf.

**Fung, A. (2006):** Varieties of Participation in Complex Governance; in: Public Administration Review, Vol. 66, No. 1, S. 66-75.

**Fung, A. / Graham, M. / Weil, D. / Fagotto, E. (2007):** Transparency Policies: Two Possible Futures; Taubman Center Policy Briefs, abgerufen am 09.03.2016 unter http://www.transparencypolicy.net/assets/two%20possible%20futures.pdf.

**Funke, K. / Irwin, T. / Rial, I. (2013):** Budgeting and Reporting for Public-Private Partnerships; JTRC Discussion Paper No. 2013-07, abgerufen im Internet am 08.07.2015 unter http://www.internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201307.pdf.

**Gehrt, J. (2010):** Flexibilität in langfristigen Verträgen – Eine ökonomische Analyse des vertraglichen Nachverhandlungsdesigns bei PPP-Projekten; 1. Auflage, Wiesbaden: Gabler Verlag.

**Gosling, T. (2004):** Openness Survey Paper; Studie im Auftrag des Institute for Public Policy Research, abgerufen im Internet am 10.01.2018 unter https://www.ippr.org/files/uploadedFiles/projects/Openness%20survey%20final.PDF.

**Goworek, F. / Sellering, B. (2015):** Schuldenregeln in Deutschland; in: Gatzer, W. / Schweisfurth, T. (Hrsg.), Öffentliche Finanzwirtschaft in der Staatspraxis, 1. Auflage, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 221-252.

**Greve, C. / Hodge, G. (2011):** Transparency in Public-Private Partnerships: Some Lessons from Scandinavia and Australia, Arbeitspapier, Präsentation auf der 1. Global Conference on Transparency Research am 19./20.2011, Newark, USA, abgerufen im Internet am 17.01.2018 unter https://research.cbs.dk/en/publications/transparency-in-public-private-partnerships-some-lessons-from-sca.

**Greve, C. / Hodge, G. (2012):** Public-Private Partnerships: Observations on Changing Forms of Transparency, Arbeitspapier, Präsentation auf der Transatlantic Conference on Transparency Research am 07.-09. Juni 2012, Universität Utrecht, Niederlande, abgerufen im Internet am 17.01.2018 unter https://research.cbs.dk/en/publications/public-private-partnerships-observations-on-changing-forms-of-tra.

**Grimmelikhuijsen, S. (2012):** Transparency and Trust. An Experimental Study of Online Disclosure and Trust in Government; Dissertationsschrift, Universität Utrecht.

**Grossman, E. / Luque, E. / Muniesa, F. (2006):** Economies through transparency; CSI Working Papers Series, No. 3, Centre de Sociologie de l'Innovation, Paris.

**Guasch, J. L. (2004):** Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right; The World Bank, Washington, D.C.

**Guasch, J. L. / Straub, S. (2006):** Renegotiation of Infrastructure Concessions: An Overview; in: Annals of Public and Cooperative Economics, Vol. 77, No. 4, S. 479-493.

**Hammerstein, C. von / Jahn, A. / Graichen, P. (2018):** Stromnetzentgelte: Eine Blackbox, die nicht geöffnet warden kann? – Eine rechtliche Analyse der aktuellen Situation; Studie im Auftrag von Agora Energiewende, abgerufen im Internet am 29.08.2018 unter https://www.agora-

energiewende.de/veroeffentlichungen/stromnetzentgelte-eine-blackbox-die-nicht-geoeffnet-werden-kann/.

**Han, B.-C. (2015):** Transparenzgesellschaft; 4. Auflage, Berlin: Matthes & Seitz.

**Hart, O. (2003):** Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships; in: The Economic Journal, Vol. 113, No. 486, S. C69-C76.

**Hazell, R. / Worthy, B. (2010):** Assessing the performance of freedom of information; in: Government Information Quarterly, Vol. 27, S. 352-359.

**HDB – Hauptverband der Deutschen Bauindustrie (2010):** Mehr Transparenz bei ÖPP-Verfahren; Positionspapier, abgerufen im Internet am 28.03.2014 unter http://www.oepp-plattform.de/media/uploads/Pdfs/pospapier_transparenz.pdf.

**HDB – Hauptverband der Deutschen Bauindustrie (2014):** ÖPP-Praxistest bestanden! – Ergebnisse einer Kurzumfrage bei öffentlichen Projektverantwortlichen von ÖPP-Projekten im Hochbau; abgerufen im Internet am 24.08.2015 unter http://www.bauindustrie.de/media/uploads/publikationen/oepp-praxistest_kurzumfrage_final.pdf.

**Heald, D. (2003):** Fiscal Transparency: Concepts, Measurement and UK Practice; in: Public Administration, Vol. 81, No. 4, S. 723-759.

**Heald, D. (2006a):** Varieties of Transparency; in: Hood, C. / Heald, D. (Hrsg.), Transparency – The Key to Better Governance?, Proceedings of the British Academy, Vol. 135, Oxford: Oxford University Press, S. 25-43.

**Heald, D. (2006b):** Transparency as an Instrumental Value; in: Hood, C. / Heald, D. (Hrsg.), Transparency – The Key to Better Governance?, Proceedings of the British Academy, Vol. 135, Oxford: Oxford University Press, S. 59-73.

**Heine, K. / Mause, K. (2012):** Delegation und demokratische Kontrolle: Können Behörden politisch zu unabhängig sein?; Beitrag für die Jahrestagung des Ausschusses für Wirtschaftssysteme & Institutionenökonomik zum Thema „Politische Unabhängigkeit staatlicher Organisationen in der Demokratie“ (Jena, 23.-25.09.2012). Manuskriptfassung: 06.09.2012, abgerufen im Internet am 01.11.2017 unter http://www.wiwi.uni-muenster.de/06/nd/fileadmin/vs/2012/Heine-Mause_Referat.pdf.

**Hentschel, M. (2013):** Innovationsmanagement im Baubetrieb; in: Schach, R. (Hrsg.), Schriftenreihe des Instituts für Baubetriebswesen der Technischen Universität Dresden, Band 15, Dissertationsschrift, Renningen: expert verlag.

**Hermes, G. / Schmidt, A. (2016):** Privatisierung der Infrastruktur als Weg aus der Schuldenbremse? – Rechtliche Rahmenbedingungen der Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen durch öffentliches und privates Kapital im Kontext der Schuldenbremse; Studie, gefördert durch die Hans-Böckler-Stiftung, abgerufen im Internet am 01.02.2018 unter https://www.jura.uni-frankfurt.de/66245848/PrivatisierungInfrastrukturSchuldenbremse.pdf.

**Herr, M. / Müller, C. / Engewaid, B. / Piesker, A. / Ziekow, J. (2017):** Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes; Evaluierung im Auftrag der Justizbehörde Hamburg

durch das Institut für Gesetzesfolgenabschätzung, abgerufen im Internet am 14.12.2017 unter http://suche.transparenz.hamburg.de/dataset/abschlussbericht-zur-evaluation-des-hamburgischen-transparenzgesetzes.

**Hesse, M. / Lück, O. / Redlich, M. / Rottmann, O. (2013):** Empirischer Vergleich von KBV und ÖPP – Studie vor dem Hintergrund des Gemeinsamen Erfahrungsberichts der Rechnungshöfe; abgerufen im Internet am 24.08.2015 unter http://www.uni-leipzig.de/fiwi/Kompetenzzentrum/pdf/Studie_OEPP-KBV_2013.pdf.

**HHA-Drs. 4491 (2017) – Drucksache des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages 4491 (2017):** Bericht des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages zu den ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau.

**HHA-Protokoll-Nr. 18/36 (2015) – Wortprotokoll der 36. Sitzung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages 18/36 (2015):** Geplante Errichtung eines Museums für die Kunst des 20. Jahrhunderts; abgerufen im Internet am 09.05.2018 unter https://www.bundestag.de/blob/360484/65d90bd85eefde9b16aa75958d57cf87/036---oeffentl--anhoerung-data.pdf.

**HLT-Drs. 19/2404 (2015) – Drucksache des Hessischen Landtags 19/2404 (2015):** Der Präsident des Hessischen Rechnungshofs: Kommunalbericht 2015 – Überörtliche Prüfung kommunaler Körperschaften; abgerufen im Internet am 02.02.2018 unter https://rechnungshof.hessen.de/sites/rechnungshof.hessen.de/files/content-downloads/UEPKK_27_Bericht.pdf.

**HMT – Her Majesty's Treasury (2012):** Standardisation of PF2 Contracts – Draft; abgerufen im Internet am 21.10.2014 unter https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF.

**HoC – House of Commons (2007):** HM Treasury: Tendering and benchmarking in PFI; Sixty-third Report of Session 2006-07, abgerufen im Internet am 18.08.2015 unter http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmpubacc/754/754.pdf.

**HoC – House of Commons (2011):** Private Finance Initiative; Seventeenth Report of Session 2010-12, Volume I, abgerufen im Internet am 18.08.2015 unter http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtreasy/1146/1146.pdf.

**Hodge, G. A. / Greve, C. (2009):** PPPs: The Passage of Time Permits a Sober Reflection; in: Economic Affairs, Vol. 29, No. 1, S. 33-39.

**Holsen, S. (2007):** Freedom of Information in the U.K., U.S., and Canada; in: The Information Management Journal, May / June 2007, S. 50-55.

**Hood, C (2006):** Transparency in Historical Perspective; in: Hood, C. / Heald, D. (Hrsg.), Transparency: The Key to Better Government?, Proceedings of the British Academy, Vol. 135, Oxford: Oxford University Press, S. 3-23.

**Hood, C. (2007):** What Happens when Transparency Meets Blame-Avoidance?; in: Public Management Review, Vol. 9, No. 2, S. 191-210.

**Hood, C. (2010):** Accountability and Transparency: Siamese Twins, Matching Parts, Awkward Couple?; in: West European Politics, Vol. 33, No. 5, S. 989-1009.

**Hood, J. / Fraser, I. / McGarvey, N. (2006):** Transparency of Risk and Reward in U.K. Public-Private Partnerships; in: Public Budgeting & Finance, Vol. 26, No. 4, S. 40-58.

**ICIC – International Conference of Information Commissioners (2017):** Resolution – Right of access to information and accountability of public services; abgerufen im Internet am 12.12.2017 unter https://icic2017open.files.wordpress.com/2017/09/icic-2017-resolution.pdf.

**Iossa, E. / Martimort, D. (2015):** The Simple Microeconomics of Public-Private Partnerships; in: Journal of Public Economy, Vol. 17, No. 1, S. 4-48.

**Irwin, T. / Klein, M. / Perry, G. E. / Thobani, M. (1997):** Dealing with Public Risk in Private Infrastructure: An Overview; in: Irwin, T. / Klein, M. / Perry, G. E. / Thobani, M. (Hrsg.), Dealing with Public Risk in Private Infrastructure, Publikation aus der Serie World Bank Latin American and Caribbean Studies, The World Bank, Washington, D.C., S. 1-19, abgerufen am 31.08.2017 unter http://documents.worldbank.org/curated/en/228881468765892347/Dealing-with-public-risk-in-private-infrastructure.

**Jastrow, S. / Schlatmann, A. (2006):** Informationsfreiheitsgesetz – Kommentar; Heidelberg: v. Decker.

**Just, C. / Sailer, D. (2010):** Informationsfreiheit und Vergaberecht; in: Deutsches Verwaltungsblatt, Ausgabe 7, S. 418-424.

**Kahnemann, D. (2012):** Schnelles Denken, langsames Denken; Originalausgabe: Thinking, fast and slow (2011), Übersetzung von Schmidt, T., 21. Auflage, München: Siedler Verlag.

**Kanthak, N. (2005):** Outputspezifikationen der baulichen Leistung; in: Meyer-Hofmann, B. / Riemenschneider, F. / Weihrauch, O. (Hrsg.), Public Private Partnership – Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, Köln / Berlin / München: Carl Heymanns Verlag, S. 111-129.

**Kenny, C. (2011):** Publishing Construction Contracts as a Tool for Efficiency and Good Governance; CGD Working Paper, No. 272, Center for Global Development, Washington, D.C.

**Kerber, W. (2008):** 'Rules vs. Standards' or Standard as Delegation of Authority for Making (Optimally Differentiated) Rules; in: Eger, T. / Bigus, J. / Ott, C. / Wangenheim, G. von (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, Wiesbaden: Gabler Edition Wissenschaft, S. 489-498.

**Kerf, M. / Gray, R. D. / Irwin, T. / Levesque, C. / Taylor, R. R. / Klein, M. (1998):** Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award; World Bank technical paper, No. WTP 399. Finance, Private Sector, and Infrastructure Network, Washington, D.C., abgerufen am 31.08.2017 unter http://documents.worldbank.org/curated/en/413031468766780427/pdf/multi-page.pdf.

**KfW – Kreditanstalt für Wiederaufbau / ÖPP Deutschland AG (2015):** Finanzierung kommunaler ÖPP-Projekte – Erfolgsfaktoren; abgerufen im Internet am 18.08.2017 unter https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-Studien-und-Materialien/%C3%96PP-Studie.pdf.

**Klatt, J. P. (2011):** Eine institutionenökonomische Analyse von Finanzierungslösungen für die Bundesfernstraßen; Baden-Baden: Nomos.

**Klein, M. (1998):** Bidding for Concessions; Policy Research Working Paper Series No. 1957, The World Bank, Washington, D.C., abgerufen am 31.08.2017 unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=620608.

**Klein, P. G. (1999):** New Institutional Economics; in: Bouckaert, B. / De Geest, G. (Hrsg.), Encyclopedia of Law & Economics, Volume I, Cheltenham, UK: Edward Elgar, S. 456-489.

**Klemperer, P. (1998):** Auctions with almost common values: The 'Wallet Game' and its applications; in: European Economic Review, Vol. 42, No. 3-5, S. 757-769.

**Klemperer, P. (2004):** Auctions: Theory and Practice; 1. Auflage (Taschenbuch), New Jersey, USA: Princeton University Press.

**Kloepfler, M. (2011):** Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in verschiedenen Rechtsgebieten und verschiedenen Kontexten; Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, abgerufen im Internet am 25.06.2018 unter https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/VortraegeUndArbeitspapiere/GutachtenIFGKloepfer.html.

**Kochendörfer, B. / Liebchen, J. / Viering, M. (2010):** Bau-Projekt-Management: Grundlagen und Vorgehensweisen; 4. Auflage, Wiesbaden: Vieweg+Teubner.

**Kovacic, W. E. / Marshall, R. C. / Marx, L. M. / Raiff, M. E. (2006):** Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements; in: Dimitri, N. / Piga, G. / Spagnolo, G. (Hrsg.), Handbook of Procurement, Cambridge: Cambridge University Press, S. 381-411.

**Krause, S. (2015):** ÖPP im Bundesfernstraßenbereich: Erfahrungen und Ausblick; Vortrag beim Zukunftsforum Infrastruktur am 26.05.2015 im BMVI, Berlin, abgerufen im Internet am 19.08.2015 unter http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/2015/zukunftsreform-infrastruktur-vortrag-dr-krause.pdf?__blob=publicationFile.

**Krumm, T. (2013):** Parlamentarische Kontrolle von öffentlich-privaten Partnerschaften; in: dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, 6. Jg., Heft 2, S. 393-410.

**Kühling, J. / Beckers, T. / Ryndin, A. / Bäuml, A. (2014):** Schutz fiskalischer Interessen bei IFG-Anfragen zu ÖPP-Projekten – Das Beispiel der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei Bundesautobahnen; in: InfrastrukturRecht, 11. Jg., Nr. 5, S. 101-107.

**Kugelmann, D. (2007):** Informationsfreiheitsgesetz – Kommentar; 1. Auflage, Wiesbaden: Kommunal- und Schul-Verlag.

**Kumlehn, F. (2005):** Leistungsbeschreibungen für PPP-Projekte und vergabetaktische Aspekte bei deren Erstellung; in: Wanninger, R. (Hrsg.), Initiierung von PPP-Projekten für Neubau und Sanierung baulicher Infrastruktur – Beiträge zum Braunschweiger PPP-Seminar 2005, Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Heft 40, S. 95-135.

**Leffler, K. B. / Rucker, R. R. / Munn, I. A. (2000):** Transaction Costs and the Collection of Information: Presale Measurement on Private Timber Sales; in: The Journal of Law, Economics & Organization, Vol. 16, No. 1, S. 166-188.

**Leinemann, R. (2004):** Die Vergabe öffentlicher Aufträge; 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln / Berlin / München: Carl Heymanns.

**Lenk, K. / Wengelowski, P. (2004):** Wissensmanagement für das Verwaltungshandeln; in: Edeling, T. / Jann, W. / Wagner, D. (Hrsg.), Wissensmanagement in Politik und Verwaltung, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 147-165.

**Lennartz, J. (2017):** Informationsfreiheitsgesetz und Energienetzbetreiber; in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, Jg. 6, Heft 11/17, S. 396-400.

**Lenz, A.-K. (2019):** Eine institutionenökonomische Analyse der Regulierung der Betreiber der Onshore-Stromübertragungsnetze und Offshore-Windpark-Anbindungen in Deutschland; Dissertationsschrift, Technische Universität Berlin.

**Liebeskind, J. P. (1996):** Knowledge, Strategy and the Theory of the Firm; in: Strategic Management Journal, Vol. 17, S. 93-107.

**Liu, J. / Love, P. E. D. / Smith, J. / Regan, M. / Sutrisna, M. (2014):** Public-Private Partnerships: a review of theory and practice of performance measurement; in: International Journal of Productivity and Performance Management, Vol. 63, No. 4, S. 499-512.

**Maatsch, A. / Schnabel, C. (2015):** Das Hamburgische Transparenzgesetz – Kommentar; 1. Auflage, Berlin: Lexxion.

**Marshall, R. C. / Marx, L. M. (2009):** The Vulnerability of Auctions to Bidder Collusion; in: The Quarterly Journal of Economics, Vol. 124, No. 2, S. 883-910.

**Maskin, E. / Tirole, J. (2008):** Public-private partnerships and government spending limits; in: International Journal of Industrial Organization, Vol. 26, No. 2, S. 412-420.

**Mause, K. / Krumm, T. (2011):** Public–Private Partnershipping as a Tool of Government: Exploring its Determinants Across German States; in: German Politics, Vol. 20, No. 4, S. 527-544.

**McAfee, R. P. / McMillan, J. (1988):** Incentives in Government Contracting; 1. Auflage, Toronto: University of Toronto Press.

**Mecklenburg, W. / Pöppelmann, B. H. (2007):** Informationsfreiheitsgesetz; 1. Auflage, Berlin: Deutscher Journalisten-Verband.

**Meijer, A. J. (2007):** Publishing Public Performance Results on the Internet: Do Stakeholders Use the Internet to Hold Dutch Public Service Organizations to Account?; in: Government Information Quarterly, Vol. 24, No. 1, S. 165-185.

**Meijer, A. J. (2013):** Understanding the Complex Dynamics of Transparency; in: Public Administration Review, Vol. 73, No. 3, S. 429-439.

**Meijer, A. J. / Curtin, D. / Hillebrandt, M. (2012):** Open Government: connecting vision and voice; in: International Review of Adminstrative Sciences, Vol. 78, No. 1, S. 10-29.

**Michener, G. / Worthy, B. (2015):** The Information-Gathering Matrix: A Framework for Conceptualizing the Use of Freedom of Information Laws; in: Administration & Society, Vol. 50, No. 4, S. 476-500.

**Moser, C. (2001):** How open is 'open as possible'? Three different approaches to transparency and openness in regulating access to EU documents; in: Political Science Series, Vol. 80, Institute for Advanced Studies Wien.

**Mühlenkamp, H. (2011):** Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships (PPP) – PPP als Instrument zur Steigerung der Effizienz der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder als Weg zur Umgehung von Budgetbeschränkungen?; in: Ziekow, J. (Hrsg.), Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? – Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Public Private Partnership) in/nach der Weltwirtschaftskrise, Baden-Baden: Nomos, S. 67-106.

**Mühlenkamp, H. (2012):** Effizienzgewinne und Entlastungen öffentlicher Haushalte durch Public Private Partnership (PPP)?; in: Küpper, U. / Semper, L. (Hrsg.), Chancen und Risiken von PPP – Eine Betrachtung aus ökonomischer und juristischer Perspektive, München, S. 63-126.

**Mühlenkamp, H. (2015):** Wirtschaftlichkeit im öffentlichen Sektor – Wirtschaftlichkeitsvergleiche und Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen; 1. Auflage, Berlin / München / Boston: De Gruyter Oldenbourg.

**Mühlenkamp, H. (2016):** Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP – Zwischen methodischer Inkonsistenz und interessengeleiteter Ergebnisgestaltung; in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Beiheft 46 „Öffentlich-Private Partnerschaften – Potentiale und Probleme", S. 60-85.

**Mulgan, R. (2000):** 'Accountability': An Ever-Expanding Concept?; in: Public Administration, Vol. 78, No. 3, S. 555-573.

**Neun, A. (2017):** Rechtsschutz – Rechtswegkonzentration, Antragsbefugnis und Rügeobliegnheit; in: Gabriel, M. / Krohn, W. / Neun, A. (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, 2. Auflage, München: C. H. Beck, S. 1227-1248.

**Niskanen, W. A. (1975):** Bureaucrats and Politicians; in: The Journal of Law and Economics, Vol. 18, No. 3, S. 617-643.

**OECD – Organisation for Economic Co-Operation and Development (2005):** Oslo Manual – Guidelines for collecting and interpreting innovation data; 3r edition, abgerufen im Internet am 11.04.2017 unter http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oslo-manual_9789264013100-en.

**OECD – Organisation for Economic Co-Operation and Development (2008):** Public-Private Partnerships; in: Pursuit of Risk Sharing and Value for Money, OECD, Paris.

**Ohashi, H. (2009):** Effects of Transparency in Procurement Practices on Government Expenditures: A Case Study of Municipal Public Works; in: Review of Industrial Organization, Vol. 34, S. 267-285.

**ÖPP Deutschland AG (2013):** Transparenz bei ÖPP-Projekten (Langfassung); Grundlagenarbeit im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen, ÖPP-Schriftenreihe, Band 10.

**ÖPP Deutschland AG (2014a):** Lagebericht für das Geschäftsjahr 2013; abgerufen im Internet am 02.02.2018 unter https://www.pd-g.de/fileadmin/Daten/Organisatorisches/Corporate_Governance/CG_2013/Lagebericht_2013_.pdf.

**ÖPP Deutschland AG (2014b):** ÖPP-Mustervertrag für ein Inhabermodell im Hochbau; Grundlagenarbeit im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, ÖPP-Schriftenreihe, Band 15.

**ÖPP Deutschland AG (2014c):** Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland, 2014; abgerufen im Internet am 19.08.2015 unter http://www.partnerschaften-deutschland.de/fileadmin/Daten/OEPP-Markt/OEPP-Marktzahlen/150225_OePP-in-Deutschland_Jahresbericht_PPP-Projektdatenbank_2014.pdf.

**Ostrom, E. (2008):** Doing Institutional Analysis – Digging Deeper Than Markets and Hierarchies; in: Menard, C. / Shirley, M. M. (Hrsg.), Handbook of New Institutional Economics, Berlin / Heidelberg: Springer.

**Ouchi, W. G. (1979):** A Conceptual Framework for the Design of Organizational Control Mechanisms; in: Management Science, Vol. 25, No. 9, S. 833-848.

**PD – Partnerschaft Deutschland - Berater der öffentlichen Hand GmbH (2018):** Überblick zu ÖPP-Projekten im Hoch- und Tiefbau in Deutschland, Stand 30.09.2018; abgerufen im Internet am 12.12.2018 unter https://www.pd-g.de/fileadmin/Daten/OEPP-Markt/OEPP-Marktzahlen/180930_Projektdatenbank_PPP-Projekte_Dt__Stand_Ende_September_2018_kurz.pdf.

**Perkins, S. (2013):** Better Regulation of Public-Private Partnerships for Transport Infrastructure: Summary and Conclusions; International Transport Forum Discussion Paper No. 2013/06, abgerufen im Internet am 14.08.2015 unter http://www.internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201306.pdf.

**Pesendorfer, M. (2000):** A Study of Collusion in First-Price Auctions; in: Review of Economic Studies, Vol. 67, No. 3, S. 381-411.

**Piotrowski, S. J. / Borry, E. (2010):** An Analytic Framework for Open Meetings and Transparency; in: Public Administration and Management, Vol. 15, No. 1, S. 138-176.

**Piotrowski, S. J. / Liao, Y. (2012):** The Usability of Government Information: The Necessary Link Between Transparency and Participation; in: Schachter, H. L. / Yang, K. (Hrsg.), The State of Citizen Participation in America, Charlotte, North Carolina: Information Age Publishing, S. 77-100.

**Pols, H. / Leydecker, C. (2009):** Auftragsvergabe; in: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung / Deutscher Sparkassen- und Giroverband (Hrsg.), PPP-Handbuch – Leitfaden für Öffentlich-Private Partnerschaften, 2. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Bad Homburg: wb Vereinigte Verlagsgesellschaft, S. 247-296.

**PPP-Panel – Panel on Public-Private Partnerships (2014):** PPP: Balancing the needs of the public and private sector to finance nation's infrastructure; abgerufen im Internet am 13.08.2015 unter http://transportation.house.gov/uploadedfiles/p3_panel_report.pdf.

**Prat, A. (2005):** The Wrong Kind of Transparency, in: The American Economic Review, Vol. 95, No. 3, S. 862-877.

**Rahmenvereinbarung über die Erbringung von Beratungsleistungen für ÖPP-Projekte (2012):** Rahmenvereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland sowie den in der Anlage genannten Ländern und Kommunen und sonstigen öffentlichen Auftraggebern und der ÖPP Deutschland AG; abgerufen im Internet am 02.02.2018 unter https://www.pd-g.de/fileadmin/Daten/Organisatorisches/RAHMENVEREINBARUNG_2012.pdf.

**Raisbeck, P. / Duffield, C. / Xu, M. (2010):** Comparative performance of PPPs and traditional procurement in Australia; in: Construction Management and Economics, Vol. 28, No. 4, S. 345-359.

**Reiley, D. (2006):** Field experiments on the effects of reserve prices in auctions: more Magic on the Internet; in: The RAND Journal of Economics, Vol. 37, No. 1, S. 195-211.

**RH BW – Rechnungshof Baden-Württemberg (2009):** Wirtschaftlichkeitsanalyse von ÖPP-Projekten der ersten und zweiten Generation bei Hochbaumaßnahmen des Landes; Beratende Äußerung nach § 88 Abs. 2 Landeshaushaltsordnung, abgerufen im Internet am 07.04.2018 unter https://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/media/978/PAP0403B%C4BAU.pdf.

**RH RLP – Rechnungshof Rheinland-Pfalz (2014):** Jahresbericht 2014; abgerufen im Internet am 24.08.2015 unter http://www.rechnungshof-rlp.de/icc/internet/med/b84/b842066e-c7fa-0441-4004-6b64040d17ef,11111111-1111-1111-1111-111111111111.pdf.

**Richter, R. / Furubotn, E. G. (1999):** Neue Institutionenökonomik – Eine Einführung und kritische Würdigung; 2. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck.

**Riege, A. / Lindsay, N. (2006):** Knowledge management in the public sector: stakeholder partnerships in the public policy development; in: Journal of Knowledge Management, Vol. 10, No. 3, S. 24-39.

**Riess, A. (2005):** Is the PPP model applicable across sectors?; in: EIB Papers, Vol. 10, No. 2, S. 11-30.

**Rietzler, K. (2015):** Schriftliche Stellungnahme zum Antrag der Fraktion der PIRATEN „Landesvermögen schützen – unwirtschaftliche öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) verhindern" (Drucksache 18/3063) für den Finanzausschuss des Landtags Schleswig-Holstein, Drucksache Nr. 18/4912 des Schleswig-Holsteinischen Landtags; abgerufen im Internet am 02.02.2018 unter http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/4900/umdruck-18-4912.pdf.

**Röber, M. / Redlich, M. / Lück, O. (2016):** ÖPP-Beratungseinrichtungen – Funktionen, Formen und Wirkungen; in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Beiheft 46 „Öffentlich-Private Partnerschaften – Potentiale und Probleme“, S. 164-189.

**Roberts, A. (2006):** Dashed Expectations: Governmental Adaption to Transparency Rules; in: Hood, C. / Heald, D. (Hrsg.), Transparency: The Key to Better Government?, Proceedings of the British Academy, Vol. 135, Oxford: Oxford University Press, S. 107-125.

**Rohrbeck, F. / Salewski, C. (2017):** Gepokert und verloren; Artikel in der ZEIT ONLINE vom 07.09.2017, abgerufen im Internet am 10.04.2018 unter https://www.zeit.de/2017/37/autobahnen-privatisierung-pleite-alexander-dobrindt.

**Rosenberg, A. (2005):** Philosophy of Science – A contemporary introduction; 2. Auflage, New York / London: Routledge.

**Rossi, M. (2006):** Informationsfreiheitsgesetz – Handkommentar; 1. Auflage, Baden-Baden: Nomos.

**Rossi, M. / Vogt, M. (2012):** Transparenz von Vergabeverfahren – Zum Verhältnis zwischen Informationszugangsfreiheit und Vergaberecht; in: Dix, A. / Franßen, G. / Kloepfler, M. / Schaar, P. / Schoch, F. / Deutsche Gesellschaft für Informationsfreiheit (Hrsg.), Informationsfreiheit und Informationsrecht – Jahrbuch 2011, S. 61-102.

**Ruijer, H. J. M. (2017):** Proactive Transparency in the United States and the Netherlands: The Role of Government Communication Officials; in: American Review of Public Administration, Vol. 17, No. 3, S. 354-375.

**Russo, F. A. / Zampino, R. (2012):** Infrastructure, Public Accounts and Public-Private Partnerships: Evidence from Italian Local Administration; in: Review of Economics and Institutions, Vol. 3, No. 1, Article 4, S. 1-28.

**Sack, D. (2018):** Rechnungshöfe als Veto-Spieler? Öffentlich-Private Partnerschaften im Bundesfernstraßenverkehr; in: dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, 11. Jg., Heft 1, S. 55-78.

**Sauer, M. (2012):** Das Recht der Vergabe vom Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG – Legitimität und Anwendung eines Wettbewerbsinstruments im Kontext des Unions- und deutschen Verfassungsrechts; 1. Auflage, Schriftenreihe Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft e.V. an der Humboldt-Universität zu Berlin, Band 47, Baden-Baden: Nomos.

**Schlansky, T. (2015):** Ein glasklarer Fall? Eine Untersuchung zu Transparenz und Offenheit in der deutschen Parlamentslandschaft am Beispiel von vier Landtagen; in: Lucke, J. von (Hrsg.), Schriftenreihe des The Open Government Institute, Band 13.

**Schoch, F. (2016):** Informationsfreiheitsgesetz – Kommentar; 2. Auflage, München: C. H. Beck.

**Schuy, J. / Suhlrie, D. (2009):** Partnerschaften Deutschland – Know-how-Träger und Market-Maker; in: Suhlrie, D. (Hrsg.), Öffentlich-Private Partnerschaften – Zu Theorie und Praxis einer neuen Beschaffungstechnologie, Wiesbaden: Gabler, S. 89-103.

**Schwab, N. (2014):** Hochtief will für Deutschland marode Straßen und Brücken sanieren; Online-Artikel im Wall Street Journal vom 11.11.2014, abgerufen im Internet am 24.08.2015 unter https://www.wsj.com/articles/hochtief-will-fur-deutschland-marode-straen-und-brucken-saniere n-1415717588?tesla=y.

**Scotchmer, S. (2006):** Innovation and Incentives; 1. Auflage als Taschenbuch, Paper, Cambridge, USA / London, UK: MIT Press.

**Semsrott, A. (2016):** Informationsfreiheit – Mehr Transparenz für mehr Demokratie; Studie im Auftrag der Otto Brenner Stiftung, OBS-Arbeitspapier 23, abgerufen im Internet am 01.02.2019 unter https://www.otto-brenner-stiftung.de/fileadmin/user_data/stiftung/02_Wissenschaftsportal/03_ Publikationen/AP23_iFG_Semsrott_2016_08_19.pdf.

**Shaoul, J. (2011):** 'Sharing' political authority with finance capital: The case of Britain's Public Private Partnerships; in: Policy and Society, Vol. 30, No. 3, S. 209-220.

**Shaoul, J. / Stafford, A. / Stapleton, P. (2012):** Accountability and corporate governance of public private partnerships; in: Critical Perspectives on Accounting, Vol. 23, No. 3, S. 213-229.

**Siemiatycki, M. (2007):** What's the Secret?; in: Journal of the American Planning Association, Vol. 73, No. 4, S. 388-403.

**Siemiatycki, M. / Farooqi, N. (2012):** Value for Money and Risk in Public-Private Partnerships; in: Journal of the American Planning Association, Vol. 73, No. 3, S. 286-299.

**Söderman, J. (1998):** The Role and Impact of the European Ombudsman in Access to Documentation and the Transparency of Decision Making; in: Deckmyn, V. / Thomson, I. (Hrsg.), Openness and Transparency in the European Union, S. 75–83. Maastricht, Netherlands: European Institute of Public Administration.

**Sommer, H. (2009):** Projektmanagement im Hochbau: 35 Jahre Innovationen bei Drees & Sommer; 3. Auflage, Berlin / Heidelberg: Springer.

**Sommer, K. (2013):** Öffentlichkeit beteiligen – Planungsrechtliche Beteiligungsmöglichkeiten heute und in der Perspektive; Studie im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, abgerufen im Internet am 01.03.2018 unter http://www.gruene-bundestag.de/uploads/tx_ttproducts/datasheet/r17-139_Oeffentlichkeit_beteiligen.pdf.

**SRH – Sächsischer Rechnungshof (2013):** Jahresbericht 2013, Band II: Kommunalfinanzen, Ergebnisse der überörtlichen Prüfung; abgerufen im Internet am 24.08.2015 unter http://www.rechnungshof.sachsen.de/jb2013/JB2013-Band_II.pdf.

**Staud, T. (2014):** Bundestag versteckt Rechnungshof-Akten; Artikel in der ZEIT ONLINE vom 12.03.2014, abgerufen im Internet am 03.01.2018 unter http://www.zeit.de/politik/deutschland/ 2014-03/ifg-transparenz-bundesrechnungshof/seite-2.

**Stigler, G. J. (1971):** The theory of economic regulation; in: Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1, S. 3-21.

**Stiglitz, J. E. (2008):** Economic Foundations of Intellectual Property Rights; in: Duke Law Journal, Vol. 57, S. 1693-1724.

**Summa, H. (2014):** Die Aufhebung der Ausschreibung – Rechtsgrundlagen, Rechtsfolgen und Rechtsschutz; Skript zum Vortrag auf dem Hamburger Vergabetag 2014, Handelskammer Hamburg 30./31.01.2014, abgerufen im Internet am 23.11.2017 unter http://www.hamburger-vergabetag.de/wp-content/uploads/2014/02/Summa_Skript.pdf.

**Swann, P. (2000):** The Economics of Standardization; Final Report for Standards and Technical Regulations Directorate, Department of Trade and Industry, abgerufen im Internet am 11.04.2017 unter http://msl1.mit.edu/classes/5cmi2/2005/lect_03/__The_Economics_of_Standardisation____Swann__2000_.pdf.

**Swann, P. (2009):** The Economics of Innovation – An Introduction; 1. Auflage, Cheltenham, UK / Northampton, USA: Edward Elger.

**Thompson, L. L. (1991):** Information Exchange in Negotiation; in: Journal of Experimental Social Psychology, Vol. 27, No. 2, S. 161-179.

**TID – Transparency International Deutschland (2016):** Scheinwerfer. Themenschwerpunkt: Verwaltungstransparenz – Informationsfreiheit – Transparenzgesetze; 73. Ausgabe, abgerufen im Internet am 12.04.2017 unter https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Rundbriefe/Scheinwerfer_73_IV_2016_Verwaltungstransparenzweb.pdf.

**Välilä, T. (2005):** How expensive are cost savings? On the economics of public-private partnerships; in: EIB Papers, Vol. 10, No. 1, S. 94-101.

**ver.di – Vereinte Dienstleistungsgesellschaft (2017):** ÖPP/PPP: teuer und ineffizient; in: Wirtschaftspolitik aktuell, April 2017, Beitrag 8.

**Vickery, G. (2011):** Review of Recent Studies on PSI Re-Use and Related Market Developments; Paris, abgerufen im Internet am 16.05.2017 unter http://www.umic.pt/images/stories/publicacoes6/psi_final_version_formatted-1.pdf.

**Vickrey, W. (1964):** Principles of Efficiency – Discussion; in: American Economic Review – Papers and Proceedings, Vol. 54, No. 3, S. 88-96.

**VIFG – Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft (2008):** Leitfaden für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für die Vergabe der Betreibermodelle nach dem A-Modell im Bundesautobahnbau; abgerufen im Internet am 20.02.2018 unter http://www.vifg.de/_downloads/service/informationen-zu-modellen-und-projekten/081030-Leitfaden-Wrtschaftlichkeitsuntersuchung-A-Modell.pdf

**VIFG – Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft (2014):** Stellungnahme zur Expertenanhörung der CDU/CSU- und SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag zur Weiterentwicklung von ÖPP am 9. September 2014; abgerufen im Internet am 18.08.2015 unter http://www.vifg.de/_downloads/service/aktuelles/2014/2014-09-09_Stellungnahme_VIFG_Erfahrungen_OEPP_Bundesfernstrassenbau_final.pdf.

**Vincent, D. R. (1995):** Bidding Off the Wall: Why Reserve Prices May Be Kept Secret; in: Journal of Economic Theory, Vol. 65, No. 2, S. 575-584.

**Vining, A. R. / Boardman, A. E. / Poschmann, F. (2005):** Public-private partnerships in the US and Canada: "There are no free lunches"; in: Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice, Vol. 7, No. 3, S. 199-220.

**Voigt, S. (2009):** Institutionenökonomik; 2., durchgesehene Auflage, Padeborn: UTB.

**Wagemann, F. (2015):** Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Vorhaben in Deutschland – Eine institutionenökonomische Analyse von Methodik und institutionellen Rahmenbedingungen; Dissertationsschrift, Technische Universität Berlin.

**Waßmuth, C.-F. (2012):** Transparenz kann Infrastruktur schützen helfen; in: InfrastrukturRecht, Jg. 9, Heft 11, S. 317-319.

**WBG / CoST / PPIAF – World Bank Group / Construction Sector Transparency Initiative / Public-Private Infrastructure Advisory Facility (2016):** A Framework For Disclosure In Public-Private-Partnerships; abgerufen am 12.10.2016 unter http://pubdocs.worldbank.org/en/773541448296707678/Disclosure-in-PPPs-Framework.pdf.

**WBG / PPIAF / GIH / AA / ALSF– Word Bank Group / Public-Private Infrastructure Advisory Facility / Global Infrastructure Hub / Australian Aid / African Legal Support Facility (2018):** Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships; World Bank Group, Washington DC, abgerufen im Internet am 28.05.2018 unter http://documents.worldbank.org/curated/en/891171523343989736/Procuring-infrastructure-public-private-partnerships-report-2018.

**WBI – World Bank Institute (2013):** Disclosure of Project and Contract Information in Public-Private Partnerships; abgerufen im Internet am 30.09.2014 unter http://wbi.worldbank.org/wbi/Data/wbi/wbicms/files/drupal-acquia/wbi/Disclosure%20of%20Project%20PPP.pdf.

**Weichenrieder, A. (2014):** PPPs: Umgehung von Defizitregeln oder höhere Effizienz im Staatssektor; in: ifo-schnelldienst, Heft 22, 67. Jg., S. 3-5.

**Weishaar, S. E. (2013):** Cartels, Competition and Public Procurement – Law and Economics Approaches to Bid Rigging; Cheltenham, UK / Northampton, Massachusetts, USA: Edward Elgar.

**WestKC – Westdeutsche Kommunal Consult GmbH (2008):** PPP-Projektanalyse – Gründe und Motive für das Nichtzustandekommen und das Scheitern von PPP-Vorhaben der öffentlichen Hand; abgerufen im Internet am 24.08.2015 unter http://www.bppp.de/media/file/122.Abschlussbericht_PPP_Projektanalyse_PD.pdf.

**Wewer, G. (2014):** Allheilmittel Transparenz? Anmerkungen zur Diskussion; in: Verwaltung und Management, 20. Jahrgang, Heft 1, S. 4-18.

**Williamson, O. E. (1979):** Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations; in: Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 2, S. 233-261.

**Williamson, O. E. (1990):** Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus – Unternehmen, Märkte, Kooperationen; Originalausgabe: The Economic Institutions Of Capitalism (1985), Übersetzung von Streissler, M., 1. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck.

**Winkelmann, T. (2013):** Erfolgsfaktoren von vertraglichen PPP-Projekten auf kommunaler Ebene; in: dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, 6. Jg., Heft 2, S. 371-392.

**ZDB – Zentralverband des Deutschen Baugewerbes (2015):** Infrastruktur erhalten und ausbauen!; 2., vollständig überarbeitete Neuauflage, abgerufen im Internet am 12.08.2015 unter http://www.zdb.de/zdb-cms.nsf/res/2015%20Infrastruktur.pdf/$file/2015%20Infrastruktur.pdf.

**ZDB – Zentralverband des Deutschen Baugewerbes (2016):** Fachforum Infrastrukturfinanzierung – Die Finanzierung von Autobahnen durch ÖPP verhindert die Beteiligung des Mittelstandes und reduziert den Wettbewerb; in: ZDB-Direkt, Heft 2, S. 2-3.

**Ziekow, J. / Debus, A. G. / Musch, E. (2012):** Evaluation des Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes – Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG); Evaluierung im Auftrag des Innenausschusses des Deutschen Bundestages durch das Institut für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer.

# Rechtsquellenverzeichnis

**Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz des Landes Brandenburg (AIG)** vom 10.03.1998 (GVBl.I/98, [Nr. 04], S.46), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 08.05.2018 (GVBl.I/18, [Nr. 7]) geändert worden ist.

**Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts** vom 08.02.2011 mit dem Aktenzeichen 20 F 14.10.

**Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf** vom 08.06.2011 mit dem Aktenzeichen VII-Verg 55/10.

**Beschluss des Vergabesenats des Oberlandesgerichts München** vom 07.04.2011 mit dem Aktenzeichen Verg 5/11.

**Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g)** vom 13.07.2017, Jahrgang 2017, Teil I, Nr. 47 (BGBl. I S. 2347).

**Gesetz zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften** vom 14.08.2017, Jahrgang 2017, Teil I, Nr. 57. (BGBl. I S. 3122).

**BHO – Bundeshaushaltsordnung** vom 19.08.1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 14.08.2017 (BGBl. I S. 3122) geändert worden ist.

**Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages und Geschäftsordnung des Vermittlungsausschusses**, Deutscher Bundestag, Berlin, Stand Oktober 2017.

**Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2013 (Haushaltsgesetz 2013)** vom 15.07.2014, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2014 Teil I Nr. 30.

**Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Bremen (Bremer Informationsfreiheitsgesetz, BremIFG)** vom 16.05.2006 (Brem.GBl. S. 263), das zuletzt durch Artikel 1 Zweites ÄndG vom 28.04.2015 (Brem.GBl. S. 274) geändert worden ist.

**Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen, IFG NRW)** vom 27.11.2001 (GV. NRW. S. 806), das zuletzt durch Artikel 2 Nordrhein-Westfälisches Datenschutz-Anpassungs- und UmsetzungsG EU vom 17.05.2018 (GV. NRW. S. 244, ber. 404) geändert worden ist.

**Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin (Berliner Informationsfreiheitsgesetz, IFG Bln)** vom 15.10.1999 (GVBl. S. 561), das zuletzt durch Artikel 21 G zur Anpassung der Formanforderungen im Berliner Landesrecht vom 02.02.2018 (GVBl. S. 160) geändert worden ist.

**Gesetz zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation (Verbraucherinformationsgesetz, VIG)** in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.10.2012 (BGBl. I S. 2166, 2725), das durch Artikel 2 Absatz 34 des Gesetzes vom 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

**Hamburgisches Transparenzgesetz (HmbgTG)** vom 19.06.2012 (HmbGVBl. I, Nr. 29, S. 271).

**IFG – Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz)** vom 05.09.2005 (BGBl. I S. 2722), das durch Artikel 2 Absatz 6 des Gesetzes vom 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

**IFGGebV – Verordnung über die Gebühren und Auslagen nach dem Informationsfreiheitsgesetz (Informationsgebührenverordnung), Anlage (zu § 1 Abs. 1 IFGGebV) Gebühren- und Auslagenverzeichnis** vom 02.01.2006 (BGBl. I S. 6), die durch Artikel 2 Absatz 7 des Gesetzes vom 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

**Informationszugangsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (IZG-SH)** vom 19.01.2012 (GVOBl. S. 89), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 13.12.2018 (GVOBl. S. 773) geändert worden ist.

**Umweltinformationsgesetz (UIG)** in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.10.2014 (BGBl. I S. 1643), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 17 des Gesetzes vom 20.07.2017 (BGBl. I S. 2808) geändert worden ist.

**Urteil des Bundesgerichtshofs** vom 21.01.2014 mit dem Aktenzeichen EnVR 12/12 (Stadtwerke Konstanz GmbH).

**Urteil des Bundesgerichtshofs** vom 14.04.2015 mit dem Aktenzeichen EnZR 11/14 (Gasnetz Springe).

**Urteil des Bundesverwaltungsgerichts** vom 27.11.2014 mit dem Aktenzeichen 7 C 12.13.

**Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg** vom 02.10.2007 mit dem Aktenzeichen 12 B 9/07.

**Urteil des Oberverwaltungsgerichts Koblenz** vom 28.09.2016 mit dem Aktenzeichen 8 A 10342/16.

**Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin** vom 11.06.2008 mit dem Aktenzeichen 2 A 69.07.

**Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin** vom 10.09.2008 mit dem Aktenzeichen 2 A 167.06.

**Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin** vom 11.11.2010 mit dem Aktenzeichen 2 K 35.10.

**Urteil des Verwaltungsgerichts Köln** vom 25.02.2016 mit dem Aktenzeichen 13 K 5017/13.

**Urteil des Verwaltungsgerichts Schleswig-Holstein** vom 31.08.2004 mit dem Aktenzeichen 6 A 245/02.

**VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB/A)** in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.01.2019 (BAnz AT 19.02.2019 B2).

# Verzeichnis der Internetseiten

Die Internetseiten sind entsprechend ihrer erstmaligen Nennung in der Arbeit aufgelistet und wurden alle zuletzt am 08.12.2019 abgerufen.

http://www.partnerschaften-deutschland.de/grundlagenarbeit/

http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegen/Privatisierungs_und_Beteiligungspolitik/2017-10-17-berater-der-oeffentlichen-hand.html

https://www.ppp-projektdatenbank.de/index.php?id=9

http://www.rti-rating.org/

http://www.rti-rating.org/methodology/

http://www.rti-rating.org/wp-content/uploads/Indicators.pdf

https://fragdenstaat.de/

https://netzpolitik.org/2016/neuer-rekord-fuer-informationsfreiheit-fast-10-000-anfragen-an-ministerien-2015/

https://netzpolitik.org/2018/statistik-der-informationsfreiheit-so-viele-anfragen-wie-noch-nie/

http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/default.aspx

https://fragdenstaat.de/anfrage/vertrag-zwischen-der-hansestadt-hamburg-und-der-deutschen-bahn-bezuglich-stadtrad/

https://fragdenstaat.de/files/foi/8497/BetreibervertragSchlussfassunggeschwrzt.pdf

https://www.pd-g.de/unsere-beratungsangebote/oepp-informationen/transparenzplattform/

https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/oepp%20systematische%20darstellung%20projektvertraeglicher%20regelungen.pdf?__blob=publicationFile

https://fragdenstaat.de/files/foi/84682/berlin_bmbf-bbr_2008_07_06-ppp-eignungstest.pdf

https://www.gemeingut.org/7-argumente-gegen-ppp/

https://fragdenstaat.de/anfrage/dokument-zum-ausbau-der-a6/

http://www.bauen.bayern.de/vum/strasse/bauunderhalt/regelwerke/leistungsbeschreibung/index.php

http://www.nordbayern.de/region/autobahndirektion-lasst-private-betreiber-notfalls-pleitegehen-1.6606909

https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen

http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/alexander-dobrindt-erwaegt-oepp-modelle-fuer-wasserstrassen-a-1165082.html